



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

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

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet
hukukuna dair herhangi bir konuda,

- Makale,
 - Çeviri,
 - Karar Tahlili,
 - Kitap Değerlendirmeleri ve
 - Diğer Akademik Çalışmalarınızı
- bekliyoruz.

We invite you to submit your

- Articles,
- Translations,
- Case Reviews,
- Book Reviews and
- Other Academic Works

related to commercial and intellectual
property law.

Web Sitesi / Website : aybu.edu.tr/hukuk/tfm

Makale gönderim / Article submission : dergipark.org.tr/tfm

İletişim / Contact: tfm@ybu.edu.tr

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.

TFM

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



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almaca Dil Editörü)
Ar. Gör. Dr. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)

Editör Yardımcıları/ Assistant Editors

Öğr. Gör. Dr. Bahriye BAŞARAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Öğr. Gör. Dr. Ceren CERİT DINDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule IŞIN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

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

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin ve ASOS Index'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.
*Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal
published twice a year, indexed in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index and ASOS Index, also included in HEINONLINE database.*

Grafik Tasarım/Graphic Design: Safure Arslan

Yayın Tarihi/Date of Publication: Haziran/July 2020

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

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

Tel: +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax: +90 312 906 29 62

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

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

Makale Gönderim/Article Submission: <http://www.dergipark.gov.tr/tfm>

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

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

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

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

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

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

DANIŐMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD *

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/University, Antalya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Altınbaş Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	ASBÜ/Social Sciences University of Ankara, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Feyzan ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aynur YONGALIK	Atılım Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON	Bilgi Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mertol CAN	Çankaya Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi/University, Adana-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Jan LIEDER	Albert-Ludwigs University of Freiburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ	İ. D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT	İ. D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey

Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/ <i>University</i> , Türkiye/ <i>Turkey</i>
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	<i>University of Köln</i> , Köln-Almanya/ <i>Germany</i> (Em.)
Prof. Dr. Christoph ANN	<i>Technical University of Munich</i> /Almanya/ <i>Germany</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/ <i>University</i> , İstanbul-Türkiye/ <i>Turkey</i>
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	<i>University of Regensburg</i> , Almanya/ <i>Germany</i>
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/ <i>University</i> , Isparta-Türkiye/ <i>Turkey</i>
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	<i>Tilburg University</i> , Tilburg-Hollanda/ <i>Netherlands</i>
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/ <i>University</i> , Bursa-Türkiye/ <i>Turkey</i>
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./ <i>IUM</i> , Kuala Lumpur / Malezya/ <i>Malaysia</i>
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	Yaşar Üniversitesi/ <i>University</i> , İzmir-Türkiye/ <i>Turkey</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	Yeditepe Üniversitesi/ <i>University</i> , İstanbul-Türkiye/ <i>Turkey</i>

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

EDİTÖRDEN

Kıymetli Okuyucular,

TFM'nin, Covid-19 pandemisi dönemine rastlayan bu sayısında muhtelif konulardan değerli çalışmalara yer verilmiştir. Bununla birlikte yürütülen hakem süreçleri neticesinde bu sayıya kabul edilen çalışmaların fikri mülkiyet ve ortaklıklar hukuku alanlarında yoğunlaştığını belirtmek gerekir. Fikri mülkiyet alanında; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sahibi ölen fikir ve sanat eseri üzerindeki malî hakların mirasçılara intikali, tanınmış markanın sulandırılması, çalışan tasarımlarında hak sahipliği ve işletme adının haksız rekabet hükümleri uyarınca korunmasına ilişkin güncel ve ilgi çekici çalışmalara yer verilmektedir. Ortaklıklar hukuku bağlamında ise limited şirketlerde kamu borçlarından doğan sorumluluk, kooperatiflerde açık kapı ilkesi ve TTK m. 376 hükmüne ilişkin Ticaret Bakanlığı'nın Tebliğini konu edinen bilimsel katkılar yer almaktadır. Dergide ayrıca Kabotaj Kanunu üzerine bazı değerlendirmelerin yapıldığı deniz ticaretine ilişkin makaleyi bulabilirsiniz.

TFM için bu sayının önemi, dergi kurullarının yeniden yapılandırılması, etik ilkeler, yazım kuralları, yayın politikası ve dergi – yazar ilişkilerine dair temel metinlerin yeniden düzenlenmesi olmuştur. Bu vesile ile TFM Yayın ve Danışma Kurullarında yer almayı büyük bir içtenlikle kabul ederek bizi mutlu eden, böylece bizi daha çok çalışma hususunda cesaretlendiren hocalarımıza teşekkür ediyoruz.

Ayrıca, ticaret ve fikri mülkiyet hukukuna ilişkin değerli çalışmalarını yayımlanmak üzere bize ileten ve böylece dergimize değer katan meslektaşlarımız ile bu çalışmaları değerli vakitlerini ayırmak suretiyle gönüllülük esasına göre değerlendiren hakemlerimize de her zaman olduğu gibi teşekkürlerimizi sunuyoruz.

TFM, bilimsel üretimi ve paylaşımı teşvik etmek; hukuk devleti ve diğer evrensel hukuk ilkelerinin hakim kılınmasına katkı sunmak amacıyla başladığı serüvenine, objektifliğinden ödün vermeksizin devam etmek hedefindedir.

İyi okumalar dileriz!

TFM Yayın Kurulu

EDITORIAL

Dear Readers,

In the TFM's this issue that corresponds Covid-19 pandemic, very valuable works of various issues are presented. Moreover, it should be noted that the works included in this issue after the peer-reviews mostly regards intellectual property and company law. Regarding intellectual property law, there have been some interesting and up-to-date papers on the false agency without authority, the transfer of the economic rights to successors on the literary and artistic works, the author of whom is dead, the dilution of well-known trademarks, the ownership of employee designs and the protection of business names under the unfair competition provisions. Regarding the company law, there have been papers on the liability for public debts of limited, the open door principle in cooperatives, the Communiqué of the Ministry of Trade regarding the Article 376 of Turkish Commercial Code. In this issue, you may also find a paper in which some arguments are made on the Cabotage Law regarding maritime law.

This issue of the TFM is important, as the boards for the TFM have been updated and some texts such as ethical principles, publication guideline, publication policy and the other main texts regarding author-journal relationship have been re-drawn. Thereby, we present our thanks to academics who have heartedly accepted to take part in the Advisory and Editorial Boards, which brings us happiness. Therefore, we are both encouraged and motivated to work harder.

As always, we present our special thanks to our colleagues who have sent their work to be published in the TFM and contributed to our Journal with their works and to our respectable referees who had voluntarily dedicated their precious time to evaluate these works.

The TFM has ever continued its mission to encourage objective and original works and their share; and to contribute the domination of the rule of law and other universal legal principles, without compromising its objectivity.

Have a nice reading!

TFM Editorial Board

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN 26.06.2019 TARİHLİ VE E: 2013/1, K: 2018/1 SAYILI KARARI IŞIĞINDA LİMİTED ŞİRKETLERDE KAMU BORÇLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN İNCELENMESİ

INVESTIGATION OF LIABILITY OF PUBLIC DEBT IN LIMITED COMPANIES IN THE LIGHT OF DECISION DATED 26.06.2019 AND NUMBERED E: 2013/1, K: 2018/1 OF THE COUNCIL OF STATE JURISPRUDENCE UNIFICATION BOARD

ARŞ. GÖR. DR. RAZİYE AKSU ÖZKAN 1

ÇALIŞAN TASARIMLARINDA HAK SAHİPLİĞİ

OWNERSHIP OF EMPLOYEE DESIGNS

DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖZGÜR ARIKAN & ARŞ. GÖR. DİDEM YALÇINTAŞ29

SAHİBİ ÖLEN FİKİR VE SANAT ESERİ ÜZERİNDEKİ MALÎ HAKLARIN MİRASÇILARA İNTİKALİ

AN EXAMINATION ON THE RESULTS OF THE ECONOMIC RIGHTS ON THE LITERARY AND ARTISTIC WORKS OF THE AUTHOR AFTER DEATH

PROF. DR. MUSTAFA ATEŞ44

KABOTAJ KANUNU ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

THE SUNDRY CONSIDERATIONS ON THE CABOTAGE LAW

DOÇ. DR. İSMAİL DEMİR60

ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER İLE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMASI

DILUTION OF A WELL-KNOWN TRADEMARK IN THE LIGHT OF NATIONAL AND INTERNATIONAL REGULATIONS WITH CASE LAW

DR. ÖĞR. ÜYESİ A. OĞUZHAN HACİÖMEROĞLU & ZELİHA İNCE.....75

TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA İŞLETME ADININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ UYARINCA KORUNMASI

THE PROTECTION OF BUSINESS NAME UNDER UNFAIR COMPETITION LAW PROVISIONS IN TURKISH LAW

GÜRKAN ORMANCI.....108

KOOPERATİFLERDE AÇIK KAPI İLKESİ
OPEN DOOR PRINCIPLE IN COOPERATIVES

AV. ÖZGE ÖRNEK..... **128**

TİCARET BAKANLIĞI'NIN TTK 376 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ESASLARINA İLİŞKİN TEBLİĞİNİN ÜÇTE İKİ SERMAYE KAYBI HALİNDE DOĞRUDAN SERMAYE ARTIRIMI YAPILABİLMESİNE İMKAN TANIYAN HÜKÜMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER
VIEWS ON THE COMMUNIQUE REGARDING PRINCIPLES OF APPLICATION OF THE ARTICLE 376 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE ISSUED BY MINISTRY OF TRADE

DR. GÖKÇEN TURAN..... **142**

SMK HÜKÜMLERİYLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FSEK KAPSAMINDA GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME
FALSE AGENCY WITHOUT AUTHORITY: LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS AND INDUSTRIAL PROPERTY LAW IN COMPARISON

ARŞ. GÖR. KÜBRA YILDIZ **154**

KARARLAR/CASES

YARGITAY KARARLARI
DECISIONS OF COURT OF CASSATION

ARŞ. GÖR. ŞULE İŞİN & SEFA ER..... **176**

Makaleler

Articles

**DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN 26.06.2019 TARİHLİ VE E: 2013/1, K: 2018/1
SAYILI KARARI İŞİĞİNDA LİMİTED ŞİRKETLERDE
KAMU BORÇLARINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN İNCELENMESİ**

**INVESTIGATION OF LIABILITY OF PUBLIC DEBT IN LIMITED COMPANIES IN THE LIGHT OF
DECISION DATED 26.06.2019 AND NUMBERED E: 2013/1, K: 2018/1
OF THE COUNCIL OF STATE JURISPRUDENCE UNIFICATION BOARD**

Arş. Gör. Dr. Raziye AKSU ÖZKAN*

ÖZET

Bu çalışmada, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 sayılı kararı (Danıştay içtihadı birleştirme kararı) işığında limited şirkette kamu borçlarından doğan sorumluluğa ilişkin hükümler incelenerek, ortaklar ve kanuni temsilciler arasında sorumluluk bakımından bir sıralama olup olmadığı saptanmaya çalışılmıştır. Çalışmanın ilk kısmında limited şirkette kamu borcundan doğan sorumluluk genel hatlarıyla incelenmiştir. Bu kısımda, kanuni temsilciler ve ortak ayırımına gidilmiştir; ancak bu ayırım yapılırken konu, Danıştay içtihadı birleştirme kararını değerlendirmek açısından gerekli bilgilerle sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, kanuni temsilcilerin ve ortakların sorumluluğunun hukuki niteliği de ele alınmıştır. İkinci kısımda Danıştay içtihadı birleştirme kararına, öğretide yer alan görüşlere ve kendi değerlendirmemize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Kamu Borcu, Limited Şirkette Kanuni Temsilci ve Ortak.

ABSTRACT

In this study, in light of the decision dated 26.06.2019 and numbered E: 2013/1, K: 2018/1 of the Council of State Jurisprudence Unification Board (the decision of the Council of State to unify jurisprudence), it is tried to determine whether there is a ranking between the partners and legal representatives in terms of responsibility in the limited company by examining the provisions regarding the liability arising from public debts. In the first part of the study, the liability arising from public debt in the limited company has been examined in general terms. In this section, legal representatives and their partners are distinguished; however, in making this distinction, the issue was limited to the necessary information in order to evaluate the decision of the Council of State to unify jurisprudence. However, the legal nature of the responsibility of legal representatives and partners is also addressed. In the second part, the decision of the Council of State to unify jurisprudence, the views in the doctrine and our own evaluation are included.

Keywords: Limited Company, Public Debt, Legal Representative and Partner in a Limited Company.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-mail: raziye_aksu1905@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-2245-863X).

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 13.02.2020/ Kabul Tarihi: 29.04.2020).

I. GİRİŞ

Limited şirkette kamu borçlarından sorumluluk, öğretide çok tartışılmış ve birçok kez yargı önüne taşınmıştır. Bu konuda son olarak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu (DİBK) limited şirketten tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun takip ve tahsiline ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹'nda (VUK) ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun²'da (AATUHK), kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığından, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanuni temsilcinin takibinin gerekli olmadığı yönünde oyçokluğuyla karar vermiştir³. Bu karara ilişkin iki karşı oy yazısı yazılmıştır. İlk karşı oy yazısında kamu alacağının önce kanuni temsilciden, daha sonra sermaye payı ile sınırlı olmak üzere ortaklardan tahsili yoluna gidilmesinin hukuka uygun olacağı gerekçesiyle, karara karşı çıkmıştır. İkinci karşı oy yazısında, hukuki belirlilik ilkesini hayata geçireceği gerekçeyle önce şirket ortaklarına, bundan sonra kanuni temsilciye başvurulması gerektiği savunulmuştur.

Bu bağlamda çalışmanın konusu, DİBK kararı ışığında limited şirkette kamu borçlarından doğan sorumluluğa ilişkin hükümler incelenerek, ortaklar ve kanuni temsilciler arasında bir sıralama olup olmadığının saptanmaya çalışılmasıdır. Çalışmanın ilk kısmında limited şirketin kamu borcundan doğan sorumluluk genel hatlarıyla incelenmiştir. Bu kısımda, kanuni temsilciler ve ortak ayırımına gidilmiştir; ancak bu ayırım yapılırken konu, DİBK kararını değerlendirmek açısından gerekli bilgilerle sınırlandırılmıştır⁴. İkinci kısımda DİBK kararının

ışığında kanuni temsilci ile ortaklar arasında sıralama olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

II. LİMİTED ŞİRKETTE KAMU BORDUNDAN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Kurumlar Vergisi Kanunu madde (m.) 1 ve 2 uyarınca limited şirket vergi mükellefidir. Tüzel kişiler hukukunun gereği olarak, tüm diğer borçlar gibi kamu borçlarından doğan sorumluluk da öncelikle limited şirkete aittir⁵. Bununla birlikte, limited şirketin kamu borcundan⁶ dolayı VUK ve AATUHK'de şirketin kanuni temsilcisine ve ortaklarına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, limited şirketin kanuni temsilcileri ve ortakları, şirketin kamu borcundan dolayı sorumludurlar. Bu bağlamda, konu kanuni temsilci ve ortaklar açısından ikiye ayrılarak incelenecektir.

B. KANUNİ TEMSİLCİNİN LİMİTED ŞİRKETİN KAMU BORDUNDAN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

VUK m. 10 ve AATUHK mükerrer (mük.) m. 35'te limited şirketin kamu borçlarından, şirketin kanuni temsilcilerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ticaret şirketleri açısından temsil, dış ilişkide şirket adına bağlayıcı irade açıklama yetkisidir⁷. Kanuni

¹ RG, S: 10703-10705, T: 10.01.1961.

² RG, S: 8469, T: 28.07.1953.

³ DİBK kararı, T: 20.06.2019, E: 2013/1, K: 2018/1 (lexpera.com.tr).

⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın sigorta primleri ve diğer alacaklarından kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 88/20 inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁵ **Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, Beta, s. 101; **Şener**, Oruç Hami (2019) Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara, Seçkin, s. 759; **Pulaşlı**, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 2824.

⁶ Kamu borcu kavramı limited şirket açısından kullanılmış olup, vergi idareleri yönünden, VUK'ta vergi ve buna bağlı alacakları, AATUHK'de kamu alacağını ifade etmektedir. İnceleme için bkz. 2.a.i. Vergi ve Vergiye Bağlı Alacakların Şirket Varlığından Tamamen veya Kısmen Alınmaması; 3.a.i. Kamu Alacağı Kavramı.

⁷ **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2017) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, Vedat, s. 516; Temsil, adına yapılan işlemlerle şirketin hak ve borç sahibi yapılmasıdır. Bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul, Beta, s. 232.

temsilci, temsil yetkisini kanundan alan temsilcidir⁸. Limited şirketlerde temsil yetkisi kanunen müdürlere bırakılmıştır (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu - TTK- m. 623/1). Bu yetki, şirket sözleşmesiyle bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. Dolayısıyla aksine bir düzenleme yapılmadıkça kamu borçlarından sorumluluk da kanuni temsil yetkisine sahip müdürlere aittir⁹. Bununla birlikte, sorumluluk temsilci sıfatına bağlandığı için, bu sıfatı taşımayan müdürler sorumluluğun kapsamı dışındadır¹⁰. Öğretide ödenmeyen kamu borçlarından dolayı kanuni temsilcilerin sorumlu tutulmasının sebebi olarak vergi borçlarını ifa etmenin kanuni temsilcinin görevi olması gösterilmektedir¹¹.

Kanuni temsilcilerin sorumluluğu hakkında “kanuni temsilcilerin ödevi” başlıklı VUK m. 10 ve “kanuni temsilcilerin sorumluluğu” başlıklı AATUHK mük. m. 35 hükümleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, kanuni temsilcilerin sorumluluğu her iki düzenleme açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. Vergi Usul Kanunu Uyarınca Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu

VUK m. 10/1 uyarınca tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir. Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişidir (VUK m. 8/1). Buna göre bir kişinin vergi mükellefi olabilmesi için vergiyi doğuran olayın ilgilinin kişiliğinde gerçekleşmesi ve vergi borcunu kendi malvarlığından ödemek zorunda olması gereklidir¹². VUK m. 8/2 uyarınca vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir (VUK m. 8/2). Hükümde vergi sorumlusunun, verginin ödenmesi açısından ele alındığı gerekçesiyle bunun eksik bir tanım olduğu öğretide ifade edilmiştir¹³. Buna göre, vergi sorumluluğu, geniş anlamda ve dar anlamda vergi sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılabilir. Geniş anlamda vergi sorumluluğu, vergiye ilişkin ödevleri yerine getirmekten kaynaklanan, mükellefin kendi borcunu ödemekle sorumlu olmasını da içeren sorumluluktur. Dar ve teknik anlamda sorumluluk ise, üçüncü bir kişinin asıl mükellefin borcunu vergi dairesine ödemekle sorumlu olmasını ifade etmektedir¹⁴. Kanuni temsilcilerin sorumluluğu, dar ve teknik anlamda vergi sorumluluğuna girmektedir. Bununla birlikte, vergi sorumluluğu, vergi borcunun ödenmesi şeklinde ortaya çıkan maddi ödevin yanı sıra belge düzenlenmesi gibi vergi borcuna ilişkin

⁸ **İnceoğlu**, Murat (2009) Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, On İki Levha, s. 40.

⁹ **Bahtiyar**, s. 409; **Can**, Mustafa E. (2017), ‘Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu’ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 7, s. 74; **Barlass**, İrfan (2006) Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, İstanbul, Vedat, s. 21; **Özkan**, Mücahit Çağrı (2019), ‘Limited Şirketlerde Ortakların Amme/Vergi Borcu Yönünden Artan Riski’ Mali Çözüm Dergisi, S: 154, C: 29, s. 184; **Yavuz Dalgıç**, Melike (2019) ‘Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumluluğu’ (Yüksek Lisans), Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 113; **Sezgin**, Bülent (2010), ‘Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirket Amme Borçlarının Ödenmesine İlişkin Sorumlulukları’ Mali Çözüm Dergisi, S: 99, s. 250; Yargıtay 11. HD., T: 6.10.2016, E: 2015/9128, K: 2016/7852 (lexpera.com.tr).

¹⁰ **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, Vedat, s. 468; **Gürgür**, Şebnem Pınar & **Yeşilyurt**, Eren (2003), ‘Vergi Hukuku’nda Kanuni Temsilciler ve Sorumlulukları-II’ Yaklaşım Dergisi, S: 131, s. 130; **Can**, s. 75.

¹¹ **Bahtiyar**, s. 409.

¹² **Öncel**, Mualla & **Kumrulu**, Ahmet & **Çağan**, Nami (2015) Vergi Hukuku, 24. Bası, Ankara, Turhan, s. 72.

¹³ **Çelik**, Binnur (2000), ‘Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu’ Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S: 4, s. 121.

¹⁴ **Kırbaş**, Sadık (2012) Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Bası, Ankara, Siyasal, s. 74; Vergi hukuku alanında “sorumluluk” kavramı, kendisi mükellef olmadığı halde, onunla olan ilişkisi nedeniyle vergilendirme ile ilgili maddi ve/veya şekli ödevlerin yerine getirilmesinden üçüncü kişileri de sorumlu tutmak için kullanılmaktadır. Bkz. **Gerçek**, Adnan (2005), ‘Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 54, s. 160; **Çelik**, s. 121, 122.

şekli ödevleri de kapsamaktadır¹⁵. Öğretide vergi mükellefi ile sorumlusu arasındaki en önemli farkın, vergiyi doğuran olayın hiçbir zaman vergi sorumlusunun şahsında gerçekleşmemesi olduğu ifade edilmektedir¹⁶. Kanuni temsilci, VUK m. 10/2'de vergi sorumlusu olarak düzenlenmiştir¹⁷.

VUK m. 10/2 uyarınca kanuni temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Hüküm bağlamında kanuni temsilcinin sorumluluğuna başvurabilmek için “*vergi ve vergiye bağlı alacakların şirket varlığından tamamen veya kısmen alınmaması ve vergi alacağının şirketten alınmamasının sebebinin kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmemesi olması*” şeklinde iki koşul gerekmektedir¹⁸. Bu bağlamda, aşağıda öncelikle sorumluluğun koşulları incelenecektir. Bu sayede, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek için kanunda herhangi

bir takip sırası düzenlenip düzenlenmediği sorusuna cevap aranacaktır. Ardından sorumluluğun hukuki niteliği ele alınacaktır. Zira söz konusu koşullara bağlı olarak, sorumluluğun hukuki niteliği belirlenecektir. Son olarak kanuni temsilcinin rücu imkanına değinilecektir.

a. Sorumluluğun Koşulları

i. Vergi ve Vergiye Bağlı Alacakların Şirket Varlığından Tamamen veya Kısmen Alınmaması

VUK m. 10/2'de vergi ve buna bağlı alacakların, kanuni temsilcilerden alınacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanuni temsilcilerin VUK'tan kaynaklanan sorumluluklarının kapsamı, vergi ve buna bağlı alacaklarla sınırlandırılmıştır. Verginin kanunda açıkça bir tanımı bulunmamakla birlikte, 1982 Anayasası'nda vergi, “Vergi Ödevi” yan başlığı ile kamu giderlerinin karşılanması üzere herkesin mali gücü oranında katıldığı ödev, yükümlülük olarak yer almaktadır¹⁹. Öğretide verginin birçok tanımı yapılmıştır²⁰. Örneğin bir görüş vergiyi, kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, kanunen, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal aktarım olarak tanımlamaktadır²¹.

