

Editörler

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr.Öğr.Üyesi Fatma SÜMER

T.C. İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
2025

İstanbul

Editörler

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr.Öğr.Üyesi Fatma SÜMER

T.C. İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
2025

CİLT 3 – SAYI 1 (KIŞ)



K ny 

T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Yeni Yuzyil University Faculty of Law

ISSN: 2148-3760

Cilt:3 / Sayı:1 / Kış / Yıl: 2025

Volume: 3 / No: 1 / Winter / Yıl: 2025

Sahibi / Owner

T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi /T.C. Istanbul Yeni Yuzyil University

Editörler /Editors:

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr. Öğr. Üyesi Fatma SÜMER

Dil Editörleri/ Language Editor:

Doç.Dr. Süleyman AKDEMİR

Dr.Öğr. Üyesi Zehra Gizem ATEŐ

Dr. Bihter Esin YÜCEL S AR

Editör Yardımcısı/ Assistant Editor:

Arő. Gör. Ceren KAYA

Arő. Gör. Furkan SAėLAM

Arő. Gör. Füsun Ceren KÜÇÜK

Arő. Gör. Ömer Miraç AY

Arő. Gör. Ayő Gökçen KARAS OėLU GÜRBÜZ

Yayın Kurulu/ Editorial Board:

Prof. Dr. Celal ERBAY (Başkan)

Prof. Paola TODINI

Doç. Dr. Yıldırım KESER

Doç. Dr. Maiza AISSA

Doç.Dr. Tuėba TOPçUOėLU

Dr. Öğr. Üyesi Fatma SÜMER

Dr. Öğr. Üyesi İlhan Y ė T

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2013-2024 yılları arasında yayın hayatına ara vermiştir. 2024 yılında 2. Cilt kapsamında yayına tekrar başlamış ve Yaz dönemi olması dolayısıyla bu ciltte tek sayı olarak yayınlanmıştır. 2025 yılı itibariyle 3. Cilt 1. Sayıdan devam ederek yılda iki sayı yayınlanacaktır.

İÇİNDEKİLER

RUHSATSIZ ECZANE AÇMA SUÇU

Fatih YURLU 1

SON DÜZENLEMELER IŞIĞINDA KOOPERATİF GENEL KURULU VE İŞLEYİŞİ

Seniha DAL..... 33

CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU VE MENFİ ZARAR İLİŞKİSİ

Emine YILDIRIM..... 59

LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI VE MAHKEME YOLUYLA HAKKIN KULLANILMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR

İsmail TOPALOĞLU..... 81

KİTAP İNCELEMESİ JACQUES VERGES, SAVUNMA SALDIRIYOR (Metis Yayınları / 2012)

Eda BAYAR..... 97

RUHSATSIZ ECZANE AÇMA SUÇU*



*Fatih YURLU***

* Bu çalışma, 04-05 Eylül 2021 tarihinde yapılan I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi'nde tarafımda hazırlanan ve sunulan bildiri metninin değiştirilmiş, genişletilmiş ve güncellenmiş halinden oluşmaktadır.

** Doktor Öğretim Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, E-Posta: fatihyurtlu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2905-7900.

ÖZ

Bu çalışmanın konusunu, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen "*ruhsatsız eczane açma suçu*" oluşturmaktadır. Günlük hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelen eczaneler, tıbbi malzemelerin satıldığı sıradan bir ticari işletmeye indirgenemez. Çünkü eczaneler, kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşımı bakımından hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle kanun koyucu, eczanelerin açılması ve işletmesini sıkı şartlara bağlamış; bu şartlara aykırı hareket edilmesi halinde birtakım idari ve cezai yaptırımlar öngörmüştür.

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 40. madde düzenlemesi şu şekildedir: "*Bu Kanunda yazılı usullere uygun olarak ruhsatname almaksızın eczane açanlar üç aydan bir seneye kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*". Bu bakımdan, eczane açacak kişilerin 6197 sayılı Kanun'daki usullere uygun şekilde *ruhsatname* almaları gerekir. Usulüne uygun bir şekilde alınmış ruhsatname bulunmaksızın eczane açılması durumunda, bu madde hükmünce ilgililerin ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu çalışmada; ilgili mevzuat çerçevesinde "*ruhsatsız eczane açma suçunun*" maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları ayrıntılı olarak incelenmiştir. İnceleme konusu suç tipi bakımından önem arz eden ve doktrinde "*suçun özel görünüş biçimleri*" olarak ifade edilen teşebbüs, iştirak ve içtima düzenlemelerine de çalışmada ayrıca yer verilmiştir. Bunlara ek olarak, 6197 sayılı Kanun'da düzenlenen suç tipinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki benzer suç tipleriyle ilişkisi ortaya konulmuş, böylece teori ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Ruhsatsız eczane açma, ilaçların e-ticareti, eczacıların ceza sorumluluğu, yasadışı eczane, ruhsatsız ilaç.*

ABSTRACT

The subject of this study is the “*crime of opening a pharmacy without license*” that is regulated in article 40 of the Law on Pharmacists and Pharmacies No. 6197. Pharmacies, which have become an integral part of our daily lives, cannot be reduced to an ordinary commercial enterprise selling medical supplies. Because pharmacies are of vital importance in people's access to health services. For this reason, the Legislator has placed strict conditions on the opening and operation of pharmacies and has foreseen certain administrative and penal sanctions in case of violation of these conditions.

The regulation of Article 40 of the Law No. 6197 on Pharmacists and Pharmacies is as follows: “*Those who open a pharmacy without obtaining a license under the procedures written in this Law shall be punished with imprisonment from three months to one year and a judicial fine of not less than one hundred days*”. In this regard, persons who will want to run a pharmacy must obtain a license under the procedures in Law No. 6197. The criminal responsibility of the relevant persons will come to the fore in the case of opening pharmacy without permission.

In this study, objective and subjective elements and unlawfulness of the “*crime of opening a pharmacy without license*” should be examined in depth within the framework of the provisions of the relevant legislation. In particular, the provisions of aggregation of crimes, attempt to commit a crime and accomplicity in crime, which are expressed as the special appearance forms of the crime, have importance for these cases. Beyond all this; it is necessary to reveal the relationship between this type of crime regulated in Law No. 6197 with similar crimes in the Turkish Penal Code and other laws. So that possible problems that may arise in theory and practice and solutions should be put forward methodologically.

Key Words: *Opening a pharmacy without license, electronic commerce of medicine, criminal responsibility for illegal pharmacist, illegal pharmacy, unlicensed medicine.*

GİRİŞ

Ruhsatsız eczane açma suçu, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 40. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre: *“Bu Kanunda yazılı usullere uygun olarak ruhsatname almaksızın eczane açanlar üç aydan bir seneye kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır”*. İlgili maddenin ikinci fıkrasında; *“eğer fiil eczacılık yapmak hakkını haiz olmayanlar tarafından işlenirse, verilecek cezalar yarı oranında artırılır”* hükmü yer almaktadır.

Eczane açacak kişilerin, 6197 sayılı Kanun'daki usullere uygun bir şekilde ruhsatname alması gerekir. Ruhsatname alınmaksızın eczane açılması durumunda, 6197 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca ilgililerin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Ruhsatsız eczane açma suçunun unsurları bakımından önem arz eden iki temel husus; *“kanunda yazılı usullere uygun olarak ruhsatname alınması”* ve *“eczane niteliğini haiz bir yerin açılmasıdır”*. Eczane açmak için gereken ruhsatnamenin nasıl alınacağına ilişkin usul ise 6197 sayılı *Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (EEHK)* ile 12.04.2014 tarihli ve 28970 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'te (EEHY)* ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

İlk etapta, bu suç tipine uygulamada pek sık rastlanılmayacağı akıllara gelebilir. Bununla birlikte son yıllardaki bazı teknolojik ve sosyo-ekonomik gelişmeler, suç tipini teori ve uygulamada tekrar güncel hale getirecektir. Bu gelişmelerden birincisi, son yıllardaki *“takviye edici gıdalar”* ve *“kozmetik ürünlerdeki”* üretim çeşitliliğinin ve miktarının artmasıdır. Gerçekten de son dönemlerde, teknik anlamda *“ilaç”* olup olmadığı tartışmaya müsait birçok *“takviye edici gıda”* ve *“kozmetik ürün”* ortaya çıkmıştır. Günümüzde, hemen her gelişmiş ülkede her yerde salt bu ürünlerin satıldığı *“zincir marketlere”* rastlamak mümkündür. Her ne kadar mevzuatta *“takviye edici gıda”* ve *“ilaç”* ayrımı yapılmış ise de bu mamullerin içeriğindeki ufak bir değişiklik, ilgili ürünün niteliğini değiştirmektedir. İlgili sektörün sahip olduğu dinamizm, birçok farklı marka adı altında birçok farklı içerikteki mamulün çok hızlı bir şekilde piyasaya sürülmesini sağlamaktadır. Hakeza münhasıran eczanelerde satılması

mümkün olan mamuller yalnızca ilaçlardan ibaret de değildir.¹ Dolayısıyla hangi tür ürünlerin yalnızca eczanelerde satılacağı, hangi tür ürünlerin diğer ticari işletmelerde de satılabileceği hususu, çalışma konumuzu oluşturan suç tipine ilişkin önemli bir tartışmaya işaret etmektedir. Çünkü ilgili işletme her ne kadar kendini “*eczane*” olarak lanse etmese dahi, münhasıran eczanelerde satılması mümkün mamullerin satıldığı ya da satışa arz edildiği yerler, suç tipi bakımından “*eczane*” olarak kabul edilecektir.

İlgili suç tipini güncel hale getirecek ikinci gelişme; günümüz ekonomik ve sosyal hayatını adeta esir alan *e-ticaret uygulamalarıdır*. Oldukça büyüyen ve gelişen e-ticaret platformlarında, ilaç ve türevlerini² oluşturan ürünler eczane sıfatını haiz olmayanlar tarafından toptan ya da perakende olarak kolaylıkla satışa sunulabilmektedir. Dolayısıyla fiziki bir mekâna bağlı olmadan, online olarak ilaç ve türevlerinin (kanuna göre yalnızca eczanelerde satılması mümkün mamullerin) satılması halinde “*ruhsatsız eczane açma suçunun*” oluşup oluşmayacağı da konuya ilişkin bir diğer önemli hususa işaret etmektedir.

İş bu çalışmamızda, öncelikle suç tipinin unsurlarını inceleyecek ve bu incelemeler sırasında değindiğimiz iki temel soruna ilişkin tespit ve değerlendirmelerimizi sistematik bir şekilde yapacağız. Akabinde, tespit ettiğimiz bu temel sorunlara yönelik çözüm önerilerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

¹ 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun

“Beşerî ilaçlar; Sağlık Bakanlığından ruhsatlı geleneksel bitkisel tıbbi ürünler; Sağlık Bakanlığıının iznine tabi olan homeopatik tıbbi ürünler; enteral beslenme ürünleri dâhil özel tıbbi amaçlı diyet gıdalar ve özel tıbbi amaçlı bebek mamaları münhasıran eczanede satılır” (m. 28, f. 1).

² Bu çalışmada “türev” kavramını, teknik olarak “ilaç” olmayan ancak ilgili mevzuat (EEHK m. 28, f. 1) uyarınca münhasıran eczanelerde satılabilen sair mamulleri ifade etmek için kullanılmaktadır.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Türk doktrininde “*hukuksal (hukuki) değer*”³, “*hukuksal menfaat*”⁴, “*hukuki yarar*”⁵, “*suçun hukuki konusu*”⁶ gibi⁷ farklı kavramlarla da ifade edilen *suçla korunan hukuki değer*, ceza hukuku dogmatikğinde teşebbüsün cezalandırılmasını açıklamak maksadıyla ilk olarak Karl Binding tarafından kullanılmıştır.⁸ Günümüz suç teorilerinde, suç tipinin en az bir hukuki değeri koruduğu kabul edilmektedir.⁹ Korunan hukuki değer kavramı; doğrudan şahıs veya eşyanın kendisine ilişkin olmayıp, şahıs ve eşyayla bağlantılı soyut ve manevi değerlere işaret etmektedir.¹⁰ Suçla korunan hukuki değer, aynı zamanda kanun koyucuyu suç tipini düzenlemeye iten motivasyonu da ifade eder.¹¹ Her suçun koruduğu bir

³ Kayıhan İçel / İzzet Özgenç / Adem Sözüer / Fatih S. Mahmutoğlu / Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi - 2. Kitap*, 1. Bası, Türdav Basım Yayım, İstanbul 1999, s. 95; M. Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 387; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 174; Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 118 vd; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 109.

⁴ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Serkan Meraklı / Pınar Bacaksız / İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 221 vd.

⁵ Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 201.

⁶ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım - Cilt I*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1997, s. 333; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler - Cilt I*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 248 vd; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998, s. 212; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 101; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 594 vd.

⁷ Zafer, s. 109.

⁸ Demirbaş, s. 594.

⁹ M. Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 50.

¹⁰ İçel / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver, s. 95.

¹¹ Claus Roxin / Gunther Arzt / Klaus Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Auflage, C.F Müller, Heidelberg 2006, s. 46; Dönmezer / Erman, s. 335; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, s. 221.

veya daha fazla hukuki değer vardır.¹² Dolayısıyla koruduğu hukuki değer olmayan bir suçtan bahsedilemez.¹³

Korunan hukuki değer kavramı, suçun unsurları dışında mütalaa edilir. Ancak korunan hukuki değer, suç tipinin özellikle maddi unsurlarının belirlenmesi ve yorumlanmasında önemli bir çıkış noktasını oluşturur.¹⁴ Bu nedenle çalışma konumuzu oluşturan “*ruhsatsız eczane açma suçu-nun*” unsurlarını incelemeye geçmeden önce, suç tipiyle korunan hukuki değere kısaca değinmek gerekir.

Kanaatimizce, *ruhsatsız eczane açma suçuyla* birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Suç tipiyle korunan temel hukuki değerler; “*kamu sağlığı*” ve “*kamu düzenidir*”. Kanun koyucu, yetkili merciler tarafından verilmiş bir ruhsat olmaksızın eczane açılmasını engelleyerek, öncelikle kamu sağlığını korumayı amaçlamıştır. Çünkü eczane açmak için ruhsat alınması, kanun ve yönetmelikteki sıkı şartlara tabidir: Bir eczane ancak “*eczacılık yapma hakkını haiz bir kimse tarafından veyahut onun mesul müdürlüğünde*” açılabilir (EEHK m. 1, f. 2; m. 5, f. 1). Hakeza eczacılık yapacak kişinin, diğer şartların yanında, öncelikle “*eczacılık mektebi ya da fakültesi diplomasına*” sahip olması da gerekir (EEHK m. 2). Dolayısıyla mevzuattaki bu ve benzeri diğer şartları taşımayan kişilerin ruhsatname alması hukuken mümkün değildir. Görüldüğü üzere Kanun Koyucu, eczane açılması bakımından birtakım şartlar getirmiştir. Böylece, kamu sağlığını doğrudan ilgilendiren eczacılık faaliyetinin yalnızca belirli yeterlilikteki kimseler tarafından, yetkili mercilerin denetim ve gözetiminde yapılması suretiyle “*kamu sağlığını*” korumayı amaçlamıştır. Bu bakımdan suç tipiyle korunan ilk hukuki değer “*kamu sağlığıdır*”.

Buna karşılık, eczane açma yetkisini haiz her kişinin, her istediği yerde eczane açıp işletmesi de kamu düzeni bakımından sorunlar yaratabilir. Çünkü bir eczane işletilmesi, kamu sağlığını ilgilendirmekle birlikte aynı zamanda iktisadi bir faaliyet ve dolayısıyla da bir meslektir. Bu nedenle eczanelerin sadece belirli yeterlilikteki kişiler tarafından açılıp

¹² Soyaslan, s. 212; Öztürk / Erdem, s. 201; Özgenç, 18. Baskı, s. 174.

¹³ Toroslu, s. 101; Özgenç, 18. Baskı, s. 176-177.

¹⁴ Karl Heinz Gössel, *Strafrecht Besonderer Teil - Band 2*, C.F. Müller, Heidelberg 1996, ff 1; Dönmezer / Erman, s. 334.

işletilebilmesi tek başına yeterli değildir; aynı zamanda bu iktisadi faaliyetin belirli kurallar dahilinde ilgili otoritelerin denetim ve gözetiminde icra edilmesi de gerekir. Bu bakımdan Kanun Koyucu, eczane açılmasını önceden alınmış bir ruhsatnameye tabi kılmış ve böylece kamu sağlığının korunmasının yanı sıra eczacılık faaliyetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini de amaçlamıştır. Dolayısıyla ilgili suç tipiyle korunan ikinci bir hukuki değer de “*kamu düzenidir*”.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

Ruhsatsız eczane açma suçu, 6197 sayılı Kanun’un 40. maddesinde: “*Bu Kanunda yazılı usullere uygun olarak ruhsatname almaksızın eczane açanlar üç aydan bir seneye kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu başlık altında suçun konu, fiil, netice, fail ve mağdur unsurları bakımından önem arz eden hususlara yer vereceğiz.

A. Suçun Konusu

Suçun (maddi) konusu doktrinde kısaca; “*üzerinde suç fiilinin işlendiği insan ya da şey*” olarak ifade edilmektedir.¹⁵ Ruhsatsız eczane açma suçunun “*konusunu*” incelerken, öncelikle “*eczane*” kavramından neyin anlaşılacağı üzerinde durmak gerekir. Türk Dili’nde eczane; “*ilaçların hazırlandığı veya hazır ilaçların satıldığı yer*”¹⁶ anlamına gelmektedir. Hakeza *Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik m. 4, f. 1, bent (d)*’de eczane: “*Bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde, Kanuna göre açılmış sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşu*” olarak tanımlanmıştır. Kelime anlamı ve yönetmelikteki tanımından yola çıkıldığında eczanenin, ilaç ve türevlerini münhasıran satmaya yetkili “*fiziki mekâna / yere*” işaret ettiği görülmektedir.

6197 sayılı Kanun’da ise doğrudan bir “*eczane*” tanımı yapılmamıştır. Bununla beraber Kanun’un birinci maddesinde “*eczacılık*” faaliyeti tanımlanmıştır. Bu tanıma göre Eczacılık: “*Hastalıkların teşhis ve*

¹⁵ Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 25, sa. 1, y. 1968, s. 14.

¹⁶ Türk Dil Kurumu Online Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 19.12.2024.

tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildiriminin yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir". Ancak bu tanımın eczaneye değil, "eczacılık mesleğine, hizmetine" ilişkin olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Söz konusu hukuki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ruhsatsız eczane açma suçunun konusunu oluşturan "eczane" deyiminden; *"hastalıkların teşhis ve tedavisi ya da hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç ve türevlerinin kamuya arz edildiği, eczacılık mesleği kapsamındaki ürünlerin satışa arz edildiği yerler"* anlaşılmalıdır. Dolayısıyla kısaca eczane; *"ilaç ve türevlerinin belirsiz sayıda kişiye satıldığı/satışa arz edildiği yerler"* olarak tanımlanabilir. Ancak bu "yerler" ibaresinden yalnızca fiziki mekânların mı anlaşılabileceği, yoksa e-ticaret sitelerindeki gibi maddi bir yapısı olmayan platformların da mı bu kavramın içinde değerlendirileceği hususu tartışılmalıdır.

Çalışmanın başında bahsettiğimiz ve günümüzde oldukça popüler olan *"online satış"* mecralarında, *"e-ticaret"* faaliyetleri çerçevesinde ilaç ve türevlerinin satışa arz edilmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağı, bu tartışmaya verilecek cevaba göre değişkenlik gösterecektir. Çünkü son dönemlerde oldukça yaygınlaşan *"ruhsatlı ilaç ve (özellikle bitkisel nitelikteki) türevlerinin online olarak, fiziki bir mekâna bağlı olmaksızın yetkili veya yetkisiz kişilerce satılması"* önemli ve güncel bir soruna işaret etmektedir.

6197 sayılı EEHK'da; *"beşerî ilaçların, Sağlık Bakanlığından ruhsatlı geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve Sağlık Bakanlığının iznine tabi olan homeopatik tıbbi ürünlerin, enteral beslenme ürünleri dâhil özel tıbbi amaçlı diyet gıdaların ve özel tıbbi amaçlı bebek mamalarının"* münhasıran eczanelerde satılabileceği açıkça düzenlenmiştir (m. 28, f. 1). 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'yla da *"tabip reçetesiyle satılması mümkün olan ilaçların münhasıran eczanelerde"*

satılacağı”¹⁷ hüküm altına alınmıştır (m. 1). 6197 sayılı Kanun ile “ilaçların online olarak satılması” da açıkça yasaklanmıştır: “İlaçların internet veya başkaca herhangi bir elektronik ortamda satışı yapılamaz” (m. 24, f. 1).

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu düzenlemeler, yalnızca eczanelerde satılması zorunlu ilaçların online platformlarda satışını yasaklamaktadır. Dolayısıyla bu kanuni düzenlemeler, ruhsatlı bir eczane/ecza deposu tarafından yapılacak online satışlara yönelik idari bir yasağa ilişkindir. Çünkü konuya ilişkin mevzuat incelendiğinde, bahsi geçen online satış yasağına aykırı fiilleri suç olarak düzenleyen bir ceza hükmüne rastlanılamamaktadır. Buna karşılık, 6197 sayılı Kanunu m. 40’ta düzenlenen “ruhsatsız eczane açma suçuna” ilişkin hükmün, yorum yoluyla bu tip online satışlar bakımından da uygulanması gerektiği savunulabilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kelime anlamı ve ilgili mevzuat birlikte değerlendirildiğinde “eczane”, fiziki bir mekâna işaret etmektedir. Bu nedenle “ruhsatsız eczane açma suçundan” bahsedebilmek için, ilaç satışının fiziki bir mekâna bağlı şekilde yapılması gerekir. Aksi yöndeki yaklaşım, suç ve ceza içeren kanuni düzenlemelerin dar yorumlanması ilkesine ve dolayısıyla da ceza hukukundaki “genişletici yorum” yasağına aykırılık teşkil edecektir.

İlgili kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak, *amaçsal yorum* metoduyla münhasıran eczanelerde satılması mümkün olan mamullerin “online mecralarda” satılmasının da “ruhsatsız eczane açma” vücut vereceği sonucuna varılabilir. Ancak biz, ceza hukukuna hâkim “kanunilik ilkesi” ve onun doğal bir uzantısı olan “genişletici yorum yasağı” kapsamında, ilaç satışının yapıldığı “online mecraların” ruhsatsız eczane açma suçu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı

¹⁷ 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanun
 “Madde 1 - Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafik muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.
 Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır.”

kanaatindeyiz. Bu bakımdan, internet ya da mobil uygulamalar üzerinden ilaç satılması hallerinde “*ruhsatsız eczane açma suçu*” oluşmayacak, ancak şartları oluşmuşsa diğer suç tipleri gündeme gelebilecektir.

Bu kapsamda, akıllara ilk olarak “*bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (TCK m. 186)*” ve “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma (TCK m. 187)*” suçları gelmektedir. Ancak, TCK m. 186’daki suçun oluşumu için ilacın *bozulmuş ya da değiştirilmiş*; TCK m. 187’deki suçun oluşumu için de ilacın “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak*” nitelikte olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla orijinal ve ruhsatlı bir ilacın, e-ticaret siteleri üzerinden satılması halinde kural olarak her iki suçun da tipikliği oluşmayacaktır.¹⁸

Bu tip durumlarda, unsurlarının oluşması kaydıyla 6197 sayılı Kanun 43. madde¹⁹ yollamasıyla faillerin TCK m. 193 uyarınca “*zehirli madde imal ve ticareti suçundan*”²⁰ cezalandırılması gündeme gelebilir.²¹ Ancak önemle vurgulamak isteriz ki, geçerli bir ruhsatnameye dayalı olarak fiziki bir mekânda eczane işleten kimselerin online mecraları kullanarak ruhsatlı ilaçları satmaları halinde, TCK m. 193’teki suçun tipikliği de oluşmayacaktır. Hakeza 6197 sayılı Kanun m. 43’ün formülasyonunda

¹⁸ Ruhsatlı ve izinli ilaçların da insanların sağlığını tehlikeye düşürebileceği, bu nedenle TCK m. 187’deki suçun konusunu oluşturabileceği yönündeki görüş için bkz. Aysun Altunkaş, “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel Armağanı, c. 19, sa. 2, y. 2013, s. 841 vd.

¹⁹ 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun
“Madde 43- Zehirli veya kimyevi maddelerle tıbbi ecza ve müstahzarların müsaadesiz satılması yasaktır. Bunları müsaadesiz satan veya satmak üzere dükkanında bulunduranlar Türk Ceza Kanunu’nun 193’üncü maddesine göre cezalandırılır. Ancak eczanesi bulunmayan yerlere munhasır olmak üzere Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletince tesbit ve ilan edilecek müstahzarlar bu hükümden müstesnadır.”

²⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
Madde 193 (Zehirli Madde İmal ve Ticareti):
“İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

²¹ İlgili suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut Kaplan, “Zehirli Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 193)”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD)*, İbrahim Dülger’e Armağan, c. 8, sa. 16, y. 2020, s. 597 vd.

da açıkça “*dükkanında bulunduranlar*” ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla m. 43’teki düzenlemenin de yalnızca fiziki mekanları kapsadığı ve online mecraları kapsamadığı kabul edilmelidir.

Ezcümle, yürürlükteki mevzuat ilaç ve türevlerinin fiziki bir mekâna bağlı kalınmaksızın online mecralarda satılmasını bir “*suç*” olarak düzenlememektedir. Eğer ilaç ve türevlerinin online mecralarda satılmasına yönelik fiillerin cezalandırılması isteniyorsa, salt bu fiillere ilişkin yeni bir suç tipinin ihdas edilmesi ya da EEHK m. 40’a açık bir hüküm eklenmesi gerekir. Böyle bir kanuni düzenlemeye gidilmediği sürece bu tip online ilaç satışları, ister yetkili isterse yetkisiz kişiler tarafından yapılsın, yalnızca idari para cezasını gerektiren bir haksızlık yani *kabahat* olarak cezalandırılabilir; ilgililerin ceza hukuku sorumluluğuna gidilemeyecektir.²²

Sonuç olarak, “*ruhsatsız eczane açma*” suçu yalnızca eczacılık yapılan fiziki mekânlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bir başka ifadeyle ilgili suçun konusunu sadece “*ilaçların satıldığı ya da satılmaya arz edildiği fiziki mekânlar*” oluşturabilir. Eczane’nin fiziki bir mekâna sahip olması şart olmakla beraber bu yerin mutlaka “*sabit, müstakil ve özel bir mekân olması*” şart değildir. İlgili mekânın mutlaka bir işyeri olması da zorunlu değildir. Bir konut, depo, ardiye ya da üstü açık/kapalı her türlü fiziki mekân ya da ulaşım aracı suçun konusunu oluşturabilecektir. Örneğin, özel otomobilini kullanarak ilaç satan/satışa arz eden kişi bakımından “*ruhsatsız eczane açma*” suçu oluşacaktır. Yine eczane ruhsatı olmaksızın bir market ya da alışveriş merkezinin belirli bir bölümünde ilaç satılması/satışa arz edilmesi durumlarında da suçun tipikliği oluşacaktır. Hakeza valizine ya da aracının bagajına koyduğu ilaçları, kamuya açık bir alanda satışa arz eden kişi bakımından da suçun oluşacağını kabul etmek gerekir.

B. Fiil ve Netice

Ruhsatsız eczane açma suçunun fiil unsurunu “*(eczane) açmak*” oluşturmaktadır. Bu bakımdan, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız

²² 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanun
“Yetkili merciden izin almaksızın veya verilen izne aykırı olarak sağlık beyanı ile ürün tanıtım ve satışını yapanlar hakkında yirmi bin Türk Lirasından üç yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.” (m. 18, f. 4).

nitelikteki fiziki mekânın (eczane) “açılması” halinde suçun fiil unsuru gerçekleşmiş olacaktır. “Açmak” fiili Türkçe’de, farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Suç tipi bakımından incelendiğinde açmak fiili; “bir kuruluşu, bir iş yerini işler duruma getirmek; alışverişi başlatmak, ayırmak, tahsis etmek”²³ anlamlarına gelmektedir. Bu bağlamda, fiziki bir mekânı ilaç ve türevlerinin teşhiri için tahsis etmek, ilaçları aleni bir şekilde satışa sunmak veya satmak gibi girişimler suçun fiil unsuru bakımından tipik sayılacaktır.

Fiilin icra edilmesiyle birlikte tamamlanan suçlar doktrinde, “sırf hareket suçları” olarak ifade edilmektedir.²⁴ Sırf hareket suçlarında, fiilin tamamlanmasıyla birlikte suç da tamamlanmakta; suçun kanuni tipinde fiilden ayrı olarak bir neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bu tanım ışığında ruhsatsız eczane açma suçu, kanuni tipi itibariyle bir “sırf hareket suçudur”. Dolayısıyla somut bir olayda, ruhsatsız olarak eczane-nin açılmasıyla birlikte suç da tamamlanmış olacaktır. Bununla beraber, ruhsatsız eczanenin açıldıktan sonra belirli bir süre faaliyetlerine devam etmesi mümkündür. Böyle bir durumda, ilgili suçun mütemadi davranışla işlendiğinin ve tek suçun oluştuğunun kabulü gerekir. Bu ihtimalde faile tek bir ceza verilecek; ancak bu durum yani fiilin temadi etmesi, temel cezanın belirlenmesinde üst sınıra yaklaşılmada dikkate alınacaktır.

