

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

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

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin tarandığı endeksler:

Ulusal Endeksler: ULAKBİM TR Dizin ve ASOS INDEX

Uluslararası Alan Endeksleri: European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS),
ICI Journals Master List

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is indexed in

National Indexes: ULAKBİM TR Index, ASOS Index

International Indexes: European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS)
ICI Journals Master List



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin erişilebildiği veritabanları:
HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is included in
HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)
database.





ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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

We invite you to submit your

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

Web Sitesi / Website: <http://www.aybu.edu.tr/tfm>
Makale gönderim / Article submission: <https://dergipark.org.tr/tfm>
İletişim / Contact: tfm@ybu.edu.tr

TFM

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

C. 9 • S. 1 • Haziran 2023



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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

Sahibi/Owner

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi adına/*On Behalf of Ankara Yıldırım Beyazıt University*
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Dil Editörleri/Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)

Editör Yardımcıları/Assistant Editors

Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule IŞIN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Halil İbrahim AKCAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/Editorial Board

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

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM),
ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX, European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) ve
ICI Journals Master List'te taranan,
EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE ve JURIX veri tabanı üzerinden erişilebilen
uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)
is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM, TR Index, ASOS Index,
European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) and ICI Journals Master List,
also included in EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE and JURIX database.

Yayın Tarihi/Date of Publication : Haziran 2023/June 2023
Yayın Türü/Publication Type : Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical
İletişim Bilgileri/Contact Information : Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Keçiören/ANKARA-TÜRKİYE
Elektronik Ağ/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>
E-posta/E-mail : tfm@ybu.edu.tr
Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/
Article Submission and Author Guidelines : <http://www.dergipark.org.tr/tfm>

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

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

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

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

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

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

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD^(*)

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

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

06.02.2023 tarihinde meydana gelen büyük deprem felaketinde yitirdiğimiz insanlarımızı saygı ve rahmetle anarak başlamak isteriz.

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) dokuzuncu yıl ve cildinin ilk sayısı ile sizlerle. Dünya çapında ve ülkemizde yaşanan doğal afetler, salgın hastalıklar, diğer dönüşüm ve değişimler bilimsel üretim ve yazımın metodolojisini, türünü, niteliğini ve niceliğini önemli ölçüde etkilemektedir. Özellikle sosyal irtibatın azalmasıyla sanal iletişim günlük hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Yeni usuller, yollar ve yöntemler kendilerini dayatmakta, yeni çözüm arayışları ortaya çıkmaktadır. Bu dönüşüm ticari hayat ve fikri mülkiyet alanıyla birlikte bu alanlara ilişkin hukuk uygulamalarına önemli ölçüde etkide bulunmaktadır. Alana ilişkin bilimsel yazım bu dönüşüm ve değişime ayak uydurmak, esasen rehberlik etmek ve çözüm üretmek göreviyle karşı karşıyadır. TFM'nin özellikle son dört yıllık bilimsel çalışma içeriği incelendiğinde ifade edilen dönüşümün ve görevin çokça yansımalarına rastlanmaktadır.

Bu sayıda da değerli araştırmacıların ufuk açıcı çalışmaları hukuk öğretisi ve uygulamasının istifadesine sunulmakta, çek hukukundan sigorta hukukuna, tasarruf finansmanından marka hukukuna, telif hukukundan şirketler hukukuna kadar TFM'nin ilgi alanındaki çeşitli dallardan çalışmalara yer verilmektedir. Katkılarından ötürü yazarlarımıza ve hakemlik görevini gönüllü olarak üstlenen kıymetli meslektaşlarımıza teşekkür eder, herkese iyi okumalar dileriz.

EDİTÖR

FROM EDITOR

We would like to start by commemorating the people with respect and mercy, that we lost in the great earthquake disaster that took place on 06.02.2023.

We present you the 9th Year and 1st Issue of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM). Natural disasters, epidemics, other transformations and changes that have been experienced worldwide and in our country, significantly affect the methodology, type, quality and quantity of scientific production and writing. Virtual communication has become an indispensable part of daily life, especially with the decrease in social contact. New methods and ways impose themselves and the need for new solutions is rising. This transformation has a significant impact on the legal practices related to commercial life and intellectual property. Scientific writing on the field is charged with the task of keeping up with this transformation and change, essentially with the task of guiding and producing solutions. When the content of the last four years of scientific study of the TFM is examined, it is seen that there are many reflections of named transformation and mission expressed.

In this issue, seminal works of valuable researchers are presented for the benefit of legal doctrine and practice, and studies from various branches of interest of the TFM such as check law to insurance law, from savings financing to trademark law, from copyright law to corporate law. We would like to thank our authors for their contributions and our esteemed colleagues who voluntarily undertake the task of refereeing and we wish everyone a good reading.

EDITOR

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETLERİNİN HUKUKİ DÜZENLEMESİNDE ‘GÜVEN’ UNSURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>AN EXAMINATION OF THE ‘TRUST’ ELEMENT IN THE LEGAL REGULATION OF SAVINGS FINANCING COMPANIES</i> Dr. Öğr. Üyesi Bahriye BAŞARAN BROOKS.....	3
SİGORTALI MALIN HACZİ <i>ATTACHMENT ON INSURED GOODS</i> Dr. Öğr. Üyesi Osman DURAN	17
ÇEKİN TEYİDİ <i>CERTIFICATION OF CHECK</i> Arş. Gör. Dr. Sinan SARIKAYA	37
DÖVME SANATÇILARININ TELİF HAKLARINA DAİR TARTIŞMALARIN FİKRİ HAKLARIN ALIŞILMADIK BİR SINIRI OLAN MEKÂNSAL GERÇEKLIK ALGISI İSTİSNASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>EVALUATION OF THE DISCUSSIONS ON THE COPYRIGHTS OF TATTOO ARTISTS IN COMPUTER GAMES IN TERMS OF THE SPATIAL REALITY PERCEPTION EXCEPTION AN UNUSUAL LIMIT OF INTELLECTUAL RIGHTS</i> Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU.....	63
TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN PAYDAŞLARA YÖNELİK SORUMLULUĞUNA MUKAYESELİ BİR YAKLAŞIM <i>A COMPARATIVE APPROACH TO THE RESPONSIBILITY OF THE COMPANIES TO STAKEHOLDERS IN TURKISH AND ENGLISH LAW</i> Doç. Dr. Hüsnü TURANLI - Yrd. Doç. Dr. Fatma ESENYEL HANAZ.....	73
KULLANMA ZORUNLULUĞU BAĞLAMINDA TEKRAR MARKA VE HUKUKİ SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ <i>REPEAT-TRADEMARK IN THE CONTEXT OF OBLIGATION TO USE AND EVALUATION OF THEIR LEGAL CONSEQUENCES</i> Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	93
KİTAP İNCELEMELERİ/BOOK REVIEWS	
KORKMAZ, CANSU: SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ HACZİ VE PARAYA ÇEVRİLMESİ , ANKARA 2023 <i>KORKMAZ, CANSU: THE CONFISCATION AND ENCASHMENT OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS, ANKARA 2023</i> Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	119
MERAL, NEVİN: SERMAYE PİYASASINDA KAMUYU AYDINLATMA BELGELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK , İSTANBUL 2021 <i>MERAL, NEVIN: CIVIL LIABILITY ARISING FROM DISCLOSURE DOCUMENTS IN CAPITAL MARKETS, ISTANBUL 2021</i> Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	121
ORBAY ORTAÇ, NURDAN: ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTI BAŞKANI , SEÇKİN YAYINEVİ, ANKARA 2023 <i>ORBAY ORTAÇ, NURDAN: CHAIRMAN OF GENERAL ASSEMBLY IN JOINT STOCK COMPANY, SECKIN YAYINEVI, ANKARA 2023</i> Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU.....	123
ŞENOCAK, KEMAL (EDİTÖR): ŞİRKETLER HUKUKU ŞERHİ (TÜRK TİCARET KANUNU M.124-644, 4 CİLT) , SEÇKİN YAYINEVİ, ANKARA 2023 <i>ŞENOCAK, KEMAL (EDITOR): COMMENTARY ON COMPANY LAW (ARTICLES 124-664 OF TURKISH COMMERCIAL CODE)</i> , SECKIN YAYINEVI, ANKARA 2023 Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	125
YARGITAY KARARLARI/DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION Arş. Gör. Şule İŞİN	128

Makaleler

Articles

TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETLERİNİN HUKUKİ DÜZENLEMESİNDE 'GÜVEN' UNSURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ^{(*)(**)}

AN EXAMINATION OF THE 'TRUST' ELEMENT IN THE LEGAL REGULATION OF SAVINGS FINANCING COMPANIES

Dr. Öğr. Üyesi Bahriye BAŞARAN BROOKS^(***)

Öz

Türkiye’de tasarruf finansman sistemi, herhangi bir nedenle faize hassasiyeti olan, faiz oranlarını yüksek bulan veya banka kredisi almaya uygun olmayan kişiler arasında daha fazla popüler olmaya başlamıştır. Bunlar arasında faizden dini hassasiyeti nedeniyle uzak duranlar başı çekmektedir. Türkiye’de mevcut konut kredisi finansman sistemine tek alternatif olarak 1991 yılından itibaren varlığını hissettiren bu sistemde bilhassa banka kredisine uygun olmayan gayrimenkullerin satışında kolaylık sağlanmış ve konvansiyonel yollardan taşınmaz sahibi olamayan veya olmak istemeyen kişilere konut ediniminde yeni bir finansman türü sunulmuştur. Zaman içinde sisteme olan talebin artması ve bu tür finansman firmaları ile kişiler arasındaki uyumsuzlıklardan kaynaklanan haberlerin kamuoyunda gündeme gelmesiyle birlikte deregülasyon sorunu ve bunun sonucunda ortaya çıkan firmalara ve sisteme olan güven eksikliği sistemin hukuki müdahaleyle düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Mart 2021 tarihinde yapılan yasal düzenleme ile hem tüketicinin hem de sisteme olan kamu güveninin korunması ve artırılması için somut ve umut verici bir adım atılmıştır. İlgili kanuni düzenleme amacı doğrultusunda hareket ederken sadece sisteme olan kamu güveni değil, aynı zamanda iç güveni sağlayıcı diğer mekanizmaları da bünyesine dahil ederek Türk finansal ekosisteminde çeşitliliği artırmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tasarruf Finansman Şirketleri, Kamu Güveni, Dahili ve Harici Güven, Hukuki Müdahale, Tüketicinin Korunması.

Abstract

People who are sensitive to interest for any reasons, who find the interest rates charged by traditional lending institutions to be too excessive, or who are simply not qualified to apply for bank loans have been increasingly turning to Turkey’s savings financing system. This system’s popularity has been on the rise since its appearance as the sole alternative to the pre-existing Turkish housing loan financing system in 1991 and it has particularly facilitated the sale of the real estate that is unsuitable for bank loans, and provided a new form of financing to those who cannot or do not wish to purchase real estate using traditional methods. The public’s lack of trust in these companies and the system has increased along with the demand for the system over time. This has prompted the system to be regulated through legal intervention as a result of extensive media portrayals of the conflicts between these financing companies and individuals and the laws’ silence on this type of financing. A significant and encouraging step has been taken to safeguard and boost public and particularly consumer confidence in the system with the legal regulation passed in March 2021. By including additional procedures to ensure internal trust in addition to public trust-inspiring devices, the pertinent legislation has increased the diversity in the Turkish financial ecosystem.

Keywords

Savings Financing Companies, Public Trust, External and Internal Trust, Legal Intervention, Consumer Protection.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 22.08.2022 / Kabul Tarihi: 24.04.2023).

^(**) Bu makale, 25.11.2021 tarihinde düzenlenmiş Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Tasarruf Finansman Hukuku Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur.

^(***) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (bbasaran@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0664-8647).
Atıf/Citation: Başaran Brooks, Bahriye (2023), "Tasarruf Finansman Şirketlerinin Hukuki Düzenlemesinde 'Güven' Unsurunun Değerlendirilmesi", TFM, C: 9, S: 1, s. 3-16.

I. KAMU GÜVENİ: DAHİLİ VE HARİCİ GÜVEN

Tasarruf finansman şirketleri ile ilgili düzenlemeyi ele almadan önce öncelikle herhangi bir finansal düzenlemede kamu güveninin yerini ve rolünü tartışmak gerekmektedir. Bilindiği üzere finansal düzenlemelerin genel amacı tüketicilerin ve de vergi mükelleflerinin korunması, mali ve makro ekonomik istikrarın sürdürülmesi ve stabilite ortamının daha da zenginleştirilmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Bunun dışında bu şemsiye amaçların altında, mali suçların önlenmesi ve azaltılması, inovasyonun, rekabetin ve sermaye oluşumunun teşvik edilmesi gibi diğer hedefler de bulunmaktadır¹.

Ekonomide bilindiği üzere piyasa başarısızlıklarını önlemek için belli standartlara ihtiyaç duyulmaktadır. Piyasa güçlerinin çalışması özellikle sözleşme bağlamında gerçek ve tüzel kişilerin birbirlerine verdiği sözlerin etkili şekilde ifa edilmesi, bunların bir hukuki çerçeveye oturtularak kolaylaştırılması ve de sistemin bazı kimselerce manipüle edilmesinin engellenmesi ile gerçekleşir. Kamu güvenini artırıcı bir mekanizma olan hukuki düzenlemeler, gerek katı hukuk kuralları veya regülasyon formunda, gerekse de yumuşak hukuk kuralları olarak standart şeklinde kendisine yer edinmiş olsun, nihai amaç olarak finansal ekosistemin işlerliğinin en efektif şekilde sağlanarak makro düzeyde stabilitenin ve de mikro düzeyde katılımcıların korunmasını amaçlar². Bu anlamıyla güven, varlığı soyut ancak yokluğu madde olarak ölçülebilir bir değer olarak ele alınmalıdır. Geleneksel ekonomik düşünce, devlet müdahalesinin varlığını sorgularken ve finansal düzenlemelerin piyasalara ve firmalara müdahalede neyi başarmayı amaçladığına dair felsefi temelleri ortaya koyarken finansal piyasalarda güvenin altında yatan derin anlamı görmekte yavaş olmuştur.

Güvenin ekonomik karşılığına bakacak olursak Arrow'un da belirttiği gibi her ticari veya ekonomik işlemin aslında kendi içinde güven unsurunu ifade

ettiğini söyleyebiliriz³. Ekonomik sistemde belirsizliği azaltarak gelecek yatırımları kolaylaştıran ve ekonomik ajanlar arasındaki ilişkilerin daha sürdürülebilir olmasını ve gelişmesini sağlayan bir element olarak güveni: "Ekonomik bir ajan olarak kişi ve kuruluşların devlet yardımı veya müdahalesine ihtiyaç duymadan, yani devletin *ex ante* ve *ex post* önleyici, denetleyici veya sonrasında cezalandırıcı aksiyonlarına öncelikli olarak ihtiyaç duyulmadığı bir ortamda, birbirleri ile iş birliği yaptıkları bir durum olarak açıklamak mümkündür". Ancak, konu ekonomik karar verme mekanizmasının temel taşlarından olan güven faktörü olunca, bu faktörü salt ekonomik çerçevede ele alarak kendisinin yokluğunda ortaya çıkan negatif dışsallıklara odaklanan tartışmaların yanında, fazla güvenin getirdiği zararlar da daha çok davranışsal finans, ekonomi ve siyasal bilimler alanlarında psikolojik ve sosyoekonomik boyutuyla gündeme gelmiş ve de beraberinde birey, organizasyon ve devlet ilişkilerini katmanlı bir şekilde ele alan interdisipliner bir konsept olarak güvenin hukuki mekanizmalarla oluşturulması ve de güçlendirilmesi konusuna dikkatleri çekmiştir⁴. Bu bağlamda güven, geleneksel anlamda ekonomik alanın hudutlarını aşan ve sosyal kapital olarak kişileri koordine eden, birleştirici ve iş birliğine yönelten şemsiye bir konsept olarak görülmelidir⁵. Başka bir deyişle güven, katılımcıların birbirleriyle etkileşime girme istekliliğini veya motivasyonunu tanımlamaktadır⁶.

Güven kavramından literatürde dikkat çekici şekilde ilk bahsedenlerden olan Adam Smith, güveni tacirin repütasyonuna bağlı ölçülebilir bir değer ola-

¹ Goodhart, Charles & Hartmann, Philipp & Lewellyn, David & Rojas-Suares, Liliانا & Weisbrod, Steven (1998), *Financial Regulation: Why, How and Where Now?*, Oxon, Routledge, s. 2-38.

² Basaran, Bahriye & Bagheri, Mahmood (2020), 'The Relevance of Trust and Confidence in Financial Markets to the Information Production Role of Banks', *European Journal of Risk Regulation*, S: 11, C: 3, s. 665.

³ Arrow, Kenneth J. (1972), 'Gifts and Exchanges', *Philosophy and Public Affairs*, S: 1, s. 357.

⁴ Bkz. Mulbert, Peter O. & Sajnovitz, Alexander (2017), 'The Element of Trust in Financial Markets Law', *German Law Journal*, S: 18, C: 1, s. 1 vd.

⁵ Bu alanda Fukuyama ve Frankel, güveni işlem maliyetlerini düşüren, üretimi artıran ve tüzel ve gerçek kişileri karşılıklılık esasına dayanarak etik davranmaya iterek güveni toplumda bir nevi tutkal olarak görenek her davranışın güvenin bir ürünü olduğunu tartışmışlardır. Bkz. Fukuyama, Francis (1995), *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, New York, The Free Press ve Frankel, Tamar (2008), *Trust and Honesty: America's Business Culture at Crossroads*, New York, Oxford University Press.

⁶ Bkz. Adler, Paul S. (2001), 'Market, Hierarchy, and Trust: The Knowledge Economy and the Future of Capitalism', *Organizational Science*, S: 12, C: 2, s. 215 vd.

rak almıştır⁷. Buna göre bir kişiye, bir şirkete veya bir oluşuma duyulan güven, aslında repütasyonla, yani itibarla doğru orantılıdır. Bu bağlamda şirketler, kurumsal sosyal sorumluluk kaidelerini takip ederek, çevresel, sosyal ve yönetsimsel konularda daha şeffaf ve duyarlı davranarak ve en önemlisi kanunlara uyum sağlamış bir organizasyon profiliyle marka değerini güçlendirmekte ve güven yaratmaktadır⁸. Burada bahsedilen, şirketlerin bizzat kendilerinin oluşturduğu dahili güvendir ve kamudaki karşılığı itibardır.

Harici güven ise sistemi denetleyen ve düzenleyen kurumların ve de bir bütün olarak o alanda faaliyet gösteren tüm şirketlerin toplu şekilde yarattıkları güven türüdür. Bu da sisteme olan güven şeklinde ifade edilebilir. Sisteme güvende en önemli unsur olarak devletin hukuki veya regülatif müdahalesini ve de kontrol ve denetleme mekanizmalarını görmekteyiz. Bu durumda, sınırları ve kaideleri önceden belirlenmiş bir hukuki düzlemde belli bir seviyede korunmuş olduklarını ve de kendileri için konulmuş hukuk kurallarına uyum sağlayabildiği için sistemde var olduklarını düşündükleri firmalarla muhatap olduklarına inanan ajanların rasyonel ekonomik karar verme mekanizması daha çok harici güven seviyesinden etkilenecektir. Bir şirket iflas ettiğinde tasfiyenin nasıl yapılacağı, sözleşmelerin nasıl ifa edileceği, hangi mahkemeye ne zaman nasıl başvurulacağına belirli olması, kısacası hak arayışında olan ekonomik ajanların belirsizlikten uzak şekilde geleceğe dair rasyonel karar alabildikleri bir ortamda harici güvenden bahsetmek mümkündür.

Harici ve dahili güvenin önemi daha çok finansal piyasalarda yer alan kurumlar çerçevesinde tartışılmaktadır. Bilhassa fon veya mevduat toplayan banka gibi kurumların reel ekonomide, finansal piyasalarda ve de finansal istikrar için ihtiva ettiği riskler bu firmaların ağır şekilde regüle ve süpervize

edilmesi sonucunu doğurmuştur. Klasik bir örnek olan bankalardaki ağır repütasyon -yani dahili güven kaybı- hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta özel olarak kendisine yer bulmuş ve mevduat sigorta fonu, bankaların uyması zorunlu olan lisans alma, likidite ve rezerv oranları ve zorunlu karşılık oranları gibi ekstra mekanizmalar harici güven tesisi için kurulmuştur. Fon toplanması ve toplanan miktarın bir amaç için kullanılması gibi yüksek seviyede dahili ve harici güven gerektiren bir aktivitenin olumsuz haber veya tanıtımlarla gündeme gelmesi aynı veya benzer hizmeti gören firmaların da bu ortamda kontamine olmasına sebep olmakta ve oluşan risk tüm sistemi rahatsız etmektedir. Genel anlamda makro-stabilitenin ve de sektör ve firma düzeyinde de mikro-stabilitenin korunması için güven artırıcı sistemlerin varlığı elzemdir. Unutulmamalıdır ki monitör ve kontrol sistemlerinin ve de sadece hukuki düzenlemelerin varlığı dahi başlı başına harici güveni destekleyici enstrümanlardır.

Harici güven sadece devletin denetleyici ve düzenleyici gücünün varlığı ile değil, aynı zamanda sistemin halihazırda bir parçası olan firmaların sistematik faaliyetlerinin kolektif bir ürün olarak kendisine yer bulur. Sıkı denetim mekanizmalarıyla kontrol edilen ve kanunlarla özel olarak düzenlenerek hukuki düzlemde kurumsallaşması sağlanmış olan bankacılık örneğinde olduğu gibi, bir banka hakkında çıkan olumsuz bir haber sistemdeki diğer bankaları da etkileyebilmekte ve sisteme olan total güveni azaltmaktadır⁹. Dolayısıyla mevduat veya fon toplama faaliyetinde bulunan firmalar için itibar sadece firma seviyesinde karşılığı olan bir değer değil, aynı zamanda sisteme ve sistemin dayandığı hukuk düzenine karşı duyulan güveni de ifade etmektedir.

Dahili ve harici güvenin anlamı ve tesisiyle ilgili yapılan bu kısa teorik açıklamalardan sonra, bir sonraki kısımda bankalar için kullanılan bu analojinin tasarruf finansman şirketlerine uygulanması tartışılacaktır.

⁷ Smith, Adam (1763, reprinted 1978), Lectures on Jurisprudence, New York, Oxford University Press, s. 538-539.

⁸ Özellikle 2007-09'daki global finans krizinden sonra şirketlere olan güvenin azalması hakkında yapılan araştırmalarda şirketlerin kendilerini nasıl tanıttığı ve neler yaptığının kamu nezdinde karşılığı olduğu saptanmıştır. İlgili çalışma için bkz. Lins, Karl V. & Servaes, Henri & Tamayo, Ane (2017), 'Social Capital, Trust, and Firm Performance: The Value of Corporate Social Responsibility during the Financial Crisis', The Journal of Finance, S: 72, C: 4, s. 1785-1824.

⁹ Ekstrem senaryolarda bu güvensizlik durumu panik olarak görülmekte, birden toplu halde yapılan para çekme talepleri literatürde banka yığılması (bank run) olarak bilinen krize yol açmaktadır. Bkz. Diamond, D.W. & Dybvig, P.H. (1983), 'Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity', Journal of Political Economy, S: 91, C: 3, s. 401-419.

II. TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETLERİ VE KAMU GÜVENİ

Toprak ve kullanımı, toprak üzerindeki haklar, kentleşmeden kaynaklanan yüksek nüfusun getirdiği baskı, devlet teşvikleri ve konut edindirme politikalarının temel parametreleri göz önüne alındığında, daha fazla ve daha iyi konuta erişim, konut finansman sistemlerinin finansal sisteme entegrasyonunu gerektirmektedir. Mortgage piyasalarının liberalleşmesi ve gelişmesine bağlı olarak bilhassa gelişmekte olan ülkelerde konut finansmanı hacmi artmış ve eş zamanlı olarak mikrofinans sistemleri, önceden banka sistemine erişimi olmayan tüketicilerin de finansman sistemlerine dahil edilebileceklerine dair yaklaşımlara öncülük etmiştir¹⁰. Bu süreçte devletler, düzenleyici olarak, kamu ve özel sektörün rollerini belirlemek ve daha rekabetçi ve verimli bir konut finansmanı sistemi kurmak üzere sübvansiyon (kendilerini ahlaki tehlikeye veya aşırı riske maruz bırakmamak kaydıyla), idari kurumlar kanalıyla bizzat konut edindirerek veya legal müdahale gibi yöntemlerle artan konut ihtiyacını gidermeye çalışmışlardır.

Türk Anayasası'nın konut hakkı başlıklı maddesinde şehirlerin özellikleri baz alınarak devletin konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alması ve de toplu konut teşebbüslerini desteklemesi öngörülmüştür¹¹. Bu bağlamda, devletin finansman olanaklarını bireylerin konut ihtiyacına daha uyumlu ve duyarlı hale getirmesi sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Türkiye'de konut edinimi için halihazırda olan sistem, örneğin konut yapı kooperatifleri veya genellikle ticari bankalar veya uzmanlaşmış ipotek bankaları tarafından verilen konvansiyonel ipotekli konut finansmanı sistemi yurtdışındaki uzun vadeli kredi sistemine dayanan muadillerine göre yeterince yerleşmemiş ve de kurumsallaşmamıştır. Belki de bu yüzden bugün tasarruf finansman şirketleri olarak bilinen firmalar, konut ediniminde istikrarlı, esnek, yerleşik ve köklü düzenlemelerin olmayışı nedeniyle talep görmektedir. Bununla birlikte 2007-2009 global finansal krizin büyük ölçüde

ikincil ipotek piyasalarından kaynaklanması (türev piyasaların kontrolsüz büyümesi sonucu konut fiyatlarında gerçek karşılığı olmayan spekülasyon artış görülmesi ve nihayetinde fiyat balonları oluşması) da var olan sistemin yeniden değerlendirilmesine sebep olmuştur¹². Konut kredilerinde gereken finansal kaynağın ağırlıklı olarak sermaye piyasalarından geldiği ve son küresel krizin gelişimi birlikte değerlendirildiğinde, finansal kaldıraç oranlarının düşürülmesi ve halkın konut kredisine ulaşabilmesi için yeni bir uzun vadeli finansman sistemi arayışı hasıl olmuştur. Unutulmamalıdır ki özellikle gelişmekte olan piyasalarda bankaların konut gibi uzun vadeli projelerin finanse edilmesi için uzun vadeli fon kaynaklarına sahip olmaması, enflasyon oranlarındaki istikrarsızlık ve de genel olarak bankaların kar maksimizasyonu güden kurumlar olarak daha çok gelir elde edeceği alanlara yönelerek konut finansman faaliyetlerini sadece yüksek standartları sağlayan belli bir kesime açık tutması gibi sebepler konut finansmanında yeni arayışlar doğurmuştur.

Türkiye özelinde düşünüldüğünde, ipotekli konut finansmanı sistemine hem kredi derecelendirme notu düşük olduğu için dahil olamayan, hem de dini inançlarından ötürü geleneksel finansman sisteminin arzı olarak dışına çıkan kimseler için tasarruf finansman şirketleri alternatif bir yol olarak belirmiştir. Bilhassa orta ve düşük gelirli veya faiz duyarlılığı olan ünitelerin (kişilerin veya hane halklarının) krediye daha kolay ulaşmasını sağlayan bu finansman modelinde, konuta banka kredilerine kıyasen prosedürel olarak daha rahat ulaşıldığı (teminat gösterme gibi zorunluluklar kalktığı için) ve Türk finansal sisteminde İslami finans prensiplerine uygun olarak halihazırda faaliyet gösteren katılım bankalarından başka bir finansman modeli takip edildiği gibi sebepler dikkat çekmiş ve bugün tasarruf finansman şirketi olarak bildiğimiz bu oluşumlar Türkiye pazarında ilk olarak 1990'lı yıllarda görülmüştür. Faaliyet olarak halktan fon toplanması ve bir havuzda toplanan fonun müşterilere konut alınması amacıyla verilmesi gibi bir saike rağmen ticaret sicilinde alelade bir şirketmişçesine gayrimenkul acentesi olarak tescil olmuşlardır.

¹⁰ **Porteous**, David, 'Housing Finance and Financial Inclusion: Köhn, Doris & Pischke, J.D. von (editörler) (2011), Housing Finance in Emerging Markets, 1. Baskı, Frankfurt am Main, Springer, s. 9-12.

¹¹ 1982 Anayasası, 57. Madde.

¹² **Hellwig**, Martin F. (2009), 'Systemic Risk in the Financial Sector: An Analysis of the Subprime-Mortgage Financial Crisis', *De Economist*, S: 157, C: 2, s. 129-207.

Sistem işleyişi bakımından Alman yapı tasarruf sandığı modeline benzese de faaliyetlerin faizsiz olarak İslami finans kaidelerine göre yapılması kendisini Alman versiyonundan ayıran yegâne özelliiktir¹³. Bausparen olarak bilinen Alman tasarruf yapı sandığı modelinde müşteri Bausparkasse olarak bilinen özel bir kredi kuruluşu ile bir konut inşası veya satın alınması saikiyle her ay belirli bir miktar tasarruf etmeyi onayladığı bir tasarruf sözleşmesinin tarafı olmaktadır¹⁴. Buna karşılık, Bausparkasse müşteriye belirli bir süre sonra önceden belirlenmiş ve piyasa oranından daha düşük bir faiz oranıyla belli bir miktar ödünç vermektedir. Müşterinin tasarruf ettiği miktar ile Bausparkasse'nin ödünç verdiği bu miktar toplam tutarı oluşturmakta ve de müşterinin krediye hak kazanabilmesi için bu tutarın bir kısmını tasarruf etmiş olması şartı aranmaktadır. 1934 yılından itibaren kökleşmiş şekilde devletin herhangi bir müdahalesi olmadan devam etmiş olan sisteme 1938 yılında düzenleme getirilerek konvansiyonel ev kredilerine ikinci bir opsiyon olarak sunulmuştur¹⁵. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra barınma ihtiyacının ve sosyal refah arayışının karşılanması amacıyla daha da popüler olmuş bu sistemi sonra bilhassa Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri takip etmiş ancak uygulaması enflasyon gibi sebeplerle ülkeden ülkeye farklılık göstermiştir¹⁶. Benzer şekilde tasarruf finans-

man sisteminin faizsiz şekilde faaliyet göstermesi de artan enflasyon oranlarına karşı müşterilerin havuza aktardığı miktarın alım gücünün zaman içinde enflasyona bağlı olarak değişeceği ve dolayısıyla müşterilerin enflasyona karşı nasıl korunacağı yönünde sorular doğurmaktadır ve en çok bu yönüyle sistem eleştiriye açıktır. Keza tasarruf edilen miktarın değerini uzun vadede enflasyona veya konut fiyatlarındaki dalgalanmalara karşı koruyacak yasal önlemlerin alınmaması sistemin sürdürülebilirliğini tehlikeye düşürecektir.

Mikrofinansman kurumlarının genel olarak finansal ürün ve hizmetlere erişim sağlayamayan düşük gelirli hanelere ulaşması, kişilerin finansal okuryazarlığını ve ekonomik karar verme özgüvenini geliştirerek ülkenin ekonomik faaliyet ve gelirlerini artırma gibi özellikleri geliştirmekte olan ülkeler için önemli bir konu haline gelmiştir¹⁷. Halkın güvenli ve uygun finansal kaynaklara erişimin önündeki azaltma yönünde politik ve hukuki müdahaleler sonucunda bugün finansal katılım konusunda gerekli olan finansal ve hukuki altyapıyı oluşturmak için devletler yeni hukuki adımlar atmaktadırlar. Zira, bahsedildiği gibi bir amaç için fon toplayan mikro işletmeler ve bu işletmelere fon sağlayan katılımcıların finansal sistem için risk oluşturmaması ve mevcut kamu güvenini zedelememesi amaçlanmaktadır. Bu anlamda yapı tasarrufu firmalarının hukuki düzenlemesi finansal katılım ve kalkınma amaçları ile uyumludur.

Sistemin Alman sisteminden farklı olarak faizsiz olması hususu ise İslami finans alanını ilgilendirmektedir¹⁸. Alt gelir grubunun sosyoekonomik refahının geliştirilmesini amaçlayan, şer'i ilkelere dayalı finansman sağlamadaki geleneksel rolüne ek olarak sosyal adaleti de geliştirme amacı da güden şirket faaliyetlerinin sosyal açıdan kapsayıcı, kalkınmayı artırıcı ve sürdürülebilir faaliyetlerin önemini çizen İslami finans ilkeleri ile uyumlu olduğu söylenebilir¹⁹. Formal sistemin dışında kalan veya kalmak

¹³ İngiltere'de 1775 yılında kurulduğu düşünülen Ketley's Building Society adıyla bilinen oluşum ilk yapı tasarruf sandığı olarak öne çıkmıştır. **Butzbach**, Olivier, 'Alternative Banks on the Margin: The Case of Building Societies in the United Kingdom': Butzbach, Olivier & Mettenheim, Kurt Von (editörler) (2014), *Alternative Banking and Financial Crisis*, 1. Baskı, Londra, Pickering&Chatto Publishers, s. 147. Kara Avrupası ülkelerinin İngiltere'den doğan bu dayanışma sistemini ihraç ederek faizli ve faizsiz modellerin geliştirmesi savaş sonrası beliren ivedi konut ihtiyacının karşılanması üzere 2. Dünya Savaşı'nın bitimine tekabül etmektedir.

¹⁴ Alman Federal İçişleri ve Toplum Bakanlığı, Saving to Build or Buy a Home, <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/building-housing/city-housing/home-ownership-housing-assistance/bausparen-en/bausparen-en-node.html>, s.e.t. 10 Temmuz 2022. Bkz. **Kofner**, Stefan (2014), 'The German Housing System', *Journal of Housing and the Built Environment*, S: 29, s. 255-275. Bkz. **Rischke**, Carl Gottfried (1998), 'German Bausparkassen: Instrument for Creating Homeownership in the Transformation Countries', *Housing Finance International*, S: 13, C: 2, s. 8-14.

¹⁵ **Chiquier**, Loïc & **Lea**, Michael J. (2009), *Housing Finance Policy in Emerging Markets*, Washington, The World Bank, s. 221.

¹⁶ Örneğin Fransa 1965 yılında l'Épargne Logement'' kurarak sabit oranlı faizi baz alan Alman sistemini örnek almış ancak enflasyon sebebiyle İngiliz Building Society sisteminin farklı faiz oranları ve açık fonlama gibi getirilerini de düşünerek 1970 yılında kombine bir sisteme geçmiştir. **Lea**, M.J. & **Renaud**, B. (1995),

Contractual Savings for Housing: How Suitable are They for Transitional Economies, Washington, The World Bank.

¹⁷ **Robinson**, Marquerite S. (2001), *The Microfinance Revolution*, Washington, The World Bank, s. 46-97.

¹⁸ Sistemin İslami kaidelere uyumluluğu bu araştırmanın konusu dahilinde değildir.

¹⁹ **Warde**, Ibrahim (2000), *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, s. 174-175.

isteyen kişilerin barınma ihtiyacını gideren firmaların bu amaca hizmet ettiği ve bu anlamda faizsiz olması dışında İslami değerlerle uyumluluk anlamında ikinci bir katman daha oluşturduğu tartışılabilir. Ancak, faizsiz faaliyet yürüttüklerini söyleyen firmaların gerçekten İslami finans kaidelerine uygun olarak faaliyet gösterip göstermedikleri hususunda şeffaflık, denetim ve de özel bir hukuki düzenlemenin olmayışı bireysel tüketici nezdinde ortak değer ve normlardan oluşan dahili güveni istismar edici, halk nezdinde ise firmalar tarafından kolektif olarak oluşturulmuş harici güveni zedeleyici nitelikte davranışların olabileceği anlamına gelmektedir. Türk hukukundaki yeni düzenleme de buna göre yorumlanmalıdır.

Finansal sistemi sermaye piyasalarından ziyade ağırlıklı olarak banka aracılığına dayanan bir ülke için fon toplama faaliyetinin banka dışı bir finansman sistemi aracılığıyla tahsis edilmesi, tasarruf finansman şirketi olarak adlandırılan bu firmaların bankaların tabi olduğu sıkı kontrol ve denetimlerden azade şekilde daha çok güvene ve beraberinde getirdiği repütasyona dayanarak lisansa ihtiyaç duymadan fon toplayarak faaliyette bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu tür faizsiz kuruluşların finansal ekosistemdeki yükselişi, hükümetin sektörün gelişmesinde proaktif bir rol üstlendiği ve mikrofinansman imkanları da dahil olmak üzere İslami finansın pazar payını artırmaya yönelik hedefler belirlediği Türkiye politik ekonomisi ile yorumlanmalıdır²⁰.

İlk olarak özel finans kurumları ve sonrasında katılım bankaları sayesinde Türkiye'de 30 yılı aşkın bir geçmişe sahip olan İslami finans sistemi, bilhassa 2007-09 global finansal krizi sonrasında istikrar düzenleyici olarak görülmeye başlanıp İngiltere, Lüksemburg, Singapur ve Hong Kong gibi derinlikli ve uluslararası piyasalara sahip ülkelerde daha da popüler olmuştur. Dünyadaki gelişmelere paralel olarak Türkiye'de de katılım bankacılığının dışında alternatif yöntemler üzerinden finans hizmeti sunan kuruluşların finansal sektör içindeki payını arttırma devam etmesi ve 2025 yılında sektör payının

%15'e yükseltilmesi amaçlanmaktadır²¹. Belki de bu teşvikten ötürü ilerleyen bölümlerde tartışacağımız hukuki düzenlemeye gidilmiştir.

Türkiye'nin elverişli demografik yapısı göz önüne alındığında, kişilerin kendileriyle aynı değer sistemini ve normatif kuralları paylaşan kişi ve kurumlarla ortak bir amaç için bir araya gelmesi kolektif bir güven duygusu yaratacaktır. Burada bahsedilen, bu firmaların faizsiz konut edindirme amacı ile aynı görüşe sahip ve konut ihtiyacı olan kimselerin ortak bir güven sistemi içinde hareket etmesidir. Bu da firmanın oluşturduğu dahili güvenden gelmektedir. Doğu Avrupa deneyimlerinde ise sisteme olan ilginin artan enflasyon ve dalgalanan faiz oranlarının kişiler üzerindeki ekonomik etkisinin sonucu oluşan daha ucuz konut sahibi olma saikinin oluşturduğu dahili güven duygusu olduğu tartışılmaktadır²². Bu dahili güven Türkiye için de düşünülürse, kişilerin ev alma veya tasarruf yapma amacıyla herhangi bir özel düzenlemeye tabi olmayan ve denetlenmeyen kuruluşlara veya informal finansman oluşumlarına yönelmesi ve güvenerek fon sağlaması piyasada bu alanda bir ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Böyle bir ortamda, kredi değerlendirmelerini geçemedikleri için banka finansmanına ulaşamayanlar ve kredilere yüksek faiz ödemek istemeyen kişiler de dini sebeplerden bağımsız olarak bu tür mikrofinansman imkânını tercih etmektedirler. Ancak, regüle edilmiş finansman sisteminin dışında kalan veya kalmayı tercih eden bu kişiler için bu boşluğu dolduran yapı tasarruf firmaları 2021 yılına kadar tüketicinin yatırım ve harcama davranışlarını destekleyen temel güven mekanizmalarından yoksun şekilde faaliyet göstermiştir. Tasarruf sahipleri regüle edilmiş bir kurumdan genel olarak yasal koruma (etkili hukuk kuralları ve yaptırımı), güvenlik, gizlilik, güvenilir fon ve likidite yönetimi, fonlara kolay erişim, iyi hizmet ve de getiri beklemektedir. Sosyal ilişkilere dayanarak dahili güvene bağlı olarak fon toplayan kuruluşların hukuki düzenlemeye tabi tutulması gerekliliği

²⁰ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı (Haziran 2020), <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/120424/-turkiye-nin-salgina-yonelik-basarisi-ulkemize-yonelik-ilgiyi-daha-da-arttirdi->, s.e.t. 2 Temmuz 2022.

²¹ Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı, Finansal Hizmetler, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2014, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/10_FinansalHizmetler.pdf, s.e.t. 3 Ocak 2022.

²² **Roy**, Friedemann (2004), 'The Implementation of Contract Savings Schemes for Housing (Bausparen) in Belarus', IPM Research Center Papers, S: PP/13, C: 04, s. 1-13.

sektörün artan bir büyüme oranı göstererek daha çok kişiye ulaştığı ve de kamunun dahili güvenle yetinmeyip harici güvene bakmaya başladığı ana teka-bül etmektedir. Bu da yine firmaların repütasyonuyla ilgili gündeme gelen haberlerle doğru orantılıdır.

Özellikle 2016'dan sonra büyüme göstererek daha karlı hale gelen bu şirketlerin artması Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nu (BDDK) harekete geçirmiş ve her ne kadar bu firmalar bankalar gibi finansal istikrarı etkileyebilecek veya sistemik riski tetikleyecek bir boyuta ulaşmamış olsalar dahi ihtiva ettiği riskler finansal ekosistemi rahatsız edebilecek ve tüketicilerin korunması gerektirecek nitelikte bulunduğundan 04.03.2021 tarihli 7292 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tasarruf finansman şirketleri Türk mevzuatında yerini almıştır²³.

III. MEVZUATIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanun koyucu, bir önceki bölümde belirtilen sebepleri gözeterek, mevzuatta tasarruf finansman şirketi olarak adlandırıldığı bu konut sektöründe alternatif finans metodu olarak tasarrufa dayalı faizsiz finans firmalarını gözetim ve denetim altına almak, tüketicilerin hak ve menfaatlerini korumak ve konut finansmanı alanının gelişmesi ve sürdürülebilir olması amacıyla 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda 7292 sayılı Kanun ile değişikliğe giderek bu sistemin hukuki altyapısını oluşturmuştur. Bu hukuki düzenleme, şirketlerin gerek sözleşmesel ilişkileri, gerekse de organizasyonel yapısının anlaşılması ve finansal ekosistemdeki hukuki konumuna kesinlik kazandırması anlamında üzerinde çalışılmış ve güven vaat edici bir çalışmadır.

A. SİSTEME KISA BİR BAKIŞ

1991'den beri faizsiz elbirliği sistemi ile karşılıklı yardımlaşma saikine dayanan bu finansman modelinde şirketlerin ilk olarak katılımcıların araba edinmesi amacıyla icra etmeye başladıkları sisteme

²³ BDDK, Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik'i oluşturmuş ve ilgili Yönetmelik 7 Nisan 2021 tarih ve 31447 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kelime ekonomisi amacıyla ilgili değişikliklere konu olan 6361 sayılı Kanun'dan artık kısaca Kanun ve aynı şekilde 31447 sayılı Yönetmelik'ten de sadece Yönetmelik olarak bahsedilecektir.

2005 yılından itibaren gayrimenkul de dahil edilmiştir. Sistem kısaca, katılımcılar ve organizasyon arasında önceden belirlenmiş olan veya tasarruf miktarı oranında oluşturulmuş katılımcı grupları içinden belli sürelerle çekiliş yapma yoluyla belirlenen vadeye kadar katılımcının tasarruf yapması şartına bağlı olarak gerçekleşmektedir. Sistemde katılımcılar öncelikle organizasyon kuruluşuna belli bir katılım ücreti ödemekte ve organizasyon da bu katılımcılara önceden belirlenen bir tasarruf miktarı oranında müşteri grubu oluşturmaktadır. Bu müşteri grubu bünyesinde bütün müşteriler her ay belli bir miktarı tasarrufu organizasyon kuruluşuna vermekte ve de organizasyon da havuzda toplanan ilgili tasarruf miktarını her ay bir katılımcıya kanunda belirtilen taşıt, konut veya çatılı iş yeri ihtiyacını karşılaması üzerine kendisine tahsis ederek finansman imkânı sağlamaktadır²⁴. Burada finansman imkânı tasarruf yapma şartına bağlı olup, sözleşme tasarruf ve finansman olmak üzere iki bağımsız aşamayı ihtiva etmekte ve bireysel ve grup tasarruf sistemi seçenekleri sunulmaktadır.

Bu haliyle tasarruf finansman sistemi, aynı veya benzer değerlere sahip kişilerin oluşturduğu ve diğer toplumlarda da yer alan güven üzerine kurulmuş oluşumlara benzemektedir. Afrika'da Sou Sou Club veya uluslararası akademik çalışmalarda da İslami finansal kooperatif veya ROSCA (rotating savings and credit associations) olarak bilinen dönüşümlü kredi tasarrufu sistemine, sözleşmeye dayalı tasarruf (contractual savings) ve Alman yapı tasarruf sandığı işlemlerine veya kısaca altın günü olarak da bilinen sistemle kıyas yapılabilmektedir. Ancak, bizde hukuki zemine kavuşmuş faizsiz bir oluşum olması ve organizasyonel farklılıkları sebebiyle bu oluşumlardan farklı bir yere konumlanmıştır.

B. GÜVEN UNSURUNUN MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE İRDELENMESİ

1. Sözleşmesel Düzenlemelerde Güven Unsuru

Sözleşmenin nasıl kurulacağı, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, geçerlilik şartlarının neler olduğu, yeni hukuki düzenleme ile detaylı olarak ele alınarak finansman firmaları ile katılımcılar

²⁴ İlgili madde için bkz. Kanun m.3(1)(j)(k)(l).

arasındaki hukuki ilişkiye Kanun özel hükümler sağlamış ve yapılan sözleşme atipik bir sözleşme olmaktan çıkarak tipik bir sözleşme olmuştur²⁵.

Öncelikle kanunda tasarruf finansman sözleşmesinin diğer tarafı olarak müşteri kelimesinin seçildiğine dikkat etmek gerekir²⁶. Tasarruf finansman sözleşmeleri aynı zamanda tüketici hukukunu ilgilendiren sözleşmelerdir. Müşteri, Yönetmelik'te sözleşmenin tarafı olan gerçek ve tüzel kişiyi ifade eder şeklinde açıklanmış ancak beraberinde tüketici terimi kullanılmamıştır. Ancak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun ticari ve mesleki saikle hareket eden kişiler haricinde kalanların tüketici sayıldığı hükmüne dayanarak müşterilerin tüketici olduğu söylenebilir²⁷. Aynı şekilde Yönetmelik'te de sözleşmede yer alması gereken asgari unsurlar içinde uyumsuzluk halinde hangi tüketici hakem heyeti ve mahkemenin yetkili olmasına dair koşula yer verilmesi ve de en önemlisi Kanun'un Kapsam başlıklı 2. maddesinde yer alan 'Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır' hükmü aslında tüketici hukukuna gönderme yapmaktadır. Genel işlem koşulları içeren ve haksız şart denetimine tabi olabilecek olan bu sözleşmeye hukuk politikası açısından bakıldığında, genel yaklaşımın müşterileri koruyucu mahiyette olduğu ve harici güveni desteklediği aşikardır²⁸.

²⁵ Bkz. Kanun m.39/A; Yönetmelik m.16.

²⁶ Kanun m.3 ve Yönetmelik m.3(g). Burada Kanun'un tanımlar maddesi uyarınca sözleşmenin konusu olan konut, taşıt veya çatılı iş yeri satıcısının söz konusu finansman miktarını tasarruf finansman şirketinden hesaben almasına rağmen sözleşmeye taraf olmadığını belirtmek gerekir. Bkz. Kanun m.3(1)(k).

²⁷ İlgili düzenleme için bkz. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m.3(1)(k).

²⁸ Ancak, hukuki işlem özelinde ilgili maddelerin müşteriyi ne ölçüde koruduğu, sözleşmecilerin çıkarlarının oturduğu zemin olan sözleşme adaletinin sağlanıp sağlanmadığı başka bir tartışmanın ve araştırmanın konusudur. İlgili sözleşmenin genel işlem ve haksız şart koşullarına tabi olmasına rağmen müşteriyi koruyucu yapının daha da kuvvetlendirilmesi için spesifik düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmenin potansiyel müşterilerin kolayca ulaşabileceği bir mecrada, örneğin internet sitesinde olması ve böylece müşterilere sözleşme akdetme hususunda rasyonel karar verebilmeleri için sağlıklı bir süre tanınmış olması hususunda tasarruf finansman şirketlerine Kanun tarafından veya BDDK tarafından getirilmiş bir zorunluluk olmayışı müşteri aleyhinedir. Diğer bir husus ise Yönetmelik in 16. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiş olan sözleşme kurulmadan önce müşteriye şirketçe gönderilecek olan ön bilgilendirme formunun en az bir gün önce gönderil-

Kanun'a eklenen 39/A maddesinde ve ilgili Yönetmelik'te sözleşmenin nasıl kurulacağı, sözleşmede bulunması gereken asgari unsurlar, tarafların hak ve asli edim yükümlülükleri belirtilmiş ve bu anlamda harici ve dahili güveni destekleyici bir çerçevede çizilmiştir. Belirtilen ana unsurlar kısaca i) tasarruf finansman şirketlerinin daha önce de belirtildiği üzere sadece konut, taşıt ve çatılı işyeri edinmek amacıyla faizsiz şekilde finansman sağlayabileceği; ii) finansman sözleşmesinin müşteri ve tasarruf finansman şirketi arasında vücut bulacağı- yani finansman konusunun satıcısının taraf olmayacağı²⁹; iii) şirketin tasarruf fon havuzunu yönetmesi; iv) müşterinin şirketten aldığı/alacağı tahsisat karşılığını belli bir ödeme planı çerçevesinde geri ödemesi; v) tasarruf finansman şirketinin organizasyon ücreti alma hakkı şeklinde özetlenebilir. Müşterinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşme görüşmeleri boyunca organizasyona doğru bilgi akışı sağlaması, alacağı olan tahsisat ödemesini kabul etme, finansmanı geri ödeme, teminat gösterme ve organizasyon ücreti ödeme gibi borçları bulunurken; sözleşmenin diğer tarafı olan tasarruf finansman şirketinin ise sözleşme görüşmeleri süresince müşteriye bil-

mesidir. Bu sürenin bilhassa belirli bir finansal okuryazarlığa erişmemiş müşteriler için yeterli olmadığı gündeme gelmelidir. Dikkat çeken diğer konu ise Kanun'un 39/A maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş olan fesih hakkında müşterinin fesih hakkını kullanması neticesinde tasarruf finansman şirketine ödediği organizasyon ücretini geri alamayacağı hususudur. Katılımcının tasarruf finansman sisteminde kaldığı süreyle orantılı olarak belirlenmiş organizasyon bedelini talep edebilmesi müşteriyi koruyucu bir düzenleme olurdu.

²⁹ Burada Kanun'un 39/A maddesinin 2. fıkrasında yer alan sözleşme şekil şartını açıklayan ve BDDK tarafından yazılı şeklin yerine geçebilecek yeni metotların benimsenebileceği kısım dikkat çekicidir. Elektronik ortamda sözleşme akdedilmesi, 1 Nisan 2021 tarihli Resmi Gazete'de 31441 sayısı ile yayınlanmış olan 'Bankalarca Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik' ile halihazırda BDDK tarafından uygulaması olan bir düzenleme iken, yayımlandıktan bir ay sonra yürürlüğe girmek kaydıyla 11.01.2022 tarih ve 31716 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 'Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik' ile birlikte direkt olarak tasarruf finansman şirketleri için de uygulanabilir olmuştur. Gelişmele- borçlar hukuku penceresinden bakıldığında, sözleşme şekil koşullarının önemli değişikliklere gebe olduğunu ve de akit yapma sürecinin teknolojik gelişmelere paralel olarak yeni yöntemlerle kolaylaştığını görmek mümkündür.

gi verme, tasarruf birikimlerinin yönetilmesi ve de tahsisatı ödeme borçları bulunmaktadır³⁰. Tasarruf finansman sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarını belirten mezkûr 39/A maddesinin 1. fıkrasında '... belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla...' denilerek sonradan müşteri aleyhine gelişecek bir ödeme planı veya fazladan bir yükümlülüğün doğmasının önüne geçilerek harici güveni artıran ve müşteriyi koruyan bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca cayma ve fesih hakkı gibi müşteriyi koruyucu düzenlemelerin kanunda spesifik olarak ele alınması yine dahili güveni artırıcı mekanizmadır ve isabetli bir adımdır³¹.

Burada finansal okuryazarlık ve finansal katılım gibi ülke sürdürülebilirlik ve kalkınma endeksleri ile yakinen ilişkilendirilmiş konseptlerin, yeni düzenlenmiş kimlikleri ile finansal ekosistemde yerini almış olan tasarruf finansman şirketleri bağlamında ayrıca ele alınmasının yerinde olacağı belirtilmelidir. Zira, daha önce de belirtildiği gibi dahili güven kişinin subjektif öngörülerine ve ekonomik karar verme sürecinde inanca, ortak değerlere, normlara veya organizasyona katılmış olan diğer kişilerin öngörülerine ve tavsiyelerine bağlı olarak gelişmekte ve kişideki izdüşümü itibar olarak somutlaşmaktadır. Bu değerlere dayanarak üretilmiş dahili güven, kişilerin beceri, bilgi ve farkındalıklarını olduğundan daha fazla görmesine ve yeterli altyapıya sahip olmadan sonradan irrasyonel olarak tabir edebilecekleri ekonomik kararlar almasına yol açmaktadır³². Finansal bilinç ve farkındalığın dahili güvene rasyonel karar alma mekanizması eklediği unutulmamalı ve müşterileri koruyucu hukuki mekanizmaların yanında sağlıklı dahili güveni güçlendirici çalışmalar bir politika olarak tabana yayılmalıdır. Benzer şekilde, dini hassasiyetlerinden ötürü finansal katılıma gönüllü olarak dahil olmayan kişiler finansal tasarruf imkanları hakkında bilgilendirilmeli ve sektördeki arz, talep ile

buluşturularak sistem zenginleştirilmelidir. Bu bağlamda, tasarruf finansman şirketleri, katılım bankacılığı sistemine veya diğer İslami finans ürünlerine ilgi duymayarak sistem dışında kalmış faiz hassasiyeti olan kişilere hitap eden ve hukuki düzenlemesi mevcut bir tasarruf sistemi olarak finansal çeşitlilik sağlamaktadır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise tasarruf finansman sisteminin devletin hukuki müdahale ile hedeflediği amaçlara ulaşmadaki rolüdür. Bu rol, mikro düzeyde tüketici hukuku kapsamında, makro düzeyde ise devlet politikası çerçevesinde ayrıca tartışılmalıdır. Bu rollere genel olarak yaklaştığımızda; borçlar hukuku ve tüketici hukuku kapsamında her biri tek tek tartışılabilecek ve yeni olması münasebetiyle henüz enstitüleşememiş ve yeterince test edilmemiş bu sözleşmesel düzenlemeler için ilk yaklaşım, ilgili hukuki düzenlemelerin hem şirketler, hem müşteriler, hem de düzenleyici kurumlar açısından harici ve dahili güveni destekleyici ve de bu anlamıyla pozitif bir gelişme olduğudur. Makro düzeydeki yaklaşım ise daha çok finansal istikrarın, finansal ekosisteme duyulan genel güvenin, ekosisteme dahil olan katılımcıların hukuk kurallarına riayet etmesi ve risk alma davranışları ile finansal katılım ve okuryazarlık gibi ekonomik kalkınmada uzun vadede etki yaratabilecek değerlerin ele alınmasını içermektedir.

2. Organizasyonel Düzenlemelerde Güven Unsuru

En önemli düzenleme, harici güvenin temel dayanaklarından birisi olan düzenleyici ve denetleyici otoritenin rolüdür. Bu nedenle, yeni hukuki düzenleme ile tasarruf finansman şirketleri ve sundukları hizmet BDDK'nın denetimi altına girerek öngörülen esaslara aykırı davranışlar için özel yaptırımlar öngörülmüştür.

Tasarruf finansman şirketlerinin kuruluşu BDDK'nın iznine tabi kılınarak Kurulun en az 5 üyesinin olumlu oyuyla alınacak karar şart koşulmuştur³³. Kanun'un kuruluş şartları başlıklı 5. maddesinde ise; tasarruf finansman şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulacağı, ticaret unvanında spesifik olarak tasarruf finansman şirketi ibaresinin bulunacağı, şirket ku-

³⁰ Tarafların borçları ile ilgili ayrıntılı bir tartışma için bkz. **Endes Selvi**, Nurtaç (2021), 'Tasarruf Finansman Sözleşmesi', Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 2, s. 451-458.

³¹ Bkz. Kanun m.39/A(3) ve (4); Yönetmelik m.16 ve 17.

³² Bkz. **Fernandes**, Daniel & **Lynch Jr.**, John G. & **Netemeyer**, Richard G. (2014), 'Financial Literacy, Financial Education, and Downstream Financial Behaviors', Management Science, S: 60, C: 8, s. 1861-1883.

³³ Bkz. Kanun m.4.

rucularında yine Kanun tarafından belirlenmiş özel niteliklerin bulunma zorunluluğu³⁴, yönetim kurulu üyelerinde aranılan özel mesleki deneyimin sağlanması, ana sözleşmesinin Kanun hükümleriyle uyumlu olması, şirketin ortaklık yapısının BDDK'nın denetim fonksiyonunu aktif olarak gerçekleştirebilmesi için gerekli olan şeffaflığı ve açıklığı haiz olması, Kanun'da belirtilen şartları sağlayacak şekilde faaliyet raporunun sunulması ve en önemlisi finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketleri için asgari olarak yüz milyon TL olarak belirlenmiş olan ve nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş sermaye miktarının tasarruf finansman şirketleri için minimum yüz milyon TL olarak belirlenmesi sayılmıştır³⁵. Bunun ardında yatan sebep şüphesiz güçlü sermaye yapısına sahip olmayan şirketlerin tasarruf sahibi katılımcıların hak ve menfaatlerini koruma hususunda zafiyete düşebileceği ihtimalidir. Yüksek öz sermaye miktarı ile desteklenen finansal sağlamlıkla gelen itibar, aynı zamanda toplanan fonların deneyimli ve basiretli ellerde olması ile de artacağından; Kanun tasarruf finansman şirketlerinin bankalar gibi itibar ile ilişkilendirilen kurumlar olduğunu kabul ederek kurumsal yönetim ilkelerine tabi kılınmıştır³⁶. Bununla birlikte tasarruf finansman şirketlerinin faaliyette bulunabilmeleri ve de şube açmaları BDDK iznine tabi olmuş ve yapamayacakları faaliyetler tek tek Kanun'da sayılarak sınırları belirlenmiştir³⁷.

Ticaret sicilinde önceden gayrimenkul acentesi olarak kaydedilen bu şirketlerin yeni düzenlemeyle özel kuruluş şartlarına ve asgari sermaye şartına tabi olup tasarruf fon havuzu hesaplarını şirketin diğer hesaplarından ayrı tutarak sözleşmede yer alan yükümlülüklerinden başka bir amaçla kullanamaması kuşkusuz harici güveni artırıcı bir adım olup, katılımcılara bu şirketlerin güvenliği, finansal durumu ve sürdürülebilirliği hakkında güven vermektedir³⁸. Banka gibi geleneksel aracı kurumlarda görülen asgari sermaye koşulunun kamudan fon toplama faa-

liyeti yürüten bu şirketlerden de istenmesi, şirketin yükümlülüklerini karşılaması anlamında olumlu bir adım olup, standart ve mevzuata uyum konusunda her şirketin bu faaliyeti yapamayacağı ve devlet eliyle bir nevi lisanslama yapılarak tasarruf finansman faaliyetinin ve şirketlerin devlet kontrolünde olduğu mesajını iletmektedir. Bu şartlar tipik olarak firmaların piyasaya girişini engelleyici bariyer görevi görse de varlıkları daha yüksek önceliği olan hedefler örneğin; istikrarın, ekosistem bütünlüğünün, kamu güveninin ve tüketicinin korunması temelinde gerekçelendirilir. Şirketin kuruluşunun özel şartlara bağlı olması, pazar bütünlüğü ve istikrarı veya adil rekabet gibi birincil hedeflerin sağlanmasına yardımcı görülürken aynı zamanda eşit şartlarda rekabet ortamının teşvik edilmesine de katkıda bulunacaktır.

BDDK gözetim ve denetimi, genel çerçevede tasarruf finansman şirketlerinin öz sermaye şartının ifası, mali sağlamlığı ve finansal duruşu, kurumsal yönetim ilkelerine uygunluğu, mevzuata uyumu ve yönetici ve ortakların yeterliliği ve işlemleri nezdinde ele alınmaktadır. Bununla birlikte şirketlerin devir, birleşme, devir, bölünme veya iradi tasfiye süreci BDDK denetimi ve iznine tabi kılınarak şirketlerin bu işlemler için uymakla mükellef olduğu usul ve esaslar Kanun'da ayrıca belirtilmiştir³⁹. Kanun'un 15. maddesindeki koruyucu düzenlemeler tasarruf finansman şirketlerini de kapsadığından, finansal sağlamlığı hususunda aktif ve pasif dengesini kaybeden, yükümlülükleri toplam varlığını aşarak şirketin likidite pozisyonunu tehlikeye atan, öz kaynağı sermayesinin üçte birine gerileyen, risk yönetimi konusunda başarısız olan, kanunda faaliyet izni için gerekli olan bir takım koşulların yitiren, ilgili mevzuata veya BDDK'ca alınan kararlara mugayir nitelikte olan aksiyon veya kararlar alan ve de finansal ekosistemde faaliyet gösteren her organizasyon için de geçerli olabilecek olan güven veya finansal istikrar bakımından finansal sisteme yönelik risk oluşturan tasarruf finansman şirketleri BDDK'nın öngördüğü tedbirlere uymak zorundadır⁴⁰.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda halihazırda BDDK'nın görev, yetki ve sorumlulukları düzenlenmiş, 95. maddesinde BDDK'nın yerinde gözetim ve denetim yetkisi ve 96. maddesinde ise bu yükümlü-

³⁴ Bkz. Kanun m.6.

³⁵ Nakden ve muvazaadan arı şekilde ödenmiş sermaye şartı BDDK'ya şirket sermayesinin tüm kaynaklarını ayrıca araştırma sorumluluğu getirmektedir.

³⁶ Bkz. Kanun m.13.

³⁷ Bkz. Kanun m.7, m.8, m.9.

³⁸ Bkz. Kanun m.39/B(2).

³⁹ Bkz. Kanun m.12(3).

⁴⁰ Bkz. Kanun m.15(4).

ğünün nihai bir parçası olarak bilgi ve belge isteme otoritesi belirtilmiştir. Tasarruf finansman şirketlerinin şirketler hukuku kapsamında ve Kanun'da ayrıca belirtilmiş finansal raporlama yükümlülüğünün yanında, BDDK eliyle mali tablolarının, muhasebe kayıtlarının ve kısa ve uzun periyotlarla likidite durumlarının incelenmesi ve bu şirketlerin BDDK denetimi altına girmesi harici güveni destekleyici ve finansal tüketicileri koruyucu temel düzenlemelerden biridir⁴¹.

Diğer önemli husus ise cezai düzenlemelerdir. Kanun'a tabi diğer şirketlere de uygulanan idari para cezaları ile suç ve cezalar tasarruf finansman şirketlerine de uygulanmakta iken tasarruf finansman şirketlerine aynı zamanda özel idari ve cezai müeyyideler öngörülmüştür. Bunlar tasarruf finansman şirketlerinin Kanun'un 9. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen yapılamayacaklar listesine aykırılık, 39/A maddesinde düzenlenmiş olan müşterilerin cayma ve fesih haklarına mugayir hareket etme, aynı maddenin 2. ve 5. fıkralarında düzenlenmiş sözleşme düzenleme usulünün veya içeriğinin kanuna aykırı olması; tasarruf finansman faaliyetini ve tasarruf fon havuzu hesabını düzenleyen 39/B maddesinin ilk üç fıkrasına aykırılık şeklinde olup, 49/B maddesinde zimmet suçunu işleyen tasarruf finansman şirketi yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer üyeler için özel olarak hapis ve adli para cezası düzenlenmiştir. Cezalandırılan davranışlara bakacak olursak bunların içinde tasarruf finansman şirketlerinin kendilerini banka gibi tanıtmamaları, Türkiye'de kurumsallık sağlamış ve marka değerini haiz olan ve yine İslami finans sektöründe aktivite gösteren katılım bankaları ile karıştırılmaması için katılım kelimesinin kullanılmaması, havuzda toplanan paranın başka bir amaçla kullanılmaması, faizsiz finansman esaslarının dışına çıkılmaması, tasarrufların çekilmesini engelleyici davranışta bulunmamak gibi müşterilere harici güven sağlayan bir düzenleme görülmektedir.

3. Tasfiye Sürecinde Güven Unsuru

Güven konusunda tartışılması gereken diğer bir husus, Kanun'da geçici maddelerle ayrıca ele alınmış olan intibak ve tasfiye sürecidir. Kanun yürürlüğe girdiğinde aynı zamanda şirketlere intibak süreci tanınmış ve mevzuatla uyum göstermeyenleri sistemden

eleme amaçlanmıştır⁴². Bu kapsamda BDDK yaptığı incelemeler neticesinde mevzuat şartlarını taşımadığını tespit ettiği şirketlerin tasfiyesine karar vermiştir⁴³. Bir önceki kısımda belirtildiği üzere BDDK'dan lisans temininde şart koşulan asgari yüz milyon ödenmiş sermaye şartını, kurumsal yapısını, teknolojik altyapısını, bilgi güvenliğini, finansal şeffaflık ve denetim konularında kriterleri sağlayamayan 21 şirket tasfiye edilmiş ve de 8 şirket iradi tasfiye yoluna gitmiştir. Bu finansman şirketlerinin tasfiyesi için görevlendirilen ve yetkilendirilen kurum ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) olmuştur.

Planlı ve nizami bir şekilde, zamanında ve hak kaybına yol açmayacak şekilde yapılan tasfiye işlemlerinin harici güveni artırdığı aşıkardır. Bu sistem bankalar için özel tasfiye kurallarının geliştirilerek finansal istikrarın ve genel kamu güveninin zedelenmeden, olabildiğince sessiz ve olaysız bir şekilde piyasaları rahatsız etmeden ve risk kontrolü sağlanarak en az zararla bankaların tasfiye sürecine girmesi şeklinde cereyan etmektedir⁴⁴. Türkiye'de banka çözümleme ve geri kazanım işlerini, aynı zamanda mevduat sigortacılığı görevini de ifa eden TMSF yapmaktadır. Bu yönüyle finansal ekosistemdeki önemi sadece finansal tüketicilerin korunması bakımından değil, makro istikrarı etkileyebilecek nitelikteki aksiyonların en az zararla sonuçlandırılması ve total güven kaybı, finansal katılımı azalma vb. gibi türev kaygı ve risklerin azaltılması yönünden de ele alınmalıdır. Bu bağlamda tasarruf finansman şirketlerinin tasfiye işlemlerinin TMSF'ye verilmesi isabetli bir karardır. Bu sayede hukuki kurallar temeline oturmuş ve düzenlenmiş tasarruf finansman sisteminde yeri olmayan şirketlerle sözleşme yapmış olan kişiler kamu hukuku çerçevesinde kontrolü eline almış olan kurum, yani TMSF'nin varlığıyla hak kaybı yaşamayacaklarını ve mağdur edilmeyecekleri yönünde harici ve dahili güveni haiz olacaktır.

⁴² Bkz. Kanun Geçici m.2 ve m.7.

⁴³ 21 şirketin tasfiye edilmesine ilişkin 01.07.2021 tarihli 9647 sayılı Kurul Kararı ve 02.07.2021 tarihli 31529 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanan kararı için bkz. BDDK (2021), Basın Açıklaması, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/851?ekId=779>, s.e.t. 2 Temmuz 2022.

⁴⁴ Örneğin Avrupa Birliği'nde Single Resolution Board, İngiltere'de Merkez Bankası bünyesinde UK Resolution Board ve Türkiye'de ise TMSF tarafından yapılmaktadır.

⁴¹ Bkz. Kanun m.14, m.15, m.17.

Kanun'un 50/A maddesi gereği BDDK tarafından faaliyet izni kaldırılan ve tasfiye sürecine giren tasarruf finansman şirketlerinin TMSF ile anılması kurumun aynı zamanda mevduat koruma görevinin tasarruf fon havuzunu da kapsadığı şeklinde bir izlenim yaratabilmektedir. Bilhassa müşteri nezdinde bu süreç, tasfiye sürecine giren şirketlerdeki fonlarının bankalarda olduğu gibi belli bir dereceye kadar devlet güvencesinde olduğu yönünde yorumlanabilir. Medyada gündeme gelen ve hak sahipleri müşterilerin şirketin kapanmasından doğan kayıplarının kamusal bir sigorta mekanizması kapsamında olacağı yönündeki inanca dayanan yanıltıcı bilgiler genel güveni zedeleyici şekilde tasarruf finansman şirketlerinin kasıtsız olarak banka izlenimi yaratacak şekilde bir imaj çizmesine yol açmıştır. Bu anlamda borç ve alacakları sıfırlanmaya kadar devam edecek olan tasfiye süreci her ne kadar faaliyetleri sürdürülebilir görülmeyen şirketlerin sistemden uzaklaştırılmasına ve böylece uzun vadede daha güvenilir bir sistemle devam etme olanağı ve böylece harici güveni destekleyici bir ortam sunmasına rağmen, kısa vadedeki huzursuzluk ve güven kaybı sosyal medyada olumludan ziyade olumsuz bir hava esmesine ve sistemde kalan sağlıklı şirketlerin de bu güven kaybından etkilenmesine ve dahili güven çerçevesinde sorgulanmalarına neden olmuştur. Özellikle ortak sosyal ve dini normlar temelinde kurulan bu şirketlerden birinin yaşadığı olumsuz sürecin, bankacılık sisteminde endemik olan mali istikrarı tehdit edici büyüklükte bir risk ihtiva etmese de güven kaybı bulaşıcılığından kısa vadede etkilenmesinin beklenmesi şaşırtıcı değildir. Medyada Evim Mağdurları Platformu ve benzeri adlarla boy göstererek 53.533 müşterinin ve bu müşterilerin şirketlerle akdettikleri sözleşmelerin akıbeti ile ilgili kaygıları dile getiren oluşumlar kamuoyunda ses getirmiş ve dolayısıyla kamu erki vasıtasıyla güven tesisinin önemine dikkat çekmiştir.

Finansal tüketicilerin ödemiş olduğu paraları tamamen geri alıp alamayacağı, tasfiye edilen şirkete senet verdiği halde ev veya arabasını alamamış kimselerin (yani tasarruf dönemindeki kişilerin) veya sistemden ev ve araçlarını edinmelerine rağmen şirkete taksit ödemeleri devam eden müşterilerin durumu (finansman dönemindeki müşteriler), müşterilerin sıra cetvelindeki öncelik sıralamasına karşı panik

tutumu gibi hususlar TMSF tarafından geç de olsa yapılan açıklamalarla bir nebze güven tesis edici olmuştur⁴⁵. BDDK tarafından yapılan, tasfiye sürecinin on seneyi aşabileceği sebebiyle tasfiye sürecinde olan bazı şirketlerin ve de sözleşmelerinin sistemde kalan uygun şirketlere devri konusundaki çalışmaları aynı şekilde hak kaybının önlenmesi ve genel kamu güveninin muhafaza edilmesi ve artırılması amacı taşımaktadır⁴⁶.

IV. SONUÇ

Hukuki düzenlemeyle gelen kurallar esasen halktan fon toplayan ve toplanılan miktarın faizsiz finans kaidelerine göre kullanılacağı sözünü veren ancak, planlanan finansman faaliyetini gerçekleştirme istikrarından yoksun olduğu için hem müşterilere, hem sisteme ve hem de genel anlamda kamu güvenine zarar verebilecek organizasyonların sektörde olmasını engelleme amacı güderken, tüketicileri koruyucu hükümler getirmekte, finansman sistemini güçlendirmekte ve de finansal ekosistemde çeşitliliği artırarak piyasaları derinleştirmektedir. İlgili düzenleme gerek tüketici hukuku gerekse sözleşme hukuku özelinde veya bu şirketlerin finansal ekosistemde yeni bir şirket olarak vasfı ve yeri bağlamında ayrıca detaylı olarak farklı bir başlık altında tartışılabilirse de genel olarak bakıldığında yapılan bu düzenlemenin ilk ve dolayısıyla yeni olduğu düşünülürse tasarruf finansman şirketlerinin formal finansal sisteme dahil olmasının dahili ve harici güveni artırıcı olumlu bir adım olduğu aşikardır.

⁴⁵ TMSF'nin tasarruf finansman şirketlerinin tasfiye süreci ve sözleşmelerinin devirleri hususunda basın açıklamalardan bazıları için bkz. **TMSF** (2022), <https://www.tmsf.org.tr/tr/Basin/List/tasarruf-finansman-sozlesmelerinin-devir-duyurusu> & **TMSF** (2021), <https://www.tmsf.org.tr/tr/Tmsf/Finansman/tasfiye-sureci>, s.e.t. 4 Temmuz 2022.

⁴⁶ **BDDK** (2021), Tasarruf Finansman Şirketleri Hakkında, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/Detay/887>, s.e.t. 3 Temmuz 2022.

KAYNAKÇA

- Adler**, Paul S. (2001), 'Market, Hierarchy, and Trust: The Knowledge Economy and the Future of Capitalism', *Organization Science*, S: 12, C: 2, s. 215-234.
- Alman Federal İçişleri ve Toplum Bakanlığı**, Saving to Build or Buy a Home, <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/building-housing/city-housing/home-ownership-housing-assistance/bausparen-en/bausparen-en-node.html>, s.e.t. 10 Temmuz 2022.
- Arrow**, Kenneth J. (1972), 'Gifts and Exchanges', *Philosophy and Public Affairs*, S: 1, s. 343-362.
- Basaran**, Bahriye & **Bagheri**, Mahmood (2020), 'The Relevance of Trust and Confidence in Financial Markets to the Information Production Role of Banks', *European Journal of Risk Regulation*, S: 11, C: 3, s. 650-666.
- BDDK** (2021), Basın Açıklaması, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/EkGetir/851?ekId=779>, s.e.t. 2 Temmuz 2022.
- BDDK** (2021), Tasarruf Finansman Şirketleri Hakkında, <https://www.bddk.org.tr/Duyuru/Detay/887>, s.e.t. 3 Temmuz 2022.
- Butzbach**, Olivier, 'Alternative Banks on the Margin: The Case of Building Societies in the United Kingdom': Butzbach, Olivier & Mettenheim, Kurt Von (editörler) (2014), *Alternative Banking and Financial Crisis*, 1. Baskı, Londra, Pickering&Chatto Publishers.
- Chiquer**, Loic & **Lea**, Michael J. (2009), *Housing Finance Policy in Emerging Markets*, Washington, The World Bank.
- Diamond**, D.W. & **Dybvig**, P.H. (1983), 'Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity', *Journal of Political Economy*, S: 91, C: 3, s. 401-419.
- Endes Selvi**, Nurtaç (2021), 'Tasarruf Finansman Sözleşmesi', *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 4, C: 2, s. 441- 467.
- Fernandes**, Daniel & **Lynch Jr.**, John G. & **Netemeyer**, Richard G. (2014), 'Financial Literacy, Financial Education, and Downstream Financial Behaviors', *Management Science*, S: 60, C: 8, s. 1861-1883.
- Frankel**, Tamar (2008), *Trust and Honesty: America's Business Culture at Crossroads*, New York, Oxford University Press.
- Fukuyama**, Francis (1995), *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, New York, The Free Press.
- Goodhart**, Charles & **Hartmann**, Philipp & **Llewellyn**, David & **Rojas-Suares**, Liliana & **Weisbrod**, Steven (1998), *Financial Regulation: Why, How and Where Now?*, Oxon, Routledge.
- Hellwig**, Martin F. (2009), 'Systemic Risk in the Financial Sector: An Analysis of the Subprime-Mortgage Financial Crisis', *De Economist*, S: 157, C: 2, s. 129-207.
- Kofner**, Stefan (2014), 'The German Housing System', *Journal of Housing and the Built Environment*, S: 29, s. 255-275.
- Lea**, M.J. & **Renaud**, B. (1995), *Contractual Savings for Housing: How Suitable are They for Transitional Economies*, Washington, World Bank.
- Lins**, Karl V. & **Servaes**, Henri & **Tamayo**, Ane (2017), 'Social Capital, Trust, and Firm Performance: The Value of Corporate Social Responsibility during the Financial Crisis', *The Journal of Finance*, S: 72, C: 4, s. 1785-1824.
- Mulbert**, Peter O. & **Sajnovitz**, Alexander (2017), 'The Element of Trust in Financial Markets Law', *German Law Journal*, S: 18, C: 1, s. 1-38.
- Porteous**, David, 'Housing Finance and Financial Inclusion': Köhn, Doris & Pischke, J.D. von (editörler) (2011), *Housing Finance in Emerging Markets*, 1. Baskı, Frankfurt am Main, Springer.
- Rischke**, Carl Gottfried (1998), 'German Bausparkassen: Instrument for Creating Homeownership in the Transformation Countries', *Housing Finance International*, S: 13, C: 2, s. 8-14.
- Robinson**, Marquerite S. (2001), *The Microfinance Revolution*, Washington, The World Bank.
- Roy**, Friedemann (2004), 'The Implementation of Contract Savings Schemes for Housing (Bausparen) in Belarus', *IPM Research Center Papers*, S: PP/13, C: 04, s. 1-13.
- Smith**, Adam (1763, reprinted 1978), *Lectures on Jurisprudence*, New York, Oxford University Press.
- TMSF** (2022), <https://www.tmsf.org.tr/tr/Basin/List/tasarruf-finansman-sozlesmelerinin-devir-duyurusu>, s.e.t. 4 Temmuz 2022.
- TMSF** (2021), <https://www.tmsf.org.tr/tr/Tmsf/Finansman/tasfiye-surec>, s.e.t. 4 Temmuz 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı** (Haziran 2020), <https://www.tcgb.gov.tr/haberler/410/120424-turkiye-nin-salgina-yonelik-basarisi-ulkemize-yonelik-ilgiyi-daha-da-arttirdi->, s.e.t. 2 Temmuz 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma Bakanlığı** (2014), *Finansal Hizmetler, Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/10_FinansalHizmetler.pdf, s.e.t. 3 Ocak 2022.
- Warde**, Ibrahim (2000), *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

SİGORTALI MALIN HACZİ^(*)

ATTACHMENT ON INSURED GOODS

Dr. Öğr. Üyesi Osman DURAN^(**)

Öz

Sigortalı malın haczi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği Türk Ticaret Kanunu m.1457’de düzenleme getirilmiştir. Hükme göre, bir mal haczedildiğinde, icra memuru borçludan malın sigortalı olup olmadığını sormak zorundadır. Malın sigortalı olduğunu öğrendiği zaman ise icra memuru, borçludan hangi sigortacıdan sigortalattığını sorması gerekir. TTK m.1457 hükmü ile, sigortalı malın kaim değeri olan sigorta tazminatı üzerinde haczin devam etmesi durumu getirilmiştir. Sigorta tazminatı üzerinde haciz devam ettiği için, malın haczedildiğinin sigortacıya ihbar edilmesi gerekir. Çalışmamızda, sigortalı mal haczedildiğinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sigortalı Mal, Haciz, Sigorta Tazminatı, Kaim Değer.

Abstract

The way to be followed in case of attachment of the insured goods is regulated in Article 1457 of the Turkish Commercial Code. According to the regulation, when a goods is seized, the enforcement officer has to ask the debtor whether the goods is insured. When the enforcement officer learns that the property is insured, must ask the debtor from which insurer has insured it. With the regulation of Article 1457 of the Turkish Commercial Code, the continuation of the attachment on the insurance indemnity, which is the permanent value of the insured goods, has been introduced. For the use of the attachment on the insurance indemnity continues, it is necessary to notify the insurer that the goods has been seized. In our study, it will be tried to focus on what kind of way should be followed when the insured goods is seized.

Keywords

Insured Goods, Attachment, Insurance Indemnity, Replacement Value.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 30.03.2023 / Kabul Tarihi: 22.05.2023).

^(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, (osmandurann@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5947-2780).

Atıf/Citation: Duran, Osman (2023), "Sigortalı Malın Haczi", TFM, C: 9, S: 1, s. 17-36.

I. GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.1401'de “*sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Sigorta sözleşmeleri çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır². TTK ise, zarar sigortaları (TTK m.1453 vd.) ve can sigortaları (TTK m.1487 vd.) sınıflandırmasını esas almıştır. Bu sınıflandırma sigorta konusu menfaate³ veya riziko konusuna⁴ göre yapılan bir ayrımdır. Zarar sigortalarının konusunu malvarlığı kıymetlerinin oluştur-

duğu halde, insan hayatına yönelen riskleri güvence altına alan sigortalar ise can (meblağ) sigortası olarak isimlendirilir⁵. Zarar sigortaları, aktif sigorta ve pasif sigorta olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir⁶. Bir zarar sigortası ile sigorta ettirenin aktifindeki azalma karşılanıyorsa buna aktif sigorta denir⁷. Aktif sigortanın; mal üzerindeki menfaat sigortası, alacak sigortası ve kâr sigortası gibi çeşitleri vardır⁸. Pasif sigorta ise, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması veya mevcut pasifinin artması sonucu uğrayacağı zararı karşılayan sigortadır⁹.

Borçlunun icra dairesi tarafından haczedilen mal, hak ve alacakları¹⁰ aynı zamanda borçlu tarafından sigorta ettirilmiş olabilir. İşbu çalışmada, böyle bir durumda icra dairesinin nasıl bir yol izlemesi gerektiği ve hukuki sonuçları üzerinde durulmaktadır. Ancak yalnızca sigortalı malın haczi konusuna değinilecek olup, alacak ve hakların sigortalı olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği ve hukuki sonuçları üzerinde durulmayacaktır. Çalışmamızda ilk önce, sigortalı malın haczi bakımından önem arz eden, mal sigortalarıyla ilgili bazı kavramlara değinilecektir. Daha sonra sigortalı malın haczine değinilecektir. Sigortalı malın haczinde de, icra

¹ Sigorta sözleşmesinin tanımı hakkında ayrıca bakınız, **Erkan**, Ebru, 'Sigorta Sözleşmesinin Genel Özellikleri': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu (Editörler) (2022), Sigorta Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 49-51; **Kara**, Hacı (2021), Sigorta Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 119-121; **Çeker**, Mustafa (2016), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Karahan, s. 55; **Kender**, Rayegân (2015), Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 163-171; **Yazıcıoğlu**, Emine & **Şeker Ögüz**, Zehra (2019), Sigorta Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 50-51; **Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019), Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 125-126; **Arseven**, Haydar (1987), Sigorta Hukuku, İstanbul, Beta, s. 15 vd.; **Bozkurt**, Tamer (2018), Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 3-5; **Kayihan**, Şaban (2004), Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara, Seçkin, s. 31-33; **Bozer**, Ali (2009), Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 31-32; **Ulaş**, Işıl (2012), Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Turhan, s. 11; **Ünan**, Samim (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 1, İstanbul, On İki Levha, s. 12.

² Sigorta sözleşmesinin sınıflandırılması hakkında ayrıca bakınız, **Güleç Uçakhan**, Sema, 'Sigorta Sözleşmesinin Tasnifi ve Özel Türleri': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu (Editörler) (2022), Sigorta Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 171 vd.; **Özdamar**, Mehmet & **Doğan**, Burak (2020), Sigorta Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 19 vd.; **Kara**, s. 235; **Kender**, s. 205 vd.; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 82-88; **Bozer**, s. 23-30.

³ **Kayihan**, Şaban (2016), 'Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 3 (Özel Sayı: Cevdet Yavuz'a Armağan), C: 22, s. 1596; **Kender**, s. 208; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85; **Arseven**, s. 39; **Ulaş**, s. 9.

⁴ **Kender**, s. 213; **Güleç Uçakhan**, s. 189; **Yıldırım**, Hakan (2016), Karayolu Eşya Taşıma Sorumluluk Sigortalarında Riziko ve Menfaat, Ankara, Adalet, s. 22; **Can**, Mertol (2018), Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, C: 1, Ankara, Adalet, s. 9-10; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 88.

⁵ **Arseven**, s. 39-40; **Kayihan**, s. 1585; **Kender**, s. 208; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 235; **Güleç Uçakhan**, s. 190; **Özdamar & Doğan**, s. 20, 83; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85; **Ulaş**, s. 9-10.

