

TFM

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

Cilt/Volume | Sayı/Issue
3 | 2017/1

ISSN: 2149-4576

MAKALELER /ARTICLES

DOÇ. DR. BURAK ADIGÜZEL

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı / Capital Market Instruments in the Capital Market Law Numbered 6362

MEVLÜDİYE ALAF

Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği / The Applicability of the Provisions That Stipulates the Maximum Rates of Interest Envisaged by the Turkish Code of Obligations About the Consumer Credits

YRD. DOÇ. DR. TAMER BOZKURT

Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu / Legal Nature, Scope of Application and Unconstitutionality With Regard to Property and Inheritance Rights of Art. 62 of Banking Law

YRD. DOÇ. DR. ERSİN ERDOĞAN

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler / Current Issues About Interim Measures in Patent Law under the New Code of Industrial Property (Nr. 6769)

PROF. DR. BARBARA GRUNEWALD

Der Rückzug von der Börse (Delisting)–eine Schilderung der Problematik anhand des deutschen Rechts / Delisting under German Law

DR. ELİF CEMRE HAZIROĞLU

Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu / Liability of the Entrepreneur for the Debts of the Individual Enterprise in Case of Its Transformation into a Commercial Corporation

PROF. DR. JAN LIEDER

Die Übertragung von Bankdarlehen / Transfer of Bank Loans

PROF. DR. FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ ÇELİK

Patent Verilebilirlik Değerlendirmesinde "Önceki Tarihli Başvurular" / "Earlier Applications" in the Assessment of Patentability

YRD. DOÇ. DR. HÜSNÜ TURANLI

Türk Hukukunda Alonj / The Concept of Allonge in Turkish Law



HUKUK FAKÜLTESİ



AYBÜ

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,

- Makale,
- Çeviri,
- Karar Tahlili,
- Kitap Değerlendirmeleri 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.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>

ULAKBİM Dergipark : <http://www.tfmdergisi.com>

İletişim/Contact : tfm@ybu.edu.tr

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) yılda iki defa yayımlanan uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an international and peer-reviewed journal published twice a year.

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. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK
Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU

Yayın Kurulu/Editorial Board
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Süleyman KIRAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Uzm. Furkan Batuhan İPEK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576

TİCARET VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU DERGİSİ (TFM) yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

JOURNAL OF COMMERCIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW (TFM) is an international and peer-reviewed journal and published twice a year. Opinions in the writings published in the Journal solely belong to their writers.

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku alanlarına katkı sağlamayı ve bu alanlarda bilimsel çalışmayı teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at contributing to the fields of commercial and intellectual property law and promoting academic works in these fields.*

Kapsam: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla doğrudan veya dolaylı olarak 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 directly or indirectly related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

Basım Yeri/Printed in: Pozitif Matbaacılık
Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0312.397.00.31 - **Belgegeçer/Fax:** 0312.397.86.12
pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Design: Safure Arslan

Basım Tarihi/Date of Publication: Eylül/September 2017

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/International 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

DANIŐMA KURULU/ADVISORY BOARD

| | |
|----------------------------------|---|
| Prof. Dr. Christoph ANN | Technische Universitt München, Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum, München/Deutschland <i>Technical University of Munich, Department Economy and Intellectual Property Law, Munich/Germany</i> |
| Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE | Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara Sosyal Bilimler University Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. Mertol CAN | TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>TOBB University of Economics and Technology Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. Christoph Van der ELST | Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İŞletme Hukuku Bölümü, Tilburg/Hollanda <i>Department of Business Law, Tilburg University Law School, Tilburg/Netherlands</i> |
| Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD | Universitt zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Köln/Deutschland <i>Cologne University, Faculty of Law, Departments of Civil Law and Economy Law, Cologne /Germany</i> |
| Prof. Dr. SeldaĐ GÜNEŞ PESCHKE | Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. Jan LIEDER | In haber der Professur fr Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts fr Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Albert- Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg/Deutschland <i>Professor of civil law, commercial law and business law at Albert Ludwigs University of Freiburg, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg, Freiburg/Germany</i> |
| Prof. Dr. Arzu OĞUZ | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. Enrique Moreno SERRANO | Universidad Rey Juan Carlos, Madrid/Spain <i>Rey Juan Carlos University, Madrid/Spain</i> |

| | |
|--|---|
| Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS | Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Regensburg/Deutschland <i>Regensburg University, Department of Civil Law and Commercial Law , Regensburg/Germany</i> |
| Prof. Dr. Sreenivasulu Neeruganti SHANMUKA | Hukuk Bilimleri Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kolkata/Hindistan <i>National Law School, National University of Juridical Sciences (NUJS), Kolkata/India</i> |
| Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. M. Fatih UŞAN | Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektör Yardımcısı – Hukuk Fakültesi Dekanı, Ankara/Türkiye <i>Ankara Yıldırım Beyazıt University Vice-Rector – Dean of Faculty of Law, Ankara/Turkey</i> |
| Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir/Türkiye <i>Yaşar University, Faculty of Law, İzmir/Turkey</i> |
| Assc. Prof. Dr. Stavroula KARAPAPA | Reading Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Reading, Londra/Birleşik Krallık <i>School of Law, University of Reading, London/United Kingdom</i> |

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) artık üç yaşında. Beşinci sayımızı sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak gerçekleştirdiğimiz iki uluslararası sempozyumun hemen ardından Ticaret Hukuku Kürsüsü olarak dergi hazırlıklarımızı hızlandırdık.

Üçüncülerini düzenlediğimiz sempozyumlarımızın bu yıl da yoğun bir ilgiye muhatap olduğunu mutlulukla müşahede ettik. III. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumumuzun konusu patent hukukuydu. III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumumuz için ise banka ve sermaye piyasası hukuku toplantı teması olarak belirlenmişti. Her iki sempozyuma da Türkiye’den ve dünyanın diğer birçok ülkesinden kıymetli akademisyenler ve diğer araştırmacılar tebliğleriyle zenginlik kattılar, bizleri onurlandırdılar. Hem kendilerine ve çok değerli oturma başkanlarımıza hem de dinleyici olarak iştirak etme lütfunda bulunan değerli hocalarımıza, meslektaşlarımıza, öğrencilerimize ve diğer katılımcılara bu vesileyle şükranlarımızı arz ediyoruz.

TFM’nin bu sayısını da beğeniyle okuyacağınızı umuyoruz. Bu sayımızda, şirketler hukuku, sermaye piyasası hukuku, banka hukuku ve patent hukukuna ilişkin çok kıymetli bilimsel çalışmaları sizlerle buluşturuyoruz. Yazarlarımıza, destekçilerimize ve okurlarımıza teşekkür eder, iyi okumalar dileriz.

Scientia potentia est!

TFM Yayın Kurulu

FROM EDITOR

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is now three years old. We are happy to present you our fifth issue. As Commercial Law Department, we have accelerated our work on our Journal right after two international symposiums organised by Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law.

We were glad to observe, that our III. International Symposiums this year received great interest, too. The subject of III. International Symposium on Intellectual Property Law was patent law; while the subject of III. International Symposium on Commercial Law was banking and capital market law. Precious academics and researchers from Turkey and other countries around the World contributed to our Symposiums with their valuable presentations and honoured us. We would like to express our sincere gratitude to our esteemed presenters and Chairs; and also, our fellows, colleagues, students and other participants who attended our Symposiums as auditors.

We hope that you will read also this issue of TFM with admiration. In this issue, we present you very valuable scientific studies regarding company law, capital market law, banking law and patent law. We thank our writers, supporters as well as readers and wish you good reading.

Scientia potentia est!

TFM Editorial Board

TFM YAZIM, YAYIM VE ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) yılda iki kez yayımlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe başta olmak üzere her dilde makaleler yayımlanır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının araştırma ve yayın etiğine uygun olması gerekir. Yazarların bu kapsamda yazılarının denetimini yapmış oldukları bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır.
4. Yazılara dair ilk değerlendirme Yayın Kurulu tarafından yapılır. Bilimsel kriterlere uymayan ve normalin üzerinde yazım yanlışı içeren yazılar, Kurul tarafından geri çevrilir.
5. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adı/adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazarlar sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar düzeltmeyi talep eden hakemin denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayımlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına/yazarlarına e-posta yoluyla iletilir.
6. Her yazıda 250 kelimeyi geçmeyecek şekilde özet ve 3 kelimeyi geçmeyecek şekilde anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce dilinde de gönderilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
8. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk Yazarlarına aittir.
9. Yazılar, tfm@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
10. Yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve Yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayımlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır. Üniversite bu hakkını kendi bünyesindeki herhangi bir fakülte, enstitü, merkez vb. adına kullanabilir.
12. Yazara, yayımlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayımlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında; *kitap, karar veya mevzuat tahlili veya bilgilendirici notlara* da yer verilir.

14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, 12 punto Times New Roman yazı tipinde, iki yana yaslı olmalıdır.
16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. KALIN ve TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
18. Yayınlarımızın resmi web adresi <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm> adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde aşağıdaki atıf kuralları uyarınca tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin adının kısaltılmış hali belirtilerek (Yazarın Soyadı, Eserin Adının Kısaltılmış Hali, atıf yapılacak sayfa) ve kısaltmanın hangi şekilde yapıldığı kaynakçada gösterilerek atıf yapılmalıdır.
6. Kaynakçada ise aşağıdaki atıf kurallarına uygun olarak ancak son kısımdaki atıf yapılacak sayfa numarası çıkarılarak kaynaklar yazarın soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
7. "^" işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 29.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı & **2. Yazarın Soyadı**, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Acer**, Yücel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 46.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Dülger**, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya, Sayram, s. 31.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk & Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 19.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap Adı, Baskı, Şehir, Yayınevi), Sayfa Numarası.

Örnek: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost), s. 43.

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Kaya**, Emir (2015) 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice': Erçetin, Şefika Şule & Banerjee, Santo (Editörler) (2013) Chaos, Complexity and Leadership <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt:, Sayfa Numarası (Kaynakçada ise: İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı).

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s. 27.

Kaynakçada: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi', ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Uşan, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, 'Tebliğin Başlığı': Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans İsmi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, 4-7 Mayıs 2014, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Tez Başlığı' (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü, Sayfa Numarası.

Örnek: **Kılınç**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 158.

Mahkeme Kararı

Merci İlgili Daire, Tarih, Esas, Karar (Kaynak).

Örnek: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası).

Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, s. 3)

İnternet Adresi

Yazarın Soyadı, Adı, Mecra, Başlık <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

Raporlar

Yazarın Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Oğuz**, Fuat & **Kent**, Bülent, İstanbul Ticaret Odası (2011), Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

PUBLICATION AND CITIATION GUIDE

OF THE JOURNAL OF COMMERCIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

1. The Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year.
2. Writings primarily in Turkish, yet in any language can be published in the TFM.
3. The Writings submitted by the authors to the TFM must be in compliance with the research and publication ethics. It is also assumed that authors have reviewed their writings and therefore accepted them to be published as they are.
4. The first review of the writings is conducted by the Editorial Board. Writings, nonconforming with scientific criteria and including misspelling above average, are refused by the Editorial Board.
5. After the Editorial Board's first review, writings are reviewed by two referees by removing the author name/s according to blind peer-review system. Upon the request of correction in the referee reports, the author/s can make amendments only within the scope of this reports. The writing can be resent to the same referees for review depending on the report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. The referee reports for writings that have not been qualified for publication, are sent to the author/s by e-mail.
6. The title of the writings should consists of no more than 15 words. Each writing should include an abstract of 250 words at most and 3 keywords at least. The title, abstract and keywords should also be written in English.
7. The writings which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The authors are considered solely liable for any opinions in their writings published in the journal.
9. All writings should be emailed to tfm@ybu.edu.tr. Authors should also send their title, institution, contact address, phone number and e-mail address.
10. Whether the writing is going to be published is determined in accordance with the peer-reviewing as a result of the assessment of the Editorial Board. The authors are notified by e-mail.
11. All rights of publication for the writings accepted to be published, including the right to publish full text electronically, belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are assumed to have accepted to transfer copyrights such as processing, dissemination and replication rights to the University. The University may use these rights on behalf of any of its faculties, institutions, centres, etc.
12. The authors will not be made any royalty payments for any rights that the author has allowed the University to use for publication. The authors who sent his writing to the journal are assumed to have accepted this.
13. Apart from articles peer-reviewed, the TFM may include book reviews, legislative assessments and informative remarks.

14. The writings, which have not been peer-reviewed in time by the referee, are assessed for the next issue of the journal unless stated otherwise by the author.
15. The writings should be written in Times New Roman as the font type and in 12-font size, in the "Microsoft Word" program.
16. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 1. Only First Letters Capital and Bold
 - a. Only First Letters Capital and Bold
 - i. Only First Letters Capital and Bold
17. Bibliography should be provided at the end of the writings based on the references in an alphabetical order by the surname of the authors. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Citation Rules.
18. Official website of our publications is: <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>.

CITATION RULES

1. The articles to be published in the TFM should be written according to the Citation Rules detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. In case that there is no rule in this citation system, the OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system should be referred.
4. If necessary to refer to a unique work (like archive documents, etc.), once-preferred method should be used in a consistent way throughout the article.
5. Once referring to a resource for the first time, all details about this resource should be indicated in the citation; while all the following references for this resource should be made with the abbreviation such as "author`s surname, the page to be cited". If reference is made to more than one work by the same author, citation should be made thereby also indicating the shortening phrase for this resource as "author`s surname, the short phrase of the resource, the page to be cited" in order to distinguish the work provided that the shortening phrase for this work is indicated in the bibliography.
6. In bibliography, resources which should be written without page numbers in accordance with the citation rules below, should be in order by the authors' surnames.
7. If there is any more information about the resource, the sign "^" refers to the requirement to indicate the relevant information.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukununun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p. 29.

In case of Multiple Authors:

Author's Surname, Name & **2. Author's Surname**, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Acer**, Yücel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin, p. 46.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Dülger**, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram, p. 31.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article Title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book Title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk & Kocabas, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications, p. 19.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Title, Edition, City, Publisher), Page Number.

Example: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbag, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost), p. 43.

Electronic Books

Author's Surname, Name (^Year) Book's Title, <INTERNET ADDRESS> Date of Last Acces.

Example: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor Law in Turkey <earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813"652813> 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name (Year) 'Article's Title': Editor's Surname, Name (^Year) Book's Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Kaya**, Emir (2015) 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice': Erçetin, Şefika Şule & Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> 10.08.2015.

Article

Author's Surname, Name (Year), 'Article's Title' Journal's Title, Issue: ^Volume:, Page Number. (In Bibliography: The first and last page).

Example: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p. 27.

In Bibliography: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Author's Surname, Name (^Year), 'Article's Title', ^Journal's Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, 'Title of the Communiqué': Editor's Surname, Name (Editor), Conference Title, Date, Place.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, 4-7 May 2014, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Title' (Type: Masters-PhD), University, Institute, Page Number.

Example: **Kılınc**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University, Institute of Social Sciences, p. 158.

Court Decision

Court's Name Relevant Circuit, ^Case Name, ^Application No, Date:, E:, K: (Citation).

Example: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası). Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, p. 3).

Web Address

Author's Surname, Name, Authority, Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> 07/27/2015.

Reports

Author's Surname, Name, Institution (Year), Report's Title, ^Report No;, <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Oğuz**, Fuat & **Kent**, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011), Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> 07/27/2015.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı
Capital Market Instruments in the Capital Market Law Numbered 6362

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL 1

Tüketici Kredileri Bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faize İlişkin Üst Sınır Hükümlerinin Uygulanabilirliği
The Applicability of the Provisions that Stipulates the Maximum Rates of Interest Envisaged by the Turkish Code of Obligations About the Consumer Credits

Mevlûdiye ALAF 9

Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu
Legal Nature, Scope of Application and Unconstitutionality With Regard to Property and Inheritance Rights of Art. 62 of Banking Law

Yrd. Doç. Dr. Tamer BOZKURT 23

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler
Current Issues About Interim Measures in Patent Law under the New Code of Industrial Property (Nr. 6769)

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN 47

Der Rückzug von der Börse (Delisting)– eine Schilderung der Problematik anhand des deutschen Rechts

Delisting under German Law

Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD 67

Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu

Liability of the Entrepreneur for the Debts of the Individual Enterprise in Case of Its Transformation into a Commercial Corporation

Dr. Elif Cemre HAZIROĞLU 71

| | |
|--|------------|
| Die Übertragung von Bankdarlehen <i>Transfer of Bank Loans</i> | |
| Prof. Dr. Jan LIEDER | 83 |
| Patent Verilebilirlik Değerlendirmesinde “Önceki Tarihli Başvurular” <i>“Earlier Applications” in the Assessment of Patentability</i> | |
| Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK | 103 |
| Türk Hukukunda Alonj <i>The Concept of Allonge in Turkish Law</i> | |
| Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI | 119 |

Makaleler

Articles

6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA SERMAYE PİYASASI ARACI KAVRAMI***CAPITAL MARKET INSTRUMENTS IN THE CAPITAL MARKET LAW NUMBERED 6362****Doç.Dr. Burak ADIGÜZEL******ÖZET**

6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası aracı kavramını 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanun'a göre genişletmiş ve değiştirmiştir. Bu değişim hem sermaye piyasası araçlarının türlerinde hem de bu türlerin tanımlanmasında kendini göstermektedir. Menkul kıymetler yanında, türev araç ve yatırım sözleşmeleri olarak ismen sayılan iki yeni sermaye piyasası aracına yer verilmesi ve bu sermaye piyasası araçlarının tanımlanmasındaki farklılık sermaye piyasası aracı kavramını yeni SerPK'ya göre el almayı zaruri hâle getirmiştir. Özellikle tebliğ düzenlemeleri ile de var olan türev araçlar yanında yepyeni bir sermaye piyasası aracı olarak mevzuata giren yatırım sözleşmeleri, kavramın incelenmesi için gereklidir.

Anahtar sözcükler: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, sermaye piyasası aracı, menkul kıymet, türev araç, yatırım sözleşmesi.

ABSTRACT

The new Capital Market Law numbered 6362 broadened and changed the concept of the capital market instrument in accordance with the old Capital Markets Law No. 2499. This change manifests itself both in the types of capital market instruments and in the definition of these types. The introduction of two new capital markets instruments, named as derivatives and investment contracts besides securities, and the difference in defining these capital market instruments have made it necessary to take the concept of the capital market instrument according to the new CML. Investment contracts entering the legislation as a new tool of capital market as well as existing derivative instruments, especially with the notification regulations, are necessary for the examination of the concept.

Keywords: Capital Market Law No.6362, capital market instrument, securities, derivatives, investment contract.

* Bu makale, 26 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen "III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (badiguzel@erciyes.edu.tr).
(Geliş Tarihi : 13.05.2017 / Kabul Tarihi : 25.08.2017)

GİRİŞ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹ (SerPK), yürürlükten kaldırılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na göre pek çok yeni müessese ve düzenlemeyi sermaye piyasası hukukuna getirmiştir. Sürekli değişen ve gelişen ekonomik bir yapı olan sermaye piyasası sürekli olarak yeni kavramların ve kavramlara bağlı müesseselerin oluştuğu bir nitelik taşır. Aynı durum SerPK içinde geçerli olmuş, 2499 sayılı Kanunun sermaye piyasasının ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kalması, yeni bir kanun yapılmasını gerekli kılmıştır.

Bu yenilenme sermaye piyasasında işlem gören sermaye piyasası araçları içinde yeni bir tanım ve bu tanıma bağlı sermaye piyasası araçları için de olmuştur. Eski SerPK'daki tanım ve yeni SerPK tanımı birbirinden oldukça farklı olduğu gibi, tanımdan yer alan sermaye piyasası araçlarının türleri ve nitelikleri de birbirinden ayrılmaktadır.

Bu çerçevede 6362 sayılı SerPK'daki sermaye piyasası aracı kavramı ve içinde yer alan sermaye piyasası araçları ele alınmış, 2499 sayılı mülga SerPK ile 6362 sayılı SerPK arasında sermaye piyasası aracı kavramı arasındaki farklar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I.SERMAYE PİYASASI ARACI KAVRAMI

Bu konuda SerPK'da tanımlar kısmında bir düzenleme yer almaktadır. SerPK m.3 (ş) bendinde, sermaye piyasası aracı "*Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları*" olarak tanımlanmıştır.

Yeni düzenleme sermaye piyasası aracını, kanunî olarak türleri üzerinden ele almıştır. Bu konuda, ESerPK m.3 (b)'den farklı bir düzenleme yoktur. Ancak sermaye piyasası araçlarının türleri genişlemiştir. Zira eski 2499 sayılı kanunda sermaye piyasası araçları, sadece menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları olarak ayrılmıştı. Yeni düzenlemede, diğer sermaye piyasası araçları şeklindeki genellemenin içinden türev araçlar ve yatırım sözleşmeleri bir kavram olarak ayrılmış ve Kanunda sermaye piyasası aracı türü olarak gösterilmiştir.

Yeni düzenlemeye ilişkin gerekçede, sermaye piyasası araçları gibi temel kavramlarda yeni Kanunun sistematigine, AB mevzuatına ve piyasanın ihtiyaçlarına uyumu teminen önemli değişiklikler yapılmıştır denmektedir.

AB hukukunda, 21 Nisan 2004 tarihli 2004/39/EC sayılı finansal enstürümanlara ilişkin direktifinde (MiFID)², sermaye piyasası araçları devredilebilir menkul kıymetler, para piyasası enstürümanları, kolektif yatırım girişimleri, türev araçlar olarak belirtilmiştir.

Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda, Securities Act 1933'de "Tanımlar" başlıklı, m.2 (a) 1'de sermaye piyasası araçları sayılırken, bizim kanunumuzda sayılanlar ve onların dışında başka sermaye piyasası araçlarının teker teker sayılması yoluna gidilmiştir.

Alman Hukukunda ise, Sermaye Piyasası Araçlarının Ticareti Hakkında Kanun (*Wertpapierhandelsgesetz*) § 2'de, sermaye piyasası araçları, temel olarak menkul kıymetler ve türev araçlar olarak ayrılmıştır.

İngiliz hukukunda da ayırım, AB hukuku esas alınarak düzenlenmiştir.

Bu bakımdan, 2499 sayılı mülga SerPK'ya göre, 6362 sayılı SerPK'da sermaye piyasası araçları kavramı ismen gösterilerek ve tanımlanarak genişlemekte, böylelikle AB ve ABD hukuklarına uyum sağlama amacı olduğu anlaşılmaktadır.

Esasında, 2499 sayılı SerPK'da yer alan menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarından, menkul kıymet, türev araç, yatırım sözleşmeleri ve diğer sermaye piyasası araçlarına doğru gelişme, türev araçlar açısından sermaye piyasasının uygulamasındaki gelişme ile ortaya çıkmıştır. Zira 2499 sayılı ESerPK yürürlükte iken de türev araçlar Türk sermaye piyasasında yer almakta ve bunların hukukî altyapısı Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliği ile sağlanmaktaydı. Ancak yatırım sözleşmeleri, bunun dışında hali hazırdaki Türk sermaye piyasası için yeni bir sermaye piyasası aracı olarak kendini göstermektedir.

1 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2 *Markets in financial instruments directive.*

II. SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ TÜRLERİ

A.MENKUL KIYMETLER

Sermaye piyasası araçları tanımı içinde yer alan menkul kıymet, SerPK m.3 (o)'da ayrıca tanımlanmıştır. Bu hükme göre, menkul kıymet, *Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;*

1) *Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları,*

2) *Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır.*

2499 sayılı ESerPK'dan farklı olarak, SerPK menkul kıymet olarak belirlenen sermaye piyasası araçlarını sayma yoluyla bir tanımlamaya gitmiştir. Hâlbuki ESerPK, menkul kıymetleri "*Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır*" diyerek unsurları üzerinden tanımlamıştı. Sermaye piyasalarına ait günümüz düzenlemeleri açısından yeni düzenleme uyumludur. Örneğin, Alman hukukundaki düzenleme benzer yöndedir. Bununla beraber, kanımızca eski tanımdaki menkul kıymete ait unsurlar değişmemiş olup, bir menkul kıymet yine bu unsurların varlığı hâlinde menkul kıymet olabilecektir. Dolayısıyla, menkul kıymet yine ya ortaklık ya da alacaklılık hakkı sağlayan bir nitelik taşıyacaktır. Nitekim menkul kıymetin tanımında yer alan ikili ayırmadaki pay ve borçlanma araçları temelde bunu ortaya koymaktadır.

ESerPK m.3/b'de sermaye piyasası araçları tanımlanırken, nukut ile çek, poliçe, bono ile mevduat sertifikaları bundan müstesnadır şeklindeki hüküm, 6362 sayılı SerPK'ya da taşınmıştır. Ancak ESerPK'dan önemli fark, mevduat sertifikaları bundan müstesnadır ibaresinin yeni SerPK'ya alınmasıdır.

Mevduat sertifikaları, bankalara belirli bir vade ile yatırılan paralar karşılığında mevduat sahibine, yatırdığı mevduatın tutarını ve vadesini göstermek üzere verilen, hamiline yazılı bir belgedir. Mevduat sertifikasını, vadeli hesaba sahip mudilere verilen karne veya senet şeklindeki banka tahvili olarak da tanımlamak mümkündür. Bu aracın sermaye piyasası aracı içinde sayılmaması esasen 1980'lerdeki banker krizi sonucu ortaya çıkan mağduriyetlerin,

bu araçlardan kaynaklanmasındı. Yeni 6362 sayılı SerPK mevduat sertifikasını sermaye piyasası aracı olamayacaklar içinden çıkardığına göre, SPK tarafından sermaye piyasası aracı kapsamında olduğu belirlendiği takdirde, düşüncemize göre mevduat sertifikası da bir sermaye piyasası aracı olarak borsa ve teşkilatlanmış piyasalarda şartları belirlenerek işlem görebilir. Yeni düzenlemeye göre, menkul kıymetler; *Pay Senetleri, Borçlanma Araçları, Menkul Kıymetleştirilmiş Varlık ve Gelirlere Dayalı Borçlanma Araçlarıdır.* Bir de bunlara ek olarak bu menkul kıymetlerin karşılığı olan depo sertifikaları tanım içinde yer almaktadır.

Bununla birlikte menkul kıymetler burada sınırlı olmayacaktır SerPK m.128/1-e ile verilen yetkiyle, SPK çıkaracağı tebliğlerle başka menkul kıymetler oluşturabilir. Bunlar kanuni tanımda sayılandan farklı bir isim altında olan, ancak yine menkul kıymetin unsurlarını barındıran bir sermaye piyasası aracı olacaktır.

Pay senetleri ve borçlanma senetleri dışında, varlık ve gelirlere dayalı menkul kıymetlerde ihraççı, ihraç ettiği menkul kıymetin dayanağı olarak bir varlık veya elde edeceği bir geliri karşılık göstermekte, bu sermaye piyasası aracının anapara ve getirisini buradan ödeyeceğini taahhüt etmektedir. SerPK m.59'da yer alan ipotek ve varlık teminatlı menkul kıymetler varlığa dayalı menkul kıymetleştirmeden ortaya çıkan sermaye piyasası araçlarıdır. Yine kira sertifikası olarak adlandırılan, uluslararası literatürde sukuk olarak isimlendirilen sermaye piyasası aracı da gelirin karşılık gösterildiği bir sermaye piyasası aracıdır.

Depo sertifikaları ise, yabancı menkul kıymetler olarak adlandırılan, Türkiye'de mukim olmayan yabancı sermayeli ihraççıların menkul kıymetlerinin karşılığı olarak, Türkiye'de çıkarılan menkul kıymetlerdir³.

Sermaye piyasası mevzuatında, HAAO'ların pay senetleri, şirketlere ait tahviller, banka bonoları, yatırım fonu katılma belgeleri, ipotekli sermaye piyasası araçları, varantlar, kira sertifikaları ismen sayılabilecek belli başlı menkul kıymetlerdir.

3 SPK'nın çıkarmış olduğu VII-128.4 sayılı Yabancı Sermaye Piyasası Araçları Ve Depo Sertifikaları İle Yabancı Yatırım Fonu Payları Tebliği'nin 4/b maddesinde depo sertifikası, Saklama kuruluşlarında saklanan yabancı sermaye piyasası araçlarını temsilen depocu kuruluş tarafından ihraç edilen ve sahibine bu araçların verdiği hakları aynen sağlayan, bunlara özdeş, nominal değeri Türk Lirası olarak veya T.C. Merkez Bankasınca günlük alım satım kurları ilan edilen yabancı paralar cinsinden ifade edilen sermaye piyasası aracı olarak tarif edilmiştir.

B.TÜREV ARAÇLAR

Türev araçlar (*derivatives*) SerPK m.3/(u)'da bu bentte sayılanlar ile SPK tarafından bu kapsamda olduğu belirtilen diğer türev araçlar olarak öngörülmüştür. Daha önceki 2499 sayılı SerPK'da bir sermaye piyasası aracı olarak sayılmayan türev araçlar, yeni düzenlemede ayrı bir sermaye piyasası aracı olarak sayılmıştır. Türev araçların nitelikleri ve sermaye piyasasındaki yerleri dikkate alındığında, bu sermaye piyasası aracının ismen sayılması ve bunların çeşitlerinin ortaya konulması gereklidir. Türev araçlar, ayrı bir piyasada işlem görürler. Buna türev araçlar piyasası denir. Türk hukukunda vadeli işlem ve opsiyon borsası (VİOP) adıyla kurulmuş, yeni düzenlemede vadeli işlem ve opsiyon piyasası adı altında Borsa İstanbul A.Ş altında ayrı bir piyasa hâline getirilmiştir.

SerPK m.3/u'da sayılan türev araçlar; 1. Menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçlar ile 2. Değeri; Bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; Kredi riski transferi sağlayan, Enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, Bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçlar ve 3. Döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemleri, olarak sınıflandırılmıştır

Türev araç, kısaca değeri başka bir finansal varlığın veya malın değerine doğrudan bağlı olan finansal araçlardır⁴. Türev araçlar, dayanak varlığın sahipliğinin el değiştirmesine gerek olmaksızın, bu varlıkla ilgili hak ve yükümlülüklerin ticaretine imkân sağlar.

Bu çerçevede, ilgili hüküm gereğince, tanımını verdiğimiz bir menkul kıymeti satma, alma veya birbiriyle değiştirme hakkını sağlayan bir sermaye

ye piyasası aracı da türev araç kabul edilmektedir. Bu türev araçlar arasında en başta gelenler, *future*, *forward*, *opsiyon* ve *swap* muameleleridir. Buradan da anlaşılacağı üzere, türev araçların temeli sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde bir varlık üzerinden türetilen yeni bir değer işlemin konusunun oluşturması nedeniyle bu araçlara türev araç denilmiştir⁵.

Türev araçların temeli, vadeli işlem (*future*) sözleşmeleridir. Ancak geniş anlamda vadeli işlem sözleşmeleri, türev araç olarak ifade edilen tüm sözleşmeler için kullanılmaktadır⁶.

Vadeli işlem sözleşmeleri, tarafların ifası gelecekte gerçekleşmek üzere bugünden belirlenmiş miktar ve niteliklere bağlı olarak hak sahibi olunması ve borç altına girilmesi üzerine iradelerinin uyutukları sözleşmeler olarak açıklanabilir⁷.

Buna karşılık vadeli teslim (*forward*) sözleşmeleri, ileri tarihli teslim olunacak bir malın veya mali bir aracın vade, miktar ve fiyatının bugünden anlaşıldığı bir sözleşmedir⁸.

Opsiyon (*option*) sözleşmeleri ise, sözleşmeyi elinde tutanlara belli bir varlığı, gelecekte belli bir fiyattan ileride belirlenmiş bir tarihte satma veya satın alma hakkı tanıyan sözleşmedir⁹. İşlemin yapılıp yapılmaması bir tarafın iradesine bağlı olduğundan kesin sonuç doğurmayan nitelikte olup, türev araçların içinde kendine özgüdür¹⁰.

Swap sözleşmesinde ise, taraflar faiz ya da döviz değeri farklı birçok varlık ya da varlıklara ilişkin değişkenlere dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasası araçları da, türev araç olarak kabul edilmiştir. Bu türev araçlarda dayanak tek bir değişken olabileceği gibi, birden fazla da olabilir. Bunlar da *future*, *forward*, *opsiyon* ve *swap* sözleşmelerinin işlem görmesiyle türev araç olarak ortaya çıkarlar.

İkinci maddede sermaye piyasasında işlem görürken değeri farklı birçok varlık ya da varlıklara ilişkin değişkenlere dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasası araçları da, türev araç olarak kabul edilmiştir. Bu türev araçlarda dayanak tek bir değişken olabileceği gibi, birden fazla da olabilir. Bunlar da *future*, *forward*, *opsiyon* ve *swap* sözleşmelerinin işlem görmesiyle türev araç olarak ortaya çıkarlar.

5 **Chambers**, s.1, **Penezoğlu**, Gökhan Yusuf (2004) Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, Beta s.5.

6 **Penezoğlu**, s.21, **Tanör**, Reha (2000) Türk Sermaye Piyasası, C.I, İstanbul, Beta, s.269.

7 Özşahin, Kerem Ahmet (2004) Vadeli İşlem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, SPK Yayınları, s.7.

8 **Apak**, Sudi/**Uyar**, Metin (2011) Türev Ürünler ve Finansal Teknikler, İstanbul, Beta, s.55, Özşahin, s.14,

9 **Apak/Uyar**, s.73.

10 Özşahin, s.13.

11 **Apak /Uyar**, s.108.

4 Aynı yönde; **Chambers**, Nurgül (2007) Türev Piyasalar, İstanbul, Beta, s.1, Bir diğer tanım türev aracı, kredi alma, yabancı para ile borçlanma, satın alınacak mal fiyatında artma gibi asil finansal araçlarla fiyat, döviz kuru, faiz oranı riskinden korunmak veya spekülasyon gelir elde amacıyla yapılan vadeli işlemler olarak belirtilmektedir. Uluslararası Muhasebe Standartları No:39.

Üçüncü maddede SerPK, varlıklar üzerindeki kaldıraçlı işlemlerin de türev araç olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Forex¹² (*kaldıraçlı alım satım*) olarak adlandırılan işlemlerde, yatırımcılar yatırılan teminat tutarı karşılığında çeşitli ülkelerin para birimleri, emtia, kıymetli maden, sermaye piyasası kurulunca belirlenen diğer varlıkların fiyatlarındaki değişim üzerinden gelir elde etmeyi amaçlamakla birlikte tersi durumda zararda etmektedirler. Forex'de iki ülke parasının birbirine ya da petrol, altın gibi emtia ve kıymetli madenlerin bir ülke parasına göre değeri alım satıma konu olmakta ve yatırımcılara yatırdıkları teminatın belirli bir katına kadar işlem yapma olanağı verilmektedir¹³.

C. YATIRIM SÖZLEŞMELERİ

Avrupa hukuku düzenlemelerinde, yatırım sözleşmelerinin (*investment contract*) sermaye piyasası aracı olma niteliğine rastlanmamaktadır. Yatırım sözleşmelerinin sermaye piyasası aracı olma niteliği, Amerikan hukukunda 1933 tarihli ABD *Securities Act*'da sermaye piyasası aracını tanımlayan m.2/1'de ve 1934 tarihli *Securities and Exchange Act*'da yine sermaye piyasası aracını tanımlayan m.3/10'da yer almaktadır.

Yatırım sözleşmesi, özel olarak ismen belirtilmeyen bir işlemin nitelik itibarıyla sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmesine imkân sağlayacak şekilde ele alınmış bir niteliktedir¹⁴. Yani yatırım sözleşmesi kavramı aslında bir torba kavram niteliğindedir. Eğer bir sermaye piyasası aracı menkul kıymet ve türev araç niteliğinde değilse ve sermaye piyasasında işlem görüyor ve alınıp satılabiliyorsa, bunlara yatırım sözleşmeleri adı verilmektedir.

ABD Sermaye Piyasası Kurumu (*Securities Exchange Commission SEC*) ise yatırım sözleşmesini, bir muamele ya da program çerçevesinde üçüncü bir kişi veya bu işlem ya da programın organizatörünün liderliğindeki bir ortak girişimden kâr elde etmek ümidiyle bir yatırımcının para yatırmasını temel alan anlaşma olarak tarif etmiştir¹⁵.

Bir başka tanım ise, yatırım sözleşmesi esasen, bir işlem veya proje vasıtasıyla ortak bir girişime para yatırılması ve yatırımcının bu yatırım nedeniyle üçüncü kişilerin çalışmaları sonucunda bir menfaat elde edeceğini ümit ettiği sözleşme şeklindedir. Bu tanım, Amerikan Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) ve federal mahkeme kararlarıyla içtihat hukukunda oluşmuş olup, *Howey Test* olarak anılmaktadır¹⁶.

Howey Test kararı, bir sözleşmenin yatırım sözleşmesi olup olmadığı tayinde yerel ve federal mahkemelere yol gösteren ana içtihat niteliğindedir. Bu içtihat esas alınan yatırım sözleşmesinin unsurları temel alınarak çok farklı sözleşmelerin sermaye piyasası aracı olup olmadığı mahkemelerce tartışılmış ve kararlar, daha sonraki sözleşmenin yatırım sözleşmesi olup olmadığını belirlemede esas alınmıştır¹⁷.

Bir yatırım sözleşmesinin varlığı için dört unsur gereklidir. Bir para yatırımı, müşterek bir teşebbüs, kâr elde etme ümidi ve üçüncü kişilerin veya program organizatörlerinin çabaları.

Yatırım sözleşmesi için gerekli olan bir paranın varlığının illaki gerçek anlamda nakit nitelikte olması gerekmemektedir. Para yerine kullanılacak varlıkların ya da nakde çabucak çevrilebilecek değerlerin yatırılması da mümkündür. Ayrıca bu yatırımın finansal bir geri dönüşünün olacağı ümidiyle yatırımcı tarafından konulması gerekmektedir¹⁸.

Müşterek bir teşebbüsten kasıt ise, bireysel yatırımcıların bir yönetici idaresinde ortak çıkarlarının birleştirilmesidir¹⁹.

12 Esas itibarıyla forex, bir ülkenin para birimi karşılığında başka bir ülke parasının alımı ya da satımı olarak tanımlanmaktadır. Forex, yani döviz alım satım işlemleri ticari, yatırım, riskten korunma ya da spekülasyon amaçlarıyla dövize duyulan ihtiyaçtan dolayı yıllardır uluslararası kambiyo piyasalarında gerçekleştirilmektedir. www.spk.gov.tr.836.pdf (Erişim Tarihi: 28.04.2016).

13 Forex piyasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaldıraçlı İşlemler İlişkin Bilgi Kitapçığı, www.spk.gov.tr.

14 Yanlı, Veliye (2016) Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmeleri Kavramı, *Batider C. XXXII Sa. 3, s.5-35*.

15 www.sec.gov (Erişim Tarihi 28.04.2016).

16 SEC v. W.J.Howey Co. 328 U.S. 293 1946. SEC, Howey şirketine karşı açtığı davada, bu şirketin işletme konusu çerçevesinde ağaç sahipleri ile yaptığı sözleşmelerin, sermaye piyasası düzenlemelerine tabi bir yatırım sözleşmesi niteliğinde olduğunu, bu nedenle de sermaye piyasasında kayda alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemede, sermaye piyasası düzenlemelerine göre yatırım sözleşmesi anlamında bir sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, önünde Howey şirketinin yaptığı işlemi sermaye piyasası aracı olarak kabul ederken yatırımcıya uygulanan pazarlama yöntemi dâhil, sunulan programı bir bütün olarak değerlendirmiştir.

17 Örneğin, Florida Bölge Temyiz Mahkemesi önüne gelen bir davada tek başına bir yatırımcıya, %10 faizle 15 koşumlu yarış atının beşini satmasını ve satış fiyatına ek olarak da, satıcının elde edilecek tüm kazançların yüzde onunu alması karşılığında, atların bütün giderlerin yüzde onunu ve bahisten harçlarını karşılaması yönündeki bir sözleşmeyi, Florida Menkul Kıymet Satışı Hakkında Kanun (*Florida Securities Sale Law*) hükümleri çerçevesinde bir yatırım sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Courtney, W.Robert (1979-1980) *Securities Regulation: Narrowing The Definition Of Investment Contract*, *Stetson Law Review*, Volume 9, s.26-273.

18 Soderquist, D. Lary/Gabaldon, Theresa (2004) *Securities Law*, Second Edition, New-York, Thomson-West, s.4.

19 Soderquist/Gabaldon, s.4-5, Steinberg, I. Marc (2000) *Understanding Securities Law*, Third Edition, New York, Lexis-Publishing, s.15.

Katılımcıların ortak gayesi kâr elde etmektir. Bu amaç olmazsa, bir yatırım sözleşmesinden bahsedilemez.

Yatırım sözleşmelerinde, yatırımcılar pasif olamamakla birlikte, amaç olan kârı sağlama müşterek yatırımcıların parasını yönetenlerin çabaları, yatırımın başarılı ya da başarısız olmasına yol açar²⁰. Bununla birlikte yatırımcıların ortak amaca ulaşmadaki etkisi, müşterek yatırımı yönetenlere nazaran pasif bir nitelikte de sayılabilir. Zira onların etkisi sadece müşterek yatırıma yönlendirilen sermaye hakkında karar vermede olmaktadır. Müşterek yatırımı yönlendirme ve kârı sağlayıp sağlayamama tamamen yöneticilere aittir.

Howey Testi, somut olayda sermaye piyasası düzenlemelerinin uygulanmasını gerekli kılan bir durumun varlığının tespitine yöneliktir²¹.

Bunlarla birlikte yatırım sözleşmelerinin sermaye piyasası aracı niteliği tartışma konusu olmuştur. Zira bir muamele ve programın alınıp satılabilen bir sermaye piyasası aracı olamayacağı, hatta geniş halk kitlelerine satılamayacağı ileri sürülmüştür²². Nitekim ABD mahkemelerinin bu konuda verdiği sonraki kararlarda, borçlanma araçlarının geniş bir halk kitlesine satılabilir olmasını, sermaye piyasası aracı olma niteliği bakımından önemli görmüş²³, yine sermaye piyasalarında işlem görmeyen, sadece bir kaç yatırımcı ile özel müzakereler sonucu işlem konusu olan muameleleri yatırım sözleşmesi kapsamında saymamıştır²⁴.

ABD'de eyalet hukukları ile federal hukukun bu konuda çelişkili kararları, hangi sözleşmelerin hangi hukuka göre yatırım sözleşmesi kapsamında birer sermaye piyasası aracı olarak sayılması gerektiği tartışmasını sürdürmektedir. Nitekim bu nedenle ABD doktrininde sermaye piyasası aracı kavramının özellikle yatırım sözleşmeleri bağlamında mahkemelerin vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında yeniden tanımlanması gerektiği, bu tanımın federal anlamda bir kanuni düzenlemede yer almasının ulusal sermaye piyasası hukuku için gerekli olduğu son dönemde ileri sürülmektedir²⁵.

ABD hukukunda Howey testi yanında bazı mahkemeler tarafından nadiren başvurulsa da, risk sermayesi testi olarak adlandırılan bir testin de bir işlemin yatırım sözleşmesi kapsamında sermaye piyasası aracı olup olmadığını belirlemede esas alınmıştır²⁶. Bu teste göre, bir sermaye piyasası aracının varlığından bahsedilmesi için yatırımcıya sunulan plan, program, sözleşme ya da işlemin, müşterek bir işletme bünyesinde yapılıyor olması şartı aranmayacak, yatırımcıya sunulanın getirisinin diğer bir kişinin faaliyetinden kaynaklanıyor olmasını yeterli kabul edilecektir²⁷. Bu test bakımında dört faktörün varlığı aranmaktadır. Bunlar; yatırımcıya bir teklifte bulunan kişiye bir sermaye sağlanması, bu sermayenin işletmenin riskini taşıması, yatırımcının bu yatırımdan dolayı bir menfaat sağlama beklentisi içinde bulunması ve yatırımcının fiilen ve yönlendirme olarak yatırım konusu işletmede herhangi bir etkisinin olmamasıdır.

Amerikan Hukukunda yatırım sözleşmesi olarak kabul edilen özel bazı girişim modelleri ortaya çıkmıştır. Bir sınırsız sorumlu ortaklık olarak *general partnership*, yönetici sınırsız, ortakları sınırlı sorumlu olan *limited partnership*, sınırlı sorumlu şirket olarak *limited liability companies*, hizmet sözleşmeleri ile kombine edilmiş gayrimenkuller üzerinde haklar şeklinde *property interests combined with service contracts* ve ürün satışı amaçlayanlar dışında, örneğin hizmet vermeyi amaçlayan teşebbüslere ilişkin özel franchise sözleşmeleri²⁸ bu çerçevede sayılabilir²⁹.

Sonuçta yatırım sözleşmelerinin sermaye piyasası aracı olma niteliğinin değişen zamana ve yatırım planlarına göre mahkemeler ve doktrin tarafından yorumlanarak ortaya konulabileceği söylenebilir³⁰. Ancak Türk hukukunda mahkeme önünde yatırım sözleşmesinin tanımlanmasının imkânı ancak sözleşme taraflarının bu konuyu davada bir sorun yaptıkları takdirde mümkün olabilecektir. Zira Türk hukukunda SPK'nın bu konuda bir yatırım sözleşmesinin yatırım sözleşmesi olduğu yönünde bir dava açması çok mümkün değildir. Bu nedenle

20 Soderquist/Gabaldon, s.7, Steinberg, s.14.

21 Yanlı, s.18.

22 Soderquist/Gabaldon, s.8-9.

23 Reves v. Ernst&Young 494 U.S. 56 (1990).

24 Marine Bankv. Weaver, 455 U.S. 551 (1982).

25 Blount, Justin/Thornley, Drew (2015-2016) Federal Preemption in Securities Laws, the Investment Contract, and Macroprudential Financial Regulation, Depaul Business & Commercial Law Journal, Volume 14, s.273-322.

26 Yanlı, s.19.

27 Yanlı, s.19.

28 Örneğin ABD Hukukunda Lease-Back Sözleşmeler, yatırım sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu konuda; SEC v. Edwards, 540 U.S. 389,2004.

29 Bu konuda, Kütükçü, Doğan (2004) Sermaye Piyasası Hukuku C.I, İstanbul, s.415 vd, Steinberg, s.16-21.

30 Selvers, M. Jerome (1973-1974) Investment Contracts : Expanding Effective Securities Regulation, St. John's Law Review 48 St. John's L. Rev, s.525.

SPK'nın sonuçta bu konuyu açıklığa kavuşturmak için bir tebliğ yayınlaması daha öngörülebilir bir durumdur. Kanımızca da, bu konuda ABD hukukundaki örnekler Türk hukuku ile uygun düştüğü ölçüde dikkate alınarak tebliğ düzenlemesi yapılması söz konusu olacaktır.

Zaten aslında ABD hukukunda da bir sözleşmenin yatırım sözleşmesi kabul edilmesinin amacı, bu sözleşme ilişkisinin sermaye piyasası mevzuatı kapsamına girip girmediğinin tayini meselesidir.

D. DİĞER SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI

Diğer sermaye piyasası araçları, SerPK m.3(ş)' de sermaye piyasası araçları tanımlanırken, menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri dışında kalan ve bu kapsamda olduğu Kurulca belirlenen araçlar olarak tanımlanmıştır. Buna göre, diğer sermaye piyasası araçları, ancak SPK tarafından bir sermaye piyasası aracı olarak kabul edilen, şartları SPK'nın çıkaracağı tebliğlerle belirlenen ve sermaye piyasası mevzuatında ismen sayılmayan sermaye piyasası araçlarıdır. Dolayısıyla bu araçlar bir menkul kıymet, bir türev araç ve yatırım sözleşmesi niteliği taşımayacaktır.

SPK tarafından belirlenen şartlar dâhilinde yeni sermaye piyasası aracı tipleri oluşturulabilir. Bu SPK'nın tebliğ çıkarma yetkisine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde Kanunda yer almayan bir sermaye piyasası aracını ortaya yetkisinin SPK'ya tanınması, sermaye piyasasının oldukça dinamik yapısıyla doğrudan alâkalıdır. Zira bugün olmayan bir sermaye piyasası aracının daha sonra piyasada işlem görme gerekliliği yani böyle bir araca ihtiyaç doğabilir. Kanunda sayılanlar dışında bir sermaye piyasası aracı ihtiyacı doğması, bunun kanun değişikliği olmaksızın, SPK yetkisi ile ihraç edilebilme ve işlem görmesini sağlayacaktır. Yetkisini anayasadan almayan bir hususun hukukî olmayacağı düsturu, SPK yetkisi bakımından geçerli değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, söz konusu yetkiyi anayasa aykırı bulmamıştır.

Kanımızca TTK m.831 uyarınca bunların kıymetli evrak niteliğinin olması da mümkündür. Zira ilgili maddenin ilk fıkrası, "İmza edenin, yer, zaman ve tutar bakımlarından belirli nakdî ödemelerde bulunmayı ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmeyi borçlandığı senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilirler" diyerek bir senet düzenleyen tarafların kanunda yer almayan bir kıy-

metli evrak meydana getirebileceğini öngörmüştür. Bu bakımdan diğer sermaye piyasası araçları içinde yer alacak bir araç da, bu özellikleri taşıdığı takdirde kıymetli evrak kapsamı içinde değerlendirilecektir.

III. SONUÇ

6362 sayılı SerPK, 2499 sayılı SerPK'ya göre daha geniş bir ayırım ile menkul kıymetlerin yanına ismen sayılan türev araçlar ve yatırım sözleşmeleri olarak yeni sermaye piyasası araçları eklemiştir. Sermaye piyasasında en yoğun işlem gören menkul kıymetler yanında türev araçların da ikinci işlem görme kapasitesine sahip sermaye piyasası aracı olması, bunların ismen sayılmasını ve tanımlanmasını zaruri kılmıştır.

Menkul kıymetlerin, unsurları ele alınarak tanımlanmak yerine türleri üzerinden ele alınarak tanımlanması modern sermaye piyasası düzenlemelerinin yöntemidir. Bu türev araçlar için de geçerli olarak 63362 sayılı SerPK'da kabul edilmiştir.

Yatırım sözleşmeleri ise, sermaye piyasamız için yeni bir sermaye piyasası aracı çeşididir. Esasen ABD hukukunda yer alan bu sermaye piyasası aracı türü, ABD hukuku esas alındığında muğlak ve üzerinde tartışma olan bir nitelikte olduğundan, SerPK, bu sermaye piyasası aracını tanımlama yoluna gitmemiştir. ABD hukukunda yargı kararları ile içeriği belli edilen bu sermaye piyasası aracının, kanımızca Türk hukukunda bir SPK tebliğ düzenlemesine ihtiyaç olacaktır. Yani tebliğ, bu sermaye piyasası aracı için yol gösterici olacak, uygulama ve SPK kararları ya da sonuçta yine yargı bu sermaye piyasası aracının çerçevesini çizecektir.

Diğer yandan, aynı 2499 sayılı SerPK'da olduğu gibi diğer sermaye piyasası araçları başlığı altında, SPK tebliğleri ile düzenlenecek ve tanımlanacak ancak Kanununda yer alıp ismen sayılan sermaye piyasası araçları içine girmeyen sermaye piyasası araçları ortaya çıkarmak da mümkündür.

6362 sayılı SerPK'nın sermaye piyasası araçları düzenlemesi ve tanımlaması günümüz sermaye piyasası için uygun ve güncel olmakla birlikte, sermaye piyasası sistemimizde bugüne kadar olmayan yeni bir sermaye piyasası aracını mevzuata koymak bakımından da önceki kanun düzenlemesinden farklı bir durumu ortaya koymuştur. Kanımızca sermaye piyasasında menkul kıymet ve türev araçlar dışında yatırım sözleşmeleri adlı sermaye piyasası aracı, kesin ve net bir tanımı olmaması ile tartışma yaratacak ve yeni SPK düzenlemeleri ve yargı kararları ile şekillenecek bir nitelikte olması ile 63362 sayılı SerPK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biridir.

KAYNAKÇA

Apak, Sudi/**Uyar**, Metin(2011) , Türev Ürünler ve Finansal Teknikler, İstanbul, Beta Yayınevi.

Blount, Justin/**Thornley**, Drew (2015-2016) , Federal Preemption in Securities Laws, the Investment Contract, and Macroprudential Financial Regulation, Depaul Business & Commercial Law Journal, Volume 14.

Chambers, Nurgül (2007), Türev Piyasalar, İstanbul, Beta Yayınevi.

Courtney, W.Robert (1979-1980), Securities Regulation: Narrowing The Definition Of Investment Contract, Stetson Law Review, Volume 9.

Kütükçü, Doğan (2004), Sermaye Piyasası Hukuku C.I, İstanbul, Beta Yayınevi.

Özşahin, Kerem Ahmet (2004), Vadeli İşlem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, SPK Yayınları.

Penezoğlu, Gökhan Yusuf (2004), Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, Beta Yayınevi.

Selvers, M. Jerome (1973-1974), Investment Contracts : Expanding Effective Securities Regulation, St. John's Law Review 48 St. John's L. Rev..

Soderquist, D. Lary/**Gabaldon**, Theresa (2004), Securities Law, Second Edition, New-York, Thomson-West.

Steinberg, I. Marc (2000), Understanding Securities Law, Third Edition, New York, Lexis-Publishing.

Tanör, Reha (2000), Türk Sermaye Piyasası, C.I, İstanbul, Beta Yayınevi.

Yanlı, Veliye (2016), Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmeleri Kavramı, Batider C. XXXII Sa. 3.

TÜKETİCİ KREDİLERİ BAKIMINDAN TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE GETİRİLEN FAİZE İLİŞKİN ÜST SINIR HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

THE APPLICABILITY OF THE PROVISIONS THAT STIPULATES THE MAXIMUM RATES OF INTEREST ENVISAGED BY THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ABOUT THE CONSUMER CREDITS

Mevlûdiye ALAF*

ÖZET

Tüketici kredisi sözleşmelerini düzenleyen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu tip sözleşmelerde uygulanacak faiz hakkında zayıf konumda olan tüketiciyi korumaya yönelik hükümlere yer verilmekle birlikte; faiz oranlarının tespiti noktasında genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TKHK m. 83/2 hükmünün yaptığı atıf nedeniyle faiz, genel hükümlerle çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak faiz, hem Türk Ticaret Kanunu hem de Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Aynı zamanda bu iki Kanun'da faiz, farklı şekillerde ele alınmıştır. Bu sebeple TKHK'deki genel hüküm ile kastedilen Kanun'un tespiti gerekmektedir. Burada da tüketici kredisi sözleşmelerinin adi iş-ticari iş ayrımındaki yeri önem taşımaktadır. TKHK ile tüketici kredisi sözleşmelerinde uygulanacak faizin somut sınırlarının çizilmemesi ve bu sözleşmelerin iki yönlülüğü, faiz oranının tespitinde belirsizliğe ve tartışmalara yol açmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici kredisi sözleşmeleri, faiz, üst sınır, adi iş, ticari iş.

ABSTRACT

Although the provisions for the protection of the consumer who is in a weak position about the interest to be applied in this type of agreements are included in the Law no 6502 on Protection of the Consumers which regulates the consumer loan agreements, a general regulation at the point of the determination of the interest rates is not included. The interest should be resolved with general provisions due to the reference made by the provision of the article 83/2 of the Law on Protection of the Consumers. However, the interest is regulated with both the Turkish Commercial Code and the Turkish Code of Obligations. Also, the interest is dealt with in different manners in these two Laws. For this reason, the Law intended by the general provision in the Law on Protection of the Consumers should be determined. The place of the consumer loan agreements in the discrimination of ordinary transaction-business transaction is of importance herein as well. The non-determination of the concrete limits of the interest to be applied in the consumer loan agreements with the Law on Protection of the Consumers and the bidirectionality of these agreements have caused uncertainty and disputes in the determination of the interest rate.

Keywords: Consumer loan agreements, interest, upper limit, ordinary transaction, business transaction.

* Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi,
(mevludiye.mavus@turkpatent.gov.tr)
(Geliş Tarihi : 06.02.2016 / Kabul Tarihi : 10.07.2017)

GİRİŞ

Tüketici kredisi sözleşmesi, tüketicilerin ihtiyaçlarını finanse etmek adına başvuru alan finansman yöntemlerinden biridir. Bu sayede tüketiciler ihtiyaçları için gerekli olan parayı biriktirmeyi beklemeden ihtiyaçlarını giderirken; kredi veren de bu finanse etme işinden faiz veya benzeri bir menfaat elde etmektedir. Görüldüğü üzere tüketici için bu sözleşmeyi yapmaktaki amaç nihai kullanım/tüketim iken; kredi veren için amaç mesleki veya ticari faaliyetidir. Bunun doğal bir sonucu olarak faiz, tüketici kredisi sözleşmesinde kendini gösteren en önemli unsurlardan biridir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da¹ bu tip sözleşmelerde uygulanacak faiz hakkında zayıf konumda olan tüketiciyi korumaya yönelik hükümlere yer verilmeyle birlikte; faiz oranlarının tespiti noktasında genel bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu noktada tüketici kredisi sözleşmesinde faiz unsurunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Faiz, hem Türk Ticaret Kanunu² ile hem de Türk Borçlar Kanunu³ ile düzenlenmektedir. Ekonomik koşullar dikkate alınarak her iki Kanun'da da sabit bir faiz oranına yer verilmemiştir. Ancak Kanun'ların faiz belirleme kıstasları birbirinden farklıdır. TTK'ye göre faiz, "serbestlik ilkesi" doğrultusunda belirlenirken; TBK'ye göre faiz, belirli üst limitlere bağlı kalınarak belirlenmektedir. TBK ile ilk defa hem anapara faizine hem de temerrüt faizine ilişkin genel düzenleme mahiyetinde üst sınır getirilmiştir. Kanun Koyucunun amacı, serbest piyasa araçları ile dengelenemeyen fahiş faiz oranları karşısında zayıfı korumaktır. TKHK'de faiz oranının belirlenmemesi, faizin her iki Kanun'da farklı kıstaslarla ele alınması ve tüketici kredisi sözleşmelerinin adi iş-ticari iş sahası ayrımındaki yeri bu sözleşmelere uygulanacak faiz oranının tespitinde bazı tereddütleri beraberinde getirmiştir.

Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümünde tüketici kredisi sözleşmelerinin adi iş-ticari iş ayrımındaki yeri, anapara faizi ve temerrüt faizi kavramları, TBK'ce getirilen üst sınırlar, bunların yürürlük hukukundaki yansımaları ve ticari işlerde faiz oranının tespiti hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Yapılan açıklamalar ile faizin ve tüketici kredisi sözleşmelerinin yerinin netleştirilmesi he-

deflenmektedir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından TBK ile getirilen faize ilişkin üst sınırların uygulanabilirliğine, bunların yürürlük hukukundaki yansımalarına değinilecektir. Çalışmamızın genel planı bu şekilde olmakla birlikte; amacı, konunun mevzuatta yer alan hükümler, mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler incelenerek konu hakkında görüşlerimizi ileri sürmektir.

I. ADİ İŞ-TİCARİ İŞ AYRIMINDA TÜKETİCİ KREDİLERİ

Tüketici kredisi, 6502 sayılı TKHK m. 22 ile "kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere tüketici kredisi sözleşmesi ancak kredi verenin faiz veya benzeri menfaat karşılığı kredi kullandırması halinde gündeme gelmektedir⁴. Tanım gereği kredi verenin hiçbir menfaat sağlamadığı sözleşmelerin tüketici kredisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁵.

TKHK m. 22 kapsamında tüketici kredisi sözleşmesinde faiz oranının belirtilmesi gerekmektedir. Ancak bu esaslı unsurun sözleşmede yer almamasının yaptırımını, TKHK m. 25/2 ile "Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır..." şeklinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının belirtilmemesi halinde, faizsiz kredi sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır⁶. Bu düzenleme, TKHK'nin getirdiği yeniliklerden biri olup; TBK m. 88/1'e istisna getirmektedir. Şöyle ki; genel kural, faiz oranının taraflarca belirlenmemesi halinde faizin, borcun doğduğu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hü-

1 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete.

2 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete.

3 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete

4 **Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi** (2015) Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), 1. Baskı, İstanbul, Aristo, s. 99.

5 **Kara, İlhan** (2015) Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Engin, s. 1175; **Karakocalı/Kurşun**, s. 99. Kredi sözleşmesinde kredi veren hiçbir menfaat sağlamıyorsa bu tip sözleşmeler faizsiz ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bkz.; **Karakocalı/Kurşun**, s. 99, dn.229.

6 **Yener, Mehmet Deniz** (2015) "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Marmara Üniversitesi Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 7, S. 13, İstanbul, s. 424; **Aydoğdu, Murat** (2010) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, s. 246; **Karakocalı/Kurşun**, s. 106.

kümlerine göre belirlenmesidir (TBK m. 88/1)⁷. Bu yeniliğin öngörülme nedeni madde gerekçesinde, sözleşmede yer alması zorunlu kılınan esaslı unsurların eksiksiz biçimde tüketiciye bildirilmesini sağlamak olarak belirtilmektedir⁸.

Yukarıda da bahsedildiği üzere faiz, TKHK'de tüketici kredi sözleşmelerinde yer alması zorunlu bir unsur olarak öngörülmüş olmasına rağmen; faiz oranı hakkında TKHK'de açık bir hükme yer verilmemektedir. Genel hükümlerde ise faiz sorunu, borcun doğduğu hukuki ilişkinin türüne (adi iş-ticari iş ayrımına)⁹ göre belirlenmektedir. Bu sebeple çözüm, tüketici kredilerinin bu ayırmadaki yerinin tespitine dayanmaktadır. Zira, ticari işlerde faiz oranının belirlenmesinde esas alınan kriter, "ticari iş" kriteridir¹⁰ (TTK m. 8). Sözleşmeler hukukunda da buna benzer ticari sözleşme-adi sözleşme-tüketici sözleşmesi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Özel hukuk alanında klasik görüşe göre yapılan bu sözleşmeler hukuku ayırımı ise, doktrinde çoğunlukla tarafların sözleşme yaparken mevcut iradelerine önem veren amaç teorisine dayandırılmaktadır¹¹. Amaç teorisi,¹² hukuki ilişkinin taraflarını ya da bu tarafların hukuki statülerini değil; tarafların sözleşmeyi yapma iradelerini beyan etmedikleri amacı esas almaktadır.

Adi iş-ticari iş ayırımında tüketici kredilerinin yerini belirlemek için ticari iş ve adi iş kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Adi iş, ticari işin zıddıdır¹³. O halde adi iş sınırlarını belirlemek için, ilk olarak ticari işin sınırlarını belirlememiz gerekmektedir. Ticari iş kavramının sınırları, TTK m. 3 ve 19 hükümleriyle çizilmiştir. TTK m. 3¹⁴, ticari iş konusunda iki temel kriter öngörmektedir. Bunlardan ilki, TTK'de düzenlenen hususların başka hiçbir şart aranmaksızın ticari iş sayılması iken; diğeri, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin

ticari iş sayılmasıdır. TTK m. 19'a göre, bir tacirin tüm işleri kural olarak ticari iş sayılır¹⁵. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır¹⁶ (TTK m. 19/2). Ancak doktrinde bu üç kriter ek olarak ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelere, diğer taraf için de ticari nitelik kazandıran, sirayet edici bir kriterle tespit edilecek ticari işlerden bahsedilmektedir¹⁷. Bu noktada ise dörtlü bir ayrıma gidilerek ticari iş sahasının sınırları çizilmektedir: olumlu-olumsuz kriter ayırımı, taraflara etkisi yönünden yapılan ayırım, esas alınan sistem bakımından yapılan ayırım ve ticari işin doğumuna sebebiyet veren unsur bakımından yapılan ayırım¹⁸. Çalışma konumuz dışına çıkmamak adına doktrindeki bu ayrımlar hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiştir. Ticari iş sahası, esas olarak TTK m. 3 ve 19 kapsamında belirlenen üç kriter ile sınırlı olup; bu üç kriter dışında kalan tüm iş sahaları, adi iş sahasının sınırlarını oluşturmaktadır.

Kavramların sınırları çizildikten sonra yapılacak şey, tüketici kredisi sözleşmelerinin ticari iş sahası içerisinde olup olmadığını belirlemektir. Çünkü adi iş sahası, ticari iş sahası esas alınarak tespit edilmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bu sözleşmeler TTK'de ticari iş olarak sayılmadığı için ilk kriter bakımından ticari iş sahası dışında kalmaktadır. Ticari iş sahasının tespitinde faydalanılan diğer iki kriter açısından taraf unsurunun ön planda olduğu görülmektedir. Bu bakımdan hareket noktası, tüketici kredisi sözleşmelerinin tarafları olmadığıdır. Tüketici kredisi sözleşmeleri, bir tarafın kredi veren (çoğunlukla banka); diğer tarafın ise tüketici olduğu sözleşmelerdir. Tüketici kredi sözleşmesi kredi verenin ticari işletmesiyle ilgili bir işlem olup; TTK m. 3 kapsamında ticari iş sahası içinde kalmaktadır. TTK m. 19/2'ye göre ise bu tip bir sözleşme

7 **Haznedar**, Murat (2014) "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, Y. 2014, s. 13.

8 TKHK m. 25/2 hükmü, 23.03.2001 tarihli Tüketici Sözleşmelerine İlişkin İsviçre Kanunu'nun m.15 hükmü örnek alınarak düzenlenmiştir. Haznedar, düzenlemenin Anayasa uygunluğunun tartışma yaratacağını belirtmektedir. Bkz., **Haznedar**, s.13.

9 **Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün** (2015) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s. 79-80; **İnal, H. Tamer** (2014) 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 722.

10 **Yağcı, Kürşad** (2013) "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHF, C. LXXI, S. 2, İstanbul, s. 427.

11 **Oral, Tuğçe** (2013) "Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması", TAAD, Yıl 4, S. 3, s. 567.

12 **Oral**, s. 555. Bu ayırımı temel, tüketici sözleşmelerinin yeri ve sınırları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Oral**, s. 55 vd.

13 **Yağcı**, s. 428.

14 TTK m. 3; "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir".

15 **Kayihan/Yasan**, s. 73. Tüzel kişi tacirlerin bu karineyi çürütme imkânı bulunmazken; gerçek kişi tacirler TTK m. 19/1'de öngörülen hallerde bu karineyi çürütebilir. TTK m. 19/1; "Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır".

16 Ancak bu kural haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar açısından geçerli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Kayihan/Yasan**, s. 74; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer**, s. 61; **Aydemir**, Efrail (2013) Hukuk Uygulamasında Faiz, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 72. Görüldüğü üzere Kanun Koyucu ticari iş konusunda kriterler getirirken işlemin taraflarını dikkate alarak belirlemelerde bulunmamıştır. Ancak ticari işlere bağlanan sonuçlar bakımından ise işlemlerde taraf sıfatının önem kazanmaktadır. Bu husus ise pratikte uygulanacak hükümlerin tespiti noktasında belirsizlikler yaşanmasına sebep olmaktadır.

17 **Göktürk**, Kürşad (2015) "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.2, s. 28. Yazar temel olarak ticari iş kriterlerini, ikili bir ayırım yaparak belirlemektedir: kanuni tasnif, ticari işler hakkında diğer tasnif türleri. Yazar kanuni tasnifi, yukarıda da bahsettiğimiz üzere TTK m. 3 ve 19 temel olarak tespit edilen üç kriter çerçevesinde ele almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., 12-27.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Göktürk**, s. 28-32.

hem tüketici hem de kredi veren bakımından ticari iş mahiyetindedir.

TKHK m. 2'ye göre ise tüketici kredisi sözleşmeleri, tüketici işlemi mahiyetindedir. Bu tip sözleşmelerde tüketici nihai kullanım/tüketim amacıyla -ki burada ticari ve mesleki olmayan bir amaçtan söz edilmelidir- mal veya hizmet edinirken; karşı taraf (kredi veren) ticari ve mesleki nitelikte hukuki işlemde bulunmaktadır¹⁹. Burada tüketici işlemi ve ticari iş kavramlarının birbirleriyle çelişip çelişmediği akla gelebilir. Ancak tüketici işlemi, ticari işin karşısı değildir. Şöyle ki, TKHK m. 83/2'de bu özellikli durum şu şekilde ifade edilmektedir: “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*”. Kanun Koyucu bu hükümle işin ticari niteliğinin ortadan kalkmayacağını öngörmüş olmakla birlikte; bu durumun tüketici işleminin varlığına da bir etkisi olmayacağını kabul etmiştir²⁰. Kanun Koyucunun bu tercihi ile tüketici kredisi sözleşmelerinde her iki iş türünün (ticari iş-tüketici işlemi) de aynı anda mevcudiyetine izin verilmektedir. Ancak pratikte bu iki tür işe uygulanacak kuralların ve bağlanan sonuçların birbirleriyle çeliştiği alanlar mevcuttur.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN FAİZE İLİŞKİN OLARAK GETİRDİĞİ ÜST SINIRLAR

A. ANAPARA FAİZİ VE TEMERRÜT FAİZİ KAVRAMLARI

Faiz, hukuki açıdan alacağın hukuki ürünü iken; ekonomik açıdan ise belirli bir sermayenin geliridir²¹. Bir başka ifadeyle faiz, alacaklının alacak olarak istemeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre yoksun kalması karşılığında kendisine ödenen bedeldir²². Faiz konusunda çeşitli sınıflandırmalar²³ mevcut olmasına rağmen çalışmamız kapsamında anapara faizi-temerrüt faizi ayrımı üzerinde durulacaktır.

Anapara faizi, paranın belirli bir süre kullandırılması karşılığı olarak ödenen faizdir²⁴. Aynı zamanda ifanın vadeye bağlandığı durumlarda da anapara faizi gündeme gelir²⁵. Bu faiz, borçlunun temerrüde düşmeden önce ödemesi gereken faizdir.

Temerrüt (gecikme) faizi, para borcunu zamanında ödemeyen borçlunun alacaklıya ödediği bedeldir²⁶. Temerrüt faizi ister taraflar arasında kararlaştırılmış olsun ister olmasın borçlunun para borcunu zamanında ödememesi sebebiyle ödemekle yükümlü olduğu faiz türüdür²⁷. Bu noktada adi işlerdeki anapara faizinden ayrılmaktadır. Çünkü adi işlerde kural olarak taraflar anapara faizi ödeneceği noktasında mutabık olmamışlarsa, anapara faizi gündeme gelmezken; temerrüt faizi için aynı şey söylenemez.

Hem anapara faizi hem de temerrüt faizi için yasal faiz-sözleşme faizi ayrımı olmakla birlikte; zaman zaman kanunlarda ve doktrinde bu kavramların birbirine karıştığı görülmektedir. Tarafların sözleşme ile kararlaştırdığı faiz, akdi faizi (sözleşme faiz) iken; tarafların faiz hususunda herhangi bir belirlemede bulunmadığı ve kanunda düzenlediği durumlarda ise yasal faiz gündeme gelir.

B. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN FAİZE İLİŞKİN GETİRDİĞİ ÜST SINIRLAR (TBK M. 88/2 VE M. 120/2-3)

1. Anapara Faizi

a) Oran

Türk Borçlar Kanunu’nun 88. maddesi “*Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir(1). Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz(2)*” hükmüne amirdir. Madde başlığı her ne kadar “faiz” olsa da burada kastedilenin anapara faizi olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur²⁸. Bu hüküm adi işler bakımından uygulanır. Bu husus madde lafzından açıkça anlaşılabilir. Ancak maddenin amaçsal yorumundan ve gerekçe metninden hareketle, maddede yer alan “faiz ödeme borcu” şeklindeki ifade, “anapara faizi ödemek borç olarak sözleşmede kararlaştırılmış olmakla birlikte; uygulanacak anapara

19 Yağcı, s. 428.

20 Göktürk, s. 40.

21 İnan, Ali Naim/Yücel, Özge (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 581; Aydoğdu, s. 85; Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan (2014) Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 3.

22 Eren, Fikret (2012) 6098 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 14. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 978; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 304.

23 Ayrıntılı bilgi için bkz., Eren, s. 980 vd.; Aydemir, s. 33 vd.; İnan/Yücel, s. 581 vd.; Yıldırım, Abdülkerim (2014) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 256 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, Seçkin, s. 613 vd.; Demir, Şamil (2012) “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, s. 235 vd.; İnal, s. 725 vd.

24 Yıldırım, s. 257.

25 Kılıçoğlu, s. 613; Aydoğdu/Ayan, s. 6; Aydoğdu, s. 88-89.

26 Ayan, Mehmet (2012) Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya, Mimoza, s. 336.

27 Temerrüt faizinin bu özelliği hem adi işler hem de ticari işler için geçerlidir. Yani temerrüt faizi istenebilmesi için ne işin niteliği (adi iş-ticari iş) ne de sözleşmede hüküm olup olmaması önem teşkil eder. Bkz., Yıldırım, s. 259.

28 Aydoğdu/Ayan, s. 18; Aydoğdu, s. 92.

faiz oranı belirtilmemişse” şeklinde anlaşılmalıdır²⁹. Kanun Koyucu bu hükümlerle bir yandan adi işlerde uygulanacak anapara faiz oranını taraflarca -bir sözleşme aracılığıyla- belirlenmemesi halinde yürürlükteki mevzuat hükümlerine atıfta bulunarak³⁰ faiz oranını tespitinde uygulanacak kriterler getirirken; bir yandan da akdi anapara faizine atıfta bulunan faiz hükümleri uyarınca tespit edilecek faiz oranına üst sınır getirmektedir.

Adi işlerde sözleşme ile anapara faizinin ödenmesi kararlaştırılmış olmakla birlikte; faiz oranı, sözleşmede belirtilmemiş ise TBK m. 88/1’in yaptığı atıf nedeniyle 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun³¹ uygulama alanı bulacaktır. 3095 sayılı Kanun m. 1/1’de³² bu halde uygulanacak yasal anapara faiz oranı, %12 olarak belirlenmiştir. Ancak 3095 sayılı Kanun m. 1/2 ile verilen yetkiyle Bakanlar Kurulu³³ adi işlerde yasal anapara faizini %9’a indirmiştir. Yani halen geçerli olan yasal anapara faizi oranı, yıllık %9’dur.

b) Üst Sınır

Adi işlerde taraflar sözleşme ile anapara faizi belirleyip belirlememe noktasında serbest olmakla birlikte; anapara faizinin oranını belirleme noktasında kanuni bir üst limit ile karşı karşıya kalmaktadır (TBK m. 88/2). Adi işlerde yasal anapara faiz oranını düzenleyen TBK m. 88/1 hükmü, eski kanun ile paralel iken; akdi anapara faizine üst sınır getiren TBK m. 88/2 hükmü, yeni bir düzenlemedir. Bu yeni düzenleme birtakım fikir ayrılıklarını³⁴ da beraberinde getirmiştir. Doktrinde Kanun Koyucunun akdi anapara faizine üst sınır getirmekteki amacı, farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre, Kanun Koyucu Anayasa m. 2’de yer alan sosyal devlet ilkesinin gereği zayıf koruma düşüncesiyle hare-

ket etmektedir³⁵. İkinci bir görüş ise bunu, fahiş faiz oranlarının serbest piyasa araçları ile ortadan kaldırılamayacağı dikkate alınarak yasama yetkisi ile bu müdahalenin gerçekleştirilmesi olarak yorumlamaktadır³⁶. Üçüncü görüş ise, karşılaştırmalı hukukta faize ilişkin sınırlamaların varlığından ve önceki Yargıtay uygulamalarından³⁷ hareketle Kanun Koyucunun anapara faizine üst sınır getirme yönünde tercihte bulunmasına neden olduğunu savunmaktadır³⁸. Doktrindeki hakim görüş, adi işler bakımından Kanun Koyucunun anapara faizine üst sınır getirme noktasındaki tercihinin yerinde bulmaktadır³⁹.

TBK m. 88/2 hükmü, akdi anapara faiz oranının birinci fıkrada belirlenen yıllık faiz oranının %50’sini aşamayacağı belirtilmektedir. Yukarıda yasal anapara faiz oranını %9 olarak tespit ettiğimize göre, akdi anapara faiz oranı %13,5’i ($9 \times 1,5 = 13,5$) aşamaz. Buna göre, akdi anapara faiz oranı yalnızca yıllık %13,5 veya %13,5’in altında bir oran olabilir.

Peki, bu üst sınırı aşacak mahiyette anapara faizinin ödeneceğinin kararlaştırılması halinde nasıl bir yol izlenmelidir? Üst sınıra ilişkin TBK m. 88/2 hükmü, emredici mahiyettedir. Bu sebeple, akdi anapara faizinin üst sınırı aşan oranı “kısmi hükümsüzlük” yaptırımına tabi olacaktır (TBK m.27/2)⁴⁰. Yani, sözleşmedeki faiz hükmü dışındaki hükümler aynen geçerliliğini korurken; faiz hükmü, kanunda belirtilen üst sınıra indirilerek sözleşme bir bütün olarak ayakta tutulacaktır.

2. Temerrüt Faizi

a) Oran

Temerrüt faizi oranı, TBK m. 120 hükmü ile “Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt fa-

29 Bu bakımdan Eski Borçlar Kanunu’nun anapara faizini düzenleyen 72. Maddesi daha doğru kaleme alınmıştır. Söz konusu hüküm, adi işlerde anapara faizinin kural olmadığı dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Ancak TBK kaleme alınırken bu durum göz ardı edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Aydemir**, s. 37; **Aydoğdu/Ayan**, s. 18; **Aydoğdu**, s. 92; **Oğuzman/Öz**, s. 309.

30 Kanun Koyucu TBK m. 88/1’de sabit bir faiz oranına yer vermemesinin sebebinin madde gerekçesinde şu şekilde açıklamıştır: “Faiz oranının sıkça değiştirilebildiği göz önünde tutularak temel bir kanun olan Türk Borçlar Kanunu’nda sabit bir oran belirtilmemesi uygun görülmüştür”.

31 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmî Gazete

32 3095 sayılı Kanun m. 1: “Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu-na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir”.