Suçun oluşumu bakımından, ruhsatsız olarak açılan eczanenin kişilerin hayatı ya da sağlığı bakımından bir zarar yaratması gerekmez. Bu yönü itibariyle “ruhsatsız eczane açma” bir zarar suçu değil, bir tehlike suçudur. Satılan ilaç veya mamulün kişilerin hayatı ya da sağlığı bakımından zarar oluşturması durumunda, failin manevi unsuruna göre; “kasten öldürme, taksirle öldürme, kasten yaralama ya da taksirle

²³ Türk Dil Kurumu Online Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 20.12.2024.

²⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 191; Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 127-128; Toroslu, s. 135.

yaralama”²⁵ suçları gündeme gelecektir.²⁶ Satılan ilaç ya da türevlerinin, kişilerin hayatı ya da sağlığı bakımından bir zarardan ziyade genel bir “zarar tehlikesi” yaratması durumundaysa TCK m. 187’de düzenlenen “*kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma*” suçu gündeme gelecektir.²⁷

Sonuç olarak, *ruhsatsız eczane açma suçu* bakımından, ruhsatsız olarak açılan eczanede satılan ya da satılmak için hazır bulundurulan ilaçların insan sağlığı bakımından tehlike arz etmesi gerekmez. İlgili eczanedeki tüm ilaç/mamullerin lisanslı olması durumunda dahi suç oluşacaktır. Bu bakımdan ilgili suç tipiyle cezalandırılan fiil, salt “*ruhsatsız olarak eczane açılmasıdır*”.

²⁵ Alman doktrininde “*Apotheker Fall - Eczacı Olayı*” şeklinde tartışılan örnek olay özetle şu şekildedir: Eczacı E, müşteriye verebilmesi için her seferinde yeni bir doktor reçetesi gereken fosfor içerikli bir ilacı, hastanın talebi üzerine eski reçeteye istinaden ikinci kez verir/satar. Bu şekilde temin ettiği ilacı kullanan hastanın sağlığı bozulur ve hasta hayatını kaybeder. Yapılan otopsi neticesinde hastanın “*fosfor içerikli ilacı gereğinden fazla kullanması nedeniyle*” hayatını kaybettiği tespit edilir. Örnek için bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band II*, C. H. Beck, München 2003, s. 652, kn. 74; Günter Spendel, “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”, *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1961, s. 183.

Örnek olaydaki gibi satılan ilaç nedeniyle kişilerin sağlığına doğrudan bir zarar gelmesi halinde, faillerin manevi unsuruna göre “*yaralama ve öldürme suçlarından*” sorumlulukları gündeme gelecektir. Hakeza bu tip durumlarında ilacı satan kişinin “*eczacı*” olup olmaması, ilacın satıldığı yerin de “*eczane*” olup olmaması kural olarak önemli değildir.

²⁶ Bu tip durumlarda, failler bakımından TCK m. 187’de düzenlenen; “*Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu*” da tartışılmalıdır. Ancak TCK m. 187’de düzenlenen suç, bir “*soyut tehlike suçudur*”. Dolayısıyla bu suçun oluşması için ilacın ölüm veya yaralanmaya sebebiyet vermesi gerekmez. İlacın kişilerin vücut bütünlüğüne zarar verdiği durumlarda artık tehlike suçundan değil, zarar suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Fatih Selami Mahmutoglu, “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”, *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 399, 410; Mahmut Kaplan, “Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu (TCK m. 194)”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, sa. 2, y. 2023, s. 803.

²⁷ TCK m. 187
 “(1) *Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.*
 (2) *Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*”

Eczane açılmasına yönelik ruhsatın hangi şartlar altında hangi merci tarafından düzenleneceği ise 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun ve bu Kanun'un uygulanması için çıkarılan yönetmelikte belirlenmiştir. EEHK'nın 5. maddesi şu şekildedir:

“Serbest eczaneler, eczacılık yapma hakkını haiz bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde yönetmelikte belirlenen belgelerle il sağlık müdürlüğünce düzenlenmiş ve valilikçe onaylanmış bir ruhsatname ile açılır. Ruhsatname konusunda meydana gelecek sorunların çözüm yeri Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumudur.

Eczane açmak, devretmek veya başka bir yere nakletmek isteyen eczacılar, bulunduğu ilin sağlık müdürlüğüne dilekçe ile başvurur. Eczane açmak isteyenlerin belgelerinin tam olması hâlinde ruhsatname düzenlenir. Düzenlenen ruhsatnameler Sağlık Bakanlığına, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumuna ve Türk Eczacıları Birliğine bildirilir. Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması ve belediyeye harç ödemesi gerekmez. Eczaneler için ayrıca başka herhangi bir kurum veya kuruluştan kayıt veya onay belgesi aranmaz” şeklindedir.

İlgili hukuki düzenlemeler ve suç tipinin kanuni formülasyonu birlikte değerlendirildiğinde; 6197 sayılı Kanun ile Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'te belirlenen usul ve esaslara uygun bir ruhsatname almaksızın eczane açanlar bakımından suçun maddi unsurları tamamlanmış olacaktır. Ancak tam bu noktada, ruhsatname usulünün kanunla değil de yönetmelikle düzenlenmiş olması “suçta ve cezada kanunilik ilkesine” aykırılık bakımından tartışılabilir. Kanaatimizce, ilgili kanuni düzenlemede açıkça “ruhsatname alınmaksızın” ifadesine yer verdikten sonra, ilgili ruhsatname usulünün ayrıntılarının yönetmelikle düzenlenmesi, kanunilik ilkesine doğrudan aykırılık teşkil etmez.

Buna karşılık, alındığı tarih itibariyle geçerli bir ruhsatname yönetmelikte sonradan yapılan değişiklikler nedeniyle geçersiz hale gelmiş olabilir. Böyle bir durumda, yani almış olduğu geçerli ruhsatnameye dayanarak eczane açıp işleten kişinin, ruhsatname şartlarını kaybetmesi ve bu nedenle ruhsatnamenin geçersiz hale gelmesi hallerinde cezalandırılabilmesi için, söz konusu eczanenin yetkili makamlar tarafından hukuken ya da fiilen kapatılmış olması gerekir. Böyle bir kapatma fiilinden sonra

ilgili eczaneyi işletmeye devam eden failler suç nedeniyle cezalandırılabilir. Ancak her ne kadar sonradan “geçersiz” hale gelmiş olsa bile, zamanında usulüne uygun şekilde alınmış bir ruhsatnameye dayanılarak işletilen eczaneler bakımından fiili ya da hukuki kapatma kararı alınmadan ilgililerin ceza hukuku sorumluluğuna gidilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde, yapılan yönetmelik değişikliğiyle birlikte cezalandırılmayan bir fiil cezalandırılabilir hale gelmiş olacaktır ki, bu durum da suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecektir.

C. Suçun Faili ve Mağduru

Suçun temel şeklinin düzenlendiği 6197 sayılı Kanun m. 40, f. 1 incelendiğinde, ilk etapta failin niteliği bakımından herhangi bir sınırlandırma yapılmadığı görülmektedir. Bu yönü itibariyle “*ruhsatsız eczane açmanın*” bir özgü suç olmadığı, herkes tarafından işlenebilecek bir suç olduğu düşünülebilir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli hali göz önüne alındığında, suçun esasında bir “*özgü suç*” olduğu sonucuna varılmaktadır. Çünkü mevcut formülasyonda, suçun temel şekli yalnızca “*eczacılık yapma hakkını haiz kimseler*” tarafından işlenebilecektir. Bu yönü itibariyle “*ruhsatsız eczane açma*” suçunun temel şekli, yalnızca “*eczacılık yetkisini haiz kimseler*” tarafından işlenebileceğinden “*özgü suç*” niteliğindedir.

Kanaatimizce, maddenin formülasyonu bu haliyle teorik açıdan kafa karıştırıcı niteliktedir. Bir suçun temel şeklinin “*özgü suç*” olarak düzenlenip, herkes tarafından işlenmesinin “*nitelikli bir hal*” olarak düzenlenmesi, en azından 5237 sayılı TCK’nın benimsemiş olduğu sistematikte uyumlu değildir. Bu nedenle ya ikinci fıkranın müstakil bir suç olarak düzenlenmesi ya da suçun temel şeklinin “*herkes tarafından işlenebilen bir suç*” haline getirilip suçun “*eczacılık yetkisi olanlar tarafından işlenmesinin*” cezayı azaltan nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Suç tipinde fail unsuruyla bağlantılı olarak dikkat edilmesi gereken diğer bir husus; eczanenin Kanun’daki usule uygun olarak alınmış bir “*ruhsatname olmaksızın*” açılmış olmasıdır. Bu nedenle eczane açacak kişilerin, eczane açmak için kanunda aranan şartları taşıyor olması suçun oluşumunu engellemez. Suçun oluşmaması için eczacılık şartlarını

taşıyan kimselerin, aynı zamanda Kanun'un ilgili hükümlerince yetkilendirilmiş makamlar tarafından verilmiş bir ruhsatnameye sahip olmaları da gerekir.

Hakeza yukarıda da vurguladığımız üzere ilgili suç tipi bir *zarar suçu* olarak değil, bir *soyut tehlike* suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ruhsatsız olarak işletilen eczanede satılan ilaçların ruhsatlı olması, suçun oluşumunu engellemez. Suç tipinin mağdur unsurunu, eczaneden alışveriş yapan kişiler değil, “*toplumu oluşturan tüm bireyler*” oluşturmaktadır. Eğer ruhsatsız olarak açılan eczanede satılan ilaçları kullanan kişiler bu nedenle sağlıklarını kaybetmişlerse, kasten/taksirle yaralamaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan satılan ilaçlar nedeniyle sağlıkları bozulan kimseler “*ruhsatsız eczane açma suçunun*” değil, “*kasten/taksirle yaralama*” suçunun mağduru olarak kabul edilecektir. Sonuç olarak, ruhsatsız eczane açma suçunun mağdur unsurunu belirli kişi ya da kişiler değil “*toplumdaki tüm bireyler*” oluşturmaktadır.

III. SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

Bir kimsenin ceza hukuku sorumluluğunun doğması için tipikliğin maddi unsurlarının gerçekleşmiş olması tek başına yeterli değildir. Objektif nitelikte olan maddi unsurlara, subjektif nitelikte olan manevi unsurların da eklenmesi gerekir. Dolayısıyla bir davranışın “*suç*” olarak telakki edilebilmesi için, maddi unsurların yanında manevi unsurların da tam olması gerekir.²⁸ Suçun manevi unsurları, psikolojik/ruhsal alana yani failin iç dünyasına ait kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun temel aldığı suç teorisinde, suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbirinden ayrılmıştır. Bu bakımdan suçun temel manevi unsurları kast ve taksir olup, kast ve taksir bir kusur türü değildir.³⁰ Kusurluluk ise işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması, muaheze edilmesi gerektiği hususundaki normatif bir yargıyı ifade etmektedir.³¹

²⁸ Özgenç, 16. Baskı, s. 242; Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 144.

²⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 215.

³⁰ Özgenç, 16. Bası, s. 242; Hakeri, s. 215.

³¹ Özgenç, 16. Bası, s. 242.

Suçlar kural olarak kasten işlenir (TCK m. 21/1). Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 21/1). Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde ise olası kasttan bahsedilir (TCK m. 21/2). Ceza hukukunda kasti sorumluluk esas, taksirli sorumluluk ise istisnaidir. Bu bakımdan taksirle işlenen fiiller, yalnızca kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK m. 22/2). Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2). Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi halindeyse bilinçli taksirden söz edilir (TCK m. 22/3).

Suçun manevi unsurlarına ilişkin bu genel açıklamalar ışığında, taksirli hali kanunda açıkça düzenlenmediğinden, *ruhsatsız eczane açma* ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin kastının yani bilgisinin, suçun tüm maddi unsurlarını kapsaması gerekir. Bu bakımdan suçun oluşumu için faillerin, sattıkları mamullerin yalnızca eczanelerde satılabilen nitelikte olduğunu ve geçerli bir ruhsatnamelerinin olmadığını bilmeleri ve buna rağmen fiillerini icra etmeleri gerekir.

Kanuni tipte özel bir ibare yer almadığından suçun “*olası kastla*” işlenmesi de mümkündür. Örneğin fail, eczane niteliğinde olmayan işyerinde toptancısının önerdiği “*gıda takviyelerini*”, bu mamullerin esasında “*gıda takviyesi olmadığı, ilaç niteliğinde olduğu ve dolayısıyla yalnızca eczanelerde satılabileceği hususunda*” kuvvetli şüphesi olmasına rağmen yüksek kar oranı nedeniyle satışa arz etmiştir. Kanaatimizce bu örnekte fail, *ruhsatsız eczane açma* suçunu “*olası kastla*” işlemiştir.

Failler, sattıkları mamullerin ilaç olduğunu düşünmelerine rağmen gerçekte bu mamuller ilaç niteliğinde değilse; örneğin mamuller eczane dışında da satılması mümkün olan *gıda takviyesi* niteliğindeyse artık “*işlenemez suçtan*” bahsetmek gerekir. Çünkü bu örnekte, aslında “*ilaç ve türevleri*” bulunmadığından suçun konusu “*eczaneden*” de bahsedilemez. Suçun konusu başlığı altında ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, bir yerin *eczane* olarak nitelendirilebilmesi için iki temel unsuru birlikte taşıması gerekir: Fiziki bir mekân ve sadece eczanelerde satılması mümkün mamullerin (ilaç ve türevlerinin) satışa arz edilmesi. Suç teorisinde,

suçun konusunun bulunmadığı durumlarda “işlenemez suçtan” bahsedilir ve bu tip durumlarda faillerin teşebbüs hükümlerince dahi ceza sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.³²

Suçun manevi unsurlarıyla bağlantılı olarak kısaca *hata* konusuna da değinmek gerekir. Failler, açtıkları işletmede sattıkları ürünlerin ilaç niteliğinde olmadığını düşünerek hareket ediyor olabilir. Ancak gerçekte durum farklıdır ve sattıkları ürünlerden en azından bir kısmı ilaç ve türevi niteliğindedir. Bu ihtimalde failler, suçun maddi unsurlarında (suçun konusunda) hataya düşmüştür. Böyle bir hata ise faillerin kastını kaldırır. Suç tipinin taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden artık faillerin ceza sorumluluğuna gidilemez. Çünkü fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz (TCK m. 30/1).

IV. HUKUKA AYKIRILIK³³

Bir fiilin tipikliği, yani maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmiş olması, onun hukuka aykırılığına bir karine oluşturmaktadır.³⁴ Ancak bu karine kesin olmayıp, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasına bağlıdır. Bir diğer ifadeyle, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmemişse tipe uygun fiil aynı zamanda hukuka aykırı olur.³⁵

³² Tersine unsur yanılgısının bulunduğu bu gibi hallerde *işlenemez suçun* söz konusu olduğuna ilişkin görüş için bkz. Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 260.

Hem suçun konusunun olmaması hem de davranışın elverişsiz olması hallerinde “işlenemez suçtan” bahsedilmesi gerektiğine yönelik görüş için bkz. Toroslu, s. 288.

³³ Hukuka aykırılığın suçun yapısındaki yerinin ne olduğu teoride tartışmalıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Hans Joachim Hirsch, *Die Lehre von Negativen Tatbestandsmerkmalen: der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, L. Röhrscheid, Bonn 1960; Ali Şahin Kılıç, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 160 vd.; Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, sa. 1, y. 2016, s. 407-450.

³⁴ Veli Özer Özbek / Mehmet Nihat Kanbur / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 279; İçel / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver, s. 100.

³⁵ İçel / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver, s. 100; Hakeri, s. 301.

Kural olarak hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmında açıkça zikredilen hukuka uygunluk nedenleri; “*kanunun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2)*” olmak üzere dört tanedir.³⁶

Ruhsatsız eczane açma suçunda, bu dört genel hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulması teorik açıdan mümkündür. Buna karşılık söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin pratikte ne şekilde sübut bulacağına ilişkin somut örnek vermek oldukça zor görünmektedir. Özellikle *meşru savunma* ve *ilgilinin rızası* hukuka uygunluk nedenlerinin suç tipi bakımından uygulanması, pratikte pek mümkün görünmemektedir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde değindiğimiz üzere, ilgili suç tipi bir zarar suçu olarak değil bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir ve bu suçun mağduru belirli bir kişi ya da kişiler değil toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Bu nedenle ruhsatsız olarak açılan eczaneden, bu durumu bilerek ilaç alan kişilerin gösterdiği rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiğinden bahsedilemez.

Doğası gereği *meşru müdafaa* hukuka uygunluk nedeni de suç tipi bakımından pratikte uygulanabilir değildir. Benzer şekilde, *hakkın kullanılması* hukuka uygunluk nedeninin suç tipi bakımından ne şekilde uygulanacağına somut örnek bulmak da oldukça zor görünmektedir. Eczane-
nin “*ruhsatsız açılması*”, suç tipinde bir maddi unsur olarak yer aldığından, “*ruhsata dayalı*” bir eczanenin açılması halinde “*hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğinden*” ziyade tipikliğin oluşmadığından bahsetmek daha isabetli olacaktır.

Bununla beraber “*görevin ifası*” ya da “*kanunun emri*” hukuka uygunluk nedeninin suç tipi bakımından uygulanması hem teorik hem de pratik anlamda mümkündür. Örneğin, ağır bir doğal afet nedeniyle yöre halkının ilaca ulaşımının çok zorlaştığı bir zamanda, kamu otoriteleri tarafından belirli kişilere ruhsatları olmadığı halde belirli şartlar dahilinde halka ilaç temin etmeleri yönünde bir “*görev, yetki*” verilmiş olabilir. Bu kapsamda, aslında sadece A ilçesinde eczane ruhsatı olan E'ye, belirli bir

³⁶ Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 274-275.

süre kapsamında doğal afetten etkilenen komşu ilçe B’de de sabit ya da gezici olarak ilaç satabilme yetkisi verilmiştir. Böyle bir durumda, eczacı E’nin gerçekleştirdiği fiil “görevin ifası” kapsamında kalacağından artık hukuka aykırılıktan ve dolayısıyla da suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

V. KUSURLULUK

5237 sayılı TCK’nın benimsemiş olduğu suç teorisinde, haksızlık ve kusur kavramları birbirinden kesin bir şekilde ayrılmıştır. Haksızlık, hukuk düzeninin davranış normlarıyla yasakladığı fiilleri ifade etmekten; kusur ise işlenen fiilin fail bakımından normatif bir değerlendirmesinden ibarettir.³⁷ TCK’da kusurluluğu etkileyen çeşitli hallere yer verilmiştir.³⁸ Ancak çalışmamızın bir suç tipi incelemesi olması nedeniyle kusurluluğu etkileyen hallerin her birine değil, sadece suç tipiyle doğrudan bağlantılı olabileceğini düşündüğümüz “zorunluluk haline” değinmekle yetineceğiz.

Zorunluluk hali, 5237 sayılı TCK’nın 25. maddesinin 2. fıkrasında: *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bakımdan, yukarıda *görevin ifası* hukuka uygunluk nedeni bağlamında vermiş olduğumuz örneği yinelememiz gerekir. Ağır bir doğal afet sonucunda vatandaşların yoğun bir şekilde ilaç ihtiyacı doğmuştur. Konuya ilişkin olarak yetkili kamu otoriteleri de henüz hukuki bir girişimde bulunmamış, herhangi bir yetkilendirme yapmamıştır. Yörede hasıl olan bu yoğun ilaç ihtiyacını karşılamak adına kendiliğinden harekete geçerek, yetkisi olmadığı halde ilgili yörede ilaç satan/satışa arz eden kişiler bakımından “zorunluluk hali” gündeme gelecektir.

³⁷ Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 311.

³⁸ Bkz. Özgenç, 16. Baskı, s. 414 vd.

Aslında böyle bir zorunluluk olmadığı halde varmış gibi düşünerek hareket eden kimseler bakımından da TCK m. 30/3'te düzenlenen “*kusurluluğu kaldıran hallerin maddi şartlarında hata*” hükümleri uygulama alanı bulabilir. Böyle bir durumda failer kusurlu addedilemeyecek ve dolayısıyla da cezalandırılmayacaktır. Benzer şekilde, bir savaş ya da salgın hali söz konusu olduğunda, ortaya çıkan acil ilaç ihtiyacını karşılamak amacıyla yapılan iş ve işlemler de şartlarının oluşması halinde *zorunluluk hali* kapsamında değerlendirilecektir.

Pratikte çok mümkün görünmemekle beraber teorik açıdan şöyle bir ihtimal de gündeme gelebilir: Bir kimse, eczacılık yapma yetkisine sahip olup, eczane açmak için belediyeden herhangi bir işyeri ruhsatı almanın yeterli olacağını düşünmüş olabilir. Böyle bir durumda, suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükümlerin mi (TCK m. 30/1) yoksa haksızlık hatasına ilişkin (TCK m. 30/4) hükümlerin mi uygulanacağı tartışılmalıdır. Kanaatimizce; suç tipi bakımından “*ruhsat alınmaması*” bir maddi unsur olduğundan, böyle bir durumda suçun maddi unsurlarında hataya (TCK m. 30/1) ilişkin hükümler uygulanacak ve bu hata failin kastını kaldıracaktır. Dolayısıyla suçun taksirli şekli de kanunda düzenlenmediğinden failer cezalandırılmayacaktır.

Buna karşılık, farklı bir ülkede eczacılık yapma yetkisini haiz bir kişi Türkiye’ye gelerek herhangi bir ruhsat başvurusu yapmadan eczane açmış olabilir. Bu ihtimalde failin hatasının kaçınılmaz olduğu tespit edilirse artık kusurlu addedilemeyecek ve cezalandırılmayacaktır (TCK m. 30/4). Bu ihtimalde, suçun maddi unsurlarından ziyade normatif alanda bir yanılğı söz konusudur. Bu nedenle bu örnekte suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hatanın değil “*haksızlık yanılığının*” oluşacağı kanaatindeyiz.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında doktrinde genellikle; teşebbüs, iştirak ve içtima konuları incelenmektedir. *Ruhsatsız eczane açma suçu*, tipte düzenlenişi itibarıyla “*sırf hareket suçu*” niteliğindedir. Konuya ilişkin doktrindeki genel yaklaşım, sırf hareket suçlarına

teşebbüsün kural olarak mümkün olmadığı yönündedir.³⁹ Bununla beraber doktrinde, fiilin kısımlara bölünebildiği durumlarla sınırlı olmak kaydıyla sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁰ Kanaatimizce; ruhsatsız eczane açma suçunun fiil unsuru da kısımlara bölünebileceğinden, bu suça teşebbüs mümkündür. Örneğin, ruhsatsız olarak eczane açmak için tüm hazırlıklarını yapan kişi, eczaneyi faal hale getirmeden kısa bir süre önce yetkili makamlarca tespit edilmiş ve tüm ilaçlara el konulmuştur. Böyle bir durumda, fail hakkında suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması kanaatimizce mümkündür.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, eczane açma fiiliyle kastedilenin “ilaç niteliğindeki mamullerin fiziki bir mekanda satışa arz edilmesi” olduğudur. Dolayısıyla, suçun tamamlanması için ilaçların satışa arz edilmesi yeterli olup, fiilen satış yapılması şart değildir. Bu bakımdan fail, eczane ruhsatı olmaksızın ilaç ve türevi mamulleri satışa arz etmiş ancak daha hiç satış yapamamış olabilir. Bu ihtimalde suç teşebbüs aşamasında kalmamış, bilakis tamamlamıştır. Bu nedenle fail teşebbüs hükümlerince değil, suçun tamamlanmış halinden cezalandırılmalıdır.

Suç tipi bakımından kural olarak iştirakin her türlü mümkündür. Bununla birlikte EEHK m. 40, f. 1’deki suç tipinin sadece *eczacılık yapma hakkını haiz olanlar* tarafından işlenebileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Fiilin, eczacılık yapma hakkını haiz olmayanlar tarafından gerçekleştirilmesi ise ikinci fıkrada cezayı artıran nitelikli bir unsur olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan eczacılık yetkisine sahip olan ve olmayan kişiler tarafından fiil birlikte gerçekleştirildiğinde; eczacılık yetkisini haiz olanlar maddenin birinci fıkrasından, eczacılık yapma yetkisini haiz olmayanlar ise maddenin ikinci fıkrasından sorumlu olacaktır.

Yukarıda da vurguladığımız üzere, suç tipinin düzenlendiği EEHK m. 40’ın mevcut formülasyonu hem kanun yapma tekniği açısından hem de suç teorisi açısından problemli görünmektedir. Bir suç normunda, suçun temel şekli tanımlandıktan sonra cezayı artıran veya azaltan nitelikli

³⁹ Dönmezer / Erman, s. 454; Soyaslan, s. 355; Hakeri, s. 510; Özgenç, 16. Baskı, s. 523; Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 434.

⁴⁰ Toroslu, s. 294. Dönmezer / Erman, s. 455; Hakeri, s. 510; Koca / Üzülmüş, 13. Baskı, s. 434.

unsurlara yer verilmesi daha isabetlidir. Dolayısıyla ilgili kanuni düzenlemenin birinci fıkrasında suçun herkes tarafından işlenebilen temel şeklinin, ikinci fıkrasında ise suçun eczacılık yetkisine sahip kimseler tarafından işlenmesinin cezayı azaltan bir nitelikli unsur olarak düzenlenmesi düşünülmelidir.

Ruhsatsız eczane açma suçunun zincirleme şekilde işlenmesi ise hem teorik hem de pratik açıdan mümkündür. Zincirleme suç, 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır”.

Ruhsatsız eczane açma suçunun mağdurunun belli bir kişi olmadığını, suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu yukarıda vurgulamıştık. Dolayısıyla, suç tipinin zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Örneğin fail, ruhsatı olmadığı halde farklı yerlerde ardı ardına birden fazla eczane açmış olabilir. Böyle bir durumda, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalı ve tek suçtan ceza verilerek cezasında artırıma gidilmelidir.

*Ruhsatsız eczane açma fiillerinin farklı suç tipleriyle fikri içtima oluşturması da mümkündür. İlgili suç tipinin işlenmesinden önce ya da işlenmesinde sonra gündeme gelmesi en muhtemel suç tipleri “belgede sahtecilik suçlarıdır”. Örneğin bir kimse, sahte bir ruhsat düzenleyerek eczane açmış olabilir. Böyle bir durumda failer bakımından “gerçek içtima” hükümleri uygulanacak; “resmi belgede sahtecilik” ve “ruhsatsız eczane açma” suçlarından ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Esasında 5237 sayılı TCK'da belgede sahtecilik suçlarında içtimaya ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmaktadır: “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur (TCK m. 212)”.*⁴¹

⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2010 tarihli bir kararında; TCK m. 212'nin yalnızca TCK'daki suç tipleri bakımından uygulanabileceğini, özel kanunlardaki suç tipleri

Altını çizmemiz gerekir ki, belgede sahtecilik suçlarına ilişkin TCK'daki bu özel içtima düzenlemesi bulunmasaydı da varmış olduğumuz sonuç değişmeyecekti. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı yaptırım teorisinde genel kural “*gerçek içtimadır*”. Dolayısıyla her bir suç tipi bağımsızlığını korur ve kural olarak ayrı ayrı cezalandırılır.

Failler, ruhsatsız olarak işletmiş oldukları eczanede, ilgili makamlara sunulması veya ibraz edilmesi gereken resmi nitelikteki belgeleri sahte olarak üretmiş olabilir. Bu tip durumlarda da “*gerçek içtima*” kuralı uygulama alanı bulacak ve failler hem *resmi belgede sahtecilik* hem de *ruhsatsız eczane açma suçlarından* ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

VII. YAPTIRIM

6197 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, ruhsatsız eczane açanlar hakkında “*üç aydan bir seneye kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası*” öngörülmüştür. Görüldüğü üzere suçun yaptırımında, hapis cezasının yanı sıra uygulanacak *adli para* cezasına yer verilmiştir. Suç nedeniyle uygulanacak adli para cezası, 100 günden az 730 günden fazla olamayacaktır (TCK m. 52/1). Buna mukabil suçun eczacılık yapma yetkisini haiz olmayanlar tarafından işlenmesi halinde cezalar yarı oranında artırılarak uygulanacağından, adli para cezası 150 günden az olamaz.

Suçun işlenmesinde kullanılan ya da işlenmesinden elde edilen gelirler hakkında TCK m. 54 ve 55 uyarınca “*eşya ve kazanç müsadere*si” hükümleri de uygulanabilecektir. Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında ilgili eşyaların müsadere sine hükmedilmeyebilir (TCK m. 54/3). Bu bakımdan ruhsatsız olarak işletilen eczanede hukuka uygun yollarla elde edilmiş ve tıbben

bakımından ise uygulanamayacağına hükmetmiştir. YCGK, Ceza Genel Kurulu, E. 2010/38, K. 2010/79, T. 06.04.2010 (Yargıtay Karar Arama, erişim tarihi: 27.12.2024).

Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadına iştirak etmiyoruz. İçtima öğretisindeki genel kural zaten “*gerçek içtima*” olduğundan, özel kanunlarda tanımlanan bir suç ile belgede sahtecilik suçları birlikte işlendiğinde her suç ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Fatih Birtok / Eren Akpınar, “Belge Kullanılarak İşlenen Dolandırıcılık Suçunda Belgenin Aldatma Yeteneğinin Hileli Davranış Üzerine Etkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XVII, sa. 2, y. 2022, s. 370, dn. 14.

kullanıma uygun çok yüksek değerde ilaca ulaşıldığında, bu ilaçların tamamının müsadere edilmemesi hakkaniyete daha uygun düşebilir. Ancak ilgili suç kapsamında süresi geçmiş ya da bozulmuş mamuller söz konusu olduğunda, elbette ki bu nitelikteki ürünlerin hepsi derhal imha edilmelidir. Kanaatimizce böyle bir durumda, yani el konulan mamullerin insan sağlığı açısından zararlı olduğu tespit edildiği takdirde, bu nitelikteki mamullerin müsadere kararı beklenilmeden idari bir kararla derhal imha edilmesi de hukuken mümkündür.

Ruhsatsız eczane açma suçu, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde de işlenmiş olabilir. Bu durumda ilgili tüzel kişi hakkında TCK m. 60 uyarınca “*Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri*” de uygulanabilir. Bu bağlamda, ilgili tüzel kişinin *faaliyet izni iptal edilebilecek* veya suç nedeniyle tüzel kişinin malvarlığında bir artış olmuş ise bu meblağ *müsadereye* tabi tutulabilecektir.

Tam bu noktada, 6197 sayılı Kanun’un 40. maddesinin 3. fıkrasına da değinmek gerekir. Bu düzenlemeye göre: *Her iki halde de mahkeme kararına hacet kalmaksızın bu gibi yerler mahallin en yüksek sağlık amiri tarafından derhal kapatılır*”. Ancak dikkat etmek gerekir ki, üçüncü fıkrada “*her iki halde de*” olarak ifade edilen durumlar *ruhsatsız eczane açma suçunun* birer işleniş biçimidir. Dolayısıyla söz konusu suç fiillerinin sübut bulup bulmadığı ancak yapılan ceza yargılaması sonunda verilecek “*hükümle*” tespit edilebileceğinden, üçüncü fıkra hükmünün ne şekilde uygulanacağı hukuki bir sorun oluşturmaktadır.

Kanaatimizce, bu fıkra da vurgulanmak istenen husus; ruhsatsız olarak işletilen eczane tespit edildiğinde, salt idari bir işlemle yani ceza mahkemesi kararı beklenilmeksizin *bir idari yaptırım olarak* eczanenin kapatılmasıdır. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrası bir ceza hukuku yaptırımına değil, bir idare hukuku yaptırımına işaret etmektedir. Çünkü söz konusu eczane zaten geçerli bir ruhsata dayanılarak işletilmediğinden, bir başka ifadeyle ortada iptal edilecek bir izin zaten bulunmadığından 5237 sayılı TCK m. 60, f. 1’de düzenlenen “*tüzel kişinin izninin iptalinin*” uygulanması hukuken mümkün değildir.

SONUÇ

Bu çalışmamızda, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen “*ruhsatsız eczane açma suçunu*” teorik ve pratik açıdan inceledik. Eczane açma, ulusal mevzuatımızda hem 6197 sayılı Kanun hem de *Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik* uyarınca sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu bakımdan öncelikle kanun ve yönetmelikte yer alan usullere uygun bir ruhsatname alınmalı ve bilahare eczane açılmalıdır. Bu şarta aykırı olarak eczane açılması, ilgili kimseler bakımından hukuki sorumluluğun yanında cezai sorumluluğu da getirecektir.

Ruhsatsız eczane açma suçuyla birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Suçla korunan hukuki değerler; “*kamu sağlığı*” ve “*kamu düzenidir*”. Suçun konusunu ise “*eczane*” oluşturmaktadır. Bu yönü itibariyle “*eczane*” deyiminden neyin anlaşılacağı suç tipi bakımından önemli bir soruna işaret etmektedir. Yapmış olduğumuz değerlendirmelerde, “*eczane*” deyiminden yalnızca ilaç ve türevlerinin satışa arz edildiği *fiziki mekanların* anlaşılması gerektiği sonucuna varmış bulunmaktayız. Dolayısıyla fiziki bir mekâna bağlı kalınmaksızın online mecralar üzerinden ilaç satılması halinde suçun unsurlarının oluşmayacağını kabulü gerekir.

Esasında suç tipine ilişkin teknik tartışmaları bir kenara bıraktığımızda, yaptığımız çalışma neticesinde varmış olduğumuz ilk ve temel sonuç; *eczacılık ve ilaç sektörüne ilişkin ulusal mevzuatımızın oldukça eski tarihli*⁴² *ve dağınık olduğudur*. Her ne kadar ilgili hukuki düzenlemelerin çeşitli tarihlerde değiştirilmesi suretiyle günümüz ihtiyaçlarına cevap vermesi sağlanmak istenmiş ise de şu anki durum itibariyle bu amaca ulaşıldığını söyleyebilmek mümkün değildir. Bu bakımdan konuya ilişkin ilk önerimiz; eczacılık ve ilaç sektörüne ilişkin dağınık ve karmaşık halde bulunan mevzuatın gözden geçirilerek güncellenmesi, birbiriyle uyumlu

⁴² Eczacılık ve ilaç sektörüne ilişkin iki temel kanun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi olan 1262 sayılı *İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu* 1928 tarihli, ikincisi olan 6197 sayılı *Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun* ise 1953 tarihli. Elbette sorun, yalnızca iki kanunun oldukça eski tarihli olmasından mütevellit değildir. Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ceza Kanunu gibi birçok temel kanun yakın zamanlarda baştan sonra yenilenerek yürürlüğe konulmuştur. Dolayısıyla ilaç ve eczacılığa ilişkin temel kanuni düzenlemelerin de bu temel kanunlarla uyumlu hale getirilmesi gerekir.

ve toplu hale getirilmesidir. İlgili düzenlemelerin günümüz ihtiyaçlarına cevap vermesi ancak bu şekilde mümkün olacaktır.

Konuya ilişkin tespit ettiğimiz ikinci temel sorun ise “*ruhsatsız eczana açma suçunun*” formülasyonuna ilişkindir. Kanaatimizce, söz konusu madde formülasyonu hem kanun yapma tekniği hem de suç teorisi açısından sorunludur. Şöyle ki; bir suç tanımı yapılırken öncelikle suçun temel şekli tanımlanır ve akabinde ilgili suçun nitelikli unsurlarına yer verilir. Suç teorisi bakımından bir nitelikli hal, suçun temel şeklindeki tüm unsurları taşımalı, sonrasında bu temel unsurlara ek olarak bazı yeni unsurları bünyesinde taşımalıdır.

Ancak 6197 sayılı Kanun’un 40. maddesi incelendiğinde; birinci fıkrada suçun temel halinin düzenlendiği, ikinci fıkrada ise suçun eczacılık yapma hakkını haiz olmayanlar tarafından işlenmesi şeklinde cezayı artıran bir nitelikli hale yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan 6197 sayılı Kanun’un 40. maddesinin, nitelikli unsur düzenleme tekniği açısından alışılmışın dışına çıktığı rahatlıkla söylenebilir. Bu yönü itibarıyla ruhsatsız eczane açma suçunun “*temel şeklindeki failin niteliği*” ancak suçun nitelikli halinin yorumuyla tespit edilebilmektedir. Kanaatimizce bu durum, ilgili suç normunun kalitesi bakımından önemli bir soruna işaret etmektedir. Tüm bu gerekçelerle ilgili suç tipinin formülasyonunda değişiklik yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca bu durum özellikle iştirak halinde işlenen suçlarda “*bağlılık kuralı (TCK m. 40, f. 2)*” kapsamında da farklı tartışmaları gündeme getirecektir.

Bu problemin çözümü noktasında önerimiz ise şu şekildedir: Madenin ilk fıkrasının formülasyonu benzer şekilde kalmakla beraber ikinci fıkrasında, “*suçun eczacılık yapma yetkisini haiz olanlar tarafından işlenmesi*” cezayı azaltan bir nitelikli unsur olarak düzenlenmelidir. Böyle bir düzenleme hem kanun yapma tekniği açısından daha isabetli olacak hem de 5237 sayılı TCK’nın benimsemiş olduğu nitelikli unsur düzenlemelerine paralellik arz edecektir. Böylece, yukarıda değindiğimiz bağlılık kuralı kapsamında ortaya çıkması muhtemel teorik tartışmaların da önü kesilmiş olacaktır.

Kaldı ki, ilgili suç normuyla esas cezalandırılmak istenen haksızlık, *geçerli bir ruhsat olmaksızın eczane açılmasıdır*. Bu bakımdan ilgili suç

tipinin temel şekli herkes tarafından işlenebilecek niteliktedir. Buna karşılık, *eczacılık yapma yetkisini haiz* kimseler tarafından ruhsatsız eczane açılması fiilinin haksızlık içeriği, bu *yetkiye sahip olmayanlar tarafından* eczane açılması fiiline nazaran daha az olacaktır. Çünkü bu durumda suçla korunan hukuki değer olan “*kamu sağlığı ve güveni*” görece daha az tehlikeye düşecektir.

Çalışma konumuz bakımından tespit ettiğimiz üçüncü sorun, suç tipinin mevcut durumdaki kapsamına ilişkindir. 6197 sayılı Kanun’un 40. maddesi, tamamen fiziki ortamda yapılan ilaç satışları düşünülerek kalemeye alınmış görünmektedir. Esasında 6197 sayılı Kanun’un 1953 tarihli olduğu göz önüne alındığında, bu durum anlayışla karşılanabilir.⁴³ Çünkü bu tarihlerde sosyal ve ekonomik hayatta online mecralar ve e-ticaret şeklinde bir kavram söz konusu dahi değildir. Buna karşılık, herhangi bir fiziki mekâna bağlı olmaksızın alım/satımın çok hızlı bir şekilde yapılabildiği *online (e) ticaret* platformları günümüzde oldukça yaygın hale gelmiştir. Ancak ilgili kanuni düzenlemenin mevcut hali, günümüzde oldukça yaygın olan “*online ya da mobil uygulamalar aracılığıyla ilaç satılması, satışa arz edilmesi*” fiillerini kapsamamaktadır. Hakeza online olarak satılan ilaçların ruhsatlı, orijinal ve sağlığa uygun olması halinde, benzer suç tipleri TCK m. 186, m. 187 ve m. 193 hükümlerinin de uygulanması mümkün görünmemektedir. Kısacası, hali hazırdaki kanuni düzenlemeler göz önünde alındığında, ilaç ve türevlerinin fiziki bir mekâna bağlı olmaksızın online platformlar aracılığıyla satışa arz edilmesi/satılması suç olarak düzenlenmiş değildir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu tip durumlara ilişkin ceza hukuku uygulaması şu şekilde işlemektedir. Bu şekilde online mecralarda ilaç ve türevlerini satan kimseler hakkında yapılan ihbar ve şikayetler üzerine harekete geçen savcılıklar, ***TCK m. 187 (Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu)*** uyarınca iddianame düzenlenmekte, ancak yapılan yargılamalar neticesinde, “*suğun unsurları oluşmadığından*” bahisle haklı olarak “*beraat kararları*”

⁴³ Her ne kadar Kanun’un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında 2008 yılında değişiklik yapılmışsa ise de söz konusu değişiklikler oldukça dar kapsamlı ve günümüz ihtiyaçlarına karşılamaya yetmeyecek nitelikte görünmektedir.

verilmektedir. Dolayısıyla mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde, ruhsatlı, orijinal ve kullanılabilir nitelikteki ilaçların yetkili/yetkisiz kişiler tarafından online olarak satılması halleri herhangi bir suç tipini oluşturmamaktadır. Bu tip fiillerin cezalandırılması isteniyorsa, 6197 sayılı EEHK m. 40'taki düzenlemenin gözden geçirilmesi ve özellikle online satış fiillerini kapsayacak şekilde genişletilmesi veyahut da online satışlara ilişkin olarak mevzuatta yeni bir suç tanımının yapılması gerekir.

Tespit ettiğimiz tüm bu temel sorunların giderilmesine yönelik kanuni formülasyon önerimiz ise aşağıdaki şekildedir:

Madde 40- *“Bu Kanunda yazılı usullere uygun olarak ruhsatname almaksızın eczane açanlar altı aydan iki seneye kadar hapis ve iki yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.*

Eğer fiil, eczacılık yapma hakkını haiz olanlar tarafından işlenirse, verilecek cezalar yarı oranında indirilir.

Yalnızca eczanelerde satılması mümkün ilaç ve sair ürünlerin fiziki bir ortama bağlı olmaksızın, online ya da mobil uygulamalar/vasıtalar aracılığıyla satılması ya da satışa arz edilmesi hallerinde de yukarıdaki hükümler uygulanır. Ancak bu hallerde, yukarıdaki fıkralara göre belirlenecek cezalar yarı oranında artırılır.

Yukarıdaki ilk iki fıkraya ilişkin hallerde ilgili yerler ceza mahkemesi kararı beklenmeksizin mahallin en yüksek sağlık amiri tarafından derhal kapatılır. Üçüncü fıkraya giren hallerde ise satışın yapıldığı online/mobil uygulama platformuna erişimin engellenmesi için ilgili birimlere ve hizmet sağlayıcılara derhal bildirimde bulunulur. İlgili birimler ve hizmet sağlayıcılar, yapılan bildirimin gereğini gecikmeksizin yerine getirmekle mükelleftir.

KAYNAKÇA

Altunkaş, Aysun: “Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu (TCK m. 187)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel Armağanı, c. 19, sa. 2, y. 2013, s. 829-870.

Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Birtek, Fatih / Akpınar, Eren: “Belge Kullanılarak İşlenen Dolandırıcılık Suçunda Belgenin Aldatma Yeteneğinin Hileli Davranış Üzerine Etkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XVII, sa. 2, y. 2022, s. 365-402.

Demirbaş, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım - Cilt I*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1997.

Erem, Faruk: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 25, sa. 1, y. 1968, s. 1-33.

Erem, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler - Cilt I*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.

Göktürk, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfade-sinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 7, sa. 1, y. 2016, s. 407-450.

Gössel, Karl Heinz: *Strafrecht Besonderer Teil - Band 2*, C.F. Müller, Heidelberg 1996.

Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2015.

Hirsch, Hans Joachim: *Die Lehre von Negativen Tatbestandsmerkmalen: der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, L. Röhrscheid, Bonn 1960.

İçel, Kayhan / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih S. / Ünver, Yener: *İçel Suç Teorisi - 2. Kitap*, 1. Bası, Türdav Basım Yayım, İstanbul 1999.

Kaplan, Mahmut: “Zehirli Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 193)”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İbrahim Dülger’e Armağan, c. 8, sa. 16, y. 2020, s. 597-618.

Kaplan, Mahmut: “Sağlık İçin Tehlikeli Madde Temini Suçu (TCK m. 194)”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, sa. 2, y. 2023, s. 787-806.

Kılıç, Ali Şahin: *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. ve 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020 ve 2023.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”, *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 387-415.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2013.

Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. ve 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020 ve 2022.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Roxin, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band II*, C. H. Beck, München 2003.

Roxin, Claus / Arzt, Gunther / Tiedemann, Klaus: *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2006.

Soyaslan, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.

Spendel, Günter: “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”. *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1961, s. 183-199.

Toroslu, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Tulay, M. Emre: *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Türk Dil Kurumu Online Sözlük: <https://sozluk.gov.tr/>

Zafer, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

SON DÜZENLEMELER IŞIĞINDA KOOPERATİF GENEL KURULU VE İŞLEYİŞİ



*Seniha DAL**

* Dr., İşletme Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-3999-8395.

Özet

Genel kurul, diğer ticaret şirketlerinde olduğu gibi kooperatiflerde de zorunlu karar organıdır ve tüm ortakların katılımıyla gerçekleşir. Genel kurul, kooperatif ile ilgili kararların alındığı, denetim ve yönetim kurullarının seçildiği, ibra edildiği, ortakların dolaylı olarak yönetime katıldığı önemli bir organdır. Ülkemizde kooperatifler 24/4/1969 tarihinde yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ile bağımsız genel bir kanunda düzenlenmiştir. Anılan Kanunda zaman zaman değişiklikler yapılmış olmakla birlikte en son değişiklik 26.10.2021 tarih ve 31640 sayılı Resmi Gazete (RG)’de yayımlanan 7339 sayılı «Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun» ile yapılmıştır. Söz konusu Kanunda kooperatiflerin ortaklık hakları, denetim, yönetim ve genel kurul organı ile ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler beraberinde “Kooperatif Bilgi Sistemi (KOOPBİS)”ni getirmiştir. Böylece kooperatiflere ilişkin ticaret sicil kayıtlarına, finansal tablolarına, faaliyet raporlarına, genel kurul toplantı evraklarına ve ortakların kişisel bilgilerine vb. her türlü bilgiye elektronik ortamda ulaşılabilecektir. Bundan başka KOOPBİS ortaklara genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy kullanma imkanı getirmektedir. Modern iletişim araçlarının kooperatif genel kurullarının yapılmasında kullanılması çok sayıda kooperatif ortağının genel kurula katılmasında etkili olacaktır. Bu durum ortaklar arasında iletişimi artıracak ve etkili kararlar alınmasını sağlayacaktır. Bu çalışmada 7339 sayılı Kanun ile getirilen KOOPBİS sistemi ışığında genel kurul ve işleyişine ilişkin yapılan değişikliklere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Kooperatifler, Genel Kurul, Kooperatif Bilgi Sistemi, Elektronik Genel Kurul, Elektronik Genel Kurul Sistemi.*

Abstract

General assemblies are compulsory decision-making bodies in cooperatives, similar to those in other commercial companies, and are convened with the participation of all members. They serve as crucial forums for making key decisions regarding the cooperative, electing and dismissing supervisory and management boards, and enabling members to indirectly participate in the management. Cooperatives in Turkey have been regulated in an independent general law through Cooperatives Law No. 1163, which came into effect on 24/4/1969. Over time, amendments have been made to this law; however, the last amendment was made with the introduction of the "Law on Amendments to the Cooperatives Law and Certain Laws" numbered 7339, published in the Official Gazette (OG) dated 26.10.2021 and numbered 31640. The law included essential changes regarding the partnership rights, auditing, management, and general assembly bodies of cooperatives. These changes led to the introduction of the "Cooperative Information System (KOOPBİS)", which allows for the electronic access of all relevant cooperative data. This includes trade registry records, financial statements, annual reports, general assembly meeting documents, and member's personal information, among others. As a result, shareholders are able to participate in general assembly meetings electronically, make suggestions, express opinions, and vote. The use of modern communication tools in organizing general assemblies will enable a larger number of shareholders to participate in the general assembly, increase communication between shareholders, and ensure effective decision-making. This study examines the changes made regarding the general assembly and its operations under the KOOPBİS system as outlined in Law No. 7339.

Key Words: *Cooperative, General Assembly, Cooperative Information System, Electronic General Assembly.*

1. GENEL KURUL VE TÜRLERİ

A. Genel Kurul ve Yetkileri

Kooperatifler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 124’de şirket olarak sayılmakla birlikte doğrudan kar amacı gütmediklerinden şirketlerden ayrılmaktadırlar¹. Bu durum 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 1²’de açıkça ifade edilmiştir. Kooperatiflerde genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler olmak üzere üç tane zorunlu organ bulunmaktadır. Genel kurul, tüm ortaklar ve temsilcilerinin katıldığı, belirli bir gündem etrafında toplanıp görüşebildiği ve kooperatifin işleyişi ile ilgili kararların alındığı bir karar organıdır. Genel kurulda usulüne uygun alınan tüm kararlar toplantıda hazır bulunsun ya da bulunmasın tüm ortaklar için bağlayıcıdır. Aynı şekilde genel kurul toplantısına katılan ve olumsuz oy kullanan ortakları da yeterli nisapla alınan kararlar bağlar. Genel kurul, ülkemizde kooperatifçilik ile ilgili mevzuatın temelini teşkil eden³ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KK)’nın beşinci bölümünde “Kooperatif Organları” başlığının altında m. 42-54 arasında düzenlenmiştir. KK’da aksine bir düzenleme olmayan hallerde TTK’nın anonim şirketlere ilişkin

¹ Kooperatiflerin tacir niteliğinin bulunup bulunmadığı öğretide ve uygulamada tartışılmıştır. Uygulamada mahkeme içtihatları arasında görüş ayrılıklarının bulunması sebebiyle Yargıtay konu ile ilgili İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca 2021 yılında 12.11.2021 tarih ve 2020/2 E. 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı almıştır. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Sema Aydın, Hasan Ali Kaplan, “Yargıtay’ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E. 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2022, Cilt:3, Sayı: 1 s. 198 vd.; Sema Aydın, Kooperatiflerde Ortaklık Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 41 vd.

² “Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir.”

³ Kooperatif hukuku alanında bağımsız genel kanun olan 1163 sayılı KK bu alanda kanun niteliğinde tek yasal düzenleme değildir. Bundan başka, 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun ile 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu bulunmaktadır. Bu kanunlar 1163 sayılı Kanun karşısında özel kanunlardır ve tarım kredi ve satış kooperatiflerine ve bunların üst kuruluşlarına yönelik özel hükümler içermektedir. Bu kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde önce 1163 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

hükümleri kooperatifler içinde uygulanır⁴. TTK'da olduğu gibi KK'da da genel kurul tüm ortakların temsil edildiği sürekli olmayan en yetkili karar organıdır⁵. Genel kurul ortakların ya da temsilcilerinin katılarak oy kullandığı ve kooperatif işlerine yönelik haklarını aktif olarak kullandıkları tek yerdir. Bu nedenledir ki, ortakların haklarının korunması ve kullanılması bakımından genel kurulun toplanması ve karar alması önemlidir. Ortaklar, genel kurulda oy kullanarak, yönetim kurulu üyelerini ve denetçileri seçerler. Böylece ortaklık yönetiminde ve denetiminde dolaylı olarak söz sahibi olurlar. 7339 sayılı Kanun ile getirilen son yasal düzenlemeler ışığında kooperatif ortaklar genel kurul toplantısına bizzat veya temsilcileri aracılığıyla katılarak oy hakkını fiziki ya da elektronik ortamda kullanırlar. Her ortağın genel kurula katılma, oy kullanma, kanuna ve/veya ana sözleşmeye aykırı genel kurul kararlarına karşı dava açma hakkı vardır (KK m. 48, 53).

KK'da genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri m. 42'de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre kooperatif ana sözleşmesini değiştirmek, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler ile birlikte gerektiğinde tasfiye kurulunu seçmek, işletme hesabıyla bilanço ve gerektiğinde gelir gider farkının bölüşülmesi hakkında karar almak, yönetim ve denetçiler kurullarını ibra etmekle birlikte KK'da ya da kooperatif ana sözleşmesinde genel kurula tanınmış diğer konular hakkında karar vermek kooperatif genel kurulun asla başka bir organa terk edemeyeceği ve devredilemeyeceği görevleri arasında yer almaktadır. Bu görev ve yetkilere KK'da 1988 yılında 3476 sayılı Kanunun 9. Maddesinde yapılan değişiklik ile aşağıdaki görev ve yetkilerde eklenmiş bulunmaktadır. Üç fıkra halinde eklenen bu yetkiler daha çok kooperatiflerin gayrimenkul ile ilgili alanında düzenlenmiştir. Buna göre, kooperatif genel kurulu gayrimenkul alımında ve satımında takip edilecek usul ile alınacak gayrimenkulün niteliğini, yerini ve azami fiyatını, satılacak gayrimenkulün asgari fiyatını belirlemek, imalat ve inşaat işlerinin yaptırılma yöntemini belirlemek ve yapı

⁴ Bkz. KK m. 98 “Bu kanunda aksine açıklama olmıyan hususlarda Türk Ticaret kanunundaki Anonim şirketlere ait hükümler uygulanır.

⁵ KK m. 42'de “en yetkili” ifadesinin genel kurula üst organ özelliği vermediği dile getirilmiştir. Tekinlap (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, Haziran 2017, İstanbul, s. 660.

kooperatiflerinde; kooperatifin ortak sayısı ile yapılacak konut veya iş-yeri sayısını belirlemek. Kanunda genel kurula verilen bu yetkiler dışında kooperatif ana sözleşmesinde de ayrıca emredici kanun hükümlerine aykırı olmadığı sürece bazı işlemler için genel kurul yetkili kılınabilir⁶. Genel kurul, kanun ve ana sözleşme ile verilen bu yetkiler dışında açıkça kooperatif yönetim kurulunun yetkili kılınmadığı diğer işlemlerde genel kurulun niteliğine uygun düşen kooperatifin amaçları doğrultusunda kararları alma yetkisi bulunmaktadır⁷. Belirtmek gerekir ki, genel kurula verilen bu yetkiler KK’da düzenlenen yetkililerdir. Bunun dışında genel kurula kooperatif ana sözleşmesi ile de yetkiler verilebilir. Nitekim örnek ana sözleşmede m. 23’de genel kurulun terk edemeyeceği görev ve yetkileri düzenlenmiştir⁸.

⁶ Bu çalışmada kullanılan ana sözleşme örneği konut yapı kooperatiflerine ilişkin örnektir. Kooperatif türlerine göre ana sözleşme örnekleri farklılık gösterebilmektedir. Uygulamada bu ana sözleşme örnekleri değişiklik yapılmaksızın kullanılmaktadır. (bkz. KK, m. 88; Adil Bingöl, Türk Hukukunda Kooperatif Genel Kurulu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2010 yayınlanmamış yüksek lisans tezi s. 3).

⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 660.; Konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşme m. 23/son.

⁸ Konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşme m. 23’de aşağıdaki görevlerde genel kurul organının devir ve terk edemeyeceği görevleri arasında sayılmıştır. “1) Bilanço, bilanço hesaplarının dökümü, gelir-gider farkı hesapları ile yönetim kurulu ve denetçiler tarafından verilen raporları inceleyerek kabul veya reddetmek, 2) Yönetim kurulu üyeleri ile denetim kurulu üyelerini seçmek, ibra etmek veya sorumluluklarına karar vermek, gerektiğinde bunları azletmek, 3) Yönetim ve denetim kurulu üyelerine verilecek aylık ücret, huzur hakkı ve yolluk miktarı ile bütçeyi görüşerek karara bağlamak, 4) Yönetim kurulu tarafından verilen ortaklıktan çıkarma kararlarına yapılan itirazları inceleyip karara bağlamak, 5) Kanun, ana sözleşme ve iyi niyet esasları ile genel kurul kararlarına aykırı olduğu ileri sürülen yönetim kurulu kararlarının iptal edilip edilmeyeceği konusunda karar vermek, 6) Ortaklardan tahsil edilecek aidatların miktarı, ödeme tarihleri ve ödeme şartları ile gecikme halinde uygulanacak kanunların getirdiği yasal tavanı aşmayacak şekilde gecikme cezasını tespit etmek, 7) Üst kuruluşa girmeye ve çıkmaya karar vermek ve bu kuruluşta görevlendirilecek temsilcileri seçmek, 8) Ana sözleşmede yapılması öngörülen değişiklikler hakkında karar vermek, 9) Gayrimenkul alımında ve satımında takip edilecek usul ile alınacak gayrimenkulün niteliğini, yerini ve azami fiyatını, satılacak gayrimenkulün asgari fiyatını belirlemek, 10) İmalat ve inşaat işlerinin yaptırılma yöntemini kararlaştırmak, 11) Kooperatifin ortak sayısı ile yapılacak konut sayısını tespit etmek, 12) Hesap tetkik komisyonu seçmek ve bu komisyonun çalışmasıyla ilgili usul ve esasları tespit etmek, 13) Kooperatifin dağılması hakkında karar vermek, tasfiye kurulunu seçmek, 14) Kura çekimi aşamasına gelindiğinde, konutların şerefyelerine ilişkin genel hususları görüşerek karara bağlamak ve konut

B. Genel Kurulun Türleri

Genel kurul olağan ve gerektiğinde olağanüstü olmak üzere toplanır. Olağan genel kurul her hesap devresi⁹ sonundan itibaren 6 ay içinde ve en az yılda bir kez yapılan genel kuruldur¹⁰. Olağanüstü genel kurul ise herhangi bir sayı sınırlaması olmaksızın olağan genel kurul dışında yapılan tüm genel kurullardır. İster olağan genel kurul olsun ister olağanüstü genel kurul olsun son düzenleme ile ilgili Yönetmelikteki düzenlemeleri yerine getiren kooperatiflerde elektronik ortamda genel kurul yapabileceklerdir. Bir diğer ifadeyle 6102 sayılı Kanun ile ilk kez düzenlenen ve pay senetleri işlem gören anonim şirketler için zorunlu olan diğer anonim şirketler için isteğe bağlı olarak düzenlenen elektronik genel kurullar artık isteğe bağlı olarak kooperatifler içinde düzenlenmiştir. Kooperatif ana sözleşmesinde buna ilişkin düzenleme bulunması şartıyla genel kurul elektronik ortamda da yapılabilir. Genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, genel kurula fiziki katılmanın ve oy vermenin tüm hukuki sonuçlarını doğurur. Bu hükmün uygulama esasları ile genel kurula elektronik ortamda katılmaya ve oy vermeye ilişkin ana sözleşme hükmü örneği Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılan yönetmelikle belirlenir¹¹. Bu halde kooperatifin genel kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan ortakları, genel kurul toplantılarına 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunun 45 inci maddesinin yedinci fıkrası uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Kooperatif, 14/1/2022 tarihli ve 31719 sayılı RG'de yayımlanan ilgili Yönetmelik m. 5/2 ortakların genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul sistemini kurabileceği gibi bu amaç için

maliyet hesapları ile konut bedellerini hesaplayacak olan teknik heyeti belirlemek, 15) Kanun ve ana sözleşme ile genel kurula tanınmış olan diğer konular hakkında karar vermek.”