Verginin tanımı çeşitli şekillerde yapılmakla birlikte, vergi ve buna bağlı alacaklar kavramı, VUK'a göre belirlenecektir. VUK m. 19'da vergi

¹⁵ **Öncel & Kumrulu & Çağan**, s. 72.

¹⁶ **Mutluer**, Kamil (2006) Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, s. 75; Sorumluluk vergiyi doğuran olay açısından değerlendirildiğinde; vergiyi doğuran olay mükellefin kişiliğinde gerçekleşirken; sorumlu, vergiyi doğuran olay şahsında gerçekleşmeyen kişidir. Bkz. **Saban**, Nihal (1991) ‘Vergi Hukukunda Sorumluluk’ (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9.

¹⁷ *Gerçek*, bu sorumluluğu “fer’i vergi borçlusunun sorumluluğu” olarak ifade etmektedir. Buna göre vergiyi doğuran olay, fer’i vergi borçlusu konumundaki vergi sorumlusunun kişiliğinde gerçekleşmez; ancak vergi sorumlusu kendi malvarlığından vergileri ödemek zorundadır. Bkz. **Gerçek**, s. 161.

¹⁸ **Barlass**, s. 69-74; Aynı yönde bkz. **Koban**, Cansu Damla (2013) ‘Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilcilerin Vergi Sorumluluğu’ (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 61-67; Öğretide kanuni temsilcilere başvuru için tek koşul öngörenler de bulunmaktadır. Örneğin *Helvacı*, kanuni temsilcilere başvurmak için tek ön koşulun, mükellef veya vergi sorumlularının öncelikle vergi borcu nedeniyle takip edilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Helvacı**, s. 103; Benzer yönde *Bahar*, burada tek koşulun, tüzel kişiliğin vergi ve cezayı ödemeye yeterli olmaması hali veya alacaklı idarenin alacağını tüzel kişinin varlığından tahsil edememesi hali olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Bahar**, Cevdet Okan (2002), ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Temsil Yetkisi ve Şirkete Kayımlı Atanması’, Vergi Dünyası Dergisi, S: 252, s. 127.

¹⁹ RG, S: 17863, T: 09.11.1982.

²⁰ Vergi, kamu hizmetlerinin finanse edilmesi ve yürütülmesi amacıyla devletin, Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak koyduğu bazı mali yükümlülüklerdir. Bkz. **Kumrulu**, Ahmet (1981) Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 654; Vergi, devletin veya devletin verdiği yetkiyle kamusal faaliyetler için harcamalar yapan kamu tüzel kişilerinin bu harcamalarını karşılamak veya bu kamusal görevlerini ifa edebilmek amacıyla ve kanuni esaslara uygun olarak hukuki müeyyide içerisinde, özel bir karşılık vadetmeksizin, geri vermemek üzere gerçek kişiler ile gerçek olmayan kişilerden aldıkları para tutarlarıdır. Bkz. **Nadaroğlu**, Halil (2000) Kamu Maliyesi Teorisi, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s. 25; Vergi, kanunlarla düzenlenen kamu hukuku kaynaklı tek taraflı borç ilişkisidir. Bkz. **Saban**, Nihal (2015) Vergi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta, s. 78.

²¹ **Kaneti**, Selim (1989) Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz, s. 4.

alacağına, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğacağı ve vergi alacağına, mükellef bakımından vergi borcunu teşkil edeceği yer almaktadır. Hükümde vergi alacağı kavramı açıkça tanımlanmamıştır. Öğretide bir görüşe göre vergi alacağı, vergiyi doğuran olay ya da hukuki durum sonucunda ortaya çıkan bir kamu alacağıdır²². Vergi alacakları dar anlamda vergi dışında, resim²³, harç²⁴ ve benzeri mali yükümler ve bunların aynı nitelikteki zamlarıdır²⁵. Bununla birlikte, her türlü vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler VUK kapsamında değildir. Kanunun kapsamına, VUK m. 1 uyarınca gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler dışında, genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar da girmektedir²⁶. Bu vergi, resim ve harçlara bağlı olan vergi, resim ve zamlar da VUK'a tabidir. Bu kanunun hükümleri kaldırılan vergi, resim ve harçlar hakkında da uygulanır. Dolayısıyla kanuni temsilciden istenebilecek olan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler, VUK kapsamına girenler ya da bunlarla ilgili özel kanunlarında VUK'un bütününe veya 10. maddesine yapılmış bir gönderme bulunanlardır²⁷.

Vergiye bağlı alacaklar, kendileri bizzat vergi ve benzeri mali yüküm sayılmadığı halde bunlar olmadan varlığı söz konusu olmayan diğer alacakları ifade etmektedir²⁸. Dolayısıyla vergiye bağlı alacak niteliğini sağlayan diğer alacaklar için de kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Vergiye bağlı alacaklar, VUK'da tek tek sayılmamıştır. Bunun yerine her alacağın niteliği değerlendirilmelidir. Öğretide ilk olarak VUK m. 112'de düzenlenen gecikme faizi²⁹ vergiye bağlı alacak olarak nitelendirilmiştir³⁰. Gecikme faizi, vaktinde tahakkuk ettirilmeyen vergiler için sonradan yapılan ikmalen, re'sen ya da idarece tarhiyatlar için, verginin normal vade tarihinden son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar gecikme zammı oranında uygulanan bir faizdir³¹. İkinci olarak AATUHK m.

²² **Altaş**, Soner (2019) 'Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanuni Temsilcilerinin Şirketin Vergisel Borçlarından Doğan Sorumluluğu: Amerika Birleşik Devletleri ve AB Üyesi Bazı Ülkeler ile Karşılaştırmalı Bir İrdeleme' (Doktora), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 38.

²³ Resim, kamusal güce dayalı olarak, kamusal harcamaların finansmanında belirli bir hizmetin yahut işin görülmesi için yetkili makamlardan alınan izin neticesinde ödenen paradır. Bkz. **Kaneti**, s. 6, 7.

²⁴ Harç, kamusal güce dayalı olarak kamusal faaliyetlerin finansmanı amacıyla kamu idaresinin belirli edimleri veya hizmetlerinden yararlanmanın karşılığında ödenmesi gereken para alacağıdır. Bkz. **Kaneti**, s. 5.

²⁵ **Kurdoğlu**, Elif (2011) 'Yargı Kararları Işığında Tüzel Kişilerin Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 48.

²⁶ Danıştay ihracatta vergi iadesinin, VUK kapsamına girmediği yönünde kararı için bkz. Danıştay 4.D., T: 15.10.1999, E: 1999/348, K: 1999/2854 (lexpera.com.tr).

²⁷ **Kurdoğlu**, s. 48.

²⁸ **Candan**, Turgut (2006) Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Ankara, Maliye ve Hukuk, s. 87; **Koban**, s. 40; **Gerçek**, s. 185; **Özdiğer**, Eda (2005) 'Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26; **Barlass**, vergiye bağlı alacak tanımını eleştirmekte ve bir kamu alacağına salt kökü itibarıyla bir vergiye dayanıyor olmasının onu vergiye bağlı alacak haline getirmeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre olağanüstü tarhiyatla zorunlu olarak ve kendiliğinden beliren alacaklar vergiye bağlı alacaklardır. Mükellefin tercihleri neticesinde ortaya çıkan alacaklar ise vergiye bağlı alacak olarak nitelendirilmemelidir. Bkz. **Barlass**, s. 27, 32.

²⁹ VUK m. 112/3 uyarınca, ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda, dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar; dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır.

³⁰ **Karayalçın**, Yaşar (1994), 'Vergi Hukuku Bakımından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 15, s. 6; **Narter**, Recep (1994), 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Vergisel Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 17, s. 74; **Yıldız**, Şükrü (1999), 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul, Beta, s. 779; **Gerçek**, s.185; **Koban**, s. 45; **Özdiğer**, s. 26; **Altaş**, s. 39; **Barlass**, s. 68.

³¹ **Sonsuzoğlu**, Elif (2001) Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, İstanbul, Filiz, s. 69; **Barlass**, s. 28; Gecikme faizi, tahakkuk aşaması ile ilgili olup, tahakkuku

51'de düzenlenen gecikme zammı³² bulunmaktadır³³. Gecikme zammı, bir kamu alacağı olarak vergiler ve bazı cezalar için her ay ve günler dikkate alınarak uygulanan, vadeden itibaren ödeme yapıldığı tarihe ya da diğer geciktirici veya sonlandırıcı olaya kadar alınan ek kamu alacağıdır³⁴. Gecikme zammının amacı hem kamu alacağının vadesinde ödenmesini sağlamak hem de vadesinde ödenmemesi halinde bir yandan devletin uğradığı zararı telafi ederken, diğer yandan da vadesinde borcunu ödemeyen borçluya bir külfet yüklemektir³⁵. Üçüncü olarak AATUHK m. 48'de düzenlenen tecil faizi³⁶ vergiye bağlı alacak kapsamına girmektedir³⁷. Vergi hukuku kapsamında tecilin amacı, belirli koşullarda kamu borcunun ödeme

vadesinin ertelenmesini sağlamaktır³⁸. Bununla birlikte, VUK m. 371'de düzenlenen pişmanlık zammı vergiye bağlı alacaklardandır³⁹. Vergi ziyai suçunu işlemiş olan, ancak sonradan pişman olarak, işlediği bu suçu kendiliğinden yetkili makamlara bildiren ve kanundaki diğer koşulları da yerine getiren mükelleflere işledikleri vergi suçunun cezası verilmemektedir. Buna karşın ödemeleri gerekli vergiye gecikme zammı oranında pişmanlık zammı uygulanmaktadır⁴⁰. Öğretide sayılan bu alacaklar sınırlı sayıda olmamakla birlikte, vergiye bağlı alacak kapsamına girmeyen alacaklar için VUK m. 10/2'ye dayanılarak kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ayrıca VUK m. 333/2'de açıkça düzenlendiği için kanuni temsilci, limited şirketin vergi cezalarından da sorumludur⁴¹. Hüküm uyarınca tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkındaki bu Kanunun 10'uncu maddesi hükmü vergi cezaları hakkında da uygulanır.

VUK m. 10/2 uyarınca limited şirket varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni temsilciden istenebilir. Buna göre, kanuni temsilcilerin hukuki sorumluluğu açısından vergi idaresinin zararını, limited şirket varlığından verginin tamamen ya da kısmen alınmaması oluşturur⁴². Bunun için öncelikle kanuni

geciktirilen vergiler için söz konusu olmaktadır. Bkz. **Bilici**, Nurettin (2012) Vergi Hukuku, 29. Bası, Ankara, Seçkin, s. 107.

³² Hüküm uyarınca amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısımına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirlerine isabet eden gecikme zammı günlük olarak hesap edilir. %4'lük oran, 1947 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile %1,6 olarak belirlenmiştir. Karar için bkz. RG, S: 30994, T: 30.12.2019.

³³ **Karayağın**, s. 6; **Narter**, s. 74; **Yıldız**, s. 779; **Koban**, s. 51; **Candan**, s. 83; **Akyürek**, Ömer (2015), 'Şirketlerin Vergi Borcunu Ödemesinde Perde Arkasındaki Temsilcilerin Sorumluluğu', Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S: 1, C: 1, s. 15; **Özsüt**, Tuğrul (1989), '3505 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler', Vergi Dünyası Dergisi, S: 90, s. 38; **Altaş**, s. 40; Aksi yönde bkz. **Barlass**, s. 25-28.

³⁴ **Bayraklı**, Hasan Hüseyin (2009) Vergi Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Afyonkarahisar, Celepler, s. 86.

³⁵ **Sonsuzoğlu**, s. 21.

³⁶ Hüküm uyarınca amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir.

³⁷ **Karayağın**, s. 6; **Narter**, s. 74; **Yıldız**, s. 779; **Akyürek**, s. 17; **Gerçek**, s.185; **Koban**, s. 39; **Özdiler**, s. 26; **Altaş**, s. 41; Aksi yönde **Barlass**'a göre, tecil faizi sadece tecil kurumundan yararlanılması halinde ferî nitelikte bir kamu alacağı olarak gündeme gelmekte olup, verginin tarihıyla birlikte meydana geldiği için vergiye bağlı alacak değildir. Bkz. **Barlass**, s. 34.

³⁸ **Yaralı**, Levent (2010) Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, Ankara, Yaklaşım, s. 139.

³⁹ **Akyürek**, s. 16-17; **Barlass**, s. 30; **Koban**, s. 55; **Altaş**, s. 41.

⁴⁰ **Sonsuzoğlu**, s. 97.

⁴¹ **Helvacı**, s. 104; **Geçer**, s. 115; **Barlass**, s. 101 ve devamı.

⁴² Zarar, sorumluluğun en önemli unsurunu oluşturmakla birlikte, öğretide maddi ve manevi zarar olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında; manevi zarar kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeye denir (**Eren**, Fikret (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 545, 555; **Reisoğlu**, Safa (2012) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul, Beta, s. 170; **İnan**, A. Naim & **Yücel**, Özgü (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin, s. 400, 401; **Kılıçoğlu**, M. Ahmet (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Turhan, s. 306, 307). Maddi zararın gerçek anlamda zarar olduğu; ancak hukukumuzda bir kimsenin kişiliğine yapılan tecavüzdü duyduğu elem ve üzüntünün de manevi zarar olarak ifade edildiği hususunda bkz. **Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler II, Gözden

temsilciye başvurulduğunda, asıl vergi mükellefi limited şirketten talep edilebilecek bir vergi ve vergiye bağlı alacak mevcut olmalıdır. Şayet mevcut değilse, kanuni temsilcinin de sorumluluğu söz konusu değildir. Örneğin asıl vergi borcu tarh ve tahsil zamanına ya da affa uğramışsa kanuni temsilcinin de sorumluluğu ortadan kalkar⁴³. Bununla birlikte kanuni temsilcilerin vergi ve vergiye bağlı alacaklar için sorumluluklarına gidilmesi, bu alacakların şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesine bağlıdır. Buna göre vergi idaresi tarafından yapılan tarhiyatlarda, icra prosedürünün sonlandırılmasını takiben, vergi alacağının tahsil edilemediğinin aciz vesikasıyla belgelenmesi gerekir⁴⁴. Başka bir deyişle, tamamen veya kısmen alınamamış olmasından kasıt, mükellefe tebliğ edilerek tahakkuk ettirilmiş bir kamu alacağı için mükellefe karşı cebri tahsil şekillerinin tümünün kullanılmış ve tüketilmiş olmasıdır⁴⁵. AATUHK m. 54 uyarınca vergi borçlusu tarafından gösterilen teminatın paraya çevrilmesi yahut varsa kefilin takibi, borçlunun vergi alacağına yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi⁴⁶ ve gerekli şartlar bulunması durumunda borçlunun iflasının istenilmesi ve sonuçlandırılması, tüketilmesi gereken

yollardır⁴⁷. Buna karşın, limited şirketin iflas etmesi ya da tasfiye haline girmesi durumu, tek başına kanuni temsilciye başvurmak için yeterli değildir. Bu durumda tasfiye sonucunun beklenilmesi zorunluluğu vardır⁴⁸. Zira tasfiye tamamlanmadan vergi alacağının şirketten tahsil edilip edilmeyeceği belli değildir. Bununla birlikte tasfiye memurları, kurumun vergi borçları için gerekli karşılık ayırmadan alacaklılara ödeme veya ortaklara paylaşım yapamaz (Kurumlar Vergisi Kanunu m. 17/7; İcra ve İflas Kanunu m. 206/1). Hüküm bağlamında vergi alacağının tamamının tahsil edilip edilmeyeceği, bakiye ne miktar borç kaldığı tasfiye sonucunda ortaya çıkacak ve ancak şirketten tahsil edilemeyen tutar için kanuni temsilciler izlenebilecektir⁴⁹.

Bu bağlamda, VUK'ta limited şirket varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar kanuni temsilcilerden alınabilecektir. Kanunda, kanuni temsilcilere başvurabilmek için şirket dışında başka bir kişiye başvurma zorunluluğu yer almamıştır. Dolayısıyla ortak ve kanuni temsilciye başvuru sırası açısından açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

ii. Vergi Alacağının Şirketten Alınamamasının Sebebinin Kanuni Temsilcinin Ödevlerini Yerine Getirmemesi Olması

VUK m. 10/2 uyarınca kanuni temsilcilerin, mükellef olarak şirket tüzel kişiliğine yüklenen ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Buna göre kanuni temsilciden şirketten alınamayan verginin istenmesinin sebebi kanuni temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemiş olmasıdır. Ödevlerin neler olduğu VUK m. 10'da yer

Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat, s. 40). VUK m. 10/2'de yer alan zarar, idarenin maddi zararını oluşturmaktadır.

⁴³ Karayalçın, s. 6.

⁴⁴ Barlass, s. 87; Koban, s. 61; Çamoğlu, tahsil imkansızlığı için şirket hakkında ön takip yapılması ve aciz fişi düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Çamoğlu, Ersin (1970), 'Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Prensibine Önemli Bir İstisna: AATUK. M. 35' İktisat ve Maliye Dergisi, S: 11, C: 16, s. 427; Ayhan, Rıza (1992) Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, İstanbul, Kazancı, s. 68; Aynı yönde D. 4. D. E. 1994/5405 K. 1995/2105, T. 17.05.1995.

⁴⁵ Çelik, Binnur (2002) Kamu Alacakların Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Bası, İstanbul, İş Bankası, s. 105-106; Helvacı, s. 103.

⁴⁶ Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, şirketin fabrika binası ve müstemilatı bulunduğu ve bir kısım menkulünde şirketin vergi borcuna karşılık teminat gösterildiğinin anlaşıldığı halde, davalı idarece bunların satılarak paraya çevrilmesi suretiyle vergi borcunu karşılayıp karşılamadığı hususu ortaya konulmaksızın, vergi borcunun şirketten tahsil imkanı kalmadığı gerekçesiyle doğrudan kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlenmesini VUK m. 10'a aykırı bulmuştur. Bkz. Danıştay 9. D., T: 27.09.2006, E: 2005/5205, K: 2006/3461; Aynı yönde bkz. Danıştay 3. D., T: 22.06.2009, E: 2008/923, K: 2009/2191.

⁴⁷ Çelik, Kamu, s. 105, 106.

⁴⁸ Çamoğlu, Limited, s. 427; Arıkan, Vural (1968), 'Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Şeriklerin Şahsi Sorumlulukları' İstanbul Barosu Dergisi, S: 42, s. 448; Yıldız, s. 781; Barlass, s. 71.

⁴⁹ Çamoğlu, Limited, s. 428; Arıkan, s. 448.

almamaktadır; ancak VUK'un "Mükellefin Ödevleri" başlıklı ikinci kitabında anılan ödevlere yer verilmiştir. Bunlar, anılan kitabın 153 ilâ mük. 257 maddelerinde yer alan ödevleri kapsamaktadır⁵⁰. Örneğin bildirimde bulunma⁵¹, defter tutma⁵², belge düzenine uyma⁵³, defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevi⁵⁴ gibi⁵⁵. Bununla birlikte, açıkça ödev olarak nitelendirilmesinden dolayı kaynakta yapılmış kesintilerin ödenmesi (VUK m. 11) ile beyanname verilmesi (VUK m. 144) de kanuni temsilcinin ödevleri arasında yer almaktadır⁵⁶. Ayrıca öğretilerde vergi ödenmenin bir ödev olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır⁵⁷.

VUK m. 10/2 uyarınca müdürlerin sorumluluğuna başvurabilmek için, şirketten verginin alınmamasının sebebi kanuni temsilcilerin, vergi mükellefi olarak limited şirket üzerine düşen ödevleri

yerine getirmemesi olmalıdır. Buna göre, şirketten verginin alınmamasının sebebi araştırılmalıdır. Şayet kanuni temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemesi, şirketten verginin alınmamasına neden olduysa, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Burada sorumluluk hukukunun fiil, fiilin hukuka aykırı olması ve illiyet bağı unsurları ortaya konmaktadır. Buna göre, zararın oluşumuna sebebiyet veren fiil, kanuni temsilcinin 'kanuni ödevlerini yerine getirmeme' şeklindeki olumsuz davranışdır⁵⁸. Bu davranış, VUK m. 10/1'de açıkça kanuni temsilcilere görev olarak verildiği için, ödevin yerine getirilmemesi kanuna aykırıdır. Hukuka aykırı hareket⁵⁹, kanuni ödevlerin yerine getirilmemesi ile oluşmaktadır. Ayrıca, şirket varlığından vergi, kanuni temsilcinin hukuka aykırı hareketi yüzünden alınmamalıdır. Dolayısıyla kanuni temsilcinin ödevini yerine getirmemesi ile şirket varlığından verginin alınmaması arasında illiyet bağı⁶⁰ bulunmalıdır. Buna karşın, başka bir sebeple şirketten vergi alınmadıysa, kanuni temsilcilere başvurulamayacaktır. Bu sayede kanuni temsilci, kanuni ödevlerini yerine getirmemesi ile vergi alınmaması arasında uygun illiyet bağı⁶¹ ol-

⁵⁰ **Bilici**, s. 73; **Barlass**, s. 40 ve devamı.

⁵¹ Bildirimde bulunma ödevi VUK m. 153 ilâ 170'te düzenlenmiştir. Buna göre, işe başlama, adres, bilinen iş ve işletme değişiklikleri ile işi bırakma hallerinin bildirilmesi gerekmektedir. Bkz. **Saban**, s. 122-124.

⁵² Defter tutma ödevi, VUK m. 170 ilâ 227'de düzenlenmiştir. Buna göre bu ödevin kapsamına şirketin yaptığı iktisadi nitelikteki işlemlerin defterlere kaydedilerek finansal tabloların hazırlanması girmektedir. İnceleme için bkz. **Aksu Özkan**, Raziye (2019) Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları, İstanbul, On İki Levha, s. 137 ve devamı.

⁵³ Belge düzenine uyma ödevi VUK m. 227 ilâ 242'de düzenlenmiştir. Buna göre, VUK'a göre tutulan ve üçüncü kişilerle olan ilişki ve işlemlere ait olan kayıtların tevsiki zorunludur. İspat açısından gerekli olan belgeler, şirket tarafından saklanacaktır. Örneğin fatura, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu gibi.

⁵⁴ Defter ve belgeleri muhafaza ve ibraz ödevi, VUK m. 253 ve 254'te düzenlenmiştir. Buna göre tutulan defterler ve bunlara ilişkin kayıtlar, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl muhafaza edilecektir. Bu defter, kayıt ve bunları ispata yarayan her türlü belgenin, muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz edilme zorunluluğu bulunmaktadır.