33 19.12.2005 tarih ve 2005/9832 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 30.12.2005 tarih ve 26039 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Bkz., **Eren**, s. 980.

34 Fikir ayrılığı, TBK m. 88/2’nin yürürlük tarihinin uygulamaya yansması ve ticari işler bakımından uygulanabilirliği noktasında yaşanmış olup ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

35 **Demir**, Mehmet (2012) Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara, Adalet, s. 31-33.

36 **Demir**, Ş., s. 219.

37 Eski Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay aşırı faizleri, gabin, ahlaka aykırılık, kişilik haklarına aykırılık ve TMK m. 2 hükmü kapsamında yer alan objektif iyiniyet kurallarına aykırılık şeklinde yorumlayarak sınırlandırmakta idi.

38 **Aydoğdu/Ayan**, s. 19-20; **Aydoğdu**, s. 93-94.

39 Aynı yönde **Aydoğdu/Ayan**, s. 19; **Aydoğdu**, s. 94; **Buz**, Vedat “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi” Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU (2012), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul, On İki Levha, s. 91-111, s. 155.

40 **Aydoğdu/Ayan**, s. 19; **Aydoğdu**, s. 93; **Yağcı**, s. 424; **Demir**, Ş., s. 220; **Kırkbeşoğlu**, Nagehan (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, BATİDER, C. 28, S. 4, Aralık, s. 147, s. 2. Doktrinde bazı yazarlar burada TBK m. 27/2’nin ikinci cümlesinin uygulanmayacağı ileri sürmektedir. Yani akdi anapara faiz sınırını aşan hükümler olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacağı ileri sürülemez. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Oğuzman/Öz**, s. 309; **Demir**, M., s. 31-32.

izi oranı, birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur” şeklinde düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere ilk fıkrada sözleşmede temerrüt faizi oranının belirtilmemesi halinde uygulanacak faiz konusunda sabit bir oran öngörülmektedir. Bunun yerine faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında amacın, anapara faizi ile paralel olduğu görülmektedir⁴¹.

Temerrüt faiz oranının sözleşme ile kararlaştırılmaması halinde –TBK m. 120 atfıyla- 3095 sayılı Kanunu’nun m. 2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. 3095 sayılı Kanunu m. 2 şu şekildedir: “Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz”. Bu doğrultuda temerrüt faizi, adi iş-ticari iş ayrımı dikkate alınarak belirlenmektedir. Biz bu başlık altında sadece adi işlerde uygulanacak temerrüt faizi oranına değineceğiz⁴². 3095 sayılı Kanun m. 2/1 hükmü, adi işlerdeki temerrüt faiz oranının tespiti noktasında birinci maddeye atıfta bulunmaktadır. O halde adi işlerde temerrüt faizi, sözleşmede kararlaştırılmamışsa -başka bir ifadeyle yasal temerrüt faizi- yıllık %9 olarak saptanmaktadır.

41 Bu konuda TBK. 120’nin madde gerekçesi ve dipnot 28 incelenebilir.

42 Ticari işlerde faiz konusunun çalışmamız kapsamında kalan kısmı “C.” Başlığı altında incelenecektir. Kısaca söylemek gerekirse ticari işlerde temerrüt faizinin sözleşme ile kararlaştırılmaması halinde 3095 sayılı Kanun m. 2/2’ye göre kural olarak geçerli olan kısa vadeli avans faiz oranı uygulanacaktır. (01.01.2016-31.12.2016 tarihleri arasında geçerli olan kısa vadeli avans faiz oranı %10,5’tir.)

b) Üst Sınır

Kanun Koyucu TBK m. 120/2 ve 3 hükümleri ile temerrüt faizi oranına dair bir takım sınırlamalar getirmektedir. TBK m. 120/2 hükmü ile tarafların temerrüt faizinin oranını belirleme özgürlüğü, üst sınır getirmek suretiyle daraltılmıştır. Şöyle ki, taraflar temerrüt faizini kararlaştırmışlarsa bu oran, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. TBK. m. 120/1 hükmü uyarınca belirlenen yasal temerrüt faiz oranı %9 olarak tespit edildiğine göre; akdi temerrüt faizi %18’i (%9+%9) aşamaz⁴³. Bu düzenlemenin amacı, madde gerekçesinde şu şekilde açıklamaktadır: “Bu emredici hükümle temerrüde düşülmüş olsa bile Anayasa’nın 2 nci maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak uygulamada örnekleri sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunması amaçlanmıştır”.

Maddenin üçüncü fıkrası ise tarafların sözleşme ile anapara faiz oranını belirlemesine rağmen; temerrüt faizini kararlaştırmamaları halinde temerrüt faizinin tespitinde kriter getirmektedir. Bu halde akdi anapara faiz oranı, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca tespit edilen yasal temerrüt faiz oranından (adi iş için %9) fazla ise temerrüt faiz oranı, akdi anapara faizi oranı şeklinde uygulanacaktır. Örneğin, taraflar aralarında %10 oranında anapara faizi ödenmesini kararlaştırmasına rağmen; temerrüt faizi hakkında herhangi bir belirlemede bulunmadığını varsayalım. Bu ihtimalde, akdi faiz oranı (olayımızda %10) yasal temerrüt faizi oranından (%9) daha fazla olduğu için borçlunun ödeyeceği temerrüt faizi oranı %10 olacaktır. Kanun Koyucunun temerrüt faizinin anapara faizinin altında kalmamasını tercih etme sebebi, temerrüde düşen borçlunun sözleşmede hüküm bulunmamasından faydalanarak yarar sağlamanın önüne geçmektir. Bu hüküm, 3095 sayılı Kanun m. 2/3⁴⁴ hükmü ile eşittir⁴⁵.

3. Yürürlük Hukuku Bakımından Üst Sınır Uygulaması

Türk Borçlar Kanunu ile getirilen üst sınırlara ve bunlara aykırılığın yaptırımlarına değindikten

43 Burada taraflar arasındaki işin adi iş olması dikkate alınarak temerrüt faizi ve bunun TBK m. 120/2 uyarınca belirlenen üst sınırı belirlenmiştir.

44 3095 sayılı Kanun m. 2/3; “Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktardan üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz”.

45 Kılıçoğlu, s. 621.

sonraki adımımız, söz konusu hükümlerin yürürlük hukukundaki⁴⁶ durumlarını açıklamaktır. Söz konusu hükümlerin yürürlüğünü tespit etmek için 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'a⁴⁷ bakmamız gerekmektedir. Yürürlük Kanunu m. 1⁴⁸ hükmü, TBK'nin yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır. Genel kural niteliğinde bir düzenlemeye yer verildikten sonra ise Yürürlük Kanunu m. 2, 3 ve 4 ile bu genel kurala istisnalar getirilmektedir. Bu istisnalar arasında konumuzu ilgilendiren ise, kamu düzeni⁴⁹ ve genel ahlaka ilişkin kuralların gerçekleştiği tarih dikkate alınmaksızın tüm işlemler bakımından derhal TBK hükümlerinin uygulanmasını öngören ikinci maddede hükmüdür⁵⁰. Yürürlük Kanunu m. 7 hükmü; *"Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76 ncı, faize ilişkin 88 inci, temerrüt faizine ilişkin 120 nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138 inci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır"* şeklindedir. Her iki hüküm⁵¹ birlikte değerlendirildiğinde, görülmekte olan davalarda dahi anapara faizi ve temerrüt faizine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁵². Ancak Yargıtay'ın

yürürlük bakımından çok farklı uygulamaları olmakla birlikte; son kararlarında Yargıtay söz konusu hükümleri geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde uygulamaktadır⁵³. Doktrindeki bir görüş⁵⁴ gibi biz de üst sınıra ilişkin olarak getirilen söz konusu hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanmasının Yürürlük Kanunu doğrultusunda mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Aksinin kabulü yürürlük hukukuna hakim olan "geçmişe etki yasağı"na, hukuk düzeni tarafından oluşturulmak istenen "belirlilik ilkesi"ne ve daha da genel anlamda "dürüstlük kuralı"na aykırılık teşkil edeceği gibi borcunu ödemeyerek faiz konusunda dava açılmasına sebep olan borçlunun, borcunu ödeyen borçluya nazaran daha korumalı bir duruma getirilmesine yol açacaktır.

C. TİCARİ İŞLERDE FAİZ ORANININ SERBESTÇE KARARLAŞTIRILABİLMESİ (TTK M. 8)

Yukarıda ticari iş-adi iş sahasının ayırımından bahsederken bu ayırımın kendisini uygulanacak hüküm ve sonuçlar bakımından gösterdiğine değinmiştik. İşte bu noktalardan biri de faizdir. Ticari işlere uygulanacak faiz hükümleri, adi işlere uygulanacak faiz hükümlerinden farklıdır. Aralarında ki en temel fark, ticari işlerde faiz oranının serbestçe

46 Yürürlük hukuku, yeni bir kanunun yürürlüğe girmesinden sonra somut olaya yeni kanun mu yoksa eski kanunun mu uygulanacağını tespit etmeye çalışır. Tanım için **İnceoğlu**, M. Murat, "Faize İlişkin Yürürlük Kanunu'nun 7. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararları": Yeniocak, Umud (Editör) Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (TBK-TTK-HMK) (2014), 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 27.

47 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete. Çalışmamız boyunca "6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'u" ifadesi yerine "Yürürlük Kanunu" ifadesi kullanılacaktır.

48 Yürürlük Kanunu m. 1; *"Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir"*.

49 Yürürlük hukuku kapsamında kamu düzeni ile kastedilen, "zayıf tarafı koruyucu nitelikte emredici hükümler"dir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **İnceoğlu**, s. 28.

50 Yürürlük Kanunu m. 2; *"Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır"*.

51 Yürürlük Kanunu m. 2 ve 7 hükümleri.

52 Yürürlük Kanunu m. 7 hükmünün uygulanması hakkında doktrinde anapara faizi ve temerrüt faizi bakımından ayırım yapılması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur. Bu görüşe göre temerrüt faizi bakımından Yürürlük Kanunu m. 7 hükmü iki şekilde yorumlanabilir. Bunlardan ilki, temerrüt eski kanun döneminde ortaya çıksa bile TBK'nin yürürlük tarihinden (01.07.2012) itibaren TBK m. 120'de ön görülen üst sınırın uygulanması iken; ikincisi TBK m. 120'de öngörülen üst sınırların geçmişe etkili olarak uygulanması şeklindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu E. 2012/7-502, K. 2012/707, T. 10.10.2012 sayılı ilam da göz önünde

bulundurulduğunda Yargıtay'ın yeni kararları bakımından ikinci görüşün hakim olduğu söylenebilir. (Karar için Bkz., **Aydoğdu/Ayan**, s. 32) Yine bu görüşe göre, TBK m. 88'de öngörülen üst sınırın görülmekte olan davalara yansması yani Yürürlük Kanunu m. 7 üç farklı şekilde yorumlanabilir. Bunlardan ilki, TBK m. 88'de öngörülen üst sınırı geçmişe etkili olarak uygulanması yorumu; ikincisi söz konusu sınırlamanın ancak TBK'nin yürürlük tarihinden (01.07.2012) sonraki taksitler için uygulanması yorumu iken; sonuncusu ise üst sınırın 01.07.2012 tarihinden önceki kredi sözleşmeleri bakımından uygulanmaması gerektiği yönündeki yorumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Aydoğdu/Ayan**, s. 30-34.

53 Y. 13. HD., E. 2012/17865, K. 2012/26319, T. 22/11/2012; "...Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı sözleşmede kararlaştırılmamış ise bu oran birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK m. 120/2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2 adi işlerde %9+ yüzde yüz fazlası=%18'i, ticari işlere avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (01.01.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faiz oranı %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır). Hal böyle olunca mahkemece hükmedilecek komisyon ücretinin yukarıda açıklanan şekilde temerrüt tarihinden itibaren %18 temerrüt faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde aylık %10 (yillik %120) faizi ile tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir". (Karar için bkz., **Karışık**, Enver (2014) "Bankacılık, Adi ve Ticari İşte Akdi, Temerrüt Faiz, 3095 Sayılı Faiz Kanununun Uygulanması, Yasal/Ticari Faiz Cetvelleri ve Bazı Yargıtay İçtihatlarına Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, s. 449-453.) Aynı doğrultuda Y. 13. HD. E. 2012/22521, K. 2013/2611, T. 07.02.2013 kararı, yine aynı dairesinin E. 2012/23677, K. 2013/3886, T. 20.02.2013 kararı. (Kararlar için bkz., **Ünal**, Rahmi/İlgün, Candaş (2013) Açıklamalı-İçtihatlı Örnek Yargıtay Kararları Tüketiciinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 443-446.)

54 **İnceoğlu**, s. 30-31.

kararlaştırılabilirliği (TTK m. 8/1). Bu hükümde yer alan “faiz” ifadesinden, hem anapara faizi hem de temerrüt faizi anlaşılmalıdır⁵⁵. TTK m. 9 hükmü, “*Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, ticari işlerde faizi düzenleyen TTK hükümlerinde –TBK’nin aksine– herhangi bir üst sınıra yer verilmemektedir. Ticari işlerde faiz oranı tespiti noktasında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar,⁵⁶ TTK m. 9’daki “ilgili mevzuat” ifadesinin TBK’yi de içerecek şekilde düşünülmesi gerekliliğinden, faize üst sınır getiren TBK maddelerinin gerekçe metinlerinden ve söz konusu TBK hükümlerin kişi bakımından herhangi bir sınırlamanın öngörülmemesinden hareketle; ticari işlerde “faiz serbestisi” ilkesinin TBK’nin üst sınır öngören hükümleriyle sınırlandırıldığını savunmaktadır. Diğer bir kısım yazarlar⁵⁷ ise, ticaret hukukuna egemen “faiz serbestisi”ne ancak ve ancak TTK’de açıkça belirtilmek suretiyle –tıpkı TTK m. 8/3 hükmünde olduğu gibi– bir sınırlama getirilebileceğini savunmaktadır. Bu sebeple de TTK m. 9 ile atıfta bulunulan kanun ile 3095 sayılı Kanun kastedilmekte olup, ticari işler bakımından söz konusu üst sınırlarının uygulanamayacağını ileri sürmektedir.

Ticari işlerde faiz konusunda özellik arz eden bir diğer hüküm, “*Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır*” şeklindedir (TTK m. 8/3). Bu hüküm, TTK m. 8/1’e istisna getirmektedir. Bu istisnai düzenlemeye aykırılığın yaptırımı, TTK m. 8/4 ile “*Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir*” şeklinde düzenlenmektedir⁵⁸. Sonuç olarak taraflar, “dürüstlük kuralı (TMK m. 2)” çerçevesinde ve emredici hükümlere bağlı kalarak ticari işlerde faiz oranını

serbestçe kararlaştırılabilir⁵⁹. Doktrinde TBK’nin faize ilişkin getirdiği üst sınırların ticari işlerde hakim olan “serbestlik ilkesi” kuralını ihlal edip etmediği tartışmalı olmakla; çalışmamız kapsamında yer almadığından ayrıntısına girilmeyecektir⁶⁰.

TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN FAİZE İLİŞKİN GETİRDİĞİ ÜST SINIRLARIN TÜKETİCİ KREDİLERİ BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. TÜKETİCİ KREDİLERİNDE FAİZ ORANININ TESPİTİ

Tüketici kredileri bakımından faiz oranının tespiti noktasında ilk bakılması gereken kaynak, TKHK olmalıdır. TKHK’de tüketici kredilerinin faiz veya başka bir menfaat karşılığında verilen bir kredi türü olduğuna (TKHK m. 22), belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının sabit olarak belirleneceğine (TKHK m. 25/1), tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi faiz, efektif yıllık faiz miktarının sözleşmede belirtilmemesi halinde tüketici kredisi sözleşmesinin faizsiz olarak sayılacağına (TKHK m. 25/2), belirsiz süreli tüketici kredilerinde faiz oranında değişiklik yapılması haline (TKHK m. 26/2), erken ödeme halinde kredi verene faiz oranında indirim yapma yükümlülüğüne (TKHK m. 27) yer verildiği görülmektedir. Tüketici Kredisi Sözleşmesi Yönetmeliği⁶¹ m. 5 ve 6 hükmü ile kredi veren, tüketici kredisi sözleşmelerinde uygulanacak faiz oranları hakkında tüketiciyi bilgilendirmekle yükümlü kılınmıştır. Yönetmeliğin m. 5 ve 6 hükümleri ile TKHK m. 25/2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının belirtilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁶².

TKHK’de tüketici kredilerinde uygulanacak faizin oranına yönelik somut bir sınır çizilmemektedir. Bir başka deyişle, TKHK tüketici kredilerinde uygulanacak faiz hakkında ne sabit bir oran belirlemede ne de bu konuda bir kritere veya açık bir atfa yer vermektedir. Kanun Koyucunun zayıf konumda olan tüketiciyi koruyan genel bir faiz düzenlemesine yer vermesi, doktrinde de arzu edilen bir netice olmasına rağmen; Kanun Koyucu, bu noktada özel

55 Eren, s. 983.

56 Aydoğdu, s. 96; Kırkbeşoğlu, s. 162; Karmış, s. 438.

57 Eren, s. 981-983; Poroy/Yasaman, s. 96-99; Yağcı, s. 432; Demir, Ş., s. 223-224; Yıldırım, s. 229; Cansel/Özel, s. 237; Orbay Ortaç, Nuran (2014) “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 126; Oğuzman/Öz, s. 309. Yargıtay 19. HD’nin ticari işler bakımından TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin uygulama alanı bulmadığı yönünde pek çok kararı mevcuttur. Y. 19. HD., E. 2013/11967, K. 2013/17753, T. 11.11.2013; “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 8. Maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirlenebileceğinin düzenlenmesi karşısında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 88. ve 120. maddelerinin ticari nitelikte olan kredi sözleşmelerine uygulanamayacağı gerekçesiyle...” Karar için bkz., Aydoğdu/Ayan, s. 238 dn. 457. Aynı yönde Y. 19. HD., E. 2013/10777, K. 2013/14096, T. 18.09.2013; Y. 13 HD. E. 2012/22057, K. 2013/1471, T. 28.01.2013 (ilk kararı için bkz., Orbay Ortaç, s. 126; ikinci karar için bkz., Ruhi, Ahmet Cemal (2013) Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1613-1614).

58 TTK m. 8/4’de aykırılık, yokluk yaptırımına tabi tutulmuştur. Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilerek, “yokluk” ile kastedilen kesin hükümsüzlük olduğu savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Yağcı, s. 430.

59 Orbay Ortaç, s. 126.

60 Tartışma için bkz., Orbay Ortaç, s. 126 vd.; Yağcı, s. 433 vd.; Aydoğdu/Ayan, s. 236 vd.

61 22.05.2015 tarih 29363 sayılı Resmi Gazete

62 Tarafların sözleşmede faiz oranının belirlenmemesi halinde TKHK m. 25/2 uygulama alanı bulmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., “1. Adi İş-Ticari İş Ayrımında Tüketici Kredileri” başlıklı bölüm.

bazı hukuki ilişkiler bakımından koruma getirmeyi tercih etmektedir⁶³. Bu da doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmaktadır. Kanunda hüküm bulunmadığına göre, TKHK m. 83/1'in yaptığı atf nedeniyle genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir. Ancak faizin, hem TBK hem de TTK ile düzenlenmesi; genel hükmün tespiti noktasında farklı görüşleri ortaya çıkarmaktadır. Bu genel hükmün net bir şekilde belirtilmemesi doktrinde oluşan fikir ayrılıklarının temelinde yatan bir sebeptir. Bir diğer sebep ise tüketici kredilerinin hem ticari iş hem de tüketici işlemlerinde olması; ancak bu iki iş türüne uygulanacak hükümlerin farklı olmasıdır. Kanun Koyucu tüketici kredisi sözleşmelerinin bu iki yönlülüğünün her iki tarafın işlem sahasına etki etmeyeceğini kabul etmekle (TKHK m. 83/2); ortaya herhangi bir sorun çıkmayacağını düşünmüş olmalıdır. Ancak bu şekilde getirilen bir ara çözümün pratikte yansımaları nasıl olur? Özellikle konumuz açısından düşünecek olursak; faize ilişkin TKHK'de hüküm bulunmadığına göre, diğer taraf için geçerli olan kurallar, TTK m. 19/2 gereği kendiliğinden kredi alan tarafından da mı geçerli sayılmalıdır? Yani bir taraf için ticari iş mahiyetinde olan bir sözleşme söz konusu olduğuna göre, burada faiz için TTK'nin öngördüğü "serbestlik ilkesi" dikkate alınarak, tüketici kredilerinde de faiz oranının taraflarca (özellikle kredi verence) serbestçe kararlaştırılabileceği kanısına mı ulaşılmalıdır? Tüketici kredilerinde uygulanacak faiz hususunda TTK'de hakim olan "serbestlik ilkesi" uygulansa bile; bu faiz oranına getirilen bir üst sınır var mıdır?

Tüketici kredilerinde uygulanacak faizin tespiti noktasında yukarıda açıkladığımız nedenlerle doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki bu farklı görüşlere geçmeden önce çalışmamızın bu ve bundan sonraki kısımlarının TKHK kapsamında yer alan tüketici kredilerinin tamamını kapsadığını belirtmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte tüketici kredilerinin kapsamı⁶⁴ genişletilmiştir. Kredi kartı ve kredili mevduat hesaplarının belirli şartlar altında tüketici kredisi sayılacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde tüketici kredisi ve tüketici kredisi sayılan sözleşmelerde uygulanacak faiz oranlarının tespiti

noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, kredi kartı sözleşmeleri bakımından⁶⁵ 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile kredili mevduat hesabı sözleşmeleri bakımından ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile azami anapara faizi ve temerrüt faizi oranları özel olarak düzenlendiğinden bu iki tip tüketici kredisi sayılan işlemler bakımından uygulanacak faiz oranlarının sınırları belirli olup, bu konuda herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır⁶⁶. Doktrindeki diğer bazı yazarlara göre ise, her ne kadar kredi kartı için uygulanacak akdi ve temerrüt faizi oranları tespit edilirken başvurulacak olan 3095 sayılı Kanun m. 4 hükmünün atfı ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'na atıfta bulunulmuş olsa da; TBK'deki söz konusu hükümlerin kaleme alınışından bunların kredi kartlarına uygulanmayacağı hususu açıkça düzenlenmediği için TBK m. 88/2 ve TBK m. 120/2-3 hükümlerinin kredi kartları bakımından da uygulanması gerekmektedir⁶⁷. Konu hakkındaki Yargıtay uygulaması doktrindeki ikinci görüş doğrultusundadır⁶⁸. Doktrindeki ikinci görüşe katıldığımızı belirterek, çalışmamız kredi kartları ve kredili mevduat hesaplarının tüketici kredisi sayıldığı haller ile doğrudan tüketici kredileri olan sözleşmeleri kapsamaktadır.

İlk olarak, TTK m. 8/3 ile faiz konusunda tüketicilerin ticari iş sahası dışında bırakıldığı unutulmamalıdır. Aksinin kabulü her iki Kanunda karşılıklı yapılan atıfların birbirine geri döndüğü sonucunu doğuracaktır⁶⁹. Doktrindeki hakim görüşe göre, tüketici kredisi sözleşmelerinde kredi veren tarafın faiz oranını serbestçe belirleme yetkisi bulunmamaktadır⁷⁰. Biz de doktrinde hakim olan bu görüşe katılmaktayız. Doktrindeki bir diğer görüş⁷¹

63 Göktürk, s. 39; Aydoğdu/Ayan, s. 237 vd.

64 Ayrıntılı bilgi için bkz., Kara, s. 1168 vd.; Yener, s. 409-436, s. 410 vd.; Deryal, Yahya/Korkmaz, Yakup (2015) Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 131 vd.; Aslan, İ. Yılmaz (2014) 6502 sayılı Kanununa Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Ekin, s. 376 vd.; Özel, Çağlar (2014) Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.176.

65 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylan, Ebru (2015) "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", TBB Dergisi, 2015/117, s. 256 vd.

66 Haznedar, s. 14; Yener, s. 424.

67 Demir, Ş., s. 229 vd.; Ceylan, s. 262; Aydoğdu, s. 122.

68 Y. 13. HD., E. 2012/22521, K. 2013/2611, T. 07.02.2013; Y. 13. HD. E. 2012/23677, K. 2012/3886, T. 20.02.2013. Kararlar için bkz. Ünal/İlgün, s. 443-446. Kredili mevduat hesabı alacağına ilişkin olarak TBK m. 88/2 ve TBK m. 120/2'nin 01.07.2012 tarihinden itibaren görülmekte olan davalarda uygulanacağı hakkında Y. 13. HD., E. 2013/6932, K. 2013/16922, T. 20.06.2013 kararı mevcuttur. Karar için bkz., Karmış, s. 472.

69 Göktürk, s. 41.

70 Aydoğdu/Ayan, s. 238; Aydoğdu, s. 122; Haznedar, s. 14; Göktürk, s. 41; Demir, Ş. s. 223; Yener, s. 425

71 Reisoğlu, Seza (2012) "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi", Bankacılar Dergisi, S. 82, İstanbul, s. 110; Kayar, İsmail, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 1997, s. 14.

ise, kredi sözleşmelerinin TTK m. 19/2 gereğince ticari iş olarak kabul edilmesinin sonucu olarak burada da “serbestlik ilkesi”nin uygulanması gerektiği yönündedir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde uygulanacak faiz oranının kredi veren tarafından serbestçe belirlenemeyeceği tespit edildikten sonra üzerinde durulması gereken diğer bir konu olan faiz oranı bakımından burada TBK’de yer alan üst sınırların uygulanıp uygulanmayacağıdır.

B. TÜKETİCİ KREDİLERİNDE TBK İLE GETİRİLEN FAİZ ÜST SINIRLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Tüketici kredilerinde faiz oranının kredi sözleşmesinde açıkça yer verilmesi gerektiğine ancak bu oranın kredi verence serbestçe belirlenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu noktada TBK’de yer alan faiz üst sınırlarının burada uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun temelinde ise tüketici kredisinin iki iş sahasında birden yer alması yatmaktadır.

Tüketici kredilerinde faiz tespit edilirken, genel hükümlere gidilmelidir (TKHK m. 83/1). “Genel hüküm”le kastedilen kanunun ne olduğunun doktrinde tartışılan bir konu olduğuna yukarıda değinmiştik. Ancak kanaatimizce “genel hüküm”le kastedilen kanunun Türk Borçlar Kanunu olduğu kabul edilmelidir⁷². TTK m. 8/3 ile TKHK’ye yapılan atfın içinin boşaltılmaması adına bu sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü TTK m. 8/3 hükmü ile TKHK’ye atıfta bulunmakta; ancak TKHK’de faize uygulanacak bir üst limit yer almamaktadır. Ayrıca burada, tüketici kredisi sözleşmeleri iki sahada da yer alan bir işlem olmakla birlikte; tüketici işleminin söz konusu olduğu yerde ticari iş sahasının daraldığının kabulü gerekmektedir. Aksinin kabulü, tüketicinin korunmasını temel amaç edinen TKHK’nin ruhuna uygun düşmez. Yapılan açıklamalar doğrultusunda, TBK’nin gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizine ilişkin olarak getirdiği üst sınırların tüketici kredileri bakımından uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonucu, TBK m. 88 ve TBK m. 120 hükümlerinin kaleme alınış şekli de desteklemektedir. Yani madde lafızlarında söz konusu hükümlerin uygulanacağı kişiler bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir.

C. YÜRÜRLÜK HUKUKU BAKIMINDAN TÜKETİCİ KREDİLERİNDE FAİZ ÜST SINIRLARI

Tüketici kredilerinde uygulanacak faiz oranlarının TBK’de belirtilen üst limitlerle sınırlandırıldığı sonucuna varılmaktadır. Ancak bu üst sınırların yürürlüğü konusu, anapara faizi ve temerrüt faizi bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır⁷³. Bunun temel sebebi ise TKHK ve TBK’nin yürürlük tarihlerinin farklı olması ve 4077 sayılı (eski) TKHK⁷⁴de temerrüt faizi hakkında farklı bir üst sınıra yer verilmesidir. Sorun bu şekli ile ortaya koyulduktan sonra ilk yapılması gereken, eski TKHK’de faize ilişkin hükümlere değinmek olmalıdır.

Eski TKHK’de anapara faizine ilişkin herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Yani anapara faizi bakımından, eski TKHK’deki durum ile 6502 sayılı TKHK’deki durum aynıdır. Bu sebeple TBK m. 88/2’de öngörülen üst sınır, tüketici kredileri bakımından TBK’nin yürürlük tarihinden (01.07.2012) itibaren uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak, 01.07.2012’den itibaren tüketici kredilerinde uygulanacak anapara faizi oranının üst sınırı yıllık %13,5’tir.

Tüketici kredisi sözleşmelerinde uygulanacak temerrüt faizi bakımından, eski TKHK m. 10/2 hükmü ile “sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçememek” şeklinde bir üst sınır düzenlenmişti. TBK m. 120 hükmü ile sözleşmelerde uygulanacak temerrüt faizi bakımından “yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz” şeklinde bir üst sınır getirilmektedir. TBK’nin yürürlüğe girdiği tarihte (01.07.2012), eski TKHK yürürlükte⁷⁵ olduğuna göre, TBK’nin yürürlük tarihinden sonra tüketici kredilerinde uygulanacak temerrüt faizinin üst sınırının hangi kanun hükümlerine göre belirleneceği noktasında kanunlar arası çatışma doğmaktadır. Şöyle ki, TBK’nin yürürlük tarihinden sonra tüketici kredilerinde uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, eski TKHK’ye göre sözleşmede belirlenen faiz oranının -ki bu TBK m. 88/2 gereği en çok %13,5’tir- %30’nu geçemeyeceğine göre en çok

72 Göktürk, s. 41; Karakoca/Kurşun, s. 107; Haznedar, s. 14; Karmış, s. 466. Aksi yönde Yağcı, s. 427.

73 TBK’de getirilen sınırlamaların hem temerrüt faizine hem de anapara faizine ilişkin olması doktrinde de övgüyle karşılanmıştır. Eski TKHK sisteminde olduğu gibi yalnızca temerrüt faizine somut bir sınırlama getirilmesi tam anlamıyla bir sınırlama getirilmiş olmayacağı belirtilmiştir Bkz., Aydoğdu, s. 96.

74 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmî Gazete.

75 6502 sayılı TKHK m. 87 hükmü gereği, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

%17,55 (13,5x1,30=17,55) olarak tespit edilirken; TBK m. 120/2'e göre ise en çok %18⁷⁶ olarak tespit edilmektedir. Bu noktada, 01.07.2012-28.05.2014 tarihleri arasında tüketici kredileri bakımından uygulanacak temerrüt faizi, önceki tarihli özel kanuna (eski TKHK) göre mi; yoksa sonraki tarihli genel kanuna (TBK) göre mi belirlenmeli sorusu ortaya çıkmaktadır. Çözüm, önceki tarihli özel kanunu uygulamak olmalıdır. Yani 01.07.2012 tarihinden 6502 sayılı TKHK'nin yürürlük tarihine (28.05.2014) kadar temerrüt faizinde üst sınır, eski TKHK kapsamında yıllık %17,55 olarak tespit edilmelidir⁷⁷. Ancak 4077 sayılı (eski) TKHK'de tüketici kredilerinin kapsamı yeni Kanun'a göre daha dar olduğu için, %17,55'lik temerrüt faizi oranı, yalnızca bu kanun kapsamında kalan tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından uygulanmalıdır. Yani 6502 sayılı TKHK ile ilk defa tüketici kredisi sözleşmesi kapsamında değerlendirilen sözleşmeler bakımından, 01.07.2012 tarihinden itibaren TBK'de öngörülen temerrüt faizi üst sınırı (%18) uygulanacaktır.

Tüketici kredilerinde TBK'nin faize ilişkin olarak getirdiği üst sınırlarının yürürlüğü bakımından değinilmesi gereken diğer bir konu ise söz konusu üst sınırlar bakımından Yürürlük Kanunu'nun "derhal uygulanma ilkesini" benimsemiş olmasıdır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere⁷⁸ görülmekte olan davalarda dahi anapara faizi ve temerrüt faizine ilişkin hükümlerin derhal uygulanmalıdır⁷⁹. Ancak Yargı-

tay Yürürlük Kanunu'nu farklı şekillerde yorumlayarak söz konusu hükümlerin geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde uygulamaktadır⁸⁰. Ancak söz konusu Yargıtay uygulaması, hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmamakta olup; isabetsizdir.

IV. SONUÇ

Tüketici kredisi sözleşmesi, taraflarının tüketici ve kredi verenin oluşturduğu, faiz veya başka bir menfaat karşılığında nihai tüketim ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kurulan sözleşme çeşididir. Ülkemizde gittikçe yaygınlaşan tüketici kredisi sözleşmeleri, ilk defa 4077 sayılı TKHK'nin m. 10 hükmü ile yasal bir zemine kavuşturulmuştu. Bu tip sözleşmeler, 6502 sayılı TKHK'de ise m. 22-31 hükümleri arasında düzenlenmektedir. 6502 sayılı TKHK ile tüketici kredisi sözleşmesinin sınırları genişletilerek; bu tip sözleşmeler için yeni bir dönem başlamıştır.

Tüketici kredisi bir tarafın ihtiyaçlarını karşıladığı diğer tarafın ise bu vesile ile faiz veya başka bir

76 II. Bölümün 2 (b) Numaralı başlığı altında bu hesaplama ayrıntılı olarak anlatılmıştır.

77 Aydoğdu, s. 96; Demir, Ş., s. 230.

78 Ayrıntılı bilgi için bkz. II. Bölümün 5 numaralı başlığı altında yapılmış bulunan açıklamalar incelenebilir.

79 Y. 11. HD., E. 2014/7236, K. 2015/4469, T. 31.03.2015 kararı; "... Somut olayda, davacı ile tüketiciler arasında düzenlenen kredi sözleşmesinin 4.9 maddesinde %15 temerrüt faizi öngörülmüş, davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin 18. maddesinde ise temerrüt faizine dair olarak oran belirtilmeden tüketiciler ile yapılan sözleşmenin 4.9 maddesine atıfta bulunulmuştur. Bu itibarla, mahkemeye taraflar arasındaki temerrüt faizinin TBK'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar tüketici sözleşmesinin 4.9 maddesinde belirtilen aylık %15 üzerinden, bu tarihten sonra ise TBK'nin 120/2 maddesindeki sınırlamalara nazara alınarak belirlenmesi gerekirken, yanlışlığı değerlendirilmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir". Yargıtay, tüketici ve davacı arasındaki kredi sözleşmesinde uygulanacak temerrüt faiz oranı bakımından TBK'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar tüketici kredisi sözleşmesinde belirtilen oranın, bu tarihten sonra ise TBK m. 120/2 hükmünde belirtilen üst sınır dikkate alınarak belirlenecek oranın uygulanacağını kabul etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin tüketici kredilerinde TBK ile getirilen üst sınırların uygulanabilirliği ve bu üst sınırların yürürlüğü noktasında benimsemiş olduğu yaklaşımın isabetli olduğu kanaatindeyiz. Aynı yönde Y. 11. HD., E. 2014/7236, K. 2015/4469, T. 31.03.2015. Erişim için, www.kazanci.com. Erişim tarihi: 18.10.2016.

80 Y. 13. HD., E. 2013/18014, K. 2013/30720, T. 09.12.2013; "...uyuşmazlığın çözümü bakımından karar tarihinden önce yürürlüğe girmiş bulunan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı TBK 88 ve 120. maddelerinin ve 6101 sayılı Yürürlük Kanunu'nun somut olaya etkisinin bulunup bulunmadığının irdelenip değerlendirilmesi gerekmektedir. ... Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz (TBK m. 120/2 atfıyla 3095 sayılı yasa m. 2, adi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 = 18 %; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını), (1.1.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır)...TBK'nin 88. ve 120.maddelerinin emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmesi de re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir.temerrüt tarihinden itibaren yıllık % 18 temerrüt faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde aylık %9 faizi ile tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir". Söz konusu kararda Yargıtay, bir tarafın tacir diğer tarafın ise tüketici olduğu bir uyumsuzluk (kredi kartı borcu) hakkında açıkça olmasa da -bunun tüketici işlemleri sayılıp sayılmayacağı hususuna değinmemiş olsa da-TBK'de yer alan faiz üst sınırlarının kredi kartı borçları bakımından uygulanarak temerrüt faizinin %18 ile sınırlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Aynı zamanda söz konusu üst sınırın yürürlüğü hakkında "geçmişe etkili sonuç doğuracak" mahiyette yani temerrüt tarihinden itibaren yıllık % 18 temerrüt faizi oranının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay bu uygulamasını, 6101 sayılı Yürürlük Kanun'u ve TBK'nin söz konusu maddelerinin emredici mahiyette olmasına dayandırmıştır. Yürürlük hukuku bakımından Yargıtay uygulamasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Olması gereken, karar tarihinden önce TBK'nin yürürlüğe girmiş olduğunu tespit edilerek, temerrüt faizine ilişkin üst sınır getiren hükmü Yürürlük Kanunu'na öngörülmüş olan "derhal uygulama ilkesi"nin gereği olarak 01.07.2012 tarihinden itibaren işlemiş temerrüt faizleri bakımından TBK'deki üst sınırın geçerli olduğunu kabul etmektir. Aynı yönde bkz., Y. 13. HD., E. 2012/23677, K. 2013/3886, T. 20.02.2013; Y. 13. HD., E. 2013/8534, K. 2013/21921, T. 18.09.2013; Y. 13. HD., E. 2013/9, K. 2013/10102, T. 17.04.2013; Y. 13. HD., E. 2013/9, K. 2013/10102, T. 17.04.2013 karar kararlarında Yargıtay TBK'nin faize ilişkin olarak getirdiği üst sınırları geçmişe etkili olarak uygulamıştır. (Y. 13. HD., E. 2012/23677, K. 2013/3886, T. 20.02.2013; Y. 13. HD., E. 2013/8534, K. 2013/21921, T. 18.09.2013; Y. 13. HD., E. 2013/9, K. 2013/10102, T. 17.04.2013 kararı erişim için Aydoğdu/Ayan, s. 353-356. Y. 13. HD., E. 2013/18014, K. 2013/30720, T. 09.12.2013 ve kararlarına erişim için www.kazanci.com, erişim tarihi: 18.10.2016).

menfaat elde ettiği bir sözleşme olduğuna göre bu tip sözleşmeler bakımından faiz unsuru önemli bir yere sahiptir. Kaldı ki faiz veya benzeri bir menfaatin olmadığı bir tüketici kredisi sözleşmesi de düşünülemez. Kanun Koyucunun zayıf konumdaki tüketici koruyarak menfaatler arasında denge sağlamayı amaç edindiği Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun ile faiz unsurunun, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek mahiyette düzenlenmiş olması gerekirdi. Ancak TKHK'nin hükümleri incelendiğinde Kanun Koyucunun faiz konusunda genel bir sınırlandırma veya bir oran belirtmeksizin yalnızca özel bazı durumlar bakımından tüketiciyi koruma amacıyla müdahale eğiliminde bulunmuştur. Faiz konusunda belirli bir oran belirtilmemiş olması genel hükümlerle uyumlu ve değişen piyasa koşullarına göre faizi esnetebilmek adına yerinde ve isabetli bir tercih olmuştur. Eski Kanun döneminde temerrüt faizi ile ilgili olarak bir üst sınır çizilmiş olması yerinde ama yetersiz bir düzenleme iken; yeni Kanun döneminde faiz hususunda herhangi bir somut genel bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Bu durum zayıf konumda olan tüketiciyi daha da korumasız ve güçsüz bırakarak fahiş faiz oranları içerisinde boğulmasına sebep olmamalıdır. Beklenen ve arzu edilen hukuk bakımından bunun önüne TKHK ile geçilmesidir. Ancak böyle olmamıştır. Faiz oranlarının sınırları TKHK ile çizilmemiş bu konuda genel hükümlere atıfta bulunulmuştur. Bu durum doktrinde farklı fikirlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından uygulanacak faiz oranlarında sınırın çizilebilmesinin ön koşulu, bu tip sözleşmelerin tüketici için tüketici bakımından tüketici işlemi kredi veren bakımından ise ticari nitelikli bir işlem olmakla birlikte; TTK m. 8/3'ün getirdiği istisna nedeniyle ticari iş sahası dışında kaldığını tespit etmektir. Bu noktada doktrindeki bazı yazarlar tüketici kredisi sözleşmelerinin TTK m. 19/2 hükmü sebebiyle ticari iş sahası içinde değerlendirilerek çözüme gidilmesi gerektiğini savunmasına rağmen bu görüşün ilgili bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde kabulü tarafımızca mümkün değildir. Bu noktayı netleştirdikten sonra TBK'nin faize ilişkin olarak getirdiği üst sınırların uygulanabilirliği tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu m. 88/2 hükmü ile anapara faizine %13,5'lik; m. 120/2 hükmü ile ise temerrüt faizine %18'lik bir üst sınır getirilmiştir. Üst sınıra ilişkin hükümlerde uygulanacak taraf bakımından herhangi bir ayırımın bulunmaması, TKHK'de yapılan ge-

nel hükümlere yapılan atfın TTK m. 8/3 hükmünün getirdiği istisna ve TKHK'yehakim zayıf taraf olan tüketici koruma amacı dikkate alınarak TBK olarak yorumlanması gerekliliğinden tüketici kredisi sözleşmelerinde TBK'de faize ilişkin olarak getirilen üst sınırların uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Tüketici kredileri bakımından anapara faizi için %13,5'lik, temerrüt faizi için %18'lik üst sınırların hangi tarihten itibaren uygulanacağı ise Yargıtay ve doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Kanaatimizce yürürlük hukukundaki "geçmişe etki yasağı" ve Yürürlük Kanunu m. 2 ve 7 hükümleri birlikte değerlendirilerek, söz konusu üst sınırların kural olarak TBK'nin yürürlük tarihi olan 01.07.2012 tarihinden itibaren işlemiş faizler bakımından uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aslan, İ. Yılmaz (2014) 6502 sayılı Kanununa Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Ekin.

Ayan, Mehmet (2012) Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Baskı, Konya, Mimoza.

Aydemir, Efrail (2013) Hukuk Uygulamasında Faiz, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Aydoğdu, Murat (2010) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, s. 85-136.

Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan (2014) Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara, Adalet.

Buz, Vedat “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi” Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU (2012), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul, On İki Levha, s. 91-111.

Cansel, Erol/Özel, Çağlar (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Ankara, Seçkin.

Ceylan, Ebru (2015) “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, TBB Dergisi, 2015/117, s. 233-284.

Demir, Mehmet (2012) Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, Ankara, Adalet.

Demir, Şamil (2012) “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, s. 209-232.

Deryal, Yahya/Korkmaz, Yakup (2015) Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Adalet.

Eren, Fikret (2012) 6098 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 14. Baskı, Ankara, Yetkin.

Göktürk, Kürşat (2015) “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.2, s. 3-44.

Haznedar, Murat (2014) “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, Y. 2014, s. 5-33.

İnal, H. Tamer (2014) 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

İnan, Ali Naim/Yücel, Özge (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.

İnceoğlu, M. Murat, “Faize İlişkin Yürürlük Kanunu’nun 7. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararları”: Yeniocak, Umut (Editör) Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (TBK-TTK-HMK) (2014), 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 19-31.

Kara, İlhan (2015) Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Engin.

Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi (2015) Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), 1. Bası, İstanbul, Aristo.

Karmış, Enver (2014) “Bankacılık, Adi ve Ticari İşte Akdi, Temerrüt Faiz, 3095 Sayılı Faiz Kanununun Uygulanması, Yasal/Ticari Faiz Cetvelleri ve Bazı Yargıtay İçtihatlarına Eleştirel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, s. 433-506.

Kayar, İsmail, “Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 1997, s. 1-16.

Kayıhan, Şaban/Yasan, Mustafa (2013) 6335 sayılı Kanun İle Güncellenmiş Ticari İşletme Hukuku 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, Seçkin.

Kırkbeşoğlu, Nagehan (2012) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, BATİDER, C. 28, S. 4, Aralık, s. 145-172.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat.

Oral, Tuğçe (2013) “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, TAAD, Yıl 4, S. 3, s. 545-573.

Orbay Ortaç, Nuran (2014) “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 119-133.

Özel, Çağlar (2014) Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi (2012) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat.

Reisoğlu, Seza (2012) “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 82, İstanbul, s. 107-118.

Ruhi, Ahmet Cemal (2013) Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvaci, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Er-tan, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha.

Ünal, Rahmi/İlgün, CANDAS (2013) Açıklama-İçtihatlı Örnek Yargıtay Kararları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

Yağcı, Kürşad (2013) “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, İstanbul, s. 421-438.

Yener, Mehmet Deniz (2015) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından getirdiği Yenilikler”, Marmara Üniversitesi Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 7, S. 13, İstanbul, s. 409-436.

Yıldırım, Abdülkerim (2014) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.

BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI VE MÜLKİYET VE MİRAS HAKKI YÖNÜNDE ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU*

LEGAL NATURE, SCOPE OF APPLICATION AND UNCONSTITUTIONALITY WITH REGARD TO PROPERTY AND INHERITANCE RIGHTS OF ART. 62 OF BANKING LAW

Yrd. Doç. Dr. Tamer BOZKURT**

ÖZET

“Bankacılık Kanunu’nun 62. maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 62. maddesi, mevduatın zamanaşımına uğraması ile ilgili bir hüküm içermektedir. Hüküm şöyledir: “Bankalar nezdlerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, yapılacak ilânı müteakiben Fona gelir kaydedilir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili usûl ve esaslar Kurulca belirlenir”. Görüldüğü gibi, aranmayan mevduat ve diğer değerler, belli bir ilan sürecinden sonra TMSF’ye intikal etmektedir. Anayasa’nın 35. maddesine göre, herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir ve bu haklar ancak kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlanabilir. Ayrıca mülkiyet hakkının kullanımı toplum yararına aykırı olamaz. İşte bu noktada, 10 yıllık bir süreçte aranmayan mevduat ve diğer değerlerin, devletin mülkiyetine geçmesi ve mudiinin bu alacaklarını talep hakkından yoksun kalması, kanımızca Anayasa’nın bu hükmüne aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, borçlar hukuku anlamında bir alacak hakkı niteliğindeki mevduatı, sözleşme ve Ek 1 nolu Protokol çerçevesinde mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Sorun on yıllık sürenin kısıtlı olduğundan ziyade, bu süreçten sonra bir ara dönem (30, 50 veya 100 yıl gibi) öngörülmeden, bankalarda unutulmuş mevduat ve diğer değerlerin Devletin mülkiyetine geçmesidir. Kuşkusuz bankalarda unutulmuş mevduat için bir yasal düzenleme yapılması zorunludur. Ancak bunun diğer bazı ülkelerde olduğu gibi, belli bir süreden sonra (muhtemelen mirasçısı da kalmayacak bir zaman sonra) Devlete intikal ettirilmesi ve orada dahi belli bir amaç için kullanılması önerilir. Oysa bu haliyle düzenleme, mülkiyet hakkına doğrudan müdahale niteliğindedir. Çözüm olarak ya yasama organının hükmü yeniden ele alması, ya da yerel mahkemeler veya Yargıtay’ın, konuyu Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirmesi ve olası bir iptal kararından sonra da yasama organının, hükmü yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet ve miras hakkı, mevduat, zamanaşımı, TMSF, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

ABSTRACT

Article 62 of Banking Law numbered 5411 includes a provision related to bank deposits subject to prescription. The provision is as follows: “The deposits, participation funds, bailed goods or receivables at banks that has not been claimed by their owners within ten years following the latest request, transaction and written directive of their owners, shall be subject to prescription. Any deposit, participation fund, bailed goods and receivable that have been subjected to prescription shall be registered income for the Fund, following the publication of the announcement, if the bank cannot contact the owners of such. The principles and procedures applicable to the enforcement of this article shall be determined by the Board”. As it is seen, unclaimed bank deposits and other assets pass to “The Savings Deposit Insurance Fund” after a certain announcement process. According to Article 35 of the Constitution, everybody has property right and inheritance right, and such rights can only be limited for the purpose of public interest and by law. Furthermore, use of property right cannot be contrary to public interest. At this point, in our opinion, it is contrary to the abovementioned provision of the Constitution, when bank deposits and other assets unclaimed in a period of 10 years pass to the State’s ownership and the depositor deprives of the right to claim such receivables. European Court of Human Rights considers that a bank deposit -in the nature of the right to claim receivable within the meaning of Law of Obligations- is in the scope of property right within the framework of the European Convention on Human Rights and Protocol 1. Here, the problem is not brevity of ten years, but it rather lacks an interim period (such as 30 years, 50 years or 100 years and etc.) after this process to be foreseen to pass unclaimed bank deposits and other assets to the State’s ownership. Beyond any doubt, a legislative regulation must be made for unclaimed bank deposits. It is recommended for the State to pass unclaimed bank deposits or to use them for a certain purpose after a definite period (conceivably after a time when there will no longer be an inheritor), as it is applied in some other countries. However, the regulation, as is, constitutes a direct intervention on property right. As a solution, either the State’s legislature should reconsider the provision, or local courts or Supreme Court of Appeals should forward the issue to the Constitutional Court and the State’s legislature should reregulate the provision following a probable decision of annulment.

Keywords: Right to own and inherit Property, Deposits, Prescription, The Savings Deposit Insurance Fund, European Convention on Human Rights and Protocol 1.

* Bu makale, 26 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen “III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.
** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (tamerbozkurt2017@gmail.com).
(Geliş Tarihi : 10.07.2017 / Kabul Tarihi : 15.08.2017)

I. GENEL OLARAK MEVDUATTA ZAMANAŞIMI

Özel hukuk alanında teknik bir kavram olan zamanaşımı, bazen hakların kazanılmasında, bazen de kaybedilmesinde rol oynar. Alacak hakkını zamanında talep etmeyen bireyler, bu haklarını talep etmekten belli bir süre sonra mahrum bırakılır. Bunun temelinde -diğerlerinin yanında- uzun süreler geçtikten sonra o alacak hakkı ile ilgili belge ve bilgilerin saklanmaması ve alacağın varlığının kanıtlanamaması da yatar¹.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesi de, metinde adına "zamanaşımı" denilen bir düzenleme içermektedir. Ayrıntıları aşağıda verileceği üzere, bankalarda başta mevduat olmak üzere, hükümde sayılan hak ve alacaklarını belli bir süre talep etmeyen kişinin bu hakları, hükümdeki ifade ile "zamanaşımına" uğramaktadır. Böylece bir kısmı alacak hakkı, bir kısmı ise (kiralık kasadaki değerler örneğinde olduğu gibi) mülkiyet hakkı kapsamına giren değerler, Devlete intikal etmektedir. Bankacılık ile ilgili ilk kanunlarımızda dahi yer alan ve adeta gelenekselleşen bu düzenlemenin, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet ve miras hakkı ile ilişkileri kanımızca sorunlu görünmektedir. Çalışmamızda konu, gerek Türk Anayasa Mahkemesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında, hem özel hukuk, hem kamu hukuku boyutuyla irdelenmeye çalışılacaktır.

II. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN TARİHÇESİ

A. 2243 SAYILI MEVDUATI KORUMA KANUNU

Cumhuriyet döneminde konu ile ilgili olarak çıkarılan ilk kanun olan, 30.5.1933 tarih ve 2243 sayılı "*Mevduatı Koruma Kanunu*"nun² 17. maddesinde mevduatta zamanaşımı ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Hükme göre bankalar ile emanet veya cari hesap suretiyle para kabul edebilecek tüm kurumlar, mevcut nakdi veya aynı mevduat ile emanet ve

cari hesap şeklindeki türlü alacaklar için, bu banka ve kurumlar her sene başı, *aksine yazılı talep olmadıkça*, sahipleri adına hesap özeti göndermek zorundadır. Bu tür mevduat, emanet veya alacaklardan en son talep veya işlem tarihinden itibaren, on yıl geçtiği halde sahipleri tarafından aranmamış olanları, bu sürenin dolmasından itibaren altı ay zarfında, banka ve kurumlar tarafından sahiplerinin isim ve hüviyetleri ve bilinen adresleri ve haklarının faizi ile birlikte tutarları gösterilmek suretiyle düzenlenecek bir cetvel ile Maliye Bakanlığı emrine, Cumhuriyet Merkez Bankasına tevdi olunur. Bu kanunun yayımlandığı tarihte, bankalar ve kurumların elinde olup, on seneden beri işlem görmemiş veya sahipleri tarafından aranmamış olan mevduat, emanet ve cari hesap şeklindeki her türlü alacak hakkında da bu hüküm uygulanır³.

Hükümün gerekçesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir: Genel hükümlere göre, zamanaşımından borçlunun yararlanması gerekeceği şeklindeki bir görüş geçerli olabilirse de, on sene gibi kanunlarımızın dava için zamanaşımı süresi olarak kabul ettiği bir süre içinde mevduat sahiplerinin ya ölmüş veya gaip olmuş veyahut mevduatı herhangi bir sebeple unutmuş olması gibi sebeplerle bankalardaki mevduatını aramaması sonucu olarak bunları bankalara terk etmek uygun görülmemektedir. Dolayısıyla bunların, anılan sürenin bitiminde Hazineye devredilmesi ve ancak sahiplerinin, varislerinin Hazinece aranılması ve ancak ilk ilan tarihinden itibaren dört yılın bitiminde Devlet hesabına geçirilmesi düşünülmüştür. Bu şekilde fert ile Devlet hakkı telafi edilmiş olmaktadır. Fransada 1920 Haziran'da yeni gelirlerin kaynaklarını ihdas eden kanunda da bu esas kabul edilmiştir⁴.

1 Ayrıntılar için bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi&**Akman**, Sermet&**Burcuoğlu**, Haluk&**Altıp**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz, s. 1030 vd.

2 RG., 05.06.1933, S. 2419.

3 Hükümün ikinci fıkrasında ise, tasfiye durumu ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar, işlemlerini tasfiye etmek istedikleri takdirde, durumu gazetelerle ilân ve sahiplerine de tebliğ ederek ellerinde bulunan mevduat, emanet ve hesabı cari alacaklarını vadeli olsalar bile vadelerini beklemeksizin, iki ay zarfında iadeye ve bu süre zarfında sahibi müracaat etmeyen mevduatı Maliye Bakanlığı emrine, Cumhuriyet Merkez Bankasına tevdi mecburdurlar. Cumhuriyet Merkez Bankası, bu suretle tevdi olunan tasarruf mevduatı hakkında bu maddede gösterilen on ve dört yıl sürelerine göre işlem yapar. Görüldüğü gibi bu hüküm de, 5411 sayılı Kanun'un 20. maddesinin kaynağını teşkil etmektedir.

4 2243 sayılı Tasarrufu koruma kanun lâyihası hakkında esbabi mucibe (4. Dönem TBMM Zabıt Ceridesi Sıra Sayısı: 239), **Taşcıoğlu**, Abdullah (1998) Cumhuriyet Dönemi Bankalar Kanunları ve İlgili

Kanımızca, daha sonraki kanunlara da kaynaklık eden ve Fransız hukukundan alınan bu düzenlemenin gerekçesi, soruna ışık tutacak ifadeler içermektedir. Zira aşağıda tartışılacağı gibi, banka ile mevduat sahibi arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklı alacağın zamanaşımına uğraması ve bunun başlangıcı ile, bankalarla ilgili kanunlarımızın hemen hepsinde yer alan mevduat zamanaşımının birbiri ile karıştırılmaması gerektiğini şimdiden belirtmek gerekir. Zira metinde, zamanaşımından normalde borçlunun yararlandığını, ancak on yıl gibi, alacak zamanaşımı süresi içinde sahipleri ölmüş veya gaip olmuş yahut da unutulmuş olan mevduatın bankalara bırakılacağına, Devlete intikal etmesinin, birey ile Devlet arasında bir denge oluşturacağı savunulmuş, buna dayanak olarak da Fransız hukuku gösterilmiştir. Aslında hüküm, banka ile mevduat sahibi arasındaki özel hukuk sözleşmesinden doğan zamanaşımı ve bunun başlangıcı ile mevduatın devlete devredilmesini sağlayan “zamanaşımı” hükmünü birbirine karıştırmışa benzemektedir. Hükmün lafzı incelendiğinde, sanki bankaya mevduat yatırıldığı an on yıllık zamanaşımının işlemeye başladığı; bu on yıl içinde talep edilmeyen, unutilan sahibi ölen veya gaip olan bir kişinin mevduatının, on yıl sonra (özel hukuk açısından) zamanaşımına uğrayıp, eksik borca dönüşmesinden ve bankanın bunu alıkoymasından, Devletin kamu hizmetlerine kaynaklık etmesi (o dönemki bakış açısı ile) daha doğru bir yaklaşım olarak görülmüştür. Böylece aslında bugün 5411 sayılı Kanun’a kadar sirayet eden bu anlayışın temelinde, bireyin mevduat ve diğer alacaklarının Devlet tarafından belli bir süre sonra mal edinilmesi amacı yatmaktadır.

B. 2999 SAYILI BANKALAR KANUNU

1.6.1936 tarih ve 2999 sayılı Bankalar Kanunu’nun 41. maddesi ile⁵, 2243 sayılı Kanun’daki düzenleme esas itibarıyla korunmuş, sadece 2. fıkrada değişiklik yapılmıştır⁶. Buna göre Cumhuriyet Merkez Bankası’na cetvelle birlikte tevdi olunacak bu alacakların, söz konusu banka tarafından tevdi tarihinden itibaren iki yıl süre ile muhafaza ve bu süre

zarfında sahip veya varislerini araştırmakla birlikte her sene başı, hesap sahibi adına tebligat yapılması ve gazetelerde de sahip veya varislerinin bankaya başvurmaları ilan olunacaktır. İki yıl içinde sahibi veya varisi çıkmayan mevduat, emanet ve cari hesap alacakları Devlete intikal edecektir. Görüldüğü gibi, bu yeni değişiklikle, Merkez Bankası’na tevdi edilme tarihinden itibaren başlayan dört yıllık süre, iki yıla indirilmiş, alacakların Devlete intikali bakımından, bireylerin aleyhine olan bu düzenleme daha da aleyhe hale gelmiştir.

C. 7129 SAYILI BANKALAR KANUNU

23.6.1958 tarih ve 7129 sayılı “Bankalar Kanunu”nun 31. maddesinde yine önceki düzenlemelere benzer hükümler yer almış; sadece Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın, kendisine tevdi olunan bu tür haklardan 25 liradan fazla olanlarını tevdi tarihinden itibaren 5 yıl süreyle korumak ve bu süre içinde sahip veya vârisleri araştırmakla birlikte her sene başında gazetelerle de sahip veya vârislerinin bankaya başvurması gereğini ilân edeceğini; sahip veya vârisi çıkmayan mevduat, emanet ve cari hesap alacakları 5 yılın sonunda, 25 liraya kadar olan kıymetlerin bu süre beklemeksizin Devlete intikal edeceği öngörülmüştür⁸.

Bu düzenleme ile de, bir önceki Kanun’da iki yıl olan sürenin beş yıla çıkarıldığı görülmektedir. Ayrıca ilk defa, zamanaşımına uğrayan mevduat açısından bir miktar hükmü getirilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 7129 sayılı Kanun’un 31. maddesinin 2. fıkrasında, yine ilk defa, her türlü mevduat, emanet ve alacaktan, “son talep, muamele veya muddin herhangi bir şekilde yazılı talimatı tarihinden itibaren...” ifadesi geçerek, bankacılık hukuku açısından on yıllık sürenin başlangıcı biraz daha ayrıntılandırılmıştır⁹.

5 Yasal Düzenlemeler, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s. 6. RG., 9.6.1936, S. 3325.

6 Bkz. **Atasagun**, Yusuf Zaim (1958) İzahlı-Notlu-Mukayeseli Bankalar Kanunu, İstanbul, Kurtuluş Matbaası, s. 287 vd.

7 RG., 2.7.1958, S. 9944.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erem**, Faruk&**Altınok**, Akın& **Tandoğan**, Haluk (1975) Bankalar Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 89 vd.; **Atasagun**, s. 278 vd.

9 Madde gerekçesinde şu ifadelere rastlanmıştır: “...on senelik mürruru zaman müddeti hitamında Bankalar tarafından Merkez Bankasına tevdi olunan mevduat ve emsali haklardan büyük bir kısmının cüz’i meblağlar olduğu ve bunlar için yapılan ilan masraflarının bazı ahvalde mevcut tediyattan daha büyük miktarlara baliğ olduğu göz önünde tutularak 25 Liraya kadar olan hakların 10 senelik mürruru zaman müddetinin hitamında formaliteye lüzum kalmaksızın, hazine intikali esasının kabulü muvafık görülmüş, Merkez Bankasının muhafaza müddeti 5 seneye çıkarılarak maddenin üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmiştir.” Bkz. **Atasagun**, s. 280.

Ç. 70 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

70 sayılı “Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”¹⁰ ile, 7129 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (m. 92).

Kararname'nin 36. maddesine göre¹¹, bankalar mevduat sahiplerine, aksine yazılı talepleri olmadıkça her yıl ocak ayı içinde birer hesap özeti gönderir. Her türlü mevduat, emanet ve alacaklardan son talep, işlem veya mudiin herhangi bir şekilde yazılı talimatı tarihinden başlayarak 10 yıl geçtiği halde sahipleri tarafından aranmamış olanlar, bu sürenin bitimini izleyen takvim yılı başından itibaren 6 ay içinde bankalarca sahiplerinin isim, kimlik, adresleri ve haklarının faizleri ile ulaştıkları tutarlar gösterilmek suretiyle düzenlenecek bir cetvel ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına devredilir. İkinci fıkra gereğince Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına devredilen mevduat, emanet ve alacaklardan tutarı veya değeri 5000 lirayı aşmayanlar Bankaca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na intikal ettirilir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tutar veya değeri 5000 lirayı aşanları Resmi Gazete ile ilân eder. İlândan itibaren 1 yıl içinde sahip veya mirasçıları tarafından aranmayan mevduat, emanet ve alacaklar bu sürenin bitiminde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na gelir kaydedilir. Küçükler adına ve yalnızca bunlara ödeme yapılmak kaydıyla açtırılan hesaplarda, bu maddede yazılı zamanaşımı süreleri küçükün reşit olduğu tarihte işlemeye başlar¹².

D – 3182 SAYILI BANKALAR KANUNU

25.4.1985 tarih ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun¹³, 36. maddesi, 70 sayılı KHK'nın 36. maddesi ile aynı düzenlemeyi içermektedir¹⁴.

10 RG., 22.7.1983, 2. Mük. S. 18112.

11 Madde gerekçesinde ise şöyle denilmektedir: “7129 sayılı Kanunun 31 inci maddesine karşılıktır. Yürürlükteki Kanuna göre değişik hükümler şunlardır: Birinci değişiklik maddedeki 1000 liralık sınırın 5000 liraya çıkarılması ile ilgilidir. İkinci değişiklik Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına devredilen paraların 5 yıl yerine bir yıl saklanmasıdır. Böylece bu iki değişiklikle Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının bu işlemlerden doğan iş yükü hafifletilmektedir. Üçüncü değişiklik, zamanaşımına uğrayan ve sahipleri bulunamayan paraların Hazine yerine tasarruf mevduatı sahiplerinin haklarını korumak üzere kurulmuş olan tasarruf mevduatı sigorta fonuna gelir kaydedilmesidir.”(17. Dönem TBMM Zabıt Ceridesi Sıra Sayısı: 276); Taşçıoğlu, s. 108-109.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, Seza (1998) Bankalar Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Doğu Matbaacılık, s. 320 vd.

13 G., 2.5.1985, S. 18742.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erem, Faruk&Altınok, Akın&Tandoğan, Haluk (1989) Bankalar Kanunu Şerhi, 7. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 105 vd.

E – 4389 SAYILI BANKALAR KANUNU

18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu¹⁵'nin 10. maddesinin 4. fıkrasında, eski düzenlemelere nazaran oldukça kısa bir hüküm getirilmiş; detaylar ise BDDK'ya bırakılmıştır. Hükme göre bankalar nezdindeki her türlü mevduat, emanet ve alacaklardan en son talep, işlem veya mudiin herhangi bir şekilde yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımına uğrayan mevduat, emanet ve alacaklar Fona gelir kaydedilir. Bununla ilgili esas ve usuller Kurulca belirlenir.

F – 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU

19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁶'nin 62. maddesine göre, bankalar nezdindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, yapılacak ilâm müteakiben Fona gelir kaydedilir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili usûl ve esaslar Kurulca belirlenir.

Bankacılık Kanunu çatısı altında ilk defa düzenlenen katılım bankaları da dikkate alınarak, hükümde, “mevduat”ın yanına “katılım fonu” ifadesi de eklenmiştir.

III. BANKA İLE MUDİ ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ VE MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN VE BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. MEVDUAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Aşağıda inceleneceği gibi, 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesi, sadece mevduatı değil, diğer bazı hakları da kapsamına rağmen, önemi ve yaygınlığına

15 RG., 23.6.1999, S. 23734.

16 RG., 1.11.2005, Mük. S. 25983.

binaen, özellikle vadeli ve vadesiz mevduat sözleşmesinin hukukî niteliğini belirtmeye çalışacağız. Bu çerçevede de banka ile mudi arasındaki sözleşmeden doğan alacağın ne zaman muaccel olacağını ve zamanaşımının da ne zaman işlemeye başlayacağını ortaya koymaya gayret göstereceğiz. Bunu yapmamızın esas nedeni, banka ile mudi arasındaki özel hukuk sözleşmesinden doğan ilişkiadaki zamanaşımı ile, 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesinde öngörülen ve "zamanaşımı" olarak ifade edilen terimin birbirine karışmaması ve bunların uygulama alanlarının birbirinden farklı olduğunun vurgulanması istenmesidir.

2. Hukukî Nitelik

Mevduat sözleşmesinin hukukî niteliği, öğretilerde tartışılmalı bir konudur. Burada görüşler, "karz", "usulsüz tevdi" ile özellikle "karma sözleşme" ve "kendine özgü sözleşme" noktalarında toplanmaktadır.

5411 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "mevduat", yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle *ivazsız* veya bir *ivaz* karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen *para...* olarak tanımlanmıştır.

Konu borçlar hukuku açısından incelendiğinde, karşımıza ilk olarak tüketim ödünçü (karz) ve usulsüz tevdi sözleşmesi çıkmaktadır. TBK m. 386 gereğince, tüketim ödünçü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar *parayı* ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana *devretmeyi*, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir¹⁷. Usulsüz tevdi¹⁸ ise, saklayanın kendisine bırakılan parayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesinin açık veya örtülü olarak kararlaştırıldığı bir sözleşmedir ve o paranın yararı ve hasarı saklayana ait olur (TBK m. 570). Yine saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz (TBK m. 570/III).

Görüldüğü gibi, her iki sözleşme bakımından da, bunların konusunu teşkil eden şeyler ve aynen

iade yerine mislen iadenin söz konusu olması bakımından, tüketim ödünçü ile usulsüz tevdi sözleşmesi yakınlık içinde bulunmaktadır^{19,20}.

Öğretilerde, bazı yazarlar bu sözleşmenin usulsüz tevdi olduğu görüşünde iken²¹, diğerleri mevduatı tüketim ödünçü olarak nitelendirmektedir²².

- 19 **Tandoğan**, C I/2, s. 326. Ancak Yazar, iki sözleşmeyi şu yönlerden ayırt etmektedir: Tüketim ödünçünde, takas imkanı olduğu halde, tevdi bu mümkün değildir (TBK m. 144/1). Tevdi, verilen para, bir süre kararlaştırılsa bile, her zaman geri istenebilir (TBK m. 564), tüketim ödünçünde para öngörülen süreden önce alınmayıp, geri verme bir süreye bağlı tutulmamış olsa bile, istenilen her an geri alınabileceği belirtilmiş olmadıkça, iade için ödünç alan ilk talep tarihinden itibaren altı hafta sonra parayı iade eder. Her iki sözleşmenin ortak yanı ise, konusu para olan usulsüz tevdi de, tüketim ödünçünde de, parayı alanın bu parayı kullanabilmesidir. Oysa konusu para olmayan usulsüz tevdi, bunun için ödünç alana kullanma yetkisinin verilmesi gerekir. Konumuz bakımından belki de en önemli fark, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından. Tüketim ödünçünde, iade borcunun zamanaşımı, iade için bir süre belirtilmemişse, ihbar süresi şart edilen veya gerçekleşmesinde derhal istenebileceği kabul edilen hallerde para veya şeyin teslimi tarihinden, bu haller dışında teslim tarihinden altı hafta geçtikten sonra işlerken, usulsüz tevdi iade borcunun zamanaşımı, sözleşmeye saklatan tarafından son verilerek iadenin talep edildiği tarihte başlar. Bu bakımdan, iade talep edilmediği sürece, zamanaşımı kendiliğinden işlemeye başlamaz ve usulsüz tevdi bulunan, bu açıdan daha korunaklı durumdadır. Bkz. **Tandoğan**, C I/2, s. 327-328. Ayrıca bkz. **Bilge**, Necip (1971) Borçlar Hukuku-Özel Borç Münaşebetleri, Ankara, s. 193; **Tunçomağ**, Kenan (1974) Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, s. 389-390; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin (1980) Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Baskı, İstanbul, s. 765 vd.; **Widmer**, Martin (1951) Die rechtliche Natur des Sparkassavertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen, Bern, Stämpfli, s. 11-12.
- 20 Alman hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nun 700. Paragrafında, tevdi olunan misli eşyanın mudi tarafından tüketilmesine izin verilirse, tevdi alanın bunları tükettiği andan itibaren tüketim ödünçü ile ilgili hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Palandt**-Bürgerliches Gesetzbuch (2016), 75. Aufl., München, Otto, § 700, N. 1 vd.
- 21 **Oser**, Hugo&**Schönenberger**, Wilhelm (1945) Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Art. 419-529, 2. Aufl., Zürich, Schulthess, Art. 312, N. 19, Art. 481, N. 20; **Gürsel**, s. 88-89; **Bilge**, s. 192; **Aral**, Fahrettin&**Ayranç**, Hasan (2014) Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 324. Aynı görüşte, Yargıtay HGK, 2.11.1983, E. 1980/11-2802, K. 1047 (**Tikveş**, Özkan (1992) Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi, İstanbul, Alfa, s. 96). Yargıtay'ın eski bir kararında mevduat sözleşmesi [7.4.1944 tarih ve 43/2027], usulsüz tevdi sayılmıştır [bkz. **Gürsel**, s. 83]. Daha yeni bir kararda ise "vedia" sözleşmesi vurgusu yapılmıştır (HGK, 2.11.1983, E. 1980/11-2802, K. 1983/1047, YKD Mart 1984, C. X, S. 3, s. 350). İsviçre hukukunda, paranın saklanma amacının belirgin bir şekilde ön planda olması durumları için ancak sözleşmenin usulsüz tevdi sayılacağı hakkında bkz. **Schärer**, Heinz&**Mauenbrecher**, Benedikt (2003) in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl., Basel, Art. 312, N. 34; **Schott**, Ansgar&**Mauenbrecher**, Benedikt: Kurzkomentar OR (2008), Obligationenrecht Art. 1-529, Zürich, Helbing Lichtenhahn, Art. 481, N. 10.
- 22 **Becker**, Hermann (1934) Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern, Art. 312, N. 5, Art. 481, N. 6; **Tunçomağ**, s. 389-390; **Kaplan**, İbrahim (1996) Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara; **Dayınlarlı**, s. 205-206. İsviçre bankacılık uygulamasında, mevduat sözleşmesinin tüketim ödün-

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, C I/2, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 298 vd.

18 Terimle ilgili açıklamalar için bkz. **Gürsel**, Nurettin (1950), "Usulsüz Tevdi", AD, s. 78-79.

Bu sözleşmenin (tüketim ödünçü, usulsüz tevdi ve vekalet sözleşmesini içeren) karma nitelikte²³ ve kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme niteliğinde olduğu da savunulmaktadır^{24, 25}.

Son zamanlarda Türk öğretisi²⁶ ve yargı kararlarında²⁷ gittikçe, bu sözleşmenin kanunda sayılan

sözleşme tiplerinden hiçbirisine bire bir uymadığı, bu bakımdan tüketim ödünçü ile usulsüz tevdi sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bir sözleşme olduğu görüşü baskın olmaya başlamıştır. Gerçekten de, mevduat sözleşmesini, bankaya yatırılan paranın saklanması, yönetilmesi ve gelir elde edilmesini hedefleyen, kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmek uygun olacaktır²⁸.

Bu sözleşmenin hukukî niteliği ne olarak kabul edilirse edilsin, mevduattan söz edilebilmesi, paranın mülkiyetinin bankaya geçmiş olmasına bağlıdır. Mevduat, ister vadeli-vadesiz, ister ihbarlı veya ödünç, isterse de usulsüz tevdi olarak nitelendirilsin, para bankaya yatırıldığı an, mülkiyeti bankaya geçer²⁹. Paranın mülkiyetinin bankaya intikali

cü sözleşmesi olarak şekillendirildiği hakkında bkz. **Schärer&Mauenbrecher**, Art. 312, N. 34; **Schott&Mauenbrecher**, in Kurzkomentar OR, Art. 481, N. 10.

Sorunun çözümü kolay olmamakla birlikte, mevduatın hukukî yönden özellikle vadeli mevduatı- tüketim ödünçü olarak nitelenecek gerektiği ile ilgili olarak bkz. **Yüksel**, Ali Sait (1974) Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul, Hüsnütabiat Matbaası, s. 129. Benzer yönde bkz. **Higi**, Peter (2003) Zürcher Kommentar Band/ Nr. V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürich-Basel-Genf, N. 56-57; **Koller**, Thomas; in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Art. 481, N. 13.

23 **Konuralp**, Haluk (1980), "Banka Tasarruf Mevduatının Hukukî Niteliği", AnkdB, S: 37, s. 19; **Önder**, M. Fahrettin (2003), "Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi", SDÜİBFD, S: 1, C. 8, s. 97 vd. Benzer yönde bkz. **Guhl**, Theo&**Koller**, Alfred&**Schnyder**, Anton K.&**Druey**, Jean Nicolas (2000) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 10. Aufl., Zürich, Schulthess, § 39, N. 24.

24 **Widmer**, s. 20; **Reisoğlu**, Seza (2007) Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, Yaklaşım, s. 118; **Kostakoğlu**, Cengiz (2003) Bankalar Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s. 241.

25 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1988 yılında verdiği bir kararda, "... mevduat ödünç (karz) ile usulsüz vedia aktillerin karşısı kendine özgü niteliği bulunan bir sözleşme türü olmaktadır. Bankalar kabul ettikleri mevduatları sadece saklamak yükümlülüğü altında bulunmamakta ayrıca, bu parayı ticari hayatta kredi olarak kullanılarak kendi gelirlerini sağlamak yetkisine de sahip bulunmaktadır..." denilmiştir [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 17.6.1988, E: 2013/14399, K: 2014/3371, Kazancı]; "...Mevduat yatırma, ağırlıklı olarak esas itibarıyla belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia aktini hatırlatan kendine özgü bir akti tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz akti hükümleri ve istisnai hallerde vedia akti hükümleri olacaktır." [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 24.2.2014, E: 2013/14399, K: 2014/3371, Kazancı]; Yargıtay HGK. T: 15.6.1994, E:1994/11-178, K: 1994/398 sayılı kararında "...Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdürler. Bu tanımlamaya göre mevduat ödünç (karz) ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak mevduatın niteliğine uygun düştüğü oranda karz (ödünç) veya usulsüz tevdi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir..." denilmiştir (YKD Nisan 1995, C. 21, S. 4, s. 532). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 27.11.1989, E: 1989/7057, K: 1989/6640 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.3.2003, E: 2002/9647, K: 2003/2110 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 17.5.2011, E: 2009/13462, K: 2011/6046 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 9.2.2004, E: 2003/6407, K: 2004/1027 (Kazancı); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T. 16.2.2001, E: 2001/1313, K: 2001/2890 (Kazancı).

26 Bkz. **Çeker**, Mustafa (2004) Hukukî Yönüyle Banka Mevduatı, Adana, Karahan, s. 29; **Şit İmamoğlu**, Başak (2015), "Mevduatta Zamaşaşımı", Batider, C. XXXI, S. 1, s. 172.

27 Yine vadeli ve vadesiz mevduat bakımından ayırım da yapılmaktadır. Vadesiz mevduatın usulsüz tevdi ve vekalet; vadeli mevduatın

ise tüketim ödünçü sözleşmesi olduğu savunulmaktadır [**Feyzi-oğlu**, s. 669-670; **Tekinalp**, Ünal (2009) Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 437, N. 38-18]. Buna gerekçe olarak da, vadesiz mevduatta, sahibine yatırdığı parayı her an geri çekebilmek hakkının verilmesi (BankK. m. 61) gösterilmektedir.

28 **Çeker**, s. 32. Yazar, mevduat sözleşmesine öncelikle bankacılık mevzuatı, buradan çözüme ulaşılamazsa, Türk Borçlar Kanunu hükümleri, emredici olmayan konularda sözleşme hükümleri esas alınmalıdır. Yine yazar, ilişkinin niteliğine ve tarafların menfaatine uygun düştüğü ölçüde tüketim ödünçü, usulsüz tevdi ve vekalette ilişkin hükümlerden yararlanılacağını belirtmekte, Yargıtay'ın kabulünün aksine, mevduat ilişkisine öncelikle usulsüz tevdi hükümlerinin, sonra ise tüketim ödünçü ile vekalet sözleşmesinin uygulanmasını önermektedir (bkz. s. 32).