⁹ Hesap devresi ile kastedilen istisnalar hariç genellikle 1 Ocak'tan başlayan ve 31 Aralık dahil olmak üzere bir takvim yılıdır.

¹⁰ Kooperatifin tasfiye halinde olması, genel kurulun her yıl yapılmasına engel bir durum değildir. Kemal Özmen, “Açıklamalı, Uygulamalı, İhtihatlı Kooperatifler” Seçkin Yayınları, 4. Bası, Mayıs 2015, Ankara, s. 267.

¹¹ 14/1/2022 tarihli ve 31719 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kooperatiflerde “Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik” m. 5/1, Ek-1. Bu durum KK'nın 45 inci maddesine eklenen 7 inci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında ana sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden ortakların ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır. 6102 sayılı TTK ile sermaye şirketlerinde elektronik genel kurullar düzenlenmiştir. 7339 sayılı Kanun ile bu düzenleme kooperatifler içinde getirilmiş bulunmaktadır. Böylece ortaklar karar alma sürecinde daha fazla yer alacaklar ve yönetimde daha etkili hale gelmiş olacaklardır¹².

C. Genel Kurulu Çağrıda Yetkisi Olanlar

Kooperatif genel kurulunu toplantıya çağırma yetkili olan organlar KK m. 43 ve 44’de ve örnek ana sözleşme m. 27¹³’de düzenlenmiştir. Diğer sermaye şirketlerinde de olduğu gibi genel kurulu ilk önce toplama görevi kooperatif yönetim kurulundadır. KK’da görev süresi dolan yönetim kuruluna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴. Eğer ana sözleşme ile yönetim kurulu dışında başka bir organ yetkili kılınmış ise o organ ve gerektiğinde denetçiler veya ortağı olduğu üst birlik faaliyeti devam eden kooperatiflerde genel kurulu toplantıya çağırma yetkili kılınmıştır. Eğer kooperatif tasfiye sürecine girmiş ise bu halde tasfiye memurları da genel kurulu çağırma yetkili kılınmıştır¹⁵. Kanun koyucu genel kurulun bu hallerden biri ile toplanamaması durumunda ilgili bakanlığı¹⁶ genel kurulu toplantıya çağırma yetkili kılmıştır. Bundan başka kooperatif ortakları da genel kurulu toplantıya çağırabilir. Bunun için kooperatifin en az dört ortağı ya da ortak sayısının onda biri yönetim

¹² Karadeniz Salih, “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 491-520.

¹³ Konut yapı kooperatifleri örnek ana sözleşme m. 27.

¹⁴ KK m. 98’in yaptığı atıf nedeniyle bu halde TTK’nın konuya ilişkin düzenlemesinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle de görev süresi dolan kooperatif yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması gerekir.

¹⁵ Kooperatif tasfiye halinde ise ve tasfiye memurları genel kurulca seçilmiş ise bu halde tasfiye memurları sadece görevleri ile ilgili konular dolayısıyla genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, Ocak 2024, s. 346.

¹⁶ İlgili bakanlık kooperatif türlerine göre farklılık göstermektedir. Tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Orman Bakanlığı iken, yapı kooperatif ve üst kuruluşlarında ilgili bakanlık Çevre ve İklim Değişikliği Bakanlığıdır. Bu bakanlıklara bağlı olmayan diğer kooperatif ve üst kuruluşları için ise Ticaret Bakanlığıdır.

kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını talep edebilir¹⁷. Kooperatif yönetim kurulu ortakların bu talebini en az on gün içinde¹⁸ yerine getirmez ise bu halde ortaklar bu talebi kooperatifin ilgili olduğu bakanlıktan talep edebilirler ya da bakanlık doğrudan doğruya genel kurulu toplantıya çağırabilir. Tüm bu hallerde genel kurul toplanamaz ise bu durumda ortaklar mahkeme aracılığı ile genel kurulu bizzat toplantıya çağırabilirler. Belirtmek gerekir ki, mahkemeye başvuru gündem ile birlikte yapılmalıdır¹⁹. Bununla birlikte yönetim kurulunun sürekli olarak toplanamaması halinde organ yokluğuna sebep olmaması açısından TTK m. 410/2’de düzenlenen tek bir ortağın mahkeme aracılığı ile genel kurulu toplantıya çağırmasına izin veren düzenlemenin kooperatifler açısından da uygulanabileceği kanaatindeyiz (TTK m. 98).

D. Genel Kurula Katılmaya Hak ve Yetkisi Olan Kişiler

Kooperatif ortakları ve/veya temsilcileri, bakanlık temsilcisi²⁰ genel kurul toplantısına katılma hakkına sahiptirler. Ancak anonim şirketlerden farklı olarak her ortak kooperatif genel kuruluna katılamayabilir. Bu

¹⁷ Ortakların bu başvurusunun geçerli olabilmesi için başvuru noter aracılığı ile ve müşterek olarak yapılması gerekmektedir. Örnek ana sözleşme m. 27.

¹⁸ TTK’dan farklı olarak burada azami süre yerine asgari süre belirlenmiştir. Oysa TTK’da azlığa tanınan azami süre 45 gün olarak düzenlenmiştir.

¹⁹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi (HD), 06.02.2012 E. 2011/2658-K.2012/719 nolu kararında; “..... mahkemece, genel kurulun toplanmasına karar verilebilmesi için, sadece belirli orandaki azınlığın başvurusu yeterli olmayıp, başvuru sahiplerinin hangi konular için genel kurulun toplantıya çağırılmasını istediklerini yani gündemin ne olduğunu dilekçelerinde göstermeleri ve mahkemenin de bu konuları inceleyip genel kurulun toplantıya çağırılmasına gerek olup olmadığı hakkında bir sonuca varması ve konuları benimsediği takdirde gündemi de göstererek çağrıya izin vermesi gerekir..... Bu sebeplerin makul ve genel kurulun toplanmasını gerektirecek derecede önemli olması da gereklidir..... Mahkemece gündem de belirlenmek suretiyle kooperatifin toplantıya çağırılmasına izin verilmesi gerekirken, gündem belirlenmeden hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, kararda toplantı tarihinin belirtilmesi de doğru değildir.....”

²⁰ Kooperatiflerin genel kurul toplantılarında görevlendirilecek temsilcilerin sayılarına ilişkin usul ve esaslar, ortak sayısı ve kooperatifin durumu dikkate alınarak ilgili Bakanlık tarafından belirlenir. Bakanlık temsilcisi en az lise mezunu olmak, ilgili Bakanlığın genel müdürlüğü ya da il müdürlüğünde asli memur ya da sözleşmeli personel olarak çalışıyor olmalıdır. Bundan başka ilgili Bakanlıkça verilen eğitimi almak ve açılan sınavda başarılı olmak zorundadır. Bkz. Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcisinin Nitelik ve Görevleri Hakkında Yönetmelik m. 9.

durum kooperatif türüne göre değişiklik arz etmektedir. KK m. 26'da 1988 yılında yapılan değişiklik ile kooperatif ortaklarında genel kurul toplantısına katılabilmek için süre şartı getirilmiştir. Buna göre yapı kooperatif ortakları dışındaki kooperatiflere ortak olanların genel kurul toplantısına katılabilmesi için toplantı tarihinden evvel üç ay ortak olmaları gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle yapı kooperatifleri hariç diğer kooperatifte üç aydan daha az süre ortak olanlar genel kurul toplantısına katılamayacaktır. Ancak yapı kooperatiflerinde ortaklık süresine bakılmaksızın bütün ortaklar genel kurul toplantısına katılabileceklerdir. Ayrıca ortaklıktan çıkmış ya da çıkarılmış ortaklarda genel kurul toplantılarına katılamazlar. Örnek ana sözleşme m. 32 uyarınca, kooperatif yönetim kurulu, her genel kurul toplantısından önce, tüm ortakların ortak numaraları, isim ve ikametgahları ile asaleten ve vekaleten imzalanacak yerleri gösterir yönetim kurulunca imzalı bir ortaklar cetveli hazırlanır. KOOPBİS sisteminin faaliyete geçmesi ile birlikte artık fiziki olarak ortaklar cetvelinin hazırlanmasına gerek olmayacaktır. Zira yeni düzenleme ile genel kurul toplantısına KOOPBİS'ten alınan ortaklar listesinde adı bulunanlar ve/veya temsilcileri katılabileceklerdir. TTK'dan farklı olarak genel kurul toplantısına murahhas yönetim kurulu üyeleri ve en az bir yönetim kurulu üyesi ve denetçinin katılımı KK'da zorunlu tutulduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortakların yönetime ve denetime ilişkin sorularının cevaplanması amacını güden bu düzenlemenin KK m. 98 uyarınca kooperatiflerde de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

II. ELEKTRONİK GENEL KURUL VE İŞLEYİŞİ

A. Genel Olarak

Elektronik genel kurullar, hukuk literatürümüze 6102 sayılı TTK ile girmiştir²¹. Söz konusu kanun ile ilk kez ülkemizde sermaye şirketlerinde elektronik ortamda genel kurul ve yönetim kurulu/müdürler kurulu toplantıları m. 1527'de elektronik kurullar genel başlığı ile düzenlenerek yürürlüğe girmiştir. TTK m. 1527/5 ile "...sermaye şirketlerinde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fiziki katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını

²¹ Dal, Seniha, "Halka Açık Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Oluşan "Güç Boşluğu" Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar" Ankara Sanayi Odası Yayınları, 2013.

doğurur...” TTK’daki bu anlayış 7339 sayılı Kanun m. 4/3 ile KK m. 47’ye eklenen 7 inci fıkra ile kooperatiflere de getirilmiştir²². Böylece kooperatif genel kurullarına daha çok sayıda ortakların katılımı sağlanmış olacak bunun sonucunda da karar alma sürecinde daha demokratik bir ortam sağlanacaktır. KK m. 47/7 de kooperatiflerde elektronik genel kurulların uygulanma esaslarının Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir. Söz konusu Yönetmelik “Kooperatiflerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik” adıyla 14 Ocak 2022 tarih ve 31719 sayılı RG’de yayınlanmıştır. Aynı tarih ve aynı sayılı RG’de yayınlanan bir diğer yönetmelikte “Kooperatif Bilgi Sistemi Yönetmeliği”dir²³. Anılan bu düzenlemeler sonucunda kooperatif, kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği fiziki genel kurulların yanında isteğe bağlı olarak elektronik ortamda genel kurul yapabileceklerdir. Elektronik genel kurulu yapmak isteyen adı geçen tüzel kişiler öncelikle Elektronik Genel Kurul Sistemi (EGKS)’ni hazırlamaları gerekmektedir. Kanun koyucu hiçbir kooperatif ortaklığı için elektronik genel kurulları zorunlu tutmamıştır²⁴. Kanaatimizce ortak sayısı 1000’den fazla olan kooperatiflerde ve üst kuruluşlarında elektronik genel kurulların zorunlu tutulması bu tür kooperatiflerde ortakların genel kurula katılımında etkili bir sonuç doğuracaktır. Özellikle ortak sayısı çok olan kooperatiflerde ortakların genel kurula EGKS üzerinden bizzat katılımı kooperatif politikalarının belirlenmesinde ve yönetimin seçilmesinde etkin olmalarını sağlayacaktır. Bu durumunda genel kurulda ortaklar demokrasisine hizmet edecek kadar katılımı artıracığı kanaatindeyiz²⁵.

²² TTK elektronik genel kurulları zorunlu değil isteğe bağlı olarak düzenlemekle birlikte sadece pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için zorunlu tutulmuştur. Bu durum 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 30/5 de de düzenlenmiştir.

²³ Anılan Yönetmelik en son 2/8/2024 tarih ve 32620 sayılı RG’ile değişikliğe uğramıştır. 24.03.2023 tarihli Bakanlık Makamı onayı ile “Kooperatif Bilgi Sisteminin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar” yürürlüğe girmiştir.

²⁴ EGKS kooperatiflerin kuracakları veya destek hizmeti alabilecekleri bilişim sistemidir bkz. İlgili yönetmelik m. 4.)

²⁵ Anonim şirketlerde elektronik genel kurul sisteminin uygulanmaya başlamasıyla birlikte, genel kurulda pay sahiplerinin temsil oranlarında önemli artış sağlandığı görüldüğünü tespit eden çalışmalar bulunmaktadır. Karadeniz, s. 500

B. Elektronik Genel Kurulun İşleyişi

1. Genel Kurula Davet Zamanı ve Şekli

KK m. 45/1'e göre kooperatifler, her yıl istisnai durumlar hariç 31 Aralık olarak kabul edilen hesap devresi sona erdikten sonraki 6 ay içinde olağan genel kurul toplantısı yapmak zorundadır²⁶. Ancak KK'ya göre ilgili Bakanlığın izin vermesi halinde kooperatif ve üst kuruluşlarına "Birleşik Genel Kurul" yapabilirler. KK m. 45/1'de olağan genel kurul toplantılarının her hesap devresi yapılması yerine üç hesap devresini kapsayacak şekilde birleştirilmesine izin verilmekte idi. 7339 sayılı Kanunun 4. maddesi ile söz konusu fıkra genel kurul toplantılarının birleşmesine ilişkin hükümde değişiklik yapılmıştır. Şöyle ki, kooperatif üst kuruluşuna ortak olunması ve genel kurul toplantısının gündemine konuyla ilgili madde konulması şartıyla, olağan genel kurul toplantıları en fazla iki hesap dönemini kapsayacak şekilde birleştirilerek yapılabilir. Bir başka deyişle, kooperatifler, her sene en geç Kanunda belirtilen zamana kadar olağan genel kurullarını yapmak zorundadırlar. Buna aykırılık kooperatifin sorumluluğunu gerektirir²⁷. Aynı şekilde KK m. 45/2 uyarınca, "Genel kurul, kooperatif ana sözleşmesinde yazıldığı şekil ve surette toplantıya çağrılır." Örnek ana sözleşme m. 28'e göre, ister olağan isterse de olağanüstü genel kurul toplantısı olsun genel kurula davet, taahhütlü mektupla ya da gerektiğinde gazete ile gazete olmayan yerlerde ise ilan yolu ile yapılır. Bundan başka davet sadece yazılı olarak imza karşılığında da yapılabilir. Genel kurul davetinin toplantı gününden en az 30 gün önce ve en çok iki ay içinde yapılması gerekir. Genel kurul daveti mutlaka toplantı tarihi, saati, yeri ve toplantı gündeminin bulunması zorunludur. Bununla birlikte ilk genel kurul toplantısında yeterli çoğunluk sağlanamaması halinde sonraki toplantıların tarihi, saati ve yeri bilgilerine mutlaka yer verilmesi gerekmektedir. Zira toplantı daveti bir kez ortaklara

²⁶ Kanunda belirtilen 6 aylık süre içinde kooperatiflerde olağan genel kurul toplantısının yapılmaması halinde yönetim kurulu hakkında cezai yaptırım söz konusudur. Özmen, s. 290.

²⁷ Ancak, olağan genel kurul toplantısının zamanından geç yapılmış olması bozmayı gerektirmez. Salih Çelik/Lale Muktedir, Özetli İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 594.

duyurulmaktadır. İlk toplantıdan sonra yapılacak toplantılar arasında duyuru ve toplantı günleri hariç en az 7, en fazla 30 gün süre bulunması gerekir.

Genel kurula çağrı yetkisi olağan durumda kooperatif yönetim kurulu-
lundadır. Yönetim kurulu öncelikle genel kurul toplantısı için karar alma-
lıdır. Yönetim kurulu kararında toplantının türünü, tarihini, yeri ve zama-
nını da belirtmek sorundadır. Olağan genel kurul toplantısı söz konusu
ise hangi yıla ait olduğunu da kararda belirtmek zorundadır. Genel kurul
toplantısı için karar alan organ aynı zamanda toplantı gündemini de be-
lirlemekle yetkilidir. Ayrıca toplantı için bakanlık temsilcisinin²⁸ de çağ-
rılması gerekmektedir.

2. Genel kurul Öncesi İşlemler

2.1. Kooperatif Ana Sözleşmesinde Örnek Hüküm Metnin Yer Alması

Elektronik ortamda genel kurul yapmak isteyen her bir kooperatif
tüzel kişiliği KK m. 47/7 uyarınca ana sözleşmesinde, ilgili Yönetmelik
Ek-1’de yer alan hüküm örneğine genel kurul toplantısının düzenlendiği
bölüm altında yer vermek zorundadır²⁹. Söz konusu metne ana sözleşme-
lerinde yer veren kooperatifler, ortaklarının elektronik ortamda genel ku-
rula katılmalarını ve oy kullanabilmelerini sağlamak zorundadır. Bir

²⁸ Elektronik ortamda yapılacak genel kurul toplantılarında görev alacak Bakanlık temsilcinin ilgili Yönetmelik m. 9/1, 3 de yer alan taşıması gereken şartların yanında elektronik genel kurul sisteminin işleyişi ve kullanımına ilişkin Bakanlıkça yapıla-
cak eğitime katılması zorunludur (Yönetmelik m. 9/2).

²⁹ Eklenmesi gereken ana sözleşme hükmü örneği Ek-1 “Kooperatifin genel kurul top-
lantılarına katılma hakkı bulunan ortakları bu toplantılara, 24/4/1969 tarihli ve 1163
sayılı Kooperatifler Kanununun 45 inci maddesinin yedinci fıkrası uyarınca elektro-
nik ortamda da katılabilir. Yönetim kurulu tarafından karar alınması veya genel kurul
tarihinden 20 gün önce 4’ten az olmamak üzere ortakların en az 1/10’unun yazılı ola-
rak talep etmesi halinde genel kurul toplantısı elektronik ortamda yapılır. Kooperatif,
14/1/2022 tarihli ve 31719 sayılı R.G.’de yayımlanan Kooperatiflerde Elektronik Or-
tamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca ortaklarının
genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına,
öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkan tanıyacak elektronik genel kurul
sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın
alabilir. Yapılacak tüm genel kurul toplantılarında ana sözleşmenin bu hükmü uya-
rınca, kurulmuş olan sistem üzerinden ortakların ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik
hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır.”

diğer ifadeyle, elektronik genel kurullar kooperatifler için zorunlu olmakla birlikte ana sözleşmede ilgili düzenlemeye yer veren kooperatifler, ortaklarının elektronik ortamda genel kurula katılımlarını ve oy kullanmalarını sağlamakla yükümlüdürler. İlgili Yönetmelik Ek-1’de de açıkça ifade edildiği üzere kooperatiflerde genel kurulun elektronik ortamda yapılabilmesi için yönetim kurulunun bu yönde bir karar alması gerekmektedir. Yönetim kurulu karar almamış olsa da, genel kurul tarihinden 20 gün önce dörtten az olmamak üzere ortakların en az 1/10’unun yazılı olarak talep etmesi halinde genel kurul toplantısı elektronik ortamda yapılır.

2.2. Genel Kurula İlişkin Bilgi ve Belgelere Erişimin Sağlanması

Genel kurul toplantısından önce ortakların sağlıklı ve bilinçli oy kullanabilmesi için bilgilendirilmesi gerekmektedir. KK’nın 24 üncü maddesinde, kooperatif ortaklarının bilgi edinme ve bazı belgelerden örnek talep etme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre anılan hükümde adı geçen yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu, bilanço, gelir gider farkı hesapları ve iç denetleme organı ile dış denetleme organlarının düzenleyecekleri raporlar genel kurulun yıllık olağan toplantısından en az 15 gün öncesinden itibaren bir yıl süre ile kooperatif merkezinde ve varsa şubelerinde bulundurmakla yükümlüdürler. Bundan başka son düzenlemeler ile birlikte bu belgeleri elektronik ortamda KOOPBİS’te de ortakların incelemesine sunmakla yükümlü tutulmuştur.

2.2.1. KOOPBİS’in Kurulması ve İşletilmesi

7339 sayılı Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de KOOPBİS’dir. Bu sistem ile ülkemizde kooperatifçiliğin geliştirilmesi, ortaklık haklarının korunması, kooperatiflere ait tüm bilgilerin elektronik ortama taşınması ile birlikte işleyen bir denetim mekanizması oluşturulması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda kooperatiflerin ticaret sicili kayıtları, finansal tabloları, gayrimenkul durumları, yönetim kurulu ve denetçi raporları, genel kurul toplantı evrakları ve ortakların kimlik, iletişim vb. kişisel bilgileri ile birlikte pay ve ödemelerine ilişkin bilgileri kayıt altına alınmış olacaktır³⁰. Adı geçen sistemin işleyişi ilgili

³⁰ KK m. 24/son ve ek 5’e göre, ortakların kişisel bilgileri 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve ilgili mevzuat hükümleri kapsamında korunacaktır.; Ayrıca KOOPBİS’nin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar m. 20’de

Yönetmelikte detaylı olarak düzenlenmiştir³¹. Yönetmeliğe göre KOOP-BİS'e tüm kooperatifler dahil olmak zorundadırlar. Sistem kooperatifin bağlı bulunduğu ilgili bakanlık tarafından kurulacak ve bilgi işlem altyapısı ile ilgili her türlü teknik konulardaki iş ve işlemler ile birlikte KOOPBİS'in yönetimi ile ilgili idari iş ve işlemlerden bakanlık sorumlu olacaktır. Sistemin uygulanmasından ve kayıtların takibine ilişkin iş ve işlemler ise ilgili bakanlık bünyesinde kurulacak Genel Müdürlük ve İl Müdürlüğü tarafından yerine getirilecektir³². Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sisteme dahil olmak her bir kooperatif için zorunludur. Sistemin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için sistemde bulunan bilgilerin eksiksiz ve zamanında girilmesi, bilgilerin güncellenmesinden kooperatif yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulmuştur. Kooperatif yönetim kurulu üyeleri sistemin işleyebilmesi için bünyelerinde KOOPBİS yetkilisini tayin edecektir. KOOPBİS yetkilisi doğrudan kooperatif yönetim kurulu üyeleri olabileceği gibi yönetim kurulunun yetki verdiği kişi/kişiler olabilecektir.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin dayanağı KVKK'nın 10 uncu maddesine göre veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük sebebiyle her veri sorumlusunun topladığı kişisel verileri hangi amaçla kullanacağına ilişkin bir aydınlatma metni düzenlemek zorundadır. Bu sebeple KOOPBİS aydınlatma metninin içeriğine yer verilmiştir. Buna göre, "a) Kooperatifçilik hizmetlerinin elektronik ortamda sunulması, b) Genel kurul belgelerinin elektronik ortamda üretilmesi, c) Doğabilecek uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılması, ç) Denetim faaliyetlerinde kullanılması, d) Devlet desteklerinin ve ekonomik politikaların koordinasyonunda kullanılması, e) Devlet desteklerinin ve ekonomik politikaların koordinasyonunda kullanılması, f) Ülke kooperatifçiliğinin geliştirilmesi; amaçlarıyla sınırlı olarak işlemektedir."

³¹ "Kooperatif Bilgi Sistemi Yönetmeliği" 14.01.2022 tarih ve 31719 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

³² Ticaret Bakanlığı KOOPBİS veri girişi için <https://koopbis.ticaret.gov.tr> adlı internet sitesini kurmuştur. "23.05.2024 tarihli ve 7511 sayılı Kanun ile 1163 sayılı Kanunun Geçici 8 inci maddesi değiştirilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Kooperatif ve üst kuruluşları yönetim kurulu üyeleri, kooperatifin; ticaret sicili kayıtlarını, finansal tablolarını, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporlarını, genel kurul toplantı evrakını, ortaklarının kimlik, iletişim, pay ve ödemelerine ilişkin bilgilerini KOOPBİS'in kurulmasını müteakip bir yıl içinde KOOPBİS'e aktarmakla yükümlüdür. Bu süre Ticaret Bakanlığınca altı aya kadar uzatılabilir. Buna rağmen geçiş sürecinin tamamlanamadığının tespit edilmesi halinde Ticaret Bakanlığınca birer yıl olmak üzere iki defa daha süre uzatımı yapılabilir." Bu düzenleme uyarınca Bakanlık veri giriş ve aktarım sürecini 31.05.2024 tarih ve 97304545 sayılı Onayı ile 26.04.2025 tarihine kadar uzatmıştır. <https://koopbis.ticaret.gov.tr/app/admin/host-Dashboard>

Belirtmek gerekir ki yönetim kurulu kooperatif ortağı şartı olmaksızın sistemde işlemleri takip edecek bir KOOPBİS yetkilisi tayin etmiş olsa dahi kooperatifin her bir yönetim kurulu üyesi KOOPBİS'te işlem yapmaya yetkili olacaktır. KOOPBİS yetkilisinin atanmış olması halinde dahi yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusudur. Yönetim kurulu üyeleri sistemin yürürlük tarihinden itibaren KOOPBİS belgelerini süresi içinde sisteme işlenmemesi halinde üç aydan iki yıla kadar hapis ve elli günden beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır³³.

2.2.2. Ortakların KOOPBİS'e Erişimi

Ortaklar, e-Devlet Kapısı üzerinden KOOPBİS'e giriş yapacaktır³⁴. Sisteme giriş yapan ortak, genel kurul toplantısından en az 15 gün öncesinden yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunu, bilanço, gelir gider farkı hesaplarını, iç ve dış denetçiler tarafından hazırlanan raporlara KOOPBİS üzerinden erişim sağlayarak inceleme yapabileceklerdir. Ortakların e-Devlet Kapısı üzerinden bu belgelere bulunduğu ortamdan kolayca ulaşabilecek olması kooperatif ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakları şeffaf bir şekilde sağlanmış olacaktır. KOOPBİS'e erişimin fiilen mümkün olması halinde kooperatifin türüne göre bağlı bulunduğu Genel Müdürlük bu durumu bir tutanakla tespit eder. Bu tespit üzerine fiziki ortamda işlemler gerçekleştirilir ve sonradan elektronik ortama aktarılır³⁵.

2.3. Genel Kurula Katılma Bildirimi

Genel kurula elektronik ortamda katılmak isteyen ortaklar buna ilişkin bildirimini elektronik ortam üzerinden bu tercihlerini genel kurul tarihinden iki gün öncesine kadar EGKS üzerinden yapması gerekir. Bunun için kooperatifin EGKS'nı kurmuş ve kanun hükümlerine uygunluğunu teknik bir rapor ile tespit ettirmiş olması gerekmektedir³⁶.

³³ “Kooperatif Bilgi sisteminin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar” m. 10/4.

³⁴ Sisteme koopbis.ticaret.gov.tr ile veya www.turkiye.gov.tr adresleri üzerinden ya da e-devlet üzerinden giriş yapılır.

³⁵ Kooperatif Bilgi Sistemi Yönetmeliği m. 16.

³⁶ “Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantılarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Usul ve Esaslar” m. 3.

Anonim şirketlerde olduğu gibi kooperatiflerde de genel kurula temsil ile katılmak mümkündür. Elektronik genel kurullara da katılım temsil ile mümkün olabilmektedir. Genel kurula temsilci ile katılmak isteyen pay sahibi bu durumda temsilciyi yetkilendirmesi gerekmektedir. Bu halde temsil yetkisinin de elektronik ortamdan verilmesi gerekmektedir. Yani, genel kurula temsilci olarak katılacak ortak sadece EGKS üzerinden yetkilendirilecektir. EGKS üzerinden güvenli elektronik imza kullanılarak temsilci yetkilendirildiği durumda bu hak sahibinin adi yazılı belge ile yetki verilmesinde olduğu gibi aynı etkiye sahiptir³⁷. EGKS üzerinden verilen bu temsil yetkisi toplantıdan bir gün öncesine kadar geri alınabilir. Yetkilendirme temsilcinin EGKS'ye kaydedilmesi ile gerçekleşir. Böylece temsil yetkisinin verilmesinde ortaklara kolaylık yaratılmıştır. Belirtmek gerekir ki, elektronik ortamda genel kurullarda da bir ortak başka bir ortağı temsil edemez. Ancak ortak genel kurulda kendisini temsil edecek birden fazla temsilci belirleyebilir. Bu halde tüm temsilcilerin kimlik bilgilerinin EGKS'ye girilmesi gerekmektedir. Birden fazla temsilcinin yetkilendirilmesi durumunda her bir temsilcinin yetki sınırlarının da açıkça sistemde belirtilmesi gerekmektedir. Temsilciler genel yetkili temsilci mi yoksa özel yetkili temsilci midir? Yani, hangi temsilcinin ne şekilde oy kullanacağı hangi gündem maddesi için yetkilendirildiğinin de açıkça sistemde yer alması gerekir. Temsilcinin genel kurulda oy kullanması durumunda bir diğer sorunda temsilcinin talimata aykırı oy kullanıp kullanmadığı sorunudur. Bu sorunun çözümünde KK, TTK'dan ayrı bir düzenleme içermemektedir. Ortağın talimatına aykırı davranan temsilcinin oyu geçerli olacaktır³⁸. Ancak temsilci temsil ettiği ortağa karşı sorumludur. Bir diğer ifadeyle temsil edilen ortağın temsilciye karşı hakları saklıdır.

2.3.1. EGKS'nin Kurulması

EGKS bir bilişim sistemidir. EGKS fiziki ortamda yapılan genel kurul toplantısındaki ses ve görüntünün toplantıya elektronik ortamda katılacak ortaklara aktarımı sağlayan sistemdir. Bu sistem olmaksızın

³⁷ Bu durum KK m. 49/1'de düzenlenen genel kurulda yazı ile temsilin istisnasını oluşturmaktadır.