⁵⁵ Ayrıntılı inceleme için bkz. **Barlass**, s. 40-45.

⁵⁶ **Barlass**, s. 45-53.

⁵⁷ Ödev olduğu yönünde bkz. **Helvacı**, s. 104; **Yıldız**, s. 792; **Kaneti**, s. 89; **Saban**, Sorumluluk, s. 49; **Köroğlu**, Ömer Alper (2019) 'Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26; Aksi yönde bkz. **Barlass**, s. 47.

⁵⁸ Olumsuz davranış, yapılması gereken hareketi yapmaktır. Buna göre, bir kimse, hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem arz eden sonuç meydana gelmeyecekse, yapmama fiili, zararlı sonucunu doğuran bir davranış sayılacaktır. Bkz. **Eren**, s. 542, 543; **İnan & Yücel**, s. 382; Hukukta fiil, bir insanın yapma veya yapmama tarzında iradi davranışdır. Bkz. **Oğuzman & Öz**, s. 13; **Kılıçoğlu**, s. 286; Haksız fiil genellikle aktif davranış şeklinde gerçekleşir; ancak, hukuk düzeninin başkasını korumak için belli tedbirlerin alınmasını öngördüğü hallerde, "kaçınma" haksız fiil niteliğindedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 165.

⁵⁹ Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu göstermektedir. Bkz. **Oğuzman & Öz**, s. 14.

⁶⁰ Zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep - sonuç ilişkisine illiyet bağı denir. Bkz. **Eren**, s. 561; **Oğuzman & Öz**, s. 45; **Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Hâluk & **Altıp**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Filiz, s. 567; **İnan & Yücel**, s. 404; **Reisoğlu**, s. 175; **Kılıçoğlu**, s. 313.

⁶¹ Hukukta çeşitli illiyet teorileri bulunmakla birlikte, Türk hukukunda hakim görüş uygun illiyet bağı teorisiidir. Uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucun, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, meydana getirmeye elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış

madığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Örneğin vergi borcunun ödenmemesinin sebebi, mücbir sebebe dayanmaktaysa illiyet bağı kesilecektir⁶². Bununla birlikte, idarenin gerekli işlemleri yapmaması sebebiyle vergi alınmadıysa, zarar görenin kusuru sebebiyle de illiyet bağı kesilecektir.

b. Hukuki Niteliği

Kanuni temsilcilerin VUK m. 10'dan kaynaklanan sorumluluğunun hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş VUK m. 10/2 kapsamındaki sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmektedir⁶³. Zira hükmün 3505 sayılı Kanun'la⁶⁴ değişmeden önceki lafzında bulunan "...bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle yerine getirmemeleri..." ibareleri kanundan çıkarılarak kusursuz sorumluluk esası getirilmiştir⁶⁵. Buna göre, kasıt ve ihmalden birinin

bulunan zorunlu koşul ile sonuç arasındaki bağıdır. Bkz. **Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop**, s. 573; **Eren**, s. 565; **Reisoğlu**, s. 175; **İnan & Yücel**, s. 406; Yaşam deneyimlerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararla olan mantikî nedensellik bağına uygun illiyet bağı denilmektedir. Bkz. **Oğuzman & Öz**, s. 45.

⁶² Illiyet bağı kesilmesinde, ilk sebep gerçekleşen türden bir sonucu doğurmaya niteliği itibarıyla elverişlidir; ancak ortaya çıkan yeni bir sebep, ilk sebebi arka plana atmıştır, onu somut olayda elverişsiz hale getirmiştir. Bkz. **Eren**, s. 580, 581.

⁶³ **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, Ortaklıklar I, s. 469; **Helvacı**, s. 102; **Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Vedat, s. 276; **Bahtiyar**, s. 409; **Narter**, s. 77, 78; **Bahar**, Cevdet Okan (2005), 'Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri', Vergi Dünyası, S: 281, s. 134; **Kaneti**, s. 89; **Demirci**, Azmi (2003), 'Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu', Vergi Dünyası, S: 257, s. 47, 48; **Sofuoğlu**, Ahmet (1997), 'Vergi Cezalarında Ehliyet ve Sorumluluk', Prof. Dr. Nezihe Sönmez'e Armağan, İzmir, Anadolu, s. 492; **Yaltı**, Billur (2009), 'Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35', Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 508; **Ateşli**, Erkan (2000), 'Anonim Şirketin Kanuni Temsilcisinin Ödenmemiş Vergi Borçları Karşısındaki Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 94, s. 166.

⁶⁴ RG, S: 20015, T: 10.12.1988.

⁶⁵ **Helvacı**, s. 102; **Çamoğlu**, s. 277; **Özsüt**, s. 37, 38; **Deynekli**, Adnan (1998) İflasın Vergi Alacağının Tahsiline Etkisi, Ankara, Yetkin, s. 144; **Yaltı**, s. 508; **Kaneti**, s. 89.

varlığı kusurun oluşabilmesi için hukuken mevcudiyeti zorunlu unsurdur. Bu sebeple, bunların varlığını aramayan madde lafzı hala bir sorumluluk öngörüyorsa bu kusursuz sorumluluk olmalıdır. Bununla birlikte, kanundan doğan vergi ödevlerinin yerine getirilememiş olması sorumluluğun doğması için yeterlidir. Temsilci konumundaki müdürlerin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olduklarının ileri sürülmesine ve kanıtlanmasına gerek yoktur⁶⁶. Diğer görüşe göre VUK m. 10/2'de düzenlenen sorumluluk, kusur esasına dayanmaktadır⁶⁷. Zira VUK m. 10/2'de değişiklik öngören 3505 sayılı Kanun'un 2. maddesi, "Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır." ifadesini değiştirmemiştir⁶⁸. Buradaki kusur, vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesidir⁶⁹. Bununla birlikte, önceki maddenin yürürlükte olduğu dönemde mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklar "vergi idaresinin kanuni temsilcinin ödevlerini kasıt ve ihmâl ile yerine getirmediğini" ispatlamadığı noktasında çıkmaktaydı. Vergi idaresi kanuni temsilcinin kusurlu olduğunu ispatlamadığı sürece ona karşı takibe başlayamıyordu. Kanun koyucu bu sakıncayı ve ispat zorluğunu ortadan kaldırmak ve TTK'deki sisteme uyum sağlamak için anılan değişikliği yapmıştır⁷⁰. Ayrıca "bu ödevleri kasıt ve ih-

⁶⁶ **Çamoğlu**, s. 276.

⁶⁷ **Yıldız**, s. 793; **Gerçek**, s. 185; **Karayağçın**, s. 7; **Pulaşlı**, s. 2827, 2828; **Üçışık**, Güzin & **Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, Adalet, s. 589; **Karaca**, Bedir (2010) Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 109; **Can**, s. 76; **Ayaz**, Eslem (2015) Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 79; **Barlass**, s. 55, 56; **Candan**, s. 108; **Saraç**, Osman (2000), 'Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk' Yaklaşım Dergisi, S: 89, s. 197; **Geçer**, s. 118; **Koban**, s. 66; **Altaş**, s. 48; **Maç**, Mehmet (2002), 'Anonim ve Limited Şirket Ortaklarının ve Kanuni Temsilcilerinin, Bu Şirketlerin Özel ve Kamu Borçlarına İlişkin Sorumlulukları' Yaklaşım Dergisi, S: 118, s. 67.

⁶⁸ **Geçer**, s. 118.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, T: 19.03.2015, E: 2014/144, K: 2015/29.

⁷⁰ **Yıldız**, s. 793; **Gerçek**, s. 185.

malleriyle” ifadesinin madde metninden çıkarılması ispat hukuku açısından sonuç doğurmaktadır⁷¹. 3505 sayılı Kanun değişikliğinden önce kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi, vergi idaresinin, kanuni temsilcinin kusurunu yani kastını veya ihmali ispatlamasına bağlıydı. Bu değişiklik ile birlikte kanuni temsilci, kusurunun olmadığını kendisi kanıtlamak zorundadır.

Kanaatimizce VUK m. 10'dan kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından sorumluluk hukukunun hukuka aykırı fiil, zarar ve bu ikisi arasındaki illiyet bağı unsurları ortaya konmalı; daha sonra kusur araştırılmasına girilmelidir. Buna göre, kanuni temsilcinin sorumluluğu açısından idarenin zararı, limited şirket varlığından verginin tamamen veya kısmen alınmaması ile oluşur. Fiil, kanuni temsilcinin 'kanuni ödevlerini yerine getirmeme' şeklindeki olumsuz davranışdır. Bu davranış, VUK m. 10/1'de açıkça yer aldığı için hukuka aykırıdır. Ayrıca, şirket varlığından vergi, kanuni temsilcinin hukuka aykırı hareketi yüzünden alınmıyorsa, illiyet bağı kurulmuş olmaktadır. Bu unsurların bulunmasıyla birlikte, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebildiği için, kanaatimizce bu sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumlulukta sorumluluk, kusur⁷² yerine kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmakta ve sorumluluğun kurulması için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep - sonuç ilişkisinin bulunması yeterli sayılmaktadır⁷³.

⁷¹ **Barlass**, s. 61; **Pulaşlı**, s. 2828; **Candan**, s. 83; **Yıldız**, s. 793; **Özbalcı**, Yılmaz (2001) Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş, s.138.

⁷² Kusur, hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoş görmediği davranış biçimidir. Bkz. **Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop**, s. 492; Tandoğan, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 45; **Eren**, s. 594; **Reisoğlu**, s. 171; **İnan & Yücel**, s. 393; **Kılıçoğlu**, s. 319; Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır. Bkz. **Oğuzman & Öz**, s. 55.

⁷³ **Eren**, s. 515; **Oğuzman & Öz**, s. 135; **Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop**, s. 497; **İmre**, Zahit (1949) Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul, İsmail Akgün, s. 169; **Yavuz**, Cevdet (2008) Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk' Halleri ve İlkeleri, <http://hdl.handle.net/11424/2035> s.e.t.

VUK m. 10'da da kanuni temsilcinin sorumluluğu, kanuni ödevlerin yerine getirilmemesine bağlanmıştır. Bununla birlikte, sorumluluk hukuku açısından kusur, kişinin kastı⁷⁴ veya ihmalden⁷⁵ kaynaklanabilir⁷⁶. Oysa kanun metninden bu ifadeler çıkartılmıştır. Bu sebeple, bizce de kanun metni hala bir sorumluluk öngörüyorsa bu kusursuz sorumluluk olmalıdır. Bunun yanı sıra, yapılan değişikliğin gerekçesinde açıkça anılan fıkrada yapılan değişiklikle temsilcilerin kasıt ve ihmali aranmaksızın sorumlu tutulmalarının amaçlandığı⁷⁷ ifade edilmektedir. Ayrıca TTK'de yer alan sorumluluk hükümleriyle birlikte, VUK'ta kanuni temsilci sorumluluğunun düzenlenmesi de, burada düzenlenen sorumluluğun neden kusursuz sorumluluk olduğunu açıklamaktadır. Buna göre TTK'de müdürler, kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır (TTK m. 553; TTK m. 644/1-a). Buradaki sorumlu-

10.02.2020, s. 35; **Kılıçoğlu**, s. 302; **Baçoğlu**, Başak (2015), 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 6, s. 33.

⁷⁴ Kast hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek istenmesidir (**Eren**, s. 599; **Oğuzman & Öz**, s. 56; **Kılıçoğlu**, s. 321; **İnan & Yücel**, s. 394). Kastta zarar verenin iradesi, hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. İki unsuru vardır. Tasarlama, hukuka aykırı sonucun fail tarafından tasarlanmasını, bilinmesini, öngörülmesini ifade eder. İsteme, bu sonucun fail tarafından istenmesi, kabul edilmesidir. Bkz. **Eren**, s. 600.

⁷⁵ İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesidir. Bkz. **Eren**, s. 601; **Oğuzman & Öz**, s. 58; **İnan & Yücel**, s. 395; **Kılıçoğlu**, s. 321.

⁷⁶ **Eren**, s. 599; **Oğuzman & Öz**, s. 56; **İnan & Yücel**, s. 394.

⁷⁷ Değişiklik gerekçesinde "... Anılan fıkrada yapılmış olan değişiklikle kasıt ve ihmalleri ifadesi kanun metninden çıkarılmıştır. Bu suretle tüzel kişilerle, küçüklerin ve kısıtlıların tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olması ve vergi alacağını bu mükellef veya sorumluların varlığından tamamen veya kısmen alınamaması halinde, tüzel kişilerin, küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenlerin varsa bunların temsilcilerinin kasıt ve ihmali aranmaksızın vergi ve vergiye bağlı vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı ile tecil faizi, gecikme faizi gibi fer'i amme alacaklarının ödenmesi bakımından sorumlu tutulmaları amaçlanmıştır". Bkz. **Kocahanoğlu**, O. Selim (1998) Gerekeçeli Açıklamalı Türk Vergi Kanunları, 13. Baskı, İstanbul, Temel, s. 298-299.

luk, kusura dayanmaktadır⁷⁸. Şirket alacaklısı konumundaki vergi idaresi bir zararı varsa, bunu TTK'ye dayanarak alabilecektir. VUK m. 10'un amacı ise, vergi ve buna bağlı alacaklarda idarenin kendisini ayrıcalıklı bir konuma getirmek istemesidir. Bunun için de VUK m. 10'dan kaynaklanan sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Son olarak kanuni temsilcinin vergi idaresine karşı sorumluluğu kanundan kaynaklanmaktadır⁷⁹. Bu sorumlulukta, zararın bir başka kişiye yükletilebilmesi için, bunun kusurlu bir davranıştan doğması gerekmez. Kusursuz sorumluluk da, kanundan doğan sorumluluğun örneklerinden birini oluşturur⁸⁰.

Kanaatimizce VUK m. 10'dan kaynaklanan sorumluluk, kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan "özen sorumluluğu"dur. Burada sorumluluk, kusur yerine kanunda öngörülen "objektif" özen ödevinin ihlaline dayanmaktadır⁸¹. Yoksa kusur sorumluluğundaki gibi kişinin "kendisinden" beklenen özeni yerine getirmemesine değil⁸². VUK m. 10'da da kanuni temsilcinin sorumluluğunun sebebi, kanuni ödevleri yerine getirmemesidir. Bununla birlikte, kanuni temsilcinin sorumluluğu, "olağan özen sorumluluğu"na girmektedir. Olağan özen sorumluluğu, özen sorumluluğunun türlerinden biridir. Genel özen sorumluluğundan farklı olarak, olağan özen sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmaktadır⁸³. Nitekim

bu sorumluluk türünde, sorumlu tutulan kişi, özen yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁸⁴. VUK m. 10'da da sorumlu olan kanuni temsilciler, kanuni ödevlerini yerine getirmeyenlerdir. Dolayısıyla vergilendirmeye ilişkin ödevlerin yerine getirildiği ispat edilerek sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

Son olarak madde incelemesinden, VUK m. 10'un kanuni temsilcilerin kusursuz sorumluluğunu düzenlediği görüşünde olmakla birlikte, kusura ilişkin tartışma devam edecektir. Bu sebeple, kanun değişikliği yapılarak, bu tartışmaya son verilmelidir. Buna göre TTK'de temsilcilerin sorumluluğu kusur esasına dayanmakta olup, kamu borcundan doğan sorumluluk da aynı yönde düzenlenmelidir.

c. Sorumlular

VUK m. 10/2 uyarınca, kanuni ödevlerin yerine getirilmemesi yüzünden limited şirketten alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacaktır. Buna göre sorumluluk hukuku açısından zararın oluşumuna sebebiyet veren fiil, kanuni temsilcinin 'kanuni ödevlerini yerine getirmeme' şeklindeki olumsuz davranışdır⁸⁵. Dolayısıyla kanuni ödevlerini yerine getirdiğini kanıtlayan kişiler, limited şirketin vergi borcu nedeniyle sorumlu olmayacaktır⁸⁶. Zira sorumluluğa sebep olan fiili gerçekleştirilmemişlerdir.

d. Rücu İmkanı

VUK m. 10/3 uyarınca temsilciler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler. Hükümde kanuni temsilcinin, ödemiş olduğu vergi borcu için şirkete rücu imkanı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanuni temsilci vergi

⁷⁸ **Akdağ Güney**, Necla (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 70; **Bahtiyar**, s. 394; **Şener**, s. 419; **Üçışık & Çelik**, s. 515.

⁷⁹ Sorumluluk sebepleri, "kusur, sözleşme ve bir kanun hükmü" olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bkz. **Eren**, s. 512.

⁸⁰ **Eren**, s. 512, 513.

⁸¹ **Eren**, s. 519, 642; **Oğuzman & Öz**, s. 9; **Yavuz**, s. 40; **Kılıçoğlu**, s. 203.

⁸² Objektif sorumluluktan farklı olarak kusur sorumluluğunda bir kimse kendisinden beklenen özenli davranışı yerine getirmede için sorumlu tutulmaktadır (**Oğuzman & Öz**, s. 58, 59; **Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop**, s. 492).

⁸³ **Eren**, s. 520; **Yavuz**, s. 42; Kusursuz sorumlu tutulan kişinin gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlaması kusursuzluğunu kanıtlamak olarak yorumlanmamalıdır. Kusur, zarar verici olayın gerçekleştiği andaki tasvip edilmeyen davranış tarzı olduğu halde, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ise olaydan çok öncesine ilişkin alınması gereken tedbirlerdir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 326.

⁸⁴ **Baçoğlu**, s. 39.

⁸⁵ Olumsuz davranış, yapılması gereken hareketi yapmaktır. Buna göre, bir kimse, hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunsaydı, hukukun önem arz eden sonuç meydana gelmeyecekse, yapmama fiili, zararlı sonucu doğuran bir davranış sayılacaktır. Bkz. **Eren**, s. 542, 543.

⁸⁶ **Helvacı**, s. 105.

borcuna bağlı diğer alacaklar için temsil edilene rücu edemeyecektir. Öğretide bunun sebebinin, vergi borcuna bağlı olarak hesaplanan alacakların, temsil edilenin vergi ödevlerinin zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirilmemesinin sonucu olduğu ifade edilmektedir⁸⁷.

3. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uyarınca Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu

a. Genel Olarak

AATUHK mük. m. 35/1 uyarınca tüzel kişilerin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacakları, kanuni temsilcilerin şahsi malvarlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Öğretide kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek için tek koşulun, kamu alacaklarının⁸⁸ tüzel kişilerin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gösterilmiştir. Buna göre, sorumluluk, kanuni temsilci sıfatına sahip olmakla doğmaktadır⁸⁹. Bununla birlikte, kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde, bu kişilerin kamu alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacağını öngören AATUHK m. 35/5 iptal edilmiştir⁹⁰.

⁸⁷ Candan, s. 58.

⁸⁸ Bu çalışmada, kanun metninin aynen verildiği haller dışında "kamu alacağı" kavramı kullanılacaktır. Bununla birlikte, her iki kavram arasında farklılık bulunmamaktadır. Zira kamu alacağı terimi, eski dildeki 'amme alacağı' teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Batılı ülke vergi terminolojilerinde yer almayan kamu alacağı kavramı Türk Vergi Sistemi'ne AATUHK ile girmiş ve yerleşmiştir. Bkz. Yaralı, s. 116.

⁸⁹ Candan, s. 52; Özbacı, s. 81; Geçer, Ahmet Emrah (2017), 'AATUHK'de Kanuni Temsilcilerin Kamu Borçlarından Sorumluluğu', 6. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ankara, s. 127-130.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi kararı, T: 19.03.2015, E: 2014/144, S: 2015/29.

AATUHK mük. m. 35'te kanuni temsilcinin sınırsız sorumluluğu öngörülmüştür⁹¹. Buna göre, sorumluluk koşulunun gerçekleşmesiyle birlikte kanuni temsilci, kamu borcunun tamamı için sorumlu olacaktır.

b. Sorumluluğun Koşulu: Kamu Alacağının Limited Şirketin Malvarlığından Tamamen veya Kısmen Tahsil Edilememesi veya Edilemeyeceğinin Anlaşılması

i. Kamu Alacağı Kavramı

AATUHK mük. m. 35/1 uyarınca tüzel kişilerin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin şahsi malvarlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Hükmün kapsamına, kamu alacakları⁹² girmektedir. Kamu alacakları terimi AATUHK'nin 1 ve 2'nci maddeleri kapsamına giren alacakları ifade etmektedir (AATUHK m. 3). Buna göre bir alacağın kamu alacağı olması için öncelikle devlete⁹³, il özel idarelerine ve belediyelere ait olması gerekmektedir. Bunlar dışındaki bir kuruma ait alacak kamu alacağı niteliği taşısa dahi, hakkında özel bir hüküm bulunmadıkça bu Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır⁹⁴. Bunlara ait olmak koşu-

⁹¹ Yanlı, Veliye (1999), 'Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta, s. 764; Özkan, s. 185.

⁹² Kamu alacağı devletin ve yetkili idarelerin amme kudretinden ve ceza tenfiz hakkından doğan alacakları ile, vergi, resim, harç gibi amme hizmetlerine karşılık olmak üzere alınan paralar ve amme hizmetlerinin aynı vasıtaları olan amme emlaki makamına kaim olmak üzere muhtelif sebeplerden dolayı tekevvün eden, alacaklarla idari mukavelelerden doğan ve amme hizmetinin devam ve istikrarını sağlayan alacaklardır. Bkz. Onar, Sıddık Sami (1960) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İstanbul, İsmail Akgün, s. 1648; Devletin yüküm ya da borç ilişkisi sonucu idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleridir. Bkz. Öncel & Kumrulu & Çağan, s. 159, 160.

⁹³ Bu kavram, idare hukuku kapsamında devlet tüzel kişiliği altında örgütlenmiş olan merkez ve taşra teşkilatını ifade etmektedir. Bkz. Can, s. 66.

⁹⁴ Şamlıoğlu, Servet & Özbacı, Yılmaz (1988) Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Özbacı Vergi Hukuk Bürosu, s. 44.

luyla vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli alacaklar kamu alacağıdır (AATUHK m. 1/1). Kamu alacağının büyük kısmını vergi alacağı oluşturmakla birlikte, kamu alacağı, vergi alacağını da kapsayan daha geniş bir kavramdır⁹⁵. Bununla birlikte kamu alacaklarının fer'i olan gecikme zammı, faiz gibi alacaklar da kamu alacağı kapsamına girmektedir (AATUHK m. 1/1). Fer'i kamu alacakları, "...gibi" ifadesiyle sınırlayıcı olmaksızın ve örneklendirme yoluyla tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre tecil faizi, gecikme zammı, haksız çıkma zammı⁹⁶, gecikme faizi ve pişmanlık zammı da fer'i kamu alacaklarıdır⁹⁷.