İsviçre hukukunda savunulduğu üzere, aslında mevduat sözleşmesini vasıflandırabilme için, sözleşmenin kurulması sırasında, taraf iradelerinin de bilinmesi gerekir. Bu usulsüz tevdi sözleşmesinin tüketim ödünçü mü, yoksa usulsüz tevdi niteliğinde olup olmadığı sorunu, en azından teorik olarak açıklığa kavuşturulabilse de, buna genel geçer bir yanıt vermek, belki de mümkün olmayacaktır (bkz. **Widmer**, s. 12-13). Yine İsviçre hukukunda, mevduat sözleşmesinin, sözleşme iradesine göre tüketim ödünçü veya usulsüz tevdi yahut da karma sözleşme saymak gerektiği yönünde bkz. **Guhl&Koller&Schnyder&Druey**, § 45, N. 28. Aynı yönde bkz. BGE 100 II 153, 155-156 sayılı kararı (www.swisslex.ch). İsviçre hukukundaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Guhl&Koller&Schnyder&Druey**, § 55, N. 14. Benzer yönde bkz. **Aydoğdu**, Murat&**Kahveci**, Nalan (2014) Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 721.

29 Bkz. **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 108; **Tekinalp**, s. 434, N. 38-12; **Çeker**, s. 22-23; **Şit İmamoğlu**, s. 173; **Doğan**, Ayşe Albayrak (2017), "Mevduat Nedeniyle Bankanın ve Banka Çalışanının Hukukî Sorumluluğu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, "Banka Hukukuna Genel Yaklaşım"- Teori-Uygulama, Ankara, s. 94-95, 99; **Guhl&Koller&Schnyder&Druey**, § 55, N. 12; **Baerlocher**, René Jacques (1977) Der Hinterlegungsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, VII/1, Basel und Stuttgart, s. 697; **Stupp**, E. (2007): in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich, Art. 481, N. 1.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.5.2011 tarihli kararında [E: 2009/13462, K: 2011/6046], "Davalı banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgisi ve izni dışında internet yolu ile yapılan usulsüz işlemle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zarar niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir..." denilerek, bu durum doğrulanmaktadır.

ile taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğar ve saklama devam ettiği sürece de sürekli borç ilişkisi devam eder³⁰.

İşte burada tartışılması gereken nokta, mevduat sözleşmesinde, TBK bakımından zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı andır. TBK m. 149 gereği zamanaşımı alacağın muaccel olması, yani talep ve dava edilebilir anının gelmesi ile başlar. Alacağın muacceliyeti bir feshi ihbara bağlı ise, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar (TBK m. 149/II).

Öğretide, vadenin kararlaştırılmadığı durumlarda, TBK m. 149/II gereği, alacağın feshi ihbarın yapılabileceği andan itibaren muaccel olduğu; bu yüzden de iade borcunun tevdi/ödünç konusunun teslimi ile birlikte doğduğu ve bu anda muaccel olduğu, zamanaşımı süresinin de bu andan itibaren başladığı savunulduğu gibi³¹; her iki sözleşmenin de sürekli borç ilişkisine dayandığı, her iki sözleşmede de alınan şeyin iade borcunun sözleşmenin ifasına değil, tasfiyesine ilişkin bir borç olduğu ve ancak sözleşmenin sona ermesiyle muaccel olacağını³² da savunulabileceğini belirtmiştir. Son görüşün bazı yazarlarca hukuki güvenliği ve zamanaşımın öngörülme amacını tamamen dışladığı için eleştirildiği de belirtilmektedir³³.

Kanımızca da, öğretilde belirtildiği gibi, mevduat sözleşmesi ile taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurulmaktadır. Burada mevduatın yatırılması ile paranın istenildiği an çekilebilmesi, zamanaşımı süresinin sanki bu anda başlayacağı izlenimini yaratmaktadır. Ancak *Şit İmamoğlu*'nun kanımızca isabetle belirttiği gibi, mevduat sözleşmesinde iade borcunun ancak sözleşmenin feshi ile muaccel olacağını ve zamanaşımının da bu andan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmek gerekir. Aksi düşüncede olan yazarların hukuki güvenlik, zamanaşımı kurumunun varlık nedenine aykırılık iddiaları, ilk bakışta haklı gibi görünse de, mevduat sözleşmesi-

nin ne tek başına tüketim ödünçü, ne usulsüz tevdi sayılması, kendine özgü nitelikleri olan bir sözleşme olarak kabul edilmesinin daha makul bir görüş olması gerçeği karşısında, örneğin vadesiz hesabında bir miktar para bulunduran bir mudinin, parasının bankada kalması durumunda aradan uzun yıllar geçse bile, neden TBK açısından zamanaşımına uğrayacağını izah etmek güçtür. Mudi vadesiz hesaptaki parasının örneğin tamamını çekmek istemesi, alacağın muaccel olacağını göstermektedir³⁴. Vadeli mevduatta ise, yine kural olarak paranın (BankK. 61'deki istisnalar hariç) istenilen zamanda iadesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca örneğin vadenin otuz üç günde bir (otomatik) uzatılması ve faizin anaparaya eklenerek (asıl alacağı dönüşse) o meblağ üzerinden tekrar anapara faizi işletilmesi ve her ay bunun düzenli olarak yapılması ve banka kayıtlarından da bunun izlenebilmesi, TBK m. 144'teki (banka açısından) borcun ikrarı niteliğinde düşünülebilir³⁵. Borcun ikrarı zamanaşımını kestiğine göre, aslında her vade bitiminde on yıllık süre tekrar işlemeye başlamaktadır. Bankaların kredi verme ve mevduat toplama konusunda sahip oldukları tekel yetkisi nedeniyle, müşterilerinin vadeli ve vadesiz hesaplarını düzgün şekilde tutma yükümlülükleri ve buna iliş-

30 **Şit İmamoğlu**, s.174; **Konuralp**, s. 18. Ayrıca bkz. **Ormancı**, Altınok Pınar (2011) Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, Vedat, s. 61-62, 65-66.

31 Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 173-174, dn. 31 ve 32'de anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **Tekinay&Akman&Burcuoğlu&Altop**, s. 1044-1045.

32 Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 174, dn. 34 ve 35'te anılan yazarlar; **Tekinay&Akman&Burcuoğlu&Altop**, s. 1045.

33 Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 177, dn. 46'da anılan yazarlar.

34 Nitekim Yargıtay, bir kararında, kanımızca bu düşünceye ışık tutacak şekilde şu ifadeleri kullanmıştır: "...dava, davalı bankada bulunan mevduatın tahsiline yönelik olup mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Ancak, davalı ile davalı banka arasında *mevduat sözleşmesi* bulunup zamanaşımı 10 yıl ise de zamanaşımı süresi **davacının mevduatını bankadan talep ettiği tarihten itibaren** başlar. ...Ayrıca, 3182 sayılı *Bankalar Kanunu'nun mevduatta zamanaşımı başlıklı 36. maddesinde*, her türlü mevduat son talep, işlem veya mudiin herhangi bir şekilde yazılı talimatı tarihinden başlayarak 10 yıl geçtiği halde, sahipleri tarafından aranmamış olan mevduatları, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'na gelir kaydedileceği öngörülmüştür." [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.2.2014, E: 2013/14262 K: 2014/2397-LEPERA]. Kararda, "Ayrıca" ile başlayan kısma kadar, banka ile mudi arasındaki özel hukuk ilişkisine dair zamanaşımından söz edilmekte ve 10 yıllık zamanaşımı süresinin, mevduatın bankadan talep edildiği tarihte başlayacağı ifade edilmiştir. Devamında ise, Bankacılık Kanunu'nun düzenlediği "zamanaşımı" kuralı açıklanmıştır ve bu iki zamanaşımı süresi, birbirinden ayrılmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir başka kararında, benzer bir noktadan hareket etmiştir. "...Dava, mevduat hesabında bulunan paranın tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda yazılı gerekçeler ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davalı vekili zamanaşımı definde bulunmuş olup, mevduat zamanaşımı süresi 10 yıl ise de, **bu süre mevduat sahibinin davalı bankadan parasını talep ettiği tarihte** başlayacaktır. Bu nedenle, mahkemece davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmesi de doğru olmadığı gibi,..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.6.2014, E: 2014/5104 K: 2014/10992 (LEPERA).

35 Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. V, A, 1, 3.

kin kayıtları da saklamaları, güven kurumu olmalarının da bir gereğidir. Zira her nimet, külfetle vardır. Bankalar halktan para toplayarak ciddi bir fon yönetmekte, bu fonlarla kredi verip bu işlemlerden gelirler elde etmekte; banka teminat mektupları, kefalet, aval gibi kişisel teminatlar verilmesi, çek ödemeleri, kredi kartı hamilinin yaptığı harcamaları üye işyerlerine ödemek gibi bilumum bankacılık işlemi sayesinde varlığını sürdürmektedir. Bu faaliyetlerin düzgün şekilde işlemesi, bireylerin paralarını bankalara yatırması ile mümkün olmakta, bankalar da bu paraları hem saklama, hem işletme ve hem kullanma yetkisini elinde bulundurmaktadır. O halde bankacılık faaliyeti, mevduat yatırılması ve kredi verilmesi temeline dayandığına göre, mudi bakımından mevduatta TBK açısından zamanaşımının başlangıcını, mudinin aleyhine değil, bu sözleşmenin niteliğine ve BankK. m. 61 de dikkate alınarak, sözleşmenin feshi ile birlikte muaccel kılmak, banka karşısında mali açıdan daha zayıf konumda olan mudinin korunmasına da hizmet edecek; bu bireylerin sektöre güvenini de artıracaktır. Aksi takdirde zamanaşımının sözleşme konusu paranın teslimi ile başlayacağını düşünmek, mudilerin bankacılık sistemine olan güvenlerini de zaafa uğrattacak ve paralarını mevduata yatırmaktan alıkoyacaktır.

B. BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Hukukî Nitelik

5411 sayılı Kanun'un 62. maddesinde, "...on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tâbidir." hükmünü içermesine rağmen, acaba bu hüküm bir zamanaşımı süresi mi getirmektedir?

Öğretide görüş bildiren yazarlar, burada düzenlenen sürenin bir zamanaşımı süresi olmadığını³⁶, genelde zamanaşımı definden borçlu yararlandığı halde, bankalara ne bu tarz bir defa ileri sürme hakkı tanındığı, ne borçlu bankanın zamanaşımından yararlanmasının söz konusu olduğu; BankK. m. 62'de öngörülen zamanaşımının sadece alacaklar (mevduat) için değil, emanetler için de öngörüldüğü, oysa emanetin bir taşınır olduğu düşünüldü-

günde, Borçlar Kanunu'na göre menkuller üzerinde alacak zamanaşımının işlemesinin imkan dahilinde bulunmadığı, Türk Medeni Kanunu'nda sözü edilen iktisabi zamanaşımının ise burada söz konusu olmadığı, bu madde ile genel hükümlere bir istisna getirildiği belirtildiği gibi³⁷, BankK. m. 62'nin zamanaşımına uğrayıp TMSF'ye gelir kaydedilmiş mevduatın, eksik borç yaratmak yerine, iade edilemez hale gelmesi ve hesap sahibinin hakkının korunması için belli bir süre içinde belli davranışlarda bulunması zorunluluğu bakımından hak düşürücü süreyi anımsattığı da ifade edilmektedir³⁸. Yine mehz Fransız hukukunda otuz yıl olarak belirlenen zamanaşımı süresinin, Türk hukukuna, genel zamanaşımı süresine uyum sağlamak için on yıl olarak aktarıldığının anlaşıldığı görüşü de³⁹, bu düzenlemenin ilk alındığı andan itibaren, terime yanlış anlam verilerek Türk hukukuna aktarıldığı şeklindeki kanaatimizi güçlendirmektedir.

Gerçekten de, düzenlemelerin ilk başından beri, hep "zamanaşımı" terimi kullanılmasına rağmen, bunun teknik anlamda özellikle bir alacak zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bir alacak hakkı zamanaşımına uğradığında, -ki kural olarak bu, muacceliyetle başlar (TBK m. 149/I)- borçlu dilerse bu borcu ödeyebilir ve artık bunun iadesini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre isteyemez (TBK m. 78/2). Oysa burada -öğretideki ahlaki temelli aksi fikirlere rağmen⁴⁰-, Fon'a intikal etmiş mevduat ve sair değerlerin ihtiyari olarak, talep eden mudiye ödenmesi mümkün değildir. Yine BankK. m. 62 sisteminde, süre dolup haklar Fon'a devredildiğinde, mevduat ve sair haklar üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermekte ve Devlete geçmektedir. Yani bu bakımdan burada hakka doğrudan müdahale niteliğinde bir düzenleme vardır. Bunun klasik bir alacak zamanaşımı ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Ayrıca alacak zamanaşımında süre genel kural uyarınca "muacceliyet" ile başlarken, BankK. m. 62 sisteminde, "son işlem, talep veya ya-

37 **Reisoğlu** (2007), s. 894. Aynı yönde bkz. **Çeker**, s. 328-329; **Nomer**, Halûk N. (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, s. 332.

38 **Şit İmamoğlu**, s. 166, dn. 7, 168.

39 **Şit İmamoğlu**, s. 170. Fransız hukuku ile ilgili ayrıntılar için ayrıca bkz. s. 170-171.

40 Bkz. **Battal**, Ahmet: Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum (Bildiriler-Tartışmalar) (8 Haziran 2007), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 196.

36 Karş. **Kaplan**, s. 151.

zılı talimat” tarihinden itibaren süre işlemeye başlar. Türk Borçlar Kanunu’nda zamanaşımını kesen ve durduran özel sebepler mevcutken (m. 153-154), BankK. m. 62 sisteminde, aşağıda görülecek olan bazı özel durumlar söz konusudur.

Daha da önemlisi, yukarıda mevduatın hukuki niteliği ve mevduat açısından zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili bilgiler çerçevesinde, aslında kabul ettiğimiz çözüm bakımından, mevduat ve sair değerler bankanın uhdesinde iken, özel hukuk açısından zamanaşımı süresi dolmamış olabilir. İşte bu yönüyle düzenleme doğrudan mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir. Zira BankK. m. 62 olmazdı (özellikle mevduat bakımından), bankanın mülkiyetinde olan, ancak talep edildiği an çekilebilecek (BankK. m. 61) olan bu hak üzerinde talep yetkisinin sona ermesi söz konusudur. Hüküm bu yönüyle de zamanaşımı kavramından uzaktır. Bu nedenle, TBK’daki “zamanaşımı” ile BankK. m. 62’deki “zamanaşımı” kanımızca birbirine karıştırılmamalıdır⁴¹.

2. Türk Ticaret Kanunu’nun 6. maddesi Karşısında, Bankacılık Kanunu’nun 62.

Maddesi Hükümünün Konumu

6102 sayılı TTK’nın 1. maddesine göre, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hükümlerle, bir

ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir.

Türk hukukunda modern sistem esas alındığı için⁴², ticari işletme odak nokta olarak kabul edilmiş ve sistem ona göre şekillendirilmiştir. Bu çerçevede, ticari hükümler, sadece TTK’da düzenlenen hükümlerle sınırlanmamış; başka kanunlarda düzenlenen ve ticari işletmeyi ilgilendiren hükümler de bu nitelikte sayılmıştır. Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁴³, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu gibi kanun hükümleri de ticari hüküm niteliğindedir.

Bir hükmün ticari hüküm niteliğinde olmasının, TTK m. 6 açısından çok önemli bir sonucu vardır. Gerçekten de, TTK m. 1’i teyit edercesine “çoğul” bir ifade kullanmış olan TTK m. 6’ya göre, ticari hükümler koyan *kanunlarda* öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.

Bu düzenleme karşısında BankK. m. 62’nin, TTK m. 1 ve 6 karşısındaki durumunun da incelenmesi gerekir. Zira BankK. m. 62’nin bir ticari hüküm olduğu açıktır. Zira bu Kanun anonim şirket olarak kurulan bankanın ticari işletmesi ile doğrudan ilgilidir. Anılan hüküm “lafzen” bir zamanaşımı süresi niteliğinde ise, sözleşme ile değiştirilemezlik ilkesine tabi olacak mıdır?

Kanımızca hüküm, teknik anlamda bir zamanaşımı süresi olmadığı için, TTK m. 6 bağlantısı ile sürenin değiştirilemezliği ilkesine başvurmak gereği de yoktur. Ancak hükmün, hak düşürücü süreye daha yakın durduğunu⁴⁴ ve bu bakımdan kamu düzeni ile ilgili bulunduğunu kabul etmek ve sürenin herhangi bir şekilde değiştirilemeyeceğini benimsemek, kanımızca uygun düşecektir⁴⁵.

41 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.09.1999 tarihli bir kararında [E: 1999/5158, K: 1999/6965 (yayımlanmamış karar. Bkz. Çeker, s. 329), “Bankalar Kanunu’nun 36. maddesinde, bankalarda takipsiz bırakılan mevduat, emanet ve alacakların 10 yıllık sürenin dolması halinde TC Merkez Bankasına devredilmesi... düzenlenmiştir. Mevduat alacakları da, bu madde kapsamına girmektedir. Buradaki zamanaşımı süresi özel bir düzenleme olup, dava konusu uyumsuzlukta Borçlar Kanunu’nun 125. maddesindeki genel zamanaşımının somut olayda uygulanması gerekir. O halde, mahkemece Bankalar Kanunu’nun 36. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir” denilerek, kanımıza iki kanun anlamında “zamanaşımı” kavramı birbirine karıştırılmıştır. Kanımızca iki hüküm arasında özel hüküm-genel hüküm karşılaştırması yapılamaz; zira ikinci düzenleme bir zamanaşımı süresi değildir. Aynı değerlendirme için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.5.2006, E: 2005/6186, K: 2006/5945 (Kazancı). Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bir başka kararında, “...5411 Sayılı Bankacılık yasasının 62. maddesi, “bankalar nezdelerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tabidir” hükmünü havi olup, davalı vekilinin zamanaşımına definin bu madde hükmüne göre değerlendirilmesi gerekirken, B.K.nun 60. maddesi uyarınca davanın zamanaşımına uğradığından bahisle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır...” denilerek, kanımızca iki zamanaşımı yine birbirine karıştırılmıştır. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 21.6.2010, E: 2009/1101, K: 2010/7139 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 9.2.2004, E: 2003/6407, K: 2004/1027-Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 20.9.1999, E: 1999/5158, K: 1999/6965-Kazancı].

42 Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 5.

43 Arkan, s. 94-95.

44 Bkz. Şit İmamoğlu, s. 166, dn. 7.

45 Öğretide Rüzgar, TTK’nın 6. maddesinin kapsamına sadece TTK’daki zamanaşımı sürelerinin değil, ticari işlerle ilgili hüküm koyan diğer kanunlardaki zamanaşımı sürelerinin de dahil olduğunu; Bankacılık Kanunu’nun 62. maddesindeki düzenlemenin de bu nitelikte bulunduğunu, buradaki zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle kısaltılması veya uzatılması olanağının bulunmadığını belirtmektedir [Bkz. Rüzgar, Yurdağül (2007), “Mevzuat, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Mevduatta Zamanaşımının Değerlendirilmesi Mevduatın İade Edilmemesinin Hukuki Sonuçları” Bankacılar Dergisi, S: 63, s. 72-73].

IV. HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI VE USUL

A. BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN KAPSAMINA GİREN HAKLAR

1. Kapsama Giren Haklar

BankK. m. 62'de bankalar nezdlerindeki "mevduat"⁴⁶, "katılım fonu"⁴⁷, "emanet" ve "alacaklar"dan söz edilmiştir. Yine konu, "Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"⁴⁸ hükümleri çerçevesinde de incelenmelidir.

Anılan Yönetmelik'in 8. maddesine göre, zamaşaşımına tabi alacaklar daha da çeşitlendirilmiştir. Buna göre, bankaların emanetinde bulunan

Hisse senedi ve tahviller,

Yatırım fonu katılma belgeleri,

Çek karnesi teslim edilmemiş dahi olsa çek karnesi verdikleri müşterileri adına açılan mevduat hesaplarında bulunan tutarlar⁴⁹,

Havale bedelleri,

Mevduat, alacak ve emanetlerin zamaşaşımı süresi sonuna kadar işleyecek faizleri ile katılma hesabına ilişkin kar payları⁵⁰ da dahil olmak üzere her türlü mevduat,

Katılım fonu, emanet ve alacaklar⁵¹,

Kiralık kasalardaki kıymetler⁵², kapsama dahildir.

46 *Mevduat*, 5411 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödemek üzere kabul edilen parayı ifade eder. Yargıtay bir kararında, bankaya temlik edilen bir alacağı bu nitelikte görmemiştir. "...Davacı vekili, müvekkili ile Z.Bankası A.Ş. arasında yapılan 20.01.1989 tarihli protokol çerçevesinde müvekkili şirketin O. Bankası'ndaki alacağının anılan bankaya temlik edildiğini, bu temlikin O. Bankasına da bildirildiğini, O. Bankasının bu temlik nedeniyle ilk ödeme 01.02.1989 olmak üzere 01.02.1990 tarihine kadar çeşitli tarihlerde toplam 1.111.352.000 TL (o tarihte 502.927,21 USD karşılığı) Z.Bankasına ödediğini, ancak Z.Bankasının bu ödemeyi almış olduğu halde temlik sözleşmesinin gereklerini yerine getirdiğini ve temliğe karşılık davacıya herhangi bir ödemede bulunmadığını, ...Dava, taraflar arasındaki temlik sözleşmesi ve protokol hükümlerine dayalı istidat istemine ilişkin olup, asıl uyumsuzluk davalı tarafın zamaşaşımı def'i konusunda mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 36'ncı maddesi ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 62'nci maddesinin uygulanması olanağının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır... Oysa, davacı vekilince davalının taraflar arasında düzenlenen 20.01.1989 tarihli temlik sözleşmesi ve protokol hükümleri gereğince yükümlülüklerini yerine getirmede, dolayısıyla sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edilerek davalının temlik alıp tahsil ettiği miktarın istidatı talep edilmiş olunması karşısında, davalının dayanağının temlik sözleşmesi ve protokol hükümleri olduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda, dava konusu meblağın 3182 Kanun'un 36'nci, 5411 sayılı Kanun'un 62'nci maddesi anlamında davacı tarafın bir alacağından bu çerçevede davalının temlik alıp tahsil ettiği dava konusu bu tutarı anılan kanunlarda öngörülen yetkili kuruma devretme yükümlülüğü altında olduğundan söz edilemez." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 14.05.2013, E: 2011/6987 K: 2013/9929 (LEXPERA).

47 *Katılım Fonu*, katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan parayı ifade eder (5411 sayılı Kanun, m. 3). Özel cari hesap, katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilir özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları ifade eder (5411 sayılı Kanun, m. 3) [Ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu** (2007), s. 120-121]. Katılma hesabı, katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılmamasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparasının aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları ifade eder (5411 sayılı Kanun, m. 3) [Ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu** (2007), s. 121 vd.].

48 RG., 01.11.2006, S. 26333.

49 Bu yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.05.2002, E: 2002/4023 K: 2002/4596 (LEXPERA).

50 Bu konuda 2308 sayılı "Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senetli Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun"un [RG., 26.06.1933, S. 2437] 1. maddesine göre, "anonim ve limitet şirketler ile sermayesi eshama ayrılmış komandit şirketlerinin komanditerlere ait hisse senetlerinin ve tahvillerinin kanuni mazeret bulunmaksızın beş senelik müruru zamana uğrayan faiz, temettü ve ikramiye gibi menfaatlerde bu şirketlerin hisse senetleri ve tahvillerinden bedele inkişap etmiş olanlarının on senelik müruru zamana uğrayan bedelleri Devlete intikal eder." Anayasa Mahkemesi, bu hükmün 1961 Anayasası'nın 36. maddesindeki "mülkiyet hakkına" aykırı olduğu iddiası ile yapılan başvuruyu reddetmiştir [AYM, T: 18.02.1965, E: 1564/47, K: 1965/8 (RG., 25.06.1965)].

51 *Reisoğlu*, bu kapsama; "vadeli ve vadesiz her tür TL alacaklı cari hesapları, vadeli ve vadesiz döviz tevdiat hesapları, katılım fonları, muhtelif borçlar hesabındaki kayıtlar ile ödeme emirleri, ödenecek havaleler, alacaklı geçici hesapları/gecikme faizleri, diğer karşılıklar hesaplarındaki tutarlar, ödemesi geciken maaşlar, nazım hesaplar/ emanet kıymetleri ile bu nitelikteki diğer alacaklar, kısmen karşılıklı çeklerde, çekin bankaya verilmemesi nedeniyle çekin hamil adına bloke edilen kısmi karşılıkları gibi alacakların girdiğini belirtmektedir. (bkz. 2007, s. 890). Yazar, kasa fazlasının bunları verenlerin ihtiyarı ile ödendiği, bu paraların mülkiyetinin bankanın mülkiyetine geçtiği, her türlü alacak kavramına kasa fazlası paraların da girdiğini savunmaktadır (bkz. **Reisoğlu** (2007), s. 890. **Battal**, Sempozyum, s. 172-173. Karş. **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 108-109; **Alıcı**, s. 718-719; **Taşdelen**, Servet (2002) Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, Özbay Ofset Matbaası, s. 304.

52 Kiralık kasa olasılığında, müşteri ile banka arasında bir saklama sözleşmesi değil, bir kira sözleşmesi olduğu için, kasadaki senetler, mücevher, altın gibi menkuller emanet kapsamı dışında kalacaktır. Uzun süre başvuruda bulunulmaması durumunda, bu kıymetler kasa sahibine veya mirasına ait olacak, bu yüzden de bu kıymetler hakkında bu madde anlamında zamaşaşımı söz konusu olmayacaktır. Ancak kiranın ödenmemesi veya kişinin başvurmaması nedeniyle, banka sözleşmeden aldığı yetki ile kasalar banka tarafından veya noter huzurunda açılarak boşaltılmakta ve emanete alınmaktadır. Bu yüzden de, kasanın açılma tarihinden itibaren 62. madde anlamında emanet niteliğine bürüneceği ve zamaşaşımına tabi olacağı benimsenmektedir. Nitekim, anılan Yönetmelik'in 9. maddesinde, kiralık kasalardaki kıymetler için zamaşaşımının, kasa kira bedelinin en son tahsil edildiği ya da kasanın en son açıldığı tarihten itibaren başlayacağı düzenlemesi yapılmıştır (bkz. **Reisoğlu** (2007) s. 893); **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 110. Karş. **Alıcı**, s. 719.

2. Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

BankK. m. 62 bankaların nezdlerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin *en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı* tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanların zamanaşımına tâbi olduğunu öngörmüştür.

Öğretide, vade uzatılmasının talep edilmesi, hesaba para yatırma, hesaptan para çekme, hesap üzerine rehin konulması, hesap cüzdanına faizlerin kaydedilmesi, adres değişikliğini bildirme gibi hallerde zamanaşımının “kesileceği” ifade edilmektedir⁵³. Ancak, banka tarafından mevduata faiz işletmek ve hesap kartonuna işlemek, mudinin katkısını gerektirmeyen bir iç işlem olduğu için, bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir⁵⁴. Yine vadeli hesaplarda her ne kadar vade sonuna kadar zamanaşımı işlemese de, yazılı talimatla uzatılan vade bitiminde zamanaşımının işlemeye başlayacağı benimsenmektedir⁵⁵.

Kanımızca değerlendirme yapılırken, günümüz teknolojisi ile hayatımıza giren internet bankacılığı işlemleri de dikkate alınarak, mudinin haklarının gözetilmesi ve hükmün istisnai karaktere büründürülmesi, amaca uygun bir yaklaşım olacaktır. Örneğin vadeli hesap açan bir mudi, en baştan otuz günde bir vadenin yenilenmesini ve faizin anaparaya eklenerek çıkan meblağa tekrar anapara faizi yürütülmesini talep ettiğinde, bunun BankK. m. 62 anlamında zamanaşımını neden kesmediğinin izahı güçtür. Zira mudi ilk başta bir irade/yazılı talimat ortaya koymuştur. Bunun süregelen bir irade olarak yorumlanması ve her yenilemede zamanaşımının kesildiğinin kabul edilmesi gerekir⁵⁶.

B. USUL

Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesinin 2. fıkrasında⁵⁷, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul

ve esasların BDDK'ca belirleneceği ifade edilmiştir. Konunun ayrıntıları ise sözü edilen Yönetmelik'in 8. maddesinde düzenlenmiştir.

Hükme göre, bankalar bir takvim yılı içinde zamanaşımına uğrayan ve tutarı *50 Türk Lirası ve üzerindeki* her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakların hak sahiplerini, başvuruda bulunmadıkları takdirde hesaplarının TMSF'ye devredileceği hususunda, izleyen takvim yılının Ocak ayı sonuna kadar iadeli taahhütlü mektupla uyarmak zorundadır.

Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ile tutarı *50 Türk Lirasının altındaki* her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar Şubat ayının başından itibaren bankanın kendi internet sitesinde liste halinde dört ay müddetle ilan edilir. Banka, söz konusu listelerin kendi internet sitesinde ilan edildiği hususunu, Şubat ayının on beşinci gününe kadar ülke genelinde yayım yapan ve ilan talebi tarihinde Basın İlan Kurumu listelerindeki tirajı en yüksek ilk beş gazeteden ikisinde Basın İlan Kurumu aracılığıyla iki gün süreyle ilan eder. İnternet sitelerinde ilan edilen listeler, bankalar tarafından eş zamanlı olarak ayrıca Kuruluş Birliklerine ve TMSF'ye gönderilir. Kuruluş Birlikleri ve TMSF bu listeleri Mayıs ayının sonuna kadar konsolide edilmiş olarak kendi internet sitesinde yayımlar.

İlan edilen zamanaşımına uğramış her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan Haziran ayının on beşinci gününe kadar hak sahibi veya mirasçıları tarafından aranmayanlar, faiz ve kâr payları ile birlikte Haziran ayı sonuna kadar TMSF'nin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki veya TMSF Kurulu tarafından belirlenecek bankalar nezdindeki hesaplarına devredilir. Söz konusu hesap, emanet ve alacakları devretmekle yükümlü bankalar, bu durumu, hak sahiplerinin kimlik bilgileri, adresleri ve haklarının faiz ve kâr payları ile

53 **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 106; **Reisoğlu** (2007) s. 895; **Alıcı**, s. 721; **Çeker**, s. 331-332.

54 **Atasagun**, s. 288; **Yüksel**, s. 148; **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 106; **Reisoğlu** (2007) s. 895; **Alıcı**, s. 722-723; **Battal**, Sempozyum, s. 174; **Rüzgar**, s. 73, 75. Karş. **Çeker**, s. 333.

55 **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 107; **Reisoğlu** (2007) s. 895-896.

56 Öğretide kanımızca isabetle bu görüşte bkz. **Çeker**, s. 333. Karş. **Erem&Altınok&Tandoğan** (1989), s. 107; **Reisoğlu** (2007) s. 897-898; **Alıcı**, s. 721. *Alıcı*, bu durumun, vadeli hesapların sahibi tarafından aranmasa bile, hiç zamanaşımına uğramaması gibi bir sonuca götüreceğini; bunun ise Kanun ve Yönetmelik'e aykırı olduğunu savunmaktadır.

57 Aslında hukuken sorunlu tek hüküm, BankK. m. 62 değildir. “*İradi tasfiye*” başlığını taşıyan BankK. m. 20'ye göre, “*Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar faaliyetlerine son vermek ve bunları tasfiye etmek*

istedikleri takdirde, durumu Türkiye çapında basımı ve dağıtımı yapılan en az iki gazete ile ilan ve mevduat sahipleri veya katılım fonu sahipleri ile alacaklılarına veya bu durumda sayılabilecek kişi ve kurumlara tebliğ ederek ellerinde bulunan aynı ve nakdi her türlü mevduat veya katılım fonu ile emanet ve cari hesap bakiyelerini ve sair borçlarını, vadeli olsalar bile vadelerini beklemezsizin iki ay içinde iadeye ve bu süre içerisinde sahibi başvurmamayan aynı ve nakdi her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakları Kuruma tevdi etmeye mecburdurlar. Kurum, bu suretle verilen değerleri, takip eden yıl başından başlamak üzere on yıl süre ile her yıl başında usulüne göre ilan etmek suretiyle saklar. Son ilan tarihinden itibaren altı ay içinde aranmayan bu değerler Fona gelir kaydolunur.” denilmektedir. Tasfiyeye girmiş bir bankada mevduat ve sair alacakları bulunan kişiler için de, on yıl sonra mülkiyet haklarını kaybetmesi söz konusu olmaktadır. Bu konuda bkz. “Bankaların İradi Tasfiyeleri Hakkında Yönetmelik” [RG 01.11.2006, S. 26333].

birlikte ulaştıkları tutarlar gösterilmek suretiyle düzenlenecek bir liste ile devir tarihinden itibaren bir hafta içerisinde TMSF'ye bildirmekle yükümlüdür.

Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar, faiz ve kar payları ile birlikte devir tarihi itibarıyla Fon tarafından gelir kaydedilir.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarında, mevzuatta aranan bu koşulların yerine getirildiği ispatlanmadan, müdiye zamanasını savunmasında bulunulmayacağına karar vermektedir⁵⁸.

V. BANKACILIK KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU A. MÜLKİYET HAKKI BAKIMINDAN

1. Genel Olarak Anayasa'nın 35. Maddesi ve AİHS Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması Sorunu Anayasa'nın 35. maddesine göre, herkes mülkiyet (ve miras) hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Yine mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz⁵⁹.

58 Bu yaklaşımın doğru olduğu hakkında bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 168-169. Aksi yönde bkz. **Battal**, Ahmet (2006) Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, s. 246; **Battal**, Sempozyum, s. 161 vd. "...5411 Sayılı Kanun'un 62. maddesinde, bankalar nezdindeki mevduatların, hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanların zamanasına tabi olduğu belirtilmişse de, devrin yapılabilmesi için yasal gereklerin eksiksiz olarak yerine getirilmesi gerekmektedir." Yine bir başka kararda, "...Bankalarda bulunan mevduat ve bu cümleden sayılan emanet ve alacakların 10 yıl geçmekle zamanasına uğraması, bankaca gerçekleştirilecek ilan ve tebligatların yapılması koşuluna bağlıdır. Başka bir anlatımla, sahipleri hakkında bu yönde uygulama yapılmadan banka nezdindeki hakları ve alacakları kendiliğinden zamanasına uğramaz. Esasen Dairemizin uygulamaları da bu yöndedir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.10.2004 tarih ve 2004/820 Esas 2004/9907 Karar sayılı ilamı, 11.01.2010 tarih ve 2008/8695 Esas 2010/154 Karar sayılı ilamı)...". Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.11.2015, E: 2014/16771 K: 2015/11821 (LEXPERA). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 24.2.2014, E: 2013/14399 K: 2014/3371 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.1.2014, E: 2013/11472, K: 2014/1040 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 13.10.2011, E: 2011/7761, K: 2011/12977 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 11.1.2010, E: 2008/8695, K: 2010/154 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.5.2006, E: 2005/6186, K: 2006/5945 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 25.1.2007, E: 2005/13871, K: 2007/802 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 23.6.1997, E: 1997/3652, K: 1997/4975 (Kazancı); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 9.11.2015, E: 2015/4563 K: 2015/11695 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 16.06.2011, E: 2009/14775, K: 2011/7343 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 15.1.2014, E: 2013/8412, K: 2014/776 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 21.1.2015, E: 2014/14047, K: 2015/764 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 7.12.2015, E: 2015/10096, K: 2015/13052 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 23.5.2016, E: 2015/15445, K: 2016/5536 (LEXPERA); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 10.05.2002, E: 2002/4023, K: 2002/4596 (LEXPERA).

59 Mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Akça**, Kürşat (2015), "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", İÜHFCD, C. 1, s. 567 vd.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın İkinci Kısmının İkinci Bölümünde düzenlenen, olağan dönemlerde KHK ile düzenleme yasağı olan, devletin dokunmaması gereken "negatif statü" haklarından. Ancak Anayasa'nın 35. maddesiyle Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına saygı gösterme ve haksız müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğünün yanında, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleleri önleme şeklindeki pozitif bir yükümlülük de yüklenmektedir⁶⁰.

Yine Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz⁶¹.

AİHS ve Sözleşme'ye Ek (1) No'lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

Hemen belirtmek gerekir ki, AİHS ve 1 No'lu protokol çerçevesinde, mülkiyet hakkı ve kapsamını çok geniş şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsama çok çeşitli ekonomik konular girmektedir. Bunlar; menkul ve gayrimenkul mallar, elle tutulabilir veya

60 AİHM, daha önceleri bu görüşte değilken, 2000'li yıllardan itibaren, birçok kararında, 1 No'lu Protokol'un geleneksel negatif yükümlülüklerine ilaveten, Devletin mülkiyet hakkının korunması için bazı önlemler almasını gerektiren pozitif yükümlülükleri içerdiğini belirtmiştir. Bkz. **Gemalmaz**, H. Burak (2009) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta, s. 417-418. Anayasa Mahkemesi, "Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu (Başvuru no: 2014/1546), Tarih 2.2.2017, RG., 23.3.2017, S. 300016, N. Ş 67'de aynı yönde açıklamalarda bulunmuştur. Ayrıca bkz. AYM, 22.10.2015 tarih ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı (SPKn m. 13/4 ile ilgili) iptal kararı [RG., 12.11.2015, S. 29530], Ş 15.

61 Bkz. AYM, 29.1.2014, E. 2013/109, 2014/15 (RG., 09.05.2014, S. 28995). 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8/A maddesinin iptali kararı.

tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, ev sahibinin kira alma hakkı, bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin ekonomik çıkarlar, bir mesleği icra etme hakkı, belli bir usulün uygulanacağına dair meşru beklenti, hukuki bir hak iddiası ve bir sinemanın müşterileri gibi⁶². Görüldüğü gibi, Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesinde sayılan haklar, gerek Anayasa'nın 35. maddesi, gerek AİHS ve 1 No'lu Protokolün tanıdığı "mülkiyet hakkı" kapsamındadır. Gerçekten de AİHM'in kararlarında, para, mücevherat ve diğer sikkeler, mülkiyet hakkı kapsamında görülmektedir. Para bir değişim aracı olmasına rağmen, kendisinin de bir meta olduğu kabul edilmekte; bu yüzden de paranın kendisinin mülkiyet hakkı kapsamına girdiğinin açık olduğu ifade edilmektedir⁶³. Yine para dışında, özellikle kiralık kasalarda sıkça saklanan altın, mücevher ile hisse senedi gibi kıymetli evrak da bu kapsama girecektir⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi de, mülkiyet hakkının konusunu AİHM içtihatlarında olduğu gibi, ulusal mevzuattan bağımsız "özerk" bir kavram olarak değerlendirmiştir⁶⁵. Nitekim bir bireysel başvuru kararında sahip olunan şey kavramının, AİHS ve Anayasadaki düzenlenmeler açısından özerk bir kavram olarak ele alınıp değerlendirildiği, dolayısıyla bu konudaki değerlendirmelerin gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından mevzuattan bağımsız olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı ile ilgili bireysel başvuru kararlarında şu noktaları vurgulamaktadır:

Anayasa'nın 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesinin benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer verdiği; her iki düzenlemenin de üç kural içerdiği; sözleşmenin ilk cümlesinin herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa'da, mülkiyet hakkını daha geniş manada tanıdığı; düzenlemelerin ikinci cümlelerinin ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına aldığı belirtilmiştir⁶⁶. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde, hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşme'ye ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası, devletlerin mülkiyeti kamu yararı amacıyla düzenleme, vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete, mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir⁶⁷.

Anayasa'da ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete mülkiyetin kullanımını veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da **yasallık, meşruluk ve ölçülülük** ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır⁶⁸.

62 **Carss-Frisk**, Monica: Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, s. 6 (www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf.s.e.t.03.05.2017); **Akça**, s. 580 vd. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, bu noktayı teyit etmiş; Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir." denilmek suretiyle mülkiyet hakkını güvenceye bağlamıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğine kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkullerle bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dahildir." denilmiştir [Anayasa Mahkemesi, *Recep Tarhan ve Afife Tarhan* Başvurusu (Başvuru no: 2014/1546), tarih 2.2.2017, RG., 23.3.2017, S. 300016, N. § 49]. Yine aynı yönde bkz. Ayrıca bkz. AYM, 22.10.2015 tarih ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı (SPKn m. 13/4 ile ilgili) iptal kararı [RG., 12.11.2015, S. 29530], § 14. Bu konuda ayrıca bkz. **Akilloğlu**, Tekin (2012), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler", İÜİHD, C. 5, S: 2, s. 11 (N. 07).

63 Bkz. **Gemalmaz**, s. 242-243 ve orada sözü edilen AİHM kararları.

64 **Gemalmaz**, s. 243, 245 vd.

65 **Akça**, s. 581. *Selçuk Emiroğlu* Başvurusu, Karar No.: 2013/5053, Karar tarihi: 07.07.2015.

66 Anayasa Mahkemesi, *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/5167) Karar Tarihi: 28/9/2016 [RG., 17/11/2016, S. 29891], N. § 52.

67 Anayasa Mahkemesi, *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/5167) Karar Tarihi: 28/9/2016 [RG., 17/11/2016, S. 29891], N. § 58.

68 Anayasa Mahkemesi, *Necmiye Çiftçi ve Diğerleri* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/1301) Karar Tarihi: 30/12/2014.

2. Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

a. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, Kanun'un 62. maddesi kapsamına giren haklar, BankK. m. 62'deki hak sahibinin "en son talebi", "işlemi", "herhangi bir yazılı talimatı" tarihinden itibaren on yıl sonra zamanlaşımına uğramakta ve bu süreden sonra belli bir süreç izlenerek, bunlar TMSF'ye geçirilmekte ve hak sahibinin hakları sona ermektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Kanun kapsamındaki haklar, mülkiyet hakkı kapsamına girdiği gibi, hükümde mülkiyet hakkının sınırlandırılmasından ziyade, mülkiyet hakkının aşamalı olarak ortadan kaldırılması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin ölçütleri çerçevesinde, hükmün Anayasa'ya uygunluğunu tartışmaya çalışacağız. Buna göre AİHS ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi;

Kişilerin mülklerinden barışçıl şekilde yararlanma hakkını,

Kişilerin mülklerinden hangi koşullarda *yoksun bırakılabileceği* veya kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabilceğini,

Mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesini konu alır⁶⁹.

Bu çerçevede mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili ölçütlerden ölçülülük ilkesi incelendiğinde, ilkenin "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu görülmektedir. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁷⁰.

AİHM de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yapılan müdahalenin kamu yararını ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında *adil bir denge*nin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁷¹. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, bireyin çıkarları ile kamunun genel yararı arasında bulunması gereken adil dengeyi bozmaması gerekmektedir. Mahkeme, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliği, başvuruçunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da göz önünde tutarak başvuruçuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır⁷².

Tüm bu ölçütleri, BankK. m. 62 üzerinde uygulayarak, Anayasa ve AİHS 1 No'lu Protokol'e uyumlu bir hüküm olup olmadığını saptama imkanı söz konusu olacaktır.

Bu sınırlama elverişli midir? Kanun'un 62. Maddesinin amacı nedir?

Yukarıda tarihi gelişim incelenirken de belirtildiği gibi, kökü 1933 tarihli Mevduat Koruma Kanunu'na dayanan ve o günden bugüne adeta gelenekselleşen mevduatta zamanlaşımı hükmünün esas amacı, öğretilerde de ifade edildiği gibi⁷³, banka ile mudi arasındaki özel hukuk ilişkisinde zamanlaşımına uğramış veya uğramamış mevduatın bankalar yerine Devlete geçişini sağlamaktır⁷⁴. Öğretilerde *Battal*, Bankacılık Kanunu'ndaki zamanlaşımı düzenlemeyle, 62. maddede sayılan değerlerin borçlu banka tarafından edinilmesinin önlenmek istendiğini; bu farklı uygulamanın nedeninin ise, bankaya tevdi edilen alacağın bir anlamda kamu güvenine terk edilmiş olmasından kaynaklandığını belirtmektedir.

69 Türk Anayasası'nda mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde genel bir sınırlama yer alırken, Sözleşme'ye ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası, devletlerin mülkiyeti kamu yararı amacıyla düzenleme, vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak devletlerin genel yarara uygun olarak "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir.

70 Anayasa Mahkemesi, *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/5167) Karar Tarihi: 28/9/2016 [RG., 17/11/2016, S. 29891], N. 576; Anayasa Mahkemesi, 2.2.2017 tarihli *Recep Tarhan ve Afife Tarhan* Başvurusu (Başvuru no: 2014/1546), N. 566 [RG., 23.3.2017, S. 300016].

71 Anayasa Mahkemesi, *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/5167, Tarih: 28/9/2016) [RG., 17/11/2016, S. 29891], N. 577; AYM T: 22.05.2013, E. 2012/108, K. 2013/64 (RG., 12.07.2013, S. 28705).

72 Anayasa Mahkemesi, *Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu* Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/5167) Karar Tarihi: 28/9/2016 [RG., 17/11/2016, S. 29891], N. 578.

73 Bkz. **Erem**, Faruk&**Altıok**, Akın&**Tandoğan**, Haluk (1975) Bankalar Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 96-97; **Battal**, Sempozyum, s. 149 vd.

74 Nitekim, 1933 tarihli Kanun'un ilgili madde gerekçesinde, kanun koyucunun zamanlaşımından borçlunun yararlanmasının uygun bulunmadığını; mevduat sahiplerinin ölmesi, gaip olması veya mevduatı herhangi bir nedenle unutmış olmaları gibi nedenlerle, mevduatın aranmaması sonucu olarak bunları bankalara bırakmanın uygun görülmediğinden söz edilmiştir. Bu nedenle, kanımızca bu hükmün amacı araştırılırken, yürürlükteki 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesi değil, tarihi yorum yöntemi benimsenerek, mevduatımıza bu düzenlemenin ilk girdiği yıllardaki gerekçe ile hareket etmek doğru olacaktır.

Bunun bir diğer nedeni ise, bu alacakların zamanaşımına uğramasının alacaklının alacağını talep etmemek şeklindeki davranışından değil, alacaklının ölmesi ya da sahipsiz miras haline gelmesinden ileri geldiğini, bu durumun sahipsiz mirasın akıbetine benzediğini savunmakta; bu olasılıkta mirasın Hazineye değil, TMSF'ye devredildiğini, Fon'un adeta mirasçı olarak görüldüğünü belirtmektedir⁷⁵.

Eğer mevduat sahibi ölmüşse ve mirasçısı yoksa, normalde Hazine'ye devredilecek olan mevduat, bu olasılıkta Fon'a geçmektedir. Oysa 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesi kapsamına giren bir hakkın maliki ölmüş, ancak hayatta kalan mirasçıları olabilir. Bu düşünce kabul edilirse, bankada belki de özel hukuk anlamında zamanaşımına uğramamış ve mirasçının miras hukuku anlamında bir hak talep edebileceği bir alacak, Devlete intikal edecektir. Dolayısıyla, burada durumun sahipsiz mirasçının durumu ile benzerlik göstermediğini düşünüyoruz. Ölen kişinin mirasçılarının, murisin çok değişik bankalarda hesaplarının olduğunu bilmemesi yüksek bir olasıdır. Burada mirasçılar tarafından bilinmeyen, hukuken de terekenin bir kısmını oluşturan mevduat ve sair değerlerin Devlete intikal ettirilmesi, Anayasa ile güvence altına alınan miras hakkının da ihlali anlamına gelir. Ancak kuşkusuz murisin mirasçısı yoksa, devlet, malların sahipsiz kalmaması için yasal mirasçı olacaktır ve bunda Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur.

Kanımızca, Devletin (sahipsiz kalan miras durumu hariç), zamanaşımına uğrayan mevduat ve sair alacakların maliki olmak gibi bir amacı olamaz. Mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bu düzenlemenin, kanımızca meşru görülemeyecek bir müdahale ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması mümkün değildir.

Bu sınırlama "gerekli" midir? Gerekliklik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını zorunlu kılar. Mirasçısı olmayan kişilerin son zümre mirasçısı zaten Devlet olduğuna göre (TMK m. 501), bankada kalan mevduat ve benzeri değerlerin sahibinin olmaması durumunda, Devlet yasal miras hakkını kullanabileceken, bu tarz bir hükümlerle, gerek mali-

kin mülkiyet, gerek mirasçının miras hakkının elinden alınmasının gerekli olduğu söylenemez.

Bu sınırlama "orantılı" mıdır? "Orantılılık" bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, yapılan müdahalenin kamu yararını ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerekmektedir. Hükümün bu ölçüt bakımından da sorunlu olduğu hemen göze çarpmaktadır. Zira mevduat ve sair değerlerin belli bir süre sonra birey veya mirasçısının elinden alınması ile kamu yararı arasında nasıl adil bir denge olduğu açıkta kalan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin usulüne uygun yapılan bir kamulaştırmada, bedel ödendikten ve kamu yararı bulunduktan sonra, kamu yararının üstün gelmesi ve burada adil bir dengenin gözetilmesi söz konusudur⁷⁶. Ancak güven kurumu olan bankalarda unutulmuş veya mirasçılar tarafından bilinmeyen mevduat ve sair hakların, kamunun mülkiyetine geçirilmesinde, kamu yararı ile bireysel yarar arasında bir denge olduğunu düşünmek mümkün değildir⁷⁷. Ayrıca kanımızca düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesindeki öze dokunma yasağı ile de çelişmektedir. Zira burada bir temel hak ve hürriyetin kullanımını ortadan kaldıran, hakkın özüne dokunan bir düzenleme mevcuttur. Nitekim AİHM de, ölçülülük ilkesi bağlamında mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için, başvuru araç ile güdülen amaç arasında makul ve dengeli bir ilişki olup olmadığını sorgulamaktadır. AİHM, mülkiyet

76 Örneğin, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla gelen bir olayda, yirmi yıl önce usulüne uygun olarak kamulaştırılan arsanın, yirmi yıl sonra, başka bir amaçla özel mülkiyete açılması (alışveriş merkezi ve konut yapılması) durumunda, arsa sahibinin kamulaştırma amacı dışında bir işlem yapılması ve yeni yapılan yerlerin değerinin artması nedeniyle, aradaki değer farkının tazmini istemiyle yapılan başvuruyu, mevcut düzenlemelerle desteklenen bir beklenti olmadığı, bu yönde verilmiş yerleşik yargı içtihatları bulunmadığı, bahsedilen taleplerin Mahkeme önünde ispat edilemediği, mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti olarak nitelendirmeye yeterli somutluğa sahip bir beklenti olmadığı ve Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru "Habibe Kalender ve Diğerleri Başvurusu" [RG., 4/2/2016, S. 29614]. Zira bu somut olayda, başvuruda bulunanlar halihazırda malik de değildir. Geçmişte sahip oldukları mülkiyet hakkı üzerinde bu tarz bir beklentinin korunması mümkün değildir. Oysa konumuzu oluşturan sorunda, halihazırda mülkiyet hakkının bulunduğu bir hakka Devletin el koyması söz konusudur.

77 Kamu yararının yokluğu bakımından aynı yönde bkz. **Barın**, Taylan (2016), "Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasa'ya Aykırılığı", TBBD, S: 122, s. 93 vd.

hakkı müdahaleye maruz kalan kişinin, olağan dışı ve aşırı bir külfet altına sokulması halinde, adil denge bozulacağına hükmetmektedir⁷⁸. AİHM, bir olayda mülkiyet hakkından mahrum bırakma olup olmadığına karar vermek için yalnızca resmi bir kamulaştırma veya mülkiyet devri olup olmadığını araştırmanın yeterli olmadığını, aynı zamanda konunun farklı yönleri ele alınarak mülkiyetin *de facto* olarak alınıp alınmadığının da incelenmesi gerektiğini içtihat etmektedir⁷⁹. Burada AİHM şu görüşü bildirmiştir: “*Resmi bir kamulaştırma veya diğer bir deyişle mülkiyet devrinin olmadığı durumda AİHM şikayette bulunulan durumun çeşitli yönlerini dikkate almalı ve konu ile ilgili gerçekleri araştırmalıdır... AİHM “pratik ve etkin” olan hakları teminat altına almayı amaçladığı için..., bu durumun başvuruçuların iddia ettiği gibi de facto bir kamulaştırma anlamına gelip gelmediği belirlenmelidir*”⁸⁰. Kanımızca tartıştığımız hükümde, mülkiyet hakkı, karşılıksız bir şekilde bireyin elinden alınmakta ve bir telafi olanağı sunulmamaktadır. Ayrıca mevduatın Devlete intikali için öngörülen sürenin kısa oluşu, “amaç” ile “araç” arasındaki dengeyi bozmakta; adeta bir an önce mevduatın Devlete intikali için bir süreç işletilmesinin esas amaç haline geldiği izlenimi doğmaktadır. Kuşkusuz, sahipsiz kalan mevduatın yüzyıllar boyu bankada kalması düşünülemez. Bu “sahipsizliğe” müdahale, kamu düzeni ve yararı açısından gerekli de olabilir. Ancak burada asıl amaç mülkiyet hakkını çok kısa geçiş süreleri içinde ortadan kaldırmak olamaz. Amaç sahipsiz kalan mevduatın, bir hayli uzun bir süreden sonra, belki de mudinin yaşayan hiçbir mirasçısı kalmayana kadar talep edilebilmesi, ancak ondan sonraki aşamada Devlete aktarılması düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi, konu ile yakından ilgili olan, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 13/4 hükmü⁸¹ ile ilgili iptal gerekçesinde, sahip olunan sermaye piyasası araçları olarak menkul kıymetlerin,

alacak hakkı niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamında yer aldığı, bu kıymetlerin elde edilmesini, kullanılmasını ve üzerlerindeki hakkı sınırlamaya ya da kaldırmaya yönelik düzenlemelerin, mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerine ilişkin olduğundan, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığını vurgulamıştır (N. 19). Mahkeme’ye göre, belirtilen meşru temellere rağmen, bireylerin mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (N. 21). Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır. Mülkiyet hakkı bağlamında da, bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır (N. 24). Öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evliyettele aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır (N. 25). İtiraz konusu kuralın, kişilerin maliki oldukları menkul kıymetler üzerindeki mülkiyet hakkını sınırsız ve süresiz olarak ortadan kaldırması, sermaye piyasalarında alım satım yapacak kişilerin tam bir güvenceye sahip olarak yatırım yapabilmesine olanak tanınamaması, kişilerin sahibi oldukları menkul değerler üzerinde rahat, kolay ve güvenli bir şekilde tasarrufta bulunmalarına imkân vermemesi ve *aracı kuruluşların iş ve işlemlerinden doğacak zararları tazmine yönelik bir mekanizma öngörmüş olmasına rağmen* sermaye piyasalarında işlem yapan kişilerin haklarının kaybı durumunda telafi edici herhangi bir yol veya tazmin mekanizması öngörmemesi nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesini ihlal etmekte-

78 Bkz. **Gemalmaz**, s. 521 ve orada anılan kararlar.

79 **Carss-Frisk**, s. 33.

80 **Carss-Frisk**, s. 34.

81 Hükümde “Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir. Teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları ise kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca bu sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM’ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM’nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır”. (iptal edilen kısım, itelik olarak gösterilmiştir).

tedir (N. 30). Bu yönüyle, aracı kurumlarca katılma belgelerinin geri alınmasının yapılamayacağını, kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçlarının YTM'ye intikal edeceğini, bunların üzerindeki sınırlı aynı hakların kendiliğinden sona ermiş sayılacağını ve son olarak teslim edilmeyen sermaye piyasası araçlarının YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılacağını öngören kuralın, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi nedeniyle mülkiyet hakkına aykırı olduğu açıktır (N. 31)⁸².

b. Öğretideki Görüşler ile Yargıtay'ın Yaklaşımı

Hükümün Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili olarak (o dönemki) Bankalar Kanunu ile ilgili en detaylı ve kanımızca da en doğru yaklaşımı *Erem/Altınok/Tandoğan*, ileri sürmüştür. 7129 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile ilgili olarak yazarlar, en başta maddede başlığının "zamanaşımı" olmasına rağmen, bu hükümün bir zamanaşımı süresi olmadığını açık olduğunu; konu ile ilgili olarak zamanaşımı kavramına illa ki yer verilmek gerekirse, bunun banka ile mevduat sahibi arasında mümkün olabileceğini düşünmek gerektiğini; hatta böyle düşünmenin dahi hukukten mümkün olmadığını, esasında bu hükümün aranmayan mülkiyet hakkının belli bir süre sonra, mazeret kabul etmeyen bir intikal şekli olduğunu ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmektedir. Yazarlar, Anayasa Mahkemesi'nin, şirket hisse senet ve tahvilleri ile ilgili faiz, temettü, ikramiye gibi menfaatlerin Devlete intikalini sağlayan 2308 sayılı Kanun ile ilgili olarak verdiği red kararını (haklı olarak) eleştirirken, bu olay ile Bankalar Kanunu'nun (31. maddesi) arasında fark olduğunu, Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen olayda zamanaşımı nedeniyle intikalin esasen tahakkuk ettiği, fakat bunun sonucuna Devletin müdahale ettiğini, oysa 31. maddede mülkiyet hakkının bir süre sonra Devlete intikalinin söz konusu olduğunu belirtmişlerdir. Yazarlara göre, bir bankaya tevdi veya emanet edilmiş bir kıymetin Devlete intikalini sağlayan bir hükümde toplum yararına sınırlama niteliği olmadığı gibi, bu hakkın toplum zararına kullanıldığı iddiası da geçerli değildir. Bir bankaya, uzun bir süre koruma imkanını bulamadığı ve uzun bir süre tasarruf edemeyeceğini bildiği bir kıymeti emanet eden hak sahibinin hak-

kının Devlete intikalini savunma olanağı yoktur. Zira burada sadece mudi-Devlet ilişkisi değil, mudi-banka-Devlet ilişkisi söz konusudur. 7129 sayılı Kanun'un 31. maddesi bir taraftan alacak haklarının zamanaşımının sadece alacaklı lehine olması ve muacceliyet tarihinden itibaren başlaması kuralına aykırı görünmekte; diğer taraftan mevduat veya emanet, para veya misliyatın olan şeylere ilişkin olduğu takdirde mülkiyeti bankaya geçmekle birlikte banka bunları mislen iade borcu altına girmektedir. Zamanaşımı sonucunda kaybolan gerçekte bu paranın veya misliyatın olan şeylerin *mülkiyeti* olmaktadır. Bu nedenlerle, anılan hüküm, mülkiyetin süresiz olması kuralına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır⁸³.

Yine *Şit İmamoğlu*, mevduat sözleşmesinde, bankanın iade yükümlülüğünün zamanaşımına uğraması hakkındaki Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesinin, iki açıdan tartışılabilirliğini, birinci olarak mülkiyet hakkının ancak kamu yararı gerekçesi ile kanunla sınırlanabileceği yönündeki Anayasa'nın 35. maddesi; ikinci olarak da aranmayan mevduatın Hazine yerine, TMSF'ye başkaca bir ek süre aranmadan devredilmesinin menfaatler dengesine uygun olup olmadığını tartışmaktadır⁸⁴. Yazar, çalışmada hükümün açıkça Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmemekle birlikte, hükümün kaynak Fransız hukukundaki gelişmeler dikkate alınarak tekrar gözden geçirilmesini önermekte; sahibi tarafından aranmayan mevduatın zamanaşımına dayanılarak mudiye ödenmek yerine bankada kalmasına karşılık, mevduatın tıpkı mirasçısı olmayan mirasbırakanın terekesinin nihai mirasçısının Devlet olması gibi (*Battala*'a atfen), Devlete geçmesinde ve böylece de bankanın mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı olduğunun savunulabileceğini, ancak uygulamada yaşanan sorunlar, on yıllık sürenin kısıllığı ve mevduatın Fon'a devrinden sonra yirmi, hatta belki elli yıllık ilave süre tanınarak, hak sahibi olduğunu iddia edenlerin mevduata erişebilmesi gerektiğini; böyle bir çözümün özel mülkiyetin korunması açısından Anayasa'ya da uygun düşeceğini savunmaktadır⁸⁵.

Yargıtay ise şu ana kadar, BankK. m. 62 ile ilgili bir uyuşmazlıkta, Anayasa'nın 152. maddesinin kendisine verdiği, konuyu itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne götürme yetkisini kullanmak yerine, BankK. m. 62 ve ilgili Yönetmelik'teki usuller yerine

82 İptal kararı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **Özkorkut**, Korkut (2015), "Anayasa Mahkemesi'nin Kaydi Sisteme İlişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nun m. 13/4 Hükümü Hakkındaki İptal Kararının Düşündürdükleri", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, s. 245 vd.

83 **Erem&Altınok&Tandoğan**, s. 95-97.

84 **Şit İmamoğlu**, s. 163, 169.

85 **Şit İmamoğlu**, s. 169-170.

getirilmeden mevduatın kendiliğinden zamanaşımına uğramayacağı⁸⁶; bu koşullar kanıtlanmadan mudinin, elinde geçersizliği ispatlanmamış, örneğin imzalı hesap cüzdanı ile gelmesi durumunda, bankanın, hesabın kapatıldığı veya mevduatın ödendiğini kanıtlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu ise, aradan uzun yıllar geçtikten sonra, defter ve belge saklama ve ispat sorunlarını da üst düzeye çıkarılmaktadır⁸⁷. Yargıtay'ın kararlarında vurguladığı, mevduatın kendiliğinden zamanaşımına uğramayacağı düşüncesi isabetli olmakla birlikte, BankK'nın 62. maddesi ile ilgili uyumsuzluklarda, re'sen harekete geçerek, konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikalini sağlaması gerekmektedir.

c. Görüşümüz

Tartışılan sorunu doğru tespit edebilmek ve doğru çözüme kavuşabilmek için, ikili bir incelemeye ihtiyacımız olduğu kanaatindeyiz. Birinci aşama konunun özel hukuk ilişkisi, yani banka ile mudi arasındaki borç ilişkisi; ikinci boyut ise Devlet eliyle mülkiyet hakkına müdahale konusudur.

İlk olarak banka ile mudi arasındaki mevduat sözleşmesinin tamamen özel hukuk temelli bir ilişki yarattığını unutmamak gerekir. Yukarıda mevduat sözleşmesinin hem hukuki niteliği, hem zamanaşımı süresinin başlangıcı ile ilgili oldukça tartışmalı yönleri değinilmişti. Burada en can alıcı nokta, kanımızca zamanaşımı süresinin başlangıcı noktasında toplanmaktadır. Aksi fikirlere rağmen, mevduat sözleşmesinde muacceliyeti, sözleşmenin tasfiyesine bağlamak gerektiği düşüncesindeyiz. Bunun devamlı borç ilişkisinin doğasında aramak gerekir.

Burada belirtmesi gereken bir diğer detay ise zamanaşımının kesilmesi olgusuna TBK ve BankK'nın verdiği farklı anlamlardır⁸⁸. TBK m. 154/1'de, borçlunun fiilleri ile zamanaşımının kesilmesine ilişkin olarak "Borçlu borcu *ikrar etmişse*, özellikle *faiz ödemiş* veya kısmen ifade bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse." ifadesi geçmektedir. Öğretide, borcu ikrar eden borçlunun bu durumu bilip bilmemesinin de önemli olmadığı; ikrarın açık veya örtülü olabileceği ifade edilmektedir⁸⁹. Yine İsviçre öğretisinde, 154/1 anlamında

(İsvBK m. 135/1) borç ikrarı durumunda, bunun bir sözleşme değil, bilakis tek taraflı bir davranış ya da düşünce açıklaması niteliğinde olduğu; örneğin borçlu faiz öderse veya bir teminat verirse, bunun zamanaşımını kesici bir etkiye sahip olduğunu düşünmemiş/bilmemiş bile olsa, zamanaşımının kesileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Ancak her ne kadar, ikrarın alacaklı veya yetkili temsilcisine ulaşması gerektiği de bir şart olarak aransa da⁹¹, burada bankanın her seferinde bunu bildirmesi koşulu aranmamalıdır.

Şimdi esas noktaya dönersek, otomatik olarak yenilenen vadeli hesaplarda, TBK m. 154/1 açısından bir kesilmenin söz konusu olacağı kabul edilirse, banka ile mudi arasındaki ilişkide, zamanaşımı söz konusu olamayacak; zamanaşımı yukarıda ifade edilen öğretici görüşüne uygun olarak, sözleşmenin tasfiyesi ile başlayacaktır. Mudi ölmüşse hak mirasçısına geçecektir. Ancak bu yorum tarzı 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesi anlamında kabul görmezse, banka ile mudi arasındaki özel hukuk ilişkisi, TBK anlamında da zamanaşımına uğrayacak ve BankK. m. 62 gereği de (çoğu zaman) zamanaşımı gerçekleşecek ve mevduat Devlete intikal ettirilecektir. Oysa, mevduat sözleşmesinde zamanaşımının, sözleşmenin tasfiyesi ile gerçekleşeceği, otomatik yenilemenin TBK m. 154/1 anlamında bir borç ikrarı niteliğinde olduğu kabul edilirse de vadeli mevduatta, TBK anlamında bir zamanaşımı gerçekleşmeyecektir. Bu yüzden, aradan yirmi yıl da geçse, mevduat sözleşmesinden doğan alacak hakkı zamanaşımına uğramayacaktır. Böyle bir olasılıkta, BankK. m. 62 koşulları oluştuğunda, mevduatın TMSF'ye intikali, mülkiyet hakkına tam anlamıyla müdahale niteliğine bürünecektir. Zira 5411 sayılı Kanun'un intikal koşulları oluştuğunda, aslında mevduat sözleşmesinden doğan alacak, borçlar hukuku açısından zamanaşımına uğramamış olacaktır.

Özellikle uygulamada, bireylerin vadenin otomatik uzaması durumunda, zamanaşımının kesildiği şekilde bir izlenimlerinin olduğu veya banka tarafından böyle bir görünüşe inandırıldıklarına da tanık olunmaktadır⁹². Yaptığımız yorum, bu güve-

86 Bkz. yuk. dn. 58'deki Yargıtay kararları.

87 Tartışmalar için bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 178 vd.; **Battal**, Sempozyum, s. 161 vd.

88 Hatta BankK'nın 62. maddesi teknik anlamda bir zamanaşımı süresi olmadığı için, orada zamanaşımının kesilmesinden ziyade, maddedeki eylemler için "zamanaşımının engellenmesi" ifadesinin kullanılması daha doğru bir tercih olacaktır.

89 **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 21, Ankara 2017, s. 1319.

90 **Schwander**, Ivo (2009) Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich, Art. 135, N. 4.

91 **Schwander**, Art. 135, N. 6.

92 Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.10.2011 tarih ve E: 2011/7761, K: 2011/12977 sayılı kararında "...Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankanın Antalya şubesinde 09.12.1996 tarihinde 15.000 DEM yatırarak üç aylık vadeli mevduat hesabı açtığını, yapılan şifahi görüşmelerde hesaba faiz işletildiğinin bildirildiğini,

nin ve piyasa güvenliğinin korunmasına da hizmet edecektir. Nitekim öğretide de, borcun yenilenmesinin tarafların bu yönde açık irade beyanını gerektirdiği; taraflar arasındaki anlaşmanın mevduat sahibine vadenin her bitiminde alacağını takip etmesi gerektiği yönünde haklı bir güven oluşturduğu ve başlangıçta verilen talimatın yalnızca bir kere hüküm doğurmasını amaçlamadığı düşünülürse, vadenin yenilenmesinin mevduat sahibinin açık irade beyanı olarak kabul edilmesi ve on yıllık sürenin işlememesi gerektiği sonucuna varılabileceği savunulmaktadır⁹³.

Kanımızca, *Erem/Altınok/Tandoğan*⁹⁴ sorunu ilk etapta son derece net bir şekilde tespit etmişler, “zamanaşımı” kavramından yola çıkmışlardır. Gerçekten de burada bir zamanaşımından söz edilecekse, banka ile mudi arasındaki özel hukuk ilişkisine bakılmalıdır. Mevduat da bir alacak hakkı olduğuna göre, bu alacak da diğerleri gibi (TBK anlamında) zamanaşımına uğrar. Borçlar hukuku anlamındaki zamanaşımı ile Bankacılık Kanunu anlamında zamanaşımı kavramları, birbirinin yerine kullanıldığında (ki Yargıtay da zaman zaman bunu yapmıştır), tam bir hukuki karmaşa ortaya çıkmaktadır. Esas olan borçlar hukuku anlamında zamanaşımıdır. Mudi, mevduat sözleşmesini feshettiği halde, parasını almıyorsa, -kabul ettiğimiz görüşe göre- bu andan itibaren borç muaccel olacağından, on yıl içinde alınmayan mevduat, zamanaşımına uğrayacak ve

bankanın uhdesinde kalacaktır. Bu tamamen bir özel hukuk ilişkisi ve sürecidir. Ancak kendi seyrinde giden bu özel hukuk ilişkisi, Bankacılık Kanunu hükümleri ile “bozulmaktadır”. Mevduat için, - muacceliyetin başladığı anın farklı değerlendirilmesine göre değişecek bir başlangıç ile- zamanaşımı süresi başlayacak ve bu arada Bankacılık Kanunu’nun müdahalesi gelecektir. Zira Yargıtay kararlarında ve öğretide vurgulanan bu görüş benimsenirse, sözleşme ilişkisi devam ettiği süre boyunca zamanaşımı başlamayacak ve alacak hakkı borçlar hukuku anlamında zamanaşımına uğramayacaktır. Buna rağmen, BankK. m. 62’nin farklı ölçütleri yüzünden bir zamanaşımı gerçekleşirse, mülkiyet hakkı ortadan kalkacaktır. İkinci olarak, özel hukuk açısından zamanaşımının başlangıcı konusunda diğer görüş tercih edilse, bu sefer de banka açısından zamanaşımına uğrayan ve talep edildiğinde defteri sürülerek savuşturulabilecek bir talep, bu hüküm nedeniyle Devlete intikal etmektedir⁹⁵. Mevduat, bankaya ya-

müvekkilinin hesabın yenilediği düşüncesiyle işlem yapma gereği duymadığını ancak daha sonra yaptığı araştırmada hesabının işlem yapılmaması nedeniyle zamanaşımına uğrayarak TMSF’ne devredildiğini öğrendiğini, müvekkilinin hesabının zamanaşımına uğramadığını, bankanın yasa ve yönetmelik gereği yapması gereken işlemleri yerine getirmedikçe ileri sürerek, 10.503 Euro alacağın temerrüde faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir...” (Kazancı). Yine Yargıtay kararlarında, pek çok yerde, davacının şu iddialarına yer verilmektedir: “...Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankada vadeli ve vadesiz mevduat hesabı açtırdığını, müvekkilinin yurt dışında bulunduğundan annesine vadeli ve vadesiz hesaptaki paraları çekmesi için vekaletname verdiğini, vadesiz hesaptaki 126 doların müvekkilinin annesine ödendiğini, vadeli hesaptaki para için banka görevlileri tarafından vade bozulacağından faiz kaybı olacağı ve hesabın vadeli olması nedeniyle zamanaşımına uğramayacağına söylendiğini, ancak hesaptaki paranın zamanaşımına uğradığından...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 27.4.2016, E: 2015/10446, K: 2016/4712- LEXPERA); “...Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankanın İstanbul/Esenler Şubesi nezdindeki vadeli mevduat hesabına 25/04/2001 tarihinde 1.300,00 USD yatırdığını, hesabın kendiliğinden işlem görmesi nedeniyle başkaca bir işlem yapma ihtiyacı duymadığını, 26/07/2013 tarihinde dilekçe ile müraaat edip mevduatın akibetini öğrenmek istediğinde, 10 yıl boyunca herhangi bir işlem yapılmaması nedeniyle paranın TMSF’ye devredildiğini öğrendiğini...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 7.12.2015, E: 2015/10096, K: 2015/13052 (LEXPERA)).

93 Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 183. Karş. **Battal**, Sempozyum, s. 163.

94 **Erem&Altınok&Tandoğan** (1975), s. 95-96.

95 Hatta yukarıda incelenen Yargıtay kararlarında, ilgili Yönetmelik’teki usul izlenmeden Fon’a intikal sağlandığında, bankanın mudiye karşı sorumluluğunun devam ettiği karara bağlanarak, bankalar da ağır bir yük altına sokulmakta ve intikal sürecinin adeta aracısı haline getirilmektedir.

Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 16.11.2009, E: 2008/7590, K: 2009/11913 (LEXPERA)], davacı, davalı bankada hesap açtırmış ve yurt dışına gitmiş; döndükten sonra parasını çekmek istemiştir. Banka yetkilileri, paranın çekildiğini bildirmişler, davacı ise paranın çekilmediğini (hesap cüzdanı ile de) iddia etmiştir. Davalı banka, davacının hesabının 21.08.1989 tarihinde açıldığını, 1990 yılında Çivril Şubesi’nin kapatılarak hesaplarının Denizli Sanayi Çarşısı Şubesi’ne aktarıldığını, davacının hesabının da anılan şubeye aktarıldığını, bu hesapta 26.05.1994 tarihinde 25,45 YTL mevcut iken tahakkuk eden faiziyle birlikte 02.06.1994 tarihinde hesaptaki 25,91 YTL’nin çekilerek hesabın kapatıldığını, hesap kapatıldıktan 13,5 yıl sonra bu davanın açıldığını, davanın BK’nun 125 nci maddesi hükmüncü zaman aşımına uğradığını ileri sürmüştür. Dikkat edilirse, banka (eğer hesabın kapatılması iddiası doğru ise), zamanaşımı süresinin bu anda başlayacağını ve 13,5 yıl sonra, mevduat alacağını, TBK hükümleri gereğince zamanaşımına uğradığını iddia etmiştir. Yerel mahkeme, bu iddia ile davanın, alacağın zamanaşımına uğramasından dolayı reddine karar vermiştir. Yargıtay, davalı bankada davacının elindeki hesap cüzdanının sahteliği ileri sürülmemiş olup, davalı tarafın zamanaşımı def’inin değerlendirilmesi, öncelikle hesabın varlığının ve buna bağlı olarak talep edilebilirliğinin saptanması, ardından da hesabın açıldığı ve hesabın kapandığını savunulduğu tarihte yürürlükte bulunan 3182 sayılı Kanunun 36. maddesi ile zamanaşımının gerçekleştiği iddia edilen tarihte yürürlükte olan 4389 sayılı Kanunun 10/4. maddesinde öngörülen koşulların yerine getirildiğinin belirlenmesi ile mümkün olduğunu belirtmiş ve mevduatın Bankacılık mevzuatı açısından zamanaşımına uğrayıp uğramadığının değerlendirilmesini aramıştır. Oysa mevduatta zamanaşımı hükmü olmasa idi, hesap gerçekten kapatılmışsa, banka ile mudi arasındaki özel hukuk ilişkisi zamanaşımına uğrayacak ve bankanın Kanun’da öngörülen süreci işletmesi zorunluluğu doğmayacaktı. Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları gereğince,

tırıldığı an, bankanın mülkiyetine geçtiğine göre, bu sefer de bankanın mülkiyet hakkına, orantısız ve kamu yararını gerektirmeyen bir müdahale yaşanacaktır.

Hükümün bu şekilde muhafazası yerine, öğretide savunulduğu üzere, on yıllık sürenin kısıllığından dolayı, bu sürenin otuz, elli veya yüz yıla çıkarılması düşünülebilir. Nitekim, bazı ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında bu tarz süreler görülmektedir. Örneğin kaynak Fransız hukukunda, bankalar, kredi kurumları ve sigorta şirketleri gibi halktan fon toplamaya yetkili olan kuruluşlar nezdinde bulunan ve otuz yıl boyunca işlem yapılmamış sahipsiz mevduatın Devlete intikali gerekmektedir⁹⁶. Kanada hukukunda, 1000 Kanada Doları'nın altındaki hesaplar, on yıl hareketsiz kalmışsa, on yılın ardından Kanada Merkez Bankası'na aktarılmakta, bundan sonra da otuz yıl boyunca beklenmektedir. 1000 Doların üzerindeki on yıl hareketsiz kalan hesaplar ise, yine anılan Banka'ya aktarılmakta ve burada yüz yıl beklenmektedir⁹⁷. Avustralya'da, hesaplar belli aralıklarla kontrol edilmekte, hareketsiz hesaplar ilan edilmekte, bu süreden sonra başvuru yapılmayan hesaplar, Avustralya Menkul Kıymetler ve Yatırım Fon'u aktarılmaktadır (ASIC). Burada bir zamanşımı düzenlemesi de yapılmamıştır. Hak sahibi veya mirasçısı, her zaman başvuru yapabilir⁹⁸. İngiliz hukukunda ise, on beş yıl boyunca hareketsiz kalan hesaplar, kamu yararına çalışan derneklere aktarılmaktadır⁹⁹. İsviçre hukukunda ise, "Bankalar ve Tasarruf Sandıkları ile İlgili Tüzük'ün (Verordnung über die Banken und Sparkassen- Bank V) 45. maddesinde¹⁰⁰, (pasif malvarlıkları/pasif hesaplar- *nachrichtenlos Vermögenswerte, dormant assets*) düzenlenmiştir. Buna göre, banka müşterisi, onun halefi (yetkili kişi) veya bu konuda vekalet verdiği bir kişi tarafından, ilk temas tarihinden itibaren on yıl boyunca, banka

ile herhangi bir temas kurulmamışsa, bu hesaplar "uyuyan hesap-pasif hesap" olarak tanımlanmaktadır. Ancak bankanın bir eyleminden kaynaklanan her temasın, son temas sayılacağı ifade edilmektedir (*BankV. m. 45/1-2*). Bankalar, (500 Frankın üzerindeki mevduat için) elli yıldan beri pasif kalan malvarlığı değerleri üzerindeki haklarını bildirmeleri için, yetkili kişiye İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi ile çağrı yapar (*BankV. m. 49/1-2, 50/1-2-3*). Masrafların ise, sahipsiz kalan malvarlığından karşılanacağı düzenlenmiştir (*BankV. m. 52*). Bankalar bu süre içinde başvuru olduğunda, başvuran kişinin hak sahibi olduğunu saptarsa, artık bu malvarlığı değerleri, pasif değerler olmaktan çıkacaktır (*BankV. m. 53/2*). İsviçre Banka ve Tasarruf Sandıkları Kanunu'nun 37m maddesine göre, anılan malvarlığı değerleri, yetkili kişi son ilan üzerine başvurmamışsa, elli yıl sonra banka tarafından tasfiye edilir. Tasfiye ile de hak sahibinin talep hakkı sona erer (*BankG. m. 37m-3*).