³⁸ Tekinalp, (Poroy/Çamoğlu) , s. 662.

elektronik genel kurul yapılması mümkün değildir. EGKS kooperatif genel kuruluna çağrı ile başlayan ve toplantı sonunda toplantı tutanağının imzalanmasına kadar geçen tüm aşamaların elektronik ortamda yapılmasını sağlar. EGKS olmaksızın ortakların elektronik ortamda genel kurula katılımı mümkün değildir. Elektronik ortamda genel kurul yapacak kooperatifler ya bu sistemi kendileri kuracaklar ya da başka bir kurumdan destek hizmeti olarak destek alacaklardır. İlgili Yönetmelik m. 12’de EGKS’nin sağlıklı işleyebilmesi için elektronik ortamda genel kurulda oy kullanmaya izin verecek kooperatifin ve EGKS için destek hizmete sağlayacak şirketlerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Şöyle ki, EGKS ile ilgili teknik hizmeti kendisi sağlayacak olan kooperatifler ya da bu hizmeti kooperatiflere sunan şirketler³⁹ kurdukları EGKS sistemini Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun kuralmalıdır. Bundan başka sistemin uygunluğunun tescil ve ilan edilmesi de zorunludur⁴⁰. Bakanlık aynı zamanda EGKS sistemini kullananlara saklama yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre EGKS sistemini kendi kuran kooperatif ya da bu sistem için destek hizmeti aldığı şirket, EGKS’de yapılan tüm işlemlere ilişkin kayıtları on yıl süreyle saklamak zorundadır. EGKS sisteminden kaynaklanan bir hak kaybı ve/veya zarar söz konusu olduğunda bu durumlarda sistemi kuran tüzel kişi genel hükümlere göre sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk KVKK’na aykırılık halinde de uygulanacaktır. EGKS’yi kuran kooperatif ya da tüzel kişi hukuka aykırı olarak kişisel verilerin işlenmesini ve bu verilere erişilmesini önlemek amacıyla gerekli her türlü teknik ve idari önlemleri almakla yükümlüdür.

³⁹ TTK’ya göre elektronik genel kurul yapmakla yükümlü olan şirketler teknik desteği Merkezi Kayıt Kuruluşu’ndan almaktadırlar. Kooperatiflere teknik destek verecek şirketlere ilişkin herhangi bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Ancak EGKS hizmeti sağlayacak şirketler bilgi sistemleri denetçi sertifikası “CISA (Certified Information Systems Auditor)’na sahip olması gerekmektedir.

⁴⁰ Usul ve Esaslara uygunluk Türk Akreditasyon Kurumu (TÜRKAK)’na teknik bir rapor ile tespit ettirmek zorundadır. “Hizmet sağlayıcı şirketler bu teknik raporu, Bakanlığın uygun görüşünü aldıktan sonra kayıtlı bulundukları ticaret sicili müdürlüğüne tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür. Şirketler bu yükümlülüğü yerine getirmeden destek hizmeti veremez.” Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantılarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Usul ve Esaslar m. 8.

2.3.2. EGKS Sistemine Giriş

Elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılacak ortakların ve temsilcilerin bulunduğu liste EGKS'den alınır. Listede adı bulunan ortaklar ve temsilciler güvenli elektronik imzaları ile EGKS istemine giriş yapmalıdır. Sisteme giriş, genel kurulun ilan edilen başlama saatinden beş dakika öncesine kadar sürer.

3. Genel Kurul Sırasındaki İşlemler

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere genel kurul toplantısı ister fiziki isterse de elektronik ortamda olsun sadece KOOPBİS'de adı bulunan ortaklar toplantıya katılabileceklerdir. Toplantı karar ve yetersayıları açısından genel kurulun elektronik ortamda ya da fiziki ortamda yapılmış olması herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Genel kurulda toplantı ve karar yetersayıların tespiti açısından toplantıya katılanları içeren hazır bulunanlar listesi çok önemlidir. Bu nedenle genel kurula hem elektronik ortamda katılanlar hem de fiziki ortamda katılan ortakların oyları dikkate alınmalıdır⁴¹.

3.1. Genel Kurula Katılma

Elektronik ortamda katılanların listesi EGKS'den alınır. EGKS'den alınan liste ile birlikte fiziki genel kurula katılanların listesi birlikte o genel kurul için hazır bulunanlar listesini oluşturur⁴². Böylece sistem üzerinden ortaklık kontrolü anlık olarak gerçekleştirilebilecek ve toplantı merkezine uzakta olan ortakların genel kuruluna katılımı sağlanmış olacaktır. Elektronik ortamda genel kurula katılım için tercih edilen yöntem ise güvenli elektronik imza ile katılım yöntemidir⁴³. Kooperatif ortakları

⁴¹ Bütün ortakların listede yer alması gerekmektedir. Uygulamada “hazır cetveli” denilen bu cetvelin genel kurulu yapmaya yetkili olanlar ile toplantıya asaleten ve vekaleten katılan ortaklar, genel kurul başkanı ve bakanlık Temsilcisi tarafından isim yazılarak imzalanması şarttır. Özmen, s. 280.; Toplantı ve karar nisaplarının belirlenmesi açısından bu cetvel son derece önemlidir. Ömer Teoman, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazır Cetveli (TTK.376), otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim, C.II, 1982-2001, İstanbul 2001, s. 406.

⁴² Hazır bulunanlar listesi, toplantıya katılmaya yetkili olan kişilerin belirlenmesi ile birlikte toplantı ve karar yetersayılarının tespiti açısından da önemlidir.

⁴³ Kooperatiflerde Elektronik ortamda Yapılacak Genel Kurullara ilişkin Yönetmelik m. 8/1.

ya da sistemde yetkilendirilmiş temsilcileri güvenli elektronik imza ile sisteme girebileceklerdir. Güvenli elektronik imza 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun m. 5 uyarınca, güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurmaktadır. Her ortak KOOPBİS'e e-Devlet Kapısı üzerinden girip her türlü bilgiye ulaşabilir iken elektronik genel kurullara katılım ise güvenli elektronik imza ile mümkündür. Bir başka deyişle, elektronik genel kurula katılmak isteyen ortak ya da temsilcisinin güvenli elektronik imzaya sahip olmaları gerekmektedir. Böylece işlemi yapan ortağın ya da temsilcisinin doğruluğunun tespiti ve işlem güvenliği sağlanmış olacaktır. Tüzel kişi kooperatif ortaklarının kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzanın bulunması gerekmektedir. Bu durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılmalı ve bu durum tescil ve ilan edilmelidir (TTK m. 1526/4).

3.2. Genel Kurulun Açılması ve Görüşlerin İletilmesi

Genel kurul toplantısı hem fiziki hem de elektronik ortamda aynı anda açılır. Geçerli bir açılış için mutlaka bakanlık temsilcisinin onayı gerekmektedir. Şöyle ki, bakanlık temsilcisinin genel kurulda Kanun ve ana sözleşme ile birlikte diğer ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğun tespiti zorunludur. Bakanlık temsilcisinin şartların uygun olmadığını tespit etmesi halinde toplantı başkanının, bakanlık temsilcisinin görüşleri doğrultusunda genel kurul toplantısını erteleyebileceği kanaatindeyiz. Elektronik genel kurullarda toplantı başkanı gerekli görmesi halinde teknik destek amacıyla uzman kişileri görevlendirebilir⁴⁴. Elektronik ortamda toplantıya katılanlar görüşlerini de elektronik ortamda iletirler. Fiziki genel kurul ortamında görüş açıklamada herhangi bir sınırlandırma bulunmamakla birlikte elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılan ortaklara görüşlerini açıklamaya sınırlandırma getirilmiştir. Şöyle ki, ortak genel kurulda her bir gündem maddesi için en fazla iki görüşünü EGKS'den yazılı olarak iletebilir. Bir görüş en fazla altı yüz karakter

⁴⁴ İlgili Yönetmelik m. 9.

olabilir⁴⁵. Ortakların EGKS sistemi üzerinden dünyanın herhangi bir yerinden genel kurula katılabilmeleri günümüz dünyasının teknolojik gelişmelerine uygun iken genel kurulda görüş bildirimin sadece yazı ile yapılabilecek olması ve karakter sayısı ile de sınırlandırılmış olması pay sahipliği hakları açısından olumsuz bir durum olduğu gibi eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır⁴⁶.

3.3. Oy Kullanma

KK m. 48/1 uyarınca, genel kurul toplantılarında her ortağın sadece bir oy hakkı bulunmaktadır⁴⁷. İlgili Yönetmelik m. 11 uyarınca, genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılanlar, toplantı başkanının ilgili gündem maddesine ilişkin oylamaya geçildiğini açıklamasından sonra, toplantıya elektronik ortamda katılan ortaklar ya da temsilcileri oylarını EGKS üzerinden kullanacaklardır. Oylamanın gizli olması durumunda bu gizlilik elektronik ortamda da sağlanır. Tıpkı fiziki ortamda yapılan toplantılarda olduğu gibi elektronik ortamda da her gündem maddesi ayrı ayrı oylanması zorunludur. Oy hakkını bir kez kullanan kişi daha sonra kullandığı oyu değiştiremez. Herkes oyunu kullandıktan sonra sonuç EGKS üzerinden toplantı başkanına iletilir. Başkan oylama sonucu ile birlikte muhalefet şerhini toplantı tutanağına işletir. Elektronik genel kurullarda oyların gönderilmesi iki dakika ile sınırlandırılmıştır⁴⁸. Oyların gönderilmesinin iki dakika ile sınırlı olması herhangi bir teknik aksaklık, internet bağlantısının kesilmesi vb. durumlar söz konusu olduğunda ortakların oy kullanmamış olmalarının hak kaybına sebep olacağı aşikardır. Kanun koyucunun anlık hak kaybına sebep olacak bu gibi durumlara ilişkin düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁵ “Kooperatiflerde Elektronik ortamda Yapılacak Genel Kurul Toplantılarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Usul ve Esaslar” m. 9

⁴⁶ Ali Osman Özdelek, Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım, Seçkin Yayınları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 34.

⁴⁷ KK m. 48/1 uyarınca, konut ve yapı kooperatiflerinde ortağın sahip olduğu konut veya işyeri sayısına bakılmaksızın bir oy hakkı olduğundan birden çok yeri olanlar sadece bir kez oy kullanacaktır. Özmen, s. 280.

⁴⁸ “Kooperatiflerde Elektronik ortamda Yapılacak Genel Kurul Toplantılarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Usul ve Esaslar” m. 7.

4. Genel Kurul Toplantısından Sonra Yapılması Gerekenler

Genel kurul toplantısına ilişkin tutanak, imzalı hazırlan listesi ve bildirim formu, toplantıyı takip eden on beş iş günü içerisinde KOOPBİS yetkilisi tarafından KOOPBİS’e yüklenir. Bu nedenle genel kurul toplantısı yapan kooperatifin türünün bağlı olduğu bakanlığa ait genel müdürlük kooperatif genel kurul toplantılarından sonraki beş iş günü içinde genel kurul toplantılarına ilişkin KOOPBİS’te kayıt açmak ve Bakanlık Temsilcisinin Raporunu sisteme yüklemek zorundadır⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, halihazırda KOOPBİS ve EGKS ile ilgili yasal düzenlemeler yürürlüğe girmiş ise de sistem uygulamaya geçmemiştir. Çünkü henüz kooperatiflerin KOOPBİS sistemine geçiş süreci tamamlanmamıştır. Hala yapılandırma aşamasındadır⁵⁰. Öncelikle ulusal ölçekteki tüm kooperatiflere ilişkin bilgilerin KOOPBİS sistemine aktarılması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, her bir kooperatif için “Kooperatif kartı⁵¹” oluşturulmalıdır. Bundan sonra da KOOPBİS ile EGKS sisteminin veri alışverişine izin veren alt yapının kurulması gerekir. İşte bu alt yapının kurulmasına kadar geçecek olan sürede “genel kurul belgeleri toplantı bitiminde, toplantı başkanı tarafından, Bakanlık temsilcisinin kurumsal elektronik posta adresine ve kayıtlı Elektronik Posta hesabına gönderilir ya da elektronik belge taşımaya ve saklamaya elverişli bir ortam içinde Bakanlık temsilcisine teslim edilir⁵²”.

C. EGKS’nin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Teknolojik gelişmeler sebebiyle internet günlük hayatımızın her alanında yaygın kullanılıyor olması hukuki düzenlemeleri de etkilemektedir. Bu etkilerden bir tanesi de genel kurulların elektronik ortamda yapılmasıdır. Hiç şüphesiz genel kurulların elektronik ortamda yapılması çok sayıda ortağın genel kurula katılmasında etkili olacaktır. Özellikle fiziki

⁴⁹ 2/4/2024 tarih ve 32620 sayılı R.G.’de yayınlanan Kooperatif Bilgi sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 7/d,e.

⁵⁰ <https://koopbis.ticaret.gov.tr/app/admin/hostDashboard>

⁵¹ “Kooperatif kartı: KOOPBİS’te bir kooperatifin, unvanı, merkezi, iletişim bilgileri, kuruluş izin ve tescil tarihi, vergi ve MERSİS numaraları, oratğı olduğu kooperatif üst kuruluşu gibi temel bilgilerin yer aldığı sayfayı” (bkz. 2/4/2024 tarih ve 32620 sayılı R.G.’de yayınlanan Kooperatif Bilgi sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 4/h.

⁵² İlgili Yönetmelik Geçici Madde 1

genel kurul toplantısına bir takım maddi (toplantı yerinin uzaklığı, zaman yokluğu, ulaşım ve konaklama maliyeti vb.) ve manevi (kararlarda etkili olunamayacağı düşüncesi vb.) nedenlerden dolayı katılamayan ortakların teknolojik imkanlardan yararlanarak uzaktan erişim sistemi ile genel kurul toplantısına kolayca katılabilecek olması ortakların genel kurula katılımını olumlu yönde etkileyeceği ve ortaklar arasındaki yabancılaşmayı ortadan kaldıracaktır kanaatindeyiz. Çok sayıda ortağın kolayca genel kurul toplantılarına katılması, kooperatif yönetimi ve denetiminde dolaylı olarak yer alması özellikle çok ortaklı kooperatiflerde ortakların aidiyet duygusunu güçlendirecek, ortaklar ve yöneticiler arasında etkili iletişimin kurulmasını da sağlayacaktır. Ayrıca genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması kooperatifin genel kurul için harcadığı toplantı yeri kiralama, kırtasiye vb. maliyetleri azaltacaktır. Bununla birlikte toplantıya girişin EGKS üzerinden güvenli elektronik imza ile yapılacak olması ayrıca toplantıya katılım konusunda güven ve şeffaflık oluşturmaktadır. Elektronik genel kurul toplantılarının bu olumlu yanları yanında olumsuz yanları da bulunmaktadır. En temel olumsuzlukların teknolojik arızalardan kaynaklanacağı kanaatindeyiz. Örneğin internet bağlantısının genel kurul toplantısından hemen önce ya da toplantı sırasında kopması, elektriklerin kesilmesi vb. durumlardır. Bu gibi durumlarda ortak kendisinin kontrolü dışında gelişen bir sebep yüzünden genel kurula katılamamış ve ortaklık haklarından yararlanamamış olacaktır. Oysa, ortağın genel kurula katılma hakkı mutlak ve vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Kendi kontrolü dışında gelişen aksaklıklar yüzünden genel kurula katılamayan ortak bunun getirdiği risklere ve zarara katlanmak zorunda kalmasının hakkaniyete uygun olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucunun bu tür durumlarda ortağın hak kaybına engel olacak çözümler içeren düzenlemeler getirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir diğer olumsuzluk ise teknolojik olanaklara ulaşamayan ortaklar için söz konusudur. Ancak bu durum toplantı öncesinden bilinir olduğundan ortağın fiziki genel kurula katılması imkan dahilindedir. Bu halde ortağın tercih hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle de ortaklık hakları açısından telafisi mümkün olmayan bir kayıp söz konusu değildir. Bunun dışında EGKS sisteminin çalışmaması bir diğer olumsuzluk örneğidir. Kanun koyucu EGKS sisteminin özelliklerini belirlemiş sistemi kullanma yetkisine sahip şirketlerin taşınması gereken

sertifikaları, teknik raporun özelliklerini ve denetimini ilgili yönetmelikte düzenlemiş ise de EGKS sisteminde meydana gelecek aksaklıklarda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin düzenleme yapmamıştır. Türk hukukunda elektronik genel kurulların fiziki genel kurul ile birlikte yapılmasına izin verilmektedir. O halde EGKS’de yaşanan bir teknik arıza var iken fiziki genel kurulda kararlar alınabilecek midir? Eğer kararlar alınacaksa bu kararlar geçerli mi olacaktır? Tüm bu sorunlara ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Sonuç olarak, teknolojik gelişmeler beraberinde yeni hukuki sorunları da getirmektedir. EGKS’de yaşanan teknik bir arıza sebebiyle pay sahiplerinin genel kurula katılamayacak olması ve/veya teknik müdahaleler ile katılımın engellenmesi halinde alınan kararların geçerliliği yeni bir uyuşmazlık konusu olarak gündeme gelecektir⁵³. Kanun koyucunun teknolojik aksaklıklardan kaynaklanan bu gibi durumlara ilişkin ortakların hak kaybının önüne geçileceği somut düzenlemeler yapması gerektiği kanaatindeyiz.

III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tüzel kişiliğe sahip kooperatifler, iradelerini organları aracılığıyla ortaya koyarlar. TTK m. 124’de şirket olarak kabul edilen kooperatifler şirketlerden farklı olarak kar amacı gütmeyen ortaklar arası yardımlaşma ve dayanışmayı esas alan ticari işletmelerdir. Küreselleşme ile birlikte ticari hayatın hızlı değişmesi ve teknolojik yenilikler karşısında yetersiz kalan mülga TTK 2012 yılında yenilenmiş ve günün şartlarına uygun hale getirilmiş iken aynı tarihlerde kooperatif mevzuatında yenilik yapılmamıştır. Söz konusu yenilik kooperatif mevzuatında TTK’dan yaklaşık 10 yıl sonra 7339 sayılı Kanun ile 2021 yılında yapılmıştır. Anılan Kanun ile günün şartlarına uygun özellikle ortaklık hakları, denetim, yönetim alanında ve bu çalışmaya konu olan genel kurul ile ilgili köklü değişiklikler içeren düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile ülkemizde faaliyet gösteren kooperatiflerin ortaklık haklarını önemseyen, profesyonel yönetim ve denetim anlayışını benimseyen modern kooperatifçilik ilke ve esaslarına uygun faaliyet göstermesi amaçlanmıştır. Bu amaca hizmet

⁵³ Özdilek, s. 74. Yazara göre, teknik aksaklık sebebiyle pay sahiplerin genel kurula katılamaması alınan genel kurul kararının hukuken butlan ya da yokluk sebebiyle sakatlanacağını ancak her somut olayın özelliğine göre hukuki sakatlık durumun ele alınması gerekir.

eden değişikliklerin başında zorunlu olan KOOPBİS'in getirilmiş olmasıdır. KOOPBİS ile KK'da genel kurula ilişkin yapılan değişiklik ile kooperatifler ve üst kuruluşlarına ilişkin merkezi veri tabanı oluşturmayı amaçlamıştır. Genel kurulun devamlı bir organ olmaması, toplanma süreci, ortak sayısının çokluğu ve/veya dağınıklığı, toplanma ve karar almadaki zorluklar nedeniyle zaman zaman kilitlenen ve işlevsiz hale gelen genel kurul organı, KOOPBİS düzenlemesi ile günümüz teknolojik koşullarına uygun olarak işlevsel hale getirilmiştir. 7339 sayılı Kanun Geçici 8 inci madde ile sistemin işlemesinden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulması ve ilgili bakanlığın KOOPBİS veri girişlerini takip etmekle yükümlü olması şeffaflık içeren bu sistemin işlerliğini destekler niteliktedir. Kooperatif mevzuatında yapılan son düzenlemeler ile TTK'nın sermaye şirketlerine getirdiği elektronik genel kurullar artık kooperatifler içinde mümkün hale gelmiştir. Böylece kooperatif ortakları fiziki ortamın yanında elektronik ortamda genel kurullara katılabileceklerdir. Bunun sonucunda da ortaklar genel kurul toplantılarına kolayca erişebilecek ve kooperatif ile ortaklar arasında etkileşim sağlanmış olacaktır. Yani, kooperatif ortağının ya da temsilcisinin genel kurul toplantısına yalnızca fiziki katılımın kaldırılarak uzaktan erişim yoluyla katılımın sağlanıyor olması tüm ortakların kooperatifte söz sahibi olma yolunu açacağı kanaatindeyiz. Sonuç olarak, KOOPBİS ile kooperatifler için önemli belgelerin veri tabanının oluşturulması, bu belgelere sistem üzerinden ulaşılabilir olması, sistemin ilgili bakanlık tarafından denetlenmesi ülkemiz kooperatif mevzuatında köklü nitelikte değişikliklerdir. Böylece kooperatif mevzuatımızda genel kurul toplantılarının yapılmasında TTK ile paralel düzenlemelere kavuşarak günümüz şartlarına uygun hale getirilmiştir.

KAYNAKÇA

Aydın, Sema, Kooperatiflerde Ortaklık Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

Aydın, Sema / Kaplan, Hasan Ali “Yargıtay’ın 12.11.2021 Tarihli ve 2020/2 E. 2021/3 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Çerçevesinde Kooperatiflerin Tacir Niteliği”, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2022, Cilt:3, Sayı: 1 s. 193-216.

Bingöl, Adil, Türk Hukukunda Kooperatif Genel Kurulu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2010 “Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi”, s. 3.

Çelik, Salih / Muktedir, Lale, Özetli İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Dal, Seniha, “Halka Açık Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Oluşan “Güç Boşluğu” Sorunu ve Elektronik Genel Kurullar” Ankara Sanayi Odası Yayınları, 2013.

Karadeniz, Salih, “Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul”, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 491-520.

Özdilek, Ali Osman, Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım, Seçkin Yayınları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

Özmen, Kemal, Açıklamalı, Uygulamalı, İçtihatlı Kooperatifler” Seçkin Yayınları, 4. Bası, Mayıs 2015, Ankara.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, Şubat 2024.

Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, Haziran 2017, İstanbul, s. 660.

Teoman, Ömer, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantısına İlişkin Hazirun Cetveli (TTK.376)”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim, C.II, 1982-2001, İstanbul 2001.

<https://koopbis.ticaret.gov.tr/app/admin/hostDashboard>

<https://ankara.ticaret.gov.tr/duyurular/kooperatif-genel-kurullarina-iliskin-koopbis-duyurusu>

<https://ticaret.gov.tr/kooperatifcilik/bilgi-bankasi/kooperatifler-hakkinda>

CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU
VE
MENFİ ZARAR İLİŞKİSİ



*Emine YILDIRIM**

* Öğretim Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, MYO, Mahkeme Büro Hizmetleri, emine.yildirim@yeniyuzyl.edu.tr

Özet

Sözleşme görüşmeleri sırasında, görüşme taraflarından biri bu görüşmelerin sözleşme akdetmekle sonuçlanacağına veya akdedilen sözleşme esasen geçersiz olduğu halde geçerli olduğuna güvenerek masraf yapmış ise bunları Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında karşı taraftan talep edebilecektir. Zira karşı taraf oluşan bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Burada talep edilecek zarar kural olarak menfi zarar olsa da istisnai durumlarda hakkaniyet gerektiriyorsa hakim müspet zararı aşmayacak bir menfi zarara da hükmedebilecektir.

Çalışmamızda, kısaca culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsederek, ortaya çıkan zarar ve tazminat talebinin kapsamı ve tazminatın hesaplanması konuları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri, menfi zarar, müspet zarar.*

Abstract

During the contract negotiations, if one of the negotiating parties has incurred expenses by relying that these negotiations will result in the conclusion of the contract or that the contract concluded is valid, although actually invalid, this party may request these expenses from the other party under the responsibility of culpa in contrahendo. Because the other party is obliged to compensate this damage. Although the damage to be claimed here is reliance damage as a rule, if it requires equity in exceptional cases, the judge may declare a reliance damage that will not exceed the positive damage.

In our study, by briefly mentioning the responsibility of culpa in contrahendo, the scope of the damage, compensation claim and the calculation of the compensation were examined.

Keywords: *culpa in contrahendo responsibility, contract negotiations, reliance damage, positive damage.*

Giriş

Günümüzde hızla değişen iş ve ticaret hayatı sonucunda öyle bazı zarar verici olaylar ortaya çıkmaktadır ki bunlar ne tam anlamıyla hukuka aykırılık ne de sözleşmesel bir borca aykırılık oluşturur¹. Sözleşme daha kurulmamışken kusurlu bir davranışla karşı tarafa zarar verenin durumu buna örnektir.

Tarafların sözleşme görüşmelerine başlaması ile ve hatta görüşmeler öncesinde (örneğin müşterinin mağazaya girmesi ile) taraflar arasında sosyal temas kurulduğu ve bu sosyal temas sonucunda TMK m. 2'deki dürüstlük kuralından doğan bir güven ilişkisi ve bu güvenden doğan karşılıklı koruma yükümlülüğü doğduğu kabul edilir². İşte sözleşme görüşmeleri sırasında doğan bu sorumluluğa "*culpa in contrahendo*" sorumluğu denmektedir³.

Culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluk doktrini esasen Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yazdığı "*culpa in contrahendo (sözleşmenin akdedilmesi sırasında kusur) veya batıl ya da sakat sözleşmelerde zararın tazmini*" başlıklı makalesine dayanmaktadır⁴.

¹ Demircioğlu, Huriye Reyhan, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 11.01.2021, s. 25; Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 11.01.2021, s. 2.

² Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2021, s. 459-460; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 213; "*koruma yükümleri, dürüstlük kuralına dayanan özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma olarak ortaya çıkan çeşitli yükümlerin tamamına verilen addır.*" bkz. Erbek, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 10.01.2021, s. 264.

³ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 1128.

⁴ Eren, s. 1129; Gezder, Ümit, Türk/İsviçre hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 1; Demircioğlu, s. 1.

I. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Kaynakları

TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına ve TBK'daki bazı özel düzenlemelere ve kanunun ruhuna dayanarak aşağıdaki yükümlülüklerin ihlali sonucunda culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

- Sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflar arasında özel bir bağlantı kurulur ve hiçbir tarafın ihlal etmemesi gereken somut bir hukuki ilişki doğar⁵. TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı taraflara bu konuda çeşitli bireysel yükümlülükler getirmektedir⁶. Örneğin; sözleşme görüşmelerinde taraflar, açıklanması gereken hususları açıklamak, doğru bilgi vermek, gereken dikkati ve özeni göstermekle yükümlüdür⁷.

- Culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların yaşam, vücut ve mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerin ihlaliyle ortaya çıkabilir⁸. Örneğin mağazaya giren müşterinin henüz alışveriş yapmadan uğradığı bedensel zarar⁹, elbise denerken çantasının çalınması¹⁰, müşterinin henüz satın almadığı araba ile test sürüşü yapması sırasında zarara uğraması hallerinde satıcının culpa in contrahendo sorumluluğu doğar.

⁵ Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17. Bası, İstanbul 2019, s. 505; Demircioğlu, s. 221; Erbek, s. 260.

⁶ Oğuzman/Öz, s. 508; Gezder, s. 107, s.155; "...Sözleşmelerden her biri, ötekinin çıkarlarına özen gösterme, öngörülen sözleşmenin yapılmasına ket vuran ya da karşı yanın amacını zarara uğratabilecek olayları bildirme, onun doğabilecek zararlarını engelleme zorundadır. Bu zorunluluk, muhatabın güvenini sarsmamayı, edimi yerine getirmeyeceğini bildiği halde onda umut uyandırmamayı da içerir." YHGK., E. 2000/1729 K. 2001/32 T. 07.02.2001, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁷ Oğuzman/Öz, s. 404; Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul 2010, s. 403; Örneğin müteahhit tarafından evin yeniden yapacağı inancıyla evini yıktıran kimsenin uğradığı zarar olumsuz zarardır. Oğuzman/Öz, s. 411; Ergüne, s. 297.

⁸ Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), 21. Bası, Ankara, 2017, s. 87; Oğuzman/Öz, s. 507.

⁹ Örnek karar için bkz. YHGK., E. 2012/1220 K. 2013/239 T. 13.2.2013, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021. Bu karar görev sebebiyle bozulmuş olsa da olayda sözleşme öncesi culpa in contrahendo sorumluluğu bulunduğu ve uyumsuzluğun haksız fiil hükümlerine değil, sözleşme hükümlerine göre çözülmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

¹⁰ Bu durumda mağaza sahibinin culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur. Örnek karar için bkz. Y. 13. HD., E. 2005/15654 K. 2006/4848 T. 31.3.2006, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

- Sözleşme görüşmelerinin haklı bir neden olmaksızın sonlandırılması halinde de culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur¹¹. Burada kusurlu olan taraf, görüşme tarafında geçerli bir sözleşme yaptığı görüntüsünü ve güvenini oluşturmakta fakat haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi gerçekleştirmemektedir. Bu durumda görüşme tarafının sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına duyduğu haklı güveni, sözleşmenin gerçekleşmemesi sebebiyle güven zararına uğramaktadır¹².