⁶ **Kayihan**, s. 1585; **Kender**, s. 208; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 235; **Güleç Uçakhan**, s. 190; **Özdamar & Doğan**, s. 20, 83; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85; **Ulaş**, s. 165.

⁷ **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 235; **Kender**, s. 208; **Güleç Uçakhan**, s. 190; **Kara**, s. 40; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85; **Ulaş**, s. 165.

⁸ **Kender**, s. 210; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85; **Güleç Uçakhan**, s. 191; **Kara**, s. 40.

⁹ **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 85-86; **Kara**, s. 40; **Kender**, s. 208; **Güleç Uçakhan**, s. 191; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 235-236; **Ulaş**, s. 165.

¹⁰ **Atalı**, Murat & **Ermenek**, İbrahim & **Erdoğan**, Ersin (2020), İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 186; **Aşık**, İbrahim & **Oruç**, Yakup & **Tok**, Ozan & **Saçar**, Faruk (2022), İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 153; **Kuru**, Baki & **Aydın**, Burak (2022), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 150; **Arslan**, Ramazan & **Yılmaz**, Ejder & **Taşpınar Ayvaz**, Sema & **Hanağası**, Emel (2019), İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 249; **Pekcantez**, Hakan & **Atalay**, Oğuz & **Sungurtekin Özkan**, Meral & **Özekes**, Muhammet (2022), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 176; **Kuru**, Baki (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 426; **Postacıoğlu**, İlhan E. (1982), İcra Hukuku Esasları, 4. Baskı, İstanbul, Fakülteler, s. 290.

müdürünün malın sigortalı olup olmadığını sorma yükümlülüğüne, sigorta tazminatının ödenmesine ve karşılaşılabilecek farklı durumlara değinilecektir.

II. MAL SİGORTALARIYLA İLGİLİ BAZI ÖNEMLİ KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK

Zarar sigortalarından aktif sigorta tasnifi altında incelenen mal sigortası TTK m.1453/1'de şu şekilde düzenlenmiştir; “*rizikonun gerçekleşmemesinde menfaati bulunanlar, bu menfaatlerini mal sigortası ile teminat altına alabilirler*”. Sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan değer, ev veya kara taşıtı gibi doğrudan para ile ölçülebilir mal değil, o malın varlığındaki menfaattir¹¹ ve menfaatin para ile ölçülebilir olması gerekir¹². O halde menfaat, sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin, sigorta ettirmek istediği malvarlığı ile arasındaki değer ilişkisidir¹³. Dolayısıyla mal sigortası vasıtasıyla sigorta ettirenin belli bir mala ilişkin olan menfaati, bu menfaati tehdit eden risklere karşı teminat altına alınır¹⁴.

Sigortanın konusunu açıklamak için menfaat teorisi kabul edilmektedir¹⁵. Bu teorinin kabul edilmesiyle, mal üzerinde var olan çeşitli menfaatlerin aynı rizikolara karşı aynı anda sigorta ettirilmesi mümkün hale gelmektedir¹⁶. Dolayısıyla bir mal üzerinde farklı menfaatleri olan malik, intifa hakkı sahibi, kiracı, taşımacı ve malın muhafazasından dolayı malike karşı sorumlu olan emanetçi gibi kişiler de sigorta yaptırabilirler¹⁷.

Mal sigortası kavram olarak para ile ölçülebilen maddi nitelik taşıyan her türlü malvarlığı değeri üzerindeki menfaatlere yönelik bütün rizikoları kapsar¹⁸. Bundan dolayı; yangın, kara taşıtları (kasko), taşıma (nakliyat), hırsızlık, makine montaj, inşaat, doğal afet ve tarım¹⁹ gibi sigorta çeşitleri uygulamada görülmektedir²⁰. Sel ve su baskını, fırtına, grev-lokavt, halk hareketleri, terör, kötü niyetli hareketler, toprak kayması, uçak ve araç çarpması, cam kırılması, duman ve kar ağırlığı gibi rizikolar, genellikle mal sigortasına ilişkin poliçelerde ek teminat olarak yer alır²¹.

B. TAZMİNAT İLKESİ, SİGORTA ZARARI VE SİGORTA TAZMİNATI

TTK m.1459'a göre, “*sigortacı, sigortalının uğradığı zararı tazmin eder*”. Mal sigortalarında amaç, sigorta ile teminat altına alınan rizikonun sebep olduğu gerçek zararın tazminidir. Bu amaç için kabul edilen ilke zenginleşme yasağı ilkesidir²². Zararın nasıl tazmin edileceğine ilişkin ise TTK m.1427/1, “*aynen tazmine ilişkin bir sözleşme yoksa sigorta tazminatı nakden ödenir*” şeklinde düzenleme getirmektedir. Sözleşmede aynen tazmine ilişkin bir hüküm olması halinde, sigortacı tazminat ödemek yerine, zararı gidermek ve menfaatin eski haline dönebilmesi için gerekli önlemleri (örneğin tamirat) almak zorundadır²³. Aynen zararın giderilmesi, doğrudan doğruya yeni mal teslimiyle olabilir. Ancak bu durumla uygulamada hiç karşılaşmamaktadır²⁴. Yine aynen tazmin durumunda sigortacı, zarar gören malı tamir ettirmekle yükümlü ise, malı tamir ettirerek borcundan kurtulur²⁵. Ancak uygulamada bu durumda da, sigortacı hasar gören eşyayı tamir

¹¹ Arseven, s. 41; Özdamar & Doğan, s. 52; Can, s. 28; Çeker, s. 64, 137; Kender, s. 210; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 52; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 237; Bozkurt, s. 162; Memiş, Tekin (2001), Yangın Sigortasında Riziko, Ankara, Seçkin, s. 77; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 59; Ulaş, s. 42-43.

¹² Bozer, s. 33; Özdamar & Doğan, s. 52-53, 91; Can, s. 31; Yıldırım, s. 31; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 238; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 60; Kara, s. 236; Çeker, s. 64, 137; Kender, s. 210; Arseven, s. 41; Memiş, s. 77; Ulaş, s. 43.

¹³ Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 59; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 132; Yıldırım, s. 27; Kender, s. 209; Güleç Uçakhan, s. 190; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 52.

¹⁴ Can, s. 60; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 52.

¹⁵ Bu teorinin eleştirisi ve diğer teoriler hakkında bilgiye çalışmamızda yer verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bakınız, Can, s. 28 vd.; Yıldırım, s. 27 vd.; Kender, s. 209-210; Memiş, s. 77-79.

¹⁶ Kender, s. 210; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 237, 132; Yıldırım, s. 29; Bozer, s. 34.

¹⁷ Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 132, 237; Yıldırım, s. 29; Kender, s. 210; Çeker, s. 132, 137; Bozkurt, s. 165; Bozer, s. 34.

¹⁸ Çeker, s. 132; Bozer, s. 99.

¹⁹ Tarım sigortalarının da, dolu sigortaları, tarım yangın sigortaları, hayvan hayat sigortaları, sera sigortaları ve besi sigortaları gibi türleri vardır (Kara, s. 237).

²⁰ Ulaş, s. 295 vd.; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 283; Çeker, s. 133; Kara, s. 237; Güleç Uçakhan, s. 188; Özdamar & Doğan, s. 108; Kender, s. 211; Bozer, s. 99.

²¹ Çeker, s. 133.

²² Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 251.

²³ Özdamar & Doğan, s. 81; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 170; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 69; Bozer, s. 37. Cam kırılması sigortalarında bu durumla çoğunlukla karşılaşılmaktadır (Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 170; Bozer, s. 37).

²⁴ Ünan, Cilt 1, s. 277; Özdamar & Doğan, s. 99.

²⁵ Özdamar & Doğan, s. 99; Ünan, Cilt 1, s. 277.

ettirme borcunu değil, yalnızca tamir tutarını karşılamayı üstlenir²⁶.

Tazminatın nakden belirlenmesi durumunda sigortacı, nakit para ödeyerek borcundan kurtulur²⁷. Mal sigortalarında sigortacı, üstlendiği riziko meydana geldiği takdirde sigortalı menfaatin uğradığı gerçek zarar (yani sigorta zararını) ödemekle yükümlüdür²⁸. Buna sigorta tazminatı denir²⁹. Mal sigortalarında sigorta bedeli ile sigorta tazminatı her durumda eşit değildir³⁰. Sigortalı menfaatin uğradığı gerçek zararın az olduğu hallerde, sigorta tazminatı sigorta bedelinden düşüktür³¹. Sigorta poliçesinde yazılı olan sigorta bedeli sigortalıya ödenecek sigorta tazminatının üst sınırını gösterir³². Eğer taraflar arasında takseli sigorta (takdir edilmiş değerli sigorta) varsa (TTK m.1464), tam hasar durumunda gerçek zarar dikkate alınmaz, takdir edilmiş değer yani sigorta bedeli ödenir³³.

Sigortacının ödeyeceği tazminat belirlenirken, sigorta sözleşmesinde yer alan sigorta değeri ve sigorta bedeli kavramları dikkate alınmak zorundadır³⁴. Bu kavramlar hakkındaki bilgiye bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

Sigorta ettirenin uğradığı zarar, fiili zararın yanı sıra değer kaybı olarak da meydana gelebilir. Riziko gerçekleştiğinde, sigorta edilen menfaatin gördüğü zarar sebebiyle eski haline nazaran kötüleşme ortaya çıkabilir. Tam hasarın meydana gelmesi halinde sigortalanan menfaat tamamen ortadan kalkar. Buna kar-

şılık, kısmi hasar halinde, menfaat kısmen zarar görür, parça değişimi ve tamir edilmesi ile yeniden eski şekilde kullanılması mümkün olabilir. Ancak kısmi zarar halinde menfaatin tamir edilmesi ve eskisi gibi kullanılmasının sağlanmasının yanı sıra değerinde de bir kayıp yaşanır. Sigorta sözleşmesinde ilave ve açık bir hüküm bulunması halinde, sigortacı fiili zararın yanı sıra bedel kaybını da tazmin etmek zorundadır³⁵.

III. SİGORTALI MALIN HACZİ

A. GENEL OLARAK

Sigortalı malın haczedilmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği TTK m.1457'de düzenlenmiştir. Hükme göre; “*sigortalı mal haczedilirse, sigortacı, zamanında bilgilendirilmek şartıyla, sigorta tazminatını icra müdürlüğüne ödeyerek borcundan kurtulur. Bir malın haczinde, icra memuru, borçludan söz konusu malların sigortalı olup olmadığını, sigortalı ise, hangi sigortacı tarafından sigorta edildiğini sorar; haczedilen malın sigortalı olduğunu öğrendikten sonra, sigorta tazminatının diğer bir bildirimine kadar ancak icra müdürlüğüne ödenilmesiyle borçtan kurtulacağını sigortacıya ihtar eder*”.

Düzenleme ile sigorta tazminatının, haciz konusu sigortalı mal bakımından “kaim değer” diğer bir deyişle “surrogat” oluşturması kabul edilmektedir³⁶. Bu sayede, bir mal üzerine haciz koyduran alacaklı, hacze konu sigortalı mal için ödenecek sigorta tazminatı üzerinde de hak sahibi olacaktır³⁷. Bu düzenleme olmasaydı acaba haczedilmiş olan bir malın yerine kaim olan değer de, örneğin sigorta tazminatı da, haczedilmiş sayılacak mıdır? Türk ve İsviçre icra hukukunda, haciz, alacaklılara bir rehin hakkı sağlamaz³⁸. Bundan dolayı, rehin hakkı kapsamında olan sigorta tazminatı (TMK m.879), haczin kapsamında olmayacaktı. *Schlegel/Zopfi*'ye göre, kaim olan değer eğer icra memurunun zilyetliğinde bulunuyorsa, kaim olan değer de haczedilmiş sayılacaktır. Aynı durum, olası kaim değerlerin borçlunun

²⁶ Ünán, Cilt 1, s. 277.

²⁷ Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 69; Özdamar & Doğan, s. 99; Ünán, Cilt 1, s. 277.

²⁸ Bozer, s. 37; Çeker, s. 66; Özdamar & Doğan, s. 54, 79; Kender, s. 308; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 85, 172; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 142; Arseven, s. 129; Bozkurt, s. 39; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 63.

²⁹ Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 85, 172; Çeker, s. 66; Bozer, s. 37; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 142; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 63; Bozkurt, s. 39.

³⁰ Çeker, s. 66; Bozer, s. 37.

³¹ Kender, s. 308; Çeker, s. 66.

³² Çeker, s. 66; Özdamar & Doğan, s. 54, 79.

³³ Ünán, Samim (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 2, İstanbul, On İki Levha, s. 164; Arseven, s. 129; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 64; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 263. Bakınız, Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 173; Ulaş, s. 54.

³⁴ Özdamar & Doğan, s. 100.

³⁵ Kender, s. 308; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 252; Özdamar & Doğan, s. 81; Ulaş, s. 215.

³⁶ Ünán, Cilt 2, s. 73.

³⁷ Ünán, Cilt 2, s. 73.

³⁸ Umar, Bilge (1963), İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, İzmir, Ege Üniversitesi, s. 252 vd; Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 238.

herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın icra dairesinin zilyetliğine girmesi halinde de geçerlidir³⁹. Satılan veya hasara uğrayan hacizli mal yerine geçecek kaim değerler borçlunun kendisi tarafından alınmış ise, hacizli malın kaim değeri üzerinde de haciz hakkının ileri sürülebilmesi için yeni bir haciz gerekmektedir⁴⁰. Aynı şekilde hasara uğrayan hacizli malın yerine geçen kaim değerler de kendiliğinden haczedilmiş sayılmaz, ya yeniden haczedilmeleri ya da borçlunun herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın icra dairesinin zilyetliğine girmesi gerekir⁴¹. Buna karşılık Alman icra hukukunda açıkça, hacizle alacaklının haczedilen mal üzerinde rehin hakkı kazanacağı düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu m.804/1). O yüzden haciz, rehin kapsamına giren hakları da içerir⁴². Nitekim Alman Medeni Kanunu m.1127/1'de, rehnin kapsamına sigorta tazminatının da dâhil olduğu düzenlenmektedir.

Hacizli mal hasara uğradığı zaman ödenecek olan sigorta tazminatı borçlunun herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın icra dairesinin zilyetliğine giremeyeceği için TTK m.1457 hükmü olmasaydı, haczedilmiş olan bir malın yerine kaim olan değer de,

örneğin sigorta tazminatı da, haczedilmiş sayılmayacaktı. Nitekim 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu öncesinde, sigorta konusu mal üzerine uygulanan haciz, sigorta tazminatını kapsamamakta idi. Eğer riziko gerçekleşirse sigorta tazminatının da ayrıca haczi gerekmekteydi. Bu da haciz uygulatan alacaklının durumunu zorlaştırmaktaydı⁴³.

Bu kısımda ilk önce icra müdürünün malın sigortalı olup olmadığını sorması ve mal sigortalı ise ortaya çıkan yükümlülüklerine değinilecek, ardından mal hacizliken riziko gerçekleşirse sigorta tazminatının ödenmesi ve riziko gerçekleşmeden haczedilen sigortalı mal paraya çevrilirse meydana gelecek sonuçlar incelenecektir. Son olarak da sigorta tazminatının ödenmesi konusunda uyumsuzluk çıkması halinde hacizli alacaklının dava hakkı ve sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinin sigortalı malın haczi durumunda göstereceği özelliklere değinilecektir.

B. İCRA MÜDÜRÜNÜN MALIN SİGORTALI OLUP OLMADIĞINI SORMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

TTK m.1457, cümle 2'ye göre, "*bir malın haczinde, icra memuru, borçludan söz konusu malların sigortalı olup olmadığını*" sormakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, bir mal üzerine haciz koyduran alacaklının, hacze konu sigortalı mal için ödenecek sigorta tazminatı üzerinde de hak sahibi olmasının bir sonucudur ve bunun tamamlayıcısıdır. Zira haciz koyduran alacaklının, sigorta tazminatı üzerinde de hak sahibi olması, sigorta tazminatının malın hazine ek olarak ayrıca haczedilmesini gerektirmemektedir. Fakatsigortacı tarafından, sigorta tazminatının icra dairesine ödenebilmesi için malın haczedildiğini bilmesi gerekir⁴⁴. Ayrıca tüm bu

³⁹ **Schlegel, Roger & Zopfi**, Markus, 'Art.96 SchKG': Kren Kostkiewicz, Jolanta&Vock, Dominik (Editörler) (2017), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, kn (kenar numarası). 5. Aynı yönde, **Üstündağ**, Saim (2004), İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, s. 169; **Topuz**, Gökçen (2009), 'Paylı Mülkiyet Hissesinin Haczi ve Satışı', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 17, s. 104; **Kren Kostkiewicz**, Jolanta (2020), SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlässen, 20. Baskı, Orell Füssli, kn. 12; **Ansay**, Sabri Şakir (1960), Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Baskı, Ankara, İstiklâl Matbaası, s. 89.

⁴⁰ **Schlegel & Zopfi**, 'Art.96 SchKG', kn. 5. Aynı yönde, Winkler, Thomas, 'Art.96 SchKG': Hunkeler, Daniel (Editör) (2014), Kurzkomentar SchKG, Basel, Helbing Lichtenhahn, kn. 5; **Ansay**, s. 90; **Üstündağ**, s. 169; **Postacıoğlu**, s. 294; **Topuz**, s. 104.

⁴¹ **Schlegel & Zopfi**, 'Art.96 SchKG', kn. 5. Aynı yönde, **Üstündağ**, s. 169; **Ansay**, s. 90; **Topuz**, s. 104. Yargıtay'ın aksi yönde kararı vardır. "*Bir mal üzerine konulmuş hacizler, kural olarak surrogat denilen ve (sigorta tazminatı, kamulaştırma bedeli gibi) malın yerine geçen değerler üzerinde de devam eder*", Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T: 19.04.2012, E: 418, K: 2958 (Kazancı İçtihat Bankası). Fakat bu kararın tam metni incelendiğinde sigorta tazminatı için haciz ihbarnamelerinin gönderildiği anlaşılmaktadır. Karardan haciz ihbarnamesi gönderilmeden de kaim değerlerin haczedilmiş sayılacağına dair bir yorum çıkmamaktadır.

⁴² **Bittmann**, David-Christoph, 'ZPO §864': Wiczorek, Bernhard&Schütze, Rolf A. (Editörler) (2015), Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, 4. Baskı, Cilt 10/2, Berlin/Boston, De Gruyter, kn. 4.

⁴³ **Ünan**, Cilt 2, s. 73. Böyle bir düzenlemenin olması gerektiği yönünde bakınız, **Ansay**, s. 77. TTK m.1457'nin madde gerekçesinde bu durum, "*üzerinde sınırlı aynı hak olan malın sigortalı olmasında olduğu gibi, sigortalı malın haczedilmesinde de, haciz hakkı sahibinin korunması gerekir. Bu nedenle hacizli malın zarar uğraması halinde sigorta tazminatının icra müdürlüğüne ödenmesi öngörül-müştür*" şeklinde ifade edilmiştir (TTK m.1457 madde gerekçesi).

⁴⁴ "*Diğer taraftan, sigortacı sözleşme süresi boyunca sigortalı mal üzerinde haciz olup olmadığını bilemeyeceğinden veya sürekli olarak bu durumu kontrol edemeyeceğinden icra memuruna haciz sırasında borçluya malın sigortalı olup olmadığını, sigortalı ise hangi sigorta şirketine sigortalatıldığını sorma yükümlülüğü getirilmiştir*" (TTK m.1457 madde gerekçesi).

işlemlerin icra dairesi tarafından gerçekleştirilebilmesi için, haczedilen malın sigortalı olduğunun icra memuru⁴⁵ tarafından da bilinmesi gerekir. İşte bir yandan haczedilen malın sigortalı olduğunun icra memuru tarafından diğer yandan ise sigortalı malın haczedildiğinin sigortacı tarafından bilinmemesi yüzünden⁴⁶ uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı için, icra memuruna yukarıdaki yükümlülük getirilmiştir⁴⁷. İcra memuruna getirilen bu yükümlülük, sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın tüm taşınır ve taşınmaz mallar bakımından ayırım yapılmaksızın geçerlidir. Zira sicile kayıtlı taşınmazlar bakımından, taşınmazın sigorta ettirildiği tapuya şerh edilecek hususlardan değildir (bakınız TMK m.1010-1012). Aynı şekilde motorlu taşıtlar bakımından da, ne 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ne de Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri incelendiğinde, taşıtın sigorta ettirildiğinin sicile şerh edileceğine yönelik bir düzenlemeye rastlanmamıştır.

Madde metninde, icra memurunun haczedilen malların sigortalı olup olmadığını borçludan sorması için, alacaklının bir talepte bulunması gerektiği yönünde düzenleme yoktur. Bundan dolayı icra memuru, kendiliğinden bir malı haczederken bu sorma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Ayrıca alacaklı da bu yönde icra memurundan talepte bulunarak harekete geçmesini sağlayabilir.

İcra memurunun, haczedilen malların sigortalı olup olmadığını sorması konusunda süre sınırına dair bir ibare madde metninden anlaşılmamaktadır. Madde metninde yer alan “*bir malın haczinde*” ve “*sigortalı mal haczedilirse*” ibarelerinden icra memurunun mal haczedilirken mallarını sigortalı olup olmadığını sorması gerektiği anlaşılıyor. Hacı gerçekleştirdikten sonra da icra memurunun bu haczedilen malların sigortalı olup olmadığını sorması mümkündür. Çünkü belli bir süre içinde malın sigortalı olduğunu sorar diye bir düzenleme mevcut değildir. Eğer böyle

bir düzenleme mevcut olsaydı dahi bu süre cebri icra organları için konulmuş süre olurdu ve hak düşürücü nitelikte olmazdı. Cebri icra organlarının süresinden sonra yapmış oldukları işlemler de geçerlidir⁴⁸. O halde icra memuru, haczedilen malın sigortalı olduğunu mal haczedilirken sorabileceği gibi daha sonra da sorabilir. Mal üzerindeki haciz kalkana⁴⁹, mal paraya çevrilip alıcısının mülkiyetine geçene⁵⁰ ve riziko gerçekleşip sigorta tazminatı borçluya ödenene kadar icra memuru malın sigortalı olup olmadığını sorabilir.

İcra memuru, haczedilen malın sigortalı olup olmadığını kendiliğinden veya alacaklının talebi üzerine borçludan sormazsa, alacaklı İİK m.16-18 hükümlerine göre icra mahkemesine şikâyette bulunabilir. İİK m.16'da dört tür şikâyet nedeni düzenlenmiştir. Bunlar, işlemin kanuna aykırı olması, hadiseye uygun olmaması, bir hakkın yerine getirilmemesi ve sebepsiz sürüncemede bırakılmasıdır. İcra memurunun, görevi dâhilinde olan bir işi yapmayı reddetmesi halinde, bir hakkın yerine getirilmemesi söz konusu olur⁵¹. Eğer icra memuru, alacaklının haczedilen malın sigortalı olup olmadığını sorması yönündeki talebini açıkça reddederse, bu durumda bir hakkın yerine getirilmemesi söz konusu olur. İcra memurunun, kendiliğinden veya alacaklının talebi üzerine yapmak zorunda bulunduğu bir işlemi, kanunda öngörülen veya uygun bir süre içinde, haklı bir neden olmaksızın yapmaması halinde, bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılması söz konusu olur⁵². Eğer icra memuru, mal haczedilirken malın sigortalı olup olmadığını sormazsa bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılması söz konusu olur. Bu durumda, bir hakkın yerine ge-

⁴⁸ **Kuru**, Baki (1988), İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul, Evrim, s. 130; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 70; **Aşık & Oruç & Tok & Saçar**, s. 75; **Pekcanitez & Atalay & Sungurtekin Özkan & Özekes**, s. 79.

⁴⁹ “Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar” (İİK m.110).

⁵⁰ Bu durumda sigorta edilen menfaat sahibi değişmiş olur. Soru-çuları için bakınız, III, D.

⁵¹ **Kuru**, Cilt 1, s. 90; **Pekcanitez**, Hakan & **Simil**, Cemil (2017), İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 101; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 56; **Üstündağ**, s. 48; **Aşık & Oruç & Tok & Saçar**, s. 62.

⁵² **Kuru**, Cilt 1, s. 90; **Pekcanitez & Simil**, s. 108; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 57; **Üstündağ**, s. 48; **Aşık & Oruç & Tok & Saçar**, s. 62.

⁴⁵ İİK m.80/1'e göre, “icra memuru haczi kendi yapabileceği gibi yardımcı veya kâtiplerinden birine de yaptırabilir”.

⁴⁶ İcra memurunun ve sigortacının sürekli bu durumu da kontrol etmesi mümkün değildir. Bundan dolayı TTK m.1457 hükmü getirilmiştir (**Kara**, s. 249).

⁴⁷ **Çeker**, s. 148; **Kara**, s. 248-249. Ayrıca bakınız, **Ulaş**, s. 177. Benzer yükümlülük iflasta iflas daire memurlarına da getirilmiştir (Bakınız İcra ve İflas Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname m.46/1-C).

tirilmemesinden farklı olarak icra memuru alacaklının talebini açıkça reddetmemekte, sadece haklı bir sebep olmaksızın zamanında veya işin gerektirdiği süre içinde gereğinin yerine getirilmesini savsaklamaktadır⁵³. İİK m.16/1'e göre şikâyet süresi kural olarak, icra memurunun işleminin öğrenilmesinden itibaren yedi gündür. Fakat İİK m.16/2'ye göre, “*bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir*”⁵⁴. Bundan başka, İİK'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, uygulamada kamu düzeni amacıyla konulmuş hükümlerin ihlali halinde icra memurunun bu işlemine karşı süresiz şikâyet yoluna gidileceği kabul edilmektedir⁵⁵. İİK m.16/2 hükmüne göre, icra memuru malın sigortalı olup olmadığını sormayı savsaklar veya sorma talebini reddederse, alacaklı süresiz şikâyet yoluna başvurabilir.

Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması nedenine dayanan şikâyetin icra mahkemesi tarafından kabulü halinde, yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan işlemin yapılması (malın sigortalı olup olmadığının sorulması) icra memuruna emredilir⁵⁶. İcra memuru, icra mahkemesinin kararına karşı direnemez, gereğini yerine getirmek zorundadır⁵⁷.

Gerek haciz sırasında gerekse daha sonra haczedilen malın sigortalı olup olmadığı kendisine sorulan borçlunun cevabına göre icra memurunun hareket tarzı şekillenecektir. Borçlunun malın sigortalı olduğunu beyan etmesinden sonra icra memurunun nasıl hareket etmesi gerektiği bir sonraki başlıkta ayrı olarak incelenecektir. Eğer gerçekten haczedilen

mal sigortalı değilse ve borçlu da sigortalı olmadığını beyan etmişse TTK m.1457'deki diğer aşamalara geçilmeyecektir.

Borçlu gerçekte mal sigortalı olmasına rağmen, sigortalı olmadığını beyan ederse, diğer bir ifadeyle gerçeğe aykırı beyanda bulunursa, borçlunun cezalandırılması mümkün müdür? TTK m.1457 hükmü borçluya gerçeği söyleme yükümlülüğü yüklemekte midir? İİK m.338/1'de “*Hakikata muhalif beyanda bulunanların cezası*” madde başlığıyla, “*bu Kanuna göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” düzenlemesi yer almaktadır. Örneğin borçlu, İİK m.74 ve devamı hükümlerine göre mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Eğer borçlu gerçeğe aykırı mal beyanında bulunursa İİK m.338/1'e göre bu durum suç teşkil eder ve hapisle cezalandırılır⁵⁸. İİK m.338/1'de “*bu Kanuna göre istenen beyanı*” ibaresi yer almaktadır. Bu kandan kastı İcra ve İflas Kanunu'dur. İİK m.338/1 hükmü suç ve suçun cezasına ilişkin bir düzenlemedir. TCK m.2/3'e göre; “*kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*”. TCK m.2/3 hükmü nedeniyle, “*bu Kanuna*” ibaresini geniş yorumlayıp TTK m.1457 hükmünü de İİK m.338/1 kapsamına almak mümkün görünmemektedir. Acaba borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğünün düzenlendiği İİK m.74 hükmündeki “*... borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını ... icra dairesine bildirmesidir*” cümlesi, borçlunun malın sigortalı olduğunu bildirmesini kapsar mı? Kanaatimizce malın sigortalı olması, malın nevi, mahiyeti veya vasfı değildir. Bundan dolayı İİK m.74 hükmü borçluya mal beyanında bulunurken malın sigortalı olduğunu belirtme yükümlülüğü getirmemektedir. Bundan dolayı borçlu, gerçekte mal sigortalı olmasına rağmen, sigortalı olmadığını beyan ederse, diğer bir ifadeyle gerçeğe aykırı beyanda bulunursa İİK m.338/1 kapsamında cezalandırılmaz. Kanaatimizce borçlunun gerçeğe uygun beyanda bulunmasını sağlamak için ya TTK m.1457'ye “*alacaklı, borçlunun verdiği cevabın aksini*

⁵³ Pekcanitez & Simil, s. 108.

⁵⁴ İcra memurunun kendisinden talep edilen işlem karşısında hareketsiz kalması, işlemi yapmaması daima yeni bir olay sayılır ve bu yeni olaya karşı süreye tabi olmaksızın şikâyet yoluna gidilebilir (Pekcanitez & Simil, s. 145; Kuru, Cilt 1, s. 94).

⁵⁵ Pekcanitez & Simil, s. 146. Kanaatimizce malın sigortalı olup olmadığının sorulmaması, kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.

⁵⁶ Pekcanitez & Simil, s. 401; Pekcanitez & Atalay & Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 72; Kuru, Cilt 1, s. 104; Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 61; Üstündağ, s. 54; Aşık & Oruç & Tok & Saçar, s. 70; Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayyavaz & Hanağası, s. 86. İcra mahkemesi bizzat o işlemi yapamaz (Pekcanitez & Simil, s. 401; Kuru, Cilt 1, s. 105; Pekcanitez & Atalay & Sungurtekin Özkan & Özekes, s. 72).

⁵⁷ Arslan & Yılmaz & Taşpınar Ayyavaz & Hanağası, s. 86.

⁵⁸ Kuru, Cilt 1, s. 609.

icra mahkemesinde ispat ederek borçlunun İcra ve İflas Kanununun 338 inci maddenin 1 inci fıkrası hükümüne göre cezalandırılmasını isteyebilir” hükmünün⁵⁹ yer aldığı bir fıkra eklenmelidir. Ya da İİK m.74’e “... borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yanında bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını” cümlesinin devamına “mal sigortalı ise hangi sigortacıdan sigortalattığını” ibaresi eklenmelidir.

2. İcra Müdürünün Malın Sigortalı Olduğunu Öğrendikten Sonraki Yükümlülüğü

Eğer borçlu malın sigortalı olduğunu söylese icra memuru, borçludan hacizli malın hangi sigortacı tarafından sigorta edildiğini sorar. Borçlunun bu konu hakkında da gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda yukarıda ifade ettiğimiz açıklamalar geçerlidir⁶⁰. Böylelikle icra memurunun, “sigorta tazminatının diğer bir bildirim kadar ancak icra müdürlüğüne ödenilmesiyle borçtan kurtulacağını sigortacıya ihtar etmesi” mümkün hale gelir⁶¹. İcra memurunun, borçluya sorma ve sigortacıya ihtar etme işlemlerini yapması için, TTK m.1457 hükmü dikkate alındığında alacaklının bir talepte bulunmasına gerek yoktur⁶².

TTK m.1457 düzenlemesinde açıkça yer almasa da, icra memuru gerek borçludan gerekse sigortacıdan sigorta poliçesini istemelidir. Bu sayede, hacizli mal hangi rizikolara karşı sigortalanmış, sigorta sü-

resi, sigorta priminin ödenip ödenmediği, sigorta değeri⁶³, sigorta bedeli⁶⁴ ve sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki eşitsizlik hallerinin mevcut olup olmadığı⁶⁵ anlaşılacaktır. Sigorta tazminatının ödenmesi konusunda sigortacı ile bir uyumsuzluk meydana geldiğinde, borçlu adına dava hakkının kullanıp kullanmaması (İİK m.120/2) alacaklının bu sigorta poliçesini incelemesiyle netleşecektir.

İcra memuru sigortacıdan sigorta poliçesini talep ettiğinde, sigortacı bu poliçeyi icra dairesine göndermekle yükümlüdür. Zira İİK m.357’ye göre; “icra dairesince kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yapmağa ve neticesini geciktirmeksizin icra dairesine bildirmeğe alakadarlar mecburdur”. Yine İİK m.367’ye göre; “icra veya iflas dairelerinin borçlunun mevcuduna dair istiyeceği bütün malümatı hakiki ve hükmi her şahıs derhal vermeğe ve talep halinde mevcudu bu dairelere teslim mecburdur”. Kanaatimizce bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde sigortacının kendisinden istenen sigorta poliçesini icra dairesine gönderme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Sigortacıya icra memuru tarafından yapılan, sigorta tazminatının diğer bir bildirim kadar ancak icra müdürlüğüne ödenmesi ihtarının hukuki niteliğine değinmek gerekir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere⁶⁶ sigortalı mal haczedildiğinde, rizikonun ger-

⁵⁹ Benzer bir düzenleme 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m.79/6’da yer almaktadır.

⁶⁰ Bakınız, III, B, 1, son paragraf.

⁶¹ Eğer müşterek sigorta varsa birden fazla sigortacıya ihtarda bulunulmalıdır. Sigorta konusu menfaatin, birden çok sigortacı tarafından aynı sigorta dönemini kapsar şekilde aynı rizikolara karşı sigorta edilmesi durumu müşterek sigortayı meydana getirir (Bozer, s. 79; Kara, s. 252; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 197; Arseven, s. 84; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 265; Kender, s. 317; Ulaş, s. 185; Ünan, Cilt 2, s. 190). Müşterek sigortadan bahsedebilmek için, sözleşmenin tarafı olan sigortacıların birlikte tehlikeyi taşıma konusunda iradelerinin bulunması gerekir (Ünan, Cilt 2, s. 190; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 266; Arseven, s. 84; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 197; Bozkurt, s. 181; Kender, s. 317). Ayrıca bakınız, TTK m.1467/1-a.

⁶² Ancak Yargıtay bir kararında aksi yönde karar vermiştir. “Bu ihbarın gönderilmesini isteme yükümlülüğü ise borçludan alacağı olan ve hakkında takip yapmış alacaklıların talebi üzerine icra müdürüne aittir. İcra müdürü de talep olmaksızın resen İİK’nın 89/1 ihtarnamesini gönderemez”, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 22.03.2022, E: 2021/9066, K: 2022/5516 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶³ Sigorta değeri, sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan menfaatin piyasada ölçülebilen gerçek değerini gösteren tutardır (Kara, s. 158; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 63; Özdamar & Doğan, s. 54; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 141, 255; Bozkurt, s. 38; Bozer, s. 72; Ulaş, s. 54; Ünan, Cilt 2, s. 115).

⁶⁴ Sigorta bedeli, sigorta değeri esas alınarak belirlenen ve sigorta poliçesinde gösterilen riziko(ların)un gerçekleşmesi halinde sigortacının sorumlu olduğu tazminatın azami tutarıdır (Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 63; Ulaş, s. 53; Özdamar & Doğan, s. 53-54; Yıldırım, s. 33-34; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 170; Kara, s. 159; Çeker, s. 66; Kender, s. 236, 307; Bozer, s. 36-37; Bozkurt, s. 36).

⁶⁵ Mal sigortalarında sözleşmenin kurulması anında sigorta bedeli ile sigorta değerinin eşit olması ideal olan dengedir (Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 86, 171; Kender, s. 307; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 141, 255; Kara, s. 158; Özdamar & Doğan, s. 54; Bozer, s. 54; Ulaş, s. 54). Bu durum TTK m.1460’da “sigorta değeri sigorta olunan menfaatin tam değeridir” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak sigorta bedeli ve sigorta değerinin eşit olması, baştan bilerek veya sonradan sigorta değerindeki değişiklikler sebebiyle bozulabilir. Böyle durumlarda sigortacının tazminat borcunun belirlenmesinde bazı ilkeler ve kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumlar eksik sigorta ve aşkın sigortadır (Özdamar & Doğan, s. 100; Bozer, s. 72).

⁶⁶ Bakınız, III, A.

çekleşmesi şartıyla sigorta tazminatı da haczedilmiş bulunmaktadır. Bundan dolayı icra memurunun sigortacıya yaptığı bildirim bir haciz işlemi değildir. Sadece sigorta tazminatının icra dairesine ödenmesini sağlayacak muhafaza tedbiridir⁶⁷. Muhafaza tedbirlerinin, aleniyeti sağlamak, üçüncü kişideki borçlunun alacağı borçluya ödenmesini önlemek⁶⁸ gibi amaçları vardır ve hacizde bir geçerlilik şartı değildir⁶⁹. İcra memurunun sigortalı malı haczettğine dair iradesini belirli şekillerde somutlaştırarak dış dünyaya yansıtmasıyla⁷⁰, hem mal hem de sigorta tazminatı haczedilmiş sayılır. Ancak haciz üçüncü şahıslar, örneğin sigortacı hakkında, kendilerine ihbarla hüküm ifade eder. Sigortacı kendisine haciz ihbar edilmeden, takip edilen alacaklısına sigorta tazminatını öderse iyi niyet sahibi oldukça ödemesi geçerlidir⁷¹.

İcra memuru, gerek malın sigortalı olup olmadığını, gerekse sigortalı ise hangi sigortacıdan sigortalatıldığını sormalı ve aldığı cevabı haciz tutanağına yazmalıdır⁷². İcra memuru, haciz herhangi bir sebeple kalktığında bunu sigortacıya ihtar etmekle de yükümlüdür⁷³. Zira TTK m.1457'de “*sigorta tazminatının diğer bir bildirimine kadar ancak icra müdürlüğüne ödenilmesiyle*” ibaresinden bu anlaşılmaktadır. Haciz çeşitli sebeplerle kalkabilir. Hacizli malın satılması, bir yıllık süre içinde istenmezse ve satış talebinde bulunulup bu talep geri alındıktan sonra yine süresi

içinde tekrardan satış talep edilmezse haciz kalkar (İİK m.110)⁷⁴.

C. MAL HACİZLİYKEN RİZİKO GERÇEKLEŞİRSE SİGORTA TAZMİNATI ÖDENMESİ

1. Genel Olarak

Mal haczedilmeden önce riziko gerçekleşirse, sigorta tazminatının kime ödenmesi gerektiği konusuna değinmek gerekir. Tam hasar halinde, sigorta sözleşmesi sona ereceği⁷⁵ ve mal da ortadan kalkacağı için malın haczi de söz konusu olmayacaktır, dolayısıyla TTK m.1457 uygulanmayacaktır. Bu durumda alacaklı, sigorta tazminatını borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi usulüne göre (İİK m.89) haczettirebilir. Kısmi hasar halinde ise, aksine sözleşme hükmü olmadığı sürece, sigorta sözleşmesi kalan kısım için devam eder⁷⁶. Bu durumda, eğer henüz sigorta tazminatı borçluya ödenmemişse, sigortalı malın haczi, hacizden önceki sigorta tazminatını kapsayacak mıdır? Hasara uğrayan hacizli malın yerine geçen kaim değerlerin kendiliğinden haczedilmiş sayılmayacağına yukarıda değinmiştik⁷⁷. Bu durumu genel kural kabul edersek TTK m.1457'yi istisna hükmü olarak anlamak gerekecektir. Yorum ilkelerinden istisnalar dar yorumlanır ilkesi, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerin öngörüldükleri süre ve olaylar dışındaki uygulanamayacağı ifade eder. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi, genel hüküm olmaları nedeniyle mümkün olduğunca geniş anlaşılması gereken kaideleri değiştirmelerinden (daraltmalarından) dolayı istisna hükümlerinin kapsamının genişletilmemesi gerektiği düşüncesine dayanır⁷⁸. Kanun koyucu TTK m.1457 hükmünü getirmedeki amacını ifade ederken “*hacizli malın zarar uğraması halinde sigorta tazminatının icra müdürlüğüne öden-*

⁶⁷ Yargıtay sigortacıya İİK m.89'a göre ihtarname gönderilmesi yönünde karar vermiştir. Bakınız, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 22.03.2022, E: 2021/9066, K: 2022/5516 (Kazancı İçtihat Bankası). Fakat kanaatimizce, sigortacıya yapılacak ihtar İİK m.89 anlamında bir haciz ihbarnamesi değildir.

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 18.01.2022, E: 2018/12-136, K: 2022/12 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁹ **Ansay**, s. 87-88; **Belgesay**, Mustafa Reşit (1948), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul, Duygu, s. 260; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 229. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T: 28.01.2014, E: 2013/36079, K: 2014/2087 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T: 12.05.2014, E: 11612, K: 14068 (Yargıtay Karar Arama). Muhafaza tedbirinin haciz konulma tarihine bir etkisi bulunmamaktadır. Bakınız, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T: 27.04.2016, E: 2015/34521, K: 2016/12455 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁰ **Postacıoğlu**, İlhan E. & **Altay**, Sümer (2010), İcra Hukuku Esasları, İstanbul, Vedat, s. 365-366.

⁷¹ **Ansay**, s. 88.

⁷² **Ansay**, s. 77.

⁷³ **Ansay**, s. 77.

⁷⁴ İİK'da düzenlenen diğer haczin kalkma hali, İİK m.65/5. Alacaklı, haciz yoluyla takibe başlayıp borçlunun mallarını haczettikten sonra, takip yoluna değiştirirse haciz kendiliğinden kalkar (**Kuru**, Cilt 1, s. 170, dipnot 6). İcra mahkemesi İİK m.71 uyarınca takibin iptaline karar verir ve bu karar kesinleşirse, mallar üzerindeki haciz kalkar (**Kuru**, Cilt 1, s. 454). Borçlu borcunu öderse haciz kalkar (**Ansay**, s. 77).

⁷⁵ **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 216.

⁷⁶ **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 216.

⁷⁷ Bakınız, III, A.

⁷⁸ **Güneş**, Ahmet M. (2020), Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, Bursa, Ekin, s. 125; **Gözler**, Kemal (2021), Hukuka Giriş, 18. Baskı, Bursa, Ekin, s. 339.

mesi öngörülmüştür⁷⁹” diyerek, mal haczedildikten sonra sigorta tazminatının haciz kapsamında olacağını kabul edilmesini amaçlamıştır. Bundan dolayı istisna hükmü olan ve mal haczedildikten sonra mal zarara uğrarsa sigorta tazminatının ayrıca hacze gerek olmaksızın, bu malla birlikte haczedilmiş olduğu yönündeki TTK m.1457’yi geniş yorumlayarak, malın haczinden önceki sigorta tazminatının da malla birlikte haczedilmiş olmasının kabulü mümkün görünmemektedir⁸⁰. Kısmi hasar durumunda da alacaklı, sigorta tazminatını borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi usulüne göre (İİK m.89) haczettirebilir.

Diğer değinilmesi gereken husus ise, sigortalı mal haczedilmeden ve henüz riziko gerçekleşmeden, riziko gerçekleşmesi durumunda borçluya ödenecek olan sigorta tazminatı haczedilebilir mi? Bunu yasaklayan bir düzenleme olmadığı için alacaklı, riziko gerçekleşeceği zaman sigortacının ödemesi gereken sigorta tazminatını, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi usulüne göre (İİK m.89) haczettirebilir. Kanaatimizce burada müstakbel bir alacağın haczi söz konusudur⁸¹. Borçlu ile onun borçlusu arasında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ileride doğması muhtemel bulunan alacaklara müstakbel alacaklar denir⁸². Müstakbel bir alaktan bahsedebilmek için, bir hukuki münasebetin mevcut olması, bu hukuki münasebetten doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun belli olması yeterlidir, alacağın miktarının belli olması veya böyle bir alacağın doğmama ihtimalinin bulunması önemli değildir. İşçiler ve memurların işveren nezdindeki işleyecek ücret alacakları, kiralayanın kiracıdan olan işleyecek kira alacağı, müstakbel alacaklara örnek olarak gösterilebilir⁸³. Dolayısıyla, sigorta tazminatı mev-

cut bir sigorta sözleşmesi ilişkisine dayanmaktadır. Bundan dolayı sigortalı mal haczedilmeden, sigorta tazminatının haczedilmesi mümkündür.

Mal haczedildikten sonra riziko gerçekleşirse, sigorta tazminatının kime ödenmesi gerektiği konusunu iki farklı durumu göz önünde bulundurarak incelemek gerekir. İlk önce mal üzerinde sınırlı ayni hak sahibinin bulunmadığı hallerde sigorta tazminatının ödenmesi, daha sonra ise mal üzerinde sınırlı ayni hak sahibinin bulunduğu hallerde sigorta tazminatının ödenmesi incelenecektir.

2. Mal Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibinin Bulunmadığı Hallerde

Hacizli mal üzerinde sınırlı bir ayni hak yoksa veya hacizden sonra sınırlı ayni hak tesis edilmişse⁸⁴, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatının icra dairesine ödenmesi gerekir. Böyle bir sonucun gerçekleşmesi için, TTK m.1457 cümle 2 yarım cümle 2’ye göre; icra memurunun “... sigorta tazminatının diğer bir bildirimine kadar ancak icra müdürlüğüne ödenilmesiyle borçtan kurtulacağını sigortacıya ihtar” etmesi gerekir. Bu durumda, sigortacı sigorta tazminatını icra dairesine ödemelidir ve TTK m.1457 cümle 1’e göre; “... sigortacı, ... borcundan kurtulur”. Diğer bir ifadeyle, sigortacının icra veznesine yaptığı ödeme, kendisinin sigortalıya karşı da olan borcundan kurtarır⁸⁵. Eğer sigortacı, kendisine zamanında bildirilmesine rağmen, sigorta tazminatını borçlu sigortalıya öderse, ona karşı olan borcundan kurtulur. Ancak haciz sahibi alacaklıya olan borcundan sadece icra veznesine ödeme yaparak kurtulacağından⁸⁶, sigorta tazminatını tekrar ödeme yapmak zorunda kalacaktır⁸⁷.

Malın haczedilmiş olduğu ve ödemeyi icra müdürlüğüne yapması gerektiği kendisine zamanında bildirilmemiş olan bir sigortacı, sigorta tazminatını

⁷⁹ TTK m.1457 madde gerekçesi.

⁸⁰ Benzer yönde bakınız, **Ünan**, Cilt 2, s. 75.

⁸¹ Doktrinde, sigorta sözleşmesinden doğan bir alacağın “müstakbel” alacak olarak nitelendirilebildiği dönemin, taşıma sigortalarında sigorta sözleşmesinin dahi daha yapılmadığı, diğer sigortalar bakımından ise sözleşmenin yapılmasına rağmen henüz ilk pirimin ödenmediği ana denk geldiği yönünde görüş vardır. Bakınız, **Yeşilova Aras**, Ecehan (2021), ‘Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato’, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 8, s. 680.

⁸² **Kuru**, Cilt 1, s. 757-758.

⁸³ **Kuru**, Cilt 1, s. 758; **Pekcanitez & Atalay & Sungurtekin Özkan & Özekes**, s. 184; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 232; **Üstündağ**, s. 196; **Aşık & Oruç & Tok & Saçar**, s. 160.

⁸⁴ Hacizli mal üzerinde hacizden sonra ayni hak kazanan kişiler (yeni hak sahipleri; mesela yeni malik, yeni ipotek alacaklısı), haciz alacaklısının hacizli malın bedeli üzerindeki hakkından sonra gelirler (**Kuru**, Cilt 1, s. 658).

⁸⁵ **Ünan**, Cilt 2, s. 73.

⁸⁶ **Ünan**, Cilt 2, s. 73.

⁸⁷ “Şayet, bu ihtarnameye rağmen borcun borçluya veya onun göstereceği başka bir kişiye ödenmiş olması halinde üçüncü kişi borçtan kurtulmuş olmaz”, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 22.03.2022, E: 2021/9066, K: 2022/5516 (Kazancı İçtihat Bankası).

icra müdürlüğü yerine sigortalıya öderse, borcundan kurtulur⁸⁸. Fakat sigortacının, uyuşmazlık halinde kendisine veya acentesi gibi böyle bir ihbarı kabule yetkili temsilcisine bildirim zamanında yapılmamış olduğunu ispatlaması gerekir⁸⁹. Eğer sigortacının kendi iç işleyiş düzeninde bir aksaklık nedeniyle ödemeyi yapacak birime gereken bilginin geç ulaşması, sigortacının dayanabileceği bir mazeret olarak ileri sürülemez⁹⁰.

Kendisine malın haczedildiği bildirilmeyen, fakat hacizden bir şekilde haberdar olan sigortacının, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatını icra veznesine ödeme zorunluluğu konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre sigorta şirketinin sorumluluğu, kendisine malın hacizli olduğunun ve borcun icra dairesine ödenmesinin ihbar edilmesi ile başlar⁹¹. Diğer bir görüş ise, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatını icra veznesine ödeme zorunluluğunu doğurup doğurmadığı sorusuna kanunun ruhunun olumlu yanıt verilmesi gerektiği yönündedir⁹². Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere⁹³ icra memurunun sigortalı malı haczettiğine dair iradesini belirli şekillerde somutlaştırarak dış dünyaya yansıtmasıyla, hem mal hem de sigorta tazminatı haczedilmiş sayılır. TTK m.1457'ye göre yapılacak bildirim kurucu değil açıklayıcı bir işlemdir. Yani sigorta tazminatının da haczedildiği sigortacıya bildirilir. Yoksa sigorta tazminatı o bildirim ile haczedilmiş olmaz. Sigortacıya yapılan bildirim, muhafaza tedbiridir ve iyiniyeti önleyici etkiye sahiptir. Sigortacının, sigorta tazminatını borçluya öderken iyiniyetli olduğu, diğer bir deyişle malın hacizli olduğunu bilmediği, iddiasını önlemek amaçlıdır. Bundan dolayı, kendisine bildirim yapılmamış olmasına rağmen, bir şekilde hacizden haberdar olan sigortacının borçluya ödeme yaparken iyiniyetinden bahsedilemez. Mutlaka icra dairesine ödeme yapılması gerekir.

Birden fazla alacaklı, sigortalı malı haczederse, bu durumda hacze iştirak (İİK m.100) ve sıra cetveline (İİK m.140) ilişkin hükümler gündeme gelecektir. İİK m.100'e göre, "ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar" diğer alacaklılar aynı maddede düzenlenen şartların gerçekleşmesi şartıyla hacze iştirak edebilirler. Burada hacze iştirakin diğer şartlarına⁹⁴ değinilmeyecek olup, göstereceği özellikten dolayı sadece zaman şartı üzerinde durulacaktır. TTK m.1457'nin açık hükmü nedeniyle, sigortalı mal üzerine konulmuş hacizler, sigorta tazminatı olan malın yerine geçen değer üzerinde devam eder⁹⁵. Sigortalı mal haczedildiğinde, sigorta tazminatı da haczedilmiş olur, ayrıca bir hacze gerek yoktur. Bundan dolayı, hacze iştirak için önemli olan ilk haczin tespitini sigortalı malın haczedilme tarihini⁹⁶ dikkate alarak yapmak gerekir. Yoksa muhafaza tedbiri olan ve sigortacıya gönderilen ihtar tarihini dikkate almamak gerekir⁹⁷. Örneğin sigortalı mala ilk haciz koyan icra dairesi, malın sigortalı olduğunu daha sonra öğrenmiş ve sigortacıya ihtarname, ikinci sırada malı haczetmiş alacaklı için gönderilen ihtarnameden daha sonra gönderilmiş olsa dahi, ilk haciz sigortalı malın haczedilme tarihine göre belirlenir. İlk haczi bu şekilde tespit ettikten sonra, hacze iştirak edebilecek diğer alacaklıların ne zamana kadar hacze iştirak edebileceklerine bakmak gerekir. İİK m.100'e göre, "ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar" diğer alacaklılar hacze iştirak edebilirler. Öyleyse bu hükmü sigortalı mal açısından mal tamamen hasara uğrayıp sigorta tazminatı icra veznesine girinceye kadar anlamak gere-

⁸⁸ Can, s. 73.

⁸⁹ Can, s. 73.

⁹⁰ Can, s. 73.

⁹¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 22.03.2022, E: 2021/9066, K: 2022/5516 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹² Ünan, Cilt 2, s. 74.

⁹³ Bakınız, III, B, 2.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız, **Yılmaz**, Ejder (1973), 'Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 30, s. 279 vd.; **Kuru**, Cilt 1, s. 845 vd.; **Atalı & Ermenek & Erdoğan**, s. 245 vd.; **Üstündağ**, s. 229 vd.; **Postacıoğlu**, s. 430 vd.

⁹⁵ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T: 19.04.2012, E: 418, K: 2958 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶ Sigortalı malın haczinde de ilk haczi tespit etmek için, ilk önce verilen haciz kararını değil, ilk önce uygulanan haczi dikkate almak gerekir (**Yılmaz**, s. 281; **Kuru**, Cilt 1, s. 846; **Üstündağ**, s. 229, dipnot 726; **Postacıoğlu**, s. 429).

⁹⁷ Örneğin Yargıtay'a göre, muhafaza tedbiri olan ve taşınmaz haczinde gündeme gelen haciz kararının tapuya şerh edilmesinin haciz konulma tarihine bir etkisi bulunmamaktadır. "Haciz kararının tapuya şerh edilmesi ise muhafaza tedbiri niteliğinde olup, haciz konulma tarihine bir etkisi bulunmamaktadır", Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T: 27.04.2016, E: 2015/34521, K: 2016/12455 (Kazancı İçtihat Bankası).

kir. Sigorta tazminatı icra veznesine girdikten sonra hacze iştirak artık mümkün değildir. Bu alacaklılar sadece evvelki dereceden artacak bedeller için hacze iştirak edebilirler (İİK m.100/3).

İİK m.140'a göre, "satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemiye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar". Sigortalı mal açısından ise, sigorta tazminatı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetiyorsa, sıra cetveline gerek olmadan tüm alacaklıların alacağı ödenir⁹⁸. Fakat sigorta tazminatı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse sıra cetveli yapılması gerekir. Sıra cetvelini hangi icra dairesinin yapacağı konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur. Yargıtay'a göre, sıra cetvelini ilk haczi koyan icra dairesi yapmalıdır⁹⁹. Sigortacı, birden fazla alacaklı tarafından haciz yapılmışsa, sigorta tazminatını hangi icra dairesine ödemelidir? İlk haczi koyan ve sigorta tazminatının ödenmesi için yapılması gereken işlemleri yapan icra dairesi aynı ise, sigortacı sigorta tazminatını bu icra dairesine öder. Diğer icra dairelerine ise, sigorta tazminatını bu icra dairesine ödemediğini bildirmelidir. Eğer sigorta tazminatının ödenmesi için yapılması gereken işlemleri ilk yapan icra dairesi, ilk haczi koyan icra dairesi değilse, kanaatimizce bu durumda da sigortacı sigorta tazminatını (haczin kaldırılmadığını öğrendikten sonra) ilk haczi koyan icra dairesine ödemeli ve diğer icra dairelerine de sigorta tazminatını ilk haczi koyan icra dairesine ödemediğini bildirmelidir.

3. Mal Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibinin Bulunduğu Hallerde

TTK m.1457'de olduğu gibi, TTK m.1456/1'de de sigortalı malın hasara uğraması durumunda sigortalıya ödenecek tazminat üzerinde sınırlı ayni hak sahiplerinin hakkının devam edeceği düzenlenmiştir. Sigortalı malın malikinin menfaatini korumak üzere yapılan bir sigorta üzerine ödenecek sigorta tazminatı, sınırlı ayni hak sahibi bakımından

kaim değer oluşturur¹⁰⁰. Bu durumda, sınırlı ayni hak sahibinin hakkı artık sigorta tazminatı üzerinde devam eder¹⁰¹.

Sınırlı ayni hak sahibinin sigorta tazminatı üzerinde hakkı devam ettiği için, kural olarak "sigortacıya, mal üzerinde sınırlı ayni hak bulunduğu bildirildiği takdirde, ayni hak sahiplerinin izni bulunmadıkça, sigortacı sigorta tazminatını sigortalıya ödeyemez" (TTK m.1465/2, cümle 1; TMK m.879/1). Bu hükme aykırı olarak sigortalıya ödemede bulunan "sigortacı, sınırlı ayni hak sahipleri ödemeye sonradan yazılı onay verdikleri takdirde, bunlara karşı sorumluluktan kurtulur" (TTK m.1456/3). Eğer sigortalı mal haczedilirse, bu hükümlerin haciz sahibi alacaklılar bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira sigortalı malı haczedilen alacaklıların da sigorta tazminatı üzerinde hakları, sınırlı ayni hak sahiplerinden sonra da gelse (İİK m.206) devam etmektedir. Kanaatimizce, sınırlı ayni hak sahipleri, sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesine izin vermişlerse, bu haklarından feragat etmiş sayılırlar¹⁰². Bundan dolayı sigorta tazminatının ödenmesinde TTK m.1457 hükümleri geçerli olmalıdır.

Sınırlı ayni haklardan ilk akla gelen rehinli alacaklı, alacağı muaccel hale gelmedikçe sigorta tazminatının kendisine verilmesini isteyemez. Alacağı muaccel olana kadar sigorta tazminatı üzerinde rehin hakkı devam eder. Sigorta tazminatı, tevdi mahalline yatırılır (TMK m.861/3)¹⁰³. Rehinde alacak, muaccel hale gelirse ve İİK m.145-153a arasında düzenlenen rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin hükümlere göre bu alacak için takip yapılmasına rağmen borç ödenmezse, sigorta tazminatı o zaman alacaklıya ödenir¹⁰⁴. Bilindiği üzere İİK m.45/1, cümle 1'e göre, "rehinle temin

¹⁰⁰ Ünan, Cilt 2, s. 46; Can, s. 65.

¹⁰¹ Can, s. 66; Kara, s. 247; Çeker, s. 147; Bozer, s. 66; Kender, s. 224; Dural, Mustafa (1981), Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 140.

¹⁰² Taşınırı rehin verene geri vermek, rehin hakkından vazgeçmek ya da feragat olarak kabul edilir (Mete, Cansu (2017), 'Taşınır Rehni', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: Özel, C: 19, s. 1467). Sigorta tazminatının da aynı şekilde malik sigortalıya ödenmesine rıza gösterirlerse, rehin hakkından vazgeçmiş ya da feragat etmiş sayılırlar.

¹⁰³ Arkan, Sabih (1988), 'İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Halinde Alacaklının Hukukî Durumu', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 14, s. 70.

¹⁰⁴ Arkan, s. 70.

⁹⁸ Meriç, Nedim (2015), Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara, Yetkin, s. 108.

⁹⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T: 27.12.2016, E: 31463, K: 26194 (Kazancı İçtihat Bankası). Doktrinde ilk önce satış talep edilen ve satış için hazırlık işlemleri yapan icra dairesinin sıra cetveli yapması gerektiği savunulmaktadır (Meriç, s. 109).

edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir". Bu hüküm, borçlunun ve özellikle diğer alacaklıların menfaatlerini koruyucu niteliktedir. Eğer önce rehne başvurma zorunluluğu olmasaydı, rehinli alacaklı, rehin korumasına rağmen borçlunun diğer mallarını haczettirebilecek, diğer alacaklıların haczine iştirak edebilecek ve bu malın satış bedelinden pay alacaktı. Dolayısıyla borçlunun diğer alacaklıları alacaklarına daha az oranda kavuşmuş olacaktı¹⁰⁵. Rehinli mal eğer rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişmeden önce hasara uğrarsa ve sigorta tazminatının tutarı da belirli olursa, bu durumda dahi ilk önce rehne başvuru zorunluluğu devam etmelidir. Bu durumda sigorta tazminatı belirli hale gelmişse, rehinli alacaklı, ancak rehinin tutarı, sigorta tazminatı borcu ödemeğe yetmezse kalan alacağın iflas veya haciz yoluyla takip edebilir (İİK m.45/1, cümle 2).

Üzerinde rehin bulunan ve sigortalı olan mal haczedilirse bu durumda nasıl bir yok izleneceği hakkında İİK m.140 ve 125 hükümlerine bakmak gerekir. İİK m.140'a göre icra dairesi, İİK m.206'daki sıraları dikkate alarak sıra cetveli yapacaktır. İİK m.206/1'e göre, "*alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır*". Diğer bir ifadeyle, satılan malın bedelinden ilk önce rehinli alacaklının alacağı ödenecektir. Artan bir miktar kalırsa, rehinle teminat altına alınmamış hacizli alacaklıların alacağı ödenecektir. Konumuz açısından ifade edersek, sigorta tazminatından ilk önce rehinli alacaklı alacağını alacak, artan bir miktar kalırsa sigortalı malı haczetmiş alacaklılar alacaklarını alacaklardır¹⁰⁶. Ancak bu durumun söz konusu olabilmesi için, rehinle teminat altına alınmış olan alacağın muaccel olması gerekir¹⁰⁷.

Eğer rehinle teminat altına alınmış olan alacak müaccel ise, normal şartlarda, bu durum hacizli malın paraya çevrilmesinde söz konusu olan mükellefiyetler listesinde (İİK m.128) gösterilecektir (İİK m.125/1). Paraların paylaşılmasında pay ayrılmayacaktır. İhale alıcısı, satın aldığı malı rehinli olarak almış olacaktır¹⁰⁸. Rehinli mal hasara uğrayıp, rehinli alacaklının hakkı sigorta tazminatı üzerinde devam ederse, İİK m.125

ve 128 hükümlerinin uygulanmasında zorlukla karşılaşılacaktır. Bu durumda kanaatimizce sıra cetveli yapan icra memuru, muaccel olacağı andaki miktarı hesap ederek, sanki rehinle teminat altına alınmış alacak muaccelmiş gibi bu alacağa pay ayırmalı, eğer artan bir miktar olursa bunu sigortalı malı haczedenden alacaklılara ödemelidir. Rehinli alacaklıya ayrılan pay ise, hemen ödenmemeli icra memuru tarafından banka hesabına yatırılmalıdır veya icra kasasında saklanmalıdır. Bu durum da rehinli alacaklıya bildirilmelidir¹⁰⁹.

Diğer bir sınırlı aynı hak sahibi olan intifa hakkı sahibinin de sigorta tazminatı üzerinde hakkı devam eder (TMK m.798/2)¹¹⁰. Hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin intifa hakkı var ise, mal intifa hakkıyla yükümlü olarak satılır. Satılan mal üzerinde intifa hakkı devam eder (İİK m.125). Fakat hacizli mal hasara uğrarsa, sigorta tazminatı üzerinde intifa hakkı devam edecektir. Bu durumda sigorta tazminatı üzerindeki intifa hakkı, TMK m.820'ye göre alacaklar üzerinde intifa hakkı haline gelmektedir. Harap olan sigortalı ve hacizli olan mal üzerinde intifa hakkı sahibi, sigorta tazminat tutarından yararlanmaktadır. Bu tutar, alacak üzerindeki intifa hakkı hükümlerine göre onun getirisini edinme yetkisi vermektedir (TMK m.820/1)¹¹¹. Bu ihtimalde sigorta tazminatından hacizli alacaklılar doğrudan yararlanamayacaklardır. Zira TMK m.822/1'e göre, "*intifa hakkı sahibi, intifanın başlangıcını izleyen üç ay içinde, hakkın konusu olan alacağın ve kıymetli evrakın kendisine devrini isteyebilir*". "*İntifa hakkı sahibi, alacağın ve kıymetli evrakın devri sırasındaki değeri tutarında devredene karşı bunların bedelini ödeme borcu altına girer ve feragat edilmedikçe bu borç için ayrıca güvence göstermekle yükümlü olur*" (TMK m.822/2). Hacizli alacaklılar iki ihtimale göre hareket edebilirler, eğer intifa hakkı sahibi TMK m.822/1'e göre devir istememişse, intifa hakkıyla yükümlü sigorta tazminatının paraya çevrilmesini talep edeceklerdir (İİK m.106/1). Eğer intifa hakkı sahibi TMK m.822'ye göre devir talep etmişse, hacizli alacaklı İİK m.120/1'e

¹⁰⁹ Meriç, s. 79.

¹¹⁰ Canarslan, Gökçe (2016), İntifa Hakkının Sona Ermesi, Ankara, Seçkin, s. 33. Oturma hakkı veya geçit hakkı gibi sigorta tazminatı üzerinde devam etmesi mümkün olmayan sınırlı aynı hak sahiplerinin de bu hükümden yararlanabilmelerinin mümkün olup olmayacağı konusundaki tartışmalar için bakınız, Ünán, Cilt 2, s. 46-47; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 248.

¹¹¹ Canarslan, s. 83.

¹⁰⁵ Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 452-453.

¹⁰⁶ Detaylı bilgi için bakınız, Meriç, s. 118.

¹⁰⁷ Meriç, s. 118.

¹⁰⁸ Meriç, s. 117.

göre, sigorta tazminatının ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devrini talep edebilirler. Bu halde alacaklılar, alacakları nispetinde borçlunun haklarına halef olurlar. Alacağı devralan alacaklı, intifa hakkı sona erince, hakkın konusu olan malı malike geri vermekle yükümlü olan intifa hak sahibinden sigorta tazminatını alacaktır (TMK m.799).

4. Malın Tamiri veya Eski Haline Getirilmesi Sigorta Tazminatı ve Aynen Tazmin Durumlarının Değerlendirilmesi

TTK m.1456/2, cümle 3'e göre, "sigortalı menfaate konu malın tamiri veya eski hâline getirilmesi amacıyla ve teminat gösterilmesi şartıyla, tazminat sigortalıya ödenebilir"¹¹². Bu düzenleme TTK m.1457'de mevcut değildir¹¹³. Dolayısıyla TTK m.1456/2, cümle 3 hükmünün, sigortalı mal haczedildiğinde de uygulanması mümkün değildir¹¹⁴. Sigorta tazminatı yine icra dairesine ödenmelidir. Ancak kanaatimizce icra memuru, eğer hacizli mal tamir edildiğinde daha fazla bedelle satılacağını düşünüyorsa, bu sigorta tazminatıyla malın tamirini veya eski haline getirilmesini sağlamalıdır (karşılaştırınız İİK m.92/3).

Uygulamada pek karşılaşılmaya da aynen zararın giderilmesi, doğrudan doğruya yeni mal teslimiyle olabilir¹¹⁵. Aynen tazmin durumunda TTK m.1457'nin uygulanamayacağı ifade edilmektedir¹¹⁶. Kanaatimizce de TTK m.1457'nin burada uygulanması mümkün değildir. Burada da bir surrogat hali mümkündür fakat yukarıda da ifade ettiğimiz gibi¹¹⁷, surrogatın da haczedilmiş sayılabilmesi için borçlunun herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın icra dairesinin zilyetliğine girmesi gerekir. Böyle bir durumda alacaklının talebi üzerine icra memuru, sigortacıya sigorta ettirene teslim edilecek malın haczedildiğine dair İİK m.89'a göre haciz ihbarnamesi göndermelidir. Sigortacının, sigorta ettiren borçluya teslim edeceği mal, borçlunun üçüncü kişideki malı statüsündedir.

D. RİZİKO GERÇEKLEŞMEDEN HACZEDİLEN SİGORTALI MAL PARAYA ÇEVİRİLİRSE

Sigortalı hacizli mal, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilirse, mülkiyeti ihale alıcısına geçecektir (İİK m.118, 134). Mülkiyet ihale alıcısına geçtiği zaman, sigorta edilen menfaatin sahibi değişmiş olacaktır. Bu durumda kural olarak, sigorta sözleşmesi sona erecektir (TTK m.1470)¹¹⁸. Ancak taraflar, sözleşmeye koyacakları bir düzenleme ile menfaatin sahibi değişse dahi sözleşmenin devam edeceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda menfaatin sahibi değişince sözleşme de yeni menfaat sahibine devrolmuş sayılır¹¹⁹. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinden doğan haklar ve bu bağlamda sigorta tazminatını talep hakkı sigorta ettirende değil, sigorta edilen menfaatin yeni sahibine geçer¹²⁰.

Sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçları karışıklığa yol açabilir endişesi ile uygulamada çoğunlukla menfaat sahibinin değişmesi durumunda, sözleşme sona ermektedir¹²¹. Sigorta sözleşmesi sona erdiği için sigorta edilen menfaatin devreden sahibinin ödemiş olduğu primlerin ne olacağı TTK m.1419 hükmü dikkate alınarak cevaplanabilir. Buna göre; "sigorta sözleşmesi sona erdiği takdirde, Kanunda aksi öngörülmemişse, işlemeyen günlere ait ödenmiş primler sigorta ettirene geri verilir".

Alacaklı bu durumda, sigortacının sigortalıya ödemesi gereken prim iadesine haciz koydurabilir. Bu haciz borçlunun üçüncü kişideki alacaklarının haczi hükümlerine göre yapılır (İİK m.89).

E. SİGORTA TAZMİNATININ ÖDENMESİ KONUSUNDA UYUŞMAZLIK ÇIKMASI HALİNDE HACİZLİ ALACAKLININ DAVA HAKKI

Sigortacı, tazminat ödeme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürerse veya ödeme yapmaktan kaçınırsa, sigortalı malı haczedilen alacaklının ne

¹¹² Bakınız, II, B.

¹¹³ TTK m.1456/2'deki çözümün haciz halinde geçerli sayılmamasının tutarlı olmayacağına dair, Ünán, Cilt 2, s. 74.

¹¹⁴ Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 251.

¹¹⁵ Bakınız, II, B.

¹¹⁶ Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 250.

¹¹⁷ Bakınız, II, A.

¹¹⁸ Kender, s. 223; Özdamar & Doğan, s. 97; Kara, s. 226; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 152; Çeker, s. 125; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 272; Bozkurt, s. 197; Ulaş, s. 122; Ünán, Cilt 2, s. 214.

¹¹⁹ Çeker, s. 125; Özdamar & Doğan, s. 97-98; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 152, 274; Ulaş, s. 122.

¹²⁰ Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 152, 274; Ulaş, s. 211.

¹²¹ Özdamar & Doğan, s. 98.

gibi hakları söz konusudur? TTK'da açık bir düzenleme yoktur, fakat İİK m.120/2 hükmü, sigorta ettirenin sigortacıya karşı dava hakkının kullanılmasının devrini düzenlemektedir¹²². İİK m.120/2 hükmüne göre, hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakati ile¹²³ “*hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağına tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını ... üzerlerine alabilirler*”.

Bu imkânı kullanarak alacağı tahsil için devralan hacizli alacaklının alacağı ödenmiş sayılmaz ve dolayısıyla borçlunun haklarına halef olmaz, sadece borçluyu temsil etme yetkisini kazanarak borçlu adına alacak için sigortacıya karşı icra takibi yapar veya dava açar¹²⁴. Devralan alacaklının borçludan olana alacağı, borçlunun alacaklıya devrolunan alacağının tahsil edilip bundan devralan alacaklının alacağının ödenmesine kadar mevcut olmakta devam eder¹²⁵. İcra dairesi, alacağı tahsil için devralan alacaklıya, alacağın tahsili için gerekli işlemleri yapmaya yetkili olduğu hakkında bir belge verir. Alacaklı, bu belge ile sigortacıya karşı icra takibi yapabilir veya dava açabilir¹²⁶.

Alacağın tahsili için alacaklının yaptığı bütün giderler, özellikle takip ve dava giderleri kendisine aittir. Fakat bu giderler, tahsil edilen paradan ilk önce ödenir. Aynı zamanda tahsil edilen para, ilk önce alacağı tahsil için devralan alacaklının (veya alacaklıların) alacağının ödenmesine karşılık tu-

tulur (İİK m.120/3)¹²⁷. Bundan sonra, geriye para artarsa, o da diğer alacaklılara ödenir. Ondan sonra da geriye para artarsa, bu para takip borçlusuna verilir¹²⁸.

Alacağı tahsil için devralan haciz alacaklının sigortacıya karşı yaptığı takip veya açtığı dava aleyhine sonuçlanırsa, yapmış olduğu takip veya dava giderlerine alacaklının kendisi katlanır¹²⁹.

F. SİGORTA ETTİRENİN BORÇ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN DURUMU

1. Sigorta Ettirenin Sigorta Primi Ödeme Borcu

Sigorta primi, sigorta edilen rizikonun gerçekleşmesi durumunda ödenecek olan sigorta tazminatı veya bedelini karşılamak üzere sigortalıdan alınan paradır¹³⁰. Primin ödenme zamanı bakımından TTK m.1430-1434 hükümleri arasında ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu hükümlere göre “*aksine sözleşme yoksa sigorta primi peşin ödenir*” (TTK m.1430/1).

Sigorta priminin zamanında ödenmemesinin önemli sonuçları vardır. En önemli sonucu prim ödenmedikçe sigortacının rizikoya ilişkin sorumluluğu başlamaz. Bunun sonucu olarak, henüz prim ödenmeden riziko gerçekleşirse meydana gelen zarardan sigortacı sorumlu tutulamaz¹³¹. Sınırlı aynı hak sahibi bulunması durumunda uygulama bulan TTK m.1456/4'te “*sigortacı, sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düştüğünü ve prim farkı istemi dolayısıyla sigorta ettirene ihtarda bulunduğunu, aynı hakkını kendisine bildirmiş olan ve kendisi tarafından bilinen aynı hak sahiplerine de bildirir*” hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce benzer

¹²² Haciz uygulanan alacaklıya, sigortacıya karşı dava açma hakkı tanımak uygun olur (Ünan, Cilt 2, s. 75).

¹²³ Kuru, Baki (1990), İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 2, 3. Baskı, İstanbul, Evrim, s. 1223; Bulut, Uğur (2013), İcra Hukukunda Ödeme Yeri-ne Alacakların Devri, Ankara, Adalet, s. 223; Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 312; Üstündağ, s. 246.

¹²⁴ Kuru, Cilt 2, s. 1224; Postacıoğlu, s. 450. İİK alacaklılara, m.89 ve m.120'de üçüncü kişilerdeki alacakların haczinde farklı imkânlar tanımlanmıştır. Alacaklının, İİK m.89'a göre gönderilen ihbarname-ye üçüncü kişinin itiraz etmesi durumunda bu iki imkânı seçme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir (Kuru, Cilt 1, s. 741). Fakat doktrinde, üçüncü kişi alacağı inkâr ya da miktarına itiraz ederse, sadece İİK m.120'nin uygulanması gerektiği, zira bu durumda alacak ihtilafı hale geleceği belirtilmektedir (İyilikli, Ahmet Cahit (2011), Haciz İhbarnameleri, Ankara, Yetkin, s. 310).

¹²⁵ Kuru, Cilt 2, s. 1225; Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 312; Posta-cıoğlu, s. 450.

¹²⁶ Kuru, Cilt 2, s. 1225; Bulut, s. 224.

¹²⁷ Rehin hakkı sahibinin bu durumda da sigorta tazminatından öncelikle tatmin edileceğine dair, Bulut, s. 262; Meriç, s. 122.

¹²⁸ Kuru, Cilt 2, s. 1225; Bulut, s. 263; Meriç, s. 122; Atalı & Ermenek & Erdoğan, s. 312.

¹²⁹ Kuru, Cilt 2, s. 1224.

¹³⁰ Ayli, Ali (2003), Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu, İstanbul, Vedat, s. 3; Kayıhan, Prim Ödeme Borcu, s. 64; Kender, s. 235; Arseven, s. 95; Çeker, s. 66-67; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 143, 168; Kara, s. 202; Bozer, s. 94; Ulaş, s. 56; Ünan, Cilt 1, s. 317.

¹³¹ Çeker, s. 107; Kender, s. 244-245; Ulaş, s. 81, 85. Diğer önemli sonuçları olan cayma hakkı ve fesih hakkının kullanılması ise TTK m.1434'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

bir hükmün TTK m.1457’de de bulunması yararlı olurdu. Bu sayede alacaklı, prim borcunu ödeyerek sigorta himayesinin devamını sağlayabilir¹³². Alacaklının ödeyeceği prim, hacizli malın idare ve işletme masraflarından sayılarak, sigorta tazminatından öncelikle alınabilmelidir¹³³.

2. Sigorta Ettirenin Diğer Yükümlülükleri

Sigorta ettirenin, beyan (TTK m.1435), rizi-konun gerçekleştiğini bildirme (TTK m.1446) bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme (TTK m.1447), zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma (TTK m.1448) ve zarar gören mal ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapmama (TTK m.1471) gibi yükümlülükleri vardır¹³⁴. Sigorta ettirenin yükümlülüklerin sigortalı mal haczedildiğinde nasıl gelişeceğine değinmek gerekir. Bunun için haczedilen sigortalı malın kimin elinde bırakıldığını tespit etmek gerekir. Eğer haczedilen mal altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler ise icra dairesi bunları muhafaza eder (İİK m.88/1). Alacaklı muvafakat ederse, bunlar haricindeki taşınır mallar borçluda bırakılabilir, eğer alacaklı muvafakat etmezse bu mallar muhafaza altına alınır (İİK m.88/2). Haczedilen ve muhafaza altına alınan mallar, yediemin depolarında muhafaza edilir (İİK m.88/5). O halde, haczedilen mal borçluda bırakılırsa, borçlu sigorta ettirenin yükümlülükleri devam eder. Mal borçluya bırakıldığında kanaatimizce icra memuru, sigorta ettirenin yükümlülüklerine uygun davranması gerektiğini hatırlatmalı, uygun davranmadığı takdirde İİK m.331/1’de düzenlenen alacaklısını zarara sokmak kasdiyle mevcudunu eksilten borçluların cezası hükümlerine göre “altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile” cezalandırılabilceğini hatırlatmalıdır.

Eğer icra dairesinin kasasında mallar muhafaza edilirse, sigorta ettirenin yükümlülükleri icra dairesi tarafından da yerine getirilmelidir.

Haczedilen mal, yediemin depolarında muhafaza edilirse, sigorta ettirenin yükümlülükleri yediemin tarafından da yerine getirilmelidir. Hatta bunun da ötesinde yediemin, Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği m.30’a göre “muhafaza altına alınan mallar için; Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Yangın Sigortası Genel Şartları ile Hırsızlık Sigortası Genel Şartları çerçevesinde yangın, duman, yıldırım, infilak, deprem, grev, lokavt, karışıklık, halk hareketleri, kötü niyetli hareketler ve terör, sel-su baskını, fırtına, kar ağırlığı, yer kayması, kara-deniz-hava taşıtları çarpması ile emniyeti suistimal ve hırsızlık rizikolarına karşı sigorta yaptırmak zorundadır”.

TTK m.1467/1’e göre kural olarak, “değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı rizikolara karşı, aynı süreler için sigorta ettirilemez”, ancak buna rağmen ettirilirse çifte sigorta meydana gelir¹³⁵. Çifte sigorta durumunda kural olarak ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz olacaktır¹³⁶. Birden fazla yapılan sigorta sözleşmelerinde farklı rizikolara karşı himaye sağlanmış ise, çifte sigortadan söz edilemez¹³⁷. Örneğin hırsızlık, yangın veya su basması gibi rizikolar farklı rizikolardır ve bu rizikolar için ayrı ayrı sigorta yapılması çifte sigorta değildir.

Burada ayrıca sigorta olunan menfaat, diğer bir deyişle aynı menfaat kavramına değinmek gerekir. Aktif sigortanın konusu olan menfaat, bir malvarlığı değerine malik olmak, onu kullanmak veya işletmek sebebiyle oluşan, para ile ifade edilebilir ekonomik bir değer ilişkisidir. Bundan dolayı, örneğin malik menfaati ile malvarlığını kiracı olarak kullanan veya malın muhafazasından dolayı malike karşı sorumlu olan kişilerin menfaati aynı menfaat değildir¹³⁸. Dolayısıyla yediemin mal üzerindeki kendi menfaatlerini, malikin menfaatinden bağımsız olarak, mal sigortası ile teminat altına alabilirler. Bu durumda

¹³² Prim borcunu, sigorta ettiren değil, aksine bir başkası öderse, sigortacı bunu kabule mecburdur (Kayhan, Prim Ödeme Borcu, s. 147; Ayli, s. 53; Kender, s. 244; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 147, 169).

¹³³ İdare ve işletme masraflarının önceliği hakkında bakınız, Meriç, s. 37 vd.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 176-191; Kara, s. 209-219; Kender, s. 253-287; Bozer, s. 85-94.

¹³⁵ Arseven, s. 82-83; Kara, s. 252; Yazıcıoğlu & Şeker Öğüz, s. 198; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 269; Bozer, s. 81; Ulaş, s. 190; Ünan, Cilt 2, s. 199.

¹³⁶ Arseven, s. 83; Yazıcıoğlu & Şeker Öğüz, s. 199; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 270; Ulaş, s. 190; Ünan, Cilt 2, s. 200.

¹³⁷ Bozkurt, s. 179; Yazıcıoğlu & Şeker Öğüz, s. 198; Ünan, Cilt 2, s. 206.

¹³⁸ Arkan, s. 64; Ünan, Cilt 2, s. 206; Yazıcıoğlu & Şeker Öğüz, s. 198; Bozkurt, s. 179; Bozer, s. 34, 78.

aşkın sigorta hükümlerinin¹³⁹ uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁰.

IV. SONUÇ

Sigortalı malın haczedilmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği TTK m.1457'de düzenlenmiştir. Düzenleme ile sigorta tazminatının, haciz konusu sigortalı mal bakımından “kaim değer” diğer bir deyişle “surrogat” oluşturması kabul edilmektedir. Bu sayede, bir mal üzerine haciz koyduran alacaklı, hacze konu sigortalı mal için ödenecek sigorta tazminatı üzerinde de hak sahibi olacaktır.

TTK m.1457, cümle 2'ye göre, “bir malın haczinde, icra memuru, borçludan söz konusu malların sigortalı olup olmadığını” sormakla yükümlüdür. Madde metninde, icra memurunun haczedilen malların sigortalı olup olmadığını borçludan sorması için, alacaklının bir talepte bulunması gerektiği yönünde düzenleme yoktur. Bundan dolayı icra memuru, kendiliğinden bir malı haczederken bu sorma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Borçlu gerçekte mal sigortalı olmasına rağmen, sigortalı olmadığını beyan ederse, diğer bir ifadeyle gerçeğe aykırı beyanda bulunursa, borçlunun cezalandırılması mümkün müdür? Kanaatimizce borçlunun gerçeğe uygun beyanda bulunmasını sağlamak için ya TTK m.1457'ye “alacaklı, borçlunun verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek borçlunun İcra ve İflas Kanununun 338 inci maddenin 1 inci fıkrası

hükmüne göre cezalandırılmasını isteyebilir” hükmünün yer aldığı bir fıkra eklenmelidir. Ya da İİK m.74'e “... borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarında borcuna yetecek miktarın nevi ve mahiyet ve vasıflarını” cümlesinin devamına “mal sigortalı ise hangi sigortacıdan sigortalattığını” ibaresi eklenmelidir.

Mal haczedilmeden önce riziko gerçekleşirse, sigorta tazminatının kime ödenmesi gerektiği konusuna değinmek gerekir. Tam hasar halinde, sigorta sözleşmesi sona ereceği ve mal da ortadan kalkacağı için malın haczi de söz konusu olmayacaktır, dolayısıyla TTK m.1457 uygulanmayacaktır. Bu durumda alacaklı, sigorta tazminatını borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi usulüne göre (İİK m.89) haczettirebilir.

Hacizli mal üzerinde sınırlı bir aynı hak yoksa veya hacizden sonra sınırlı aynı hak tesis edilmişse, riziko gerçekleştiğinde sigorta tazminatının icra dairesine ödenmesi gerekir. Birden fazla alacaklı, sigortalı malı haczederse, bu durumda hacze iştirak (İİK m.100) ve sıra cetveline (İİK m.140) ilişkin hükümler gündeme gelecektir. Üzerinde rehin bulunan ve sigortalı olan mal haczedilirse bu durumda nasıl bir yok izleneceği hakkında İİK m.140 ve 125 hükümlerine bakmak gerekir. İİK m.140'a göre icra dairesi, İİK m.206'daki sıraları dikkate alarak sıra cetveli yapacaktır. İİK m.206/1'e göre, “alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır”. Diğer bir ifadeyle, satılan malın bedelinin ilk önce rehinli alacaklının alacağı ödenecektir.