B. MİRAS HAKKI BAKIMINDAN

Anayasa'nın 35. maddesi ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi sadece mülkiyet hakkını değil, kişinin ölümünden sonra arkada bıraktığı malvarlığı değerlerini de güvence altına almaktadır. AİHM içtihatları bakımından miras hakkı, anılan Protokol kapsamında, mülkiyet hakkının kapsamına giren önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹.

Kişinin bankada bıraktığı mevduat ve sair değerlerden, yakınlarını haberdar etmemesi durumunda, ölümden sonra bankada ölmüş kişi adına hala BankK. m. 62 kapsamına giren değerler olacaktır. Mirasçılardan durumdan haberdar olmaması olasılığında, hesap "uyuyan" hesaba dönüşecek ve son işlem tarihinden itibaren 10 yıl sonra da Fon'a devir süreci başlayacaktır. Bu da mirasçılardan miras hakkına aykırılık teşkil edecektir. Böylece mevduat ve sair değerler, belki de ölenin rızası hilafına, Devlete intikal edecektir. Hüküm bu yönüyle miras hakkına da aykırıdır.

VI. SONUÇ

Cumhuriyet döneminden itibaren bankalarla ilgili mevzuatta yer alan mevduatta zamanşımı, bankacılık sisteminin önemli sorunlarından birisi-

bankalar, mevduat özel hukuk açısından zamanşımına uğrasın veya uğramasın, buna bakmayarak, Bankacılık Kanunu'ndaki zamanşımı sürecini doğru takip etmek zorunda bırakılmaktadır. Aksi takdirde, bu usul izlenmeden mevduatın TMSF'ye devredilmesi, usulsüz bulunmakta ve bankalar (aslında bazen) özel hukuk açısından zamanşımına uğramış olan mevduat ve diğer alacakları, sırf Bankacılık Kanunu'nun hükümleri yerine getirilmediği için, mudiye bir kez daha ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bunun mülkiyet hakkına getirilen sınırlama bağlamında menfaatler dengesini koruduğunu ve kamu yararı amacına hizmet ettiğini savunmak kanımızca güçtür.

96 Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 170.

97 Bkz. **Barin**, s. 91.

98 Bkz. **Barin**, s. 92.

99 Bkz. **Barin**, s. 92.

100 Bkz. **Barin**, s. 93.

101 **Gemalmaz**, s. 399.

dir. Bankalar, kendilerine tevdi edilen mevduat ve benzeri değerleri, bunlar uzun bir süre talep edilmediğinde, nasıl bir işlem yapacakları sorunu ile karşı karşıya kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki, mevduat ve benzeri değerlerin uzunca bir süre talep edilmemesi durumunda, bu sorunun çözümü ile ilgili yasal düzenlemelerin getirilmesi gerekli ve hatta zorunludur. Ancak bu konudaki yasal düzenlemelerin mülkiyet ve miras hakkı ile uyumlu olması da gerekir. Bu çerçevede şu tespitler yapılmalıdır:

Öncelikle, bankaya yatırılan mevduatın mülkiyeti bankaya intikal eder ve mudinin, bunun iadesi konusunda, özel hukuk açısından bir alacak hakkı vardır. Salt borçlar hukuku açısından bakıldığında, bunun mülkiyet hakkından ziyade, bir alacak hakkı olduğu tabiidir. Ancak konuya Anayasa hukuku açısından bakıldığında, bankaya yatırılan mevduat ve diğer değerler üzerindeki bu talep hakkının, mülkiyet hakkı kapsamına girdiğine şüphe yoktur. Yukarıda AİHM'in içtihatlarına değinilirken belirtildiği gibi, para bir değişim aracı olmasına rağmen, paranın, AİHS bakımından mülkiyet hakkı kapsamına girmediğini iddia etmek mümkün değildir. Aynı durum, AY m. 90 gereğince, Türk anayasa hukuku açısından da söz konusudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında da, AİHM'deki ölçütler aynen belirtilmektedir. Bu nedenle, 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesinin AY m. 35'e uygun olmadığı kanaatindeyiz. Aslında asıl sorun, kanımızca on yıllık sürenin kısa olması da değildir. Bankacılık mevzuatında, sahipsiz kalan ve aranmayan mevduatın akıbeti ile ilgili düzenlemelerin getirilmesi, kamu düzeni açısından zorunludur. Zira bankalar uzun yıllar sonra kendilerine yapılan talepler karşısında nasıl hareket edeceğini bilemez duruma geleceği gibi, aradan geçen zaman içinde ispata yarar belgeler de saklanmamış olabilir. Asıl sorun, on yıllık süre ve bir ilan sürecinden sonra mevduatın doğrudan Devlete intikal etmesi ve mülkiyet hakkının kaybedilmesidir. Hükmün Anayasa'ya uygun hale gelmesi için öncelikle sınırlamanın ölçülü olması gerekir. Bunun sağlanması için de, diğer ülke hukuklarında olduğu gibi, mevduatın Fon'a intikalinden sonra otuz, elli veya yüz yıllık bir geçiş sürecinden sonra Devlete intikalin sağlanması öngörüleceği gibi, bazı ülke hukuklarında olduğu gibi herhangi bir süre getirilmemesi de düşünülebilir. Ancak sanırız en ma-

kul yaklaşım, bankacılık sisteminin gelişmiş olduğu ve yukarıda ayrıntıları verilen İsviçre hukukundaki düzenlemedir. Böylece bireyler veya mirasçıları, mevduatın ve diğer alacakları, on yıl ve ilan sürecinden sonra, uzunca bir süre TMSF'de kalacağını ve örneğin elli yıllık bir süreç içinde talep edilmesi durumunda bu hakka tekrar kavuşacağını bilerek hareket edecek; bu ise bankacılık sistemine olan güveni artıracaktır.

Konunun bir diğer boyutu da bankaların üzerine yüklenen külfetlerdir. Bankalar, on yıllık süreçten sonra, belli bir süreç izlenerek mevduatı TMSF'ye intikal ettirdikten sonra da mudilerin davaları ile karşı karşıya kalabilmekte; Yargıtay 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesindeki süreci izlemeden bir intikalini sağlanması durumunda haklı olarak bankayı sorumlu tutmakta; bu sefer de bankaların mevduatla ilgili belgeleri ne zamana kadar saklayacağı sorunları başlamaktadır. On yıllık süreçten sonra, mevduatın Devlete intikalini sağlamak yerine, önerilen bu düzenleme getirildiğinde, mevduat ve diğer değerler TMSF'ye intikal etmiş olsa bile, mülkiyet hakkı örneğin elli yıl boyunca devam edeceği için, banka bu sefer TMSF'yi adres gösterecek ve mudi de alacağına kavuşacaktır. Böylece banka ile mudi arasındaki uyuşmazlıklar da ortadan kalkacak; banka açısından da defter ve belgeleri saklama ile ilgili tartışmalar en aza inecek; mudinin parasını yıllar sonra bile alabilmesinin yolu açılacağı için, kendisinin de sisteme olan güveni artacaktır.

Tüm bu nedenlerle, 5411 sayılı Kanun'un 62. maddesindeki intikal sürecinin, bu haliyle Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğunu; hükme ya yasa koyucunun müdahale etmesi ya da Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirmesini önermekteyiz. Olası bir iptal kararından sonra, hükmün, diğer ülke hukukları dikkate alınarak, birey-Devlet dengesini gözetir şekilde yeniden kaleme alınması gerektiğini düşünüyoruz.

KISALTMALAR

| | | | |
|----------------|--|-----------------|--|
| AD | Adalet Dergisi | İÜİHD | İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi |
| AİHM | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi | K. | Karar |
| AİHS | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi | KHK | Kanun Hükmünde Kararname |
| AnkBD. | Ankara Barosu Dergisi | m. | Madde |
| Art. | Artikel | Mük. | Resmî Gazete Mükerrer Sayı |
| ASIC | Australian Securities and Investments Commission | N. | Kenar numarası |
| Aufl. | Auflage | RG. | TC Resmî Gazete |
| AYM | Anayasa Mahkemesi | OR | Obligationenrecht |
| B. | Bası | S. | Sayı |
| BankG. | Bankengesetz (İsviçre) | s. | Sayfa |
| BankK. | 5411 sayılı Bankacılık Kanunu | SDÜİİBFD | Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi |
| BankV. | Verordnung über die Banken und Sparkassen | SPKn. | 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu |
| Batider | Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi | TBK | 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| BDDK | Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu | TBBĐ | Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| BGE | Bundesgerichtshofsentscheidung | TMSF | Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu |
| C. | Cilt | TTK | 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| E. | Esas | vd. | ve devamı |
| HGK | Hukuk Genel Kurulu | YKD | Yargıtay Kararları Dergisi |
| İsvBK | İsviçre Borçlar Kanunu | YTM | Yatırımcı Tazmin Merkezi |
| İÜHFD | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi | | |

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İÜİHD 2012, C. 5, s. 2, s. 9-27.

Akça, Kürşat: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İÜHFD 2015, C. 1, s. 543-595.

Aral, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 10, Ankara 2014.

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, B. 23, Ankara 2017.

Atasagun, Yusuf Zaim: İzahlı-Notlu-Mukayeseli Bankalar Kanunu, İstanbul 1958.

Aydoğdu, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, B. 2, Ankara 2014.

Baerlocher, René Jacques: Der Hinterlegungsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, VII/1, Basel und Stuttgart 1977.

Barın, Taylan: “Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasa’ya Aykırılığı”, TBBD 2016, S. 122, s. 73-98.

Battal, Ahmet: Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum (Bildiriler-Tartışmalar) (8 Haziran 2007), Ankara 2007, s. 141-201.

Becker, Hermann: Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934.

Bilge, Necip: Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

Carss-Frisk, Monica: Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, s. 6 (www.tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/mh-aihs.pdf- s.e.t: 03.05.2017).

Çeker, Mustafa: Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004.

Doğan, Ayşe Albayrak: “Mevduat Nedeniyle Bankanın ve Banka Çalışanının Hukukî Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Sempozyumu, “Banka Hukukuna Genel Yaklaşım”- Teori- Uygulama, Ankara 2017, s. 93-105.

Erem, Faruk/**Altınok**, Akın/**Tandoğan**, Haluk: Bankalar Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1975 (Anılış: **Erem/Altınok/Tandoğan**, 1975).

Erem, Faruk/**Altınok**, Akın/**Tandoğan**, Haluk: Bankalar Kanunu Şerhi, B. 7, Ankara 1989 (Anılış: **Erem/Altınok/Tandoğan**, 1989).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 21, Ankara 2017.

Feyzioglu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, B. 4, İstanbul 1980.

Gemalmaz, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.

Guhl, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 10. Aufl., Zürich 2000.

Gürsel, Nurettin: “Usulsüz Tevdi”, AD 1950, s. 77-92.

Higi, Peter: Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Die Leihe, Art. 305-318 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürich-Basel-Genf 2003.

Kaplan, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996.

Konuralp, Haluk: “Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği”, AnKB 1980, S. 37, s. 14-23.

Kostakoğlu, Cengiz: Bankalar Kanunu Şerhi, B. 4, İstanbul 2003.

Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 13, İstanbul 2013.

Ormancı, Altınok Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.

Oser, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Art. 419-529, 2. Aufl., Zürich 1945.

Önder, M. Fahrettin: “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, SDÜİİBFD 2003, C. 8, S. 1, s. 91-102.

Özkorkut, Korkut: “Anayasa Mahkemesi’nin Kaydi Sisteme İlişkin Sermaye Piyasası Kanunu’nun m. 13/4 Hükmü Hakkındaki İptal Kararının Düşürdükleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s. 245-271.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016.

Reisoğlu, Seza: Bankalar Kanunu Şerhi, B. 3, Ankara 1998 (**Anılış: Reisoğlu**, 1998).

Reisoğlu, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007 (**Anılış: Reisoğlu**, 2007).

Rüzgar, Yurdağül: Mevzuat, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Mevduatta Zamanaşımının Değerlendirilmesi Mevduatın İade Edilmemesinin Hukuki Sonuçları” Bankacılar Dergisi Aralık 2007, S. 63, s. 71-96.

Schärer, Heinz/**Mauenbrecher**, Benedikt: in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl., Basel 2003.

Schott, Ansgar/**Mauenbrecher**, Benedikt: Kurzkomentar OR, Obligationenrecht Art. 1-529, Zürich 2008.

Schwander, Ivo: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2009.

Stupp, E.: in Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.

Şit İmamoğlu, Başak: “Mevduatta Zamanaşımı”, Batider 2015, C. XXXI, S. 1, s. 163-186.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, C I/2, B. 4, İstanbul 2008.

Taşçioğlu, Abdullah: Cumhuriyet Dönemi Bankalar Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul 1998.

Taşdelen, Servet: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002.

Tekinalp, Ünal: Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, B. 2, İstanbul 2009.

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tikveş, Özkan: Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi, İstanbul 1992.

Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1974.

Widmer, Martin: Die rechtliche Natur des Sparkassavertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen, Bern 1951.

Yüksel, Ali Sait: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 1974.

**6769 SAYILI SINAI MÜLKİYET KANUNU ÇERÇEVESİNDE PATENT HAKLARI AÇISINDAN
ÖNGÖRÜLEN İHTİYATİ TEDBİRLERE İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER**

**CURRENT ISSUES ABOUT INTERIM MEASURES IN PATENT LAW UNDER THE NEW
CODE OF INDUSTRIAL PROPERTY (NR. 6769)**

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN*

ÖZET

Bu çalışmada patent isteme hakkı ve patent hakkı sahibinin talep edebileceği geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin özellik arz eden bazı durumlar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesindeki düzenlemeden hareketle ele alınmıştır. Bu çerçevede ihtiyati tedbirin amacı ve tedbir kararı verilebilmesinin şartları, patent hukukunun niteliği dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Patent hakkı, ihtiyati tedbir, ispat ölçüsü.

ABSTRACT

In this paper, current issues about patent rights and interim measures in patent law under the Code of Industrial Property, numbered 6769, has been discussed. In this respect, aim of interim measures and conditions of it with regard to legal nature of patent rights has been analyzed.

Keywords: Patent right, interim measures, standard of proof.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ersinerdogan.law@gmail.com).
(Geliş Tarihi : 29.05.2017 / Kabul Tarihi : 10.09.2017)

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 36'ncı maddesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan davacı ve davalı olma hakkı ile hak arama özgürlüğüne sahip olduğunu öngörmektedir. Ancak, uyuşmazlıkların giderilmesi için mahkemeye başvurma imkânının tanınmış olması, bireylere etkin bir hukuki koruma ve hak arama hürriyetinin tanınması sonucunu doğurmaz. Zira nihai hukuki korumanın sağlanması, niteliği gereği asgari/makul bir süreyi gerektirmektedir. Ancak bu makul süre içerisinde dava konusu üzerinde meydana gelebilecek değişiklikler veya karşı tarafın işlemleri sebebiyle, neticede elde edilecek nihai hukuki korumanın kıymetsiz kalması tehlikesi olabilir. Kendiliğinden hak almayı kural olarak yasaklayan hukuk sisteminin, nihai hukuki korumadan önce, özellikle nihai hukuki korumanın kıymetsiz/anlamsız kalması tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde, bireylere, geçici nitelikte de olsa bir hukuki koruma sağlaması gerekir¹. Aksi takdirde hak arama hürriyeti ve özeldede adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olur. Bu durumda da Devlet etkin bir hukuki koruma sağlamış olmaz. Keza Anayasa'nın 2'nci maddesinde sözü edilen hukuk devleti ilkesi de, nihai hukuki korumadan önce ve nihai hukuki koruma sağlanıncaya kadar bireylere bir koruma sağlanmasını gerektirir. Zira hukuk devletinin nasıl tanımlandığından da bağımsız olarak, bireylere kapsamlı ve etkin bir hukuki koruma sağlamanın hukuk devleti kavramının bir unsuru olduğu şüpheden uzaktır. Bu sebeple, geçici hukuki korumalar, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmeden önce, muhtemel hüküm sonucunun icrasını güvence altına almak amacıyla, bütün hukuk disiplinlerinde öngörülmektedir.

Türk medenî yargısı açısından geçici hukuki korumalar, genel olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ilâ 406'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sınai mülkiyete konu haklar açısından ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun dışında, maddi hukuk ilişkilerini düzenleyen çeşitli kanunlarda özel geçici hukuki korumalara yer verilmiştir².

Sınai mülkiyete konu hakların devlet eliyle korunması açısından da geçici hukuki koruma tedbirleri büyük önem arz etmektedir. Burada çoğunlukla haksız müdahalenin (tecavüzün) men'i ve tazminat davalarına rastlanmaktadır. Ancak, özellikle tecavüzün önlenmesi şeklinde açılan davalarda, genel yargılama içerisinde kararın çıkması oldukça uzun bir zamanı gerektirmektedir³. Nitekim Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler açısından fikri mülkiyete konu hakların düzenlenmesi ve korunması için asgari standartları düzenleyen 1994 tarihli TRIPS-Sözleşmesinin⁴ 50'nci maddesinin birinci fıkrasında açıkça fikri mülkiyete konu hakların -burada kastedilen hem fikri hem de sınai mülkiyete konu haklar (Madde 1/II)- ihlal edilmesini önlemek ve özellikle malların ve gümrükten çekildikten hemen sonra ithal malların kendi yetki bölgelerindeki ticaret kanallarına girmesini engellemek ve ihlal iddiası ile ilgili delilleri korumak amacıyla geçici hukuki koruma tedbirleri sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Madde ikinci fıkrasında, mahkemelerin gecikmenin hak sahibine onarılmaz şekilde zarar vermesinin olası olduğu durumlarda veya delillerin açıkça imha edilme riski bulunduğu hallerde, karşı taraf dinlenmeden de (*inauditaalteraparte*) geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceğini öngörmektedir. Keza Sözleşme 41'inci maddesinde

1 Üstündağ, Saim (1981), İhtiyati Tedbirler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 1; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema (2016) Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 567; Pekcanitez, Hakan&Atalay, Oğuz&Özkes Muhammet (2015) Medeni Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 616; Özbek, Mustafa Serdar (2013), Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcranın Etkinliği, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 770; Erişir, Evrim (2013), Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 8; Yılmaz, Ejder (2001), Geçici Hukuki Hima-ye Tedbirleri, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 32; Kuru, Baki (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi, s. 4290; Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, Alfa Yayınevi, s. 581; Bilge, Necip & Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 367; Postacıoğlu, İlhan (1975), Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası s. 487. Karş. Harte-Bavendam, Henning&Henning-Bodewig, Frauke (2016), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, C.H. Beck (Harte&Henning&Yazar, UWG Kap. X), § 12, para. 245.

2 Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 76'nci maddesinde düzenlenen geçici ödemeler veya Türk Medeni Kanunu'nun 169'uncu maddesinde düzenlenen tedbir nafakası.

3 Nitekim Adalet Bakanlığı'nın yayınladığı verilere göre Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinde uyuşmazlıkların ortalama görülme süresi 453 gündür. Kanun yolu aşaması da düşünüldüğünde 3-4 yıllık bir zamana tekabül etmektedir ki teknolojinin ilerleme hızı dikkate alındığında, 4 yıl sonra kesinleşecek bir kararın, patent hakkı sahibine tanınan koruma etkisiz kalacaktır. Yıldırım, fikri haklara konu malların, uzun süren davaları kaldıramayacak kadar geçici olduklarını ifade etmektedir. Deren-Yıldırım, Nevhis (2002) Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul, Alkim Yayınevi, s. 7. Bu konuda çok çarpıcı bir örnek olarak, bugün belki kimsenin ismini hatırlamadığı ama geçtiğimiz yüzyılın başında Amerika Birleşik Devletleri'nin en büyük şirketinin *AmericanLceTrust* olduğu gerçeği gösterilebilir. Cooter, Robert & Ulen, Thomas (2012) Law&Economics, Boston, s. 113.

4 Sözleşme hükümleri için bkz. <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm>, s.e.t. 13.4.2017.

taraf devletlerin ihlalleri önleyecek ve yeni ihlalleri caydıracak acil telafi yöntemleri düzenlemesini bir yükümlülük olarak getirmektedir. Nitekim ülkemizde de 1995 yılında fikri mülkiyete ilişkin çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemelerde, konumuz açısından 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 151 ve 152'nci maddelerinde ihtiyati tedbir düzenlemelerine yer verilmiştir. 10 Ocak 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinde de, bütün sınai mülkiyete konu haklar açısından geçerli olmak üzere ihtiyati tedbir kurumu ve verilebilecek kararlar düzenlenmiştir.

Patent hakkının ihlali sebebiyle açılan davaların konusunun karmaşık teknik içeriği ve buluşun soyutluğu sebebiyle, ihtiyati tedbir kararlarına daha nadir rastlanmaktadır⁵. Patent hakkına konu teknolojinin incelenmesi veya ihlal iddiasına konu vakianın değerlendirilmesi veyahut da patent hakkının en başta mevcut olup olmadığının şüpheli olduğu durumlarda, geçici hukuki koruma tedbirlerine de karar verilememektedir⁶. Ancak patent hakkının mevcut olduğu, bir dava neticesinde tespit edilmiş ve ihlal davranışı bilinmekteyse bir geçici koruma kararı alınabilmektedir⁷. Patent hakkının ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talepleri ile daha ziyade şu olaylarda karşılaşılmaktadır: tecavüzün önlenmesi için açılan davalarda ya süre itibarıyla veya konu itibarıyla sınırlı bir şekilde verilen tecavüzün önlenmesi kararı; patent hakkını ihlal eden mala el konulması⁸.

Bu çalışmada, genel olarak geçici hukuki koruma kavramı ile ihtiyati tedbir kavramı, amacı ve ihtiyati tedbir talep edebilme koşulları, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinde "İhtiyati tedbir talebi ve ihtiyati tedbir niteliği" başlıklı düzenleme içerisinde yer alan hükümler dikka-

te alınarak, ihtiyati tedbir kavramıyla hangi kapsam ve ölçüde uyumlu olduğu meselesi üzerinden tartışılacaktır.

II. KAVRAM

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun onuncu kısmı, geçici hukuki korumalar başlığını taşımaktadır. Geçici hukuki koruma, esas itibarıyla, niteliği gereği belli bir zamanın geçmesini gerektiren yargılama faaliyeti sona erinceye kadar, nihai hukuki himaye talebinde bulunan kişinin, söz konusu talebini güvence altına almak için öngörülen çareyi ifade etmektedir⁹. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ilk olarak ihtiyati tedbir kurumu hüküm altına alınmıştır. Kanunun 389'uncu maddesinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin koşulları düzenlenmiştir¹⁰. Buna göre, "*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*" Yukarıdaki açıklamalar ve 389'uncu maddeden hareketle ihtiyati tedbir kurumu, şu şekilde tanımlanabilir: İhtiyati tedbir, nihai hukuki korumanın sağlanmasına kadar geçecek süre içerisinde, dava konusuna ilişkin olarak mevcut durumda meydana gelme ihtimali bulunan değişiklikler sebebiyle ortaya çıkabilecek zarar tehlikesini bertaraf ederek, muhtemel hüküm sonucunu güvence altına alan geçici nitelikte bir hukuki korumadır¹¹.

Örneğin, "*01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun.maddesinin ilk fıkrasında; "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından*

5 Saraç,Tahir (2003), Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 233. Karş. Osterrieth, Christian (2015), Patentrecht, München, para. 1108; Mes, Peter (2015), Patentgesetz/Bebrauchsmustergesetz, München, § 139, para. 511; Holzapfel, Henrik (2003), 'Zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbs- und Patentrecht', GRUR, s. 287; Meier-Beck, Peter (1988), 'Die einstweilige Verfügung wegen Verletzung von Patent- und Gebrauchsmusterrechten', GRUR, s. 861; Brinks, Henry L. & Fritze, Ulrich (1987) 'Einstweilige Verfügungen in Patentverletzungssachen in den USA und Deutschland', GRUR Int, s. 137.

6 Osterrieth, para. 1109. Patent hakkı ihlallerinde ihtiyati tedbir kararlarının istisnai nitelikte olduğu yönünde bkz. OLG Düsseldorf, 21.10.1982, 2 U 67/82, GRUR 1983, s. 80. Patent haklarının ihlali sebebiyle yapılan başvurularda, ihtiyati tedbir kararı verilmesi noktasında cömert davranılması gerektiği yönünde bkz. Saraç, s. 235.

7 Osterrieth, para. 1109.

8 Mes, § 139, para. 514.

9 Benzer tanımlar için bkz. Özkes, Muhammet (2017) Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, Cilt: 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 2461; Yılmaz, Ejder (2013), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1652; Pekcanitez&Atalay&Özkes, s. 616 vd.; Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz, s. 565 vd.

10 Esasen söz konusu hüküm, geçici hukuki korumalara açısından bir temel norm niteliği taşımaktadır.

11 Karafakih, İsmail Hakkı (1952), Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 266; Ansay, Sabri Şakir (1960) Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, s. 195; Tanrıver, Süha (1996), İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 46; Kuru, C. IV, s. 4290; Yılmaz, s. 171, Pekcanitez&Atalay&Özkes, s. 619; Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz, s. 567; Erişir, s. 137;

endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir” hükmü düzenlendikten sonra aynı Yasanın 394. maddesinde ise ihtiyati tedbir kararına karşı hangi yasal yollara başvurulacağı belirtilmiştir. Uyuşmazlıkların çözümü için dava yolu tercih edildiğinde davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, bu davanın belli bir süreci alacağı da bilindiğinden işte bu süreçte dava konusu hakkın elde edilmesini ortadan kaldıracabilecek bir takım riskler söz konusu olabileceğinden ihtiyati tedbir; yargılama hukukundaki bu süreçte davalı veya davacıyı, hatta üçüncü kişiyi korumak için dava konusu ile ilgili olarak yargı organlarınca verilen geçici nitelikte, geniş veya dar kapsamlı olabilen hukuki korumadır. İhtiyati tedbirin; diğer fonksiyonların yanında, davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar geçecek zaman içinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği vardır.” (18. HD, 09.07.2012, 7685/8845).

III. İHTİYATİ TEDBİRİN AMACI

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir kurumu, asıl yargılamanın sonuçlanmasına kadar geçecek sürede meydana gelen değişiklikler sebebiyle hakkın gereğinin yerine getirilmesinin mümkün olmaması veya çok zorlaşması tehlikesini güvence altına almayı amaçlamaktadır¹². Zira dava açılması ile tarafların maddi hukuk açısından tasarruf yetkileri kısıtlanmaz. Dolayısıyla, taraflar gerçekleştirecekleri işlemler ile daha sonra ortaya çıkacak hükmün icrasını engelleyebilir veya zorlaştırabilir.

Geçici hukuki korumaların genel amacı, yukarıda da açıklandığı üzere muhtemel hüküm sonucunu güvence altına almaktır. İşte muhtemel hüküm sonucunun niteliğine göre söz konusu amacın, ihtiyati tedbirlerde üç şekilde tezahür ettiği kabul edilmektedir¹³: Teminat, eda¹⁴ ve düzenleme amacı.

Teminat amacının söz konusu olduğu tedbirlerde, bir hakkın müstakbel gerçekleşmesi güvence altına alınmaktadır. Eda amaçlı tedbirlerde ise, tedbir talebinde bulunan, henüz daha nihai koruma tanınmadığı halde, mevcut tedbir sebebi nedeniyle geçici olarak tatmin edilmektedir. Düzenleme amaçlı tedbirlerde ise, dava süresince taraflar arasındaki hukuki ilişki geçici olarak düzenlenmektedir. Özellikle süreklilik arz eden borç ilişkilerinden veya dönemsel edimleri havi hukuki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkeme önünde giderilmesi aşamasında, mevcut ilişkinin nasıl devam edeceğinin düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilir¹⁵. Böyle bir durumda ilişkiyi geçici olarak düzenleyen tedbir kararı bu ihtiyacı karşılar.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 159’uncu maddesi “...verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere...” ihtiyati tedbir talep edilmesinden söz etmektedir. Her ne kadar hükümde “temin” amacından söz edilse de, ifade bir bütün olarak dikkate alındığında, hüküm esasında geçici hukuki koruma tedbirlerinin genel amacını ortaya koymaktadır. Nitekim yukarıda kavramsal açıklamalar kısmında da belirtildiği üzere, geçici hukuki koruma kavramı, niteliği itibarıyla “nihai hukuki korumayı”, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun ifadesi ile “verilecek hükmün etkinliğini” güvence altına almak istemektedir. Şu halde sınai mülkiyete konu hakkın korunması çerçevesinde yöneltilen talebin niteliğine göre istenecek tedbirin teminat, eda veya düzenleme amaçlı olabilmesi mümkündür. Aşağıda ihtiyati tedbire konu olan hak kısmında somut örnekler üzerinden her üç tür açısından da inceleme yapılacaktır.

IV. İHTİYATİ TEDBİRİN ŞARTLARI

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 389’uncu maddesinde aynı zamanda ihtiyati tedbirin şartlarını düzenlemiştir. Buna göre mahkemece tedbir kararı verilebilmesi, tedbire esas olan bir hakkın ve tedbir sebebinin bulunduğu yaklaşık olarak ispat edilmesine bağlıdır. Örneğin, “İhtiyati tedbirde asıl olan, ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın varlığı ve bir ihtiyati tedbir sebebinin bulunmasıdır.” (15. HD, 06.07.2012, 4060/5172)¹⁶. Ayrıca tedbir

¹² Karş. MüKoZPO&Drescher, ZPO § 935, Rn. 2.

¹³ Tunç-Yücel, Müjgan (2003), ‘Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler’, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul, s. 423 vd.; Üstündağ, s. 13; Yılmaz, s. 170-171; Deren-Yıldırım, 80 vd.; Özbek, s. 780; Erişir, s. 348 vd.; Pekcanitez&Atalay & Özekes, s. 620.

¹⁴ Örneğin Türk Borçlar Kanunu’nun 76’ncı maddesinde düzenlenen geçici ödemeler bu niteliktedir. Bkz. “Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle HMK nun 394. madde hükmüne uygun olarak tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece ilgililerin davet edilip dinlenmesi, şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekirken usul ve yasa hükümlerine uygun olmayarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” (21. HD, 18.11.2013, 15667/20940).

¹⁵ Üstündağ, s. 15.

¹⁶ Yargıtay’ın tedbire dayanak olan hak açısından yaklaşık ispat ölçüsü için yeterli delil gösterilme bile tedbir sebebinin bulunduğu durumlarda, ihtiyati tedbir kararı verilmesi yönünde kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, “Her ne kadar mahkemece, davacı yanın davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat edebilecek belge sunmadığı gerekçe gösterilerek ihtiyati tedbir ta-

uyuşmazlık konusu hakkında ve talep üzerine söz konusu olur. Mahkemece tedbire karar verilmesi durumunda teminat istenmesi gündeme gelir. İhtiyati tedbir talebinin de bu şartlar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

A. İHTİYATİ TEDBİRE DAYANAK OLAN BİR HAK VE TEDBİR SEBEBİ

1. İhtiyati Tedbire Dayanak Olan Hak

Patent hakkının ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talep edilebilmesi için, hiç şüphesiz talepte bulunan kimsenin maddi hukuk itibarıyla korunması gereken bir hakkın sahibi olması gerekir¹⁷. Patent hakkının ne zaman kazanılmış olacağı, özellikle tescilin kurucu bir nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır¹⁸. Aynı bir çalışmanın konusu olabilecek söz konusu tartışma açısından hâkim görüşün, patent haklarının tescil edilmesine yönelik işlemin, hakkın tesisi açısından kurucu özellik gösterdiği yönünde olduğunu belirtmekle yetinmekteyiz¹⁹.

Teknik anlamda patent hakkı yahut patentten doğan hak, sicile tescil ile ortaya çıkacaktır²⁰. Ancak, Kanun'un 97'nci maddesinde, tescil için başvurulmasından tescilin yapılmasına kadar geçen süre de dikkate alarak, başvurunun yayınlanması ile birlikte, başvuru sahibinin geçici olarak patent hakkı sahibine tanınan korumalardan istifade edebileceği belirtilmiştir. Yine Kanun'un 141'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, patent başvurusu sahibinin, başvurunun yayınlanmasından itibaren buluşa yönelik

tecavüz sayılan fiillere karşı dava açabileceği öngörülmüştür.

Henüz patent tescilinin talep dahi edilmediği aşamada, buluşun yapılması ile de buluş sahibi birtakım haklara sahip olmaktadır. Örneğin, buluş sahibinden başkası patent başvurusu yaparsa, buluşun gerçek sahibinin patent başvurusu yapana karşı dava açabileceği Kanun'un 110'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Nitekim patent hakkının gasbı da patent hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında (m. 141/I, ç) belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'un 110'uncu maddesinde, bu davanın sona ermesine kadar patentin verilmesi işlemlerinin mahkeme tarafından durdurulabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, buluş hakkı sahibinin patent başvurusu yapana karşı açmış olduğu bu davada da, başvuru işlemlerinin durdurulması şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi mümkündür.

Şu halde patent ile ilgili uyuşmazlıklar açısından hak sahipliğini, patent isteme hakkı (patente yönelik hak) ve patentten doğan hak şeklinde bir ikili ayrıma tabi tutmak mümkündür²¹. Her iki hakkın sahibi de, maddi hukukun öngördüğü koruma çerçevesinde geçici hukuki koruma talebinde bulunabilir²². Ayrıca lisans alan ve patent hakkı üzerinde rehin veya intifa hakkı sahibi olan kişi de, hakkının korunması çerçevesinde dava açabileceği gibi, şartları varsa tedbir talep edebilir²³.

Patent hakkının ihlali iddiasıyla mahkeme-ye başvurulması durumunda, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için hakkın mevcut olduğunun, daha davanın başında açık bir biçimde ortaya konulması gerekir²⁴. Ayrıca hakkın ihlal edildiği vakasının da yaklaşık ispat ölçüsünde kuvvetle muhtemel derecede ispatı gereklidir²⁵. Öyle ki neticede davanın kaybedilmesi beklenmemelidir. Örneğin,

Mahkemece, yapılan incelemede, 551 sayılı KHK'nin 75. maddesinin (f) bendinde, ilaçların

lebi reddedilmiş ise de, bu durumda davacının eldeki davada lehine hüküm alması halinde davalı taşınmazını elden çıkardığı takdirde hükmedilecek bedeli tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, tedbir isteginin kabul edilmesi durumunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin bir zararı oluşur ise 6100 sayılı HMK'nun maddesi uyarınca tazminat isteyebileceği açıktır." (1. HD, 03.07.2012, 7381/8346).

17 Mes, § 139, para. 524; Holzapfel, s. 288.

18 Güneş, İlhami (2016) Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 54; Noyan, Erdal (2015), Patent Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 292 vd. Karahan, Sami & Suluk, Cahit & Saraç, Tahir & Nal, Temel (2015), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 228; Bozkurt Yüksel, A. Ebru (2009), Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 38 vd.; Sayhan, İsmet (2005) 'Patent Haklarının Kazanılması Bakımından Tescilin Etkisi', FMR, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 117-148, 143-146; Hirsch, Ernst (1948), Fikri ve Sinai Haklar, Ankara, Ar Basımevi, s. 104.

19 Henüz patentin tescil edilmediği aşamada, buluşun yapılması ile de buluş sahibi birtakım haklara sahip olmaktadır. Örneğin, buluş sahibinden başkası patent başvurusu yaparsa, buluşun gerçek sahibinin patent başvurusu yapana karşı dava açabileceği Kanun'un 110'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Keza söz konusu düzenlemede, bu davanın sona ermesine kadar patentin verilmesi işlemlerinin mahkeme tarafından durdurulabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, buluş hakkı sahibinin patent başvurusu yapana karşı açmış olduğu bu davada da, başvuru işlemlerinin durdurulması şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi mümkündür.

20 Karahan & Suluk & Saraç & Nal, s. 228.

21 Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 600. Farklı sınıflandırmalar ve kavramsal detaylı tartışmalar için bkz. Utku, Doruk (2009), Sinai Hakların Rehni, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 110, dn. 240.

22 Şehirali, Feyzan H. (1998), Patent Hakkının Korunması, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 140.

23 Tekinalp, s. 651-652; Meran, Necati (2015), Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 545; Yasaman, Hamdi & Yüksel, Sinan (2004), Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: 2, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 1208-1209.

24 Mahkemelerin bu konuda bir tedbir kararı verirken daha dikkatli davranmaları gerektiği yönünde bkz. Noyan, s. 633.

25 Kuru, C. IV, s. 4326; Pekcanitez & Atalay & Özekes, s. 625-626; Arslan & Yılmaz & Taşpınar - Ayyvaz, s. 569; Özbek, s. 815; Deren - Yıldırım, s. 36, 38; Erişir, s. 217; Mes, § 139, para. 520.

ruhsatlandırılması ve bunun için test ve deneyler de dahil olmak üzere ruhsat konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiillerin patentten doğan hakların kapsamı dışında bırakıldığı düzenlendiği, davalının kısaltılmış ruhsat başvurusunun belirtilen hüküm kapsamında kaldığı gerekçesi ile ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiştir. Kararı, ihtiyati tedbir talep eden davacılar vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, ihtiyati tedbir talep eden davacılar vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir²⁶.

Öğretide, patent haklarının ihlali sebebiyle açılan davalardan ihtiyati tedbire karar verilebilmesinin, patent hakkının varlığının ve ihlalinin, başvuran lehine çok açık olması durumunda mümkün olduğu savunulmaktadır²⁷.

Karlsruhe Bölge Mahkemesi de bir kararında patent hakkının ihlali iddiası ile açılan davada ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için şu şartları aramıştır²⁸: Buna göre, korunan hakkın görece basit ve açık şekilde ortaya konulması gerekir. Ayrıca hakkın gerçekleştirilmesi gereği konusunda tartışma ve şüphe olmamalıdır.

Düsseldorf Bölge Mahkemesi de eski bir kararında patent hakkı ihlallerinin bu niteliğine dikkate çekerek ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için hakkın varlığı ve ihlale ilişkin şüphenin kalmamış olması gerektiğine hükmetmiştir²⁹.

Mahkeme yeni kararlarında da aynı içtihadını muhafaza etmektedir. 2013 tarihli bir kararında da açıkça şunu vurgulamıştır³⁰: Patent hakkının ihlale dayalı olarak açılan davalarda ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için patent hakkı ve ihlal edildiği vakıaları, sonuçta başvuranın haksız çıkması beklenmeyecek derecede açık olmalıdır.

Şu halde, patent hakkına dayalı davalarda ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için, hakkın ve ihlalin varlığının o derece açık olmasını aramakta ki neti-

cede asıl davanın kaybedilmesi beklenmemelidir³¹.

Buluş sahibinin, gerçekte hak sahibi olmadığı halde patent başvurusunda bulunana karşı açmış olduğu davada, başvuru işlemlerinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı açısından ise, ispat ölçüsünün bu derece yükseltilmesine ihtiyaç yoktur. Zira başvuru sahibinin haklı çıkması halinde mevcut başvuru geçerliliğini korumaya devam edeceği için, bu tedbirle zarara uğrama ihtimali oldukça zayıftır. Ancak her halükarda, buluş sahibi olduğunu iddia eden kişinin, gerçekten buluş sahibi olduğunu muhtemel gösterir ispat araçlarına dayanması gerekmektedir.

2. İhtiyati Tedbir Sebebi

Mahkemece ihtiyati tedbire karar verilebilmesi, hem tedbire esas olan bir hakkın bulunmasınahem de ihtiyati tedbir sebebinin yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ortaya konulmasına bağlıdır³². Tarafın henüz nihai hukuki korumanın sağlanamayacağı aşamada haklı görünmesi yetmez. Ayrıca bir ihtiyati tedbir sebebi de bulunmalıdır. Tedbir kararı verilebilmesi için, asıl yargılamanın devamı süresince hakkın yerine getirilmesinin tehlike altında olduğunamahkemenin ikna edilmesi gerekir³³. Geçici hukuki korumalara ilişkin yukarıda zikredilen amaç çerçevesinde, asıl yargılamanın neticesinde ortaya çıkacak hükmün icrası suretiyle hakkın yerine getirilmesininimkânsızlaşabileceği veya çok zorlaşabileceği objektif olarak ortaya konulmalıdır³⁴. Başka bir anlatımla, mahkemece ihtiyati tedbir sebebinin mevcut kabul edilebilmesi için, yargılamanın neticesinde ortaya çıkacak karara kadar ilgili tarafın bekletilmesi durumunda, muhtemel nihai korumanın etkinliğinin azalması veya ortadan kalkması tehlikesi bulunmalıdır. Tarafın salt iddiası, bu konuda yeterli

26 11. HD, 15.1.2013, E. 2012/18176, K. 2013/689, <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasistemci Web/Gelis misDokumanAraServlet>, s.e.t. 3.5.2017.

27 Mes, § 139, para. 523 ve 524.

28 OLG Karlsruhe, 27.4.1988, 6 U 13/88, GRUR 1988, s. 900.

29 OLG Düsseldorf, 3.10.1958, 2 U 23/58, GRUR 1959, s. 619.

30 OLG Düsseldorf, 7.11.2013, I-2 U 94/12, GRUR-RS 2014, s. 4902. Aynı yönde bkz. OLG Düsseldorf, 30.9.2010, I-2 U 47/10, GRUR-RR 2011, s. 81 vd.

31 MüKoZPO&Drescher, § 935, para. 74; Mes, § 139, para. 526.

32 Kuru, Baki (2016), Medeni Usul Hukuku, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 499; Yılmaz, s. 1654; Üstündağ, s. 5. 48; Bilge&Önen, s. 374; Kuru, C. IV, s. 4326; Postacioğlu, s. 488; Pekcanitez&Atalay &Özkeses, s. 623; Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz, s. 567; Özbek, s. 811; Deren-Yıldırım, s. 55, 60; Erişir, s. 191; Karş. Brink/Fritze, s. 138; Holzapfel, s. 288.

33 Erişir, s. 192.

34 "Gecikmesinde tehlike olan bir hal" olarak tedbir sebebinin tanımlanması için bkz. Erişir, s. 196. Karş. BeckOK ZPO &Mayer, ZPO § 935, Rn. 11; MüKoZPO&Drescher, ZPO § 935, Rn. 15; Musielak ZPO &Huber ZPO § 935 Rn. 4; Hk-ZPO/Kemper, § 935, Rn. 13; Stein&Jonas&Grunsky, § 935, Rn. 11. OLG Stuttgart, 11.09.2010, 4 U 106/10, Rn. 23, openJur 2012, 63187; OLG Hamm, 14.07.2009, 4 U 86/09, <http://www.damm-legal.de/olg-hamm-dringlichkeitsfrist-bei-einstweiliger-verfuegung-ist-auch-dann-zu-beachten-wenn-sachverhalt-rechtlich-naeher-aufzuklaeren-ist>, s.e.t. 9.8.2016.

olmaz. Neden yargılamanın sonuna kadar beklenilemeyeceği delil ve emarelerle ortaya konulmalıdır. Örneğin,

“Hukuk Muhakemeleri Kanununun 389. maddesi uyarınca; mevcut durumun değişmesi halinde, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hale gelmesi ya da gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması tehlikesi varsa ihtiyati tedbir sebebi var kabul edilecektir. Somut olayda; davacı 126 ada 8 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile adına tescili talebinde bulunmuştur. Yargılama aşamasında durumun değişmesi, başka bir deyişle taşınmazın üçüncü kişilere satılması halinde hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşacak ya da hakkın elde edilmesi tamamen imkânsız hale geleceğinden ve dava konusu olayda ihtiyati tedbir sebebi de mevcut olduğundan ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına ilişkin karar yerinde değildir. Bu durumda, yasanın aradığı koşullar mevcut olduğunda ihtiyati tedbir kararının devam etmesi gerekir.” (14. HD, 10.12.2012, 12695/14298).

“Doğaldır ki, davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacaktır. Ancak, davaya konu taşınmaz payının başkalarına devri durumunda mahkemece verilecek hükmün infaz kabiliyetinin de ortadan kalkabileceği de açıktır. Bu durum ileride telifisi güç yada imkansız durumlar ortaya çıkarabilecektir. .../... Öyleyse, yerel mahkemece gerektiğinde davalının muhtemel zararlarının karşılanması amacıyla uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekli iken, reddine ilişkin olarak verilen kararının doğru ve yasal olduğu söylenemez.” (1. HD, 24.05.2012, 6976/6023).

Ayrıca mevcut durumda meydana gelebilecek değişiklik sebebiyle bir tehlikenin mevcut olduğu, tıpkı hakkın mevcudiyetinde olduğu gibi yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ortaya konulmalıdır³⁵. Burada ihtiyati tedbir sebebine ilişkin aranan yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ispat, geçici hukuki korumaların genel özelliğinin bir sonucudur. Zira ancak yargılamanın sonunda ve hükmün icrası ile hakkın yerine getirilmesi sağlanmış olacağından, bundan önceki aşamada tam ispat ölçüsünde vakıaların or-

taya konulması beklenemez, ancak tehlikenin mevcudiyetine ilişkin vakıaların muhtemel olduğunun gösterilmesi yeterlidir³⁶.

“Diğer taraftan, ihtiyati tedbir kararının kabul edilebilmesi bakımından HMK’nun /3. maddesi hükmünde ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, Yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda «... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimalde olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini gözardı edemez... Bu sebeplerdir ki haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması...” hükmüne bağlanmıştır. Somut olaya yukarıdaki ilkeler uyarınca bakıldığında, hernekadar davacının iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm deliller toplandıktan ve incelendikten sonra ortaya çıkacak ise de, davaya konu taşınmazın başkalarına devri halinde verilecek hükmün infaz kabiliyeti ortadan kalkabileceği gibi, üzerine binalar yapıldıktan sonra tapunun iptali halinde telifisi güç ya da imkansız durumlar ortaya çıkacağı gibi yeni uyumsuzluklar doğacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca yerel mahkemece gerektiğinde davalıların olası zararlarının karşılanması amacı ile uygun bir miktarda teminat da alınarak ihtiyati tedbirin devamına karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle tedbirin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir.” (1. HD, 24.09.2012, 11124/9822).

“H.M.K.389. maddesinde ihtiyati tedbirin şartları düzenlenmiştir. Mahkemece, aynı uyumsuzluk konusu olmayan A Blok 1,2,3,11,12,13,14,15,16 ve 17 numaralı bağımsız bölümler üzerine sırf davacının alacağının tahsilinin sağlanması amacıyla üçüncü kişilere devir ve temlikinin önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için yaklaşık ispat koşulunun mevcudiyeti gerektiğinden davanın ön inceleme (tensip) aşamasında tedbir kararı verilmesi doğru görülmediğinden, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle tedbirin kaldırılması talebinin reddine dair ara kararının bozulması gerekmiştir.” (23. HD, 25.05.2012, 2499/3682)³⁷.

Ayrıca burada tehlikenin boyutu, hangi kapsamda ve ne tür bir tedbirin tehlikeyi bertaraf ede-

35 Kuru, s. 499; Pekcanitez&Atalay &Özekes, s. 623; Erişir, s. 217; Yılmaz, s. 1666; Yılmaz, (2001), s. 893. Karş. MüKoZPO&Drescher, ZPO § 935, Rn. 21; Musielak ZPO &Huber ZPO § 935, Rn. 13

36 Karş. MüKoZPO&Drescher, ZPO § 935, Rn. 21.

37 Aynı yönde bkz. 1. HD, 27.04.2012, 5543/4817. Kuru, C. IV, s. 4326; Pekcanitez&Atalay&Özekes, s. 625-626; Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz, s. 569;Özbek, s. 815; Deren-Yıldırım, s. 36, 38; Erişir, s. 217.

ceği de tedbir talep eden tarafça ortaya konulmalıdır (m. 391/III). Örneğin,

“Uyuşmazlık harici satışa konu ticari taksi üzerine ihtiyati tedbir kararı verilmesine ilişkindir. Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirterek delillerini de ibraz etmiştir. Bu durumda HMK’nun 389 vd. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir isteminin kabulüne karar vermek gerekirken, ihtiyati tedbir isteminin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (19. HD, 19.03.2013, 2234/4768).

Ancak, özellikle teminat amaçlı ihtiyati tedbirler açısından, ihtiyati tedbirin hemen etki eden bir güce sahip olması sebebiyle, esas hakkındaki davanın alacaklıya sağlayacağı sonucu ona sunmaması gerektiği kabul edilmektedir³⁸.

Kural olarak, mahkemenin ihtiyati tedbir sebebinin mevcudiyeti konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır³⁹. Bu manada ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin genel geçer bir kabul veya ret durumundan söz edilemez. Hâkim somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapar ve gerekçesinde neden yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ihtiyati tedbir sebebinin bulunduğunu ortaya koyar⁴⁰. Hiç şüphesiz tedbir sebebine ilişkin muhtemel görünmeye dair kabul veya ret kararı, istinaf incelemesi sırasında bölge adliye mahkemesi tarafından denetlenebilir.

Ancak dava konusu kılınmış talep ve bunun üzerine elde edilecek hükmü anlamsız kılacak işlemlerin gerçekleştirilmesi tehlikesi olduğu durumlarda, ihtiyati tedbir sebebinden söz edilebilir. Bu sebeple, salt karşı tarafın iktisadi durumunun kötü olması veya kötüleşme tehlikesinin bulunması bir tedbir sebebi değildir⁴¹. Zira dava konusu salt bu durum ile tehlike altına girmez.

İhtiyati tedbir sebebinin söz konusu olacağı bir durum da, tedbir kararı verilmediği takdirde, tedbir talep eden kimsenin zaruret haline düşecek olmasıdır⁴². Örneğin, tedbir kararı verilmediği takdirde yüksek miktarda bir cezai şart ödenmesi gerekirse veya tacirin iflâs etmesi tehdidi (ödeme aczi sebebiyle örneğin) ile karşı karşıya kalması sonucunu

doğuracaksa ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olduğu kabul edilmelidir⁴³. Keza zaruret halinin doğması noktasında tedbir talep eden kimsenin kusurlu olup olmadığı da önemli değildir, zira buradaki kusur devletin etkin hukuki koruma sağlama ödevini ortadan kaldırmaz⁴⁴.

Aynı şekilde, tedbir talebinde bulunan kimse- nin, muhtemel zarara karşı tazminat davası açabilecek durumda olması da tedbire ihtiyaç bulunmadığı anlamına gelmez⁴⁵. Örneğin,

“Somut uyuşmazlıkta karşı tarafın ihtiyati tedbir isteyen aleyhine yanlış veya yanıltıcı yayımlar yaptığı ileri sürüldüğüne ve bu hususta bir kısım deliller ibraz edildiğine göre mahkemece HMK’nun 389. vd. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken yargılamayı gerektirmenin ve sonradan tazminat talep edebilecek olmanın ihtiyati tedbir talebinin reddine gerekçe olamayacağı, yargılamayı gerektirir hallerde ihtiyati tedbir istenebilecek olması hususu gözden kaçırılarak yerinde bulunmayan gerekçelerle talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle ihtiyati tedbir isteyen yararına bozulması gerekmiştir.” (11. HD, 25.02.2013, 1854/3274).

Bu noktada mevcut bir zararın aranması da düşünülemez, zira ihtiyati tedbir niteliği gereği zarar tehlikesini bertaraf etmeyi amaçlamaktadır⁴⁶.

Nitekim 6769 sayılı Kanun da 159’uncu maddesinde ihlal oluşturan davranışın gerçekleşmesini şart kılmamakta, gerçekleşmesine yönelik ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesini yeterli kabul etmektedir. Örneğin, karşı tarafın sadece patentli ürünle kullanılması mümkün olan şeyleri almaya başlaması, patentli buluşu kullanabilecek nitelikte elemanlarla anlaşması ciddi ve etkin bir çalışma olarak değerlendirilebilir⁴⁷. Sadece ihlal sonucu doğuracak düşüncenin ifade edilmiş olması⁴⁸ veya hak sahibinin düşündüğü soyut ihtimaller⁴⁹ yeterli değildir.

Patent haklarının ihlali iddiasıyla açılan davalarda da hak sahibinin nihai hukuki korumaya kadar beklenmesi halinde, elde edilecek nihai hukuki

38 Üstündağ, s. 10.

39 Kuru, s. 499; Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 623. Karş. MüKoZPO & Drescher, ZPO § 935, Rn. 22.

40 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 623.

41 Karş. BeckOK ZPO & Mayer, ZPO § 935 Rn. 12; MüKoZPO & Drescher, ZPO § 935, Rn. 15; Musielak ZPO & Huber ZPO § 935, Rn. 14; Stein & Jonas & Grunsky, § 935, Rn. 12.

42 Özkes (2017), s. 2513; Erişir, s. 200.

43 Erişir, s. 203.

44 Erişir, s. 202.

45 Karş. BeckOK ZPO & Mayer, ZPO § 935 Rn. 12; MüKoZPO & Drescher, ZPO § 935, Rn. 15; Stein & Jonas & Grunsky, § 935, Rn. 12.

46 Pekcanitez & Atalay & Özkes, s. 623; Özkes, Muhammet (2002), ‘Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir’, DEÜHFD, Cilt:4, Sayı: 2, s. 89-138, 103.

47 Saraç, s. 221; Şehirli, s. 141.

48 Tekinalp, s. 514; Saraç, s. 221.

49 Meran, s. 545.

korumanın anlamsız kalacağına⁵⁰ ilişkin delil veya emare getirmesi gerekir. Bu noktada patent hakkı ihlallerinde, ihtiyati tedbir sebebinin mevcut olup olmadığı bir kat daha titizlikle incelenmelidir⁵¹. Patent hakkı sahibinin ihlal sebebiyle esaslı bir şekilde aleyhine bir durumun ortaya çıkması ve ihtiyati tedbirin gerçekten gerekli olması şarttır⁵². Dolayısıyla sadece zaman anlamında bir an önce korumanın gerektiğinin ortaya konulması yetmez, ihtiyati tedbir olmaksızın hak sahibinin önemli bir şekilde aleyhine bir durum yaratılacağına maddi hukuk açısından da izah edilebilir olması gerekir⁵³. Burada aleyhe oluşacak durum değerlendirilirken, ihtiyati tedbir talep edenin olduğu kadar karşı tarafın da menfaatlerinin gözetilmesi gerekir⁵⁴. Özellikle karşı tarafın ticari faaliyetlerini önemli ölçüde sınırlandıracak tedbire karar verilmemelidir⁵⁵. Zira ihtiyati tedbire dayanak olan hak da ihtiyati tedbir sebebi de yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ortaya konulmaktadır. Oysa davanın netice itibarıyla kabul edilmesi için tam ispat aranmaktadır. Dolayısıyla davanın ve ihtiyati tedbir kararının haksız çıkma ihtimali mevcuttur. Örneğin, patent hakkı sahibi, bu hakkını yalnızca lisans vermek suretiyle kullanmakta veya yalnızca gelecekte kullanmak niyetinde ise, menfaat dengesi açısından bu durumu ihtiyati tedbir talep edenin aleyhine değerlendirmek gerekir⁵⁶. Böyle bir durumda asıl davanın sonuçlanmasının beklemesi

ve bir zararı ortaya çıkarsa tazminat talep etmesinin uygun olacağı belirtilmektedir⁵⁷. Ancak ihlal eden tarafın tazminatı karşılayabilmesine ilişkin ciddi şüpheler varsa, ihtiyati tedbir kararının verilmesi gerekir⁵⁸. Menfaat dengesi her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak değerlendirme yapılırken şu üç kriterden hareket edilmelidir⁵⁹:

- Tarafların ihtiyaç duyduğu koruma,
- Asıl davanın başarı şansı ve
- İhlal iddiasına ilişkin kusurun derecesi.

Düsseldorf Bölge Mahkemesi de bir kararında, mahkemenin somut uyuşmazlık açısından bekletici mesele yapması gereken bir husus var ise (patent hakkının mevcudiyetine ilişkin başka bir dava), ihtiyati tedbirin gündeme gelemeyeceğini belirtmiştir⁶⁰. Yine bir başka kararında iddia edilen ihlalin, başvurunun ticari faaliyetlerine ciddi bir zarar tehlikesi olması gerektiğini ifade etmiştir⁶¹.

Braunschweig Bölge Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında, patent hakkının varlığına ilişkin esaslı bir şüphe olması sebebiyle, ihtiyati tedbir kararı için gereken ihtiyati tedbir sebebinin yeter derecede ispatlanmadığını belirtmiştir⁶². Öyle ki patent hakkının varlığı, aynı zamanda ihtiyati tedbir sebebi içerisinde değerlendirilmektedir⁶³.

Hakkın ve tedbir sebebinin mevcudiyetine ilişkin bu titiz incelemenin sebebi, karşı tarafın tevazüen durdurulması yönünde alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile birlikte ticari faaliyetlerine önemli ölçüde müdahalede bulunulması sonucunun doğacak olmasıdır⁶⁴. Ancak karşı taraf patent hakkının varlığını inkâr ederek çekişmeli kılmamışsa, mahkemede de hakkın mevcudiyetine ilişkin bir şüphe olamaz⁶⁵.

3. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar ve uygulama dikkate alındığında, patent hakkının ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde, ihtiyati tedbir sebebi-

50 Tekinalp, s. 514.

51 Osterrieth, para. 1110. Aksi yönde, patent hakkı ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talep edilmesi durumunda, genel ihtiyati tedbir hükümlerinden dahi daha düşük bir ispat ölçüsü aranması gerektiği yönünde bkz. Saraç, s. 222. Ancak yazar, görüşünü izah ederken patent hakkının ihlali sebebiyle tedbir taleplerinde zarar veya zarar tehlikesi aranmayacağını, sadece patentin kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ortaya konulmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir (s. 222). Tekinalp de aynı görüştedir (Tekinalp, s. 514). Kanaatimizce, söz konusu ciddi ve etkin çalışma zaten zarar tehlikesi kavramını karşılamaktadır. Düşük de olsa belli derecede bir kanaate ihtiyaç duyulması sebebiyle, Tekinalp'in "delile ve ispata gerek yoktur" şeklindeki görüşünü, ayrıca tartışmaya değer bulmuyoruz.

52 Osterrieth, para. 1110.

53 Osterrieth, para. 1110; Holzapfel, s. 288.

54 Bu yönde bkz. LG Düsseldorf, 8.7.1999, 4 O 187/99, GRUR 2000, s. 692 vd. Menfaat dengesinin ayrı bir koşul olarak aranacağı hakkında bkz. Mes, § 139, para. 522; Holzapfel, s. 288. Ancak menfaat dengesi, ihtiyati tedbir kararı verilmesi için tedbir talep edenin en azından yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gereken bir husus olamaz. Mahkemenin hakka, ihlale ve tedbir sebebine bakarak kendiliğinden değerlendirmesi gereken bir husustur. Üstelik bu patent hakkı ihlallerinde daha önemli olsa da bütün geçici hukuki korumalar açısından gözetilmelidir. Bu sebeple ayrı bir başlık altında incelemedik.

55 Bu yönde bkz. OLG Frankfurt, 13.8.1981, 6 U 83/81, GRUR 1981, s. 905 vd.

56 Holzapfel, s. 292.

57 Mes, § 139, para. 552.

58 Mes, § 139, para. 554.

59 Holzapfel, s. 290.

60 Karar için bkz. OLG Düsseldorf, 5.10.1995, II ZS, U 43/95, <https://www.juris.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE431299500&psml=jurisw.psml&max=true> s.e.t. 13.4.2017.

61 OLG Düsseldorf, 3.10.1958, 2 U 123/58, GRUR 1959, s. 619.

62 OLG Braunschweig, 21.12.2011, 2 U 61/11, GRUR-RR 2012, s. 98.

63 Mes, § 139, para. 526.

64 Mes, § 139, para. 526.

65 Mes, § 139, para. 534.

nin mevcut olduğuna karar verilebilmesi şu koşullarda mümkündür: Buna göre;

1. Korunan bir patent isteme hakkı veya patent hakkı olmalı
2. Likit bir ihlal davranışı olmalı
3. Zaman itibariyle, bir an önce korunma ihtiyacı olmalı.

Örneğin, taraflar arasında patent hakkının kullanımına ilişkin bir lisans sözleşmesi pazarlığı devam etmekte ise, ihtiyati tedbir sebebi de mevcut kabul edilmemelidir.

Keza patent hakkı sahibi ihlalin varlığına rağmen uzun bir süre bekledikten sonra hukuki yollara başvurmuşsa, ihtiyati tedbir verilmesini gerektiren acil bir durum olmadığı kabul edilmelidir⁶⁶.

Örneğin bir patent hakkının ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talebinde bulunmuşken, aynı patent belgesinde yer alan bir başka patenti için bir ay sonra ihtiyati tedbir talep edecek olursa, ikinci patent açısından ihtiyati tedbir sebebinin olmadığı kabul edilmektedir⁶⁷.

Hâlihazırda bir patent hakkı ihlalinin bulunmadığı ve fakat ihlal tehlikesinin mevcut olduğu hallerde, tehlikenin hemen gerçekleşecek bir nitelikte mi olduğu yoksa sadece ihlal davranışının mı beklendiğine bağlı olarak aciliyet değerlendirilecektir⁶⁸.

a. Uyuşmazlık Konusu

İhtiyati tedbir kararı ancak uyuşmazlık konusu kılınmış hak yahut şey açısından söz konusu olur (m. 389). Dolayısıyla, dava konusu kılınmamış şeyler açısından tedbir kararı verilmesi ve uygulanması mümkün değildir⁶⁹. Örneğin,

“Somut olayda, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan borcun 6111 sayılı Yasa kapsamında yapılandırılacak miktarın tespiti ile faturalardaki fazla miktarların iptali istenmektedir. Mahkemece ahlâ münazalı olmayan hususun tedbir kararına konu olamayacağı gerekçesiyle tedbir istemi reddedilmişse de davacının yapılandırılmasını istediği borç tarımsal sulamada kullanılan elektrikten kaynaklanan borç olması nedeniyle dava konusu ile doğrudan ilgili olup

tedbir istemi yerindedir. Bu kapsamda, davacının elektriklerin tedbiren açılması yönündeki talebinin değerlendirilmesi gerekirken, ihtiyati tedbir isteminin reddi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” (7. HD, 20.12.2012, 8142/9597).

“H.M.K.nın 389. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı ancak uyuşmazlık konusu hakkında verilebilir. Somut olayda 26.2.2013 tarihli değiştirilen ihtiyati tedbir kararıyla tarafları aynı olmakla birlikte, bir başka uyuşmazlığa dair Ankara 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/1782 Sayılı takip dosyası sebebiyle borçlu kooperatifin icra veznesine yatırılacağı paranın dava sonuna kadar N... Ltd. Şti.'ne ödenmemesi için ihtiyati tedbir kararı verildiğinden H.M.K.nın 389. maddesindeki şartların gerçekleştiğinden sözedilemez. Bu durumda şirket vekilinin 18.12.2013 tarihli ihtiyati tedbir kararına yaptığı itiraz kabul edilerek ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, 26.2.2013 tarihli kararla ihtiyati tedbir kararının değiştirilerek H.M.K.nın 389. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmektedir.” (15. HD, 04.06.2013, 3228/3604).

“Dosya kapsamından, isteme konu tedbir kararının verildiği ve asıl dava dosyasının halen derdest bulunduğu anlaşılmaktadır. 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinin ilk fıkrasında; “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.” biçiminde düzenleme getirildiği, aynı yasanın 394. maddesinde ise ihtiyati tedbir kararına karşı hangi yasal yollara başvurulacağı belirtilmiştir.Eldeki davada davacı, kaydına ihtiyati tedbir şerhi konulan taşınmazın mülkiyeti ile ilgili bir hak iddiasında bulunmadığına göre, aynı ihtilaflı olmayan konuda ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması doğru değildir. Diğer taraftan 2004 sayılı İ.İ.K. madde 257'ye göre ihtiyati haczin şartları da gerçekleşmemiştir.Yerel Mahkemece 6100 sayılı HMK 394/1,4 m. uyarınca yapılan itiraz yerinde görülerek ihtiyati tedbir şerhinin kaldırılması yönünde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihtiyati tedbir şerhinin kaldırılması isteminin reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir.” (4. HD, 15.11.2012, 14638/17098).

66 Örneğin Braunschweig Bölge Mahkemesi bir kararında butür bir bekleme sebebiyle ihtiyatitedir bir talebinin reddine karar vermiştir. Kararı için bkz. Mes, § 139, para. 548.

67 Mes, § 139, para. 548.

68 Mes, § 139, para. 549.

69 Pekcanitez&Atalay&Özekes, s. 622; Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz, s. 567; Yılmaz (2013), s. 1655; Erişir, s. 177.

“HMK'nın 389/1. maddesinde «Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir» hükmü düzenlenmiştir. İhtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen bu madde hükmü uyarınca, kural olarak tedbir, kendisi çekişmeli olan, bir diğer ifade ile üzerinde aynı hak iddia edilen malların üçüncü kişilere devrinin engellenmesi amacını güder. Somut olayda, 1081 ada 7 ve 10 nolu parseller için yapılan arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesinin feshi talep edilmiş olup, temyize konu edilen 18.01.2013 tarihli kararda devri ve satışı engellenen 1081 ada 6 ve 1085 ada 2 nolu parsellerin ayınında çekişme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, bu parseller üzerinde tedbir kararı konulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (23. HD, 08.05.2013, 2766/3014).

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca alınabilecek tedbirler 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 169. maddesinde gösterilmiştir. Usule göre ancak uyuşmazlık konusu hakkında tedbir kararı verilebilir (H.M.K.madde 389/1). Davacının boşanma davasındaki, boşanmaya karar verilmesi halinde hükmedilmesi ihtimal dahilinde olan boşanmaya bağlı ikincil nitelikteki tazminat ve nafaka haklarının elde edilmesini temin etmek için de olsa uyuşmazlık konusu olmayan davalı-karşı davacı kocaya ait araçlar üzerine tedbir konulamaz. Bu husus nazara alınmadan davalı-davacı kocanın itirazlarının reddi doğru bulunmamıştır.” (2. HD, 15.04.2013, 6659/10636)⁷⁰.

Para alacakları açısından ise, özel bir geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati haciz kurumunu düzenlenmiştir. Dolayısıyla para alacakları açısından istenebilecek geçici hukuki koruma ihtiyati tedbir değil, amaçları, şartları, hüküm ve sonuçları farklı olan ihtiyati hacizdir⁷¹.

70 Aynı yönde diğer kararlar için bkz. 2. HD, 29.03.2013, E. 2012/7875, K. 2013/8726; 23. HD, 14.02.2013, 681/811; 23. HD, 07.02.2013, 156/632, <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasistemciWeb/GelisimsDoku manAraServlet, s.e.t. 06.05.2017>.

71 Ayrımın tarihsel boyutları açısından bkz. Üstündağ, s. 5; Ansay, s. 312; Karafakih, s. 266; Tanrıver, s. 49; Yılmaz (2001), s. 1078; Pekcanez&Atalay&Özekes, s. 622; Erişir, s. 228 vd. İki kurumu karıştıran bir karar için bkz. “Davacı tarafından açılan tazminat davasında davalı tarafın mal kaçırıldığı, yargılama sonucunda hükmedilecek tazminatın tahsilinin zorlaşacağı iddiasıyla davalılar adına kayıtlı olan taşıt ve taşınmazlarının devirlerinin önlenmesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi talep edilmiştir.Yukarıda belirtilen yasa maddesinde hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağına anlaşılması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece davalıların mal kaçırıp kaçırmadıkları üye-

Örneğin, “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, SGK'nun açtığı karşı dava yersiz ödenen aylıkların tahsiline yönelik para alacağına ilişkin olmakla; 6100 sayılı HMK'nun 389.maddesinin 1.fıkrasında ihtiyati tedbir talebinin ancak «...uyuşmazlık konusu hakkında...» istenip uygulanabileceği öngörülmüş ve para alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir değil, İİK'nun 257. maddesinde düzenlenmiş ihtiyati haciz talep edilebileceği açık olmasına göre,” (21. HD, 19.01.2012, 1007/508).

Patent hakları açısından ihtiyati tedbir talebini düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde, zararın tazmini bakımından teminat verilmesini düzenlemektedir. Normal şartlarda, bir para alacağı olan tazminat talebinin güvence altına alınması için karar verilmesi gereken geçici hukuki koruma tedbiri, yukarıda da belirtildiği üzere İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan ihtiyati hacizdir. Şu halde patent hakkı ihlali sebebiyle tazminat talep edilen davada, dava konusu bir miktar paranın ödenmesi iken, dava konusunu güvence altına almak için karşı tarafın başkaca malvarlıksal değerleri üzerinde sınırlama uygulanması mümkündür⁷².

rinde durularak sonucuna göre yargılama sonucunda hükmedilecek muhtemel alacağın tahsilini temin amacıyla davalılar adına kayıtlı olan ve borcu karşılayacak miktardaki taşınır ve taşınmazlar üzerine ihtiyati tedbir konulması yönünde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle talebin reddine karar verilmiş olması doğru değildir” (6. HD, 23.01.2013, E. 2012/18775, K. 2013/757), <http://emsal.yargitay.gov.tr/Bilgi BankasistemciWeb/Gelisims Dokuman AraServlet, s.e.t. 06.05.2017>.

72 Bozkurt Yüksel,ölçülülük ilkesinin dikkate alınarak, tedbir talep edenin başka bir tedbir türü ile korunması mümkün ise teminat istenmesine mahkemece karar verilmemesi gerektiğini belirtmektedir (s. 222). Kanaatimizce ölçülülük ilkesi genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerinde gözetilmelidir. Ancak yazar hükümle sağlanan güvencenin ihtiyati tedbirle sağlandığı tedbir türlerinde bu ilkeden söz etmezken, borçlunun başkaca malvarlıksal değerleri üzerinde tasarruf yetkisini sınırlamaya yönelik bu tedbir açısından neden ölçülülüğe dikkat çekmek istediği de anlaşılmalıdır. Yazar, görüşünü beyan ettiği yerde, aksi görüş olarak dipnotta zikrettiği yazarlar ise, tamamen farklı bir konudan (aşağıda incelenen, tedbir kararının gereği olarak tedbir talep eden istenen teminattan) bahsetmektedir. Ayrıca, teminat istenmesi, pek çok durumda mala el konulması veya üretimin engellenmesine nazaran daha ölçülü – hafif – bir tedbir olacaktır. Nitekim uygulamada da öncelikle davalıdan teminat istenmekte, teminat yatırmak istememesi halinde başkaca tedbirlere hükmedilmektedir. Örneğin, Davacı vekili, müvekkilinin TPE nezdinde tescilli patent ile buluştan doğan haklarının davalı tarafından ihlal edildiğini ileri sürerek, davalı tarafından yapılan üretimde kullanılan makine ve teçhizatların dava sonuçlanıncaya kadar satılmasının ve devretmesinin önlenmesine yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuş, mahkemece yapılan inceleme sonunda talep gibi ihtiyati tedbir kararı verilmiş, davalı tarafça yapılan itiraz üzerine 500.000 TL nakdi teminat ya da teminat mektubu karşılığında davalı aleyhine verilen tedbirin kaldırılmasına, bu miktarın yatırılmaması halinde ise davacı tarafça 300.000 TL teminat yatırılması halinde önceki ihtiyati tedbir kararı doğrultusunda tedbir kararı verilmesine karar verilmiş, davalı şirketçe ilgili

Öğretide, ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenleme- nin lafzından hareketle karşı tarafın teminat gös- termesi gerektiği sonucuna varılsa da, bunun usül hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmadığı, teminatı davacının vermesi gerektiği savunulmuş- tur⁷³. Buna göre, kendisinden birtakım taleplerde bulunulan kişiden ayrıca teminat talep edilmesi hem hukukun genel prensiplerine aykırıdır hem de uy- gulaması mümkün değildir⁷⁴. Ayrıca teminata karar verilmesi için talebe de gerek yoktur⁷⁵. Yazar, yeni tarihli bir eserinde görüşün muhafaza ettiği belirt- mekte, TRIPS-Sözleşmesi'nin tedbir talep edenden teminat alınmasına ilişkin hükümlerini de gerekçe- sine ilave etmektedir⁷⁶. Kanaatimizce, yazar burada iki kavramı karıştırmaktadır. İhtiyati tedbir olarak talep edilecek ve hükme bağlanacak olan teminat, ihlal davranışı sebebiyle ortaya çıkan zararı güvence altına almayı öngörmektedir. Yukarıda da belirtildi- ği üzere, bu tür bir ifadeye yer verilmemiş olsaydı, hak sahibi bir geçici hukuki koruma türü olarak "ihtiyati haciz" talep edebilirdi. Ancak Kanun, para alacağı olmasına rağmen, istisnai bir hükümlerle ted- bir kararı (teminat şeklinde) verilmesini öngörmüş- tür⁷⁷. Tedbir talep edenden istenmesi gereken temin- at ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci maddesi gereği, karşı tarafın haksız ihtiyati tedbir kararı sebebiyle uğrayabileceği muhtemel zararı güvence altına almak için öngörülmüştür. Nitekim yazarın görüşüne dayanak olarak atıf yaptığı **Arkan** da tedbir kararı üzerine, kararın haksız çıkması ih- timalinde karşı tarafın uğrayacağı zararı güvence al- tına almak için bugün Hukuk Muhakemeleri Kanu- nu'nun 392'nci maddesinde düzenlenen teminattan söz etmektedir⁷⁸. Yazarın, teminata yönelik tedbirin uygulanabilir olmadığını belirtmesi de kanaatimizce isabetli değildir. Yazar, karşı taraf teminat getirmez-

se yapılabilecek bir şey olmadığından söz etmekte- dir. Hâlbuki eğer karşı taraf, daha hafif bir tedbir olan teminatın gereği yerine getirmese, daha ağır bir tedbire, örneğin ihlal teşkil ettiği iddia edilen davranışın tamamen durdurulmasına karar verilebi- lir. Ayrıca tedbir kararının gereğinin yerine getiril- memesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 398'inci maddesinde cezai bir yaptırıma da tabi kılınmıştır. Karar verilebilmesi için talebin gerekmediği teminat da yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci maddesinde düzenlenen teminattır. Karşı taraftan tedbirin gereği olarak istenecek teminat için talep şarttır⁷⁹. TRIPS-Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci mad- desini çerçevesinde değerlendirilmesi icap eder.

Kanunun 159'uncu maddesinin ikinci fıkrası- nın a ve b fıkrasında ihtiyati tedbir olarak öngörü- len hususlar ise, uyumsuzluk konusunu oluşturma- sı itibariyle genel kural ile uyumlu görünmektedir. Örneğin, patent hakkının ihlali sebebiyle açılan bir davada, ihlal teşkil eden davranışın önlenmesi ve durdurulmasına ilişkin tedbir kararı, dava konusu ile ilgili olacaktır. Ancak söz konusu tedbirler açı- sından da ihtiyati tedbirlere ilişkin genel bir ilkedden sapılmaktadır. Kural olarak, ancak nihai hükmün yaratabileceği bir sonucun ihtiyati tedbir kararı ile sağlanamaması icap eder⁸⁰. Ancak eda amaçlı ih- tiyati tedbir talepleri açısından, bu genel ilkeye de istisna getirilebileceği kabul edilmektedir⁸¹. Tecavü- zün önlenmesini sağlamak için açılmış bir davada ihtiyati tedbir kararı ile tecavüzün önlenmesi kararı verilmesi durumunda, esasında nihai hukuki ko- rumanın konusu talep, geçici olarak ihtiyati tedbir kararıyla kısmen veya tamamen karşılanmaktadır⁸². Ancak bu durumda söz konusu olan eda amaçlı bir ihtiyati tedbir kararıdır ve caizdir⁸³. Asıl dava sonu- cu açık bir kanun hükmü ile öne çekilmektedir.

Keza b bendinde öngörülen patenti verilmiş

teminat bedelinin yatırılması şeklinde kararlar verilmektedir. 11. HD, 16.1.2013, E. 2012/17753, K. 2013/800, <http:// emsal.yargi- tay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/GelisimisDokumanAraServlet, s.e.t. 06.05.2017. Patent hakkının ihlali sebebiyle ihtiyati tedbir talep edilmesi durumunda her halükarda, en azından davalıdan teminat alınması gerektiği yönünde bkz. Saraç, s. 235.

73 Suluk, Cahit (2001), Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, An- kara, Yargı Yayınevi, s. 274-275.

74 Suluk, s. 275.

75 Suluk, s. 275.

76 Suluk, Cahit&Orhan, Ali (2008), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt: 3, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 512.

77 Örneğin tersi yönde benzer bir istisnai hüküm tasarrufun iptali davalarında İcra ve İflas Kanunu'nun 281'inci maddesinde yer almaktadır.

78 Arkan, Sabih (1998) Marka Hukuku, Cilt:2, Ankara, Ankara Üniversi- tesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 228.

79 Talep konusu için bkz. a.ş.a. 3. Talep.

80 Umar, Bilge (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1134; Özkes (2017), s. 2508; Arslan&Yılmaz&- Taşpınar-Ayvaz, s. 570; Yılmaz (2013), s. 1670; Kuru (2001), s. 4312.

81 Özkes (2017), s. 2508; Umar, s. 1139. Ayrıca 11. HD, 10.01.2013, 17628/366, Özkes (2017), s. 2510.

82 Saraç da tazminat davaları dışındaki uyumsuzluklarda, ihtiyati ted- bir kararları ile dava neticesinde ulaşılabilecek sonuca ulaşıldığını belirterek zaman kaybının önlendiğini ifade etmektedir. Saraç, s. 220. İşte bu sebeple tedbir kararı verilirken daha hassas davranıl- ması icap eder. Zira ancak tam ispat ölçüsü çerçevesinde ir kanaa- te varılması durumunda sağlanacak hukuki koruma, yaklaşık ispat ölçüsü ile sırf "muhtemel" hak ve "muhtemel" ihlal iddiasına dayalı- larak sağlanmaktadır.