- Ayrıca kurulmuş bir sözleşmenin geçersiz hale gelmesine kendi kusuruyla sebep olan kişinin de karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmesi gerekebilir¹³. Örneğin taraflardan birinin edimin objektif imkansız olduğunu veya şekle aykırı olduğunu bilmesine rağmen sözleşme yapması¹⁴, karşı tarafı sözleşmeye razı etmek için onu aldatması veya korkutması veya kendi kusuru ile yanılması¹⁵ ve yetkisiz olduğunu bilmesine rağmen temsilci olarak hukuki işlem yapması¹⁶ sonucunda sözleşme geçersiz olur veya iptal edilir ise sözleşmeye güvenen tarafın ortaya çıkan zararı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında değerlendirilir¹⁷.

II. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Kapsamı

Culpa in contrahendo sorumluluğunda dar anlamda maddi zarar talep edilebilir¹⁸. Dar anlamda maddi zarardan kastedilen şahsa/vücuda,

¹¹ Kılıçoğlu, s. 123.

¹² Gezder, s. 116, s. 195; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 382.

¹³ Kılıçoğlu, s. 123.

¹⁴ Tandoğan, s. 404; Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 1985, s. 1308.

¹⁵ TTK m. 34 hükmü yanılan kişinin bu yanılmasını dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanamayacağını hükme bağlamıştır. Örneğin kişi esaslı bir yanılmaya düştüğü için iptal hakkı doğsa bile, karşılıklı edimlerin ifasının üzerinden uzunca zaman geçmiş ise veya iptal hakkını özellikle karşı tarafı zarar ettirmek için kullanmak isterse veya yanılmasına rağmen sözleşmeden dolayı zararı ortaya çıkmıyor ise, bütün bu durumlarda yanılanın iptal hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Özkaya, Eraslan, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları (Hata/Hile/İkrah Davaları), 4. Baskı, Ankara 2019, s. 178-181. Dolayısıyla bu durumlarda karşı tarafın culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmayacağını söylemek mümkündür.

¹⁶ Tandoğan, s. 404.

¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 81-82.

¹⁸ Gezder s.118.

yaşama veya eşyaya verilen zararın dışındaki malvarlığı veya gelir kaybından doğan zarardır¹⁹.

Doktrin ve uygulamada hakkaniyetin ve dolayısıyla adaletin daha iyi tesis edilmesi amacıyla malvarlığı veya gelir kaybından doğan zararın yanı sıra somut olaya bakılarak haksız fiil oluşturan sözleşme dışı hukuki değerler olan vücuda, mülkiyet hakkına ve eşyaya verilen zarar durumunda da culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olabileceği kabul edilmektedir²⁰.

III. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Tazminat Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Sözleşme görüşmeleri yapılırken kusurlu davranışı ile karşı tarafa zarar veren görüşme tarafı, culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca

¹⁹ Gezder s.119; Işıntan, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Doktora Tezi, İstanbul 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> , ET. 10.01.2021, s. 160.

²⁰ Örneğin bir kumaş mağazasına giren kişi tezgahların üzerine düşürdüğü kumaş topu ile yaralanırsa, burada şüphesiz haksız fiil durumu söz konusudur. Bu durumda mağaza sahibi TBK m. 66'daki kurtuluş beyinelerini kullanarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunun sonucunda ekonomik olarak güçlü olan mağaza sahibi yerine daha zayıf olan tezgahlara başvurmak kimi zaman müşterinin zararının karşılanmaması ile sonuçlanır. İşte culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurmak, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, ispat yükü ve zamanaşımı gibi hususlarda haksız fiil sonucu zarar gören kişi için haksız fiil hükümlerinin uygulanması ile oluşacak hakkaniyete aykırı durumdan bir çıkış yolu olarak kullanılır. Demircioğlu, s.3-4; culpa in contrahendo sorumluluğunda tazminat alacaklısının haksız fiil yerine borca aykırılık hükümlerine dayanmasının kusuru ispat yükü ve zamanaşımı bakımından daha elverişli olduğu görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, s. 508-509; Tekinay, s. 1311; Yavuz, Nihat, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 376; "...Güven ilişkisi MK. m.2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre, görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar... O halde, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlığın; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur..." YHGK., E. 2012/1220 K. 2013/239 T. 13.2.2013; Y. 13. HD., E. 1995/9375 K. 1995/9860 T. 13.11.1995, kararları için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

sebepten olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür²¹. Görüşme tarafı karşı tarafa sözleşmenin geçerli olduğu veya sözleşmenin yapılacağı konusunda güven tesis ettiğinden dolayı kusurlu kabul edilir.

2. Tazminat Alacaklısı

Kural olarak tazminat alacaklısı, sözleşme görüşmelerinde koruma yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle zarar gören görüşme taraflarından biridir. Gerçekten de sözleşme görüşmelerinde tarafların hukuki menfaat ve değerleri diğer görüşme tarafının etkisine açık hale gelmekte ve karşı tarafça ihlal edilmesi mümkün olmaktadır²². Öte yandan bazı durumlarda ise sözleşme görüşmecisi olmayan fakat görüşme tarafının koruma sahasında olan üçüncü kişinin hukuki değer ve menfaatleri de karşı görüşmeci tarafından ihlal edilebilir. Bu durumda da üçüncü kişinin zararı culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilir²³.

3. Tazminat Borçlusu

Tazminat borçlusu sözleşme görüşmeleri ilişkisindeki koruma yükümlülüklerini kendi kusuruyla ihlal ederek karşı görüşmeciyi ve/veya onun koruma sahasındaki üçüncü bir kişiyi zarara uğratan kimsedir²⁴. Tazminat borçlusu kural olarak sözleşme görüşmecilerinden biri olsa da bazı durumlarda sözleşme görüşmelerini taraf veya temsilci sıfatıyla yürüten üçüncü kişiler veya sözleşme görüşmeleri sürecini etkileyen, tazminat alacaklısını o şartlardaki sözleşmeyi kurmaya yöneltten güveni

²¹ Tunçomağ, s. 214; Oğuzman/Öz, s. 508-509; Demircioğlu, s. 323.

²² Demircioğlu, s. 323.

²³ Bu kimseler görüşmesi yapılan sözleşme ilişkisi açısından esasen üçüncü kişi durumunda bulunsalar dahi, sosyal temas sebebiyle, bu ilişkiden bağımsız olarak sözleşme görüşmeleri ilişkisinden doğan güven ilişkisinin tarafları olurlar. Dolayısıyla bu üçüncü kişilerin değer ve menfaatlerinin de haksız fiil hukukunun getirdiğinden daha yüksek bir özenle korunması hakkaniyete uygun olacaktır. Örneğin, bir mağazaya giren kadının yanındaki çocuğu, potansiyel mağaza müşterisi olmasa da kadının koruma sahası içerisindedir. Anne ve çocuk mağazaya girmekle sosyal temasta bulunmuştur, taraflar arasındaki temelinde dürüstlük kuralı (TMK m. 2) bulunan güven ilişkisi ve bu ilişkiden doğan koruma yükümlülüğü sebebiyle çocuğun mağazada uğradığı zarar, sözleşmesel sorumluluğa göre tazmin edilir. Demircioğlu, s. 323-326.

²⁴ Demircioğlu, s. 326; Sözleşme görüşmecilerinden bir tarafının tüketici olduğu durumlarda tazminat borçlusu aydınlatma yükümlüsü olan (satıcı) görüşmecidir. Erbek, s. 269.

oluşturan kimseler de culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında zararını tazminle yükümlü olabilir²⁵.

IV. Tazminatın Türü ve Kapsamı

1. Genel Olarak

Sözleşme kurulmamış olsa da sözleşme görüşmeleri yapılırken taraflarından biri diğer tarafa güvenerek, sonradan gereksiz ve faydasız olduğu anlaşılan masraflar yapmış olabilir. Aynı şekilde sonradan hükümsüz hale gelen bir sözleşme için sözleşme görüşmeleri sırasında veya sözleşme kuruluşu veya sonrasında, sözleşme taraflarından birinin diğer tarafa güvenerek yaptığı fakat sonradan gereksiz ve faydasız olduğu anlaşılan masraflar olabilir²⁶. Bu durumda gereksiz ve faydasız masraf yapan taraf zarar etmiş olur.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda tazmin edilecek olan zarar, geçerli olduğuna güvenilen sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle uğranılan, diğer bir ifade ile sözleşme hiç yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır²⁷. Bu zarara menfi (olumsuz) zarar denir²⁸. Culpa in contrahendo sorumluluğunda kural olarak menfi zararın, istisnai durumda ise müspet zararın tazmin edilmesi talep edilmesi mümkündür.

2. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Kural-Menfi Zararın Tazmini

a. Menfi Zararın Tazmininin Gerekçesi

Culpa in contrahendo sorumluluğunda tazmin edilecek olan zarar haklı güvenin ihlalinin doğan güven zararı olup, söz konusu haklı güvenin ihlali Türk/İsviçre hukukunda menfi zarar olarak ifade edilmektedir²⁹. Yargıtay da görüşme taraflarından birinin sözleşmenin varlığına ve

²⁵ Ayrıntılı açıklama için bakınız Demircioğlu, s. 326 vd.

²⁶ Gezder, s. 191; Sanlı, Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ocak 2017, s. 611.

²⁷ Tekinay s. 1312; Yavuz, s. 376.

²⁸ Tunçomağ, s. 214; Uygur, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 348; Işıntan, s. 157.

²⁹ Demircioğlu, s. 330. Kocayusufoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt I, 5.

sözleşmeye uyulacağına duyulan güven sonucu uğradığı zararın menfi zarar olduğunu kabul etmektedir³⁰.

Menfi zarar ile; zarara uğrayan görüşme veya sözleşme tarafının, sözleşme görüşmelerine veya akdedilen sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek uğradığı zararın meydana gelmesinden öncesindeki parasal durumuna geri getirilmesi amaçlanır³².

Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul 2014, s. 444; Kanun veya kanunun kıyasen uygulanması aksini belirtmiyorsa; culpa in contrahendo sorumluluğunda borcun ifa edilmemesinden doğan zarar değil, sözleşmenin yapılacağına duyulan güven zararı talep edilebilir. bkz. Gezder, s. 193, s.195; Kılıçoğlu, s. 123.

³⁰ Demircioğlu, s. 330; Erbek, s. 276; " ...sözleşme yapma vaadi ile güven telkin edilmiş olan tarafın sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan zararının karşılanması gerektiği gerek doktrinde gerekse uygulamada kabul edilmektedir. Zararın kapsamı konusuna gelince; Öğretide ve Yargıtay kararlarında bu zararın menfi zarar olduğu konusunda görüş birliği oluşmuştur. Sözleşme yapılması düşüncesiyle yani uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar "menfi zarar" olup böylelikle sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan masrafların sözleşmeyi yerine getirmeyen tarafın karşılaması kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla sözleşmenin yapılacağına güven duyan tarafın zararının diğer tarafça karşılanması gerekir." Y. 13. HD., E. 2011/11238 K. 2011/18434 T. 8.12.2011; "...Sözleşme batıl olduğundan ... davalı müteahhitler iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek ve kusurlu iseler davacıların sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu uğradıkları menfi zarar tazmin etmek zorundadırlar " Y. 15. HD., E. 1981/331 K. 1981/1050 T. 07.05.1981, kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

³¹ Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararda aksi görüş belirterek; yüklenici tarafından geçersiz sözleşmeye istinaden yapılan masraflar sebebiyle davalı arsa sahiplerinin malvarlığında bir zenginleşme, yüklenicinin malvarlığında ise azalma söz konusu olduğu durumda yüklenicinin yaptığı masrafların arsa sahibinin işine yarayıp yaramadığının tartışılmadığı, bu durumda culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. bkz. "...Somut olayda, adi yazılı şekilde düzenlenen sözleşmede, taşınmazın davalılar dışındaki paydaşlarının imzasının bulunmadığı, sözleşmenin ifa edilmediği ve herhangi bir tapu devrinin de yapılmadığı, bu haliyle sözleşmenin geçersiz olduğu uyuşmazlık dışıdır. Bu durum karşısında, mahkemeye, akit öncesi sorumluluk (Culpa İn Contrahendo) hükümlerine dayanılarak uyuşmazlığın çözümlenmesi isabetli olmamıştır. Sözleşmenin geçersizliği durumunda taraflar, sözleşmenin ifasını isteyemez ve birbirlerini ifaya zorlayamazlar. Geçersiz sözleşmeye dayanarak, birbirlerinden müsbet zararlarını ve menfi zararlarını talep edemezler, ancak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, birbirlerine verdiklerini talep edebilirler." Y. 23. HD., E. 2013/5590 K. 2013/8023 T. 13.12.2013, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

³² Gezder, s. 196; Özkaya, s. 174.

TBK'da culpa in contrahendo sorumluluğu genel bir hüküm şeklinde, diğer bir ifade ile açıkça bir sorumluluk türü olarak yer almamaktadır³³. Öte yandan sözleşme görüşmeleri sırasındaki bazı kusurlu davranışların sorumluluk doğuracağı, kusur sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edileceği TBK'da bazı özel hükümlerde açıkça belirtilmektedir³⁴. Örneğin; kendi kusuruyla yanılarak yaptığı sözleşmeyi, yanılmasına dayanarak iptal eden kimseyi karşı tarafın hükümsüzlük nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu tutan TBK m. 35/1³⁵, aldatarak veya korkutarak karşı tarafı sözleşmeye razı eden kimseyi sebep olduğu zarardan sorumlu tutan TBK m. 39/2³⁶; temsil yetkisi sona erdiği halde daha önce verdiği yetki belgesini temsilciden almayan kimseyi iyiniyetli üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu tutan TBK m. 44/2³⁷, yetki olmadığı halde başkası adına işlem yapan yetkisiz temsilciyi, işlemin geçersizliği sonucu oluşan zarardan sorumlu tutan TBK m. 47/1'de sözleşme öncesi sorumluluğuna ilişkin özel hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸. Ayrıca bu hükümlerin kıyasen uygulandıkları durumlarda da alacaklının menfi zararını talep etmesi mümkün olur³⁹.

Menfi zarar, adı gibi "*menfi-olumsuz*" bir sonuca yönelir ve zarar görenin durumunu sanki borçlu zarar verici fiili hiç yapmamış hale getirmeyi amaçlar. Böylece zarar verici olay gerçekleşmeseydi alacaklının

³³ Demircioğlu, s. 53.

³⁴ Oğuzman/Öz, s. 506; Kılıçoğlu, s. 121-122.

³⁵ Ergüne; s. 154 vd. Yanılamaya düşmede en küçük ihmal bile culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar, bkz. Yavuz, s. 376; Burada yanılığa düştüğü için sözleşmeyi iptal eden tarafın sorumluluğu, sözleşme öncesi culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanır; zira sözleşme iptal olduğundan borca aykırılık yoktur, iptal hukuka uygun olduğundan haksız fiil doğmamıştır. Kılıçoğlu, s. 121; Keza TBK m. 35/1 gerekçesinde tazmin edilecek zararın olumsuz (menfi) zarar olduğu açıkça belirtilmektedir.

³⁶ Ergüne; s. 167 vd. Burada korkutma/aldatma altında kurulan bir sözleşmeye onam verilse de ortada bir zarar olabilir. Bu zarar sözleşme öncesi kusurlu davranışa (korkutma/aldatmaya) dayanır; culpa in contrahendo sorumluluğu doğurur; zira sözleşme onam verildiğinden geçerlidir ve borca aykırılık oluşmamıştır. bkz, Kılıçoğlu, s. 121.

³⁷ Ergüne; s. 183 vd.; Demircioğlu, s. 53; Eren, s. 452. Bu durumda sözleşmenin yapılması sırasında edimin imkansız olduğunu bilen tarafın bu bilgilendirmeyi yapmadığı için culpa in contrahendo sorumluluğu doğar. Kılıçoğlu, s. 121.

³⁸ Oğuzman/Öz, s. 506; Demircioğlu, s. 53.

³⁹ Gezder, s. 195;

malvarlığının olacağı hal yeniden tesis edilerek malvarlığındaki azalmaların ortadan kaldırılması hedeflenir⁴⁰.

b. Menfi Zarar Kavramı

Menfi zarar, kurulacağına veya geçerliliğine güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması veya geçersizliğinden doğan zarardır⁴¹; malvarlığına ilişkin bir zarardır⁴². *"Sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır"*⁴³. Kısacası menfi zarar; sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından doğan zarardır⁴⁴. Menfi zarar, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki kusurlu davranışlardan, borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmeden, yetkisiz temsilden ve özellikle sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zarardır⁴⁵.

c. Menfi Zararın Tanımı

Menfi zarar benzer anlamda olsa da çeşitli şekillerde ifade edilmiştir. Şöyle ki;

*"Menfi zarar sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır"*⁴⁶.

⁴⁰ Ergüne, s. 37.

⁴¹ Tandoğan, s. 427; Eren s. 1014; Nomer, s. 454; Oğuzman/Öz, s. 508; Özkaya, s. 173; Sözleşmenin konusunun ifası daha başlangıçta imkansız ise sözleşme geçersizdir, bu geçersiz sözleşmeye sebebiyle zarara uğrayan borca aykırılığa değil, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanabilir. Oğuzman/Öz, s. 506-507; YHGK., E. 2011/238 K. 2011/379 T. 1.6.2011

⁴² Erbek, s. 26;

⁴³ Tandoğan, s. 427; Ergüne, s. 36; Gezder, s. 196; *"...Olumsuz (Menfi) zarar ise...Diğer bir söyleyişle sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır."* YHGK., E. 2004/208 K. 2004/211 T. 07.04.2004; Y. 6. HD., E. 2014/12607 K. 2015/8920 T. 22.10.2015, kararlar için bkz. www.legalbank.net, ET. 10.01.2021

⁴⁴ Eren, s. 530; TBK'da menfi zararı olarak m.35/1 *"sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zarar"* ve m. 47/1 *"hukuki işlemin geçersiz olmasından doğan zarar"* ifadeleri yer almaktadır.; *"...menfi zarar: sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder..."*, YHGK., E. 2006/499 K. 2006/507 T. 05.07.2006, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁴⁵ Kusurlu davranıştan sonra sözleşme yine de kurulmuş ise ve kusurlu davranış sözleşmeden doğan borçlardan biri ihlal ediyorsa bu durumda, culpa in contrahendo sorumluluğuna değil TTK m. 112 vd.ndaki borca aykırılık hükümleri uygulanır. Oğuzman/Öz, s. 509.

⁴⁶ Eren, s. 1056.

"Olumsuz zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olacağına yahut geçersizliğe rağmen ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığında, bu sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalmadır"⁴⁷.

"Menfi zarar, alacaklının malvarlığının halihazırdaki durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı olacağı durumu arasındaki farktır"⁴⁸.

"Olumsuz zarar, alacaklının, borçlu ile hiç sözleşme ilişkisine girmemiş olmasına yönelik menfaattir"⁴⁹.

"Menfi zarar, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle, bir başka ifadeyle, sözleşmenin geçerliliğine güvenden kaynaklanan zarardır"⁵⁰.

"Hukuki işlemin hüküm ifade edeceğine veya kurulacağına güvenilecek yapılan ve fakat hüküm ifade etmemesi veya kurulmaması halinde uğranılan zararlar menfi zarar adını alır"⁵¹.

Yargıtay'ın yerleşik tanımı şu şekildedir; *"Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır"⁵².*

Görüldüğü gibi menfi zarar tanımlanırken ağırlıklı olarak sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olduğuna duyulan güvenin karşılıksız çıkması ile oluşan zarar olarak ifade edilmektedir.

⁴⁷ Ergüne, s. 39.

⁴⁸ İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 404; Gezder, s. 196; Sanlı, s. 118.

⁴⁹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 382.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 87.

⁵¹ İnan/Yücel, s. 610.

⁵² Tandoğan, s. 427; Yargıtay'ın kararlarında da Tandoğan'ın bu tanımına başvurulmaktadır. bkz.; YHGK., E. 2014/1169 K. 2016/863 T. 29.6.2016; YHGK., E. 2014/8 K. 2015/10 T. 14.01.2015; Y. 6. HD., E. 2014/12607 K. 2015/8920 T. 22.10.2015; Y. 13. HD., E. 2013/33222 K. 2014/36127 T. 18.11.2014; Y. 4. D, 59/119, T. 22.12.2015; Y. 3. HD., E. 2019/1130 K. 2019/7495 T. 7.10.2019 ; Y. 6. HD., E. 2015/8986 K. 2015/11373 T. 22.12.2015; Y. 3. HD., E. 2013/19821 K. 2014/2816 T. 25.2.2014; Y. 3. HD., E. 2019/4983 K. 2020/2182 T. 10.3.2020, kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

d. Menfi Zararda Tazmin Edilecek Hususlar

Zarara uğrayan görüşme tarafı öncelikle sözleşmenin kurulacağına veya geçerli olduğuna güvenerek yaptığı masrafları talep edebilir⁵³. Görüşmeler sonucunda sözleşme kurulsaydı veya kurulan sözleşme geçerli olsaydı bu masraflar boşa yapılmayacaktı fakat kurulmamış veya geçersiz bir sözleşme durumunda artık yapılan bütün bu masraflar faydasız ve boş yere yapılmıştır⁵⁴.

Yargıtay menfi zarar kavramına aşağıdaki hususların girdiğini kabul etmektedir⁵⁵.

- "...Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler⁵⁶; Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi,

⁵³ Gezder, s. 196; "...Sözleşme yapılması düşüncesiyle yani uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar "menfi zarar" olup böylelikle sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan masrafların sözleşmeyi yerine getirmeyen tarafın karşılaması kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla sözleşmenin yapılacağına güven duyan tarafın zararının diğer tarafça karşılanması gerekir..." Y. 13. HD., E. 2011/11238 K. 2011/18434 T. 8.12.2011, www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁵⁴ Belirtmek gerekir ki, sözleşme ilişkisine girerken doğal olarak yapılacak masraflar olup, buna tarafların kendisi katlanır. Öte yandan görüşme tarafı sözleşme kurmak istemediği halde sözleşme müzakerelerini başlatır veya sonradan vazgeçip de bunu diğer görüşme tarafına bildirmez ise bu durumda diğer tarafın masraf ve harcamalarını culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında tazmin etmekle yükümlüdür. Işıntan, s. 160; Demircioğlu, s. 226

⁵⁵ YHGK., E. 2004/208 K. 2004/211 T. 07.04.2004; YHGK., E. 2010/618 K. 2010/668 T. 15.12.2010; YHGK., E. 1989/392 K. 1990/1 T. 17.01.1990, kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁵⁶ Bunlar sözleşmenin kurulması için yapılan her türlü masraflardır. Örneğin; noter masrafları veya resmi makamlara ödenen vergi, resim, harç, rüsum gibi bedeller, komisyoncuya ödenen ücret, hukuk danışmanlarına ödenen ücret, telefon, yazışma, posta ve seyahat masrafları, işçilik giderleri, ifa için hazırlık masrafları, bkz., Eren s. 1057, Tandoğan, s. 427; Yavuz, s. 376; Kılıçoğlu, s. 205; İnan/Yücel, s. 610; Nomer, s. 454; Ergüne, s. 294; Oğuzman/Öz, s. 411; Uygur, s. 708; Yavuz, s. 376; İnan/Yücel, s. 610; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 446; Özkaya, s. 173; Sanlı, sözleşme yapılması için katlanılan bu masrafların ekonomik açıdan "işlem maliyeti" olduğunu ifade etmektedir. Sanlı s. 592. "...davacıya sözleşmenin yürürlüğe gireceği hususunda güven verildiği... anlaşılmaktadır... Bu durumda davalının sözleşme öncesinde davacıyı sözleşme süreci hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile sözleşme öncesi sorumluluğunu ihlal ettiğine..." Y. 22. HD., E. 2017/20291 K. 2018/28025 T. 24.12.2018, www.legalbank.net, ET. 10.01.2021.

- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edimin kabulü için yapılan giderler⁵⁷,

- Sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar; gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi, hasara uğraması⁵⁸

- Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar⁵⁹; örneğin o zaman

⁵⁷ Tandoğan, s. 428; Uygur, s. 708; İnan/Yücel, s. 610; Nomer, s. 455; Erbek, s. 23; Örneğin "nakliye, devir, tescil masrafları, malın sigortası için ödenen primler, gümrük masrafları, sözleşme konusu malı başka yerden temin etmek için üstlenilen yükümlülükler, yapılan harcamalar veya sözleşmenin ifası için bankadan alınan kredinin faizleri yahut eser sözleşmesinde kullanılan malzemelerin değeri, araziye düzeltme ve şantiye kurma masrafları, mimarî proje çizdirme masrafları", Ergüne, s. 296-297; sözleşme iptal edilene kadar yapılan işin bedeli, Özkaya, s. 173; ifa sırasındaki ambalajlama, taşıma masrafları, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 446; Örneğin araba, depo kiralamak gibi karşı edimin kabulü amacıyla yapılan masraflar, Eren s. 1057; Öte yandan verilen şey üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmekteyse, zarar oluşmayacağı için tazminat talep edilemez. Kılıçoğlu, s. 45.

⁵⁸ Uygur, s. 708; Sözleşmeye konu olan şeyin devir ve teslim işlemleri sırasında uğradığı zarar, örneğin bu şeyin nakil sırasında kazaya uğraması, sele gitmesi veya yanması halinde doğan zarar da menfi zarardır. Özkaya, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 445.

⁵⁹ Uygur, s. 708; Yavuz, s. 376; Kılıçoğlu, s. 205; İnan/Yücel, s. 610; Nomer, s. 455; Sanlı, s. 592; Erbek, s. 23; Özkaya, s. 174; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 446; Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz, Ergüne, s. 298 vd.; "...Somut olayda, davacının ... talebi, fesih nedeniyle uğranılan menfi zararın giderilmesi isteğine yönelik olduğundan "kaçırılan fırsat" esasına göre hesaplama yapılması gerekir. ... eser sözleşmesinin ...feshedilmesi durumunda feshedenin, aynı Yasa'nın 108. maddesi uyarınca uğradığı zararları talep edebileceği gerek Yargıtay uygulamasında gerekse doktrinde kabul edilmektedir. Genel olarak bu zararlar, kaçırılan fırsat (menfi zarar) olarak tanımlanmakta olup, sözleşmenin yapılmaması halinde uğranılamayacak zarar olarak ortaya çıkmaktadır. Kaçırılan fırsat, yüklenicinin sözleşmesine göre yapımını üstlendiği halde yapmadığı işin makul süredeki yeniden yapım bedeli ile sözleşmenin yapıldığı tarihte kendisinin sözleşme ilişkisine bağladığı teklife en yakın alınabilecek teklif fiyatı arasındaki farktan ibarettir. Menfi zararın belirlenirken, işin başkasına ihale edilememesi nedeniyle kaçırılan fırsat, kısaca ihaleye en yakın teklif fiyatı ile yeniden yaptırılmak zorunda kalınan fiyat arasındaki fark olarak hesaplanmalıdır." Y. 15. HD., E. 2014/1527 K. 2015/132 T. 15.1.2015; Y. 3. HD., E. 2017/6160 K. 2019/2789 T. 1.4.2019; Y. 15. HD., E. 2018/2646 K. 2019/497 T. 7.2.2019; "...Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlanabilecek menfi zarar kapsamına; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından kaynaklanan zarar girer." Y.15. HD., E.

başkasından 1.000.000 TL'ye alınabilecekken, şimdi, 1.200.000 TL'ye alınabilmesi,

- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar⁶⁰ ve,

- Dava masrafları⁶¹"

Sanlı, sözleşmenin geçerliliğine ve karşı tarafın borcunu ifa edeceğine güvenen sözleşme tarafının edimin ifası için şart olan yatırımları menfi zarar kapsamında talep edebileceğini belirtmektedir⁶².

Alacaklı geçersiz hale gelen sözleşme sebebiyle mahrum kaldığı kazancı ve faizleri ve bu sözleşmenin kurulması ile kaçırdığı sözleşmeden kaybettiği karı da talep edebilir⁶³.

3. Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda İstisna: Müspet Zararın Tazmini

a. Genel Olarak

Genel olarak müspet zarar sözleşmenin hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmemesinden doğan zarardır⁶⁴.

2016/2422 K. 2017/3170 T. 27.9.2017, kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁶⁰ Örneğin alacaklı geçersiz sözleşmeye istinaden malı üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt eder fakat sözleşmenin geçersizliği sebebiyle ceza koşulu veya tazminat ödemek zorunda kaldığında bunlar da menfi zarar kapsamına girer. Eren s. 1057; Tandoğan, s. 428; Uygur, s. 709; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 446; Erbek, s. 23.

⁶¹ Tandoğan, s. 428; Uygur, s. 709.

⁶² Örneğin edim borçlusunun kısmen veya tamamen ifada bulunması halinde bunun iadesi; tarafların pazarlık ve sözleşme kaleme almak için noter masrafı gibi yaptıkları masraflar; sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek hammadde veya malzeme yatırımı yapılması, var olan sözleşme sebebiyle kaçırılan kar fırsatları geniş anlamda "güven yatırımı" olarak adlandırılmaktadır ve menfi zarar tazminatı olarak talep edilmeleri mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz, Sanlı, s. 119 vd.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Ergüne, s. 304 vd.