Sigortacı, tazminat ödeme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürerse veya ödeme yapmaktan kaçınırsa, sigortalı malı haczeden alacaklının ne gibi hakları söz konusudur? TTK'da açık bir düzenleme yoktur, fakat İİK m.120/2 hükmü, sigorta ettirenin sigortacıya karşı dava hakkının kullanılmasının devrini düzenlemektedir. İİK m.120/2 hükmüne göre, hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakati ile “hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını ... üzerlerine alabilirler”.

Sigorta ettirenin yükümlülüklerin sigortalı mal haczedildiğinde nasıl gelişeceği, haczedilen sigortalı malın kimin elinde bırakıldığını tespit edilerek cevaplanmalıdır.

¹³⁹ TTK m.1463'te ise aşkın sigorta düzenlenmiştir. Sigorta bedelinin, sigortalı menfaatin değerinden daha yüksek gösterilmesi halinde aşkın sigorta hali ortaya çıkar. Aşkın sigorta da, eksik sigortada olduğu gibi bilinçli ve irade dışı ortaya çıkabilir. Bilinçli bir şekilde, diğer bir deyişle “sigorta ettirenin, mali çıkar sağlamak amacıyla kötüniyetle yaptığı aşkın sigorta sözleşmesi geçersizdir” (TTK m.1463/2). Hükümden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, bilinçli bir şekilde yapılan aşkın sigortayı tamamen geçersiz saymıştır (Arseven, s. 78; Özdamar & Doğan, s. 102; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 174; Kara, s. 249; Kender, s. 315; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 260; Ulaş, s. 179; Ünan, Cilt 2, s. 158). Aşkın sigorta, sigortalı menfaatin değerinin zaman içerisinde düşmesinden kaynaklanmışsa, diğer bir deyişle irade dışı ortaya çıkmışsa, sigorta sözleşmesi, tamamen geçersiz sayılmamıştır. Sadece “sigorta bedeli sigorta olunan menfaatin değerinin üstünde ise, aşan kısım geçersizdir” (TTK m.1463/1 cümle 1). “Bu sebeple, sigorta bedeli ile sigorta priminin onu karşılayan kısmı indirilir ve tahsil edilmiş fazla prim geri verilir” (TTK m.1463/1 cümle 2).

¹⁴⁰ Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 240). Bozer bu durumda çifte sigortanın söz konusu olması gerektiği görüşündedir (Bozer, s. 81).

KAYNAKÇA

- Ansay**, Sabri Şakir (1960), *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, Ankara, İstiklâl Matbaası.
- Arkan**, Sabih (1988), 'İpotekli Gayrimenkulün Sigortalıması Halinde Alacaklının Hukukî Durumu', *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S: 3, C: 14, s. 63-82.
- Arseven**, Haydar (1987), *Sigorta Hukuku*, İstanbul, Beta.
- Arslan**, Ramazan & **Yılmaz**, Ejder & **Taşpınar Ayvaz**, Sema & **Hanağası**, Emel (2019), *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Aşık**, İbrahim & **Oruç**, Yakup & **Tok**, Ozan & **Saçar**, Faruk (2022), *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Atalı**, Murat & **Ermenek**, İbrahim & **Erdoğan**, Ersin (2020), *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019), *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ayli**, Ali (2003), *Zarar Sigortalarında Prim Ödeme Borcu*, İstanbul, Vedat.
- Belgesay**, Mustafa Reşit (1948), *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, İstanbul, Duygu.
- Bittmann**, David-Christoph, 'ZPO §864': Wiczorek, Bernhard & Schütze, Rolf A. (Editörler) (2015), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar*, 4. Baskı, Cilt 10/2, Berlin/Boston, De Gruyter.
- Bozer**, Ali (2009), *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Bozkurt**, Tamer (2018), *Sigorta Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Bulut**, Uğur (2013), *İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri*, Ankara, Adalet.
- Can**, Mertol (2018), *Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, C: 1, Ankara, Adalet.
- Canarlan**, Gökçe (2016), *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, Ankara, Seçkin.
- Çeker**, Mustafa (2016), *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, Ankara, Karahan.
- Dural**, Mustafa (1981), *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Erkan**, Ebru, 'Sigorta Sözleşmesinin Genel Özellikleri': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu (Editörler) (2022), *Sigorta Davaları*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Gözler**, Kemal (2021), *Hukuka Giriş*, 18. Baskı, Bursa, Ekin.
- Güleç Uçakhan**, Sema, 'Sigorta Sözleşmesinin Tasnifi ve Özel Türleri': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu (Editörler) (2022), *Sigorta Davaları*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Güneş**, Ahmet M. (2020), *Hukuk Metodolojisi*, 3. Baskı, Bursa, Ekin.
- İyilikli**, Ahmet Cahit (2011), *Haciz İhbarnameleri*, Ankara, Yetkin.
- Kara**, Hacı (2021), *Sigorta Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kayihan**, Şaban (2004), *Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu*, Ankara, Seçkin (Kısaltılmışı: Prim Ödeme Borcu).
- Kayihan**, Şaban (2016), 'Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S: 3 (Özel Sayı: Cevdet Yavuz'a Armağan), C: 22, s. 1595-1624.
- Kender**, Rayegân (2015), *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kren Kostkiewicz**, Jolanta (2020), *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. Baskı, Orell Füssli.
- Kuru**, Baki & **Aydın**, Burak (2022), *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Kuru**, Baki (1988), *İcra ve İflâs Hukuku*, Cilt 1, 3. Baskı, İstanbul, Evrim (Kısaltılmışı: Cilt 1).
- Kuru**, Baki (1990), *İcra ve İflâs Hukuku*, Cilt 2, 3. Baskı, İstanbul, Evrim (Kısaltılmışı: Cilt 2).
- Kuru**, Baki (2013), *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Memiş**, Tekin (2001), *Yangın Sigortasında Riziko*, Ankara, Seçkin.
- Meriç**, Nedim (2015), *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşım Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Ankara, Yetkin.
- Mete**, Cansu (2017), 'Taşınır Rehni', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: Özel, C: 19, s. 1439-1471.
- Özdamar**, Mehmet & **Doğan**, Burak (2020), *Sigorta Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Pekcanitez**, Hakan & **Atalay**, Oğuz & **Sungurtekin Özkan**, Meral & **Özekes**, Muhammet (2022), *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez**, Hakan & **Simil**, Cemil (2017), *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Postacıoğlu**, İlhan E. (1982), *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler.
- Postacıoğlu**, İlhan E. & **Altay**, Sümer (2010), *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, Vedat.

- Schlegel, Roger & Zopfi, Markus**, 'Art.96 SchKG': Kren Kostkiewicz, Jolanta&Vock, Dominik (Editörler) (2017), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich-Basel-Genf, Schulthess.
- Topuz, Gökçen** (2009), 'Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi ve Satışı', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 17, s. 91-116.
- Ulaş, Işıl** (2012), Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8. Bası, Ankara, Turhan.
- Umar, Bilge** (1963), İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, Ege Üniversitesi.
- Ünan, Samim** (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 1, İstanbul, On İki Levha (Kısaltılmışı: Cilt 1).
- Ünan, Samim** (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 2, İstanbul, On İki Levha (Kısaltılmışı: Cilt 2).
- Üstündağ, Saim** (2004), İcra Hukukunun Esasları, İstanbul.
- Yazıcıoğlu, Emine & Şeker Ögüz, Zehra** (2019), Sigorta Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Yeşilova Aras, Ecehan** (2021), 'Sigorta Sözleşmesinden Doğan Alacağın Devri ve Konkordato', İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 8, s. 663-682.
- Yıldırım, Hakan** (2016), Karayolu Eşya Taşıma Sorumluluk Sigortalarında Riziko ve Menfaat, Ankara, Adalet.
- Yılmaz, Ejder** (1973), 'Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 30, s. 271-316.
- Winkler, Thomas**, 'Art.96 SchKG': Hunkeler, Daniel (Editör) (2014), Kurzkomentar SchKG, Basel, Helbing Lichtenhahn.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ÇEKİN TEYİDİ^(*)

CERTIFICATION OF CHECK

Arş. Gör. Dr. Sinan SARIKAYA^(**)

Öz

Çek kullanımının yaygınlaşabilmesi için, lehtarın çekle yapılmak istenen ödemeye karşı duyduğu güvensizliğin giderilmesi gerekmektedir. Buna karşılık TTK m.784'e göre, çek hakkında kabul işlemi yapılamaz; yapıldığı takdirde, bu kayıt yazılmamış sayılır. Ancak bu kural, çekin ibrazında ödenmeme riskini artırmakta ve ödeme güvenliğini zedelemektedir. Bu nedenle çekin ödenmeme riskini azaltacak veya tamamen bertaraf edecek şekilde muhatabın beyanlarına ihtiyaç duyulmuştur. Bu noktada, çekin vizesi ve teyidi gibi hukuki müesseseler devreye girmiş ve bu kapsamda farklı çek tipleri icat edilmiştir.

Cenevre Konvansiyonu Ek II m.6 uyarınca taraf devletlere, kabul manasına gelmemek üzere, çekin teyidini düzenleme yetkisi tanınmıştır. Buna karşılık çekin teyidi, Fransa, Amerika ve çok sınırlı da olsa Almanya'nın aksine, İsviçre'yi takip eden Türk hukukunda pozitif normlarla düzenlenmiş değildir.

Teyit beyanı, muhatabı kambiyo ilişkisine dahil etmeyen, bununla beraber onun ödeme garantisini içeren bir borç-

lar hukuku taahhüdüdür. Teyit, çekin karşılığı olduğu ve bu karşılığın hamil lehine, ibraz süresi boyunca bloke edildiği şeklinde anlaşılmalıdır.

Teyitli çekin karşılıksız çıkması halinde meşru hamil, başvuru hakkını, keşideci dahil bütün başvuru borçlularına karşı kullanabileceği gibi; teyit nedeniyle muhatap banka ya da başvurabilecektir.

Çekin teyidi, uygulamada sıkça karşılaşılan bir ihtiyarı kayıttır. Mevzuattaki yeri ve kullanım alanı dikkate alındığında hiç de azımsanamayacak bir ekonomik hacimde işleme konu edilmektedir.

Çalışmamızda merkezi ve yerel yönetimlerin ödeme kabulleri, taşınmaz satış işlemleri gibi pek çok alanda sıklıkla başvurulmuş çekin teyidi kavramı tartışılacak; benzer hukuki kurumlarla karşılaştırması yapılacak, ardından teyitli çekin işleyişi ile hukuki sonuçları irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Çek, Teyit, Teyitli Çek, Karşılıksız Çek, Kabul Yasağı.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 30.04.2023 / Kabul Tarihi: 06.06.2023).

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (sinan.sarikaya@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0895-0169).
Atıf/Citation: Sarıkaya, Sinan (2023), "Çekin Teyidi", TFM, C: 9, S: 1, s. 37-61.

Abstract

In order for the use of checks to become widespread, the beneficiary's distrust of the payment to be made by check must be eliminated. On the other hand, pursuant to TCC art.784, acceptance cannot be made on a check; if it is made, this entry shall be deemed to be unwritten. However, this rule increases the risk of non-payment of the check upon submission and undermines the security of payment. Therefore, there is a need for declarations of the addressee to reduce or completely eliminate the risk of non-payment of the check. At this point, legal institutions such as visa and certification of the check have come into play and different types of checks have been invented.

Pursuant to Article 6 of Annex II of the Geneva Convention, states parties are authorized to regulate the certification of a check, without implying acceptance. However, unlike France, the United States and, to a very limited extent, Germany, the certification of a check is not regulated by positive norms in Turkish law, which follows Switzerland.

A certification is a commitment under the law of obligations that does not involve the addressee in the bill of exchange relationship, but includes its guarantee of payment. The

certification should be understood to mean that the check has a provision and that this provision is blocked in favor of the bearer during the submission period.

In the event that the check is dishonored, the legitimate bearer may exercise his right of against all debtors, including the drawer, and may also apply to the drawee bank due to the certification.

Certification of a check is a discretionary record that is frequently encountered in practice. Considering its place in the legislation and its area of use, it is subject to a considerable economic volume of transactions.

In our study, the concept of certification of check, which is frequently used in many areas such as payment acceptances of central and local governments and real estate sales transactions, will be discussed; a comparison will be made with similar legal institutions, and then the functioning and legal consequences of the certified check will be examined.

Keywords

Check, Certification, Certified Check, Dishonoured Check, Prohibition of Acceptance.

I. GİRİŞ

Bir kambiyo senedi olarak çek kullanımının yaygınlaşabilmesi için, lehtarın çekle yapılmak istenen ödemeye karşı duyduğu güvensizliğin giderilmesi gerekmektedir. Buna karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.784'e göre, çek hakkında kabul işlemi yapılamaz; yapıldığı takdirde, bu kayıt yazılmamış sayılır. Kanun koyucunun çek muhatabı bankanın, kambiyo ilişkisine girmesini kesin olarak engellemesinin¹ bir sonucu olarak, aval ve ciro da yapamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kural, çekin ibrazında ödenmeme riskini artırmakta ve ödeme güvenliğini zedelemektedir. Bu nedenle çekin ödenmeme riskini azaltacak veya tamamen bertaraf edecek şekilde muhatabın beyanlarına ihtiyaç duyulmuştur. Bu noktada, çekin vizesi ve teyidi gibi hukuki müesseseler devreye girmiş ve bu kapsamda farklı çek tipleri icat edilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, çekin teyidi kavramı ve hukuki niteliği tartışılacak; benzer hukuki kurumlarla karşılaştırma yapılacak, ardından teyitli çekin işleyişi ile hukuki sonuçları irdelenecektir.

II. ÇEKİN TEYİDİ KAVRAMI

A. NORMATİF TEMELLER

Teyitli çek hukukumuzda doğrudan bir normatif temele sahip değildir². Ancak teyitli çek kavramına değinen bir uluslararası antlaşma bir de TTK hükmü mevcuttur. İlk normatif temel 19.03.1931'de Cenevre'de imzalanan ve 01.01.1934'te yürürlüğe giren Çeklerle Bağlantılı Bazı Hukuki İhtilafların Giderilmesine Dair Konvansiyon (Cenevre Konvansiyonu)³ Ek II m.6'dır. İlgili maddede taraf devletler, kabul sonucunu doğurmamak üzere, teyit (*certification*), vize (*visa*) ve

¹ Bu yasağın temelde çekin "banknot" niteliğini kazanarak Merkez Bankalarının para basma imtiyazlarını fiilen yitirmeleri sonucunu doğuracağı endişesinden kaynaklandığı yönünde bkz. **Abaç**, Sadi (1965), 'Çeklerde Tasdik (Sertifikasyon) ve Karşılığın Bloke Edilmesi', *BATİDER*, S: 1, C: 3, s. 139; **Reisoğlu**, Seza (2011), *Çek Hukuku*, Ankara, Cem, s. 152.

² Bu sebeple Aksoy'un teyitli çekin mevzuatta yer aldığı tespiti ne katılmak mümkün değildir, **Aksoy**, Nazım (2022), 'Karşılıksız Çeklere İlişkin Sigorta Fonunun Oluşturulması Konusunda Öneriler', *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C: 12, s. 286.

³ Cenevre Konvansiyonu, Türkiye tarafından imzalanmış fakat Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanıp iç hukuka aktarılmamıştır, bkz. https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=553&chapter=30&clang=_en, s.e.t. 16.04.2023.

tasdik (*confirmation*) gibi beyanların hukuki sonuçlarını düzenleme hususunda yetkili kılınmışlardır. Anılan hükme karşılık gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) gerekse de TTK'yi ihdas eden kanun koyucu çekte teyidin hukuki sonuçlarını düzenleme yoluna gitmemiştir⁴. Türk kanun koyucusunun bu yaklaşımı, kıymetli evrak kitabının İsviçre'den alınması ve İsviçre'nin Cenevre Konvansiyonu Ek II m.6 hükmüne dair herhangi bir düzenleme yapmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun yerine eTTK m.734/3 ve onu takiben TTK m.822/I-c hükmünde teyide do-
laylı olarak değinen bir tavır benimsenmiştir.

Mevzuata bakıldığında teyitli çek uygulamasına dair izler görmek mümkündür. Örneğin, gümrük işlemlerinden dolayı alınan çeklerin karşılığının bloke edildiğinin muhatap banka tarafından onaylanmış olması aranmaktadır⁵. Özelleştirme ihaleleri nedeniyle teklif sahipleri tarafından verilen “*ilgili bankaca teyidi yapılmış bloke çekler*”in Özelleştirme İdaresi Başkanlığına teminat olarak kabul edileceği düzenlenmektedir⁶. Yine bankacılık mevzuatında “*bloke çek*” gibi özel nitelikli çek düzenleme işlemi karşılığında bankaların ücret tahsil edebileceği hükmü yer almaktadır⁷. Yerel yönetimlere ilişkin mevzuatta, muhasebe birimlerinin çekle yapacakları tahsilatlarda teyitli çek kabul edilmesine ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır⁸. Buna göre il özel idaresi, belediye, bağlı idare ve mahalli idare birliklerinin ödemeleri çekle kabul edebilmeleri için bankalarca bastırılacak çeklerin arkasında matbu olarak bloke şerhine yer verilmiş, bu şerhlerin şube yetkililerince imzalanmış olması ve bloke şerhinde gösterilen tutarın üzerinde keşide edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı gereklik, bazı yardımlaşma sandıkları⁹ ve döner sermayeli işletmeler¹⁰ için de aranmaktadır.

⁴ Bu hususun eleştirisi için bkz. **Kendigelen**, Abuzer (2009), ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Çeke İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’, *BATİDER*, S: 3, C: 25, s. 65.

⁵ Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliği m.15/II.

⁶ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görev Yönetmeliği m.12/I-t.

⁷ Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Uygulama Talimatı Ek-1, m.3.7.1, www.tcmb.gov.tr, s.e.t. 16.04.2023.

⁸ Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği, m.53.

⁹ Ereğli Kömür Havzası Amelebirliği Biriktirme ve Yardımlaşma Sandığı Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği m.82.

¹⁰ Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği m.70.

Tüm bu hükümler çekin ödeneceğine dair güven duygusunun, kesinlik sınırında tesis edilmesinin arandığı kamusal işlemlerde, mevzuatın blokeli çeki tanıdığını göstermektedir. Bir başka deyişle her ne kadar kanun koyucu temel kanunlar olan TTK ve 5941 sayılı Çek Kanunu’nda (ÇekK) teyitli çekin hüküm ve sonuçlarına ilişkin doğrudan bir düzenlemeye gitmemişse de uygulamanın getirdiği ihtiyaçlar mevzuata yansımış ve pek çok alanda teyitli çek ile ödeme yapılmasına ilişkin hüküm ihdas edilmiştir.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇEKİN TEYİDİ

1. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda teyitli çek (*chèque certifié*) ilk olarak, Cenevre Konvansiyonu Ek II m.6’da verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan 28.02.1941 tarihli Çeklerin Sertifikasyonuna Dair Kanun’la düzenlenmiştir. Bu kanun daha sonradan yürürlükten kalkmıştır. Mevcut durumda teyitli çekler, Code Monétaire et Financier (Para ve Finans Kanunu) art. L131-14’te benzer şekilde hüküm altına alınmıştır. Son düzenlemeye göre, muhatap nezdinde yeterli karşılığı bulunan tüm çekler, keşideci veya hamilin talebi halinde bankaca teyit edilir. Yeni düzenlemenin getirdiği yeniliklerden biri muhatapın -L131-7’nin 3. fıkrasında düzenlenen ve “*banka çekleri*” olarak adlandırılan- bankanın kendi üzerine çektiği çekleri teyit talebini reddedebilmesidir¹¹. Teyitli çekin karşılığı, ibraz süresinin sonuna kadar keşideci lehine olacak şekilde hamil nezdinde bloke kalır.

Görüldüğü üzere muhatap, çek hesabında yeterli karşılık varsa talep edilen teyidi yapmaya mecbur tutulmuştur. Bunun yanında -Türk hukukundaki baskın görüşün aksine- teyit talebinin, keşideci veya hamil tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir. Zira Fransız hukukunda, çek keşideci tarafından lehtar teslim edildiği anda karşılığın devrinin de kendiliğinden gerçekleştiği kabul edilir. Böylece, keşideci karşılık üzerinde tasarruf yetkisini yitirir. Çekin tedavüle çıkarıldığı anda, karşılık bulunmuyor ise, hesaba para girdiği anda karşılığın devri yine gerçekleşir. Lehtar çeki devraldığı andan itibaren, keşidecinin muhatap bankaya yönelik mevduat alacağı-

¹¹ **Cabrillac**, Michel (2009), ‘Chèques Affectés d’une Modalité Particulière et Chèques Soumis À Un Statut Spécial’, *JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 340, N. 12.

nın, çek bedeli oranında sahibi haline geldiğinden, bu bedeli bloke ettirme talebinde bulunabilir¹².

Öte yandan Para ve Finans Kanunu R131-2'de teyidin şekli konusunda kurallar konmuştur. Buna göre teyidin, çek üzerinde tarih ve muhatabın imzasını içeren bir teyit beyanı ile yapılması, teyit edilen miktarın ve teyit eden şubenin belirtilmesi gerekir. Teyit beyanının, bütün güvenlik önlemlerini içerir şekilde, silinmez damga veya baskı yoluyla yapılması şarttır. Kanun koyucu, anılan şekli unsurlara uymamanın yaptırımını düzenlememiştir. Ancak, bunların ihlalinin teyidin geçersizliği sonucunu doğuracağı savunulmaktadır¹³.

Teyit verilmesiyle banka, nezdindeki karşılığı, 8 günlük ibraz süresi bitimine kadar tutmak zorundadır. Bunun 8 günlük ibraz süresi ile sınırlanmasının nedeni, teyitli çekin banknot gibi tedavül etmesinin önlenmesidir¹⁴. Dolayısıyla, banka bu sürede, aynı keşidecinin önceden düzenlediği diğer çeklerini, bloke tutardan ödemeyi reddetmesi gerekmektedir¹⁵. Bankanın ilgili tutarı bloke etmemesi kusurlu davranıştır ve sorumluluğunu gerektirir¹⁶. Buna karşılık, banka tarafından karşılığı bloke edilmeyen çek ibraz süresinden sonra ibraz edilmiş ve karşılıksız işleme tabi tutulmuşsa; bankanın kusurlu hareketi, hamilin uğradığı zararın sebebinin teşkil etmeyeceğinden, banka ödememeden sorumlu tutulamaz¹⁷.

Fransa'daki tüm bankaların, çek teyit hizmeti vermediği de ifade edilmektedir¹⁸.

2. Alman Hukuku

Almanya'da teyit (*Bestätigung von Schecks*), kural olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık 26.07.1957 tarihli Merkez Bankası Kanunu §23 uyarınca, Alman Merkez Bankası'na (*Deutsche Bun-*

desbank) çekleri teyit etme yetkisi tanınmıştır. Bu hususta ilk şart, karşılığın mevcudiyetidir (§23-I-ilk cümle)¹⁹. Fransız hukukundan farklı olarak, teyidin sadece keşideci tarafından istenebileceği kabul edilmiştir²⁰. Teyit üzerine çekte yazılı meblağ, keşidecinin hesabından çıkarılarak ayrı bir hesapta bloke edilir. Çeki teyit eden Alman Merkez Bankası hem hamile hem de cirantalara karşı teyitli çek (*Bestätigter Scheck*) bedelini ödemekle yükümlü hale gelir. Bu yükümlülük, sekiz günlük ibraz süresi boyunca devam eder (§23-III). Çek ibraz süresi içerisinde ibraz olunmazsa teyit edilmemiş gibi muamele görülür²¹; bloke edilen karşılık yeniden keşidecinin hesabına geçirilir ve onun serbest tasarrufuna açılır. Banka, keşidecinin iflas ettiği savunması ile dahi çek bedelini ödemekten kaçınamaz (§23-II). Çek zamanında ibraz edilmişse, teyitten doğan talep hakkı ibraz süresinin sona ermesinden sonra iki yıllık zamanaşımına tabidir (§23-IV). Kambiyo senetlerine uygulanan yargı yetkisi ve usul kuralları, teyide dayalı taleplerin yargı yoluyla ileri sürülmesinde de *mutatis mutandis* uygulanır (§23-V).

Ticari işlemlerde teyit edilmiş çekler nakit gibi kabul görse bile, halen bir çek olarak kaldıkları; nitekim hukuki açıdan bakıldığında teyit işleminin keşidecinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı, teyide rağmen çek bedeli ödenmezse hamilin keşideciye başvurabileceği ifade edilmektedir²².

Avusturya'da da teyit yetkisine sadece Merkez Bankası'nın sahibi olduğu ve teyitte hemen hemen aynı kuralların cari olduğu ifade edilmektedir²³.

3. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda teyitli çek (*certified checks*) kullanımı 19. yüzyılda dahi görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla teyitli çek, 1860 yılında Girard

¹² Jeantin, Michel (1995), *Droit Commercial, Instruments de Paiement et de Crédit, Entreprise en Difficulté*, 4. Baskı. Paris, Dalloz, s. 41.

¹³ Cabrillac, N. 14.

¹⁴ Cabrillac, N. 15.

¹⁵ Erem, Faruk & Kalpsüz, Turgut & Çelebican, Gürgân (1974), *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği, s. 85.

¹⁶ Cabrillac, N. 15.

¹⁷ Cabrillac, N. 15.

¹⁸ <https://www.demarches.interieur.gouv.fr/particuliers/quel-difference-entre-cheque-barre-certifie-cheque-banque>, s.e.t. 01.06.2023.

¹⁹ Teyit beyanının çekin ibraz anında karşılığı olduğu anlamını içereceği yönünde bkz. Krepold, Hans-Michael & Zahrt, Kai, '§8. Bankgeheimnis': Ellenberger, Jürgen & Bunte, Hermann-Josef (Editörler) (2022), *Bankrechts-Handbuch Band I*, 6. Baskı, Münih, C.H. Beck, N. 93.

²⁰ Kalpsüz & Erem & Çelebican, s. 86.

²¹ Häuser, Franz, 'D. Scheckverkehr': Herresthal, Carsten (Editör) (2019), *Münchener Kommentar zum HGB*, 4. Baskı, Münih, C.H. Beck, N. 180.

²² Häuser, N. 179.

²³ Kalpsüz & Erem & Çelebican, s. 87.

Bank ile the Bank of Penn Township arasındaki davaya konu olmuştur²⁴. Yargı kararlarını takip eden 19. yüzyıl doktrini de konuyu incelemeye başlamıştır²⁵.

Kavram normatif düzlemde Uniform Commercial Code²⁶ (UCC) §3-409-d'de tanımlanmıştır: “Teyitli çek, üzerine çekildiği banka tarafından kabul edilmiş bir çeki ifade eder. Kabul, (a) bendinde belirtildiği şekilde veya çekin üzerine çekin teyit edildiğinin yazılması suretiyle yapılabilir. Çek muhatabı, çeki teyit etmek zorunda değildir; teyidin reddi, çekin karşılıksız çıkması değildir.” UCC §3-411-b'ye göre ise, yükümlü banka (çeki teyit etmiş banka), kusuruyla, teyitli çeki ödemeyi reddederse, çek hamili, ödemeden doğan zararını ve masraflarını bankadan isteyebilir.

Amerikan sisteminin, Kıta Avrupası ve dolaşısıyla Türk sisteminden en büyük farkı, çekte teyidin kabul hükmünde olmasıdır. Bilindiği üzere, İsviçre-Türkiye, teyidi açıkça düzenleyen Fransa ve kısıtlı bir alanda da olsa teyidi kabul edip kanunda düzenleyen Almanya'da teyit, kabul anlamına gelmemektedir. Buna karşılık UCC §3-409-d, çeki teyit verilmesinin kabul hükmünde olduğunu açıkça düzenlemiştir. Yani teyitle muhatap, çekin aslı borçlusu haline gelmektedir²⁷. Böylece çekin teyidi sonucu keşideci ve cirantaların başvuru borçlusu olarak sorumlulukları son bulmaktadır²⁸.

Muhatap banka yetkilisinin çek üzerine koyacağı imza ile çekin hukuki anlamda kabulü gerçekleşir ve muhatap banka ile alacaklı hamil arasında nispi bir sözleşmesel ilişki kurulmuş olur. Çek karşılığı tutar, banka tarafından keşidecinin hesabından çekilir ve çekin ödenmesi için saklanır²⁹. UCC §4-303/(a)-1 gereği banka çeki teyit ettikten sonra, keşidecinin ödemedem men emri (*stop order*) vermesi mümkün değildir. Ancak çok düşük bir ihtimal olsa da bankaların hatırlı müşterileri tarafından ödeme yapmama konusunda ikna edilebileceği; ödeme yapmayan bankanın dava edilmesi durumunda keşideci müşterisinin çek düzenlenmesinin sebep olan temel ilişkideki defilerini ileri sürebileceği de ifade edilmektedir³⁰.

C. DOKTRİNİN VE YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI

1. Teyide Olumsuz Yaklaşan Görüşler

Erken dönemde *Akıska* ve *Zeki* tarafından muhatapın çeki teyidinin, kabul hükmünde olması sebebiyle herhangi bir hukuki bir sonuç doğurmayacağı ileri sürülmüştür³¹.

Karayalçın'a göre, kabul ve teyit beyanlarının aynı iktisadî neticeyi meydana getirdikleri bir gerçektir. Cenevre Konvansiyonu Ek II m.6'da âkit devletlere teyidi düzenleme yetkisi verilmesine rağmen, Türk kanun koyucusunun bu yetkiyi kullanmaması sertifikasyon (teyit) usulünün kanunen kabul edilmediğini göstermektedir. Kanunla açıkça tanınuncaya kadar, bankalar arasında varılacak bir Gentlemen's Agreement ile bu usulün uygulanması ihtilafları önlemesi bakımından tavsiye edilebilir³².

²⁴ **Fish**, Asa I. & **Wharton**, Henry (Editörler) (1861), *The American Law Register* Vol. IX, Philadelphia, Crissy & Markley, Printers, s. 620.

²⁵ Teyitli çekte, çekin kıymetli evrak vasfında olup olmadığı tartışmasını merkeze alarak teyit işleminin keşidecinin sorumluluğuna etkisini değerlendiren bir çalışma için bkz. **Jones**, Francis R. (1892), 'The Liability of the Maker of a Check After Certification', *Harvard Law Review*, S: 3, C: 6, s. 138 ve devamı (vd.).

²⁶ Tarihesi 1892'ye dayanan yeknesak kurallar, federal kanun niteliğinde olmasa da Amerika'daki tüm eyaletlerin iç hukuklarına aktardığı düzenlemeler olduğundan eyaletler arası ticari iş ve işlemlerde tüm Amerikan mahkemelerince uygulanmaktadır. Bu yönüyle UCC "Amerikan ticaretinin belkemiği" olarak da adlandırılmaktadır. Kıymetli evraka ayrılan 3. madde köklerini 1896'da onaylanan "Negotiable Instrument Law"da bulmaktadır. Anılan metin 1951'de UCC'nin orijinal versiyonu haline getirilmiş; 1990 ve nihayet 2002'de yapılan revizyonlarla bugünkü halini almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc,s.e.t.01.06.2022>.

²⁷ **Roberts**, Paul C. & **Morris**, William O. (1951), 'The Effect of a Stop Payment Order on a Certified Check', *Wyoming Law Journal*, S: 4, C: 5, s. 171-172; **İnan**, Nurkut (1981), *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, Ankara, BTHAE, s. 40.

²⁸ **Tuna**, Ergun & **Göç Gürbüz**, Diğdem (2018), *Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak*, İstanbul, Beta, s. 301.

²⁹ *Blocking Payment on a Certified, Cashier's, or Bank Check* (1974), *Michigan Law Review*, S: 2, C: 73, s. 425.

³⁰ *Blocking Payment on a Certified, Cashier's, or Bank Check* (1974), *Michigan Law Review*, S: 2, C: 73, s. 427. Ödemeden men emrinin etkilerini hamilin veya keşidecinin teyit talep ettiği ihtimaller arasında ayırma giderek açıklayan; hamilin talebi üzerine teyit verildiği hallerde hamil ile banka arasında ayrı bir sözleşme kurulacağı için bankanın keşidecinin verdiği ödemeden men talimatı üzerine ödeme yapmamasının mümkün olmadığını aktaran bir çalışma için bkz. **Roberts & Morris**, s. 174 vd.

³¹ **Akıska**, Adnan (1954), *Çek*, Ankara, Doğan Kardeş, s. 37; **Zeki**, Namik (1934), *Senedatı Ticariye*, İstanbul, Türkiye Matbaası, s. 247-248.

³² **Karayalçın**, Yaşar (1964), *Ticaret Hukuku Dersleri II Ticari Senetler*, 3. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 214.

Kınacıoğlu teyidin kanunen düzenlenmemesi karşısında, muhatabın çekin üzerine yazacağı teyit şerhi ve benzeri kayıtlarla hamile karşı herhangi bir yükümlülük yüklenemeyeceği kanaatindedir. Zira teyit, çekin kabulüne eş bir sonuç doğurmakla, kanuna karşı hile teşkil etmektedir³³. *Can ve Tuna/Göç Gürbüz* de benzer gerekçelerle aynı kanaati paylaşmaktadır³⁴.

Poroy/Tekinalp, Türk hukukunda teyidin bir çek kurumu olarak değil de bir borçlar hukuku tahhüdü şeklinde yapılabileceğini; bankanın çeki, çekin üzerinde veya ayrı bir kağıtta teyit etmesinin, ibrazında çeki ödeyeceği (teyit) veya karşılığın teyit tarihinde bulunduğu (vize) anlamına gelebileceğini; önemli olanın somut olayda teyidin lafzı olduğunu; çekin bloke edilmesinin ise hukuken yorumu gerektireceğini; zira hesaba konulan blokajın hukuken anlam taşımayacağını; Türk hukukunda hesabın bankaca bloke edilmesi diye bir kurumun olmadığını; böyle bir blokaj olsa dahi, üçüncü kişilere ileri sürülemeyeceğini; bu bağlamda, haciz veya tedbir kararlarının bloke para üzerinde de uygulanabileceğini; bankanın parayı başka birisinin veya adı değişik bir hesaba aktarmasının ise çoğu kez muvazaa olduğunu belirtmektedir³⁵.

Domaniç teyit uygulamasının, kabul müessesesinin yasaklanmasına karşı kanuni bir hile oluşturduğunu; çekin poliçe gibi kredi aracı olmasına olanak sağladığını; kredi aracı olarak kullanılmasa da, bu sefer teyit ile paranın bloke edilmesinin ise paranın fiilen ödenmesinden farkı kalmadığını; paranın bir yerden başka yere gönderilmesi avantajının ise PTT, banka havalesi gibi başka pek çok vasıtalarla mümkün olması karşısında önemsizleştiğini; tüm bunlar karşısında kanun nazarında ne olduğu belirsiz ve hatta kanuna karşı hile teşkil edebilecek, yararı şüpheli bu müesseseye ihtiyaç olmadığını savunmaktadır³⁶.

³³ **Kınacıoğlu**, Naci (1999), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Nobel, s. 276.

³⁴ **Can**, Mertol (1998), 'Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukukî Durumu', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1-2, C: 2, s. 75 vd.; **Tuna & Göç Gürbüz**, s. 302.

³⁵ **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal (2018), *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 22. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 469.

³⁶ **Domaniç**, Hayri (1990), *TTK Şerhi IV* (TTK m.557-772), *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Temel, s. 586-587.

2. Teyide Olumlu Yaklaşan Görüşler

Bozer/Göle, teyitli çek düzenlenmesine imkân veren maddenin keşidecinin ibraz süresi içinde çekten hiçbir şekilde cayamayacağını öngören TTK m.799/I olduğunu; ayrıca, süresi içinde ibraz olunan ve karşılığı bulunan bir çekin muhatap bankaca ödenmesinin zimnen zorunlu olduğunu öngören ÇekK m.3/VII ve m.7/V'in de teyitli çek düzenlemesini desteklediğini ileri sürmektedir³⁷.

İnan'a³⁸ göre Yargıtay kararlarındaki gelişmeler sonucu, Türk doktrinindeki egemen görüş, teyidin geçerli olduğu ve çekteki muhatap-hamil ilişkisinin teyitsiz çekerle göre değişiklik gösterdiği yolundadır. Kanunda teyidi yasaklayan bir hüküm yoktur. Ancak TTK m.1'e göre yargıç, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1'de kendisine verilen yetkiyi kullanarak, kıyas yolu ile teyit kurumunu ihdas etmiştir. Ayrıca teyit, bankayı hiçbir şekilde çekin asıl borçlusu yapmamaktadır. Buna karşılık yazar, muhatabın, teyit işlemi ile bir tür başvuru borçlusu niteliği kazandığını kaydetmektedir.

Kalpsüz de ticari hayatı düzenleyen normların sadece yazılı hukuk kuralları olmadığına; teyidin, çekte kabul yasağı olan pek çok memlekette dahi kabul edildiğine ve uygulamada çek kullanılmasını teşvik bakımından teyit müessesesine ihtiyaç bulunmasına dikkat çekerek, Türk hukukunda teyidin mümkün olduğunu savunmuştur³⁹.

Tekil ise konuya farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. İsviçre ve Türk kanun koyucusu İsviçre Borçlar Kanunu m.1141/3 ve eTTK m.734/I-3 (TTK m.822/I-c) hükümleri ile çekin; kabul, teyit, tasdik veya vize (*accepté, certifié, confirmé ou visé*) edilip edilemeyeceği ve bu kayıtların ne gibi sonuçlar doğuracağı hususunda ödeme yeri hukukunu belirleyici kılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu m.1104 ve eTTK m.696 (TTK m.784), İsviçre ve Türkiye'de ödenecek çeklerde sadece kabulü yasaklamıştır. Bu nedenle, İsviçre'ye paralel olarak, Türk hukukunda çekin teyidini yasaklayıcı açık bir hüküm bulunmaması karşısında, bu işlemin geçerli olduğu sonucuna ulaşmak gereke-

³⁷ **Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2018), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 302.

³⁸ **İnan**, s. 44.

³⁹ **Kalpsüz & Erem & Çelebican**, s. 89.

cektir⁴⁰. *Şimşek* de sözleşme özgürlüğü ve kanunda teyide ilişkin bir yasak bulunmaması sebebiyle teyidi mümkün görmektedir⁴¹.

Kendigelen'e göre ise Türk hukukunda teyitli çeklere bir dönem duyulan şüpheler Yargıtay'ın 1968 tarihli kararı ile tamamen ortadan kalkmış ve teyitli çeklerinde Türk hukukunda geçerli olduğu, Yargıtay'ı takiben doktrin tarafından da neredeyse oybirliği ile kabul edilmiştir⁴².

3. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk olarak 18.11.1968 tarihli kararıyla⁴³, çekte teyidi geçerli saymış; sonraki kararlarıyla da bu hususta bir içtihat hukuku⁴⁴ yaratarak teyidin hukuki sonuçlarını saptamıştır. Aşağıda bu kararlara ayrıntılı şekilde değinilecektir.

D. AMACI VE KULLANIM ALANI

Çekte kabul yasağı TTK m.784'te "*Çek hakkında kabul işlemi yapılamaz. Çek üzerine yapılmış bir kabul kaydı, yazılmamış sayılır.*" denilmek suretiyle açıkça ortaya konulmuştur. Kabul yasağı öngören TTK m.784'e paralel olarak, muhatabın cirosu (TTK m.789/II) ve aval vermesi (TTK m.794/II) de yasaklanmıştır.

Çeklerde kabulün geçerli olmaması ve muhatabın kambiyo ilişkisi nedeniyle hamile karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmaması karşısında, borcunu çek ile ödemek isteyen keşideci, çek bedelini tahsil edip edemeyeceğinden kuşku duyan bir lehtarla çekle ödemeyi kabul ettirmekte güçlük yaşamaktadır. Çünkü lehtar, keşideciden çeki aldığı anda, çekin

karşılığı olup olmadığını bilecek durumda değildir. Özellikle birbirlerini yeterince tanımayan kimseler arasındaki alışverişlerde, teslim edilen mal mukabilinde alınan çekin karşılıksız çıkması ve hamilin, karşılıksız çıkan çeker binaen -kural olarak- muhatap bankaya karşı herhangi bir talep ileri sürememesi, ticari hayatta çek kullanımına şüphe ile yaklaşılmasına sebep olmaktadır⁴⁵. Bu durum, hamilin çekin ödeneceğine ilişkin inancını sarsmaktadır. Anılan problemlerin önüne geçilmesi ve çek kullanımının yaygınlaştırılması için hamilin çekin ödeneceğine ilişkin güven duygusunun artırılması gerekmektedir.

Öyleyse hamilin çekin ödeneceğine yönelik güven duygusunu artırmak üzere, kabul ile aynı sonucu doğurmamak ve bir kambiyo taahhüdü niteliği taşımamak kaydıyla, muhatap tarafından çek üzerine konulan ve çekin ödenmesini temin etmeye yarayan birtakım kayıtların geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁶. Kanunda açıkça öngörülmemeyen teyitli çek kavramı da varlığını, yukarıda açıklanan ihtiyaca binaen, kabul yasağının dar yorumuna borçludur⁴⁷.

Çekin teyidinden keşideci çıkar sağlamaktadır. Nitekim keşideci çeki teyit ettirirse, bu işlemle banka çeki ödemeyi garanti ettiğinden senedin lehtar tarafından kabulü çok daha kolay olacaktır⁴⁸. Öte yandan teyit ile lehtar ve hamilin de çıkar sağladığı aşıkardır. Nitekim teyit edilen çekte ödenmeme riski ortadan kalkmakta; ticari ilişkide güven tesis edilmektedir.

6728 sayılı Kanun ile ihdas edilen TTK m.780/I-h uyarınca çeklerin karekodlu olarak tedavüle çıkarılmasının zorunlu hale gelmesinde de -tıpkı teyitli çeklerde olduğu gibi- çeker güven duygusunun artırılması saikinin etkili olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Gerçekten de karekod sayesinde ulaşılabilen geçmiş ve mevcut çek bilgileri, çek düzenleme yasağının bulunup bulunmadığı, yetkili temsilci, tedbir kaydı ve iflas kararı olup olmadığı, ödeme performansı ve çek skoru gibi keşideciye ait ayrıntılı bilgiler ile hamil,

⁴⁰ **Tekil**, Müge (1997), Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, s. 106.

⁴¹ **Şimşek**, Edip (1983), Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara, Yonca, s. 367.

⁴² **Kendigelen**, Abuzer (2019), Çek Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 462-463. Ayrıca bkz. s. 463, dn. 34'teki yazarlar.

⁴³ Yargıtay (Yarg.) İcra İflas Dairesi (İİD), T: 18.11.1968, E: 1968/11105, K: 19968/10596 (**Ertekin**, Erol & **Karataş**, İzzet (1992), Uygulamada Ticari Senetler Hukuku, Ankara, Feryal, s. 250-251). Kararın klasik anlamda çek teyidi ile ilgili olmadığı, Türk hukukuna teyit kurumunu getirmedeği görüşü için bkz. **Poroy & Tekinalp**, N. 469.

⁴⁴ Yarg. Ticaret Dairesi (TD.), T: 10.09.1970, E: 1970/2786, K: 1970/3143 (**Ertekin & Karataş**, s. 248).

⁴⁵ **Kalpsüz & Erem & Çelebican**, s. 79.

⁴⁶ **Kendigelen**, Çek, s. 461; **Özcan**, Fırat (1997), Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan, s. 1125.

⁴⁷ **Akay**, Hasan Onur (2011), 'Teyitli Çek' (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 55; **Kendigelen**, Çek, s. 194, 461.

⁴⁸ **Tuna & Göç Gürbüz**, s. 301; **Roberts & Morris**, s. 172.

⁴⁹ **Bozer & Göle**, s. 300.

çek ilişkisi hakkında giderek daha fazla bilgi sahibi olmaktadır.

Ancak karekod ile sağlanan bu bilgiler arasında çek karşılığının bulunup bulunmadığı yer almamaktadır; dolayısıyla karekod uygulamasından sonra dahi çekin teyidinde duyulan ihtiyaç devam etmektedir. Ödeme sistemlerinin güvenli şekilde dijitalleşmeye devam edebilmesi ve çekte güven duygusunun daha da artması adına, karekod sistemine teyit işleminin entegre edilmesinde fayda görüyoruz.

Öte yandan teyitli çekin geniş bir uygulama alanı olduğunu ifade etmek gerekir. Vergi daireleri⁵⁰ ve gümrük müdürlüklerinde⁵¹, çekin muhatap banka tarafından teyit edilmiş olması istendiği durumlar mevcuttur⁵². Taşınmaz alım satımlarında tapudaki işlemlerle eş zamanlı ödeme gerçekleştirilebilmek için sıklıkla teyitli çek kullanıldığı görülmekte ve bu durum pek çok yargı kararına konu olmaktadır⁵³. Yine AVM kira sözleşmelerinde de teyitli çek kullanılabilir⁵⁴. Buna karşılık, teyitli (bloke) çek taşınmazların icra yoluyla satışına dair 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m.126'nın 7343 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, satış ihalesine katılma olanağı veren bir teminat türü olarak kabul edilmemektedir⁵⁵.

⁵⁰ Yarg. 11. HD., T: 9.4.2015, E: 2014/15025, K: 2015/4991 (Lexpera) künyeli kararda bu durumun bir örneği görülmektedir.

⁵¹ Yarg. 11. HD., T: 23.1.2014, E: 2012/9888, K: 2014/1409 (Kazancı) künyeli kararda bu durumun bir örneği görülmektedir.

⁵² **Abacı**, s. 142; **Kalpşüz & Erem & Çelebicani**, s. 89; **Pulaşlı**, Hasan (2019), Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara, Adalet, §25, N. 24; **Tuna & Göç Gürbüz**, s. 301.

⁵³ Örnek kabilinden kararlar için bkz. İstanbul BAM, 18. HD., T: 29.12.2020, E: 2018/1730, K: 2020/1963 (Lexpera); Yarg. 11. HD., T: 29.9.2022, E: 2021/2626, K: 2022/6486 (Kazancı); Yarg. 1. HD., T: 21.6.2022, E: 2021/414, K: 2022/5015 (Kazancı); Yarg. 4. HD., T: 21.1.2022, E: 2021/15308, K: 2022/936 (Kazancı); Yarg. 11. HD., T: 14.2.2022, E: 2020/6947, K: 2022/1096 (Kazancı): "Esasen çekin ödeme aracı niteliğinde olması, keza genellikle konut satışları nedeniyle kullanılmakta olan bloke çekin, taşınmazın devrine bağlı olarak satıcıya teslimi gerekmesi..."; Yarg. 19. HD., T: 4.12.2018, E: 2016/17813, K: 2018/6310 (Kazancı): "... taşınmaz satımlarında mutat uygulamanın, alıcının bedeli bloke çek ile ödemesi ve akabinde satıcının tapuda ferağ vermesinin olduğu, aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkün olduğu halde sözleşmede bu doğrultuda düzenleme bulunmadığı, ...".

⁵⁴ Yarg. 3. HD., T: 23.6.2020, E: 2020/2182, K: 2020/3324 (Kazancı).

⁵⁵ Yarg. 12. HD., T: 23.11.2015, E: 2015/21987, K: 2015/29044 (Kazancı).

E. İLGİLİ KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Vize ile Karşılaştırılması

Vize kaydı da tıpkı teyit kaydı gibi Türk hukukunda düzenlenmiş değildir. Vizeye ilişkin tek hüküm, TTK m.822/I-c'dir ve çekin vize edilip edilemeyeceğinin, edilirse doğuracağı hükümlerin ödeme yeri kanununa tabi olduğunu göstermektedir.

Çekin vizesi, karşılığının sorulduğu anda mevcut olduğunu gösteren bir kayıttır. Banka, sorgu anında karşılık varsa, keyfiyeti "*karşılığı vardır*" vb. ifadelerle çekin üzerine yazmaktadır. Dolayısıyla çekin vizesi, sorgu anındaki hukuki durumu çek üzerine dercetmeye yönelik olup ödeme noktasında bankaya herhangi bir yükümlülük yüklememektedir. Çekin teyidinde de sorulduğu anda çekin karşılığının mevcut olduğu gösterilmiş olur; ancak teyit beyanı sadece bu manaya gelmez. Bunun ötesinde banka, çekin karşılığının mevcut olduğunu, ibraz süresi boyunca bu karşılığın hamil lehine bloke edildiğini ve çekin ibrazında ödeneceğini taahhüt etmiş olur. Bu açıdan sadece vize kaydının mevcut olması halinde muhatap banka, sorulduğu anda çek karşılığının mevcut olduğunu beyan etmiş olacağından; daha sonra bu karşılığın çekilmesi, haczedilmesi, rehnedilmesi gibi durumlarda dahi hamile karşı herhangi bir sorumluluk altında bulunmayacaktır⁵⁶.

Çek üzerindeki bir beyanın vize mi yoksa teyit kaydına mı vücut vereceği irade yorumu suretiyle tespit edilebilecektir. Bunun için, dürüstlük kuralından kaynaklanan "*güven prensibi*"ne (*Vertrauensprinzip, principe de la confiance*)⁵⁷ başvurulması gerekmektedir⁵⁸. Güven prensibi uyarınca hukuki işlemlerin yorumlanmasında, muhatabın somut olayın şartları çerçevesinde bildiği veya bilmesi beklenen bütün unsurlar değerlendirilerek, o irade beyanına dürüstlük kuralı doğrultusunda vermesi gereken anlam esas alınır. Kısaca, muhatabın beyanı fiilen nasıl anladığına değil, nasıl anlaması gerektiğine bakılır⁵⁹.

⁵⁶ **Eriş**, Gönen (2014), Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak (Poliçe-Bono-Çek-Makbuz Senedi-Varant), 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 772; **Özcan**, 1997, s. 1137 vd.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman**, M. Kemal & **Barlas**, Nami (2016), Medeni Hukuk, 22. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 666 vd.

⁵⁸ **Akay**, s. 61-62.

⁵⁹ **Oğuzman & Barlas**, N. 667.

Bu kapsamda, bankanın sadece “karşılığı vardır” şeklinde bir beyanda bulunmasının teyit değil; vize olduğu kabul edilmelidir⁶⁰. Nitekim banka, anılan beyanıyla yalnızca, çek karşılığının o tarihte hesapta mevcut olduğunu bildirmektedir. Teyit için ise muhatapın, karşılığı hamil lehine olmak üzere bloke ettiği yönünde bir beyanın bulunması gerekmektedir.

2. Garantili Çek ile Karşılaştırılması

Çekte kabul yasağının yarattığı sakıncaları gidermek adına başvuru yöntemlerinden bir diğeri garantili çektir. Bu çek tipi, Avrupa’da keşideciye çek defteri verilirken ayrıca bir de çek kartı verilmesi ve çek kartının üzerinde kart hamilinin ismi, hesap numarası, imza örneği ve muhatap bankanın ödeme garantisine ilişkin şartların yer alması şeklinde gelişen uygulamayla birleştirilmiş ve *Eurocheque* olarak adlandırılmıştır⁶¹. Türkiye’de ise muhatap bankanın ödeme garantisinin, keşideciye teslim edilen özel çek defterindeki her bir çek yaprağında yazılı olması yönünde bir uygulama gelişmiştir⁶². Ülkemizde garantili çeklere, mavi çek⁶³, prestijli çek, gold çek gibi isimler verilmektedir⁶⁴.

Garantili çeklerde muhatap banka, her bir çek yaprağı için belirli bir meblağı ödemeyi keşideciye çek defterini vermeden önce taahhüt etmektedir. Keşideci, banka tarafından garanti edilen miktarı yazarak çek keşide edebileceği gibi; bunun üzerindeki bir miktarı da yazabilmektedir. Ancak, garanti edilen meblağın üzerindeki kısım bakımından, bankanın ödeme garantisi söz konusu değildir. Garantili çekin nitelik açısından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.129’da düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu ifade edilmektedir⁶⁵.

Bankanın, garantili çekte üstlendiği yükümlülük ÇekK m.3/III’te öngörülen ödeme yükümlülüğünden de farklıdır; nitekim ilkinde borcun kaynağı sözleşme iken ikincisinde kanundur⁶⁶. Ancak, ÇekK m.3/III düzenlemesinin garantili çek uygulamasını sona erdirdiği ifade edilmektedir⁶⁷.

Teyitli çekte muhatap banka keşidecinin hesabındaki karşılığı bloke etmekte iken garantili çekte böyle bir durum söz konusu değildir. Zira garantili çeklerde muhatap, belirli bir miktara kadar olan çek bedellerini ödemeyi taahhüt etmekte ve çekin karşılığının bulunup bulunmadığından bağımsız olarak bu taahhüdü vermektedir.

Garantili çek ve teyitli çek arasındaki bir diğer fark muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktar konusunda kendini göstermektedir. Garantili çeklerde muhatap banka, çek üzerinde yazılı olarak gösterilen miktarı, ödemeyi taahhüt etmekte iken; teyitli çeklerde çek bedelinin -kural olarak- tamamını ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu nedendir ki garantili çek düşük meblağlı ödemelerde uygulama alanı bulurken, teyitli çek yüksek meblağlı ödemelerde daha yaygındır⁶⁸.

3. Kefalet ve Garanti Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Kefalet sözleşmesi TBK m.581’de düzenlenmiş iken; garanti sözleşmesi ve çekte teyit kanunda düzenlenmemiştir.

⁶⁰ Tekil, s. 112; Akay, s. 62; Durgut, Ramazan (2006), ‘Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi’, İstanbul Barosu Dergisi, S: 3, C: 80, s. 993; Kendigelen, Çek, s. 465; Kara, Elif (2018), ‘Teyitli Çek’, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, S: 2, C: 7, s. 826; Kaya, Asım (2015), ‘Çekte Kabul Yasağı ve Hukuki Sonuçları’, Terazi, S: 105, s. 85. Aksi yönde bkz. Bahtiyar, Mehmet & Taşdelen, Nihat & Biçer, Levent & Hamamcıoğlu, Esra (2022), Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 161; Biçer, Levent (2008), ‘Çekte Kabul Yasağı ve Sonuçları’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, s. 129; Tamer, Ahmet (2013), ‘Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek’, Bankacılar Dergisi, S: 87, s. 4; Tuna & Göç Gürbüz, s. 301.

⁶¹ Geniş bilgi için bkz. Öztan, Fırat (1982), Garantili Çek (Eurocheque), Ankara, Turhan, s. 11 vd; Reisoğlu, s. 159; Poroy & Tekinalp, N. 470. Almanya’da 60’lı yıllarda kullanılmaya başlanan ve Avrupa piyasalarında oldukça rağbet görmüş olan *Eurochequegarantie (EC-Karte)* uygulamasının, alternatif olarak daha güvenli görülen elektronik nakit ödeme sisteminin yaygınlaşması karşısında, 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlükten kalktığı yönünde bkz. Pulaşlı, 2019, §25, N. 5.

⁶² Bilgen, Mahmut (2010), Uygulamada Kambiyo Senetleri (Poliçe, Bono, Çek) ve 5941 Sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi, Ankara, Adalet, s. 55-56; Kendigelen, Çek, s. 474; Akay, s. 63.

⁶³ Mavi çekin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göle, Celal (1994) “Mavi Çek” ve Benzeri Belgelerin Çek Hükümünde Sayılıp Sayılmayacağı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 49, s. 236 vd.

⁶⁴ Bilgen, s. 56; Ülgen, Hüseyin & Helvacı, Mehmet & Kaya, Arslan & Nomer Ertan, Füsun (2021), Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 325.

⁶⁵ Öztan, 1997, s. 1394; Bahtiyar & Taşdelen & Biçer & Hamamcıoğlu, s. 162.

⁶⁶ Akay, s. 64.

⁶⁷ Reisoğlu, s. 157.

⁶⁸ Tamer, s. 12; Akay, s. 64-65.

Çekin teyidi, sağladığı teminat işlevi dolayısıyla kefalet sözleşmesine benzetilebilir. Ancak sözleşmeye dayalı bu iki hukuki kurum arasında pek çok farklılık bulunmaktadır. Her şeyden önce kefalet sözleşmesi, kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında akdedilir. Oysaki çekin teyidinde ilişkin sözleşme, teminat veren konumundaki muhatap banka ile çek ilişkisinde alacaklı konumundaki hamil arasında değil, borçlu konumundaki keşideci arasında kurulmaktadır⁶⁹.

Bunun yanında, kefalette kural adı kefalet olduğundan asıl borçluya başvurulmadan kefile başvurulamaz (TBK m.585). Çekin teyidinde ise banka, çekte teyit vermekle bir borçlar hukuku taahhüdünde bulunmuş olur. Çekin karşılıksız çıkması halinde hamil, ister başvuru hakkını kullanarak senet borçlularından talepte bulunabilir; isterse de bankadan alacağını tahsil etmeye çalışabilir⁷⁰.

Garanti sözleşmesi, bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir⁷¹. Bu tanıma göre, garanti sözleşmesi asıl borçtan tamamen bağımsız bir sözleşmedir ve bu özelliği ile çekin teyidinde benzemektedir.

Doktrinde teyidin üçüncü kişinin fiilini taahhüt, kefalet ya da garanti benzeri bir işlem olduğu ileri sürülmektedir⁷². Buna karşılık, anılan kurumlar ve bilhassa garanti sözleşmesi ile çekin teyidinde taraf kurguları farklıdır. Garanti sözleşmesi, garanti veren ile alacaklı arasında akdedilir. Çekin teyidinde ise teyit, teminat veren konumundaki muhatap banka ile çek ilişkisinde alacaklı konumundaki hamil arasında değil; borçlu konumundaki keşideci

arasında kurulmakta, hamil bu ilişkiden üçüncü kişi olarak yararlanmaktadır⁷³.

F. HUKUKİ NİTELİĞİ

Konu borçlar hukuku bağlamında ele alındığında teyidin hukuki niteliği, ilk bakışta TBK m.128'de düzenlenen, "üçüncü kişinin fiilini üstlenme" olarak düşünülebilir. Nitekim doktrinde teyidin keşidecinin başvurusu üzerine yapılması halinde, söz konusu kaydın TBK m.128 anlamında bir garanti beyanı niteliği taşıyabileceği ifade edilmektedir⁷⁴. Ancak, bu iki kurum birbirinden farklıdır. Bir kere, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, üçüncü kişinin fiilini üstlenen ve kendisine bu taahhütte bulunulan arasında yapılan bir sözleşmedir. Fiili taahhüt edilen üçüncü kişi bu sözleşmede taraf değildir⁷⁵. Oysa teyit sözleşmesi banka ile keşideci arasında kurulmaktadır ki bu, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin kurgusuna uymamaktadır. Nitekim -tartışmalı olmakla birlikte- teyit talebini, yalnızca keşidecinin yapabilir. Bunun yanında, çeki teyit eden banka, üçüncü kişiye (hamil) karşı, zarar tazmini ile değil, teyit ettiği çek bedeli ile sorumlu olacaktır.

Hukuki niteliğin saptanmasında bir başka ihtimal, TBK m.129'daki "üçüncü kişi yararına sözleşme"dir. Bu sözleşme tipi, üçlü bir ilişki tesis etmektedir. Üçüncü kişi lehine hüküm koyduran taraf vaat ettiren, üçüncü kişiye ifada bulunmayı taahhüt eden taraf vaat eden ve kendisine ifada bulunulacak üçüncü kişi de lehtar olarak adlandırılmaktadır⁷⁶.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre teyit keşideci ve muhatap banka arasında akdedilen bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden (TBK m.129) ibarettir⁷⁷. Anılan sözleşmeden, teyit edilen çekin meşru

⁶⁹ Akay, s. 69.

⁷⁰ Akay, s. 69.

⁷¹ Yarg. İBGK, T: 11.06.1969, E: 1969/4, K: 1969/6 (Kazancı).

⁷² Durgut, s. 1002. Kaya ise teyit keşidecinin talebi üzerine yapılmışsa, teyidin TBK m.128 anlamında bir garanti beyanı olduğunu ifade etmektedir, Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan, s. 323. Banka ile keşideci arasında tam üçüncü kişi yararına ön sözleşme, banka ile hamil arasında ise garanti sözleşmesi bulunduğu yönünde bkz. Kirca, İsmail (2010), 'Teyitli (Bloke) Çek - Gayri Nakdi Kredi İlişkisi', Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C: II, İstanbul, On İki Levha, s. 1237-1238. Ayrıca bkz. Poroy & Tekinalp, N. 469; Kaya, Mustafa İsmail & Tatlı, Burçak (2022), Ticaret Hukuku - II (Kıymetli Evrak Hukuku), 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 137.

⁷³ Akay, s. 72; Kendigelen teyidin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin hatalı olduğunu; aksi kabulde, muhatap bankanın bizzat kendi fiiline garanti vermesi sonucunun doğacağını; bu durumun ise garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliği ile bağdaşmayacağını kaydetmektedir, Çek, s. 471, dn. 66.

⁷⁴ Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan, s. 323-324.

⁷⁵ Eren, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 1182; Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut (2021), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 16. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 1197.

⁷⁶ Eren, s. 1169; Oğuzman & Öz, N. 1251.

⁷⁷ Tamer, s. 6-7; Akay, s. 86.

hamili yararlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, keşideci vaat ettiren; muhatap banka vaat eden ve çekin meşru hamili de lehtardır.

Lehtarın/Hamilin ifayı talep etme hakkı bulunduğundan, üçüncü kişi yararına tam sözleşme bulunmaktadır⁷⁸. *Kanaatimizce* burada teyitli çekin işleyişinden kaynaklı olarak lehtarın/hamilin bankadan ödeme talep etmesi şeklinde bir örf-adet kuralı (TBK m.129/II-ilk cümle) bulunduğu söylenebilir. Teyit kaydının düşülmesi ile lehtar/hamil, üçüncü kişi sıfatıyla, tarafı olmadığı sözleşmeden doğan bir alacak hakkı kazanmaktadır.

Üçüncü kişinin taraf olmadığı sözleşmeden dolayı borç altına girmesi ise söz konusu değildir. Ancak üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin bir edimden yararlanması onun bazı mükellefiyetleri yerine getirmesine bağlanabilir. Zira burada üçüncü kişi bir borç altına girmemekte, sadece dilerse kararlaştırılan şartı gerçekleştirerek edimden yararlanma hakkını kazanmaktadır⁷⁹. Teyitli çekte ise üçüncü kişinin -yani hamilin- ifayı talep edebilmesi, ibraz süresinde ibraz şartına bağlıdır.

Öte yandan çekin tedavülü ile, lehtar/hamil değişse dahi, bu durum ifa talebi bakımından sorun yaratmaz. Zira, lehtarın/hamilin üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulduğu anda belirli olması şart değildir; sadece belirlenebilir olması ve en geç ifa zamanında belirlenebilmesi yeter⁸⁰. Çekin hamil tarafından süresinde ibrazı ile lehtar ifa anında belirlenmiş olacaktır.

TBK m.129/II-ikinci cümle uyarınca üçüncü kişinin bildirimine kadar vaat ettirenin yapacağı borcun nitelik ve kapsamını değiştiren her türlü tasarrufun geçerli olması ve üçüncü kişi (lehtar/hamil) için de sonuç doğurması söz konusudur⁸¹. Çek ise kamu güvenini mazhar bir kambiyo senedi olduğun-

dan, tedavüle çıktıktan sonra, hamilin bankaya böyle bir bildirim bulunmasa dahi, keşidecinin teyitten doğan borcun nitelik ve kapsamını değiştirme yahut borcu ortadan kaldırma gibi tasarruflarda bulunması *kanaatimizce* mümkün olmamalıdır.

III. TEYİTLİ ÇEKİN İŞLEYİŞİ

A. ŞEKLİ

1. Teyit Beyanı

Teyit muhatap banka tarafından çekin ön veya arka yüzüne yazılan bir irade beyanı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu beyan, “*Teyit edilmiştir.*”⁸², “*Karşılığı vardır ve bloke edilmiştir.*”, “*Teyitli*”, “*Bloke*”⁸³, “*Karşılığı blokedir.*”⁸⁴, “*Karşılığı mevcuttur.*”⁸⁵, “*Hamil emrine amadedir.*”⁸⁶, “*İşbu çek bedeli hesapta bloke edilmiştir.*”⁸⁷, “*İşbu çekin muhteviyatı olan yalnız ... TL hesapta bloke edilmiştir.*”, “*İşbu çekin natık olduğu meblağ nezdinde mevcut olup bloke edilmiştir.*”⁸⁸, “*Söz konusu meblağ, ibraz süresi boyunca bloke edilmiştir.*”⁸⁹, “*İş bu çek bedeli ... no.lu hesaba bloke edilmiş olup, yazılı talebiniz halinde ödenecektir.*”⁹⁰ gibi ifadelerle yapılmaktadır. Teyit kaydının elle yazılmış veya kaşe ile basılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁹¹.

Muhataap banka, TTK'nın öngördüğü zorunlu unsurları taşıyan bir çeki teyit etmelidir⁹². Özellikle bedel kısmının doldurulmuş olması önem taşır. Aksi halde bir açık çeki şerhinde miktar belirtmeksizin te-

⁷⁸ Lehtarın ifayı bizzat istemediği, ona ifada bulunulmasını sadece vaat ettirenin (alacaklinin) isteyebildiği sözleşmelere, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme; eğer ifayı lehtar da (üçüncü kişi de) vaat edenden (borçludan) isteyebileceks, böyle sözleşmelere üçüncü kişi yararına tam sözleşme denmektedir, bkz. **Oğuzman & Öz**, N. 1258; **Eren**, s. 1172 vd.

⁷⁹ **Oğuzman & Öz**, N. 1286-1287.

⁸⁰ **Eren**, s. 1170; **Oğuzman & Öz**, N. 1296-1297.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 1179-1180; **Oğuzman & Öz**, N. 1312.

⁸² **Kendigelen**, Abuzer & **Kırca**, İsmail (2022), Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha, N. 816; **Ayli**, Ali (2019), Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 168.

⁸³ **Eriş**, s. 771.

⁸⁴ **Bozer & Göle**, s. 300.

⁸⁵ **Coşkun**, Mahmut (2022), Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 585.

⁸⁶ **Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan**, s. 323.

⁸⁷ Yarg. 11. HD., T: 31.10.2002, E: 2002/8747 K: 2002/9817 (Lexpera).

⁸⁸ Yarg. TD., T: 10.09.1970, E: 1970/2786, K: 1970/3143 (**Ertekin & Karataş**, s. 248); **Tamer**, s. 4.

⁸⁹ **Tekil**, s. 107.

⁹⁰ Yarg. 7. CD., T: 28.1.2014, E: 2013/11794, K: 2014/4515 (Kazancı).

⁹¹ **Ayli**, s. 168.

⁹² **Bozer & Göle**, s. 302.

yit eden muhatap, iyi niyetli çek hamillerine karşı sonradan doldurulan çek bedelini ödemek zorunda kalabilir⁹³. Muhatap ayrıca, çeki teyit etmeden önce çek yaprağı üzerinde bulunan keşideci imzası ile hesap kartonundaki imzayı karşılaştırmalı; imzalar tutmuyorsa teyitten kaçınılmalıdır⁹⁴. Öte yandan bir çekte teyit kaydı konulması, o çekten kanunun aradığı tüm şartların bulunduğunu yahut çekin geçerli olduğunu veya çekteki imzanın keşideciye ait olduğunun da banka tarafından garanti edildiğini göstermemektedir⁹⁵.

Öğretide teyit beyanının, teyit edilen miktarın bloke edildiği hususunu da içermesinin gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, çekte teyitten söz edilebilmesi için, karşılığı hamil lehine olmak üzere, teyit edilen miktarın başka bir hesaba aktarılarak blokaja alınma iradesinin açıkça ortaya konması gerektiğini savunmaktadır⁹⁶; buna göre salt “*karşılığı mevcuttur*” beyanı teyitli çekte vücut vermeyecektir⁹⁷. Buna karşılık, Yargıtay, yukarıda alıntılanan ilke kararında⁹⁸ ve sonraki kararlarında⁹⁹, “*karşılığı mevcuttur*” ibaresini teyit örneği olarak zikretmiştir. Doktrinde de blokaj iradesini yansıtmayan bu ibareyi teyit kabul eden yazarlar da mevcuttur¹⁰⁰.

Biz de çekin -o anda- karşılığı olduğunu bildiren salt “*karşılığı mevcuttur*” beyanının teyit olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ve yorum ilkelerine tabi tutulması sonucu vize kaydı olarak değerlendirilebileceğini düşünüyoruz. “*Teyit edilmiştir*” ibaresinde ise, teyit edilen miktarın aynı za-

manda bloke de edildiği, zımnen kabul edilmelidir. Ancak her somut olayda, bankanın çek üzerine düştüğü ibarenin yorumu TBK m.19’un getirdiği yorum ilkeleri çerçevesinde yapılmalıdır.

Son olarak kısmi teyitin mümkün olduğunu belirtmek gerekir¹⁰¹.

2. Muhatap Banka Yetkililerinin İmzası

a. Prensipl

Teyit beyanının muhatap banka açısından bağlayıcılık kazanabilmesi için, banka yetkililerince imza edilmesi şarttır¹⁰². Teyitli çek üzerinde değişiklik yapılması durumunda ise banka yetkilileri bu değişikliği imza etmemişlerse, banka değişikliğin yarattığı yeni durumdan sorumlu tutulmamalıdır¹⁰³.

b. Yetkililere Ait Olmayan İmzaların Akıbeti

Teyit beyanının muhatap bankanın yetkililerine ait olmayan imza içermesi pek çok yargılamaya konu olan bir durumdur.

Bir görüşe göre banka, teyit beyanı yetkili bir memur tarafından verilmediği halde dahi sorumlu tutulmalıdır; nitekim bu bankanın iç işi olarak kabul edilmelidir¹⁰⁴. Diğer bir görüşe¹⁰⁵ göre ise TTK m.818/I-c atfıyla çeklerde de uygulanacak olan TTK m.678 burada devreye girmez. Zira anılan hüküm, hak senet birlikteliğinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır ve yetkisiz olduğu halde bir kimsenin temsilcisi sıfatıyla poliçeye (çekte) imzasını koyan kimsenin, poliçeden (çekten) dolayı bizzat sorumlu olacağını belirtmektedir. Bu bağlamda hüküm, kambyo taahhütleri için uygulama kabiliyetini haizdir. Oysa teyit bir kambyo taahhüdü değildir; borçlar hukuku alanında sonuç doğurur.

⁹³ Kendigelen, Çek, s. 467.

⁹⁴ Bozer & Göle, s. 302.

⁹⁵ Reisoğlu, s. 154; aksi yönde bkz. Bozer & Göle, s. 302.

⁹⁶ Kendigelen, Çek, s. 465; Bozer & Göle, s. 301; Karayalçın, s. 85; Tekil, s. 107.

⁹⁷ Tekil, s. 112; Akay, s. 62; Ayli, s. 170; Durgut, s. 993; Kendigelen, Çek, s. 465; Kara, s. 826; Kaya, s. 85; Türcan, Mehmet (2018), ‘Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 117-118.

⁹⁸ Yarg. TD., T: 10.09.1970, E: 1970/2786, K: 1970/3143 (Ertekin & Karataş, s. 248). Aynı yönde bkz. Şimşek, s. 368.

⁹⁹ Yarg. 11. HD., T: 03.10.2012, E: 2011/8218, K: 2012/14979 (Lexpera).

¹⁰⁰ Pulaşlı, Hasan (2007), Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Adalet, s. 178; Pulaşlı, 2019, §25 N. 12; Biçer, s. 129; Tamer, s. 4; Tuna & Göç Gürbüz, s. 301.

¹⁰¹ Akay, s. 61. Aksi yönde bkz. Tamer, s. 12.

¹⁰² Bozer & Göle, s. 301; Kendigelen, Çek, s. 464; Kınacıoğlu, s. 276; Öztan, 1997, s. 1133; Pulaşlı, 2019, §25 N. 12; Tamer, s. 4; Tekil, s. 112. Çeklerin blokesine ilişkin kayıtların tarihlerinin banka çalışanlarının iş akdinin fesih tarihinden önceye ait bulunan bir olayda Yargıtay, bankayı teyit edilen çek bedelinden sorumlu tutmuştur, Yarg. 19. HD., T: 15.3.2011, E: 2010/9877, K: 2011/3287 (Kazancı).

¹⁰³ Durgut, s. 995; Reisoğlu, s. 154. “Teyitli çekte keşide tarihi değiştirilmişse, bu değişikliğin bankaca onanması gerekir.” Yarg. 11. HD., T: 17.09.1986, E: 3708, K: 4484 (Reisoğlu, s. 154).

¹⁰⁴ Coşkun, s. 585.

¹⁰⁵ Akay, s. 93.

Kanaatimizce de bu durumda TTK m.818/I-c atfıyla çekler için cari olan TTK m.678 uygulanmamalıdır. Anılan hüküm poliçeden (çekten) bizzat sorumlu olma yaptırımını getirmekte; yani kambiyo ilişkisine dair sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada ilk olarak, çekin teyidi bir borçlar hukuku ilişkisi olduğundan muhatap bankanın -TBK m.46/I uyarınca işlemi onaylamayarak- işlemle bağlı olmaktan kurtulabileceği fikri akla gelebilir. Bu halde, hamil, TBK m.47 uyarınca yetkisiz temsilciden zararının giderilmesini istemek durumunda kalacaktır. Ancak TBK m.48'deki "*Ortaklık temsilcileri ile organlarının ve ticari vekillerin yetkisine ilişkin hükümler saklıdır.*" düzenlemesi gereği konunun, banka adına imza koyan kişinin çoğu durumda bir tacir yardımcısı olduğu göz önünde bulundurulurak¹⁰⁶ dikkatle incelenmesi gerekmektedir.

c. Tacir Yardımcılarının İmzası

İmza sahibinin ticari temsilci olduğu durumlarda, bir borçlar hukuku taahhüdü olan teyit işleminin, ticari temsilcinin (örneğin, banka şube müdürlerinin) yetkisi dahilinde olduğu kanaatindeyiz (TBK m.548). Zira kambiyo taahhüdünde bulunmaya dahi yetkili olan ticari temsilci, bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olmayan teyit işlemini de yapabilmelidir. Dolayısıyla banka burada yetkisiz temsil hükümlerine dayanamaz (TBK m.549). Temsil yetkisinin konu bakımından -ticari temsilcinin teyit işleminde bulunamayacağı şeklinde- sınırlandırılması da TBK m.549/IV uyarınca iyi niyetli kişilere karşı ileri sürülemez.

Buna karşılık, çek teyidinin, genel yetkili ticari vekilin yapabileceği olağan işlerden olup olmadığı tartışılabilir (TBK m.551). *Kanaatimizce*, çek teyidi bankanın olağan işlerinden sayılmalıdır. Her ne kadar TBK m.551/II'de ticari vekilin kambiyo taahhüdünden bulunamayacağı öngörülmüş olsa da teyit bir kambiyo taahhüdü olmadığından, anılan hüküm vardığımız sonuca engel olmamaktadır. Bu sebeple, genel yetkili ticari vekillerin yaptıkları teyit işlemi, bankalar için bağlayıcı kabul edilmelidir. TTK m.371/VII uyarınca çıkarılan ve usulüne uygun şe-

kilde tescil-ilan edilen bir iç yönerge ile kendilerine teyit verme yetkisi verilmeyen ticari vekiller için ise aksi sonuca varmak gerekir. Nitekim burada sicil olumlu etkisi devreye girecek ve üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmeyecektir (TTK m.36/III).

d. Özellik Arz Eden Durumlar

TTK m.784 karşısında, çek üzerine konulan kabul kaydının yazılmamış sayılacağı tartışmasıdır. Fakat doktrinde geçersiz bir kabul beyanının tahvil yoluyla borçlar hukuku temelli bir ödeme vadi, garanti borcu veya kefalete dönüştürülmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Baskın görüş, TTK m.784'teki ifade gereği, çek üzerinde muhatap beyanının yok hükmünde olduğunu; yok sayılan bir hususa ise sonuç bağlamanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir¹⁰⁷. Diğer bir görüşe göre ise, geçersiz olan bu kabul beyanı çek hamili lehine bir garanti beyanı olarak nitelendirilebilir. Bu şekilde, kanun koyucunun muhatabın kambiyo ilişkisine dahil olmaması yönündeki iradesi de sakatlanmaz. Ayrıca geçersiz olduğunu bile çek üzerine kabul beyanı koyan bir muhatabın bu beyanına sonuç bağlanmaması TMK m.2 ile bağdaşmaz¹⁰⁸.

Kanaatimizce, çeker konulan kabul kaydının, çekin teyidine tahvil edilmesi mümkün değildir. TTK m.784 de bu kaydı "*yazılmamış*" saydığından, tahvil kurumuna başvurulamazdır. Bunun yanında, teyit beyanının, muhatabın teyit ettiği miktarı bloke ettiği iradesi içermesi de şarttır. Kabul beyanının böyle bir iradeyi içerir şekilde yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

Bir adım ileri gidilerek çekin ön yüzünde muhatabın salt imzasının yer alması durumu da tartışılmaktadır. *Öztaş*¹⁰⁹ ve *Akay*¹¹⁰ göre bu imza, teyit olarak yorumlanabilir. Zira sadece imza atılması, bir

¹⁰⁶ İyi niyetli kişilerin bankaya duydukları güveni göz önüne alan Yargıtay "*imzayı koyan memurun yetkisine matuf itiraz bir itibar müessesesi olan bankanın iç muamele ve münasebetlerine taallük edip iyi niyetli üçüncü şahısları etkilemez.*" demek suretiyle, bankaların yetkisiz temsil hükümlerine başvuramayacakları yorumunda bulunmuştur. Yarg. İD., T: 18.11.1968, E: 1968/11105, K: 19968/10596 (Ertekin & Karataş, s. 250-251).

¹⁰⁷ Domaniç, s. 571; Durgut, s. 992; Öztaş, 1997, s. 1127; Tuna & Göç Gürbüz, s. 272; Biçer, s. 124; Kaya, s. 83; Çimen, Murat (2006), 'Çekte Kabul ve Teyit', Bursa Barosu Dergisi, S: 81, C: 30, s. 48. "Muhatapça çek üzerine yazılan kabul şerhi, mücerret bir borç vaadi dahi sayılmaz", bkz. Kınacıoğlu, s. 275.

¹⁰⁸ Kendigelen, Çek, s. 195.

¹⁰⁹ Öztaş, 1997, s. 1326.

¹¹⁰ Akay, s. 96.

kabul şerhini ihtiva etmediğinden TTK m.784'te yer alan kabul yasağı çerçevesinde "yazılmamış" sayılamayacaktır. Bu nedenle, söz konusu imza, teyide tahvil edilebilir. *Akay*'a göre aynı sonuca, çekin arka yüzünde yer alan muhatap imzası açısından da varılabilir. Nitekim, çekin arka yüzünde yer alan imza, TTK m.683/II uyarınca, beyaz ciro olabilir. Ancak, kabul yasağı, muhatabın cirosunu da kapsadığından, TTK m.789/II uyarınca batıldır. Yazara göre, batıl olan bir husus tahvil yoluyla, bir borçlar hukuku tahhüdü olarak ayakta tutulabilir¹¹¹.

Kanaatimizce muhatabın herhangi bir beyanda bulunmaksızın imzası, blokaj iradesi dış dünyaya yansımadağından teyide tahvil edilememelidir. Öte yandan burada dikkatlerden kaçırılmaması gereken husus, bu imzanın nasıl atıldığıdır. Bilindiği gibi çekte muhatap, anonim şirket şeklinde örgütlenmek zorunda olan bankadır. Bir tüzel kişi olarak anonim şirketler de gerçek kişi temsilcileri aracılığıyla iradelerini açıklar. Bankanın temsilcisi, söz konusu münferit imzayı bankanın temsilcisi olduğunu belirtecek şekilde -örneğin banka kaşesinin altına- atmadı ise; ön yüze attığı imza keşideci lehine aval (TTK m.701/III), arkaya attığı imza ise, beyaz ciro (TTK m.683/II) hükmünde sayılıp, bizzat imza atanı kambiyo borçlusuna haline getirecektir.

Öte yandan, bazı durumlarda teyit, çek keşidecisi ile banka personeli arasında iş birliği sağlanarak yapılmakta¹¹² ve teyit işlemi bankanın bilgisi dışında olmaktadır¹¹³. Yani sahte teyit beyanı verilebilmektedir. Bu halde, hamilin iyi niyetli olması halinde, çalışanlarının kanuna aykırı davranışları sonucu muhatap bankanın sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Burada sorumluluğun, TBK m.116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerine dayandığı ifade edilmektedir¹¹⁴. Ancak hamilin, çek karşılığının olmamasına

rağmen bankaca teyit işlemi yapıldığını bilmesi halinde, iyi niyetli sayılmaması ve dolayısıyla çek bedelini isteyememesi gerekir¹¹⁵.

Teyit beyanının sahteliği ve hamilin kötü niyetinin, her türlü delille ispatlanabileceği hususu Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir¹¹⁶.

3. SMS Yoluyla Teyit - Karşılıklı Çek

Kendigelen -bugüne kadar uygulamada hemen her daim çek üzerine konulan- teyit beyanının çekin dışında bir belgede yer almasının, giderek çekin muhatap tarafından elektronik ortamda teyit edilmesinin mümkün olduğunu kaydetmektedir¹¹⁷.

Bozer/Göle ise, bir bankanın başlattığı "karşılıklı çek" uygulamasının teyitli çekte güzel bir örnek oluşturduğunu ifade etmektedir. Söz konusu uygulamada keşideci, düzenlediği çeki lehtara teslim etmeden önce, cep telefonundan bankaya SMS göndererek, düzenlediği çekin karşılığının bankada mevcut olduğunun ve hamil adına bloke edildiğinin teyidini istemekte; bankadan gelen cevabı göstererek çeki lehtara teslim etmektedir¹¹⁸.

Kanaatimizce söz konusu uygulama, çekin karşılığının bulunduğunu ve bloke edildiğini göstermesi ve bu bağlamda bankanın iradesinin SMS ile keşideci ve lehtara ulaşması karşısında teyitli çekin teknolojiye ayak uydurmuş hali olup çekin teyidi kapsamında görülmelidir.

4. Teyit Tarihi

Uygulamada teyit tarihinin bir geçerlilik şartı olarak arandığı ifade edilmektedir¹¹⁹. Yargıtay ise bir kararında¹²⁰, çekteki bloke kaydının tarihi yazılı

¹¹⁵ *Eriş*, s. 772.

¹¹⁶ Yarg. 11. HD., T: 25.06.1998, E: 1998/3542, K: 1998/4875 (*Eriş*, s. 774-775). Benzer kararlar için bkz. *Eriş*, s. 775-776. Keşideci ile davalı banka yetkilileri arasında oluşturulan gizli anlaşmaya davacının da iştirak ettiğinin kanıtlanamaması halinde, bankanın karşılıksız çıkan teyitli çek bedelinden sorumlu olacağı yönünde bkz. Yarg. 11. HD., T: 22.3.1991, E: 1991/1901, K: 1991/2038 (Kazancı).

¹¹⁷ *Kendigelen*, Çek, s. 472; *Kendigelen & Kırca*, N. 819.

¹¹⁸ *Bozer & Göle*, s. 301-302.

¹¹⁹ *Durgut*, s. 995; *Kendigelen*, Çek, s. 464; *Kendigelen & Kırca*, N. 816; *Pulaşlı*, 2019, §25, N. 12.

¹²⁰ Yarg. 11. HD., T: 16.04.1992, E: 1992/15966, K: 1995/4896 (*Tekil*, s. 112, dn. 52).

¹¹¹ *Akay*, s. 97.

¹¹² Ayrıntısı tam anlaşılmasa da bir kararda "bazı müşteri çekleri üzerine bankanın bloke çek kaşesinin basılması gereğesi ile davacıya fesihden altı ay önce ağır kınama cezası verilmesi" diğer nedenlerle birlikte "iş sözleşmesinin feshinin en azından geçerli nedene dayandığı" kabulünü sağlamıştır, bkz. Yarg. 9. HD., T: 26.2.2014, E: 2013/11290, K: 2014/6079 (Kazancı).

¹¹³ Bu halde banka görevlileri hakkında ceza kovuşturması yürütülmektedir, bkz. Yarg. 7. CD., T: 28.1.2014, E: 2013/11794, K: 2014/4515 (Kazancı).