Ayrıca aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları da kamu alacaklarıdır⁹⁸. Takip masrafları, cebri icradan mütevellit muameleler sırasında yapılan zor kullanma, ilan, haciz, nakil ve muhafaza giderleri gibi her türlü giderdir (AATUHK m. 3). Türk Ceza Kanunu'nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur. Son olarak muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar da kamu alacağıdır⁹⁹ (AATUHK m. 2).

ii. Şirket Malvarlığından Tahsil Edileme veya Tahsil Edilemeyeceğinin Anlaşılması

AATUHK mük. m. 35/1 uyarınca tüzel kişilerin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacakları için kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilir. Tahsil edilemeyen kamu alacağı terimi, kamu borçlusunun AATUHK hükümlerine göre yapılan malvarlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir malvarlığının bulunmaması, haczedilen malvarlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin kamu alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen kamu alacaklarını ifade eder (AATUHK m. 3). İdare, öncelikle asıl kamu borçlusunun ekonomik veya hukuki bağı olan işletmelerden, bankalardan ve diğer resmi ve özel kurum ve kuruluşlardan kamu borçlusunun haczi kabil mal veya alacağı olup olmadığını sormalıdır. Daha sonra kamu borçlusuna ait olan kendi veya üçüncü kişiler nezdindeki tüm haczi mümkün mal ve alacaklara haciz işlemi yapılmalı ve onları nakde çevirmelidir. Buna rağmen, ilgili kamu alacağı tamamen tahsil edilemezse idare, kamu alacağının tahsil edilememiş olduğunu ispatlayarak kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilir¹⁰⁰. Aksi takdirde, kanuni temsilciye gönderilen ödeme emri iptal edilecektir¹⁰¹. Bu durum, idarenin yaptığı araştırmalara dayanarak düzenleyeceği AATUHK m. 75'te yer alan aciz fişi ve İcra İflas Kanununa göre düzenlenecek aciz belgeleri ile ispat-

⁹⁵ Üçışık & Çelik, s. 585.

⁹⁶ Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs böyle bir borcu olmadığı, borcunu kısmen ödediği veya borcun zamanaşımına uğradığı iddialarıyla 7 gün içinde vergi mahkemesinde dava açabilir. Borçlu açtığı dava sonucu tamamen veya kısmen haksız çıkarsa davasının reddedilen tutardaki kamu alacağı kendisinden %10 zamlı tahsil edilir (AATUHK m. 58/5). Bu zam ise haksız çıkma zammı olarak nitelendirilir.

⁹⁷ Koban, s. 78.

⁹⁸ Buradaki akitler ile kastedilenin medeni ve ticari akitler olduğu, idari akitlerden doğan alacakların bu istisnaya girmediği ve kamu alacağı niteliğinde olmaları dolayısıyla AATUHK hükümlerine göre takip ve tahsil edileceği ifade edilmektedir. Bkz. Şamlıoğlu & Özbacı, 1988, s. 46.

⁹⁹ AATUHK, 1 Ocak 1954 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 116. maddesiyle de, 1325 tarihli Tahsili Emval Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. Çeşitli kanunlarda, yürürlükten kaldırılan Tahsili Emval Kanunu hükümlerine göre tahsil

edileceği bildirilen alacaklar ise, AATUHK m. 2 ile işbu Kanun kapsamına alınarak, kamu alacağı niteliğini kazanmışlardır. Bkz. Kurdoğlu, s. 82.

¹⁰⁰ Candan, Turgut (2013) Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara, Mali Akademi, s. 199.

¹⁰¹ Danıştay'ın önüne gelen bir uyumsuzlukta, borçlu şirket adına kayıtlı araçların haciz ve satış işlemleri sonuçlanmadan, kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlenmiştir. Vergi mahkemesi, kamu alacağının şirketten tahsilinin imkansız olduğu açıkça ortaya konulmadan, şirketin kanuni temsilcisi olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Danıştay, mahkemenin kararını onaylamıştır. Bkz. Danıştay 4.D., T: 05.04.2016, E: 2013/1023, K: 2016/1442 (lexpera.com.tr).

lanabilir. Burada aranması gereken hukuki imkansızlık değil, maddi imkansızlık olmalıdır. Örneğin, zamanaşımına uğradığı için asıl borçludan tahsil edilemeyen vergi alacağının, kanuni temsilciden de tahsili beklenemez. Zira hukuki imkansızlık ikincil sorumluya da sirayet eder¹⁰².

Tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacağı terimi, kamu borçlusunun haczedilen malvarlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin kamu alacağını karşılayamayacağını veya hakkında iflas kararı verilen kamu borçlusundan aranılan kamu alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında kamu borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan kamu alacaklarını ifade eder (AATUHK m. 3). Buna göre, AATUHK'nin 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsil yollarının tümünün kullanılmış olması gerekmemektedir. Örneğin, asıl kamu borçlusunun tüm aramalara rağmen bulunamaması veya haczedilen mal ve alacakların ilgili görevlilerce yapacağı tespit sonucunda kamu alacağını karşılamayacağı anlaşıldığı durumlarda ilgili kamu alacağının tahsil edilemeyeceği anlaşılmış sayılır¹⁰³.

Bu bağlamda, AATUHK'de limited şirket malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacakları kanuni temsilcilerden alınabilecektir. Kanunda, kanuni temsilcilere başvurabilmek için şirket dışında başka bir kişiye başvurma zorunluluğu yer almamıştır. Dolayısıyla ortak ve kanuni temsilciye başvuru sırası açısından AATUHK mük. m. 35'te de açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

c. Hukuki Niteliği

Kanuni temsilcinin AATUHK mük. m. 35/1'den kaynaklanan sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında öğretilerde tartışma bulunmaktadır.

Bir görüş, sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandığını ifade etmektedir¹⁰⁴. Zira hükümde öngörülen sorumluluk kamu alacağının asıl borçlunun malvarlığından tahsil edilememiş veya tahsil edilemeyeceği anlaşılmış olması dışında, başka bir nedene dayandırılmamıştır. Maddede kullanılan ifade anılan durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde başkaca bir koşul aranmaksızın kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilmesine olanak vermektedir. Öğretilerde diğer görüş ise kusurlu sorumluluk olduğu yönündedir¹⁰⁵. Buna göre kanuni temsilcilerin, kusursuz sorumluluk altında olduklarını iddia etmek kusursuz sorumluluğun genel karakteristiğine uygun olmayan bir yaklaşımdır. Zira kanuni temsilci, borçlar hukukunda olduğu gibi şirket faaliyetlerinin sahibi ve istifade edeni değildir. Bu sebeple, hiç kusuru olmasa bile şirketin vergi borcundan sorumlu tutulması adil olmayacaktır. Bununla birlikte, kusurlu sorumluluk hali kurgunun doğasında vardır ve şirketin vergi borcunu karşılayacak imkanı olmasına rağmen bu borcun kanuni temsilci tarafından ödenmemesi hali bizatihi kusurun kendisi olmaktadır.

Kanaatimizce kanuni temsilcinin AATUHK mük. m. 35'ten doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır. Çünkü, sorumluluğun tek koşulu olarak şirket malvarlığından alınamama gösterilmiştir. Dolayısıyla sorumlu olmak için kanuni temsilci sıfatını haiz olmak yeterli görülmüştür. Bununla birlikte, aynı düzenleme tarzı ortaklar için de söz konusudur¹⁰⁶. Bu düzenleme tarzı açısından metin ele alındığında, kanuni temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği kusura dayanan sorumluluk ise, ortağın da sorumluluğu kusura dayanan olmalıdır. Oysa limited şirket ortağının, aksine bir görevlendirme

¹⁰² Kurdoğlu, s. 58, 59.

¹⁰³ Candan, Kanun, s. 200.

¹⁰⁴ Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 469; Yıldız, s. 777, 793; Üçışık & Çelik, s. 586; Geçer, s. 120; Bahtiyar, s. 409; Bahar, Yönetim, s. 134; Candan, s. 56; Saraç, s. 197; Altaş, s. 61; Çelik, s. 126.

¹⁰⁵ Barlass, s. 62-65; Yaralı, s.173, 174; Saban, s. 100; Yavuz Dalgıç, s. 69.

¹⁰⁶ İnceleme için bkz. C. ORTAĞIN LİMİTED ŞİRKETİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU.

olmadıkça, şirketin yönetimi ve temsilinde ve özellikle kamu borcunun ödenmesinde herhangi bir görevi yoktur. Sorumluluk yalnızca ortak sıfatına bağlanmıştır. Dolayısıyla ona yüklenen sorumluluk kusursuz sorumluluk esasına dayanacaktır. Ayrıca öğretide kanuni temsilcinin şirket faaliyetlerinin sahibi ve istifade edeni olmadığı için kusursuz sorumluluk olamayacağı gerekçesi yerinde değildir¹⁰⁷. Zira yazarın ele aldığı kusursuz sorumluluk halleri, özen sorumluluğunun örnekleri olup, örnekten yola çıkılarak genel bir kural konulamaz; çünkü özen sorumluluğu halleri Türk Borçlar Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir¹⁰⁸. Mevcut bir kanun hükmünün yorumlanması ile kanunda kusursuz sorumluluğun düzenlendiği sonucuna varılması mümkündür¹⁰⁹.

d. Rücu İmkânı

AATUHK mük. m. 35/son uyarınca temsilciler, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler. Buna göre, kamu borcunu ödeyen limited şirket müdürü, ödediği tutar için şirkete rücu edebilecektir.

4. VUK ile AATUHK Arasındaki İlişki

VUK m. 10'da kanuni temsilcilerin vergi ve buna bağlı alacaklar, AATUHK mük. m. 35'te kamu alacağı açısından sorumluluğu düzenlenmiştir¹¹⁰.

Kamu alacağı kavramı, vergi ve diğer alacakları da kapsamaktadır. Dolayısıyla kanuni temsilcinin sorumluluğunun kapsamı açısından uygulanabilecek iki kanun hükmü bulunmaktadır. Bu durumda, özel – genel kanun ayırımına uyularak, VUK m. 10 öncelikli olarak uygulanmalıdır. Buna göre, kanuni temsilciler açısından, AATUHK mük. m. 35'in, VUK'un kapsamına giren vergi ve vergiye bağlı alacaklar açısından uygulanma imkanı bulunmaktadır. AATUHK mük. m. 35'in uygulama alanı, VUK m. 10'da sayılan alacaklar haricinde kalan kamu alacakları ile sınırlıdır¹¹¹. Danıştay da yerleşik hale dönüşen kararları ile vergi ve bağlı alacaklarda mük. m. 35'in uygulanamayacağını içtihat etmiştir¹¹². Örneğin VUK kapsamına girmeyen fiyat farkı, kur farkı, haksız yere alınan ihracatta vergi iadesi, kaynak kullanımı destekleme primi gibi bazı kamu alacakları, AATUHK uyarınca tahsil edilecektir¹¹³.

C. ORTAĞIN LİMİTED ŞİRKETİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

AATUHK m. 35 uyarınca limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar. Hükümde limited şirket ortaklarının şirketin kamu borçlarından dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir¹¹⁴. Hükümün amacı

¹⁰⁷ Barlass, s. 62-65.

¹⁰⁸ Eren, s. 519; Oğuzman & Öz, s. 7; Yavuz, s. 40, 41.

¹⁰⁹ Oğuzman & Öz, s. 7.

¹¹⁰ AATUHK mük. m. 35'e 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ve "Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede yer alan sorumluluğu ortadan kaldırmaz." hükmünü taşıyan fıkra, Anayasa Mahkemesinin kararıyla iptal edilmiştir. Kararın gerekçesine göre "213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilcilerin sorumluluklarına ilişkin hükümlerin düzenlenmiş olması, bu Kanun kapsamındaki amme alacaklarının takibinin itiraz konusu kurala göre yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural nedeniyle, 213 sayılı Kanun kapsamına giren amme alacakları da dahil olmak üzere tüm amme alacakları için takip yapılması mümkündür. Bu durumda her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi nedeniyle, iki ayrı kanuni düzenlemeden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizlik oluşmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural,

hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi kararı, T: 9.03.2015, E: 2014/144, K: 2015/29 (lexpera.com.tr).

¹¹¹ Yaralı, s. 188-190; Çamoğlu, s. 273; Candan, s. 72-73; Bahtiyar, s. 409; Can, s. 77; Deyneki, s. 44; Ayrıntılı inceleme için bkz. Barlass, s. 65-69; AATUHK mük. m. 35'in gerekçesi.

¹¹² Danıştay 7. D., T: 19.06.2000, E: 2000/1138, K: 2000/2034; Danıştay 7. D., T: 24.2.2010, E: 2006/4388, K: 2010/1058 (lexpera.com.tr).

¹¹³ Mük. m. 35'in gerekçesi için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C. 83, s. 92.

¹¹⁴ Hüküm öğretide eleştirilmiştir. Çamoğlu, limited şirketin ortakları açısından sınırlı sorumlu sermaye şirketi niteliği ihlal edilmiş ve böylece TTK ve AATUHK arasında bir çatışma oluşmuştur. Limited şirketi ortakları sorumlu bir şirket tipi olmaktan çıkmış; onu kamu borçları yönünden sınırsız sorumlu bir kişi şirketine dönüştürmüştür. Kanun koyucu ka-

limited şirketten ve kanuni temsilciden tahsil edilemeyen kamu borçlarının, sermaye hisseleri oranında limited şirket ortaklarının malvarlıklarından alınmasını sağlamaktadır. Böylece, özellikle kötü niyetli bazı kişilerin limited şirketlerde kanuni temsilci olarak TTK'nin 541. maddesine göre ortak olmayan, genellikle mali durumu zayıf ve bilgisiz bir kimseyi müdür olarak tayin etmeleri önlenecektir. Bununla birlikte, şirketin kanuni temsilcisinin ortaklardan birisi olması durumunda ve bunun malvarlığı kamu alacağının karşılanmasına yetmediğinde, kamu alacaklarının ödenmesi güvence altına alınmıştır¹¹⁵. Ayrıca kanunda ortakların sorumluluğu açısından sadece kamu alacağının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin

anlaşılması arandığından, ortağın sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktadır¹¹⁶.

Limited şirket ortağı, şirketin kamu borcundan sorumludur. Kamu alacakları terimi AATUHK'nin 1 ve 2'nci maddeler şümulüne giren alacakları ifade etmektedir (AATUHK m. 3)¹¹⁷. Dolayısıyla bu kapsamda olmayan alacaklar için, ortaklara başvurulamayacaktır. Şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan¹¹⁸ kamu alacakları, ortaklardan istenebilecektir. Şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağının ortaklardan tahsili için, ortaklara AATUHK'nin 55. maddesine uygun bir ödeme emrinin tebliği gerekli ve yeterlidir. Ortağa tekrar ihbarname gönderilmesi gerekli değildir; ancak, ortağa ödeme emri gönderilebilmesi için şirket hakkındaki kamu alacağının kesinleşmiş olması ve şirkete ödeme emri tebliğ edilmesi zorunludur¹¹⁹. Bununla birlikte, şirketten kamu alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması da yeterlidir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta şirketin 21.06.2013 tarihinde TTK'nin geçici 7. maddesi kapsamında kaydının re'sen silindiği ve herhangi bir faaliyette bulunmadığı gerekçesiyle ortağın takibini yerinde bulmuştur¹²⁰. Öğretide bir görüş, ortakların sorumluluklarının tahsil aşamasında ve kamu borcunun şirketten tahsil edilememesine bağlı olarak ortaya çıkmasından dolayı ortakların teknik anlamda vergi sorumlusu değil, tahsil muhatabı veya sorumlusu olarak nitelendirmektedir¹²¹.

nun yaparken kanuni sistemdeki ahengi ve dengeleri korumak zorundadır. Hükmün en kısa sürede değiştirilmesi gerekir. Bkz. **Çamoğlu**, s. 271 dph. 1; Şirketin sorumluluk sistemine ters olan bu hükmün kaldırılması ve diğer şirketlerde olduğu gibi, ödenmemiş kamu borçlarından şirketin kanuni temsilcilerinin sorumlu tutulması gerektiği hususunda bkz. **Bahtiyar**, s. 475; AATUHK mük. m. 35'te yapılan düzenleme, Devletten kaynaklanan eksikliğin limited şirketin ortaklarının üzerine yıkılmasıdır. Anonim şirket pay sahiplerinin şirketin kamu borçlarından dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamasına karşılık, limited şirket ortaklarına sermaye payı oranında ve malvarlığının tamamı ile sorumluluk yüklemek, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. **Budak, Tamer & Er, Selami** (2013), 'Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 4, s. 90, 91, 93, 94; TTK'deki "sınırlı sorumluluk" ilkesi ile ters düşmekle birlikte, vergi kanunlarında "kamu düzeni" ilkesi ön plana çıkarılmıştır. Bkz. **Değerli**, Erol (1998), 'Yeni Düzenlemeye Göre Anonim ve Limited Şirketlerinin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumlulukları' İstanbul Barosu Dergisi, S: 4, C: 72, s. 885; Hükmün, limited şirket ortaklarının sorumluluklarının şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olduğu kuralına önemli bir istisna oluşturduğu hususunda bkz. **Yanlı**, s. 743; Hükmün ile kamu alacağı-özel alacak ayrımı oluşturularak, alacaklılar bakımından eşitliğe aykırı bir durum yaratıldığı ve bunun ortaklar açısından bir dezavantaj teşkil ettiği hususunda bkz. **Can**, s. 64.

¹¹⁵ **Taş**, Metin (1999), 'Limited Şirket Ortaklarının Kamu Borçlarından Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 76, s. 66; Ortakların şirket borçlarından sorumlu tutulmasıyla kamu alacağının tahsilini engellemeye yönelik kötü niyetli girişimlerin engellenmesi amaçlanmıştır. Bkz. **Saraçoğlu**, Fatih (2007), 'Vergi Borcundan Sorumluluk ve Sermaye Şirketlerinin Durumu' Vergi Sorunları, S: 225, s. 124.

¹¹⁶ **Gerçek**, s. 185; **Çelik**, s. 126.

¹¹⁷ Kamu alacağı kavramı yukarıda incelendiği için, tekrardan kaçınmak adına burada yeniden ele alınmayacaktır. İnceleme için bkz. 3.b.i. Kamu Alacağı Kavramı.

¹¹⁸ Tahsil edilememe veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumları yukarıda incelendiği için, tekrardan kaçınmak adına burada yeniden ele alınmayacaktır. İnceleme için bkz. 3.b.ii. Şirket Malvarlığından Tahsil Edilememe veya Tahsil Edilemeyeceğinin Anlaşılması.

¹¹⁹ **Sevinç**, Cansu (2017) 'Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 88.

¹²⁰ Yargıtay 11. HD., T: 03.04.2018, E: 2016/13220, K: 2018/2355 (lexpera.com.tr).

¹²¹ **Yaralı**, s. 242.

Limited şirket ortağının sorumluluğu, sermaye payı oranındadır. Örneğin %10'luk paya sahip bir ortak, 100.000 TL'lik kamu borcunun 10.000 TL'sinden sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kamu alacağının tutarına göre, ortağın ödeyeceği meblağ değişkenlik gösterecektir¹²². Bununla birlikte, limited şirket ortaklarının sorumluluğu müteselsil değil; müşterek sorumluluğu ifade etmektedir¹²³. Zira hükümde, ortaklar açısından açıkça teselsül öngörülmemiştir. Burada her bir ortak kamu borcunun tamamından sermaye payı oranında sorumlu olduğu için, müteselsil sorumlulukta gibi alacaklı idareye alacağının tamamını istediği herhangi bir ortakdan talep edebilme konusunda bir imkan tanınmamıştır. Bu sebeple, kendinden ödeme talep edilen ortak, payına düşenden fazlasını ödemeye zorlanamaz¹²⁴. Bununla birlikte, payından fazlasını ödemişse, diğer ortağa rücu edebilir¹²⁵. Ayrıca limited şirkette ortak, aynı zamanda müdür sıfatını haizse, ödenmeyen kamu borcundan sermaye payı oranında değil, kamu borcunun tamamından sorumlu olacaktır¹²⁶.

¹²² Yanlı, s. 751.

¹²³ Yanlı, s. 752; Maç, Mehmet (2003), 'Şirket Ortaklarının ve Kanuni Temsilcilerinin Şirketin Ödenmeyen Borçlarından Sorumlu Tutulması' Mali Çözüm Dergisi, S: 65, s. 42; Şener, s. 761; Arıkan, s. 445, 451; Pulaşlı, s. 2824; Can, s. 71.

¹²⁴ Yazar, bir ortak hakkında ödemedi aciz vesikası düzenlendiğinde, kamu alacağının bu tutar kadar karşılıksız kaldığını ifade etmektedir (Can, s. 71). Kanaatimizce "bu tutar kadar karşılıksız kalması" durumu ancak kanuni temsilciler de takip edilip onlardan alınamadıysa söz konusudur. Zira kanuni temsilcilerin sorumluluğu iki ayrı kanunda düzenlenmiştir.

¹²⁵ Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, eşit paya sahip iki ortaklı bir limited şirkette, kamu borcunun tamamı ortaklardan birinden tahsil edilmiştir. Yargıtay davacı tarafça eşit pay oranına sahip diğer ortak olan davalıdan payına düşen 24.386,00 TL'nin talep edilmesinin yerinde olduğu gerekçeyle davanın kabulüne, 24.386,00 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., T: 03.04.2018, E: 2016/13220, K: 2018/2355 (lexpera.com.tr).

¹²⁶ Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, müdür aynı zamanda şirket ortağıdır. Şirket ortaklarının kamu alacağının 5.000.000.-liralık kısmından sorumlu olacağı gerekçeyle ödeme emrinin 5.000.000.- liraya tekabül eden kısım onanmış, diğer kısımları ise iptal edilmiştir. Danıştay şirket müdürü sıfatıyla davacı adına düzenlenen ödeme emrinin vergi mahkemesince aynen onanması gerekirken, yazılı gerekçeyle kısmen iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu yö-

Limited şirket ortağı, şirketin kamu borçlarından dolayı sermaye payı oranında sınırsız bir şekilde sorumludur¹²⁷. Zira ortakların sermaye borcu tutarından sorumlu olacağına ilişkin düzenleme değiştirilmiştir¹²⁸. Bu sebeple, ortakların sorumluluğu genişlemiştir.

Limited şirket ortaklarının sorumluluğuna gidildiğinde, sermaye borcunu ödemiş ve ödemiş ortak arasında bir ayırım bulunmamaktadır¹²⁹. Zira kanunda böyle bir ayırım yapılmamıştır. Öğretide bir görüş, bu durumu ortaklar arasında eşitsizliğe yol açtığı gerekçesiyle eleştirmektedir¹³⁰. Diğer görüş sermaye koyma borcunu muaccel olduğu halde yerine getirmemiş ortağın sermaye borcu, şirket tüzelkişiliğinin alacağı hükmünde olup şirketin malvarlığına dahildir¹³¹. Buna göre, vergi idaresi bu durumda öncelikle AATUHK hükümleri gereğince şirketten tahsil edebileceği malları tahsil etmekle yükümlü olduğundan, bu borcun yerine getirilmesini talep ederek öncelikle sermaye borcunu yerine getirmemiş ortağa başvurmalıdır. Aksi takdirde, ortaklar, şirketin takip edilmediği def ini vergi idaresine karşı ileri sürebilecektir.