83 Tekinalp, s. 513. Fikri haklarda benzer düşünce için bkz. Özkes (2002), s. 128.

usulün icrasında kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük⁸⁴ ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde⁸⁵ elkonulması ve bunların saklanması tedbiri de uyuşmazlık konusu içerisinde değerlendirilmelidir.

Ayrıca her üç bentte düzenlenen tedbirlerin, tek bir kararla da verilebilmesi mümkündür. Örneğin, tecavüzün durdurulması yönünde bir tedbirin yeterli olmayacağı düşüncesiyle, karşı tarafın ihlal teşkil eden davranışlarının sonucu ortaya çıkan ürünlere de el koyulması ihtiyacı varsa, tedbir talep eden hem tecavüz teşkil eden davranışın durdurulmasını hem de ürünlere el konulmasını isteyebilir⁸⁶. Nitekim Yargıtay kararına konu bir olayda,

[H]ükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar geçerliliğini koruyan davacı adına bulunan usul patentinin söz konusu buluşun tekniğin bilinen durumu aşmak bakımından incelenerek belgelendiği, ancak bu belgelendirmeye rağmen patentin hükümsüz kılınmasının da mümkün olup bunun dava sonunda belirlenebileceği, gerekçesiyle çalıştırılan işçe sayısı, şirket cirolarına yansıyan bilgiler vs. nazara alınarak davalı tarafça takdiren 1.000.000 TL nakdi teminat veya kesin ve süresiz banka teminat mektubu ibraz edildiğinde davacı tarafın ihtiyati tedbir isteminin reddine, aksi halde **takdiren 500.000 TL teminat veya kesin ve süresiz banka teminat mektubu ibraz edildiğinde davacı adına tescilli inceleme patent konusu usul kullanılarak yapılan üretimin tedbiren engellenmesine, bu usul ile üretilmiş ürünlere el konulmasına, satılmasının, dağıtılmasının veya başka şekilde ticaret hayatına çıkarılmasının tedbiren yasaklanmasına, davalının fabrikasında bulunan incelemeli patente konu usul ile üretim yapan tüm makine ve teçhizatın devrinin yasaklanmasına ve makinelerin mühürlenmesine** karar verilmiştir. Davalı tarafça süresiz banka teminat mektubu ibraz edilmesinin ardından, kararı ihtiyati tedbiristeyen vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mah-

keme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve mahkemece verilen tedbir kararının 556 sayılı KHK'nin 77/1-c maddesine uygun bir tedbir kararı mahiyetinde olmasına göre, ihtiyati tedbir isteyen vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir⁸⁷.

Hiç şüphesiz karara bağlanabilecek ihtiyati tedbir türleri, Kanun'da sayılanlarla sınırlı değildir⁸⁸. Nihai hukuki korumanın etkin bir şekilde sağlanması için ihtiyaç duyulan başka bir tür tedbir kararı da verilebilir. Örneğin, davalının zorunlu lisans hakkı sahibi olmak iddiası varsa, düzenleyici bir tedbir olarak taraflar arasında geçici bir lisans ilişkisi tesis edilebilir.

b. Talep

Mahkemece ihtiyati tedbire karar verilebilmesi, yukarıda zikredilen şartların yanında, ayrıca ilgili kimsenin bu yönde bir talebine ihtiyaç gösterir. Tarafın talebi olmaksızın mahkemenin kendiliğinden tedbir kararı vermesi mümkün değildir⁸⁹. Örneğin,

“Temyize konu talep, ihtiyati tedbir kararına yapılan itiraza ilişkindir. Davacı tarafça açılan genel kurul kararının iptali istemini içerir davada mahkemece davalı şirkete ait taşınmazın devri ve üzerinde aynı ve şahsi hakların devrinin önlenmesine yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Karara dayanak teşkil eden ve ihtiyati tedbir kararı verilmesine dair prosedürü düzenleyen H.M.K'nun 389 ve devamı maddeleri uyarınca, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi bu konuda talep bulunması şartına bağlı olup, somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde tedbir talebine dair bir açıklığın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, dava dilekçesi ve dosya içeriğinde davacı tarafça bu yönde bir talebin bulunmadığı değerlendirilmeksizin resen ihtiyati tedbir kararı verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.” (11. HD, 20.02.2012, 281/2244).

Patent hakkının ihlali sebebiyle açılan bir davada ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için de hiç şüphesiz ilgilinin talepte bulunması gerekir. Nitekim 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 159'uncu maddesinin birinci fıkrasında ihtiyati tedbirlerin “talep”

84 Herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, salt ilgilinin talebi üzerine bir idari kararla da gümrüklerde fikri hakları ihlal ettiği tespit edilen mallara el konulması mümkündür (Gümrük Kanunu m. 57/1). Ancak bunun bir ihtiyati tedbir türü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

85 Dolayısıyla karşı tarafın elinde olması şart değildir. Bir depoda veya taşımacıda olsa bile el konulabilmesi mümkündür. Bu yönde bkz. Saraç, s. 226.

86 Saraç, s. 225-226.

87 11. HD, 2.1.2013, E. 2012/17883, K. 2013/16, Tamer, Ahmet (2013), Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 77-78.

88 Tamer, s. 73; Saraç, s. 224.

89 Ansay, s. 197; Kuru, C. IV, s. 4325; Karafakih, s. 269; Deren-Yıldırım, s. 58; Yılmaz (2001), s. 872; Bilge/Önen, s. 373; Özbek, s. 810 vd.; Pekcanitez&Atalay&Özkes, s. 624; Erişir, s. 512.

edilebileceğinden söz etmektedir. Bu noktada önemli olan bir husus, tedbir talep eden kişinin, somut bir şekilde istediği tedbir türünü de göstermesi zorunluluğudur⁹⁰. Hiç şüphesiz ihlalin niteliğine göre tedbirin içeriği de değişecektir. Tazminat davası açılmış ise, tedbirin teminat gösterilmesi olması beklenir. İhlal eden davranışa henüz başlanmamış ama ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı iddiası ile müdahalenin önlenmesi istenmekteyse, tedbirin de tecavüz teşkil eden davranışın durdurulması şeklinde somutlaşması icap eder. Ayrıca durdurulması istenen davranışların da neler olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Karşı taraf, tedbir kararı verildiği takdirde, karara bakarak hangi davranışların yasaklandığını tespit edebilmelidir⁹¹.

c. Teminat

Geçici hukuki korumalar açısından, nitelikleri gereği, mahkemeler ancak yaklaşık ispat ölçüsü derecesinden bir ispat ile yetinerek karar vermek durumundadır. Ancak, hâkimde aranacak kanaatin derecesinin düşürülmesi, kaçınılmaz olarak geçici hukuki koruma talebinde bulunan kimsenin haksız çıkma ihtimalini de içerisinde barındırır⁹². Nihai hukuki koruma elde edilinceye kadar geçecek sürede, dava konusu açısından ortaya çıkma ihtimali bulunan tehlikenin giderilmesi önemlidir. Ancak netice itibarıyla nihai hukuki koruma talebinin haksız olduğu ortaya çıkarsa, karşı taraf açısından haksız bir sınırlama uygulanmış olur. İhtiyati tedbir açısından bu menfaat dengesini gözetken kanun koyucu, ihtiyati tedbir kararı verilmesidurumunda, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin, tedbir kararı sebebiyle uğrayabilecekleri zararları güvence altına almak amacıyla, teminat gösterilmesini zorunlu kılmıştır⁹³. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci maddesine göre; "İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır".

İhtiyati tedbir kararı verilmesi için teminat şartının aranması, esas itibarıyla mahkemeye erişim hakkının bir sınırlanmasıdır. Ancak Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'nin de içtihatlarında açıkça belirttiği üzere bu hak mutlak değildir⁹⁴. Meşru bir amaç ve orantılı bir araçla, hakkın özüne dokunulmaksızın mahkemeye erişim hakkının sınırlanması mümkündür. Kanun, teminat açısından haksız çıkılması durumunda karşı taraf ve üçüncü kişilerin bu sebeple uğrayacakları zararı güvence altına alma amacından söz etmektedir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, yaklaşık ispat ölçüsü ile yetinilmesi sebebiyle dava neticesinde haksız çıkma ihtimali mevcuttur. Tedbir talep edenin haksız çıkması durumunda, bu defa karşı tarafın söz konusu tedbir kararının içeriğine göre dava konusu kılınmış şey üzerinde gerçekleştirebileceği işlemler haksız olarak sınırlanmış olur ve bir zarar ortaya çıkabilir. Şu halde ihtiyati tedbir kararı için aranan teminat şartının meşru bir amacı olduğu şüphesizdir. Ancak, söz konusu teminat şartının aynı zamanda orantılı bir sınırlama da olması gerekir.

İhtiyati tedbir talep eden ile karşı taraf arasında menfaat dengesinin sağlanması açısından teminatın önemli olduğu yukarıda belirtildi. Yine bu menfaat dengesinin gerektirdiği hallerde teminat aranmaksızın da tedbir kararı verilmesi etkin hukuki koruma sağlamanın ve mahkemeye erişim hakkının bir gereğidir. Örneğin, haklılığı konusunda elinde resmi bir belge bulunan bir taraftan ihtiyati tedbir kararı için teminat istenmesi, mahkemeye erişim hakkının önünde orantısız bir sınırlama olur. Keza karşı tarafın veya üçüncü kişinin söz konusu tedbir kararı sebebiyle zarara uğrama ihtimalleri yoksa mahkeme tedbir kararı verirken teminat istemesi orantısız bir sınırlama teşkil eder. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci maddesi, bu düşünceye uygun olarak; "Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir". Hükmünü düzenlemiş ve teminat alınması konusunda hâkime takdir yetkisi vermiştir. Şu halde tedbir talep eden haklılığını,

- Resmi belgeye veya
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bir kesin deliledayandırmaktaysa

90 Tekinalp, s. 515; Saraç, s. 224.

91 Deren-Yıldırım, s. 85.

92 Yılmaz (2001), s. 908.

93 Kuru, s. 504; Pekcantez&Atalay &Özekes, s. 629; Yılmaz (2013), s. 1679.

94 Kararlar için bkz. Erdoğan, Ersin (2016), Medeni Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 145, dn. 632.

veya

- *Durum ve koşullar gerektirmekteyse,*

teminat aranmaksızın da tedbir kararı verilebilir. Tedbir kararı verilebilmesi için teminat aranmak suretiyle getirilen sınırlamanın, orantılı olabilmesi açısından söz konusu hüküm yerinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile de uyumludur. Örneğin, resmi bir belge veya kesin delile dayanmasa bile talepte bulunan açıkça haklı ise veya tedbir kararı sebebiyle karşı tarafın zarara uğrama tehlikesi yoksa teminat alınmaksızın da tedbire karar verilebilir⁹⁵. Yargıtay içtihatlarında da bu husus gözetilmektedir. Örneğin Yargıtay, talebin ilâma dayanması durumunda teminat istenemeyeceğine karar vermektedir.

“HMK’nun 392/1. maddesine göre talep resmi belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor, yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıklamak şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Sakarya 1. İdare Mahkemesinin ve Danıştay 6. Dairesinin onama ilamına dayanarak talepte bulunulduğundan HMK’nun 392/1. maddesi uyarınca davacının teminat gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır.” (14. HD, 13.10.2014, 6334/11071).

Yargıtay, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 48’inci maddesinden hareketle, tedbir talep eden yabancı ülke vatandaşları açısından karşılıklı bulunması halinde teminat alınamayacağını karara bağlamıştır.

“6100 sayılı HMK’nun 392/1 maddesinde ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmi belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor veya durum ve koşullar gerektiriyorsa mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un “Teminat” başlıklı 48/1 maddesinde “Türk Mahkemesi’nde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanı karşılamak üzere Mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır,” şeklinde

düzenleme getirilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise kuralın istisnası olup “Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklı esasına göre teminattan muaf tutar,» düzenlemesi getirilmiştir. Mevcut yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere davacının yabancılık sıfatına bağlı olan teminat gösterme zorunluluğu karşılıklı (mütekabiliyet) mevcut ise, teminattan muaf tutmak mecburiyetini gerektirmektedir. Burada mahkemenin takdir hakkı bulunmamaktadır. Türkiye ile davacının (veya davaya katılanın veya icra takibinde bulunanın) mensup olduğu Devlet arasında teminat konusunda karşılıklı bulunması halinde, teminat gösterme yükümlülüğü ortadan kalkar.” (8. HD, 13.05.2013, 6173/6983).

Yargıtay’ın söz konusu kararına katılmıyoruz. Zira yabancıların teminat yatırma zorunluluğunu (ve muafiyeti) düzenleyen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 48’inci maddesinin amacı, tıpkı Türk vatandaşları açısından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 84 ve devamı maddelerinde düzenlenen teminat yatırma zorunluluğunda olduğu gibi, Türkiye ile irtibatı bulunmayan veya zayıf olan kimsenin, davayı kaybetmesi ihtimaline karşılık karşı tarafın, bu dava sebebiyle ortaya çıkabilecek muhtemel zararlarını giderme konusunda, ona güvence sağlamaktır. Muafiyetler de bu amaca uygun olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Türkiyede taşınmaz bir mal bulunan kimseden teminat istenemez. Oysa bu hükmün ihtiyati tedbire uygulanma imkânı yoktur. Zira tedbir için istenen teminat ve istisnaları, tedbir talep edenin mal varlığından bağımsız olarak düzenlenmiştir⁹⁶. İhtiyati tedbirde olduğu gibi uygulanan tedbir kararının, neticede haksız çıkması sebebiyle, hem yargılama giderleri hem de tedbir sebebiyle ortaya çıkan diğer zararları temin amacı yoktur. Bu nedenle karşılıklı, tedbir talep eden kimseden teminat alınmamasının bir gerekçesi olamaz.

Mahkeme vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararına rağmen neden teminata ihtiyaç olmadığı gerekçesinde açıkça belirtmelidir⁹⁷. Bu noktada

96 Alman hukukunda teminat alınması açısından, haklılık ve tedbir sebebinin muhtemel gösterilmesi durumunda dahi istenebileceği, örneğin alacaklının iktisadi durumunun, haksız tedbir kararı sebebiyle açılan tazminat davasını karşılamayacağı anlaşılırsa teminat alınabileceği savunulmaktadır. Bkz. BeckOK ZPO&Mayer, ZPO § 921, Rn. 3

97 Ancak bazı kararlarda bu hususa riayet edilmediği öğretilmektedir. Bkz. Umar, s. 1106.

mahkemenin takdir hakkının keyfi olarak kullanılmadığı vurgulanmalıdır. Örneğin,

“Mahkemece, HMK'nun 392.maddesine göre alacağı amme alacağı olduğu gözetilerek uygun miktarda teminat alınması, tedbir kararının teminatsız verilmesinin talep edildiği hallerde ise teminat alınmama gerekçesinin kararda açıkça belirtilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile teminat alınmadan ihtiyati tedbir kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (21. HD, 06.03.2013, 3045/4079).

Teminatın şekli ve miktarına mahkemece karar verilir. Örneğin,

“Somut olayda, ödeme emrine konu Kurum alacağı 6183 sayılı Kanun kapsamında amme alacağı niteliğinde olup, imtiyazlı olacaktır. Mahkemece, HMK'nun 392.maddesine göre alacağın amme alacağı olduğu gözetilerek uygun miktarda teminat alınması, tedbir kararının teminatsız verilmesinin talep edildiği hallerde ise teminat alınmama gerekçesinin kararda açıkça belirtilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile teminat alınmadan ihtiyati tedbir kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (21. HD, 06.03.2013, 3045/4079).

Ancak her halükarda mahkemeye erişim hakkının orantısız sınırlanması olmayacak bir miktar belirlenmelidir⁹⁸.

Patent hakkının ihlali sebebiyle açılan davalar açısından da, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümleri, sınai mülkiyete konu haklarla ilgili uyumsuzluklarda da uygulanır. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 392'nci maddesinde öngörülen teminat şartı, bu uyumsuzluklarda da aranmalıdır. Özellikle patent haklarına ilişkin yukarıda belirtilen özellikler dikkate alındığında, karşı tarafında da menfaatinin gözetilmesi ve tedbir kararı sebebiyle ciddi zarar görme tehlikesi nedeniyle, kural olarak teminat istenmelidir. Örneğin Yargıtay kararına konu bir olayda, mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde haksız olduğu anlaşılan ihtiyati tedbir kararı kaldırılmasına rağmen, davalı geçen sürede çok ciddi zararlara uğradığını belirterek 500.000 lira tazminat talep etmiştir⁹⁹.

V. SONUÇ

Yukarıda ihtiyati tedbir kurumuna ilişkin açıklamalardan hareketle somut mesele hakkında şu sonuçlara varılmıştır:

1. Patent isteme hakkı ve patent hakkına dayalı olarak açılan davalarda da geçici hukuki koruma kararlarına, özel olarak ihtiyati tedbir kararlarına ihtiyaç duyulabilir. Ancak bu tür uyumsuzluklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine istisnai olarak başvurulmalıdır.

2. Patent isteme hakkı ve patent hakkı, nitelikleri gereği soyuttur. Bu sebeple mevcudiyeti ve ihlal edildiği vakıasının tespiti detaylı bir incelemeyi gerektirir. Dolayısıyla, tedbir talep edenin haksız çıkma ihtimali de hep yüksektir. O nedenle, hem hakkın mevcudiyeti hem de tedbir sebebine ilişkin olarak ispat ölçüsünün, diğer haklara yönelik geçici hukuki koruma tedbiri kararı verilmesi için aranan ispat ölçüsünden daha yüksek tutulması gerekir. Patent hakkına dayalı davalarda ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için, hakkın ve ihlalin varlığının o derece açık olmasını aramakta ki neticede asıl davanın kaybedilmesi beklenmemelidir.

3. Buluş sahibinin, gerçekte hak sahibi olmadığı halde patent başvurusunda bulunana karşı açmış olduğu davada, başvuru işlemlerinin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı açısından ise, ispat ölçüsünün ihtiyati tedbirlere ilişkin genel kurala tabi olması gerekir.

4. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi, ayrıca bir ihtiyati tedbir sebebinin bulunmasına bağlıdır. Asıl yargılamanın neticesinde ortaya çıkacak hükmün icrası suretiyle hakkın yerine getirilmesinin imkânsızlaşabileceği veya çok zorlaşabileceği objektif olarak ortaya konulmalıdır.

5. Ayrıca mevcut durumda meydana gelebilecek değişiklik sebebiyle bir tehlikenin mevcut olduğu, tıpkı hakkın mevcudiyetinde olduğu gibi yaklaşık ispat ölçüsü çerçevesinde ortaya konulmalıdır.

6. Sadece karşı tarafın iktisadi durumunun kötü olması veya kötüleşme tehlikesinin bulunması bir tedbir sebebi değildir. Ancak, tedbir kararı verilmediği takdirde, tedbir talep edenin zaruret haline düşecek olması bir tedbir sebebidir.

98 Konuralp, Cengiz Serhat (2013), '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirlere', İÜHF, Cilt:LXXI, Sayı:2, s. 225-274, 238.

99 11. HD, 13.6.2016, E. 2015/8505, K. 2016/6549, <<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/GelismisDokumanAraServet/>>, s.e.t. 3.5.2017.

7. İhtiyati tedbir kararı verilmesi için mevcut bir zarar aranmaz. Zarar tehlikesinin bulunması da yeterlidir.

8. İhtiyati tedbir sebebinin mevcudiyeti değerlendirilirken taraflar arasındaki menfaat dengesi de orantılılık ilkesi çerçevesinde gözetilmelidir. Bu bağlamda, tarafın ihtiyaç duyduğu koruma, asıl davanın başarı şansı ve ihlal iddiasına ilişkin kusurun derecesi ölçüt olarak kullanılmalıdır.

9. İhtiyati tedbir kural olarak para dışındaki taleplere ilişkin olarak ve uyumsuzluk konusu hakkında verilir. Ancak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 159'uncu maddesinin ikinci fıkrasının c bendinde, zararın tazmini bakımından teminat verilmesine ilişkin düzenleme ile, bir para alacağına ilişkin de istisnai olarak tedbir kararı verilmesi öngörülmüştür.

10. Patent hakkının ihlali sebebiyle açılan bir davada, ihlal teşkil eden davranışın önlenmesi ve durdurulmasına ilişkin tedbir kararı, dava konusu ile ilgilidir. Ancak bu tür bir karar ile esasında nihai hukuki korumanın konusu talep, geçici olarak ihtiyati tedbir kararıyla kısmen veya tamamen karşılanmaktadır. Bu durumda söz konusu olan eda amaçlı bir ihtiyati tedbir kararıdır ve caizdir.

11. Ayrıca Kanun'da her üç bentte düzenlenen tedbirlerin, tek bir kararla da verilebilmesi mümkündür.

12. Karara bağlanabilecek ihtiyati tedbir türleri, Kanun'da sayılanlarla sınırlı değildir. Nihai hukuki korumanın etkin bir şekilde sağlanması için ihtiyaç duyulan başka bir tür tedbir kararı da verilebilir.

13. Patent hakkının ihlali sebebiyle açılan bir davada ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için ilgilinin açıkça talepte bulunması gerekir.

14. Patent haklarına ilişkin yukarıda belirtilen özellikler dikkate alındığında, karşı tarafında da menfaatinin gözetilmesi ve tedbir kararı sebebiyle ciddi zarar görme tehlikesi nedeniyle, kural olarak tedbir talep eden kimseden teminat istenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Ansay**, Sabri Şakir (1960) Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası.
- Arkan**, Sabih (1998), Marka Hukuku, Cilt:2, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Arslan**, Ramazan&Yılmaz, Ejder&Taşpınar-Ayvaz, Sema (2016) Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Beck'scher Online Kommentar ZPO** (2017), München, C.H. Beck, (BeckOK& Yazar ZPO § X, Rn. Y).
- Bilge**, Necip & Önen, Ergun (1978) Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Bozkurt Yüksel**, A. Ebru (2009), Patent Uyuzmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Brinks**, Henry L.&Fritze, Ulrich (1987) 'Einstweilige Verfügungen in Patentverletzungssachen in den USA und Deutschland', GRUR Int.
- Cooter**, Robert&Ulen, Thomas (2012) Law&Economics, Boston.
- Deren-Yıldırım, Nevhis** (2002), Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul, Alkim Yayınevi.
- Erdoğan**, Ersin (2016), Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Erişir**, Evrim (2013), Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Güneş**, İlhami (2016), Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Harte-Bavendamm**, Henning&Henning-Bodewig, Frauke (2016), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, C.H.. Beck (Harte&Hennin&Yazar, UWG Kap. X).
- Hirsch**, Ernst (1948), Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, Ar Basımevi.
- Holzapfel**, Henrik (2003), 'Zum einstweiligen Rechtsschutz im Wettbewerbs- und Patentrecht', GRUR.
- Karafakih, İsmail Hakkı (1952), Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Karahan**, Sami&Suluk, Cahit&Saraç, Tahir&Nal, Temel (2015), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Konuralp**, Cengiz Serhat (2013), '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirler', İÜHFM, Cilt:LXXI, Sayı:2, s. 225-274.
- Kuru**, Baki (2001), Hukuk Muhakemeleri Usûlü, 6. Baskı, Cilt: VI, İstanbul, Demir-Demir Yayınevi.
- Kuru**, Baki (2016), Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Meier-Beck**, Peter (1988), 'Die einstweilige Verfügung wegen Verletzung von Patent- und Gebrauchsmusterrechten', GRUR.
- Meran**, Necati (2015), Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Mes**, Peter (2015), Patentgesetz Bebrauchsmustergesetz, München, C.H. Beck.
- Musielak**, Hans-Joachim&Voit, Wolfgang (2017), München, Franz Vahlen (Musielak ZPO &Yazar ZPO § X Rn. Y).
- Münchener Kommentar zur ZPO** (2003), München, C.H. Beck (MüKo&Yazar, ZPO § X, Rn. Y).
- Noyan**, Erdal (2015), Patent Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Osterrieth**, Christian (2015), Patentrecht, München, C.H. Beck.
- Özbek**, Mustafa Serdar (2013), Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Özkes**, Muhammet (2002), 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir', DEÜHFD, Cilt:4 Sayı:2, s. 89-138.

Özekes, Muhammet (2017), PekcanitezUsûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt: 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Pekcanitez, Hakan&Atalay, Oğuz&Özekes, Muhammet (2016), Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İlhan (1975), Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Saenger, Ingo (2017), Zivilprozessordnung Handkommentar, Münster, Nomos (Hk-ZPO/Yazar, § X, Rn. Y).

Saraç,Tahir (2003), Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Sayhan, İsmet (2005), 'Patent Haklarının Kazanılması Bakımından Tescilin Etkisi', FMR, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 117-148, 143-146.

Stein, Friedrich&Jonas, Martin (2012), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mohr Siebeck (Stein&Jonas&Grunsky, § X, Rn. Y).

Suluk, Cahit (2001), Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, Ankara, Yargı Yayınevi.

Suluk, Cahit&Orhan, Ali (2008), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt: 3, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Şehirali, Feyzan H. (1998), Patent Hakkının Korunması, Ankara, Turhan Kitabevi.

Tamer, Ahmet (2013), Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Ankara, Bilge Yayınevi.

Tanrıver, Süha (1996), İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tunç-Yücel, Müjgan (2003), 'Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler', Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, s. 417-429.

Umar, Bilge (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Utku, Doruk (2009), Sınai Hakların Rehni, Ankara, Yetkin Yayınları.

Üstündağ, Saim (1981) İhtiyati Tedbirler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Üstündağ, Saim (1997) Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, Alfa Yayınevi.

Yasaman, Hamdi&Yüksel, Sinan (2004), Marka Hukuku – 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt: 2, İstanbul, Vedat Yayıncılık.

Yılmaz, Ejder (2001), Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Ejder (2013), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınları.

**DER RÜCKZUG VON DER BÖRSE (DELISTING)
– EINE SCHILDERUNG DER PROBLEMATIK ANHAND DES DEUTSCHEN RECHTS***

DELISTING UNDER GERMAN LAW

Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD**

ZUSAMMENFASSUNG

Der Rückzug von der Börse erfolgt meist auf Antrag des Emittenten. Dieser handelt im Regelfall in Absprache mit dem Mehrheitsaktionär. Nach der deutschen Regelung ist den Minderheitsaktionären im Falle eines solchen Rückzugs von der Börse zwingend die Möglichkeit einzuräumen, ihre Aktien auf eine Person (meist den Mehrheitsaktionär) gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung zu übertragen. Der Beitrag untersucht die Frage, ob diese Regelung zweckmäßig ist.

Schlüsselwörter: Rückzug von der Börse

ABSTRACT

Delisting normally follows a corresponding application of a company. The management of that company is backed by the majority shareholder. German law requires the possibility for the minority shareholders to sell their stock to a person, usually the majority shareholder, for a fair price. The following article tries to find out whether this rule is appropriate.

Keywords: Delisting, German Law

* Dieser Aufsatz wurde am 26. Mai 2017 auf dem III. Internationalen Symposium zum Handelsrecht vorgetragen.

** Universität zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, (barbara.grunewald@uni-koeln.de).
(Geliş Tarihi: 28.04.2017 / Kabul Tarihi: 06.09.2017)

I. BEGRIFFSBESTIMMUNG/ARTEN DES DELISTING

Unter Delisting versteht man den Rückzug einer börsennotierten Aktiengesellschaft von dem regulierten Markt einer Börse.

Man unterscheidet das reguläre Delisting von dem Zwangsdelisting. Unter einem regulären Delisting versteht man den Widerruf der Zulassung der Aktien der Gesellschaft zum Börsenhandel durch die Geschäftsführung der Börse auf Antrag der Gesellschaft.

Unter Zwangsdelisting versteht man den Widerruf der Zulassung der Aktien der Gesellschaft zum Börsenhandel ohne Antrag der Gesellschaft, also auf Initiative der Geschäftsführung der Börse.

Hinzu tritt das sogenannte kalte Delisting. Hierunter versteht man Umstrukturierungen der Aktiengesellschaft auf gesellschaftsvertraglicher Basis, die zur Folge haben, dass die Voraussetzungen für die Zulassung zum regulierten Markt entfallen. Hierzu zählt etwa die Verschmelzung einer börsennotierten Gesellschaft auf eine nichtnotierte.

II. GRÜNDE FÜR EIN DELISTING

A. GRÜNDE FÜR EIN REGULÄRES DELISTING

Für ein Delisting können ganz unterschiedliche Gründe sprechen. Meist geht es darum, dass sich die mit dem Listing verbundenen Kosten (etwa Ausgaben für Kurspflegemaßnahmen, Erstellung von Geschäfts- und Zwischenberichten, Kosten für die Vorkehrungen zur Sicherstellung der Befolgung der Regeln der ad-hoc-Publizität und des Directors Dealings) nicht mehr rentabel sind. In manchen Fällen, insbesondere bei den Kursen, die unter den Wert der Gesellschaft liegen, erleichtert die Börsennotierung zudem eine feindliche Übernahme, da über die Börse ein anonymer und unter Umständen kostengünstiger Aufkauf von Aktien möglich ist. Auch kommt es vor, dass im Konzern nur die Muttergesellschaft börsennotiert sein soll und die Tochtergesellschaft deshalb „von der Börse genommen wird“.

B. GRÜNDE FÜR EIN ZWANGSDELISTING

Ein Zwangsdelisting kann erfolgen, wenn ein ordnungsgemäßer Börsenhandel auf Dauer nicht mehr gewährleistet ist und die Geschäftsführung

die Notierung im regulierten Markt eingestellt hat oder die Gesellschaft ihren Pflichten aus der Zulassung zum regulierten Markt auch nach einer angemessenen Frist nicht nachgekommen ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn in den Aktien nur noch sporadisch gehandelt wird, etwa weil die meisten Aktien in einer Hand liegen oder auch, weil in Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Emittenten die Aktien wertlos geworden sind.

C. GRÜNDE FÜR EIN KALTES DELISTING

Die Gründe für ein kaltes Delisting beruhen regelmäßig auf der jeweiligen Strukturmaßnahme. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass eine solche Strukturmaßnahme nur vorgeschoben wird, um auf bequeme Weise ein Delisting zu vermeiden.

III. DIE IN DEUTSCHLAND GELTENDE GESETZLICHE REGELUNG

A. DAS REGULÄRE DELISTING

1. Geschuldete Abfindung

Erfolgt das Delisting auf Antrag der Gesellschaft, fragt es sich, ob die Aktionäre durch einen entsprechenden Antrag des Vorstands der Gesellschaft einen Nachteil erleiden, vor dem sie die Rechtsordnung schützen sollte. Klar ist, dass es sich insoweit nur um die Minderheitsaktionäre handeln kann. Denn ohne Rückendeckung durch den Mehrheitsaktionär wird der Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht handeln. Damit liegt zugleich auf der Hand, dass ein Schutz der Aktionäre durch die Etablierung eines Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung der Gesellschaft nicht effizient ist¹.

Unter den Ökonomen ist noch nicht abschließend geklärt, ob ein Delisting zu finanziellen Nachteilen bei den Minderheitsaktionären führt². Zwar werden nach Ankündigung eines Delistings Kurzabschlüsse registriert, aber diese sind wohl meist eher gering. Sie könnten zudem auch darauf beruhen,

1 **Bayer**, Walter (2015) 'Delisting: Korrektur der Frosta-Rechtsprechung durch den Gesetzgeber', Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 1173; **Gegler**, Felix (2016) 'Die Neuregelung des Delistings – Angemessener Aktionärschutz oder „Dolchstoß“?', Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, s. 274 f.

2 Bejahend **Bayer**, s. 1172; **Gegler**, s. 273; zurückhaltend **Walter**, Andreas/**Thomale**, Chris (2016) 'Delisting als Regulierungsaufgabe', Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, s. 721 f.

dass institutionelle Investoren nur börsennotierte Papiere erwerben. Sie könnten aber auch darauf beruhen, dass das Delisting Konsequenz einer zuvor bereits eingetretenen unternehmerischen Fehlentwicklung ist.

Der deutsche Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass Kleinaktionäre durch ein Delisting finanzielle Nachteile erleiden, falls nach dem Delisting die Aktie an keiner Börse mit vergleichbarem Standard mehr gehandelt wird. Daher bestimmt § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BörsG, dass ein Widerruf der Börsenzulassung auf Antrag der Gesellschaft nur zulässig ist, wenn dem Antrag ein Angebot gerichtet auf den Erwerb der betroffenen Aktien beigefügt ist. Der von dem Bieter anzubietende Preis richtet sich nach dem durchschnittlichen inländischen Börsenkurs der Aktien während der letzten sechs Monate vor der Veröffentlichung. Sollte der Bieter innerhalb dieser sechs Monate Aktien zu einem höheren Preis erworben haben, ist dieser Preis maßgeblich³. Dieses Angebot wird von der Finanzaufsicht daraufhin überprüft, ob die an die Aktionäre zu zahlende Summe nicht offensichtlich unangemessen bzw. der maßgebliche Börsenkurs unzutreffend berechnet ist⁴. Der Bieter, regelmäßig der Mehrheitsaktionär, hat es folglich in der Hand, einen Zeitpunkt für das Delisting zu wählen, zu dem der Aktienkurs – und damit die anzubietende Abfindung – eher niedrig ist⁵. Das ist für die Minderheitsaktionäre naturgemäß wenig günstig, ist aber in Anbetracht der Tatsache, dass sich die Kursverluste bei einem Delisting, wie geschildert, meist in Grenzen halten, akzeptabel.

Die Interessen der Minderheitsaktionäre werden zudem durch weitere Regeln geschützt. Der Börsenkurs ist dann nicht relevant, wenn er auf Grund geringer Handelsvolumina und erheblicher Kurs sprünge nicht aussagekräftig ist. Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft innerhalb der maßgeblichen 6-Monats-Frist insiderrechtliche Vorschriften missachtet hat oder der Bieter bzw. die Gesellschaft gegen das Verbot der Marktmanipulation verstoßen hat. Dann kann sich der Bieter – sofern der Verstoß nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf den Börsenkurs hatte – nicht auf den 6-Monats-Durchschnittskurs berufen. Vielmehr muss dann eine Unternehmens-

bewertung durchgeführt werden – was die Kosten des Delistings schwer berechenbar macht.

2. Rechtsschutz

Betroffene Minderheitsaktionäre haben zum einen die Möglichkeit, gegen das Delisting als solches im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzugehen⁶. Meist wird es ihm aber nur darum gehen, die Höhe der Abfindung einer Überprüfung zu unterziehen. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass das Delisting als solches nicht mit dem Argument angegriffen werden kann, die angebotene Abfindung sei zu gering (§ 39 Abs. 6 BörsG). Der Aktionär muss, wenn er die Abfindung für zu gering hält, den Zivilrechtsweg beschreiten und Klage auf Auszahlung der seiner Meinung nach geschuldeten (aber nicht angebotenen) Abfindung erheben.

B. DAS ZWANGSDELISTING

Der Rechtsschutz gegen das Zwangsdelisting gestaltet sich deutlich einfacher. Da keine Abfindung geschuldet ist (es gibt ja keine Privatperson, die das Delisting betreibt), geht es allein um den Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Börse. Diese Entscheidung kann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüft werden.

IV. BEWERTUNG

Die deutsche Regelung geht davon aus, dass durch den Rückzug der Gesellschaft von der Börse Minderheitsaktionäre finanzielle Nachteile erleiden können. Dies ist zwar nicht abschließend belegt, es sprechen aber immerhin gute Gründe dafür.

Legt man diese Annahme zu Grunde, so überzeugt es, den Minderheitsaktionären einen finanziellen Ausgleich für den Verlust der Handelbarkeit ihrer Aktien an einer Börse anzubieten. Da aber nicht abschließend geklärt ist, ob dieser finanzielle Nachteil wirklich besteht, wäre es meines Erachtens zweckmäßiger gewesen, einen solchen Ausgleich nicht zwingend vorzuschreiben sondern der Entscheidung der Gesellschaft zu überlassen. Dies kann auf zwei Arten geschehen. Entweder eröffnet man der Aktiengesellschaft die Möglichkeit, in der Sat-

3 Details bei **Bayer**, s. 1174.

4 Details bei **Bayer**, s. 1177.

5 Siehe den Hinweis bei **Gegler**, s. 277.

6 Siehe **Gegler**, s. 278.

zung selber festzulegen, ob im Falle eines Delistings ein Ausgleich geschuldet sein soll. Es wäre aber auch denkbar, den Börsen die Möglichkeit zu eröffnen, unterschiedliche Regelungen für den Fall des Delistings vorzusehen. Auch dann hätten die Aktionäre die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, in welche Gesellschaft sie investieren wollen⁷.

Verfolgt man demgegenüber den Regelungsansatz des deutschen Gesetzgebers (zwingender Ausgleich für die Minderheitsaktionäre), muss eine praktikable Form der Berechnung der geschuldeten Summe gefunden werden, um endlose Streitigkeiten zu vermeiden. Würde nur eine Zahlung in Höhe des Wertverlustes der Aktie durch das Delisting geschuldet⁸, könnte dieses Ziel nicht erreicht werden, da nur schwer gesagt werden kann, um wieviel eine Aktie an Wert verliert, wenn sie nicht mehr im regulierten Markt der Börse gehandelt werden kann. Dies spricht dafür, der Regelung des deutschen Gesetzgebers zu folgen. Der Aktionär überträgt dann seine Aktie auf den Bieter und erhält die gut berechenbare Abfindung für den Verlust seiner Aktionärsstellung.

Die im deutschen Gesetz vorgesehenen Ausnahmen von dieser einfachen Berechnungsmethode (keine Aussagefähigkeit des Börsenkurses, Verstoß gegen insiderrechtliche Vorschriften, Marktmanipulation) sind unvermeidbar⁹. In diesen Fällen muss in der Tat also Unternehmensbewertung erfolgen. Immerhin ist sichergestellt, dass auch in diesen Fällen der Streit um die geschuldete Abfindung die Durchführung des Delisting nicht blockiert, da dieser Konflikt in einem gesonderten Verfahren ausgetragen wird.

LITERATURVERZEICHNIS

Bayer, Walter (2015) 'Delisting: Korrektur der Frosta-Rechtsprechung durch den Gesetzgeber', Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, s. 1169 ff.

Gegler, Felix (2016) 'Die Neuregelung des Delistings – Angemessener Aktionärschutz oder „Dolchstoß“?', Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, s. 273 ff.

Morell, Alexander (2017) 'Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit im neuen Recht des Delistings', Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 217, s. 61 ff.

Walter, Andreas/**Thomale** Chris (2016) 'Delisting als Regulierungsaufgabe', Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, s. 679 ff.

⁷ Siehe **Thomale/Walter**, s. 724, die für einen Wettbewerb der Börsenordnungen plädieren.

⁸ Siehe den Vorschlag von **Gegler**, s. 276.

⁹ Weitere Ausnahmen, kombiniert mit einer Generalklausel, schlägt **Morell**, Alexander (2017) 'Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit im neuen Recht des Delistings', Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 217, s. 79 ff. vor.

TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNDE TİCARİ İŞLETMEYİ İŞLETENİN ÖNCEKİ BORÇLARDAN SORUMLULUĞU

LIABILITY OF THE ENTREPRENEUR FOR THE DEBTS OF THE INDIVIDUAL ENTERPRISE IN CASE OF ITS TRANSFORMATION INTO A COMMERCIAL CORPORATION

Dr. Elif Cemre HAZIROĞLU*

ÖZET

TTK md. 194/2, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmek üzere tür değiştirebileceğini öngörmekte ve bu halde TTK'nın ticaret şirketlerinin tür değiştirmesine ilişkin olarak sevk etmiş olduğu md. 182-193 hükümlerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır. TTK'nın tür değiştirme hükümleri, hukuki biçimi değiştirilen şirketin aynı tüzel kişi olarak kesintiye uğramaksızın devam etmesini hedeflemektedir. Dolayısıyla cüz'i veya külli halefiyet ilkeleri uyarınca malvarlığı ve/veya işletmenin başka bir hukuk özesine devrine ihtiyaç göstermeyen "biçim değiştirici tür değiştirme" modeli temel alınarak düzenlenmiştir. Ticari işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmaması, bu modelin ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine kıyasen de olsa uygulanabilirliğinin sorgulanmasına neden olabilmektedir. Öte yandan, anılan sorun, İsviçre hukukunda tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine biçim değiştirici tür değiştirme modeline uygun olarak dönüşmesini açıklamaya hizmet eden hukuki fiksiyon ile aşılabilir. Böylece, kanun koyucunun iradesine uygun olarak, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde de işletmesini dönüştüren tacirin sorumluluk rejimi, TTK md. 194/2 hükmünün atf yaptığı tür değiştirme hükümleri arasında yer alan TTK md. 158 düzenlemesine göre belirlenebilecektir. Anılan hüküm, TBK md. 202 hükmünden farklı olarak, sorumluluğu bir yıl daha uzatmakta, öte yandan, müteselsil sorumluluk yerine önceki sorumluluğun devamını öngörmektedir. Sorumluluğun kapsamına ilişkin bu farklılık, ticari işletmeyi işleten tacir işletmenin borçlarından her halükârda tüm malvarlığı ile sorumlu olduğundan, ticari işletmeyi işleten bakımından bir avantaj yaratmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: ticari işletme, ticaret şirketi, ticari işletmenin devri, devredici tür değiştirme, biçim değiştirici tür değiştirme, külli halefiyet, ekonomik özdeşlik, hukuki özdeşlik.

ABSTRACT

Art. 194/2 of Turkish Commercial Code (TCC) foresees that an individual enterprise may be transformed into a commercial corporation, and determines that TCC articles for transformation (Art.182-193 TCC) would be applied to the procedure by analogy. These articles are designed on the basis of "type-changing transformation" model that aims the continuity of the legal personality of the corporation that transform, therefore a transfer of assets and liabilities would not be required. However, the fact that an individual enterprise does not have a legal personality may give rise several problems regarding the applicability of the relevant TCC rules, even by analogy, to the enterprise's transformation. These problems may be solved through utilization of a fictio, which is recognized in Swiss law to explain the transformation of partnerships (which do not have legal personality) into stock corporations in accordance with the rules of type-changing transformation model. By this way, the liability regime for the individual entrepreneur who transforms his individual enterprise may be subject to Art. 158 TCC, which is among the articles that Art. 194/2 refers to. According to the said article, the time period for the liability is extended by one year in comparison to the regulation of Art. 202 of Turkish Law of Obligations. On the other hand, it provides for an extended liability, whereas the latter prescribes joint liability. This difference with regard to the scope of liability may not be regarded as an advantage for the individual entrepreneur who transforms his enterprise into a commercial corporation, since, in any event, he would be liable for the enterprise's debts with his entire property.

Keywords: individual enterprise, commercial corporation, transfer of individual enterprise, transferring transformation, type-changing transformation, universal succession, economic identity, legal identity.

* İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (haziroglu@bilkent.edu.tr). (Geliş Tarihi: 19.07.2017 / Kabul Tarihi: 24.07.2017)

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 194. maddesinin ikinci fıkrası, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine cevaz vermekte ve bu halde TTK'nın, ticaret şirketlerinin tür değiştirmesine ilişkin md. 182-193. maddelerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Anılan hükümler, tüzel kişiliği ve bazıları organları haiz ticaret şirketlerinin bir başka ticaret şirketine dönüşmesi esasına dayalı olarak sevk edildiğinden, hükümlerin ticari işletmenin tür değiştirmesine kıyasen uygulamasının ne şekilde gerçekleşeceği yoruma muhtaç görünmektedir. Diğer yandan, ticari işletmenin bir bütün halinde hukuki işlemlere konu olması hususuna ilişkin düzenlemeler yapan TTK md. 11/3 hükmünün, ticari işletmenin tür değiştirmesi sürecinde bir etkinliği olup olmayacağını da tartışılması gerekmektedir.

TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan md. 190 hükmünde, ticaret şirketlerinin birleşmesinde, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra devamına ilişkin TTK md. 158 hükmüne atıf yapılmaktadır. Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde TTK md. 11/3 hükmünün uygulama alanı bulacağına kabulü halinde, ticari işletmenin bir bütün halinde devrinde, devredeni devir öncesi borçlardan sorumluluğu için başvurulana 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 202. madde hükmünün de değerlendirmeye alınması gerekecektir. Dolayısıyla, ticari işletmenin tür değiştirmesinde uygulanacak hükümlerin tespiti, TTK md. 158 ve TBK md. 202 hükümlerinin hangisinde öngörülen sorumluluk rejiminin ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacire uygulanacağını belirlenmesine de hizmet edecektir.

Bu çalışmada, yukarıda anılan hususlara ilişkin olarak bir inceleme ve değerlendirme yapılması hedeflenmektedir. Anılan amaç doğrultusunda, öncelikle tür değiştirmenin ne anlama geldiği ve kendi içindeki alt türleri kısaca açıklanarak, TTK'nın söz konusu alt türlerden hangisini tercih ettiği hususunun tespitine çalışılacaktır. Ardından, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebilmesinin, TTK'nın tür değiştirmenin hükümleri açısından benimsediği sistemle uyumlu olup olmadığı tartışmasıyla birlikte, bu "tür değiştirme"ye uygulanacak hükümlerin belirlenmesine çaba gösterilecektir. Bahsi geçen

çalışmaların sonucunda, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren işletenin¹, tür değiştirme öncesinde doğan borçlardan sorumluluğuna ilişkin ilkelerin saptanması ve değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

I. TÜR DEĞİŞTİRME

A. TANIM

Tür değiştirme, bir ticaret şirketinin tasfiye edilmeksizin, mevcut ekonomik durumunu koruyarak, aynı veya temelde aynı ortaklarla, mevcut hukuki biçiminden başka bir hukuki biçime geçirilmesini ifade etmektedir². Anılan sonuç, mevcut şirketin tasfiye edilmesi, aynı veya temelde aynı ortakların katılımıyla, arzu edilen hukuki biçimde yeni bir şirketin kurulması ve tasfiye olunan şirketin tasfiye sonu malvarlığı ya da işletmesinin, her bir unsur için ilgili taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrı ayrı gerçekleştirilerek (cüz'i halefiyet) yeni şirkete aktarılması ile sağlanabilecektir³. Öte yandan, bahis konusu yöntemin, oldukça zahmetli ve masraflı olduğu; malvarlığı ya da işletmenin bütünlüğüne bağlı olarak oluşan ekonomik değeri yok etme riskini taşıdığı ortadadır⁴. Bu nedenle, kanunlarda, süreci kolaylaştırıcı özel hükümlerin sevk edilmesi suretiyle tür değiştirme ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, tür değiştirmenin, malvarlığı devrini içerip içermemesine göre devredici ve biçim değiştirici tür değiştirme olarak iki ana grupta incelenebilir.

B. TÜRLER

1. Devredici Tür Değiştirme

Devredici tür değiştirmede, hukuki biçimi değiştirilecek şirket, tasfiye edilmeksizin feshedilir; feshedilen şirketin malvarlığı ve/veya işletmesi, aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak, istenilen hukuki

1 Ticari işletme, özel bir malvarlığı olarak değerlendirilmediğinden (bu ve aksi yöndeki görüşler için bkz. dn. 40), işletmeyi işleten tacirin kişisel malvarlığından ayrıştırılması mümkün değildir. Bu nedenle tacir, işletme borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur. Bahsi geçen durumun bir sonucu olarak, esasen işletmeyi işleten tacirin, "ticari işletmenin sahibi" olarak anılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Öte yandan, TTK md. 12/1 ve md. 16/1, tacir sıfatını mülkiyet esasına yerine, ticari işletmeyi işletme olgusuna göre tanımladığından, çalışmada "ticari işletmenin sahibi" yerine, "ticari işletmeyi işleten" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

2 **Türk**, Hikmet Sami (1985) "Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları" Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, s. 151; **Tekinalp**, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 745; **Pulaşlı**, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 267.

3 **Türk**, s. 146; **Pulaşlı**, s. 271.

4 **Türk**, s. 147; **Bahtiyar**, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 70.

biçimdeki yeni şirkete geçer⁵. Tasfiyesiz fesih ve bir hukuk öznesine ait hak ve borçların külli halefiyet ilkesi uyarınca başka bir hukuk öznesine geçmesi, ancak bu istisnai durumun bir kanun hükmü ile öngörülmesi halinde gerçekleşebilecektir⁶. Anılan durumu öngören bir kanun hükmü, tür değiştirme sürecinde büyük kolaylık sağlamakla birlikte, ilk şirket ortadan kalktığından ve yerine yeni bir şirket kurulduğundan, önceki ve sonraki şirketler arasında hukuki özdeşlikten söz etmek mümkün değildir⁷. Diğer taraftan, yeni şirket, aynı ortaklar tarafından kurulduğundan ve ilk şirketin malvarlığı ve/veya işletmesi yeni ortaklığa geçtiğinden, iki şirket arasında ekonomik bir özdeşlikten bahsedilebilmektedir⁸.

2. Biçim Değiştirici Tür Değiştirme

Biçim değiştirici tür değiştirmede ise, tür değiştirecek şirket fesih ve tasfiye edilmediği gibi, onun yerine yeni bir şirket de kurulmamaktadır. Tür değiştirme, istenen yeni hukuki biçime ilişkin kuruluş koşulları bir şirket sözleşmesi değişikliğiyle yerine getirilmek ve şirketin yapısında yeni biçimin gerektirdiği düzenlemeler yapılmak suretiyle gerçekleştirilir⁹. Böylece hukuki biçimi değiştirilen şirketin, aynı ortaklarla aynı tüzel kişi olarak kesintiye uğramaksızın devam etmesi sonucunda, devredici tür değiştirme yoluyla da elde edilmesi mümkün olan ekonomik özdeşliğin yanı sıra, hukuki özdeşlik de sağlanmış olur. Hukuk öznesi değiştirilmediğinden, cüz'i veya külli halefiyetle malvarlığı ve/veya işletmenin başka bir hukuk öznesine devrine de ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰. Öte yandan, anılan şekilde bir tür değiştirme de, ancak kanunda bu doğrultuda hükümlerin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilecektir.

C. TTK'NIN TERCİHİ

TTK'nın 180. maddesi, bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceğini, yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olduğunu hükme bağlamaktadır. Anılan madde hükmünden, TTK'nın tür değiştirme düzenlemesini, biçim değiştirici tür de-

ğiştirmeyi temel alarak gerçekleştirmiş olduğudur. Tür değiştirmeye ilişkin diğer maddeler ise, kanun koyucunun tür değiştirmeyi esas itibariyle ticaret şirketleri açısından öngördüğüne işaret etmektedir: TTK md. 182 hükmünde geçerli tür değiştirmeler başlığı altında sınırlı olarak sayıldığı ifade edilen¹¹ ve tür değiştirme işlemi gerçekleştirebileceği öngörülenlerin hepsi ticaret şirkettir. TTK md. 183 hükmünde, ortakların ortaklık pay ve haklarının korunması düzenlenmekte, TTK md. 184 hükmünde, tür değiştirecek olan şirketin bilanço günüyle tür değiştirme raporunun düzenlendiği tarih arasında altı aydan fazla zaman geçmişse veya son bilançonun çıkarıldığı tarihten itibaren şirketin malvarlığında önemli değişiklikler meydana gelmişse ara bilanço çıkarılması gereği ifade edilmektedir. TTK md. 185 ve 186 hükümlerinde, şirket yönetim organının tür değiştirme plan ve raporu hazırlaması gereği ile bunların içerikleri belirtilmekte, TTK md. 188 hükmünde tür değiştirecek şirketin, tür değiştirme planı, raporu ile son üç yıllık şirket finansal tabloları ile varsa ara bilanço ortakların incelemesine sunması gereği ortaya konmaktadır. 189. maddede, şirket genel kurulunun hangi nisaplarla yönetim kurulunun sunduğu tür değiştirme planı ile yeni türün şirket sözleşmesini onaylayabileceği ve bu şekilde tür değiştirme kararının alınmasının ardından yönetim organının ilgili tescil ve ilan yerine getireceği düzenlenmektedir. Nihayet TTK md. 190 hükmünde, esasen birleşme işlemi için kaleme alınmış olan, ortakların kişisel sorumlulukları ve iş sözleşmelerinden doğan borçlar hakkındaki TTK hükümlerine atıf yapılmaktadır. Anılan maddelerde, ortaklık haklarının devamlılığından, şirket bilançolarından, şirket yönetim kurulunun gerçekleştirmesi gereken işlemler ile genel kurul kararından bahs olunması, düzenlemenin odağında ticaret şirketlerinin olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Hükümler, TTK md. 181 ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun tür değiştirme açısından tercihini, bir ticaret şirketinin bir diğer ticaret şirketine, tür değiştirme işlemi gerçekleştirilmeden önceki ve sonraki şirket arasında, ekonomik özdeşliğin yanı sıra, hukuki özdeşlik de söz konusu olacak şekilde dönüşmesinden yana kullandığı anlaşılmaktadır.

5 **Türk**, s. 149; **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 746.

6 **Türk**, s. 149.

7 **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 747.

8 **Türk**, s. 149.

9 **Türk**, s. 150.

10 **Türk**, s. 150; **Şener**, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 155; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 70.

11 TTK md. 181 Madde Gereğesi.

II. TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN HUKUKİ NİTELENDİRMESİ VE NİTELENDİRMEİNİN DOĞURACAĞI HÜKÜM VE SONUÇLAR

A. TARTIŞMALI HUSUSLAR

TTK'nın, tüzel kişi, hatta ticaret şirketi odaklı düzenlemeleri ile geçerli tür değiştirmelere ilişkin (aralarında ticari işletmenin anılmadığı) sınırlı sayımı dikkate alındığında, TTK md. 194/2 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebileceğinin hükme bağlanmış olması yadırganabilmektedir. Kanun koyucunun, ticari işletmeyi, geçerli tür değiştirmeler kapsamında saymamış olması karşısında ortaya çıkan çelişkili durum bir yana¹², ticari işletme – ticaret şirketi dönüşümüne kıyasen uygulanacağı belirtilen, ticaret şirketi temeli üzerine inşa edilen ve daha da önemlisi, ekonomik özdeşliğin yanı sıra hukuki özdeşliği de öngören TTK md. 182 – 193 hükümlerinin, tüzel kişiliği dahi bulunmayan ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine kıyasen de olsa ne derece uygulanabilir olacağı tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca, ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulan TTK md. 11/3 ile TBK md. 202 düzenlemeleri ile TTK md. 194/2 hükmünün nasıl bağdaştırılacağı ya da uygulamada, anılan hükümlerden hangilerine öncelik tanınması gerekeceğinin de ayrıca tartışılması gerekecektir. Zira ticari işletmenin tüzel kişiliği bulunmadığı için, bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde aynı hukuk öznesinin devamının, yani hukuki özdeşliğin sağlanmasının söz konusu olamayacağından hareketle, burada ancak ticari işletmenin devrinden bahsedilebileceği düşünülürse, adı geçen TTK ve TBK hükümlerine başvurulması kaçınılmaz olacaktır. Kaldı ki, TBK md. 203/2 hükmünde, bir tek kişiye ait olup da, kolektif veya komandit şirket hâline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı maddenin ilk fıkrasının uygulanacağı ifade edilmekte ve bahis konusu fıkra, işletme alacaklılarının, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olacakları ve bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri hükme bağlanmaktadır. Anılan düzenleme de, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde ya da en azından bir kolektif veya komandit şirket olmak üzere tür değiştirmesine TBK hükümlerinin uygulanacağına işaret eder nitelikte görünmektedir.

TTK md. 194/2 hükmünün TTK'nın tür değiştirme hükümlerine atfının, bu düzenlemeyi devre dışı bırakıp bırakmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde bir ticari işletme devrinin gerçekleşeceği kabul edildiği takdirde, izlenecek yöntemler, yapılması gereken işlemler farklılık göstereceği gibi, tür değiştiren ticari işletmenin sahibi için belki de en önem taşıyacak husus olan tür değiştirme öncesi doğan borçlardan sorumluluk rejimi de değişecektir.

Türk öğretisinde, TTK md. 194/2 hükmüne ilişkin olarak, burada teknik anlamda tür değiştirmeden çok, bir ticari işletmenin bir tüzel kişi şirket tarafından devralınmasının söz konusu olduğuna ilişkin bir görüş mevcuttur¹³. TBK md. 203/2 hükmü bağlamında, bahsi geçen hükmün, ticari işletmenin şahıs şirketine sermaye olarak konulmasını ifade ettiği de savunulmaktadır¹⁴. Ticari işletmenin bir ticaret şirketine sermaye olarak konulması, işletme mülkiyetinin hangi anda şirkete geçeceğine ilişkin tartışmalar¹⁵ bir tarafa bırakılacak olursa, esas itibarıyla ticari işletmenin devri anlamına geldiğinden¹⁶,

13 **Pulaşlı**, s. 269. Ancak eserin takip eden sayfalarında, yazar, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde ticari işletmenin tasfiye edilmesine gerek olmadığını; bu durumda ticaret siciline tescil edilmiş bir ticari işletmenin malvarlığının tamamının, yazılı devir sözleşmesi temeline dayalı olarak envantere yer alan tüm aktif ve pasifiyle birlikte devralan şirkete geçeceğini ifade etmek suretiyle (s. 271), TTK md. 194/2 açısından devredici tür değiştirmenin söz konusu olacağı görüşüne yakın bir duruş sergilemektedir. Öte yandan yazar, devredici tür değiştirme esnasında gerçekleşecek olan devrin de TTK md. 11/3 hükmü uyarınca gerçekleşeceği görüşündedir.

14 **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 194. Bununla birlikte yazarlar, TTK md. 194/2 hükmünün TTK'nın tür değiştirme hükümlerine yaptığı atfa ilişkin olarak, artık ticari işletme için özel düzenlemelerin mevcut olduğu, bu nedenle TBK md. 203/2 hükmünün uygulama alanı kalmadığı değerlendirilmesini yapmaktadır.

15 TTK md. 11/3 ile TTK md. 128/4 hükümleri arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi ve bu bağlamda işletmenin mülkiyetinin hangi anda ticaret şirketine geçeceği konusuna ilişkin tartışmalar ve görüşler için bkz. **Karaman**, **Coşgun** Özlem (2012) "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 2, s. 339; **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 356, 357; **Çonkar**, Halil (2016) Anonim Ortaklıkta Sermaye, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 542-544.

16 **Çonkar**, s. 235; **Pulaşlı**, s. 104, 105; **Sevi**, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 188. Ayrıca bkz. dolaylı olarak aynı yönde, **Tekinalp**, Ünal (2008) "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek" BATİDER, C. XXIV, Sa. 5, s. 13; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 357; **Karahan**, Sami (Editör) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, s. 121.

12 Konu hakkındaki eleştiriler için bkz. **Poroy**, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2015) Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 47.

bu önermeyi de anılan ilk görüşle bir arada değerlendirmek olanaklıdır¹⁷. Bir diğer yazar ise, TTK md. 194/2 hükmünün, TTK'da öngörülen biçim değiştirici tür değiştirmenin istisnasını teşkil ettiğini; hüküm uyarınca tür değiştirme, yeni bir şirketin kurulmasına, yeni bir tüzel kişinin oluşmasına yol açtığından, zorunlu olarak devrin meydana geleceğini belirtmekte¹⁸; böylece, devredici tür değiştirme yönteminin söz konusu olacağına işaret etmektedir.

Aşağıda, sürecin, ticari işletmenin devri, devredici tür değiştirme ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesi hallerinde doğacak hüküm ve sonuçlar değerlendirilmek ve kanuni düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle bir inceleme yapılacaktır.

B.TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi, ticari işletmenin devri olarak nitelendirildiği takdirde, ticari işletmenin tüm aktif ve pasifiyle bir küll halinde yeni oluşturulan şirket türüne geçmesini sağlayacak olan hüküm, ticari işletmenin bir bütün halinde devrini özel olarak düzenleyen TTK md. 11/3 olacaktır. Bununla birlikte, devrolunan ticari işletmeyi işletenin, işletmenin devir öncesi borçlarından sorumluluğu bağlamında TTK md. 11/3 herhangi bir düzenleme içermediğinden, bahis konusu husus açısından TBK md. 202 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁹.

Öte yandan, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşebileceğini açıkça hükme bağlayan TTK md. 194/2 hükmü ile bu düzenlemenin TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin hükümlerine yaptığı atfın tamamen göz ardı edilmesi mümkün olamayacağından,

ilgili hükümler de, TTK md. 11/3 ile bağdaşabildiği ölçüde ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi sürecinde uygulanabilmelidir.

2. Uygulanacak Hükümler ve Gerçekleştirilmesi Gereken İşlemler

TTK md. 11/3 ve Ticaret Sicili Yönetmeliği²⁰ (TSY) md. 133 uyarınca ticari işletmenin devrine ilişkin olarak yazılı bir sözleşme hazırlanacak; sözleşmede, taraflar olarak, ticari işletmeyi işleten tacir ve yeni kurulacak şirket yer alacaktır. TTK md. 11/3, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiğini hükme bağladığından, sözleşmede, devre konu unsurlara ilişkin açık belirleme yapılmasına ya da sözleşmeye bu unsurlara ilişkin bir liste eklenmesine ihtiyaç bulunmamakta; aksine, eğer devir kapsamı dışında bırakılmak istenenler varsa, bunların sözleşmede ifade edilmesi gerekmektedir (TSY md. 133/2.b)²¹. Öte yandan eş zamanlı olarak, ticari işletmenin devredileceği şirketin kuruluş işlemlerinin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Eğer burada, alelade bir ticari işletme devrinden bahsediliyorsa, yeni türün kuruluş işlemlerinin her birinin yerine getirilmesi gereği ortaya çıkacaktır. Oysa, konumuz kapsamında ticari işletme devri, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde küllü halefiyeti sağlayacak bir araç olarak değerlendirildiğinden, yeni türün bir sermaye şirketi olması halinde kuruluş merasimini kolaylaştıran TTK md. 184/1 hükmünün uygulama alanı bulacağını kabul etmek uygun olacaktır. Buna göre, yeni türün asgari ortak sayısına ve aynı sermaye konulmasına ilişkin TTK düzenlemelerinin dikkate alınmasına gerek bulunmayacaktır. Sermaye şirketlerinin asgari ortak sayısı, anonim ve limited şirketler için zaten tek kişi olduğundan, esasen bu istisna çok da anlamlı değildir. Öte yandan düzenleme, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket

17 TTK md. 11/3 ve TTK md. 128 çelişkinine ilişkin eleştiriler için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2011) "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri" Legal Hukuk Dergisi, Sa. 106, s. 3900, 3901.

18 **Çoştan**, Hülya (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 42 dn. 62.

19 **Bozer**, Ali & **Göle**, Celâl (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 18; **Öz**, Turgut (2013) "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 116, 117; **Arıcı**, Mehmet Fatih (2008) Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 216; **Demir**, Koray (2013) "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, Sa. 2, s. 115.

20 27.01.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmî Gazete.

21 TTK md. 11/3 hükmü uyarınca ticari işletmenin devrinde, işletme aktifine dâhil olan unsurlardan hangilerinin devir kapsamında yer aldığı açıkça gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde, sözleşmede sayılmayan unsurların devir dışı bırakıldığı sonucuna varılmasının uygun olacağı görüşü için bkz. **Bahtiyar**, Ticari İşletmenin Devri, s. 3905; **Arıcı**, s. 214.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine sermaye olarak konulması halinde, şirket sözleşmesinde ticari işletmenin ve içerdiği malvarlığı unsurlarının tek tek ifade edilmesi ve değerlemelerinin de kanunda öngörülen şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. **Pulaşlı**, s. 105.

açısından değerlendirilebilir. Anılan şirket türünün, doğası gereği en az bir komandite ve bir komanditer ortaktan oluşması gerekmektedir (TTK md. 304). Her ne kadar TTK md. 184/1 hükmü, söz konusu şirkete dönüşümün tek ortakla gerçekleşebileceği izlenimi vermekteyse de, yapısal değişiklik yoluyla da olsa sermayesi paylara bölünmüş şirketin tek kişiyle kurulmasını olanaklı kabul etmek mümkün olmayacaktır²². Aynı sermayenin konusunu oluşturan taşınmazlar ile fikrî mülkiyet haklarının intikali, TTK md. 11/3 hükmü kapsamında düzenlenmiş bulunduğundan, aynı sermaye konmasına ilişkin düzenlemelerin uygulanmayacak olması herhangi bir çelişki yaratmamaktadır. Öte yandan, ticari işletmenin devir işlemi aracılığıyla tür değiştirmesinde, işletme hâlihazırda mevcut bir şirkete devredilmediğinden, kanımızca, kurulacak şirketin şirket sözleşmesinin kurucular tarafından imzalanmasına gerek bulunmadığını (TTK md. 184/1) söylemek mümkün olmamalıdır. Nitekim TSY md. 135/2 hükmünde, bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi türüne dönüşmesi halinde, yeni türün tescili için zorunlu olan olguların tescil edilmesi gereği ifade edilmektedir. Yeni türün tescili için zorunlu olan olguların başında, usulüne uygun bir şekilde kurucu/kurucular tarafından imzalanmış şirket sözleşmesinin bulunacağından şüphe duyulmamak gerekir.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin tescili, devir işleminin gerçekleşmesi bakımından kurucu niteliği haizdir (TSY md. 133/3)²³. Ancak, ticari işletmenin dönüşmesi istenen türün hak ve borçlar üstlenebilmesi, dolayısıyla işletmeyi devralabilmesi için öncelikle vücuda gelmesi gerekeceğinden, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte bir küll halinde yeni kurulan şirkete geçiş anının, şirketin ticaret siciline tescil anı olarak belirlenmesi uygun olacaktır²⁴. Bu nedenle, ticari işletmenin bir

ticaret şirketine dönüşmesi açısından, devir sözleşmesinin tescilinin, yeni türün şirket sözleşmesinin tescili ile eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

3. Sorumluluk Rejimi

Yukarıda ifa edildiği üzere, TTK md. 11/3 hükmünün, devreden devir öncesi işletme borçlarından sorumluluğuna ilişkin açık düzenlemesi olmaması nedeniyle, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi halinde anılan husus TBK md. 202 hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır.

TBK md. 202 hükmü uyarınca, ticari işletmesini TTK md. 11/3 hükümleri çerçevesinde devreden tacir, işletmenin muaccel borçları için devrin alacaklılara bildirildiği ya da Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nden ilan edildiği tarihten itibaren, müccel borçları için ise muacceliyet tarihinden itibaren iki yıl süreyle, devredenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu düzenlemede, ilanını yanı sıra alacaklılara bildirim de bir alternatif olarak yer alması, bildirim taşıdığı pratik güçlükler, yapıp yapılmadığı konusundaki olası uyuşmazlıklar ve ispat sorunları nedeniyle öğretide eleştirilmekte, bildirim yerine ilan yoluna başvurunun daha tercih edilebilir olduğu ifade edilmektedir²⁵. Kanımızca, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde işletmenin müteselsil sorumluluğunun başlangıç anı olarak da devrin ve özellikle yeni türün şirket sözleşmesinin ilanı tarihinin esas alınması uygun olacaktır.

C. TİCARİ İŞLETMENİN BİR TİCARET ŞİRKETİNE DÖNÜŞMESİNİN DEVREDİCİ YA DA BİÇİM DEĞİŞTİRİCİ TÜR DEĞİŞTİRME OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme suretiyle bir ticaret şirketine dönüşmesi arasındaki fark, ilkinde işletmenin, yeni türün ticaret siciline tescili anında külli halefiyet ilkesi uyarınca yeni oluşturulan şirkete intikalinden bahsedilirken, ikincisinde, tek bir hukuk özneminin kabuk değiştirdiğinin kabul edilmesi, böylece herhangi bir devrin ve halefiyetin mevcudiyetinden

22 Çoştan, s. 53 dn. 121.

23 TSY hükmü öncesinde, devir sözleşmesinin tescilinin kurucu niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3897, 3898; Arıcı, s. 215; Demir, s. 114.

24 Bir ticari işletmenin aktif ve pasifinin bir bütün halinde devrini düzenleyen TTK md. 11/3 ile bir malvarlığı ya da işletmenin borçlarının devralana geçiş anını açıkça hükme bağlayan TBK md. 202 ilişkisi, aktif ve pasiflerin eş zamanlı olarak intikal etmediğine ilişkin tartışma ve sorunları da beraberinde getirmektedir. TTK md. 11/3 uyarınca, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle devir anı, devir sözleşmesinin ticaret siciline tescil anıdır. TBK md. 202 hükmüne göre ise, işletmeyi devralanın işletme borçlarından sorumluluğu, devir alacaklılara bildirilmişse her biri için ilgili bildirim tarihinden, bildirilmemişse devrin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nden ilanı tarihinden itibaren başlayacaktır. Böylece, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devralana geçiş anı açısından bir uyumsuzluk oluşmaktadır. Bu durum, devri daha önce gerçekleşen aktiflerin, borçları bir süre güvencesiz bırakması açısından eleştirilmektedir. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3903; Öz, s. 116, 117.

25 Arıcı, s. 189. Ticari işletmenin devri açısından, devrin alacaklılara bildirim yerine sadece ticaret siciline tescil ve ilanının öngörülmesi gerektiği hususunda bkz. Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri, s. 3908.

söz edilmesine ihtiyaç bulunmamasıdır. Bunun haricinde, tür değiştirmeye uygulanacak hükümler ve sorumluluk rejimi açısından bir değişiklik söz konusu olmayacaktır²⁶. Öte yandan, uygulanacak hükümler ile tür değiştirmenin hüküm ve sonuçlarının farklılaşmayacak olması, sürecin hukuki bir temele oturtulması anlamında farklılıkların bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

TTK'nın tür değiştirme açısından biçim değiştirici tür değiştirmeyi benimsemiş olduğu, ilgili TTK hükümlerinden anlaşılmaktadır. Bu noktada, akla, TTK md. 194/2 hükmünde, TTK md. 182 ilâ 193 hükümlerine yapılan atfın bir kıyas atfı olmasının, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde devredici tür değiştirmenin söz konusu olduğunun savunulmasına olanak tanıyıp tanımadığı sorusu gelebilir. Kanımızca, kanun koyucu, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde, diğer tür değiştirmelerden farklı olarak devredici tür değiştirme modelinin uygulanmasını amaçlasaydı, bunu açıkça ifade etmek yoluna giderdi²⁷. Dolayısıyla, her ne kadar tür değiştiren yapının tür değiştirme öncesi ve sonrası hukuki özdeşliği açısından çelişkili bir durum yaratmaktaysa da, kanun koyucunun iradesine uymak ve ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde de biçim değiştirici tür değiştirmenin söz konusu olacağını kabul etmek uygun olacaktır.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesinin önündeki en büyük engel, ticari işletmenin tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Öte yandan, bu sorunun, bir hukuki fiksiyon yardımıyla çözüme ulaştırılması mümkün görünmektedir: İsviçre hukukunda tüzel kişilikleri bulunmayan kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerine, İsviçre Birleşme Kanunu'nun²⁸

(İBirK) öngördüğü biçim değiştirici tür değiştirme yoluyla dönüşebilmesi, öğretide bu şekilde açıklanmaktadır²⁹. İsviçre kanun koyucusu, kollektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanımamaktadır. Bununla birlikte, öğretide, yalnızca tür değiştirme hükümlerinin uygulanması açısından, anılan şirketlerin, adeta tüzel kişilikleri mevcutmuş gibi işleme tâbi tutulmalarının arzu edildiği değerlendirilmesi yapılmaktadır³⁰. Hukuki fiksiyon da bu noktada ortaya çıkmakta ve şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine dönüşmesi halinde, yeni tür ile eski tür arasında hukuki özdeşlik olduğunun kabulüne olanak tanımaktadır. Bahsi geçen fiksiyonun oluşturulması ile amaçlanan, İBirK'nın tür değiştirme için öngördüğü bütün hükümlerinin, kollektif ve komandit şirketlerin ticaret şirketlerine dönüşmesi halinde de uygulanmasını sağlayabilmektir³¹.

İsviçre hukukunda, tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketlerine hukuki kişiliklerinde bir değişiklik meydana gelmeden dönüşebilmelerinin açıklanabilmesi için ortaya atılan fiksiyonun, TTK'nın, ticari işletmenin biçim değiştirici tür değiştirme yoluyla bir ticaret şirketine dönüşebileceği öngörüsü açısından da uygun bir çözüm yolu oluşturduğunu ifade etmek mümkündür³²: TTK'da, işleteninden ayrı bir hukuki kişiliği olmayan ticari işletmenin sanki hukuki bir varlığa sahipmiş gibi değerlendirildiği hükümler zaten mevcuttur. Ticari işletmenin ticaret siciline tescilinin zorunlu kılınması (TTK md. 40), ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı devredilemeyecek olması (TTK md. 49), hatta en başta, ticari işletmenin bir bütün olarak hukuki işlemlere konu olabileceğinin düzenlenmiş bulunması (TTK md. 11/3), anılan yaklaşımın ürünü olarak örnek gösterilebilecektir³³. Hukuki fiksiyon, aslında gerçekte bir halefiyet söz konusu iken, hukuk öznesinin devamlılığına ilişkin bir varsayımı olanaklı kılmaktadır. Türk hukukunda ticari işletme, her ne kadar sözleşme ilişkilerinin tarafı olabilen bir hukuk öz-

26 Tüzel kişiliği bulunmayan şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine dönüşmesi açısından İsviçre hukukunda, **Vischer**, Frank (Editör) (2012), Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zurich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, FusG 54, s. 615, 616 Nr. 22; **Baker & McKenzie** (Editör) (2015) Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG, Vorbemerkungen zu Art. 53-68 FusG, s. 375 Nr. 7; **Hasler**, Daniel (2007) Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 733, Bern, Stämpfli Verlag AG, s. 17.

27 Nitekim 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun md. 439/1 ve 555/1 hükümlerinde, devredici tür değiştirmeye ilişkin düzenlemeler yapılmış bulunmaktaydı.

28 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3 Oktober 2003 (Stand am 1. Januar 2014).

29 **Baker & McKenzie** (2015), s. 374, 375 Nr. 7; **Hasler**, s. 22, 23; **Vischer**, FusG 53, s. 602,603 Nr. 6. Söz konusu yorum, Alman öğretisinin aynı soruna öngördüğü çözümden hareketle yapılmaktadır, **Hasler**, s. 17, 18.

30 **Hasler**, s. 18.

31 **Hasler**, s. 22.

32 **Çoştan**, s. 42 dn. 62.

33 **Ülgen & Helvacı & Kendigelen ve diğerleri**, s. 180.

nesi olarak değerlendirilemese de, bir bütün halinde sözleşmelere konu olabileceği için hukuki obje olarak nitelendirilebilecek³⁴; dolayısıyla, bahsi geçen fişyon aracılığıyla, tür değiştirme bakımından hukuk öznesi olarak varsayılması, hukukumuzda yabancı bir çözüm olarak ortaya çıkmayacaktır.

2. Uygulanacak Hükümler ve Gerçekleştirilmesi Gereken İşlemler

Devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme modellerinden hangisi kabul edilirse edilsin, artık teknik anlamda bir “tür değiştirme”den bahsedileceğinden, TTK md. 11/3 hükmü yerine, TTK’nın tür değiştirmeye ilişkin hükümleri (kıyasen) uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ticari işletmeyi işleten tacir, yeni türün şirket sözleşmesini düzenleyecek; tür değiştirme planını (TTK md. 185) ve tür değiştirme raporunu (TTK md. 186), ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesine uygun düştüğü ölçüde kanuni düzenlemeye bağlı kalarak hazırlayacaktır.

TTK md. 184/1 hükmünün yeni türün sermaye şirketi olması halinde kuruluşu kolaylaştıran düzenlemelerinden, kurucuların şirket sözleşmesini imzalamasına gerek bulunmadığı yönündeki ifadenin ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi bağlamında uygulanmaması gerektiğine ilişkin görüşümüz, II. B. 2. başlığı altında açıklanan gerekçelerle, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme halleri açısından da geçerliliğini korumaktadır³⁵.

Devredici tür değiştirmede söz konusu olacak olan, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle yeni kurulan şirkete geçiş anı, TTK md. 189/2 uyarınca, ticari işletmeyi işleten tacirin tür değiştirmeyi ve yeni şirket sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirdiği an olacaktır. Biçim değiştirici tür değiştirmede halefiyet ilkesi uygulama alanı bulmadığından, aktif-pasif geçiş anından söz edilmesi de mümkün değildir.

Tür değiştirmenin belki de en önemli ayırt edici özelliği, malvarlığının ve ortaklık hakların devamlılığı olduğundan, ister devredici ister biçim değiştirici tür değiştirme söz konusu olsun, eski türün sicil kaydı silinmeyerek, yeni türün kaydının eski türün sicil kaydı üzerinden yapılması gerekecektir (TSY md. 135/2 son cümle).

3. Sorumluluk Rejimi

Devredici ve biçim değiştirici tür değiştirmede sorumluluk rejimi açısından da, TBK hükümleri yerine, TTK hükümleri dikkate alınacaktır. TTK md. 190, ortakların kişisel sorumlulukları hakkında TTK md. 158 hükmüne atıf yapmaktadır. Birleşme hükümleri arasında yer alan, anılan düzenleme, devrolunan şirketin, birleşmenin ilanından önce doğan veya kendilerini doğuran sebepler bu tarihten önce oluşan borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra da devam edeceğini hükme bağlamaktadır. Ortakların sorumluluğunun süresi, muaccel borçlar için ilan, müaccel borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren üç yıldır. Kanımızca, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesini, kanun koyucunun tercihi çerçevesinde, gerçek bir “tür değiştirme” olarak değerlendirmek uygun olacağından, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir için geçerli olacak sorumluluk rejimi de TTK md. 158 hükmüne göre tespit edilmelidir³⁶. Türü değiştirilen ticari işletmede şahıs unsurunu, ortaklar yerine işletmeyi işleten tacir oluşturduğundan, burada artık işletmesinin türünü değiştiren tacirin, işletmenin tür değişikliği öncesinde doğan borçlarından sorumluluğunun üç yıl daha devam edeceğinden bahsetmek gerekecektir.