¹¹⁴ *Pulaşlı*, 2019, §25, N. 21; *Tekil*, s. 114. Örnek bir olay için bkz. Yarg. 19. HD., T: 19.12.2017, E: 2016/19449, K: 2017/8085 (Lexpera).

olmamasına rağmen, teyidin ibraz süresi içerisinde yapıldığı ispatlanabiliyor ise, bu teyidin bankayı bağlayacağını kabul ederek, teyit beyanına tarih atılması şartını yumuşatmıştır. Yine Yargıtay'a göre, bankanın ödeme yükümü ibraz süresi ile sınırlı olduğundan ve bu süreden sonra ibraz edilen çekler ödenmeyebileceğinden; teyitli çekte keşide tarihi değiştirilmişse, bu değişikliğin banka yetkililerince de onanması gerekir¹²¹.

Kanaatimizce, teyit tarihi, imzayı atan banka çalışanının o tarihteki yetkilerinin tespiti veya başkaca ispat konularında faydalı olmakla birlikte, teyit beyanının geçerlilik şartı olarak görülmemelidir. Bankanın teyitten doğan sorumluluğu sözleşmeye dayandığından, teyit tarihi ile ilgili bir uyumsuzlukta banka borçlu olmadığını ispat yükü altında olacaktır.

B. TEYİT TALEBİNDE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİLER

1. Keşideci

Muhatap banka teyit beyanında bulunmakla, karşılığın mevcut olduğunu ve bu karşılığı ibraz süresinde yapılacak ibraza kadar hamil lehine bloke ettiğini beyan ettiğinden, teyit bankanın keşideciye ait hesap üzerinde tasarruf etmesini sonuçlamaktadır. Oysa bilindiği üzere, tasarruf işlemlerinde tasarrufta bulunanın, tasarruf yetkisine de sahip olması gerekmektedir. Burada tasarruf yetkisi hakkın sahibine, yani keşideciye aittir. Öyleyse, keşidecinin teyit talebinde bulunabilecek kişi olduğunda duraksama bulunmamaktadır¹²². Keşidecinin talebi olmaksızın bankanın kendiliğinden böyle bir garanti vermesi ya da hesabı bloke etmesi mümkün değildir¹²³.

2. Hamil?

Doktrinde, Fransız hukukundan etkilenen bir görüş uyarınca, hamil de çekin teyidini isteyebilir¹²⁴.

¹²¹ Yarg. 11. HD., T: 17.09.1986, E: 1986/3708, K: 1986/4484 (Eriş, s. 778).

¹²² Bozer & Göle, s. 301; Kendigelen, Çek, s. 465.

¹²³ Akay, s. 88.

¹²⁴ Kalpsüz & Erem & Çelebican, s. 82; Öztan, 1977, s. 1133; Pulaşlı, 2019 §25, N. 12 ve özellikle dn. 39; Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan, s. 324; Tuna & Göç Gürbüz, s. 301; Kaya & Tatlı, s. 136-137. Bahtiyar & Taşdelen & Biçer & Hamamcioğlu ise teyidin hamilin talebi üzerine keşideci tarafından istenebileceğini kaydetmektedir, s. 161. Karş. Tamer, s. 5.

Yargıtay da bu görüştedir¹²⁵. *Pulaşlı*'ya göre, çekte var olan karşılığın ödenmesini istemeye yetkili olan meşru hamilin, bu tutarın çek hesabından başka hesaba aktarılıp, teyidini istemesi de mümkündür. Çünkü, çek hesabında karşılık varsa ve çek tedavül etmişse, çekin süresi içinde ibrazında banka bunu ödemekle yükümlü olduğundan, keşidecinin artık bu tutar üzerinde bir tasarruf yetkisinin olması söz konusu değildir. Dolayısıyla, çekin ödenmesi ile çek tutarının çek hesabından alınarak bloke edilmesi arasında fark yoktur¹²⁶.

Buna karşılık, keşidecinin çek hesabı üzerinde ne banka ne de hamilin tasarruf yetkisini bulunduğunu savunan karşıt görüşteki yazarlar, teyit sonucunda çek bedeli kadar bir meblağın bloke edilerek, keşidecinin tasarrufundan çıkarılması karşısında, hamilin bu işlemi istemeye yetkili olmadığını savunmaktadır¹²⁷.

Gerçekten de Türk hukukunda, keşidecinin çek hesabını yalnızca çek ödemelerinde kullanması ve hesaptaki karşılığı ibraz süresi boyunca hazır tutması zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle çek keşidesi, hesap sahibinin karşılık üzerindeki tasarruf yetkisini yitirmesine yol açan bir hukuki işlem değildir. Oysa, hamilin de teyit talebinde bulunabileceği Fransız hukukunda, çek keşideci tarafından lehtara teslim edildiği anda karşılığın devrinin de kendiliğinden gerçekleştiği kabul edilir. Böylece, keşideci karşılık üzerinde tasarruf yetkisini yitirir. Çekin tedavüle çıkarıldığı anda karşılık bulunmuyor ise, hesaba para girmesiyle karşılığın devri yine gerçekleşir. Lehtar çeki devraldığı andan itibaren, keşidecinin muhatap bankaya yönelik mevduat alacağını çek bedeli oranında sahibi haline geldiğinden, bu bedeli bloke ettirme talebinde bulunabilir¹²⁸. Türk huku-

¹²⁵ Yarg. HGK, T: 22.09.1973, E: 1973/587, K: 1973/719 (Tekil, s. 109, dn. 45); Yarg. TD., T: 10.10.1970, E: 1970/2786, K: 1970/3143 ((1970), BATİDER, S: 4, s. 846).

¹²⁶ Pulaşlı, 2019, §25, N. 12, dn. 39.

¹²⁷ Ayli, s. 169; Bozer & Göle, s. 301; Domaniç, s. 585; Kendigelen, Çek, s. 465-466; Tekil, s. 110; Türcan, s. 119; Aydın, Hanife (2021), Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 131; Yağmur, Setenay (2016), 'Türk Hukukunda Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülmemen Bazı İhtiyari Kayıtlar', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 3, C: 22, s. 2889. Ayrıca bkz. Durgut, s. 996.

¹²⁸ Jeantin, s. 41.

kunda ise, bu esaslar kabul görmediğinden, hamilin teyit talebi mümkün değildir¹²⁹.

Hamilin talebiyle muhatap bankanın çeki teyit etmesi ve çek bedelini bloke etmesi, keşideciye karşı bağlayıcı değildir. Keşideci, bu işlemten dolayı bankanın sorumluluğuna gidebilir¹³⁰. Burada, üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat ettiren konumundaki keşidecinin iradesinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Banka ise keşidecinin talebi olmaksızın yaptığı teyit nedeniyle iyi niyetli hamillere karşı sorumludur. Yetkili olmayan kimsenin talebi doğrultusunda çeki teyit ettiği ve böylece teyidin sonuçlarının uygulama alanı bulamayacağı savunmasını ileri süremez¹³¹. Bu noktada keşidecinin iradesi olmadığından artık üçüncü kişi yararına sözleşme kurgusu işlemeyecektir. Bankanın sorumluluğu, kamu güvenine mazhar olan kambiyo senedi üzerine koyduğu kayıt sonucunda doğrudan hamil ile kurmuş olduğu garanti benzeri sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmaktadır.

3. İstisnai Durum: Karşılığın Devri

Türk hukukunda karşılık, çekin lehtara verilmesiyle intikal etmemektedir. Ancak TTK m.818/I-n atfıyla çeklerde de uygulanacak olan TTK m.733'te düzenlenen bazı ihtimallerde, senedin devriyle karşılığın da hamile intikali mümkündür. TTK m.733/II'ye göre "Düzenleyen, karşılık ilişkisinden dolayı haiz olduğu haklarını devrettiğini poliçede beyan ettiği takdirde, bu haklar, poliçe hamili kim ise ona ait olur." Yine TTK m.733/I uyarınca, keşidecinin iflası halinde de karşılığın devri gerçekleşir.

Her iki durumda da karşılık hamile intikal edeceği için hamil artık, çekle işleyen hesapta bulunan karşılık üzerinde tasarruf yetkisine sahip olacaktır. Öyleyse anılan meblağın söz konusu hesaptan çıkarılarak bloke bir hesaba aktarılmasını, yani çekin teyidini talep edebilmesi de mümkün görülmelidir¹³².

Buna karşılık, hamilin, teyit işlemine ihtiyaç duyacağı da şüphelidir. Zira, TTK m.795/I gereğince, çek görüldüğünde ödeneceğinden hamilin teyit yerine, çekin tahsilini istemesi daha uygundur. Ancak, ÇekK

Geçici m.3/V, m.3/VIII ve m.5/I uyarınca ileri tarihli (postdate) çek düzenlenmesinin mümkün olması karşısında, hamilin teyit işlemine başvurmakta yararı olduğu söylenebilecektir. Zira, keşidecinin, birden fazla çek düzenlemesi ve vadede (çekin üzerine yazılan ileri tarihte) karşılığın bulunup bulunmayacağıının belirsizliği karşısında hamil, blokaj talep edebilir¹³³.

C. GEÇERLİLİK SÜRESİ

Muhatabın teyit beyanına dayalı ödeme yükümlülüğü çekin ibraz süresi (TTK m.796) ile sınırlıdır¹³⁴. Konu hakkında açık hüküm sevk edilmiş olan Fransız hukukunda bu prensip ile güdülen amacın, çekin tedavül sürecinin uzamasını engellemek ve onun paraya rakip hale gelmesini bertaraf etmek olduğu belirtilmektedir¹³⁵.

Şimşek, kanunun öngördüğü ibraz süresini geçmemek kaydıyla, bankanın teyit beyanıyla bağlı olacağı süreyi kendisinin tayin edebileceğini belirtmektedir¹³⁶. Teyit kaydında bu noktanın belirtilmiş olup olmaması teyidin geçerliliği bakımında önem taşımaz¹³⁷; teyit ibraz süresi boyunca verilmiş sayılır.

Nitekim Yargıtay da "... ibraz müddetinden sonra da bankayı tediyeyle bağlı ve çek muhteviyatı meblağı hamile ödemekle yükümlü tutmak, teyide mücerret ve müstakil bir taahhüt doğuran kabul niteliğini izafe etmek olur ki, TTK.nun 696 ncı maddesi gereğince kabul muamelesi çeklerde cari ve muteber değildir." demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır¹³⁸. Bir başka kararında¹³⁹ ise teyidin ibraz süresinin bitmesi ile geçerliliğini yitireceğini açıkça ortaya koymuştur.

¹³³ Kendigelen, Çek, s. 466.

¹³⁴ Ayli, Ali & Yardımcıoğlu, Didem (2014), 'Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 3223; Ayli, s. 173; Bozer & Göle, s. 302; Coşkun, 585; Eriş, s. 772; Kalpsüz & Erem & Çelebican, s. 91-92; Kendigelen, Çek, s. 468; Kendigelen & Kırca, N. 817; Pulaşlı, 2019, §25, N. 15; Reisoğlu, s. 154-155; Tamer, s. 6; Tekil, s. 108; Tuna & Göç Gürbüz, s. 301. Yarg. 11. HD., T: 17.09.1986, E: 1986/3708, K: 1986/4484 (Eriş, s. 778).

¹³⁵ Cabrillac, Henri (1967), Le Cheque et Le Virement, 4. Baskı, Paris, s. 143, N. 244 (Aktaran: Tekil, s. 109).

¹³⁶ Şimşek, 368.

¹³⁷ Tekil, s. 108.

¹³⁸ Yarg. TD., T: 10.09.1970, E: 1970/2786, K: 1970/3143 (Ertekin & Karataş, s. 248). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, T: 22.09.1973, E: 1973/587, K: 1973/719 (Tekil, s. 109, dn. 45).

¹³⁹ Yarg. 11. HD., T: 21.05.2001, E: 2001/2359, K: 2001/4474 (Bilgen, s. 57-58).

¹²⁹ Tekil, s. 111.

¹³⁰ Tekil, s. 110.

¹³¹ Kendigelen, Çek, s. 466.

¹³² Akay, s. 90; Kendigelen, Çek, s. 466; Tekil, s. 110.

İbraz süresinin bitiminden sonra, TTK m.799 uyarınca, çekten cayma söz konusu olabilir. Keşidecinin cayma beyanına rağmen, çek üzerindeki teyit kaydına dayanılarak, muhatabın sorumluluğuna gitmek teyide kabul işlevi yüklemek olacaktır ki; bu mümkün değildir. Muhatabın caymaya rağmen, bloke ettiği tutarı çek hesabına iade etmemesi sorumluluğunu gerektirir. İbraz süresi geçtiği halde, keşideci çekten caymamış ise, kanun muhatap bankaya ödeme hususunda takdir yetkisi tanıdığından, teyit kaydına rağmen banka ödemediği imtina edebilir¹⁴⁰.

D. SONUÇLARI

Teyit bir kambiyo taahhüdü olmadığından lehtar veya hamil, çeki dayanarak muhatap banka hakkında icra takibi yapamaz¹⁴¹.

Çeki teyit eden muhatap, çek karşılığı parayı hamilin emrine amade tutmak, ibraz süresi geçmeden çekin keşidecisine iade etmemek zorundadır. Muhatap bankanın taahhüdüne uymayarak ve henüz ibraz süresi geçmeden çek karşılığı parayı keşideciye vermesi, sorumluluğunu gerektirir¹⁴². Aynı şekilde, ciro zincirinde kopukluk, çekte sahtelik veya tahrifat gibi ödemeye engel oluşturacak bir sebep bulunmamasına rağmen, çekin karşılıksız olduğundan bahisle ödenmemesi, teyit kaydına aykırılık olup bankanın sorumluluğunu doğuracaktır¹⁴³.

Çek ibraz süresi içinde ibraz edildiği takdirde ise banka, hamile ödeme yapmakla yükümlüdür. Ancak, teyitli çek, ödemeyi durduran ihtiyati tedbir kararı alınması gibi haklı nedenlerin varlığında, ibraz süresi içinde dahi, muhatap bankaca ödenmez ve bu ödememe durumu muhatap bankayı çek hamiline karşı sorumlu kılmaz¹⁴⁴. Öte yandan bir çeki teyit kaydı konulması, o çekten kanunun aradığı tüm şartların bulunduğu yahut çekin geçerli olduğunu göstermemektedir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ **Tekil**, s. 109; **Pulaşlı**, 2019, §25, N. 18; **Çoşkun**, s. 585; **Aydın**, s. 132.

¹⁴¹ Yarg. 12. HD., T: 24.01.1995, E: 1995/16180, K: 1995/677 (**Eriş**, s. 775); Yarg. 11. HD., T: 29.12.1993, E: 1993/2232, K: 1993/8792 (Kazancı). Aksi yönde bkz. **Can**, s. 77.

¹⁴² **Kınacıoğlu**, s. 276.

¹⁴³ **Kendigelen**, Çek, s. 469; **Tamer**, s. 6.

¹⁴⁴ **Bozer & Göle**, s. 303; **Reisoğlu**, s. 155.

¹⁴⁵ **Reisoğlu**, s. 154; Aksi yönde bkz. **Bozer & Göle**, s. 302.

1. Blokaj

Doktrinde büyük çoğunluk, teyit işleminin doğal sonucu olarak, bankanın çek karşılığını bloke etmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁶. Yargıtay da bir kararında¹⁴⁷ bu görüşü kabul etmiştir. Bu husus, teyidi vizeden ayırt eden noktadır. Blokaj işlemi, keşidecinin söz konusu meblağ üzerindeki, tasarruf yetkisinin dondurulması amacıyla; muhatabın çek tutarını, çek hesabından çıkararak muhtelif alacaklar hesabına ya da lehtar adına açılan özel bir hesaba geçici olarak nakletmesi işlemi ifade eder^{148,149}. Gerçekten de vize işleminden farklı olarak burada gaye, çek karşılığının teyidin verildiği tarihten ibraz süresinin sonuna kadar korunmasıdır.

Eriş'e göre, blokaj işlemi yasal bir gereklilik değildir; ancak bankanın bunu yapmasına da engel yoktur. Bankaca, çek bedeli bloke edilmeksizin sadece çek üzerine bloke kaydının konulması; bankanın hem hamil hem de keşideciye karşı genel hükümler çerçevesinde sorumlu tutulması için yeterlidir¹⁵⁰.

Tamer ve Bahtiyar/Taşdelen/Biçer/Hamamcıoğlu'na göre ise blokaj basiretli tacir ilkesinin (TTK m.18/II) bir gereğidir¹⁵¹. *Kendigelen*, blokajın mümkün olmasının, ÇekK m.8/IV'te takas odasına ibraz edilen çeklerin kısmi karşılığı bakımından, kanun koyucu tarafından da kabul edildiğini not etmektedir¹⁵².

¹⁴⁶ **Kendigelen**, Çek, s. 465; **Pulaşlı**, 2019, §25, N. 14; **Reisoğlu**, s. 141; **Tekil**, s. 108. "*muhatap banka bu teyitle çek bedelini ve teyit ettiği miktarda ödeme zorunluluğunu peşinen kabul edip, çek bedelinin bloke edilmesi ve bloke edilen çek bedelinin ayrı bir hesaba alınması işlemini yapabilmektedir.*" Yarg. 11. HD., T: 03.10.2012, E: 2011/8218, K: 2012/14979 (Lexpera).

¹⁴⁷ Yarg. 19. HD., T: 11.2.1992, E: 1992/214, K: 1992/110 (Kazancı).

¹⁴⁸ **Abaç**, s. 143; **Kalpsüz & Erem & Çelebican**, s. 90; **Tekil**, s. 108. **Bozer & Göle** ise, bankanın bloke ettiği miktarı keşidecinin hesabından çıkararak, onun alacaklılarının dahi el atamayacağı bir hesaba almasını veya ne miktar blokajın olduğunu çek hesabında açıkça belirtmesini yeterli görmektedir, s. 301.

¹⁴⁹ Bloke hesap "*hesap sahibinin kanundan veya sözleşmeden veya bir idarî karardan doğan bir sebeple üzerinde tasarrufta bulunmadığı hesap*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Tekinalp**, Ünal (2009), Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 38-45.

¹⁵⁰ **Eriş**, s. 772.

¹⁵¹ **Tamer**, s. 10; **Bahtiyar & Taşdelen & Biçer & Hamamcıoğlu**, s. 161. **Reisoğlu** ise bankanın blokaj yapmasının "*uygun olacağıni*" belirtmekle yetinmektedir, s. 155. Ayrıca bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar (2014), Çek Cezası (TTK 783/3), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 3492.

¹⁵² **Kendigelen**, Çek, s. 468.

Buna karşılık, *Poroy/Tekinalp* çek bedelinin başka birisinin hesabına veya adı değişik bir hesaba aktarılmasının çoğu zaman muvazaaya vücut verileceğinden bahisle, blokaja karşı çıkmaktadır¹⁵³.

Uygulamada bankaların, karşılığı olmayan çeklere de teyit verdikleri ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bu halde Yargıtay, çekin bedelinin bloke edilmiş olduğunun kabul edileceğini; ancak gerçekte bloke edilmeyen çek için bankanın bloke şerhi vermesi halinde, hamile çek bedelini ödeyen bankanın keşideciye kredi kullandığının kabul edilmesi gerektiğini belirterek, bankanın keşideciden çek bedelini talep edebileceğine karar vermiştir¹⁵⁵.

2. Bloke Edilen Miktar Üzerinde Haciz veya Tedbir Uygulanması Sorunu

Bankanın teyit edilen çek bedelini keşideci hesabından alıp hamil lehine başka bir hesaba aktarması sonucunda; keşidecinin diğer alacaklılarının artık bu bedel üzerine haciz koymalarını engelleyeceği ve keşidecinin de hesap üzerinde bir başkası lehine rehin hakkı tesis edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁶. Karşılık ayrı bir hesapta tutulduğundan, söz konusu meblağ keşidecinin hesabında alacak olarak yer almayacak ve muhatap banka, hesap üzerine haciz koydurarak İİK m.89 uyarınca kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ ettiren üçüncü kişilere, kendisinde hesap sahibi borçluya ait böyle bir alacağın var olmadığı yönünde itirazda bulunabilecektir¹⁵⁷.

¹⁵³ *Poroy & Tekinalp*, N. 469.

¹⁵⁴ Karşılığı bulunmayan çekin teyidinin (tasdikinin) yasak olduğu yönünde bkz. *Abacı*, s. 140. Karşılığı olmayan çek bedelini teyit beyanı nedeniyle ödemediği takdirde bankanın keşideciye gayri nakdi kredi kullandığı yönünde bkz. *Kırca*, s. 1238; *Tamer*, s. 7.

¹⁵⁵ Yarg. 19. HD., T: 25.10.1993, E: 1993/7020, K: 1993/6959 (*Eriş*, s. 777). Karşılığın bulunmaması veya ayrı bir hesaba aktarılmadığından örneğin üzerine haciz gelmesinin, bankanın çek hamiline karşı sorumluluğunu etkilemeyeceği; hesapta karşılık bulunmamasına rağmen bankanın bloke kaydı koymasının hesap sahibine açılan bir kredi anlamına geleceği yönünde bkz. *Reisoğlu*, s. 152. Ayrıca bkz. *Tamer*, s. 10.

¹⁵⁶ *Pulaşlı*, 2019, §25, N. 14; *Sungurtekin*, Meral (1990), 'Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi', *Manisa Barosu Dergisi*, S: 4, s. 33; *Tamer*, s. 10; *Tekil*, s. 108. Bloke edilen çek tutarının haczedilemeyeceği yönünde bkz. *Kalpsüz & Erem & Çelebican*, s. 106; *Kınacıoğlu*, s. 277; *Bahtiyar & Taşdelen & Biçer & Hamamcıoğlu*, s. 161. Blokajın üçüncü kişilere ileri sürülemeyeceği ve haciz-tedbir kararlarının uygulanmasına engel olamayacağı yönünde bkz. *Poroy & Tekinalp*, N. 469.

¹⁵⁷ *Kalpsüz & Erem & Çelebican*, s. 90-91; *Tekil*, s. 108; *Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan*, s. 325.

Buna karşılık, çek bedeli ayrı bir hesaba nakledilmeyip çek hesabında tutulmuş ise, kötü niyetli keşidecinin, teyit talebinde bulunmuş olmasına rağmen aynı meblağ üzerinde üçüncü kişiler lehine rehin hakkı kurması tehlikesi doğar. Bu durumda muhatap banka, hesap üzerine haciz koydurarak alacaklılara karşı İİK m.89/II uyarınca haklı bir itiraz da ileri süremeyecektir¹⁵⁸.

Çekin bağlı olduğu hesapta bulunan para alacak rehinine konu olmuşsa veya haczedilmişse, süresi içerisinde ibraz olunan çek bankaca bu hesaptan ödenemeyecektir. Bu durumda, alacak rehininin veya haciz kararının çekin teyidinden önce veya sonra gelip gelmediğine bakılmaksızın, muhatap banka teyitli çek hamiline ödeme yapmalıdır. Çünkü, hukuki sonuçlar çekin teyidinden önce doğmuşsa, aslında etmemesi gereken çeki teyit eden ve böylece basiretsiz davranan banka sorumlu tutulmalıdır. Rehin veya haciz teyitten sonra gerçekleşmişse de banka, teyit işlemini takiben çek bedelini bloke etmediği veya başka bir bloke hesaba almadığı için sorumlu olmalıdır¹⁵⁹.

Karşılığın çek hesabında bırakıldığı hallerde, karşılık üzerinde bizzat muhatap banka lehine bir rehin hakkı tesis edilerek, üçüncü kişilerin rehin veya hacze dayalı taleplerinin bertaraf edilebileceği de ileri sürülmektedir¹⁶⁰. Ancak salt bu işlem, çekin teyidi anlamına gelmeyecektir.

Buna karşılık, bir kararında¹⁶¹ Yargıtay 8. HD., bankanın teyitli (bloke) çekler nedeni ile gayri nakdi kredi riskinden dolayı keşideciden alacağının bulunduğundan bahisle çek hesabı üzerinde rehin ve hapis hakkı kullanmasını, böylece keşidecinin alacaklısının gönderdiği haciz müzekkeresine karşı İİK m.99 vd. maddelerine dayalı istihkak iddiasında bulunmasını hukuka aykırı bulmuştur. Yargıtay'a göre davalı banka rehin hakkını sadece karşılıksız kalan çekler ve ibraz edilmeyen çekler ile ilgili olarak ileri sürebilecek, salt teyitli (bloke) çeklerin varlığından bahisle hesap rehni tesis edemeyecektir.

¹⁵⁸ *Tekil*, s. 108; *Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan*, s. 324.

¹⁵⁹ *Bozer & Göle*, s. 304.

¹⁶⁰ *Reisoğlu*, s. 49; *Kırca*, s. 1240; *Biçer*, s. 136; *Kaya*, s. 85.

¹⁶¹ Yarg. 8. HD., T: 27.9.2018, E: 2015/21205, K: 2018/16389 (Kazanıcı).

3. Teyitli Çek Bedelinin Öden(me)mesi

Teyide rağmen çek karşılıksız kalmışsa, hamil keşideci ve varsa diğer başvuru borçlularına karşı başvurma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir¹⁶². Hamil, teyit nedeniyle bankadan da talepte bulunabilir¹⁶³. Öyleyse hamil - tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla- dilerse teyitten doğan alacağından ötürü bankaya, dilerse başvurma hakkından ötürü başvuru borçlularına başvurabilir¹⁶⁴. Elbette teyitli çek nedeniyle kendisine başvurulmuş başvuru borçlusunun, haciz tehdidi altında ödeme yaptıktan sonra istirdat davası açması ve bu yönüyle teyitli çekin istirdat davasına konu olması da mümkündür¹⁶⁵.

Teyit bir kambiyo taahhüdü olmadığından hamil, bankaya başvururken başvurma hakkına ilişkin TTK m.808 vd. hükümlerine değil; TBK m.112 vd.'da düzenlenen sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlere dayanacaktır¹⁶⁶. Aynı nedenle çeki teyit eden banka hamile karşı çekin karşılığı bulunmadığı şeklinde bir defa ileri süremez, ancak hamil ile olan kişisel ilişkiden kaynaklanan takas gibi defileri ileri sürebilecektir. Bankaya yöneltilen talep sözleşmeye dayandığından, hamil bu davada bankanın kusurunu ispat etme yükümlülüğü altında olmayacak; banka kusursuzluğunu ispat yükü altında olacaktır¹⁶⁷.

Son olarak bankaya karşı hamilin sahip olduğu talep hakkının TBK m.146 uyarınca, çekin ibraz edildiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımına tabi

olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁸. *Kanaatimizce* burada on yıllık zamanaşımının uygulanması sakıncalı olup -karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi- TTK m.814 benzeri bir yasal düzenlemeye gidilerek kısa zamanaşımı süresi ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Aksi halde bir kambiyo taahhüdü olmasa da çek ilişkisinden doğan bir borçlar hukuku taahhüdünün çekten doğan alaktan çok daha uzun süre zamanaşımına tabi olması gibi çelişkili bir durum oluşacaktır.

Hamil teyit nedeniyle bankaya başvurursa, çek bedelini, temerrüt faizini¹⁶⁹ ve varsa temerrüt faizini aşan miktarda geç ödemeden kaynaklanan diğer zararlarını talep edebilir. Ancak, TTK m.783/III'te düzenlenen çekin karşılıksız kalan bedelinin %10'u ve TTK m.810'daki talepleri¹⁷⁰ çeki teyit eden bankaya karşı ileri süremez. Kambiyo hukukuna ilişkin bu talepler sadece keşideciden¹⁷¹ ve çek tazminatı hariç başvuru borçlularından istenebilir¹⁷². Nitekim Yargıtay da eski kanun döneminde verdiği bir kararında¹⁷³ bu hususu vurgulamıştır.

Öte yandan Yargıtay, ibraz ettiği çeki ibra şerhi ile ihtirazi kayıt koymaksızın geri alan hamilin, muhatap bankadan talepte bulunamayacağına hükmetmiştir¹⁷⁴.

Teyit edilmiş çekin zayi edilmesi durumunda TTK m.818/I-s atfıyla TTK m.757 uyarınca mahkemen muhatabın çeki ödemekten menedilmesi istenebilir. Bu halde muhatap banka, teyitli çeki ilişkin ödemede bulunamayacaktır¹⁷⁵. Yargıtay kararlarında da bu husus tereddütsüz kabul edilmektedir¹⁷⁶.

¹⁶² "Teyitli çeki bankadan tahsil edemeyen, bu çeki keşideciden de tahsil edebilir." Yarg. 19. HD., T: 15.10.1996, E: 1996/6162, K: 1996/9057 (Eriş, s. 775).

¹⁶³ Bankanın teyit nedeniyle ödeme yapmaması üzerine alacağını dava yoluyla tahsil eden hamil, bankaya munzam zarar talebi de yöneltebilir, Yarg. 11. HD., T: 31.10.2002, E: 2002/8747 K: 2002/9817 (Lexpera).

¹⁶⁴ Akay, s. 106; Yıldırım, s. 3492-3493. Çek ilişkisinde hiçbir tarafa sorumluluk yüklenmeden bu ilişkiden bağımsız sigorta prensipleri ile riskin primlerle oluşan fondan karşılanarak paylaşılması önerisi için bkz. Aksoy, s. 286.

¹⁶⁵ Örnek bir uyuşmazlık için bkz. Yarg. 11. HD., T: 14.2.2022, E: 2020/6947, K: 2022/1096 (Kazancı).

¹⁶⁶ Kendigelen, Çek, s. 471-472; Tamer, s. 7; Çimen, s. 50; Kara, s. 829; Yağmur, s. 2889; Yıldırım, s. 3492, dn. 139. Aksi yönde bkz. Can, s. 77.

¹⁶⁷ Tamer, s. 7. Yazar hamilin zararın varlığını ispat yükü altında olmadığını kaydetse de zararın varlığını ispat yükü TBK m.114/II atfıyla TBK m.50 uyarınca alacaklı üzerindedir.

¹⁶⁸ Ayli, s. 175; Tamer, s. 7.

¹⁶⁹ Bu halde yasal faiz veya açıkça talep edilmesi halinde ticari işlerde uygulanan temerrüt faiz oranı uygulanacağı yönünde bkz. Kendigelen, Çek, s. 469, dn. 57. Oran belirtmeksizin gecikme faizi ödeneceğinden bahisle Ayli, s. 173; Aydın, s. 134.

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, İzzet (2019), Çek Kanunu, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 117; Büyüksişli, Ahmet (2020), Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar, İstanbul, Seçkin, s. 88 vd.

¹⁷¹ Teyitli çekin karşılıksız kalan kısmının yüzde onunu ödeyen keşidecinin, bu ve diğer zararları için muhatap bankaya başvurabileceği yönünde bkz. Yıldırım, s. 3493.

¹⁷² Kendigelen, Çek, s. 469.

¹⁷³ Yarg. 19. HD., T: 11.2.1992, E: 1992/214, K: 1992/110 (Kazancı).

¹⁷⁴ Yarg. 11. HD., T: 29.12.1993, E: 1993/2232, K: 1993/8792 (Kazancı).

¹⁷⁵ Kendigelen, Çek, s. 468; Reisoğlu, s. 155.

¹⁷⁶ Yarg. 19. HD., T: 19.12.2017, E: 2016/19449, K: 2017/8085 (Lexpera).

Banka hamile teyit kaydı gereği ödemede bulunursa, teyidin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği gereği, çekin karşılıksız kalmasına bağlanan hukuki sonuçlar oluşmamalı ve karşılıksız işlemi yapılmamalıdır. Karşılıksız işleminin yapılmaması, ÇekK m.5'te düzenlenen karşılıksız işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun maddi unsuru olan eylemin¹⁷⁷ gerçekleşmemesine sebebiyet verecek ve cezai sonuçlar doğmamış olacaktır¹⁷⁸.

IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

Teyit beyanı, çekin ödeneceğine ilişkin endişeler giderme ihtiyacı sebebiyle ticari hayatta doğmuş, daha sonra hukuka sirayet etmiştir. Pek çok konuda olduğu gibi burada da hukuk, hayatı takip etmektedir.

Teyit beyanı veren muhatap banka, kambiyo ilişkisine girmemekle beraber bir borçlar hukuku taahhüdü olarak çeke ödeme garantisi vermektedir. Keşideci bu beyanın verdiği güvenle lehtara çekle ödemeyi kabul ettirebilmekte; lehtar ise çekin ödeme rizikosunun ortadan kalkmasının verdiği rahatlıkla işlem yapmaktadır.

Cenevre Konvansiyonu Ek II m.6 taraf devletlere, kabul manasına gelmemek üzere, çekin teyidinin de aralarında bulunduğu belli beyanları düzenleme yetkisi tanımıştır. Buna karşılık çekin teyidi Amerika, Fransa ve çok sınırlı da olsa Almanya'nın aksine, Türk hukukunda doğrudan bir pozitif normla düzenlenmiş değildir. Buna karşılık mevzuata bakıldığında teyitli çek uygulamasına dair izler görmek mümkündür. Kanun koyucu her ne kadar temel kanunlar olan TTK ve ÇekK'da teyitli çekin hüküm ve sonuçlarına ilişkin doğrudan bir düzenlemeye gitmemişse de uygulamanın getirdiği gereklilikler mevzuata yansımış ve çekin ödeneceğine dair güven duygusunun, kesinlik sınırında tesis edilmesinin arandığı kamusal işlemler başta olmak üzere pek çok alanda teyitli çek ile ödeme yapılmasına ilişkin hüküm ihdas edilmiştir.

Hukuki niteliği itibarıyla teyit, keşideci ve muhatap banka arasında akdedilen üçüncü kişi yararına

sözleşmeden (TBK m.129) ibarettir. Anılan sözleşmeden teyit edilen çekin meşru hamili yararlanmaktadır. Yani, keşideci vaat ettiren; muhatap banka vaat eden ve çekin meşru hamili de lehtardır. Lehtarın ifayı talep etme hakkı bulunduğundan, üçüncü kişi yararına tam sözleşme bulunmaktadır. Kanaatimizce burada teyitli çekin işleyişinden kaynaklı olarak lehtarın/hamilin bankadan ödeme talep etmesi şeklinde bir örf-adet kuralı (TBK m.129/II-ilk cümle) bulunduğu söylenebilir.

TBK m.129/II-ikinci cümle uyarınca üçüncü kişinin bildirimine kadar vaat ettirenin yapacağı borcun nitelik ve kapsamını değiştiren her türlü tasarrufun geçerli olması ve üçüncü kişi (lehtar/hamil) için de sonuç doğurması söz konusudur. Çek ise kamu güvenini mazhar bir kambiyo senedi olduğundan, tedavüle çıktıktan sonra, hamilin bankaya böyle bir bildirim bulunmasa dahi, keşidecinin teyitten doğan borcun nitelik ve kapsamını değiştirme yahut borcu ortadan kaldırma gibi tasarruflarda bulunması mümkün olmamalıdır.

Teyit muhatap banka tarafından çekin ön veya arka yüzüne yazılan bir irade beyanı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Öğretide teyit beyanının, teyit edilen miktarın bloke edildiği hususunu da içermesinin gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler mevcut olsa da çekin -o anda- karşılığı olduğunu bildiren "*karşılığı mevcuttur*" beyanının teyit olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ve yorum ilkelerine tabi tutulması sonucu vize kaydı olarak değerlendirilebileceğini düşünüyoruz. "*Teyit edilmiştir*" ibaresinde ise, teyit edilen miktarın aynı zamanda bloke de edildiği, zımnem kabul edilmektedir. Ancak her somut olayda, bankanın çek üzerine düştüğü kaydın yorumu TBK m.19'un getirdiği yorum ilkeleri çerçevesinde yapılmalıdır.

Pek çok yargı kararına konu olduğu üzere teyit beyanının muhatap bankanın yetkililerine ait olmayan imza ile verilmesi hali dikkat gerektirmektedir. Bu noktada TTK m.818/I-c atfıyla çekler için de cari olan TTK m.678 uygulanmamalıdır. Zira söz konusu hüküm poliçeden (çekten) bizzat sorumlu olma yaptırımını getirmekte; yani kambiyo ilişkisine dair sonuçlar doğurmaktadır. İmza sahibinin ticari temsilci olduğu durumlarda, bir borçlar hukuku taahhüdü olan teyit işleminin, ticari temsilcinin (örneğin, ban-

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Büyükşişli**, s. 128 vd.

¹⁷⁸ **Reisoğlu**, s. 153; **Kendigelen**, Çek, s. 467. Aksi yönde bkz. **Pulaşlı**, 2019, §25, N. 22.

ka şube müdürlerinin) yetkisi dahilinde olduğu kanaatindeyiz (TBK m.548). Çek teyidinin, genel yetkili ticari vekilin yapabileceği olağan işlerden olup olmadığı hususunda ise bankanın olağan işlerinden sayılması gerektiği kanaatindeyiz. TTK m.371/VII uyarınca çıkarılan ve usulüne uygun şekilde tescil edilen bir iç yönerge ile kendilerine teyit verme yetkisi verilmeyen ticari vekiller için ise aksi sonuca varmak gerekir. Nitekim burada sicilin olumlu etkisi devreye girecek ve üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmeyecektir (TTK m.36/III).

Çeke konulan kabul kaydının, teyide tahvil edilmesi mümkün değildir. TTK m.784 de bu kaydı “yazılmamış” saydığından, tahvil yapılmamalıdır. Muhatabın herhangi bir beyanda bulunmaksızın imzası da blokaj iradesi dış dünyaya yansımadağından teyide tahvil edilememelidir.

Teyit beyanının sahteliği ve hamilin kötü niyetinin, her türlü delille ispatlanabileceği akıldan çıkarılmamalıdır.

Teyit tarihi, imzayı atan banka çalışanın o tarihteki yetkilerinin tespiti veya başkaca ispat konularında faydalı olmakla birlikte, teyit beyanının geçerlilik şartı olarak görülmemelidir.

Muhatabın teyit beyanına dayalı ödeme yükümlülüğü çekin ibraz süresi (TTK m.796) ile sınırlıdır. Çek ibraz süresi içinde ibraz edildiği takdirde banka hamile ödeme yapmakla yükümlüdür. Ancak teyitli bir çek, ödemeyi durduran ihtiyati tedbir kararı alınması gibi haklı nedenlerin varlığında, süresi içinde ibraz edilse dahi, muhatap bankaca ödenmez ve bu ödememe durumu muhatap bankayı çek hamiline karşı sorumlu kılmaz.

Çekin teyidi -kural olarak- keşideci tarafından talep edebilecektir; nitekim hamilin karşılık üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Ancak karşılığın devri halinde hamilin de teyit talep etmesi mümkündür.

Teyit işleminin doğal sonucu, banka çek karşılığını bloke etmelidir. Bu husus, teyidi vizeden ayırt eden noktadır. Blokaj işlemi, keşidecinin söz konusu meblağ üzerindeki, tasarruf yetkisinin dondurulması amacıyla; muhatabın çek tutarını, çek hesabından

çıkararak, muhtelif alacaklar hesabına ya da lehtar adına açılan özel bir hesaba geçici olarak nakletmesini ifade eder. Böylece keşidecinin alacaklılarının artık bu bedel üzerine haciz koymaları engellenecek ve keşidecinin de hesap üzerinde bir başkası lehine rehin hakkı tesis etmesinin önüne geçilecektir. Karşılık ayrı bir hesapta tutulduğundan, söz konusu meblağ keşidecinin hesabında alacak olarak yer almayacak ve muhatap banka, hesap üzerine haciz koydurarak İİK m.89 uyarınca kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ ettiren üçüncü kişilere, kendisinde hesap sahibi borçluya ait böyle bir alacağın var olmadığı yönünde itirazda bulunabilecektir.

Çekin bağlı olduğu hesapta bulunan para alacak rehinine konu olmuşsa veya haczedilmişse, süresi içerisinde ibraz olunan çek bankaca bu hesaptan ödenemeyecektir. Öyleyse alacak rehininin veya haciz kararının çekin teyidinden önce veya sonra gelip gelmediğine bakılmaksızın, muhatap banka teyitli çek hamiline ödeme yapmalıdır. Çünkü, hukuki sonuçlar çekin teyidinden önce doğmuşsa, aslında etmemesi gereken çeki teyit eden ve böylece basiretsiz davranan banka sorumlu tutulmalıdır. Rehin veya haciz teyitten sonra gerçekleşmişse de banka, teyit işlemini takiben çek bedelini bloke etmediği veya başka bir bloke hesaba almadığı için sorumlu olmalıdır.

Teyit bir kambiyo taahhüdü olmadığından hamil, bankaya başvururken başvurma hakkına ilişkin TTK m.808 vd. hükümlerine değil; TBK m.112 vd. da düzenlenen sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere dayanacaktır.

Bankaya karşı hamilin sahip olduğu talep hakkının TBK m.146 uyarınca, çekin ibraz edildiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olduğu savunulsa da burada on yıllık zamanaşımının uygulanması sakıncalı olup -karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi- TTK m.814 benzeri bir yasal düzenlemeye gidilerek kısa zamanaşımı süresi ihdas edilmesi yerinde olacaktır.

Hamil teyit nedeniyle bankadan çek bedelini, temerrüt faizini ve varsa temerrüt faizini aşan miktarda geç ödemedi kaynaklanan diğer zararlarını talep edebilir. Ancak, TTK m.783/III’te düzenlenen çekin karşılıksız kalan bedelinin %10’unu ve TTK m.810’daki talepleri ileri süremez.

Banka hamile teyit kaydı gereği ödemede bulunursa, teyidin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği gereği, çekin karşılıksız kalmasına bağlanan hukuki sonuçlar oluşmamalı ve karşılıksız işlemi yapılmamalıdır.

Bu makalede inceleme konusu yaptığımız çekin teyidi, uygulamada sıkça karşılaşılan bir ihtiyari kayıttır. Mevzuattaki yeri ve kullanım alanı dikkate alındığında hiç de azımsanamayacak bir ekonomik hacimde işleme konu edilmektedir. Bu bağlamda, çekin teyidinin TTK m.780/I-h uyarınca hayata geçen ve teknolojideki gelişmelerin kıymetli evrak hukukuna yansımaları olarak görülebilecek karekod sistemine entegre edilmesini gerekli ve önemli bir adım olarak görüyoruz. Böylece ödeme yöntemlerinin güvenli şekilde elektronikleşmesi adına bir adım daha atılmış olacaktır.

Öte yandan teyit kurumu, hüküm ve sonuçları bakımından normatif temele sahip olmadığından teyit beyanının mahkemelerce her somut olayda değerlendirilmesi gerekmektedir. Keşideci, banka, hamil ve keşidecinin alacaklıları dörtgeninde blokaj, haciz, rehin, ihtiyati tedbir, ödemedir men yasağı gibi farklı hukuki kurumların ne şekilde uygulanacağı sorusunun doğurduğu sorunlar teyitli çekin kendisinden beklenen fonksiyonu icra etmesine engel olabilmektedir. Beyan tereddütsüz şekilde borçlar hukuku alanına ait kabul edilse de o alandaki hangi sözleşme veya taahhüt tipine tekabül ettiği, hangi savunma ve defilere vücut verdiği ile zamanaşımı süresi noktasında belirsizlikler de sorunu katmerli hale getirmektedir.

Tüm bunlar dikkate alındığında, Amerika ve Fransa'da olduğu gibi, teyidin şekil, hüküm ve sonuçlarını düzenleyen kanuni düzenlemelere gidilmesi ve uygulama birliği sağlanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abaç**, Sadi (1965), 'Çeklerde Tasdik (Sertifikasyon) ve Karşılığın Bloke Edilmesi', *BATİDER*, S: 1, C: 3, s. 139-144.
- Akay**, Hasan Onur (2011), 'Teyitli Çek' (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Akıskı**, Adnan (1954), Çek, Ankara, Doğan Kardeş.
- Aksoy**, Nazım (2022), 'Karşılıksız Çeklere İlişkin Sigorta Fonunun Oluşturulması Konusunda Öneriler', *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C: 12, s. 281 - 295.
- Ayli**, Ali (2019), Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayli**, Ali & **Yardımcıoğlu**, Didem (2014), 'Çekte Düzenleme Tarihi ve Önemi', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, s. 3195-3239.
- Aydın**, Hanife (2021), Çekte Muhatab Bankasının Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Bahtiyar**, Mehmet & **Taşdelen**, Nihat & **Biçer**, Levent & **Hamamcıoğlu**, Esra (2022), Kıymetli Evrak Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Biçer**, Levent (2008), 'Çekte Kabul Yasağı ve Sonuçları', *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, s. 121-142.
- Bilgen**, Mahmut (2010), Uygulamada Kambiyo Senetleri (Poliçe, Bono, Çek) ve 5941 Sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi, Ankara, Adalet.
- Blocking Payment on a Certified, Cashier's, or Bank Check (1974), *Michigan Law Review*, S: 2, C: 73, s. 424-443.
- Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2018), Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara, BTHAE.
- Büyüksişli**, Ahmet (2020), Karşılıksız Çeke Bağlanan Sonuçlar, İstanbul, Seçkin.
- Cabrillac**, Michel (2009), 'Chèques Affectés d'une Modalité Particulière et Chèques Soumis À Un Statut Spécial', *JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 340.
- Can**, Mertol (1998), 'Çek Hamilinin Muhatab Bankaya Karşı Hukukî Durumu', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1-2, C: 2, s. 63-82.
- Coşkun**, Mahmut (2022), Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Çimen**, Murat (2006), 'Çekte Kabul ve Teyid', *Bursa Barosu Dergisi*, S: 81, C: 30, s. 47-54.
- Domaniç**, Hayri (1990), TTK Şerhi IV (TTK m.557-772), Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, Temel.
- Durgut**, Ramazan (2006), 'Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi', *İstanbul Barosu Dergisi*, S: 3, C: 80, s. 985-1004.
- Erem**, Faruk & **Kalpsüz**, Turgut & **Çelebican**, Gürgân (1974), İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği.
- Eren**, Fikret (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eriş**, Gönen (2014), Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak (Poliçe-Bono-Çek-Makbuz Senedi-Varant), 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ertekin**, Erol & **Karataş**, İzzet (1992), Uygulamada Ticari Senetler Hukuku, Ankara, Feryal.
- Fish**, Asa I. & **Wharton**, Henry (Editörler) (1861), *The American Law Register* Vol. IX, Philadelphia, Crissy & Markley, Printers.
- Göle**, Celal (1994) "Mavi Çek" ve Benzeri Belgelerin Çek Hükümünde Sayılıp Sayılmayacağı', *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 49, s. 235-242.
- Häuser**, Franz, 'D. Scheckverkehr': Herresthal, Carsten (Editör) (2019), *Münchener Kommentar zum HGB*, 4. Baskı, Münih, C.H. Beck.
- İnan**, Nurkut (1981), Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara, BTHAE.
- Jeantin**, Michel (1995), *Droit Commercial, Instruments de Paiement et de Crédit, Entreprise en Difficulté*, 4. Baskı, Paris, Dalloz.
- Jones**, Francis R. (1892), 'The Liability of the Maker of a Check After Certification', *Harvard Law Review*, S: 3, C: 6, s. 138-149.
- Kara**, Elif (2018), 'Teyitli Çek', *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, S: 2, C: 7, s. 811-844.
- Karayalçın**, Yaşar (1964), *Ticaret Hukuku Dersleri II Ticari Senetler*, 3. Baskı, Ankara, BTHAE.
- Kaya**, Asım (2015), 'Çekte Kabul Yasağı ve Hukuki Sonuçları', *Terazi*, S: 105, s. 82-88.
- Kaya**, Mustafa İsmail & **Tatlı**, Burçak (2022), *Ticaret Hukuku - II (Kıymetli Evrak Hukuku)*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kendigelen**, Abuzer (2019), Çek Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha (Çek).
- Kendigelen**, Abuzer (2009), 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Çeke İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi', *BATİDER*, S: 3, C: 25, s. 25-66 (Değerlendirme).
- Kendigelen**, Abuzer & **Kırca**, İsmail (2022), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kınacıoğlu**, Naci (1999), *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Nobel.

- Kırca**, İsmail (2010), ‘Teyitli (Bloke) Çek - Gayrı Nakdi Kredi İlişkisi’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C: II, İstanbul, On İki Levha, s. 1235-1241.
- Krepold**, Hans-Michael & **Zahrte**, Kai, ‘§8. Bankgeheimnis’: Ellenberger, Jürgen & Bunte, Hermann-Josef (Editörler) (2022), Bankrechts-Handbuch Band I, 6. Baskı, Münih, C.H. Beck.
- Oğuzman**, M. Kemal & **Barlas**, Nami (2016), Medenî Hukuk, 22. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, M. Turgut (2021), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 16. Baskı. İstanbul, Vedat.
- Özgenç**, İzzet (2019), Çek Kanunu, 8. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Öztañ**, Fırat (1982), Garantili Çek (Eurocheque), Ankara, Turhan (Garantili Çek).
- Öztañ**, Fırat (1997), Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan (1997).
- Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal (2018), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Pulaşlı**, Hasan (2007), Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Adalet (2007).
- Pulaşlı**, Hasan (2019), Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara, Adalet (2019).
- Reisoğlu**, Seza (2011), Çek Hukuku, Ankara, Cem.
- Roberts**, Paul C. & **Morris**, William O. (1951), ‘The Effect of a Stop Payment Order on a Certified Check’, Wyoming Law Journal, S: 4, C: 5, s. 170-180.
- Sungurtekin**, Meral (1990), ‘Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi’, Manisa Barosu Dergisi, S: 4, s. 490-504.
- Şimşek**, Edip (1983), Hukukta ve Cezada Ticarî Senetler, Ankara, Yonca.
- Tamer**, Ahmet (2013), ‘Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek’, Bankacılar Dergisi, S: 87, s. 3-17.
- Tekil**, Müge (1997), Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta.
- Tekinalp**, Ünal (2009), Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Tuna**, Ergun & **Göç Gürbüz**, Diğdem (2018), Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, İstanbul, Beta.
- Türcan**, Mehmet (2018), ‘Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, Füsün (2021), Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Yağmur**, Setenay (2016), ‘Türk Hukukunda Çeke Konulabilecek Kanunda Öngörülmeven Bazı İhtiyari Kayıtlar’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 3, C: 22, s. 2867-2892.
- Yıldırım**, Ali Haydar (2014), ‘Çek Cezası (TTK 783/3)’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, s. 3449-3506.
- Zeki**, Namık (1934), Senedatı Ticariye, İstanbul, Türkiye Matbaası.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

DÖVME SANATÇILARININ TELİF HAKLARINA DAİR TARTIŞMALARIN FİKRİ HAKLARIN ALIŞILMADIK BİR SINIRI OLAN MEKÂNSAL GERÇEKLIK ALGISI İSTİSNASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

EVALUATION OF THE DISCUSSIONS ON THE COPYRIGHTS OF TATTOO ARTISTS IN COMPUTER GAMES IN TERMS OF THE SPATIAL REALITY PERCEPTION EXCEPTION AN UNUSUAL LIMIT OF INTELLECTUAL RIGHTS

Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU^(**)

Öz

Dövme, insanlık tarihi kadar eski bir sanat dalı olarak kabul edilmektedir. Dövmeler ise türlerine ve özelliklerine göre fikri hukuk bakımından genel olarak korunmaya uygun bulunan figüratif eserlerdir. Dövme sanatçısının hakları ile dövmenin vücuduna yapıldığı kişinin haklarının arasında atipik bir çekişme söz konusudur. Zira diğer fikri ürünlerden farklı olarak dövmenin uygulandığı yer insan vücududur. Dövmenin hususiyet arz eden bir figür olduğu veya dövme yaptıran kişinin milyonlarca takipçisi bulunan, şöhretli bir kişi olduğu durumlarda bu menfaat çatışması daha fazla ve daha belirgin bir önem kazanmaktadır. Zira bu özgün dövmeler veya şöhret sahibi bir kişinin yaptırdığı dövmeler son derece popüler olabilmektedir. Bu şöhretli kişilerin dövmelerinin sinema eserleri veya bilgisayar oyunlarında görünür şekilde konumlandırılması halinde ise durum giderek daha karmaşık bir hal almaktadır. Dövme sanatçılarının şirketi olan Solid Oak Sketchers LLC'nin, NBA2K oyununun yapımcısı Take-Two Interactive Software ve 2K Games Inc'ye telif hakkı ihlali iddiasıyla açtığı dava bu bakımdan dikkat çekicidir. Mahkemenin bu davayı reddederken yaptığı değerlendirmeler dövme sanatçılarının telif haklarının anlaşılması bakımın-

dan önem taşımaktadır. Sony v Grand Turismo kararında kabul edilen mekânsal gerçeklik algısı istisnası, dövme sanatçılarının oyun yapım şirketine açtıkları bu davada, kendisini oldukça farklı bir şekilde tekrar göstermiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, daha evvel Sony'nin Gran Turismo isimli bilgisayar oyununu tanımlayıcı eser (expressive work) olarak kabul etmiştir. Bu davada mahkeme, davacı VIRAG, S.R.L.'nin marka hakkına, mekânsal gerçeklik algısı istisnası kapsamında tecavüz edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, Solid Oak Sketchers LLC tarafından açılan davada ise bu bakış açısını çeşitli kriterlerle olgunlaştırmıştır. Dövme sanatçılarının telif haklarını incelediğimiz bu çalışmada önce mekânsal gerçeklik algısının etki ve kriterleri bahse konu iki adet ABD yüksek mahkemesi kararlarının gerekçelerinin ışığında ele alınarak tartışılmıştır. Tebliğde ayrıca mekânsal gerçeklik algısının fikri hukuktaki yeri, bu davaların gerekçeleriyle detaylı bir şekilde analiz edilerek aydınlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Dövme, Telif Hakkı, Bilgisayar Oyunu, Mekânsal Gerçeklik Algısı.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 01.11.2022 / Kabul Tarihi: 04.02.2023).

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, (metetevetoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2575-906X).

Atıf/Citation: Tevetoğlu, Mete (2023), "Dövme Sanatçılarının Telif Haklarına Dair Tartışmaların Fikri Hakların Alışılmadık Bir Sınırı Olan Mekânsal Gerçeklik Algısı İstisnası Bakımından Değerlendirilmesi", TFM, C: 9, S: 1, s. 63-72.

Abstract

Tattooing is considered as an art form as old as human history. Tattoos, on the other hand, are figurative works that are generally suitable for protection in terms of intellectual law, according to their types and characteristics. There is an atypical conflict between the rights of the tattoo artist and the rights of the person on whom body the tattoo is made. Because unlike other intellectual products, the place where the tattoo is applied is the human body. This conflict of interest becomes more and more prominent in cases where the tattoo is a distinctive figure or the person who has the tattoo is a famous person with millions of followers. Because these original tattoos or tattoos made by a famous person can be extremely popular. The situation becomes more and more complicated if the tattoos of these famous people are visibly positioned in movies or computer games. The lawsuit filed by Solid Oak Sketchers LLC, the company of tattoo artists, against Take-Two Interactive Software and 2K Games Inc, the producer of the NBA2K game, alleging copyright infringement, is noteworthy in this regard. The evaluations made by the court while rejecting this case are

important in terms of understanding the copyrights of tattoo artists. The spatial reality perception exception accepted in the Sony v Grand Turismo decision has reappeared in a quite different way in this lawsuit filed by the tattoo artists against the game production company. The US Supreme Court previously accepted Sony's computer game Gran Turismo as expressive work. In this case, the court decided that plaintiff VIRAG, S.R.L.'s trademark right was not infringed within the scope of the spatial reality perception exception. In the case filed by Solid Oak Sketchers LLC, the court has matured this point of view with various criteria. In this study, in which we examine the copyrights of tattoo artists, the effects and criteria of spatial reality perception are discussed in the light of the justifications of the two US Supreme Court decisions. In the paper, the place of spatial reality perception in intellectual law is clarified by analyzing in detail the grounds of these lawsuits.

Keywords

Tattoo, Copyright, Computer Game, Perception of Spatial Reality.

I. GİRİŞ

Fikri mülkiyet hukuku, bilişim hukuku, teknoloji ve içinden geçtiğimiz şartlar ve koşullar önümüze yeni ürünler, iletişim biçimleri, platformlar, tartışmalar, konular, uyumsuzluklar getirmektedir. Böylece her ne kadar klasik anlamdaki kavramlardan, ilkelerden, işlemlerden ve prensiplerden uzaklaşsak da aslında önümüze çıkan bu yeni durum ve gelişmeleri, tartışmaları ve ürünleri yorumlamak, analiz etmek; ürün, uygulama ve tartışma bazında doğru yasal çözümlerin ve doğru hukuki çözümlerin neler olacağını araştırma ihtiyacıyla karşı karşıya kalmaktayız. Bilgisayar oyunları günümüzün en çok tüketilen dijital fikri ürünü. Buna mukabil dövme sanatçılarının telif hakları ise bilgisayar oyunları vesilesiyle gündeme gelen bir diğer fikri ürün. İlk bakışta birbiriyle uzak görünen bu iki ürünün teması ortaya atıptık tartışmalar çıkartmış durumda.

Dijital oyunlar, dijital eğlence, eğlence endüstrisinin yeni fikri öğeleri eksenindeki gelişmeler kendine özgü bir hukuki analiz ihtiyacına sahip. Dövme sanatçılarının yaptığı çalışmaların bilgisayar oyunlarında doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılması sonucunda ortaya çıkan tartışmalar ve mahkeme kararları bu bakımdan dikkat çekici. Bilgisayar oyun-

larında dövme sanatçılarının telif hakkına ilişkin tartışmaları bu sebeple fikri mülkiyet hukukunun alışılmadık bir istisnası olan mekânsal gerçeklik alması istisnası ışığında, örnek olaylarla ele alacağız.

Bu çalışmada bilgisayar oyunları özelinde dövme sanatçılarının telif haklarına dair hukuki tartışmaları ele alacak olsak da fikri mülkiyet hukuku alanında dövme sanatçılarının hak sahiplikleri ile ilgili düzenleme veya çalışmaların tatmin edici bir seviyede olmadığını gözlemlediğimizi ifade etmek gerekir. Zira hem genel eserlerde hem de tekil çalışmalarda daha çok klasik eserler ve fikri ürünler üzerindeki hak sahipliği gibi tartışmalar daha çok ön plana çıkmaktadır. Bu durumun sebebi bunların endüstrilerinin daha kuvvetli olması ve daha geniş bir pazar payına sahip olmaları şeklinde izah edilebilir. Diğer yandan bilgisayar oyunları; dövme sanatlarına, dövme sanatçılarına ve bunların figüratif eserlerine göre daha geniş bir pazar payına ve eğlence endüstrisi ekosistemine sahip olduğu için, dövmelerin bilgisayar oyunlarında kullanılması, dövme sanatçılarının haklarına dair nitelikli bir hukuki değerlendirme yapılmasına yol açmıştır. Böylece, son on yılda dövme sanatçılarının ortaya çıkarttığı figüratif eserlerin ve bazı diğer fikri ürünlerin bilgisayar oyunlarında kullanılmasına dair tartışmalar

rı ele alma fırsatı bulacağız. Diğer bir ifadeyle bugün bilgisayar oyunlarında kullanması vesilesiyle dövme sanatçılarının sahip olduğu haklar daha çok tartışılmakta, daha çok ele alınmaktadır. Bu sayede, bu iki fikri ürün arasında etkileşimin ortaya çıkarttığı kavramlar ve tartışmalar hem entelektüel hem de pratik hukuki değere sahiptir.

Döme aslında insanlık tarihi kadar eski bir sanat dalıdır. Her ne kadar, bu çalışmada dövmenin geçmişi ve gelişimine dair tüm tarihsel detaylara yer verme fırsatımız olmasa da eski Mısır'da mumyalarda dahi dövme olduğu saptanmış durumdadır¹. Döme aslında insan vücuduna dışarıdan bir müdahaledir. Bir başkasının, bir diğer kimsenin vücuduna harici bir müdahale yapması olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu anlamda bakılınca ceza hukuku bakımından ve kişilik hakları bakımından da çok entere-san tartışmalara zemin sahibi olan bir konu olduğunu görmekteyiz. Zira aslında rızası hilafına bir kişiye dövme yapılması veya mevcut bir dövmenin kişinin rızası hilafına değiştirilmesi, silinmesi, yaralama, bedensel bütünlüğün ihlali, kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir². Diğer yandan rıza hilafına deri altına işlenen mürekkeplerle kalıcı bir iz oluşturması da hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından ulaşılabilecek yaptırımın derecesinin tayininde dikkate alınması gereken bir özellik ve durumdur.

Döme, geçici veya kalıcı olmasından bağımsız bir şekilde, toplumda giderek yaygınlık kazanan bir durumdur³. Toplumda dövme sahibi olan insanların, sanatçıları, sporcuları her gün daha fazla görmekteyiz. Popüler insanların dövme hem örnek alınmakta hem de dövmenin yaygınlaşmasını desteklemektedir. Buna mukabil dövme konusu hukuki boyutu literatürde sanıldığı kadar derinlemesine analiz edilmiş, değerlendirilmiş değildir. Zira dövme

sanatçıları, dövme atölyelerinde ve dövme stüdyolarında, dövme sanatçıları ile müşterileri arasında dövmenin yapılması öncesinde veya sonrasında herhangi bir sözleşmesel görüşmenin ve müzakerenin yapılmadığını, aydınlatma ve onay sürecinin sıklıkla söz konusu olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Bu kısa ön değerlendirmelerin önemi; kendisini, dövme ürününün ortaya çıkmasında taraflar arasında hukuki ilişkinin kişilik hukukundan tutun sağlık hukukuna, vücut bütünlüğüne müdahaleden dolayı ceza hukukuna ve aydınlatılmış rıza ve onam meselesinden dolayı kişilik hukuku ve sağlık hukukuna ilişkin çok geniş bir perspektife sahip olduğunu tespit etmek bakımından göstermektedir. Diğer bir ifadeyle tarihsel bakımdan oldukça eskiye dayanan bir uygulama olan dövme farklı hukuk alanlarıyla kuvvetli bir temasa sahip olmasına rağmen temasta olduğu bu alanlarda derin bir analize konu edilmişken, bilgisayar oyunları vesilesiyle hukuk gündemine daha çok gelmiş olması dikkatten kaçırılması gereken bir husustur.

II. DÖVMENİN HUKUKİ ANALİZİ

Konunun özüne değinmeden önce dövme konusu neden önem arz ediyor ve neden atipik tartışmaları beraberinde getiriyor sorularının cevaplandırılması önem arz etmektedir. Çünkü esasen dövme sanatçısının hakları ile dövmenin vücuduna yapıldığı kişilerin hakları arasında atipik bir çatışma söz konusudur. Normal şartlar altında bir eser sözleşmesinden veya bir eser sipariş sözleşmesinden bahsettiğimizde aklımıza dövme veya dövme figürasyonu gelmemektedir. Fakat ana hatlarıyla dövme bir eser veya eser sipariş sözleşmesinin tüm karakteristik özelliklerini taşımaktadır. Konuyu sıradan bir eser siparişi sözleşmesinden ayıran ve atipikleştiren özellik ise dövme sanatçısının figüratif eserinin işlediği dövmenin bir başka kişinin vücuduna yüklenmesi, bir başka işlemin vücudunun bu ürünün ana malzemesi ve materyali haline gelmesinden kaynaklanmaktadır.

A. DÖVMENİN İHTİMALLER ÇERÇEVESİNDE ESER NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

Dövmenin figüratif bir eser olarak sahibinin hususiyetini arz etmesi şartıyla bir fikir sanat eseri olup olamayacağı sorusunun öncelikle değerlendirildi-

¹ **Starr**, Michelle, Science Alert, Hidden Tattoos Found on Egyptian Mummies Change Our Knowledge of the Ancient Practice, <https://www.sciencealert.com/seven-ancient-egyptian-mummies-have-been-found-with-hidden-tattoos>, s.e.t. 15.11.2021.

² Döme ve piercing gibi uygulamaların ceza hukukunda değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Hakeri**, Hakan, (2007), 'Ceza Hukukunda Önemli Hareketler', TBB Dergisi, S. 69, C. 20, s. 55-96.

³ **Mccuskey**, Megan, Time, Pandemic Woes and a "YOLO Mentality" Have Ignited a Boom Time for Tattoo Artists, <https://time.com/6089991/tattoo-artist-boom-covid-19/>, s.e.t. 16.11.2021. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. IBIS World, Tattoo Artists in the US - Market Size 2002-2027, 31.07.2021, s.e.t. 16.11.2021.

rilmesi gerekmektedir. Dövme, bir insan vücuduna işlenmesi kriter olarak dikkate alınmaksızın, eğer hususiyet arz ediyorsa bir fikri ürün olarak, bir eser özelliği gösterebilme potansiyeline ve uygunluğuna sahiptir⁴. Bu yönüyle, dövmenin vücuduna yapıldığı kişinin hakları ile dövme yapan kişinin hakları birazdan bahsedeceğimiz bilgisayar oyunlarındaki tartışmalar ve bu tartışmalara ilişkin istisnalar ortaya çıkması bakımından yasal zemini oluşturan bir nokta olması bakımından gözden kaçırılmaması gereken bir husustur.

Dövme sanatçılarının uyguladıkları dövmelerde üç ihtimal ile karşılaşmaktadır. Birincisi söz konusu dövme veya figüratif eser yahut çizim bir başkasına ait bir çizim veya çalışma olabilmektedir. İkincisi ise dövme, dövme sanatçısının tamamen kendisi tarafından üretilmiş kendisine ait olan ve hususiyetini taşıyan bir çalışma olabilmektedir. Üçüncü ihtimalde, çalışma dövme sanatçısıyla dövmenin vücuduna uygulandığı kişi tarafından beraber geliştirilerek nihayete erdirilmiş, tarafların eşit veya değişken oranda katkılarının olduğu bir eser olabilmektedir. Bütün bu ihtimaller aslında dövmenin kendisinin üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde ve bununla ilgili devam eden tasarrufların tabi olduğu rejimin belirlenmesi bakımından dikkate alınması gereken hususlardandır⁵.

1. Dövme Figürünün Üçüncü Bir Kişiye Ait Olma İhtimali

Birinci ihtimalde, dövme sanatçılarının genellikle pek tercih ettikleri bir yöntem olmamakla beraber, bir başkasına ait çizimlerin dövme olarak uygulandığı durumlarda, aslında kendi eseri, resmi, çizimi veya tasarımı uygulanan kişinin rızasının alınmasının gerekip gerekmediği sorusuyla karşı karşıya kalınabilmektedir. Özellikle bunların ticari amaçla kullanıldığı hallerde konu özellik gösterir. Açıklamak gerekirse, dövmenin örneğin sanatçı ve

sporcular tarafından sinema eserlerinde veya spor müsabakalarında performans kayıtlarına yansıyan, bilgisayar oyunlarında dövmenin aynen yer aldığı veya görüntülediği hallerde, diğer bir ifadeyle gerçeklik algısını koruyan aktarımların gerçekleştiği ürünlerde kullanıldığı hallerde bu ihtimal daha fazla gündeme gelmektedir. O itibarla bir başkasının çiziminin dövme şeklinde bire bir uygulandığı uygulamalar reproduksiyon olarak kabul edilebilir. Bu tür başkasına ait çizimlerin sanatçının veya uygulanan kişilerin tercih ve etkileşimi ile değişim ve geliştirmeleri söz konusu olduğunda burada bir işleme eser ve işleme eserin tabi olduğu temel ilkelerin uygulama sahası bulacağı söylenebilir.

Uygulanacak dövmenin dövme sanatçısı veya hut vücuduna dövme uygulanacak kişi tarafından meydana getirilmesi de mümkündür. Bu durumda, yani eser niteliğini haiz dövmenin eser sahibinin belli olduğu hallerde telif haklarının eser sahibi kabul edilecek kişide olacağı savunulmaktadır⁶.

2. Dövme Figürünün Dövme Sanatçısına Ait Olma İhtimali

Diğer yandan dövme sanatçısı ile vücuduna dövme yapılan kişiler arasında bir sözleşme akdedilmiş olması hali kendine özgü ve tavsiye edilen bir haldir. Tarafların sahip oldukları haklar ve tabi oldukları borçlar elbette yazılı bir sözleşmeyle düzenlenebilir. Belirtelim ki bu sözleşme genel itibarıyla bir eser sözleşmesi hüviyetinde olacaktır. Ancak sözleşme yapma eğilimi, özellikle yazılı bir sözleşme yapılması durumu uygulamaya bakıldığında yaygın değildir. Dövme sanatçılarının sahip olduğu haklar bakımından eğer dövme sanatçısı ile bir sözleşme yapılmış ve bu sözleşmeye istinaden sanatçı bir kişiye bir dövme uyguluyorsa; böyle bir durumda sipariş üzerine sanatçı tarafından yaratılan bir çizimin dövme olarak uygulanması, yani kişiye özgü tekil bir çizim geliştirilmesi halinde eser sahibinin asıl dövme sanatçısı olduğu, vücuduna dövme uygulanan kişinin ise sadece fiziksel olarak cildine zerk edilen nüsha üzerinde hak sahibi olduğu düşünülebilir. Bu durumda, tarafların arasındaki ilişkinin zımni bir gayri inhisari (non exclusive- münhasır olmayan) li-

⁴ Hindistan hukukunda dövmenin eser niteliği için ayrıca bkz. **Wasnik**, Avantika (2022), 'Tattoo Artist and Tattoo Bearer's Rights under the Law', International Journal of Law Management & Humanities, S. 2, C. 5, s. 78-79.

ABD hukuku açısından dövmelerin eser niteliği için ayrıca bkz. **Wills**, Kathleen (2021), 'That Tattoo on Her Shoulder: The Intersection of Copyright Law & Tattoos', Texas A&M J. Prop. L., S. 4, C. 7, s. 627.

⁵ **Wills**, s. 632-634.

⁶ **King**, Yolanda M. (2014), 'The Enforcement Challenges for Tattoo Copyright', Journal of Intellectual Property Law, S. 1, C. 22, s. 36.

sans sözleşmesi vasfı arz ettiği savunulmaktadır⁷. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Özetlemek gerekirse eğer ikinci ihtimalde dövme sanatçısı kendisine ait tekil bir ürün ve çizimi bir kişinin vücuduna ya da cildine uyguluyorsa bu durumda tarafların arasında münhasır olmayan bir lisans sözleşmesinin olduğu ve bu lisans sözleşmesiyle kendi vücuduna dövme uygulanan kişinin bu dövmeyi kamusal alanda teşhir edebilme yetkisiyle o kişiyi desteklediği şeklinde bir kabulden bahsedilmesi gündeme gelecektir⁸.

3. Dövme Figürünün Dövme Sanatçısı ve Dövme Uygulanan Tarafından Birlikte Meydana Getirilmesi İhtimali

Kişinin seçtiği, fakat dövme sanatçısının geliştirdiği veya dövme sanatçısının geliştirip iş sahibinin katkı sunduğu dövmelerde ise bir birlikte eser sahipliğinin söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekmektedir⁹. Elbette diğer tüm eser türlerinde olduğu gibi fikri ürün vasfı arz eden dövmeler için bir tescil sistemi olmadığı için hak sahibinin ispatı bir soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada bir dövmenin, fikri ürün olarak figüratif eser niteliğinden dolayı marka veya tasarım tesciline başvuruya ve tescile konu edilerek dönem ve içerik bakımından hak sahipliğinin eser hukuku açısından ispatına yarar alternatif çözümler geliştirilebilir. Özetle tekrarlamak gerekirse, bir dövme sanatçısı, tekil figüratif bir eserine ilişkin hak sahipliğinin tespit ve ispatını istiyorsa, ilgili ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen (FSEK) eser sayılmanın şartlarını karşılaması ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda öngörülen (SMK) yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini taşıması halinde tasarım veya marka tesciline başvuruya veya tescile konu ederek resmi bir sicile içerik ve tarih bakımından kayıt üreterek hak sahipliğinin tespit ve ispatını sağlama yoluna gidebilecektir.

⁷ **Hatic**, Meredith (2012), 'Who Owns Your Body Art?: The Copyright and Constitutional Implications of Tattoos', Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, S. 1, C. 23, s. 403.

⁸ **Commander**, Jennifer L. (2015), 'The Player, the Video Game, and the Tattoo Artist: Who Has the Most Skin in the Game?', Washington and Lee Law Review, S. 4, C. 7, s. 1974-1976.

⁹ Dövme üzerinde ortak eser sahipliğine ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. **Wills**, s. 641-642.

B. KONUYA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Şimdi buraya kadar bahsettiğimiz çerçevede dövme sanatçısının dövme figürü üzerinde sahip olduğu haklarla, vücuduna dövme uygulanan kişinin arasındaki ilişkiyi daha yakından inceleyebiliriz. Zira bu, tarafların çatışan menfaatleri bakımından ortaya çıkan hukuki tartışmalar güncel olarak kendisini birkaç bilgisayar oyunu özelinde atipik bir şekilde göstermiş durumdadır. Bahse konu tartışmalar-daki bilgisayar oyunları, klasik spor endüstrisinden üretilen e-spor oyunları olarak, yani basketbol, güreş veya futboldan üretilen dijital oyunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri ABD'de, Amerikan Güreşi alanında bir güreşçinin vücuduna yapılmış olan bir dövme uygulamasından kaynaklanan bir davayken bir diğeri ise NBA tarafından bir oyun geliştiriciye verilmiş lisansla NBA basketbol oyuncularının birebir gerçek görsellerinin aktarıldığı bir basketbol bilgisayar oyununda oyuncuların vücutlarındaki dövmelerin kullanılmasından ve birebir aktarılmasından kaynaklanan bir tartışma olarak ortaya çıkmıştır. Nihayet bu çalışmada inceleme konusu olan bu iki davadaki tartışmalar ve varılan sonuçlar, aslında özünü; bilgisayar oyunlarında mekânsal gerçeklik algısı istisnasını ortaya çıkartan bir diğer davada verilen karara dayanmakta olup bu önceki emsal ise aşağıda inceleneceği üzere Sony'nin üretmiş ve yayıncısı olduğu bir başka bilgisayar oyunu olan "GRAN TURISMO" adlı araba yarışında, araba yarışlarının gerçekleştiği arenalarda, pistlerde, platformlarda veya arka planda fiziksel mekân gerçekliği kullanılırken aktarılan başka bir şirketin, bir mobilya mağazasının markasının ve görsellerin yer almasından kaynaklanan bir başka Amerikan Yüksek Mahkemesi kararında karşımıza çıkmaktadır.

1. Roger Ladouceur Uyuşmazlığı¹⁰

İlk başta dövme sanatçılarının telif haklarına ilişkin öncül bir uyuşmazlığı ele alarak başlamak isabetli olabilir. "ROGER LADOUCEUR" isimli dövme sanatçısı, ABD'de kendi dövmesinin bir restoran tarafından kullanılmasına istinaden bir dava açmıştır. Bu davada ilk defa dövme üzerindeki figüratif hak sahipleri tar-

¹⁰ **Gordon**, Jason W. & **Fergemann**, Brian D., Casetext, Artist Files Complaint Against Restaurant Alleging Infringement of a Tattoo, <https://casetext.com/analysis/artist-files-complaint-against-restaurant-alleging-infringement-of-a-tattoo>, s.e.t. 20.11.2022.

tışma konusu yapılmıştır. Restoranla arasındaki uyuşmazlık mahkemeye intikal ettikten sonra mahkeme dışı sulh sonucu verilen tazminatla dava kapanmıştır. Bu yönüyle içtihadı konu olmamakla beraber dövme sanatçılarının eserlerinin üzerindeki telif hakkına dair öncül bir örnek söz konusu olmuştur.

2. Hangover 2 Uyuşmazlığı¹¹

Bilgisayar oyunlarına gelmeden önce konuya dair karşılaşılan bir diğer uyuşmazlık ise 2011 yılında sinema endüstrisinde bir dövme sanatçısının telif hakları ile ilgili bir tartışmaya tekabül eder. Olay meşhur “HANGOVER 2” filmindeki başrol oyuncusu “ED HELMS”in yüzüne, dövme sanatçısı “VICTOR WHITMILL” tarafından, daha evvel Mike Tyson’ında yüzüne uygulanan ve köken olarak yerliler tarafından kullanılan bir motifin dövme olarak uygulanmasına dayanmaktadır.

Burada dövme sanatçısı, WARNER BROS’a karşı Mike Tyson’ın yüzüne uygulanmış ve yerliler için de bir simge olan motifin Hangover 2 filminin başrol oyuncusuna uygulanarak kullanması sebebiyle telif hakkı ihlalini formüle eden bir dava açmıştır. Bu dava da ABD’nin mahkeme dışı uzlaşma mekanizmalarının çalışmasıyla bir içtihadı dönüşmemiş, yine mahkeme dışı sulh ile sonuçlanmıştır. Mahkeme dışı sulhe konu olan bu iki ön uyuşmazlık, aşağıda ele alacağımız diğer davaları tetikleme bakımından öncüdür.

3. Randy Orton Uyuşmazlığı¹²

Bir başka örnekte ise ABD’de bilinen bir güreş sporcusunun vücuduna uygulanan bir dövme veya daha doğru bir ifadeyle dövmenin görüldüğü güreşçi görseli, güreş federasyonu tarafından bir oyun stüdyosuna oyunlaştırılma amacıyla kullanılmıştır. Bu davada “CATHERINE ALEXANDER” isimli bir dövme sanatçısı dünya güreş federasyonuna karşı “RANDY ORTON’a uyguladığı dövmenin¹³, söz

konusu bilgisayar oyununda izinsiz bir şekilde kullanılmasına dair bir dava açmış ve bu davada güreş oyununda güreş sporcusunun vücuduna uygulanan dövmenin aktarılması ile ilgili tartışma konuyu olgunlaştırarak birzandan bahsedeceğimiz örnekler doğru bir evrim geçirmesine yol açmıştır. Nitekim bu dava mahkeme tarafından kabul edilmişse de dövmenin oyunun satışındaki etkisi tespit edilemediği için sanatçının satış gelirinden pay alma talebi kabul görmemiş, 3.750 USD gibi bir tazminatla davacıyı gerçek anlamda tatmin etmemiştir¹⁴.

4. Solid Oak Sketches LLC vs. Take-Two Interactive Software Uyuşmazlığı¹⁵

Nihayet yukarıda yer bulan öncül nitelikteki uyuşmazlıkların devamında bu sefer kapsamlı bir dava ve mahkeme kararına ulaşılmış bulunuyoruz. Böylece dövme sanatçılarının telif haklarına dair tartışmalar bilgisayar oyunları ekseninde ve mekânsal gerçeklik algısı istisnası perspektifinden bir davada ele alınmış olundu. SOLID OAK SKETCHES LLC ve TAKE-TWO INTERACTIVE SOFTWARE arasındaki dava bu bakımdan önemli bir dava ve içtihadı. Bu davada aslında davayı açan dövme sanatçılarının şirketi olan SOLID OAK SKETCHES LLC, NBA 2K oyunlarının yapımcısına karşı yani TAKE-TWO INTERACTIVE SOFTWARE’e karşı bir dava açmıştır. Bu davada, yine bu dövme stüdyosu bünyesinde çalışan dövme sanatçıları tarafından vücuduna dövme yapılan üç basketbol oyuncusunun, görsellerinin dövmelerle birlikte bire bir şekilde basketbol oyununa aktarılması söz konusudur. Uyuşmazlık basketbol oyuncularının görsellerinin, oyuna, davacının sanatçılarının dövmelerine gerçeklik algısının korunması için olduğu gibi aktarılmasından kaynaklanmıştır.

Bu davada, SOLID OAK; NBA oyuncularından ERIC BLEDSOE, LEBRON JAMES ve KENYON

disinden izin alınmadan oyunda kullanılamayacağını; WWE’ye davacının tasarımlarından herhangi birini kopyalaması, çoğaltması veya başka bir şekilde kullanması veya çoğaltması için herhangi bir izin vermediğini beyan ve iddia etmiştir. Yargılamayı yürüten hakim ise yargıç, oyunlarda “özgünlüğün” önemli bir faktör olduğunu ve “WWE, Orton’ın video oyunu kişiliğini, dövmeleri olmadan veya Orton’un gerçek dövmelerinden farklı dövmelerle görünseydi reddederdi” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

¹⁴ Karar için bkz. <https://124.im/uAw6>.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Noonan, s. 215 vd.

¹¹ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. McCarty, John Paul (2014), ‘Skin in the Game: Tattoos, Copyright, and Professional Athletes’, *Mississippi Sports Law Review*, S. 1, C. 4, s. 103-105.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Noonan, Tyler (2017), ‘How Tattoos Fit within the Realm of Copyright Law: Do We Finally Have a Lawsuit That Will Provide Some Clarity?’ *Northern Kentucky Law Review*, S. 2, C. 44, s. 215 vd.

¹³ Bu davada davacı, davanın konusu olan, kabile dövmeleri, kafatasları, İncil ayetleri ve güvercin ve gül olmak üzere beş dövmenin Catherine Alexander’ın orijinal tasarımları olduğu ve ken-

MARTIN'in yaptırdıkları toplam beş adet dövmenin basketbol oyununa birebir aktarılmasından kaynaklanan telif hakkı ihlalden kaynaklı bir iddiada bulunmuştur¹⁶.

5. Sony "Gran Turismo" Uyuşmazlığı¹⁷

Bu davalardan evvel mekânsal gerçekliğin oyunlarda korunması konusunu gündeme getiren ve aslında SOLIK OAK'ın davasının karara bağlanmasında etkili olan motifleri şekillendiren uyumsuzluk ise yukarıda bahsettiğimiz gibi SONY "GRAN TURISMO" oyununda İtalyan mobilya markasının oyunun geçtiği platformlarda VIRAG marka ve mağazasının görsellerinin yer almasından kaynaklanmıştır. Söz konusu uyumsuzluk ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi'nin önüne 2017'de gelen SONY - VLAG davasında karşımıza çıkmış ve mahkeme tarafından davacının telif haklarına göre davalı oyun şirketinin mekânsal gerçeklik algısını koruması üstün tutulmuştur.

III. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMLENMESİ VE VARILAN SONUÇLAR

Bu uyumsuzluklarda ABD Yüksek Mahkemesi fikri ürünler üzerindeki haklara dair, bu fikri ürünlerin bilgisayar oyunlarında kullanılmasında uyulması gereken prensipleri incelerken birkaç önemli tespit bulunmuştur. Bu tespitlerden öne çıkan iki tanesi, ki taraflar arasındaki tartışma bu noktalara çok odaklanmıştır, kullanım şeklinin fair use/adil-dürüst kullanım ilkesine uygunluğu ve diğeri ise de minimis ilkesine/zaruri olanı aşgari seviyede kullanma prensibine uyum şeklinde ifade edilebilir.

Mahkeme, TAKE-TWO ve VLAG kararında, dava konusu kullanımın "fair use" doktriniyle uyumlu olduğunu; dolayısıyla bilgisayar oyunlarında kullanılan kişi ve karakterlerin taşıyıcısı oldukları fikri ürünlerin veya gerçek mekân konumlandırması bulunan marka yahut insan vücuduna işlenmiş durumdaki dövmeleri, oyun yapım veya yayıncısının kendisine ait bir ürün gibi göstermeden, bu şekilde

lanse etmeden, fakat buldukları kişi veya mekân bazında mekânsal veya kişisel gerçekliğe aktararak, gerçekliği koruyarak dönüştürücü ve tanımlayıcı ürün olarak kullanmasının adil bir kullanım olduğunu; oyunu satın alanların ve oynayanların bu öğelerden, mekânsal marka veya dövmelerden ötürü ilgili oyunları tercih etmeleri gibi bir ticari özelliğine sahip olmadıklarını ifade etmiştir¹⁸.