Limited şirkette ortak, şirketteki sermaye payını devrederse, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur (AATUHK m. 35/2). Hüküm uygulanabilmesi için payı devralan ile devreden arasında geçerli bir pay devri işlemi gerçekleşmelidir. Buna göre, esas sermaye payının devri içeren işlem yazılı şekilde yapılmalı ve tarafların imzaları noterce onaylanmalıdır (TTK m. 595/1). Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, devir için, limited şirket genel

nünde karar vermiştir. Bkz. Danıştay 11. D., T: 14.3.1996, E: 1996/1016, K: 1996/1140 (lexpera.com.tr).

¹²⁷ Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, s. 466.

¹²⁸ 1998 yılında, 4364 sayılı Kanunla yapılan değişiklik.

¹²⁹ Çelik, s. 123; Çamoğlu, Limited, s. 428; Yanlı, s. 747; Can, s. 63; Sevinç, s. 93.

¹³⁰ Çamoğlu, Limited, s. 428.

¹³¹ Yanlı, s. 747, 748; Sevinç, s. 93.

kurulunun onayı şarttır (TTK m. 595/2). TTK m. 595/2 uyarınca pay devri, genel kurulun onayıyla geçerli olacaktır; ancak öğretilerde pay devrinin ticaret siciline tescil ve ilanının, sorumluluğa etkisi tartışmalıdır. Bir görüş, tescil ve ilanın sadece bildirici etkiye sahip olduğu yönündedir¹³². Diğer görüş, devrin geçerliliği bakımından pay devrinin ticaret siciline tescili zorunlu olmamakla birlikte, devrin üçüncü kişi konumundaki kamu alacaklısı bakımından hüküm ifade edebilmesi için tescil ve ilanının gerekli olduğunu ifade etmektedir¹³³. Kamu borçları açısından ele alınmamakla birlikte, öğretilerde tescil ve ilanının devrin geçerliliği bakımından bildirici etkisi olduğu ifade edilmektedir¹³⁴. Kanaatimizce de genel kurul onayının kaldırıldığı durumlarda noter onaylı yazılı devir sözleşmesi tarihi; kaldırılmadığı durumlarda genel kurulun devri onayladığı tarih esas alınmalıdır. Zira kamu borcu ortak sıfatına bağlanmış ve bunun tespiti TTK'ye göre olacaktır. TTK m. 595/2'de devrin genel kurul onayıyla gerçekleşeceği açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu tartışmalara son vermek amacıyla Tahsilat Genel Tebliği'nde değişiklik yapılmıştır¹³⁵. Buna göre ortaklık payının devredildiği tarih olarak; devrin ortaklar genel kurulu tarafından onaylanmış veya onaylanmış sayılması halinde onay tarihinin, şirket sözleşmesinde ortaklık payının devri için ortaklar genel kurulu onayının aranmadığı durumlarda noter tasdikli devir sözleşmesi tarihinin esas alınması gerekmektedir. Ayrıca payın devrinden sonra ortaya çıkan kamu borçlarından dolayı sadece payı devralan yeni ortak sorumlu olacaktır¹³⁶.

Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar

olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur (AATUHK m. 35/3). Aynı hüküm kanuni temsilciler için de söz konusuydu; ancak Anayasa mahkemesi hükmü iptal etmiştir. Buna rağmen, ortaklara ilişkin düzenleme varlığını korumaktadır. Bu sebeple öğretilerde, mük. 35. maddeyle ilişkin karar gerekçe gösterilerek, 35. maddenin de hukuk devleti ilkesine ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir¹³⁷. Öğretilerde düzenlemenin geniş yorumlanmaya müsait olduğu, bunun sonucunda sadece payın devri durumunda değil, özellikle ortaklıktan çıkma ve çıkarılma halleri için de düzenlemenin uygulanmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir¹³⁸.

Kamu borcunu ödeyen ortağın rücu hakkı açısından, kanuni temsilcinin aksine, kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşın, ortak, ödediği borcun tamamı için şirkete başvurabilecektir¹³⁹. Zira kamu alacağının asıl borçlusu limited şirkettir. Bununla birlikte, ortakların sorumluluğu sermaye payı oranında olduğu için, şayet bu orandan fazla ödemişse, ödemiş olduğu fazla kısım için diğer ortaklara rücu edebilecektir¹⁴⁰. Ayrıca devreden ortaksa aradaki devir sözleşmesinin koşullarına bağlı olarak devralan ortağa karşı rücu davası açabilecektir¹⁴¹. Son olarak öğretilerde bir görüş, ödeyen ortağın bunları ikinci derecede sorumlu olan kanuni temsilcilerden talep etme hakları olmadığını ifade etmektedir¹⁴². Bu görüşe kısmen katılmaktayız. Buna göre, ödeyen ortağın

¹³² Yanlı, s. 756, 757.

¹³³ Can, s. 72.

¹³⁴ Bahtiyar, s. 456; Şener, s. 698; Kendigelen, Abuzer (2012) Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 507.

¹³⁵ Maliye Bakanlığı'ndan Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: A Sıra No: 11) için bkz. RG, S: 30451, T: 14.06.2018.

¹³⁶ Şener, s. 761.

¹³⁷ Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, s. 466, 467; Diliçiklik, Ata (2015), 'Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Ödenmeyen Amme Alacaklarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu' Vergi Dünyası Dergisi, S: 407, s. 44.

¹³⁸ Şener, s. 762.

¹³⁹ Gerçek, Adnan (1999), 'Limited Şirketlerde Kanuni Temsilciler ve Ortakların Vergi Borcundan Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 83, s. 219; Can, s. 72.

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., T: 18.03.2008, E: 2006/13745, K: 2008/3433 (lexpera.com.tr).

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., T: 11.06.2013, E: 2011/9722, K: 2013/12168 (lexpera.com.tr).

¹⁴² Gerçek, Adnan (1999), 'Limited Şirketlerde Kanuni Temsilciler ve Ortakların Vergi Borcundan Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 83, s. 219.

AATUHK bağlamında kanuni temsilcilere rücu hakkı yoktur; çünkü, kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, TTK'de müdürler, kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirket ortaklarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır (TTK m. 553; TTK m. 644/1-a). Ortakların bir zararı varsa, bunu TTK'ye dayanarak alabilecektir.

III. DİBK KARARININ İŞİĞİNDE KANUNİ TEMSİLCİ İLE ORTAKLAR ARASINDA SORUMLULUK YÖNÜNDE SİRALAMA OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. DİBK KARARI

DİBK, limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun takip ve tahsiline ilişkin olarak VUK ve AATUHK'de, kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığından, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanuni temsilcinin takibinin gerekli olmadığı yönünde oyçokluğuyla karar vermiştir. Bu karara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır (2572 sayılı Danıştay Kanunu m. 40/4). Dolayısıyla limited şirketten kamu alacağını tahsil edemeyen idare, ortağı ve kanuni temsilciyi arasında herhangi bir sıralama olmaksızın takip edebilecektir. Buna göre, idare öncelikle ortağın veya kanuni temsilcinin ya da her ikisinin birden sorumluluğuna gidebilecektir.

İlk karşı oy yazısında şirketten tahsil imkanı kalmadığı saptanan kamu alacağının öncelikle kanuni temsilcilerin malvarlığından aranılması, tahsil edilmemesi halinde sermaye payı ile sınırlı olmak üzere ortaklardan tahsili yoluna gidilmesinin hukuka uygun olacağı savunulmaktadır. Buna göre vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirmeyen ve limited şirketin vergi borcunun tamamından sorumlu bulunan kanuni temsilci hakkında herhangi bir takip yapılmaksızın, vergilendirme ile ilgili bir ödevi olmayan ve vergi borcunun doğmasında herhangi bir kusuru bulunmayan limited şirket

ortağı hakkında kamu alacağının takip edilmesi adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, limited şirketlerde aynı anda hem ortağın, hem de kanuni temsilcinin takip edilmesi durumunda, aynı maddi olaya iki farklı kanunun uygulanması nedeniyle hukuki belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Bunun yanı sıra, limited şirketin önce ortağına veya ortaklarına gidilmesi, kamu alacağının eksik ya da fazla tahsil edilmesine de yol açacaktır. Ayrıca kanuni temsilcinin varlığından kısmen tahsil edilebildiği takdirde ortak veya diğer ortaklar tahsil edilemeyen kısımdan sermaye payları oranında sorumlu olacak iken, vergi borcunun kanuni temsilciden tahsil edilip edilmeyeceğinin veya ne kadarının tahsil edileceğinin belirsizliği, aynı anda takip edilen ortakların ödeme yapma konusunda çekimser kalmasına yol açacaktır.

İkinci karşı oy yazısında ortaklardan başlanılması ve tahsil imkansızlığı halinde şirket kanuni temsilcisinin takip edilmesi gerektiği savunulmuştur. Kanunda öncelik sonralık sıralaması yer almamaktadır. Bu durum, idarenin alacağı açısından güvence teşkil etmektedir. Buna karşın alacağın güvenceye bağlanmış olmasında öncelik sıralamasının bulunmaması vergi idareleri bakımından önemli olarak değerlendirilmezken "hukuki belirlilik" ilkesi bağlamında öncelik sıralaması vergi borçlusu için önem arz edecektir.

B. ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER

Öğretide bir görüş, limited şirketten tahsil edilemeyen vergisel alacakların öncelikle kanuni temsilci olan müdür veya müdürler nezdinde takip edilmesi, ancak bunlardan tahsil edilememesi halinde ortakların takibine gidilmesi yönündedir¹⁴³. Bu görüşü

¹⁴³ **Gerçek**, s. 175; **Ayhan**, s. 97; **Deynekli**, s. 152; **Arkan**, s. 450; **Sevinç**, s. 91; **Ozansoy**, Fatma (2008), 'Anonim ve Limited Şirketlerde Vergi Borcundan Dolayı Yönetim Kurulu Üyeleri ile Ortakların Sorumluluğunun Analizi ve Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 37; **Altaş**, s. 59; **Kızılot**, Şükrü & **Şenyüz**, Doğan & Taş, Metin & **Dönmez**, Recai (2008) Vergi Hukuku, Ankara, Yaklaşım, s. 58, 59; Kanuni temsilcinin sorumluluğunun ikinci dereceden, ortakların ise üçüncü dereceden sorumluluk olduğu yönünde bkz. **Gerçek**, s. 175; **Gerçek**, Limited, s. 219; **Budak & Er**, s.

savunan yazarlardan birine göre ülkemizde limited şirketlerin çoğunda ortaklar aynı zamanda müdür olarak görev yaptığı için aynı kişiye iki farklı ödeme emri gönderilecektir. Ödeme emirlerinden birisinde şirketin borçlarının tamamından, diğerinde ise sermaye payı oranında sorumlu olduğu belirtilecektir. Dolayısıyla bu kişi nezdinde tereddüde yol açacak önemli bir çelişkidir¹⁴⁴. Bu yöntemin benimsenmesi durumunda, kanuni temsilcinin sorumluluğu ortağa yüklenecektir. Bu da, ortak tarafından ödeme yapılması halinde görevini ihmal eden yahut kötü niyetli davranan kanuni temsilcinin adeta ödüllendirilmesi ve borcundan kurtulması sonucunu doğuracaktır¹⁴⁵. Bu görüşü savunan yazarlardan diğeri ise gerekçe olarak vergi borcundan dolayı sorumluluğun derecesini saptamada, öncelikle VUK m. 10'un esas alınması gerektiğini belirtmiştir; ancak başka bir açıklama yapmamıştır¹⁴⁶. Diğer bir yazar ise kanunun lafzından veya kanunların öncelik sırasından net bir sonuca ulaşabilmek mümkün olmadığı; ancak, VUK hükümlerinin, vergi alacakları bakımından özel kanun niteliğinde olması sebebiyle öncelikle uygulanacağını ifade etmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin AATUHK mük. 35. maddesinde düzenlenen kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gereken zamanlardaki farklı kanuni temsilciler arasındaki sorumluluğu iptal eden kararı göz önünde tutulacak olursa, ortak ve kanuni temsilci arasında sıra gözetilmezse, vergi borcunun doğmasından veya ödenmesinden sorumlu kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilmeden payını seneler önce devretmiş ortağın kamu borcundan sorumlu tutulması gibi sakıncalı sonuçlar doğabilecektir. Öte yandan, kanuni temsilciler kamu alacağının tamamından sorumlu iken ortaklar yalnızca sermaye payları oranıyla sorumludur. Dolayısıyla vergi idaresi öncelikle kamu alacağının tamamını tahsil etmeye çalışmalıdır. Ortaktan tahsil edilemeyen kısım için tekrar kanuni temsilciye başvuru-

rulması idare bakımından zaman kaybına ve ek maliyete sebep olacaktır¹⁴⁷. Bir sermaye şirketi olan limited şirketin yapısına zarar verildiği düşünülerek, ortakların vergi ödevini yerine getirmesi gereken kanuni temsilciden daha sonra sorumlu tutulması daha isabetli olacaktır. Kaldı ki, alacağın tahsilinde önce kime başvurulacağını belirsizliğinin, ödeme yapması muhtemel ortak yahut kanuni temsilcileri çekimser kılacağı, ayrıca mevcut borcun tutarında yaşanacak herhangi bir belirsizlik ile hukuki güvenlik ilkesinin ihlali sonucu doğacağı düşünülmektedir¹⁴⁸.

Diğer görüş ortaklar ve kanuni temsilciler arasında sıra farkı olmadığı yönündedir¹⁴⁹. Buna göre ise alacağın tahsil edemeyen idare öncelikle şirket tüzel kişiliğine başvurmalıdır. Şirketten tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan alacaklar için ise kanuni temsilciye veya ortağa sıra farkı gözetmeksizin takip yapılabileceği gibi, her ikisine aynı anda da takip yapılabilir. Zira limited şirket ortaklarının şirketin kamu borçlarından sorumluluğunu düzenleyen AATUHK m. 35 ve kanuni temsilcilerin şirketin vergi ve buna bağlı borçlardan sorumluluğunu düzenleyen VUK. m. 10 ve diğer kamu borçlarından sorumluluğunu öngören AATUHK mük. m. 35'te takip sıralamasına ilişkin herhangi açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁰. Bu görüşü savunan yazarlardan biri limited şirketten tahsil edilemeyen tüm kamu alacaklarından alacaklı kamu idaresi karşısında sorumlu olan ortaklar ve kanuni temsilcilerin hukuki durumunu "gerçek olmayan birlikte kefalet", diğer bir

¹⁴⁷ **Sevinç**, s. 91.

¹⁴⁸ **Yavuz Dalgıç**, s. 87, 88.

¹⁴⁹ **Yanlı**, s. 767; **Can**, s. 77; **Ayaz**, Eslem (2011), 'Limited Şirketlerden Tahsil Edilemeyen Amme Alacağından Kanuni Temsilci ve Ortaklarının Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 218, s. 286; **Yaralı**, Levent (2010), 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirketin Vergi ve Diğer Kamu Borçlarından Sorumluluğunun Fer'iliği ve Takip Sırası', Yaklaşım Dergisi, <<http://www.ticaretkanunu.net/makale-1/>> s.e.t. 09.02.2020; Kanunda ortaklar ve kanuni temsilciler yönünden farklı takip usulleri düzenlenerek, aralarında takip yönünden bir sıralama yapılmadığı yönünde bkz. **Özkan**, s. 185.

¹⁵⁰ **Yaralı**, Takip Sırası, <<http://www.ticaretkanunu.net/makale-1/>> s.e.t. 09.02.2020.

83; **Özdiler**, s. 59; **Gümüş**, Erhan (2008), 'Limited Şirketlerde Vergi Borçlarından Sorumluluk' Yaklaşım Dergisi, S: 187, s. 5; **Sezgin**, s. 250.

¹⁴⁴ **Altaş**, s. 59.

¹⁴⁵ **Altaş**, s. 59.

¹⁴⁶ **Gerçek**, s. 179.

ifade ile “bağımsız kefalet”e daha yakın gördüğünü ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak, alacaklı kamu idaresine karşı ortak (hisseleri ile sınırlı olarak) ve kanuni temsilcilerin borcun tamamından diğerlerinden bağımsız bir şekilde sorumlu olduğunu ve bunlardan hiç birisinin borcun kısmen diğer kefil-ler tarafından ödenmesi def’ini ileri süremeyeceğini savunmaktadır¹⁵¹.

C. Değerlendirmemiz

Kanaatimizce kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sonralık sıralaması olup olmadığı hususunda şirketten tahsil edilemeyen ile tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu borçları açısından ikili bir ayrıma gidilmelidir:

Şirketten tahsil edilmeyen kamu borçları açısından, ortak ve kanuni temsilci arasında öncelik sonralık sıralaması bulunmamaktadır. Zira kanunda buna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Buna göre, VUK m. 10/2 bağlamında kanuni temsilcinin sorumluluğuna başvurabilmek için “*vergi ve vergiye bağlı alacakların şirket varlığından tamamen veya kısmen alınmaması ve vergi alacağının şirketten alınmamasının sebebinin kanuni temsilcinin ödevlerini yerine getirmemesi olması*” şeklinde iki koşul gerekmektedir. AATUHK mük. m. 35 ve m. 35’te ise, kamu alacağının limited şirketin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması, kanuni temsilci ve ortağa başvuru açısından tek koşul olarak düzenlenmiştir. Her iki kanunda sıralama açısından düzenlenen ortak husus, öncelikle limited şirketin sorumluluğuna gidilmesi gerektiğidir¹⁵². Limited şirketten kamu borcunun alınmaması durumunda ise kime gidileceği yer almamıştır.

Buna karşın iki kanunun yorumlanmasından şirketten tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi ve buna bağlı alacaklarda¹⁵³, öncelikle ortağın takip edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Buna göre, VUK m. 10 açısından kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidebilmek için, şirketten vergi ve buna bağlı alacakların alınmaması gerekmektedir. Oysa AATUHK mük. m. 35 ve m. 35’te ise, kamu borcunun şirketten tahsil edilememesi veya edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda kanuni temsilciye ve ortağa başvurulabilecektir. Dolayısıyla AATUHK, VUK’un aksine, kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidebilmek için vergi idaresine kolaylık tanımaktadır. Varsayımsal olarak, limited şirketten vergi ve buna bağlı alacakların tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumunda, vergi ve buna bağlı alacaklar açısından öncelikle ortağa gidilebilecektir. Zira kanuni temsilcinin sorumluluğu açısından vergi ve buna bağlı alacakların takibi AATUHK’ye değil, VUK m. 10’a göre yapılabilecektir¹⁵⁴. Vergi ve buna bağlı alacakların şirketten tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumu ise VUK m. 10 açısından kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli değildir. Bu durumda, kanuni temsilcilerin ortaklarla birlikte AATUHK m. 35 bağlamında takip edilebileceği iddiası da yerinde olmayacaktır. Zira şirketten tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi ve buna bağlı alacaklar için AATUHK’ye göre takip yapılarak kanuni temsilciye başvurulduğunda, kanuni temsilci, öncelikle özel hüküm olan VUK m. 10’a göre takip yapılması gerektiğini bunun için de, vergi ve buna bağlı alacakların tahsil edilemediğinin saptanması gerektiği savunmasını yapabilecektir.

¹⁵¹ Yanlı, s. 767.

¹⁵² Kanuni temsilci açısından VUK m. 10 için bkz. 2.a.i. Vergi ve Vergiye Bağlı Alacakların Şirket Varlığından Tamamen veya Kısmen Alınmaması, AATUHK m. 35 için 3.b.ii. Şirket Malvarlığından Tahsil Edilememe veya Tahsil Edilemeyeceğinin Anlaşılması. Ortak açısından bkz. **C. ORTAĞIN LİMİTED ŞİRKETİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU.**

¹⁵³ Kavramın incelenmesi için bkz. yuk. 2.a.i. Vergi ve Vergiye Bağlı Alacakların Şirket Varlığından Tamamen veya Kısmen Alınmaması.

¹⁵⁴ İnceleme için bkz. yuk. 4. VUK İLE AATUHK ARASINDAKİ İLİŞKİ; Danıştay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, asıl borçlu şirketin ödenmeyen vergi borçlarının tüm takip işlemlerine karşın şirketin malvarlığından tahsil imkanının kalmadığının anlaşılması üzerine, AATUHK mük. m. 35 uyarınca kanuni temsilci adına ödeme emri düzenlenmiştir. Danıştay şirketin vergi borçlarının AATUHK mük. m. 35 uyarınca kanuni temsilciden istenmesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir. Danıştay 7. D., T: 19.06.2000, E: 2000/1138, K: 2000/2034 (lexpera.com.tr).

Bu bağlamda, DİBK kararına kısmen katılmaktayız. Zira DİBK'in kanunda sıralama yer almadığına ilişkin gerekçesi yalnızca şirketten tahsil edilemeyen vergi ve buna bağlı alacaklar açısından geçerlidir. Bu sebeple, bu konuda acilen kanun değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından öncelikle önerimiz ortakların kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin hükmün kaldırılması gerektiği yönündedir. Zira limited şirkette ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp¹⁵⁵, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler (TTK m. 573/2). Oysa AATUHK m. 35 ile ortaklar, şirketin kamu borçları sebebiyle sermaye payları oranında sınırsız sorumlu hale getirilmiştir. Böylece TTK ve AATUHK arasında bir çatışma oluşmuştur¹⁵⁶. Ayrıca bir sermaye şirketi olan anonim şirket ortaklarının sorumluluğu bulunmazken, limited şirket ortaklarına sorumluluk yüklenmesi yerinde değildir¹⁵⁷.

Buna karşın, şayet ortakların sorumluluğu devam ederse sorumluluğa ilişkin düzenlemeler tek bir kanunda toplanarak¹⁵⁸ önce kanuni temsilciler takip edilmeli daha sonra ortaklara başvurulmalıdır. Buna ilişkin gerekçelerimiz şunlardır:

¹⁵⁵ Öğretide "Limited şirket ortaklarının şirket alacaklılarına karşı sınırlı sorumluluğu vardır." ifadesi eleştirilmektedir. Zira şirket alacaklılarına karşı sorumlu olan şirket tüzel kişisidir. Bkz. **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, s. 465.

¹⁵⁶ **Çamoğlu**, s. 271 dñn. 1; **Bahtiyar**, s. 475.

¹⁵⁷ AATUHK m. 35'te yapılan düzenlemenin Devletin kaynaklanan eksikliğin limited şirketin ortaklarının üzerine yıkılmasıdır. Anonim şirket pay sahiplerinin şirketin kamu borçlarından dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamasına karşılık, limited şirket ortaklarına sermaye payı oranında ve malvarlığının tamamı ile sorumluluk yüklemenin, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. **Tamer & Er**, s. 90, 91, 93, 94.

¹⁵⁸ Aynı yönde **Altaş**, daha dar bir alanı düzenleyen VUK m. 10/2'nin, VUK'un tamamen değiştirilmesine dair Tasarısının da hazır olduğu dikkate alınarak, AATUHK'ye yolamada bulunacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Altaş**, s. 76.