D. DEĞERLENDİRME

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesi, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirildiği takdirde, tacirin işletme borçlarından sorumluluğu, ticari işletmenin devri hükümlerinin uygulanması haline kıyasla bir yıl daha

34 **Demir**, s. 106, 107. Ayrıca bkz. İsviçre hukukunda, **Hurni**, Christoph (2008) Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich–Basel–Genf, Schulthess Juristische Medien AG, s. 85 vd.

35 Tür değiştirmede, dönüşülen şirketin, önceki türün devamı sayılması karşısında, yeni türün kuruluş hükümlerinin uygulanması gerekliliğinin çelişkili olduğu yönündeki eleştiriler ve konu hakkındaki açıklamalar için bkz. İsviçre hukukunda, **Hasler**, s. 74; **Baker & McKenzie** (Editör) (2003) Fusionsgesetz Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpfli Handkommentar, Bern, Stämpfli Verlag AG, FusG 57, s. 328 Nr. 1. Türk hukukunda, **Tekinalp**, Yeni Hukuk, s. 750; **Çoştan**, s. 44, 45 ve 49, 50; **Pulaşlı**, s. 276.

36 **Kocaer**, Şenol (2015) Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, 3. Basi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 174. **Tekinalp**, Ticari İşletme, s. 14; **Durman**, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 105; **Akcaal**, Mehmet (2014) İşletmenin Devri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 79, 80. Anılan son üç yazar, ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesine ilişkin olarak bu değerlendirmeyi yapmakla birlikte, TTK md. 158 atfı ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi hali için de söz konusu olduğundan, varılan sonuçta herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

uzamaktadır³⁷. Bununla birlikte, tür değiştirme için uygulama alanı bulan sorumluluk rejimi ile malvarlığı/ticari işletme devri için öngörülen sorumluluk rejimi arasındaki daha büyük bir farklılık, tür değiştirmede sorumluluğun, devir hükümlerinin aksine, müteselsil sorumluluk biçiminde tespit edilmemiş olmasıdır³⁸. Tür değiştiren şirketin ortaklarının sorumluluğunun müteselsil olarak belirlenmeyerek, tür değiştirmeden önceki koşullar ve sınırlamalarla devam edeceğinin öngörülmesi, İsviçre hukukunda, tür değiştirmedeki sorumluluk rejiminin, ticari işletme devrinde söz konusu olana kıyasla daha avantajlı olarak değerlendirilmesine yol açmıştır³⁹. Ticaret şirketlerinde, şirket borçlarından şirket tüzel kişiliği birinci derecede sorumlu olduğundan, şirket ortaklarının sorumluluğunun şirketin sorumluluğuna nazaran daha kısıtlı ve belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğu bir gerçektir (bkz. kollektif şirket ortakları için TTK md. 236, 237, komandit şirketin komandite ortakları için TTK md. 325, kooperatif ortakları için 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 29, 30). Anılan çerçevede, eğer TTK'da, tür değiştirmenin ardından ortakların eski türün borçlarından yeni şirket türü ile müteselsilen sorumlu tutulacakları öngörülmüş olsaydı, bunun ortakların aleyhine sonuçlar doğurabileceğinden bahsedilebilirdi. Öte yandan, kanımızca, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde, ticari işletmeyi işletenin sorumluluğu açısından TTK md. 158 ve TBK md. 202 hükümlerinin öngördüğü sorumluluk rejimleri arasındaki fark fazla önem arz etmemektedir. Ticari işletme bir özel malvarlığı olarak değerlendirilmediği için, ticari işletmenin malvarlığı, işletmeyi işleten tacirin malvarlığından ayırıştırılmamakta; dolayısıyla

tacir, ticari işletmenin borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olmaktadır⁴⁰. Ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacirin tür değiştirme öncesinde doğan işletme borçlarından sorumluluğu, anılan nedenden ötürü, her halükârda herhangi bir koşula ya da sınırlamaya tabi bulunmadığından, tür değiştirme sonrası sorumluluğun, önceki sorumluluğun devamı ya da müteselsil sorumluluk olarak belirlenmesi, sorumluluğun kapsamı açısından farklı bir sonuca ulaştırmayacaktır.

Ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir, başka bir ticari işletmesi yoksa, ticareti terk etmiş olacaktır. Dolayısıyla, tür değiştirme hükümlerinin uygulama alanı bulması, ticari işletmenin devri bahsinde söz konusu olan, ticareti terk eden tacirin, keyfiyetin ilanından itibaren bir yıl daha iflas yoluyla takip olanağının (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu – İİK- md. 44) devre dışı kalması anlamına gelmeyecektir. Her ne kadar tür değiştirmede, dönüşülen türün sicil kaydı, eski kaydın üzerinden değiştirilmekte ve bu bağlamda teknik anlamda bir “terkin”den bahsetmek mümkün olmasa da⁴¹, dönüşülen ticaret şirketinin tacir sıfatını kazanması ile başka ticari işletmesi olmayan tacir bu sıfatı kaybetmiş olacak; dolayısıyla İİK md. 44 düzenlemesi, ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren işletene de uygulanabilecektir⁴².

SONUÇ

TTK md. 194/2, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde TTK'nın tür değiştirmeye ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağını ifade ettiğinden, kanımızca, ticari işletmenin bu şekilde tür değiştirmesinin TTK md. 11/3 hükmüne göre gerçekleştirilebileceğinin kabulü mümkün olmamalıdır. TTK md. 194/2 hükmünün, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüştürülmesi bakımından, TTK md. 11/3 hükmüne nazaran özel hüküm niteliğini haiz bulunması bir yana, aksi bir kabul, kanımızca

37 TBK md. 202 hükmünün mehzazını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 181 düzenlemesinde malvarlığını ya da işletmesini devreden devralanla birlikte müteselsil sorumluluğu için bildirim ya da ilan tarihinden itibaren üç yıllık bir süre öngörülmüş bulunduğundan, İsviçre hukukunda, İBK md. 181 ile İBK md. 26 arasında, sorumluluğun süresi bakımından bir fark bulunmamaktadır. Öte yandan, İsviçre hukukunda ticari işletmenin bir ticaret şirketine tür değiştirme hükümleri uyarınca dönüşmesine izin verilmemekte; İBK'da ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde ya da kısmen başka bir hukuk özneline devri, bir diğer yapısal değişiklik türü olarak, md. 69 vd. hükümlerde düzenlenmektedir. Anılan düzenleme hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. **Ülgen**, Hüseyin & **Arıcı**, Fatih (2010) “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri” Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II, s. 1767-1804.

38 Ticari işletmenin bir ticaret şirketi ile birleşmesinde işletmeyi işletenin önceki borçlardan sorumluluğu (TTK md. 194/1 atfıyla TTK md. 158) ile ticari işletmenin devri halinde işletenin önceki borçlardan sorumluluğunu (TBK md. 202) karşılaştıran Demir, her iki maddede düzenlenen sorumluluğu da müteselsil sorumluluk olarak anmakta ve düzenlemeler arasındaki tek fark olarak, sorumluluk sürelerinin değişmesine değinmektedir, **Demir**, s. 117, 118.

39 **Hasler**, s. 69.

40 **Ülgen & Helvacı & Kendigelen ve diğerleri**, s. 180; **Poroy & Yasaman**, s. 40, 41; **Arkan**, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 33, 34; **Bozer & Göle**, s. 12, 13. Aksi yönde bkz. eTTK döneminde, **Arıcı**, s. 33, 34; **Durman**, s. 10.

41 Kaldı ki gerçek kişilerin tacir sıfatını kaybında ticaret sicilinden terkin, kurucu değil, açıklayıcı niteliği haizdir, **Bilge**, Mehmet Emin (2002) “Tacir Sifatının Sona Ermesi” Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, s. 176; **Şener**, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 176.

42 Hüküm, gerçek kişi tacirlerin yanı sıra, amacına ulaşmak üzere ticari işletme işleten dernek ve vakıflar bakımından da uygulanabilmektedir, **Arkan**, s. 139.

açıkça kanun koyucunun iradesini hiçe sayan bir yoruma vücut verecektir. Dolayısıyla, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde işlemler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, TTK md. 182 ilâ 193 hükümleri uyarınca gerçekleştirilmelidir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin, devredici ya da biçim değiştirici tür değiştirme olarak nitelendirilmesi, her ne kadar TTK md. 194/2 atfı nedeniyle yalnızca teorik bir tartışma olarak kalmaktaysa da, yine de önem taşımaktadır. Bu çerçevede, ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde esas itibarıyla iki ayrı özne (gerçek kişi tacir -işleten- ve tüzel kişi tacir -yeni kurulan şirket-) söz konusu olduğundan, devredici tür değiştirmenin varlığından söz etmek gerçeğe daha uygun olabilecektir. Öte yandan, TTK'nın tür değiştirme hükümlerinin bütününe biçim değiştirici tür değiştirme modelinin hâkim olduğu ve kanun koyucunun TTK md. 194/2 bağlamında istisnai bir düzenleme yapma yoluna gitmediği hususları dikkate alındığında, ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinin de TTK bağlamında biçim değiştirici tür değiştirme olarak öngörüldüğünün kabulü gerekmektedir. Bahsi geçen kabul, İsviçre hukukunda şahıs şirketlerinin, tüzel kişiliği bulunan ticaret şirketi türlerine dönüşmesi haline ilişkin olarak ortaya konan hukuksal fiksiyon ile açıklanabilecektir.

Ticari işletmenin bir ticaret şirketine dönüşmesinde uygulanacak TTK hükümleri arasında, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra üç yıl boyunca devam edeceğine ilişkin TTK md. 158 hükmü de yer almaktadır. Dolayısıyla, ticari işletmesini ticaret şirketine dönüştüren tacir, işletmenin tür değiştirmesinden önceki borçlarından, muaccel borçlarda yeni türün ticaret siciline tescilinden, müaccel borçlarda muacceliyet tarihinden itibaren üç yıl daha sorumlu olmaya devam edecektir. Ticari işletmeyi işleten tacirin işletmenin borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olması, hükümde sorumluluğun müteselsil olarak düzenlenmemiş bulunmasının işletmeyi işleten tacir açısından TBK md. 202 hükmüne nazaran daha avantajlı olarak değerlendirilmesine engeldir.

Ticari işletmesini bir ticaret şirketine dönüştüren tacir, başka bir ticari işletmesi yoksa yeni türün ticaret siciline tescili ile tacir sıfatını kaybedeceğinden, İİK md. 44 uyarınca, bu durumun ilanından itibaren bir yıl boyunca iflas yolu ile de takip edilebilecektir.

KAYNAKÇA

Akcaal, Mehmet (2014) İşletmenin Devri, Ankara, Yetkin Yayınları.

Arıcı, Mehmet Fatih (2008) Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Bahtiyar, Mehmet (2011) “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri” Legal Hukuk Dergisi, Sa. 106, s. 3889-3910 (Anılış: Ticari İşletmenin Devri).

Bahtiyar, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık (Anılış: Ortaklıklar Hukuku).

Baker & McKenzie (Editör) (2015) Fusionsgesetz sowie die einschlaegigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl. Bern, Stämpfli Verlag AG.

Baker & McKenzie (Editör) (2003) Fusionsgesetz Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlaegigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Stämpflis Handkommentar, Bern, Stämpfli Verlag AG.

Bilge, Mehmet Emin (2002) “Tacir Sifatının Sona Ermesi” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, s. 175-196.

Bozer, Ali & **Göle**, Celâl (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Çonkar, Halil (2016) Anonim Ortaklıkta Sermaye, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Çoştan, Hülya (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Demir, Koray (2013) “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, Sa. 2, s. 103-120.

Durman, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Hasler, Daniel (2007) Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Band/Nr. 733, Bern, Stämpfli Verlag AG.

Hurni, Christoph (2008) Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Zürich–Basel–Genf, Schulthess Juristische Medien AG.

Karahan, Sami (Editör) Şirketler Hukuku, 2. Bası, Konya, Mimoza Yayınları.

Karaman, **Coşgun** Özlem (2012) “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 2, s. 333-347.

Kırca, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Kocaer, Şenol (2015) Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Öz, Turgut (2013) “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi” Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 95-120.

Poroy, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2015) Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi.

Sevi, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Şener, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tekinalp, Ünal (2008) “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek” BATİDER, C. XXIV, Sa. 5, s. 5-16 (Anılış: Ticari İşletme).

Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Anılış: Yeni Hukuk).

Türk, Hikmet Sami (1985) “Ticaret Ortaklıklarının Nevi Değiştirmesine İlişkin Yargıtay Kararları” Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, s. 145-264.

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsun (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Ülgen, Hüseyin & **Arıcı**, Fatih (2010) “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt II, s. 1767-1804.

Vischer, Frank (Editör) (2012), Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zurich-Basel-Genf, Schultess Juristische Medien AG.

DIE ÜBERTRAGUNG VON BANKDARLEHEN*

TRANSFER OF BANK LOANS

Prof. Dr. Jan LIEDER, LL.M. (Harvard)**

ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Übertragung von Bankdarlehen ist von zentraler wirtschaftlicher Bedeutung. Sie ermöglicht eine Refinanzierung und Risikosteuerung von Kreditinstituten und hat in diesem Sinne auch einen positiven gesamtwirtschaftlichen Effekt. Allerdings sind die Forderungserwerber nicht daran gehindert, die Darlehensforderungen im Rahmen des rechtlich Zulässigen gegen den Darlehensnehmer durchzusetzen. Darauf hat das Risikobegrenzungs-gesetz von 2008 reagiert.

2. a) Bankdarlehen können im Wege der Einzel- und Gesamtnachfolge übertragen werden. Die Einzelnachfolge erfolgt durch Abtretung der Darlehensforderungen nach §§ 398 ff. BGB. Gestaltungsmöglichkeiten der Gesamtnachfolge sind die Verschmelzung und die Spaltung, namentlich die Abspaltung und Ausgliederung von Darlehensportfolien.

b) Das deutsche Recht zeichnet sich durch besonders liberale Abtretungsvorschriften aus. Die berechtigten Interessen des Darlehensnehmers (Schuldners) werden insbesondere dadurch geschützt, dass er mit dem Darlehensgeber nach § 399 Alt. 2 BGB eine Abtretungsbeschränkung vereinbaren kann.

c) Die massive rechtspolitische Kritik an vertraglichen Abtretungsbeschränkungen hat zur Schaffung einer Ausnahme für unternehmerische Forderungen geführt, die auf Grundlage des § 354a Abs. 1 S. 1 HGB trotz Verstoßes gegen ein Abtretungsverbot wirksam übertragen werden können.

d) Im Zuge der Finanzkrise wurde durch das Risikobegrenzungs-gesetz eine Rückausnahme für Bankdarlehen geschaffen, für welche eine Abtretungsbeschränkung nach § 399 Alt. 2 BGB wirksam vereinbart werden kann. Das gilt allerdings nicht für Banken, die nur als Zwischenerwerber fungieren, und auch nicht für gegen die öffentliche Hand gerichtete Darlehensforderungen. Zudem ist die Vorschrift in rechtspolitischer Hinsicht verfehlt.

e) Weder das Bankgeheimnis noch datenschutzrechtliche Vorgaben stehen einer wirksamen Abtretung von Bankdarlehen entgegen.

3. a) Durch Verschmelzung und Spaltung kann eine Gesamtheit von Darlehensforderungen im Wege der (partiellen) Gesamtnachfolge vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, ohne dass die Voraussetzungen der Einzelnachfolge erfüllt sein müssen.

b) Das umwandlungsrechtliche Spaltungsrecht ist beherrscht vom Prinzip der Spaltungsfreiheit. Danach können auch einzelne Darlehensforderungen abgespalten oder ausgliedert werden.

c) Rechtsgeschäftliche Abtretungsbeschränkungen iSd. § 399 Alt. 2 BGB stehen weder der Verschmelzung und Aufspaltung noch der Abspaltung und Ausgliederung entgegen.

d) Die von der Gesamtnachfolge mittelbar betroffene Vertragspartei kann sich durch Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB ausnahmsweise von der vertraglichen Bindung lösen. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung sind allerdings die Schutzinstrumente des Umwandlungsrechts ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass eine außerordentliche Kündigung stets ultima ratio sein muss.

e) Datenschutz und Bankgeheimnis stehen einer Gesamtnachfolge in Bankdarlehen nicht entgegen.

Schlüsselwörter: Bankdarlehen, Übertragung, Finanzkrise, Risikosteuerung, Risikobegrenzungs-gesetz, Einzelnachfolge, Gesamtnachfolge, Abtretung, Verschmelzung, Spaltung, Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung, Abtretungsbeschränkung, Bankgeheimnis, Datenschutz

* Diesem Aufsatz liegt ein am 26. Mai 2017 auf dem III. Internationalen Symposium zum Handelsrecht gehaltene Vortrag zugrunde.

** Der Autor ist Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie im zweiten Hauptamt Richter am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, (jan.lieder@jura.uni-freiburg.de).
(Geliş Tarihi: 19.05.2017 / Kabul Tarihi: 14.07.2017)

ABSTRACT

1. *The transfer of bank loans plays an important role in the economy. It allows the refinancing and risk-management of credit institutions and has a positive effect on the macroeconomics. However, the purchasers of loan receivables are not prevented from enforcing them against the borrowers within the legal framework. The Risk Limitation Act 2008 (“Risiko-begrenzungsgesetz”) was the response to this issue.*

2. a) *Bank loans can be transferred by singular or universal legal succession. The singular legal succession happens by the assignment of a loan receivable according to sec. 398 ff. BGB¹. Relevant possibilities for universal legal successions are mer-gers and splits, namely split-offs and spin-offs of loan portfolios.*

b) *The German law is known for its liberal rules concerning assignments. The interests of the borrower are protected by the possibility of sec. 399 alt. 2 BGB to agree upon the limitation on assignments with the lender.*

c) *In terms of legal policy, such a contractual limitation was highly disputed. The discussion led to the creation of sec. 354a(1)(1) HGB², an exception for commercial claims to the general rule under the BGB. Consequently, commercial claims can be effectively transferred according to this special rule in the HGB and despite of the violation of the general rule under the BGB.*

d) *Because of the financial crisis, a counter-exception was created for bank loans in the Risk Limitation Act 2008. Therefore, limitations on assignments can contractually be agreed upon according to sec. 399 alt. 2 BGB. However, this counter-exception does neither apply to banks which only act as “interim purchasers” nor to loan receivables against the public sec-tor. Furthermore, this rule fails in terms of legal policy.*

e) *Neither the banking secrecy nor data protection regulations are opposed to an effective assignment of bank loans.*

3. a) *By merger and split, the total loan receivables can be transferred, legally by means of (partial) universal succession from the transferor to the transferee, without the prerequisites of a singular legal succession having to be met.*

b) *The law of split is dominated by the freedom of split. Accordingly, single loan receivables can be split off or spun off.*

c) *Contractual limitations of the assignment in terms of sec. 399 alt. 2 BGB are neither opposed to mergers and split-ups nor to split-offs and spin-offs.*

d) *By way of exception, the party indirectly affected by the universal legal succession can terminate the agreement for cause according to sec. 314 BGB. Based on an overall view, however, the protective instruments of the German Transfor-mation Act and the fact of the termination of the agreement for cause being ultima ratio have to be considered.*

e) *Data protection and the banking secrecy are not opposed to the universal legal succession in bank loans.*

Keywords: *Banks loans, transfer, financial crisis, risk management, Risk Limitation Act 2008, singular legal succession, universal legal succession, assignment, mergers, split, split-up, split-off, spin-off, limitation on assignments, banking secrecy, data protection*

1 German Civil Code.

2 German Commercial Code.

I. EINFÜHRUNG UND GRUNDLAGEN

A. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER FORDERUNGSÜBERTRAGUNG

Der anhaltende Wandel von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft hat die Bedeutung der Forderungszession sowie der Übertragung von anderen Rechten, Verbindlichkeiten und komplexen Vertragsverhältnissen in den letzten Jahren in den Vordergrund treten lassen. Aus dem modernen Wirtschaftsleben ist die Übertragung von Forderungsrechten heute nicht mehr wegzudenken.³ Forderungen dienen als Sicherungsmittel, zur Unternehmensfinanzierung und als potenzielles Haftungsobjekt. Von besonderer praktischer wie auch rechtspolitischer Bedeutung sind der Verkauf und die Übertragung von (notleidenden) Bankdarlehen.⁴ Hinzu kommen Sonderformen der Forderungsabtretung, wie zB das Factoring⁵, Forfaitierung⁶ und die Verbriefung zahlreicher Einzelforderungen (*Securitization*)⁷, die sowohl im nationalen als auch im grenzüberschreitenden Rechts- und Handelsverkehr eine zunehmende Rolle spielen.⁸

B. INTERESSENLAGE DER BETEILIGTEN

Aus der Sicht der *Banken* bewirkt die Veräußerung vor allem notleidender Darlehen typischerweise eine Kostensenkung im Darlehensmanagement, erleichterte Eigenkapitalanforderungen und in letzter Konsequenz ein verbessertes Rating.⁹ Hinzu kommen die Möglichkeiten einer strategischen Neuausrichtung durch Aufgabe eines bestimmten Geschäftsbereichs, eine erleichterte Risikosteuerung sowie die Verbesserung der Ertragslage bei ungünstigen Konditionen.¹⁰ Die Abwicklung notleidender Kredite kann oftmals besser von hierauf spezialisierten Instituten übernommen werden. Die damit gewonnene Flexibilität erhöht die Wettbewerbs- und Anpassungsfähigkeit von Banken auf dem nationalen und internationalen Markt.¹¹ Hieraus speist sich zugleich ein positiver *gesamtwirtschaftlicher Effekt*, weil die Übertragung von Bankdarlehen zur Stabilisierung und Diversifizierung von Kreditinstituten beitragen kann und daher einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Risiko- und Liquiditätssteuerung des gesamten Bankensektors zu leisten vermag.¹²

Der *Erwerber* von Bankdarlehen kann ganz unterschiedliche Ziele verfolgen:¹³

- Erstens kann es ihm darum gehen, aus der unmittelbaren Übernahme der Darlehensforderung einen Gewinn zu generieren und an den gezahlten Zinsen zu partizipieren. Das kann strategische Gründe haben, wie die Gewinnung eines neuen Geschäftsbereichs, oder der Risikosteuerung dienen.

- Zweitens kann ihm – namentlich bei notleidenden Darlehen – daran gelegen sein, seine Position als Gläubiger im Rahmen einer Sanierung der Schuldnergesellschaft in eine unternehmerische Beteiligung am Darlehensnehmer umzutauschen. In der Vergangenheit – nicht zuletzt im Vorfeld der Finanzkrise – war die Praxis zu beobachten, dass Banken Forderungen aus Unternehmenskrediten an Hedgefonds und andere Finanzinvestoren weiter-

3 Dazu näher *Bazinas* Duke J. Comp. Int'l L. 8 (1998), 315 ff.; *Bette* WM 1994, 1909; *Eidenmüller* AcP 204 (2004), 457, 458 f.; *Nefzger*, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 43 ff.; *Schütze*, Zession und Einheitsrecht, 2005, S. 1 ff.

4 Aus der Rechtsprechung vgl. exemplarisch BVerfG NJW 2007, 3707; BGHZ 171, 180; 183, 60; aus dem Schrifttum s. etwa *Bergjan* ZIP 2012, 1997 ff.; *Bitter* ZHR 173 (2009), 379 ff.; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823 ff.; *Höche* FS Nobbe, 2009, S. 317 ff.; *Maetschke* AcP 211 (2011), 287 ff.; *Nobbe* ZIP 2008, 97 ff.; *Stürner* ZHR 173 (2009), 363 ff.; monografisch *Contraell*, Das Bankgeheimnis bei der Abwicklung notleidender Kreditverhältnisse (2009); *Fuhrmann*, Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot (2009); *Funken*, Die Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute (2011); *Heer*, Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken (2011); *Lendermann*, Darlehensveräußerungen durch Banken (2012); *Rümpker*, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem Risikobegrenzungs-gesetz (2010); *Vollborth*, Forderungsabtretung durch Banken im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz (2007).

5 Dazu ausf. BeckOGK/*Wilhelmi*, BGB, Stand: 1. 3. 2017, § 453 Rn. 918 ff.; MünchKommBGB/*Roth/Kieninger*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 398 Rn. 156 ff.

6 Dazu ausf. *Langenbucher/Bliesener/Spindler/Omlor*, Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl. 2016, 18. Kap. C Rn. 1 ff.; *Nitschke* BB 2010, 1827 ff.

7 Dazu ausf. *Staudinger/Busche*, BGB, 2012, Vor § 398 Rn. 35 ff.; *Rinze/Klüwer* BB 1998, 1697 ff.; *Schütze*, Zession und Einheitsrecht, 2005, S. 106 ff.

8 Speziell zu internationalen Sachverhalten *Flessner/Verhagen*, Assignment in European Private International Law, 2006, S. 4 ff.; *Garcimartín Alférez* in *Ferrari/Leible*, Rome I Regulation, 2009, S. 217 ff.; *Grau*, Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr, 2005, S. 26 ff.

9 Vgl. *Langenbucher* NJW 2008, 3169; *Becken*, Die rechtlichen Grenzen der Veräußerung von Kreditportfolios, 2017, S. 374 f.

10 Vgl. *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1824.

11 Vgl. *Höche* FS Nobbe, 2009, S. 317, 3.

12 Vgl. *Bredow/Vogel* BKR 2008, 271, 272, 281.

13 Dazu im Überblick *Langenbucher* NJW 2008, 3169; *Bredow/Vogel* BKR 2008, 271, 272; *Nobbe* ZIP 2008, 97, 98; *Krüger* DRiZ 2008, 281 ff.; *Becker*, Die rechtlichen Grenzen der Veräußerung von Kreditportfolios, 2017, S. 375 f.; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1824; *Höche* FS Nobbe, 2009, S. 317, 320.

reichen.¹⁴ Durch Sachkapitalerhöhungen im Wege eines Debt-Equity-Swap wurden die Darlehensforderungen in Gesellschaftsanteile eingetauscht; Finanzinvestoren erlangten auf diese Weise die Kontrolle über das kreditnehmende Unternehmen.

- Drittens kann der Erwerber auch schlicht an einer möglichst zügigen Liquidation des Darlehens und an der Verwertung der Sicherungsrechte, namentlich der Grundschulden, interessiert sein. Für diese Fälle ist aus verhandlungsstrategischer Perspektive von Bedeutung, dass sich der Erwerber – anders als vielfach die Hausbank – um langfristige respektive zukünftige Vertragsbeziehungen typischerweise nicht zu kümmern braucht.¹⁵

Der *Darlehensnehmer* hat typischerweise kein Interesse daran, dass sein Kreditvertrag, sei er nun notleidend oder nicht, auf einen Erwerber übertragen wird.¹⁶ Stattdessen muss er befürchten, dass der Erwerber eine der vorstehend bezeichneten Strategien verfolgt, um einen möglichst hohen Gewinn zu realisieren, ohne in hinreichendem Maße auf die berechtigten Interessen des Kreditnehmers Rücksicht zu nehmen.

C. RISIKOBEGRENZUNGSGESETZ

Gerade die letztgenannte Problematik hat auf dem Höhepunkt der Finanzkrise in Deutschland 2008 ganz erhebliche mediale Aufmerksamkeit erhalten.¹⁷ Daraufhin verstärkte sich der Druck auf den Gesetzgeber, (vermeintliche) Missstände in

der Kreditwirtschaft zu beseitigen. Namentlich zur Verbesserung des Darlehensnehmerschutzes wurde daher das Risikobegrenzungs-gesetz geschaffen, das in seinen wesentlichen Teilen am 18. 8. 2008 in Kraft getreten ist.¹⁸ Die enthaltenen Änderungen bezogen sich sowohl auf das AGB- und Verbraucherdarlehensrecht als auch auf das Grundschuld- und Handelsrecht.¹⁹ Speziell auf die handelsrechtliche Neuregelung des § 354a Abs. 2 HGB wird zurückzukommen sein.²⁰ Insgesamt ist von maßgeblicher Bedeutung, ob die Übertragung von Bankdarlehen mittels Einzel- oder Gesamtnachfolge²¹ bewerkstelligt wird.

II. EINZELNACHFOLGE

Kreditforderungen werden im Wege der Einzelnachfolge entweder allein oder als Teil eines Kreditportfolios übertragen.²² Stets gehen die Forderungen unter Anwendung der §§ 398 ff. BGB vom Veräußerer auf den Erwerber über. Davon zu unterscheiden ist die Übernahme von komplexen Kreditverträgen, die sich nicht im Wege der Forderungszession, sondern auf Grundlage des *praeter legem* entwickelten Rechtsinstituts der Vertragsübernahme vollzieht.²³ Anders als die Abtretung von Darlehensforderungen setzt die Übernahme eines komplexen Darlehensvertrags nach dem Rechtsgedanken der §§ 414, 415 BGB die Zustimmung des Vertragspartners voraus.²⁴ Aus Raumgründen beschränkt sich der vorliegende Beitrag allein auf die Übertragung von Darlehensforderungen.

14 Dazu und zum Folgenden im Zusammenhang mit dem Risikobegrenzungs-gesetz und der Einführung des § 354a Abs. 2 HGB: Begr. RegE, BT-Drucks. 16/7438, S. 9; Oetker/Maultzsch, HGB, 4. Aufl. 2015, § 354a Rn. 9; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2013, § 354a Rn. 34; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 69; Koch ZBB 2008, 232, 237; Krüger DRiZ 2008, 281, 282; Langenbucher NJW 2008, 3169; Schallast BB 2008, 2190, 2195; a. u. f. Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 159 ff.

15 Vgl. Nobbe ZIP 2008, 97, 98: „Dem institutionellen Investor, der notleidende Kredite mit einem erheblichen Abschlag auf den Nennwert der Forderungen erwirbt, geht es in erster Linie um die Erzielung eines Gewinns durch professionelles Management aus der Weiterveräußerung oder der Abwicklung der Kredite, etwa durch eine sehr intensive Bearbeitung der säumigen Kreditnehmer oder durch die Entwicklung und Umsetzung von Sanierungskonzepten etwa bei weitgehend ungesicherten hohen Betriebsmittelkrediten mit dem Ziel einer Steigerung der Bonität des Kreditnehmers und damit des Marktwertes der Kreditforderung oder durch eine günstige Verwertung von Sicherheiten etwa bei immobilien-gesicherten Darlehen.“

16 Vgl. Bredow/Vogel BKR 2008, 271, 272.

17 Anschaulich und eindringlich Häche FS Nobbe, 2009, S. 317, 320 f.

18 Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken vom 12. 8. 2008, BGBl. I, S. 1666.

19 Vgl. die Überblicksaufsätze von Koch ZBB 2008, 232 ff.; Langenbucher NJW 2008, 3169 ff.; Lehmann ZGS 2009, 214 ff.

20 Auf eine Darstellung der übrigen, vor allem dem Verbraucherschutz dienenden Neuregelung wird im Rahmen des Beitrags aus Raumgründen verzichtet. Im Zentrum der Betrachtungen steht der Übergang von Darlehensforderungen.

21 Zu den Unterschieden in der Terminologie vgl. Claussen, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 1995, S. 23 f. – Hier ist bewusst von Einzel- und Gesamtnachfolge und nicht von Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge die Rede, um damit zum Ausdruck zu bringen, dass nicht nur Vermögensrechte von den Übertragungstatbeständen erfasst werden, sondern sämtliche Vermögenspositionen, insbesondere auch Verbindlichkeiten; vgl. auch Maurer, Schuldübernahme, 2010, S. 4.

22 Zu Gestaltungen in der Praxis vgl. Früh FS Hopt, 2010, S. 1823, 1826 f.

23 Zu den dogmatischen Grundlagen der Vertragsübernahme s. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 130 ff.; speziell zur Übernahme von Darlehensverträgen vgl. Früh FS Hopt, 2010, S. 1823, 1828 ff.

24 BGHZ 44, 229, 231; 65, 49; 95, 88, 93 ff.; 96, 302, 308; 142, 23, 30 f.; 176, 86 Rn. 16; BGH NJW 2012, 2354 Rn. 7; MünchKommBGB/Bydlinski, 7. Aufl. 2016, Vor § 414 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 398 Rn. 42; BeckOK BGB/Rohe, Stand: 1. 2. 2017, §§ 414, 415 Rn. 27.

A. GRUNDLAGEN DER FORDERUNGSZESSION

Das deutsche Abtretungsrecht zeichnet sich im internationalen Rechtsvergleich durch seine klaren dogmatischen Strukturen und eine weitgehende Verwirklichung der ungehinderten Übertragung von Forderungen und anderen Vermögensrechten iSd. § 413 BGB aus.²⁵ Die Forderungszession ist als abstraktes Verfügungsgeschäft ausgestaltet, das von dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Kausalgeschäft rechtlich verselbstständigt und in ihrem rechtlichen Bestand vom Verpflichtungsgeschäft unabhängig ist.²⁶ Mit Abschluss des verfügenden Zessionsvertrags geht die Forderung nach Maßgabe des § 398 S. 2 BGB – identitätswahrend²⁷ – unmittelbar vom Zedent auf den Zessionar über. Die (abstrakte) Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber kann auch konkludent zustande kommen.²⁸ Besonderer Formerfordernisse bedarf es zur Wirksamkeit des Abtretungsvertrages im Grundsatz nicht.²⁹ Davon abgesehen ist es für die Wirksamkeit der Abtretung auch ohne Belang, ob der Schuldner seine Zustimmung erteilt oder auch nur von der Forderungszession, etwa durch Anzeige, in Kenntnis gesetzt wird.³⁰

B. RECHTSGESCHÄFTLICHE ABTRETUNGSBESCHRÄNKUNG

1. Schuldnerschutz und Abtretungsausschluss

Gerade der Umstand, dass der Schuldner an der Forderungszession nicht mitwirken muss, wirft die Frage auf, wie berechtigte Schuldnerinteressen geschützt werden können. Hier sind für das deutsche Abtretungsrecht zwei Regelungsansätze zu unterscheiden: Zum einen enthalten die §§ 404, 406

ff. BGB postventiv wirkende Schuldnerschutzvorschriften, die in ihrer Gesamtheit verhindern sollen, dass sich durch die Abtretung die schuldnerische Rechtsstellung nachteilig verändert.³¹ Zum anderen können sich Gläubiger und Schuldner einer Forderung gem. § 399 Alt. 2 BGB auf privatautonomer Grundlage darauf verständigen, dass die Forderung nicht abgetreten werden kann. Nach zutreffender hM führt eine solche Abtretungsbeschränkung zur absoluten und für jedermann geltenden Unwirksamkeit einer abredewidrigen Forderungszession.³² Die Abtretung ist in einem solchen Fall also nicht nur verboten (vgl. § 137 S. 2 BGB) und löst womöglich eine Schadensersatzpflicht des Zedenten aus, sondern sie geht von vornherein ins Leere. Rechtsdogmatisch handelt es sich bei § 399 Alt. 2 BGB – entgegen der hM³³ – um eine Verfügungsbeschränkung, die als Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB anzusehen ist.³⁴

Allerdings wird die Zulässigkeit von absolut wirkenden – rechtsgeschäftlichen – Abtretungsbeschränkungen aus rechtspolitischer Perspektive durchaus kontrovers beurteilt. Die Streitigkeiten lassen sich bis zu den Beratungen der BGB-Kommissionen im ausgehenden 19. Jahrhundert zurückverfolgen.³⁵ Die Kritik an § 399 Alt. 2 BGB aus der jüngeren Vergangenheit verweist insbesondere auf die flächendeckend in AGB vereinbarten Abtretungsbeschränkungen, die kaufmännische Schuldner ihren Vertragspartnern in Einkaufs- und Lieferbedingungen aufzwingen.³⁶ Hierdurch wird zum

25 Für eine rechtsvergleichende Rundschau vgl. HKK-BGB/C. *Hattenhauer*, 2007, §§ 398-413 Rn. 20 ff., 38 ff.

26 Dazu ausf. BeckOGK/*Lieder*, Stand: 1. 12. 2016, § 398 Rn. 73 ff.

27 Zum zessionsrechtlichen Identitätsprinzip ausf. BeckOGK/*Lieder*, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 398 Rn. 176 ff.; zum sukzessionsrechtlichen Identitätsprinzip ausf. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 567 ff.

28 Speziell dazu BeckOGK/*Lieder*, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 398 Rn. 45 ff.; insgesamt zur Geltung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre auf die Forderungszession BeckOGK/*Lieder*, Stand: 1. 12. 2016, § 398 Rn. 40 ff.

29 Zum Prinzip der Formfreiheit und den zessionsspezifischen Ausnahmen vgl. BeckOGK/*Lieder*, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 398 Rn. 88 ff.

30 Zu den historischen und dogmatischen Hintergründen sowie zur rechtsökonomischen Sinnhaftigkeit dieser Ausgestaltung s. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 619 ff.

31 Zum abtretungsrechtlichen Schuldnerschutz als Teilaspekt des Sukzessionsschutzes ausf. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 632 ff.

32 BGH NJW-RR 2010, 904, 905; NJW 1997, 2747, 2748; Oetker/*Maultzsch*, HGB, 5. Aufl. 2017, § 354a Rn. 1; *Seggewiß* NJW 2008, 3256; aA *Armgarth* RabelsZ 73 (2009), 314, 318 ff.; *Bruns* WM 2000, 505, 506; differenzierend *E. Wagner*, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994, S. 468 ff.

33 BGH NJW 1997, 3434; RGZ 136, 395, 399; *Staudinger/Busche*, BGB, 2012, § 399 Rn. 52; *Staudinger/Kohler*, BGB, 2011, § 137 Rn. 22; *Flume* BGB AT II § 17, 7 m. Fn. 65.

34 Vgl. BGHZ 30, 176, 183; BeckOGK/*Lieder*, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 75.1; *Erman/Westermann*, BGB, 14. Aufl. § 399 Rn. 3a; NK-BGB/*KreBe*, 3. Aufl. 2016, § 399 Rn. 7; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 29 Rn. 48.

35 Dazu Motive zum BGB, Bd. 2, 1888, S. 122 f.; Protokolle zum BGB, Bd. 1, 1897, S. 384 f.; ausf. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 182 ff.

36 Im Überblick zur Diskussion *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 226 f.; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 181 ff.; BeckOGK/*Lieder*, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 21 ff.; hingegen § 399 Alt. 2 BGB verteidigend *MüKoBGB/Roth/Kieninger*, 7. Aufl. 2016, § 399 Rn. 33; *Ruhwedel* JuS 1980, 161, 162.

einen die Refinanzierung durch (Voraus-)Abtretung ihrer Geldforderungen erschwert. Zum anderen ist es ihnen für den Fall, dass sie Waren unter verlängertem Eigentumsvorbehalt beziehen, unmöglich, ihre Verpflichtung zur Vorausabtretung der Erlösforderung an den Lieferanten nachzukommen; damit entfällt auch die Ermächtigung zur Weiterveräußerung der Ware.³⁷ Insgesamt wird der Volkswirtschaft auf diese Weise eine enorme Summe umlaufenden Vermögens entzogen,³⁸ was infolge von Liquiditätseinpässen zugleich das Risiko von Unternehmensinsolvenzen erhöht.³⁹

2. Unternehmerische Forderungen

Diese in den 1960er und 1970er Jahren massiv vorgetragene Kritik veranlasste den Gesetzgeber zur Schaffung einer handelsrechtlichen Sondervorschrift. Nach dem 1994 in das HGB eingefügten⁴⁰ § 354a Abs. 1 S. 1 HGB entfaltet eine gem. § 399 Alt. 2 BGB vereinbarte Abtretungsbeschränkung bei beiderseitigen Handelsgeschäften und öffentlichrechtlichen Schuldnern im Grundsatz keine Wirkung. Zum Schutz berechtigter Schuldnerinteressen ist es dem Schuldner der kaufmännischen Forderung nach § 354a Abs. 1 S. 2 HGB erlaubt, auch weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten zu leisten, und zwar auch dann, wenn er von der Forderungszession positive Kenntnis hat. Abweichende Vereinbarungen sind gem. § 354a Abs. 1 S. 3 HGB unwirksam.

3. Bereichsausnahme für Bankdarlehen

Die eingangs erwähnten⁴¹ Aktivitäten von Hedgefonds und anderen Finanzinvestoren veranlassten den Gesetzgeber nun im Jahre 2008 zur Etablierung einer Bereichsausnahme für Bankdarlehen. Nach Maßgabe des § 354a Abs. 2 HGB finden die vorgenannten Regelungen auf solche Forderungen aus einem Darlehensvertrag keine Anwendung, deren Gläubiger ein Kreditinstitut ist. Tatbestandlich werden von dieser Ausnahmegesetzgebung Darlehensrückzahlungsansprüche und Zinsforderungen nach

§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB erfasst.⁴² Gläubiger dieses Anspruchs muss ein Kreditinstitut iSd. § 1 Abs. 1 KWG sein.⁴³ Das gilt – entgegen anders lautender Literaturstimmen⁴⁴ – auch für die Abtretung notenbankfähiger Ansprüche an die Deutsche Bundesbank.⁴⁵

Eine spezialgesetzliche (Rück-)Ausnahme von § 354a Abs. 2 HGB gilt nach § 16 Abs. 1 S. 5 FMStBG für die Übertragung von Darlehensforderungen auf den Finanzmarktstabilisierungsfonds.⁴⁶ Aber auch im Übrigen ist die Vorschrift restriktiv zu interpretieren. Dies gilt nach offenbar einhelliger Auffassung⁴⁷ zunächst für die Tätigkeit von Kreditinstituten als Zwischenerwerber. Fungiert eine Bank also lediglich als Zessionar einer Darlehensforderung, findet die Bereichsausnahme des § 354a Abs. 2 HGB keine Anwendung, so dass die Abtretung selbst bei einer entgegenstehenden Abtretungsbeschränkung wirksam ist. Schon der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte sprechen dafür, dass der Anwendungsbereich des § 354a Abs. 2 HGB nur eröffnet ist, wenn das Kreditinstitut als originärer Kreditgeber fungiert. Darüber hinaus ist die hier in rechtsmethodischer Hinsicht vorgenommene teleologische Reduktion auch vom Charakter des § 354a Abs. 2 HGB als Ausnahmegesetzgebung getragen. Das gilt umso mehr, als die Vorschrift – wie sogleich noch gezeigt werden soll⁴⁸ – weder in rechtspolitischer noch rechtssystematischer noch rechtsökonomischer Hinsicht zu überzeugen vermag. So stärkt die teleologische Korrektur die Umlauffähigkeit unternehmerischer Forderungen.

Darüber hinaus ist umstritten, ob die Bereichsausnahme neben Kaufleuten auch gegen die öffentliche Hand gerichtete Darlehensforderungen

37 BGH NJW 1999, 425; K. Schmidt NJW 1999, 400.

38 Dazu näher Rechtsausschuss, BT-Drucks. 12/7912, S. 24; vgl. weiter Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 197; Müller-Chen FS Schlechtriem, 2003, S. 903.

39 Vgl. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 197 f.; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 43.

40 Aufgrund des DMBilanzGÄndG v. 25. 7. 1994, BGBl. I, S. 1682.

41 Siehe nochmals oben I. B.

42 Bülow, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 435a; Lettl JA 2010, 109, 110; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 159, 170.

43 Lettl JA 2010, 109, 110; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 159.

44 In diese Richtung Kolling BKR 2008, 440.

45 Heer, Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken, 2011, S. 151 f.; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 166. – *De lege lata* für die Schaffung einer erneuten (Rück-)Ausnahme von § 354a Abs. 2 HGB in Bezug auf Abtretungen an andere Kreditinstitute oder eine Zentralbank des Eurosystems Heer, Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken, 2011, S. 153.

46 Dazu näher Diem/Neuberger BKR 2009, 177, 179; Früh FS Hopt, 2010, S. 1823, 1841 ff.

47 Oetker/Maultzsch, HGB, 5. Aufl. 2017, § 354a Rn. 10; MüKoHGB/B/K. Schmidt, 3. Aufl. 2013, § 354a Rn. 35; ders., Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 78; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 170.

48 Dazu sogleich unten II. B. 4.

erfasst.⁴⁹ Ausgangspunkt der Betrachtungen bildet das Regelungsanliegen des § 354a Abs. 2 HGB, der insbesondere den missbilligten Aktivitäten von Hedgefonds und anderen Finanzinvestoren entgegenwirken soll, die mittels Forderungserwerb die Kontrolle krisengeschüttelter Unternehmen an sich ziehen wollen. Eine entsprechende Gefahrenlage besteht bei gegen die öffentliche Hand gerichteten Darlehensforderungen hingegen nicht. Davon abgesehen spricht der entstehungsgeschichtliche Hintergrund für eine teleologische Reduktion der Ausnahmevorschrift.⁵⁰ Berücksichtigt man außerdem das schützenswerte Refinanzierungsinteresse der Kreditinstitute, erscheint es nur konsequent, gegen die öffentliche Hand gerichtete Darlehensforderungen aus dem Anwendungsbereich des § 354a Abs. 2 HGB auszuklammern.

4. Rechtspolitische Würdigung

Aus rechtspolitischer Perspektive kann die Bereichsausnahme für Bankdarlehen, die nach § 354a Abs. 2 HGB dazu führt, dass in Kreditverträgen mit Unternehmen wirksame Abtretungsbeschränkungen nach § 399 Alt. 2 BGB vereinbart werden können, nicht überzeugen. Zwar ist die Vorschrift vor dem Hintergrund zu würdigen, dass Darlehensforderungen in großem Stil an Finanzinvestoren veräußert und übertragen worden sind, die auf diese Weise die Kontrolle über das kreditnehmende Unternehmen gewinnen können. Doch ist in diesem Zusammenhang ebenso zu berücksichtigen, dass Hedgefonds und anderen Finanzinvestoren noch andere Wege offenstehen, um sich die Darlehensforderungen gegen schwächelnde Unternehmen zu verschaffen. Man denke nur an die sogleich⁵¹ behandelten Mechanismen des Spaltungsrechts nach §§ 123 ff. UmwG. Der Forderungsübergang im Wege partieller Universalsukzession vollzieht sich ungeachtet etwaiger Abtretungs- und anderweitiger Verfügungsbeschränkungen.

Davon abgesehen ist dem Schutzinteresse des kaufmännischen Darlehensschuldners – das angesichts der alternativen Handlungsmöglichkeiten

von Finanzinvestoren nicht überschätzt werden darf – das Refinanzierungsinteresse der Kreditinstitute gegenüber zu stellen. Insbesondere erschwert § 354a Abs. 2 HGB eine Refinanzierung bei der Zentralbank⁵² und verschärft damit signifikant die Risikolage vor allem kleiner und mittelgroßer Bankhäuser.⁵³ Darüber hinaus muss bezweifelt werden, dass Kreditinstitute über hinreichende Verhandlungsstärke verfügen, um ihr Refinanzierungsinteresse im Rahmen privatautonomer Verhandlungen mit ihren Vertragspartnern durchzusetzen.⁵⁴ Bei einer Abwägung der tangierten Interessen gewinnt man den Eindruck, dass mit der Einführung des § 354a Abs. 2 HGB das Refinanzierungsinteresse der Banken in wenig überzeugender Weise dem Bestandsinteresse unternehmerischer Kreditschuldner geopfert worden ist.

Die Vorbehalte gegen die Bereichsausnahme für Bankdarlehen verstärken sich weiter mit Blick auf das überindividuelle Interesse an der Schnelligkeit und Leichtigkeit des Rechts- und Handelsverkehrs – dem Regelungsziel der zentralen Grundsatznorm des § 354a Abs. 1 S. 1 HGB.⁵⁵ Soweit Abtretungsbeschränkungen danach keine Wirkung entfalten, wird die ungehinderte Zirkulationsfähigkeit der Forderungen wiederhergestellt und damit deren Verwertung zu Veräußerungs- und Sicherungszwecken gewährleistet. Zugleich wird die Kreditfähigkeit der Unternehmen verbessert.⁵⁶ Davon abgesehen entspricht die freie Übertragbarkeit unternehmerischer Forderungen dem internationalen Trend⁵⁷ und erweist sich auch aus rechtspolitischer Perspektive als vorteilhaft, weil Kosten für Nachforschungsmaßnahmen über etwaige Abtretungsbeschränkungen entfallen und mit dem Schuldner nicht über die Genehmigung einer abredewidrigen Abtretung verhandelt werden muss. Das senkt Transaktionskosten, leistet einen Beitrag zur effizienten Allokation unternehmerischer Forderun-

49 Dafür MüKoHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2013, § 354a Rn. 35; Heidel/Schall/Klappstein, HGB, 2. Aufl. 2017, § 354a Rn. 10; Rumpker, Forderungs- und Grundschuldzession nach dem Risikobegrenzungssetz, 2010, S. 95; im Ergebnis offenbar ebenso Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/E. Wagner, HGB, 3. Aufl. 2014, § 354a Rn. 3a; Lehmann ZGS 2009, 214, 217; dagegen Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 172 f.

50 Dazu näher Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 172.

51 Siehe unten III. C.

52 Kritisch auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/E. Wagner, HGB, 3. Aufl. 2014, § 354a Rn. 3a; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 199; positiv hingegen Koch ZBB 2008, 232, 237.

53 Vgl. Stürmer ZHR 173 (2009), 363, 371; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 199.

54 Vgl. Oetker/Maultzsch, HGB, 5. Aufl. 2017, § 354a Rn. 9; Stürmer ZHR 173 (2009), 363, 371.

55 Dazu näher Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 199.

56 Rechtsausschuss, BT-Drucks. 12/7912, S. 24.

57 Dazu näher BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 16 ff., 23; Armgardt RabelsZ 73 (2009), 314 ff.; Basedow ZEuP 1997, 615 ff.; Bruns WM 2000, 505 ff.; Kieninger ZEuP 2010, 724, 732 ff.; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 1063 ff.

gen und maximiert so den gesamtwirtschaftlichen Wohlstand. Dass § 354a Abs. 1 S. 1 HGB die Wirksamkeit der Abtretung unternehmerischer Forderungen trotz bestehender Verfügungsbeschränkung anordnet, ist daher uneingeschränkt zu begrüßen.⁵⁸ Umgekehrt erweist sich die Bereichsausnahme für Bankdarlehen als systemwidrig. Das gilt umso mehr, als sie als Regelung im Zusammenhang mit der Verbesserung des Verbraucherschutzes – für Kaufleute (!) – konzipiert ist.⁵⁹

C. BANKGEHEIMNIS UND DATENSCHUTZ

Lange war umstritten, ob einer wirksamen Forderungszession das Bankgeheimnis (vgl. Nr. 2 Abs. 1 AGB-Banken) oder datenschutzrechtliche Vorgaben (vgl. § 3 Abs. 4 S. 2 BDSG) entgegengehalten werden können. Heute entspricht es der – auch höchstrichterlich gut abgesicherten – zutreffenden hM, dass beide Aspekte keine Übertragungshindernisse darstellen.

Zwar folgt aus dem Bankgeheimnis eine Verschwiegenheitspflicht des Zedenten gegenüber dem Schuldner, die im Fall der Forderungszession mit dem Informationsanspruch des Zessionars aus § 402 BGB kollidiert.⁶⁰ Dies allein reicht indes nach zutreffender hM nicht aus, um auf eine konkludente Abtretungsbeschränkung nach § 399 Alt. 2 BGB zu schließen.⁶¹ Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Verbraucher- oder Unternehmerkredit handelt,⁶² die zederte Darlehensforderung notleidend ist⁶³ oder nicht⁶⁴, und ob die Abtretung

durch eine Privatbank⁶⁵ oder eine Sparkasse⁶⁶ erfolgt. Denn von einer – lediglich schuldrechtlich wirkenden – Geheimhaltungsvereinbarung kann nicht zulässigerweise auf eine – gegenständlich wirkende – Abtretungsbeschränkung geschlossen werden.⁶⁷ Angesichts der hohen Bedeutung der freien Übertragbarkeit von Forderungsrechten muss der Parteiwille mit hinreichender Deutlichkeit auf eine verfassungshemmende Ausgestaltung des Leistungsanspruchs gerichtet sein; im Zweifel ist von der Vereinbarung eines bloß schuldrechtlich wirkenden Abtretungsverbots auszugehen.⁶⁸

Davon abgesehen begründen datenschutzrechtliche Vorgaben nach zutreffender Auffassung kein gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB, das der Forderungszession entgegenstehen könnte.⁶⁹ Zugleich wird sich vielfach ergeben, dass die Offenbarung der Informationen nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG erforderlich ist, um berechnete Interessen der Bank zu schützen, und die schutzwürdigen Interessen der Kunden überwiegen, die ihrerseits durch Ersatzansprüche abgesichert sind und das Ausbleiben der Leistung regelmäßig zu vertreten haben.⁷⁰ Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) verneint.⁷¹ An diesen Grundsätzen dürfte sich auch durch die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) wenig ändern.⁷²

Inzwischen ist durch die Einfügung des § 496 Abs. 2 BGB im Zuge des Risikobegrenzungsgesetzes implizit anerkannt, dass weder das Bankgeheimnis noch datenschutzrechtliche Vorschriften der Wirksamkeit der Forderungsabtretung entgegenstehen.⁷³

58 Im Ergebnis ebenso MüKoHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2013, § 354a Rn. 4; Staub/Canaris, HGB, 4. Aufl. 2004, § 354a Rn. 5; ders. Handelsrecht, 2006, § 26 Rn. 40 f.; Pfitzer/Wirth DB 1994, 1937, 1940; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 198 f.; aA Grub ZIP 1994, 1649 f.; Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 280.

59 Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/E. Wagner, HGB, 3. Aufl. 2014, § 354a Rn. 3a; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 70; Lehmann ZGS 2009, 214, 217; Stürmer ZHR 173 (2009), 363, 371; positive Einschätzung aber bei Schimansky WM 2008, 1049, 1051; Knops WM 2008, 2185, 2192; Nefzger, Vertragliche Abtretungsverbote, 2013, S. 166 f. (der die Vorschrift aber gleichermaßen als sachfremd bezeichnet, S. 167); Rohe FS Schwark, 2009, S. 611, 613 f.

60 Dazu und zum Folgenden bereits BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 123.

61 BGHZ 171, 180; BGH NJW 2010, 361; 2011, 3024.

62 Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 399 Rn. 8.

63 BGHZ 171, 180; BGH NJW 2010, 361.

64 OLG München BKR 2008, 420.

65 BGHZ 171, 180; OLG München BKR 2008, 420.

66 BGH NJW 2010, 361.

67 So bereits BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 123.

68 Dazu näher Staudinger/Busche, BGB, 2012, § 399 Rn. 54; BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 399 Rn. 123, 123.1; Nobbe WM 2005, 1537, 1541; vgl. noch Peters AcP 206 (2006), 843, 862, der für eine ergänzende Auslegung der Parteiabrede eintritt.

69 BGHZ 171, 180 Rn. 28 ff.; kritisch NK-BGB/KreBe, 3. Aufl. 2016, § 399 Rn. 18.

70 OLG Köln NJW-RR 2006, 263, 265; LG Frankfurt a.M. BB 2005, 125; jurisPK-BGB/Rosch, 7. Aufl. 2016, § 399 Rn. 23; Ashkar/Zieger ZD 2016, 58, 61 f.; Sester/Glos DB 2005, 375, 377; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1564; Schilmar/Breiteneicher/Wiedenhofer DB 2005, 1367, 1370.

71 BVerfG NJW 2007, 3707, 3708; Peters AcP 206 (2006), 843.

72 Vgl. die Hinweise bei Ashkar/Zieger ZD 2016, 58 ff.

73 Staudinger/Freitag, BGB, 2015, § 488 Rn. 259; MünchKommBGB/Schürnbrand, 7. Aufl. 2017, § 496 Rn. 13; Soergel/Seifert, BGB, 13. Aufl. 2014, § 496 Rn. 12; Langenbucher NJW 2008, 3169, 3171.

III. GESAMTNACHFOLGE

Die bisher behandelte Einzelnachfolge bildet den bürgerlichrechtlichen Grundfall der Übertragungstatbestände (Sukzessionen) und umfasst neben der Forderungszession auch die Schuld- und Vertragsübernahme sowie die Übertragung von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Hiervon ist die – auch Universalsukzession genannte – Gesamtnachfolge zu unterscheiden, bei welcher sich der Vermögenstransfer gerade nicht nach den für den konkreten Gegenstand geltenden Rechtsvorschriften (§§ 398, 414, 415, 929 ff., 873, 925 BGB) vollzieht,⁷⁴ sondern auf der Grundlage eines – für sämtliche Vermögenspositionen geltenden – einheitlichen Übertragungstatbestands (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1, 176, 177 UmwG), der eigenen Gesetzmäßigkeiten gehorcht.⁷⁵

A. BESONDERHEITEN DER GESAMTNACHFOLGE

Die Besonderheit der Gesamtnachfolge besteht in dem einheitlichen und zeitgleichen Übergang einer zum Vermögen des übertragenden Rechtsträgers gehörenden Gesamtheit von Rechten und Pflichten auf den übernehmenden Rechtsträger.⁷⁶ Dieser Vermögenstransfer vollzieht sich *uno actu* ungeachtet der Qualität und Quantität der zum Vermögen gehörenden Gegenstände und ungeachtet der für die Einzelnachfolge geltenden Kautelen. Dementsprechend entfallen in der praktischen Anwendung auch die für die einzelnen Übertragungsgegenstände vorgesehenen Vollzugelemente.⁷⁷ Namentlich der Eigentumserwerb an Grundstücken wird ohne Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch wirksam; eine Grundbuchberichtigung ist freilich mit Blick auf die Gefahr eines Erwerbs vom Nichtberechtigten (§ 892 BGB) sinnvoll. Die Vermögensgegenstände gehen selbst dann auf den Gesamtnachfolger über, wenn sie den Beteiligten unbekannt sind.⁷⁸ Damit wird effektiv vermieden,

dass einzelne Gegenstände beim übertragenden Rechtsträger zurückbleiben, herrenlos werden oder erlöschen.⁷⁹ Die hiermit erzielte rechtstechnische Vereinfachung und Erleichterung des Vermögenstransfers⁸⁰ sowie die zeitliche Konzentrationswirkung⁸¹ bilden die zentralen wirtschaftlichen Vorteile der Gesamtnachfolge.

Von den Mechanismen der Gesamtnachfolge kann sowohl bei der Verschmelzung von Kreditinstituten Gebrauch gemacht werden als auch bei der Ausgliederung und Abspaltung von Kreditportfolien.⁸² Im Fall der Verschmelzung findet eine totale Universalsukzession statt, die sich notwendig auf das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers bezieht (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Der übertragende Rechtsträger erlischt liquidationslos (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) und seine Anteilseigner erhalten ihrer bisherigen Beteiligung entsprechende Anteile am übernehmenden Rechtsträger (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Im Fall der Ausgliederung und Abspaltung erfolgt eine partielle Universalsukzession. Nicht sämtliche Vermögenswerte des übertragenden Rechtsträgers gehen auf den übernehmenden Rechtsträger über, sondern nur ein zuvor von den beteiligten Rechtsträgern im Rahmen des Spaltungsvertrags bzw. Spaltungsplans nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG spezifizierter Teil. Auf diese vertraglich individuell zusammengestellte Gesamtheit von Rechten und Pflichten findet sodann der universalsukzessive Übertragungsmodus Anwendung (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).⁸³ Bei der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) erwerben die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers Anteile am übernehmenden Rechtsträger. Bei der Ausgliederung erwirbt der fortbestehende übertragende Rechtsträger selbst die Anteile am übernehmenden Rechtsträger (§ 123 Abs. 3 UmwG).

74 Wolf/Neuner, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 19 Rn. 42; Marx, Auswirkungen der Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz auf Rechtsverhältnisse mit Dritten, 2001, S. 80.

75 Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 717; zum Erbfall vgl. noch MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn. 147; Muscheler, Erbrecht, 2010, Rn. 800.

76 Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 36, 716.

77 Vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 16 I 6 c.

78 Vgl. Lutter/Grünwald, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 10; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 8; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 4.

79 Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 718; vgl. zum Erbrecht Lange, Erbrecht, 2011, § 8 Rn. 24; Meincke DStJG 10 (1987), 19, 30.

80 Vgl. Claussen, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 1995, S. 109; Windel, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998, S. 14 f.; Klöhn JuS 2003, 360, 364.

81 Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 718; Voigt, Umwandlung und Schuldverhältnis, 1997, S. 15.

82 Im Zusammenhang vgl. Früh FS Hopt, 2010, S. 1823, 2836 ff.

83 Für die hM vgl. KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 131 Rn. 9; Heidenhain ZIP 1995, 801; Kleindiek ZGR 1992, 513, 514; K. Schmidt AcP 191 (1991), 495, 520, 523; Teichmann ZGR 1993, 396, 403; abweichend Claussen, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 1995, S. 145 ff., 156 ff., 160 ff.

B. PRINZIP DER SPALTUNGSFREIHEIT

Das moderne deutsche Spaltungsrecht eröffnet den Beteiligten einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Frage, welche Vermögenspositionen im Wege der partiellen Gesamtnachfolge transferiert werden sollen.⁸⁴ Mit anderen Worten herrscht hier Spaltungsfreiheit.⁸⁵ Die Beteiligten sind in der Lage, jeden einzelnen Gegenstand jedem Rechtsträger grundsätzlich nach Belieben zuzuweisen.⁸⁶ Insbesondere können Aktiva und Passiva getrennt oder disproportional zugewiesen werden,⁸⁷ und zwar auch dann, wenn es sich hierbei um integrierte Unternehmen oder deren Teile handelt.⁸⁸ Auch die Übertragung von einzelnen Gegenständen, wie zB einzelner Kreditforderungen, ist zulässig.⁸⁹ Nachdem im Gesetzgebungsverfahren eine Sondervorschrift gestrichen worden ist,⁹⁰ können die Beteiligten wählen, ob sie einen Gegenstand im Wege der Einzelnachfolge oder im Wege der partiellen Gesamtnachfolge übertragen wollen.

Wie jede Freiheit unterliegt auch die umwandlungsrechtliche Spaltungsfreiheit Grenzen. Hier spielen vor allem die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Trennungsverbote, die Vorgaben des institutionellen Kapitalschutzsystems und das allgemeine Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens eine Rolle.⁹¹ Spezifische Implikationen für die Ausgliederung von einzelnen Darlehensforderun-

gen und umfangreichen Kreditportfolien ergeben sich hieraus aber nicht⁹². Einzig soll an dieser Stelle kurz klargestellt werden, dass die Grenzen für einen etwaigen Rechtsmissbrauch eng zu ziehen sind. Insbesondere ist es nicht per se rechtsmissbräuchlich, wenn eine einzelne Darlehensforderung im Wege der partiellen Universalsukzession übertragen werden soll.⁹³ Das gilt umso mehr, als die berechtigten Interessen der übrigen von der Spaltung tangierten Interessengruppen durch anderweitige Schutzmechanismen besonders abgesichert sind. So kommt speziell den Gläubigern die spaltungsrechtliche Transferhaftung nach § 133 Abs. 1 UmwG und der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach §§ 125 S. 1, 22 UmwG zugute. Geht es um die Überleitung von Dauerschuldverhältnissen, kommt ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 314 BGB in Betracht, in anderen Fällen eine Vertragsanpassung nach der Lehre von der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB.

C. RECHTSGESCHÄFTLICHE ABTRETUNGSBESCHRÄNKUNGEN

Es stellt einen zentralen praktischen Vorteil der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession dar, dass im Grundsatz sämtliche – mit Ausnahme höchstpersönlicher⁹⁴ – Rechtspositionen auf den Gesamtnachfolger übergehen, und zwar auch dann, wenn ihre Übertragung im Wege der Einzelnachfolge noch der Zustimmung anderer (mittelbar) Beteiligter bedurft hätte. Das gilt namentlich für den Übergang von Verbindlichkeiten und komplexen Vertragsverhältnissen, der gerade nicht nach §§ 414, 415 BGB (analog) der Zustimmung des Forderungsgläubigers respektive des verbleibenden Vertragspartners bedarf.⁹⁵

84 Dazu und zum Folgenden *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 727 ff.

85 Vgl. nur *Semler/Stengel/Maier-Reimer/Seulen*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 133 Rn. 1; *Lutter/Priester*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 59; *Berner/Klett NZG* 2008, 601; *Heidenhain NJW* 1995, 2873, 2876 ff.; *Müntefering*, Zivilrechtliche Grenzen der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 28 ff.; *Voigt*, Umwandlung und Schuldverhältnis, 1997, S. 51 ff.; *Habersack FS Bezenberger*, 2000, S. 93; kritisch de lege ferenda *Clausen*, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 1995, S. 184 ff.

86 Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 118.

87 *Semler/Stengel/Maier-Reimer/Seulen*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 133 Rn. 1; *Lutter/Schwab*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 133 Rn. 15; *Müntefering*, Zivilrechtliche Grenzen der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 29; *Habersack FS Bezenberger*, 2000, S. 93, 104 f.; einschränkend *K. Schmidt ZGR* 1993, 366, 391, 393 f.; *ders.* ZGR 1995, 675, 686 f.

88 Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 118; *Lutter/Priester*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 126 Rn. 59; *Schöne*, Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH gem. §§ 123 ff. UmwG, 1998, S. 35 f.; *Voigt*, Umwandlung und Schuldverhältnis, 1997, S. 52.

89 Vgl. nur *Lutter/Teichmann*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 123 Rn. 9; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 6 II 1 b; *J. W. Flume*, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 2; *Schöne*, Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH gem. §§ 123 ff. UmwG, 1998, S. 35; kritisch *Zöllner FS Kropff*, 1997, S. 333; aA (ohne Begründung) *Pickhardt DB* 1999, 729.

90 S. dazu Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 116.

91 Dazu ausf. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 728 ff.

92 Überhaupt zweifelnd etwa *Heidenhain ZHR* 168 (2004), 468, 480; *Schröer FS Maier-Reimer*, 2010, S. 657, 664 ff.; aA aber *Lutter/Teichmann*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 131 Rn. 16.

93 Vgl. allgemein die Diskussion bei *Bayer/Schmidt NZG* 2006, 841, 845; *Heidenhain ZHR* 168 (2004), 468, 480; *Schröer FS Maier-Reimer*, 2010, S. 657, 665.

94 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 19; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, UmwG, 7. Aufl. 2016, § 131 Rn. 11; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz*, UmwG, 7. Aufl. 2016, § 20 Rn. 84; deutlich großzügiger *J. W. Flume*, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 153 ff.

95 Dazu ausf. *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 732 ff.; vgl. weiter *BAGE* 114, 1, 10 f.; 126, 120, 125; *OLG Dresden BKR* 2008, 377, 378; *OLG Karlsruhe NZG* 2009, 315, 316 f.; *Semler/Stengel/Schröer*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 131 Rn. 33; *Lutter/Teichmann*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 131 Rn. 49.

Darlehensforderungen gehen nach zutreffender hM⁹⁶ auch dann kraft universalsukzessiver Gesamtnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn zwischen den originären Parteien des Darlehensvertrags eine rechtsgeschäftliche Abtretungsbeschränkung nach § 399 Alt. 2 BGB vereinbart war. Mit Blick auf die Verschmelzung und Aufspaltung kann die noch vereinzelt vertretene Gegenauffassung⁹⁷ schon deshalb nicht überzeugen, weil sie im Ergebnis zu einem ersatzlosen Wegfall der vinkulierten Forderung führen muss. Auch aus § 412 BGB kann nichts anderes gefolgert werden, weil sich die Vorschrift auf einen gesetzlichen Forderungsübergang bezieht, während die umwandlungsrechtliche Universalsukzession nicht nur ein eigenständiges Regime darstellt, sondern auch einen Vermögenstransfer kraft Rechtsgeschäfts anordnet.⁹⁸

Aber auch für die Abspaltung und die Ausgliederung kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Anerkennt man nämlich mit der allgemeinen Meinung, dass Verbindlichkeiten und gesamte Vertragsverhältnisse ohne die Zustimmung der jeweiligen Gegenpartei übergehen, dann bedeutet es einen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch, wenn der universalsukzessive Übergang an einer rechtsgeschäftlichen Abtretungsbeschränkung scheitern sollte.⁹⁹ Auf Grundlage dieser Position wird auch vermieden, dass komplexe Vertragsver-

hältnisse durch den Verbleib einer vinkulierten Forderung aufgespalten werden.¹⁰⁰ Zudem werden die berechtigten Interessen des Forderungsschuldners durch eine analoge Anwendung der zessionsrechtlichen Schuldnerschutzvorschriften (§§ 404, 406 ff. BGB) hinreichend gewahrt.¹⁰¹

D. SUKZESSIONSSCHUTZ

Die entsprechende Anwendung von bürgerlichrechtlichem Abtretungsrecht ist Bestandteil des übergeordneten Sukzessionsschutzsystems der umwandlungsrechtlichen Gesamtnachfolge.¹⁰² Hierzu gehören weiterhin die Sondervorschriften über den individuellen Gläubigerschutz in Form der spaltungsrechtlichen Transferhaftung nach § 133 Abs. 1 UmwG, der Ansprüche auf Sicherheitsleistung nach §§ 22, 36 Abs. 1, 125, 133 Abs. 1 S. 2, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 204 UmwG) und der besonderen Schadensersatzpflicht der Mitglieder von Verwaltungsorganen der beteiligten Rechtsträger (vgl. §§ 25 ff., 36 Abs. 1, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 205, 206 UmwG) sowie die allgemeinen kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorschriften des institutionellen Gläubigerschutzes.

Für den Übergang von Darlehensforderungen ist das Recht des Vertragspartners zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB von besonderer Bedeutung.¹⁰³ In diesem Zusammenhang anerkennt ein beachtlicher Teil des Schrifttums unter Hinweis auf einen Verstoß gegen das Prinzip der freien Vertragspartnerwahl selbst dann ein Kündigungsrecht, wenn es an einem wichtigen Grund nach bürgerlichrechtlichen Maßstäben fehlt.¹⁰⁴ Dem ist – im Anschluss an die hM¹⁰⁵ – mit Blick

96 Vgl. allgemein BGH ZIP 2016, 2015 Rn. 25 ff.; RGZ 136, 313, 315 f.; OLG Düsseldorf BeckRS 2015, 06718 Rn. 23 ff.; Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel, UmwG, 1996, § 20 Rn. 19; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 8; Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Stand: April 2017, § 20 Rn. 32; zum Ganzen ausf. BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 412 Rn. 29 ff.; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 734; Lieder/Scholz ZIP 2015, 1705, 1706 f.

97 Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl. 1990, § 412 Rn. 1; erwägend auch MüKoBGB/Roth/Kieninger, 7. Aufl. 2016, § 412 Rn. 15; vgl. noch Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 20 UmwG Rn. 4 f.

98 Zum letzten Punkt grundlegend K. Schmidt AcP 191 (1991), 495 ff., 510 ff.; ausf. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 722 ff.; vgl. weiter Lutter/Joost, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 324 Rn. 2; Lutter/Teichmann, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 123 Rn. 5; KölnKommUmwG/Dauner-Lieb, 2009, Einl. A Rn. 50; aA die hM; vgl. etwa BFH DStR 1994, 1190 (zu § 93e GenG aF); Lutter/Drygala, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 6; Kallmeyer/Marsch-Barner, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 4; Semler/Stengel/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 35; Widmann/Mayer/Mayer, UmwG, Stand: April 2017, § 4 Rn. 22; Semler/Stengel/Schröer, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 6; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 7. Aufl. 2016, § 4 Rn. 8.

99 BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 412 Rn. 31; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 736; vgl. weiter K. J. Müller BB 2000, 365, 366 f.; Hennrichs, Formwechsel und Gesamtnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 143.

100 Zum Ganzen näher BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 412 Rn. 31; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 736 f.

101 Dazu eingehend BeckOGK/Lieder, BGB, Stand: 1. 12. 2016, § 412 Rn. 36 ff.; Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 768 ff.

102 Dazu und zum Folgenden ausf. Lieder in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 4 Rn. 48 ff. (im Erscheinen) zu Individual- und Minderheitenschutz, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz; vgl. weiter Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 758 ff., 767 ff.

103 Auf dieser Option verweist ausdrücklich Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 19.

104 So LG Hamburg NJW-RR 1989, 995, 996 f.; Rieble ZIP 1997, 301, 308 f.; für den Fall eines Abtretungsverbots C. Schäfer ZHR Beiheft 68 (1999), 114, 140; für Bankkunden Simitis ZHR 165 (2001), 453, 460 f.

105 Im Ergebnis ebenso BGHZ 150, 365, 369 ff.; 200, 221, 229; BeckOGK/Wiersch, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 131 Rn. 20; K. Schmidt DB 2001, 1019, 1023; ders. FS Ulmer, 2003, S. 557, 570; J. W. Flume, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 175; Hennrichs, Form-

auf die mit Umwandlungsmaßnahmen bezweckte Identität und Kontinuität der betroffenen Rechtsverhältnisse nachdrücklich zu widersprechen.¹⁰⁶ Mit dem durch die Umwandlungsmaßnahme erstrebten wirtschaftlichen Erfolg¹⁰⁷ ist es nicht in Einklang zu bringen, wenn sich Vertragspartner von unliebsamen Bindungen lösen könnten, obgleich ihre Rechtsposition – einmal abgesehen von einem neuen Gegenüber – durch den Übergang praktisch unberührt bleibt. Namentlich das Befriedigungsinteresse des Darlehensgebers ist durch die spaltungsrechtliche Transferhaftung sowie den Anspruch auf Sicherheitsleistung effektiv geschützt. Zudem sorgt die entsprechende Anwendung der zessionsrechtlichen Schuldnerschutzvorschriften dafür, dass sich die Rechtsstellung des Darlehensnehmers nicht verschlechtert. Dieser wird insbesondere von dem Risiko entbunden, in Unkenntnis des Vertragspartnerwechsels mit dem falschen Gläubiger zu interagieren. Insgesamt wird sein Vertrauen auf einen unveränderten Fortbestand der vertraglichen Rechtsstellung geschützt.

Dementsprechend kann der übergeleitete Darlehensvertrag nur gekündigt werden, wenn sich die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls und unter Abwägung aller berührten Interessen als unzumutbar erweist.¹⁰⁸ In diesem Sinne kommen etwa die mangelnde Vertrauenswürdigkeit¹⁰⁹ des neuen Darlehensgebers und die mangelnde Bonität¹¹⁰ oder fehlende Kapi-

talausstattung¹¹¹ des neuen Darlehensnehmers als wichtige Gründe iSd. § 314 BGB in Betracht. Selbst wenn aber diese Hürde genommen wird, muss die außerordentliche Kündigung nach den allgemeinen Grundsätzen stets *ultima ratio* bleiben.¹¹² Insbesondere aufseiten des Darlehensgebers kommt eine Kündigung nur in Betracht, wenn die spaltungsrechtliche Transferhaftung und der Anspruch auf Sicherheitsleistung¹¹³ den jeweils verbliebenen Vertragspartner nicht hinreichend schützen.¹¹⁴ Das kommt auch in Betracht, wenn der neue Vertragspartner die Sicherheitsleistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringt.¹¹⁵ Löst sich der Darlehensnehmer auf dieser Grundlage vom Kreditvertrag, ist er zur Leistung einer Vorfälligkeitsentschädigung nicht verpflichtet.¹¹⁶

Darüber hinaus ist umstritten, ob ein Kündigungsrecht anzunehmen ist, wenn Vertragsverhältnisse vom betreffenden Unternehmensteil getrennt werden.¹¹⁷ Die affirmative Position setzt sich hier in Widerspruch zur legislatorischen Grundentscheidung, den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern eine möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit zu gewähren. Die damit verbundenen

wechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 49; *Wiesner* ZHR Beiheft 68 (1999), 168, 176 f.; *Schröder* FS Maier-Reimer, 2010, S. 657, 667; vermittelnd *Müntefering*, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 181 ff.

106 Dazu und zum Folgenden bereits *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 776 f.

107 Speziell darauf hinweisend *Henrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 120; *K. Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 161; *Müntefering*, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 183.

108 Dazu und zum Folgenden bereits *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 776.

109 Vgl. *Rieble* ZIP 1997, 301, 305; *Schröder* FS Maier-Reimer, 2010, S. 657, 668; *K. Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 148 f.; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1837; ebenso (für Unzumutbarkeit) *BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 47; großzügiger OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 1492; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 334 f.; strenger *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 53 Fn. 7.

110 Dazu einerseits *BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 47; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014,

§ 20 Rn. 53; *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1837, 1839; andererseits *Schröder* FS Maier-Reimer, 2010, S. 657, 668; vgl. noch *Semler/Stengel/Schröder*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 131 Rn. 36; *Eusani* WM 2004, 866, 871.

111 Vgl. etwa *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 335 ff.

112 Vgl. *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 53; *Semler/Stengel/Schröder*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 131 Rn. 36; *Schröder* FS Maier-Reimer, 2010, S. 657, 667 f.; *K. Schmidt* DB 2001, 1019, 1023; *Fuhrmann/Simon* AG 2000, 49, 57; *Rieble* ZIP 1997, 301, 305; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 333 ff.; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1839; siehe aber auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 1493; kritisch dazu *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, Stand: April 2017, § 20 Rn. 177.16 f.; vgl. weiter *Marsch-Barner/Mackenthun* ZHR 165 (2001), 426, 437.

113 Zur Bedeutung in diesem Zusammenhang vgl. BGHZ 150, 365, 370; *BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 47; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 53; *Semler/Stengel/Maier-Reimer/Seulen*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 22 Rn. 19, 46 f.; *Rieble* ZIP 1997, 301, 305.

114 *J. W. Flume*, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 176; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 777.

115 Vgl. *Semler/Stengel/Maier-Reimer/Seulen*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 22 Rn. 69; *Petersen*, Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, 2001, S. 344.

116 *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1837.