⁶⁴ Eren, s. 1056. Topuz, Murat, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 3. Bası, Ankara, 2023, s. 126 vd.; "...müspet zarar ise, (sözleşmenin) ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder..." YHGK., E. 2006/499 K. 2006/507 T. 05.07.2006; "...Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli (mevcut) durum arasındaki fark müspet zarardır. Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır: kuskusuz kar mahrumiyetini de içine

Menfi zarar tazminatının müspet zararı aşıp aşamayacağı Alman ve İsviçre/Türk hukukunda farklı ele alınmıştır. Alman hukukunda menfi zararın tazminat talep miktarı müspet zarar ile sınırlıdır, müspet zarar tutarını aşamaz⁶⁵. Türk/İsviçre hukukunda ise açık bir sınırlandırma yoktur⁶⁶.

Culpa in contrahendo sorumluluğunda kural olarak menfi zarar talep edilmekle birlikte istisnai olarak hakkaniyet gerektiriyorsa menfi zararı aşan bir tazminat da talep edilebilir⁶⁷. Örneğin TBK m. 35/2 uyarınca⁶⁸; “*Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.*” TBK m. 47/2 uyarınca; “*Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir*”. Hakkaniyet gerektirdiğinde, özellikle de görüşme/sözleşme tarafının ağır kusurunun olduğu veya bir tarafın ekonomik durumu çok iyi iken diğerinin kötü olduğu durumda sözleşmenin iptali durumu kötü olan tarafın mahvına sebep olacağı bir durumda menfi zararı aşan müspet zararı talep etmek mümkün olur⁶⁹.

alır.” YHGK., E. 2006/499 K. 2006/507 T. 05.07.2006; YHGK., E. 2011/238 K. 2011/379 T. 1.6.2011; Y HGK., E. 2010/244 K. 2010/260 T. 12.05.2010; YHGK., E. 2014/8 K. 2015/10 T. 14.01.2015; “...Müspet zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır. Bu niteliği gereği, müspet zarar daima ileriye dönük olup, bir beklenti kaybıdır.” Y. 23. HD., E. 2018/207 K. 2018/3330 T. 24.5.2018, kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, ET. 10.01.2021.

⁶⁵ Demircioğlu, s. 332.

⁶⁶ Tandoğan, s. 428; Uygur, s. 709; Demircioğlu, s. 333.

⁶⁷ Tekinay, s. 1312; Gezder, s. 200; Demircioğlu, s. 332; Yavuz, s. 377; Kılıçoğlu, s. 89; Uygur, s. 348; Belirtmek gerekir ki bu durumda tazminat miktarı hiçbir zaman müspet zararı aşmamalıdır. Özkaya, s. 175.

⁶⁸ Madde gerekçesinde yer alan ifade şu şekildedir; “*Maddenin ikinci fıkrasında ise, hâkimin, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yanılanı diğer tarafın sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan olumsuz zararını aşabilmekle birlikte, onun ifadan beklenen yararını, yani olumlu zararını aşmaması kaydıyla, daha fazla tazminat ödemekle yükümlü kılacak bir tazminat kararı*” da verebileceği belirtilmiştir. Nitekim, uygulamada da durum bu yöndedir.

⁶⁹ Gezder, s. 200; Özkaya, s. 175; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 450; *İşintan* hakkaniyet gereken durumda müspet zararın tazmin edilebilmesi için en azından görünürde de olsa bir sözleşmenin kurulması gerektiğini, henüz kurulmamış veya kurulacağı belli olmayan sözleşme görüşmesinin tamamlanmaması sebebiyle ifa menfaatinin tazminini amaçlayan müspet zararın talep edilemeyeceğini savunmaktadır. *İşintan*, s. 160;

Culpa in contrahendo sorumluluğunda "*hakkaniyet gerektirdiğinde*" menfi zararın yanı sıra müspet zararın talep edilip edilmeyeceği, menfi zararın müspet zararla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, her somut olayın koşulları ve niteliğine bakılarak hakim tarafından değerlendirilir⁷⁰. Bu durumda genel kabul menfi zararın müspet zarar ile sınırlı olduğu şeklindedir⁷¹. Menfi zarar tazminat talebinin müspet zarardan fazla olması durumunda, hakim takdir yetkisini kullanarak menfi zararı müspet zarara eşitleyebilir veya altına dahi indirebilir⁷².

Belirtmek gerekir ki culpa in contrahendo sorumluluğuna sebep olan olay yaralanmaya veya malda hasara sebep olduğuna mutlak hak ihlali söz konusu olur ve kural olarak bütün zararın tazmin edilmesi gerekir⁷³.

b. Müspet Zararın Kapsamı

Müspet zarar, alacaklının malvarlığının halihazırdaki durumu ile borcun tam ve gereği gibi ifa edilmiş olsaydı alacağı durum arasındaki farktır⁷⁴. Müspet zarar fiili zarar ve mahrum kalınan kardır⁷⁵. **Fiili zarar**; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda zarar görenin malvarlığının aktif kısmında azalma veya pasif kısmındaki çoğalmadır⁷⁶.

⁷⁰ Demircioğlu s.334; Kılıçoğlu, s. 205; Gezder, s. 198. Oğuzman/Öz'e göre; TBK m. 47/2 gibi özel bir düzenleme olmadıkça culpa in contrahendo sorumluluğunda borca aykırılık hükümlerine gidilse bile, doğmamış veya geçersiz olan borca aykırılık halinde müspet zarar talep edilemez. Oğuzman/Öz, s. 509, s. 115; Örneğin; ünlü bir işadının sözleşme görüşmeleri sırasında beş yıldızlı otelde kalması normal iken, küçük esnafın bu masrafı lüzumsuz bir harcama olur; menfi zarar olarak kabul edilmez. Ergüne, s. 295.

⁷¹ Gezder, s. 198; Tandoğan, s. 428-429; Uygur, s. 708; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 448;

⁷² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 448 vd.;

⁷³ Nomer, s. 460. "*...sözleşme öncesi kusur sebebiyle sözleşmenin geçerli olarak kurulmadığı durumda, kanundaki açık istisnai hükümler (TBK 35/II, 47/II) ve kıyasen uygulandığı haller dışında kural olarak sorumluluk, sadece karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güveninin boşa çıkmasına dayanan olumsuz zararlarla sınırlı kalır.*" Nomer, s. 460.

⁷⁴ Eren, s. 1056; Oğuzman/Öz, s. 408.

⁷⁵ Gezder, s. 201; "*Menfi zarar da aynen müspet zarar gibi fiili zarar ve kaçırılan fırsattan (mahrum kalınan kardan) oluşur.*" Tekinay, s. 1142; Eren, s. 1056, Topuz, s.129 vd.

⁷⁶ Tandoğan, s. 64; Uygur, s. 709; Tekinay, s. 1142; Oğuzman/Öz, s. 413; Eren, s. 526, s. 1056. Malvarlığında aktif kısmın azalması malvarlığındaki bir evin yok olması,

Yoksun kalınan kar ise; sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığında oluşabilecek olan artıştır, diğer bir ifade ile malvarlığının artma imkanının kaybıdır⁷⁷. Bu durumda malvarlığında kesin veya çok büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek olan bir artış, kısmen veya tamamen önlendiği için zarar ortaya çıkmaktadır⁷⁸.

4. Menfi Zarar ve Müspet Zarar Ayrımı

A, bir mal satın almak istiyor. Bunun için toptancı B'ye gidiyor. B, A'ya bir teklif yazısı hazırlıyor fakat bu yazıda dikkatsizlik sonucu 2200 lira yazmak isterken 2000 lira yazıyor. A ile B arasında 2000 lira üzerinden sözleşme kuruluyor. Bu arada A'ya 2100 lira üzerinden bir teklif geliyor, A bunu reddediyor. Daha sonra B yanılmasının farkına varıp sözleşmeyi iptal ediyor. Ekonomik kriz çıkıyor ve A aynı cins malı şimdi 2300 liradan almak zorunda kalıyor.

A sözleşmeye güvenmeseydi 2100 liralık malı kabul edecekti, şimdi 2300 lira ödemek zorunda kalmayacaktı. Bu durumda A'nın zararı $2300 - 2100 = 200$ liradır. Bu zarar sözleşmeye güvenerek uğradığı menfi zararıdır. Sözleşme yapılmıyaydı oluşmayacak olan zarardır.

Şayet B sözleşmeyi iptal etmeyip ifa etseydi, A 2000 liraya mala sahip olacaktı. Fakat sözleşme iptal edilip ifa gerçekleşmeyince A, 2300 lira ödeyerek aynı cins malı satın alıyor. A, $2300 - 2000 = 300$ lira zarar etti. Bu zarar müspet zarardır. Sözleşme ifa edilseydi oluşmayacak olan zarardır.

Belirtmek gerekir ki hiçbir zaman sebep ne olursa olsun menfi zarar ve müspet zararın tazmini birlikte talep edilemez⁷⁹. Zira müspet zararının tazminini talep eden kişi borç ifa edilmiş olduğundan menfi zarar

hasarlanması veya kaybolması, vücut bütünlüğü ihlalinde sağlık, tedavi, bakım giderler, ölüm halinde cenaze masrafları gibi.

⁷⁷ Oğuzman/Öz, s. 413.

⁷⁸ Eren, s. 526.

⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 411; Ayrıca tazminat kısmen müspet zararı, kısmen menfi zararı kapsayacak şekilde talep edilebilmesi olanaklı değildir. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 445; Olumlu ve olumsuz zarar aynı anda talep edilemeyecek olsa da bazı hükümsüzlük hallerinde (TBK m. 35) olumsuz zararı da aşan bir olumlu zararın tazmin edilmesi hususunda hakime takdir hakkı tanınmıştır. Bkz. Topuz, s. 130.

anlamındaki kayıplarına katlanacak olup, menfi zararının tazminini talep eden kişi de sözleşmeyi geçersiz saydığına göre geçersiz bir borcun ifasına ilişkin menfaatinin tazminini talep edemeyecektir⁸⁰.

5. Menfi Zararın Hesaplanması

Kural olarak culpa in contrahendo sorumluluğunda kusurlu taraf karşı tarafın bütün zararını tazmin etmelidir⁸¹. Culpa in contrahendo sorumluluğunda esas olarak tazmin menfi zarar hesabına göre yapılacaksa da hakkaniyet gerektiği takdirde hakim zarar gören lehine daha fazla tazminata ve hatta müspet zararın tazminine de karar verebilir⁸². Örneğin TBK m. 35/2 ve m. 47/2'nin kıyasen uygulanması ile hakim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, müspet zararı (ifadan beklenen yararı) aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata, hatta müspet zararın tümünün tazminine hükmedebilir⁸³. Örneğin yukarıda satıcı B'nin yanılması örneğinde alıcı A'nın menfi zararı 200 lira, müspet zararı 300 lira olarak hesaplandı. Hakim, TBK m. 35/2 uyarınca hakkaniyet gerektiriyorsa 200 lira yerine 300 liraya kadar tazminata hükmedebilecektir.

Öte yandan bazı durumlarda menfi zarar müspet zarardan fazla olabilir. Bu durumda hakim TBK m. 51'i kıyasen uygulayarak *"durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak"* tazminatı hesaplar ve gerekirse menfi zarardan daha az bir zarara hükmedebilir⁸⁴.

Zararın hesabında TBK m. 50 uyarınca hakim *"Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler"*⁸⁵. Daha sonra **tazminatın takdirinde** ise

⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 411, Topuz, s. 130.

⁸¹ Gezder, s. 202; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 382.

⁸² Gezder, s. 202; Kılıçoğlu, s. 205; Özkaya, s. 175; Tekinay, s. 1316.

⁸³ Nomer, s. 105; Özkaya, s.171; Yavuz, s. 377; *Demircioğlu* ise bu durumda hakim *"müspet zarar tutarına erişen, belki bunu dahi aşan bir meblağa hükmetme serbestisine sahip"* olduğunu belirtmiş olsa da TBK m. 35/2 ve madde gerekçesi açıkça hakim *"hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata"* hükmedebileceğini belirtmektedir. *Demircioğlu* s. 337.

⁸⁴ Gezder, s. 202.

⁸⁵ Gezder s. 202; Sözleşmenin kurulacağına güven duyulması sebebine dayanmayan malvarlığı azalmaları menfi zarar kapsamı dışındadır; dolayısıyla menfi zarar talebinin güven ihlalinin kaynaklandığının ispat edilmesi gerekir, bkz, Ergüne, s.

TBK m. 51 uyarınca "*durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak*" tazminatı takdir eder. En **son olarak da** TBK m. 52 uyarınca; zarar görenin zarara rıza olması, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması, diğer bir ifade ile ortak kusurlu olması, hafif kusurlu tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi culpa in contrahendo sorumluluğunda da tazminatın belirlenmesinde, indirim yapıp yapılmayacağı hususunda hakim tarafından dikkate alınacaktır⁸⁶.

SONUÇ

Culpa in contrahendo sorumluluğu her ne kadar TBK'da özel olarak düzenlenmemiş olsa da örneğin TBK m. 35/1 ve m. 47 hükümlerinde, doktrinde ve Yargıtay kararlarında yerleşik bir hal almıştır. Uygulamada ve doktrinde culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında yapılan masraflardan menfi zarar kapsamında talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca yapılan masraflardan hangilerinin talep edilebileceği konusunda hemen hemen uzlaşma olduğunu, sözleşmenin yapılacağına veya sözleşmenin geçerli olacağına güvenerek yapılan bütün masrafların talep edilebileceğini söylemek mümkündür. Öte yandan bu masrafları hesaplamak, miktarını ve kapsamını belirlemek oldukça karmaşık ve zor bir meseledir.

Öncelikle menfi zarar ve müspet zararın birlikte istenilmesinin mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Culpa in contrahendo sorumluluğunda hakim tazminat hesabı yaparken ilk olarak menfi zarar kapsamında yapılan masrafları dikkate alacaktır. Sonrasında somut olayın özelliklerini dikkate alarak hakkaniyet gerektiriyorsa TBK. m. 35/2 ve m. 47/2 hükümlerini kıyasen olaya uygulayarak menfi zararı aşan bir tazminata hükmedebilecektir. Hakim bu hesaplamayı yaparken, TBK m. 51 ve m. 52'de yer alan kriterleri de dikkate alacaktır.

TBK'da menfi zararın müspet zarardan fazla olup olamayacağı konusunda açıklık olmasa da doktrinde ve uygulamada menfi zararın en fazla müspet zarara eşit olabileceği kabul edilmektedir. Böyle bir

⁸⁶ Demircioğlu, s. 336; Y. 8. HD., E. 2014/18173 K. 2014/16767 T. 23.09.2014, www.legalbank.net, ET. 10.01.2021.

durumda hakimin, istisnai olarak, hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zarara eşit bir tazminata karar verebileceği kabul edilmektedir. Yaşanabilecek bir kafa karışıklığını önlemek için şunu ifade etmek gerekir: Hakim, culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zarara değil, müspet zarar miktarı kadar bir menfi zarar tazminatına hükmetmektedir. Zira ortada geçerli bir sözleşme olmadığından esasen müspet zarar da söz konusu olamayacaktır, fakat hesaplamada kolaylık olması açısından ve müspet zararın menfi zararı geçmemesi yönündeki uygulama sebebiyle, hakkaniyet gerektirdiğinde müspet zarar kalemlerini referans alarak menfi zarar miktarına hükmedecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirinin sırlarına vakıf olmaları ve görüşmelerinin olumsuz sonuçlanması sonrasında taraflardan birinin diğerinin ticari sırlarını ifşa etmesi durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunun doğduğunu kabul edebiliriz. Ne var ki bu ifşadan kaynaklanan zarar kalemlerinin kapsam ve miktarını ispat etmek oldukça güç olacaktır. Böyle bir durumda mevcut zarar ispatlanabilen zararın çok ötesine geçebilir. Bu olasılığı önlemek için tarafların özellikle tacir olduğu ve görüşmeye konu işlemin ticari değerinin yüksek olduğu durumda, tarafların sözleşme görüşmelerine başladığı anda mutlaka bir niyet mektubu imzalamaları ve bu mektupta gizlilik, sır saklama veya ifşa etmeme maddelerine yer vermeleri ve bu düzenlemelerin ihlalini yaptırma bağlamak için de ceza koşulu maddesi eklemelerinin önemli olduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

Demircioğlu, Huriye Reyhan, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 10.01.2025.

Erbek, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 18.01.2025.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015.

Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 15.01.2025.

Gezder, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2009.

Işıntan, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Doktora Tezi, İstanbul 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET. 05.01.2025.

İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2014

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), 21. Bası, Ankara, 2017.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin /Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Cilt I, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, İstanbul 2014.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2021.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17. Bası, İstanbul 2019.

Özkaya, Eraslan, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları (Hata/Hile/İkrah Davaları), 4. Baskı, Ankara 2019.

Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul 2010.

Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 1985.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Topuz, Murat, Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 3. Bası, Ankara, 2023.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Uygur, Turgut, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 3. Baskı, Ankara 2013.

Yavuz, Nihat, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara 2015.

Yargıtay Kararların Kaynakları:

www.lexpera.com.tr, ET. 06.01.2025.

www.legalbank.net, ET. 10.01.2025.

**LİMİTED ŞİRKET ORTAKLARININ
BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI VE
MAHKEME YOLUYLA HAKKIN KULLANILMASINA
İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR**



*İsmail TOPALOĞLU**

* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye
Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Öğrencisi, İstanbul, Türkiye E-posta: ismail.topaloglu@ozu.edu.tr
Orcid id:0000-0002-7877-6541

Öz

Limited ortaklıklarda bilgi alma ve inceleme hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre her ortak, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir. Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir. Genel kurul, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir. Ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı geniş yorumlanmalıdır. Çalışmada müdürler tarafından ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması talebinin şirket tarafından değerlendirilmesi ve bilgi vermekten kaçınma konusu incelenmiştir. Ayrıca bilgi alma ve inceleme talebi müdürler kurulu ve genel kurul tarafından reddedilen ortağın mahkeme aracılığı ile bilgi alma ve inceleme hakkını ne şekilde kullanacağı hususuna değinilmiştir. Limited şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakkı ve ortakların bilgi alma ve inceleme hakkının mahkeme yoluyla kullanılmasına ilişkin güncel sorunlar ve bu meselelere ilişkin görüşlerimiz incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Limited Şirket, Şirket Ortağı, Genel Kurul, Dürüstlük Kuralı*

Abstract

The right to receive and review information in limited liability companies is regulated under the article 614 of the Turkish Commercial Code numbered 6102. Each shareholder is entitle to request from the directors to provide information about all the companys' affairs and accounts, as well as conduct an examination on certain issues. If there is a danger that the shareholder may use the information obtained to the detriment of the company, the directors may prevent the request of the review of the information to the necessary extent; the general assembly decides on this issue upon the shareholder's application. If the general assembly unfairly prevents the request of information and the examination, the court decides on this issue at the request of the shareholder. The court decision is final. The shareholders' right to receive and review information should be interpreted broadly. The board of directors may reject the partners' right to receive and review information only if there are a number of reasons provided for in the law. The shareholders' right to obtain and review information should be interpreted broadly. In this study, the evaluation of the shareholders' request to exercise the right to obtain and review information by the managers and the issue of refraining from providing information are analyzed. In addition, it is adressed that the issue of how the shareholder, whose request for information and inspection is rejected by the board of directors and the general assembly, exercises the right to information and inspection through the court. The current issues regarding the right of limited liability company shareholders to obtain and review information and the exercise of the shareholders' right to obtain and review information through the court and our opinions on these issues is examined.

Keywords: *The Right to Receive and Review Information, Limited Liability Company, Company Shareholder, General Assembly, Honesty Rule*

I. GENEL OLARAK BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

Limited şirketlerde bilgi alma ve inceleme hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre her ortak, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir. Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir. Genel kurul, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir. Mahkeme kararı kesindir. Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinin gerekçesinde ortaklara modern şirketler hukuku anlamında geniş bilgi alma hakkı tanındığı ifade edilmiştir¹.

Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma inceleme hakkına ilişkin düzenlemelerin aksine limited şirketlerde ortaklara tanınan bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamını geniş tutulmuştur². Esasen bilgi alma ve inceleme hakkı hakkının ikili bir tasnifi yapılmaktadır. Limited şirket ortağı, yalnızca bilgi alma hakkını veya inceleme hakkını kullanabileceği gibi bilgi alma hakkını ve inceleme hakkını birlikte kullanması da mümkündür³. Limited şirketin esas sermaye payını iktisap eden her ortak, ortaklık sıfatını kazandığı andan itibaren ortaklık sıfatının sona ermesine kadar bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilir⁴.

Bu çerçevede sermaye şirketi olan limited ortaklıklar, ortakların, ortaklık nezdindeki sermayelerinden ve pay oranlarından bağımsız olarak, şirkete yaptıkları yatırımla ilgili doğru karar verebilmeleri için şirketin ekonomik durumu ve faaliyetleriyle ilgili bilgi alma ve inceleme hakları bulunmaktadır. Nitekim ortakların, paydan doğan idari ve mali nitelikteki haklarını etkin bir şekilde kullanması, şirket iş ve işlemlerinden haberdar olmalarına bağlıdır. Bu önemi gözeten kanun koyucu, ortakların bilgi alma ve inceleme hakkını, yine limited ortaklık bakımından da uygulanan

¹ Bakınız 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesi gerekçesi.

² Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021, s.451.

³ Kendigelen, Abuzer/Kırca, İsmail, Şirketler Hukuku, Cilt III, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.303.

⁴ Kendigelen/Kırca, s.303.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun. 553. madde hükmünde yer alan sorumluluk davası açma hakkından ve müdürlerin görevden alınması ile yönetim ve temsil yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun. 630. maddesindeki düzenlemeden bağımsız biçimde düzenlemiştir. Bu kapsamda limited şirketlerde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. madde hükmünde tüm ortaklara korumak müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteme ve belirli konularda inceleme yapabilme hakkı tanınmıştır.

Anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun. 437. madde hükmündeki düzenlemeye göre pay sahipleri bilgi alma ve inceleme hakkını genel kurulda kullanabilir. Buna karşılık limited şirket ortağı herhangi bir genel kurul sınırlamasına tabi olmaksızın her zaman hakkını kullanabilir. Anonim şirket pay sahibi şirketin işleri hakkında bilgi alabilirken, limited şirket ortağı şirketin işleri ve hesapları hakkındaki bilgileri, belgeleri talep edebilir ve bunları inceleyebilir⁵.

Bilgi alma ve inceleme hakkını, aynı değerde bağımsız denetleme araçları olarak görmek gerekir. Limited şirketin dolaylı yoldan denetlenmesini sağlar. Bilgi alma ve inceleme hakkı birlikte kullanılabilmesi gibi limited şirket ortağı tarafından ayrı olarak da kullanılabilir ve şirkete karşı ileri sürülebilir.

A. BİLGİ ALMA HAKKI

Limited şirket ortağının bilgi alma hakkı, ortakların şirkete ilettiği sorulara limited şirketten bilgi aldığı pasif nitelikte bir bireysel hak olarak tanımlanmaktadır. Şirkette bulunması gereken bilgilere ilişkin bütün işler ve hesaplar hakkında ortaklar bilgi alma hakkını kullanabilir⁶. Şirketin işinden anlaşılması gereken şirketin organları, faaliyetleri, finansal işlemleri ve durumları, üçüncü kişilerle yapılan hukuki işlemlerdir.

⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.2273.

⁶ Tekinalp Ünal/Çamoğlu, Ersin/Poroy, Reha, Ortaklıklar Hukuku II, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s.475.

Şirketin hesaplarını, şirketin malvarlığı ve aktifleri yani şirketin mali ve finansal durumunu gösteren hesaplar oluşturmaktadır⁷. Ortak sıfatı dışında kalan bilgiler hakkında söz konusu hükmü uygulanmayacaktır. Bu vesileyle şirketin malvarlığı, kredi borçları, başka şirketlerde hisseleri gibi konular bilgi alma hakkının kullanılması açısından talep konusu yapılamayacaktır⁸. Şirket hesaplarından anlaşılması gereken ise şirketin tüm resmi ve özel hesaplarıdır. Bu bakımdan ortaklığı doğrudan ilgilen-diren her şey, ortaklığın işi sayılacağı yönünde bir kanaat belirtmek doğru olur.

Ortaklık statüsü devam ettiği müddetçe bilgi alma hakkı ortak tara-fından her zaman kullanılabilir. Müdürler bu anlamda gecikmeksizin or-taklara gerekli bilgiyi vermekle yükümlüdür. Bilginin verilmesi sırasında eşit davranış ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı dikkate alınma-lıdır. Ortağa verilecek bilgi özenli, gerçeğe, hesap verme ve dürüstlük il-kelerine uygun olmalıdır⁹. Niteliği itibariyle birbirlerine benzemekte ise de bilgi alma hakkı, şirketler hukukundaki benzer nitelikteki soru sorma hakkı, kamuyu aydınlatma ilkesi, özel denetim isteme hakkından farklı olarak ortaklara tanınan bir haktır¹⁰.

B. İNCELEME HAKKI

Şirketin bütün işleri ve hesaplarının sınırları içerisinde belirli somut konulara ilişkin, ortağın inceleme hakkı vardır. Bilgi alma hakkının ak-sine ortak sadece belirli konularda incelemede bulunabilir. Ortak ince-leme hakkını şahsen kullanabileceği gibi somut olayın gereğine göre bir uzman aracılığı ile bu hakkını kullanabilir. Kanun genel nitelikte soyut bir tanımla inceleme hakkını düzenlediğinden ortağın inceleme hakkının nasıl ve ne zaman kullanacağı hüküm altına alınmamıştır. Ancak şirketler hukukunun genel prensipleri uyarınca her ortak dürüstlük kuralına uygun olarak söz konusu hakkını kullanabilir.

⁷ Çebi, Hakan, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV, Ed. Kemal Şenocak, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2023, s.4394.

⁸ Tekinalp Ünal/Çamoğlu, Ersin/Poroy, Reha, s.463.

⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.791.

¹⁰ Can, Ozan, Limited Şirketlerde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015 s.14.

Kanunda ortağın söz konusu hakları kullanabilmesi için herhangi bir menfaat şartı aranmadığı için kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği ve somut olayda ortak açısından haklı bir gerekçe teşkil ettiği ölçüde ortak, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilecektir.

Limited şirket ortağı prensip olarak, yazışma ve şirket defterlerini sınırsız şekilde inceleyebilir. Öğretide, incelemeye konu edilebilecek defter ve kayıtlar yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, pay defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri, yönetim kurulu karar defteri olabileceği ifade edilmiştir¹¹. Ancak uygulamada limited şirket ortağı şirketin mali durumuna ilişkin borçları ve alacaklarını gösteren kayıtları, banka hesap ekstreleri, ortaklar cari hesap kayıtları, şirket mizanları da inceleme hakkına konu edilebilmektedir.

II. BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANILMASI

Kanun koyucu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. madde hükmünde bilgi alma ve inceleme hakkının ne şekilde kullanılacağını belirtmemiştir. Bu bakımdan bilgi alma ve inceleme hakkının ne şekilde kullanılacağı madde metninde belirtilmemiştir. İspat hukuku açısından ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması için şirkete yazılı olarak bildirimde bulunulmasının uygun olacağı görüşündeyiz.

Limited şirket ortağı bilgi alma ve inceleme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi adına yeterli mali ve hukuksal donanımına sahip olmayabilir. Bilgi alma ve inceleme hakkının doğası gereği bilgi alma ve inceleme hakkının temsilci aracılığı ile kullanılması mümkündür. Esasen bilgi alma ve inceleme hakkı temsilci aracılığı ile kullanılmamaktadır. Nitekim hak sahibi halen limited şirket ortağıdır. Ortağın temsilcilerinin yetkileri bilgi alma ve inceleme hakkının ortak tarafından kullanılması yardımcı olunmasından ibarettir. Limited şirket ortağı temsilci olarak hukukçu ve mali müşavir aracılığı ile bu hakkını etkin biçimde ifa edebilir. Bu şekilde yapılacak bir yorum bilgi alma ve inceleme hakkının niteliğine uygun olacaktır¹².

¹¹ Can, s.89.

¹² Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım, Bursa, 2013, s.733.

Bazı yazarlar şirketin sırlarının korunması amacıyla şirketin de menfaatini gözetilerek temsilci olacak kişilerin yalnızca sır saklama yükümlülüğüne sahip kişiler arasından seçilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu husus ile ilgili şirket esas sözleşmesine hüküm konulabileceği öneri getirilmiştir¹³.

Uygulamada ortaklar, bilgi alma ve inceleme talebini noter kanalıyla ihtarname keşide etmek suretiyle şirkette talep etmektedir. Karşılaşılan en temel sorunlardan bazıları ise ihtarnamede bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamının belirtilmemesidir. Ortaklar kimi zaman genel ve soyut nitelikte bilgi alma ve inceleme talebini noter kanalıyla şirkete bildirmektedir. Bilgi alma ve inceleme hakkına konu edilecek tüm hususların açık ve somut bir şekilde ihtarnamede belirtilmesinde fayda vardır¹⁴. Aksi durum ortağın talebinin makul düzeyde karşılanabilir olmaması sebebiyle müdürlerin bilgi alma ve inceleme talebini reddetmesinde haklı gerekçe doğurabilir.

III. MÜDÜRLER TARAFINDAN ORTAĞIN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANILMASI TALEBİNİN ŞİRKET TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE BİLGİ VERMEKTEN KAÇINMA

Limited şirket müdürleri ortakların bilgi alma ve inceleme taleplerini özen ve bağlılık borcu kapsamında yerine getirirler. Şirket tüzel kişiliğine ve müdürlere yöneltilen sorulara cevap şekli ve zamanı müdürlerin takdirindedir. Müdürlerin, ortaklar tarafından bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında talep edilen bilgileri eksiksiz bir şekilde vermeleri gerekmektedir. Müdürler tarafından verilecek bilgi sözlü olabileceği gibi yazılı şekilde de yapılabilir¹⁵.