1. Limited şirkette temsil yetkisi müdürlere ait olduğu için vergi hukuku bağlamında mükellef olarak limited şirkete düşen ödevler kanuni temsilci tarafından yerine getirilecektir. Kanuni temsilci, bu ödevleri yerine getirmiyorsa, bundan öncelikle onlar sorumlu olmalıdır. Zira kamu borcunun ödenememesi, istisnai durumlar dışında, kanuni temsilcinin görevlerini yerine getirmeyerek şirketi kötü yönettiğini göstermektedir.

2. VUK m. 10'da vergi ve buna bağlı alacaklar açısından, kanuni temsilcinin sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmaktadır. Buna göre, kanuni temsilciler kanuni ödevlerini yerine getirmemeleri ile şirketten vergi alınamaması arasında uygun illiyet bağı olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceklerdir¹⁵⁹. Bununla birlikte, vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınacaktır. Dolayısıyla kanuni ödevlerini yerine getirdiğini kanıtlayan kişiler, limited şirketin vergi borcu nedeniyle sorumlu olmayacaktır¹⁶⁰. Oysa AATUHK'de ortaklar açısından böyle bir imkan yoktur. Bu sebeple, kanuni temsilcilerin vergi ve buna bağlı alacaklar açısından sorumluluktan kurtulma olanağı olduğu için öncelikle onların sorumluluğuna gidilmelidir.

3. VUK ve AATUHK açısından kanuni temsilcilerin sorumluluğu sınırsızken, ortakların sorumluluğu sermaye payı oranındadır. Vergi idaresi öncelikle kamu alacağının tamamını tahsil etmeye çalışmalıdır. Aksi takdirde ortaktan tahsil edilemeyen kısım için tekrar kanuni temsilciye başvurulması idare bakımından zaman kaybına ve ek maliyete sebep olacaktır¹⁶¹. Limited şirketin önce ortağına veya ortaklarına gidilmesi, kamu alacağının eksik ya da fazla tahsil edilmesine de yol

¹⁵⁹ İnceleme için bkz. yuk. ii. Vergi Alacağının Alınamamasının Sebebinin Kanuni Temsilcinin Ödevlerini Yerine Getirmemesi Olması.

¹⁶⁰ İnceleme için bkz. yuk. c. Sorumlular.

¹⁶¹ **Sevinç**, s. 91.

açacaktır. Zira ortaklar, sermaye payı oranında sorumludur¹⁶².

4. TTK'de müdürler, kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirket ortaklarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır (TTK m. 553; TTK m. 644/1-a). Ortaklar zararları varsa, bunu TTK'ye dayanarak talep edebileceklerdir. Dolayısıyla ortaklar, koşulların oluşması kaydıyla, müdürün sorumluluğuna gidilebilirler. Bu sebeple, müdürlerin ortağa karşı da sorumluluğu bulunmaktadır. Oysa ortakların kanuni temsilcilere karşı böyle bir sorumluluğu yoktur. TTK'de öngörülen bu sorumluluk sistemi ne uygun şekilde düzenleme yapılmalıdır.

IV. SONUÇ

Tüzel kişiler hukukunun gereği olarak, tüm diğer borçlar gibi kamu borçlarından doğan sorumluluk da öncelikle limited şirkete aittir. Bununla birlikte, limited şirketin kamu borcundan dolayı VUK ve AATUHK'de şirketin kanuni temsilcisine ve ortaklarına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin ayrıntılı incelemesi sonucunda, limited şirkette kamu borçlarından dolayı şirket ortağı ve müdürlerine başvuru sırası sorunu hakkında kanunlarda açık bir düzenleme olmadığı saptanmıştır. Bu sebeple, olan hukuk açısından Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 26.06.2019 tarihli ve E: 2013/1, K: 2018/1 sayılı kararına kısmen katılmaktayız. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından öncelikle önerimiz ortakların kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin hükmün kaldırılması gerektiği yönündedir. Buna karşın, şayet ortakların sorumluluğu devam edecekse sorumluluğa ilişkin düzenlemeler tek bir kanunda toplanarak önce kanuni temsilciler takip edilmeli daha sonra ortaklara başvurulmalıdır¹⁶³.

Bir kanuni düzenleme yapılacaksa öğretilen tartışmalı olan hususların da giderilmesi gerekmektedir. Buna göre kanuni temsilcilerin sorumluluklarının hukuki niteliği, TTK'de yer alan sorumluluk sistemine uygun olarak kusur sorumluluğu şeklinde açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca kamu borcunu ödeyen ortaklar ve kanuni temsilcilerin kime rücu edebileceği ele alınmalıdır.

Bu bağlamda, kanaatimizce VUK tasarısı da yayınlanmışken tasarıya "Limited şirketten tahsil edilmeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi ve buna bağlı alacaklar için kanuni temsilcinin sorumluluğu hakkında AATUHK'ye göre işlem yapılır." maddesi eklenebilir. Bunun yanı sıra, AATUHK m. 35'e "...ancak ortaklara başvurabilmek için öncelikle kanuni temsilcinin takip edilmesi şarttır." ibaresi eklenmelidir.

"(1) Tüzel kişiler ile küçüklerin ve kısıtlıların mükellef veya vergi sorumlusu olmaları hâlinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir.

(2) Tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları hâlinde bunlara düşen ödevler bu teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkrada sayılanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden tarh edilmesi gereken vergi ile buna bağlı alacaklar ve hesaplanan gecikme faizi, mükellef veya vergi sorumlusundan aranır."

Kanaatimizce hükmün üçüncü fıkrası iki temel sorun içermektedir. İlk olarak sorumluluğun kapsamına vergi ile buna bağlı alacaklar ve hesaplanan gecikme faizinin girmediği yer almıştır. "Gecikme faizi", vergiye bağlı alacaklardan olup aynı kavram iki kez kullanılmıştır. Bununla birlikte, tasarıda bunların, mükellef veya vergi sorumlusundan aranacağı yer almıştır. Bu durumda, vergi borcu için limited şirketler birlikte veya şirketten önce kanuni temsilcinin takip edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır.

¹⁶² İlk karşı oy yazısı.

¹⁶³ Ne yazık ki VUK tasarısı, eski düzenlemede yer alan sorunları çözmemiştir; aksine, kanaatimizce, yeni sorunlar yaratacaktır. Zira tasarı m. 13 uyarınca,

KISALTMALAR	mük.	: Mükerrer
AATUHK : 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun	RG	: Resmi Gazete
Bkz./bkz. : Bakınız	s.	: Sayfa
C: : Cilt	S:	: Sayı
D. : Daire	T:	: Tarih
DİBK : Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu	TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
dpn. : Dipnot	TMK	: Türk Medeni Kanunu
E: : Esas	TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD. : Hukuk Dairesi	VUK	: 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
K: : Karar	yuk.	: Yukarıda
m. : Madde		

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Akyürek**, Ömer (2015), 'Şirketlerin Vergi Borcunu Ödemesinde Perde Arkasındaki Temsilcilerin Sorumluluğu', Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S: 1, C: 1, s. 25-37.
- Aksu Özkan**, Raziye (2019) Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Altaş**, Soner (2019) 'Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanuni Temsilcilerinin Şirketin Vergisel Borçlarından Doğan Sorumluluğu: Amerika Birleşik Devletleri ve AB Üyesi Bazı Ülkeler ile Karşılaştırmalı Bir İrdeleme' (Doktora), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arıkan**, Vural (1998), 'Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Şeriklerin Şahsi Sorumlulukları' İstanbul Barosu Dergisi, S: 42, s. 445-451.
- Ateşli**, Erkan (2000), 'Anonim Şirketin Kanuni Temsilcisinin Ödenmemiş Vergi Borçları Karşısındaki Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 94, s.163-168.
- Ayaz**, Eslem (2015) Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayaz**, Eslem (2011), 'Limited Şirketlerden Tahsil Edilemeyen Amme Alacağından Kanuni Temsilci ve Ortaklarının Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 218, s. 284-286.
- Ayhan**, Rıza (1992) Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, İstanbul, Kazancı.
- Bahar**, Cevdet Okan (2002), 'Anonim ve Limited Şirketlerde Temsil Yetkisi ve Şirkete Kayyım Atanması', Vergi Dünyası Dergisi, S: 252, s. 126-131.
- Bahar**, Cevdet Okan (2005), 'Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri', Vergi Dünyası, S: 281, s. 131-134. (**Bahar**, Yönetim)
- Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul, Beta.
- Barlass**, İrfan (2006) Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, İstanbul, Vedat.
- Başoğlu**, Başak (2015), 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 6, s. 29-56.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin (2009) Vergi Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Afyonkarahisar, Celepler.
- Bilici**, Nurettin (2012) Vergi Hukuku, 29. Bası, Ankara, Seçkin.
- Budak**, Tamer & Er, Selami (2013), 'Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacağına İlişkin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 4, s. 75-104.
- Can**, Mustafa E. (2017), 'Limited Şirketin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların ve Yöneticilerin Sorumluluğu' Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 7, s. 61-80.
- Candan**, Turgut (2006) Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Ankara, Maliye ve Hukuk.
- Candan**, Turgut (2013) Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara, Mali Akademi. (**Candan**, Kanun).
- Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Vedat.
- Çamoğlu**, Ersin (1970), 'Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu Prensibine Önemli Bir İstisna:

AATUK. M. 35' İktisat ve Maliye Dergisi, S: 11, C: 16, s. 426-430. (Çamoğlu, Limited)

Çelik, Binnur (2000), 'Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu' Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S: 4, s. 121-126.

Çelik, Binnur (2002) Kamu Alacakların Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Bası, İstanbul, İş Bankası. (Çelik, Kamu)

Değerli, Erol (1998), 'Yeni Düzenlemeye Göre Anonim ve Limited Şirketlerinin Kamu Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumlulukları' İstanbul Barosu Dergisi, S: 4, C: 72, s. 882-885.

Demirci, Azmi (2003), 'Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu', Vergi Dünyası, S: 257, s. 46-54.

Deynekli, Adnan (1998) İflasın Vergi Alacağı Tahsiline Etkisi, Ankara, Yetkin.

Diliçlik, Ata (2015), 'Anayasa Mahkemesi Kararı Sonrasında Ödenmeyen Amme Alacaklarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu' Vergi Dünyası Dergisi, S: 407, s. 36-45.

Eren, Fikret (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin.

Geçer, Ahmet Emrah (2017), 'AATUHK'de Kanuni Temsilcilerin Kamu Borçlarından Sorumluluğu', 6. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ankara, s. 127-130.

Gerçek, Adnan (2005), 'Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 54, s. 157-193.

Gerçek, Adnan (1999), 'Limited Şirketlerde Kanuni Temsilciler ve Ortakların Vergi Borcundan Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 83, s. 215-220. (Gerçek, Limited)

Gümüş, Erhan (2008), 'Limited Şirketlerde Vergi Borçlarından Sorumluluk' Yaklaşım Dergisi, S: 187, s. 1-10.

Gürgür, Şebnem Pınar & **Yeşilyurt**, Eren (2003), 'Vergi Hukuku'nda Kanuni Temsilciler ve Sorumlulukları-II' Yaklaşım Dergisi, S: 131, s. 129-138.

Helvacı, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, Beta.

İmre, Zahit (1949) Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul, İsmail Akgün.

İnan, A. Naim & **Yücel**, Özge (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin.

İnceoğlu, Murat (2009) Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, On İki Levha.

Kaneti, Selim (1989) Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz.

Karaca, Bedir (2010) Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.

Karayalçın, Yaşar (1994), 'Vergi Hukuku Bakımından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 15, s. 5-9.

Kendigelen, Abuzer (2012) Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha.

Kılıçoğlu, M. Ahmet (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, Turhan.

Kırbaş, Sadık (2012) Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 19. Bası, Ankara, Siyasal.

Kızılot, Şükrü & **Şenyüz**, Doğan & Taş, Metin & **Dönmez**, Recai (2008) Vergi Hukuku, Ankara, Yaklaşım.

Koban, Cansu Damla (2013) 'Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilcilerin Vergi Sorumluluğu'

(Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kocahanoğlu, O. Selim (1998) Gerekeçeli Açıklamalı Türk Vergi Kanunları, 13. Baskı, İstanbul, Temel.

Köroğlu, Ömer Alper (2019) 'Yargı Kararları İşığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kumrulu, Ahmet (1981) Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Kurdoğlu, Elif (2011) 'Yargı Kararları İşığında Tüzel Kişilerin Kanuni Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Maç, Mehmet (2002), 'Anonim ve Limited Şirket Ortaklarının ve Kanuni Temsilcilerinin, Bu Şirketlerin Özel ve Kamu Borçlarına İlişkin Sorumlulukları' Yaklaşım Dergisi, S: 118, s. 65-69.

Maç, Mehmet (2003), 'Şirket Ortaklarının ve Kanuni Temsilcilerinin Şirketin Ödenmeyen Borçlarından Sorumlu Tutulması' Mali Çözüm Dergisi, S: 65, s. 40-45.

Mutluer, Kamil (2006) Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi.

Nadaroğlu, Halil (2000) Kamu Maliyesi Teorisi, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Narter, Recep (1994), 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Vergisel Sorumluluğu', Yaklaşım Dergisi, S: 17, s. 73-82.

Oğuzman, M. Kemal & Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler II, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul, Vedat.

Onar, Siddık Sami (1960) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İstanbul, İsmail Akgün.

Ozansoy, Fatma (2008), 'Anonim ve Limited Şirketlerde Vergi Borcundan Dolayı Yönetim Kurulu Üyeleri ile Ortakların Sorumluluğunun Analizi ve

Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Öncel, Mualla & Kumrulu, Ahmet & Çağan, Nami (2015) Vergi Hukuku, 24. Bası, Ankara, Turhan.

Özbalcı, Yılmaz (2001) Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş.

Özdiler, Eda (2005) 'Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Özkan, Mücahit Çağrı (2019), 'Limited Şirketlerde Ortakların Amme/Vergi Borcu Yönünden Artan Riski' Mali Çözüm Dergisi, S: 154, C: 29, s. 181-188.

Özsüt, Tuğrul (1989), '3505 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler', Vergi Dünyası Dergisi, S: 90, s. 35-44.

Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin (2017) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, Vedat.

Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, Vedat. (Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, Ortaklıklar I)

Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Ankara, Adalet.

Reisoğlu, Safa (2012) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul, Beta.

Saban, Nihal (2015) Vergi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta.

Saban, Nihal (1991) 'Vergi Hukukunda Sorumluluk' (Doktora), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. (Saban, Sorumluluk)

Saraç, Osman (2000), 'Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk' Yaklaşım Dergisi, S: 89, s. 192-198.

Saraçoğlu, Fatih (2007), 'Vergi Borcundan Sorumluluk ve Sermaye Şirketlerinin Durumu' Vergi Sorunları, S: 225, s. 120-126.

Sevinç, Cansu (2017) 'Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Sezgin, Bülent (2010), 'Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirket Amme Borçlarının Ödenmesine İlişkin Sorumlulukları' Mali Çözüm Dergisi, S: 99, s. 247-258.

Sofuoğlu, Ahmet (1997), 'Vergi Cezalarında Ehliyet ve Sorumluluk', Prof. Dr. Nezihe Sönmez'e Armağan, İzmir, Anadolu, s. 489-498.

Sonsuzoğlu, Elif (2001) Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, İstanbul, Filiz.

Şamlıoğlu, Servet & **Özbalcı**, Yılmaz (1988) Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Özbalcı Vergi Hukuk Bürosu.

Şener, Oruç Hami (2019) Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara, Seçkin.

Taş, Metin (1999), 'Limited Şirket Ortaklarının Kamu Borçlarından Sorumluluğu' Yaklaşım Dergisi, S: 76, s. 64-66.

Tekinay, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Hâluk & **Altıp**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, Filiz.

Üçışık, Güzin & **Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, Adalet.

Yaltı, Billur (2009), 'Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35', Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi, Ankara, s. 507-536.

Yanlı, Veliye (1999), 'Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta, s. 743-770.

Yaralı, Levent (2010) Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, Ankara, Yaklaşım.

Yaralı, Levent (2010), 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Limited Şirket Müdür ve Ortaklarının Şirketin Vergi ve Diğer Kamu Borçlarından Sorumluluğunun Fer'iliği ve Takip Sırası', Yaklaşım Dergisi, <<http://www.ticaretkanunu.net/makale-1/>> s.e.t. 09.02.2020. (**Yaralı**, Takip Sırası)

Yavuz, Cevdet (2008) 'Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri', <<http://hdl.handle.net/11424/2035>> s.e.t. 10.02.2020, s. 29-61.

Yavuz Dalgıç, Melike (2019) 'Sermaye Şirketlerinde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yıldız, Şükrü (1999), 'Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul, Beta, s. 771-794.

Dr. Öğr. Üyesi Özgür ARIKAN*

Ar. Gör. Didem YALÇINTAŞ**

ÖZET

Günümüzde işverenler tasarım yapmaları için alanında uzman kişiler istihdam etmektedirler. İşverenler, istihdam ettikleri bu uzman kişilere tasarım geliştirmek için gerekli imkân ve araçları da sağlamaktadırlar. Bazı hallerde ise çalışanlar, tasarım meydana getirmek için istihdam edilmiş olmasalar dahi, işverenin sağladığı imkânlardan yararlanmak suretiyle tasarım meydana getirebilmektedirler. Türk hukukunda tasarım hakkı, ilke olarak tasarımcıya yahut onun haleflerine aittir. Bununla birlikte, çalışanların meydana getirmiş olduğu tasarımlarda hak sahipliğine ilişkin ayrık bir düzenleme söz konusudur. Bu çalışma, çalışanların hizmet ilişkisi sırasında meydana getirdiği tasarımlarda hak sahipliği konusunu 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki yeni düzenleme kapsamında ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: tasarım, tasarımda hak sahipliği, çalışan tasarımları.

ABSTRACT

Today, employers hire professional designers and provide them with the essential facilities and tools to create designs. However, sometimes employees who are not tasked with creating design may come up with one by using the facilities provided by the employer. In Turkish law, the design rights, in principle, belong to its creator or his/her successors. However, regarding designs created by the employees, the legislator deviated from this principle. This study aims to examine the ownership of designs which have been created by the employees under the new rule regulated in the 6769 numbered Industrial Property Law.

Keywords: design, design ownership, employee designs.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuku Anabilim Dalı, (e-mail: ozgur.arikan@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8659-4855).
(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 12.05.2020/ Kabul Tarihi: 07.07.2020).

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (e-mail: didem.yalcintas@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7602-9027).

I. GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomilerinde aynı ürünü pazarlayan farklı girişimciler, pazardaki paylarını arttırabilmek için birbiriyle rekabet halindedirler. Bu nedenle bazı girişimciler, satışa sundukları ürünlerini piyasadaki aynı veya benzer ürünlerden farklılaştırma ihtiyacı duymaktadırlar. Ürünlerini tüketici nazarında albenisi olan bir ürün haline getirerek rakiplerinin önüne geçebilmek için girişimcilerin başvurduğu yöntemlerden biri de ürünlerinin görünümüne kazandırdıkları farklılıktır. Ürünün görünümüne kazandırılan bu farklılık, fonksiyonel olabileceği gibi estetik nitelikte de olabilir. Yeni ve ayırt edici tasarımlar, Türk hukukunda *sui generis* bir koruma görmektedir. Türk hukukunda tasarım hakkı, ilk kez 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹ ("554 sayılı KHK") ile düzenlenmişti. 554 sayılı KHK, 2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu² ("SMK") ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Tasarım hakkının düzenlendiği SMK'ya göre, tasarım üzerindeki hak ilke olarak tasarımcıya aittir. Çalışanlar tarafından meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliğine ilişkin olarak, SMK m. 73'te ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu çalışma, çalışanlar tarafından hizmet ilişkisi sırasında meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliği konusunu ele almaktadır. Bu amaçla, ilk olarak, tasarım kısaca açıklanacaktır. Daha sonra SMK'da yer alan çalışan tanımı, mülga 554 sayılı KHK'da yer alan işçi kavramı ile karşılaştırılarak ele alınacaktır. SMK m. 73'te çalışan tasarımları hak sahipliği ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu nedenle, SMK m. 73/ f.1 kapsamında çalışanların bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlarda hak sahipliği ve m. 73/ f.2 kapsamında çalışanların işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak

suretiyle m. 73/ f.1 kapsamı dışında yaptığı tasarımlarda hak sahipliği konuları ayrı başlıklar altında detaylı olarak incelenecektir. Yükseköğretim Kurumlarında öğretim elemanları tarafından meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliği konusu ise ayrıca ele alınacaktır.

II. TASARIM VE ÇALIŞAN KAVRAMLARI

A. TASARIM

Tasarım, bir ürünün dış görünüm³ özelliklerini ifade etmektedir. SMK m. 55'te tasarım kavramı, "ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü" olarak tanımlanmıştır. Ürün kavramı da "bilgisayar programları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçaları, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarını, grafik sembolleri ve tipografik karakterleri" şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, bilgisayar programları ürün kabul edilmediği için tasarım mevzuatıyla korunmamaktadır⁴. Fakat ikon ve menü gibi ekran görüntüleri yeni ve ayırt edici nitelik taşımaları halinde tasarım mevzuatıyla korunabilmektedir⁵. Yeni ve ayırt edici niteliği haiz tasarımlar için yapılan tescil başvurularında, başvuruda yer alan tasarımların kullanıldığı veya uygulandığı ürünler, Locarno Anlaşması⁶ esaslarına uygun olarak sınıflandırılmaktadır. Diğer bir deyişle, tasarımlar Locarno Anlaş-

¹ Resmî Gazete Tarihi: 27.06.1995, Sayısı: 22326.

² Resmî Gazete Tarihi: 10.01.2017, Sayısı: 29944.

³ Tasarımın korunabilmesi için uygulandığı nihai halinin görülebilir nitelikte olması gerektiği ve ürünün üretim aşamalarında görünen kısımlarının tasarım olarak nitelendirilemeyeceği hakkında Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 16.09.2015, E: 2013/2376, K: 2015/1762 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

⁴ **Bozgeyik**, Hayri & **Er**, Sefa (2019), "Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S:5 C:1, s.21; **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2019), Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 311.

⁵ **Suluk/Karasu/Nal**, s.311.

⁶ Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Locarno Anlaşması, Resmî Gazete Tarihi: 22.08.1997, Sayısı: 23088 (mükerrer).

ması'nda belirtilen ürün ya da ürünlere karşılık gelen sınıf, alt sınıf ve adlar kullanılmak suretiyle tanımlanır. Locarno Sınıflandırmasında yer almayan ürün adları ise TÜRK PATENT tarafından tanımlanır⁷. Önemle belirtmek gerekir ki, tasarımın uygulanacağı ürün veya sınıflandırma başvuru için gerekli olup, tasarımın koruma kapsamını etkilemez.