İkinci başlık olarak karşımıza davacı ile davalı arasındaki de minimis argümanı tartışması çıkmaktadır. De minimis hukukun cüzi ve önemsiz kullanımlarla ve buna uygun detaylara dair taleplerle ilgileneceğine ilişkindir¹⁹. De minimis ile alıntılama durumlarında alıntılamanın gerektirdiği minimal standartların aşılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bir bilgisayar oyununa, mekânsal bir gerçekliğin bir parçası olarak, üçüncü bir kişinin markası ve fikri ürünü aktarıldığında, bu aktarımın sadece mekânsal gerçeklik odaklı yani bir mekânın gerçekliğini koruyarak kullandığı ve mekânı göstermekle sınırlı kalması, bunun üzerine çıkmaması incelenen uyumsuzlukta aranan "de minimis" ilkesine uygunluk standardını oluşturmuştur. Bu çerçevede davalı, dava konusu oyunda TAKE-TWO'ya ait olan dövmelerin görsellerinin minimal kaldığını; oyunun çok hareketli olduğunu; bu hareketlilik sırasında dövmelerin ön plana çıkmadığını, bilgisayar oyunu oynayan oyuncular tarafından görülmediğini; eğer bu kullanıma bir telif hakkı atfedilir ve izin şartına tabi tutulursa, oyuncuların saç tasarımı bakımından da kuaförlerden izin alınması gerekeceğini gibi özel durumların karşısına çıkacağını; bu yönde bir uygulamanın ölçüsüz olacağını; oyundaki kullanımın minimal kaldığını ve çok hareketli olup sürekli gölgelenmeler olduğu için basketbol oyununda de minimis ilkesine uygun davrandığını savunmuştur²⁰. Yüksek Mahkeme, davalının savunmasına önemli öl-

¹⁶ **Budovski**, Max, University of Miami Law Review, Solid Oak Sketches v. 2k Games Sends a Shockwave Through Licensing Law, <https://l24.im/sTGDj>, s.e.t. 20.11.2021.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Virag, S.R.L. vs. Sony Computer Entm't Am., No. 16-15137 (9th Cir. 2017), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15137/16-15137-2017-10-20.html>, s.e.t. 20.11.2021.

¹⁸ Video oyunlarında fair use incelemesine ve varılan sonuçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Faulkner**, John R. (2020), 'Not a Taboo Use of Tattoos: Why Using Unauthorized Replicas of Professional Athlete Tattoos in Video Games Constitutes Fair Use', *Marquette Sports Law Review*, S. 2, C. 30, s. 382 vd.

¹⁹ **King**, Yolanda M. (2018), 'Solid Oak Sketches v. 2K Games: is this lawsuit the beginning of the end of uncertainty concerning the enforceability of tattoo copyrights?', *Interactive Entertainment Law Review*, S. 1, C. 1, s. 63 (Anılış: Solid Oak Sketches).

²⁰ Davalı Take-Two'nun savunma argümanları için ayrıca bkz. **King**, Solid Oak Sketches, s. 63-66.

çüde iştirak etmiş; de minimis ilkesini ve fair use kriterlerini uygulamak şartı ile daha önce Gran Turismo, Sony ve Vlag davasında vermiş olduğu mekânsal gerçeklik algısının korunması temel prensibinde olduğu gibi dava konusu kullanımın fikri hakların bir istisnası olduğu şeklinde bir değerlendirme yaparak davanın reddine karar vermiştir²¹.

İncelediğimiz çerçevede, dövme sanatçılarının, dövme sanatçılarının üzerinde fikri ürünün eser sahibine tanıdığı şekilde mali ve manevi haklarının olduğunu, dövme sanatçılarının eserlerinin hususiyet göstermesi halinde eser olarak kabul edileceğini not etmek gerekmektedir. Ancak bunun yanı sıra dövmenin vücuduna uygulandığı kişinin bir insan olmasından dolayı mali ve manevi hakların özel istisnalarla ve sınırlı çerçevede kabul edilebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Esasen dövme sanatçısı ile müşterinin arasında, dövmenin orijinal olması, eser vasfı arz etmesi halinde zımni bir münhasır olmayan lisans ilişkisi söz konusudur. Bu lisans, aleniyet, kamuya sunmak, kamuya görünürlük sağlanması bakımından atipik bir lisanstır. Dövme sanatçısının sahip olduğu haklar bakımından bakarak bunlara örnek vermek gerekirse sanatçının adının belirtilmesi haklarının dövme sanatçıları ve dövme eserleri bakımından mümkün olmadığını söylemek gerekmektedir. Yine izinsiz değişiklik yapılmamasını engelleme hakkı, eser sahibinin manevi hakkı bakımından karşımıza çıkan önemli bir hak olmasına rağmen bir insanın vücuduna uygulanan dövme bakımından söz konusu dövme üzerinde dövme taşıyan kişinin yapmak isteyebileceği değişiklikler için dövme sanatçısından izin almasının gerekmemesi de genel kabuller arasındadır.

Bu örneklerle mali ve manevi haklar bakımından işaret edilen farklı ve istisnai durumların; bilgisayar oyunlarında mekânsal ve fiziksel gerçeklik algısının korunarak aktarılması bakımından, kendisini “de minimis ve fair use” gibi ilkelere uygun hareket etmesi şartıyla hukuka uygun şekilde gösterdiğini ifade yerinde olacaktır.

²¹ **Oliveras Maldonado**, Gilberto J. (2021), ‘Who Owns a Tattoo? Lessons from Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. and Take-Two Interactive Software, Inc.’, *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, S. 3, C. 90, s. 746.

KAYNAKÇA

- Budovski** Max, University of Miami Law Review, Solid Oak Sketches v. 2k Games Sends a Shockwave Through Licensing Law, <<https://l24.im/sTGDj> > s.e.t. 20.11.2021.
- Commander**, Jennifer L. (2015), ‘The Player, the Video Game, and the Tattoo Artist: Who Has the Most Skin in the Game?’ Washington and Lee Law Review, Sayı 4, Cilt 7, s. 1947-1988.
- Faulkner**, John R. (2020), ‘Not a Taboo Use of Tattoos: Why Using Unauthorized Replicas of Professional Athlete Tattoos in Video Games Constitutes Fair Use’ Marquette Sports Law Review, Sayı 2, Cilt 30, s. 371-392.
- Gordon**, Jason W. & **Fergemann**, Brian D., Casetext, Artist Files Complaint Against Restaurant Alleging Infringement of a Tattoo, <https://casetext.com/analysis/artist-files-complaint-against-restaurant-alleging-infringement-of-a-tattoo> s.e.t. 20.11.2022.
- Hakeri**, Hakan (2007), ‘Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler’ TBB Dergisi, Sayı 69, Cilt 20, s. 55-96.
- Hatic**, Meredith (2012), ‘Who Owns Your Body Art?: The Copyright and Constitutional Implications of Tattoos’ Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Sayı 1, Cilt 23, s. 396-435.
- King**, Yolanda M. (2014) ‘The Enforcement Challenges For Tattoo Copyright’ Journal of Intellectual Property Law, Sayı 1, Cilt 22, s. 29-70.
- King**, Yolanda M. (2018), ‘Solid Oak Sketches v. 2K Games: is this lawsuit the beginning of the end of uncertainty concerning the enforceability of tattoo copyrights?’ Interactive Entertainment Law Review, Sayı 1, Cilt 1, s. 62-66, (Anlıış: Solid Oak Sketches).
- McCarty**, John Paul (2014), ‘Skin In The Game: Tattoos, Copyright, and Professional Athletes’ Mississippi Sports Law Review, Sayı 1, Cilt 4, s. 95-122.
- Mccluskey**, Megan, Time, Pandemic Woes and a “YOLO Mentality” Have Ignited a Boom Time for Tattoo Artists, <https://time.com/6089991/tattoo-artist-boom-covid-19/> s.e.t. 16.11.2021.
- Noonan**, Tyler (2017), ‘How Tattoos Fit Within The Realm of Copyright Law: Do We Finally Have a Lawsuit That Will Provide Some Clarity?’ Northern Kentucky Law Review, Sayı 2, Cilt 44, s. 205-230.
- Oliveras Maldonado**, Gilberto J. (2021), ‘Who Owns a Tattoo? Lessons From Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. and Take-Two Interactive Software, Inc.’ Revista Juridica Universidad de Puerto Rico, Sayı 3, Cilt 90, s. 721-750.
- Starr**, Michelle, Science Alert, Hidden Tattoos Found on Egyptian Mummies Change Our Knowledge of The Ancient Practice, <https://www.sciencealert.com/seven-ancient-egyptian-mummies-have-been-found-with-hidden-tattoos> s.e.t. 15.11.2021.
- Wasnik**, Avantika (2022), ‘Tattoo Artist and Tattoo Bearer’s Rights under the Law’ International Journal of Law Management & Humanities, Sayı 2, Cilt 5, s. 77-84.
- Wills**, Kathleen (2021), ‘That Tattoo On Her Shoulder: The Intersection of Copyright Law & Tattoos’ Texas A&M J. Prop. L., Sayı 4, Cilt 7, s. 622-662.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN PAYDAŞLARA YÖNELİK SORUMLULUĞUNA MUKAYESELİ BİR YAKLAŞIM^(*)

A COMPARATIVE APPROACH TO THE RESPONSIBILITY OF THE COMPANIES TO STAKEHOLDERS IN TURKISH AND ENGLISH LAW

Doç. Dr. Hüsnü TURANLI^(**)

Yrd. Doç. Dr. Fatma ESENYEL HANAZ^(***)

Öz

“Paydaş (Stakeholder)” kavramı şirketler hukuku bağlamında, bir anonim şirketin yönetim kurulu tarafından, pay sahipleri dışında, şirket ile doğrudan veya dolaylı bağlantı içinde olan kesimlerin, bu çerçevede şirket ile doğrudan bağlantılı olan tedarikçilerin, müşterilerin, şirket çalışanlarının ve alacaklıların menfaatleri ile dolaylı perspektifte yerel hukuk kuralları ve çevresel etkenler dikkate alınarak mahalli otoritelerin ve halkın menfaatlerinin sosyal sorumluluk projeleri aracılığıyla gözetilmesini gerektiren kapsamlı bir kavramdır. Türk şirketler hukukunda yönetim kurulunun görev ve yetkilerine bakıldığında, daha ziyade şirketin yönetimi ve temsili konusunda çeşitli yükümlülüklerin öngörülmüş olduğu, yönetim kurulunun sorumlulukları kapsamında Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) bir ölçüde şirket çalışanlarının ve alacaklıların menfaatleri dikkate alınmakla birlikte, aynı kapsamda şirketle dolaylı ilişki içinde olan kesimlere karşı yönetim kurulunun sorumluluğu üzerinde yeterince durulmadığı görülmektedir. İngiliz şirketler hukukunda ise en son “Şirketler Kanunu (Companies Act) 2006” ile getirilen düzenlemelerde ve bilhassa m.172 ile başta pay sahiplerinin ve şirketin menfaatleri yönetim kurulunun sorumlulukları kapsamında değerlendirilmekle birlikte, yukarıda sayılan kesimlerin de menfaatlerinin göz önünde bulundurulması da yönetim kurulunun sorumlulukları kapsa-

mında ele alınmıştır. Bu konu özellikle yabancı ülkelerde yatırım yapmayı hedefleyen şirketler bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Doğrudan yabancı yatırım (Foreign Direct Investment) doktrini de şirket ile doğrudan veya dolaylı bağlantı içinde olan kesimlerin menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmektedir. Şirketlerin temel amacı *prima facie* ekonomik alanda faaliyet yürütmek ve kar elde etmek olmakla birlikte, bir şirketin yatırım yaptığı ülkede alan sahibi olması, bulunduğu ülke ile ekonomik ilişkilerin yanında çevrenin korunması, yerel hukuk ile uyum içinde olmak, yerel halkla ilişkilerin geliştirilmesi, kurumsal sosyal sorumluluğun (corporate social responsibility) geliştirilmesi gibi sosyolojik etkileşim içinde de olması önem arz etmektedir. Şirketin yatırım yapılan ülkede faaliyet göstermesi, yabancı devlet üzerindeki nüfuzuna, toplumsal kabullenişine ve bulunduğu ülke ile dostane ilişkiler kurmasına işaret etmektedir. Bu çalışmada, şirketlerin salt şirketler hukuku kuralları ile değil, günümüzde bu kurallar kadar önem taşıdığı düşünülen diğer hukuk dalları, bu bağlamda uluslararası yatırım hukuku ve işletme hukuku ile bağı üzerinde de durulmuştur. Yatırım yaptığı ülkede alan sahibi olan şirketin, ilgili üçüncü kişilerle karşılıklı etkileşimi, sınırların sadece devletlerin ülkesel haklarını savunmak için belirledikleri bir mutabakat unsuru olduğu, uluslararası ticaret alanında

(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.10.2022 / Kabul Tarihi: 25.04.2023).

(**) Uluslararası Final Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku A.B.D., Öğretim Üyesi, (husnu.turanli@final.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6907-5049).

(***) Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk A.B.D., Öğretim Üyesi, (fhanaz@ciu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3804-6736).

Atıf/Citation: Turanlı, Hüsnü & Esenyel Hanaz, Fatma (2023), “Türk ve İngiliz Şirketler Hukukunda Şirketlerin Paydaş Sorumluluğuna Mukayeseli Bir Yaklaşım”, TFM, C: 9, S: 1, s. 73-92.

ise gerek ikili (bilateral) gerekse çok taraflı (multilateral) anlaşmalarla sınırların kaldırıldığı günümüzde artan bir önemi haizdir. Diğer yandan Türk şirketlerinin, birçok uluslararası standardı benimsediği de gözden kaçmamaktadır. Birçok Türk firmasının gönüllü sosyal sorumluluk projeleri yürüttüğü, çevre halkının eğitimi, bölgesel altyapının geliştirilmesi vb. projelere katkıda bulunduğu bilinmektedir. Türk hukuku bakımından, belirtilen konular

hakkında hukuki altyapının sağlanması ve geliştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çalışmadaki amacımız, şirketler hukukunun konvansiyonel alanlarının dışına çıkıp başka alanlarla olan etkileşimine ışık tutabilmektir.

Anahtar Kelimeler

Şirket, Sosyal Sorumluluk, Paydaş, Hukuk ve Çoklu Disipliner Etkileşim.

Abstract

The concept of “stakeholder” is a comprehensive term which necessitates the board of directors to take into consideration the interests of the parties, in direct or indirect relationship with the company, within this context suppliers, customers, employees and creditors who are in direct connection, and in an indirect perspective the interests of the local authorities and people by means of social responsibility projects through observing the local rules and environmental factors.

In Turkish company law, when the duties and powers of the board of directors are studied, it is seen that various duties are levied upon the directors regarding the management and representation of the company. Within this context the interests of the, employees and creditors are observed to a certain extent in Turkish Commercial Code. However, the duties of directors to other parties which are in an indirect relationship with the companies are not duly regulated. In English Law, together with the regulations adopted under the Companies Act 2006 and particularly with section 172, while the interests of shareholders and company are observed primarily, the interests of the other parties' abovementioned are also taken into consideration as part of the duties of the directors. This topic is especially of a vital importance for the companies which inspire to make investments in foreign countries. The doctrine of foreign direct investment requires the observation of the interests of the parties in direct or indirect relation with the company.

While the main purpose of the companies is to carry on economic business and to get profit, it is also deemed important to gain an area in hosting country, besides the economic relations with the country invested in to

establish a sociological interaction, through the protection of environment, compliance to local law, the development of relations with local people and blooming corporate social responsibility. The activity of an investing company in hosting country denotes to deeper penetration to foreign country, social acknowledgment and amicable relationships with that country.

In this study, the nexus of companies not only with company law rules but also with other branches of law such as international investment law and, business law, The mutual interaction of the company which has an area in host country with third parties has an ever-increasing importance in today's World where the boundaries represent a matter of agreement for the defence of territorial rights and where those boundaries have been lifted by bilateral or multilateral agreements in trade issues. On the other hand, the adoption of many international standards by Turkish companies is an undeniable reality. There are numerous Turkish companies known to have been performing voluntary social responsibility projects, within this context they contribute to projects pertaining to the education of local people, development of regional infrastructure. We believe that the abovementioned issues need to have a legal basis and be improved in Turkish law. The ultimate purpose of this study is to enlighten a path in order to broaden the company law beyond its conventional fields and to make it interact with other fields.

Keywords

Company, Stakeholder, Social Responsibility, Law and Multiple Disciplinary Interaction.

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi Türk ticaret hukuku, İsviçre-Alman hukuku kaynaklıdır. Ancak son yıllarda şirketler hukuku öğretisine özellikle İngiliz ve Amerikan hukuku kaynaklı yeni kavramlar girmiş ve bu kavramlar yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İkinci Kitabı olan "Ticaret Şirketleri" bölümüne de ithal edilmiştir. Özellikle "kurumsal yönetim (corporate governance)", "uluslararası muhasebe standartları (international accounting standards)", "riskin erken teşhisi ve yönetimi (early detection and management of risks)", "iş adamı kararı (business judgement rule)" gibi kavramlar ve uygulamalar şirketler hukuku hükümlerini esaslı biçimde etkilemiştir. Söz konusu kavram ve uygulamaların sadece Türk hukukunu değil aynı zamanda Alman hukukunu da etkilediği bilinmektedir⁴. Bahse konu ilkeler aynı zamanda AB tüzük ve yönergelerinde de yer almıştır⁵.

¹ Kurumsal yönetim ilkeleri, 6362 sayılı SPK'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar için 2014 yılında II-17.1 sayılı "Kurumsal Yönetim Tebliği" yayımlanmıştır.

² Borsaya kayıtlı anonim şirketlerde yönetim kurulunun yükümlülüklerinden biri de ortaklığın varlığını ve gelişmesini tehlikeye sokabilecek nedenlerin erken teşhisi için uzman bir komite kurmak ve bu amaca uygun çalışmasını sağlamaktır. Diğer anonim şirketlerde ise denetçinin gerekli görmesi halinde yazılı bildirimini ile YK'nın bunu hemen yerine getirmesi gerekir. Bkz. **Tekinalp, Ünal** (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 206.

³ TTK m.369'da yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü eski düzenlemede öngörülen "basiretli iş adamı" yerine "iş adamı kararı" ve "tedbirliliği bir yöneticinin özen yükümlülüğü" olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. **Turanlı, Hüsnü** (2016), 'A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation from Prudent Man Rule to Business Judgment Rule', Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 2.

⁴ Mesela "Alman Kurumsal Yönetim Kod"u (Deutscher Corporate Governance Kodex) 2002 yılında yürürlüğe girmiş ve zaman içinde değişikliğe uğramıştır. Riskin erken tespiti (Risikofrüherkennung) Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 91. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre yönetim kurulu, şirketin devamlılığını tehdit edebilecek gelişmelerin erken teşhisi için gerekli önlemleri almakla, özellikle bir gözetim sistemini kurmakla yükümlüdür.

⁵ Bkz. 11.07.2007 tarih ve 2007/36/EC Sayılı "Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Pay sahiplerinin belirli hakları Kullanmalarına" İlişkin Yönerge <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007L0036>, s.e.t. 23.07.2021, 2007/37/EC sayılı Yönergeyi değiştiren 2017/828 sayılı Uzun Vadeli Paysahibi Katılımının Teşvikine İlişkin Yönerge <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0828>, s.e.t. 23.07.2021, 03.09.2018

Makale konumuz, İngiliz Amerikan hukukunda son yıllarda artan bir önemi haiz bir mesele olan şirketlerin pay sahipleri dışında kalan kesimlerle (stakeholders: paydaşlar) ilişkileri ve şirket menfaati kapsamında bu kesimlere yönelik sorumluluklarıdır. Makalemizde bahse konu paydaşların pozitif hukukumuzdaki konumu ve de lege feranda hukuk açısından sahip olması gereken konumu ele alınmıştır. Bu çalışmayı yaparken, özellikle İngiliz hukuku üzerinde durulmuştur. Çünkü İngiliz şirketler hukukunda pay sahipleri dışındaki ilgili kesimlerin (paydaşların) menfaatlerinin de göz önüne alınması hususu, şirketin yöneticilerine verilen bir görevdir.

Çalışmamızın birinci bölümünde paydaşlık ve şirket menfaati kavramları ele alınmıştır. İkinci bölümünde ise Türk ve İngiliz şirketler hukukunda paydaş menfaatinin konumu, şirketlerin paydaşlara yönelik sorumlulukları, üçüncü bölümde ise kurumsal sosyal sorumluluk meselesinin Türk ve İngiliz hukuklarındaki konumu karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu bölümde iş ahlakı ve rüşvetle mücadele konularına da değinilmiştir. Sonuç kısmında ise bazı önerilerde bulunulmuştur.

II. PAYDAŞ KAVRAMI VE PAYDAŞ MENFAATI

A. PAYDAŞ KAVRAMI

1960'lı yılların başında "İşletmelerin esas sorumluluğu gelirini maksimize etmektir" şeklinde Friedman tarafından ortaya atılan ve Friedman teorisi olarak da uzun yıllar benimsenen "kar maksimizasyonu" fikri artık değerini yitirmiştir; çünkü işletmeler artık sadece kar elde etme amacına odaklanmamaktadır. Bir başka deyişle işletmelerin ya da şirketlerin amacı sadece pay sahiplerinin menfaatini değil işletmenin ya da şirketin menfaatini gözetmektir. İşletme ya da şirketin menfaati denildiğinde pay sahiplerinin yanı sıra şirketle ile doğrudan veya dolaylı ilişki içindeki diğer birçok kesimin menfaati de göz önüne alınmalıdır.

"Paydaş menfaati" kavramına geçmeden önce "paydaş" terimi üzerinde durmak gerekir. "Paydaş",

tarih ve 2018/1212 sayılı "2007/36/EC Yönergesi Hükümlerinin Uygulanması için Paysahibi Kimliği, Bilgi Aktarımını ve Paysahibi Haklarının Kullanımının Kolaylaştırılmasına Dair" Komisyon Uygulama Tüzüğü <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1212>, s.e.t. 23.07.2021.

paydaş menfaati kuramını ortaya atan Freeman'a göre "pay sahibi dışında kalan ve bir organizasyonun hedeflerine ulaşmasında etkili olan ya da etkilenen kişi ya da gruplar" olarak tanımlanmaktadır⁶. Bir görüşe göre paydaşlar, organizasyonun (şirketin) ilişkide bulunduğu kamu veya ilgili piyasalardan oluşmaktadır⁷. Bir başka görüşe göre ise paydaşlar (menfaat sahipleri) pay sahiplerinin yanı sıra, çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sivil toplum kuruluşları, devlet, potansiyel tasarruf sahipleri ve diğerlerinden oluşmaktadır⁸. Son olarak bir yazar paydaşları, "işletmenin amaçlarını elde etmesini etkileyebilen ve bundan etkilenen grup veya bireylerdir" şeklinde tanımlamıştır⁹. Bu tanımlar esas alındığında, paydaşlık kapsamı içine klasik anlamda çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler ve çevresel etkenlerin yanı sıra örneğin, hükümet, düzenleyici kurumlar, rakipler gibi şirketle yolları keşisebilen kurum ve kuruluşlar da girebilmektedir¹⁰.

Bilindiği gibi günümüzde şirketlerin iç çevreleri (internal environment) kadar dış çevreleri de (external environment) genişlemektedir¹¹. İç çevre denildiğinde pay sahipleri, yöneticiler, çalışanlar,

şirketle doğrudan teması olan tedarikçiler, müşteriler akla gelmektedir. Dış çevre denildiğinde, toplum, yerel kuruluşlar, hatta şirketin ulusal sınırları aşması ve yabancı yatırımcı bir rol üstlenmesi durumunda yatırım yapılan ülkedeki yönetim, çevre ve tabi olunan yeni hukuk düzeni de dikkate alınması gereken kesimler olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Bu kesimlerin şirket faaliyetleri üzerinde doğrudan ya da dolaylı etkileri bulunmaktadır. Sayılan tüm bu kişiler, gruplar ve bir adım ilerisinde halk ya da insan toplulukları şirketin doğrudan ya da dolaylı paydaşlarıdır. Şirketler özellikle orta ve uzun vadeli yatırımlarında tüm bu kesimlerle ilişki içinde olmak durumundadır. Artık günümüzde şirket sadece pay sahipleri, çalışanlar ve yöneticilerden oluşan bağımsız bir tüzel kişilik değildir¹³. Şirket, pay sahiplerinin olduğu kadar paydaşların da etkili olduğu bir tüzel kişiliktir. Freeman'ın tanımladığı gibi, bu tek taraflı bir etkileşim değildir.

B. PAYDAŞ MENFAATI

Kapitalist ekonomik sistemin temel unsurlarından biri olan anonim şirketlerin esas amacı ekonomik faaliyet yürütmektir. TTK m.331'de anonim şirketlerin ekonomik amaç ve konular için kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bir başka deyişle temel amaç pay sahiplerine ekonomik bir menfaat sağlamaktır¹⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca tüm ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği vardır. Bu kişilik pay sahiplerinden bağımsız bir kişiliktir ve dolayısıyla pay sahiplerinin yanı sıra şirketin de menfaatinden söz edilebilir. Nitekim şirket menfaati kanuni bir kavram olarak TTK'nın birçok maddesinde yer almıştır¹⁵. Örneğin TTK m.369'da açık olarak şirket menfaati kavramına yer verilmiştir. Öğretilde genel olarak kabul gören görüş pay sahiplerinin ve şirketin menfaatlerinin örtüştüğü yönündedir¹⁶.

⁶ Freeman, R. Edward & McVea, John (2001), 'A Stakeholder Approach to Strategic Management', Darden Graduate School of Business Administration University of Virginia, Article in SSRN Electronic Journal. January 2001, DOI: 10.2139/ssrn.263511, s. 5. https://www.researchgate.net/publication/228320877_A_Stakeholder_Approach_to_Strategic_Management, s.e.t. 15.06.2021.

⁷ Lasyté, Gita (2019), 'The Role of Stakeholder in Corporate Governance: Theoretical Approach' Contemporary Research on Organization Management and Administration, ISSN 2335-7959 Online, S: 1, C: 7, s. 76. doi.org/10.33605/croma-012019-006. <https://repository.mruni.eu/handle/007/16049>, s.e.t. 25.06.2021.

⁸ Başar, Banu & Başar, Mehmet (2006), 'Sosyal Sorumluluk Raporlaması ve Türkiye'deki Durumu', Social Responsibility Reporting: The Case of Turkey, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 2, C: 6, s. 214. <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/20523#page=214>, s.e.t. 10.06.2021.

⁹ Roberts, Robin W. (1992), "Determinants of Corporate Social Responsibility Disclosure: An Application of Stakeholder Theory", Accounting Organizations and Society, S: 6, C: 17, s. 597. <http://repository.binus.ac.id/2009-1/content/f0122/f012243637.pdf>, s.e.t. 15.07.2021.

¹⁰ Sulu, Muhammed (2019), Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, s. 222.

¹¹ Aktan, Coşkun Can & Börü, Deniz, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, https://www.researchgate.net/profile/Coskun-Can-Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/link-s/59776fcc45851570a1b312cf/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf, s.e.t. 25.07.2021.

¹² Saygılı, Ebru & Gören Yargı, Seher & Kiroğlu, Melike (2019), 'Halka Açık Şirketlerde İş Etiği Kodları Analizi', Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, S. 3, C. 21, s. 660. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/820954>, s.e.t. 27.09.2021.

¹³ Lasyté, s. 75.

¹⁴ Üçışık, Güzin & Çelik, Aydın (2013), Anonim Ortaklıklar Hukuku, C: 1, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 11.

¹⁵ Bkz. Sulu, s. 9.

¹⁶ Sulu s. 70.

Böyle olması da doğaldır. Şirket gelir elde ettiğinde bu gelir ya pay sahiplerine yansıtılacak ya da onların onayı ile sermayeye katılacaktır.

“Şirket menfaati sadece pay sahiplerinin menfaatinden mi oluşmaktadır?” sorusunun yanıtı günümüzde olumsuzdur. Bir başka deyişle şirket menfaatini sadece pay sahiplerinin menfaati içine sıkıştırmak esasen her ikisine de zarar vermektense başka bir anlam taşımayacaktır. Bu nedenle şirket menfaati, pay sahiplerinin menfaatleri ile birlikte şirket ile ilişkili üçüncü kesimlerin menfaatlerini de bir bütün olarak içeren kapsamlı bir kavramdır¹⁷.

İngiliz Amerikan hukukunda 1980’li yıllarda “pay sahibi menfaati (shareholder interest)” kuramı esnetilerek “paydaş menfaati (stakeholder interest)”nin de dikkate alınmasını öngören yeni bir kuram geliştirilmiştir¹⁸.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, ilk olarak 1983 yılında Pennsylvania eyaletinde başlayan ve sonraki yıllarda diğer eyaletlerde de kabul edilen yasal düzenlemelerle şirket yöneticilerinin; çalışanların, müşterilerin, tedarikçilerin ve şirketin faaliyet gösterdikleri bölgelerdeki toplulukların yanı sıra ulusal ve eyalet ekonomileri ve toplumsal gereksinimleri de dikkate almaları öngörülmüştür¹⁹. Bu bağlamda, Pennsylvania 1988 İş Ortaklıkları Kanunu (Business Corporation Law of 1988) Title 15 2. Bölüm 5. Kısım B Alt Kısım 515. maddede yönetim kurulunun yetkileri düzenlenmiştir²⁰. Buna göre, yönetim kurulu, bağlı komiteler ve yönetim kurulu üyeleri görevlerini yerine getirirken şirket menfaatini göz önünde bulundurmalıdır. Özellikle, verilen kararların pay sahipleri, çalışanlar, tedarikçiler, müşteriler ve alacaklılar ile şirketin işletmeleri ve diğer teşkillerinin bulunduğu bölgedeki topluluklar da dahil olmak üzere tüm gruplar üzerindeki etkilerini dikkate almakla yükümlüdür.

Şirket menfaati konusunda İngiliz-Amerikan öğretisinde “pay sahibi teorisi (shareholder theory),

“paydaş teorisi (stakeholder theory) ve karma teori olmak üzere üç farklı görüş ileri sürülmüştür²¹. İngiliz hukukunda şirket yöneticilerinin, paydaş adı verilen diğer kesimlerin de menfaatini göz önüne almaları hususu, Şirketler Kanunu’nun (Companies Act 2006) 172. maddesinde bir görev olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızın İkinci Bölümünde İngiliz Şirketler Kanunu’nun yöneticilerin görevlerine ilişkin düzenlemeler ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

III. TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN PAYDAŞLARA YÖNELİK SORUMLULUKLARI

A. TÜRK HUKUKUNDA PAYDAŞ HAKLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Türk Ticaret Hukukunda Paydaş Haklarına İlişkin Düzenlemeler

Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler hukukunu düzenleyen İkinci Kitabında, anonim şirketlerde yönetim ve temsil ile görevli olan yönetim kurulunun devredilemez ya da vazgeçilemez görev ve yetkilerini düzenleyen TTK 375. madde hükmü incelendiğinde paydaşlara yönelik doğrudan bir yükümlülüğe işaret eden bir düzenleme görülmektedir. Öte yandan yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini düzenleyen 369, 376, 393, 395 ve 396. maddelerde de paydaşlara değinilmemektedir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde alacaklılar ve çalışanların hakları konusunda bir noktaya kadar koruyucu hükümlere yer verilmekle birlikte paydaş grupları içindeki diğer kesimlere yönelik genel bir düzenleme olmadığı belirtilmek gerekir.

Türk Ticaret Kanunu’nda paydaş grupları içinde yer alan alacaklıların ve çalışanların korunması konusunda yeterli olmasa da kısmen bazı hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Örneğin, TTK m.157’de, birleşme (bölünme ve tür değiştirme de dahil) alacaklıların teminat altına alınması düzenlenmiştir. Öte yandan birleşme, bölünme ve tür değiştirmede alacaklıların korunmasına ilişkin 174 ile 176. maddelerde yer alan hükümler öne çıkmaktadır. Çalışanların korunması ile ilgili olarak TTK m.178 hükümleri dikkate değerdir. Bu bağlamda işçilerle (çalışanlarla) yapılan hizmet sözleşmelerinin tam ya da kısmi bö-

¹⁷ Sulu, s. 221.

¹⁸ Freeman & McVea, s. 4.

¹⁹ Stephan Mayson, & Derek French & Christopher Ryan (2011), Company Law, 27. Baskı, Oxford, Oxford Yayınları, s. 482.

²⁰ <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=15&div=0&chpt=5&sctn=15&subctn=0, s.e.t. 22.07.2021.>

²¹ Sulu, s. 12-20.

lünme (birleşme ve tür değiştirme de dahil) halinde işçinin itirazı olmadığı takdirde devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçeceği (m.178/I), işçinin itirazı halinde hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceği (m.178/II) hüküm altına alınmıştır.

Alacaklıların ve çalışanların korunması perspektifinde, TTK m.463'de şarta bağlı sermaye artırımını düzenlenmiş ve alacaklılar ile çalışanlara değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı tanınmıştır²².

Anonim şirket netice itibarıyla gerçek anlamda sermaye şirkettir. Genellikle büyük girişimler için teşkil edilir ve dolayısıyla kredi kuruluşları ile yakın temas halindedir. Mamafih şirket borçlarından dolayı pay sahiplerinin sorumluluğu söz konusu olmayıp şirket kendi malvarlığı ile sorumludur (TTK m.329). Hal böyle olunca alacaklıların korunması özel bir önem arz etmektedir. Sorumlulukları düzenleyen hükümlerde özellikle kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen 553. madde ve denetçinin sorumluluğunu düzenleyen 554. madde hükümlerinde şirket ve pay sahiplerinin yanısıra alacaklılara karşı verdikleri zarardan sorumlulukları hüküm altına alınmıştır. Benzer biçimde alacaklıların, şirketin iflası hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkına sahip olduğu yönündeki TTK m.556 ile alacaklıların hakları da kısmen korunmuştur. Bu düzenlemelerin çalışanların ve alacaklıların menfaatlerini gerektiği gibi koruyup korumadığı ayrı bir tartışma konusudur²³.

²² Şarta bağlı sermaye artırımını, anonim şirketlerde öngörülen bir sermaye artırımını türüdür. TTK m.466/1 gereği şartlı sermaye artırımında değiştirme ve alım hakları içeren senetlerin ihracı halinde bunlar öncelikle payları oranında pay sahiplerine önerilmelidir. Payscalelerinden sonra ikinci sırada ise alacaklılara ve çalışanlara önerilmelidir. Başka kişilerin katılımı mümkün değildir. Bkz. **Pulaşlı**, s. 658.

²³ Şirket çalışanlarının menfaatlerinin korunmasının etkin yollarından biri bu kişilerin şirket yönetimine dahil edilmesidir. Karşılaştırmalı hukukta bu uygulamanın örneklerini görmek mümkündür. Almanya, İsviçre, Avusturya, Hollanda gibi ülkelerde belirli koşullarda çalışanların yönetime katılmalarını sağlayıcı kurallar öngörülmüştür. TTK'da böyle bir uygulamayı öngören bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık çalışanların şirkete pay sahibi olmasını sağlayıcı düzenlemeler mevcuttur. Bkz. **Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 305 vd.

Sermaye piyasası hukukuna bakıldığında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amaçlarından biride "yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması" olarak ifade edilmiştir. Kanun'un "Kurumsal Yönetim İlkeleri" kenar başlıklı 17. maddesinde kurumsal yönetim ilkelerine kısmen değinilmiş ancak paydaşların hak ve menfaatlerine yer verilmemiştir. Buna karşılık SPKu'nun 03.01. 2014 tarih ve 28871 sayılı RG'de yayımlanan "Kurumsal yönetim Tebliği" nin EK-1 "Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri" başlıklı bölümünün 1. maddesinde pay sahiplerinin hak ve menfaatlerine ilişkin ilkeler ortaya konulmuştur. 3. maddesinde "Menfaat Sahipleri" kenar başlığı altında, "Menfaat Sahiplerine İlişkin Şirket Politikası" düzenlenmiştir. Bu madde tam da konumuzla ilgili olduğu için üzerinde durulması gerekmektedir.

Kurumsal Yönetim İlkeleri'ni düzenleyen Ek-1 3.1.1. bendinde "*Menfaat sahipleri; şirketin hedeflerine ulaşmasında veya faaliyetlerinde ilgisi olan çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları gibi kişi, kurum veya çıkar gruplarıdır*" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Aynı fıkranın devamında "*Şirket, işlem ve faaliyetlerinde menfaat sahiplerinin ilgili mevzuat ve karşılıklı sözleşmelerle düzenlenen haklarını koruma altına alır. Menfaat sahiplerinin haklarının mevzuat ve karşılıklı sözleşmeler ile korunmadığı durumlarda, menfaat sahiplerinin çıkarları iyi niyet kuralları çerçevesinde ve şirket imkânları ölçüsünde korunur*" cümlesine yer verilmiştir. Bu cümle, açıkça paydaşların hak ve menfaatlerinin korunmasını öngörmüş ve şirkete yani yönetim kuruluna yönelik bir yükümlülük öngörülmüştür. Düzenlemede, paydaş hak ve menfaatlerinin ne şekilde korunacağı konusunda da hüküm vardır. Buna göre; "*menfaat sahiplerinin mevzuat ve sözleşmelerle korunan haklarının ihlali halinde etkili ve süratli bir tazmin imkânı sağlanır. Şirket, ilgili mevzuat ile menfaat sahiplerine sağlanmış olan tazminat gibi mekanizmaların kullanılabilmesi için gerekli kolaylığı gösterir. Ayrıca şirket çalışanlarına yönelik tazminat politikasını oluşturur ve bunu kurumsal İnternet sitesi aracılığıyla kamuya açıklar*" (m.3.1.2.). EK-1'in 3.5.2 bendinde ise "Etik Kurallar ve Sosyal Sorumluluk" kenar başlığı altında, şirkete, sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olması; çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenle-

meler ile etik kurallara uyması, uluslararası geçerliliğe sahip insan haklarına destek olması ve saygı göstermesi ödevi verilmiş ve ayrıca irtikap ve rüşvet de dahil olmak üzere yolsuzluğun her türlüyle mücadele etmesi öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi SPKu “Kurumsal Yönetim İlkelere” Tebliğinde şirketlerin yönetim kurullarına, paydaşlarla ilişkiler konusunda bir şirket politikası geliştirmeleri öngörülmüştür²⁴. Öte yandan paydaşların menfaatlerinin teminat altına alındığı ve bu hakların ihlali durumunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesine dair hükümler olduğu görülmektedir.

Paydaş hak ve menfaatlerini düzenleyen “Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği sadece borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar bakımından geçerli kılınmıştır (Tebliğ m.7). Üstelik bu düzenleme ikincildir, bir başka deyişle ne SPK’da ne de TTK’da yer almamıştır.

2. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Hukukunda Paydaş Haklarına İlişkin Düzenlemeler

Konuyu biraz da doğrudan yabancı yatırım hukuku açısından ele alalım. Doğrudan yatırım iki yönlüdür. İlki içeriye (inward) diğer ise dışarıya (outward) doğrudan yatırımdır. Örneğin bir yabancı şirketin Türkiye’ye yatırımı içeriye, bir Türk şirketinin yabancı bir ülkeye yatırımı dışarıya doğrudan yatırımdır.

Türk hukukunda doğrudan yabancı yatırım konusu 4875 sayılı “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu²⁵” ile düzenlenmiştir. Bu Kanun’un Uygulama Yönetmeliği 20.08.2003 tarih ve 25205 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Buna karşılık Türk hukukunda, yabancı ülkelere yatırım yapacak Türk şirketlerine ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Esasen bu konu öğretide de fazla ele alınmamıştır.

Doğrudan yabancı yatırım ister içeriye ister dışarıya doğru olsun hem yatırımcı ülke hem de ev sahibi ülke (host country) açısından ekonomik büyümeye katkı sağlar. Sürdürülebilir DYY’nin ekonomik, çevresel, sosyal ve yönetsel boyutları vardır. Bahse konu boyutlar incelendiğinde, hemen hepsinin aynı zamanda paydaşlar ile yakından ilişkili

olduğu görülecektir. Ekonomik boyutunda altyapı, toplumsal gelişim, çevre boyutunda kirlilik, iklim değişikliği, yenilenebilir enerji, sosyal boyutunda kamu sağlığı, işyeri güvenliği, insan hakları, yönetsel boyutunda şeffaflık, uyum (compliance), kurumsal yönetim gibi karakteristikler yer almaktadır²⁶.

Yabancı yatırımcıların ülkeye giriş yolları içinde en yaygın olanı “ortaklık ya da ortak yatırımdır”. Bu durumda paydaş sorumluluğu, her iki şirketin tabi olduğu ülkelerin (misafir ülke-ev sahibi ülke: home country-host country) kalkınmaya yönelik kamusal politik hedefleriyle uyum içinde olmalıdır²⁷.

B. İNGİLİZ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Bilindiği gibi İngiliz şirketler hukukunun kaynakları, müşterek hukuk (common law), hakkaniyet hukuku (equity law), örf ve âdet hukuku (customs law) ve yürürlükteki yasal mevzuattır. Bu bağlamda 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu çok kapsamlı ve günün gereksinimlerine göre sürekli güncellenen bir yasal enstrümandır. Birleşik Krallığın 2020 Şubat ayında AB’den ayrılması nedeniyle söz konusu Kanun’un yeniden şekil alacağı düşünülmektedir.

İngiliz Şirketler Kanunu’nun 171. ila 177. maddelerinde yedi başlık halinde yöneticilerin yükümlülüklerine yer verilmiş, ayrıca 178. ila 181. maddelerde ek yükümlülükler düzenlenmiştir. Bahse konu yükümlülükleri kısaca belirtmek gerekirse ana başlıklar halinde; (a) Yetkileri dâhilinde davranmak, (b) Şirketin başarısını yükseltmek, (c) Bağımsız karar vermek, (d) Makul düzeyde özenli, becerili ve ihtiyatlı davranmak, (e) Menfaat çatışmalarından kaçınmak, (f) Üçüncü kişilerden menfaat kabul etmemek, (g) Teklif sunulan bir işlem ya da faaliyette herhangi bir menfaati var ise bunu diğer yöneticilere bildirmek ve (h) Halen devam etmekte olan bir işlem ya da faaliyette herhangi bir menfaati var ise bunu diğer yöneticilere bildirmek olarak sayılabilir. Sayı-

²⁴ Eminoğlu, s. 47.

²⁵ 17/6/2003 tarih ve 25141 sayılı RG.

²⁶ Sauvart, Karl P. & Mann, Howard (2019), ‘Making FDI More Sustainable: Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics’ The Journal of World Investment&Trade, s. 5. https://brill.com/view/journals/jwit/20/6/article-p916_6.xml?body=pdf-33151&language=de, s.e.t. 26.07.2021.

²⁷ Ward, Halina, ‘Corporate Social Responsibility in Law and Policy’: Boeger, Nina, Murray, Rachel & Villiers, Charlotte (Editors) (2008), Perspectives on Corporate Social Responsibility, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 12.

lan yükümlülükler arasında konumuzu doğrudan ilgilendiren yükümlülük Kanun'un 172. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde hükmünde yöneticiye; iyi niyetli olarak, pay sahiplerinin menfaati doğrultusunda ve bir bütün olarak mümkün olan en iyi biçimde şirket başarısını geliştirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Yöneticinin, bu yükümlülüğü yerine getirirken şu hususları da dikkate alması gerekmektedir:

1. Alınan kararların uzun vadedeki olası sonuçları,
2. Şirket çalışanlarının menfaatleri,
3. Şirketin, tedarikçilerle müşterilerle ve diğerleri ile iş ilişkilerini artırma ihtiyacı,
4. Şirket faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkileri,
5. Şirketin, faaliyetlerini icrasında yüksek standartlara yönelik ününü sürdürmek arzusu,
6. Paysahipleri arasında adil davranma ihtiyacı.

Bu düzenlemede dikkat edilirse şirket başarısını yükseltmek için pay sahiplerinin menfaatinin yanı sıra şirketle ilişki içinde olan çeşitli kesimlerin de menfaatlerinin göz önüne alınması öngörülmüştür. Genel olarak şirket menfaatleri denildiğinde esas olarak pay sahiplerinin menfaati akla gelmekle birlikte, şirket ile ilişkide bulunan diğer kesimlerin de menfaati de dikkate alınmalıdır. Esasen şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması ile bağlantılı olarak bu sorumluluk, şirkete bir yurttaşlık ödevi olarak verilmiştir²⁸. Bu yaklaşım “aydınlatılmış pay sahibi değeri (enlightened shareholder value)” olarak adlandırılmıştır²⁹. “Aydınlatılmış pay sahibi değeri” ilkesi, pay sahibi dışında kalan diğer kesimlerin menfaatlerinin korunmasının uzun vadede aslında pay sahibinin refahını artıracaklarını ve şirketin portfolyosunu ve risk değerlendirmesini olumlu yönde etkileyeceğini ifade etmektedir³⁰. Bu ilke temelde, şirket değerinin uzun vadede artırılarak pay sahip-

lerinin menfaatini artırmayı amaçlayan bir strateji olarak ileri sürülmektedir³¹. Şirketler Kanunu'nun 172. maddesinde “for the benefit of its members as a whole” yani üyelerinin (pay sahiplerinin) menfaatinin bir bütün olarak gözetilmesi” ibaresi aslında pay sahiplerinin menfaati ile şirket menfaatinin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır³². Bu yaklaşım, yönetim kuruluna, kısa vadede pay sahiplerinin menfaatine olabilecek bir kararın uzun vadeli sonuçlarının farklı olabileceğini savunmaktadır³³. Paydaşlık kuramına göre, şirketlerin pay sahiplerinin yanında diğer kişilere ya da kurumlara karşı sorumlulukları vardır³⁴.

İngiliz Şirketler Kanunu'nun 172. maddesinde yöneticilere paydaş kesimlerin menfaatinin, şirket menfaatinin geliştirilmesi çerçevesinde göz önünde bulundurulması ödevi verilmesinin yanında aynı Kanunda 2013 yılında yapılan bir değişiklik ile yöneticiler tarafından, şirket üyelerini bilgilendirmek ve 172. madde ile öngörülmüş, şirketin başarısını teşvik etme görevi kapsamında yöneticilerin görevlerini nasıl yerine getirdiklerini değerlendirmelerine yardımcı olmak amacıyla “Stratejik Rapor ve Yöneticiler Raporu” adı verilen bir rapor hazırlanması zorunluluğu öngörülmüştür³⁵. Kote edilmiş bir şirket sözkonusu olduğunda, stratejik raporun, şirket faaliyetinin çevre üzerindeki etkisini içerecek şekilde çevresel konularda, şirket çalışanları hakkında ve sosyal, topluluğa ve insan haklarına dair meseleler hakkında bilgiler ile şirketin bu konulardaki politikaları ve bu politikaların etkinliği hakkında bilgiler içermesi gerektiği öngörülmüş, raporun belirtilen kategorilerden biri hakkında bilgi içermemesi halin-

²⁸ **Mayson & French & Ryan**, s. 482.

²⁹ **Mayson & French & Ryan**, s. 483.

³⁰ **Ho**, Virginia Harper (2010), ‘Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide’ The Journal of Corporate Law, S: 1, C: 36, s. 60-112, s. 62. [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jcorl36&div=5&id=&page=, s.e.t. 05.05.2021](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jcorl36&div=5&id=&page=,); **Turanlı**, Hâkim İlkeler, s. 665 vd.

³¹ **Queen**, P.E. (2015), ‘Enlightened Shareholder Maximization: Is this Strategy Achievable?’, J Bus Ethics, S: 3, C: 127, s. 683. [https://doi.org/10.1007/s10551-014-2070-6, s.e.t. 07.07.2021](https://doi.org/10.1007/s10551-014-2070-6,).

³² **Wild**, Charles & **Weinstein**, Stuart (2013), Smith & Keenan’s Company Law, 17. Baskı, Harlow, Pearson Company Yayınları, s. 190.

³³ **Marson**, James (2011), Business Law, 2. Baskı, Oxford, Oxford Yayınları, s. 564.

³⁴ **Radin**, Tara (1999), ‘Stakeholder Theory and the Law’, The Colgate Darden Graduate School of Business Administration University of Virginia, s. 1. [https://www.proquest.com/docview/304530626?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true, s.e.t. 11.06.2021](https://www.proquest.com/docview/304530626?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true,).

³⁵ Companies Act 2006, art.414A, [https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/contents/made, s.e.t. 26.07.2021](https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/contents/made,).

de bunun da belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.414C/7,b)³⁶. Hükümün lafzından, belirtilen içeriğin sadece kota edilmiş şirketlerle sınırlı olarak öngörülmüş olduğu ve ayrıca, şirketin gelişimi, performansı ve pozisyonunu anlamak için gerekli olduğu ölçüde belirtilen hususların stratejik raporda yer verilmesinin zorunluluk olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Aynı maddenin 8. bendinde, yine kota edilmiş şirketlerle sınırlı olmak üzere, diğer hususlar yanında, üst yönetimdeki, yönetimdeki ve şirket içindeki diğer pozisyonlardaki kadın sayısının özel olarak raporlanması gerekliliği öngörülmüştür.

Türk ve İngiliz hukuk sistemlerinde şirketlerin paydaşlara yönelik sorumluluklarına değindikten sonra şirketlerin bu sorumlulukları nasıl yerine getirdikleri ya da getirmeleri gerektiği konusuna da değinmek gerekir. Bu çerçevede şirketlerin kurumsal sosyal sorumlulukları ön plana çıkmaktadır. İngiliz Şirketler Kanunu'nun gerek 172. Maddesi gerekse 414C maddesi ile öngörülen düzenlemelerin, şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluk standartlarıyla ilgili temel konulara işaret ettikleri ve bu standartların sağlanmasını teşvik ettikleri belirtilmektedir³⁷. Aynı yorumun Türk hukukunda özellikle SPKu Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliğinde yer alan ilkeler bakımından ileri sürülmesi de mümkündür. Aşağıda, şirketlerin paydaşlara yönelik sorumluluklarının yerine getirilmesinde son derece önemli bir enstrüman olan kurumsal sosyal sorumluluk ile bu sorumluluğun Türk ve İngiliz hukuklarındaki yeri ele alınacaktır.

IV. TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKLARINDA, PAYDAŞ MENFAATİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNİN BİR ENSTRÜMANI OLARAK KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUK (CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY)

Şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerde ya da bölgelerde gerek çevre gerekse toplum ile ilişkilerinin şirket menfaati içinde değerlendirilmesi, şirketlerin sosyal sorumluluğunu bir başka deyişle “kurumsal sosyal sorumluluğunu (KSS) (corporate

social responsibility (CSR)” gündeme getirmiştir. Şirketlerin kâr amacı dışında hedef ve sorumlulukları olduğunun kabulü ile gittikçe daha fazla önem atfedilen kurumsal sosyal sorumluluğun kapsamının nelerden oluştuğu veya zorunlu kılınıp kılınmayacağı yönünde bir mutabakat sağlanamamıştır³⁸. Bir görüşe göre “sosyal sorumluluğa uygun olarak hareket eden şirketler başarılarını uzun vadede ekonomiye, çevreye ve topluma olan etkileri ile ölçmektedirler³⁹”. Paydaşların yönetimi ile KSS- bu bağlamda iş etiği, sürdürülebilirlik ve kurumsal yurttaşlık (corporate citizenship)- birbiriyle yarışan ve birbirini tamamlayan kavramlardır⁴⁰.

Kurumsal sosyal sorumluluğun literatürde onlarca farklı tanımına rastlamak mümkündür. Örneğin, Avrupa Komisyonu kurumsal sosyal sorumluluğu, “işletmelerin toplum üzerindeki etkilerinden sorumlu olmaları” olarak tanımlamaktadır. Avrupa Komisyonu'na göre, işletmelerin kurumsal sosyal sorumluluklarını yerine getirmeleri için sosyal, çevresel, etik, insan haklarına ve tüketicilere ilişkin endişeleri, ticari operasyonları ile temel stratejilerine entegre edecek bir süreçte sahip olmaları gerekmektedir⁴¹. Avrupa Komisyonu'nun yaptığı tanımlamaya

³⁸ Lin, Li-Wen (2020), 'Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences', University of Pennsylvania Journal of Business Law, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3678786>, s.e.t. 08.09.2021; Littenberg, Michael R. (2018), 'Corporate Social Responsibility Compliance in 2018, and Beyond - An Overview for In-House Legal Counsel', CSR & Supply Chain Compliance, Article 1, Ropes & Gray. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ed7e22b3-06b8-41fb-a72e-b4ff2d5aba86>, s.e.t. 08.09.2021.

³⁹ Başar & Başar, s. 215.

⁴⁰ Carroll, Archie B. (2015), 'Corporate social responsibility: The centerpiece of competing and complementary frameworks', Organizational Dynamics, S: 2, C: 44, s. 87. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0090261615000170>, s.e.t. 25.07.2021; Moon, Jeremy (2004), Government as a Driver of Corporate Social Responsibility, The University of Nottingham, International Centre for Corporate Social Responsibility, No. 20-2004 ICCSR Research Paper Series -ISSN 1479-5124, s. 2, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.198.8346&rep=rep1&type=pdf>, s.e.t. 26.09.2021; Eminoğlu, s. 311.

⁴¹ Lin, s. 431, dn. 5'te anılan Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, at 6. COM (2011) 681 final (Oct. 25, 2011), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681> [<https://perma.cc/JU3E-GK9N>]

³⁶ <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/part/2/made>, s.e.t. 26.07.2021.

³⁷ Abou-Nigm, Verónica Ruiz & McCall-Smith, Kasey & French, Duncan (2018), Linkages and Boundaries in Private and Public International Law, 1. Baskı, Oxford, Hart Publishing, s. 635-636.

göre “kurumsal sosyal sorumluluk; işletmelerin, gönüllülük esasına dayalı olarak sosyal ve çevresel meselelerini, örgütsel faaliyetleriyle ve sosyal paydaşlarıyla olan etkileşimleriyle bütünleştirebildiği bir kavramdır. Sosyal sorumluluk sahibi olmak sadece resmi beklentileri yerine getirmek değil, gönüllülüğün ileriye giderek, insan sermayesine, çevreye ve hissedarlarla ilişkilere daha çok yatırım yapmaktır. (Commission of the European Communities, 2001: 6)⁴²”.

Genel olarak KSS'nin gönüllülük esasına dayandığı kabul edilmekle birlikte, dünyada, İngiliz hukuku örneğinde olduğu gibi, kurumsal sosyal sorumluluk üstlenmenin şirketler bakımından yasal yükümlülük olarak öngörüldüğü örnekler de artış göstermektedir⁴³. KSS'nin kapsamının çevresel sorumluluk, etik sorumluluk, hayırseverlik (filantropik) sorumluluğu ve ekonomik sorumluluk kategorilerinden oluştuğu söylenebilir⁴⁴.

KSS literatürde “Meşruiyet İlkesi (the Principle of Legitimacy) olarak adlandırılan ve bir şirketin örgütsel düzeyde işletme ve toplum arasındaki kurumsal ilişkilerini ortaya koyan ilke ile yakından ilgilidir⁴⁵. Bununla birlikte KSS bağlamında şirketlerin, toplumun tümü ile değil faaliyet gösterdiği yakın çevreye ve bu çerçevede paydaşlar ile ilişkilerine odaklanmak daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

KSS'nin en yaygın biçimlerinden birini oluşturan çevresel sorumluluk, şirketlerin olabildiğince çevre dostu politikalar üretmek için çalışmasını, bu amaçla örneğin çevre kirliliğinin, sera gazı emis-

yonlarının, su tüketiminin azaltılması, yenilenebilir enerji kullanımının, geri dönüştürülmüş maddelerin kullanımının artırılması veya ağaçlandırma faaliyetleri yürütmek, çevre araştırmalarını finanse etmek gibi çevreye verilen zararları telafi edici girişimlerde bulunulması yönünde çalışmalar yürütmesi şeklinde yerine getirilebilmektedir⁴⁶.

Bir şirketin adil ve etik şekilde faaliyet göstermesi ile ilgili olan etik sorumluluk gereğince, bu sorumluluğu benimseyen kuruluşun tüm paydaşlarına adil şekilde muamele etmesi gerekmektedir. Etik sorumluluk uygulaması kapsamında örneğin asgari ücretin yeterli yaşam standardı sağlamadığı hallerde şirket tarafından asgari ücretten daha yüksek bir ücretlendirme yapılması, cinsiyete dayalı ücret eşitsizliğinden kaçınması, kölelik veya çocuk işçiliği ile üretilen ürünlerin satın alınmadığını denetleyen süreçler oluşturulması gibi örnekler verilebilir. Bir şirketin, dünyayı ve toplumu daha iyi bir yer haline getirme amacını ifade eden filantropik sorumluluk kapsamında, şirketlerin kazançlarının bir kısmını hayır kurumlarına veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlara bağışlamaları söz konusu olur. Ekonomik sorumluluk ise bir şirketin herhangi bir KSS kategorisi kapsamında alınan kararların ve uygulamaların finansal kararlar ile desteklenmesini ifade etmektedir⁴⁷.

KSS, şirketler ile toplum arasında ile ilişkiyi iki temel noktada bir araya getirmektedir. İlki, toplumu korumak (şirketlerin olumsuz olabilecek etkilerinden, örneğin güvensiz ürünler ve çevre kirliliğinden) ikincisi ise toplumun refahını yükseltmeye katkı sağlamaktır⁴⁸. Bu bağlamda, şirketlerin sosyal sorumluluğundan kast edilen hususlar, başta çevre politikaları ve çevre kirliliğinin önlenmesi olmak üzere, çalışanların sağlık ve güvenliği, eğitimi, toplumla ilişkiler, kültürel ve sanatsal faaliyetlere destek verilmesi ve doğal afetlere yönelik faaliyetler olarak sayılmaktadır⁴⁹.

⁴² Aktan & Börü, s. 7.

⁴³ Lin, s. 1.

⁴⁴ Stobierski, Tim (2021), Types of Corporate Social Responsibility to be Aware of <https://online.hbs.edu/blog/post/types-of-corporate-social-responsibility>, s.e.t. 07.09.2021; Farklı kurumsal sosyal sorumluluk modelleri için bkz. Yıldız, Yüksel (2012), ‘Küresel İlkeler Sözleşmesi Işığında Türkiye’de Kurumsal Sosyal Sorumluluk’ (Yüksek Lisans tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26 vd.; KSS’yi oluşturan kategorilerin etik sorumluluk, hukuki sorumluluk, insan haklarından sorumluluk gibi farklı şekillerde ifade edilebildiği görülse de, farklı şekillerde ifade edilen kategorilerin kapsamına bakıldığında, içerik bakımından bir örtüşmenin söz konusu olduğu, dolayısıyla farklı sınıflandırmanın kapsama ilgili önemli bir fark yaratmadığı belirtilebilecektir.

⁴⁵ Robertson, Diana C. & Nicholson, Nigel (1996), ‘Expressions of Corporate Social Responsibility in U.K. Firms’ Journal of Business Ethics, S: 10, C: 15, s. 1096. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF00412050.pdf>, s.e.t. 26.09.2021.

⁴⁶ Stobierski; Littenberg.

⁴⁷ Stobierski; Littenberg.

⁴⁸ Carroll, s. 90.

⁴⁹ Başar & Başar, s. 221-222.

A. ULUSLARARASI ORGANİZASYONLARIN DÜZENLEMELERİNİN TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKLARINA ETKİLERİ

Uluslararası örgütlerin kurumsal sosyal sorumlulukla ilgili ürettikleri önemli belgelere⁵⁰ örnek olarak, BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 2011 yılında kabul edilen İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeleri (“Ruggie İlkeleri”)⁵¹, Ekonomik

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Yıldız**.

⁵¹ BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeleri, çok uluslu işletmelerin sorumlulukları konusunda öneriler sunmakla görevlendirilen, BM insan hakları ve çok uluslu şirketlerden sorumlu özel temsilci John Ruggie tarafından hazırlandığından, “Ruggie İlkeleri” olarak da anılmaktadır. Ruggie İlkeleri ile kendi bölgeleri ve yetki sınırları içinde insan haklarını garanti etmek konusunda devletlerin pozitif yükümlülükleri ile büyüklüğü, sektörü, yeri, mülkiyeti ve yapısı ne olursa olsun çok uluslu ve diğer tüm ticari şirketlerin insan hakları konusundaki sorumlulukları ve bunlar arasındaki ilişkilere dair kurallar ifade edilmiştir. İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler, Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Telif Edici Çözüm Üretme” Çerçevesinin Uygulanması. <https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>, s.e.t. 01.10.2021; Ruggie İlkeleri, “Koruma, Saygı Gösterme ve Telif Etme” esaslarına dayanmaktadır. Koruma yükümlülüğü, devletlerin kendi toprakları üzerindeki kişileri, üçüncü taraflarca gerçekleştirilebilecek insan hakları ihlallerine karşı koruma; gerçekleşen ihlallere karşı gerekli prosedürleri işleterek sorumluları cezalandırma ve zarar görenlerin zarar ve kayıplarının tazminini sağlama yükümlülüğünü ifade etmektedir. Saygı gösterme sorumluluğu, ticari şirketlerin, uluslararası düzeyde kabul edilmiş insan haklarını temel alarak, başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmaları ve yaptıkları olumsuz insan hakları etkilerini ortadan kaldırmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Saygı gösterme sorumluluğunun yerine getirilmesi sırasında, şirketlerin faaliyet gösterdikleri yerdeki insan haklarına ilişkin koşulları sürekli izlemeleri ve faaliyet zincirlerindeki her aşamada benimsedikleri insan hakları politikasının uygulanmasını sağlamaları ve denetlemeleri gerekmektedir. Telif etme esası uyarınca, insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesi halinde, devletler adli, idari, yasal ve diğer uygun araçları kullanarak, etkilenenlerin etkili çözümlere erişimini sağlamak için gerekli adımları atmak zorundadır. Diğer yandan şirketlerin de meydana gelen ihlallere karşı etkili şikayet mekanizmaları kurmaları veya bu mekanizmalara katılmaları zorunlu kılınmıştır. Görüldüğü üzere, koruma yükümlülüğü ile saygı gösterme sorumluluğu bakımından devletin görevleri ile şirketlerin sorumlulukları birbirinden ayrılmışken, telif etme esası bakımından hem devletlerin hem de şirketlerin yükümlülükleri mevcuttur. <https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>; **Yıldırım**, Engin (2014), “Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, https://www.academia.edu/30810934/B%C4%B0RLE%C5%9EM-%C4%B0%C5%9E_M%C4%B0LLETLER_%C4%B0%C5%9E_HAYATI_VE_%C4%B0NSAN_HAKLARI_REHBER_%C4%B0LKELER-%C4%B0N%C4%B0N_Engin_Y%C4%B1d%C4%B1r%C4%B1m, s.e.t. 03.09.2021.

Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından oluşturulan Çokuluslu Şirketler Rehberi⁵², Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi (global compact)⁵³ ve Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) “Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikayla İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi⁵⁴” sayılabilir.

OECD tarafından 1976 yılında kabul edilen Çokuluslu Şirketler Rehberi’nde, ilerleyen yıllarda, gelişmeler doğrultusunda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkelerin (Ruggie İlkeleri) kabulünden sonra Çokuluslu Şirketler Rehberi’nin insan haklarına ilişkin bölümü Ruggie İlkeleri ile uyumlu hale getirilmiş ve hem Çokuluslu Şirketler Rehberi’nin tanıtılması hem de ticari şirketlerin insan hakları ihlallerinde bulunmaları durumunda başvurulabilecek ve *tavsiye niteliğinde* karar vermekle yetkili bir Ulusal Temas Noktası (*National Contact Point/NCP*) oluşturulması öngörülmüştür. Diğer yandan, Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin 2011 yılında kabulünden sonra, 2014 yılında BM İnsan Hakları Konseyi Rehber İlkelerin hayata geçmesini teşvik etmek için tüm üyeleri Ulusal Eylem Planları geliştirmeye çağırmıştır⁵⁵. Avrupa Birliği (AB) de,

⁵² Çokuluslu Şirketler Rehberi, çok uluslu şirketlere yönelik tavsiyelerden oluşmaktadır. Rehberin amaçları, çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinin hükümet politikalarıyla uyumlu olmasının sağlanması, şirketlerin faaliyette buldukları toplum ile diğer şirketler arasındaki karşılıklı güvenin sağlanması ve yabancı yatırımlar için uygun ortamın geliştirilerek çok uluslu şirketlerin sürdürülebilir kalkınmaya katkısının artırılması olarak sayılabilir. Çokuluslu Şirketler Rehberi’nde yer verilen prensiplerin uygulanması gönüllülük esasına dayalıdır. <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/anlasmalar/UTNRehber1.pdf>, s.e.t. 01.10.2021.

⁵³ Dünyadaki en yaygın gönüllü sorumluluk projesi olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi’ni (global compact) imzalayan özel sektör kuruluşları, Sözleşme ile öngörülen insan hakları, çalışma standartları, çevre ve yolsuzlukla mücadele alanlarındaki on temel ilkeye uymayı taahhüt ederler. 2021 yılı itibarı ile sözleşmenin yüz altmıştan fazla ülkeden on iki binden fazla imzacısı vardır. <https://www.unglobalcompact.org/>, s.e.t. 08.09.2021; Ayrıca bkz. <https://www.globalcompact-turkiye.org/10-ilke/>, s.e.t. 08.09.2021.

⁵⁴ Çok uluslu şirketlerin uluslararası insan hakları belgelerine saygı göstermeleri çağrısında bulunan Bildirge, istihdam ve minimum ücret, işyeri güvenliğinin sağlanması gibi çalışma şartları konusunda hükümet, işveren ve işçi örgütlerinin uyması tavsiye edilen ilkelerden oluşmaktadır. Herhangi bir bağlayıcılığı ve takip mekanizması bulunmamaktadır. **Yıldırım**, s. 6; **Yıldız**, s. 54 vd.

⁵⁵ <https://www.ihud.org/raporlar/is-dunyasi-ve-insan-haklari-alaninda-ulusal-eylem-planlari>, s.e.t. 04.09.2021.

2011 yılında tüm üye ülkelerden BM Rehber İlkelerin uygulanması için bir ulusal eylem planı hazırlamalarını talep etmiştir.

Her ikisi de OECD üyesi ülkeler olan Türkiye ve İngiltere’de Ulusal Temas Noktası (UTN) (National Contact Point: NCP) oluşturulmuştur. Türkiye’de Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na bağlı Teşvik Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Ulusal Temas Noktası olarak belirlenmiştir⁵⁶. Birleşik Krallık UTN (NCP), Uluslararası Ticaret Departmanına bağlı olarak 2000 yılında kurulmuştur. NCP’nin çalışmaları, ilgili kesimlerin görüşlerinin alınabilmesini teminen, belirli devlet dairelerinin ve hükümet dışı, iş dünyası, sendikalar ve sivil toplum kuruluşları temsilcilerinden oluşan bir Yönlendirme Kurulu tarafından denetlenmektedir⁵⁷. Her iki ülkede de NCP’ye ne şekilde başvurulacağı ve başvuru değerlendirme süreçlerine ilişkin yapı oluşturulmuş ve alenileştirilmiştir. Şikâyet mekanizması olarak işlev gören Ulusal Temas Noktası tarafından verilen tavsiye kararları bağlayıcı olmamakla birlikte, Çokuluslu Şirketler Rehberi’ni kabul etmiş ülkelerin Ulusal Temas Noktaları tarafından verilen 400’e yakın karar bulunduğu ve bu kararların, şirketlerin insan hakları sorumluluklarının kapsamını belirlemede önemli bir kaynak teşkil ettiği ifade edilmektedir⁵⁸.

BM Ruggie İlkelerinin uygulanmasıyla ilgili ulusal eylem planı geliştirmek konusunda, somut bir politika geliştiren ilk ülke, 2013 yılındaki girişimi ile Birleşik Krallık olmuştur⁵⁹. En son 20016 yılında

güncellediği Ulusal Eylem Planı çerçevesinde Ruggie İlkelerine işlerlik kazandırmak amacıyla çeşitli yasal enstrümanlar oluşturulmuş, rehberler yayımlanmış, belirlenen ilkelerin yürürlük kazanması için destekler sağlanmıştır⁶⁰. BM üye devleti olarak Türkiye, Ulusal Eylem Planı hazırlayan ülkeler arasında olmadığı gibi, henüz bu plan üzerinde çalışmaya başlama taahhüdünde de bulunmamıştır. Türkiye’nin öncelikli sosyo-politik belirsizlikleri gidermeye odaklanmış olması nedeniyle bu konuyu henüz gündemine almamış olabileceği ileri sürülmektedir⁶¹.

Günümüzün iş dünyasında yolsuzluk ve rüşvetle mücadele hemen her platformda gündeme gelen bir konudur. Şirket menfaatinin gerektirdiği bir çaba olarak rüşvetle mücadele bakımından, OECD’nin 1997 yılında gerçekleştirilen bir konferans sonucunda yayımladığı “Yabancı Kamu Görevlilerinin Uluslararası İşlemlerde Rüşvet ile Mücadele Konvansiyonu”nun (Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) rüşvetle mücadelede önemli bir adım teşkil ettiğini belirtmek gerekir⁶². Paydaşların menfaatlerinin korunması paradigması kapsamında değerlendirilebilecek rüşvetle mücadele amacıyla, İngiliz-Amerikan hukukunda şirket yöneticilerinin şirket menfaatini ve bu bağlamda paydaşların menfaatlerini göz önüne almaları gerektiği yolundaki düzenlemeler ortaya konulmuştur. İngiliz hukukunda

europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf, s.e.t. 04.09.2021.

⁵⁶ <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/anlasmalar/UTNRehber1.pdf>, s.e.t. 01.10.2021.

⁵⁷ <https://www.gov.uk/government/groups/uk-national-contact-point-for-the-organisation-for-economic-co-operation-and-development-guidelines>; detaylı bilgi için bkz. **Abou-Nigm & McCall-Smith & French**, s. 626 vd.

⁵⁸ <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/anlasmalar/UTNRehber1.pdf>, s.e.t. 01.10.2021; <https://www.sivilsayfalar.org/2020/12/14/bm-rehber-ilkeleri-devletlere-ve-maden-sirketlerine-onemli-sorumluluklar-yukluyor/>, s.e.t. 01.10.2021.

⁵⁹ <https://www.ihud.org/raporlar/is-dunyasi-ve-insan-haklari-alaninda-ulusal-eylem-planlari>; Birleşik Krallık Rehber İlkeleri uygulamada, 2013 yılında somut bir politika geliştiren ilk ülkedir. **Yıldırım**, s. 15. Ulusal Eylem Planını hayata hazırlayan diğer ülkeler 2016 itibarı ile Hollanda (2013), Danimarka (2014), Finlandiya (2014), Litvanya (2015), İsveç (2015), Norveç (2015), Kolombiya (2015), İsviçre (2016), Almanya (2016), İtalya (2016) ve Amerika Birleşik Devletleri (2016) olarak belirlenmektedir. Bazı ülkelerde ise çalışmalar devam etmektedir. <https://www.>

⁶⁰ 2015 tarihli Modern Kölelik Yasası’nın çıkarılması, insan hakları üzerine çalışan kuruluşların fonlanması, dijital gözetime ilişkin kurulların güçlendirilmesi gibi örnekler verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. **Abou-Nigm & McCall-Smith & French**, s. 630 vd.

⁶¹ **Tarman**, Zeynep Derya, ‘Turkey’: **Kessedjian**, Catherine & **Cantú Rivera**, Humberto (Editors) (2020), Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, C. 42, 1. Baskı, Cham, Springer International Publishing, s. 597.

⁶² https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, s.e.t. 27.07.2021; Rüşvet bir tanıma göre görev ve yetkinin kötüye kullanılarak bir menfaat elde edilmesi olarak tanımlanabilecek rüşvet (**Aktan**, Coşkun Can (2018), Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri, 2. Baskı, Ankara, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, s. 84.) eylemi, aynı zamanda suç teşkil etmekte ve rüşvetle mücadele, iş ahlakının bir parçasını oluşturmaktadır. Rüşvet suçu esas olarak kamu görevlilerinin dahil olduğu bir suç türüdür. İstisnaları olmakla birlikte, rüşvet alma suçunu temelde kamu görevlileri gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, OECD’nin bu konudaki Konvansiyonu son derece önem taşımaktadır.

rüşvetle mücadele için başlı başına bir Kanun yürürlüktedir. 2010 yılında yürürlüğe giren Rüşvetle Mücadele Kanunu (Bribery Act 2010) m.7’de ticari kuruluşların rüşvetle mücadelesine ilişkin esaslar öngörülmüştür. Buna göre, “bir ticari kuruluşla bağlantılı bir kişi, bu ticari kuruluşla iş yapmak isteyen ya da bu ticari kuruluşla iş sürecinde bir avantaj elde etmeye niyetli bir kişiye rüşvet verirse ticari kuruluş rüşvet suçunu işlemiş olur (m.7/1’a, b.)”. Burada şirketin özel ya da halka açık şirket olması şeklinde bir ayırım yapılmamıştır⁶³.

Türk hukukunda rüşvet suçu, 5237 sayılı TCK ile suç olarak düzenlenmiştir. Şirketler açısından rüşvetle mücadele konusu, SPK Kurumsal İlkeler Tebliği’nin EK-1 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri m.3.5.2. son cümlesinde “... şirket, İrtikap ve rüşvet de dahil olmak üzere yolsuzluğun her türlüyle mücadele eder” ifadesi ile yerini bulmuştur. Bu ifadeyi sadece borsaya kotalı değil tüm şirketler açısından kabul etmek gerekir⁶⁴.

B. ULUSLARARASI STANDARTLAR ARACILIĞIYLA KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUĞUN YERİNE GETİRİLMESİ

Türk şirketlerinin bir bölümünün benimsediği uluslararası standartları belirleyen Uluslararası Standardizasyon Organizasyonu (ISO: International Standardisation Organization) kurumsal sosyal sorumluluğu, *insanlara ve topluma yarar sağlayacak bir şekilde, organizasyonların ekonomik, sosyal ve çevresel sorunlara işaret ettikleri bir yaklaşım olarak ele almaktadır*⁶⁵.

Günümüzde özellikle kurumsallaşmış şirketlerin birçok uluslararası standartları benimsediği ve sosyal sorumluluk projesi üstlendiği görülmektedir. Uluslararası standartlara örnek olarak SA 8000 (Social Accountability: Sosyal Hesap verilebilirlik) Sosyal sorumluluk

belgesi, sosyal açıdan kabul edilebilirlik ve kuruluş için asgari standartları belirleyen bir standarttır⁶⁶. Aynı şekilde ISO26000 kurumsal sosyal sorumluluk standardı da toplum ve çevreye saygıyı öngören bir standarttır. ISO14000 çevre yönetimi ile ilgili bir standarttır⁶⁷. Özellikle yabancı ülkelere yatırım planlayan Türk şirketleri söz konusu standartları edinmektedir.

Birleşik Krallık’ta da yasal temele kavuşturulmuş olmakla uyulması zorunlu kılınmış bazı standartlar dışında, ISO standartlarına uymanın zorunlu olmadığı ancak İngiliz Standartlar Enstitüsü aracılığıyla bu standartlara uyum sağlanmasının teşvik edildiği görülmektedir. Konumuz bağlamında, kurumsal sosyal sorumluluk konusundaki ISO26000 standardı İngiliz Standartlar Enstitüsü tarafından teşvik edilmekte olup, Enstitü tarafından Birleşik Krallık şirketlerine yurtiçinde ve yurtdışında sorumlu bir tedarik zincirinin nasıl sağlanacağı konusunda tavsiyelerde bulunan bir KSS & Sorumlu Kaynak Kullanımı Danışmanlık Servisi kurulmuştur⁶⁸.

C. ULUSAL DÜZENLEMELER

KSS yükümlülüğü öngören uluslararası düzenlemelerin aksine, konuyla ilgili iç hukuk düzenlemeleri bağlayıcıdır. İç hukuk düzenlemeleri ile getirilen yasal yükümlülükler her ne kadar KSS olarak tanımlanmış veya sınıflandırılmış olmasa da KSS ile amaçlanan hukuki korumayı sağladığı ölçüde “örtülü” KSS kuralı olarak kabul edilebilecektir. Böyle bir düzenlemenin mevcut olması durumunda da artık yasal olarak temellendirilmiş ve uyulması “zorunlu” bir KSS kuralından bahsedilebilecektir⁶⁹. Dünyada birçok yargı çevresinde, farklı düzeylerde örtülü KSS mevzuatına yer verildiği ifade edilmektedir. KSS kategorileri göz önünde bulundurularak, insan hakları hukuku, çevre hukuku, tüketici hukuku, iş hukuku gibi alanlarda, açıkça KSS zikredilmese de ve sadece şirketleri hedef almayacak şekilde tasarlanırsa da KSS kurallarının mevcut olduğu söylenebilir⁷⁰.

⁶³ Amerikan hukukunda, 1977 tarihli “Yabancı Yolsuzluk Uygulamaları Kanunu (Foreign Corrupt Practices Act of 1977)” ile, başlangıçta Amerikan yurttaşlarının yabancı devlet ya da bir başka eyalet görevlilerine, bir işin yapılması bir menfaat sağlanmasının rüşvet suçunu oluşturacağı öngörülmüş 1998 yılındaki değişiklikle yabancı şirket ya da kişilerin Amerikan topraklarında devlet görevlilerine bir menfaat sağlaması durumunda da bu suçun işlenmiş olacağı belirtilmiştir <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>, s.e.t. 27.07.2021.

⁶⁴ Eminoğlu, s. 313.

⁶⁵ Aktan & Börü, s. 8.

⁶⁶ <http://www.eurocert.com.tr/sa8000-sosyal-sorumluluk-belgesi.aspx>, s.e.t. 26.07.2021.

⁶⁷ <https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>, s.e.t. 26.07.2021.

⁶⁸ Abou-Nigm & McCall-Smith & French, s. 632.

⁶⁹ Lin, s. 3.

⁷⁰ Lin, s. 4.

1. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

İngiliz hukukunun aksine, Türk hukukunda kurumsal sosyal sorumluluk kavramı tanımlanmadığı gibi, bu konuda hukuki temel de oluşturulmuş değildir. Bununla birlikte, iç hukukta KSS'nin amaçları ile örtüşen birçok yasal düzenleme mevcut olduğu gibi, Türkiye'nin de mensubu olduğu uluslararası örgütlerin kurumsal sosyal sorumlulukla ilgili çalışma ve girişimlerinin Türkiye açısından da bağlayıcı olması nedeniyle, KSS'nin Türk şirketlerine çok da yabancı olmadığı söylenebilecektir⁷¹. Dolayısıyla, KSS Türk hukuk iklimine mensup şirketlerce henüz bir şirket kültürü olarak benimsenmemiş olsa da, KSS kapsamındaki sorumlulukların bir kısmı iç hukuk düzenlemeleri gereğince zorunlu olarak, bir kısmı ise uluslararası düzenlemeler uyarınca gönüllülük esasına dayalı olarak, Türk şirketleri tarafından yerine getirilmektedir.

Türk hukukunda şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğuna ilişkin olarak mevcut yasal düzenlemelere değinecek olursak örneğin TTK m.210/3'te öngörülen ve şirketlerin kamu düzenine ya da işletme konusuna aykırı işlemlerde ya da bu yönde bir hazırlık ya da muvazaalı iş veya faaliyetlerde bulunması durumunda, söz konusu şirketler hakkında fesih davası açılabilmesine ilişkin düzenleme kamu düzeni vurgusu açısından kurumsal sosyal sorumluluk ile doğrudan ilişkilidir. Benzer biçimde şirketlerin kuruluş aşamasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilerek alacaklıların, pay sahiplerinin ya da kamu menfaatlerinin önemli biçimde tehlikeye düşürülmesi durumunda yönetim kurulunun, Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklının ya da pay sahibinin istemi üzerine şirketin feshine karar verilebilecektir (TTK m.353).

Türk hukukunda çalışanların korunmasına dair hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 202, 428 ve 429. maddelerinde, hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde hem de 6102 sayılı TTK'nın 178. maddesinde çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin ortak yanı, işyerinin ya da işletmenin devri halinde işçinin devir nedeniyle mağdur olmasını önlemek ve iş sözleşmesinin sürekliliğini sağlamaktır.

Türk şirketler hukukunda şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğuna dair en önemli düzenlemeler kanaatimizce TTK'nın 521 ila 523. maddelerinde yer alan hükümlerdir. Söz konusu hükümler doktrinde bazı yazarlarca da vurgulandığı gibi, tümüyle toplumsal bir nitelik taşımaktadır⁷². TTK 521. ve 522. maddelerinde “şirketin isteği ile ayırdığı yedek akçeler” kenar başlığı altında, şirketin kanuni yedek akçe dışında esas sözleşme ile başka yedek akçeler ayrabileceği (m.521), yine esas sözleşmede şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilmesi, yardım amacına özgülenen yedek akçelerin ve diğer malların şirketten ayrılması suretiyle bir vakıf veya kooperatif kurulmasının zorunlu olduğu (TTK m.522/1-2) düzenlenmiştir. TTK m.523/3'te ise esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile, genel kurulun, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço kârından yedek akçe ayrılabilmesi hükmü altına alınmıştır. Görüldüğü gibi TTK 521-523 hükümleri, şirket çalışanlarına ve topluma yardım amaçlı kuruluşlara maddi destek sağlamak üzere şirketin isteğe bağlı yedek akçe oluşturmalarını, yardım amacına yönelik yedek akçelerin başka amaçlarla kullanılmasını önlemek üzere şirketten ayrılarak bir vakıf ya da kooperatif çatısı altında toplanmalarını zorunlu tutmuştur. Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba şirket tarafından bu amaçlarla ayrılan yedek akçeler başka amaçlarla kullanılabilir mi? Bu sorunun yanıtı iki görüşten hareketle verilebilir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, her ne kadar genel kurulun amaç belirterek daha önce ayırdığı yedek akçeler için, öngörülen amaç değiştirilirse de bu amaç değişikliği sadece yardım kuruluşları için söz konusu olabilir; yöneticiler, çalışanlar ve işçiler için böyle bir değişime gidilemez⁷³.

Yukarıda da değinildiği gibi, KSS kapsamında ileri sürülecek taleplerin iç hukukta dayanağı bulunması durumunda, yetkili Türk mahkemelerine

⁷¹ Tarman, s. 596.

⁷² Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin (2019), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 335.

⁷³ Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, s. 336.

başvurulabilmesi de mümkündür. Buna göre, Anayasa'nın 90. maddesi ile MÖHUK m.1/2 gereğince KSS kategorileri kapsamında insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalar⁷⁴, KSS yükümlülüğü öngören sözleşme hükümlerinin, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşması veya genel işlem koşulu niteliğinde olması halinde uygulanmayacak olması, örneğin etik sorumlulukla bağlantılı, "ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu" yönündeki hüküm (TBK m.27) gereğince, konusu toplumun benimsediği ahlak kurallarına aykırı, söz konusu kuralları ihlal edici nitelik taşıyan sözleşmelerin geçersiz kabul edilmesi bakımından Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri, KSS ile ilgili olabilecek haksız fiillerden kusursuz sorumluluğa ilişkin bazı hükümler, talep hakkına dayanak teşkil edebilir. KSS ile bağlantılı kusursuz sorumluluk hallerine örnek olarak, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun ilgili hükümleri, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun, adam çalıştırmanın sorumluluğuna (m.66), tehlike sorumluluğuna (m.71) ilişkin hükümleri, 4721 sayılı Medeni Kanun'un taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin (m.730) hükmü zikredilebilir. KSS açısından MK 110. madde hükmünü de burada vurgulamak gerekir. Bu hüküm gereğince "Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının yöneticileri, yararlananlara, vakfın örgütü, işleyişi ve mali durumu hakkında gerekli bilgiyi vermeye yükümlüdür-

ler. Vakfa ödenti veren çalıştırılanlar ve işçiler en az yapmış oldukları ödeme oranında yönetime katılırlar ve temsilcilerini olabildiğince kendi aralarından seçerler". Yukarıda TTK m.522-523 gereği anonim şirketlerin yöneticilere, çalışanlara ve işçilere yardım amaçlı olarak yedek akçeden pay ayırabileceğini ve bu durumda ayrı bir vakıf ya da kooperatif kurmalarının zorunlu olduğunu belirtmiştik. İşte kurulacak olan bu vakıflarda yöneticilerin, çalışanlara ve işçilere vakfın işleyişi ve mali durumu hakkında bilgi vermeleri ve yönetime dahil edilmeleri öngörülmüştür⁷⁵. İş hukuku alanında da KSS ile bağlantılı önemli hükümler mevcuttur. İşverenin çalışanlara eşit muamelede bulunma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüklerine, sendikal örgütlenmeye ilişkin haklar ve özellikle çocukların asgari çalışma yaşı ve koşullarına ilişkin hükümler örnek olarak verilebilir⁷⁶. Sosyal sorumluluk projelerinde ağırlıklı olarak eğitim, çevre, sosyal destek, kültür-sanat, sağlık ve ekonomi projeleri yürütülmektedir⁷⁷.