¹³ Bilge, Mehmet Emin, “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-2, Erzincan, Haziran 2005, s.436.

¹⁴ Y. 11 HD, 13.11.2017, E. 2016/3710 K. 2017/6108, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İhtihat Programı

¹⁵ Çebi, Hakan, “Limited Şirkette Ortakların Hakları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:177, İstanbul, Mayıs 2021, s.898.

Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinin ikinci fıkrasına göre müdürlerin vereceği bilgiler ve yapılacak inceleme- nin şirketin zararına kullanılma tehlikesi varsa ortağın söz konusu talebi reddedilebilir¹⁶. Talebin reddi için şirket açısından olası bir zararın varlığı yeterlidir. Bu durum özellikle şirketin ticari sırlarının açığa çıkma tehli- kesi yahut haksız rekabete zemin oluşturması gibi ihtimallerde kendini gösterir. Hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki taleplerin müdürler ta- rafından reddedileceği açıktır.

Kanuna göre müdürler gerekli ölçüde bilgi verebilir ve yapılacak in- celemeleri sınırlandırabilir. Müdürlerin yapılan başvuruları reddetmeleri ancak haklı bir sebebin varlığı halinde mümkündür. Söz konusu başvuru hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise müdürlerin başvuruyu red- detme hakkı vardır. Uygulamada limited şirket müdürleri ortakların bilgi alma ve inceleme taleplerini şirketin zararına neden olması riskini ileri sürerek soyut gerekçelerle bu talepleri reddetmektedir. Olması gereken hukuk bakımından müdürlerin sübjektif değerlendirmelere göre karar ve- remeyeceği, ticari teamüllerin ret sebebi bakımından haklı bir sebep teşkil edeceği ifade edilmiştir¹⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinin müdürlere bilgi alma ve inceleme hakkı açısından geniş bir takdir yetkisi tanıdığı aşıkardır. Bununla birlikte ortağın da birtakım kanuni hakları mevcuttur.

Öncelikle talebi reddedilen ortak konuyu şirket genel kuruluna taşı- yabilir. Kanun burada ortağın genel kurula başvurusunu şart koşturmaktadır. Yoksa, müdürlerin talebi reddetmesi üzerine genel kurul resen toplanıp bu konuda bir karar alamaz. Ortak tarafından genel kurula başvurulması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak ortağın genel kurula baş- vurusu makul sürede yapılmalıdır¹⁸.

¹⁶ Can, s.107.

¹⁷ Mineliler, Zeynep, "Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Limited Şirket Ortağının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 69, İstanbul, Mayıs 2012, s.18.

¹⁸ Parlak, F. Tülây, "Limited Şirketlerde Bilgi Alınması İncelenmesi ve Kısıtlanması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:94, Sayı:1, İstanbul, Ocak 2020, s.169

Müdürlerin ve genel kurulun ortağın bilgi alma ve inceleme talebi hakkında ne zamana kadar karar verebileceği Kanun'da açık değildir. Ancak niteliği gereği bilgi alma ve inceleme hakkı acele işlerdendir. Bu sebeple müdürlerin ve genel kurulun bu hususta geç karar vermesi halinde genel kurul açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 447(1/b)'de öngörülen butlan yaptırımını akla gelebilir. Müdürler bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 391(1/c) hükmü gereği yine butlan yaptırımını akla gelebilir. Bilgi alma ve inceleme hakkı ortaklık statüsünden ileri gelmektedir. Dolayısıyla ortakların vazgeçilmez nitelikte sayılan haklarından. Üstelik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m. 644 hükmünü yaptığı atıf sebebiyle limited şirketlere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 391(1/c) hükmü uygulanabilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu m. 447(1/b) ve Türk Ticaret Kanunu m. 391(1/c) hükümleri ortağın talebi hakkında dürüstlük kuralına aykırı olarak geç karar verildiği takdirde söz konusu olabilecektir. Ancak şirket müdürlerinin ve genel kurulunun ortağın bilgi alma ve inceleme talebini değerlendirmeye almaması durumunda ortada mevcut bir karar bulunmadığından, olmayan bir kararın butlanla hükümsüz sayılması da söz konusu olamaz.

Genel kurul müdürlerin kararını yerinde görüp ortağın bilgi alma ve inceleme talebinin reddine karar verebileceği gibi, ortak lehine bir karar alarak ortağa şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi verilmesine ve belirli konulara inceleme yapmasına izin verebilir. Şirket esas sözleşmesinde ağırlaştırıcı bir genel kurul toplantısı karar nisabı öngörülmüşse bu durumda bu nisabın uygulanacağına şüphe yoktur. Bu konuda şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme mevcut değilse bu durumda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen toplantı ve karar nisapları uygulanacaktır.

IV. ORTAĞIN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ MAHKEME ARACILIĞI İLE KULLANILMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 614(3) hükmüne genel kurul, ortağın söz konusu haklarını haksız yere engellerse, ortak mahkemeye başvurabilir. Davacı sıfatı, bilgi alma ve inceleme hakkı müdürler tarafından kabul edilmeyen ortağa aittir. Onun dışında diğer ortaklar bu hususta dava açamazlar. Bilgi alma ve inceleme hakkının mahkeme aracılığı

ile kullanılması için ortaklık sıfatının devamı gerekir. Ortaklık sıfatı sona erenler mahkeme aracılığı ile ortaklık haklarını kullanamazlar. Mahkemeye başvuru sonrasında ortaklık sıfatının kaybı durumunda başvurunun ortak sıfatına bağlı olması nedeniyle ortaklık sona erdiği takdirde yapılan başvurunun temelsiz olduğu ileri sürülür. İntifa hakkı ve pay üzerinde haciz sahipliği başvuru hakkı vermez¹⁹.

Kanuna göre genel kurula başvurmak, mahkemede dava açılmasının ön koşuludur. Örneğin talebinin müdürlerce reddedilmesinden sonra şirket ortağı önce genel kurula başvuracaktır, genel kuruldan ortağın lehine karar çıkmaması halinde ancak o takdirde mahkemeye müracaat edebilecektir. Kanun koyucunun mahkemeye başvuru için genel kurulun engellemesi şartının getirilmesi, şirket müdürünün genel kurulu toplantıya çağırma görevini ihlal ederek ortakların bilgi edinme hakkını mahkemeye yoluyla kullanmalarının engellenmesine neden olabilir.

Davanın açılması için kanun koyucu herhangi bir süre öngörmemiştir. Ancak genel kurulun ret kararından sonra uzunca bir süre dava açılmaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Burada ortağın bilgi sağlama talebinin reddedilmesine karşı uzun süre boyunca herhangi bir işlem yapılmaması ve limited şirkette bu bilginin verilmeyeceği yönünde bir güvenin oluşması durumunda uzun süre sessiz kalma sebebiyle dava açma hakkının kaybının gerçekleştiği ileri sürülebilir.

Kanun koyucu limited şirketin, ortağın bilgi alma ve inceleme talebini kabul etmediği durumlarda genel kurulun bu konuda karar vereceğini hüküm altına almıştır. Prensip olarak genel kurul müdürler tarafından toplantıya çağırılır. Ancak uygulamada şirket müdürleri genel kurulu toplantıya çağırarak bilgi alma ve inceleme sürecini sürüncemede bırakmaktadır.

Öğretide, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 617 hükmünün atfı sebebiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 411. ve Türk Ticaret Kanunu m. 412'ye göre ortağın olağanüstü genel kurul toplantısı çağrısı için

¹⁹ Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica, Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH, München 2023, GmbHG § 51b, s. 8, 9.

şirket merkezinin bulunduğu yer görevli mahkemesinde dava açabileceğine yer verilmişti²⁰.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 411. maddesi yalnızca azlık pay sahiplerine genel kurul toplantısına çağrı hakkı vermiştir. Bu halde azlık kabul edilmeyen limited şirket ortağının genel kurul toplantısı çağrısı için aktif husumet ehliyetine haiz olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. Kanaatimizce 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 614 hükmünün madde gerekçesi ve maddenin konuluş amacı birlikte değerlendirildiğinde esas sermaye oranından bağımsız olarak her limited şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkının kullanabilmesi için Mahkeme aracılığıyla genel kurul toplantısı çağrısında bulunma hakkı mevcuttur²¹. Mahkeme tarafından müdürlerin ortağın genel kurul toplantısı talebini reddetmesi halinde olağanüstü genel kurul toplantısı çağrısı yapılması gerekmektedir. Aksi durum, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m 614(2) hükmünün uygulanmaması anlamına gelir. Mahkemece genel kurul gündeminin ilan edilmesi ve çağrının yapılması için bu konuda kayyım atanmasına karar verilecektir²².

Genel kurul tarafından ortağın bilgi alma ve inceleme talebi hakkında olumlu bir karar verilirse ortak tarafından bu hak kullanılır. Ancak genel kurul bilgi alma ve inceleme talebini haksız bir şekilde reddederse ortak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin 3. fıkrasına göre Mahkemeye başvuracaktır. Ortak aynı zamanda genel kurul toplantısında alınan kararın iptali istemiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörüldüğü şekilde hükümsüzlük davası da açabilir Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi genel kurulun ortağın bilgi alma ve inceleme talebinin haklı bir sebep ile engelleyip engellemediğini inceleyecektir. Mahkeme genel kurul kararını haksız bulursa ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması adına hüküm

²⁰ Can, s.107.

²¹ Şener, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.514.

²² Adana 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 07.02.2024, E. 2023/698 K. 2024/84, Uyap Bilişim Sistemi

kuracaktır²³. Diğer bir ihtimalde Mahkeme genel kurulun kararını hukuka uygun bularak ortağın bilgi alma ve inceleme hakkının engellenmesinin haklı bir sebebe dayandığına kanaat getirebilir.

Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 412. maddesine anonim şirketlerde azlığın genel kurul toplantısı çağırısı bakımından mahkemenin dosya üzerinden verdiği kararın kesin olduğunu ve mahkemenin dosya üzerinden karar vermek konusunda takdir hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna rağmen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614(2) maddesine göre açılacak genel kurul çağırısı davası ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614(3) maddesine göre genel kurulun ortağın bilgi alma ve inceleme talebini reddetmesine ilişkin kararının değerlendirileceği davada verilecek kararların kesin olup olmayacağı ve dosya üzerinden karar verilip verilemeyeceği hususu önem arz eder. Yargıtay bir kararında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 614(3) hükmü ile paralel şekilde Mahkemenin vereceği kararın kesin olduğuna hükmetmiştir²⁴.

Kanaatimizce 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 614(2) hükmünde genel kurulun bu hususta karar alması kanuni bir zorunluluk olarak kabul edildiğinden mahkemenin genel kurul toplantısı çağırısına ilişkin kararının kesin nitelikte verilmesi gerekir. Diğer yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 614(3) bağlamında ortak tarafından açılan davalarda verilen kararlar kanunun lafzı gereği kesin niteliktedir. Dolayısıyla bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Yine her iki dava bakımından adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan etkili yargılama yapılması adına ve madde lafzında da açıkça dosya üzerinden karar verileceği öngörülmediğinden duruşma açılarak yargılama yapılması zorunludur.

V. SONUÇ

Bilgi alma ve inceleme hakkı ortakların müktesep haklarından olup, şirketin işleri ve mali durumu hakkında ortaklara geniş anlamda bilgi alma ve inceleme yapma imkânı tanıyan, şirket işleyişinde şeffaflık sağlayan, kanundan doğan bir haktır. Şirket müdürleri dürüstlük kuralına

²³ Adana 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 29.05.2024, E. 2024/205 K. 2024/378, Uyap Bilişim Sistemi

²⁴ Y. 11 HD, 25.06.2018, E. 2016/13545 K 2018/4759, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İctihat Programı

aykırılık hallerinde ve bilgi alma ve inceleme talebinin şirkete zarar verme tehlikesi varsa ortağın bu talebini reddedebilir. Bunun üzerine ortağın genel kurula başvuru hakkı mevcuttur. Genel kurul tarafından bilgi alma ve inceleme talebi haksız şekilde engellenen ortak, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmek için dava yoluna başvurabilir. Anonim şirketin genel kurul toplantısı çağrısına ilişkin uygun düşen hükümleri limited şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkı bakımından da uygulama alanı bulur.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- Bilge, Mehmet Emin, “Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-2, Erzincan, Haziran 2005, s.429-449.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım, Bursa, 2013.
- Can, Ozan, Limited Şirketlerde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015.
- Çebi, Hakan, Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV, Ed. Kemal Şenocak, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2023.
- Çebi, Hakan, “Limited Şirkette Ortakların Hakları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:177, İstanbul, Mayıs 2021, s.891-901.
- Kendigelen, Abuzer/Kırca, İsmail, Şirketler Hukuku, Cilt III, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica, Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH, München 2023, GmbHG § 51b.
- Mineliler, Zeynep, “Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Limited Şirket Ortağının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 69, İstanbul, Mayıs 2012, s.14-19.
- Parlak, F. Tülây, “Limited Şirketlerde Bilgi Alınması İncelenmesi ve Kısıtlanması”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:94, Sayı:1, İstanbul, Ocak 2020, s.158-177.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Şener, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Tekinalp Ünal/Çamoğlu, Ersin/Poroy, Reha, Ortaklıklar Hukuku II, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.

KİTAP İNCELEMESİ
JACQUES VERGES, SAVUNMA SALDIRIYOR

(Metis Yayınları/2012)



*Eda BAYAR**

* İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

Yazarın Biyografisi

Jacques Verges, 5 Mart 1925 tarihinde Reunion Adası'nda dünyaya gelmiştir. Fransız bir baba ve Vietnamlı bir annenin çocuğu olarak, sömürgecilik karşıtı fikirlerle erken yaşta tanışmıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Fransa'nın Nazi işgaline karşı direniş hareketlerinde yer almış ve bu dönemde siyasi kimliği şekillenmiştir. Savaş sonrasında Fransa Komünist Partisi'ne (FKP) katılmış ve özellikle Cezayir Savaşı sırasında anti- sömürgeci bir kimlik kazanmıştır.

Verges 1955 yılında avukatlığa başlamıştır, çoğu kimseler günümüzde artık onu “Şeytanın Avukatı” olarak bilmektedirler. Cezayirli direnişçiler ve ulusal kurtuluş mücadelesi veren grupların savunmasını üstlenerek tanınmıştır. Bu dönemde geliştirdiği "kopuş savunması" stratejisi, yargının tarafsızlığını sorgulayan ve mahkemeyi politik bir arenaya çeviren bir yaklaşım olmuştur. Bu davalarda uyguladığı savunma stratejisiyle, müvekkillerine yüklenen suçları inkâr etmeden, koparttığı gürültü sayesinde idam edilmelerini engellemeyi başarmıştır. 1970'lerde ortadan kaybolup 1979'da tekrar ortaya çıkmış ve Nazi subayı Klaus Barbie'yi savunmuştur. Verges'in hayatı, sömürgecilik karşıtlığı ve siyasi davalarda savunma stratejileri gibi temalar etrafında şekillenmiştir. Tüm bu deneyimler, *Savunma Saldırıyor* eserini kaleme almasında büyük rol oynamıştır.

GİRİŞ

Savunma saldırıyor adlı eser 3 bölümden oluşmaktadır: Birinci Bölüm Uyum Davaları, İkinci Bölüm Kopuş Davaları, Üçüncü Bölüm Siyasi Davalar.

Yazarımızın bu üçlü ayrımı ceza davalarındaki savunmanın esasına göre şekillenir. Ona göre davada uygulanacak strateji sanığın duruşundan anlaşılacaktır. Sanığın tutumu toplumsal düzen karşısındaki duruşa göre eğer düzeni kabul ederse dava mümkündür ve bu uyum davasıdır. Gereksinimleri ortaya döken sanık ile değerlerine saygı gösterilen yargıç arasında bir diyalog kurulur. Sanık eğer düzeni reddederse, hukuki mekanizma dağılır; bu bir kopuş davasıdır.

Uyum savunması ve kopuş savunmasındaki farklılıklar sadece sanığın tutumundan kaynaklanmaz savunmanın izlediği yol da bu davaların ayrılışında etkilidir. Bölümleri incelerken bu davaların ve savunmaların özelliklerinden bahsederek inceleme yapacağım.

BİRİNCİ BÖLÜM: UYUM DAVALARI

Birinci bölümde yargılamada karşımıza çokça çıkan uyum davası incelenmektedir. Uyum davaları, sanığın mevcut yargı sistemini kabul ettiği kurulu düzene saygı esaslı davalardır. Sanık, mahkemenin kurallarına uyarak kendini savunur. Birinci bölümde yazar uyum davalarının özelliklerini açıklarken tarihten örneklerle okuyucuya ışık tutar.

Esasen sanık ister suçluluğunu inkâr etsin ister kabullensin ve durumu aydınlığa kavuşturmaya çabalsın takip edilecek yol bellidir. Savunma, Soruşturmacıların ve iddia makamının elindeki tanıkları, raporları yani delil mahiyetindeki unsurların üzerine giderek çürütmeye çalışır. İddia makamının öznel ve nesnel hatalarını eleştirerek beraata giden yolu inşa etmeye çalışır. Bu sistemde delil yetersizliği sanığa yaramalıdır çünkü yazarın da dediği gibi “Kendisiyle barışık olan bir toplumda, bir masumun cezalandırılmasına yol açan hukuki hata, suçlunun beraatinden daha ağır bir potansiyel düzensizlik nedenidir.” Yazarın bu yaklaşımı, kendisi bir kopuş davası sanığı, Sokrates’in yargılanmasından sonraki tutumundan farklılık göstermektir. Sokrates “En adaletsiz düzen düzensizlikten iyidir.” diyerek kendisine verilen cezaya boyun eğmiştir. Bu söz

günümüzde sık sık antikomünistlerin kullandığı bir slogan haline gelmiştir. Bu sebeple de yazarın görüşünden neden farklılık gösterdiği açıktır.

Yazar uyum davalarının sonucu olarak beraat ettirilen sanıkların toplumla uyumlu hale geldiğinden ve asıl potansiyeline adi suç davalarında ulaştığından bahseder.

Kitapta bu davalara verdiği ilk örnek Doktor Adams'ın davasıdır.

Doktor John Bodkin Adams, zengin ve yaşlı hastalarının şüpheli ölümleriyle suçlanmıştır. Özellikle kitapta kurban Edith Morrell'in ismi geçmektedir. Savunması, hastaların doğal nedenlerle öldüğü ve tıbbi protokollerin belirsizliği nedeniyle yanlış anlaşılmalara sebebiyet verildiği üzerine kurulmuştur. Savunma öncelikle tanıkları hedef alarak ifadelerindeki çelişkileri ortaya çıkartır ve teker teker itibarsızlaştırmaya çalışır. Giderek çürütülen tanık ifadeleri durumu lehlerine çevirir. Ayrıca soruşturmacıların ellerinde somut kanıt yoktur. Bu sebeple savunmalarında başarılı olurlar. Doktor Adams 9 Nisan günü beraat alarak özgürlüğüne kavuşur. Sadece Doktor Adams'ın davası değil uyum davaları incelenirken tarihten ve edebiyattan birçok örnek karşımıza çıkar. Bunlar; Madagaskarlı Parlamenterlerin davası, General Challe, Julien Sorel ve Honoré Racadot ve son olarak Franz Kafka'nın Dava kitabındaki Bay "K'nın Evreni"'dir.

Uyum savunmalarında sanık, kitapta da belirtildiği üzere destanlaştırılarak anlatılır. Bunun için sanığın suçunu inkâr etmesine gerek yoktur üstelik. Sanık pekâlâ suçunu kabul ederek bundan pişmanlık duyduğunu söyleyip, içinde bulunduğu şartları aydınlığa kavuşturarak yaptığı eylemleri mahkeme ve halk gözünde meşrulaştırabilir. İşte bu destan ses getirdiği ve sanığın pişmanlıktan dibe vurduğu andan itibaren dava kazanılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM: KOPUŞ DAVALARI

Kitabın ikinci bölümünde kopuş davaları anlatılmaktadır. Kopuş savunması Sokrates ile karşımıza çıkan bir kavramdır. Sokrates'in Atina'da bütün halkın ve meclisin önünde yapmış olduğu savunmaya dayanır. Yazar da bu kavramı geliştirerek ikinci bölümde Sokrates'in savunmasını incelemiş ve görüşlerini bizlere sunmuştur.

Kopuş davaları, sanığın mahkemeyi ideolojik olarak reddettiği ve mahkemenin otoritesini sorguladığı davalardır. Bu tür davalarda sanık, yalnızca suçlamaları reddetmez, aynı zamanda yargı sistemini de eleştirir. Kopuş, davanın tüm yapısını altüst eder. Olgular ve eylemin koşulları ikinci plana düşer; ön planda, aniden, toplumsal düzene karşı yöneltilen sert itiraz belirir. Uyum davalarında taraflardan yalnızca bir tanesi yenme arzusu taşır, iddia makamı. Ancak kopuş davalarında her iki tarafın da yenme arzusu mevcuttur. Kopuş savunmaları uyum savunmalarının tam tersine ne bir yaranma amacı taşır ne bir sempati arar. Daha sert ve tepkiselidir. Savunma iddiaları çürütmek yerine mahkemeyi ve iddia makamını hedef alır.

Yazar kopuş davalarına Sokrates'in davasını ele arak başlamıştır. Bu dava tarihin ilk kopuş davasıdır. Sokrates'in suçlanma sebebi yalnız düşünceleri değildi bu düşünceleriyle Atinalıları aydınlatmaya çabalamasıydı. Kendisi Yunan Tanrılarına inanmazdı ve savunmasında da belirtir “Meletos diyor ki suçluymuşum, çünkü delikanlıları yoldan çıkartı yormuşum.” Sokrates bu iddialara karşı kendini savunmak yerine Meletos'u ve mahkemeyi suçlamış. “Benim de iddiam şu Atinalılar: Suçlu olan Meletos'tur. Onu, ciddi şeyleri zevzekliğe dökmek, düşünüp taşınmadan insanları mahkeme önüne getirmekle suçluyorum.” Bütün savunması boyunca Atinalılara seslenmiştir. Felsefi duruşunu savunması boyunca hep korumuştur. İyi bir kopuş davası örneği olsa dahi Sokrates sonunda ölüme mahkûm edilmiştir ve imkânı bulunmasına rağmen ölüm cezasından kaçınmaya çalışmamıştır.

Uzlaşmacılar, kopuş davasının uzlaşmazlığından hiçbir şey anlamazlar. Ancak bu kopuş davası o zaman için bir zafer sayılmasa dahi binlerce yıl sonrası için yazara göre de büyük bir adımdı.

Sadece Sokrates'in davası değil yazar kitapta XVI. Louis'in ve Dimitrov'un davalarını da işlemiştir. Bu davalar da Sokrates'inki kadar kopuş savunması içerir. Aralarında sadece Dimitrov özgürlüğüne kavuşabilmiştir. Dimitrov'un davası kitapta anlatıldığı üzere sadece kopuş savunması içermez yer yer uyum savunması da mevcuttur. Yazarın giriş kısmında da değindiği gibi çoğu zaman savunmalar kendi aralarında karşılıklı gelişse de burada gördüğümüz gibi birbirlerine dönüşebilirler de.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SİYASİ DAVA TEKNİĞİ

Yazarımız üçüncü bölümde siyasal davalara değinmektedir. Kitapta görülmektedir ki siyasal davalarda hukuk bazen bir araç olarak kullanılmıştır. Gerçekten adaleti sağlamak için değil çoğu zaman devletlerin özellikle baskın ve kazanmış devletlerin ideolojilerine göre hareket edip bir kukla işlevi görmektedir. Jacques Verges'de söz konusu siyasal davalardan birinde savunma tarafında yer almış ve bu durumu gün yüzüne çıkartmıştır.

Ona göre bir siyasi davada kullanılması gereken savunma tekniği kopuş savunmasıdır. Bu düşüncesi kazanma odaklı olmaktan çok savunma tarafının siyasal dezavantajlarını mahkemeye karşı gelerek ve halk üzerinde bir kamuoyu oluşturmaya çalışarak ortadan kaldırma amaçlıdır.

Nürnberg davasında o dönem henüz suç sayılmayan soykırım suçundan Nazileri yargılamak Yargıçlar siyasal ideolojilerin ortasında kaldılar. Esas müzakerelerden kaçınarak yüzeysel, belirsiz, çelişkili hukuki kavramlara tutundular. Üstelik insanlığa karşı işlenmiş suçlar Lahey hükümlerince tanımlanmış savaş suçlarından farklı olarak, yeni bir kavramdı. Tüzüğün 6c maddesi, insanlığa karşı işlenmiş suçları şöyle tanımlıyordu: "Savaştan önce ya da savaş sırasında tüm sivil topluluklara karşı işlenmiş cinayetler, kıyımlar, köleleştirme eylemleri, sürgüne ya da toplama kamplarına yollamalar veya siyasal ırksal ya da dinsel nedenlerle gerçekleştirilen zulümler. Bu zulümler ve eylemler, işlendikleri ülkelerde yasanın ihlali sayılsın, sayılmasın. Bu mahkemenin yetki alanına giren herhangi bir suçtan sonra ya da bu suçla ilgili olarak işlenmişse." Bu tanım belirsiz olmanın yanında bir tehlike daha oluşturmaktaydı ki o da, yargılamayı tam tersine de çevirebilirdi. Bu hükümlere dayanarak müttefik ülkelere de dava açılabilirdi. Sonuç olarak kitapta Verges, bu davaların galip devletler tarafından kazananın adaletini dayatmak amacıyla kullanıldığını savunur.

KİTABIN SAVUNMA STRATEJİLERİ

Verges'in kitapta savunduğu iki temel savunma biçimi şunlardır:

Uyum Savunması: Sanığın, mevcut yargı sistemini kabul ettiği, mahkemenin otoritesine uyum sağladığı ve kanıtların çürütülmesi ya da hafifletici sebeplerin vurgulandığı savunma türüdür.

Kopuş Savunması: Sanığın, mahkemeyi ve suçlamaları ideolojik olarak reddettiği, mahkemenin kendisini meşru bir otorite olarak sunmasını eleştiren savunma stratejisidir.

ELEŞTİREL DEĞERLENDİRME

Kitapta Verges'in kopuş savunma stratejisi, mahkemeyi ideolojik olarak suçlamak ve reddetmek üzerine kuruludur. Ancak bu stratejinin eleştirildiği bir durum vardır o da etik boyutudur. Özellikle Nazi subayı Klaus Barbie'nin savunulması gibi örneklerde, suçun ağırlığı ile savunmanın politik mesajı arasında etik bir denge kurulamamıştır. Eleştirmenler, bu tür savunmaların insan hakları ihlallerini meşrulaştırma riski taşıdığını savunmaktadır. Ayrıca Verge, mahkemeleri genelleyerek görevlerinin iktidarı korumak olduğunu ileri sürmüştür. Böyle bir genelleme bir ideolojinin gölgesinde kalmakla beraber yargının bağımsızlığına da leke sürmektedir.

Kopuş savunmaları siyasal alanda bir mesaj vermeyi amaçlayarak hareket eder bu durum sanığın şahsi davasını aşar ve bireysel haklarını, adil yargılama hakkını zedeler. Sanık kendi yargılamasından çok topluma aktarmaya çalıştığı ideolojik mesaja odaklanacaktır.

Yine de ceza yargısına katılmış bu önemli kavramların yanı sıra ki-taptaki davaların tarihten değerlendirmesine hayranlık duymamak elde değil. Verges'in dili ve mesajı açık bir şekilde anlaşılmakta ve kitap bir bütün olarak akıcılığını her daim korumakta. Spesifik olarak seçilen örneklerin çarpıcılığı sizi kitaptan asla koparmıyor bunun yanında Verges'in iyi bir avukat olması savunma ve soruşturmanın değerlendirmesinde belli ki etkili.

Kendisi hukuku bir sanat olarak görmüştür. Savunmadaki sıra dışı fikirleri bir yana kendisinin kitapta hukuk ile ilgili fikirleri ilgi çekicidir.

“Hukuk sanatı özerk bir sanattır ve ölçüsü, savunmanın ya da iddianame-
nin kalıcılığı değil, davanın tarihte bıraktığı, onlarca ya da yüzlerce yıllık
bir mesafeyle, merak ve heyecan uyandırmaya devam eden yankının bo-
yutudur.

SON OLARAK

Kitabı incelerken yazarın ideolojisi ışığında ve tarihin gereksinimleri
altında değerlendirmeler yapmaya çalıştım. Jacques Verges, savunmanın
sadece bireysel bir dava olmadığını, aynı zamanda daha geniş toplumsal
dinamiklerin bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Kitap, özellikle
hukuk ve siyaset bilimi alanlarında çalışan akademisyenler için önemli
bir kaynak olmaya devam etmektedir.

İncelenen birbirinden farklı davaların genellikle bağlandıkları ortak
sonucu ve ortak yollarını esas alarak genel bir temel üzerine incelemeyi
oturttum. Kendisinin “Dilerim, Türk kamuoyunun hep daha çok demok-
rasi için verdiği aralıksız mücadelesine yardımcı olsun.” Sözleri ışığında
hukuka ve siyasal alana kattığı çalışmalar ve emekleri için teşekkür edi-
yorum.