Bir tasarımın SMK kapsamında koruma görebilmesi için yenilik ve ayırt edicilik şartlarını sağlaması gerekir. SMK m.56'ya göre tescilli bir tasarım için başvuru tarihinden önce, tescilsiz bir tasarım için ise Türkiye'de kamuya ilk sunulduğu tarihten önce, dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması halinde o tasarım yeni kabul edilir. Kanun koyucu, tasarımın yeni kabul edilebilmesi için dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olmasını aramaktadır. Diğer bir deyişle, SMK'da tasarım koruması için aranan yenilik mutlak yeniliktir⁸.

Tescilsiz tasarımların SMK kapsamında koruma görebilmesi için dünyanın hiçbir yerinde kamuya sunulmamış olma şartının yanı sıra, ilk kez Türkiye'de kamuya sunulmuş olması şartı aranır. SMK m. 55/ f.4 hükmü uyarınca, ilk kez Türkiye'de kamuya sunulan tescilsiz tasarımlar, kamuya ilk sunulma tarihinden itibaren üç yıl süreyle korunacaktır. İlk kez yurt dışında kamuya sunulan tasarımlar ise, tescilsiz tasarım korumasından yararlanamayacaktır⁹.

SMK m. 56'ya göre, ayırt edicilik şartı için bir tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı¹⁰ üzerinde bıraktığı genel izlenimin; tescilli tasarım için başvuru tarihinden önce, tescilsiz tasarım için ise tasarımın kamuya ilk

sunulduğu tarihten önce, kamuya sunulmuş olan herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenimden farklı olması aranır. Önemle belirtmek gerekir ki, mülga 554 sayılı KHK'da "*belirgin farklılık*" ibaresi yer alırken, SMK'da yalnızca "*farklılık*" ibaresi yer almaktadır. SMK'da farklılığın belirgin olmasının aranmaması, daha önce kamuya sunulmuş tasarımlardan genel izlenim olarak farklı olmasının yeterli görülmesi, tasarımların SMK kapsamında koruma görebilmesi için gerekli olan ayırt edicilik şartını sağlamasını kolaylaştırmıştır¹¹. Yargıtay, hâkimin tasarımın yenilik ve ayırt edicilik şartlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin kendi özel bilgisine dayalı olarak karar vermemesi ve bilirkişinin görüşünü alması gerektiğini belirtmektedir¹².

Bir tasarımın SMK kapsamında koruma görebilmesi için yenilik ve ayırt edicilik şartlarını haiz olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu iki şartı haiz bir tasarımın koruma görebilmesi için, ayrıca SMK m. 58'de sayılan koruma dışı hallerden birine girmemesi gerekir. Buna göre, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı tasarımlar¹³ SMK kapsamında koruma görmez. Ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı görünüm özellikleri de tasarım koruması kapsamı dışındadır. Zira bu tür görünüm özellikleri o ürünün teknik fonksiyonunu yerine getirebilmesi için zorunlu olduğundan, diğer tasarımcılara ürünün farklı bir şekilde tasarlanması için seçenek özgürlüğü bırakmamaktadır. Benzer şekilde, tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünün, başka bir ürüne mekanik olarak monte edilmesi veya bağlanması için belirli biçim ve boyutlarda üretilmesi zorunlu ürünlerin görünüm özellikleri de tasarım koruması kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6.

⁷ <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/5CC64622-ADED-4689-916A-CD433A7AD704.pdf>, s.4.

⁸ **Suluk/Karasu/Nal**, s.316; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 26.03.2019, E: 2017/152, K: 2019/359 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

⁹ **Suluk**, Cahit (2018), "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 4 C:1, s.101.

¹⁰ "Bilgilendirilmiş kullanıcı" farazi bir kişilik olup ne uzman ne de dikkatsiz bir kullanıcıdır. Bilgilendirilmiş kullanıcı, dikkatli ve deneyimli bir kullanıcıdır: **Suluk/Karasu/Nal**, s. 317.

¹¹ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 317.

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.03.2019, E: 2017/5082, K:2019/2126 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

¹³ Marka ile ilgili bir davada Yargıtay, "...suça teşvik edici, insan haklarına, demokratik düzene aykırılık, bölücülük içeren unsurları taşıyan markalar kamu düzenine, aile nizamı ve yerleşik örf ve adetlere aykırı unsur taşıyan markalar da genel ahlaka aykırı markalar sayılır." ifadelerine yer vermiştir: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.02.2000, E: 1999/7314, K: 2000/1195.

maddesi gereği, taraf devletlere ait hükümlerle ilgilendiren dini, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği işaretlerin uygunsuz kullanımı içeren tasarımlar da koruma kapsamı dışında tutulmuştur.

B. ÇALIŞAN

Çalışan kavramı, SMK m. 2/ f.1' de “*özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuki ilişki gereğince, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişiler ile kamu görevlileri*” olarak tanımlanmıştır. SMK çalışan kavramını tanımlayarak mülga 554 sayılı KHK'dan farklı bir durum yaratmıştır. Mülga 554 sayılı KHK'da işçi, hizmetli ve memurların meydana getirdiği tasarımlarda hak sahipliği düzenlenmişti. Mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de¹⁴ (“551 sayılı KHK”) işçi tanımına yer verilmişti. Mülga 551 sayılı KHK m.16/ f.3'e göre, işçi “*bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede, ücretsiz olarak ve belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerlerin ve pratik yapan öğrencilerin de işçi sayılacağı düzenlenmişti. Söz konusu maddede çiraklardan bahsedilmemiş olması ise, bunların kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmiyordu. Zira ilgili madde uyarınca kişinin işçi sayılması için özel hukuk sözleşmesi ya da benzeri bir hukuki ilişki gereği başkasının hizmetinde kişisel bir bağımlılık içinde olması yeterliydi¹⁵.

Mülga 551 sayılı KHK'da yer alan işçi kavramı, İş Kanunu'ndaki iş sözleşmesinin ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hizmet sözleşmesinin

tarafı olan işçi kavramından farklıydı¹⁶. 4857 sayılı İş Kanunu¹⁷ (“İş K.”) m.2 hükmü uyarınca bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denilmektedir. İş sözleşmesi ise İş K. m.8 /f.1'de işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, İş K. her türlü iş ilişkisine uygulanmaz. İş K. kapsamı dışında kalan ve diğer iş kanunları kapsamına da girmeyen iş ve işyerlerinde çalışanlar ile süreksiz işlerde çalışanlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁸ (“TBK”) yer alan genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁹. TBK m. 393/ f.1 hükmü uyarınca hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Gerek İş K.'nda yapılan iş sözleşmesi, gerekse TBK'da yapılan hizmet sözleşmesi tanımları, sözleşmede bulunması gereken bağımlılık, iş görme ve ücret unsurlarına işaret etmektedir²⁰. Bu unsurlar iş sözleşmelerinin esaslı unsurlarıdır²¹ ve bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bu üç unsurun birlikte bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir²².

¹⁶ Güneş, İlhami (2010) “Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk” Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S:2010/2 C:10, s.14; **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 560; **Canbolat**, s.52.

¹⁷ Resmî Gazete Tarihi: 10.06.2003, Sayısı: 25134.

¹⁸ Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836.

¹⁹ **Çelik**, Nuri & **Caniklioğlu**, Nurşen & **Canbolat**, Talat (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, s.179; **Süzek**, Sarper (2019) İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.220.

²⁰ **Ateş**, Mustafa (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 406.

²¹ **Tunçomağ**, Kenan & **Centel**, Tankut (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.69; **Narmanlioğlu**, Ünal (2012) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.168; **Süzek**, s.223; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.165.

²² **Narmanlioğlu**, s.167.

¹⁴ Resmî Gazete Tarihi: 27.06.1995, Sayısı: 22326.

¹⁵ **Canbolat**, Talat, “Fikri ve Sınai Haklar Yönünden İşçi Kavramı”: Memiş, Tekin (Editör)(2012) Fikri Mülkiyet Hukuku Yılı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.52.

İş sözleşmesinde tarafların karşılıklı borçları iş görme ve ücret iken çırak ve stajyerlerin sözleşmelerinde bu görülmez. Çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru bir meslek ve sanatın öğretilmesidir. Stajyerlik sözleşmesinin esaslı unsuru ise, stajyerin işyerinde yapılan işleri izleyerek bilgi ve tecrübesini geliştirmesidir²³. 3308 sayılı Meslek Eğitim Kanunu²⁴ m. 25 hükmü uyarınca çırak ve stajyerlere asgari bir tutarın ödenmesi söz konusudur. Diğer yandan, bu ücret, sözleşmenin esaslı unsuru olarak iş görülmesi karşılığı değil, kanundan doğan sosyal bir ücrettir²⁵. Sonuç olarak çırak ve stajyerler, mülga 551 sayılı KHK'nın aksine, iş mevzuatı gereği işçi sayılmazlar²⁶.

SMK'da işçi, hizmetli ve memur kavramları yerine hepsini kapsayan çalışan kavramı tercih edilmiş ve stajyerler ile pratik yapan öğrenciler çalışan kavramına dâhil edilmemiştir. Bununla birlikte, SMK m. 73/ f.3'te çalışanların tasarımlarına ilişkin hükümlerin öğrencilerin ve ücretsiz olarak belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerlerin tasarımlarında da uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

III. TASARIMIN YÜKÜMLÜ OLUNAN FAALİYET GEREĞİ VEYA BÜYÜK ÖLÇÜDE İŞLETMENİN DENEYİM VE ÇALIŞMALARINA DAYANILARAK GELİŞTİRİLMESİ HALİNDE HAK SAHİPLİĞİ

SMK m. 73/ f.1 hükmü uyarınca, “*aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça çalışanların bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdikleri ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptıkları tasarımların hak sahibi, işverenleridir.*” Kanun gerekçesinde tasarım hakkının işverene verilme sebebi olarak hukukumuzda tasarımların ekonomik saiklerle ele alınması göste-

rilmiştir. Gerekçeye göre, işveren çalıştırdığı kişiye belli bir ücret ödeyerek, ona araç-gereç sağlayarak ve yatırım yaparak belli bir risk almaktadır. Çalışan ise işverenle aralarındaki sözleşme gereği zaten yaptığı çalışmanın karşılığını ücret olarak almaktadır.

Mülga 554 sayılı KHK döneminde de memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri tasarımlarda hak sahibi kural olarak işverendi. Bununla birlikte, madde metninde yer alan “*işlerini görürken*” ibaresi, doktrinde yazarlar tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktaydı. Bir görüşe göre, tasarım hakkı sahibinin işveren olabilmesi için, işçinin tasarımı, işletmedeki faaliyeti gereği yapmış olması gerekmektedir. İş saatleri dışında yapılan tasarımlarda hak sahibi ise işçinin kendisi olmalıydı²⁷. Diğer görüş ise, tasarımın iş saatleri içinde ya da dışında yapılmış olmasının önemli olmadığını, tasarımın işverene ait olması için tasarımın iş ilişkisinin devamı süresince geliştirilmiş olması gerektiğini savunuyordu²⁸. SMK, tasarımın iş ilişkisi sırasında yapılmasını arayarak bu tartışmaya son vermiştir. SMK uyarınca, hak sahibinin işveren olması için önemli olan tasarımın çalışma saatleri içinde yapılıp yapılmadığı değil²⁹, işletmede yükümlü olunan faaliyeti gereği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yapılıp yapılmadığıdır. Suluk ve Orhan'a göre, çalışanın tasarımı işletmedeki faaliyeti gereği yapıp yapmadığı saptanırken işverenin araç, gereç sağlayıp sağlamaması, işverenin aldığı finansal riskin derecesi, meydana getirilen tasarımın geliştirilmesi için yapılan yatırım ve bu konudaki yönetimde işverenin sorumluluk derecesi gibi hususlar dikkate alınabilir³⁰. Zira, SMK m. 73/ f.1 hükmü kapsamında meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliğinin çalışan yerine doğrudan işverene veril-

²³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.91,94; Süzek, s. 137, 141.

²⁴ Resmî Gazete Tarihi: 19.06.1986, Sayısı: 19139.

²⁵ Süzek, s.137.

²⁶ Süzek, 137,141; Narmanlioğlu, s.108; Aksi görüş için bkz: Tunçomağ/Centel, s.55.

²⁷ Koç Çelik, Nefise (2009) Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.32; Tekinalp, s.693.

²⁸ Suluk, Cahit &Orhan Ali (2008) Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku- Tasarımlar, Cilt III, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.202.

²⁹ Koç Çelik, s.33.

³⁰ Suluk/Orhan, s.202.

mesinin nedeni, işverenin çalışan tasarımları için gerekli olan masrafları ve riskleri üstlenmiş olması ve çalışana emeğinin karşılığını ücret olarak ödüyör olmasıdır³¹. Bu nedenle, işverenin çalışan tarafından geliştirilen tasarım için almış olduğu risklerin yüksek olması, işveren lehine düzenlenen SMK m. 73/ f.1 hükmünün amacıyla örtüşmektedir.

Çalışan tasarımlarında hak sahipliğine ilişkin bu düzenleme hem patent hukukundaki hizmet buluşları hem de telif hukukundaki memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdiği eserler üzerindeki hakların işveren tarafından kullanılması ile bazı noktalarda benzerlikler göstermektedir. Bununla birlikte, çalışan tasarımlarında her ikisinden de farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. SMK m.113'te hizmet buluşları düzenlenmiştir. Kanun koyucu, hizmet buluşunu, “*çalışanın bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş*” şeklinde, çalışan tasarımı ile benzer biçimde tanımlamıştır. Hizmet buluşlarında gerçek hak sahipliği ilkesine uygun bir şekilde hak önce çalışanın malvarlığında doğmaktadır. İşverenin hak sahibi olabilmesi için, çalışanın kendisine yaptığı bildirim üzerine, kanunda öngörülen süre içerisinde hak talebinde bulunması gerekir. SMK m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen çalışan tasarımlarında ise işveren doğrudan hak sahibi olmaktadır. Başka bir deyişle tasarımlar bakımından gerçek hak sahipliği ilkesi kabul edilmemiş; işverenin aslen tasarım hakkına sahip olacağı benimsenmiştir. Bundan dolayı, işverenin tasarım hakkını talep etme yükümlülüğü olmadığı gibi, ki zaten tasarım üzerindeki tüm hakları aslen iktisap etmiştir, tasarımı tescil ettirme yükümlülüğü de yoktur³². Çalışan ise sadece tasarımın tescil edilmesi halinde tasarımcı olarak adının belirtilmesini

talep edebilir³³. Çalışan, tasarım üzerinde bunun dışında herhangi bir hak talep edemez³⁴.

Öte yandan, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu³⁵ m.18/ f.2'de aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların bunları çalıştıran veya tayin edenlerce *kullanılabileceği düzenlenmiştir*. Bu hüküm uyarınca, işveren çalışanların meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakları herhangi ek bir talebe ihtiyaç duymadan kullanabilir. İşverenin eser üzerindeki hakları kullanabilmesi ile işverenin SMK m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen çalışan tasarımları üzerinde hak sahibi olabilmesi, ek bir talebe ihtiyaç duyulmaksızın gerçekleştiği için benzerdir. Bununla birlikte, bu iki durum, nitelikleri itibarıyla birbirinden farklıdır. Tasarımlarda işveren doğrudan hak sahibi olurken, çalışanların meydana getirdiği eserlerde işverenin hakları kullanabilmesi ve bu haklardan yararlanabilmesi³⁶ söz konusudur³⁷. Başka bir deyişle işveren, eser sahibi olamamaktadır.

³³ “Adın belirtilmesi hakkı”, tasarım hukukunda tasarımcıya tanınan manevi bir hak. Detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 686.

³⁴ **Çataklar**, Eda, “Sınai Mülkiyet Kanunu ile Çalışanların Tasarımları Ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sisteminde Yapılan Değişiklikler”: Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Editör) (2017), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 9-10 Mart 2017, Ankara, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s.414.

³⁵ Resmî Gazete Tarihi: 13.12.1951, Sayısı: 7981.

³⁶ Kanunda geçen kullanma ibaresinin yararlanmayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Ateş**, s. 418.

³⁷ Doktrinde kanunda geçen kullanma ibaresini “tam ruhsat hali” olarak yorumlayan yazarlar olduğu gibi “mali hak sahipliği” olarak yorumlayanlar da bulunmaktadır. Doktrinde kullanmanın “tam ruhsat hali” veya “mali hak sahipliği” olarak yorumlanmasına ilişkin farklı görüşler için bkz. **Tekinalp**, s. 144; **Ateş**, s. 419; **Okutan Nilsson**, Gül (2008), “Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan , C:II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 492-495 ; Ayrıca hakların kullanımının yalnızca mali haklara ilişkin olduğu ve çalışanların izni olmadan manevi hakların kullanılmayacağına dair görüş için bkz. **Tekinalp**, s. 145; **Okutan Nilsson**, s. 491; **Yusufoğlu**, Fülürya (2003), “Eseri

³¹ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 323.

³² **Polater**, Salih, (2019) Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.124.

IV. TASARIMIN GENEL FAALİYET KONUSU BİLGİ VE ARAÇLARDAN FAYDALANILARAK GELİŞTİRİLMESİ HALİNDE HAK SAHİPLİĞİ

SMK m.73/ f.2 hükmü uyarınca, çalışanların buldukları işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle birinci fıkra kapsamı dışında yaptıkları tasarımlarda hak sahibi, talep etmesi halinde işverendir. SMK, bu düzenlemeyle mülga 554 sayılı KHK'dan ayrılmıştır. Şöyle ki, önceden, memur, hizmetli ve işçi tarafından, sözleşmesi gerektirmediği halde işyerindeki bilgiler ve araçlardan faydalanmak suretiyle meydana getirilen tasarımlar üzerindeki hak sahibi, işverendi. Diğer bir deyişle, çalışanlar tarafından meydana getirilen bu tasarımlar üzerindeki hak, herhangi bir işleme gerek olmaksızın doğrudan işverenin malvarlığında doğuyordu. Bu husus, mülga 551 sayılı KHK'da düzenlenen hizmet buluşlarında olduğu gibi, gerçek hak sahipliği ilkesi gereği hakkın ilk olarak işçinin kişiliğinde ve malvarlığında doğmasının ve talep üzerine işverene geçmesinin daha doğru olacağı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekteydi³⁸. Nitekim SMK m.73/ f.2'de, bu fıkra kapsamında çalışan tarafından meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliğinin, ancak talep etmesi halinde işverene ait olacağı düzenlenmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği üzere, hizmet buluşları, çalışanın bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleştirdiği buluşlardır. Diğer bir deyişle, hizmet buluşu tanımı, SMK m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen tasarımlarla değil; SMK m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen tasarımlarla benzerlik göstermektedir. Buna karşılık SMK m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen tasarımlarda işveren doğrudan hak sahibidir ve SMK m. 73/ f.1 kap-

samında meydana getirilen tasarımlar için gerçek hak sahipliği ilkesi terkedilmiştir³⁹.

Çalışan buluşlarının aksine, SMK'da çalışanlar tarafından meydana getirilen tasarımların işverene bildirilmesini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışanın hizmet ilişkisi sırasında meydana getirdiği tasarımı işverene bildirme yükümlülüğü, işçinin sadakat yükümlülüğünden doğmaktadır⁴⁰. TBK m. 396/ f.1 hükmü uyarınca işçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır⁴¹. İşçi, sadakat borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmedeğinde, işveren ile aralarındaki sözleşmeye aykırı hareket etmiş sayılır⁴². İşveren işçinin sözleşmeye aykırı hareket etmesinden dolayı bir zarara uğramışsa tazminat talep edebilecektir. Bunun için işçinin kusurlu olması gerekir⁴³. Sadakat borcunu yerine getirmeyen işçinin sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedebileceğini de belirtmek gerekir⁴⁴. İş K. m.25/ f.2,e hükmü uyarınca *işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması*, haklı sebeple derhal fesih nedenleri arasındadır. TBK m.435/ f.2'ye göre ise, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına

³⁹ Detaylı açıklama için bkz.: Bölüm III.

⁴⁰ **Çataklar**, s.417.

⁴¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 16.10.2018, E: 2015/24486, K: 2018/18464: *"İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür."*

⁴² **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 553.

⁴³ **Eren**, s. 553.

⁴⁴ **Zevkililer**, Aydın & **Gökyayla**, Kadir Emre (2016) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 464; Süzek, s. 337

Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Hal-ler", Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan, C: II, İstanbul, s. 404.

³⁸ **Suluk/Orhan**, s. 203.

göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.

Bildirim yükümlülüğü, SMK m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen çalışan tasarımlarında önem arz etmektedir. İşverenin, çalışanın meydana getirdiği tasarımdan haberdar olamaması ihtimalinde hak sahipliği talep etmesi oldukça güçtür. Diğer yandan, çalışan buluşlarının aksine, SMK m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen çalışan tasarımlarında işverenin hak sahipliği talep etmesi için bir süre öngörülmemiştir. Özellikle işverenin hak talebinin olmadığı hallerde, çalışanın meydana getirdiği tasarımın tescil başvurusu için gecikmeden kaynaklı bir hak kaybına uğramaması gerekir. Bu nedenle, işverenin çalışan tasarımı üzerindeki hak talebinin olması halinde, bunu, dürüstlük kuralları gereği makul bir süre içerisinde işçiye bildirmelidir⁴⁵. Polater, söz konusu bildirim makul bir süre içerisinde yapılmaması halinde tasarımın, hizmet buluşlarında olduğu gibi, serbest tasarım haline geleceğini belirtmektedir⁴⁶. Bu durumda, işverenin söz konusu tasarım için tescil başvurusu yapması veya tasarımı tescil ettirmesi ya da kamuya sunması halinde, çalışanın SMK m. 71' de düzenlenen tasarımın gaspı hükümlerine başvurabileceğinin kabulü gerekir. Zira çalışan tarafından SMK m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen tasarımın serbest tasarım haline gelmesi halinde, tasarım üzerindeki gerçek hak sahibi çalışan olacaktır. Diğer yandan çalışanın, tasarımı bildirim yükümlülüğüne uymadan kendi adına tescil başvurusunda bulunması, tasarımı tescil ettirmesi veya kamuya sunması halinde, hizmet buluşlarına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Zira SMK m. 115/f.4 hükmü uyarınca, işverenin hizmet buluşuna ilişkin hak talebinde bulunmasından önce çalışanın buluş üzerinde yapmış olduğu tasarruflar,

işverenin haklarını ihlal ettiği ölçüde, işverene karşı geçersiz sayılmaktadır.