2. İngiliz Hukukundaki Düzenlemeler

İngiliz Şirketler Kanunu'nun 172. maddesinde yer alan ve yöneticilerin paydaşların menfaatlerini de göz önüne almalarına yönelik düzenleme, yukarıda incelenmişti. Bu noktada literatürde, yöneticilerin, paydaşlara yönelik yükümlülükleri yerine getirip getirmediği hususunda bir raporlamanın Şirketler Kanunu ya da alt düzenlemelerde yer almasının eleştiri konusu olduğunu da belirtmeliyiz⁷⁸.

İngiliz-Amerikan hukukunda "ethic code" ya da "code of conduct" adı verilen ve kurumsal yönetimin bir unsuru olabilen davranış kuralları, yöneticiler ve şirket çalışanlarının şirket faaliyetlerinin her aşamasında uyması gereken kurallardır. Bu kurallar sadece ahlaki değil aynı zamanda hukuki kurallardır. Örneğin yöneticilerin şirket ile ilişki içindeki kesimlerden hiç veya belli bir miktarın üzerinde hediye kabul etmemesi, ayrımcılık yasağı (sadece ırk, din ve milliyet değil aynı zamanda cinsiyet ayrımcılığı [gender discrimination], evli-bekar ayrımcılığı vb.) gibi ku-

⁷⁴ Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşmeler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (*the Universal Declaration of Human Rights*), BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (*Convention on the Rights of the Child*), 182 No.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi (*the Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labor*), Türkiye'nin onayladığı ILO sözleşmelerinden 29 No.lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (*the Convention concerning Forced or Compulsory Labor*), 111 No.lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi (*the Discrimination (Employment and Occupation) Convention*), 155 No.lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme (*the Convention concerning Occupational Safety and Health Convention and the Working Environment*), 100 No.lu Eşit Ücret Sözleşmesi (*the Equal Remuneration Convention*), 87 No.lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi (*the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention*), Çokuluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya İlişkin İlkeler Üçlü Bildirgesi (*Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*) ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'den (*the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*) oluşmaktadır. **Tarman**, s. 598-599.

⁷⁵ **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, s. 335.

⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Tarman**, s. 601 vd.

⁷⁷ <https://www.ekonomist.com.tr/dosya/topluma-deger-kan-tan-sirketler.html>, s.e.t. 26.07.2021.

⁷⁸ **Ward**, s. 22.

rallar şirketlerin uyum kuralları olarak bilinmektedir (compliance rules)⁷⁹. Şirketler Kanunu'nun 175. maddesi ile, "yöneticilerin doğrudan ya da dolaylı olarak olabilecek menfaatlerinin şirket menfaati ile çatışmasından kaçınmaları" yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Böyle bir durumda yöneticinin, şirket malvarlığı üzerinden kişisel olarak elde ettiği gelir için hesap vermesi gerekmektedir. Bu aynı zamanda bir müşterek hukuk kuralıdır⁸⁰. Aynı Kanun'un 176. maddesinde ise "yöneticilerin üçüncü kişilerden bir menfaat kabul etmemeleri" yükümlülüğü düzenlenmiştir. Burada "üçüncü kişi" tabiri, şirket dışından bir kişiyi, şirketle bağlantılı bir tüzel kişiyi ya da bunların temsilcisini kapsamaktadır. Bir menfaatin kabul edilmesi, makul koşullarda şirket menfaati ile çatışma olarak görülemeyecek ise yükümlülük ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Bu yükümlülük, yönetici görevden ayrılmış olsa bile, zamanında yapmış olduğu işlerle ilgili olarak devam edecektir⁸¹. İngiliz hukukunda genel anlamda bir Etik Kod bulunmamakla birlikte, anılan hükümlerin iş etiği ve rüşvetle mücadele bakımından önemi ve KSS kapsamındaki etik sorumlulukla örtüştüğü açıktır. Öte yandan Londra Borsasına kayıtlı şirketler ile büyük çaplı şirketlerin "etik kodları" mevcuttur.

İngiliz hukukunda paydaş menfaatleri ve kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili düzenlemelere, Şirketler Kanunu dışında sadece üç Kanunda yer verildiğini görmekteyiz. Bunlardan ilki 1986 tarihli İflas Kanunu'nun 214. maddesidir. Buna göre, iflas tasfiyesine giren bir şirketin yöneticilerinin, alacaklıların zararını (objektif sorumluluk çerçevesinde zararın önlenmesi için kendinden beklenen genel bilgi, beceri ve deneyimi göstermesine rağmen zararı önleyememesi hali dışında) tazminle sorumlu olduğu (m.214/3,4) hüküm altına alınmıştır. İflas eden veya iflas etmeye yakın bir şirketin yöneticilerinin, şirket malvarlığı üzerinde alacaklıların menfaatlerine zarar

verecek şekilde tasarruf etmeleri halinde sadakat yükümlünü (fiduciary duty) ihlal ettikleri kabul edilecektir⁸². Diğer düzenlemeler ise işçilerin korunması konusundaki 1996 tarihli Çalışma Hakları Kanunu (Employment right Act) ve işletmenin devri halinde işçilerin haklarına ilişkin TUPE adı verilen (Transfer of Undertakings-Protection of Employees) Regülasyondur.

Birleşik Krallık'ta son yıllarda emeklilik fonlarının çevresel ve toplumsal konularda ne kadar yatırım yapıldığı hususunda zorunlu raporlamaya ilişkin yasal düzenlemeler yapılması öngörülmüş ancak hükümet, lobi faaliyetleri sonucunda bu girişimden vazgeçmiştir⁸³.

Yasal düzenlemeler dışında, KSS politikalarının sözleşmeye dahil edilmek suretiyle sözleşmesel bir yükümlülük haline getirilmesi ve bu suretle sözleşmeler hukuku alanında zorunlu şekilde uygulanmasının sağlanması kuşkusuz mümkündür. Bu bağlamda, örneğin

Türk ve İngiliz hukukunda paydaş menfaati ve kurumsal sosyal sorumluluğa değindikten sonra kurumsal sosyal sorumluluğun iki boyutu üzerinde özellikle durmak gerekir. Bunlar iş etiği ve rüşvetle mücadeledir.

V. SONUÇ

Çalışmamızda Türk ve İngiliz şirketler hukukunda şirketlerin paydaş sorumluluğuna ilişkin mukayeseli bir inceleme yapılmıştır. Türk şirketler hukuku temelde İsviçre-Alman borçlar ve şirketler hukuku üzerine inşa edilmiştir. Ancak kabul edilmelidir ki günümüzde İngiliz-Amerikan hukukunun birçok ilkesi Kıta Avrupa hukuk sistemlerini etkilemektedir. Bu bağlamda, Türk şirketler hukuk öğretisinde de İngiliz-Amerikan hukukunun bazı ilkelerine yer verilmesi ve zaman içinde yasal düzenlemelere yansıtılması gerekir. Türk şirketler hukuku mevcut şekli ile mekanik bir yapıya sahiptir. Şirketlerin kurulması, çalışma esasları, organları oldukça detaylı biçimde hüküm altına alınmıştır. Şirket yöneticilerinin görev ve yetkileri de tek tek belirtilmiştir. Buna karşılık örneğin "Kurumsal yönetim" ilkesi,

⁷⁹ İngiliz anonim şirketler hukukuna özgü ilkelere "uyumluluk" (Compliance) ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Turanlı, Hüsnü** (2021), 'İngiliz Anonim Şirketler Hukukuna Hakim İlkeler'; **Karagöz, Havva & Özcanlı, F. Beril & Palanduz, Seda** (Editör) 20-22 Temmuz 2020, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 661-693 (Kıs: Hakim İlkeler).

⁸⁰ **Wild & Weinstein**, s. 201.

⁸¹ **Mayson & French & Ryan**, s. 500; Türk hukukunda şirket yöneticileri için böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir.

⁸² **Mayson & French & Ryan**, s. 485.

⁸³ **Ward**, s. 18.

ilkesel bazda kabul edilmekle birlikte, sadece SPK'da bir madde ile çok genel olarak yasal düzenlemeye kavuşmuş, yine SPK'nun bir tebliği ile sınırlı kalmıştır. Oysa ki hem halka açık hem de kapalı anonim ortaklıklar bakımından yöneticilerin sorumluluktan biri de "kurumsal yönetim" ilkelerine uymalarıdır. Kurumsal yönetim sadece şirketin iç yönetimi ile ilgili değildir. Şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak menfaat ortaklığı içinde olduğu çalışanlarla, alacaklılarla, tedarikçilerle, hükümetle, toplumla, çevreyle de ilgilidir. Kar maksimizasyonu önemlidir ama tek başına pay sahiplerinin menfaati doğrultusunda hareket etmek sadece kısa vadede kar maksimizasyonunu sağlar. Uzun vadede, stratejik kararlar hem şirket hem de pay sahipleri açısından zorunludur.

İngiliz şirketler Kanunu'nun 172. maddesinde şirketin başarısı için sadece pay sahiplerinin değil aynı zamanda paydaş adı verilen ve bu bağlamda çalışanlar, alacaklılar, tedarikçiler, müşteriler, şirketlerin temasta olduğu topluluk ve çevrenin menfaatlerini dikkate almaları öngörülmüştür. Türk hukukunda paydaşların menfaatlerine ilişkin olarak birçok kanun metninde çeşitli koruyucu hükümler yer almasına rağmen İngiliz Şirketler Kanunu 172. madde anlamında bir düzenleme mevcut değildir. Öte yandan Türk hukukunda 2003 yılında, eski 6224 sayılı Yabancı sermayeyi Teşvik Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 4875 sayılı "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" kabul edilmekle birlikte, Türkiye'de faaliyet gösterecek yabancı yatırımcılar açısından da paydaş menfaatlerine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Aynı şekilde Türkiye dışında faaliyet gösteren Türk yatırımcılar için de paydaş menfaatlerini korumayı öngören bir düzenleme mevcut değildir. Günümüzde paydaş menfaatlerinin uygulamaya yansıyan en önemli göstergesi kurumsal sosyal sorumluluk adı verilen ve şirketlerin paydaşlar ile ilişkilerini ortaya koyan düzenlemeler ve eylemleridir. Söz konusu düzenlemeler ve eylemler, kurumsal yapı içinde çalışanları, alacaklıları, tedarikçileri, müşterileri, toplumu ve çevreyi korumanın yanı sıra çeşitli sosyal sorumluluk projeleri ile şirket ve paydaşlar arasında bağ kurmayı amaçlamaktadır.

Kurumsal sosyal sorumluluk aynı zamanda etik sorumluluğu da içermektedir. Yöneticilerin üçüncü kişilerle ilişkilerinde, yolsuzluk, rüşvet gibi hem hu-

kuken hem de ahlaken kabul edilemeyecek yollara başvurmalarını önleyici kurallar konulmalıdır. Bu kuralların sadece kamusal yönü ağır basan kooperatifler ve HAAO'lar değil tüm ticaret şirketleri için öngörülmesi gerekir. Yukarıda sayılan tüm bu esaslar, sadece Türk şirketleri için değil aynı zamanda doğrudan yabancı yatırım çerçevesinde yatırım yapan yabancı şirketler ve yabancı ülkelerde yatırım yapan Türk şirketleri için de geçerli olmalıdır. Günümüzde şirketlerin yapısı artan biçimde çok uluslu ya da sınır ötesi şirketleşme şeklinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda paydaş konusu ve şirketlerin paydaşlara yönelik sorumlulukları hem Türk Ticaret Hukuku hem de Doğrudan Yabancı Yatırımlar Hukukunda tartışılmalı ve her iki alanda da gerekli yasal düzenlemeler hayat geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Abou-Nigm**, Verónica Ruiz & **McCall-Smith**, Kasey & **French**, Duncan (2018), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, 1. Baskı, Oxford, Hart Publishing.
- Aktan**, Coşkun Can (2018), *Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri*, 2. Baskı, Ankara, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 2018.
- Aktan**, Coşkun Can & **Börü**, Deniz, *Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, https://www.researchgate.net/profile/Coskun-Can-Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/links/59776fcc45851570a1b312cf/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf, s.e.t. 25.07.2021.
- Başar**, Banu & **Başar**, Mehmet (2006), 'Sosyal Sorumluluk Raporlaması ve Türkiye'deki Durumu, Social Responsibility Reporting: The Case of Turkey', *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 2, C: 6. <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/20523#page=214>, s.e.t. 10.06.2021.
- Carroll**, Archie B. (2015), 'Corporate social responsibility: The centerpiece of competing and complementary frameworks, *Organizational Dynamics*', S: 2, C: 44, ss. 87-96, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0090261615000170>, s.e.t. 25.07.2021.
- Littenberg**, Michael R. (2018), 'Corporate Social Responsibility Compliance in 2018, and Beyond - An Overview for In-House Legal Counsel', *CSR & Supply Chain Compliance*, Article 1, Ropes & Gray. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ed7e22b3-06b8-41fb-a72e-b4ff-2d5aba86>, s.e.t. 08.09.2021.
- Eminoğlu**, Cafer (2014), *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, 1.Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.
- Freeman**, R. Edward & **McVea**, John (2001), 'A Stakeholder Approach to Strategic Management, Darden Graduate School of Business Administration University of Virginia', Article in SSRN Electronic Journal, DOI: 10.2139/ssrn.263511, https://www.researchgate.net/publication/228320877_A_Stakeholder_Approach_to_Strategic_Management, s.e.t. 15.06.2021.
- Ho**, Virginia Harper (2010), 'Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide', *The Journal of Corporate Law*, S: 1, C: 36, s. 60-112, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jcorl36&div=5&id=&page=>, s.e.t. 05.05.2021.
- İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler, Birleşmiş Milletler "Koruma, Saygı Gösterme ve Telif Edici Çözüm Üretme" Çerçevesinin Uygulanması, <https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyas%C4%B1-ve-insan-haklari.pdf>, s.e.t. 01.10.2021.
- Lasyté**, Gita (2019), 'The Role of Stakeholder in Corporate Governance: Theoretical Approach' *Contemporary Research on Organization Management and Administration*, ISSN 2335-7959 Online, S: 7, C: 1, ss. 74 - 85 doi.org/10.33605/croma-012019-006. <https://repository.mruni.eu/handle/007/16049>, s.e.t. 25.06.2021.
- Lin**, Li-Wen (2020), 'Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences' *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3678786>, s.e.t. 08.09.2021.
- Marson**, James (2011), *Business Law*, 2. Baskı, Oxford, Oxford Yayınları.
- Mayson**, Stephan & **French**, Derek & **Ryan**, Cristopher (2011), *Company Law*, 27. Baskı, Oxford Oxford Yayınları.
- Moon**, Jeremy (2004), *Government as a Driver of Corporate Social Responsibility*, The University of Nottingham, International Centre for Corporate Social Responsibility, No. 20-2004 ICCSR Research Paper Series- ISSN 1479-5124. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.198.8346&rep=rep1&type=pdf>, s.e.t. 26.09.2021.
- Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019), *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Queen**, P.E. (2015), 'Enlightened Shareholder Maximization: Is this Strategy Achievable?', *J Bus Ethics*, S: 3, C: 127, ss. 683-694. <https://doi.org/10.1007/s10551-014-2070-6>, s.e.t. 07.07.2021.
- Radin**, Tara (1999), 'Stakeholder Theory and the Law', *The Colgate Darden Graduate School of Business Administration University of Virginia*. <https://www.proquest.com/docview/304530626?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true>, s.e.t. 11.06.2021.
- Roberts**, Robin W. (1992), 'Determinants of Corporate Social Responsibility Disclosure: An Application of Stakeholder Theory, Accounting Organizations and Society' S: 6, C: 17, ss. 595-612. <http://repository.binus.ac.id/2009-1/content/f0122/f012243637.pdf>, s.e.t. 15.07.2021.
- Robertson**, Diana C. & **Nicholson**, Nigel (1996), 'Expressions of Corporate Social Responsibility in U.K. Firms' *Journal of Business Ethics*, S: 10, C: 15, ss. 1095-1106, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BF00412050.pdf>, s.e.t. 26.09.2021.
- Sauvant**, Karl P. & **Mann**, Howard (2019), 'Making FDI More Sustainable: Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics' *The Journal of World Investment&Trade*. https://brill.com/view/journals/jwit/20/6/article-p916_6.xml?body=pdf-33151&language=de, s.e.t. 26.07.2021.

- Saygılı, Ebru & Gören Yargı, Seher & Kiroğlu, Melike** (2019), 'Halka Açık Şirketlerde İş Etiği Kodları Analizi' Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, S. 3, C. 21, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/820954>, s.e.t. 27.09.2021.
- Stobierski, Tim** (2021), Types of Corporate Social Responsibility to be Aware of <https://online.hbs.edu/blog/post/types-of-corporate-social-responsibility>, s.e.t. 07.09.2021.
- Sulu, Muhammed** (2019), Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık.
- Tarman, Zeynep Derya, "Turkey": Kessedjian, Catherine & Cantú Rivera, Humberto** (Editors) (2020), Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, C. 42, 1. Baskı, Cham, Springer International Publishing, ss. 959-624.
- Tekinalp, Ünal** (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Turanlı, Hüsnü** (2016), 'A Fundamental Change of Perspective in the Liability of the Board of Managers in the New Turkish Corporate Law: Transformation from Prudent Man Rule to Business Judgment Rule' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 2, ss. 81-89.
- Turanlı, Hüsnü** (2021), 'İngiliz Anonim Şirketler Hukukuna Hâkim İlkeler' Karagöz, Havva & Özcanlı, F. Beril & Palanduz, Seda (Editör) 20-22 Temmuz 2020, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 661-693 (Kıs: Hâkim İlkeler).
- Ward, Halina, "Corporate Social Responsibility in Law and Policy": Boeger, Nina & Murray, Rachel & Villiers, Charlotte** (Editors) (2008), Perspectives on Corporate Social Responsibility, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 8-38.
- Wild, Charles & Weinstein, Stuart** (2013), Smith & Keenan's Company Law, 17. Baskı, Harlow, Pearson Company Yayınları.
- Üçışık, Güzin & Çelik, Aydın** (2013), Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yıldırım, Engin**, (2014), "Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel bir Değerlendirmesi", VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, https://www.academia.edu/30810934/B%C4%B0RLE%C5%9EM%C4%B0C5%9E_M%C4%B0LLETLER_%C4%B0C5%9E_HAYATI_VE_%C4%B0NSAN_HAKLARI_REHBER_%C4%B0LKELER%C4%B0N%C4%B0N_Engin_Y%C4%B1ld%C4%B1r%C4%B1m, s.e.t. 03.09.2021.
- Yıldız, Yüksel** (2012), 'Küresel İlkeler Sözleşmesi Işığında Türkiye'de Kurumsal Sosyal Sorumluluk' (Yüksek Lisans tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

İnternet Kaynakları:

- <http://www.eurocert.com.tr/sa8000-sosyal-sorumluluk-belgesi.aspx>, s.e.t. 26.07.2021.
- <https://eur-lex.europa.eu/>, s.e.t. 23.07.2021.
- <https://www.ekonomist.com.tr/dosya/topluma-deger-katan-sirketler.html>, s.e.t. 26.07.2021.
- [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf), s.e.t. 04.09.2021.
- <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/>, s.e.t. 08.09.2021.
- <https://www.gov.uk/government/groups/uk-national-contact-point-for-the-organisation-for-economic-co-operation-and-development-guidelines>, s.e.t. 08.09.2021.
- <https://www.ihud.org/raporlar/is-dunyasi-ve-insan-haklari-alaninda-ulusal-eylem-planlari>, s.e.t. 04.09.2021.
- <https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>, s.e.t. 26.07.2021.
- <https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html>, s.e.t. 26.07.2021.
- <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>, s.e.t. 27.07.2021.
- <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=15&div=0&chpt=5&sctn=15&subscn=0>, s.e.t. 22.07.2021.
- <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/contents/made>, s.e.t. 26.07.2021.
- <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/part/2/made>, s.e.t. 26.07.2021.
- https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf, s.e.t. 27.07.2021.
- <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/anlasmalar/UTN-Rehber1.pdf>, s.e.t. 01.10.2021.
- <https://www.sivilsayfalar.org/2020/12/14/bm-rehber-ilkelere-devletlere-ve-maden-sirketlerine-onemli-sorumluluklar-yukluyor/>, s.e.t. 01.10.2021.
- <https://www.unglobalcompact.org/>, s.e.t. 08.09.2021.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

KULLANMA ZORUNLULUĞU BAĞLAMINDA TEKRAR MARKA VE HUKUKİ SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

REPEAT-TRADEMARK IN THE CONTEXT OF OBLIGATION TO USE AND EVALUATION OF THEIR LEGAL CONSEQUENCES

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI^(**)

Öz

Marka sahibi markasını kullanmak zorundadır. Markayı kullanma zorunluluğu marka hukukunun temel prensiplerinden biridir. Marka sahibine SMK m.9.1 hükmüyle markasını kullanmamasının olumsuz sonuçlarının doğmasını engellemeye yönelik beş yıllık hoşgörü süresi tanınmıştır. Marka sahibinin bu zorunluluğu yerine getirmemesi halinde, markası SMK m.9.1, 26.1 bend a) gereğince iptal edilebileceği gibi, markasıyla karıştırma ihtimaline neden olan sonraki marka başvurusuna itirazı, başvuru sahibinin kullanmama savunmasıyla karşılaştığında (SMK m.19.2) bu itirazı veya bu nedenle açtığı hükümsüzlük davasında aynı savunma ileri sürüldüğünde açtığı dava reddedilecektir (SMK m.25.7). Hatta marka sahibinin marka hakkına tecavüz nedeniyle açtığı davada da, davalının kullanmama savunması davanın reddine neden olacaktır (SMK m.29.2).

Markasını kullanmayan marka sahibi, bu durumun olumsuz sonuçlarından kaçınmak için, markasını aynen ya da

ufak değişikliklerle aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için tekrar tescil ettirmek yoluna gidebilir. Bu yeni tescille marka sahibi markasını kullanmama konusunda yeni bir hoşgörü süresi elde etmeyi hedefler. Bu tekrar tescilin kullanma zorunluluğunun dolanılması nedeniyle hukuka uygun olup olmadığı konusunda SMK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda Avrupa Birliği'nin 2015/2436 sayılı Marka Direktifi ve 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nde de bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu çalışmada markayı kullanma zorunluluğunun amacı ve bu zorunluluğun yerine getirilmesinin koşullarından hareketle tekrar marka başvurusu ve tescilin hukuki sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tekrar Marka, Markayı Kullanma, Hoşgörü Süresi, Kullanılmama Savunması, Kötüniyet.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 26.02.2023 / Kabul Tarihi: 22.05.2023).

^(**) İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (sevilay.uzunalli@ieu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1828-0560).
Atıf/Citation: **Uzunalli, Sevilay** (2022), "Kullanma Zorunluluğu Bağlamında Tekrar Marka ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", TFM, C: 9, S: 1, s. 93-115.

Abstract

A trademark proprietor is obliged to use its trademark. Use of trademark is one of the fundamental principles of trademark law. A grace period of 5 years has been granted to trademark owners in order to prevent adverse outcomes of non-use of the trademark pursuant to Article 9.1 of the Turkish IPC. In the event the trademark proprietor fails to fulfill its obligation to use its trademark, not only its trademark may be cancelled pursuant to art.9.1 of Turkish IPC but also his opposition against the registration of a trademark due to likelihood of confusion with an earlier trademark may be rejected when faced with applicant's defense of non-use or any action initiated by the trademark owner regarding the invalidation of the trademark due to same reason will be rejected (IPC art.25.7). Furthermore the defendant's defense of non-use in any action filed by the trademark owner due to infringement of its trademark rights defendant's defense of non-use shall result in the dismissal of the action (IPC art.29.2).

To prevent such adverse effects the trademark owner who doesn't put its trademark in use may re register its trademark identically or with minor changes in connection with the same goods and/or services. With such registration the trademark owner aims to obtain a new grace period for the non-use of its trademark. There is no provision in the IPC as to whether this re-registration is lawful or not due circumvention of the articles related to obligation to trademark. This issue has not been regulated in the European Union's Trademark Directive No. 2015/2436 and Trademark Regulation No. 2017/1001 either.

In this study, legal consequences of trademark re-application and re-registration has been examined based on the purpose of the obligation to use the trademark and the conditions of fulfilling this obligation.

Keywords

Repeat Trademark, Use of Trademark, Grace Period, Defense of Non-Use, Bad Faith.

I. GİRİŞ VE SORUNUN TESPİTİ

Marka sahibi markasını kullanmak zorundadır. Markayı kullanma zorunluluğu marka hukukunun temel prensiplerinden biridir. Markayı kullanma zorunluluğu, kural olarak marka sahibinin her tescilli markası için bağımsız olarak mevcuttur. Marka sahibinin bu zorunluluğu yerine getirmemesi halinde, markası SMK m.9.1 ve 26.1 bent a) gereğince iptal edilebileceği gibi, markasıyla karıştırma ihtimaline neden olan sonraki marka başvurusuna itirazı, başvuru sahibinin kullanmama savunmasıyla karşılaştığında (SMK m.19.2) bu itirazı veya bu nedenle açtığı hükümsüzlük davasında aynı savunma ileri sürüldüğünde açtığı dava reddedilecektir (SMK m.25. 7). Hatta marka sahibinin marka hakkına tecavüz nedeniyle açtığı davada davalı tarafından ileri sürülecek olan kullanmama savunması davanın reddine neden olacaktır (SMK m.29.2).

Marka sahibine SMK m.9.1 hükmüyle markasını kullanmamasının olumsuz sonuçlarının doğmasını engellemeye yönelik beş yıllık hoşgörü süresi tanınmıştır. Markasını kullanmayan marka sahibi, bu durumun olumsuz sonuçlarından kaçınmak için, markasını aynen ya da ufak değişikliklerle tekrar tescil ettirmek yoluna gidebilir. Bu yeni tescille marka sahibi markasını kullanmama konusunda yeni bir hoşgörü süresi elde etmeyi hedefler. Gerçekten SMK'da markayı kul-

lanmama için öngörülen beş yıllık süre sona ermeden veya bu süre sona erdikten sonra kısa süre içinde aynen veya ufak değişikliklerle aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için yeni bir başvuru yapan marka sahibi, bu yeni marka nedeniyle daha iyi bir hukuki konuma kavuşmayı amaçlar. Zira marka sahibi bu yolla kendisine tanınan beş yıllık hoşgörü süresini uzatabilecek ve hoşgörü süresi geçmesine rağmen üçüncü kişilerin bu marka üzerinde hak elde etmelerini veya bu markayı kullanmalarını engelleyebilecektir. Marka sahibinin tekrar marka tesciliyle SMK'nın amacına aykırı olarak kendisine avantaj sağlayıp sağlayamayacağı incelenmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkar¹.

Diğer taraftan özellikle ekonomik gelişmeler, değişen tüketici davranışı veya değişen reklam alışkanlıkları, işletmeleri markalarında değişiklikler yapmaya zorlamaktadır². Dolayısıyla marka sahipleri markalarını güncelleyerek tescil ettirebilmelidir. Marka sahibi markasının güncel biçimini de üçüncü kişilere karşı koruyabilmelidir. Ancak marka sahibi ilk markasını kullanmamışsa, bu markanın güncel biçimini tescil ettirmesi halinde, kullanılmama için yeni bir hoşgörü

¹ **Fischötter**, Werner & **Rheineck**, Burhard (1980), 'Wiederholungszeichen und Benutzungszwang', GRUR, S. 5, s. 379 vd.

² **Ströbele**, Paul & **Hacker**, Franz & **Thiering**, Frederik/**Ströbele** (2021), Markengesetz Kommentar (Hrsg. Hacker, Franz), 13. Aufl. Carl Heymanns Verlag, §26 Nr. 167.

süresi elde edip edemeyeceği veya hangi halde yeni bir hoşgörü süresi elde edebileceği incelenmelidir.

Markanın aynen veya ufak değişikliklerle aynı mal ve/veya hizmet için yeniden tescilinin hukuka uygun olup olmadığı konusunda SMK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda Avrupa Birliği'nin 2015/2436 sayılı Marka Direktifi³ ve 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nde de⁴ bir düzenleme yapılmamıştır. Bu çalışmada markayı kullanma zorunluluğunun amacı ve bu zorunluluğun yerine getirilmesinin koşullarına kısaca değinildikten sonra, aynı marka sahibinin yeni başvurusunun bağımsız bir marka başvurusu mu, yoksa tekrar marka başvurusu mu olduğuna ilişkin ayırım ölçütleri ve markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla tescili de tekrar markaya neden olabileceğinden, markanın ayırt edici karakterinin değişip değişmediğinin belirlenmesine ilişkin ölçütler de incelenecektir.

Daha sonra kullanılmayan markanın beş yıl geçtikten kısa süre sonra veya beş yıllık süre sona ermeden aynen ya da ufak değişikliklerle aynı ya da aynı tür mal ve/veya hizmetler için tekrar başvuruya konu olması ve tescilinin hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

II. MARKAYI KULLANMA ZORUNLULUĞU

A. MARKAYI KULLANMA ZORUNLULUĞUNUN AMACI

Marka koruması kural olarak sicile tescille başlar (SMK m.7.1, ayrıca bkz. SMK m.9). Bu tescille şekli bir marka koruması doğar. Kullanma zorunluluğu bu biçimsel marka korumasını düzeltici bir etkiye sahiptir. Zira marka korumasının biçimsel niteliği, rakiplerin marka seçimini, dolayısıyla rekabet özgürlüğünü sınırlar. Kullanma zorunluluğu bu sınırlamayı dengeleyici bir işleve sahiptir⁵. Kullanılmayan markaların si-

cilden temizlenmesi kamunun menfaatindedir⁶. Böylece tescilli markaların sayısı kullanılan marka sayısına indirmek suretiyle marka sicili hayalet markalardan kurtarılır ve yeni markaların tescili mümkün kılınır⁷.

Patent, tasarım ve telif hukukundan farklı olarak marka koruması belirsiz süre uzatılabilir. SMK m.23.1'e göre, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde süresiz yenilenebilir. Markanın bu sürekli yenilenmesi olanağı kullanma zorunluluğuyla meşru bir şekilde sınırlanır⁸. Marka kullanılarak işlevini gerçekleştirir ve markanın kullanıldığı mal ve hizmetler için satış pazarı oluşur⁹.

Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 145 vd.; **Dirikkan**, Hanife, 'Tescilli Markayı Kullanma Külfeti': Erdoğan Moroğlu ve diğerleri (Editörler) (1998), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, Beta, s. 223; **Özkök**, Başak (2017), 'Marka Başvurusunun Yayımla İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi', Terazi Hukuk Dergisi, S. 128, C. 12, s. 45.

⁶ **Gaden**, Justus (2012) DieWiederholungsmarkeZurUmgehungdesmarkenrechtlichenBenutzungszwangsdurchWiederholungsanmeldungenaufnationalerundeuropäischer Ebene, Göttingen, VöRunipress, s. 18; **Schoene**, s. 27 vd.; **Arkan**, C. II, s. 145; **Paslı**, Ali (2014), Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 538-539; **Yasaman**, Hamdi & **Ayoğlu**, Tolga & **Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya & **Memiş Kartal**, Pınar & **Yüksel**, Sinan H. (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. II, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, m.9, s. 2015-2016; **Çolak**, Uğur (2023) Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 1233; **Sert**, Selin (2007) Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 86; **Güneş**, İlhami (2021), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 363; **Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya (2020), 'Kullanım Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü', Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019 (Editör: Tekin Memiş), C. 9, Ankara, Yetkin, s. 348; **Pekdişer**, Remzi Tamer & **Çoşğun**, Gizem (2019), 'Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 18, s. 5, (Makaleye Jurix veri tabanından ulaşılmıştır. s.e.t. 21.1.2023).

⁷ Bu yönde bkz. **Kellerhals**, Miriam (1999), 'Der Benutzungszwang im Gemeinschaftsmarkenrecht', GRUR Int. S. 1, s. 14; **Ubertazzi**, Luigi Carlo (1995), 'Bemerkungen zum Benutzungszwang der Gemeinschaftsmarke', GRUR Int. 1995, S. 6, s. 474; **Sert**, s. 85 vd.; **Karaca**, Osman Umut (2018) Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara, Lykeion, s. 29-30; **Bektaş**, İbrahim (2018), 'Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali -AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme', Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 17, S. 2, s. 223; **Özkök**, s. 44-45.

⁸ Bkz. **Ingerl**, Reinhard & **Rohnke**, Christian (2010) Markengesetz Gesetzüber den Schutzvon Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl. München, C.H. Beck, §26 Nr. 5.

⁹ EuGH, 11.3.2003, Nr. 37-38, GRUR 2003, s. 428 -**Ansul/Ajax**.

³ Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Neufassung) vom 16.12.2015 (ABl.-EU Nr. L 336, 23.12.2015, s. 1 vd.).

⁴ Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke.

⁵ Bkz. **Fischötter & Rheineck**, s. 385 vd.; **Schoene**, Volker (2003), Der Benutzungszwang im Markenrecht, Frankfurt/M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, s. 27 vd.; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 256; **Bergmann**, Alfred (2009), 'Rechtserhaltende Benutzungvon Marken' MarkenR, S. 1 s. 1; **Arkan**, Sabih (1998), Marka Hukuku, C. II, 1.

B. MARKAYI KULLANMA KAVRAMI

SMK m.9.1'e göre, "Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir." Bu hüküm anlamında markanın kullanılması, işlevine uygun kullanımıdır. Markanın temel işlevi köken (ayırt etme) işlevidir. Buna göre markanın işlevine uygun kullanım, markanın bir işletmenin mallarının veya hizmetlerinin bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla ekonomik faaliyetlerde kullanılmasıdır¹⁰.

SMK m.9.2'de şu haller de markanın kullanılması olarak kabul edilmiştir:

- Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması
- Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajında kullanılması
- Markanın marka sahibinin izniyle kullanılması.

C. MARKAYI KULLANMADAN SÖZ EDEBİLMEK İÇİN GEREKLİ ÖZELLİKLER

1. Markayı Ciddi Kullanma

SMK m.9.1'e göre, markayı kullanma ciddi olmalıdır. Dolayısıyla ekonomik olarak fayda sağlamayan ve sadece görünürde marka kullanımı ciddi kullanma değildir. Alman Federal Mahkemesi GALLUP kararında, çok özel bir alıcı çevresine hitap eden yayınların Almanya'da sadece on kütüphaneden temin edilmesi nedeniyle görünürde kullanıldığı sonucuna varılamayacağını belirtmiştir¹¹. Bu nedenle markanın kullanımının ciddi olup olmadığı somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme-

yi gerektirir. Bu değerlendirmede markanın tesciline konu mal veya hizmetin türü, pazarın özellikleri ve kullanımın kapsamı önemlidir¹². Markanın kullanılması en azından potansiyel olarak marka sahibinin faaliyet gösterdiği pazardaki konumunu değiştirmeye uygun olmalıdır¹³. Alman Federal Mahkemesi'nin Kellogg's/Kelly's kararına¹⁴ konu uyuşmazlıkta, Avusturyalı büyük bir işletme atıştırma ürünlerinde tescilli Kelly's markasını Almanya'da sadece Münih Olimpiyat Stadyumu'na sağladığı ürünlerde kullanmış ve haftada yaklaşık 1.100 Euro ciro elde etmiştir. Alman Federal Mahkemesi, büyük bir işletme söz konusu olduğu için bu kullanma biçiminin ekonomik olarak makul olmadığına, bu nedenle kullanımın ciddi olmadığına karar vermiştir.

2. Markanın Tescil Edildiği Mal ve/veya Hizmetler İçin Kullanılması

Markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetler için kullanılması gerekir¹⁵. Nitekim SMK m.9.1'de markanın "tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından" kullanılması gerektiği açıkça öngörülmüştür. Bu koşul, Avrupa Birliği'nin 2015/2436 sayılı Marka Direktifi'nin 16.1 hükmünde de açıkça vurgulanmıştır (Ayrıca bkz. SMK m.25.5 1. cümle).

Markanın tesciline konu mal ve/veya hizmet için kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde, önce markanın fiilen hangi ürünlerde kullanıldığı incelenmelidir. Bundan sonra bu ürünler, ilgili markanın tescil edilen malları veya hizmetleriyle karşılaştırılmalıdır. Örneğin marka ruj için kullanılmışsa, markanın tescil edildiği ve Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'de 3. sınıfın 2. alt grubunda yer alan

¹⁰ Schoene, s. 78-79; HK-MarkenR/Spuhler, §26 Nr. 22; Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 4; Ingerl & Rohnke, §26 Nr. 34; Fezer, Karl-Heinz (2009) Markenrecht -Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Aufl. München, Beck CH, §26 Nr. 1; Gaden, s. 21; Yasaman & Ayoğlu & Yusuföğlü & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2021; Çolak, s. 1244; Karaca, s. 23; Özkök, s. 54; Yusuföğlü Bilgin, s. 353; Bayram, Muhammed Enes (2021) Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 62 vd.; Bektaş, s. 225; EuGH, 11.3.2003, Nr. 36, GRUR 2003, s. 427 -Ansul/Ajax.

¹¹ BGH, 6.10.2005, Nr. 24, GRUR 2006, s. 154 -GALLUP.

¹² Ingerl & Rohnke, §26 Nr. 223; HK-MarkenR/ Spuhler, §26 Nr. 77; Bergmann, s. 2-3; Schoene, s. 81 vd.; Arkan, C. II, s. 147; Yasaman & Ayoğlu & Yusuföğlü & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2018, Sert, s. 50; Karaca, s. 42; Bektaş, 229 vd.; Bayram, s. 82.

¹³ Ubertaini, s. 475; Kellerhals, Miriam (1999), 'Der Benutzungszwang im Gemeinschaftsmarkenrecht', GRUR Int. S. 1, s. 18; Bayram, s. 82.

¹⁴ BGH, 28.8.2003, I, b, cc, GRUR 2003, s. 1048 -Kellogg's/Kelly's.

¹⁵ Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'de (TPE: 2016/2, RG, 30.12.2016, S. 29934), sınıflandırmada sonradan yapılan değişiklikler markanın koruma alanını değiştiremeyeceğinden tescil anına göre değerlendirme yapılmalıdır.

“kozmetik ürünleri”ne dahil edilebilir¹⁶. Diğer bir ifadeyle, markanın sicilde kayıtlı mal veya hizmetlerin üst kavramına giren mal ve/veya hizmetlerde kullanılması ciddi kullanım sayılabilir¹⁷. Markanın, tescil edildiği mal ve hizmet listesinde yer alan kavramların hiçbirine dahil edilemeyen mal ve/veya hizmetler için kullanılması halinde, markayı kullanma zorunluluğu yerine getirilmemiştir. Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere sadece benzer olan mal veya hizmette kullanılması halinde de markayı kullanma zorunluluğu yerine getirilmemiştir. Marka hizmet için kullanılmışsa, bu kullanım markanın tescil edildiği mallar için kullanmayı kapsamaz. Bunun aksi de geçerlidir¹⁸.

Markanın tescile konu mal veya hizmetlerin bir kısmında kullanılması halinde, bu kullanılan mal veya hizmetlerle aynı tür olarak kabul edilen mal veya hizmetler için de kullanıldığı kabul edilmelidir¹⁹. SMK m.5.1 bent ç) gereğince, “aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış işaretlere ilişkin marka başvurusu reddedileceğinden, marka sahibinin markasını kullandığı mal veya hizmetlerle aynı tür olan mal ve hizmetler

için de kullandığı kabul edilmelidir²⁰. Böylece tescile konu mal veya hizmetlerin bir kısmında marka kullanılmadığı için marka sicilinin gereksiz yere doldurulmasına yönelik menfaatle marka sahibinin ticari faaliyet özgürlüğünün gereksiz yere daraltılmamasına yönelik menfaat dengelenir²¹.

2016/2 sayılı Tebliğ m.5’e göre aynı alt grup içerisinde yer alan mal veya hizmetler aynı tür kabul edilir. Ancak markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerle aynı tür ürünlerin bulunduğu diğer alt grupta kullanılması halinde de ciddi kullanımın gerçekleştiği kabul edilmelidir²². Yargıtay’ın 5.2.2013 tarihli kararı²³ ise farklı yöndedir. Yargıtay’ın kararına konu uyuşmazlıkta, davacı, davalı adına tescilli markanın 37, 39 ve 43. sınıflarda tescilinden itibaren hiç kullanılmaması sebebiyle markalar sicilinden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme, davalının davaya konu markasını 39. sınıf 01. alt gruptaki “kara taşımacılığı hizmetleri”, “taşıma komisyonculuğu hizmetleri”, “özel şoförlük hizmetleri”, “kara taşıtlarının kiralınması hizmetleri” için tescil edildiği tarihten itibaren kullandığı, 37. sınıf 03. alt gruptaki “kara araçlarının bakım ve tamiri hizmetleri”, 39. sınıf 01. alt gruptaki “tur düzenleme hizmetleri” ile 02. alt gruptaki “araba parkları hizmetleri, garaj kiralama hizmetleri”nin de aynı tür hizmetler olduğu için bu hizmetlerde de kullanılmış sayılacağına, diğer tüm sınıf ve alt gruplar yönünden markalar sicilinden terkinine karar vermiştir. Yargıtay, kara araçlarının bakım ve tamiri hizmetleri’ ve ‘tur düzenleme hizmetleri’, ‘araba parkları hizmetleri, garaj kiralama hizmetleri’ için de davalının markasını fiilen kullandığını kanıtlanması gerektiği, bu kullanım ispat edilmeden, markanın kullanılan hizmetlere benzerliği sebebiyle başka hizmetlerde

¹⁶ Bu hususta bkz. OLG Hamburg, 3.7.1997, GRUR 1997, s. 844 -MATADOR.

¹⁷ Harmsen, Heinz (1980), ‘Wiederholungszeichen’, GRUR, S. 5, s. 403; Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2025; Özkök, s. 52.

¹⁸ HK-MarkenR/Spuhler, §26 Nr. 85; Ingerl & Rohnke, §26 Nr. 107; Fezer, §26 Nr. 124-142; Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 286-287; Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2025; Bayram, s. 73; Özkök, s. 52; OLG Hamburg MATADOR kararında, mal benzerliğinin karıştırma tehlikesinin belirlenmesinde önemli olduğunu, ancak hakkı koruyucu kullanmanın mevcut olup olmadığını tespiti için bunun önemli olmadığını belirtmiştir 3.7.1997 - 3 U 193/96 -MATADOR, GRUR 1997, s. 844; markanın kullanıldığı mal veya hizmetle benzer mal ve hizmet için de kullanıldığının kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Karaca, s. 36; SMK m.6.1 bent a) nedeniyle, markanın kullanıldığı mal ve/veya hizmetle benzer olan mal ve/veya hizmetler açısından kullanmamaya dayalı iptal kararı vermenin marka hukukunun ilkeleleriyle bağdaşmayacağı yönündeki görüş için bkz. Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Yıldız, Burçak & İmirlioğlu, Dilek/Çağlar (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 88- 89.

¹⁹ HK-MarkenR/Spuhler, Nr. 88; bu yönde Fezer, §26 Nr. 131; Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 305; Özkök, s. 53; Bayram, s. 70; BGH, MarkenR 2013, s. 291 vd. -Culinaria/Villa Culinaria; ayrıca bkz. Ayhan & Çağlar & Yıldız & İmirlioğlu/Çağlar, s. 88.

²⁰ Bayram, s. 70.

²¹ Fezer, §26 Nr. 131.

²² Bayram, s. 71. Markanın aynı sınıf ve aynı alt gruptaki bir mal üzerinde kullanılmasının, tescilli olduğu aynı alt gruptaki diğer mallar bakımından da ciddi kullanılması sonucunu doğurmaya-çağını savunan görüş için bkz. Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2025; Çolak, s. 1277; aynı yönde, Yarg. 11. HD, 30.4.2013 T, 2012/10228 E, 2013/8675 K, Çolak, s. 1278.

²³ Yarg. 11. HD, 2013/384 E, 2013/1893 K, Kazancı İçtihat Bankası; aynı yönde, Yarg. 11. HD, 30.4.2013 T, 2012/10228 E, 2013/8675 K, Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9,3 no.lu karar.

de kullanılmış sayılacağına kabulünün doğru olmadığına karar vermiştir. Yargıtay bu ürünleri aynı tür değil, benzer ürünler olarak değerlendirmiştir.

Alman Federal Mahkemesi “Taurus” kararında²⁴, markayı kullanma zorunluluğunun amacının, terkinin sadece somut olarak markanın kullanıldığı mallar dışında kalan mallar için sağlamak değil, çevrenin görüşüne göre aynı mal olarak değerlendirilen malları da terkinin dışında bırakmak olduğunu vurgulamıştır. Alman Federal Mahkemesi “Ichtyol II”²⁵ kararında ise, markasını tescile konu mal ve hizmetlerin bir kısmında kullanan marka sahibinin açtığı ihlal davasında, kullanmama savunmasıyla karşılaştığında, markanın fiilen kullanıldığı mal ve hizmetlerle sınırlı olarak korunmasını, bu mal ve hizmetlerle aynı tür olarak değerlendirilen mal ve hizmetler için bu korumanın genişletilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak kullanma zorunluluğunun yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesinde, iptal ve ihlal davası arasında bu şekilde ayırım yapılması belirsizliğe neden olmaktadır. Ne SMK’da ne Alman Marka Kanunu’nda ne de Avrupa Birliği’nin 2015/2436 sayılı Direktifi’nde böyle bir ayırımın da- yanağı bulunmaktadır²⁶.

3. Markanın Marka Sahibi Tarafından veya Onun İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması

SMK m.9.1 gereğince marka prensip olarak marka sahibi tarafından kullanılmalıdır. SMK m.9.3’e göre, markanın, marka sahibinin izniyle kullanılması da marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilir. Marka sahibi ve üçüncü kişi arasında bir lisans sözleşmesi mevcutsa (SMK m.24), izin koşulu gerçekleşmiştir; lisans alan tarafından markanın ciddi kullanılması marka sahibinin markasını kullanma zorunluluğu için yeterlidir. Ancak lisans sözleşmesi geçerli değilse, böyle bir sözleşmeye dayanarak lisans alanın markayı kullanması marka sahibine isnat edilemez²⁷.

²⁴ BGH, 13.7.1989, GRUR 1990, s. 39 vd. -**Taurus**. Aynı yönde, BGH GRUR 2013, s. 833, Nr. 61 -**Culinaria/Villa Culinaria**.

²⁵ BGH, GRUR 2006, s. 937 vd. -**Ichtyol II**.

²⁶ Bu yönde, **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 309.

²⁷ **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 163; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel**, m.9, s. 2033; **Karaca**, s. 62.

SMK m.9.3’te izin sözcüğü bilinçli olarak kullanılmıştır. İzin kullanımdan önce verilmelidir. Üçüncü kişinin izinsiz kullanımına marka sahibinin sonradan onay vermesi veya üçüncü kişinin kullanımına marka sahibinin yalın katlanması yeterli değildir²⁸.

4. Markanın Ayırt Edici Karakteri Değiştirilmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması

SMK m.9.2 bent a)’da, markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması- nın da 9.1 anlamında markayı kullanma olarak kabul edileceği öngörülmüştür. O halde marka sahibi, markasının tescil edilmiş biçimi ile mutlak bir şekilde bağlı değildir. Marka sahibi markasını ufak değişiklikler yaparak kullanabilir. Bu kullanım da markanın ayırt edici karakterinin değişmemesi şartıyla marka sahibinin kullanma zorunluluğunu yerine getirmesi için yeterlidir. Markanın ayırt edici karakterinin değişmemesi, markayla ilgili çevrelerin kullanılan yeni şekli, tescilli markanın aynısı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine bağlıdır²⁹. Alman Federal Mahkemesi’ne göre, ilgili çevre markanın tescil edilen biçimi ile kullanılan biçimi arasındaki farklılıkları algılasa da genel izlenime göre markanın kullanılan biçimini tescil edilen biçimi ile özdeşleştiriyorsa, bu durumda markanın ayırt edici karakterinin değiştirilmeden kullanıldığı sonucuna ulaşılabilir³⁰. SMK m.9.2 bent a)’nın amacı, marka sahibinin ekonomik faaliyetinde markasının kullanımını bakımından aşırı bir şekilde sınırlandırılmamasıdır. Özellikle ekonomik gelişmeler, değişen tüketici davranışı veya değişen reklam alışkanlıkları, işletmeleri markasında değişiklikler yapmaya zorlar³¹. SMK m.9 bent a) bu gereksinime de cevap verir.

²⁸ BGH, 11.10.1984, GRUR 1985, s. 385 -**FLUOSOL**; **Fezer**, §26 Nr. 162; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 156-162; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel**, m.9, s. 2034; **Sert**, s. 72; **Çolak**, s. 1250; **Karaca**, s. 62; **Bektaş**, s. 247; **Bayram**, s. 107.

²⁹ **Arkan**, C. II, s. 150; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel**, m.9, s. 2027-2018; **Sert**, s. 67- 68; **Çolak**, s. 1240; **Özkök**, s. 58; **Karaca**, s. 62; **Bayram**, s. 101.

³⁰ BGH, 29.7.2009, Nr. 18, GRUR 2010, s. 271-**ATOZ III**; BGH, 28.8.2003I dd, GRUR 2003, s. 1048, -**Kellogg’s/Kelly’s**; BGH, 18.12.2008, GRUR 2009, Nr. 39 aa, s. 775 -**Augsburger Puppenkiste**; BGH, 8.2.2007, GRUR 2007, Nr. 12, s. 593 -**Bodo Blue Night**.

³¹ **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 167; aynı yönde, **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel**, m.9, s. 2027; **Bektaş**, s. 241.

5. Markanın Tescil Tarihinden İtibaren Beş Yıl İçinde Kullanılması veya Kullanımına Beş Yıl Kesintisiz Ara Verilmemesi

SMK m.9.1'e göre, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir³². Böylece kanun koyucu marka sahibine, markasını kullanma zorunluluğunun yerine getirilmemesinin sonuçları bakımından bir hoşgörü süresi tanımıştır. Gerçi hoşgörü süresi terimi yanıltıcıdır. Çünkü bu süre içerisinde marka sahibi marka hakkından doğan taleplerini kaybetmemekle birlikte, kullanma zorunluluğundan muaf değildir³³.

Marka kullanılmış olsa da bu kullanımı takip eden beş yıl kesintisiz kullanmama halinde marka yine iptal edilebilir hale gelir (SMK m.26.1 bent a), m.9.1). Ancak kullanmama nedeniyle iptal edilebilir hale gelen markanın kullanımının başlaması halinde iptal sebebi ortadan kalkar. Kullanmama sebebiyle iptali talep edilen markanın iptal sebebinin ortadan kaldırılması amacıyla kullanımı SMK m.26.4 hükmüyle engellenmiştir³⁴. Bu hükme göre, markanın, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmış olması halinde, birinci fıkranın a) bendine ilişkin iptal talepleri reddedilir. İptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.

Markanın hoşgörü süresi geçmiş olmasına rağmen haklı sebeple kullanılmaması halinde markanın iptali talep edilemez (SMK m.9.1). Paris Anlaşması

m.5 C İ'e göre de tescilli marka hoşgörü süresi geçtikten sonra ancak marka sahibinin markasını kullanmamasına ilişkin haklı sebebi mevcut değilse iptal edilir. TRIPS m.19 I 2'de, marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve ithalat sınırlamaları veya markaya konu mal ve hizmetler için getirilen diğer resmi sınırlamalar gibi markanın kullanılması için engel oluşturan durumlar markanın kullanılmaması için haklı sebep olarak sayılmıştır³⁵.

D. MARKA SAHİBİNİN AYIRT EDİCİ KARAKTERİNİ DEĞİŞTİRMEYEN BİRDEN FAZLA MARKA TESCİL ETTİRMESİ VE KULLANMA ZORUNLULUĞU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla tescili tekrar markaya neden olacağından, tekrar markanın koşullarından önce markanın ayırt edici karakterinin değişip değişmediğinin belirlenmesine ilişkin ölçütler incelenmelidir.

Marka sahibi markasını ayırt edici karakterini değiştirmeyen farklı unsurlarla tescil ettirmiş olabilir. Marka sahibi bu markalardan birini kullandığında, bu kullanım SMK m.9.2 bent a) gereği ayırt edici karakteri aynı olan diğer farklı markalara da isnat edilmelidir. Örneğin marka sahibi (A) ve (A') markalarını tescil ettirmiştir. Ancak markayı (A") şeklinde kullanmıştır. Bu kullanım tescilli (A) ve (A') markalarına isnat edilebilir³⁶. Ya da marka sahibi bu üç markayı da tescil ettirmiştir. Ancak bu markalardan sadece birini kullanmıştır. Tedbirli bir marka sahibinin, markasını ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla tescil ettirmesinden dolayı markayı kullanmadığı sonucuna varılması kullanma zorunluluğunun amacı ile çelişir³⁷. Gerçi SMK m.9'un lafzı bu konuda açık değildir. Aynı belirsizlik Alman Marka Kanunu'nun eski 26. paragrafının 3. fıkrasının 2. cümlesi için de söz konusuydu³⁸.

³² Alman Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 5. fıkrasına göre ise beş yıllık süre markaya itiraz süresinin sona ermesiyle birlikte başlar. Ancak markaya itiraz edilmişse, markanın tescil edilip edilmeyeceği, markanın kullanılmasıyla üçüncü kişinin haklarının ihlal edilip edilmeyeceği belirsizdir. Bu sürede marka sahibi markasını kullanmaya zorlanamaz. Bu nedenle markaya itiraz edilmesi halinde, beş yıllık sürenin bu itirazın reddinin kesin karara bağlanmasıyla veya itirazın geri alınmasıyla başlayacağı öngörülmüştür. Alman Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 5. fıkrası, 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi m.16.2'ye dayanmaktadır.

³³ **HK-MarkenR/Hoppe/Dück**, §25 Nr. 15; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26, Nr. 319.

³⁴ Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Uzunalli**, Sevilay (2019), 'Sinai Mülkiyet Kanunu'na Göre Kullanılmayan Marka ve Markanın İptal Edileceği Düşünülerek Kullanılması', Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan, S. 32, C. VIII, s. 1146 vd.

³⁵ Paris Anlaşması ve TRIPS'de markayı kullanma zorunluluğu için ayrıntılı olarak bkz. **Pasli**, s. 540 vd.

³⁶ **Gaden**, s. 68; aynı yönde, **Kellerhals**, s. 19-20; **Fezer**, §25 Nr. 28.

³⁷ **Ingerl & Rohnke**, §26 Nr. 197; aynı yönde, **Mitscherlich**, Hans (1973), 'Praktische Erfahrungen mit dem Benutzungszwang für Warenzeichen', GRUR, S. 11, s. 504.

³⁸ Alman Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 3. fıkrasının 2. cümlesinde markanın kullanıldığı biçiminin tescilli olması halinde de 1. cümlede belirtilen ölçütlerin uygulanacağı öngörülmüştü. 1. cümlede göre, farklı-

Avrupa Birliği Adalet Divanı, PROTI kararında³⁹, Alman Marka Kanunu'nun eski 26. paragrafının 3. fıkrasının 2. cümlesinin 89/104 sayılı Marka Direktifi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasının a) bendine uygun olup olmadığını incelemiştir. Bu hüküm şöyleydi: “*Farklılıklar markanın ayırt edici karakterini değiştirmiyorsa, markanın tescilden farklı biçimde kullanılması da tescilli markanın kullanılması olarak geçerlidir. 1. cümle, markanın kullanıldığı biçimin tescil edilmiş olması halinde de geçerlidir.*” Adalet Divanı'na göre, bu hükümde aranan tek koşul, markanın kullanıldığı biçimin markanın tescil edildiği biçimden sadece markanın ayırt etme gücüne etki etmeyen unsurlarda farklılık göstermesidir⁴⁰. Markanın tescil edilen biçiminden ayırt etme gücünü etkilemeyen farklı biçimde kullanımının kullanma zorunluluğunu yerine getirmesi için, bu kullanılan biçimin tescil edilmemiş olması yönünde bir ek koşul çıkarılamaz. Aksi takdirde hükmün marka sahibinin pazardaki değişikliklere uyum sağlama amacı tehlikeye düşecektir⁴¹. Bu kararla Adalet Divanı, markanın kullanılan biçiminin tescilli markalardan ayırt etme gücüne etki etmeyen farklılıklara sahip olması koşuluyla, bu tek kullanılan biçimle aynı anda birden fazla tescilli markanın kullanma zorunluluğunun yerine getirilebileceğini kabul etmiştir⁴². Dolayısıyla Adalet Divanı Alman Marka Kanunu'nun değişiklikten önceki 26. paragrafının 3. fıkrasının 2. cümlesinin Direktif'e uygun olduğunu tespit etmiştir^{43,44}.

lıklar markanın ayırt edici karakterini değiştirmede müddetçe, markanın tescilden farklı biçimde kullanılması da tescilli markanın kullanılması olarak kabul edilir. Fakat Alman Marka Kanunu'nda yapılan değişiklikle hükmün 1. cümlesine yapılan bir ilave nedeniyle 2. cümle gereksiz hale geldiğinden dolayı hükümden çıkarılmıştır. Alman Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 3. fıkrasının güncel hali şöyledir: Markanın ayırt edici karakteri değişmediği sürece, marka sahibi adına tescil edilmiş olup olmadığından bağımsız olarak, tescilden farklı olarak kullanılan biçimi de tescilli markanın kullanılması olarak kabul edilir (11.12.2018 tarihli Markenrechtsmodernisierungsgesetz (MaMoG) (BGBl. S. 2357). Değişiklik 14.1.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir).

³⁹ EuGH, 25.10.2012, GRUR 2012, s. 1257 vd. -**PROTI**.

⁴⁰ EuGH, 25.10.2012, Nr. 19-20; GRUR 2012, s. 1257 vd. -**PROTI**.

⁴¹ EuGH, 25.10.2012, Nr. 21-22; GRUR 2012, s. 1257 vd. -**PROTI**.

⁴² Bu yönde değerlendirme için **Rohnke**, Christian, Anm. EuGH, 25.10.2012, GRUR 2012, s. 1257 vd. -**PROTI**.

⁴³ Aynı yönde karar, EuGH, 18.4.2013, GRUR 2013, s. 722 vd.- **Coliseum/Levi Strauss [Stoffähnen]**.

⁴⁴ 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 16.5 hükmünün a) bendi ile de bu yorum benimsenmiştir. Markanın kullanıldığı biçiminin sahibi adına tescil edilip edilmediğinden bağımsız ola-

E. MARKANIN AYIRT EDİCİ KARAKTERİNİ DEĞİŞTİRMEYEN FARKLILIKLAR

1. “Ayırt Edici Karakter”in Anlamı

SMK m.9.2 bent a), markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılmasını kullanma zorunluluğunun yerine getirilmesi için yeterli saydığına göre, farklılıklara rağmen hangi durumda markanın ayırt edici karakterinin aynı kaldığı değerlendirilmelidir.

“Ayırt edici karakter”in aynı kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için önce ayırt edici karakterin anlamı belirlenmelidir. 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi⁴⁵ m.16.5 bent a)'nın lafzı SMK m.9.2 bent a)'dan farklılık göstermektedir. Direktif m.16.5 bent a)'da marka ayırt etme gücü etkilenmesizin sadece unsurları bakımından tescilden farklı biçimde kullanılmışsa, bu kullanım da yine 16.1 anlamında markayı kullanma olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Direktif'e göre, markanın farklı unsurlarla kullanılması, ayırt edici karakterini değil, ayırt etme gücünü etkilememesi halinde bu markayı kullanma olarak kabul edilmiştir.

Paris Anlaşması m.5 C, 2 hükmüne göre ise, “*Bir fabrika veya ticaret markasının birlik memleketlerinden birinde tescil edildiği şekilde taşıdığı ayırt edici vasfını bozmayacak unsurlarla farklı bir şekilde, sahibi tarafından kullanılması tescilin hükümsüzlüğüne yol açmayacak ve sağlanan himayeyi azaltmayacaktır.*”

Alman kanunkoyucu da Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 3. fıkrasının 1. cümlesinde markanın “ayırt etme gücü”nün değil, “ayırt edici karakteri”nin etkilenmemesinden söz etmiştir. Hükmün gerekçesinde, “ayırt etme gücü” teriminin isabetli olmadığından söz edilmiş⁴⁶ ve bilinçli olarak maddede “markanın ayırt edici karakterinin” etkilenmesi koşulunun getirildiği belirtilmiştir. Gerçekten “ayırt etme gücü”, bir işaretin SMK m.3 anlamında işletmelerin mallarını ve hizmetlerini diğer işletmelerin malları ve hizmetlerinden ayırt etmeye uygun

rak markanın sadece ayırt etme gücünü etkilemeyen unsurları bakımından tescilden farklılık gösteren biçimde kullanılması da markayı kullanma olarak kabul edilmiştir.

⁴⁵ Bkz. dph. 3.

⁴⁶ BT-Drucks. 12/6581, s. 83.

olmasını ifade eder. Oysa kullanma zorunluluğu çerçevesinde markanın farklı unsurlarla kullanılması bu ayırt etme gücüyle ilgili değildir⁴⁷. Sonuçta Direktif'te kullanılan "ayırt etme gücü" terimi de "ayırt edici karakteri" ifade etmektedir⁴⁸.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, markanın ayırt edici karakterinin değiştirilmesi sorunu ilk çizgide, markanın mutlak kullanımı dikkate alınarak ilgili çevrenin markanın tescilli ve kullanılan biçimini aynı marka olarak algılayıp algılamadığına göre belirlenir⁴⁹.

2. Idee Kaffee Kararı

Alman Federal Mahkemesi⁵⁰, Idee Kaffee kararında, Idee sözcük markası olarak tescil edilen markanın, Kaffee sözcüğü eklenerek şu şekilde kullanılmasıyla ilgili olarak karar vermiştir:

Die Bekl. benutzt ihre Zeichen im Verkehr wie folgt:



Alman Federal Mahkemesi'ne göre, Kaffee kelime ekinde sadece ürünü belirten bir bilgi söz konusuydu. Bu nedenle bu kelime bağımsız ayırt edici karaktere sahip değildir. Bu farklılık markanın ayırt edici karakterini değiştirici nitelikte değildir.

3. Cheri Kararı

Alman Federal Mahkemesi Cheri kararına⁵¹ konu uyuşmazlıkta Cheri kelime markası Alman Patent ve Marka Ofisi'nde tescil edilmişti. Fakat marka

⁴⁷ Gaden, s. 27; bu yönde, Ingerl & Rohnke, §26 Nr. 132; Kellerhals, s. 20; Fezer, §26, Nr. 170; Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 171.

⁴⁸ Örneğin bu yönde bkz. BGH, 17.7.1997, GRUR 1997, Nr. 1, b, s. 746 -ECCO.

⁴⁹ BGH GRUR 2003, s. 1047, 1048 -Kellogg's/Kelly's; GRUR 2007, s. 592 Nr. 12 -bodo Blue Night; GRUR 2009, s. 772 (Nr. 39) -Augsburger Puppenkiste; GRUR 2010, s. 270 (Nr. 18) -ATOZ III.

⁵⁰ BGH, 12.7.1984, GRUR 1985, s. 47 vd. -IdeeKaffee.

⁵¹ BGH, 19.11.1971, GRUR 1972, s. 180 vd. -Cheri.

sahibi, markasına Mon kelimesini ekleyerek MonCheri olarak kullanmıştır. Alman Federal Mahkemesi, Mon kelimesinin bağımsız ayırt etme gücüne sahip olduğunu, MonCheri markasının Cheri karşısında ayırt edici karaktere sahip olduğunu, ilgili çevrenin MonCheri'yi birbirine ait kelimeler olarak gördüğünü, Cheri'nin ayırt edici olarak ön plana çıkmayacağı gerekçesiyle, burada Cheri markasının kullanma zorunluluğunun yerine getirilmediğine karar vermiştir.

4. Gaucho Kararı

Alman Federal Mahkemesi Gaucho kararında⁵², şekil markasının Lasso kelimesi eklenerek kullanılması halinde hakkı koruyucu kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmiştir. Karara konu uyuşmazlıkta, marka sahibi Gaucho işletme adına sahip bir sigara üreticisiydi. Sigara kutusunun üzerine Lasso kelimesini ekleyerek kullanmıştır.

4. Nr. 838 386, angemeldet 23. Mai 1967 Bild-Zeichen, nachstehend abgebildet



3. Nr. 841 929, angemeldet 8. April 1967 Wort-Bild-Zeichen, nachstehend abgebildet



Alman Federal Mahkemesi'ne göre, Lasso kelime eki bağımsız ayırt edici karaktere sahiptir. Po-

⁵² BGH, 17.4.1986, GRUR 1986, s. 892 vd. -Gaucho.

tansiyel alıcı sigara alırken Lasso'yu soracaktır. Dolayısıyla Lasso kelimesi markanın genel izlenimine hakimdir. Bu nedenle Alman Federal Mahkemesi'ne göre tescilli şekil markasının kullanma zorunluluğu yerine getirilmemiştir.

5. ECCO Kararı

Alman Federal Mahkemesi ECCO kararında⁵³, ECCO Milano olarak tescilli markanın sadece ECCO olarak kullanılmasının hakkı koruyucu kullanma olup olmadığını değerlendirmiştir. Alman Federal Mahkemesi, Milano unsurunun ilgili çevre tarafından coğrafi bilgi olarak anlaşılacağını, bu nedenle Milano kelimesinin bağımsız ayırt edici karaktere sahip olmadığına, Milano eki olmaksızın ECCO sözcüğünün tek başına marka olarak kullanılmasının kullanma zorunluluğunu yerine getirdiğine karar vermiştir.

6. Değerlendirme

SMK m.9.2 bent a) gereğince, tescil edilmiş markanın kelime ve şekil unsurları eklenerek kullanılması, ayırt edici karakterinin değişmemesi koşuluyla markayı kullanma olarak kabul edilmelidir. Markaya sadece dekoratif nitelikte veya tanımlayıcı nitelikte ekler getirilmesi halinde, bu değişiklikler markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecektir⁵⁴.

Marka sahibinin birden fazla unsurdan oluşan markasının bir unsurunu çıkartarak kullanması da söz konusu olabilir. Bu durumda markanın kullanılıp kullanılmadığı yine kullanılmayan unsurun ayırt etme gücüne sahip olup olmamasına bağlıdır⁵⁵.

Bazen bir unsur eklenmesi ya da çıkarılmasıyla değil, örneğin iki boyutlu şekil markası olarak tescilli markanın üç boyutlu marka olarak kullanılması da söz konusu olabilir. Burada markanın tescilli biçiminden farklı biçimde kullanılması söz konusudur. Ancak burada da biçim değişikliğinin markanın ayırt edici karakterini, diğer bir ifadeyle genel etkisini değiştirip değiştirmediğine göre değerlendirme yapılmalıdır⁵⁶.

III. KULLANILMAYAN MARKANIN TEKRAR TESCİLİ

A. "TEKRAR MARKA" KAVRAMI

Marka sahibi aynı veya sadece ayırt edici karakterini değiştirmeyen unsurlarda farklılık gösteren markasını, aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için yeniden tescil ettirilebilir⁵⁷. Bu yeniden tescilin sonucu kural olarak, hukuken birbirinden bağımsız iki marka hakkının doğumudur⁵⁸. Marka sahibinin tüm bu markalarını aynen kullanması gerekli değildir. Bu markalardan sadece birini kullanması da kullanma zorunluluğunu yerine getirmesi için yeterlidir. Ancak marka sahibi markasını kullanmamışsa, beş yıllık süre geçtikten sonra ya da bu süre geçmeden markasını aynen ya da ayırt edici karakterini değiştirmeyecek şekilde tescil ettirebilir mi? Bu tekrar tescille önceki markasını kullanmamasına rağmen, marka sahibi yeni bir hoşgörü süresi kazanabilir mi? Tekrar tescil edilen marka için yeni bir hoşgörü süresinin başlaması kullanma zorunluluğunun amacıyla çelişir⁵⁹. Marka sahibinin marka tescili ile yeni bir hoşgörü süresi elde etmesi bu markanın tekrar marka değil, yeni marka olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Tescil edilmiş ancak kullanılmayan bir markanın aynen veya ayırt edici karakterini değiştirmeyen değişikliklerle, ilk markanın hoşgörü süresi geçmeden önce veya hoşgörü süresi sona erdikten kısa süre sonra aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için yeniden tescil edilmesi halinde tekrar marka mevcuttur⁶⁰. Marka sahibi sürekli tekrar marka tescilleriyle kullanma zorunluluğunu sınırsız bir şekilde dolanabilecektir. Tekrar markanın söz konusu olması halinde, artık marka sahibinin yeni bir hoşgörü süresi elde etmemesi gerekir. Ancak tekrar markanın yeni markadan ayrılması gerekir. Markanın yeniden tescilinde her zaman tekrar marka mevcut değildir. Sonraki marka tescilinin tekrar marka olup olmadığı şu koşullara göre belirlenir:

⁵³ BGH, 17.7.1997, GRUR 1997, s. 746 vd. -ECCO.

⁵⁴ Bu yönde, **Gaden**, s. 27; **Fezer**, §26 Nr. 191; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 192-195, 200-201.

⁵⁵ **Fezer**, §26 Nr. 188-189; **Schoene**, s. 138 vd.; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 226 vd.

⁵⁶ **Fezer**, §26 Nr. 197; **Schoene**, s. 140; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 233 vd.

⁵⁷ Bu yönde, **Ingerl & Rohnke**, §26 Nr. 198; **Fezer**, §25 Nr. 24; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 335.

⁵⁸ **Schoene**, s. 169; **Fezer**, Nr. 24.

⁵⁹ **HK-MarkenR/Spuhler**, §26 Nr. 134; **Ingerl & Rohnke**, §25 Nr. 32; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 215; **Gaden**, s. 31.

⁶⁰ **HK-MarkenR/Spuhler**, §26 Nr. 134; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 215.

B. "TEKRAR MARKA" NİN KOŞULLARI

1. İlk Markanın Kullanılmamış Olması

İkinci markanın tekrar marka olarak nitelendirilebilmesi için ilk markanın tescil edilmiş ve kullanılmamış veya kullanımının sona ermiş olması gerekir⁶¹. İlk marka tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanılmış olabilir. Bu durumda markanın kullanılmadığı mal ve/veya hizmetler için yapılan marka başvurusu tekrar marka koşulunu yerine getirebilir.

2. İkinci Markanın İlk Marka ile Aynı Olması veya İlk Markanın Ayırt Edici Karakterini Değiştirmeyen Farklı Unsurları Taşımaması

Marka sahibi ilk markasını aynen yeniden tescil ettirmek isteyebileceği gibi, ilk markasında ufak değişiklikler yaparak markasını güncellemek isteyebilir. Kullanılmayan ilk markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyen farklılıklarla yeniden tescili halinde de tekrar markadan söz edilebilir. Marka sahibi önceki markasını aynen yeniden tescil ettirmek isterse, diğer koşulların da varlığı halinde tekrar markanın tespiti daha kolaydır. Ancak tekrar markadan söz edebilmek için ilk ve sonraki markanın aynı olması zorunlu olsaydı, marka sahibi markasında ufak değişikliklerle markanın tekrar marka niteliğinde olmasını önleyebilirdi. Sonraki markanın ufak değişikliklerle tescili halinde, bu markanın yeni bir marka mı yoksa tekrar marka mı olduğunun tespiti daha güçtür.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1974 tarihli BOUCHET kararına⁶² konu uyuşmazlıkta, ilk marka BOUCHET'ten sonra marka sahibi Jules Bouchet için marka başvurusu yapmıştır. Alman Federal Mahkemesi, ikinci marka hem söz hem de yazı tipi bakımından farklılık gösterdiğinden, ikinci başvuruda tekrar marka koşullarının mevcut olmadığına karar vermiştir. BOUCHET kararında, tekrar markanın mevcut olup olmadığı ve tekrar markanın mevcut olduğu kabul edilirse, marka sahibinin bu tekrar markaya dayalı olarak marka haklarını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır. Karara konu uyuşmaz-

lıkta tekrar marka sahibi BOUQUET PRIVÉ markası sahibine ihlal davası açmıştır. Davacı JULES BOUCHET ibaresini içeren önceki tarihli sözcük ve resim markasının sahibiydi. Bu markanın sahibi daha sonra yaptığı başvuruyla salt BOUCHET sözcüğünü tescil ettirmişti. Alman Federal Mahkemesi, somut olayda tekrar markanın mevcut olmadığını kabul ettiği için tekrar markaya dayanarak tecavüz taleplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceği sorunu cevaplandırmamış ve tekrar marka problemini obiterdictum olarak ele almıştır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, kullanılmayan marka aynen veya ufak değişikliklerle, özdeşe yakın biçimde yeniden tescil ettirilmişse, tekrar marka mevcuttur⁶³.

Alman doktrininde markanın tekrar marka olarak değerlendirilmesi için ikinci marka başvurusundaki değişikliklerin hangi kapsamda olabileceğinin Alman Marka Kanunu'nun 26. paragrafının 3. fıkrası (SMK m.9.2 bent a) kıyasen uygulanarak belirlenmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁶⁴. Bu hükme göre, markanın farklılığı ayırt edici karakterini değiştirmedeği müddetçe, tescilli biçiminden farklı şekilde kullanılması tescilli markanın kullanılması olarak kabul edildiğine göre, tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyen farklılıklarla tekrar tescili halinde tekrar markadan söz edilebilir. Örneğin ilk marka kelime markasıysa ikinci markada bu kelimeye sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan dekoratif bir şekil eklenmişse burada tekrar marka mevcuttur. Böylece markasını kullanma zorunluluğuna marka sahibi bakımından olumlu etki eden 26. paragrafın 3. fıkrası (SMK m.9.2 bent a), tekrar markada aleyhine etki eder⁶⁵.

Bir diğer görüşe göre⁶⁶ ise, marka sahibi markasıyla aynı veya karıştırma ihtimaline neden olan benzer markanın kullanılmasını yasaklayabildiğine

⁶¹ Gaden, s. 33.

⁶² BGH, 6.12.1974, GRUR 1975, s. 436 vd. -BOUCHET.

⁶³ BGH, 6.12.1974, GRUR 1975, s. 436 vd. -BOUCHET; OLG Frankfurt, a.M de aynı yönde, 16.1.1992, GRUR 1992, s. 446 vd. Nr. I, 3 a -Wiederholungszeichen.

⁶⁴ HK-MarkenR/Spuhler, §26 Nr. 127; Bu yönde, Fischötter & Rheineck, s. 387; Ingerl & Rohnke, §25 Nr. 44; Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 336. Ayrıca bkz. Schoene, s. 175; Lenk, Andreas (2013) Dierechtserhaltende Benutzung im deutschen und europäischen Markenrecht, Berlin, Duncker&Humboldt s. 273.

⁶⁵ Fischötter & Rheineck, s. 387.

⁶⁶ Schoene, s. 175.

göre, markanın koruma alanı tescilli markaya benzer markaları da içerir. **Schoene** tarafından savunulan bu görüşe göre, ilk tescilli markasıyla özdeş olan veya ilk tescilli markasıyla karıştırma ihtimaline neden olan benzer marka için yeniden başvuru tekrar marka olarak değerlendirilebilir⁶⁷. Oysa karıştırma ihtimali sadece markaların benzerliğine göre değerlendirilmez. Markaların benzerliği yanında markanın tesciline konu mal ve hizmetlerin benzerlik derecesi ve markanın ayırt etme gücü de önemlidir. Markanın ayırt etme gücü ne kadar yüksekse, koruma kapsamı da o kadar geniştir. Markanın ayırt etme gücünün yüksek olduğu hallerde markalar arasındaki büyük farklılıklar dahi karıştırma tehlikesini ortadan kaldırmaz⁶⁸. Kullanma zorunluluğunun değerlendirilmesinde ise markanın ne kadar tanınmış olduğu veya hangi kapsamda ayırt edici karaktere sahip olduğunun önemi bulunmamaktadır⁶⁹. Bu bakımdan sadece markanın ayırt edici karakteri dikkate alınır. Dolayısıyla yeni marka başvurusu ilk marka ile özdeşse veya SMK m.9.2 bent a) anlamında ayırt edici karakteri bakımından farklı değilse, artık tekrar marka koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

3. İkinci Marka Başvurusunun İlk Markanın Tescilinde Belirtilen Mal ve/veya Hizmetleri ya da Aynı Tür Mal ve/veya Hizmetleri Kapsaması

Markanın koruma konusu tescilde belirtilen mal ve/veya hizmetleri kapsar. Bu mal ve/veya hizmet listesi sonradan genişletmek istenirse, marka sahibinin yeni marka başvurusunda bulunması gerekir. Bu durumda ilk marka kullanılmamış olsa da tekrar markadan söz edilemez. Burada yeni marka başvurusu söz konusudur. Ancak kullanılmayan tescilli markanın aynı mal ve hizmet listesiyle yeniden marka başvurusuna konu olması halinde tekrar

marka başvurusunun koşulu mevcuttur⁷⁰. Buna karşı yeni marka başvurusunun konusu mal ve/veya hizmet, kullanılmayan ilk tescilli markanın mal ve/veya hizmet listesiyle sadece benzerse, tekrar markanın söz konusu olup olamayacağının da değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle tekrar marka tehlikesinden kaçınmak için mal ve/veya hizmet listesinde hangi kapsamda değişikliğin gerekli olduğu değerlendirilmelidir.

SMK m.9.1 gereğince markanın kullanma zorunluluğunun yerine getirildiğinden söz edebilmek için “tescil edildiği mal ve/veya hizmetler”de veya bu mal ve/veya hizmetlerle aynı tür mal ve hizmetlerde kullanılması gerekir. O halde markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlere benzer mal ve/veya hizmetlerde kullanılması markanın kullanılması zorunluluğunu yerine getirmez⁷¹. Markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerle aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetlerde kullanılması hakkı koruyucu kullanmadır. Mal ve hizmetlerin aynı veya aynı tür olup olmadığı genel dilsel kullanıma ve genel çevre anlayışına göre belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, tescilli ilk markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetler sonraki marka başvurusuna konu mal ve/veya hizmetlerle dilsel kullanıma ve çevre anlayışına göre özdeşse veya aynı tür ise tekrar marka koşulu mevcuttur⁷². Önceki işaret bir üst kavram için tescil edilmişse, ancak sonraki tescilde bu üst kavrama giren bir ürün tescil edilmişse, burada da tekrar markanın koşulu olan mal ve hizmetlerde özdeşlikten söz edilebilir⁷³. Örneğin kullanılmayan ilk marka sandalye için tescil edilmiş, bu markanın hoşgörü süresi sona ermeden önce marka yeniden döner koltuk, şezlong, bahçe sandalyesi, kamp sandalyesi ve tabure için tescil edilmiştir. Şezlong ve sandalye özdeş mal değildir. Aksine şezlong sandalyenin özel bir türüdür. Burada

⁶⁷ **Schoene**, s. 175.

⁶⁸ **HK-MarkenR/Friedrich L. Ekey**, §14 Nr. 253; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 340; **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C. I, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 100; **Küçükali**, Canan (2009) Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, Seçkin, s. 114; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yasaman**, m.6, s. 967; **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2022), Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 185; **Çolak**, s. 271 vd.; **Güneş**, s. 169 vd. **Ayhan & Çağlar & Yıldız & İmirlioglu/Çağlar**, s. 67.

⁶⁹ **Ingerl & Rohnke**, §26 Nr. 141.

⁷⁰ **Harmsen**, s. 403; **Gaden**, s. 37, 38; **Slopek**, David E.F. (2013), ‘Wiederholungsmarken im Gemeinschaftsmarkensystem’, GRUR Int., S. 2, s. 102.

⁷¹ **Ingerl & Rohnke**, §26 Nr. 108; **Bayram**, s. 73; **Schoene** ise, yeni başvuruya konu ürünlerin ilk markanın kapsamına giren ürünlerle benzerse (§14 II Nr. 2 MarkenG anlamında) tekrar marka koşulunun gerçekleşeceği görüşündedir (s. 176; aynı görüşte **Lenk**, s. 280).

⁷² **Gaden**, s. 44; **Harmsen**, s. 403; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 340.

⁷³ **Harmsen**, s. 403; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel**, m.9, s. 2025.

sandalye yeni markanın tescil edildiği tüm mallar için üst kavramdır. O halde sonraki markanın şez-longda kullanılması kullanma zorunluluğunu yerine getireceğine göre, verilen örnekte sonraki marka tescilli tekrar marka koşulunu taşımaktadır.

4. İkinci Başvurunun Kullanılmayan İlk Markanın Hoşgörü Süresi Sona Ermeden veya Sona Ermesinden Kısa Süre Sonra Yapılması

Markasını kullanmayan marka sahibinin, hoşgörü süresi sona ermeden önce veya sona ermesinden kısa süre sonra marka başvurusu yapmış olması da tekrar markanın koşuludur. Böylece marka sahibi ardı ardına kesintisiz yeni hoşgörü süresi elde etme olanağına kavuşacaktır. Ancak aynı marka için yeneden başvuru yapma olanağı markasını kullanmayan marka sahibinin elinden tamamen alınmamalıdır⁷⁴. Buna göre marka sahibi hoşgörü süresi geçtikten sonra kullanmadığı ilk markasıyla aynı veya ayırt edici karakterini değiştirmeyen farklı unsurlar içeren markayı aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için örneğin yıllar sonra tescil ettirmek isterse, bu başvuru da tekrar marka niteliğinde mi olacaktır? Eğer bu marka tekrar marka değil de yeni bir başvuru olarak nitelendirilebilirse, marka sahibi markasını kullanmama için yeni bir hoşgörü süresinden yararlanabilecektir. Bu soru, marka sahibinin yeni hoşgörü süresi elde etme menfaatleriyle üçüncü kişilerin bu marka üzerinde hak elde edebilme menfaatleri karşılaştırılarak cevaplanmalıdır. Diğer bir ifadeyle belirtilen zıt menfaatleri dengeleyen bir çözüm getirilmelidir.

SMK'nın amacına göre, kullanılmayan markanın hoşgörü süresi geçtikten sonra üçüncü kişiler bu marka üzerinde hak elde edebilmeli ve bu markayı kullanabilmelidir. İlk markanın hoşgörü süresinin geçmesinden sonra yapılan marka başvurusu arasında üçüncü kişilerin bu marka üzerinde hak elde etmelerini sağlayacak böyle bir zaman aralığı varsa, bundan sonra aynı marka sahibi tarafından aynı marka için ve aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için başvuru artık tekrar marka değil, yeni başvuru olarak kabul edilmelidir. Aksine ilk markanın hoşgörü süresinin geçmesinden sonra yapılan

marka başvurusu arasında üçüncü kişilerin hak elde etmesini pratik olarak engelleyecek şekilde kısa süre mevcutsa, artık ikinci başvurunun tekrar marka olduğu kabul edilmelidir⁷⁵. Koruma süresi sona eren markanın uygun bir süre üçüncü kişilerin başvurularına açık olması gerekir. Burada üçüncü kişilerin başvurusu için araştırma ve hazırlık süresi dikkate alınmalıdır⁷⁶. İlk markanın hoşgörü süresi geçtikten sonra yapılan başvuruyla hoşgörü süresi zinciri kurulmamalıdır. Böyle bir zincir varsa tekrar marka mevcuttur; tekrar markanın hukuki sonuçları gerçekleşmelidir.

C. TEKRAR MARKA KOŞULLARINI TAŞIYAN SONRAKİ MARKA İÇİN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN BAŞVURUDA BULUNMASI

Kullanılmayan ilk markanın sahibi dışında üçüncü bir kişinin tekrar tescil başvurusunda bulunması suretiyle tekrar başvurunun hukuki sonuçları dolanılabılır⁷⁷. Örneğin marka sahibinin çalışanının tekrar marka başvurusunda bulunması veya marka sahibi şirketin yavru şirketinin tekrar marka başvurusunda bulunması halinde durum böyledir.

Schoene'ye göre⁷⁸, markanın marka sahibinin izni ile kullanılması marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edildiğine göre (SMK m.9.3, §26.2 MarkenG), bu izin tekrar başvuru için izin olarak da anlaşılabilir. Bu durumda **Shoene**'nin görüşüne göre, üçüncü kişinin başvurusu marka sahibinin başvurusu olarak kabul edilir. Oysa SMK m.9.3'teki izin kullanmaya izindir; kıyasen üçüncü kişinin yaptığı tekrar marka başvurusuna uygulanması hükmün amacıyla bağdaşmaz⁷⁹. Ancak üçüncü kişinin başvurusu somut olayda kötüniyetli başvuru olarak değerlendirilebilir⁸⁰.