117 Dafür *Bitter* ZHR 173 (2009), 379, 426 f., 433; *ders.* ZHR 174 (2010), 499, 504 f.; ähnlich *Müntefering*, Zivilrechtliche Schranken der partiellen Universalsukzession, 2003, S. 184; dagegen *Schröder* FS Maier-Reimer, 2010, S. 657, 667 f.; offenbar auch *J. W. Flume*, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 137 ff., 178 f., 211.

wirtschaftlichen Vorteile würden weitgehend eingebüßt, wenn Unternehmen aus Furcht vor einer leichtfertigen Bejahung von außerordentlichen Kündigungsrechten von den spaltungsrechtlichen Umwandlungsmaßnahmen keinen praktischen Gebrauch machen würden.

E. BANKGEHEIMNIS UND DATENSCHUTZ

Anders als bei der Einzelnachfolge¹¹⁸ ist noch nicht abschließend geklärt, wie sich Datenschutz und Bankgeheimnis mit dem durch (partielle) Universalsukzession bewerkstelligten Übergang von Daten und Dateien auf den übernehmenden Rechtsträger in Einklang bringen lassen. Allerdings wird nur vereinzelt die Auffassung vertreten, dass dem Datenschutz der Vorrang gegenüber der Gesamtnachfolge gebühre und der Betroffene daher in einen Datenübergang einwilligen müsse.¹¹⁹ Demgegenüber stehen datenschutzrechtliche Erwägungen nach hM einer Gesamtnachfolge nicht entgegen.¹²⁰ Allerdings wird über die Begründung heftig gestritten. Während einige bereits die Übermittlung von Daten iSd. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG in Abrede stellen,¹²¹ betrachten andere die Gesamtnachfolgetatbestände als Erlaubnisnormen iSd. § 4 Abs. 1 BDSG;¹²² vereinzelt wird sogar von einem konkludenten Einverständnis in die Weitergabe personenbezogener Daten nach § 4a BDSG ausgegangen¹²³; häufiger wird die Zulässigkeit aus §

28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG hergeleitet.¹²⁴ Schließlich wird speziell für die Spaltung auf die Streichung des § 132 UmwG aF hingewiesen.¹²⁵

Im Zusammenhang mit dem universalsukzessiven Vermögenstransfer kommt es notwendig zu einem Übergang von Daten und Dateien auf den Gesamtnachfolger. Eine Vielzahl von Vermögenswerten lassen sich ohne die Überleitung personenbezogener Daten wirtschaftlich nicht effektiv nutzen. Wäre die Gesamtnachfolge in solche Gegenstände daher in jedem Fall von der Einwilligung der Betroffenen abhängig und müssten sich die an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Rechtsträger jeweils bei dem Betroffenen um eine Einwilligung bemühen, würde ein großer Teil der ökonomischen Vorteile des universalsukzessiven Vermögenstransfers beseitigt. Dies liefe auch der legislatorischen Intention des UmwG-Gebers zuwider. Das gilt umso mehr seit der ersatzlosen Streichung des § 132 UmwG aF. Die Materialien zur Gesetzesänderung¹²⁶ lassen keinen Zweifel daran, dass der verbleibende Vertragspartner den Vermögensübergang hinzunehmen hat und ihm als Ausgleich allein die nach Bürgerlichem Recht geltenden allgemeinen Vorschriften zur Seite stehen.

Hinzu kommt, dass auch die Übertragung von Darlehensforderungen im Wege der Einzelnachfolge nicht zur Unwirksamkeit der Forderungszession führt. Es muss daher wertungswidersprüchlich erscheinen, wenn ein ohne die Einwilligung des Betroffenen erfolgter universalsukzessiver Vermögenstransfer aus datenschutzrechtlichen Erwägungen unwirksam wäre. Das gilt umso mehr, als dem Betroffenen im Einzelfall – soweit die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind – ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zustehen kann.¹²⁷ Damit werden die berechtigten Interessen ebenso geschützt wie durch die

118 Siehe oben II. C.

119 So *Simitis* ZHR 165 (2001), 453, 461.

120 OLG Stuttgart NJOZ 2007, 1211, 1220; BeckOGK/*Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 56; Kallmeyer/*Marsch-Barner*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23a; KölnKommUmwG/*Simon*, 2009, § 20 Rn. 35; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1836 f.

121 LG München BeckRS 2007, 06524; Semler/Stengel/*Kübler*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 11; Kallmeyer/*Marsch-Barner*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23a; *Lüttge* NJW 2000, 2463, 2465; *Marsch-Barner/Mackenthun* ZHR 165 (2001), 426, 433 f.; *Schaffland* NJW 2002, 1539, 1540 f.; *Schröcker*, Datenschutz und Universalsukzession bei Verschmelzungen nach UmwG, 2006, S. 162 ff.; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1836; aA *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 42; *Teichmann/Kießling* ZGR 2001, 33, 49; *Zöllner* ZHR 165 (2001), 440, 442 ff.; *Scharf*, Umwandlung und Datenschutz, 2008, S. 126 ff.

122 Kallmeyer/*Marsch-Barner*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23a; *Hahn*, Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 175 ff.; *Marsch-Barner/Mackenthun* ZHR 165 (2001), 426, 431; *Teichmann/Kießling* ZGR 2001, 33, 57 f.; aA BeckOGK/*Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 56; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 42; *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, Stand: April 2017, § 20 Rn. 177.11; *Bitter* ZHR 173 (2009), 379, 394 f.; *Wengert/Widmann/Wengert* NJW 2000, 1289, 1292; *Zöllner* ZHR 165 (2001), 440, 445 f.

123 *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, Stand: April 2017, § 20 Rn.

177.17.

124 BeckOGK/*Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 56; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 42; *Zöllner* ZHR 165 (2001), 440, 446 ff.; vgl. noch Kallmeyer/*Marsch-Barner*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23a; einschränkend *Wengert/Widmann/Wengert* NJW 2000, 1289, 1292 f.

125 *Bredow/Vogel* BKR 2008, 271, 277; *Früh* FS Hopt, 2010, S. 1823, 1838; wohl auch *Langenbacher* NJW 2008, 3169, 3170; aA *Bitter* ZHR 173 (2009), 379, 395 ff.

126 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 19.

127 Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, 1492; Semler/Stengel/*Kübler*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 11; BeckOGK/*Rieckers/Cloppenburg*, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 56; *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, Stand: April 2017, § 20 Rn. 177.17; KölnKommUmwG/*Simon*, 2009, § 20 Rn. 35; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 42.

Einschränkung, dass die übermittelten Daten auch vom übernehmenden Rechtsträger nur für den ursprünglich vereinbarten Zweck verwendet werden dürfen¹²⁸ und zu löschen sind, wenn sie für besagten Zweck nicht mehr notwendig sind.¹²⁹

Das alles spricht für einen ungehinderten Übergang von Daten und Dateien, ohne dass eine Einwilligung des Betroffenen erforderlich scheint. Fraglich bleibt allein die dogmatische Begründung. Insofern geht es allerdings zu weit, die umwandlungsrechtlichen Gesamtnachfolgetatbestände per se als Erlaubnisnormen iSd. § 4 Abs. 1 BDSG oder gar insgesamt das UmwG als *lex specialis* gegenüber dem BDSG anzusehen. Denn für einen solchen allgemeinen Vorrang lassen sich weder aus den beiden Kodifikationen noch aus § 4 Abs. 1 BDSG hinreichende Anhaltspunkte entnehmen. Ebenso wenig erscheint es überzeugend, eine Übermittlung von Daten in Abrede zu stellen. Auch wenn die Rechtspositionen identitätswahrend auf den Gesamtnachfolger übergehen, ist der übernehmende Rechtsträger doch mit dem übertragenden Rechtsträger nicht

identisch und insofern Dritter iSd. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG. Nach dem Schutzzweck wird man jedenfalls den Anwendungsbereich des BDSG als eröffnet ansehen müssen. Auch ein Einverständnis zur Weitergabe personenbezogener Daten an den Gesamtnachfolger nach § 4a BDSG muss als eine unzulässige Willensfiktion erscheinen. Die besseren Gründe sprechen folglich dafür die Zulässigkeit aus § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG herzuleiten. Die allgemeinen Erwägungen sprechen gleichermaßen dafür, dass auch das Bankgeheimnis einem wirksamen Rechtsübergang nicht entgegenstehen kann.¹³⁰

128 BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 56; BeckOGK/Wiersch, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 131 Rn. 72; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 131 Rn. 41; Lutter/Teichmann, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 131 Rn. 122; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 11.

129 Kallmeyer/Sickinge, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 131 Rn. 20; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 131 Rn. 41; BeckOGK/Wiersch, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 131 Rn. 72.

130 BeckOGK/Rieckers/Cloppenburg, UmwG, Stand: 1. 1. 2017, § 20 Rn. 57; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 20 Rn. 35; Lutter/Grünwald, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 42; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23a; Marsch-Barner/Mackenthun ZHR 165 (2001), 426, 438; Hahn, Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 179 ff.; abweichend Bitter ZHR 173 (2009), 379, 397 ff., 425 f., 429 ff.; gegen diesen wiederum überzeugend Früh FS Hopt, 2010, S. 1823, 1841.

LITERATURVERZEICHNIS

- Armgaradt**, Von Mathias (2009) 'Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht' *RabelsZ*, p.314-335.
- Ashkar**, Daniel & **Zieger**, Christoph (2016) 'Datenschutzrechtliche Aspekte bei Forderungsveräußerungen' *ZD*, p. 58-65.
- Bamberger**, Georg & **Roth**, Herbert & **Hau**, Wolfgang & **Poseck**, Roman (Ed.) *beck-online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 43. Edition 2017, München.
- Basedow**, Jürgen (1997) 'Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention' *ZEuP*, p. 615-642.
- Bayer**, Walter & **Schmidt**, Jessica (2006) 'Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes' *NZG*, p. 841-846.
- Bazinas**, Spiro V. (1998) 'An International Legal Regime for Receivables Financing, UNCITRAL's Contribution' *Duke J. Comp. Int'l L.* 8, 315 ff.
- Becken**, Michael (2017) 'Die rechtlichen Grenzen der Veräußerung von Kreditportfolios' (PhD), Baden-Baden.
- Berger**, Christian (1998) 'Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen' (PhD), Tübingen.
- Bergjan**, Ralf (2012) 'Zivilrechtliche Probleme bei der Übertragung von Kreditportfolios' *ZIP*, p. 1997-2002.
- Bergmann**, Alfred & **Born**, Manfred & **Drescher**, Ingo et. al. (Ed.) *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3. Edition 2014, München.
- Berner**, Klaus & **Klett**, Sabine (2008) 'Die Aufteilung von Vertragsverhältnissen' *NZG*, p. 601-604.
- Bette**, Klaus (1994) 'Vertraglicher Abtretungsausschluss im deutschen und grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr' *WM*, p. 1909-1956.
- Bitter**, Georg (2009) 'Kreditverträge in Umwandlung und Umstrukturierung' *ZHR*, p. 397-435.
- Bitter**, Georg (2010) Besprechung zu Flume, Vermögenstransfer und Haftung, *ZHR Beiheft* 68, p. 499-505.
- Bredow**, Günther & **Vogel**, Hans-Gert (2008) 'Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze' *BKR*, p. 271-281.
- Bruns**, Alexander (2000) 'Die Dogmatik rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote im Lichte des § 354a HGB und der UNIDROIT Fachkonvention' *WM*, p. 505-514.
- Bülow**, Peter (Ed.) *Handelsrecht*, 7. Edition 2015, Heidelberg.
- Claussen**, Lorenz (1995) 'Gesamtnachfolge und Teilnachfolge' (PhD), Baden-Baden.
- Contrael**, Benjamin (2009) 'Das Bankgeheimnis bei der Abwicklung notleidender Kreditverhältnisse' (PhD), Baden-Baden.
- Dauner-Lieb**, Barbara & **Langen**, Werner & **Dubovitskaya**, Elena (Ed.) *NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2/1 §§ 241 – 610*, 3. Edition 2016, Baden-Baden.
- Dauner-Lieb**, Barbara & **Simon**, Stefan & **Beckmann**, Roland Michael (Ed.) *Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz*, 1. Edition 2009, Köln.
- Diem**, Andreas & **Neuberger**, Julius (2009) 'Die Übertragung von Forderungen und Wertpapieren nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz' *BKR*, p. 177-180.
- Eidenmüller**, Horst (2004) 'Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung' *AcP*, p. 456-500.
- Eusani**, Guido (2004) 'Auswirkungen der Verschmelzung auf Bürgschaftsverpflichtungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mietbürgschaft' *WM*, p. 866-873.
- Ferrari**, Franco & **Leible**, Stefan (2009) *Rome I Regulation*, Berlin.

- Flessner**, Axel & **Verhagen**, Hendrik (2006) *Assignment in European Private International Law*, München.
- Flume**, Werner (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Teil II*, 4. Edition 1992, München.
- Flume**, Johannes W. (2008) *‘Vermögenstransfer und Haftung’* (PhD), Berlin.
- Früh**, Andreas, ‘Übergang von Kreditrisiken – Einzelübertragungen, Umwandlungsmaßnahmen et al.’: Grundmann, Stefan & Haar, Brigitte & Merkt, Hanno (Ed.) (2010) *Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Fuhrmann**, Sebastian (2009) *‘Das Bankgeheimnis als Abtretungsverbot’* (PhD), Frankfurt am Main.
- Fuhrmann**, Lambertus & Simon, Stefan (2000) *‘Praktische Probleme der umwandlungsrechtlichen Ausgliederung’* AG, p. 49-58.
- Funken**, Thora Katharina (2011) *‘Die Übertragung von Darlehensforderungen durch Kreditinstitute’* (PhD), Hamburg.
- Goutier**, Klaus & **Bermel**, Arno (Ed.) *Kommentar zum Umwandlungsrecht*, 1. Edition 1996, Heidelberg.
- Grau**, Nadine (2005) *‘Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr’* (PhD), Baden-Baden.
- Grub**, Volker (1994) *‘Der neue § 354a HGB – ein Vorgriff auf die Insolvenzrechtsreform’* ZIP, p. 1649-1650.
- Gsell**, Beate & **Krüger**, Wolfgang & **Lorenz**, Stefan & **Mayer**, Jörg (Ed.) *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Stand 1.3.2017, München.
- Habersack**, Mathias *‘Grundfragen der Spaltungshaftung nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG’*: Westermann, Harm Peter & Mock, Klaus (Ed.) (2012) *Rechtsanwalt und Notar im Wirtschaftsleben*, Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Hahn**, Jeanette (2012) *‘Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzungen nach dem Umwandlungsgesetz’* (PhD), Hamburg.
- Heer**, Philipp (2011) *‘Die Abtretung von Darlehensforderungen durch Banken zu Refinanzierungszwecken’* (PhD), Baden-Baden.
- Heidel**, Thomas & **Schall**, Alexander & **Ammon**, Ludwig (Ed.) *Handkommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Edition 2017, Baden-Baden.
- Heidenhain**, Martin (1995) *‘Sonderrechtsnachfolge bei der Spaltung’* ZIP, p. 801-805.
- Heidenhain**, Martin (1995) *‘Spaltungsvertrag und Spaltungsplan’* NJW, p. 2873-2881.
- Heidenhain**, Martin (2004) *‘Partielle Gesamtrechtsnachfolge bei der Spaltung’* ZHR, p. 468-482.
- Hennrichs**, Joachim (1995) *‘Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen’* (PhD), Berlin.
- Henssler**, Martin & **Strohn**, Lutz (Ed.) *Gesellschaftsrecht*, 3. Edition 2016, München.
- Höche**, Thorsten, *‘Kreditverkäufe – Das Ende des Schuldnerschutzes im Kreditrecht?’*: Habersack, Mathias & Joeres, Hans-Ulrich & Krämer, Achim (Ed.) (2009) *Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht*, Festschrift für Gerd Nobbe, Köln.
- Junker**, Markus (Ed.) *juris-Praxiskommentar zum BGB Band 2 Teil 1 §§ 241 – 432*, 7. Edition 2016, Saarbrücken.
- Kallmeyer**, Harald (Ed.) *Kommentar zum Umwandlungsgesetz*, 6. Edition 2017, Köln.
- Kieninger**, Eva-Maria (2010) *‘Das Abtretungsrecht des DCFR’* ZEuP, p. 724-746.
- Kleindiek**, Detlef (1992) *‘Vertragsfreiheit und Gläubigerschutz im künftigen Spaltungsrecht’* ZGR, p. 513-533.
- Klöhn**, Lars (2003) *‘Der praktische Fall: Gesellschaftsrecht – Wenn der Komplementär stirbt...’* JuS, p. 360-365.
- Knops**, Kai-Oliver (2008) *‘Kreditnehmerschutz bei der Verbriefung von Forderungen’* WM, p. 2185-2194.

Koch, Raphael (2008) 'Der Schutz des Eigenheims vor den Finanzinvestoren – Die Neuregelungen zur Verbesserung des Schuldner- und Verbraucherschutzes bei der Abtretung und beim Verkauf von Krediten auf dem Prüfstand' ZBB, p. 232-238.

Kolling, Annabella (2008) 'Das Risikobegrenzungsgesetz und seine Auswirkungen auf die Verwendung von Kreditforderungen als notenbankfähige Sicherheiten' BKR, p. 440.

Krüger, Hans-Ulrich (2008) 'Verbesserung des Schutzes von Kapitalnehmern bei Kapitalverträgen', DRiZ, p. 281-283.

Krüger, Wolfgang (Ed.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, 7. Edition 2016, München.

Lange, Knut Werner (Ed.) Erbrecht, 1. Edition 2011, München.

Langenbucher, Katja (2008) 'Kredithandel nach dem Risikobegrenzungsgesetz' NJW, p. 3169-3173.

Langenbucher, Katja & **Bliesener**, Dirk & **Spindler**, Gerald (Ed.) Bankrechts-Kommentar, 2. Edition 2016, München.

Lehmann, Matthias (2009) 'Die Änderungen im Darlehens- und Grundschuldrecht durch das Risikobegrenzungsgesetz' ZGS, p. 214-221.

Lendermann, Urs Benedikt (2012) 'Darlehensveräußerungen durch Banken' (PhD), Berlin.

Lettl, Tobias (2010) 'Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbots nach § 354a HGB' JA, p. 109-113.

Lieder, Jan (2015) 'Die rechtsgeschäftliche Sukzession' (Habilitation), Tübingen.

Lieder, Jan & **Scholz**, Philipp (2015) 'Vinkulierte Forderungen und Geschäftsanteile in der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession' ZIP, p. 1705-1711.

Lieder, Jan & **Wilk**, Cornelius & **Ghassemi-Tabar**, Nima et. al. (Ed.) Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht Band 8, Umwandlungsrecht, 5. Edition 2018, München (im Erscheinen).

Lutter, Marcus & **Bayer**, Walter (Ed.) Kommentar zum Umwandlungsgesetz Band 1 §§ 1 – 122, 5. Edition 2014, Köln.

Lutter, Marcus & **Bayer**, Walter (Ed.) Kommentar zum Umwandlungsgesetz Band 2 §§ 123 – 325, SpruchG, 5. Edition 2014, Köln.

Lüttge, Jörg W. (2000) 'Unternehmensumwandlungen und Datenschutz' NJW, p. 2463-2466.

Maetschke, Matthias (2011) 'Der Zeitpunkt der Kündigung des Grundschuldkapitals bei der Sicherung von Immobiliendarlehen' AcP, p. 287-315.

Marsch-Barner, Reinhard & **Mackenthun**, Thomas (2001) 'Das Schicksal gespeicherter Daten bei Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen' ZHR, p. 426-439.

Marx, Tanja (2001) 'Auswirkungen der Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz auf Rechtsverhältnisse mit Dritten' (PhD), Berlin.

Maurer, Tobias (2010) 'Schuldübernahme' (PhD), Tübingen.

Meincke, Jens Peter (1987) 'Die Auswirkungen der Rechtsnachfolge auf das Steuerrechtsverhältnis' DStJG 10, p. 19-43.

Mertens, Kai (1993) 'Umwandlung und Universalsukzession: Die Reform von Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel' (PhD), Heidelberg.

Muscheler, Karlheinz (Ed.) Erbrecht, 1. Edition 2010, Tübingen.

Müller, Klaus J (2000) 'Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz und Übergang von Verträgen mit Abtretungsbeschränkungen' BB, p. 365-368.

Müller-Chen, Markus 'Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr': Schwenger, Ingeborg & Hager, Günther (Ed.) (2003) Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen.

Müntefering, Michael (2003) 'Zivilrechtliche Grenzen der partiellen Universalsukzession' (PhD), Berlin.

Nefzger, Alexander (2013) 'Vertragliche Abtretungsverbote' (PhD), Hannover.

Neuner, Jörg & **Wolf**, Manfred (Ed.) 'Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts', 11. Edition 2016, München.

Nitschke, Andreas (2010) 'Echte oder unechte Forfaitierung beim Forderungskauf unter Vereinbarung einer Kaufpreisüberprüfung nach Ablauf der Zinsswap-Laufzeit?' BB, p. 1827-1831.

Nobbe, Gerd (2005) 'Bankgeheimnis, Datenschutz und Abtretung von Darlehensforderungen' WM, p. 1537-1548.

Nobbe, Gerd (2008) 'Der Verkauf von Krediten' ZIP, p. 97-106.

Oetker, Hartmut (Ed.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Edition 2014, München.

Palandt, Otto (Originator), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 76. Edition 2017, München.

Peters, Frank (2006) 'Die Zession, § 402 BGB und das Recht des Schuldners auf informationelle Selbstbestimmung' AcP, p. 843-866.

Petersen, Jens (2001) 'Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht' (Habilitation), München.

Pfitzer, Norbert & **Wirth**, Michael (1994) 'Die Änderungen des Handelsgesetzbuches' DB, p. 1937-1941.

Pickhardt, Natalie (1999) 'Die Abgrenzung des spaltungsrelevanten Vermögensteils als Kernproblem der Spaltung' DB, p. 729-732.

Rieble, Volker (1997) 'Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten' ZIP, p. 301-314.

Rinze, Jens & **Klüwer**, Arne Cornelius (1998) 'Securitisation – praktische Bedeutung eines Finanzierungsmodells' BB, p. 1697-1704.

Rinze, Jens & **Heda**, Klaudius (2004) 'Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung' WM, p. 1557-1566.

Rohe, Mathias 'Anmerkungen zur Reform des Rechts der Immobilienfinanzierung': Windbichler, Christine & Grundmann, Stefan & Schwintowski, Hans-Peter et al. (Ed.) (2009) Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Eberhard Schwank zum 70. Geburtstag, München.

Ruhwedel, Edgar (1980) 'Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote' JuS, p. 161-168.

Rümpker, Nils (2010) 'Forderungs- und Grundschildzession nach dem Risikobegrenzungsgesetz' (PhD), Baden-Baden.

Schaffland, Hans-Jürgen (2002) 'Datenschutz und Bankgeheimnis bei Fusion (k)ein Thema?' NJW, p. 1539-1542.

Schalast, Christoph (2008) 'Das Risikobegrenzungsgesetz – Konsequenzen für die Kreditvergabe und für Kredittransaktionen' BB, p. 2190-2195.

Scharf, Matthias (2008) 'Umwandlung und Datenschutz: Das Schutzregime des BDSG bei Unternehmensrestrukturierungen nach dem UmwG' (PhD), Köln und München.

Schäfer, Carsten (1999) 'Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen' ZHR Beiheft 68, p. 114-147.

Schilmar, Boris & **Breitenreicher**, Jens & **Wiedenhofer**, Marco (2005) 'Veräußerung notleidender Kredite – Aktuelle rechtliche Aspekte bei Transaktionen von Non-Performing Loans' DB, p. 1367-1373.

Schimkansky, Herbert (2008) 'Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung' WM, p. 1049-1052.

Schmidt, Karsten (Ed.) Handelsrecht, 6. Edition 2014, Köln.

Schmidt, Karsten (Ed.) Gesellschaftsrecht, 4. Edition 2002, Köln.

Schmidt, Karsten (Ed.) Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 5, 3. Edition 2013, München.

Schmidt, Karsten (1991) 'Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts' AcP, p. 495-523.

Schmidt, Karsten (1993) 'Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen' ZGR, p. 366-395.

Schmidt, Karsten (1995) 'Vermögensveräußerung aus der Personengesellschaft – ein Lehrstück am Rande des neuen Umwandlungsrechts' ZGR, p. 675-687.

Schmidt, Karsten (1999) 'Gutgläubiger Eigentumserwerb trotz Abtretungsverbots in AGB - Zur Bedeutung des § 354a HGB für die Praxis zu § 366 HGB' NJW, p. 400-401.

Schmidt, Karsten (2001) '§ 673 BGB bei Verschmelzungsvorgängen in Dienstleistungsunternehmen – oder – Geisterstunde im Umwandlungsrecht?' DB, p. 1019-1023.

Schmidt, Karsten 'Integrationswirkung des Umwandlungsgesetzes – Betrachtungen zur Dogmengeschichte und Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht': Habersack, Mathias & Hommelhoff, Peter & Hüffer, Uwe & Schmidt Karsten (Ed.) (2003), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin.

Schmitt, Joachim & **Hörtnagel**, Robert & **Stratz**, Rolf-Christian et. al. (Ed.) Kommentar zum Umwandlungsgesetz und Umwandlungssteuergesetz, 7. Edition 2016, München.

Schöne, Torsten (1998) 'Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH gem. §§ 123 ff. UmwG' (PhD), Köln.

Schütze, Elisabeth (2005) 'Zession und Einheitsrecht' (PhD), Tübingen.

Schröcker, Stefan (2006) 'Datenschutz und Universalsukzession bei Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz' (PhD), Wiesbaden.

Schröer, Hennig 'Reichweite der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach Aufhebung des § 132 UmwG': Grundwald, Barbara & Westermann, Harm Peter (Ed.) (2010), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München.

Seggewiß, Oliver (2008) 'Das Kaufmännische Abtretungsverbot und seine Rechtsfolgen' NJW, p. 3256-3259.

Semler, Johannes & **Stengel**, Arndt & **Arnold**, Michael (Ed.) Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 3. Edition 2012, München.

Sester, Peter & **Glos**, Alexander (2005) 'Wirksamkeit der Veräußerung notleidender Darlehensforderungen durch Sparkassen: Keine Verletzung von Privatgeheimnissen gemäß § 203 StGB' DB, p. 375-380.

Simitis, Spiros (2001) 'Umwandlung: ein blinder Fleck im Datenschutz?' ZHR, p. 453-468.

Soergel, Hans-Theodor (Originator) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 5 §§ 328 - 432, 12. Edition 1990, Stuttgart.

Soergel, Hans-Theodor (Originator) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 7 §§ 481 - 534, 13. Edition 2014, Stuttgart.

Staub, Herrmann (Ed.) Großkommentar zum Handelsgesetzbuch Band 8 §§ 343 - 372, 4. Edition 2004, Berlin.

Staudinger, Julius von (Originator) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 1 §§ 134 - 138, Neubearbeitung 2011, Berlin.

Staudinger, Julius von (Originator) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2 §§ 398 - 432, Neubearbeitung 2012, Berlin.

Staudinger, Julius von (Originator) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2 §§ 488 - 490, Neubearbeitung 2011, Berlin.

Stürner, Rolf (2009) 'Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen' ZHR, p. 363-378.

Teichmann, Arndt (1993) 'Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung' ZGR, p. 396-415.

Teichmann, Arndt & **Kießling**, Erik (2001) 'Datenschutz bei Umwandlungen' ZGR, p. 33-74.

Voigt, Annette (1997) 'Umwandlung und Schuldverhältnis: Untersuchungen im Spannungsfeld von Umstrukturierungsfreiheit und vertraglicher Bindung nach dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetz' (PhD), Heidelberg.

Vollborth, Nina (2007) 'Forderungsabtretung durch Banken im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz' (PhD), Baden-Baden.

Wagner, Eberhard (1994) 'Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse' (PhD), Tübingen.

Wengert, Georg & **Widmann**, Andreas & **Wengert**, Katharina (2000) 'Bankfusionen und Datenschutz' NJW, p. 1289-1295.

Westermann, Peter & **Grunewald**, Barbara & **Maier-Reimer**, Georg (Ed.) Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Edition 2014, Köln.

Widmann, Siegfried (Ed.) Kommentar zum Umwandlungsrecht, Loseblatt, Neubearbeitung 2017.

Wiedemann, Herbert (Ed.) Gesellschaftsrecht II Das Recht der Personengesellschaften, 1. Edition 2004, München.

Wiesner, Georg (1999) 'Dauerschuldverhältnisse in der Aufspaltung' ZHR Beiheft 68, p. 168.

Windel, Peter (1998) 'Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall' (PhD), Heidelberg.

Zimmermann, Reinhard (Ed.) Historisch-Kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II Teilband 2, 1. Edition 2007, Tübingen.

Zöllner, Wolfgang 'Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung': Forster, Karl-Heinz (Ed.) (1997) Aktien- und Bilanzrecht, Festschrift für Bruno Kropff zum 70. Geburtstag.

Zöllner, Wolfgang (2001) 'Umwandlung und Datenschutz' ZHR, p. 440-452.

PATENT VERİLEBİLİRLİK DEĞERLENDİRMESİNDE “ÖNCEKİ TARİHLİ BAŞVURULAR”***“EARLIER APPLICATIONS” IN THE ASSESSMENT OF PATENTABILITY****Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK******ÖZET**

Patent hukukunda geçerli olan mutlak yenilik ilkesi gereği, buluş konusunun başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya açıklanmış olması onun yeniliğini ortadan kaldırır. Başvuru tarihinden önce yayımlanmış önceki tarihli başvurular da bu kapsamdadır. Önceki tarihli başvurunun aynı başvuru sahibine ait olması sonucu değiştirmez. Bu başvurular da 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 83.2 gereği yayımlandıkları tarihten itibaren tekniğin bilinen durumuna dâhil olurlar. Önceki tarihli başvurunun aynı kişiye ait olması, SMK m. 84’te düzenlenen buluşa patent ve faydalı model verilmesini engellemeyen açıklamalar kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez; zira anılan madde, merci tarafından yapılan açıklamaları ancak sınırlı şekilde bu istisna kapsamında ele almaktadır. Başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan önceki tarihli başvurular ise SMK m. 83.3’te öngörülen şartlarda tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilirler. Bu tür başvurular açısından, SMK m. 145.2’de düzenlenen çifte koruma yasağının uygulanma olasılığının da ayrıca dikkate alınması söz konusu olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: “Tekniğin bilinen durumu”, “çatışan başvurular”, “buluşa patent verilmesini engellemeyen açıklamalar”

ABSTRACT

According to the principle of absolute novelty, an invention shall not be considered new if it has been disclosed to the public anywhere in the world prior to the date of priority or filing date of the patent application. Earlier patent applications which were already published before the date of patent application form herewith part of prior art. This rule also applies in cases where the conflicting applications are filed by the same applicant. In accordance with Art. 83.2 of Industrial Property Law Nr. 6769 (IPL), such applications are considered as part of the prior art as from their publication date. In such case the grace period exception provided in Art. 84 IPL does not apply since this provision only applies in limited cases where the invention is disclosed by an Office. Furthermore, earlier applications which were published on or after the date of patent application form a part of the prior art under the conditions provided for in Art. 83.3 IPL. As far as such applications are concerned, the provision of Art. 145.2 IPL relating to the prohibition of double protection should also be considered.

Keywords: “Prior art”, “conflicting applications”, “grace period”

* Bu makale, 25 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen “III. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (f.hayal.sehirali.celik@ankara.edu.tr).
(Geliş Tarihi : 20.06.2017 / Kabul Tarihi : 06.09.2017)

GİRİŞ

Patent hukukunda “mutlak yenilik ilkesi” geçerlidir. Buna göre, patent başvurusu tarihinden veya talep edilmişse rüçhan tarihinden önce buluşun *dünyanın* herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olması, onun yeniliğini ortadan kaldırır. Patent başvuru sahibinin daha önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olan buluştan haberdar olmaması, buluşunu tamamen kendi emek ve çabasıyla gerçekleştirmiş olması da bu sonucu değiştirmez. Zira patent sistemi, tekniğin bilinen durumuna yapılan “gerçek” katkıları patentle ödüllendirir. Daha önce yapılmış ve toplumla paylaşılmış buluşun bir başkası tarafından bağımsız olarak yapılması hâlinde, zaten bilinen bir bilginin yalnızca bir başkası tarafından tekrar paylaşımı söz konusudur, ki toplum bu paylaşımdan bir fayda elde etmemektedir. Bu nedenle, önceden açıklanan bilginin tekrar açıklanması patente hak kazandırmaz; buluşun bir kez açıklanmış olması, bir başkasının aynı buluş üzerinde patent alma olasılığını ortadan kaldırır.

Dünya çapında yenilik ilkesinin en katı hâliyle uygulanması, buluş yapan kişilerin kendi yaptıkları açıklamalarının da daha sonra yapacakları başvuruda patent engeli olarak karşılıklarına çıkması sonucunu doğurur. Çünkü en katı hâliyle mutlak yenilik kriteri, patent *başvuru tarihini* referans alarak bu tarihten önce gerçekleşen *her türlü* açıklamayı dikkate almakta, açıklamanın *kim tarafından* yapıldığı hususunda ise bir ayrıma gitmemektedir. İşte bu olumsuzluklar dikkate alınarak, uluslararası düzenlemelerde ve farklı hukuk sistemlerinde, buluş sahibinin kendisinin yaptığı veya buluş sahibinden kaynaklanan açıklamaların belli şartlarda buluşa patent verilmesini engellemeyeceği kabul edilmiştir. Sınırları yasal olarak belirlenen süre içinde ve öngörülen şartlarda yapılan açıklamalar bir nevi affedilmekte (*grace period*) ve patent alınmasına engel olmamaktadır.

Patent sisteminin bir diğer temel ilkesi olarak, buluşun patentle korunabilmesi için başvuruda bulunulması gerekmektedir. Özellikle buluşun birbirinden bağımsız buluşçular tarafından yapılması durumunda, birden fazla “buluş sahibi” arasındaki çatışma bu ilke sayesinde çözülmekte, patent almak için ilk başvurana üstünlük tanınmaktadır. Bu su-

retle, patent sistemi yeniliklerin en kısa sürede açıklanarak toplumla paylaşılmasını teşvik etmektedir. Sistem kapsamında tekelci nitelikte patent hakkı sahibi olabilmek için buluş yapmak yetmemekte, en kısa sürede başvuruda bulunmak gerekmektedir. Farklı tarihli başvurular arasındaki çatışma, “başvuruda öncelik ilkesi” çerçevesinde çözümlenerek ilk başvuruyu yapan sonraki başvuru sahibine karşı korunmaktadır.

Öte yandan, teknik sorunların farklı kişilerce tespit edilip çözüm arayışına gidilmesi ve mevcut yeniliklerin üzerinde çalışılarak yeni gelişmeler ortaya çıkarılması teknolojik gelişmenin olağan döngüsüne dâhildir. Bu bağlamda, aynı konuya ilişkin birden fazla patent başvurusunda bulunulması veya verilmiş bir patent geliştirilerek yeni buluşlar yapılması ve bu yeniliklerin de korunması mümkündür. Şüphesiz bu noktada, sistemin işlerliği tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuş bir buluşun tekrar korunmaması, tekelci hakkın süresinin sona ermesiyle birlikte kamuya mal olmasıyla sağlanabilir. Patent sistemi döngüsünün etkinliğinin sağlanması, patentin verilmesi sürecinde önceki tarihli patent başvurularının bahsedilen temel ilkelere uygun şekilde değerlendirilmesiyle mümkün olabilir.

I. SMK M. 83 KAPSAMINDA YENİLİK VE ÖNCEKİ TARİHLİ BAŞVURULAR

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹ (SMK) 82. maddesinde teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verileceği hükme bağlandıktan sonra 83. maddede yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilir olma kriterleri düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında “tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluşun yeni olduğunun kabul edildiği” ilke olarak belirlendikten sonra ikinci fıkrada tekniğin bilinen durumuna nelerin dâhil olduğu düzenlenmiştir. Buna göre; “*Tekniğin bilinen durumu, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar.*”

¹ RG. 10.01.2017, S. 29944.

Görüldüğü gibi, maddede, tekniğin bilinen durumu oldukça geniş biçimde düzenlenmiş, başvuru tarihinden önce kamuya açıklanmış olan her şey, nerede, kim tarafından ve nasıl olduğuna bakılmaksızın tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmiştir. Böylelikle, 551 sayılı KHK döneminde de geçerli olan dünya çapında (mutlak) yenilik ilkesi SMK döneminde de geçerliliğini korumaktadır. SMK m. 83.2'deki bu geniş düzenleme kapsamında, başvuru tarihinden önce yayımlanmış patent veya faydalı model başvurularının da tekniğin bilinen durumuna dâhil olacağı hususunda herhangi bir tereddüt görünmemektedir. Bu başvurular, patent başvuru tarihinden önce yayımlanmış olmaları nedeniyle “gerçek” anlamda tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuştur.

SMK m. 83.3'te ise 551 sayılı KHK m. 7/III'de de yer alan “çatışan başvurular”a ilişkin düzenleme, eski KHK'ya göre daha açıklayıcı şekilde hükme bağlanmıştır. Düzenleme şu şekildedir:

“(3) *Başvuru tarihinde veya bu tarihten sonra yayımlanmış olan ve başvuru tarihinden önceki tarihli ulusal patent ve faydalı model başvurularının ilk içerikleri tekniğin bilinen durumu olarak dikkate alınır. Bu hüküm,*

a) *5/1/1996 tarihli ve 96/7772 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Patent İşbirliği Antlaşması uyarınca yapılan uluslararası patent başvurularından, Patent İşbirliği Antlaşmasının 22 nci ve 39 uncu maddelerine göre yönetmelikte belirtilen şartlara uygun olarak ulusal aşamaya giriş yapan patent ve faydalı model başvurularını,*

b) *7/6/2000 tarihli ve 2000/842 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesinin 153 üncü maddesinin beşinci fıkrasındaki gereklilikleri sağlayan, uluslararası başvuruya dayanan Avrupa patent başvurularını ve Avrupa Patent Sözleşmesinin 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre Türkiye'nin belirlendiği ve ilgili belirleme ücretinin ödendiği Avrupa patent başvurularını,*

da kapsar.”

Aynı maddenin 5. fıkrasında ise “*üçüncü fıkraya uyarınca tekniğin bilinen durumu olarak dikkate alınan başvuruların ve belgelerin içeriklerinin buluş basamağı değerlendirilmesinde dikkate alınmayacağı*” hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm ile SMK m. 83.2 kapsamında tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan bazı başvuruların *tekniğin bilinen durumu olarak dikkate alınacağı* belirtilerek, gerçek anlamda tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan bazı başvuruların tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu *varsayılmıştır*. Bahsedilen başvurular, patent verilebilirlik değerlendirmesi yapılan başvurudan önce henüz yayımlanmadıkları için gerçek anlamda tekniğin bilinen durumuna dâhil değildir. Ancak bu başvuruların dikkate alınmaması, daha sonraki başvurunun aynı içerikli olması olasılığında iki ayrı patent verilmesine neden olabileceğinden, genel kurala istisna getirilerek, tekniğin bilinen durumu genişletilmektedir. Bununla birlikte, bahsedilen başvuruların yalnızca yenilik incelemesinde tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılması, buna karşılık buluş basamağı değerlendirmesinde dikkate alınmaması öngörülmüştür (SMK m. 83.5).

Tekniğin bilinen durumuna dâhil ve dolayısıyla buluşa patent verilmesine engel açıklamaları düzenleyen SMK m. 83.2 ve 3 hükümlerine bakıldığında, patent başvuru tarihinden önceki tarihli başvuruların her iki fıkra kapsamında da yer alabileceği görülmektedir. Başvuru tarihinden önce yayımlanmış önceki tarihli patent/faydalı model başvuruları SMK m. 83.2 kapsamında gerçek anlamda tekniğin bilinen durumuna dâhilken, başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan, dolayısıyla gerçek anlamda tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan önceki tarihli başvurular SMK m. 83.3 kapsamında tekniğin bilinen durumu olarak dikkate alınacak, bir başka ifadeyle tekniğin bilinen durumuna dâhil oldukları varsayılacaktır.

Öte yandan, gerek SMK m. 83.2, gerek SMK m. 83.3 kapsamında yer alabilecek başvuruların *aynı veya farklı kişilere* ait olabileceği vurgulanmalıdır. Dolayısıyla, “önceki tarihli başvurular” başvuru tarihinden önce yayımlanmış olup olmamalarının yanı sıra aynı veya farklı başvuru sahiplerine ait olup olmamalarına göre de sınıflandırılabilir.

Başvuru tarihinden önce yayımlanmış başvurular ile başvuru tarihinden sonra yayımlanmış önceki tarihli başvuruların patent verilebilirlik değerlendirmesinde özellik arz eden yönleri özellikle buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkilemeyen açıklamalara ilişkin SMK m. 84 hükmü² ile

2 551 sayılı KHK döneminde grace period hükümleri patent ve faydalı modeller açısından ayrı hükümlerde ve farklı şekilde düzenlenmişti. Patentler açısından 551 sayılı KHK

bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Anılan maddeye göre;

“(1) *Buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkileyecek nitelikte olmakla birlikte, başvuru tarihinden önceki on iki ay içinde veya rüçhan hakkı talep edilmişse rüçhan hakkı tarihinden önceki on iki ay içinde ve aşağıda sayılan durumlarda açıklama yapılmış olması buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkilemez:*

a) *Açıklamanın buluşu yapan tarafından yapılmış olması.*

b) *Açıklamanın patent başvurusu yapılan bir merci tarafından yapılmış olması ve bu merci tarafından açıklanan bilginin;*

1) *Buluşu yapanın başka bir başvurusunda yer alması ve söz konusu başvurunun ilgili*

merci tarafından açıklanmaması gerektiği hâlde açıklanması.

2) *Buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgiyi edinmiş olan üçüncü bir kişi tarafından, buluşu yapanın bilgisi veya izni olmadan yapılan başvuruda yer alması.*

c) *Açıklamanın buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgi elde eden üçüncü kişi tarafından yapılmış olması.*

...”

Görüldüğü gibi, SMK m. 84’te buluşa patent veya faydalı model verilmesini engellemeyen açıklamalar³ oldukça geniş şekilde düzenlenmiştir⁴. Bu

m. 8’de oldukça ayrıntılı bir hüküm getirilirken faydalı modeller açısından 551 sayılı KHK m. 156/II’de “*Faydalı model belgesi başvurusu sahibi veya selefleri tarafından başvuru tarihinden veya var ise rüçhan hakkı tarihinden, on iki ay önceki tarihten itibaren yayınlama veya başka bir yolla yapılan açıklama veya kullanma, başvuru konusu buluşun yeniliğini ortadan kaldırmaz.*” hükmü öngörülmüştü. Bu düzenleme farklılıkları uygulamada da patent ve faydalı modeller açısından farklı değerlendirmelere neden olmuştur. SMK m. 84 “*Buluş Patent veya Faydalı Model Verilmesini Etkilemeyen Açıklamalar*”ı tek bir maddede düzenleyerek iki hak kategorisi açısından aynı kuralları öngörmüştür.

3) Buluşa patent verilmesini engellemeyen açıklamalara ilişkin düzenlemelerin amacı ve konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. **Straus, Joseph** (2001), *Grace Period and the European and the International Patent Law, Analysis of Key Legal and Socio Economic Aspects*, IIC Studies, Vol. 20, s. 55 vd.; **Pagenberg, Jochen** (1981), *Vorbenutzung und Vorveröffentlichung des Erfinders-Konsequenzen der Einschränkung der Neuheitsschonfrist und des Ausstellungsschutzes, Möglichkeiten einer internationalen Lösung*, GRUR, H. 10, s. 690 vd.

4) Bu geniş düzenleme ve ülke mevzuatlarının farklılığı nedeniyle karşılaşılabilecek riskler için bkz. **Şehiralî Çelik**, Feyzan Hayal (2010), *Buluş Sahibinin Açıklamaları Patent*

başlamda, önceki tarihli başvuruların SMK m. 84 hükmüyle ilişkisi, özellikle buluş sahibinin önceki tarihli başvurusunun SMK m. 84 hükmü nedeniyle SMK m. 83’ün uygulanmasına bir istisna getirip getirmediği hususları tartışmaya değerdir.

III. BAŞVURU TARİHİNDEN ÖNCE YAYIMLANMIŞ ÖNCEKİ TARİHLİ BAŞVURULAR

A. İLKE

SMK m. 83.2’ye göre başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde herhangi bir kişi tarafından toplumca erişilebilir şekilde açıklanmış her şey tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğundan, önceki tarihli başvuru yayımlanmışsa, sonraki tarihli başvuruya patent başvurusuna patent verilmesini engeller. Önceki tarihli başvuru yayımlandığı tarihten itibaren tekniğin bilinen durumuna dâhil olmuştur. Bu sonuç özellikle farklı kişilere ait başvurular herhangi bir tereddüte neden olmamaktadır.

Buna karşılık, aynı başvuru sahibine sonraki tarihli başvurunun patent verilebilirlik değerlendirmesinde önceki tarihli yayımlanmış başvurunun tekniğin bilinen durumuna dâhil olup olmadığı hususu 551 sayılı KHK döneminde tereddüte yol açmıştır. Yargı kararlarına yansıyan bu soruna ilişkin temel tartışma noktası, 551 sayılı KHK m. 7/II kapsamında açıklanmış bilgi niteliğindeki önceki tarihli başvurunun aynı başvuru sahibine ait olması durumunda, başvuru sahibinin önceki açıklamasının kendi açıklaması olmasından hareketle, KHK’nın buluşa patent verilmesini engellemeyen açıklamalara ilişkin istisna hükmünden yararlanıp yararlanamayacağı ve bu şekilde muafiyet elde edip edemeyeceğidir.

B. 551 SAYILI KHK DÖNEMİ YARGI UYGULAMASI

Sorun 551 sayılı KHK döneminde faydalı model belgelerine ilişkin uyumsuzluklarda yargı kararlarına konu olmuş ve farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Uyumsuzluk konusu olaylar yayımlanmış faydalı model başvuruları için tekrar başvuru yapıp yapılamayacağı tartışılmıştır. TPE, önceki baş-

Almasını Ne Zaman Engellemez? -Riskler ve Olasılıklar Üzerine Düşünceler-, Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, s. 1967 vd.

vurunun yayımlanmış olması gerekçesiyle sonraki tarihli başvuruları reddetmiş, konu mahkemeye taşınmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.12.2009 tarihli kararına⁵ konu olayda, faydalı model başvurusunda bulunan davacının başvurusu TPE Bülteninde yayımlandıktan sonra ücretin ödenmemesi nedeniyle geri çekilmiş sayılmış, aynı başvuru sahibi ilk başvurunun yayımlandığı tarihten itibaren 12 ay içinde ikinci başvuruyu yapmış, başvuru TPE tarafından reddedilmiştir. Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 551 sayılı KHK m. 156/II hükmünün başvuru sahibi ya da seleflerinin kendi iradeleriyle fıkra da belirtilen şekilde faydalı modeli kamuya sunmalarından sonra 12 aylık süre içerisinde buluş için faydalı model (veya patent) başvurusunda bulunup bulunmayacakları konusunda değerlendirme yapmalarına olanak verme amacının güdüldüğü, somut olayda ise dava konusu faydalı modele ilişkin buluşun Resmi Patent Bülteni'nde yayınlanmasının söz konusu olduğu, dolayısıyla bu yayının faydalı model sahibinin kendi isteğiyle buluşun kamuya sunulması niteliğinde kabul edilemeyeceği, TPE tarafından yapılan ilan ile herkesin erişebileceği şekilde başvurunun açıklandığı, bundan sonra buluşun yeniliğinden söz edilemeyeceği gerekçeleriyle davayı reddetmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 11. HD, ilk başvurunun yayımlandığı tarihin üzerinden 12 aylık süre geçmemiş olması nedeniyle açıklamaların 551 sayılı KHK m. 156/II kapsamında olduğu, maddedeki "bir başka yolla açıklama" deyimini içerisine önceki başvurunun TPE Bülteninde yayınlanmasının da dâhil olduğu, hükmün buluş sahibi lehine sonuç doğuracağı, açıklamanın başvuru sahibinin kendi rızasıyla gerçekleştiği gerekçeleriyle kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme ayrıca, 551 sayılı KHK m. 8 (patentlere ilişkin *grace period* hükmü) ile patent başvurusuna ilişkin 551 sayılı KHK m. 68'in faydalı model belgeleri hakkında uygulanamayacağını da belirtmiştir. Bunun yanı sıra kararda 551 sayılı KHK'nın faydalı model verilebilirlik şartlarına ilişkin düzenlemelerin faydalı modellerin niteliği ve faydalı model korumasının amacı dikkate alınarak yorumlanması gerektiği hususu özellikle vurgulanmıştır.

Benzer bir olay, Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi önünde görülmüştür. Uyuş-

5 Y. 11. HD, 18.12.2009, E. 2008/8183, K. 2009/13106 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

mazlık konusu olayda geri çekilmiş sayılan yayımlanmış faydalı model başvurusuna ilişkin ikinci kez başvuru yapılmıştır. TPE başvuruyu yeni olmadığı gerekçesiyle reddetmiş, uyuşmazlık mahkemeye taşınmıştır. Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi *grace period* düzenlemelerinin amacının bir yanığı ile patent veya faydalı model başvurusunda bulunmadan önce bir şekilde istem dışı veya patent sahibinin öngördüğü mutlak yenilik ilkesinden bihaber olarak buluşlarını kamuya açıklayan kişilerin korunması olduğunu, somut olayda olduğu gibi başvuru prosedürlerini usulüne uygun olarak başlatan ve fakat gerekli takip süreçlerini yerine getirmeyerek bir şekilde bu başvurunun hükümden düşmesine neden olan başvuru sahiplerine ek koruma sağlamak olmadığını, KHK'nın *grace perioda* ilişkin hükümlerinin madde içeriklerindeki bazı hukuki boşlukların temel alınarak yayınlanmış ve hükümden düşmüş faydalı modellerin yeniden diriltilmesi için kullanılmasının *grace period* sisteminin konuluş amacına aykırılık oluşturacağı gerekçeleriyle davayı reddetmiştir. Kararı temyiz aşamasında inceleyen Yargıtay ise 2013 yılında verdiği kararında⁶ 551 sayılı KHK m. 156/II'nin başvuru sahibi aleyhine buluşun yeniliğini ortadan kaldıran bir sonuç doğurup doğurmayacağını küçük buluş niteliğindeki faydalı modellerin özellikleri de gözetilerek belirlenmesi gerektiğini vurgulayarak, KHK m. 156/II'nin kapsamının çok geniş olduğu, Türkiye'de yayımlanan patent ve faydalı model metinlerinin de tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu, önceki açıklamanın başvuru tarihinden geriye doğru 12 ay içinde kaldığı, açıklamanın başvuru sahibinin kendi rızasıyla gerçekleştiği, geri çekilen patent başvurularına ilişkin 551 sayılı KHK m. 68 hükmünün faydalı modeller hakkında uygulanamayacağı, 551 sayılı KHK m. 156/son fıkrasının önce başvuranın korunmasıyla ilgili olup aynı buluş için ikinci kez başvuru yapılması hâlinde uygulanamayacağı gerekçeleriyle kararı bozmuştur⁷.

Aynı faydalı modele ilişkin olarak aynı başvuru sahibinin geri çekilmiş sayılan ilk başvurusundan sonra yapılan ikinci başvurunun TPE tarafından reddi üzerine konuyu inceleyen Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, sonraki tescilin

6 Y. 11. HD, 16.01.2013, E. 2012/93, K. 2013/828 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

7 Bozma kararına uyan Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 15.07.2013 tarihli kararı ise Yargıtay 11. HD'nin 26.03.2014 tarih, E. 2013/17634, K. 2014/5854 sayılı kararı (yayımlanmamıştır) ile onanmıştır.

551 sayılı KHK m. 68'e aykırı olarak gerçekleştiği, önceki başvurunun yayımlandığı tarihte değil, başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu, bu nedenle 12 aylık sürenin ilk başvuru tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği, somut olayda bu sürenin geçtiği gerekçeyle 551 sayılı KHK m. 156/II'nin uygulanamayacağına ve davanın (kısmen) kabulüne karar vermiştir. Mahkeme kararında Yargıtay'ın E. 2008/8183, K. 2009/13106 sayılı kararına değinilerek, karara konu olayda ilk başvuru ile son başvuru tarihi arasındaki 12 aylık sürenin dolmamış olması nedeniyle yargılamaya konu olaya uyarlığı olmadığı ifade edilmiştir. Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2013 yılında verdiği kararıyla⁸ onanmıştır. Ancak bu kararda hangi gerekçelerin Yargıtay'ca teyit edildiği hususu tam olarak anlaşılammaktadır. 551 sayılı KHK m. 68'in faydalı modeller hakkında da uygulanabilirliği teyit edilmiş gibi görünse de, *grace period* düzenlemelerinin geri çekilen faydalı modeller açısından uygulanamayacağı şeklinde genel bir ilkenin kabul edilmediği, yalnızca somut olay açısından *grace period* süresinin -ilk başvurunun yayımlandığı tarihten itibaren değil, başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla başlaması gerektiğinden hareket edilerek sona ermesi nedeniyle kararın onandığı izlenimi doğmaktadır.

C. DEĞERLENDİRME

Aynı başvuru sahibinin yayımlanmış önceki tarihli faydalı model başvurularının değerlendirilmesine ilişkin olarak 551 sayılı KHK döneminde verilmiş Yargıtay kararlarında faydalı model belgelerinin niteliğinden, faydalı modellere ilişkin *grace period* hükmünün patentlere ilişkin hükümden farklılaşmasından ve yayımlanmış patent başvurularının geri çekilmesi hâlinde aynı buluş hakkında yeniden patent başvurusu yapılamayacağına ilişkin 551 sayılı KHK m. 68'in faydalı modeller açısından uygulanamayacağından hareket edildiği görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yayımlanmış patent başvurusunun geri çekilmesinden sonra aynı buluş hakkında yeni bir başvuru yapılamayacağına ilişkin hükmün (551 sayılı KHK m. 68; SMK m. 105.4) faydalı modeller hakkında da uygulanabileceğinden şüphe etmemek gerekir. Zira yayımlanmış başvuru hakkında ikinci başvurunun yapılamama-

sının gerekçesi, yayım ile birlikte başvurunun tekniğin bilinen durumuna dâhil olması, dolayısıyla yenilik özelliğini yitirmesidir⁹. Patentler açısından öngörülen bu düzenlemenin gerekçesi faydalı modeller açısından da aynen geçerlidir.

Sorunla bağlantılı olarak *grace period* hükümlerinin yorumuna gelince; gerçekten, 551 sayılı KHK m. 8'de¹⁰ patentlere ilişkin hükümde "buluş sahibinin açıklamaları" ile "bir merci tarafından yapılan açıklamalar" arasında bir ayırım yapılarak merci tarafından yapılan açıklamaların her durumda değil, ancak belli şartlarda patent verilebilirlik engeli oluşturmaları öngörülmüştür. 551 sayılı KHK'nın 8/I-ada "açıklamanın buluş sahibi tarafından yapılmış olması" 551 sayılı KHK m. 8/I-b'de ise: "Açıklamanın bir merci tarafından yapılmış olması ve bu merci tarafından açıklanan bilginin;

1- Buluş sahibinin bir başka başvurusunda yer alması ve söz konusu başvurunun bir merci tarafından açıklanmaması gerektiği halde açıklanması;

2- Buluş sahibinden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgiyi edinmiş olan bir üçüncü kişi tarafından, buluş sahibinin bilgisi veya izni olmadan yapılan bir başvuruda yer alması"

nın buluşa patent verilmesini engellemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede farklı kategoriler arasında esas alınan kriter, açıklamanın kim tarafından yapıldığıdır. Merci tarafından yapılan açıklamalar ise yalnızca sınırlı iki halde kapsama alınmıştır. Dolayısıyla merci tarafından yapılan, ancak bu kapsamda yer almayan açıklamalar açısından maddenin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmelidir¹¹. Nitekim mehaz Patent Hukuku Sözleşmesi'nin (*Patent Law Treaty-PLT*) konuya ilişkin 9. maddesinde

⁹ Bu husus, aynı konuyu düzenleyen SMK m. 10'in gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "... Yayımlanmış bir başvuru, tekniğin bilinen durumuna dâhil olmadığı için, bu konuda yapılacak yeni bir başvuru da yenilik özelliğine sahip olabilecektir... Maddenin dördüncü fıkrasında yayımlanmış bir başvuru, kamunun bilgisine sunulmuş ve dolayısıyla yenilik özelliğini kaybetmiş olduğundan geri çekilmesi hâlinde doğaal olarak aynı buluş konusunda yeni bir başvuru yapılamayacağı öngörülmüştür."

¹⁰ Bu hükmün kaynağı WIPO bünyesinde patent hukukuna ilişkin uyumlaştırma sürecinin bir parçası olan *Patent Law Treaty-PLT* Taslağı'nın 12. maddesidir. Düzenlemeye genel bakış ve uygulanmasında karşılaşılabilecek olası riskler için bkz. Şehirli Çelik (2010), s. 1967 vd.

¹¹ Standing Committee on the Law of Patents, Tenth Session, Geneva, May 10 to 14, 2004, Draft Substantive Patent Law Treaty SPLT Art. 9. "... by an Office on the item of prior art was contained (a) in another application filed by the inventor [and should not have been made available to the public by the Office], or ..." http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_10/scp_10_4.pdf (s.e.t.: 5.5.2017).

⁸ Y. 11. HD, 24.10.2013, E. 2013/619, K. 2013/18796 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

alternatif metinler hazırlanarak ülkelerin tercihine sunulmuştur. Bu kapsamda “Buluş sahibinin önceki başvurusunda yer alma” şartının sınırlandırılmadığı alternatifin yanı sıra “merci tarafından açıklanmaması gerektiği halde açıklanma” alternatifi de öngörülmüştür. Bu nedenle, 551 sayılı KHK m. 8’in merci tarafından yapılan açıklamalara ilişkin düzenlemenin sınırlayıcı bir kapsamı olduğunun kabulü gerekmektedir. Sonuç itibarıyla konu, patentler açısından daha az sorunlu görünmektedir.

Buna karşılık, konuyu faydalı modeller açısından düzenleyen 551 sayılı KHK m. 156/II’de “*Faydalı model belgesi başvurusu sahibi veya selefleri tarafından başvuru tarihinden veya var ise rüçhan hakkı tarihinden, on iki ay önceki tarihten itibaren yayınlama veya başka bir yolla yapılan açıklama veya kullanma, başvuru konusu buluşun yeniliğini ortadan kaldırmaz*” hükmü öngörülmüştür.

551 sayılı KHK döneminde patentlerden farklı olarak faydalı modellerde “merci tarafından yapılan açıklamaların” özel olarak düzenlenmemesi nedeniyle buluş sahibinin rızasıyla gerçekleşen, ancak merci tarafından yapılan açıklamaların 551 sayılı KHK m. 156/II kapsamında değerlendirilmesi tartışmaya açık bir konudur. 551 sayılı KHK döneminde verilen Yargıtay kararlarında 551 sayılı KHK m. 156/II kapsamında “başka yolla açıklama” yapılması ifadesinin oldukça geniş olduğu ve TPE (merci) tarafından yapılan açıklamaların da bu kapsamda olduğu sonucu varılmıştır. Bu yaklaşım tartışılabilir. Esasen *grace period* hükümlerinin amacı, *başvurudan önceki* süreçte gerçekleşen, buluş sahibinden kaynaklı bazı “erken” açıklamaların buluş sahibinin patent almasını engellemesine karşı korumaktır. Bu açıdan bakıldığında, başvuru süreci başladıktan sonra sürecin gereği gibi işletilmemesinden kaynaklanan olumsuzlukların bu suretle aşmaya çalışılması düzenlemenin amacıyla çelişme tehlikesini taşımaktadır. Ayrıca, *grace period* düzenlemelerinin mutlak yenilik ilkesine getirilen istisna hükümler olduğu dikkate alındığında, hükmün mümkün olduğunca dar yorumlanması gereği de açıkça ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, 551 sayılı KHK m. 156/II’nin buluş sahibinin iradesiyle gerçekleşen açıklamalara hasredilerek TPE’nin açıklamasının da geniş anlamda bu kapsamda olduğunun kabulü, patentler açısından öngörülen, merci tarafından yayınlanmaması gerektiği halde yayınlanan açıklamalar ile buluş sahibinin bir başka başvurusunda yer alan ve izni olmaksızın yayınlanan veya izinsiz olarak üçüncü

kişiler tarafından yapılan açıklamaların faydalı modelin yeniliğini ortadan kaldırması sonucunu beraberinde getirmektedir. Kanun koyucunun patentler için öngörmediği bu sonucu, faydalı modeller açısından özellikle öngördüğünü söylemek ise güç görünmektedir.

Sorunun, tasarımlar açısından Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi’nin (EUIPO) yeni tarihli bir kararına konu olduğu görülmektedir. Topluluk tasarımları açısından *grace period* hükmü olan ve 551 sayılı KHK m. 156/II’ye paralel şekilde tasarımcının kendi açıklamalarını da kapsayan Topluluk Tasarımı Tüzüğü’nün (*Community Design Regulation*)¹² 7. maddesinin ikinci fıkrasının¹³ amacına ilişkin olarak EUIPO 3. Temyiz Kurulu 2015 yılında verdiği kararında *grace period* düzenlemelerinin dar yorumlanması gerektiği, bu hükümlerle başvuru öncesi süreçte gerçekleşen özellikle reklam ve promosyon amaçlı açıklamalara karşı koruma sağlandığı, tasarım başvurusunun ilan edilmesinin ise idari nitelikte bir işlem olup belirtilen amaçla uyumlu olmadığı, dolayısıyla istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde değerlendirme yapmıştır¹⁴.

12 Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001.

13 “A disclosure shall not be taken into consideration for the purpose of applying Articles 5 and 6 and if a design for which protection is claimed under a registered Community design has been made available to the public: (a) by the designer, his successor in title, or a third person as a result of information provided or action taken by the designer or his successor in title; and (b) during the 12-month period preceding the date of filing of the application or, if a priority is claimed, the date of priority.”

14 EUIPO 3. Board of Appeal, R-2428, 2013/3, 24.10.2015. “... As such, the article is consistent with the spirit of the CDR, as demonstrated by the aforementioned recitals. In general, it must be ensured that only truly new designs are protected, because that is how innovation is encouraged, hence the exclusion of any protection, as a rule, in paragraph 1, of designs that have already been disclosed. However, if any such rule was applied mechanically, it would prevent the designer from testing its product before registering it as a design. In effect, a single advertisement done as a test would ipso facto render the design ineligible for protection. The Community legislator found that any such penalty was excessive and, consequently, provided for the exception in Article 7(2).

With regard to a standard which, as has just been demonstrated, represents an exception to a generally applicable rule, the provision of paragraph 2 should be subject to a restrictive interpretation which takes into account its underlying purpose.

That purpose is to allow the designer to test the product in which the design to be protected is incorporated on the market for a limited time. Testing the product on the market means presenting it to the public in order to measure its chance of commercial success and determine whether or not it would be useful to protect it via Community registration. Product testing can therefore take a variety of forms: an advertising campaign, the presentation of a prototype to the specialised press, etc. It involves initiatives of a promotional nature, the stated aim of which is to present a new product to the public.

In the opinion of the Board, the publication on which the design holder relies, namely the publication of design No 1 221 584-0023 in the Community Designs Bulletin, is not intended for promotional purposes, i.e. to test the shoe on the market. The publication is, in fact, entirely administrative in nature, and is required under Article 14 CDR,

Öte yandan, SMK ile konu, patent ve faydalı modeller açısından aynı şekilde düzenlendiğinden, 551 sayılı KHK dönemindeki kararlarda kullanılan bu gerekçeye yeni dönemde dayanılması mümkün görünmemektedir. SMK m. 84 ile, buluş sahibinin önceki tarihli yayımlanmış başvurusu, bir merci tarafından yapılan açıklama olduğundan ve 551 sayılı KHK'da olduğu gibi SMK m. 84'te de merci tarafından yapılan açıklamalar sınırlı hâllerde patent veya faydalı model verilmesine engel oluşturduğundan, madde kapsamında muafiyetten yararlanamayacaktır. Bu açıdan, 551 sayılı KHK dönemindeki yargı uygulamasının farklılaşması beklenmektedir.

IV. BAŞVURU TARİHİNDE VEYA DAHA SONRA YAYIMLANMIŞ ÖNCEKİ TARİHLİ BAŞVURULAR

A. GENEL BAKIŞ

SMK m. 83.2'de genel kural olarak tekniğin bilinen durumuna dâhil açıklamalar düzenlendikten sonra, üçüncü fıkrada bu kurala istisna getirilerek, başvuru tarihinden önce henüz yayımlanmamış önceki tarihli başvuruların içeriklerinin de tekniğin bilinen durumu olarak dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, 551 sayılı KHK m. 7/III'te de "*Patent başvurusu tarihinde veya bu tarihten sonra yayımlanmış olan ve patent başvurusu tarihinden önceki tarihli Türk patent ve faydalı model belgesi başvurularının yayımlanan ilk metinleri tekniğin bilinen durumuna dâhildir*" hükmü yer almaktaydı¹⁵.

SMK m. 83.3 ve 551 sayılı KHK m. 7/III temelinde aynı içerikte olmakla birlikte üç noktada farklılaşmaktadır. İlk olarak, 551 sayılı KHK m. 7/III'te

önceki tarihli başvuruların "yayımlanan ilk metinleri"nin dikkate alınacağı hükme bağlanmışken, SMK m. 83.3'te önceki başvuruların "ilk içerikleri" esas alınmıştır. Bunun yanı sıra, SMK m. 83.3, 551 sayılı KHK döneminde açıkça düzenlenmemiş olan ancak uygulamada dikkate alınan iki hususu açık düzenlemeye kavuşturmuştur. Bu kapsamda, Patent İşbirliği Antlaşması (*Patent Cooperation Treaty-PCT*) ile Türkiye'ye giriş yapan uluslararası patent başvuruları ile Türkiye'nin belirlendiği Avrupa patent başvurularının da önceki tarihli başvuru olarak kabul edileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Esasen, 551 sayılı KHK döneminde¹⁶ de uygulamada bu başvurular dikkate alındığından¹⁷ yeni düzenlemenin yalnızca uygulamayı somutlaştırdığı ve bahsedilen başvuruların hangi şartlarda tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılacağını düzenlediği söylenebilir. Bunun yanı sıra, 551 sayılı KHK m. 7/III hükmü başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan önceki tarihli başvuruları tekniğin bilinen durumuna dâhil ederken yenilik ve buluş basamağı incelemesi aşamaları arasında bir fark gözetmemiştir¹⁸. Bununla birlikte, Avrupa Patent Sözleşmesi (*European Patent Convention - EPC*)¹⁹ ve Avrupa Patent Ofisi uygulamalarını takiben, Türk uygulamasında da önceki tarihli başvurular yalnız yenilik incelemesiyle sınırlı olarak dikkate alınmış; buna karşılık; buluş basamağı değerlendirmesinde tekniğin bilinen durumuna dâhil görülmemiştir. Bu husus, TPE'nin Patent İnceleme Kılavuzu'nda açıkça ifade edilmiştir²⁰. Böylelikle, 551 sayılı KHK dönemindeki uygulama SMK döneminde yasal altyapıya kavuşturulmuştur.

following a registration request.

Given that its purpose is clearly not to 'test the product on the market', this publication cannot be covered by the exception set out in Article 7(2) CDR and must, on the contrary, be considered under the general rule established in Article 7(1) CDR.

As the invalidity applicant states, the publication of said design in the Bulletin therefore represents a disclosure which should be taken into account when assessing the novelty and individual character of the contested design."

- 15 551 sayılı KHK'nin konuyu düzenleyen 7. maddesinin son fıkrasına ilişkin Gerekçesi'nde şu açıklamalar yer almaktaydı: "7 nci maddenin üçüncü fıkrasında aksi ispat edilemeyen bir karine ile, önceki tarihli patent başvurularının içeriklerinin tekniğin bilinen durumuna ait olduğu kabul edilmiştir. Yani, sonraki tarihli başvurudan önce veya sonraki tarihli başvuru tarihinde veya yayımlanması sonraki tarihli başvuru tarihinden sonra gerçekleşen önceki tarihli başvuruların içerikleri tekniğin bilinen durumuna girer. Böylece, önceki tarihli başvurunun yapıldığı tarihte, başvuru henüz yayımlanmasa dahi, önceki tarihli başvuru sahibinin başvurusunda belirttiği teknik fikrin, başkası için (sonraki için) korunması önlenmek istenmiştir."

16 551 sayılı KHK'nin 7. maddesinin Gerekçesi'nde de bu husus şu şekilde ifade edilmişti: "... Bu tür önceki tarihli başvurular, milli patent başvurularına ise göz önünde tutulurlar. Ancak, Avrupa Patent Anlaşması'na ve Patent İşbirliği Anlaşması'na (Patent Cooperation Treaty) katıldığı takdirde, bu anlaşmalar çerçevesinde Türkiye'de de koruma talep edilmiş ise, bunlar da milli patent başvurularına gibi işlem göreceği için değerlendirilecektir."

17 551 sayılı KHK döneminde uygulanan TPE Patent İnceleme Kılavuzu'nda; 551 sayılı KHK m. 7/III kapsamında dikkate alınacak başvuruların "Doğrudan TPE'ye yapılmış olan ulusal başvurular", "Uluslararası başvuruya dayanmayan ve Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 158 (2) maddesi hükümlerinin yerine getirildiği yetkili bir mercie yapılan Avrupa Patent başvuruları" ve "Kabul ofisine yapılmış ve Türkiye'nin de seçilen ülke olduğu (belli edildiği) Patent İşbirliği Anlaşması kapsamında yapılan uluslararası başvurular (PCT m. 11)" olduğu belirtilmiştir. Bkz. TPE Patent İnceleme Kılavuzu, Şubat 2016, s. 26, <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/EDAD1D29-D2CB-4F2E-BE4C-F1AD15F8E44C.pdf>, s.e.t.: 10.05.2017.

18 551 sayılı KHK m. 7/III'ün değerlendirmesi için bkz. Öztürk, Özgür (2008), Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul, Arıkan Basım Yayım dağıtım Ltd. Şti, s. 165 vd.

19 Bkz. EPC m. 56.

20 TPE Patent İnceleme Kılavuzu, s. 34.

SMK m. 83.3 ve 83.5 hükümlerine paralel düzenlemeler, önceki tarihli Avrupa Patent başvuruları²¹ açısından EPC'de de yer almaktadır. Sözleşme'nin yeniliği düzenleyen 54. maddesinin üçüncü fıkrasında, başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan, başvuru tarihinden daha önceki tarihli Avrupa Patent başvurularının ilk içeriklerinin tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılacağı,²² 56. maddede ise bu başvuruların içeriğinin buluş basamağı değerlendirmesinde dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

B. AMAÇ

Tekniğin bilinen durumuna gerçek anlamda dâhil olmayan önceki tarihli başvuruların içeriklerinin belli şartlar altında tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmesinin iki temel nedeni bulunmaktadır.

İlk olarak, patent sisteminin işleyişi çerçevesinde, patent başvurusuna konu buluş, başvurunun yayımlanmasıyla birlikte topluma açıklanmış olduğundan, aynı buluşa ilişkin ikinci bir başvuru ve ikinci bir açıklama yapılması tekniğin bilinen durumuna bir katkı yapmayacaktır.²³ Bir başka ifadeyle, önceki tarihli başvuru sahip olduğu *bilgi içeriği* nedeniyle sonraki tarihli başvurunun patent verilebilirlik değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır.

İkinci olarak, henüz yayımlanmamış önceki tarihli başvurulara ilişkin düzenlemelerin, aynı bu-

luşa ilişkin olarak birden fazla patent verilmesinin, bir başka ifadeyle "çifte patent" in (*Double patenting/ Doppelpatentierung*)²⁴ engellenmesi²⁵ olduğu ifade edilmektedir²⁶. Bununla birlikte, bahsedilen amaca ulaşma potansiyeli açısından, düzenlemenin, yalnız yenilik incelemesine ilişkin olduğu, önceki tarihli başvurunun yalnızca istemlerinin değil bütün içeriğinin dikkate alındığı ve aynı tarihli başvuruları kapsamadığı hususları dikkate alınmalıdır. Bu özellikler çerçevesinde hükmün, aynı veya farklı başvuru sahiplerine ait, farklı başvuru tarihli aynı buluşun birden fazla patentle korunmasını engellemeye çalıştığı söylenebilir. Buna karşılık, hüküm kapsamına giren önceki tarihli başvurular buluş basamağı değerlendirmesinde dikkate alınmayacağından önceki başvurunun birebir aynısı olmayan, ancak buluş basamağı şartını da sağlamayan bir buluşun patent ile korunması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, SMK m. 83.3, çifte patentin engellenmesi amacıyla sınırlı etkiye sahip olabilecektir²⁷.

C. SMK M. 83.3'ÜN UYGULANMA ŞARTLARI

1. Farklı Tarihli İki Başvurunun Varlığı

SMK m. 83.3'ün uygulanmasının ilk şartı, farklı tarihli iki başvurunun varlığıdır. Dolayısıyla, aynı tarihte yapılan başvurular²⁸ kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı başvuru veya rüçhan tarihine sahip olan

21 PCT aracılığıyla yapılan uluslararası Avrupa Patenti başvuruları da Avrupa Patent Ofisi'ne Ofis'in resmi dillerinden birinde yapılarak ilgili ücretlerin ödendiği andan itibaren EPC m. 54.3 kapsamında dikkate alınmaktadır. Buna karşılık önceki tarihli yayımlanmamış *ulusal* başvurular, Avrupa Patentlerinin tescilinde tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmemektedir. Bkz. **Benkard, Georg&Melullis, Klaus-Jürgen** (2012), *Europäisches Patentübereinkommen*, 2. Auflage München, C. H. Beck, Rdnr. 194-195.

22 EPC Art. 54.3: "Additionally, the content of European patent applications as filed, the dates of filing of which are prior to the date referred to in paragraph 2 and which were published on or after that date shall be considered as comprised in the state of the art". EPC'nin önceki metninde 54.4'te yer alan sınırlayıcı hüküm EPC 2000 revizyonunda madde metninden çıkarılmıştır. Eski metninde "Paragraph 3 shall be applied only in so far as a Contracting State designated in respect of the later application was also designated in respect of the earlier application as published."

23 **Kraßer, Rudolf** (1967), Die ältere Anmeldung als Patenthindernis, GRUR Int., s. 287; **Kraßer, Rudolf** (1996), Geheime Offenbarungen in der Gnadenfrist – Wann ist eine mißbräuchliche ältere Anmeldung neuheitsunschädlich?, GRUR Int., s. 347.

24 Kavramsal olarak "çifte patent" ifadesinin farklı içeriklerde kullanıldığı belirtilmelidir. Bu bağlamda, bu ifadenin aynı buluş sahibinin aynı buluşa ilişkin başvurular veya aynı buluşa ait aynı tarihli başvurular için kullanılması mümkündür. Kavramın farklı kullanımları için bkz. **Germinario, Claudio** (2011), Double Patenting in the Practice of the European Patent Office, IIC, s. 387 vd.

25 Çifte patent verilmesinin engellenmesinde farklı düzenleme yöntemleri tercih edilebilir. Örneğin 1968 tarihli eski Alman Patent Kanunu'nda (§ 4 Abs. 2 PatG) daha önce patent verilmiş bir buluşa tekrar patent verilmesi engellenmekteydi. Ancak bu hüküm, buluşa daha önceden patent verilmiş olup olmamasından hareket ettiğinden, sonraki başvurunun sonuçlanması, önceki başvurunun sonuçlanmasını ve patent ile sonuçlanması hâlinde sonraki patenti verilmemesini gerektirmekteydi. Bu düzenleme hakkında bkz. **Gesthuysen, Hans Dieter** (1993), Das Patenthindernis der älteren, jedoch nachveröffentlichten Patentanmeldung, GRUR, s. 205 vd.; **Teschemacher, Rudolf** (1975), Das ältere Recht im deutschen und europäischen Patenterteilungsverfahren, GRUR, s. 641 vd.

26 Bkz. **Benkard&Melullis, EPÜ Art. 54, Rdnr. 192; Mes, Peter** (2015), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage, München, C. H. Beck, Rdnr. 64.

27 Aynı başvuru sahibinin aynı tarihli buluşları açısından çifte patent ve/veya faydalı model verilmesi ise SMK m. 145.2 kapsamında engellenebilecektir.

28 SMK m. 90.3'te belirlenen unsurların tamamının Kurum'a verildiği tarih itibarıyla başvuru tarihi kesinleşir ve başvuru işleme alınır (SMK m. 90.3). 551 sayılı KHK m. 43/1'de ise "patent başvurusunun tarihinin Yönetmelik'te sekli ve kapsamı yazılı olan ve maddede belirtilen unsurların Enstitü'ye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşeceği" hükmü bağlanmıştır.

başvuruların *aynı başvuru sahibine* ait olmaları hâlinde çifte korumaya ilişkin SMK m. 145.2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Buna karşılık, farklı başvuru sahiplerine ait aynı tarihli başvurular için ne SMK m. 83.3 ne de SMK m. 145.2 uygulanabilecektir. Bu durumda, aynı tarihli bağımsız iki başvurunun tescil sürecinin birbirinden bağımsız olarak yürütülmesi ve şartların sağlanması hâlinde iki ayrı patent verilmesi söz konusu olacaktır.

SMK m. 83.3 kapsamında başvurular arasında öncelik sonralık ilişkisi başvuru tarihine veya talep edilmişse rüçhan tarihine göre belirlenir²⁹.

Hükmün temel amacı, sonraki tarihli başvurunun patent verilebilirlik değerlendirmesinde önceki tarihli başvurunun tekniğin bilinen durumuna dâhil edilmesidir. Dolayısıyla, inceleme konusu olan başvuru, *sonraki tarihli* başvurudur. Bu başvurunun patent veya faydalı model başvurusu olması mümkündür (SMK m. 142.1)³⁰.

Tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılabilecek önceki tarihli başvurular SMK m. 83.3.a ve b'de³¹ şu şekilde belirlenmiştir:

- Ulusal patent ve faydalı model başvuruları,
- PCT uyarınca yapılan uluslararası patent başvurularından, PCT m. 22 ve 39'a göre yönetmelikte belirtilen şartlara uygun olarak ulusal aşamaya giriş yapan patent ve faydalı model başvuruları;

- EPC m. 153.5'teki şartları sağlayan, uluslararası başvuruya dayanan Avrupa Patent başvuruları (Euro-PCT) ve

- PC m. 79.2'ye göre Türkiye'nin belirlendiği ve ilgili belirleme ücretinin ödendiği Avrupa Patent başvurularıdır³².

29 Bkz. SMK m. 93.7.

30 Bkz. SMK m. 142.1. 551 sayılı KHK m. 156/III'te ise konu faydalı modeller açısından açık şekilde ve özel olarak düzenlenmiştir.

31 SMK m. 83.3.a ve b'de düzenlenen başvurular Alman hukukunda da Patent Kanunu'nun (*Patentgesetz*) yeniliği düzenleyen 3. paragrafı (§ 3.2 PatG) kapsamında yer almaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda SMK m. 83.3'ten farklı olarak önceki tarihli faydalı modeller kapsama alınmamıştır. Aniyet gösteren önceki tarihli faydalı modeller ile patentler arasındaki çatışma Faydalı Model Kanunu (*Gebrauchsmustergesetz-GebrMG*) hükümleri kapsamında çözülmektedir (bkz. § 14 GebrMG).

32 Avrupa patent başvurusunun çatışan başvurular kapsamında "önceki tarihli başvuru" olarak nitelendirilmesi EPC m. 139.1 gereğidir. ("In any designated Contracting State a European patent application and a European patent shall have with regard to a national patent application and a national patent the same prior effect as a national patent application and a national patent."). Aynı tarihli Avrupa patent başvurusu veya patenti ile ulusal patent başvurusu veya patenti arasındaki ilişkinin düzenlenmesi ise üye devletlere bırakılmıştır (EPC m. 139.3). Türk hukuku açısından bu ilişki Avrupa Patentlerinin Verilmesiyle İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi'nin Türkiye'de Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik (RG, 09.01.2001, S. 24282) m. 21'de düzenlenmiştir ("Çifte Koruma" başlıklı maddeye

2. Başvuru Sahipleri

SMK m. 83.3 kapsamında tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılacak başvuruların aynı veya farklı başvuru sahiplerine ait olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu açıdan, aynı kişinin, kendisine ait önceki tarihli başvurusunun sonraki başvurusuna patent verilmesine engel olabilecek, aynı başvuru sahibinin çatışan başvurularını kapsam dışı bırakacak özel bir hüküm (*anti-self collision*)³³ öngörülmemiştir. Bu nedenle hükmün aynı veya farklı kişilere ait başvurular hakkında uygulanması mümkündür. Buna karşılık, 551 sayılı KHK döneminde verilen bazı yargı kararlarında faydalı modeller açısından önceki tarihli yayımlanmamış başvuruların tekniğin bilinen durumuna dâhil edildiği 551 sayılı KHK m. 156/son hükmüne ilişkin yapılan değerlendirmede, bu hükmün aynı başvuru sahibine ait başvurular açısından uygulanmayacağı ifade edilmiştir³⁴.

Öte yandan, SMK m. 83.3 kapsamına giren *aynı kişiye* ait başvurularla *grace period'a* ilişkin SMK m. 84 ve çifte korumaya ilişkin SMK m. 145.2 hükümleri arasındaki bağlantının kurulması gerekir. SMK m. 84'te buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkileyebilecek nitelikte olmakla birlikte, bazı açıklamaların başvuru tarihi veya rüçhan tarihinden önceki 12 ay içinde gerçekleşmesi hâlinde buluşa patent verilmesine engel olmayacağı hükme bağlanmaktadır. SMK m. 83.3'e göre aynı kişiye ait önceki tarihli başvuru, henüz *yayımlanmadan* ikinci başvuru yapılmaktadır. Dolayısıyla bu başvurunun SMK m. 84 kapsamında *başvuru tarihinden önce* yapılmış bir *açıklama* sayılıp sayılmayacağı önem taşımaktadır. Zira, ilk başvurunun yapılmasıyla başvuru yalnızca patent ofisine açıklanmakta; buna karşılık, toplumca herkesin erişebileceği bir açıklama söz

göre; "Aynı kişi veya halefine, aynı başvuru tarihi veya rüçhan hakkı talep edilmişse aynı rüçhan tarihiyle, aynı konu için hem Türkiye'nin seçtiği bir Avrupa patenti ve hem de ulusal patent veya faydalı model belgesi verildiğinde, Avrupa patentinin itiraz işlemi sonucunda değiştirilmeden devamına karar verilmesi veya itiraz işlemi süresince herhangi bir itiraz yapılmaması durumunda, itiraz işlemi süresi sonunda ulusal patent veya faydalı model hükmü sona erer.")

33 Çatışan başvurulara ilişkin düzenlemelerde öngörülen *anti-self collision* kurallarının amacı, aynı buluş sahibinin önceki başvurusu nedeniyle sonradan gerçekleştireceği geliştirmeler için patent almasının engellenmemesidir. Türk hukukunda çatışan başvurular yalnızca yenilik incelemesinde dikkate alınıp buluş basamağı incelemesinde değerlendirme dışında bırakıldığından ve yenilik incelemesi fotoğrafik yenilik ile sınırlı yapıldığından, bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç görülmemiştir.

34 Bu yönde örneğin Y. 11. HD, 26.03.2014, E. 2013/17634, K. 2014/5854 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, ilk başvurunun, sonradan yayımlanmış olmak şartıyla, başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu dikkate alındığında, *başvurunun yapıldığı tarihin açıklama tarihi* olarak kabul edilmesi olasılığının değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda, SMK m. 83.3 kapsamına giren *aynı kişiye* ait başvurularda, SMK m. 84 gereği, -diğer şartlar da sağlanmak kaydıyla- ilk başvurunun içeriğinin sonraki başvuru açısından dikkate alınmaması düşünülebilir. Ancak bu durumda, ilk başvuruya *aynı içerikli* ikinci bir başvurunun da kabul edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Üstelik bu başvuruların ikisi de *aynı kişiye* ait olacak, dolayısıyla aynı kişi, aynı konuda birden fazla belge ile koruma elde edecek ve kanunen öngörülen tekeli süresi haksız şekilde uzatılmış olacaktır.

Bu noktada çifte koruma yasağına ilişkin SMK m. 145.2³⁵ düzenlemesiyle birlikte bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Anılan hükme göre; “*Aynı kişiye veya halefine, aynı buluş konusunda, aynı koruma kapsamıyla, birbirinden bağımsız olarak birden fazla patent veya faydalı model ya da bu belgelerin her ikisi verilmez.*” Esasen bu hüküm ile SMK m. 83.3 hükmü arasındaki ilişkinin niteliği, hatta Kanun koyucunun böyle bir ilişkiyi öngörüp öngörmediği hususu belirsizdir³⁶. Madde gerekçesi de hükmün gelişim ve öngörülüş süreci hakkında bilgi içermemektedir. Ancak SMK m. 145.2’de açıkça aynı kişinin aynı konuda ve aynı koruma kapsamıyla birden fazla belge elde etmesi -aynı veya farklı tarihli olmaları açısından bir ayırım yapılmadan- engellenmiştir. Hükmün, aynı başvuru sahibinin farklı tarihli başvurularını da kapsadığı kabul edildiğinde, SMK m. 84’ün aynı başvuru sahibine ait başvurular açısından SMK m. 83.3’e bir istisna oluşturamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, SMK m. 83.3 yalnızca yenilik değerlendirmesinde dikkate alınacağından aynı başvuru sahibinin kendi buluşunu geliştirerek yeni başvuru yapması da mümkün ol-

duğundan, *grace period* hükümleri kapsamında özel olarak korunması gereken bir durumun varlığından söz etmek de güç görünmektedir.

3. Önceki Tarihli Başvurunun Sonraki Tarihli Başvuru Tarihinde veya Daha Sonra Yayımlanmış Olması ve Hâlen İşlem Görmesi

Önceki tarihli başvurunun SMK m. 83.3 kapsamında tekniğin bilinen durumuna dâhil edilebilmesi için önceki tarihli başvurunun sonraki başvurunun tescil sürecinde hâlen işlemde olması gerekir. Sonraki başvurunun tescili sürecinde önceki başvurunun geri alınması durumda artık SMK m. 83.3 hükmü uygulanmaz. Bu durum, hükmün aynı buluşa çifte patent verilmesini engelleme amacından kaynaklanmaktadır. Önceki tarihli başvurunun hâlen işlemde olması gerekse de, bu başvuruya patent verilip verilmemesi SMK m. 83.3’ün uygulanması açısından önem taşımaz. Her ne kadar, çifte patenting engellenmesi amaçlansa da, önceki tarihli patent yalnızca istemlerinin kapsamıyla değil, bütün içeriğiyle dikkate alındığından, patent alıp almaması sonucu değiştirmemektedir.

SMK m. 83.3’ün uygulanması açısından önceki tarihli başvurunun sonraki başvuru veya daha sonraki bir tarihte yayımlanmış olması gerekmektedir. Çifte patenting engellenmesi amacı çerçevesinde, yayımın tescil süreci kapsamında gerçekleşmesi gerekmektedir³⁷. Önceki başvurunun henüz yayımlanmadan önce geri çekilmesi durumunda SMK m. 83.3 kapsamında tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmesi mümkün değildir. Geri çekilen başvurunun sonradan herhangi bir şekilde açıklanması durumunda artık açıklamanın yapıldığı tarih itibarıyla tekniğin bilinen durumuna dâhil olması söz konusu olacaktır. Geri çekilen başvurunun Patent Ofisi tarafından hatalı şekilde yayımlanması hâlinde de aynı durum söz konusu olacaktır³⁸.

Öte yandan, SMK m. 83.3 kapsamında sonraki başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan önceki tarihli başvurunun, fiilen yayımlandığı tarihte değil, başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla tekniğin bilinen dâhil kabul edildiğinin altı çizilmelidir.

4. Önceki Tarihli Başvurunun İlk Metninin ve Bütün İçeriğinin Dikkate Alınması

551 sayılı KHK m. 7/III’den farklı olarak, SMK m. 83.3’e göre önceki tarihli başvurunun ilk içeriği dikkate alınacaktır³⁹. Dolayısıyla başvurunun içeri-

35 Konu, 551 sayılı KHK’da aynı kişiye ait olması şartı aranmaksızın ve yalnızca patent ve faydalı model verilememesi şeklinde düzenlenmişti. KHK’nın “Aynı Buluşa Patent ve Faydalı Model Verilememesi” başlıklı 170. maddesinde “*Aynı buluş konusu için, birbirinden bağımsız olarak, patent ve faydalı model belgesi verilmez.*” hükmü öngörülmüştü.

36 Hükmün temel amacının aynı başvuru veya rüçhan tarihine sahip başvurular arasındaki ilişkiyi düzenlemek olduğu düşünülebilirse de, madde metninde başvuruların aynı tarihli olması şartı aranmadığından, madde kapsamına girebilecek başvuruların aynı zamanda SMK m. 83.3 kapsamına girme olasılığı bulunmaktadır.

37 Benkard&Melullis, EPÜ Art. 54, Rdnr. 204.

38 Benkard&Melullis, EPÜ Art. 54, Rdnr. 204.

39 Aynı hüküm EPC m. 54’te de yer almaktadır.

ğinin daha sonra değişmesi ihtimalinde de tekniğin bilinen durumuna dâhil edilecek metin, başvurunun ilk hâli olacaktır.

Önceki tarihli başvuruların hangi kısımlarının tekniğin bilinen durumuna dâhil sayılacağı hususunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilki, önceki başvurunun yalnızca istemlerini dikkate alan ve “*prior claims approach*” olarak adlandırılan dar yaklaşımdır. İkincisi ise önceki tarihli başvuruyu yalnızca istemleriyle sınırlı olarak ele almayan, -özet dışında- tarifname ve resimler de dâhil olmak üzere bütün içeriğini dikkate alan “*whole contents approach*” olarak adlandırılan yaklaşımdır. Birinci yaklaşım, hükmün dar anlamda çifte patentin engellenmesi amacından ve önceki tarihli başvurunun istemleri dışında açıklanan unsurların önceki başvuru açısından patentle korunmamış olacağından hareket ederek hükmün yalnızca iki başvurunun istemlerinin aynı olması durumunda uygulanacağını kabul etmektedir. Buna karşılık, geniş yaklaşımda, önceki tarihli başvurunun tarifnamesinde de yer alsa, bir kez açıklanan bilginin bir başka patente konu olmamasından hareket edilmektedir. Farklı ülkelerin ve Avrupa Patent sisteminin tercih ettiği yaklaşım geniş yaklaşımdır⁴⁰.

551 sayılı KHK’da olduğu gibi SMK’da da önceki tarihli başvurunun bütün içeriğinin dikkate alındığı geniş yaklaşım geçerlidir. Bu nedenle, önceki tarihli başvurunun istemlerinde yer almasa da tarifnamede açıklanan bir bilgi sonraki tarihli başvuru açısından tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilecektir. Geniş yaklaşımın uygulanması nedeniyle, önceki tarihli başvuruya patent verilip verilmemesi de herhangi bir önem taşımamakta, bu kapsamda önceki tarihli başvurunun tescil sürecinin sonlandırılmasının beklenmesi de gerekmemektedir.

5. Önceki Tarihli Başvurunun İçeriğinin Yalnızca Yenilik Değerlendirmesinde Dikkate Alınması

Önceki tarihli yayımlanmamış başvuruların tekniğin bilinen durumuna dâhil edilmesinde temel tartışma noktalarından biri, önceki başvurunun yenilik incelemesinin yanı sıra buluş basamağı değerlendirmesinde de dikkate alınıp alınmayacağı sorusudur. Uluslararası alanda da farklı yaklaşımlar olduğu bu konuda bakış açıları, yenilik incelemesinin kapsamıyla da yakından ilgili olarak değişmektedir⁴¹.

Avrupa Patent Sözleşmesi ve Avrupa Patent Ofisi uygulamalarına paralel olarak, Türk hukukunda da çatışan başvuruların yalnızca yenilik incelemesinde dikkate alınması, buluş basamağı değerlendirmesinde ise inceleme dışı bırakılması kabul edilmiştir (SMK m. 83.5). Türk hukukunda, Avrupa Patent Ofisi uygulamalarına paralel olarak “fotografik yenilik” ilkesi uygulanmaktadır. Buna göre önceki tarihli başvuruda açıklanan bilgilerin aynısı veya uzman kişinin özel bir çaba göstermeksizin doğrudan ve otomatik olarak başvurudan çıkardığı bilgiler sonraki başvuru açısından patent engeli oluşturacak; buna karşılık, örneğin önceki tarihli başvuruda açıklanan unsurların eşdeğerleri dikkate alınmayacaktır. Bu açıdan EPO ve Türk patent uygulamaları “dar” yenilik kavramını tercih etmiştir. SMK m. 83.3’ün buluş basamağı değerlendirmesinde dikkate alınmaması nedeniyle, önceki tarihli başvurunun geliştirilmiş şeklinin, buluş basamağı şartı aranmasa da, -faydalı model başvuruları için evleviyetle- bağımsız bir belge elde etmesi mümkün olabilecektir.

Bu bağlamda, SMK m. 145.2 hükmünün SMK m. 83.3 ile ilişkisi tekrar gündeme gelebilir. SMK m. 145.2 aynı buluş sahibine “aynı koruma kapsamı”yla birden fazla belge verilmesini yasaklamaktadır. “Aynı koruma kapsamı” ifadesiyle “aynı buluş”un kastedilmesi hâlinde iki hüküm arasında herhangi bir çelişki görünmemektedir. Buna karşılık, bu ifadenin patente tecavüz davalarında tespit edilen

40 Bu konuda bkz. Draft “Enlarged” Concept of Novelty: Initial Study Concerning Novelty and the Prior Art Effect of Certain Applications Under the Prior Art Effect of Certain Applications Under Draft Article 8 (2) of the SPLT, December 2, 2004, <http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/novelty/documents/5prov.pdf>, s.e.t. 10.0’5.2017; Report of the Tegernsee Experts Group Treatment of Conflicting Applications, Munich, 24 September 2012, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/d8df6ffe4e-a0dbac1257ab0004f2002/\\$FILE/conflicting_applications_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/d8df6ffe4e-a0dbac1257ab0004f2002/$FILE/conflicting_applications_en.pdf), s.e.t. 15.05.2017; Helfgott, Samson&Rosenman, Katten Muchin (2013), Applying “Conflicting Applications” as Prior Art – Can Harmonization Be Achieved?, World Intellectual Property Report, Vol. 27, N. 5, s. 1 vd.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz. Draft “Enlarged” Concept of Novelty: Initial Study Concerning Novelty and the Prior Art Effect of Certain Applications Under the Prior Art Effect of Certain Applications Under Draft Article 8 (2) of the SPLT, December 2, 2004.; Report of the Tegernsee Experts Group Treatment of Conflicting Applications, Munich, 24 September 2012; Helfgott&Rosenman, s. 1 vd.

koruma kapsamı olarak anlaşılması durumunda iki hükmün birlikte uygulanabilirliği sıkıntı yaratabilecektir. Zira, patentin koruma kapsamına yalnızca istemlerin lafzında yer alan unsurlar değil, bunların eşdeğeri⁴² olan unsurlar da dâhildir (SMK m. 89). Dolayısıyla, aynı başvuru sahibine ait, birebir aynı olmayan iki başvurudan ilki SMK m. 83.3 gereği ikinci başvuru açısından patent engeli oluşturmaya-
cak ise de, SMK m. 145.2 hükmü belirtilen şekilde yorumlandığında, aynı kişiye ait başvuruların aynı koruma kapsamına sahip olup olmadığı belirlenirken eşdeğer unsurlar da dikkate alınacaktır.

6. Önceki Tarihli Yayımlanmamış Başvurular ile SMK m. 84 İlişkisi

Önceki tarihli yayımlanmamış başvuruların tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmesine ilişkin olarak irdelenmesi gereken bir sorun, konuya ilişkin SMK m. 83.3 ile buluşa patent ve faydalı model verilmesini engellemeyen açıklamalara ilişkin SMK m. 84 ilişkisidir. Bu kapsamda, özellik taşıyan husus, SMK m. 83.3 kapsamında tekniğin bilinen durumuna dâhil olması öngörülen önceki tarihli başvurunun SMK m. 84.1.b veya c kapsamında buluş sahibinden kaynaklanan, ancak üçüncü kişilerce buluş sahibinin izni olmaksızın yapılan başvuru olması ihtimalidir. Bu halde, önceki tarihli ve buluş sahibinden kaynaklanan ancak onun izni olmaksızın yapılan başvurunun, buluş sahibinin sonraki tarihli kendi başvurusu açısından tekniğin bilinen durumuna dâhil olup gerçek buluş sahibinin patent almasını engellemesi olasılığı ortaya çıkmaktadır. Bu olasılığı özelliikli kılan nokta, önceki tarihli başvurunun sonraki tarihli başvurudan *sonra yayımlanmış* olması, SMK m. 84.1 gereği buluşa patent verilmesini engellemeyeceği öngörülen *açıklamanın* başvurudan önceki 12 ay içinde gerçekleşmiş olması gereğidir. Bir başka ifadeyle, önceki başvurunun yapıldığı tarih SMK m. 84'te öngörülen 12 aylık sürenin içinde olmasına rağmen başvurunun yayımlandığı (gerçek anlamda açıklamanın yapıldığı) tarih başvurudan sonra olması nedeniyle bu kapsamda yer almamaktadır. SMK m. 84'ün lafzından

hareketle açıklamanın önceki başvurunun yapıldığı anda değil, bunun *merci tarafından yayımlandığı* anda yapılmış sayılacağı kabul edildiğinde, önceki tarihli başvuruya SMK m. 84 uygulanmaması ve tüm içeriğinin SMK m. 83.3 gereği tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Buna karşılık, SMK m. 83.3 kapsamında önceki tarihli başvurunun tekniğin bilinen durumuna dâhil varsayıldığı andan hareket edildiğinde, başvurunun yapıldığı tarihin 12 aylık *grace period* içinde gerçekleşmesi yeterli sayılacaktır⁴³. Şüphesiz konuya ilişkin olası tereddütlerin giderilmesi, buluşa patent verilmesini engellemeyen açıklamalara ilişkin SMK m. 84'te açıklamanın *12 aylık süre içinde etki edecek şekilde* yapılması gibi bir düzenlemeyle mümkün olabilirdi⁴⁴. Mevcut düzenleme çerçevesinde hangi yoruma üstünlük tanınacağı konuya ilişkin yargı kararlarıyla netleşecektir. Bu soruna ilişkin olarak, gerçek buluş sahibinin kötüniyetli başvuru sahibine karşı gasp davasına ilişkin hükümler (SMK m. 110-111) çerçevesinde de korunma olanağı olduğu ayrıca vurgulanmalıdır.

43 Bu konu uluslararası alanda da tartışmalara neden olmuştur. Avrupa Patent Sözleşmesi'nin buluşa patent verilmesini etkilemeyen açıklamalara ilişkin düzenlemesinin tarihsel gelişiminde kötüniyetli başvuruların tekniğin bilinen durumuna dâhil olması ve patent verilmesini engellemeyen açıklamalar çerçevesinde değerlendirilerek, nihai metinde 6 aylık sürenin "başvuru tarihinden önceki 6 ay" (*innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung*) yerine, "başvuru tarihinden geriye doğru 6 aydan önce olmayan" (*nicht früher als sechs Monate vor der Einreichung*) ifadesi tercih edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Straus, Joseph** (1994), *Neuheit, ältere Anmeldungen und unschädliche Offenbarungen im europäischen und deutschen Patentrecht*, GRUR Int. 1994, s. 89 vd. Buna karşılık, önceki tarihli çatışan başvurulara ilişkin düzenlemenin amacından ve bunların tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu andan (başvuru tarihi) hareketle, bu tarihin 6 aylık süre içinde bulunmasının zaten yeterli olacağı, aksi halde önceki tarihli başvurunun geçmişe etkili olarak tekniğin bilinen durumuna dâhil olması kuranın kötüniyetli başvurular açısından tamamen göz ardı edilmiş olacağı ifade edilmiştir. Bkz. bu yönde **Kraßer** (1996), s. 345 vd.; **Kraßer, Rudolf&Ann, Christoph** (2016), *Patentrecht*, 7. Auflage, München, C. H. Beck, § 16, Rdnr. 66.

44 SMK m. 84'ün (ve 551 sayılı KHK m. 8) mehzazı olan Patent Hukuku Sözleşmesi'ne (*Patent Law Treaty - PLT*) ilişkin görüşmelerde konuya dikkat çekilmiştir. WIPO, *Sözleşme Tasarısı'nın* 12. maddesinde öngörülen buluşa patent verilmesini etkilemeyen açıklamalar (*Disclosures not affecting patentability-Grace Period*) düzenlemesinin 13. maddedeki önceki tarihli başvurulara (*Prior Art Effect of Certain Applications*) ilişkin düzenlemeyi dikkate alacak şekilde (... *was disclosed ... with effect under Article 13 on a date during...*) kalemeye alınmasını önermiştir. Bu konuda bkz. **Kraßer** (1996), s. 353.

42 "Bir unsur, esas itibarıyla istemlerde talep edilen unsur ile aynı işlevi görüyor, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiriyor ve aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa genel olarak istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir" (SMK m. 89.5).

V. SONUÇ

Patent verilebilirlik değerlendirmesinde önceki tarihli başvuruların durumuna ilişkin olarak, önceki tarihli başvurunun patent verilebilirlik değerlendirmesi yapılan başvurudan önceki bir tarihte yayımlanmış olup olmaması ve başvurunun kim tarafından yapıldığı hususlarına bağlı olarak farklı olasılıklar gündeme gelmektedir. Önceki tarihli başvuruların aynı veya farklı başvuru sahiplerine ait olması mümkündür. Başvuru tarihinden önce yayımlanmış önceki tarihli başvurular, SMK m. 83.2 gereği yayımlandıkları tarihten itibaren tekniğin bilinen durumuna dâhil olurlar. Önceki tarihli başvurunun aynı kişiye ait olması, SMK m. 84'te düzenlenen buluşa patent ve faydalı model verilmesini engellemeyen açıklamalar kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez; zira anılan madde, merci tarafından yapılan açıklamaları ancak sınırlı kapsamda bu istisna kapsamında ele almaktadır.

Başvuru tarihinde veya daha sonra yayımlanan önceki tarihli başvurular ise SMK m. 83.3'te öngörülen şartlarda tekniğin bilinen durumuna dâhil kabul edilirler. Bu kapsamdaki başvuruların aynı kişiye ait olması durumunda SMK m. 84'ün uygulanması gerekli görünmemektedir. Bu tür başvurular açısından, SMK m. 145.2'de düzenlenen çifte koruma yasağının uygulanma olasılığının da ayrıca dikkate alınması söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

Benkard, Georg (2012), Europäisches Patentreibereinkommen, 2. Auflage München, C. H. Beck.

Germinario, Claudio (2011), Double Patenting in the Practice of the European Patent Office, IIC, s. 387 vd.

Gesthuysen, Hans Dieter (1993), Das Patenthindernis der älteren, jedoch nachveröffentlichten Patentanmeldung, GRUR, s. 205 vd.

Helfgott, Samson&Rosenman, Katten Muchin (2013), Applying “Conflicting Applications” as Prior Art - Can Harmonization Be Achieved?, World Intellectual Property Report, Vol. 27, N. 5, s. 1 vd.

Kraßer, Rudolf&Ann, Christoph (2016), Patentrecht, 7. Auflage, München, C. H. Beck.

Kraßer, Rudolf (1967), Die ältere Anmeldung als Patenthindernis, GRUR Int., s. 285 vd.

Kraßer, Rudolf (1996), Geheime Offenbarungen in der Gnadenfrist – Wann ist eine mißbräuchliche ältere Anmeldung neuheitsunschädlich?, GRUR Int., s. 347 vd.

Mes, Peter (2015), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage, München, C. H. Beck.

Öztürk, Özgür (2008), Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul, Arıkan Basım Yayım dağıtım Ltd. Şti.

Pagenberg, Jochen (1981), Vorbenutzung und Vorveröffentlichung des Erfinders-Konsequenzen der Einschränkung der Neuheitsschonfrist und des Ausstellungsschutzes, Möglichkeiten einer internationalen Lösung, GRUR, H. 10, s. 690 vd.

Straus, Joseph (1994), Neuheit, ältere Anmeldungen und unschädliche Offenbarungen im europäischen und deutschen Patentrecht, GRUR Int. 1994, s. 89 vd.

Straus, Joseph (2001), Grace Period and the European and the International Patent Law, Analysis of Key Legal and Socio Economic Aspects, IIC Studies, Vol. 20, s. 55 vd.

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (2010), Buluş Sahibinin Açıklamaları Patent Almasını Ne Zaman Engellemez? -Riskler ve Olasılıklar Üzerine Düşünceler-, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, s. 1967 vd.

Teschemacher, Rudolf (1975), Das ältere Recht im deutschen und europäischen Patentreibungsverfahren, GRUR, s. 641 vd.

Standing Committee on the Law of Patents, Tenth Session, Geneva, May 10 to 14, 2004, Draft Substantive Patent Law Treaty, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_10/scp_10_4.pdf (s.e.t.: 5.5.2017).

TPE Patent İnceleme Kılavuzu, Şubat 2016, s.26,<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/EDAD1D29-D2CB-4F2E-BE4C-F1AD15F8E44C.pdf>, s.e.t.: 10.05.2017.

Draft “Enlarged” Concept of Novelty: Initial Study Concerning Novelty and the Prior Art Effect of Certain Applications Under the Prior Art Effect of Certain Applications Under Draft Article 8 (2) of the SPLT, December 2, 2004, <http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/novelty/document-s/5prov.pdf> (s.e.t. 10.05.2017).

Report of the Tegernsee Experts Group Treatment of Conflicting Applications, Munich, 24 September 2012,

[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/d8df66ffe4ea0dbac1257ab0004f2002/\\$FILE/conflicting_applications_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/d8df66ffe4ea0dbac1257ab0004f2002/$FILE/conflicting_applications_en.pdf) (s.e.t. 15.05.2017).

TÜRK HUKUKUNDA ALONJ

THE CONCEPT OF ALLONGE IN TURKISH LAW

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI*

ÖZET

Emre yazılı kambiyo senetlerinin devri ciro ve zilyetliğinin teslimi ile gerçekleşir. Ciro, kural olarak senedin arka yüzüne yapılır, ancak yer kalmadığı takdirde arka yüzünün uzantısı olarak kabul edilen ve senede iliştilen alonj adlı kâğıda da yapılabilir. Dolayısıyla senedin arkasına yazılabilen tüm kayıtlar, bu bağlamda, ciro, aval, ihbar, ibraz şerhleri ve karşılıksızdır işlemi alonj üzerine yazılabilir. Kıymetli evrakta senetler sıkı şekil esasına tabi iken alonjun kanunen öngörülen bir şekli yoktur. Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı gibi son yıllarda alonj kullanılarak emre yazılı senetlerde sahtecilik girişimlerinde artma görülmüştür. Dolayısıyla, tıpkı senetlerde olduğu gibi, alonjda da belirli şekil şartlarının aranması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Emre yazılı senetler, ciro, alonj.

ABSTRACT

The assignment of the negotiable instruments to order is done through indorsement and the transfer of the possession of the instrument. Indorsement is done, as a rule, onto the back of the instrument but it can also be noted onto a paper called allonge, which is attached to the instrument. Therefore, all notes including endorsement, aval, notice and presentation notes and transaction for uncovered instruments may be laid down on allonge. Despite the fact that the negotiable instruments are subject to strict formation rules, there is no rule for the formation of the allonge. As it can be concluded from the precedents of the Appeal Court, there is an increase in the number of the forgery attempts through the use of allonge in negotiable instruments to order. Hence it is believed that some sort of formality conditions be sought for allonge.

Keywords: Bill to order, endorsement, allonge.

* Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (turanlih@hotmail.com).
(Geliş Tarihi: 15.08.2017 / Kabul Tarihi: 25.08.2017)

I. GİRİŞ

Bu makalenin yazılmasındaki temel neden, tarafımıza tevdi edilen ve bir icra dairesinde işlem gören bir çekle ilgili görüşümüze başvurulmuş olmasıdır. Dosyada, çekin arkasında ciro için yer kalmaması nedeniyle çeki eklenen üç adet küçük kâğıt (alonj) üzerinde, beyaz ciro şeklinde üç farklı kişinin adı, soyadı ve imzası, üçüncü kâğıtta ise hem son cırantanın kimliği ve imzası hem de bankanın karşılıksız işlemi yer almakta idi.

Dosyayı incelerken, yıllardır kıymetli evrak hukuk dersi vermemize rağmen alonj konusunu sadece poliçenin arkasında yer kalmadığında poliçeye eklenen bir kâğıt tanımıyla kısaca geçtiğimizi ve “şekli nasıl olmalıdır” ya da “hukuki niteliği nedir” gibi konulara değinmediğimizi fark ettik. Bu nedenle bir yandan kendimizde gördüğümüz bu eksikliği gidermek bir yandan da konu hakkında bir tartışma yaratabilmek için kıymetli evraka ilişkin kitapları alonj ile ilgili olarak tekrar gözden geçirdik. Kıymetli evrak öğretisinde pek ele alınmayan alonjun, şekli ve hukuki niteliği gibi konularda ders kitaplarından fazla bir sonuca ulaşamadık. Yargıtay kararlarında da alonjun şekli ve hukuki niteliği hakkında herhangi bir karar mevcut değildi. Buna karşılık, çeki alonj gibi yapıştırılan ad-soyad ve imza yazılı kâğıtlarla yapılan sahteciliklere ilişkin birtakım kararlara erişebildik. Öte yandan görüşümüze başvuran dosya içeriğinden, gerek çekin ibrazı sırasında banka görevlisinin ve gerekse icra takibi esnasında icra müdürünün; çekin arkasına iliştirilen birbirinden bağımsız üç adet kâğıdın alonj niteliği konusunda herhangi bir kuşkuya düşmemiş olduğu, hem ibraz ve karşılıksız işleminin alonj üzerine yapıldığı hem de kambiyo senetlerine özgü takibe girildiği anlaşılmaktaydı. Alonjun şekli konusunda bir düzenleme olmadığı için küçük bir kâğıda yapılan tek bir cironun geçerli sayıldığı da anlaşılıyordu.

Kıymetli evrak hukukunda senedin sıkı şekil şartlarına bağlı olduğu bilinmektedir¹. Bunun temel gerekçeleri olarak, ticari hayatın güvene dayalı olması, tedavüle çıkan senetlerin sıkı şekil şartlarıyla korunmaları vb. ileri sürülmektedir. Oysaki cironun dolayısıyla devir beyanının ortaya konulduğu alonjda herhangi bir şekil şartının aranmamasının, kıy-

metli evrak öğretisinin temel ilkeleri ile uyuşmadığı düşünülmektedir. Mevcut durumuyla, Türk Ticaret Kanunu'nun 683,701, 731 ve 811. maddelerinde düzenlenen ve emre yazılı senetlerin bir tamamlayıcısı gibi düşünülen alonjun kendisinin de bir kıymetli evrak olup olmadığı belirsizdir.

Makalede, alonj konusu, anlamı, şekli, hukuki niteliği ve nelerin alonj üzerine yazılabileceğini incelenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede alonjun şekli konusunda bazı sonuçlara ulaşılmış ve öneri olarak dile getirilmiştir.

II. KAVRAM OLARAK ALONJ, TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. KAVRAM

Alonj, poliçenin arkasında yer kalmadığında ciro yapmak için poliçeye iliştirilen bir kâğıt olarak tanımlanabilir². İngilizce karşılığı “allonge”³ Fransızca karşılığı “allonger”⁴dur. Almanca karşılığında yine “allonge” yazılıdır.

Köken olarak Latince bir kelime olan alonj, “uzatmak” anlamını taşır. Alonj hukukumuzda, 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 595. maddesi hükmü ile girmiştir. Yeni TTK m. 683'te de yer alan düzenleme ile alonj, poliçeye bağlı bir kâğıt olarak açıklanmıştır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 1003. maddesinin resmi İngilizce çevirisinde, “allonge” kelimesi yerine “sheet” yani “kâğıt” yazılıdır. İBK'nın Fransızca nüshasında, 1003. maddede “*L'endossement doit être inscrit sur la lettre de change ou sur une feuille qui y est attachée (allonge)*” denilerek alonj için “*une feuille (bir kâğıt)*” ibaresine yer verilmiş ve parantez içinde (allonge) yazılmıştır. Almanca nüshasında ise, “*Das Indossament muss auf den Wechsel oder auf ein mit dem Wechsel verbundenes Blatt (Anhang, Allonge) gesetzt werden.*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada, “*Blatt (belge)*” ibaresine yer verilmiş ve parantez içinde (anhang, allonge) yani “ek-alonj” ibareleri de yazılmıştır.

2 Nitekim TTK m. 683'te “*Cironun, poliçe veya poliçeye bağlı olan ve alonj denilen bir kâğıt üzerine yazılması.*” şeklindeki düzenleme ile alonjun poliçeye bağlı bir kâğıt olduğu ifade edilmiştir.

3 Allonge, uzamak, uzatmak anlamına gelir. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/allonge> s.e.t. 19.03.2017.

4 <http://www.fransizcasozluk.net/s/allonger.htm> s.e.t. 19.03.2017.

1 **Pulaşlı**, Hasan (2015) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4.Baskı, Ankara, s.39.

Sonuç olarak alonj, senedin arkasına eklenen bir kâğıttır. Kanunda, senedin kendisiyle ilgili olarak açıkça bir kâğıt olması belirtilmemişken, alonjun bir kâğıttan ibaret olduğu açıkça yazılmıştır⁵.

B. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ALONJA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk Ticaret Kanunu m. 683/1'de, cironun poliçe veya poliçeye **bağlı** olan ve "**alonj**" denilen kâğıt üzerine yazılması öngörülmüştür. Aynı şekilde, m.683/2'de beyaz cironun, m.701/1'de aval şerhinin poliçe veya alonj üzerine yazılması benimsenmiştir. TTK m. 731/2'de, mücbir sebep ortaya çıktığında poliçe hamili, mücbir sebepleri gecikmeksizin kendinden önce gelen kişiye ihbar etmekle ve bu ihbarı, altına tarih, yer ve imzasını da koyarak poliçeye veya alonja kaydetmekle yükümlü tutulmuştur.

Türk Ticaret Kanunu m. 776 ilâ 779'da bono ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Kanun koyucu sistematik olarak kambiyo senetlerinde poliçeyi esas almış ve poliçeye ait hükümlerin çok büyük bir kısmının bono (ve kısmen çek) için de uygulanabileceğini öngörmüştür. Bono faslında, m.778/1-a'da poliçenin cirosuna ilişkin 681 ila 690. maddeleri bono için de uygulama alanı bulmakta, dolayısıyla m.683/2 hükmünün uygulanabileceği, yani bononun cirosunun, arka yüzde yer kalmaması durumunda alonja da yapılabileceği kabul edilmiştir. TTK m. 778/1-d'de ödememe halinde başvuru haklarına dair 713 ila 727 ve 729 ila 732.maddelere atıfta bulunulmuş, dolayısıyla m.731/2 düzenlemesinin bono için de uygulanması mümkün kılınmış-

tır. Poliçede avala dair hükümler (m.700 ila 702) de bono için uygulanabilecektir (TTK m.778/3).

Kanun koyucu TTK m.780 ilâ 823 arasında düzenlenen çek faslında, 818. maddede poliçeye ilişkin olup da çek için de uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Bunlar, m. 818/1-d (ciro hakkındaki 683 ilâ 685.maddeler), m. 818/1-g (avalın şekil ve hükümleri hakkındaki 701 ve 702. maddeler)'dir. Çekte mücbir sebepleri düzenleyen m. 811'de, çek hamilinin, mücbir sebeple karşılaşması durumunda mücbir sebebi gecikmeksizin kendi cirantasına ihbar etmesi ve bu ihbarı çeke veya alonja kaydedip, bunun altına, yerini ve tarihini yazarak imzalaması zorunlu kılınmıştır.

Türk Ticaret Kanunu m. 647/2'de, nama yazılı senetlerin devrinde devir beyanının senet üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kâğıdın üzerine de yazılabileceği hüküm altına alınmıştır⁶. Pulaşlı⁷ ve Can⁸, nama yazılı senetlerde devir beyanının yazılacağı kâğıdı da alonj olarak nitelendirmiştir. Netice itibarıyla, devir beyanının da senede eklenmesi söz konusu olduğuna göre bu görüşe katılmak mümkündür.

III. ALONJUN EKLENEBİLECEĞİ DİĞER KIYMETLİ EVRAK TÜRLERİ

Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakı düzenleyen Üçüncü Kitabında, kambiyo senetleri olarak sayılan poliçe, bono ve çekte, senedin arkasında ciro için yer kalmaması durumunda alonj denilen bir kâğıda ciro yapılması düzenlenmiştir. Kambiyo senetleri dışında kalan ve cirosu mümkün olan diğer senetlerde alonj kullanılıp kullanılmayacağı hakkında açık bir hüküm yoktur. Bununla birlikte cirosu kabil olan diğer senetleri düzenleyen m. 831/1 hükmüne göre "*İmza edenin, yer, zaman ve tutar bakımından belirli nakdi ödemelerde bulunmayı ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmeyi borçlandığı senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilir*". Aynı maddenin 2. fıkrasında ise "*Bu senetler (yukarıda bahsedilen) ve makbuz senetleri, varant ve konişmento gibi cirosu kabil olan senetler hakkında, cironun şekli, hamilin hak sahipliği ve senedi elinde bulunduranın onu geri vermekle yükümlü olması hususlarında, poliçelere ilişkin hükümler*

5 Gerçekten de senedin bir kâğıt olması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Şüphesiz ki senet denildiğinde ilk akla gelen kâğıt olmakla birlikte bir kumaş ya da tahta olması durumunda da senetten söz etmek mümkündür. Bkz. **Erdem**, Nuri (2008) Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul, s. 16. Bununla birlikte, TTK m. 645'de "*Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki...*" ifadesinde "*evrak*"tan bahsedilerek kâğıtsız kıymetli evrak olmayacağı ortaya konulmuştur. Burada bazı yazarlar "*kâğıt*" kelimesinin geniş yorumlandığını, her türlü kâğıdın, tahtanın, metalin, mikrofilmin, disketin, çipin ve hatta veri taşıyıcılarının bu kapsamda olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. **Poroy**, Reha& Tekinalp, Ünal (2013) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul, s. 25. Kıymetli evrak bağlamında bu görüşe katılmak mümkün olmakla birlikte, özellikle kambiyo senetlerinde elle imzanın şart koşulması senedin üzerine imza atılabilecek şekilde buna elverişli bir kâğıt olmasını zorunlu kılmaktadır. Bkz. **Öztaşan**, Fırat (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17.Bası, Ankara, s.12. Bu görüşün bir sonraki aşamasında acaba alonj da böyle geniş yorumla örneğin bir tahta, metal vb. kabul edilebilir mi? şeklindeki bir sorunun yanıtı kanaatimizce olumsuz olmalıdır. Alonjun yaygın anlamı ile bilinen hamur kâğıt olması gerektiği kanaatindeyiz.

6 Burada senet üzerinden kastedilenin senedin arka yüzü olduğu düşünülmektedir.

7 **Pulaşlı**, s. 51.

8 **Can**, Mertol (2011) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, s. 19.

geçerlidir..” hükmü ile bu senetlere, cironun şekli konusunda poliçe hükümlerine başvuru olanağı tanınmıştır. Alonjun ilk kez düzenlendiği madde yani 683.maddenin kenar başlığı “cironun şekli»dir. TTK m. 1534’de kenar başlıkların kanun metnine dâhil olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, “cironun şekli” başlıklı maddede düzenlenen alonjun, m. 831’de söz edilen senetlere de eklenebileceği kabul edilmelidir. Öte yandan m. 831/2’de “.. gibi cirosu kabil senetler” denilerek burada sayılmayan ancak cirosu mümkün olan diğer senetler de bu kapsama alınmıştır. Bu bağlamda örneğin, anonim şirketlerde çıkarılan nama yazılı pay senetleri de ciro yoluyla devredildiği için (TTK m. 490/2)⁹ senedin arka yüzünde yer kalmadığı durumda alonjun kullanılabilirliği kanaatindeyiz. Buna karşılık TTK m.593/2 uyarınca limited şirketlerde nama yazılı pay senetleri çıkarılsa bile bu senetlerin devri noter onaylı devir senediyle yapılabilmektedir (TTK m.595/1)¹⁰. Dolayısıyla alonj kullanımı söz konusu değildir.

IV. ALONJUN ŞEKLİ VE SENETLE İLİŞKİSİ

A. ALONJUN ŞEKLİ

Hukukumuzda alonjun şekli konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bazı yazarlar, alonjun poliçenin arkasına eklenen düz bir kağıt olarak tanımlamıştır¹¹. Alonj için herhangi bir kağıt parçasının kullanılabilirliği kabul edilmekle birlikte bu kâğıdın ebatları, üzerinde nelerin yazılı olması gerektiği gibi hususlarda herhangi bir açıklama yoktur. Senedin arka yüzünün bir devamı sayılan alonja, kanunen arka yüze yazılabilecek ciro (tam ve beyaz

ciro), aval şerhi ve mücbir durumlarda kendinden önce gelen cirantaya ihbar şerhinin düşülebilmesi mümkündür. Buna karşılık ibra şerhi ve karşılıksız işleminin yazılabilmesi konusunda Yargıtay’ın çeşitli kararlarına rastlanmıştır. Yargıtay, son yıllarda, aşağıda da görüleceği gibi, ibraz şerhi ve karşılıksız işleminin alonj üzerine yazılmasının senedi geçersiz kılmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin (CD) 02.10.2014 tarih ve E. 2012/30554 K. 2014/16184 sayılı Kararında¹², çeke alonj yapılmak suretiyle imzanın yapıştirılmasından bahsedilmiştir. Yargıtay 12.Hukuk Dairesinin (HD) 01.10.2013 tarih ve E. 2013/25615 K. 2013/30955 sayılı Kararında da¹³; davalı alacaklının, davacı şirkete ait imza ve kaşesinin kesilerek çeke alonj olarak eklenmek suretiyle borçlu şirkete ciranta süsü verilmek istendiği ileri sürülen dosyada, ilgili Daire, borçlunun karar düzeltme talebini kabul ederek, onama kararını bozmuştur. Bu kararda iki husus dikkati çekmektedir. Birincisi, imza ve kaşenin yapıştirılması nedeniyle yapılan itirazın, imzaya itiraz olmadığı için, İcra İflas Kanunu (İİK) m. 170/1 hükmünün değil Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 209/1 hükmünün mahkemece resen nazara alınması gereği, ikincisi ise, sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmeyeceğidir.

B. ALONJ İLE SENET ARASINDAKİ İLİŞKİ

Alonj, hukukumuzda senedin arka yüzünün devamı niteliğinde bir kâğıt olarak nitelendirilmektedir. Senetlerde ön yüz ile arka yüz arasında, senedin aynı zamanda bir belge olması nedeniyle bir bütünün ön ve arka yüzü olarak ayrıca bir ilişkilendirmeye gerek kalmaksızın tek bir belge olarak düşünülebilir. Ancak senede, onun arka yüzünün devamı olarak bir başka kâğıt eklendiğinde, sadece senedin arka yüzü değil aynı zamanda senedin kendisi ile de bir bağ kurulmasına ihtiyaç vardır. Bilindiği gibi kıymetli evrakta senedin ön yüzü üzerinde çeşitli senetlerle ilgili şekil şartları düzenlenmişken arka yüzü boş bir belge gibi düşünülmekte ve eğer emre yazılı bir senet ise ciro işlemi arka yüzüne yapılmaktadır.

9 Anonim şirketler tarafından çıkarılan “nama yazılı pay senetleri”nin kıymetli evrak olduğu konusunda tam bir görüş birliği mevcut olmakla birlikte ciro yoluyla devredildiği için bu senetlerin kıymetli evrak sınıflandırması bakımından nama mı yoksa emre mi yazılı senet olduğu tartışmalıdır. Bununla birlikte ağırlıklı görüş her ne kadar nama yazılı olsa da cironun bu senetleri kanunen emre yazılı senet haline getirdiği yolundadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sevi**, Ali Murat (2014) Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.201 vd. Ayrıca bkz. **Bilgili**, Fatih&**Demirkapı**, (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa, s. 25, **Ülgen**, Hüseyin&**Helvacı**, Mehmet&**Kendigel**, Abuzer&**Kaya**, Arslan (2013) Kıymetli Evrak Hukuku, 8.Bası, İstanbul, s. 59. Öte yandan nama yazılı pay senetlerinin hem tam hem de beyaz ciro ile devredilebileceği kabul edilmiştir. Bkz. **Pulaşlı**, s. 52, dn.151.

10 Öğretide limited ortaklığın çıkardığı nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, bunların kıymetli evrak olmadığı yolundadır. Bkz. **Turanlı**, Hüsnü (2015) Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri, İzmir Barosu Dergisi, S.2, s.13-56,s.47. vd, **Ülgen**&**Helvacı**, s.23, **Bilgili**&**Demirkapı**, s.13.

11 **Ekici**, Akın&**Durakanoğlu**, Nihayet, (2013) Türk Hukukunda ve Dış Ticarete Poliçe, İstanbul, s.534.

12 Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11cd-2012-30554.htm&kw=alonj#fm> s.e.t. 21.03.2017.

13 Kazancı Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2013-25615.htm&kw=alonj#fm> s.e.t.21.03.2017.

Kanunda alonjun senede “bağlı olduğundan” bahsedilmekle birlikte burada bağlılıktan ne anlaşılacağı açıklanmamıştır. Kanaatimizce, burada daha ziyade fiziki bir bağlılıktan söz edilmekte, bu bağlanma işleminin, alonjun senede yapılandırılması ya da bir şeffaf bant ile tutturulması kast edilmektedir. Bu durumda örneğin, bir ataç ya da bir zımba teli ile değil de daha çok artık ayrılmayacak şekilde yapıştırma ya da bantlama kabul edilmektedir.¹⁴ Böylece, ciro zincirinde kopukluk yaşanmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Öğretide de senedin arka yüzünün nasıl olması gerektiği ele alınmamıştır çünkü a priori senedin arka yüzü boş yüzü olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık alonj hakkında genellikle senedin arka yüzünün devamı görüşü kabul edilmekle birlikte, alonjun senedin bir parçası mı yoksa bağımsız bir belge mi olduğu tartışılmamıştır. Örneğin Poroy/Tekinalp, alonju “poliçenin arka yüzü olarak kabul edilen” kâğıt olarak açıklamıştır¹⁵. Bu görüş kabul edildiğinde, senedin arka yüzü ön yüzünden daha büyük bir yüz olarak kabul edilmelidir. Çünkü senedin arka yüzü, bir kâğıt eklenerek büyütülmüştür.

Kanaatimizce, senet ile alonj arasındaki ilişki sadece fiziki bir ilişki değildir. Bilindiği üzere ciro, hukuki bir işlemdir ve ciro ve beraberinde senedin zilyetliğinin devri ile emre yazılı bir senedin üzerindeki hak ciro edilen kişiye geçmektedir. Senedin arka yüzünde yer kalmaması nedeniyle senede bağlı alonj üzerine yazılan ciro ile ciro zinciri devam etmektedir. Bu durumda alonj, alelade bir kâğıt değil, senedin arka yüzünün devamı dolayısıyla senedin bir parçasıdır.

Alışkan, senet ile alonj arasında ilişki kurulabilmesi için alonjun iliştilendiği senedin ayırt edici unsurlarının, örneğin düzenleme tarihinin ve düzenleyen kişinin imzalarının yer alması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁶. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, alonj ile senet arasında sadece fiziki bir bağın değil aynı zamanda hukuki bir bağın da tesisi gereklidir.

Aşağıda, alonj üzerine cironun yanı sıra “ibraz şerhi” ve “karşılıksızdır” işlemlerinin yapılıp yapılamayacağı tartışılmıştır. Alonj üzerine cironun,

ihbar şerhinin ve aval şerhinin yanı sıra Yargıtay kararlarında kabul edildiği gibi “ibraz şerhinin” ve “karşılıksızdır” işleminin de yapılabileceği dikkate alındığında alonjun senede eklenen bir kâğıt parçası olmaktan başka senedin ayrılmaz bir parçası olması gerektiği kabul edilmelidir. Öte yandan, Kanun’da alonjun sayısı hakkında da bir sınırlama mevcut değildir. Bir başka deyişle en azından teorik olarak onlarca alonj yapılabilmesi mümkündür. Bu durumda, örneğin bir çek, belirli ebatlarda bir kâğıt iken, ona eklenen beş altı kâğıt parçası ile uzunca bir belge niteliğine bürünmektedir. Öte yandan, alonj olarak kullanılan kâğıdın her iki yüzüne de ciro ya da örneğin aval, ihbar, ibraz şerhleri ve karşılıksızdır işleminin yapılıp yapılamayacağı da belirsizdir. Dolayısıyla alonjun, senedin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesinden başka alonj için bir takım şekil esaslarının da öngörülmesi ve kanunun dolanımının önlenmesi gerekmektedir.

V. ALONJ ÜZERİNE DÜŞÜLEBİLECEK KAYITLAR

A. CİRO

Türk Ticaret Kanunu’nda, alonj üzerine yapılabilecek işlemler kural olarak ciro, ihbar ve aval şerhi olarak belirtilmiştir. Yargıtay kararlarında ise ibraz şerhi ve karşılıksızdır işleminin de alonj üzerine yapılabileceği kabul edilmiştir. Emre yazılı senetlerde alonjun asıl işlevi ciro zincirinin sürdürülebilmesidir. Bu bakımdan aşağıda kısaca ciro ve çeşitlerine yer verilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu m. 681/1 hükmüne göre “Her poliçe açıkça emre yazılı olmasa da ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilir”. TTK m.647/1-2 uyarınca emre yazılı senetler ciro ve zilyetliğin devralana geçirilmesi yoluyla devredilir. Giro ile senede sıkı sıkıya bağlı olan hak, kayıtsız ve şartsız olarak devredilene geçer. TTK m. 683/1’de, cironun şekliyle ilgili olarak, “Cironun poliçe veya poliçeye bağlı olan ve alonj denilen bir kâğıt üzerine yazılması ve ciranta tarafından imzalanması gerekir” denilmiştir. Emre yazılı senetlerde, senede bağlı hakkın devri için ciro ve senedin zilyetliğinin devrine ihtiyaç vardır. Giro emre yazılı senetlerin dolaşım gücünü ortaya koymaktadır.

Ciro tam ve beyaz ciro olarak iki şekilde yapılmaktadır. Tam cirodan farklı olarak, beyaz ciro için devredilen kişinin kimliği yazılmadan cirantanın

14 Nitekim Pulaşlı, alonjun senede raptedilmesi gerektiğini söylemiştir. Bkz. Pulaşlı, s. 62.

15 Poroy&Tekinalp, s.181.

16 Alışkan, Murat, (1998) Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu, İstanbul, Yayılım Yayıncılık, s. 162.

imzasının bulunması yeterlidir (TTK m. 683/2). **Be-yaz cironun, tam cirodan farklı olarak poliçenin arkasına veya alonj üzerine yazılması zorunlu tutulmuştur** (TTK m. 683/2 son cümle). Eski TTK m. 595'de de yer alan bu hükmün amacı, senedin ön yüzüne aval tarafından atılan imzalar ile karıştırılmasının önlenmesidir. Senedin ön yüzüne atılan imzalar "aval" olarak kabul edilmiştir¹⁷. Senedi beyaz ciro ile devralan kişi, bu senedi, kendi adına ya da diğer bir kişi adına doldurabilir, yeniden beyaz ciro ya da tam ciro ile devredebilir ya da beyaz ciroyu doldurmaksızın ve poliçeyi tekrar ciro etmeksizin poliçeyi başka bir kişiye verebilir (TTK m. 684). Görüldüğü gibi, senedi beyaz ciro ile teslim alan kişinin senedi devretmek için ciro etmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla, senedi beyaz ciro ile devralan kişiden itibaren senet hiç ciro edilmeksizin birçok kişiye devredilebilir. Bu durum adeta hamiline yazılı bir senedin devri gibidir¹⁸. Bununla birlikte, senedin beyaz ciro ile devri emre yazılı senedi hamiline yazılı senede dönüştürmez¹⁹. Bu durumda senedin son hamilinin senedi kendisine teslim eden kişiden değil, son cirantadan devraldığı kabul edilir²⁰. Nitekim TTK m.686/1 son cümlesi "Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro izlerse son ciroyu imzalayan kişi, poliçeyi beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır" hükmü de bu görüşü desteklemektedir.

Cironun senedin hangi yüzüne yapılacağı konusu kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide her iki yüze de yapılabileceği kabul edilmektedir²¹. Bununla birlikte arka yüze yapılması genel olarak kabul gören bir görüştür²². Öte yandan senedin ön yüzüne ancak tam ciro yapılabilir.

Cironun sayısı konusunda bir sınırlama mevcut değildir²³. Dolayısıyla, vade tarihine kadar senedin birçok kez ciro edilmesi mümkündür²⁴. Senedin arka yüzünde, cironun türüne ve ciranta bilgilerine

göre değişiklik göstermekle birlikte birkaç cironun yapılabilmesi için yeterli boşluk bulunmaktadır. Bono için belirlenen bir standart boyut olmamakla birlikte genel olarak piyasada basılı bir kâğıt bu amaçla kullanılmaktadır. Bu kâğıt genellikle A5 ebadında yani 148x210 mm. büyüklüğündedir²⁵. Öte yandan çek, matbu olarak bankalar tarafından bastırılmaktadır. Çekin ebadı da 76x166 mm. olarak belirlenmiştir²⁶. Her iki belgenin de arka yüzü ciro edilmeye müsaittir. Ciro genellikle, arka yüzün en üst kısmından itibaren başlayıp aşağıya doğru devam etmektedir. Senedin arka yüzünde son ciranta da devralana ciro ettikten sonra yer kalmadığında, son ciranta tam ciro etmiş ise alonj olarak kullanılan kâğıtta devralan kişinin senedin arka yüzünde kimlik bilgileri yazılı olduğu için, senedin arka yüzü ile alonj üzerinde bağlantı kurmak mümkündür. Tam ciro durumunda ciro zinciri kolaylıkla görülebilmektedir. Ciro zinciri, beyaz ciro yapıldığında, gerçek bir ciro zinciri olmaktan çıkmaktadır ve bu nedenle beyaz ciro kullanılarak yapılan ciroda alonj kullanılması durumunda ciro zincirinin belirlenmesinde sorun yaşanmaktadır.

B. AVAL VE MÜCBİR SEBEP DURUMUNDA İHBAR ŞERHLERİ

TTK m.701/1'de aval şerhinin alonj üzerine düşülebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde mücbir sebeplerden dolayı yasal süreler içinde poliçenin ibrazı ya da protesto düzenlenmesi gerçekleştirilememişse hamilin bu durumu kendinden önce gelen kişiye ihbar etmesi ve bu ihbarı poliçeye ya da alonja kaydetmesi zorunlu kılınmıştır (TTK m.731/2).

C. KABUL BEYANI

Kabul beyanı, poliçe üzerine yazılabilir ancak bono ve çekte kabul söz konusu değildir²⁷. Kanunda kabul beyanının poliçe üzerine yazılabileceği belirtilmiştir (TTK m. 695/1). Alonj üzerine kabul beyanının yazılıp yazılmayacağı tartışmalıdır. Pulaşlı, İsviçre öğretisi ve uygulamasında kabul beyanının yazılabileceğinin benimsendiğini ve bunun geçerli olduğunu belirtmiştir²⁸. Pulaşlı'ya göre, ciro ve

17 **Poroy&Tekinalp**, s.186, Erman, Eyüp Sabri (1973) *Poliçe- Bono- Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları*, Ankara, s.45.

18 **Öztan**, s.113.

19 **Poroy&Tekinalp**, s.187, **Bilgili&Demirkapı**, s.85.

20 **Bilgili&Demirkapı**, s.85. Nitekim TTK m.686/1 son cümlesi "Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro izlerse son ciroyu imzalayan kişi, poliçeyi beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır" hükmü de bu görüşü destekler niteliktedir.

21 **Bozer**, Ali&**Göle**, Celal (2006) *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara, s.120.

22 **Poroy&Tekinalp**, s.182, **Öztan**, s.110, **Ekici**, Akın&**Durakanoğlu**, Nihayet, s.58.

23 **Öztan**, s.110; **Hacıömeroğlu**, Oğuzhan (2010) «Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro» (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.9.

24 **Bilgili&Demirkapı**, s.83-84.

25 <http://portal.webtasari.net/wp-content/themes/haberv8/yazdir.php?id=184.s.e.t.08.04.2017>

26 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100_120-11-1.pdf.s.e.t.08.04.2017

27 Pulaşlı, s.150.

28 Pulaşlı, s.150, **Can**, s.152.

aval şerhinin yazılabildiği alonja kabul beyanının da yazılması mümkündür. Öztan, kabul beyanının mutlaka poliçe üzerine yazılması gerektiğini, alonja yazılması halinde bunun geçerli olmadığını ileri sürmüştür²⁹. Kanaatimizce, ciro, ihbar ve aval kayıtlarının yazılabildiği, aşağıda görüldüğü gibi ibraz ve hatta karşılıksız işleminin dahi yazılabildiği alonj üzerine kabul şerhinin yazılması mümkündür.

D. ÇEKTE İBRAZ ŞERHİ VE KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ

Hukukumuzda çek, diğer kambiyo senetlerine nazaran çok daha fazla şekil şartı taşıyan bir senettir. Çek hukuku, TTK'nın çeki ilişkin genel hükümlerinin yanı sıra 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu hükümleriyle de düzenlenmiştir. TTK m.780'de çekin neleri içerdiği genel bir hükümle düzenlenmiş iken, 5941 sayılı Çek Kanunu m. 2/7'de çek yaprağı üzerinde olması gereken bilgiler daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ayrıca m.2/5'te çek defterlerinin bankalarca bastırılacağı hükme bağlanmıştır. Çek Kanunu en son 15.07.2016 tarih ve 6728 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır³⁰.

Çek K. m.2/6'da çek defterlerinin baskı şeklini belirleyen esasların T.C. Merkez Bankası tarafından çıkarılacak bir Tebliğ ile belirlenmesi de hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, çek defterlerinin baskı şekline ait bir Tebliğ yürürlüktedir³¹. Bu Tebliğ'de çek defterindeki çek yapraklarının şekli ve içinde nelerin basılı olması gerektiği açıklanmıştır. Tebliğin ekinde bir çekin üzerindeki yazılar, tıpkı bir banknot gibi milimetrik olarak gösterilmiştir.

Çek, yetkili hamil tarafından, Kanun'un öngördüğü ibraz sürelerinde (TTK m.796) ibraz edilir ve çekin arkası yetkili hamil tarafından imzalarak banka görevlisine iletilir. Buna ibraz şerhi denilir³². Bankanın, hesapta çek bedelinin karşılığı var ise bu tutarı ödeme yükümlülüğü vardır (Çek K. m.3/1). Aksi halde ödeme yapmayan banka görevlisi

hakkında, şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası verilmesi söz konusu olabilir (Çek K.m.7/5). Çekin bankaya ibrazı üzerine çek hesabında çek tutarının karşılıksız olması durumunda banka görevlisi tarafından "karşılıksız işlemi yapılır". "Karşılıksızdır" işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır (Çek K. m. 3/2).

Türk Ticaret Kanunu'nun çeki ilişkin hükümlerinde, ibraz şerhinin ve karşılıksız işleminin nereye yapılacağı açıklanmamıştır. Buna karşılık Çek K. m.3/4'de "karşılıksızdır" işleminin, çekin arka yüzüne yapılacağı yazılıdır³³. Çek Kanununda alonjdan bahsedilmemiştir. Ancak, TTK m. 818'de çeki uygulanacak hükümlerle ilgili olarak m.683'e atıf yapıldığı için çekte de alonj kullanılması mümkündür. Çekin arkasında yer kalmaması durumunda ciro işleminin alonj üzerine yazılması Kanunen mümkün olmakla birlikte ibraz şerhi ve karşılıksız işleminin alonj üzerine yapıp yapılmayacağı belirsizdir. Çek Kanununun açık hükmüne göre, karşılıksız işleminin çekin arka yüzüne yapılması açıkça düzenlendiğine göre a contrario görüşle karşılıksız işleminin alonja yapılmaması gerektiği düşünülmektedir. Öğreti de bu husus tartışılmamıştır. Buna karşılık Yargıtay'ın, alonjun sadece ciro ve aval için kullanılabilceği ve ibraz şerhi ya da karşılıksızdır şerhinin alonj üzerine atılamayacağına dair bir kararı onadığı görülmektedir³⁴. Yargıtay 12. HD. 2012 yılından itibaren, yerel mahkemelerin, alonj üzerine ibraz şerhi yazılamayacağına dair kararlarını bozmuştur. Nitekim Yargıtay 12.HD'nin 16.10.2012 tarih ve E. 2012/12195 K. 2012/29665 ve 05.11.2012

29 Öztan, s.100.

30 09.08.2016 gün ve 29796 sayılı RG.

31 20.01. 2010 tarih ve 27468 sayılı RG: T.C. Merkez Bankasının "Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar ile Çek düzenleme ve Çek Hesabı açma Yasası Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" (SAYI: 2010/2). Bu Tebliğ, 19.11.2016 tarih ve 29893 sayılı RG'de 2016/6 Sayılı Tebliğ ile değiştirilmiş ve yeni adı "Çek Defterlerinin Basılı Şekline ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Oldukları Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ" olarak belirlenmiştir.

32 Güney, Erhan (2015) Cirolu Çeklerde Yetkili Hamil, Ankara, s.45.

33 Çek K. m.3/4: "Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz."

34 Yargıtay 12. HD'nin 27.11.2008 tarih ve E. 2008/17294 K. 2008/21045 sayılı onama Kararıyla onadığı yerel mahkeme Kararında "... keşide tarihli çek dışında kalan diğer üç çekteki muhatap bankanın karşılıksız kaşesinin çeki eklenen alonj adı verilen kağıt üzerine basıldığı görülmüştür. TTK 595. maddesi gereği senette boşluk kalmaması halinde alonj ciro ve aval imzası için kullanılması mümkün olup, alonj senedin kendisi ve tam anlamıyla bir parçası saymak mümkün olmadığından T.T.K. 607/1 maddesine göre şerhin veya çekin ödenmediğine dair banka yetkililerince yazılacak şerhin alonja yazılmasına imkan yoktur. İbraz kaşesinin TTK hükümlerine göre çekin arkasına veya ön yüzüne atılması mümkündür". denilmiştir.

tarih ve E. 2012/14630 K. 2012/31490 sayılı Kararlarında³⁵ takibe konu çekin arka yüzünde cirolardan dolayı ibraz şerhinin yazılabilmesi için boş yer kalmadığından alonj üzerine yapılan ibraz geçerli olup, kambiyo vasfını etkilemeyeceğine karar verilmiştir. Yine Yargıtay 12. HD'nin 05.11.2012 tarih ve E. 2012/14630 K. 2012/31490 sayılı Kararında, "Alonj, arka yüzünde yer kalmadığı zaman, yapılacak işlemler için bono, çek veya poliçeye eklenen kâğıt parçası olup, **alonj üstüne yapılacak işlemlerin hukuki açıdan senet üzerinde yapılan işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu kabul edilmelidir**" ifadesine yer verilmiştir. Yine Yargıtay 12.HD'nin 24.09.2012 tarih ve E. 2012/12420 K. 2012/28397 sayılı Kararında³⁶; keşidecisi H.G. lehtarMüh.End.Sist.Mak.İm.M.ve İnş.Tic.Ltd.Şti. olan altı milyon bedelli çekin arkasında lehtarın cirosundan sonra üç adet cironun bulunduğu, cirolardan dolayı çekin arkasının dolduğu, çeke alonj yapıştırılarak takip alacaklısına ciro edildiği, bir alonj daha eklendiği ve muhatap bankaya ibraz edilerek ikinci alonj üzerine ibraz şerhinin yazdırılmış olduğu görülmüştür. Alonj, arka yüzünde işlem yapmak için yer kalmadığı zaman, yapılacak işlemler için bono, çek veya poliçeye eklenen kâğıt parçası olduğu, alonj üstüne yapılacak işlemlerin hukuki açıdan senet üzerinde yapılan işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu, takibe konulan çekin arka yüzünde cirolardan dolayı ibraz şerhinin yazılabilmesi için boş yer kalmadığı, ibraz şerhinin alonj üzerine yazılamayacağına ilişkin yasal düzenlemenin bulunmadığı için mahkemece ibraz şerhinin alonj üzerine yazılmasının geçerli olduğu kabul edilerek borçlunun diğer itirazları incelenerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Muhatap bankaya ibraz şerhinin alonj üzerine yazılmasının kambiyo senetlerine özgü takip yapılmasını engelleyeceği gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz olup, mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla, alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir" şeklinde bir sonuca varılmıştır. Buradan elde edilen bir başka sonuç ise, alonjun birden fazla olabileceğidir. Bu durumda ciro zincirinin takibi açısından her alonjun üzerine sıra numarası ya da sırayı gösteren bir ibarenin de yazılması gerekecektir. Yargıtay 12.HD'nin E. 2012/6417 K. 2012/23441 sayılı Kara-

rında, "Kambiyo senetlerinin (poliçe, bono, çek) arka yüzüne yapılacak işlemler için yer kalmadığı zaman, senede **uzunlamasına eklenen** kâğıda alonj denmekte ve alonj üzerinde yapılacak her türlü işlem senedin arkasına yazılmış sayılmaktadır. Ne Türk Ticaret Kanunu'nda ne de Çek Kanunu'nda ibraz şerhinin alonj üzerine yapılamayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda alonj üzerine yapılan ibraz geçerlidir. Mahkemece bu sebeple çekin vasfına yönelik istemin reddiyle borçluların diğer itirazları hakkında inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde değerlendirme alonj üzerine yapılan ibraz şerhinin Yargıtay tarafından kabul edildiğini göstermektedir.

VI. ALONJ ÜZERİNE YAZILAN CİRO VE ÖZELLİKLE BEYAZ CIRONUN GETİRDİĞİ SORUNLAR

Tam ciroda, ciro edilen kişinin kimliği de yer aldığı için ciro zinciri kolaylıkla belirlenebilir. Çünkü senedi tam ciroyla alan kişinin bir başkasına devretmek için tam ya da beyaz cirosu yani imzası aranmaktadır. Bu durumda senedi devralan kişiler bakımından sağlıklı bir ciro zincirine ihtiyaç vardır. Buna karşılık beyaz ciro ile devralan kişinin senedi ciro etmeden de devretmesi mümkündür. Çünkü beyaz ciroda, lehine ciro yapılan kişinin gösterilmesi zorunlu olmayıp sadece ciro eden kişinin imzası yeterlidir³⁷. Bu durumda, beyaz ciroyla devralan kişi, hiç ciro etmeden de senedi devredebilir. Dolayısıyla son beyaz cirodan itibaren senedin devredildiği kişileri takip etmek mümkün değildir³⁸.

Alonj kullanıldığı durumda beyaz cirodan kaynaklanan sorunlar farklılaşmaktadır. Çünkü beyaz cirodan itibaren kimin çekin yetkili hamili olduğu anlaşılamaz. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse:

Emre yazılı bir çekin arkasını beş kişinin tam ciro ile ciro ettiğini kabul edelim. Çekin arkasında bu ciro zincirinin devamı için yer kalmadığı durumda beşinci kişi, bir başka kişiye beyaz ciro yaparak çeki devretsin. Bu son kişi, alonj olarak kullanılmak üzere bir kâğıdı çeke yapıştırsın ve bir başkasına devretsin. Çekin arka yüzündeki son tam cirodan sonra ciro zincirini takip etmek olanaksızdır. Çünkü beyaz ciro ile devirlerde devralan kişinin kimliği

35 Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2012-12195.htm&kw=alonj#fm s.e.t. 21.03.2017>.

36 Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2012-12420.htm&kw=2012/12420#fm s.e.t. 24.03.2017>.

37 Arslan, Çetin&Kayanççek, Murat (2010) 5941 sayılı Çek Kanunu Şerhi, Hukuk-Ceza, Ankara, s. 211.

38 Bununla birlikte, ciro zinciri içinde beyaz ciroya kadar yapılan ciroların düzgün olup olmadığını incelenmesi gerekir. Bkz. Poroy& Tekinalp, s. 187.

yazılmamaktadır. Daha sonra bir başka kişi (kötüniyetli) malvarlığını bildiği bir işadaminin adının ve imzasının ya da sadece imzasının bulunduğu bir kâğıdın bu kısmını kesip alonj olarak yapıştırın ve bir başka kişiye devretsin. Devralan kişi iyiniyetli bile olsa devraldığı kişinin son ciranta olması gerekmediği için son beyaz cirodaki imzanın, kendisine çeki devreden kişiye ait olup olmadığını sorgulayamaz. Bir diğer deyişle devralan kişi ciro zincirinin kopuk olduğunu ileri süremez. Bu durumda son devralan kişinin, çeki kötüniyetli ya da ağır kusurlu olarak devraldığından da söz edilemez. Çünkü son beyaz cirodan itibaren çekin devredildiği kişilerin takibi olanaksızdır. Bu son kişinin çeki bankaya ibraz etmesi ve çekin karşılıksız olması durumunda banka tarafından çeki eklenen alonj görünümü kâğıt üzerine “karşılıksızdır” işlemi yapılması mümkündür. Her ne kadar Çek Kanunu m.3/4’te “karşılıksızdır” işleminin çekin arka yüzüne yapılacağı yazılı ise de alonj kullanılması halinde bu işlemin alonj üzerine de yapılabileceği Yargıtay’ın çeşitli kararlarında kabul edilmektedir. Dolayısıyla, alonj kullanılarak ciro zinciri içine, çek ile hiçbir ilgisi olmayan bir kişinin dâhil edilmesi mümkündür. Banka görevlisi de, ciro zincirini sadece şeklen düzgün olup olmadığı açısından inceler³⁹. Bu örnekte banka görevlisi, alonj üzerinde bir imza olduğunu gördüğünde bu imza sahibinin bir önceki cirantadan senedi usulüne uygun olarak devralıp almadığını incelemeyebilir. Oysaki, tam ciro yapılmış olsa idi, alonj üzerinde örneğin, “Ahmet Cengiz’e ödeyiniz” şeklinde bir ibare ve imza olur ve en azından alonj üzerindeki el yazısının, verilen örnekte adı geçen işadaminin kendisine ait olmadığından bahisle bir defa hakkı doğabilirdi. Ancak şekil şartlarına bakıldığında çekin arkasına yapılan ciro ve devamında yapıştırılan alonj üzerindeki işlemler hukuka uygun görünmektedir. Bu durumda işadaminin, TTK m. 659’da belirtilen ve senedin metninden anlaşılan örneğin imzanın sahteliği def’ini ileri sürmesi olanaksızdır, çünkü imza kendisine aittir. Öte yandan, alonjun kanunen öngörülen bir şekli olmadığından dolayı, alonjun yapılaş şekline itiraz etmesi de mümkün değildir. Hukukumuzda, alonj kullanılarak bu şekilde ciranta olmayan kişilerin, imzalarının bulunduğu bir belgeyi kesip alonj diye yapıştırmak ve bu şekilde başvuru borçlusu olarak nitelendirmek mümkündür ve yukarıda belirtilen bazı yargı kararlarında da bu yola başvurulduğu görülmektedir.

VII. SONUÇ

Emre yazılı senetlerde sıkı şekil şartları öngören Türk Ticaret Kanunu ve Çek Kanunu, alonj konusunda aynı tutumu ortaya koymamış ve alonj; senede eklenen ve ciro, ihbar, aval işlemlerinin ve Yargıtay kararları ile ibraz şerhi ile karşılıksız işleminin yapıldığı boş bir kâğıt olmanın ötesinde ele alınmamıştır. Oysaki, alonj sadece boş bir kâğıt olmayıp senedin arka yüzünün devamı ve dolayısıyla senedin bir parçası niteliğindedir. Bu haliyle ayrı bir kıymetli evrak olmasa da ilave edildiği kıymetli evrakın ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla Kanunun öngördüğü şekilde emre yazılı senetlere ilave edilen ve yukarıda da açıklandığı gibi ciro, aval, ihbar şerhi ve karşılıksız işlemlerinin yapılabileceği alonjun da tıpkı ilave edildiği gibi senet gibi birtakım şekil şartlarına tabi olması, örneğin alonj olarak kullanılacak kâğıtların matbu olması, üzerinde “*bu bir alonjdur*” gibi bazı kayıtlar bulunması, öte yandan ilave edildiği senet ile arasında sadece maddi anlamda değil hukuki anlamda da bir bağ kurulabilmesi için birtakım kayıtların zorunlu tutulması gerekmektedir. Bu kayıtlara örnek olarak, ilave edildiği senedin tarihi, varsa senet numarası, senedin düzenlendiği yer vb. örnekler verilebilir.

Alonjla ilgili olarak yukarıda önerdiğimiz bazı önlemler hayata geçirildiği takdirde, giriş bölümünde de aktarılan ve alonj süsü verilmiş biçimde, emre yazılı senetle hiçbir ilgisi olmayan kişilerin imzaları kullanılarak yapılan sahtecilik işlemlerinin önüne geçilebileceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin&Kayanççek, Murat** (2010) 5941 sayılı Çek Kanunu Şerhi, Hukuk-Ceza, Ankara. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/allonge> s.e.t. 19.03.2017.
- Alışkan, Murat**, (1998) Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciroşu, İstanbul, Yaylım Yayıncılık. <http://www.fransizcasozluk.net/s'allonger.htm> s.e.t. 19.03.2017.
- Bilgili, Fatih&Demirkapı**, (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa. Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11cd-2012-30554.htm&kw=alonj#fm> s.e.t. 21.03.2017.
- Bozer, Ali&Göle, Celal** (2006) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara. Kazancı Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2013-25615.htm&kw=alonj#fm> s.e.t.21.03.2017.
- Can, Mertol** (2011) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara. Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2012-12195.htm&kw=alonj#fm> s.e.t. 21.03.2017.
- Ekici, Akın&Durakanoğlu, Nihayet**, (2013) Türk Hukukunda ve Dış Ticarete Poliçe, İstanbul. Kazancı Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12hd-2012-12420.htm&kw='2012/12420'#fm> s.e.t. 24.03.2017.
- Erdem, Nuri** (2008) Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul. <http://portal.webtasari.net/wp-content/themes/haberv8/yazdir.php?id=184> s.e.t.08.04.2017.
- Erman, Eyüp Sabri** (1973) Poliçe- Bono- Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları, Ankara. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100120-11-1.pdf> s.e.t.08.04.2017.
- Günay, Erhan** (2015) Ciroolu Çeklerde Yetkili Hamil, Ankara.
- Hacıömeroğlu, Oğuzhan** (2010) 'Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro' (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Öztan, Fırat** (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 17.Bası, Ankara.
- Poroy, Reha&Tekinalp, Ünal** (2013) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul.
- Pulaşlı, Hasan** (2015) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4.Baskı, Ankara.
- Sevi, Ali Murat** (2014) Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3.Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Turanlı, Hüsnü** (2015) Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri, İzmir Barosu Dergisi, S.2, s.13-56.
- Ülgen, Hüseyin&Helvacı, Mehmet&Kendigel, Abuzer&Kaya, Arslan** (2013) Kıymetli Evrak Hukuku, 8.Bası, İstanbul.