⁷⁴ Ingerl & Rohnke, §25 Nr. 42.

⁷⁵ Bu hususta doktrinde farklı sürelerden söz edilmiştir, bkz. **Fischötter & Rheineck**, s. 386; **Ingerl & Rohnke**, §25 Nr. 42; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 349; **Lenk**, s. 281.

⁷⁶ **Ingerl & Rohnke**, §25 Nr. 42; **Lenk**, s. 282.

⁷⁷ **Gaden**, s. 46.

⁷⁸ **Schoene**, s. 177; aynı yönde **Lenk**, s. 273.

⁷⁹ Bkz. **Gaden**, s. 47.

⁸⁰ Bkz. **Gaden**, s. 47.

IV. TEKRAR MARKANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. TEKRAR MARKA BAŞVURUSUNUN TESCİL ENGELLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

SMK m.5 ve 6'da düzenlenen tescil engelleri arasında tekrar marka başvurusu bulunmamaktadır. Bu nedenle marka başvurusunun tekrar marka niteliğinin açık olduğu durumlarda bile TÜRKPA-TENT'in tekrar marka başvurusunu SMK m.5'e dayanarak re'sen reddetme yetkisi bulunmamaktadır⁸¹. Ancak marka başvurusunda kötüniet SMK m.6'da nisbi tescil engeli olarak düzenlenmiştir. SMK m.6, son f'ya göre, kötünietle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir. Bu durumda tekrar marka başvurusunun kötünietli başvuru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

B. TEKRAR MARKA BAŞVURUSUNUN KÖTÜNİYETLİ BAŞVURU OLARAK DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLMEMEYECİĞİ

1. Kötünietli Başvurunun Anlamı

Kötünietli marka başvurusu hakkın kötüye kullanılması niteliğinde veya ahlaka aykırı marka başvurularını ifade eder⁸². Böyle bir marka tescil edilmişse, SMK m.25.1 gereğince hükümsüzlüğü istenebilir. O halde tekrar marka başvurusu kötünietli başvuru olarak değerlendirilebilir mi?

Tekrar marka tesciliyle önceki markanın hoşgörüsü fiilen uzatılmaktadır. Bu nedenle tekrar marka başvurusunun kullanma zorunluluğunun dolanılması nedeniyle kötünietli başvuru olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, dolayısıyla marka sahibine koruma sağlayıp sağlamayacağı konusunda içtihat ve öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

⁸¹ Bu hususta bkz. **Lenk**, s. 295; **Schoene**, s. 177 vd.; **Ingerl & Rohne**, §25 Nr. 37; **HK-MarkenR/Spuhler**, §26 Nr. 140; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26, Nr. 344; **Slopek**, s. 103; OLG Frankfurt, 16.1.1992, GRUR 1992, s. 446, Nr. 1-3, c-, **Wiederholungszeichen**. Buna karşı bkz. **Fezer**, §25 Nr. 40.

⁸² Kötünietli tescil kavramı için bkz. **Arkan**, C. II, s. 158; **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yasaman**, m.6, s. 1140; **Çolak**, s. 1206; **Bilgili**, Fatih (2006) Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 27-28, 92 vd.; **Yusufoğlu Bilgin**, s. 348-349; **Özkök**, s. 48; **Suluk & Karasu & Nal/Karasu**, s. 195; **Ayhan & Çağlar & Yıldız & İmirlioğlu/Çağlar**, s. 79.

2. RedBull Kararı

Avrupa Birliği Marka Ofisi, 2007 yılında verdiği RedBull kararında⁸³ ilk kez olarak tekrar markayı ele almıştır. Karar Avusturyalı içki üreticisi tarafından tüm sınıflarda tescil edilmiş olan sözcük markası RedBull'un terkin talebiyle ilgiliydi. Marka sahibi başvurudan bir buçuk yıl önce kısmen aynı mal ve hizmetler için genel olarak 24 sınıfta koruma talep ettiği RedBull sözcükleri için Topluluk Markası başvurusunda bulunmuştu. Fakat marka sahibi ikinci başvuruyu yaptığında ilk başvuru henüz yayınlanmamıştı. Bu marka sahibi ayrıca Topluluk içinde korunan bir dizi ulusal ve uluslararası RedBull sözcük markalarının da sahibiydi ve bunlar kısmen aynı mal ve hizmetler için tescil edilmişti. Talepte bulunan, marka sahibinin ikinci Topluluk Markası başvurusunda kullanma iradesinin mevcut olmadığını ileri sürdü. Terkin talebinde bulunana göre lisans verme durumunda bile marka sahibinin markayı tüm mal ve hizmetler için kullanabilmesi mümkün değildir. Marka sahibinin ticari faaliyeti esas itibariyle içecek satışı ve spor organizasyonlarına sponsorluktur. Terkin talebinde bulunan, marka sahibinin amacının, üçüncü kişilerin tüm düşünülebilir ticari faaliyet alanındaki benzer marka başvurularını engellemek olduğunu, ulusal markalarının kullanmama nedeniyle iptal tehdidi altında olduğu üye devletlerde de marka korumasını sağlamak istediğini de ileri sürmüştür.

Avrupa Birliği Marka Ofisi terkin talebini reddetmiştir. Talepte bulunan tarafından sunulan belgeler marka sahibinin başvuru sırasında kötünietli hareket ettiğini kanıtlamaya yeterli değildi. Avrupa Birliği Marka Ofisi'ne göre, tescil talebine konu mal ve hizmetlerin büyük kısmının marka sahibinin ticari faaliyetiyle bağlantısının olmamasının önemi bulunmamaktadır. Marka sahibi faaliyet alanını sonradan bu mal ve hizmetler için genişletmezse, sadece marka hakkının iptal edilmesi ve markasını kullanmamaya ilişkin diğer tehditlere maruz kalması tehlikesi söz konusu olur. Bu kararında Avrupa Birliği Marka Ofisi, tekrar marka başvurusunun hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı sorunu da ele almıştır. Kararda önceki Topluluk marka-

⁸³ HABM 21.03.2007, 1344 C- AX 26- SARL/RedBull. Kararın özeti için ayrıca bkz. **Zecher**, Jan (2010), 'Wiederholungsmarkenvordem HABM', GRUR, S. 11, s. 982.

larının kullanmama nedeniyle iptalini önlemek için yapılan tekrar marka başvurularının kötüniyetli başvuru olarak değerlendirileceği, ancak mevcut olayda marka sahibinin kötüniyetli hareket etmesinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Zira her iki Topluluk Markası birbirini takip eden yıllarda başvuruya konu olmuş ve aynı yılda tescil edilmiş oldukları için, marka sahibi tekrar başvuru nedeniyle kullanılmadan ötürü terkinin sonuçlarından kaçınamayacaktır. Ayrıca Avrupa Birliği Marka Ofisi, kötüniyetin başvuru anına göre değerlendirileceğini, kötüniyet sadece ilk başvuruya konu olan markanın kullanılmamasına dayanıyorsa ve bu markanın sonradan kullanımına başlanması halinde kötüniyetli başvurudan söz edilemeyeceğini, zira kötüniyetli marka başvurusunun sonradan markanın kullanımına başlanmasından bağımsız olarak mevcut olmasının gerektiğini, ilk markanın hoşgörü süresi geçtikten sonra tekrar marka başvurusu yapılmışsa, bundan sonra da aynı nedenle kötüniyetten söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

3. Pelikan Kararı

Avrupa Birliği Marka Ofisi, Pelikan kararında⁸⁴ da tekrar marka sorununu ele almıştır. Karara konu uyuşmazlıkta Alman kırtasiye üreticisi Pelikan markası için yaklaşık 2500 farklı mal ve hizmeti konu alan ve yaklaşık 10 sınıfta başvuru yapmıştır. Bu marka sahibi sözcük ve şekilden oluşan çok benzer iki eski Topluluk markasının da sahibiydi.

Pelikan 

“Pelikan 1998”

Bu markalardan biri kırtasiye üreticisi Pelikan tarafından 35 ve 39. sınıflarda seyahat işletmesi hizmetleri için de tescil ettirilmiştir. Kırtasiye üreticisi Pelikan tarafından 2003 yılında da çok benzer bir işaret Topluluk Markası olarak başvuruya konu edilmiş ve tescil mayıs 2008’de gerçekleşmişti.

Pelikan 

“Pelikan 2008”

Bu Topluluk markası da yine seyahat işletmesi hizmetlerini içeren çok kapsamlı mal ve hizmet listesini içermekteydi. Ne ilk ne de ikinci marka seyahat hizmetleri alanında kullanılmıştı. Marka sahibi seyahat işletmesinin marka başvurusuna itiraz etmişti. Pelikan markalı kırtasiye üreticisinin, 2003 yılında yaptığı marka başvurusuna itiraz ettiği seyahat işletmesi pelikantravel.com, kırtasiye üreticisinin yeni topluluk markasının terkinini talep etti. Ona göre kırtasiye üreticisi marka başvurusunda kötüniyetliydi. Pelikan AG geçmişte markayı seyahat işletmeleri için kullanmamış ve gelecekte de kullanma amacına sahip değildir. Seyahat işletmesi, ikinci markada kullanma zorunluluğunun dolanılması için hukuka aykırı tekrar tescilin söz konusu olduğunu, bu nedenle ikinci markanın en azından kısmen kullanmama nedeniyle terkin edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Kırtasiye malzemesi üreticisi seyahat hizmetleri için markasını kullandığını ispatlayamadığından, ilk marka kısmen terkin edilmiştir. Ancak ikinci markanın terkin talebi reddedilmiştir. Avrupa Birliği Marka Ofisi’ne göre, Topluluk markası tekrar başvuruya konu edilir ve bu yolla ilk markanın kullanılmamasının sonuçları dolanırsa, marka başvurusu kötüniyetlidir. Marka Ofisi burada kendi yayınladığı kılavuza dayanmıştır. Bu Kılavuz, Marka Ofisi önündeki terkin davası için bir tür el kitabıdır. El Kitabı’nın 4.3.3. bölümüne göre, tekrar markalar kötüniyetli marka başvurusu olarak değerlendirilmelidir. Ancak Marka Ofisi, somut olayda tekrar başvuru koşullarının mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Ona göre birinci ve ikinci marka aynı olmalıydı. Burada markalar arasında kuvvetli fark mevcuttur. Bunların yazı türü farklıdır, özel olarak P ve k harfleri farklıdır. Ayrıca şekil unsurları birbirinden farklılık gösterir. İlk markada iki kuş varken, ikinci markada sadece bir kuş bulunmaktadır. Sonuçta Avrupa Birliği Marka Ofisi bu gerekçeyle kırtasiye malzemesi üreticisinin marka başvurusunun kötüniyetli olmadığına karar vermiştir.

Pelikantravel.com, bu karara itiraz etmiştir. İtiraz dairesi birinci ve ikinci marka arasındaki farkları önemsiz görmüştür. Daire’ye göre, her iki işaretin ayırt edici karakteri aynıdır. Bu nedenle İtiraz Dairesi’ne göre tekrar marka olgusu prensip olarak mevcuttur. Ancak buna rağmen İtiraz Dairesi burada kö-

⁸⁴ EuG, 13.12.2012, T-136/11, pelicantravel.com s.r.o./HABM, GRUR Int. 2013, s. 144 vd.

tüniyetin olduğunu kabul etmemiştir. Marka sahibi markasının çağdaştırılmış versiyonu için başvuru yapmakta serbesttir. Ekonomik hayatta markaları düzeltme ve modernleştirme olağandır. Marka sahibi markasının bu yeni versiyonunu da üçüncü kişi karşısında koruyabilmelidir. Bu yüzden per se kötüniyetten hareket edilemez. İtiraz dairesi, kırtasiye malzemesi üreticisinin rakibine engel olmak için değil, kendi şirket logosunu tazelemek için başvuru yaptığını vurgulamıştır. Bunun için markanın yeni logo olarak kullanıldığı 2003 tarihli Pelikan Holding AG yıllık bilançosunu delil olarak göstermiştir. Markanın farklı biçimini kullanmanın önceki markanın ayırt edici niteliğini değiştirip değiştirmediğinden marka sahibi emin olmazsa, bu markayı tescil ettirebilmelidir⁸⁵.

4. Monopoly Kararı

Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi'nin Monopoly kararına konu uyuşmazlıkta⁸⁶ oyuncak üreticisi davacı 30.04.2010 tarihinde Avrupa Birliği markası Monopoly için 9, 16, 28 ve 41. sınıflardaki ürünler için tescil başvurusunda bulunmuştur. Marka 25.3.2011 tarihinde tescil edilmiştir. Ayrıca davacı yeni başvuruya konu mal ve hizmetlerle kısmen aynı mal ve hizmetler için korunan ve 1998, 2009 ve 2010 yıllarında tescil edilmiş Avrupa Birliği markası "Monopoly"nin sahibiydi. Masa oyunu üreticisi, Monopoly markası sahibinin yeni başvuru yoluyla markasını kullanmaya ilişkin hoşgörü süresini uzatmayı amaçladığını ileri sürerek 2011 yılında tescil edilen markanın kötüniyet nedeniyle hükümsüzlüğünü talep etmiş, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi talebi reddetmiş, İtiraz Dairesi önceki markalarının tescilinin kapsamına giren mal ve hizmetler bakımından masa oyunu üreticisinin itirazını kabul etmiştir. Oyuncak üreticisi bu kararın iptali için Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme davayı reddetmiştir. Karara göre, İtiraz Dairesi, marka başvurusunu önceki tescillerle aynı mal ve hizmetler bakımından isabetli olarak kötüniyetli saymıştır. Kararda, İtiraz Dairesi'nin davacının Fikri Mülkiyet Ofisi önünde aynı markanın yeniden marka başvurusuna konu olması için idari masraf-

ların azaltılmasının amaçlandığını ileri sürdüğünü vurgulamış, bir işletmenin farklı başvuru tarihlerine sahip birden fazla markası varsa, sonraki tarihli bir marka başvurusuna itirazını henüz beş yıllık hoşgörü süresini geçirmemiş sonraki marka başvurusuna dayanarak yapmasının işletmeler için faydalı olduğunu, bu yolla işletmelerin markasını kullandığına dair kanıtları sunmalarına gerek kalmadığının duruşmada dinlenen tanığın ifadesinden anlaşıldığını gerekçe olarak göstermiştir. Bu delilden hareketle marka sahibinin bilinçli olarak bu stratejiyi takip ettiği sonucuna varmıştır. Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Avrupa Birliği Hukukunda markanın tekrar başvuruya konu olmasını yasaklayan bir hüküm olmadığını, bu nedenle kötüniyetin mevcut olduğunu gösteren başka olgular söz konusu olmadıkça tek başına tekrar marka başvurusunun kötüniyetli olduğunun kabul edilemeyeceğini, mevcut olayda -tanık delilinden hareketle- davacı tarafından yapılan tekrar başvurunun kullanma zorunluluğuna ilişkin kuralın dolanılmasını amaçlayan bir başvuru stratejisine dayandığını, bu nedenle kötüniyetli başvurunun söz konusu olduğunu belirtmiştir.

5. TÜRK PATENT Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun Kararı

TÜRK PATENT Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 16.4.2020 tarihli kararına konu marka⁸⁷, 25. 35. sınıflar bakımından 2012 yılında tescil edilmiş, ancak kullanılmamış ve altı yıl sonra marka sahibi aynı kelime ibaresiyle tekrar marka başvurusunda bulunmuştur. Bu başvuruya yapılan kötüniyet itirazını, Kurul, başvuru sahibinin olası iptal davasının sonuçlarından kaçınmak; diğer bir ifadeyle kullanma ispatı yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla bu başvuruyu yaptığı, bu nedenle iyiniyetli kabul edilemeyeceği gerekçesiyle kabul etmiştir.

6. Doktrindeki Görüşler ve Değerlendirme

Doktrinde **Yasaman**'a göre, markayı kullanma zorunluluğuna ilişkin öngörülen beş yıllık hoşgörü süresini fiilen uzatmak amacıyla marka sahibinin markasını tekrar tescil ettirmesi halinde sonraki tescilin kötüniyetli olduğu kabul edilebilir⁸⁸.

⁸⁵ Slopek, s. 102.

⁸⁶ EUG, 21.4.2021-T-663/19 (EUIPO), GRUR-RS 2021, s. 8097 vd. -Monopoly.

⁸⁷ 2020-M-3326 sayılı YİDK Kararı.

⁸⁸ **Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu Bilgin & Memiş Kartal & Yüksel/Yasaman**, m.19, s. 2402.

Özkök'e göre, tekrar marka sahibi bu tekrar markaya dayanarak SMK m.19.2'ye göre itiraz hakkını kullanırsa, bu karıştırma ihtimali gerekçesiyle hakkında itirazda bulunulan başvuru sahibinin, itiraza dayanak markanın kullanımının ispat edilmesi yönündeki taleplerini kullanamaz hale getirmektedir. Bu nedenle TMK m.2.2 hükmü uygulanmalı ve itiraz sahibinin itiraz hakkı korunmamalı, itiraz incelemesi, kullanımın ispatı külfetine tabi olan markalar esas alınarak yapılmalı, kullanım ispat edilemediği takdirde bu itiraz reddedilmelidir⁸⁹. Bu görüşe sonuç olarak katılmak mümkündür. Ancak markasını salt kullanmaması nedeniyle, tekrar marka sahibinin itiraz hakkını TMK m.2'ye aykırı kullandığı sonucuna varılamamalıdır. Burada çözüm TMK m.2'de değil, marka hukukunda mevcuttur. Hoşgörü süresi geçen bir marka sahibi, markası üzerinde üçüncü kişilerin hak iktisabına artık katlanmalıdır; tekrar marka ona ilk markadan daha fazla hak vermemelidir. O halde tekrar marka sahibi üçüncü kişinin marka başvurusuna itiraz ederse, üçüncü kişi ona karşı tekrar başvuru savunmasında bulunabilmelidir. Burada tekrar başvuru savunması, SMK m.19.2 anlamında kullanmama savunmasının⁹⁰ genişletilmesidir⁹¹.

Aktekin/Köse/Sevine'ye göre de, marka sahiplerinin kullanmadıkları ve henüz tescil tarihinden itibaren beş yılın dolmadığı geniş mal ve hizmetler üzerinde tescilli markalarına dayanarak açtıkları tecavüz davalarında, davacıya karşı kullanmama savunmasının ileri sürülmesi mümkün olmamakla birlikte, marka sahibinin markasını tescil ettirdiği mal ve hizmetlerde kullanma niyeti hiçbir şekilde bulunmamasına rağmen, dava üçüncü kişilere rahatsızlık vermek amacıyla açıldığından, davalı tarafından hakkın kötüye kullanıldığı savunmasının yapılması ve bu şekilde açılan tecavüz davalarının reddinin sağlanması mümkün olabilir⁹². Bu görüşe katılmak güçtür. Marka sa-

hibinin salt markasını kullanmamasından hareketle, tescilli markasına dayanarak açtığı tecavüz davasında üçüncü kişilere rahatsızlık vermek amacıyla hareket ettiği sonucuna varılmamalıdır. Burada da çözüme yine marka hukukunda mevcuttur. İlk markanın hoşgörü süresi geçmemişse, tecavüz nedeniyle dava açan marka sahibine karşı davalı tekrar marka savunmasını ileri sürememelidir. SMK marka sahibine hoşgörü süresi tanımıştır. Marka sahibinin kullanma iradesine sahip olmaması da tek başına marka başvurusunun kötüniyetli olduğu anlamına gelmez.

Sadece tekrar başvurunun koşullarının mevcut olduğundan hareketle, bu başvurunun SMK m.6 son f. anlamında kötüniyetli başvuru olduğu sonucuna varılamaz⁹³. Zira kullanılmayan marka, hoşgörü süresi geçmiş ve iptal edilebilir hale gelmiş olsa da ciddi kullanıma başlamak suretiyle SMK 26.4 gereğince iyileştirilebilir; diğer bir ifadeyle marka, beş yıllık sürenin dolması ile iptal talebinin kuruma sunulduğu tarih arasında tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından ciddi biçimde kullanılmışsa, kullanmama sebebiyle iptal talepleri reddedilir. Oysa kötüniyetli tescil edilen marka sonradan iyileşebilir değildir⁹⁴.

Belirtmek gerekir ki, tekrar marka başvurusunda bulunanın kullanma iradesinin bulunmadığından hareket edilemeyeceği gibi, marka başvurusunda bulunanın kullanma iradesine sahip olmaması tek başına marka başvurusunun kötüniyetli olduğu anlamına gelmez⁹⁵. Bunun için engelleme niyeti gibi başvurunun kötüniyetli olduğunu gösteren başka olguların varlığı gerekir⁹⁶. Kullanma iradesinin mevcu-

⁸⁹ **Özkök**, s. 48.

⁹⁰ Kullanmama savunmasının hukuki niteliği için ayrıntılı olarak bkz. **Bayram**, s. 131 vd.

⁹¹ **Fischötter & Rheineck**, s. 388.

⁹² **Aktekin**, Uğur & **Yıldırım Köse**, Mutlu & **Sevine**, Merve Çimen (2020), 'Kullanılma Niyeti Olmayan Mal ve Hizmetleri de İçeren Geniş Kapsamlı Markaların Hükümsüzlüğünün ve Bu Markalardan Doğan Hakların Kullanımının Değerlendirilmesi', *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2020* (Editör: Tekin Memiş), C. 10, Ankara Yetkin, s. 26-27.

⁹³ **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §8 Nr. 1062; **Gaden**, s. 62; **Zecher**, s. 982; bu yönde, **Çolak**, s. 1265.

⁹⁴ Bu yönde bkz. **Lenk**, s. 301; **Gaden**, s. 62- 63; **Schoene**, s. 146-147; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 346.

⁹⁵ Bu yönde, **Ayhan & Çağlar & Yıldız & İmirlioğlu/Çağlar**, s. 79. **Yusufoğlu Bilgin** (s. 370 vd.), markanın kullanılması için gerekli girişimlerde bulunmamakla, bu yönde çalışmalarına olmasına rağmen beş yıllık sürede çalışmaların tamamlanamaması arasında ayırım yapmış ve kullanma niyeti bulunmasına rağmen markayı kullanamayan kişinin kötüniyetli sayılamayacağını belirtmiştir.

⁹⁶ Bkz. **Harmsen**, s. 402; **Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele**, §26 Nr. 345; **Çolak**, s. 1214. Kullanma iradesini marka hakkının doğumu için koşul olarak değerlendiren görüş için bkz. **Fezer**, §25, Nr. 34 vd., ayrıca bkz. §3 Nr. 225 vd.; benzer yönde, **Bilgili**, s. 152 vd.; **Yusufoğlu Bilgin**'e göre de (s. 362), tescil anında markanın kullanılması şartı aranmasa da markayı kullanma niyetinin bulunması ve bu niyetin ticari teamüllere uygun bir şekilde ortaya konulması gerekir.

diyetinin ispatlanması da bu marka sahibine yeni bir hoşgörü süresi sağlamaz⁹⁷.

Diğer taraftan kötüniyetli tescil durumunda, marka kural olarak tescil kapsamındaki tüm mal ve hizmetler için bütünüyle hükümsüz kılınmaktadır⁹⁸. Oysa markanın tescile konu mal ve hizmetlerin bir kısmında kullanılması halinde, marka kullanılan mal ve hizmetler ile bu mal ve hizmetlerle aynı tür olarak kabul edilen mal ve hizmetler için terkin edilmez (SMK m.9.1). O halde tekrar marka başvurusu prensip olarak kötüniyetli başvuru veya bu başvuruya dayalı olarak kullanılan itiraz hakkı kötüniyetli itiraz niteliğinde değildir.

C. ÇÖZÜM OLARAK ÖNCEKİ MARKANIN GEÇİRİLEN HOŞGÖRÜ SÜRESİNİN TEKRAR MARKAYA İSNADI VE SONUÇLARI

Tekrar marka başvurularına yönelik tereddüt, önceki marka için beş yıllık hoşgörü süresinin tekrar marka yoluyla fiilen uzatılmasıdır. Gerçekten problem, her tekrar marka için yeni bir kullanmamaya ilişkin hoşgörü süresi tanınması yoluyla beş yıllık sürenin dolandırılmasıdır. O halde sorun tekrar markanın tescili değil, beş yıllık hoşgörü süresinin uzatılmasıdır. Bu problemin giderilmesi amaçlanırsa, tekrar markanın beş yıldan daha uzun hoşgörü süresi sağlamayacağı kesinlikle açık olmalıdır. Hukuk politikası bakımından bunun amaç olması gerekirse, kötüniyet çözümünün doğru olmadığı açıktır. Çünkü kötüniyetin, Monopoly kararından anlaşıldığı gibi kanıtlanması gerekir. Çalışanların ifadesi gibi tanık delili olarak “Biz kullanma zorunluluğunu dolanıyoruz” şeklindeki ifadesi, oldukça seyrek durumlarda mevcut olabilir. Böyle delillerin mevcudiyeti koşulu meseleyi belirsiz kılar.

Önceki markanın kullanılmadan geçirilen hoşgörü süresi tekrar markaya isnat edilirse, bu sonuç engellenir. İlk başvurunun hoşgörü süresi devam ederken tekrar marka başvurusu yapılmışsa, ilk markanın kullanmama nedeniyle hoşgörü süresinin geçmesi ve bundan sonra iptal edilebilir hale gelmesi tüm sonraki tekrar tescillere etki etmelidir. Tekrar marka kullanmamanın tüm yaptırımlarına tabi ol-

duğu için, bu markanın SMK m.26.1 bent a) gereğince iptali talep edilebilir⁹⁹.

Gerçekten tekrar markanın hoşgörü süresi, ilk markanın hoşgörü süresine göre değerlendirilmelidir. Örneğin sözcük markası (A)'nın tescilinden iki yıl sonra marka sahibi aynı markanın aynı mal ve hizmetler için tescilini istemiştir. İlk marka (A) tekrar başvuru anında kullanılmamıştır. Bu durumda tekrar markanın hoşgörü süresi iki yıl kısalmıştır. Tekrar marka tescilden üç yıl sonra kullanmama nedeniyle iptal edilebilir. Bu üç yıl içerisinde tekrar marka da marka korumasından tam olarak yararlanabilmelidir. Bunun dayanağı SMK m.9.2 hükmüdür. Bu hüküm kıyasen uygulanmalıdır. Bu hüküm gereğince, ayırt edici karakteri farklı olmayan birden fazla markanın tescili halinde, bu markalardan birinin kullanılması diğerleri için de kullanma zorunluluğunu yerine getirir. Diğer bir ifadeyle, markanın kullanılması SMK m.9.2 nedeniyle sahibinin diğer aynı veya ayırt edici karakteri değişmeksizin farklı unsurlara sahip markalarına da isnat edilir. Ancak kullanılan markanın ayırt edici karakteri farklıysa, bu kullanım diğer markalara isnat edilemez. SMK m.9.2 bent a) gereğince, marka sahibinin tescilli markaları arasındaki farklılık ayırt edici karakterini etkileyecek seviyede değilse, bu markalardan birinin kullanılması diğerine isnat edilir. Tekrar marka tescilinde de iki tescilli marka söz konusudur. Kullanılmayan önceki marka ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla tekrar tescil edilirse, önceki markanın kullanılmaması da tekrar markaya isnat edilir. Önceki markanın geçirilen hoşgörü süresi tekrar başvuruyu da etkiler. Tekrar marka önceki markayla aynı da olabilir. Gerçi SMK m.9 aynı olan işaretlerden söz etmemiştir. Fakat ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanım diğerine isnat edildiğine göre, bu özdeş işaretler için haydi haydi geçerlidir¹⁰⁰.

Kısaca, hakkı koruyucu kullanma eylemi birden fazla tescilli markaya etki edebildiğine göre, kullanmama eylemi için de aynı değerlendirme yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle önceki markanın kullanılmama

⁹⁷ Fischötter & Rheineck s. 386; Lenk, s. 292.

⁹⁸ Çolak, s. 1220-1229; Yarg. 11. HD, 28.4.2021 T, 2020/1360 E, 2021/4186 K, Karar için bkz. Çolak, s. 1220 vd.

⁹⁹ Ingerl & Rohnke, §25 Nr. 38 vd.; Fischötter & Rheineck, s. 379 vd.; Schoene, s. 172; Lenk, s. 306.

¹⁰⁰ Gaden, s. 65.

ması tekrar markaya isnat edilebilmelidir¹⁰¹. O halde tekrar marka başvurusu önceki markanın hoşgörüsü süresi geçmeden önce yapılmışsa, sadece bu nedenle kullanma zorunluluğunun dolanılmasından söz edilemez. Çünkü önceki markanın hakkı koruyucu kullanılması henüz mümkündür¹⁰².

Marka sahibine ilk tescille verilen hoşgörüsü süresi beş yıla sınırlandırılmıştır. İlk marka için hoşgörüsü süresi geçmişse, bu tekrar marka olarak nitelenen tüm sonraki tesciller için geçerlidir¹⁰³. Üçüncü kişiler bu markayı tescil ettirme şansı elde edebilmelidir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişi bu marka için kendi adına tescil başvurusunda bulunabilir. Tekrar marka, markanın kullanılması zorunluluğunun dolanılmasına neden olduğu için artık markaların bağımsızlığı ilkesi göz ardı edilmelidir¹⁰⁴. Tekrar marka başvurusunun, önceki markanın hoşgörüsü süresi geçtikten sonra yapılması halinde üçüncü kişilerin elde ettiği haklar korunur. Çünkü hoşgörüsü süresi geçtikten sonra kullanılmayan ilk marka artık üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ve iptal edilebilir hale gelmiştir¹⁰⁵. Böylece önceki markanın hoşgörüsü süresi geçtikten sonra yapılan başvuruyla hoşgörüsü süresi zinciri kurulması engellenir. Önceki markanın hoşgörüsü süresi geçtikten sonra tekrar marka başvurusu yapan marka sahibi, tekrar markaya dayalı olarak bir marka başvurusuna itiraz ederse, bu markaya karşı başvuru sahibi SMK m.19.2'ye dayanarak tekrar marka savunması yapılabilir. Çünkü tekrar marka savunması, kullanmama savunmasının genişletilmesinden başka bir şey değildir¹⁰⁶.

Önceki markanın hoşgörüsü süresi geçtikten sonra tekrar marka tescil edilirse, böyle bir tekrar markanın en erken tescilden sonraki gün kullanmama nedeniyle iptali istenebilmelidir. Bu durumda tekrar

marka sahibi markasını iptalden kurtarmak için bugünden itibaren markayı ciddi bir şekilde kullanmaya başladığını ispatlamak zorundadır. Oysa tek bir günde ciddi olarak markayı kullanmaya başlayabilmek neredeyse imkansızdır. Dolayısıyla markasının iptalini engellemek isteyen marka sahibi, markasını tescilden önce kullanmaya başlamalıdır¹⁰⁷. Marka başvurusu ve tescili arasındaki süre ciddi kullanıma başlamak için yeterlidir.

SMK m.26.4'ün son cümlesine göre, “*İptal talebinde bulunulacağı düşünülmektedir kullanımı gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.*” SMK m.26.4 hükmü kıyasen tekrar markaya da uygulanmalıdır.

Kısaca, tekrar marka tescil ettiren ancak fiili kullanma yoluyla tam marka koruması elde edebilir¹⁰⁸. Önceki markanın hoşgörüsü süresi geçtikten sonra tescil edilen tekrar markanın kullanımına başlanırsa, önceki ve tekrar marka artık kullanmama nedeniyle terkin edilemez.

Önceki markanın hoşgörüsü süresi geçmiş ve markayı kullanmaya başlamayan tekrar marka sahibinin markasına tecavüz nedeniyle açtığı davada davalı SMK m.29.2'ye dayanarak veya böyle bir tekrar marka sahibinin açtığı hükümsüzlük davasında SMK m.25.7'ye dayanarak tekrar marka savunmasında bulunabilmelidir¹⁰⁹.

SONUÇ

1. Tescil edilmiş ancak kullanılmayan bir markanın aynen veya ayırt edici karakterini değiştirmeyen değişikliklerle, ilk markanın hoşgörüsü süresi geçmeden önce veya hoşgörüsü süresi sona erdikten kısa süre sonra aynı veya aynı tür mal ve/veya hizmetler için yeniden tescil edilmesi halinde tekrar marka mevcuttur.
2. Sadece tekrar marka koşullarından hareketle, bu başvurunun SMK m.6 son fıkrada anlamında

¹⁰¹ Schoene, s. 172.

¹⁰² Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 341.

¹⁰³ Ingerl & Rohnke, §25 MarkenG, Nr. 40; Lenk, s. 291. Fezer bu görüşte değildir. Yazara göre, ilk ve sonraki marka birbirinden bağımsızdır; bu nedenle önceki markanın hoşgörüsü süresinin sonraki markaya isnat edilmesi mümkün değildir (§25 Nr. 27).

¹⁰⁴ Lenk, s. 291.

¹⁰⁵ Ströbele & Hacker & Thiering/Ströbele, §26 Nr. 341.

¹⁰⁶ Fischötter & Rheineck, s. 389; Lenk, s. 305; marka başvurusunun yayımına itiraz aşamasında kullanılmama savunması için ayrıntılı olarak bkz. Karaca, s. 81 vd.; Bayram, s. 144 vd.

¹⁰⁷ Gaden, s. 73.

¹⁰⁸ Gaden, s. 73.

¹⁰⁹ Fischötter & Rheineck, s. 389; Lenk, s. 306; hükümsüzlük ve marka hakkına tecavüz davalarında kullanmama savunması için ayrıntılı olarak bkz. Yasaman & Ayoğlu & Yusufoglu & Memiş Kartal & Yüksel/Yüksel, m.9, s. 2052 vd.; Karaca, s. 88 vd.; Bayram, s. 189 vd.

- kötüniyetli başvuru olduğu sonucuna varılmaz. Zira kullanılmayan marka, hoşgörü süresi geçmiş ve iptal edilebilir hale gelmiş olsa da ciddi kullanıma başlamak suretiyle iyileştirilebilir.
3. Tekrar marka başvurusunda bulunanın kullanma iradesinin bulunmadığından hareket edilemeyeceği gibi, bu durum marka başvurusunun kötüniyetli olduğu anlamına da gelmeyecektir. Bunun için engelleme niyeti gibi başvurunun kötüniyetli olduğunu gösteren başka olguların varlığı gerekir.
 4. Tekrar marka başvurularına yönelik tereddüt, önceki marka için beş yıllık hoşgörü süresinin tekrar marka yoluyla fiilen uzatılmasıdır. Bu nedenle sorun tekrar markanın tescili değil, beş yıllık hoşgörü süresinin uzatılmasıdır. Önceki markanın kullanılmadan geçirilen hoşgörü süresi tekrar markaya isnat edilirse, bu sonuç engellenir. İlk başvurunun hoşgörü süresi devam ederken tekrar marka başvurusu yapılmışsa, ilk markanın kullanmama nedeniyle hoşgörü süresinin geçmesi ve bundan sonra iptal edilebilir hale gelmesi tüm sonraki tekrar tescillere etki etmelidir.
 5. Önceki markanın hoşgörü süresi geçmişse, artık üçüncü kişiler bu markayı tescil ettirme şansı elde edebilmelidir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişi bu marka için kendi adına tescil başvurusunda bulunabilir. Tekrar marka başvurusunun, önceki markanın hoşgörü süresi geçtikten sonra yapılması halinde üçüncü kişilerin elde ettiği haklar korunur. Çünkü hoşgörü süresi geçtikten sonra kullanılmayan ilk marka artık üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ve iptal edilebilir hale gelmiştir. Böylece önceki markanın hoşgörü süresi geçtikten sonra yapılan başvuruyla hoşgörü süresi zinciri kurulması engellenir. Önceki markanın hoşgörü süresi geçtikten kısa süre sonra tekrar marka başvurusu yapan marka sahibi, tekrar markaya dayalı olarak bir marka başvurusuna itiraz ederse, bu markaya karşı başvuru sahibi SMK m.19.2'ye dayanarak tekrar marka savunması yapılabilir. Çünkü tekrar marka savunması, kullanmama savunmasının genişletilmesinden başka bir şey değildir.
 6. Önceki markanın hoşgörü süresi geçmiş ve markayı kullanmaya başlamayan tekrar marka sahibinin markasına tecavüz nedeniyle açtığı davada davalı SMK m.29.2'ye dayanarak veya böyle bir tekrar marka sahibinin açtığı hükümsüzlük davasında SMK m.25.7'ye dayanarak tekrar marka savunmasında bulunabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktekin**, Uğur & **Yıldırım Köse**, Mutlu & **Sevine**, Mer-ve Çimen (2020), “Kullanılma Niyeti Olmayan Mal ve Hizmetleri de İçeren Geniş Kapsamlı Markaların Hükümsüzlüğünün ve Bu Markalardan Doğan Hakların Kullanımının Değerlendirilmesi”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2020 (Editör: Tekin Memiş), C. 10, Ankara Yetkin, s. 19-28.
- Arkan**, Sabih (1997), Marka Hukuku, C. I, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Anlış: Yazar, C. I).
- Arkan**, Sabih (1998), Marka Hukuku, C. II, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Anlış: Yazar, C. II).
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Yıldız**, Burçak & **İmirlioğlu**, Dilek (2021), Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Bayram**, Muhammed Enes (2021), Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha.
- Bektaş**, İbrahim (2018), “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali -AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 17, S. 2, s. 219-258.
- Bergmann**, Alfred (2009), “Rechtserhaltende Benutzung von Marken”, MarkenR, S. 1, s. 1-7.
- Bilgili**, Fatih (2006), Marka Hukukunda Hakın Kötüye Kullanılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Çolak**, Uğur (2023), Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Oniki Levha.
- Dirikkan**, Hanife (1998), “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul, Beta, s. 219-280.
- Ekey**, Friedrich L. & **Bender**, Achim & **Fuchs-Wissemann**, Georg (2020), Markenrecht MarkenG, UMG und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 4. Aufl. Heidelberg, C.F. Müller (HK-MarkenR/Yazar şeklinde atf yapılmıştır).
- Fezer**, Karl-Heinz (2009), Markenrecht -Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Aufl. München, Beck CH.
- Fischötter**, Werner & **Rheineck**, Burhard (1980), “Wiederholungszeichen und Benutzungszwang”, GRUR, S. 5, s. 379-390.
- Gaden**, Justus (2012), Die Wiederholungsmarke Zur Umgehung des markenrechtlichen Benutzungszwangs durch Wiederholungsanmeldungen auf nationaler und europäischer Ebene, Göttingen, VBRUnipress.
- Güneş**, İlhami (2021), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet.
- Harmsen**, Heinz (1980), “Wiederholungszeichen”, GRUR, S. 5, s. 401-404.
- Ingerl**, Reinhard & **Rohnke**, Christian (2010), Markengesetz Gesetzüber den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl. München, C.H. Beck.
- Karaca**, Osman Umut (2018), Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara, Lykeion.
- Kellerhals**, Miriam (1999), “Der Benutzungszwang im Gemeinschaftsmarkenrecht”, GRUR Int. S. 1, s. 14-24.
- Küçükali**, Canan (2009), Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, Seçkin.
- Lenk**, Andreas (2013), Die rechtserhaltende Benutzung im deutschen und europäischen Markenrecht, Berlin, Duncker&Humblot.
- Mitscherlich**, Hans (1973), “Praktische Erfahrungen mit dem Benutzungszwang für Warenzeichen”, GRUR, S. 11, s. 500-505.
- Özkök**, Başak (2017), “Marka Başvurusunun Yayımına İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 128, s. 43-62.
- Paslı**, Ali (2014), Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri, 1. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Pekdinçer**, Remzi Tamer & **Çoşğun**, Gizem (2019): “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, s. 135-151, (Makaleye Jurix veri tabanından ulaşılmıştır. s.e.t. 21.1.2023).
- Schoene**, Volker (2003), Der Benutzungszwang im Markenrecht, Frankfurt/M., Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang.
- Sert**, Selin (2007), Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Slopek**, David E.F. (2013), “Wiederholungsmarken im Gemeinschaftsmarkensystem”, GRUR Int., S. 2, s. 101-106.
- Ströbele**, Paul & **Hacker**, Franz & **Thiering**, Frederik (2021), Markengesetz Kommentar (Hrsg. Hacker, Franz), 13. Aufl. Carl Heymanns Verlag.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2022), Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ubertazzi**, Luigi Carlo (1995), “Bemerkungen zum Benutzungszwang der Gemeinschaftsmarke”, GRUR Int. 1995, S. 6, s. 474-481.

Uzunalli, Sevilay (2019), “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Kullanılmayan Marka ve Markanın İptal Edileceği Düşünümlere Kullanılması”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, C. VIII, S. 32, s. 1135-1155.

Yusufoğlu Bilgin, Fülürya (2020), “Kullanım Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019 (Editör: Tekin Memiş), C. 9, Ankara, Yetkin, s. 345-377.

Yasaman, Hamdi & **Ayoğlu**, Tolga & **Yusufoğlu Bilgin**, Fülürya & **Memiş Kartal**, Pınar & **Yüksel**, Sinan H. (2021), Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. II, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Zecher, Jan (2010), “Wiederholungsmarkenvor dem HABM”, GRUR, S. 11, s. 981-984.

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

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu alışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dr.

Varsa Destek ve Teşekkr Beyanı: Yoktur.

atışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Kitap İncelemeleri

Book Reviews

KORKMAZ, CANSU:
SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ,
ANKARA 2023

KORKMAZ, CANSU:
THE CONFISCATION AND ENCASHMENT OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS,
ANKARA 2023

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(*)

Öz

Çalışmada, sınaî mülkiyet haklarının nasıl haciz ve paraya çevirme işlemine konu olacağı uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak incelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle sınaî mülkiyet hakları, tescil başvurusundan doğan haklar, tescil edilmemiş gayri maddî mal üzerindeki haklar ile lisans hakları haciz işleminin konusu olarak değerlendirilmiş ve haciz işlemine konu olma yönünden özellik arz eden hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Söz konusu haklara dair haciz usûlü, kıymet takdiri, haciz işleminin ardından alınabilecek muhafaza tedbirleri ile haciz işleminin hüküm ve sonuçları üzerinde de durulmuştur. Son olarak, anılan hakların paraya çevirme usûlü, bu aşamada icra mahkemesinin rolü ve başvurulması mümkün olan paraya çevirme usûlleri ayrı ayrı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Sınaî Mülkiyet Hakları, Marka Hakkı, Tasarım Hakkı, Patent Hakkı, Lisans Hakkı, Haciz, Paraya Çevirme.

Sınaî mülkiyet hakları sahip oldukları değer itibarıyla, devir ve lisans gibi hukuki işlemlere konu olabilmelerinden dolayı borçlunun malvarlığı unsuru olarak cebri icra sürecine konu olabilmektedir. Dr. Öğretim Üyesi *Cansu Korkmaz*'ın "Sınaî Mülkiyet Haklarının Haczi ve Paraya Çevrilmesi" başlıklı çalışmasında, sınaî mülkiyet haklarının nasıl haczedileceği ve nasıl paraya çevrileceği, Türk, Alman ve

Abstract

In this study, it is examined how industrial property rights are subjected to the confiscation and liquidation proceedings, along with the problems in practice being considered. In this context, primarily industrial property rights, then rights arising from the application for registry, rights over intangible assets which are not registered, and licence rights are evaluated as the subject matter of confiscation and regarding these rights, the related matters that have particular features in terms of being subject to the confiscation transaction are investigated in detail. Regarding these types of rights, the confiscation procedure, the appraisal, measures of conservations to be taken after confiscation, and terms and consequences of confiscation are also analysed. Lastly, liquidation procedure of aforementioned rights, the role of enforcement court and liquidation procedures to be possibly applied here are all separately examined.

Keywords

Industrial Property Rights, Trademarks Rights, Design Rights, Patent Rights, Licence Rights, Confiscation, Liquidation.

İsviçre hukuku dikkate alınarak ayrıntılı teorik tartışmalara ve uygulama ışığında ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, haciz işleminin konusu olarak marka, tasarım, patent, faydalı model ve lisans hakları ele alınmıştır. Bu doğrultuda, tescille kurulan ve tescilsiz elde edilebilen haklar haczedilebilirlik yönünden ayrı ayrı incelenmiştir. Yazar tarafından, bir malvarlığı unsurunun haczedilebilmesi için gerekli olan şartların sınaî mülkiyet hakları bakımından da arandığı, ancak bir gayri maddî malın

^(*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
(hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

tamamlanmasının ve alenileştirilmesinin de gerekli olduğu vurgulanmıştır.

Haciz işlemine konu olma bakımından, sözleşmeden doğan lisans hakları, zorunlu lisans hakları, ticarî sır olarak kullanılan buluştan doğan haklar, çalışan tasarımı ile buluştan doğan haklar ve önceki kullanımdan doğan haklar da çalışmada ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, sınai mülkiyet haklarının kısmen haczedilip haczedilmeyeceğine ve kişiye ait unsurlar içeren sınai mülkiyet haklarının haciz işlemine konu olup olmayacağına yer verilmek suretiyle, haczedilebilirlik yönünden özellik arz eden haklar üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde, sınai mülkiyet hakları, tescil başvurusundan doğan haklar ve lisans haklarına dair haciz usûlü, hakların tescille elde edilmediği dikkate alınarak incelenmiştir. Yazarın bu noktada tescilsiz marka ve tescilsiz tasarım hakları üzerindeki haciz işleminin icrası yönünden uygulamadaki sorunlar gözetilerek, birtakım muhafaza tedbirlerine başvurulmasını önerdiği görülmekte, çalışmada aynı zamanda, sınai mülkiyet haklarının kıymet takdiri, icra dosyalarına sunulan bilirkişi raporlarının incelenmesi suretiyle ayrıntılı olarak ele alınarak raporlardaki eksikliklere dikkat çekilmektedir. Bu bölümde, haciz işleminin borçluya, alacaklıya ve üçüncü kişilere ve söz konusu hakların konu olduğu davalara etkisi de ele alınmaktadır.

Yazar çalışmanın son bölümünde, sınai mülkiyet haklarının, tescil başvurusundan doğan hakların ve lisans haklarının nasıl paraya çevrileceğini, 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri de dikkate alınarak incelemiştir. Söz konusu haklara dair paraya çevirme yönteminin belirlenmesi bakımından icra mahkemesinin takdir hakkı olmasına rağmen, uygulamada genellikle açık artırma yoluna başvurulduğuna dikkat çekilmiş ve diğer paraya çevirme yöntemlerinin de kullanılması önerilmiştir. Bu doğrultuda çalışmada, borçluya satış yetkisi verilmesi, pazarlık yoluyla paraya çevirme, söz konusu hakkın devredilmesi yerine üçüncü kişiye kullanım yetkisi verilmesi gibi yöntemler üzerinde durulmuştur.

Sınai mülkiyet haklarının sahip oldukları iktisadî değer gözetildiğinde, çalışmada genel itibarıyla bu hakların malvarlığı unsuru olarak haczedilmesi-

nin ve paraya çevrilmesinin önemini vurgulandığı, ayrıca, mevzuatta söz konusu hakların haczinin özel olarak düzenlenmemesi ve İcra ve İflâs Kanunu'nun hacze dair genel hükümlerinin uygulamadaki sorunlar karşısında yetersiz kalmasından kaynaklı sorunlara dikkat çekildiği ve birtakım öneriler sunulduğu görülmektedir. Dr. *Korkmaz*'ın çalışması bu yönüyle, sınai mülkiyet haklarının cebrî icra işlemlerine konu olmasına dair bütün bilimsel görüşlerin yanı sıra uygulama örneklerini de içermesi sebebiyle, hem teori hem de uygulamaya önemli ölçüde katkı sunacak ve özellikle tescilsiz marka veya tescilsiz tasarım gibi tescille elde edilmeyen hakların diğer hukukî işlemlere konu olmasına dair yeni çalışmalar için bir tartışma zemin oluşturacaktır.

MERAL, NEVİN:
SERMAYE PİYASASINDA KAMUYU AYDINLATMA BELGELERİNDEN
DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK,
İSTANBUL 2021

MERAL, NEVİN:
CIVIL LIABILITY ARISING FROM DISCLOSURE DOCUMENTS IN CAPITAL MARKETS,
ISTANBUL 2021

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(*)

Öz

Eser, sermaye piyasası hukuku alanında kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk konusunu ele almaktadır. Kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından kaynaklanan hukuki sorumluluğun niteliği, unsurları ve sorumlu kişiler, Sermaye Piyasası Kanunu'nda bulunan farklı hükümlerin uygulama alanına göre eserde ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu çerçevede sorumluluk konusu eserde üç ana başlık altında ele alınmıştır. Kamuyu aydınlatma ilkesinin karşılaştırmalı hukuk bakışıyla ele alındığı ilk bölümünün ardından ikinci bölümde Türk hukukunda kamuyu aydınlatma esasları ve kamuyu aydınlatma belgeleri sırasıyla ele alınmıştır. Son bölümde ise özellikle bu belgelerdeki hukuka aykırı bilgilerden doğan hukuki sorumluluk ve bu sorumluluğun sonucu olarak açılan tazminat davasının şartları ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hukuki Sorumluluk, İzahname, Kamuyu Aydınlatma, Kamuyu Aydınlatma Belgeleri, Sermaye Piyasası.

Ticari hayatta dünyadaki gelişmelere ayak uydurmaya çalışan ve sermaye piyasası mevzuatı itibariyle çoğunlukla Avrupa Birliği düzenlemelerini benimseyen ülkemizde, ekonomik krizlerin fazlaca artması sebebiyle artık yatırımcılar paranın değerlendirilmesi için para piyasalarından farklı alanlara yönelmektedir. Bu anlamda oldukça geniş yatırım araçları yelpazesi sunan sermaye piyasalarının

Abstract

This work discusses civil liability arising from public disclosure documents in capital markets. The legal nature, features and elements of civil liability arising from inaccurate, misleading and omitted information in public disclosure documents, as well as the persons liable are examined in detail in accordance with the different provisions of Turkish Capital Market Law. In this framework, civil liability is explained in three different chapters. After the first chapter dealing with public disclosure from comparative law perspective, in the second chapter, the basics of public disclosure in Turkish law and disclosure documents are discussed. In the last chapter, especially civil liability arising from illegal information contained in them and the elements of the compensation lawsuit filed as a result of this liability are argued in detail.

Keywords

Civil Liability, Prospectus, Public Disclosure, Public Disclosure Documents, Capital Markets.

dünya çapında çerçeve kanunlar veya regülasyonlar aracılığıyla düzenlendiği görülmektedir. Çok hızlı gelişme gösteren, değişime veya eskimeye oldukça yatkın bir alan olan sermaye piyasasının her bir konusunun kanunla düzenlenmesi modern gelişmelere ayak uydurmayı zorlaştıracığından, bu alana ilkel yaklaşımın benimsenmesi ve özellikle sorumluluk konusunun, kanuni düzenlemelere göre ve alana özgü temel ilkelere dayandırılarak ele alınması gerekmektedir.

^(*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
(hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

Nevin Meral, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk adlı eserinde, alanın en temel ilkesi olan yatırımcının korunması karşımıza merkez kavram olarak çıkmaktadır. Yazar, Sermaye Piyasası Kanununun 1. maddesinde belirtilen amaçlara ulaşmak için en etkili aracın kamuyu aydınlatma olduğunu savunmakta, yatırımları konusunda bilgi dengesizliğine maruz kalan yatırımcılar için fırsat eşitliği sağlama ve esaslı bilgileri sunmanın kamuyu aydınlatmanın amaçlarından olduğunu vurgulamakta ve ayrıca yatırımcıların yatırım kararını verirken göz önünde bulundurmaları gereken esaslı bilgiye doğrudan, masrafsız ve hızlı bir şekilde erişebilmesinin, kamuyu aydınlatma ile mümkün olduğunu belirtmektedir.

Eserin en özgün kısmı sorumluluğa ilişkin son bölümüdür. Türk hukukundaki kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk bu bölümde Avrupa Birliği, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukukundaki sorumluluk düzenlemelerine de değinilerek ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Bu kapsamda, *Meral*'in dereceli sorumluluk sistemi olarak adlandırdığı, Türk hukukuna özgü bir düzenleme olan “izahnameden doğan sorumluluk” ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Çalışmada sorumluluk, Kanun'un 10. maddesindeki bu özel düzenleme ve 32. maddesindeki genel sorumluluk düzenlemesi ile karşılaştırmalı şekilde ele alınmakta ve Yazar'ın sonuç olarak izahname için öncelikle 10. madde, burada hüküm bulunmayan hallerde 32. madde hükmünün uygulama alanı bulacağı sonucuna vardığı görülmektedir.

Bu eserde *Meral*, Kanun'un 10. maddesinde düzenlenen dereceli sorumluluk sistemi uyarınca izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla meydana gelen zararlardan ihraççının sorumluluğunun, kanundan doğan, birinci derecede ve kusursuz sorumluluk türlerinden sebep sorumluluğu olduğunu savunmakta ve bunu hukuki ve metodolojik açıklamaların yanı sıra ekonomik analizle desteklemekte, böylece öğretilde başka yazarlarca da savunulan, ihraççının izahnamedeki hukuka aykırı bilgiler nedeniyle kusursuz sorumlu olduğu görüşü, çalışmada oldukça ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmiş olmaktadır. Çalışmada, genel sorumluluk hükmüne göre Kanun'un 32/3. maddesinde dü-

zenlenen kusur karinesi ve bu hükümde öngörülen sorumluluk dolayısıyla, izahname dışındaki diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından sorumluluğun, kusura dayanan ve kanundan doğan müteselsil sorumluluk olduğu da belirtilmiş bu noktada *Meral*, izahname sorumluluğunun aksine, Kanun'un 32. maddesinde bir dereceli sorumluluk sisteminin benimsendiğine vurgu yapmıştır.

Meral'in bir bütün içerisinde ele aldığı kamuyu aydınlatma belgelerindeki hukuka aykırı bilgilerden doğan sorumluluk konusu, adı sürekli spekülasyonlarla anılan sermaye piyasaları bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle çalışma, yalnızca kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün tespiti değil, bu yükümlülüğün ihlali halinde yatırımcıların hangi yollara başvurabileceğini göstermesi açısından ve özellikle ihraççının en önemli kamuyu aydınlatma belgesi olan izahnameden doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu savunması açısından dikkat çekmekte Türk hukukuna katkı sağlamaktadır. Bu nedenle, sermaye piyasası hukukunda ilkesel bazı ve özellikle sorumluluğa ilişkin çalışmalarda bir başvuru kaynağı olacağı açıktır.

**ORBAY ORTAÇ, NURDAN:
ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTI BAŞKANI,
SEÇKİN YAYINEVİ, ANKARA 2023**

**ORBAY ORTAÇ, NURDAN:
CHAIRMAN OF GENERAL ASSEMBLY IN JOINT STOCK COMPANY,
SECKIN YAYINEVI, ANKARA 2023**

Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU^(*)

Kendisine yüklenen anlam ve bağlanan sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda anonim şirket genel kurul toplantısının usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesinin ne denli önemli ve bir o kadar zorlu bir süreç olduğu anlaşılabilir. Zira genel kurul toplantısı pay sahiplerinin katılım, bilgi alma, inceleme, oy, özel denetim isteme gibi haklarını kullandıkları, yönetim organının hesap verdiği, şirketin anayasası mahiyetindeki esas sözleşmesinin değiştirilmesine yönelik kararların alındığı hatta şirketin yapısal değişikliğine veya feshine yönelik kararların verildiği çok önemli bir mecradır. Bütün bu süreçleri yürütecek, sağlıklı ve hukuka uygun kararlar alınmasını temin edecek, ifade edilen hakların kullanımı sağlayacak kişi olan toplantı başkanı oldukça zorlu ve önemli bir görev ifa etmektedir. İşte incelemeye konu kıldığımız “Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Başkanı” isimli monografik çalışmasıyla Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç, gerek öğretilerde gerekse mevzuatta ihmal edilen bu çok önemli konu ve kişiyi kapsamlı bir değerlendirmeyle öğretinin gündemine taşımaktadır.

Çalışma, anonim şirket genel kurulunda toplantının yönetimine ilişkin alacağı kararlar sebebi ile oldukça etkin bir konuma sahip olan toplantı başkanının atanmasından görevinin sona ermesine kadar geçen süreci ve bu süreçteki görev ve yetkileri ayrıntılı olarak ele almaktadır. Orbay Ortaç, öğretilerde

önemli bir eksikliği giderdiği çalışmasında anonim şirket genel kurulunda toplantı başkanının bulunma zorunluluğu, genel kurul toplantı başkanında aranan nitelikler, genel kurul toplantı başkanının atanması, genel kurul toplantı başkanı olarak atanabilecek muhtemel kimseler, genel kurul toplantı başkanı ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, genel kurul toplantı başkanının görev ve yetkilerinin hukukumuzda düzenleniş şekli ve sınırları, toplantı başkanının müzakereler başlamadan önceki süreçte ilişkin görev ve yetkileri, toplantı başkanının müzakerelere sürecine ilişkin görev ve yetkileri, toplantı başkanının müzakereler sona erdikten sonraki süreçte ilişkin görev ve yetkileri ve genel kurul toplantı başkanının görevini sona erdiren hallere ilişkin hususları kapsamlı olarak ele almıştır. Yazar nihai olarak zorlu bir görev ifa eden toplantı başkanının görev ve yükümlülüklerini ihlaline bağlanan hukuki neticeleri ele alarak öğretilere önemli bir katkı sunmuştur.

Sayın Orbay Ortaç'ın ortaya koyduğu eser uygulayıcılar bakımından da oldukça fayda sağlayacak bir başucu kitabı niteliğindedir. Çalışma her ne kadar anonim şirketler bakımından ele alınmış olsa da niteliğine uygun düştüğü ölçüde limited şirketler yönünden de bir başvuru kaynağı olmaya adaydır. Böylece yüzbinlerce sermaye şirketi bakımından her yıl yapılması öngörülen olağan ve her zaman yapılabilecek olağanüstü genel kurul toplantıları bakımından yol gösterici bir eser ortaya konmuştur. Çalışma her ne kadar genel kurul toplantı başkanı açısından konuyu ele alması olsa da esasen düzenli ve hukuka uygun bir

^(*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
(ceminoglu@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6219-3360).

genel kurul toplantısının nasıl yapılabileceği hususunda temel ilkeleri de bu vesileyle ortaya koymaktadır.

Yazar konunun öğretilde ve mevzuatta ihmal edilmiş olması, yargı kararlarında kâfi derecede ele alınmamış olması karşısında, akademik görüş ve değerlendirmeleriyle oldukça özgün ve önemli tespitlerde ve çıkarımlarda bulunmuş, diğer ülke öğretilerinden faydalanmış, bundan sonraki konuya ilişkin akademik çalışmalar için de öncü bir rol üstlenmiştir. Netice olarak takdire şayan ve önemli bir ihtiyacı gideren akademik bir eser ortaya çıkmıştır.

ŞENOCAK, KEMAL (EDİTÖR):
ŞİRKETLER HUKUKU ŞERHİ
(TÜRK TİCARET KANUNU M.124-644, 4 CİLT),
SEÇKİN YAYINEVİ, ANKARA 2023

ŞENOCAK, KEMAL (EDITOR):
COMMENTARY ON COMPANY LAW
(ARTICLES 124-664 OF TURKISH COMMERCIAL CODE),
SECKIN YAYINEVI, ANKARA 2023

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(*)

Almanya, İsviçre ve Avusturya gibi ticaret hukukumuzun mehazı olarak kabul edilen ülkelerde rastlandığı şekliyle, hukuk alanında kolektif çalışmalarla oluşturulan şerh (*Kommentar*) geleneğine ülkemizde pek rastlanmamaktadır. Bu anlamda 2023 yılında yayımlanan ve editörlüğünü Prof. Dr. Kemal Şenocak'ın yaptığı "Şirketler Hukuku Şerhi" isimli dört ciltlik eser öncü sayılabilecek bir çalışma olarak kabul edilebilir. Farklı hukuk fakültelerinden 47 ticaret hukuku akademisyenin katkı sunduğu bu çalışma ticaret hukuku alanında kolektif çalışmayla hazırlanan ilk şerh çalışması olarak kabul edilebilir. Bu yönüyle hem bir proje hem de bir eser olarak oldukça önemli başarıya imza atıldığı ifade edilmelidir.

"Şirketler Hukuku Şerhi" ile Türk Ticaret Kanunu'nun m.124 ilâ 644. hükümleri şerh edilmektedir. Eser oluşturulurken Türk Ticaret Kanununun sistematığı takip edilmiştir. Madde sistematığında ise, "*Kommentar*" geleneğine uygun olarak ilk kısımda madde metni ve maddenin gerekçesi ile ulusal ve uluslararası literatür de taranarak oluşturulmuş madde kaynakçasına yer verilmiştir. Açıklama kısmında ise maddeye ilişkin genel bilgilere yer verilmiş, ardından her maddede yer alan kavramlar ve hükümler hem teori hem de uygulama açısından de-

taylı bir şekilde şerh edilmiş, karşılaştırmalı hukuk açısından incelenmiştir. Çalışma maddelere ilişkin Yargıtay kararları ile zenginleştirilmiştir.

Eserde İsviçre, Almanya ve Avusturya gibi ülke hukuku ve öğretilerinden faydalanılmış Türk hukukundaki tartışmalara kapsamlı olarak değinilmiştir. Bu bağlamda dört ciltlik şerh, kapsamlı bir doktriner inceleme ve bu incelemenin ışığında uygulamanın nasıl olması gerektiğinin bir açıklaması olarak okuyucuya sunulmaktadır.

4 ciltlik ve toplam 5024 sayfalık çalışma 2023 yılının başında hazırlanmış olsa da esasen beş yılı aşkın bir kolektif çalışmanın neticesinde ortaya çıkmıştır. Çalışmanın teorisyenler açısından olduğu kadar uygulayıcılar bakımından da bir başucu eseri olacağını düşünmekteyiz.

^(*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
(hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

Yargıtay Kararları

Decisions of the Court of
Cassation



T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

Esas No : 2021/11-975
Karar No: 2023/143

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Ankara 4. Fikri ve Sınâî Haklar
Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 28.09.2020
SAYISI : 2020/140 E., 2020/237 K.
DAVACI : M. Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
DAVALILAR : 1- Türk Patent ve Marka Kurumu
2- A. Ş.
DAVA TARİHİ : 08.04.2016
KARAR : Davanın kısmen kabulüne
TEMYİZ EDEN: Davalılar vekilleri

ÖZEL DAİRE KARARI: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.02.2020 tarihli ve 2019/2951 Esas, 2020/975 Karar sayılı BOZMA kararı

Taraflar arasındaki Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararının iptali davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı TÜRKPATENT vekili ile katılma yoluyla davalı A. Ş. vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, davalı A. Ş. vekilinin katılma yoluyla istinaf başvurusunun süre yönünden reddine, davalı TÜRKPATENT vekilinin istinaf başvurusunun ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davalı TÜRKPATENT vekili ile davalı A. Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince

yapılan inceleme sonunda bozulmuş, İlk Derece Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davalı TÜRKPATENT vekili ile davalı A. Ş. vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda,

Bölge Adliye Mahkemesince verilen davalı A. Ş. vekilinin katılma yoluyla istinaf başvurusunun süre yönünden reddine dair kararın davalı A. Ş. vekili tarafından temyiz edildiği, Özel Dairece davalı A. Ş. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. Davalı A. Ş. vekilinin temyiz itirazları Özel Dairece reddedilmiş ve kararın onanmasına karar verilmiş olduğundan bu husus kesinleşmiş olup anılan vekilin temyiz talebinde bulunulmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. O hâlde davalı A. Ş. vekilinin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar vermek gerekmiştir.

Davalı TÜRKPATENT vekilinin gerekli şartları taşıdığı anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili; müvekkilinin burju peynire ilişkin tasarımlarının olduğunu, davalı A. Ş. tarafından yapılan 2014/08824 sayılı çoklu tasarım tescil belgesinde yer alan tüm tasarımların müvekkilinin tasarımları ve dava dışı kişilerin tasarımları karşısında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (554 sayılı KHK) gereğince yenilik ve ayırt edicilik unsurunun bulunmadığını, bu itibarla davalı A. Ş. tarafından yapılan tasarım başvurusuna müvekkili tarafından itiraz edildiğini, itirazlarının nihai olarak kısmen kabulüne karar verildiğini ve çoklu tasarımda yer alan üç tasarım yönünden başvurunun reddedildiğini, oysa davalının çoklu tasarım başvurusunun çoklu tasarımdaki tüm tasarımlar yönünden yeni ve ayırt edici olmadığını, dolayısıyla başvurunun tümüyle reddi gerektiğini ileri sürerek davaya konu TÜRKPATENT YİDK kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

1. Davalı A. Ş. vekili; müvekkilinin 2006 yılından itibaren süt ürünleri, krema ayırıcıları, yağ ve peynir yapma makineleri imalatı altında faaliyet gösterdiğini, fikri ürün olan işbu tasarımların tescil edilmesiyle özgün olduğunun ispatlandığını, davalının daha önce de kendilerine birçok dava açtığını ve muvaffak olamadığını, gerçek amacının müvekkilinin ticari itibarını zedelemek, maddi ve manevi zarar vermek olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

2. Davalı TÜRKPATENT vekili; TÜRKPATENT YİDK kararının usul ve yasaya uygun olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 27.12.2017 tarihli ve 2016/130 Esas, 2017/538 Karar sayılı kararı ile; davalı A. Ş. adına tescilli 2014/08824 sayılı çoklu tasarımın 30 sıra numaralı tasarımı haricindeki diğer dava konusu tasarımların yeni ve ayırt edici olmadığının bilirkişi raporu ile tespit edildiği gerekçesiyle TÜRKPATENT YİDK kararının dava konusu edilen 2014/08824 sayılı 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 sıra numaralı tasarımlar yönünden iptaline, bu sıra sayılı tasarımların hükümsüzlüğüne, dava konusu 2014/08824 sayılı 30 sıra numaralı tasarım yönünden açılan davanın ise reddine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı TÜRKPATENT vekili ile katılma yoluyla davalı A. Ş. vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 04.04.2019 tarihli ve 2018/936 Esas, 2019/412 Karar sayılı kararı ile; davalı A. Ş. vekili tarafından katılma yoluyla istinaf başvurusunun süre yönünden reddine; davalı TÜRKPATENT vekilinin istinaf başvurusunun ise 6100 sayılı Kanun'un 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

V. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı TÜRKPATENT vekili ile davalı A. Ş. vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile;

“... 1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı rektirici sebepler ile HMK'nın 352/1. maddesi uyarınca istinaf isteminin süresinde yapılmadığı yönündeki tespitin usul ve yasaya uygun olmasına göre, ilk derece mahkemesince verilen hükme ilişkin davalı A. Ş. vekili tarafından yapılan istinaf başvurusunun süre yönünden reddine dair bölge adliye mahkemesi kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

2-)Davalı kurum vekilinin YİDK kararının iptali davasına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince, dava tasarım başvurusuna itirazın kısmen reddine dair YİDK kararının iptali ile başvuruya konu tasarımın hükümsüz kılınması istemine ilişkindir.

554 sayılı KHK'nın 5. maddesi uyarınca, bir ürünün tasarım olarak tescil edilebilmesi için yenilik ve ayırt edicilik kriterlerini haiz olması gerekir. Aynı KHK'nın 6. maddesi uyarınca, bir tasarımın yeni olarak kabul edilebilmesi için daha önceden dünyanın herhangi bir yerinde kamuya açıklanmamış olması, ayırt edici olarak kabulü için ise, aynı KHK'nın 7. maddesi uyarınca, tasarım konusu ürünün nihai kullanım sırasında bilgilenmiş kullanıcıda bıraktığı genel izlenim ile daha önceden kamuya açıklanmış tasarımların bilgilenmiş kullanıcıda bıraktığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılığın olması gerekir. KHK'nın 7/son hükmüne göre, ayırt ediciliğin tespiti için önceki ve sonraki tarihli tasarımlar arasında kıyaslama yapılırken, ilke olarak, kıyaslanan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmesi ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğunun da göz önüne alınması gerekmektedir.

Mahkemece, davalı şahısça yapılan 2014/00824 sayılı çoklu tasarım tescil belgesinde yer alan 1 ila 29. sıra numaralı tasarımların ayırt edici olmadığı sonu-

cuna ulaşılmışsa da hükme esas alınan bilirkişi raporu yukarıda ilkeler doğrultusunda denetime elverişli bir inceleme ve değerlendirme içermediği gibi mahkeme gerekçesinde de belirtilen yönde bir değerlendirme bulunmamaktadır. Ayrıca, Mahkemece, red gerekçesi tasarımların bir kısmının temelde üç boyutlu burgu peynir görümüne ilişkin olmasına rağmen başvuru konusu tasarımlar arasında bulunan ve burgu formu içermeyen tasarımların da zikredilen itiraza gerekçe yapılan üç boyutlu tasarımlara nazaran yeni ve ayırt edici olmadıklarından bahisle YİDK kararının iptaline karar verilmesi de doğru görülmemiştir. Bu itibarla, İlk Derece Mahkemesince, tasarım konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyetinden yukarıda ifade edilen ilkeler doğrultusunda inceleme ve değerlendirme içeren denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlışlı değerlendirilmeye dayalı olarak davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, karara karşı davalı kurumca yapılan istinaf başvurusunun esaslan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararının bozulması kaldırılması gerekmiştir...”

gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. İlk Derece Mahkemesince Verilen Direnme Kararı

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile önceki gerekçeye ilaveten; dosyaya rapor sunan bilirkişi heyetinin teknik konudaki uyumsuzluğu gidermede yeterli şekilde konunun uzmanı olduğu, bilirkişi raporu ve ek raporu uygun bulunarak karar verildiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VI. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davalı TÜRK-PATENT vekili ile davalı A. Ş. vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davalı TÜRK-PATENT vekili, başvuru tasarımı ile itirazlara mesnet tasarımların görünüm özellikleri kıyaslandığında, görsel açıdan pek çok farklı özelliklerin bulunduğunu, bilgilenmiş kullanıcı gözüyle bakıldığında da aralarında genel izlenim itibarıyla

belirgin bir farklılık bulunduğunu, asgari bilgi düzeyine sahip kullanıcının bile birbirinden ayırt edebileceği, içerikleri yukarıda ayrıntılarıyla belirtilen tasarımları, bilgilenmiş kullanıcının da ayırt etmesinin evleviyetle bekleneceğini, bu itibarla başvuru tasarımının 554 sayılı KHK'nın 5, 6 ve 7 inci maddeleri çerçevesinde “yenilik ve ayırt edicilik” niteliklerini taşıdığını ileri sürerek kararın bozulmasını talep etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı A. Ş. tarafından yapılan çoklu tasarım başvurusuna konu tasarımların yenilik ve ayırt edicilik unsurunun belirlenmesi noktasında mahkemece aldırılan bilirkişi raporunun karar vermeye yeterli olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

D. Gerekçe

1. İlgili Hukuk

1. 554 sayılı KHK'nın “Genel Şartlar” başlıklı 5 inci maddesi şöyledir:

“Yeni ve ayırt edici niteliğe sahip tasarımlar belge verilerek korunur. Bileşik bir ürünün bir parçası ile ilgili tasarımın kendi yeni ise ve ayırt edici bir niteliğe sahipse ayrıca korumadan yararlanır.”

2. 554 sayılı KHK'nın “Yenilik” başlıklı 6 nci maddesi şöyledir:

“Bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Tasarımlar sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteriyorlarsa aynı kabul edilir.

Kamuya sunma, sergileme, satış gibi yollarla piyasaya sürme, kullanma, tarif, yayım tanıtım veya benzer amaçlı faaliyetleri kapsar. Üçüncü şahıslara yapılan ve açıkça veya zımnen gizlilik niteliği taşıdığı anlaşılan açıklamalar kamuya sunmanın kapsamı dışındadır.”

3. 554 sayılı KHK'nın “Ayırt Edici Nitelik” başlıklı 7 nci maddesi şöyledir:

“Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması anlamındadır.

Herhangi bir tasarımın ayırt edici nitelik açısından kıyaslandığı diğer bir tasarımın,

a) Başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de veya dünyada herhangi bir yerde piyasaya sunulmuş olması; veya

b) Enstitü tarafından tescilli bir tasarım olarak yayınlanmış ve ayırt edici nitelik açısından değerlendirilen tasarımın başvuru veya rüçhan tarihinde henüz koruma süresini doldurmamış olması, gerekir.

Ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilir ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olduğu göz önüne alınır.”

2. Değerlendirme

1. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konu ile ilgili kavramların ve yasal düzenlemelerin açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

2. Tasarım hukuku ilk olarak XVI. yüzyılda Fransa’da tekstil ürünlerindeki desenlerin başkaları tarafından taklit edilmesinin önüne geçmek için geliştirilmeye başlanmıştır. Ülkemizde ise 1995 yılına kadar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan hükümler ile koruma sağlanırken, 27.06.1995 tarihinde 554 sayılı KHK yürürlüğe girmiştir. Son olarak da tasarımların korunmasına ilişkin usul ve esaslar, 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda (6769 sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Mevcut davaya olay tarihinde yürürlükte olan mülga 554 sayılı KHK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

3. 554 sayılı KHK’nın 3/a maddesi gereğince tasarım; bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü ifade etmektedir. Buna göre tasarım, ürünün tamamının veya bir parçasının unsur ve/veya özel-

liklerinden oluşan görünümüdür. 554 sayılı KHK ile koruma altına alınmak istenen de bir ürün veya ürün parçasının görünümüdür. Başka bir deyişle 554 sayılı KHK’nın 3 üncü maddesi anlamında bir ürün olmadığı sürece, tasarım koruması da gerçekleşmeyecektir.

4. Bir ürünün korunan bir tasarımı (görünümü) varsa, bu ürünü üretip ticaretini yapmak sadece tasarım sahibine veya onun izin verdiği kimselere aittir. Ancak herkes, farklı bir görünüm kazandırarak o ürünü üretip, ticaretini yapabilir. Zira tasarım hukuku, korunan bir tasarım üzerinde tek hak verir; yoksa bizatihi ürün üzerinde koruma sağlamaz.

5. Hemen belirtmelidir ki, bir tasarımın 554 sayılı KHK hükümlerine göre korunabilmesi için tasarımın tescil edilmesi gereklidir. Tescilli tasarımlar, sahibine inhisari nitelikte yetkiler verir ve bu münhasırlık tasarım sahibine mutlak hak sağlar. 554 sayılı KHK döneminde sadece tescilli tasarımlar koruma kapsamına alınmış, tescilsiz tasarımların korunması ise 554 sayılı KHK’nın birinci maddesinin ikinci fıkrası ile genel hükümlere bırakılmıştır.

6. Tescilsiz tasarımların tasarım hukukuna göre korunması ilk defa 6769 sayılı Kanun ile düzenlenmiş, böylece tasarım hukukunda hem tescilli hem de tescilsiz tasarımlar hukuken koruma altına alınmıştır. 6769 sayılı Kanun’un 55 inci maddesinin dördüncü fıkrasında bu husus; “tasarım; bu Kanun hükümleri uyarınca tescil edilmiş olması hâlinde tescilli tasarım, ilk kez Türkiye’de kamuya sunulmuş olması hâlinde ise tescilsiz tasarım olarak korunur” şeklinde ifade edilmiştir.

7. 554 sayılı KHK’nın 5 inci maddesi gereğince, yeni ve ayırt edici tasarımlar belge verilerek korunur. Başka bir deyişle bir tasarımın hukuken korunabilmesi için yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Bir tasarım başvurusunun tescil edilebilmesi için; tasarımın aynısının başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması ve ayrıca önceki tasarım görsellerine göre ayırt edicilik özelliğinin bulunması gerekir. Bu özelliğe sahip bir tasarım, beşer yıllık sürelerle yenilenmek kaydıyla yirmi beş yıl korunacaktır.

8. 554 sayılı KHK’nın 6 ncı maddesi gereğince, bir tasarımın aynısı, başvuru veya rüçhan tarihin-

den önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir. Sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteren tasarımlar aynı sayılır. Buna göre 554 sayılı KHK ile bir tasarımın yeni sayılabilmesi için o tasarım mutlak yenilik özelliği taşıması gerekir. Mutlak yenilik kavramı ile söz konusu tasarımın dünya çapında daha önce kamuya hiç sunulmamış olması ifade edilmektedir. Başka bir deyişle tasarımcı, başka bir tasarımın aynısını veya küçük farklılık içeren versiyonunu, tamamen o tasarımdan habersiz olarak tasarlasa, bu durumda dahi tasarım yeni sayılmayacaktır. Böyle bir tasarıma her nasılsa tescil belgesi alınmışsa belgenin hükümsüzlüğü mahkemeden istenebilir. Dolayısıyla yurt dışında var olan fikri ürünü Türkiye'ye ilk kez getirerek onu sahiplenmek hukuken koruma görmez.

9. 554 sayılı KHK'nın 7 nci maddesi gereğince, bir tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim ile diğer bir tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık varsa o tasarım ayırt edici niteliğe sahiptir. Başka bir deyişle koruma talep edilen tasarımın ayırt edici niteliğinden bahsedilebilmesi için tasarımın bütünüünün önceki tasarımlara nazaran genel izlenim itibarıyla farklı olduğu hissini uyandırması gerekir. Ayırt edicilik değerlendirmesinde markalardaki hedef tüketici kitesinden farklı olarak "bilgilendirilmiş kullanıcı" kitesinin görüşleri dikkate alınır. Bilgilendirilmiş kullanıcı o ürün grubunda uzman olan kişiler değil, ancak tasarıma konu ürünün kullanıcıları arasında bulunan ve genel kitleye nazaran ürünlerin dış görünüşüne değer veren yeteri kadar bilgi sahibi, titiz ve dikkatli kişilerdir.

10. Ayırt edici nitelik incelemesi, bir kalite testi olmayıp farklılık testidir. Bu nedenle bir tasarımın teknolojik ya da sanatsal açıdan diğerlerine göre daha düşük düzeyde olması onun ayırt ediciliğini etkilemez. Ayrıca ayırt edici nitelik araştırması yapılırken farklılıklara bakılmakla birlikte ağırlık, kıyaslanan tasarımların ortak özelliklerine verilecektir.

11. Her ne kadar mutlak yenilik ve ayırt edicilik unsurları tasarımı oluşturan temel şartlar olsa da 554 sayılı KHK döneminde tasarım başvuruları bu unsurlar incelenmeksizin yayımlanmaktaydı. Başka bir deyişle 554 sayılı KHK döneminde tasarım başvurularında TÜRKPATENT sadece şekli bir incele-

me yapmakta; 554 sayılı KHK'nın 26 ve 28 inci maddelerinde gösterilen şekli bilgi ve belgelerin eksik olup olmadığını ve başvurunun 554 sayılı KHK'nın 3 üncü maddesinde belirtilen tasarım tanımına uygun olup olmadığını incelemekteydi. Tasarımın tesciline itiraz edilmesi üzerine ise TÜRKPATENT YİDK tarafından esasa ilişkin olarak inceleme yapılmakta, tescil edilen tasarımın mutlak yenilik ve ayırt edicilik unsurunun bulunup bulunmadığı araştırılmaktaydı. 6769 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte TÜRKPATENT tarafından artık başvuru sırasında yenilik incelemesi resen yapılacaktır. Başka bir deyişle 6769 sayılı Kanun'un 64 üncü maddesinin altıncı fıkrası gereğince TÜRKPATENT resen yaptığı araştırmada tasarımın yeni olmadığını belirlerse başvuruyu reddedecektir.

12. Hem 554 sayılı KHK döneminde tasarımın tesciline itiraz üzerine hem de 6769 sayılı Kanun döneminde başvuru sırasında TÜRKPATENT'in yapması gereken yenilik incelemesi mutlak yenilik incelemesidir. Başka bir deyişle TÜRKPATENT itiraz dilekçesinde sunulan belge ve bilgiler haricinde resen mutlak yenilik incelemesi yapacak ve tasarımın aynısının, başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş olup olmadığını kendiliğinden araştıracaktır. Aynı şekilde hem TÜRKPATENT YİDK kararına itiraz davasında hem de 554 sayılı KHK'nın 43 üncü maddesi kapsamında açılan tasarımın hükümsüzlüğüne yönelik davalarda bilirkişiler dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgeler haricinde de araştırma yaparak dava konusu tasarımın mutlak yenilik unsuruna sahip olup olmadığını belirleyeceklerdir. Zira patent, faydalı model ve tasarımlarda mutlak yenilik unsuru kamu düzenine ilişkin olduğundan hem TÜRKPATENT hem de mahkemeler tarafından mutlak yenilik incelemesinin resen yapılması zorunludur.

13. Öte yandan yukarıda da bahsedildiği üzere tasarımlar için mutlak yenilik unsurunun resen dikkate alınması gerekli ise de ayırt edicilik unsuru yönünden resen inceleme yapılması mümkün değildir. Zira tasarımlarda ayırt edicilik unsuru kamu düzenine ilişkin değildir. Bu itibarla tasarımlar için mutlak yenilik kriteri benimsenmesi nedeniyle hem itiraz üzerine TÜRKPATENT hem de mahkeme tarafından bu yönün resen dikkate alınması gerekir ise de

ayırt edicilik yönünden hem TÜRKPATENT'in hem de mahkemenin resen inceleme yapması mümkün değildir. Dolayısıyla ayırt edicilik unsuru yönünden yapılacak incelemede tarafların getirdiği bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirme yapılabilecektir.

14. Hemen belirtilmelidir ki yenilik ve ayırt edicilik incelemesi, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir husus olması nedeniyle bilirkişi marifetiyle yapılması gerekmektedir. Başka bir deyişle yenilik ve ayırt edicilik unsurunun incelemesi genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan bir durumdur.

15. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı A. Ş. tarafından peynir emtiasına ilişkin 2014/08824 sayılı çoklu tasarım başvurusunda bulunulduğu, davacı tarafından kendi tasarımları ve dava dışı kişilere ait tasarımlar mesnet gösterilerek itiraz edildiği, itiraz üzerine TÜRKPATENT YİDK tarafından davacının sunduğu bilgi ve belgeler kapsamında yapılan inceleme neticesinde 2014/08824 sayılı çoklu tasarımın 18, 19 ve 20 numaralı tasarımların mesnet tasarımlar karşısında benzer olduğu gerekçesiyle iptaline, diğer tasarımların tescilinin devamına karar verildiği anlaşılmaktadır. Davacının itirazı üzerine TÜRKPATENT YİDK tarafından yapılan hem yenilik hem de ayırt edicilik incelemesinin davacının sunduğu bilgi ve belgeler kapsamında yapıldığı, yenilik incelemesi yönünden mutlak yenilik incelemesinin yapılmadığı görülmektedir.

16. Yukarıda da belirtildiği üzere bir tasarımın tescil edilebilmesi için 554 sayılı KHK'nın 6 ncı maddesi gereğince mutlak yenilik unsurunu taşıması ve 554 sayılı KHK'nın 7 nci maddesi gereğince ayırt edicilik unsurunun bulunması gerekmektedir. Mahkemece aldırılan bilirkişi raporunda, dosya kapsamında bulunan davacının sunduğu tasarımlar ile davalının tasarım başvurusu arasında benzerlik karşılaştırması yapılmış, neticede davalının çoklu tasarımınının 30 sıra numaralı tasarımı haricinde diğerlerinin benzer olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak bilirkişi raporunun sonuç kısmında hiçbir gerekçe belirtilmeden davalının çoklu tasarımınının 30 sıra numaralı tasarımı haricinde diğer tasarımların yeni ve ayırt edici olmadığı belirtilerek iptal koşullarının oluştuğu yönünde görüş bildirilmiştir. Oysa tasarım-

ların karşılaştırılmasında yapılacak inceleme, benzerlik incelemesinden ziyade esasa yönelik olarak yenilik ve ayırt edicilik unsurlarının bulunup bulunmadığı incelemesidir. Dolayısıyla bilirkişi raporunda 554 sayılı KHK'nın aradığı şekilde mutlak yenilik incelemesi yapılmadığı gibi ayırt edicilik unsurunun incelenmesinde de karşılaştırılan tasarımların farklılıklarından çok ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmediği ve tasarımcının tasarımı geliştirme açısından ne kadar seçenek özgürlüğüne sahip olup olmadığı araştırılmamıştır.

17. Bu itibarla mahkemece, davalının tasarımlarının mutlak yenilik unsurunun bulunup bulunmadığının dosyadaki bilgi ve belgeler haricinde resen tespit edileceği, yine ayırt edicilik unsuru yönünden yapılacak incelemenin ise dosyadaki bilgi ve belgelerle sınırlı olarak yapılacağı gözetilerek yeni bir bilirkişi heyetinden yukarıda belirtilen hususları içerecek şekilde rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

18. Her ne kadar Özel Dairenin bozma kararında davacı tarafından sunulan tasarımların bir kısmının temelde üç boyutlu burgu peynir görünümüne ilişkin olmasına rağmen başvuru konusu tasarımlar arasında bulunan ve burgu formu içermeyen tasarımların da yeni ve ayırt edici olmadıklarından bahisle TÜRKPATENT YİDK kararının iptaline karar verilmesinin de doğru görülmediği belirtilmiş ise de davacı tarafından sunulan tasarımlar sadece ayırt edicilik unsurunun incelenmesinde göz önünde bulundurulacak olup yenilik unsurunun incelenmesinde mutlak yenilik arandığından yenilik incelemesinde davacının sunduğu tasarımlar haricinde resen yapılacak araştırma sonucu ulaşılan tasarımlar da gözetilecektir.

19. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

VII. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

A. Davalı A. Ş. Vekilinin Temyizi Yönünden

Davalı A. Ş. vekilinin temyiz itirazlarının hukuکی yarar yokluğundan **REDDİNE**,

B. Davalı TÜRKPATENT Vekilinin Temyizi Yönünden

Davalı TÜRKPATENT vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harçlarının yatırırlara geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Kanun'un 373 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

01.03.2023 tarihinde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.



T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

Esas No : 2021/11-941
Karar No: 2023/66

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Ankara Bölge Adliye Mahkemesi
20. Hukuk Dairesi
TARİHİ : 03.02.2021
SAYISI : 2020/1594 E., 2021/95 K.
DAVACI : A. Anonim Şirketi
DAVALI : L. D. T. Sanayi ve Ticaret Anonim
Şirketi
DAVA TARİHİ : 05.03.2015
KARAR : Davanın kısmen kabulüne
TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

ÖZEL DAİRE KARARI: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.11.2020 tarihli ve 2020/1670 Esas, 2020/4793 Karar sayılı BOZMA kararı

Taraflar arasındaki markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ile ticaret unvanının terkinin davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun kabulü ile İlk Derece Mahkemesi hükmü kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili; müvekkilinin “Lipetgaz” ibareli markalarının bulunduğunu, davalı tarafından “Lipetgaz” ibaresinin ticaret unvanında kullanıldığını, davalının bu eyleminin müvekkilinin marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğunu ve haksız rekabet teşkil ettiğini, ayrıca davalının müvekkilinin markasını ticaret unvanında aynen kullanmasının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6102 sayılı Kanun) 46 ncı maddesinde belirtildiği üzere üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olabilecek nitelikte olduğunu, bu itibarla davalının “Lipetgaz” ibaresini ticaret unvanında kullanamayacağını ileri sürerek markaya tecavüzün ve haksız rekabetinin tespitine, davalının ticaret unvanında yer alan “Lipetgaz” ibaresinin ticaret sicilinden terkinin suretiyle haksız eylemin sona erdirilmesine, ayrıca kararın ilanına karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili; müvekkilinin faaliyetlerini “GOLDGAZ” markası altında yürüttüğünü, “Lipetgaz” ibaresinin ise sadece müvekkilinin ticaret unvanında yer aldığını, ayrıca müvekkilinin ticaret unvanını da hiçbir şekilde markasal olarak kullanmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 05.12.2017 tarihli ve 2017/361 Esas, 2017/841 Karar sayılı kararı ile; davalının ticaret unvanında davacının markasını kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu, ayrıca davalının bu eyleminin davacının marka hakkına tecavüz oluşturduğu ve 6102 sayılı Kanun’un 55 inci maddesi gereğince haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kabulü ile markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ile “Lipetgaz” ibaresinin ticaret sicilinden terkinin suretiyle haksız fiilin sona erdirilmesine, ayrıca hükmün ilanına karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 24.01.2019 tarihli ve 2018/2075 Esas, 2019/82 Karar sayılı kararı ile; davalının ticaret unvanını markasal kullandığının kanıtlanamadığı, dolayısıyla ticaret unvanının tescil edilmiş hâliyle kullanımının haksız rekabet ve markaya tecavüz teşkil etmeyeceği, ancak tescilli bir ticaret unvanının tescilli olduğu biçimde kullanılması markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturmaz ise de şayet tescilli ticaret unvanı ile bir başkasının markası arasında iltibas tehlikesi bulunmakta ise ticaret unvanının iltibasa yol açan kısmının terkin edilmesi gerektiği, bu itibarla gerek davacının tescilli markaları ile davalının ticaret unvanı arasında gerekse de davacı markalarının kapsamındaki mal ve hizmetlerle davalının iştiğal sahası arasında iltibas tehlikesinin bulunması nedeniyle unvan terkinine ilişkin koşulların gerçekleştiği gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin ticaret unvanında yer alan “Lipetgaz” ibaresinin terkinine, hükmün kesinleşmesini müteakip ilanına, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespitine ilişkin istemin reddine karar verilmiştir.

V. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekillerince temyiz isteminde bulunulmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile;

“...1- İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması

gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; dava, marka hakkına dayalı olarak ticaret unvanının terkinini istemine ilişkindir. Esasen ticaret unvanı, bir tacirin ticari faaliyetlerinin diğer tacirlerin ticari faaliyetlerinden ayırt edilmesini, marka ise bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlama amacına hizmet eder. Bu nedenle her iki tür tanıtıcı işaretin de işlevleri birbirlerinden farklıdır.

556 sayılı KHK'nın 6. maddesi uyarınca marka koruması tescil ile sağlanır ve marka hakkına tecavüz hallerini düzenleyen 556 sayılı KHK'nın 9, 61 vd. maddelerinde de marka koruması maddede sayılan hallerle sınırlı olup sayılanlar arasında marka ile benzerlik bulunan ticaret unvanlarının terkinini bulunmamaktadır. Öte yandan tescil edilen ticaret unvanının, tescilli markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetleri yönünden kullanılacağı da bilinmemektedir. O nedenle, ticaret unvanının, ancak tescilli markanın kapsamında bulunan mal ve hizmetler yönünden markasal olarak kullanımı halinde marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda ise ticaret unvanının tescilli olması, marka hukuka uygunluk sebebi olmayacak ve marka hakkına tecavüzü ortadan kaldırmayacaktır. Diğer türlü, tek başına ticaret unvanının tescil edilmiş olması marka hakkına tecavüz söz konusu olmayacaktır.

Somut olayda, davacı taraf tescilli marka hakkına dayalı olarak davalı ticaret unvanındaki “LİPETGAZ” ibaresinin marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek ibarenin ticaret sicilinden terkinini istemiş ve yukarıda özetlendiği şekilde Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin ticaret unvanında yer alan “Lipetgaz” ibaresinin terkinine karar verilmişse de, yukarıda izah edildiği üzere 556 sayılı KHK'nın 9, 61 vd. maddeleri uyarınca, marka hakkına dayalı olarak ticaret unvanının terkinini istenemeyeceği halde, mahkemece hatalı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...”

gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. Bölge Adliye Mahkemesince Verilen Direnme Kararı

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile önceki gerekçeye ilaveten; ticaret unvanının temel işlevinin bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmek olduğu, 6102 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesi gereğince tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikteki eklerin ticaret unvanında yer almayacağı, her ne kadar 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (556 sayılı KHK) 9 ve 61 inci maddeleri kapsamında marka hakkına tecavüz hâlinde marka sahibinin tescilli ticaret unvanının terkinini talep etmesi mümkün değil ise de 6102 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde bir başkası adına tescilli marka ile iltibasa ve haksız rekabete yol açan ticaret unvanının terkininin mümkün bulunduğu, davacı tarafça da açıkça 6102 sayılı Kanun hükümlerine dayanıldığı, dolayısıyla 6102 sayılı Kanun hükümleri gereğince unvan terkinini koşullarının oluştuğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VI. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davalı vekili, müvekkilinin "Lipetgaz" ibaresini yalnızca ticaret unvanı olarak kullandığını, markasal bir kullanımının söz konusu olmadığını, TTK hükümleri gereğince marka ve ticaret unvanının birbirinden farklı kavramlar olduğunu, ticaret unvanındaki ibarenin marka olarak tescil ettirilmeden şirket ürünlerinin üzerinde yer alamayacağını, nitekim müvekkili şirketin ticaret unvanında "Lipetgaz" ibaresi yer alırken, ticari faaliyetlerinde "GOLDGAZ" ve "TÜRKGAZ" markalarını kullandığını, ticaret unvanı terkininin ancak haksız rekabet yahut markaya tecavüzün varlığı hâlinde söz konusu olabileceğini, dolayısıyla hem haksız rekabet ve markaya tecavüz isteminin reddine karar verilip hem de ticaret unvanının terkin edilmesi yönünde hüküm kurulmasının çelişkili olduğunu ileri sürerek direnme kararının bozulmasını talep etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının tescilli ticaret unvanında davacıya ait markanın aynen yer alması karşısında davacının 6102 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince ticaret unvanının terkinini talep ettiği gözetildiğinde davalının ticaret unvanında ek olarak yer alan "Lipetgaz" ibaresinin terkinini şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

D. Gerekçe

1. İlgili Hukuk

1. 556 sayılı KHK'nın 9 uncu maddesi şöyledir:

"Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

a) *Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.*

b) *Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.*

c) *Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.*

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) *İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.*

b) *İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.*

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.”

2. 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesi şöyledir:

“Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmamak.

d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.”

3. 6102 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Anonim, limited ve kooperatif şirketler, işletme konusu gösterilmek ve 46 ncı madde hükmü saklı kalmak şartıyla, ticaret unvanlarını serbestçe seçebilirler.”

4. 6102 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla; her ticaret unvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali adlardan ibaret olan ekler yapılabilir.”

5. 6102 sayılı Kanun'un 52 nci maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecevizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir.”

6. 6102 sayılı Kanun'un 55/1-a-4 maddesi şöyledir:

“(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

...

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak.”

2. Değerlendirme

1. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukuki kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar vardır.

2. Bilindiği üzere dava tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ise 556 sayılı KHK'nın 9 uncu maddesinde sayılmış; yine 556 sayılı KHK'nın 61 inci maddesinde hangi fiillerin marka hakkına tecavüz sayılacağını açıklamıştır.

3. Anılan maddelerde görüleceği üzere, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve bu nedenle bağlantı ihtimali de dâhil halk nezdinde karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu mallarla aynı veya benzer mallarda kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil oluşturmaktadır. Karıştırılma ihtimalinden bahsedilmek için halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir. Başka deyişle halk aldığı mal veya hizmetin başka bir işletmeye ait olduğunu bilse fakat güvendiği işletme ile mal veya hizmet aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğunu zannetse bile "karıştırılma ihtimali" vardır (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 434). Buradaki "halk" kavramından ortalama niteliklere sahip olan tüketicilerin anlaşılması gerekir.

4. Hemen belirtilmelidir ki, herhangi bir işaretin marka gibi kullanılması "markasal kullanım" olarak adlandırılmaktadır. Bir işaretin marka olarak kullanılıp kullanılmadığı ise o işaretle karşı karşıya gelen ortalama niteliklere sahip bir tüketicinin algısına göre belirlenmelidir. Şayet ortalama tüketici, o işareti bir mal veya hizmetin markası gibi algılıyorsa markasal kullanımdan söz edilecektir. Markasal kullanımdan söz edebilmek için işaretin sadece mal veya hizmet üzerinde kullanılması zorunlu olmayıp, ilanlarda, kataloglarda, ticari belgelerde kullanılması mal veya hizmetle bağlantılı olarak markasal etki doğuracak şekildeki tüm kullanımları markasal kullanım oluşturacaktır (Mehmet Emin Bilge, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, Birinci Baskı, 2014, s. 116).

5. Bununla birlikte ticari bir adın, ticaret unvanı olarak kullanılması "unvansal kullanım" olarak adlandırılır. Bir işaretin unvan olarak kullanılıp kullanılmadığı ise, o adla karşı karşıya gelen ortalama niteliklere sahip bir tüketici algısına göre belirlenmelidir. Şayet ortalama tüketici, adı, bir tacirin ti-

carette kullandığı ad olarak algılıyor, o adda, tacirin kökenine ilişkin işaret görüyorsa unvansal bir kullanımdan söz edilecektir. Buna karşılık adın, kullanım yeri veya kullanım şekli nedeniyle, ortalama tüketici gözünde unvan olarak algılanması mümkün değil ise unvansal kullanım oluşmayacaktır. Bu bağlamda özellikle ticari belge ve yazışmalar üzerindeki, taciri gösteren ve mal veya hizmete yönelik bir vurgusu olmayan kullanımların unvansal kullanım özelliği taşıma ihtimalleri yüksek olacaktır. Kullanımın markasal değil, unvan kullanımı olarak kabul edilebilmesi için, ticaret unvanının sicilde yazılı ve kayıtlı olduğu şekilde kullanılması ve unvandaki çekirdek sözcük ya da sözcüklerin, farklı renkte, büyük puntolarla ya da öne çıkarılarak kullanılmaması gerekmektedir. Yine unvanın kullanıldığı yer de tüketici algısı açısından önemlidir. Ürünler üzerinde, ilanlarda veya reklamlarda yer alacak kullanımların unvansal etki yanında markasal etki doğurma olasılığı yüksek olacaktır.

6. Öte yandan bir işaretin markasal veya unvansal kullanımı ayırımının "hizmetler" için de yapılabileceği üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira hizmet sunumlarında, tüketicinin tacirle daha yakın bir ilişki içerisine girmesi, hizmetlerin çoğunlukla bizzat tacirin işletmesi içerisinde sunulması, hizmetlerde markalanacak bir ürün olmayıp, markanın işletme tabelası olarak kullanımı, unvanın da işletmeye asılma zorunluluğu gibi hususlar dikkate alındığında, hizmetlerde marka ve unvan ayırımını yapmanın çok daha zor olacağı açıktır. Ancak bu durum, bu ayırımın hiçbir şekilde yapılamayacağı, unvan ve markanın mutlaka karıştırılacağı anlamına da gelmez. Bir hizmetin de farklı marka ve unvanlarla ve başkalarının marka ve unvanları ile birbirine karıştırılmayacak şekilde sunulması mümkündür. Ancak, hizmet unvanlarında, markasal etkiye çok daha kolay karar verilebilecektir. Özellikle hastane, otel, lokanta, mağazacılık gibi hizmetlerde ticaret unvanının işletmeye görülecek şekilde asılmak zorunda olması ve tüketicinin işletme ile olan doğrudan ilişkisi nedeniyle unvansal kullanımlar da markasal etki doğuracaktır. Bu nedenle hizmet sektöründe faaliyet gösteren bir tacirin, ticaret unvanını işlevine uygun olarak kullanımı da öncelikle hakkına sahip olan bir marka ile karıştırılma tehlikesi doğuracak, buna dayalı olarak da unvanın terkini talep edilebilecektir (Bilge, s. 144).

7. Ticaret unvanı “çekirdek” ve “ek” olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Ticaret unvanının çekirdek kısmı; tacirin gerçek veya tüzel kişi olmasına ve tüzel kişilerde ise hukuki türe göre değişiklik gösterir. Ticaret unvanı, çekirdek kısmı bir kişinin adı ve soyadını gösteriyorsa kişi unvanı, bir şirketin konusunu gösteriyorsa konu unvanı adını alır. Sermaye şirketi olarak kabul edilen anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin ticaret unvanları, konu ticaret unvanı olarak adlandırılırlar. Zira 6102 sayılı Kanun’un 43 üncü maddesi gereğince bunların ticaret unvanlarının çekirdek kısmında işletme konusu ve şirketin türünü gösteren ibarelerin bulunması zorunludur.

8. Ticaret unvanında ek kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Ancak ek kullanıldığı durumlarda ticaret unvanına ayırt edicilik kazandıran unsur, kural olarak unvanın “çekirdek” kısmına eklenen “ek” unsurudur. Bu “ek” sayesinde ticaret unvanlarının birbirine karıştırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Öte yandan ticaret unvanında ek kullanıldığı durumlarda bu ek; 6102 sayılı Kanun’un 46 ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmaması, ayrıca gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.

9. Dolayısıyla ticaret unvanına ek alacak olan tacirin dürüstlük kuralı gereğince kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bir işareti ek olarak almaması gerekir. Bu itibarla bir başkasına ait ticari ad, tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak şekilde ticaret unvanında ek olarak kullanılamayacaktır. Ayrıca bu durum 6102 sayılı Kanun’un 55/1-a-4 maddesi gereğince başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak suretiyle haksız rekabet hâli olarak öngörülmüştür.

10. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının ilki 13.03.1992 tarihli olmak üzere tescilli “Lipetgaz” ibareli markalarının bulunduğu, markalarının kapsamında, her türlü sıvı

ve gaz yakıtların satımı, bunların depolanması, taşınması gibi mal ve hizmetleri içerecek şekilde bilhassa 04, 35 ve 39 uncu sınıflardaki mal ve hizmetlerin yer aldığı anlaşılmaktadır. Davalının “Lipetgaz” ekini içeren ticaret unvanı ise 17.05.2013 tarihinde tescil edilmiş olup şirketin amaç ve konusu kısaca likit petrol gazı ve benzeri petrol gazlarının pazarlanması, dolun tesislerinin kurulması, sanayi ve ev tipi ve piknik tüplerinin dolun yapılarak, dağıtımının ve pazarlanmasının yapılması ile yurt içinde ve dışında yük ve eşya taşımacılığı olarak belirlenmiştir.

11. Görüldüğü üzere gerek davacının tescilli markaları ile davalının ticaret unvanı arasında gerekse de davacı markalarının kapsamındaki mal ve hizmetlerle davalının iştigal sahası arasında iltibas tehlikesi bulunmaktadır. Zira, “Lipetgaz” ibaresi üzerindeki öncelik hakkının davacıya ait bulunduğu açık olup davalının ticaret unvanını tescil ettirdiği tarih itibarıyla “Lipetgaz” ibaresini seçmesi, tacirin kimliği hakkında üçüncü kişiler nezdinde yanlış bir görüş oluşmasına sebep olacak nitelik taşıdığı gibi aynı zamanda başkasının iş ürünleri ile de iltibasa (karıştırılmaya) yol açacaktır.

12. Başkalarının markası ya da ticaret unvanı ile iltibasa yol açan bir ticaret unvanının kullanılması haksız rekabet teşkil edecek olup her ne kadar tescilli olduğu biçimde ticaret unvanının kullanılması, haksız rekabet davası yönünden bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmekte ise de bu durum ticaret unvanının terkinin davası yönünden bir engel oluşturmalıdır.

13. Bu itibarla 556 sayılı KHK’nın 9 ve 61 inci maddeleri kapsamında, marka hakkına tecavüz hâlinde marka sahibinin, ticaret unvanının terkinin talep etmesi mümkün değil ise de 6102 sayılı Kanun’un 46 ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte davacının “Lipetgaz” ibareli markasının ticaret unvanında aynen kullanılması karşısında ticaret unvanında yer alan bu ibarenin unvandan terkinin şartlarının oluştuğu kabul edilmelidir. Zira davacının markası “Lipetgaz” ile davalının ticari unvanının ayırt edici unsuru olan “Lipetgaz” arasında iltibas değerlendirilmesi yapıldığında; hem ayırt edici işaretler hem de

hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabet varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari unvandaki ibarenin ticaret unvanının terkinin davası kapsamında haksız rekabet oluşturduğu belirgindir.

14. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, ticaret unvanı usulüne uygun olarak kullanılması durumunda öncelik hakkına sahip marka sahibinin sonraki tarihli ticaret unvanının terkinini talep edemeyeceği, somut olayda davalının ticaret unvanında “Lipetgaz” ibaresini kullanmasının marka hakkına tecavüz oluşturmadığı ve haksız rekabet teşkil etmediği hususlarının kesinleştiği, 6102 sayılı Kanun’un 46 ncı maddesinin birinci fıkrasından hareketle ticaret unvanının terkinine karar verilemeyeceği, zira anılan hükümde herhangi bir yaptırımın düzenlenmediği, ticaret unvanının terkinine ilişkin 6102 sayılı Kanun’un 52 nci maddesindeki düzenlemenin ise marka hakkına tecavüz edilen kimsenin hakkı olarak değil açıkça unvanına tecavüz edilen kimsenin hakkı olarak düzenlendiği, bu itibarla direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

15. Hâl böyle olunca; Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen hususlara işaret eden direnme kararında bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

VII. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

15.02.2023 tarihinde oy çokluğuyla kesin olarak karar verildi.



T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

Esas No : 2021/11-972
Karar No: 2023/67

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
12. Hukuk Dairesi
TARİHİ : 07.07.2021
SAYISI : 2021/790 E., 2021/1104 K.
DAVACI : P. Turizm Taşımacılık Gıda İnşaat
Temizlik Hizmetleri San. ve Tic.
Anonim Şirketi
DAVALI : İ. H. E. Gıda Sanayi ve Ticaret
Anonim Şirketi
DAVA TARİHİ : 14.02.2017
KARAR : Davanın reddine
TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

ÖZEL DAİRE KARARI: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.02.2021 tarihli ve 2020/1968 Esas, 2021/1443 Karar sayılı BOZMA kararı

Taraflar arasındaki sözleşmenin uyarlanması davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun kabulü ile İlk Derece Mahkemesi hükmü kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili; müvekkili ile davalı arasında 29.04.2016 tarihli ve 2016/121627 ihale kayıt numaralı taşıma sözleşmesi imzaladığını, ihale dokümanları hazırlanırken taşıma işini yapacak olan araçların Fatih Sultan Mehmet Köprüsünden geçeceğinin öngörüldüğünü, ne var ki 19.08.2016 tarihli ve 2016/5-1 sayılı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezi (UKOME) kararı gereğince taşıma işini yapacak araçların Yavuz Sultan Selim Köprüsünden geçme mecburiyetinin getirildiğini, davalının Edirne Kapı, Cebeci ve Kartal-Cevizli'deki işletmeleri arasında yapılacak taşıma işinin köprü geçiş güzergahındaki mecburi düzenleme nedeniyle maliyetinin hem ödenen geçiş ücreti ve hem de mesafe maliyeti olarak arttığını, bu sebeple sözleşmenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı Kanun) 138 inci maddesine göre uyarlanması mecburiyetinin hasıl olduğunu ileri sürerek taraflar arasındaki sözleşmenin 14.2 maddesine "malın teslimi için Yavuz Sultan Selim Köprüsünün zorunlu olarak kullanılması sonucu oluşan otoban ve köprü geçiş ücretleri yüklenicinin tanzim edeceği yansıtma faturası ile belgelenmesi şartıyla, idare tarafından ödenecektir. Aynı şekilde Yavuz Sultan Selim Köprüsünün zorunlu olarak kullanılması sonucu artan güzergah dolayısı ile kilometre başına KDV hariç 95 kuruş, yüklenicinin tanzim edeceği yansıtma faturası ile belgelenmesi şartıyla, idare tarafından ödenecektir." hükmünün eklenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili; sözleşmeye bağlılığın esas olduğunu, tacir olan davacının basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derece davacı aleyhine bozulmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 22.05.2018 tarihli ve 2017/141 Esas, 2018/561 Karar sayılı kararı ile; İstan-

bul Boğazına üçüncü köprü olarak Yavuz Sultan Selim Köprüsü inşa edilip hizmete açıldığı, 19.08.2016 tarihli ve 2016/5-1 sayılı UKOME kararı gereğince birinci sınıf araçlar haricindeki diğer araçların bu köprüden geçişlerinin mecburi hâle getirildiği, bu düzenlemenin hem daha uzun mesafe ve hem de geçiş ücretleri nedeniyle maliyetleri artırdığı, ihale dokümanları hazırlanırken ön görülmesi gereken bu hususun öngörülmediğinin anlaşıldığı, bu durumun ticari hayatın akışı içerisinde davacı yanın ifa güçlüğüne girmesine sebep olacağı gerekçesiyle davanın kabulü ile sözleşmenin 14.2 maddesine davacının talep ettiği hususun eklenmesine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 16.01.2020 tarihli ve 2018/2282 Esas, 2020/47 Karar sayılı kararı ile; davacının yüklenici olduğu sözleşmenin 29.04.2016 tarihinde imzalandığı, köprüünün ise 26.08.2016 tarihinde trafiğe açıldığı, tacir olan davacının basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğu, sözleşmenin imzalandığı sırada sözleşmenin 14.2 maddesi ile taşıma hizmetinin ücretlendirilmesi konusunda gerekli araştırmaları yaparak her türlü tedbiri almakla yükümlü bulunduğu, köprü trafiğe açıldığında bir kısım araçların zorunlu olarak köprüyü kullanacağını kamuoyu tarafından bilindiği, bu sebeple koşulları oluşmayan talebin reddi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf talebinin kabulü ile İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmiştir.

V. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.02.2021 tarihli ve 2020/1968 Esas, 2021/1443 Karar sayılı kararı ile;

“... Dava, 6098 sayılı TBK'nın 138. maddesi gereğince açılmış uyarılama davasıdır. Bölge Adliye Mahkemesince, sözleşmenin yapılması sırasında öngörülme ve öngörülmesi beklenemeyen olağan üstü bir durumun sonradan ortaya çıktığının ve işlem temelinin çökmüş olduğunun kabul edilemeyeceği, uyarılama koşulları bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, davanın reddine karar verilmiştir. Sözleşmenin imzalandığı sırada Yavuz Sultan Selim Köprüsü'nün yakın bir zamanda açılacağı öngörülebilecek bir husus olmakla birlikte, köprü açıldıktan sonra idare tarafından bir kısım araçlara yeni köprüden geçme mecburiyeti getirileceğini, açılan yeni köprü ve otoyol fiyatlarının ne olacağı hususlarını davacının önceden bilmesi beklenemez. Bu nedenle ilke olarak dava konusu olayda sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemez olan üstü bir durumun sonradan ortaya çıktığının ve buna bağlı olarak TBK'nın 138. maddesinde öngörülen uyarılamanın ilk koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek, uyarılamanın diğer koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. Bölge Adliye Mahkemesince Verilen Dilenme Kararı

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile önceki gerekçeye ilaveten; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na dayalı olarak çıkartılan ve 15.06.2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliği'nin 18/1-d maddesinde UKOME'nin karayolu taşımacılığına ait mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, trafik düzeni ve güvenliği yönünden belediye sınırları içinde ticari amaçla çalıştırılacak yolcu ve yük taşıtları ile motorsuz taşıtların çalışma şekil ve şartları ile bu taşıtların teknik özelliklerini tespit etmek, çalıştırılabileceği yerler ile güzergâhlarını tespit etmek ve sayılarını belirlemek, bunlara izin ve

çalışma ruhsatı vermekle görevli ve yetkili olduğunun düzenlendiği, İstanbul dahilinde taşıma işi yapan davacının yeni köprüünün faaliyete geçtiği zaman ticari araçların yeni köprüye sevk edileceği hakkında bilgi sahibi olduğu, zira yapılan her yeni köprüünün İstanbul trafiğini rahatlatmak için yapıldığının aksi düşünülemeyeceği gibi kamuoyuna köprüünün açılacağı tarihin aylar evvelinden ilan edildiği, güzergahı düzenlemeye yetkili bulunan UKOME'nin ticari araçları yeni köprüye sevk etmesi hakkındaki kararın “öngörülemez veya öngörülmesi beklenmeyen hâl” olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VI. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davacı vekili, UKOME kararının sözleşme tarihinden sonra olduğunu, müvekkilinin UKOME kararını öngörmesinin mümkün olmadığını, yeni köprüünün açılmasından ve UKOME kararından sonra artan maliyetlerin çekilmez bir hâl aldığını ve sözleşmenin 6098 sayılı Kanun'un 138 inci maddesi gereğince uyarılma şartlarının oluştuğunu ileri sürerek kararın bozulmasını talep etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin imzalanmasından sonra 19.08.2016 tarihli ve 2016/5-1 sayılı UKOME kararı gereğince taşıma işini yapacak araçların Yavuz Sultan Selim Köprüsünden geçme mecburiyetinin getirilmesi karşısında, davacının sözleşme yapılırken bu hususu öngörmesinin gerekip gerekmediği, buradan varılacak sonuca göre 6098 sayılı Kanun'un 138 inci maddesi gereğince sözleşmenin uyarlanması koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

D. Gerekçe

1. İlgili Hukuk

6098 sayılı Kanun'un 138 inci maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-
meyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir
durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple orta-
ya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olgular-
ları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”

2. Değerlendirme

1. Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle “sözleşmenin uyarlanması” kavramının açıklanmasında fayda vardır.

2. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Serbestçe belirlenen sözleşme hükümlerinin taraflar arasında edim ve karşı edime ilişkin bir denge unsurunu barındırması gerekir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi beraberinde tamamlayıcısı olan ahde vefa ilkesini (pacta sunt servanda) getirmektedir. Bu ilke gereğince hukuki güvenliği sağlamak amacıyla taraflarca belirlenmiş sözleşme hükümlerine tarafların bağlı kalması beklenir.

3. Öte yandan, bazen sözleşmenin kurulduğu sıradaki şartlar ilerleyen zamanlarda öyle değişir ki artık borçludan edimini ifa etmesini beklemek, sözleşme adaletine ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu durumda, bir yanda her ne olursa olsun sözleşmeye sadık kalmayı gerektiren ahde vefa ilkesi yer alırken diğer yanda ise değişen şartlar neticesinde taraf edimleri arasındaki denge unsurunun kaybolması söz konusudur. Birbirine aykırı görünen bu iki durum ancak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yoluyla bağdaştırılabilir. Dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması ve sözleşmeye güven ilkeleri birbirini bertaraf eden ilkeler değildir. Zira tarafların değişen şartlar karşısında yerine getirmek durumunda kaldıkları yükümlülük, sözleşmeye güvenerek planladıkları ve üstlendikleri yükümlülüğün önemli ölçüde farklılık arz ettiğinden burada sözleşmeye güven ilkesi de anlamını yitirmektedir.

4. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, imkânsızlık söz konusu olmadığı müddetçe geçerliliğini sürdüren sözleşme ilişkisinin, imkânsızlık boyutuna ulaşmadan önce hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda (borçludan borcun ifasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği) da sona erebileceği veya değişikliğe uğrayabileceği esasına dayanmaktadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurabilmesi için işlem temeline ilişkin hususların esaslı surette farklılaşması gerekmektedir. Sözleşmenin temelini oluşturan unsurlar, sonradan ortaya çıkan esaslı değişiklikler nedeniyle taraflardan biri için artık katlanılamaz şekilde bozulmuşsa yahut ortadan kalkmışsa bu durumda işlem temelinin çökmesinden bahsedilir.

5. Hemen belirtmelidir ki taraflarca belirlenen sözleşme hükümlerinde sonradan değişen şartlara yönelik bir uyarlama hükmü varsa yahut kanunda özel olarak o sözleşmenin uyarlanması düzenlenmişse bu hâlde yapılacak uyarlama gerçek anlamda bir uyarlama değildir. Ancak gerek sözleşmede gerek kanunda uyarlamaya ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa bu durumda değişen şartların sözleşmeye etki edip edemeyeceği, etki edecekse hangi şartların sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğuracağı hususları gerçek anlamda sözleşmenin uyarlanmasını ifade etmektedir.

6.818 sayılı Borçlar Kanunu (818 sayılı Kanun) döneminde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel nitelikli bir hüküm bulunmamakla birlikte özel borç ilişkilerini düzenleyen bazı hükümlerinde “ahde vefa” ilkesinden ayrılarak sözleşmenin uyarlanması imkânı söz konusuydu. Örneğin 818 sayılı Kanun’un 365 inci maddesi gereğince götürü ücret kararlaştırılan eser sözleşmesinde hâl ve şartlarda sonradan ortaya çıkan önemli değişiklikler hâlinde yüklenici mahkemeden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını veya gerekli olması hâlinde sözleşmenin feshini talep edebiliyordu. Bu dönemde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel nitelikli bir hüküm olmadığından dolayı Türk Medeni Kanunu’nun 2 nci maddesine dayanılarak değişen şartlar söz konusu olursa sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebileceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmişti. 6098 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle sözleşmenin değişen

şartlara uyarlanması “aşırı ifa güçlüğü” açısından yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

7. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili doğrudan hüküm 6098 sayılı Kanun’un “Aşırı ifa güçlüğü” başlığı altındaki 138 inci maddesi ile getirilmiştir. Bu madde 6098 sayılı Kanun’un Üçüncü Bölümü olan “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Zamanı” üst başlığı altında yer almaktadır. 6098 sayılı Kanun’un 138 inci maddesi gereğince aşırı ifa güçlüğünde sözleşmenin uyarlanmasının istenmesi için bir takım şartların birlikte bulunması gerekmektedir.

8. Bu kapsamda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için öncelikle sözleşmenin kurulduğu andaki şartların önemli ölçüde değişmiş olması, bu değişen şartların taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum oluşturması ve bu durumun oluşmasının da borçludan kaynaklanmamış olması gerekmektedir. Bu olağanüstü durum sebebiyle sözleşmenin yapıldığı sıradaki olguların borçlu aleyhine değişmesi ve bu değişimin dürüstlük kurallarına göre borçludan ifanın beklenmemesi kadar esaslı bir değişim olması gerekir. Ayrıca sözleşmenin uyarlanması için borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması veya ifanın aşırı güçlüğü hâlini saklı tutarak ifa etmiş olması gerekmektedir. Sözleşmenin uyarlanması için gereken tüm bu şartların bir arada bulunması zorunludur. Başka bir deyişle 6098 sayılı Kanun’un 138 inci maddesinde belirtilen bu şartlardan bir tanesi dahi bulunmazsa sözleşmenin uyarlanması söz konusu olmayacaktır.

9. Somut olay itibarıyla sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin şartlardan; sözleşmenin değişen şartlarının taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum oluşturmasının üzerinde durulması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar, sözleşmenin kuruluşu safhasında mevcut olmayan ve o zamanki gerçeklerle bağdaşmayan, ancak sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkmış olan ve sözleşme bakımından belirli bir önemi haiz bulunan olaylardır. Değişen şartların öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından önce var olan ancak taraflarca bilinmeyen veya yanlış tasavvur edilen şartlar sözleşmenin uyarlanmasına

değil irade sakatlıklarına yol açar. Ayrıca sonradan ortaya çıkan olağanüstü durum toplumun tamamını yahut belirli bir kısmını etkilemiş olmalıdır. Sadece birkaç borçluyu etkileyen olaylar sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir.

10. Sözleşmenin kurulmasında sonra ortaya çıkan ve sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren şartların taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum olması gerekir. Bu kapsamda öngörülemezlik, sözleşmenin uyarlanmasında en temel ve kilit noktayı oluşturmaktadır. Öngörülemezlik, genel olarak kişinin iş hayatının olağan akışında göz önüne almakla yükümlü olmadığı durumları ifade eder. Taraflar sözleşme ilişkisini kurarken, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan durumları öngörebiliyorlarsa bu durumda sözleşmenin uyarlanması söz konusu olmaz. Bu hâlde tarafların değişen şartlara ilişkin her türlü riski üstlenmiş olduğu kabul edilir ve sözleşme hükümleri değişen şartlarda da uygulama bulur.

11. Değişen şartların öngörülemezliği tespit edilirken objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Başka bir deyişle objektif olarak öngörülmesi gereken bir durum tarafların basiretsizliği sebebiyle göz önüne alınmamışsa bu durumda öngörülemezlikten değil öngörülebilir bir durumdan bahsedilmelidir. Ayrıca öngörülemezliğin tespitini yapılırken yalnızca değişen şartların ortaya çıkma ihtimali göz önüne alınmamalı, değişen şartlar öngörülebilir olsa da bu durumun kapsamı, şekli ve sonuçları tahmin edilemez bir nitelik taşımalıdır. Başka bir deyişle taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartları öngörmüş olsalar da bu durumun sonuçları açısından bir öngörülemezlik söz konusuysa bu hâlde diğer şartların varlığı hâlinde öngörülemeyen hususlar için uyarlama talep edilebilmelidir. Bu durumda öngörülemezliğin hukuki sonuç doğurabilmesi için öngörülemeyen durumun, öngörülebilir durumdan esaslı surette sapsmış olması gerekir.

12. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki “2016 Yılı Ekmek Çeşitleri ile Ham Madde ve Diğer Malzemelerin İşletmeler Arasında Taşınması Hizmeti Alımına Ait Sözleşme”nin 29.04.2016 tarihinde imzalandığı, sözleşme süresinin on iki ay olarak kararlaştırıldığı, davacının sözleşme gereğince fi-

len 06.05.2016 tarihinden itibaren hizmet vermeye başladığı, sözleşmenin taşıma işini yapacak araçların Fatih Sultan Mehmet Köprüsü’nden geçeceği öngörülerek yapıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra 26.08.2016 tarihinde Yavuz Sultan Selim Köprüsü trafiğe açılmış, köprü trafiğe açılmadan önce 19.08.2016 tarihli ve 2016/5-1 sayılı UKOME kararı gereğince davacının da kapsamda olduğu taşıma işini yapacak araçların Yavuz Sultan Selim Köprüsünden geçme mecburiyeti getirilmiştir.

13. Davacı şirketin 10.07.2002 tarihinde İstanbul merkezli olarak kurulduğu ve ağırlıklı olarak taşımacılık sektöründe faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla uzun zamandır İstanbul’da taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren bir şirketin sözleşmenin imzalandığı sırada Yavuz Sultan Selim Köprüsünün yakın bir zamanda açılacağı hususunu öngörmesi gerekmektedir. Ancak davacının Yavuz Sultan Selim Köprüsünün yakın bir zamanda açılacağını öngörmesi, köprü açıldıktan sonra UKOME tarafından bir kısım araçlara yeni köprüden geçme mecburiyeti getirileceğini, açılan yeni köprü ve otoyol fiyatlarının ne olacağı hususlarını da öngörebileceği anlamına gelmez. Yukarıda da belirtildiği üzere burada öngörülebilir bir hususun sonuçları açısından bir öngörülemezlik söz konusu olup öngörülemezlik öngörülebilir durumdan esaslı surette farklılık arz etmektedir.

14. Bu itibarla somut olayda sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemeyen olağanüstü bir durumun sonradan ortaya çıktığı ve buna bağlı olarak 6098 sayılı Kanun’un 138 inci maddesinde öngörülen uyarlamanın ilk koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek uyarlamanın diğer koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

15. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, İstanbul ili dahilinde taşıma faaliyetinde bulunan davacı şirketin Yavuz Sultan Selim Köprüsünün faaliyete geçebileceği ve köprünün faaliyete geçtiği zaman UKOME tarafından ticari araçların yeni köprüye sevk edileceği, dolayısıyla geçiş ücretlerinin değişeceği ve mesafenin uzayacağı hususlarını öngörülebilecek bir durumda olduğu, zira yapılan her yeni köprünün İstanbul trafiğini rahatlatmak amacıyla yapıldığı ve kamuoyuna köprünün açılaca-

ğı tarihin aylar evvelinden ilan edildiği gözetildiğinde köprünün açılması ve UKOME'nin ticari araçların yeni köprüye sevk etmesinin “öngörülemez veya öngörülmesi beklenmeyen hâl” olarak kabulünün mümkün olmadığı, sözleşmenin uyarlanması için gereken bu şartın oluşmaması nedeniyle uyarlanmanın söz konusu olamayacağı, bu itibarla Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen davanın reddine dair direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu ve hükmün onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

16. Hâl böyle olunca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesince önceki kararda direnilmesi doğru olmadığından hükmün Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir.

VII. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Kanun'un 373 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesine gönderilmesine,

15.02.2023 tarihinde oy çokluğuyla kesin olarak karar verildi.

“KARŞI OY”

Dava, aşırı ifa gücüğü iddiasına dayalı olarak 6098 sayılı TBK'nın 138 inci maddesi gereğince taşıma sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanması istemine ilişkindir. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce mevzuatımızda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, TMK'nın 2 nci maddesinden hareketle taraflar arasındaki sözleşme koşullarının daha sonra önemli ölçüde değişmesi hâlinde değişen bu koşullar karşısında sözleşmenin uyarlanması, sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin bozulması “işlem temelini çökmesi” hâlinde öğreti ve uygulamada kabul

edilmekteydi. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte sözleşmenin uyarlanması, 6098 sayılı TBK'nın 138 inci maddesi ile artık yasal bir düzenleme kavuşturulmuştur.

Aşırı ifa gücüğü başlıklı bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen işlem temelini çökmesine ilişkindir. Gerçekten de sözleşmenin temelini teşkil eden, kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılmaz biçimde bozulduğu hâllerde, işlem temelini çökmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla işlem temelini çökmesinden bahsedilebilmesi için her şeyden önce sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir.

Sözleşme hukukunda “sözleşmeye bağlılık” ilkesi esas olup, sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai nitelikte bir kurum olmakla yasa koyucu tarafından da bu kurumun uygulanması ancak 6098 sayılı TBK'nın 138 inci maddesinde belirtilen dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlar; sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmez ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması, bu durumun borçludan kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelmesi, yine bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi ve borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması halidir. Ancak bu dört koşulun birlikte gerçekleşmesi hâlinde borçlunun, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır.

Somut olayda; davacı şirket ihale sözleşmesi imzalanması aşamasında araçların Fatih Sultan Mehmet Köprüsünden geçeceği varsayılarak hesapların yapıldığını, sözleşmenin imzalanmasından sonra Yavuz Sultan Selim Köprüsünün faaliyete geçmesi nedeniyle UKOME kararıyla bu köprünün kullanılmaya başlandığını, köprünün kullanılmaya başlanması ile birlikte maliyetlerin 10-12 kat arttığını, köprü için ödenen ücretlerin fahiş düzeye ulaştığını, ayrıca daha kısa mesafe ile yerine getirebilecek taşı-

ma hizmetinin daha fazla mesafe gidilerek daha fazla benzin sarf edilerek yerine getirmek durumunda kaldığını ileri sürerek sözleşmenin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etmektedir. Davacının yüklenici olduğu sözleşmenin 29.04.2016 tarihinde imzalandığı, 06.05.2016 tarihinden itibaren ise davacının hizmet vermeye başladığı ve sözleşmenin süresinin on iki ay olduğu anlaşılmaktadır. Yavuz Sultan Selim Köprüsü 26.08.2016 tarihinde trafiğe açılmış, UKOME kararı ise köprü trafiğe açılmadan önce 19.08.2016 tarihinde alınmıştır.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 6 ncı maddesinde; sözleşme bedelinin her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için yüklenici (davacı) tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu toplam 778.478,00 TL olarak belirtildiği, anılan sözleşmenin 7 nci maddesinde ise bu bedele akaryakıt, yol ve köprü geçiş ücretleri, personel giderleri, vergi, resim, harç vs. giderlerin dahil olduğu, KDV'nin ise hariç olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine taraflar arasındaki sözleşmenin 10 uncu maddesinde; işin yapılacağı yerin idarenin Edirnekapı, Cebeci ve Cevizli işletmeleri arası olduğu belirtilmiş; sözleşmenin 14.1 inci maddesinde; yüklenicinin sözleşmenin tamamen ifasına kadar vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerde artışa gidilmesi veya yeni malî yükümlülüklerin ihdası gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamayacağı, 14.2 nci maddesinde asgari ücretteki artış ile akaryakıtta meydana gelecek fiyat artışlarının belirlenen oranda dikkate alınacağı, 14.3 üncü maddesinde ise bu hususlar haricinde fiyat farkı talep edilemeyeceği düzenlenmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinde; doğal afetlerin, kanuni grevin, genel salgın hastalıkların, kısmî veya genel seferberlik ilanının ve gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hâllerin mücbir sebep sayılabileceği, bu durumların mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olmasının, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olmasının, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunmasının, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin

idareye yazılı olarak bildirimde bulunmasının ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

Davacı şirketin 10.07.2002 tarihinde İstanbul merkezli olarak kurulduğu ve ağırlıklı olarak taşımacılık sektöründe faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. 6102 sayılı TTK'nın 18/2 nci maddesi gereğince tacir, her türlü ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Yavuz Sultan Selim Köprüsünün İstanbul trafiğini rahatlatmak amacıyla yapıldığı, kamuoyunun bilgisinde olan bir husus olup köprü trafiğe açıldığında bir kısım araçların zorunlu olarak köprüyü kullanacağı da kamuoyunun bilgisindedir. Öte yandan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na dayalı olarak çıkartılan Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri Yönetmeliğinin 18 inci maddesi gereğince UKOME; karayolu taşımacılığına ait mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere, trafik düzeni ve güvenliği yönünden belediye sınırları içinde ticari amaçla çalıştırılacak yolcu ve yük taşıtları ile motorsuz taşıtların çalışma şekil ve şartları ile bu taşıtların teknik özelliklerini tespit etmek, çalıştırılabileceği yerler ile güzergâhlarını tespit etmek ve sayılarını belirlemek, bunlara izin ve çalışma ruhsatı vermekle görevli ve yetkilidir. Dolayısıyla davacının ticaret şirketi olduğu ve 6102 sayılı TTK'nın 18/2 nci maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu dikkate alındığında, sözleşmenin imzalandığı sırada Yavuz Sultan Selim Köprüsünün açılacağını ve ticari araçların bu köprüden geçişine dair UKOME kararı alınabileceğini öngörerek sözleşmenin 14.2 nci maddesi ile taşıma hizmetinin ücretlendirilmesi konusunda gerekli araştırmaları yaparak her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

Bu itibarla İstanbul ili dahilinde taşıma faaliyetinde bulunan davacı şirketin, Yavuz Sultan Selim Köprüsünün faaliyete geçebileceği ve köprünün faaliyete geçtiği zaman UKOME tarafından ticari araçların yeni köprüye sevk edileceği, dolayısıyla geçiş ücretlerinin değişeceği ve mesafenin uzayacağı hususları öngörülebilecek bir durumdur. Kaldı ki mesafenin uzaması her zaman masrafı artırıcı bir etki de yapmayabilir. Dolayısıyla yapılan her yeni köprünün İstanbul trafiğini rahatlatmak için yapıldığının

aksi düşünülemediği gibi kamuoyuna köprünün açılacağı tarihin aylar evvelinden ilan edildiği de gözetildiğinde köprünün açılmasının ve güzergahı düzenlemeye yetkili bulunan UKOME'nin ticari araçların yeni köprüye sevk etmesinin “öngörülemeden veya öngörülmesi beklenmeyen hal” olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple sözleşmenin yapılması sırasında öngörülmeden ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir durumun sonradan ortaya çıktığı ve işlem temelini çökmüş olduğu kabul edilemez.

Öte yandan taraflar arasındaki sözleşmenin 29.04.2016 tarihinde imzalandığı, davacı şirketin Yavuz Sultan Selim Köprüsünü 26.08.2016 tarihinden itibaren UKOME kararı gereğince kullanmaya başladığı, eldeki davanın ise 14.02.2017 tarihinde açıldığı, davanın açıldığı tarihe kadar davacı şirketin davalı idareye hiçbir başvurusu olmadığı gibi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinde belirtilen yirmi gün içerisinde de idareye başvurusunun bulunmadığı ve ayrıca ihtirazi kayıt ileri sürmeden faaliyetine devam ettiği gözetildiğinde davacı şirketin sözleşmenin sona ermesine yakın eldeki davayı açması, TMK'nın 2 nci maddesi gereğince dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davanın reddine dair direnme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma görüşüne katılamıyorum.

“KARŞI OY”

Dava, aşırı ifa güclüğü iddiasına dayalı olarak 6098 sayılı TBK'nın 138 inci maddesi gereğince taşıma sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanması istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince; İstanbul Boğazına üçüncü köprü olarak Yavuz Sultan Selim Köprüsü'nün inşa edilip hizmete açıldığı, 19.08.2016 tarihli ve 2016/5-1 sayılı UKOME kararı gereğince 1 inci sınıf araçlar haricindeki diğer araçların bu köprüden geçişlerinin mecburi hâle getirildiği, bu düzenlemenin hem daha uzun mesafe ve hem de geçiş ücretleri nedeniyle maliyetleri artırdığı, ihale dokümanlarını hazırlarken öngörülmesi gereken bu hususun öngörülmediğinin anlaşıldığı, bu durumun ticari hayatın akışı içerisinde davacı yanın ifa güclüğüne girmesi-

ne sebep olacağına muhakkak olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile sözleşmenin 14.2 nci maddesine davacının talep ettiği hususun eklenmesine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince; davacının yüklenici olduğu sözleşmenin 29.04.2016 tarihinde imzalandığı, köprünün ise 26.08.2016 tarihinde trafiğe açıldığı, tacir olan davacının basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğu, sözleşmenin imzalandığı sırada sözleşmenin 14.2 nci maddesi ile taşıma hizmetinin ücretlendirilmesi konusunda gerekli araştırmaları yaparak her türlü tedbiri almakla yükümlü bulunduğu, köprü trafiğe açıldığında bir kısım araçların zorunlu olarak köprüyü kullanacağını kamuoyunun bilgisinde olduğu, bu sebeple koşulları oluşmayan talebin reddi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle; davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince; sözleşmenin imzalandığı sırada Yavuz Sultan Selim Köprüsü'nün yakın bir zamanda açılacağı öngörülebilecek bir husus olduğu, ancak köprü açıldıktan sonra idare tarafından bir kısım araçlara yeni köprüden geçme mecburiyeti getirileceği ile açılan yeni köprü ve otoyol fiyatlarının ne olacağı hususlarının önceden davacı tarafından bilinmesinin beklenemeyeceği, bu nedenle ilke olarak dava konusu olayda sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemeden olağanüstü bir durumun sonradan ortaya çıktığının ve buna bağlı olarak TBK'nın 138 inci maddesinde öngörülen uyarlamanın ilk koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek, uyarlamanın diğer koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden bahisle, Bölge Adliye Mahkemesi kararı bozulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince önceki gerekçeye ek olarak; güzergahı düzenlemeye yetkili bulunan UKOME'nin ticari araçları yeni köprüye sevk etmesi kararının “öngörülemeden veya öngörülmesi beklenmeyen hâl” olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesiyle, direnme kararı verilerek önceki hüküm kurulmuştur.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen, beklenmeyen hâl (emprevizyon) veya clausula rebus sic stantibus kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması hâlinde mümkün görülmektedir. Bu kuramın, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören ahde vefa veya pacta sunt servanda kuramını sınırlamak için konulduğu benimsenmektedir.

Beklenmeyen hâl kuramı, şöyle açıklanmaktadır: Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akitle bağlı olmamalıdır. Buna “clausula rebus sic stantibus” (beklenmeyen hâl şartı) denmektedir. Öğretide, emprevizyon teorisi olarak adlandırılan bu görüşte; sözleşmenin, yapıldığı andaki durumun değişmeyeceği şeklindeki bir zımni kabul ile yapıldığı, aynen uygulanmasının taraflarca bu zımni şarta bağlı tutulduğu varsayılmaktadır.

Türk hukukunda, hem clausula rebus sic stantibus ilkesi, hem de işlem temelini çökmesi kuramı uygulanmak suretiyle, uyarlanma davalarının görülebilir olduğu benimsenmiş ise de işlem temelini çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir.

Nitekim bu hususu yasal düzenlemeye kavuşturan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesinde;

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

İşlem temelini çökmesi ilkesinin somut olaya ne şekilde uygulanacağı hususu da irdelenmelidir. Yukarıda anıldığı gibi, uyarlanma kurallarının uygulanması için öngörülmez bir dış olayın meydana gelmesi gerekir.

Diğer taraftan, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

a) Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

b) Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

c) Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

d) Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Uyarlanmanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Açıklanan bu ilkelere, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2015/5741 Esas, 2019/7695 Karar sayılı ilamında da yer verilmiştir.

Bu aşamada mücbir sebep (olağanüstü durum) ve beklenmeyen hâl kavramları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Mevzuatımızda mücbir sebebi ve beklenmeyen hâli açıklayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yargıtay içtihatlarında mücbir sebep; sözleşmenin yapıldığı sırada önceden dikkate alınması ve önüne geçilmesi imkânsız olan ve dış etkilere kaynaklanan olaylar olarak tarif edilmiştir.

Anılan bu kavramlar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2015/10-2682 Esas, 2019/986 Karar sayılı ilamında şu şekilde açıklanmıştır:

“İlliyyet bağımlı kesen nedenler arasında gösterilen mücbir sebep sorumlunun faaliyet ve işletmesi di-

şında meydana gelen, borcun ihlâline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Mücbir sebep çoğunlukla yıldırım düşmesi, kasırga, deprem, gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, ihtilal, isyan gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir (Eren, F.; Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 177; Tandoğan, s. 464; Kurt, L. M.; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara 2016, s. 195).

Beklenmeyen hâl ise sorumlu şahsın irade veya davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle kaçınılmaz surette ihlal edilmesine neden olan olaylardır (Eren, s. 139; Tandoğan, s. 461; Kurt, s. 191). Öğretide beklenmeyen hâl kavramı tesadüfe bağlı hâl, umulmayan hâl, kaza, kazara, fevkalade hâl olarak da adlandırılmaktadır (Gözübüyük, A. P.; Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Hâller, Ankara 1957, s. 13). Fırtına, kar, dolu, genel grev, makinedeki teknik arızalar vb. nedenlerle borcun yerine getirilememesi hâlinde beklenmeyen hâlin varlığı ortaya çıkabilecektir.”

Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; uyuşmazlık, davacı şirketin araçlarının da dahil olduğu taşıma işi yapan araçlara, UKOME kararıyla Yavuz Sultan Selim Köprüsünden geçiş mecburiyeti getirilmesinin, sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum teşkil edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, İstanbul Boğazı üzerinde bulunan iki köprünün özellikle günün belirli saatlerinde yaşanan aşırı yoğunluk nedeniyle tam anlamıyla işlevini yerine getiremediği düşünülerek Boğaza üçüncü bir köprünün yapılması 2000’li yıllardan itibaren dile getirilmeye başlanmış, bunun sonucu olarak yap işlet devret modeliyle üçüncü bir köprünün yapılması planlanmış, bu doğrultuda ihalesi yapılan köprü, 29.05.2013 tarihinde gerçekleşen temel atma töreninde Yavuz Sultan Selim Köprüsü olarak adlandırılmış ve 26.08.2016 tarihinde resmî törenle hizmete açılmıştır.

Şu durumda; İstanbul ilinin gerek yaşanan nüfus yoğunluğu, gerekse ekonominin can damarı olması nedeniyle, İstanbul Boğazında mevcut bulunan iki köprünün işlevini tam olarak yerine getirememesi nedeniyle, yeni yollar açılarak ulaşım ve ticaret trafiğinin kolaylaştırılması amacıyla yapılması kararlaştırılan ve yap işlet devret modeliyle inşa edilen köprüden, İstanbul’da ticari faaliyette kullanılan araçların geçeceği ve geçiş yapılacak araçlardan, diğer iki köprüden alınan geçiş ücretinden daha fazla ücret alınacağı, tüm kamuoyu tarafından bilinen bir gerçektir. 6102 sayılı TTK’nın 18/2 nci maddesi uyarınca tacir olması nedeniyle basiretli davranmakla yükümlü olan davacı şirketin, sözleşmenin yapıldığı sırada inşası devam eden köprünün hizmete açılması ve UKOME kararıyla bu köprüden yüksek ücret ödemek suretiyle araçlarının geçişine karar verilmesinin “öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum” olduğu iddiasının yerinde olmadığı, dolayısıyla imzaladığı sözleşme hükümlerine uymakla yükümlü olduğu yönündeki Bölge Adliye Mahkemesince verilen direnme kararı, usul ve kanuna uygundur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı Kanun’un 371 inci maddesi uyarınca temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar verilmesi kanaatıyla sayın çoğunluğun görüşe iştirak edilmemiştir.



T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

Esas No : 2022/11-65
Karar No: 2023/144

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
12. Hukuk Dairesi
TARİHİ : 20.10.2021
SAYISI : 2021/1358 E., 2021/1523 K.
DAVACI : E. P. İ. Anonim Şirketi
DAVALI : İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü
DAVA TARİHİ : 17.04.2019
KARAR : Davanın kabulüne
TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

ÖZEL DAİRE KARARI: Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 22.06.2021 tarihli ve 2020/6310 Esas, 2021/5300 Karar sayılı BOZMA kararı

Taraflar arasındaki ticaret sicil müdürlüğü kararına itiraz davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın davacı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun kabulü ile İlk Derece Mahkemesi hükmü kaldırılarak yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucun-

da, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili; müvekkili şirketin 22.03.2019 tarihli olağan genel kurul toplantısında esas sözleşmenin 8 inci maddesi gereğince A. T'nin üç yıllığına yönetim kurulu başkanı olarak seçildiğini, genel kurulda alınan kararların tescil ve ilanı için İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğüne başvuru yapıldığını, ancak 08.04.2019 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde A. T'nin bir yıl için seçilmiş gibi tescil edildiğinin görüldüğünü, bu duruma 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı Kanun) 34 üncü maddesi gereğince eldeki dava ile süresinde itiraz ettiklerini ileri sürerek İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün tescil kararının "A. T'nin üç yıl için yönetim kurulu başkanı olarak seçilmiştir" şeklinde düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili; davacının tescilin düzeltilmesine ilişkin 6102 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesi gereğince müvekkiline herhangi bir başvurusunun bulunmadığını, öte yandan 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrası gereğince yönetim kurulu başkanının her yıl seçilmesi gerektiğini, anılan hüküm karşısında davacı şirketin esas sözleşmesinde yer alan yönetim kurulu başkanının üç yıllığına seçilmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 21.11.2019 tarihli ve 2019/386 Esas, 2019/1458 Karar sayılı kararı ile; 6102 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesi gereğince açılacak davalarda davacının davalı sicil müdürlüğüne tescilin düzeltilmesi için başvurması ve davalının da bu başvuruya ilişkin kabul ya da ret kararının bulunması gerektiği, ancak davacının davalıya anılan madde kapsamında bir başvurusu bulunmadığı, bu hususun dava şartı olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekeçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 21.05.2020 tarihli ve 2020/408 Esas, 2020/517 Karar sayılı kararı ile; 6102 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesi gereğince açılacak davalarda hatalı yapılan tescil kararına karşı öncelikle ticaret sicil müdürlüğü nezdinde itiraz edilmesine dair bir düzenleme öngörülmediği, dolayısıyla ilk derece mahkemesinin gerekçesinin yerinde olmadığı, ayrıca davacının eldeki davayı ticaret sicil müdürlüğünün 08.04.2019 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan tescil kararına karşı 6102 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesi gereğince süresinde açtığı, davacı şirketin esas sözleşmesinin 8 inci maddesinde yönetim kurulu başkanının üç yıl süreyle genel kurul tarafından seçileceğinin düzenlendiği, 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasında belirtilen bir yıllık sürenin ise yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu tarafından seçilmesi hâlinde uygulanacağı, dolayısıyla davacı şirketin genel kurulunca üç yıl için yönetim kurulu başkanı olarak seçilen A. T.'nin davalı tarafından bir yıl için yönetim kurulu başkanı olarak tescil edilmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, itirazın kabulü ile davacı şirketin 22.03.2019 tarihli genel kurulun kararı ile yönetim kurulu başkanı A. T.'nin üç yıl süre ile seçildiği hususunun tespiti ve ticaret siciline tesciline karar verilmiştir.

V. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 22.06.2021 tarihli ve 2020/6310 Esas, 2021/5300 Karar sayılı kararı ile;

“... Dava, ticaret sicili tescilinin düzeltilmesi istemine ilişkindir.

6102 sayılı TTK'nın 340. maddesi, ile getirilen “Emredici Hükümler İlkesi uyarınca TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümler kaideten “emredici” nitelikte olup, şirket ana sözleşmesi ile bu hükümlerden,

“ancak TTK hükümlerince izin verilmesi halinde” sapılabilecektir.

Yönetim kurulu başkanının seçimine ilişkin aynı kanununun 366/1. maddesinde, ise yönetim kurulu üyelerinin her yıl kendi üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçebileceği düzenlenmiş olup, bu hükümler karşısında, yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu üyeleri arasından 3 yıl süre ile anonim şirket genel kurulu tarafından seçilmesine ilişkin esas sözleşme hükmününün 1 yıldan fazla süreler yönünden geçerliliğinden söz edilemez. Davalı Ticaret Sicilinin yönetim kurulu başkanı seçimini 1 yıllık süre yönünden tescil etmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. O halde davanın reddi gerekirken bölge adliye mahkemesince yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerektirmiştir...”

gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. Bölge Adliye Mahkemesince Verilen Direnme Kararı

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile önceki gerekçeye ilaveten 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının emredici düzenleme olmadığından madde metninden açıkça anlaşıldığı, zira anılan maddede esas sözleşmeye konulabilecek bir hükümle yönetim kurulu başkanı ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin genel kurul tarafından seçilebileceğinin öngörüldüğü, yönetim kurulunun başkanını bir yıl süreyle seçebilme yetkisinin genel kurul tarafından seçilecek başkanın görev süresine kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün görülmediği, davacı şirket genel kurulunca esas sözleşmede öngörüldüğü üzere yönetim kurulu başkanını üç yıl süreyle seçme hak ve yetkisi olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VI. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davalı vekili, davacının müvekkiline başvurmadan dava açtığını, oysa 6102 sayılı Kanun'un 34 üncü

maddesi gereğince dava açılabilmesi ticaret sicil müdürlüğüne başvurulması gerektiğini, 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının emredici hüküm niteliğinde olduğunu, anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde anılan hükümden farklı bir düzenlemeye yer veremeyeceğini ve anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin görev dağılımı ile ilgili hususların anılan madde gereğince her yıl yeniden görüşülerek karar altına alınması gerektiğini, müvekkili kararının usul ve yasaya uygun olduğunu, ayrıca mevzuat gereğince ve mevzuata uygun işlem yapan müvekkilinin davanın açılmasına sebebiyet vermediğini, bu nedenle yargılama giderlerinden sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını talep etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesinin emredici nitelikte olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre aynı Kanun'un 340 ıncı maddesinde öngörülen emredici hükümler ilkesi gözetildiğinde yönetim kurulunun kendi üyeleri arasından seçeceği başkanın bir yıl süre ile seçileceğine dair düzenlemedeki bir yıllık sürenin yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçilmesi durumunda da uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

D. Gerekçe

1. İlgili Hukuk

1. 6102 sayılı Kanun'un 340 ıncı maddesi şöyledir:

“Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”

2. 6102 sayılı Kanun'un 362 nci maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

“(1) Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir. Esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, aynı kişi yeniden seçilebilir.”

3. 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

“(1) Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer. Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir.”

4.6102 sayılı Kanun'un 421 inci maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

“(1) Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrafta öngörülen nisapları düşüren veya nisbî çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.”

2. Değerlendirme

1. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme gereğince genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Bu bakımdan kurul, anonim şirketi yöneten ve temsil eden, şirketin yapısı bakımından zorunlu ve faaliyeti süreklilik arz eden bir organ olup yönetim işlevi bir bütün hâlinde, yönetim kurulunun sahip olduğu görev ve yetkilerin önemli bir bölümünü teşkil etmektedir.

2. Anonim şirket yönetim kurulunun organizasyonu 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesi ile belirlenmiş; özellikle yönetim kurulunun her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçeceği düzenlenmiştir. Ayrıca esas sözleşmede kararlaştırılması hâlinde, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği hükme bağlanmıştır.

3. Anonim şirket yönetim kurulu bir veya daha fazla üyeden oluşabilir. Başkan ve vekilin seçilmesine ilişkin gereklilik sadece yönetim kurulunun bir den fazla üyeye sahip olduğu hâllerde ortaya çıkar; tek üyeli yönetim kurulunun söz konusu olduğu

durumlarda işin niteliği gereği başkan veya vekilinin seçilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu kapsamda yönetim kurulunun birden fazla üyeden oluştuğu durumlarda anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanlığı gerekli bir unvan olarak kabul edilmiş; 6102 sayılı Kanun ile yönetim kurulu başkanına verilen görevlerin icra edilebilmesi için yönetim kurulu üyelerinden birinin başkan olarak seçilmesi zorunlu tutulmuştur.

4. 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesinde yönetim kurulu başkanının öncelikle ve temel kural olarak yönetim kurulu tarafından her yıl üyeleri arasından seçilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda anılan fıkrada yönetim kurulu başkanının seçilmesi açısından yönetim kurulunun toplanmasına ve karar almasına ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından yönetim kurulu toplantısının çağrısı esas sözleşmede nasıl düzenlenmişse o usule göre, esas sözleşmede bir düzenleme bulunmadığı durumlarda ise iç yönergede nasıl düzenlenmişse o usule göre yapılacak; esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanan yönetim kurulunda toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğunun olumlu oyuyla her yıl seçilecektir.

5. 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde ise başkanın veya başkan vekilinin yönetim kurulu tarafından seçileceğine dair temel kurala istisna getirilerek esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin genel kurul tarafından seçilmesinin ön görülebileceği düzenlenmiştir. Buna göre esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle yönetim kurulu başkanı ve vekili veya bunlardan birinin seçiminin genel kurula bırakılması mümkün hâle gelmiştir. Bu itibarla başkan ve vekilinin genel kurul tarafından seçimine ilişkin hüküm şirketin esas sözleşmesine kurulmuşta yazılabileceği gibi sonradan da eklenebilir. Bu hükmün esas sözleşmeye ekleneceği değişiklik için Kanun'da özel bir toplantı ve karar nisabı öngörülmemiştir. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanun'un 421 inci maddesinin ilk fıkrasında öngörülmüş nisaplar bu değişiklik için de uygulanır. Fakat esas sözleşmede kararlaştırılarak ilgili nisapların başkanın veya vekilin seçimi açısından birlikte ya da ayrı ayrı ağırlaştırılması da mümkündür.

6. Görüldüğü üzere 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesi ile başkan ve vekilinin seçilmesi noktasında yönetim kuruluna genel olarak kendisini organize etme serbestisi tanınmış; ancak anılan fıkranın ikinci cümlesi ile esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla bu serbestinin genel kurul tarafından en azından başkan ve vekilinin seçimine ilişkin olarak kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Böylece 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi ile 6102 sayılı Kanun'un 340 ıncı maddesi ile öngörülen emredici hükümler ilkesi bağlamında esas sözleşmede Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapabilmesine yönelik açık bir izin öngörülmektedir.

7. Hemen belirtilmesi gerekir ki 6102 sayılı Kanun ile mülga 6762 sayılı Kanun döneminde bulunmayan "*emredici hükümler*" ilkesi getirilmiştir. 6102 sayılı Kanun'un "*emredici hükümler*" başlıklı 340 ıncı maddesi gereğince esas sözleşmede yer alacak olan ihtiyari kayıtların geçerliliği, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık veya imkânsızlık hâllerinin yanında ayrıca "*Kanun-da açıkça izin verilmiş olma*" koşulu ile de sınırlanacaktır. Başka bir deyişle 6102 sayılı Kanun döneminde anonim şirketlere ilişkin bütün hükümler emredici nitelik taşımakta olup artık esas sözleşmeye konulacak ihtiyari kayıtlar, Kanun buna açıkça izin vermişse mümkün olabilecektir (Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yedinci Baskı, 2017, s. 285). Bu itibarla esas sözleşmenin Kanundan ayrı bir düzenleme getirmesi ancak kanunun buna açıkça izin vermesi şartına bağlıdır. Kanun açıkça izin vermedikçe esas sözleşmede kanundan sapan bir düzenlemeye yer verilmesi mümkün değildir.

8. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanun'un 340 ıncı maddesinin açık hükmü gereğince kanunda gösterilen bazı hususların esas sözleşmeye yazılması zorunludur; kanunun izin verdiği hususlarda pay sahiplerince öngörülen diğer bazı hususların geçerli olması da kural olarak esas sözleşmeye hüküm konulmasına bağlıdır. Esas sözleşmenin ihtiyari nitelikte hüküm içerebilmesi için dahi kanunun buna dair açıkça izin vermiş bulunması gerekir.

9. 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesi olarak yer alan "*Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulun-*

madığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer” şeklindeki hükmün gerek lafzı gerekse başkan olmaya bağlanan sonuçlar gözetildiğinde emredici niteliktedir (Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Dördüncü Baskı, 2015, s. 266). Başka bir deyişle burada emredici olan husus başkanın ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere en az bir başkan vekilinin yönetim kurulu üyeleri arasından “yönetim kurulu” tarafından ve “her yıl” seçilmesidir. 6102 sayılı Kanun’un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi ile 6102 sayılı Kanun’un 340 ıncı maddesi ile öngörülen emredici hükümler ilkesi bağlamında esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülerek başkanın ve başkan vekilinin “yönetim kurulu” tarafından seçileceğine dair emredici hükümden sapılmıştır. Dolayısıyla başkanın ve başkan vekilinin “her yıl” seçileceğine dair emredici hükümden sapılması noktasında açıkça bir izin öngörülmemiştir (Cafer Eminoğlu, Şirketler Hukuku Şerhi C. II, Editör Kemal Şenocak, Ankara, Birinci Baskı, 2023, s. 1743).

10. Bu itibarla 6102 sayılı Kanun’un 366 ncı maddenin ilk fıkrasının birinci cümlesinde belirlenmiş olan bir yıllık sürenin, başkanın ve başkan vekilinin seçim yetkisinin genel kurulda olduğu durumlar için de geçerli olduğu, 6102 sayılı Kanun’un 340 ıncı maddesinde öngörülen emredici hükümler ilkesinin daha uzun bir sürenin kararlaştırılmasına imkân sağlamadığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle bir yıllık süre, başkanın ve başkan vekilinin seçim yetkisinin hangi organda olduğuna bakılmaksızın uygulanması gereken genel bir süre olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple bir yıllık süre, seçim yetkisi genel kurulda olduğu hâlde de uygulanması gerekir.

11. Öte yandan yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçileceğinin esas sözleşmede düzenlendiği durumlarda yönetim kurulu başkanının her yıl seçilmesi zorunluluğu şirket açısından pratik olmayan sonuçlar doğursa bile bir önceki başkan seçmiş olan genel kurulun yapısında değişiklikler olması hâlinde fayda sağlayacağı, yine başkanın her yıl seçilmesinin azil müessesesi uygulamaya konulmadan başkanın değiştirilmesine fırsat sunabileceği ve başkanın devam eden yılda seçilmek

motivasyonu ile daha özenli hareket ederek şirketin işleyişine katkıda bulunabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte genel kurulun başkan seçmeyi ihmal etmesi hâlinde yönetim kurulunun öncelikle genel kurulu bu amaçla toplantıya çağırabileceği, genel kurulun toplanamaması ya da toplanmasına rağmen başkan seçmemesi hâlinde şirketin işleyişini teminen genel kurul seçene kadar başkanın yönetim kurulu tarafından belirleneceği kabul edilmelidir (Eminoğlu, s. 1742).

12. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacı şirketin esas sözleşmesinin 12.03.2015 tarihinde tescil edildiği, esas sözleşmenin 8 inci maddesinde yönetim kurulu başkanının üç yılda bir genel kurul tarafından seçileceğinin düzenlendiği, bu kapsamda davacı şirketin 22.03.2019 tarihli olağan genel kurul toplantısında esas sözleşmenin 8 inci maddesi gereğince A. T.’nin üç yıllığına yönetim kurulu başkanı olarak seçildiği anlaşılmaktadır.

13. Davacı şirketin esas sözleşmesinin 8 inci maddesinde yer alan yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından “üç yılda bir” seçileceğine dair düzenlemedeki “üç yılda bir” ibaresi, yukarıda da bahsedildiği üzere, 6102 sayılı Kanun’un 340 ıncı maddesi ile öngörülen emredici hükümler ilkesi bağlamında esas sözleşmede yer almaması gereken bir ibaredir. Zira 6102 sayılı Kanun’un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesindeki “*Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer*” şeklindeki hüküm emredici nitelikte düzenlenmiş olup yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçileceğinin esas sözleşmede düzenlendiği durumlarda başkanın ve başkan vekilinin “her yıl” seçileceğine dair emredici hükümden sapılması noktasında açıkça bir izin öngörülmemiştir. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanun’un 340 ıncı maddesi ile öngörülen emredici hükümler ilkesi bağlamında bir yıllık süreden açıkça sapılacağı belirtilmediği için bir yıllık süre, seçim yetkisinin genel kurulda olduğu hâlde de uygulanması gereken emredici bir düzenlemedir.

14. Bu itibarla davacı şirketin esas sözleşmesinde yer alan yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu üyeleri arasından üç yıl süre ile anonim şirket

genel kurulu tarafından seçilmesine ilişkin düzenlemenin bir yıldan fazla süreler yönünden geçerliliğinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla davalı ticaret sicil müdürlüğünün yönetim kurulu başkanı seçimini bir yıllık süre yönünden tescil etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.

15. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, 6102 sayılı Kanun'un 340 ıncı maddesi kapsamında anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde sadece hükmün lâfzına bakılamayacağı, maddi olguya uygulanacak soyut hukuk kuralının anlamını ve kapsamını belirlemek için yoruma başvurmanın kaçınılmaz olduğu, yönetim kurulunun başkanını bir yıl süreyle seçebilme yetkisinin genel kurul tarafından seçilecek başkanın görev süresine kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün görülmediği, davacı şirket genel kurulunca esas sözleşmede öngörüldüğü üzere yönetim kurulu başkanını üç yıl süreyle seçme hak ve yetkisi olduğu, zira şirketin sıhhatli bir şekilde işleyişinin sağlanması açısından genel kurulun üç yıldan fazla olmamak üzere 6102 sayılı Kanun'un 366 ncı maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen bir yıllık süreden daha uzun bir süreyi başkanın görev süresi olarak belirlenmesi maddenin hem lâfzı hem de özü gözetildiğinde emredici hükümler ilkesine aykırılık oluşturmayacağı, bu itibarla Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu ve hükmün onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

16. Hâl böyle olunca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesince önceki kararda direnilmesi doğru olmadığından hükmün Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir.

VII. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Kanun'un 373 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesine gönderilmesine,

01.03.2023 tarihinde oy çokluğuyla kesin olarak karar verildi.

“KARŞI OY”

Dava, TTK'nın 34 üncü maddesi gereğince ticaret sicil müdürlüğü kararına itiraza ilişkindir. Davacı vekili, müvekkili şirketin 22.03.2019 tarihli olağan genel kurul toplantısında esas sözleşme gereğince A. T'nin üç yıllığına yönetim kurulu başkanı olarak seçilmesine rağmen İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğünün yönetim kurulu başkanının görev süresini bir yıl olarak tescil etmesi nedeniyle tescil kararının “A. T'nin üç yıl için yönetim kurulu başkanı olarak seçilmiştir” şeklinde düzeltilmesini talep etmiş; ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararını kaldıran Bölge Adliye Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmesi üzerine Özel Dairece; anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği TTK'nın 340 ıncı maddesi karşısında TTK'nın 366/1 inci maddesinin emredici nitelikte olduğu, davacı şirketin yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu üyeleri arasından üç yıl süre ile anonim şirket genel kurulu tarafından seçilmesine ilişkin esas sözleşme hükmünün bir yıldan fazla süreler yönünden geçerliliğinden söz olmadığı, ticaret sicili müdürlüğünün yönetim kurulu başkanı seçimini bir yıllık süre yönünden tescil etmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle karar bozulmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince, TTK'nın 366/1 inci maddesinin emredici düzenleme olmadığından madde metninden açıkça anlaşıldığı, yönetim kurulunun başkanını bir yıl süreyle seçebilme yetkisinin genel kurul tarafından seçilecek başkanın görev süresine kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün görülmediği, davacı şirket genel kurulunca esas sözleşmede öngörüldüğü üzere yönetim kurulu başkanını üç yıl süreyle seçme hak ve yetkisi olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Anonim şirketlerin yönetimi, yetki devredilmediği müddetçe yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir. Yönetim kurulu, genel kurulun yetki

alanına bırakılmış hususlar dışındaki (TTK m.408) bütün konularda karar almaya yetkilidir. TTK'nın 365 inci maddesi gereğince yönetim kurulu, sınırları kanunun emredici hükümleriyle belirlenmiş alanda şirketi yönetme yetki ve görevine sahiptir. TTK'nın 367/1 inci ve 370/2 nci maddeleri gereğince yönetim kurulu, yönetim ve temsil yetkilerini devretmeye de yetkili kılınmıştır. Yönetim kurulu, yetkilerini devretmediği takdirde bu yetkileri kurul olarak kullanır. Bu kapsamda TTK'nın 366/1 inci maddesi ile yönetim kurulunun organizasyonun belirlenmiş; yönetim kurulunun her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçeceği düzenlenmiştir. Aynı maddede ayrıca esas sözleşmede kararlaştırılması hâlinde, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin öngörülebileceği düzenlenmiştir.

TTK'nın "Görev Dağılımı" başlıklı 366 ncı maddesinin ilk fıkrasındaki "Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer. Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir" şeklindeki düzenleme ile yönetim kuruluna başkan seçilmesinin özel olarak düzenlendiği görülmektedir. TTK'nın 366/1 inci maddesi birtakım farklılıklarla birlikte 6762 sayılı TTK'nın 318 inci maddesinden alınmıştır. Bu farklılıkların en önemlisi anılan fıkranın ikinci cümlesi ile esas sözleşmede başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesinin kararlaştırılabileceği hususunun düzenlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda öncelikle TTK'nın 366/1 inci maddesinin ikinci cümlesi gereğince esas sözleşmede, başkanın genel kurul tarafından seçilmesinin öngörüldüğü durumda başkanın görev süresinin, anılan fıkranın ilk cümlesinde yer alan başkanın yönetim kurulu tarafından seçilmesi durumunda öngörülen bir yıl olarak belirlenip belirlenemeyeceği, bu durumun emredici nitelikte kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulması gerekir.

Hemen belirtmelidir ki TTK'nın 340 ıncı maddesi ile anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınır getirilmiş; esas sözleşmenin bu Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden

ancak Kanunda buna "açıkça" izin verilmişse sapabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK'da anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya izin veren hükümler; "Esas sözleşme ile kararlaştırılabilir/öngörülebilir" veya "Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa/aksi öngörülmemişse" şeklinde ifade edilmiştir. TTK'nın 340 ıncı maddesinde "açıkça" ifadesi yer alsa da anonim şirketlere ilişkin bir hükümden sapma izninin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzına bakılmaması, gerektiğinde hükmün yorumlanmasından elde edilen anlamın da dikkate alınması gerekmektedir (Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 51). Nitekim TTK'nın 340 ıncı maddesinin gerekçesinde de, "Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir" ifadesinin sadece hükmün lâfzına bakılması gerektiği anlamına gelmediği, hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresinin maddenin lâfzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşmadığı durumlarda amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımlarını da kapsadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla TTK'nın 340 ıncı maddesinde yer alan "açıkça" ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzına bakılamaz; maddî olguya uygulanacak soyut hukuk kuralının anlamını ve kapsamını belirlemek için yoruma başvurmak kaçınılmazdır. Yorum yapılırken sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas alınmalıdır (Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku C. I, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 126).

TTK'nın 366/1 inci maddesi ile başkan ve vekilinin seçilmesi şartıyla, yönetim kuruluna kural olarak kendisini organize etme serbestisi tanınmış; ancak esas sözleşme ile genel kurulun yönetim kurulunun kendini organize etmesini başkan ve başkan vekilinin seçimine ilişkin olarak kısıtlayabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla emredici hükümler ilkesini teşkil eden TTK'nın 340 ıncı maddesine uygun olarak açıkça esas sözleşme ile Kanun'da yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapılması mümkün hâle gelmiştir. Başka bir deyişle TTK'nın 366/1 inci

maddesinin ikinci cümlesindeki “Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir” şeklindeki ifade, yukarıda belirtildiği üzere, TTK’nın 366/1 inci maddesinin birinci cümlesinde öngörülen bir yıllık süreye ilişkin düzenlemenin başkanın genel kurul tarafından seçilmesi durumunda emredici nitelikte olmadığını göstermektedir (Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi C. II, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 1354; Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 78).

Yönetim kurulu başkanının görevlerinin bir bölümü Kanun’da düzenlenmiş olup yönetim kurulu başkanının en önemli görevleri yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarının hazırlanması, yönetim kurulu toplantılarının gerçekleştirilmesi, şeffaflığın sağlanması gibi işlemlerdir. Yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçildiği hâllerde, başkanın görev süresinin bir yıl olarak öngörülebileceğinin zorunlu tutulması durumunda genel kurulun takip eden yılda hiç veya gereği gibi toplanamaması ihtimalinde şirketin işleyememesi sonucunun ortaya çıkacağı, şirketi geri dönülmesi güç zorluklarla karşı karşıya bırakacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira başkan seçilmemesi nedeniyle yönetim kurulunun işleyememesi demek, şirketin yönetiminin ve temsilinin mümkün olmaması, fiil ehliyetinin kullanılmaması sonucunu doğuracak; nihayetinde yönetim kurulunun hiç toplanamaması ve organ yokluğuna ilişkin hükümler (TTK m.530) işletilmek zorunda kalınabilecektir. Diğer taraftan başkansız işleyen yönetim kurullarının iş ve işlemleri ile bunlara dayalı olarak yapılan işlemlerin geçersizlik tehdidi ile karşı karşıya kalmasına ve bu da hukuki güvenirlilik ve belirlilik ilkelerinin zedelenmesine sebep olacaktır.

Dolayısıyla başkan seçme yetkisinin genel kurulda olduğu hâllerde kanunda belirtilen sürenin emredici nitelik taşımadığının ve başkanın görev süresinin en fazla üç yıl olmak üzere TTK’nın 362 nci maddesi gereğince genel kurula bırakılmış olan üyelerin görev süresinin kararlaştırılması yetkisi ile bağlantılı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Gerçekten de şirketin sıhhatli bir şekilde işleyişinin sağlanması açısından genel kurulun üç yıldan fazla olmamak üzere TTK’nın 366/1 inci maddesinin birinci cümlesinde belirtilen bir yıllık süreden daha

uzun bir süreyi başkanın görev süresi olarak belirlenmesi maddenin hem lâfzı hem de özü gözetildiğinde emredici hükümler ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu durum özellikle genel kurulun her yıl toplanabilmesine ilişkin sorunlar söz konusu olduğunda sağlıklı bir şirket işleyişi açısından da uygun bir çözüm olacaktır. Ayrıca anonim şirketin en üst organı olan ve tüm pay sahiplerinin yer aldığı genel kurulun yönetim kurulu başkanını seçtiği durumda, başkanın süresinin bir yıl ile kısıtlanması anonim şirkete ilişkin en hayati kararları alabilen genel kurulun yetkisinin kıyas yoluyla kısıtlanması anlamına da gelecektir.

Öte yandan yönetim kurulu kendi seçtiği başkan ve başkan vekilini genel olarak her zaman değiştirmeye ve görevden almaya yetkili iken esas sözleşmedeki hüküm gereğince başkan genel kurul tarafından seçilmişse yönetim kurulu başkanını görevden alma yetkisi yönetim kurulunda değil mutlak şekilde genel kurulun yetkisindedir (Pulaşlı, s. 1355). Dolayısıyla genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu başkanının her zaman genel kurul tarafından azledilebileceği hususu da gözetildiğinde başkanın denetimi için öngörüldüğü kabul edilen bir yıllık sürenin bu durumda uygulanmasının da bir etkisinin olmayacağı açıktır.

Bu itibarla TTK’nın 366/1 inci maddesinin ikinci cümlesi gereğince yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçildiği durumda anılan maddenin birinci cümlesinde öngörülen bir yıllık süreye ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı, genel kurulun başkanın görev süresini TTK’nın 362 nci maddesi gereğince en fazla üç yıl olmak üzere serbestçe kararlaştırabileceği gözetildiğinde davanın kabulüne dair direnme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan Sayın Çoğunluğun bozma görüşüne katılamıyorum.