V. SMK m. 73(1) ve SMK m. 73(2) AYRIMININ ELEŞTİREL GÖZLE DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışan tasarımlarına ilişkin düzenlemede, 73. maddenin birinci ve ikinci fıkrası arasında yapılan ayırım kanaatimizce muğlak kalmıştır. Birinci ve ikinci fıkra kapsamında meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliğine bağlanan sonuçlar birbirinden farklı olduğu için; fıkralar arasındaki ayırımın muğlak olması, uygulamada sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ilk fıkra uyarınca, çalışanın bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımların hak sahibi işverendir. Birinci fıkroda yer alan “*tasarımın büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanılarak yapılması*”, aslında çalışanın görevinin tasarım yapmak olmadığı ancak işletmenin çalışmanı olması nedeniyle işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak tasarımı meydana getirdiği halleri ifade eder. Burada, çalışan tasarım yapma faaliyetiyle yükümlü değildir. Özer'e göre⁴⁷, 73. maddenin ilk fıkrası sözleşmeden kaynaklanan gereklilik nedeniyle çalışanın tasarım meydana getirdiği halleri; ikinci fıkrası ise çalışanın sözleşmeden kaynaklanan bir gereklilik olmamasına rağmen işyerindeki bilgi ve donanımdan faydalanarak tasarım meydana getirdiği halleri kapsar. Bununla birlikte, ilk fıkroda yer alan büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak tasarım meydana getirme halinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira madde metninden de anlaşılacağı üzere, tasarım yapmakla görevlendirilmemiş çalışanın, iş ilişkisi sırasında büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak meydana getirdiği tasarımlarda da hak sahibi işverendir. Bu durumda da ilk fıkroda belirtilen çalışanın büyük ölçüde

⁴⁵ **Oğuzman, Kemal & Barlas**, Nami (2015) Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık. s. 283; **Polater**, s.124; SMK m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen çalışan tasarımlarına hizmet buluşlarına ilişkin SMK m. 115'in kıyasen uygulanması ve işverenin yazılı bildirimden itibaren dört ay içerisinde hak talep etmesinin gerektiği yönünde bkz.: **Çataklar**, s. 418.

⁴⁶ **Polater**, s. 124

⁴⁷ **Özer**, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 87, 88.

işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlar ile ikinci fıkrada belirtilen çalışanın bulunduğu işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle yaptığı tasarımlar arasındaki farkın belirlenmesi bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Zira ilk fıkra kapsamında meydana getirilen tasarımlarda hak sahibi doğrudan işveren iken; ikinci fıkra kapsamında meydana getirilen tasarımlarda hak sahibi ancak talep etmesi halinde işveren olacaktır. Çataklar⁴⁸, ilk fıkrada yer alan “büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanma” ifadesinin tasarımın oluşturulmasında esinlenme düzeyini aşacak şekilde deneyim ve çalışmalardan faydalanılmasını ifade ettiği belirtmiştir. Yani bu tür tasarımlarda işletmenin deneyim ve çalışmaları tasarımın esasını oluşturmaktadır. İkinci fıkra kapsamına giren tasarımlarda ise çalışan, işverenin bilgi birikiminden sadece esinlenme düzeyinde faydalanmıştır. Kanaatimizce, “esinlenme” testi somut uyumsuzluklarda birinci ve ikinci fıkra hükümlerinden hangisinin uygulanacağını anlamamızı kolaylaştıracak somut bir test olmaktan uzaktır. İkinci fıkrada yer alan “genel faaliyet konusu bilgiden yararlanma” ibaresinin “bilgi birikiminden esinlenme” şeklinde yorumlanması halinde, somut uyumsuzluklarda genel faaliyet konusu bilgiden yararlanmak suretiyle tasarımın oluşturulduğunun tespiti için meydan getirilen tasarımın esinlenme düzeyinde olup olmadığını tespit etmek gerekecektir. Esinlenmenin özellikle tasarım geliştirmede seçenek özgürlüğünün dar olduğu alanlarda tespiti oldukça güçtür. Söz konusu farkın meydana getirilen tasarım üzerinden tespit edilmesi yerine, tasarımın ortaya çıkmasında kullanılan “genel faaliyet konusu bilgi” veya “işletme deneyimi” kavramlarının içeriklerinin doldurularak tespit edilmesi daha uygun olurdu. Örneğin; bir moda evi/terzihane çalışanı tasarımcının meydan getirdiği tasarım ürününü, işletmede öğrenilen genel dikiş tekniklerini kullanarak yapması ile sadece o moda evine özgü, deneyimler sonucu elde edilmiş çizgi ve biçimleri kullanarak yapması farklıdır. İlk örnekte

ortaya çıkan tasarımın ikinci fıkra kapsamında “genel faaliyet konusu bilgi” kullanılarak elde edildiği, ikinci örnekte ortaya çıkan tasarımın ise “işletmenin deneyimine dayanılarak” yapıldığı söylenebilir. Bu durumda ikinci örnekte ortaya çıkan tasarımın esinlenme sonucu meydana getirilip getirilmediği de sonucu değiştirmeyecektir. Diğer bir deyişle, ikinci örnekte ortaya çıkan tasarımın esinlenme sonucu olduğu gerekçesiyle ikinci fıkra kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır.

Kanaatimizce, kanun koyucu, SMK m. 73/ f.1’in kapsamını, çalışanın işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği meydana getirdiği tasarımlar ile sınırlandırmalıdır. Çalışanın tasarım yapma yükümlülüğü olmadığı halde, büyük ölçüde işletme ya da kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak bir tasarım meydana getirmesi ise SMK m. 73 / f. 2 kapsamında yer almalıdır. Böylece, çalışanların büyük ölçüde işletme ya da kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak tasarım meydana getirmesi hali ile çalışanların buldukları işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle tasarım meydana getirmesi hali arasındaki farkın muğlak olması ve her iki duruma kanunun bağladığı sonuçların farklı olması nedeniyle uygulamada yaşanabilecek sorunlar ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca, çalışanın işletmede tasarım yapma yükümlülüğü olmamasına rağmen meydana getirdiği bir tasarım üzerindeki hak sahipliği ancak talep etmesi halinde işverene ait olacak ve çalışan belirli bir bedel talep edebilecektir⁴⁹.

VI. ÇALIŞANIN İŞVERENDEN BEDEL TALEP ETME HAKKI

SMK m. 74/ f.1 hükmü uyarınca çalışanın, m.73/ f.2 kapsamında yapmış olduğu tasarım için işverenin hak talep etmesi halinde bir bedel isteme hakkı vardır. Kanun gerekçesinde bu düzenlemenin nedeni olarak, çalışanın sözleşme gerektirmediği halde tasarım yapmış olması ve dolayısıyla tasarım için hak edilen bedelin ya da karşılığın tasarımcıya

⁴⁸ Çataklar, s.415.

⁴⁹ Detaylı açıklama için bkz.: Bölüm VI.

verilmemiş olması gösterilmiştir. Çalışan, işverenin tasarımı üzerinde hak talep etmesi halinde, iş veriminin karşılığını bir bedel talep ederek alabilecektir. Bu bedel tasarımın önemi dikkate alınarak tespit edilecektir. Bedelin miktarında anlaşma sağlanmazsa bedel mahkeme tarafından belirlenecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, hizmet buluşlarında, işverenin tam hak talebinde bulunması halinde, çalışanların SMK m. 115/ f. 6 kapsamında makul bir bedel talep etme hakkı vardır. SMK m. 115/ f.7 hükmü uyarınca, bedelin hesaplanmasında hizmet buluşunun ekonomik olarak değerlendirilebilirliği, çalışanın işletmedeki görevi ve işletmenin buluşun gerçekleştirilmesindeki payı da dikkate alınır. Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik⁵⁰ ise, hizmet buluşlarında çalışanın talep edebileceği makul bedelin belirlenebilmesi için birtakım esaslar öngörmüştür. Yönetmelik'te belirlenen bu esaslar, uygun düştüğü ölçüde, çalışan tasarımlarında çalışanın işverenden talep edeceği bedelin miktarının belirlenmesinde de kıyasen uygulanabilir.

Önemle vurgulamak gerekir ki bedel talep etme hakkı, yalnızca çalışanın m.73/ f.2 kapsamında meydana getirdiği tasarımlar için öngörülmüştür. Çalışan m.73/ f.1 kapsamında tasarım yapma yükümlülüğü olmadığı halde büyük ölçüde işletme ya da kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak bir tasarım meydana getirir ise işverenden bir bedel isteme hakkına sahip değildir. Bu durumda da, yükümlü olduğu faaliyeti tasarım yapmak olmamasına rağmen, tasarım yapan, yani işverenin lehine fazladan iş gören çalışanın iş verimi karşılıksız kalabilecektir.

Kanun gerekçesinde SMK m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen tasarımlar için, çalışanın emeğinin karşılığını zaten ücret olarak aldığı gerekçesiyle, çalışana bir bedel isteme hakkı öngörülmüştür. Bununla birlikte, emeğinin karşılığını ücret olarak alıyorsa, tasarım

yapmak için istihdam edilmiş olanlar, yani işletmedeki faaliyeti tasarım yapmak olanlar için söz konusudur. Dolayısıyla, işletmede yükümlü olduğu faaliyeti kapsamında olmamasına rağmen m. 73/ f.1 kapsamında meydana getirilen tasarımlar için, çalışan, hem emeğinin karşılığını ücret olarak alamamış hem de bedel isteme hakkından mahrum bırakılmış olabilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, SMK m. 73/ f.1 kapsamının, çalışanın işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği meydana getirdiği tasarımlar ile sınırlandırılması halinde, bu sorun ortadan kalkmış olacaktır⁵¹.

VII. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GELİŞTİRİLEN TASARIMLAR

SMK m.73/ f.3 hükmü uyarınca, çalışan tasarımlarına ilişkin hükümler öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucunda gerçekleştirdiği tasarımlarda da uygulanır. Öğretim elemanları ibaresinin kapsamı ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na⁵² göre belirlenecektir. Yükseköğretim Kanunu m. 3/ f.1 hükmü uyarınca öğretim elemanları; yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinden oluşur. Aynı kanunda yükseköğretim kurumları ise üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokulları olarak tanımlanmıştır.

SMK'da öğretim elemanları tarafından meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliği konusunda mülga 554 sayılı KHK'dan farklı bir politika izlenmiştir. Mülga 554 sayılı KHK döneminde öğretim elemanlarının meydana getirdikleri tasarımlar üye-

⁵⁰ Resmî Gazete Tarihi: 29.09.2017, Sayısı: 30195

⁵¹ Bkz.: Bölüm V.

⁵² Resmî Gazete Tarihi: 06.11.1981, Sayısı: 17506.

rinde yine öğretim elemanları hak sahibiydi. Öğretim elemanları yükseköğretim kurumlarına bağlı çalışan olmalarına rağmen, meydana getirdikleri tasarımlar üzerindeki hak, işveren konumundaki yükseköğretim kurumuna değil çalışan konumundaki öğretim elemanına aitti. Öğretim elemanlarının meydana getirdiği tasarımlarda hak sahipliği hususunda farklı bir düzenlemeye gidilmesinin nedeni olarak ise yüksek öğretim kurumlarının kâr değil bilimsel araştırma ve öğretim amacı güdüyor olması gösteriliyordu⁵³. Bununla birlikte, öğretim elemanı tasarımını öğretim kurumunun özel olarak sağladığı araç ve gereçlerinden faydalanmak suretiyle gerçekleştirmişse, söz konusu tasarımın değerlendirildiği hususunu kuruma yazı ile bildirmek ve kurumun talebi halinde tasarımın ne şekilde değerlendirildiği ve elde edilen kazanç miktarı hakkında bilgi vermek zorundaydı. Kurum, kendisine yapılan yazılı bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde elde edilen kazançtan uygun bir miktarın verilmesini talep edebilirdi. Bu miktar, kurum tarafından yapılan harcamaları aşamazdı. Önemle belirtmek gerekir ki, kurumun talepte bulunabilmesi, tasarımla sonuçlanan araştırmalar için özel olarak belli araç ve gereçleri sağlamak suretiyle harcamalarda bulunmuş olması şartına bağlıydı. Kurum, mevcut ve belli bir araştırma için özel olarak temin edilmeyen araçlara yaptığı harcamaları gerekçe göstererek herhangi bir miktar talep edemezdi⁵⁴.

SMK, öğretim elemanları tarafından bilimsel çalışmalar ya da araştırmalar sonucu meydana getirilen tasarımlar üzerindeki hakkın öğretim elemanlarına ait olması uygulamasına son vermiştir. Artık öğretim elemanı tasarımlarına da çalışan tasarımlarına ilişkin genel kural uygulanmaktadır. Öğretim elemanlarının geliştirdiği tasarımlar üzerinde yükseköğretim kurumunun hak talep edebilmesi için söz konusu tasarımın SMK m. 73/f.1 veya SMK

m. 73 /f. 2 kapsamında çalışan tasarımı sayılması⁵⁵ ve ayrıca bilimsel çalışma veya araştırma sonucu geliştirilmesi gerekmektedir. Öğretim elemanının mutlaka tasarımla ilgili bir bölümde çalışmaları gerekmez. Zira kanunda böyle bir şart aranmamıştır⁵⁶.

Öğretim elemanları tarafından meydana getirilen tasarımların yükseköğretim kurumuna ait olmasına olanak sağlayan bu değişiklik, tasarımların yükseköğretim kurumlarınca kurulan teknoloji transfer ofisleri aracılığıyla daha kolay ticarileşmesini sağlamayı amaçlamıştır⁵⁷. Yükseköğretim kurumları ticarileştirdikleri tasarımlardan gelir elde edilecektir. Kanun koyucu, tasarımcıya elde edilen gelirden belli bir payın verilmesini öngörmüştür. SMK m. 74/ f.2 hükmü uyarınca, öğretim elemanlarınca gerçekleştirilen tasarımlardan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve tasarımcı arasındaki paylaşım oranı, tasarımcıya gelirin en az yarısı verilecek şekilde ilgili yükseköğretim kurumunun yönetim kurulunca belirlenir. Yönetim kurulu tarafından öğretim elemanına takdir edilecek pay, elde edilecek gelirin yarısından daha az olamayacaktır. Öğretim elemanları ancak tasarımdan gelir elde edilmesi halinde gelir paylaşımı talebinde bulunabilecektir. Oysa çalışanların SMK m. 73/ f.2 uyarınca meydana getirdiği tasarımları için işverenin hak talep etmesi halinde, çalışan belirli bir bedelin kendisine ödenmesini talep edebilir. Her ne kadar bedelin tespitinde tasarımın önemi dikkate alınacak olsa da çalışanın bedel talep edebilmesi,

⁵⁵ Polater, s.127

⁵⁶ Suluk/Orhan, s.204.

⁵⁷ Karahan, Fatih, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Tasarım Tesciliyle İlgili Getirilen Temel Yenilikler", Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Editör) (2017), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 9-10 Mart 2017, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s.326; Yükseköğretim kurumuna ait fikri hakların devlet malı olması, mevcut mevzuatların bunların ticarileştirilmesi konusunda uygun alt yapıyı sağlamaması ve bu konudaki çözüm önerileri hakkında detaylı bilgi için bkz: Odman Boztosun, Ayşe (2019), "Akademik Teknoloji Transferine Uygun Bir Mevzuat İklimi Tasarımı"; Bozgeyik, Hayri & Ercan, Cannur (Editör), Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu, 31 Ekim 2019, Ankara.

⁵³ Karahan, Sami & Suluk, Cahit & Saraç, Tahir & Nal, Temel (2015) Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 298.

⁵⁴ Suluk/Orhan, s.205.

işverenin tasarımdan gelir elde etmesine bağlı değildir. Öğretim elemanlarının gelir paylaşımı dışında ayrıca bir bedel isteme hakkı ise bulunmamaktadır.⁵⁸ SMK m. 74/ f.2 hükmü, yalnızca öğretim elemanları tarafından meydana getirilen tasarımları kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, gelir paylaşımı konusunda kanun koyucu yalnızca öğretim elemanlarının tasarımları için ayrı bir düzenlemeye gitmiştir. Bu nedenle, gelir paylaşımı konusunda öğrencilerin ve stajyerlerin yükseköğretim kurumu nezdinde meydana getirdikleri tasarımlarda, çalışan tasarımlarına ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir⁵⁹.

Kanun koyucu, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen tasarımlar için çalışan tasarımlarına ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirlerken sadece, bu tasarımların öğretim elemanlarına meydana getirilenlerden elde edilecek gelirin paylaşımı konusunda ayrı bir düzenlemeye gitmiştir. Dolayısıyla, SMK m. 71/ f.1 kapsamında tasarım gerçekleştiren öğretim elemanlarının, gelir paylaşımı ve tasarımın tescil edilmesi halinde tasarımcı olarak adının belirtilmesini talep etme dışında başka bir hakkının olmadığını kabul etmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu durumda yükseköğretim kurumunun tasarımı tescil yükümlülüğü olmayacaktır⁶⁰. Öğretim elemanının SMK m. 71/ f. 2 kapsamında gerçekleştirdiği tasarımlarda ise tasarım hakkı yükseköğretim kurumunun talebi halinde yükseköğretim kurumuna ait olacaktır. Yükseköğretim kurumunun makul bir süre içerisinde hak talep etmemesi halinde ise tasarım, serbest tasarım haline gelecektir⁶¹.

VIII. SONUÇ

Bu çalışmada SMK m. 73 ve m. 74'te düzenlenen çalışan tasarımlarında hak sahipliği konusu incelenmiştir. Kanun koyucu, çalışanların tasarımları üzerindeki hak sahipliğini belirlerken ikili bir ayrıma gitmiştir. SMK m. 73/f.1 kapsamında

meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliği doğrudan işverene ait iken, m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirilen tasarımlarda hak sahipliği, talep etmesi halinde işverene aittir.

SMK m. 73/f.1 kapsamında meydana getirilen tasarımlar, çalışanların bir işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlardır. SMK m. 73/ f. 2 kapsamında meydana getirilen tasarımlar ise, çalışanların bulunduğu işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle birinci fıkra kapsamı dışında yaptığı tasarımlardır. Çalışanların tasarımlarını hangi hallerde işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle gerçekleştirdiğini, hangi hallerde ise bu kapsamın dışında kalacak şekilde büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleştirdiğini tespit etmek uygulamada bazı zorluklara yol açabilir.

Ayrıca çalışanın m. 73/ f.2 kapsamında meydana getirdiği tasarımlar üzerinde işverenin hak talep etmesi halinde, çalışan kendisine belli bir bedel ödenmesini talep edebilecektir. Kanun koyucu, çalışanların m. 73/f.1 kapsamında işletmede yükümlü olduğu faaliyetler gereği tasarım yaptıkları hallerde tasarımlarının karşılığını ücret olarak aldıklarını gerekçe göstererek, bunlara ayrıca bedel isteme hakkı öngörmemiş ve ilgili tasarımlar üzerinde işverenin hak sahibi olacağını hükme bağlamıştır. Oysa çalışanların yine m.73/f.1 kapsamında büyük ölçüde işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak iş ilişkisi sırasında yaptığı tasarımlarda, çalışanlar tasarım yapmakla yükümlü olmamasına rağmen, herhangi bir bedel talep etme hakları yoktur. Bu durum, tasarım yapmakla yükümlülüğü olmadığı halde tasarım yapan ancak iş veriminin karşılığını alamayan çalışanların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir.

Kanaatimizce, SMK m. 73 / f. 1'in kapsamı, çalışanın işletmede yükümlü olduğu faaliyeti gereği meydana getirdiği tasarımlar ile sınırlandırılabilir.

⁵⁸ Çataklar, s.419.

⁵⁹ Polater, s.127.

⁶⁰ Bkz.: Bölüm III.

⁶¹ Bkz.: Bölüm IV.

Çalışanın tasarım yapma yükümlülüğü olmadığı halde, büyük ölçüde işletme ya da kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak bir tasarım meydana getirmesi ise SMK m. 73 / f. 2 kapsamında yer alabilir. Böylece, çalışanın işletmede tasarım yapma yükümlülüğü olmamasına rağmen meydana getirdiği bir tasarım üzerindeki hak sahipliği ancak talep etmesi halinde işverene ait olacak ve çalışan belirli bir bedel talep edebilecektir. Ayrıca, çalışanların büyük ölçüde işletme ya da kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak tasarım meydana getirmesi hali ile çalışanların buldukları işyerindeki genel faaliyet konusu bilgi ve araçlardan faydalanmak suretiyle tasarım meydana getirmesi hali arasındaki farkın muğlak olması ve her iki duruma kanunun bağladığı so-

nuçların farklı olması nedeniyle uygulamada yaşanabilecek sorunlar ortadan kalkmış olacaktır.

Çalışan tasarımlarına ilişkin hükümler, öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalar ve araştırmalar sonucunda gerçekleştirdiği tasarımlarda da uygulanır. SMK, öğretim elemanları tarafından bilimsel çalışmalar ya da araştırmalar sonucu meydana getirilen tasarımlar üzerindeki hakkın öğretim elemanlarına ait olması uygulamasına son vermiştir. Bununla birlikte, öğretim elemanlarınca gerçekleştirilen tasarımlardan elde edilen gelir, en az yarısı tasarımcıya verilmek üzere, yükseköğretim kurumu ve tasarımcı arasında paylaşılacaktır.

KAYNAKÇA

- Ateş**, Mustafa (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bozgeyik**, Hayri & **Er**, Sefa (2019), “Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma”, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S:5 C:1, s. 19-38.
- Canbolat**, Talat, “Fikri Ve Sınai Haklar Yönünden İşçi Kavramı”: Memiş, Tekin (Editör)(2012) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 31-71.
- Çataklar**, Eda, “Sınai Mülkiyet Kanunu İle Çalışanların Tasarımları Ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sisteminde Yapılan Değişiklikler”: Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Editör) (2017), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 9-10 Mart 2017, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 409-466.
- Çelik**, Nuri & **Caniklioğlu**, Nurşen & **Canbolat**, Talat (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, Ankara, Beta Yayınları.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Güneş**, İlhami (2010) “Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı Ve Karşılaştırmalı Hukuk” Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi, S: 2010/2, C: 10, s. 14-23.
- Karahan**, Fatih, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Tasarım Tesciliyle İlgili Getirilen Temel Yenilikler”, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (Editör) (2017), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 9-10 Mart 2017, Ankara, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 305-326.
- Karahan**, Sami & **Suluk**, Cahit & **Saraç**, Tahir & **Nal**, Temel (2015) Fikri Mülkiyet Hukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Koç Çelik**, Nefise (2009) Tasarımların Ulusal Ve Uluslararası Hukukta Tescili Ve Korunması, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Narmanlıoğlu**, Ünal (2012) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Odman Boztosun**, Ayşe (2019), “Akademik Teknoloji Transferine Uygun Bir Mevzuat İklimi Tasarımı”: Bozgeyik, Hayri & Ercan, Cannur (Editör), Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu, 31 Ekim 2019, Ankara
- Oğuzman**, Kemal & **Barlas**, Nami (2015) Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Okutan Nilsson**, Gül (2008), “Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan , C: II, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 468-500.
- Özer**, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Polater**, Salih, (2019) Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2019), Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Suluk**, Cahit & **Orhan** Ali (2008) Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku- Tasarımlar, Cilt III, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Suluk**, Cahit (2018), “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 4 C:1, s. 91-110
- Süzek**, Sarper (2019) İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tunçomağ, Kenan & Centel, Tankut (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Yusufoğlu, Fülürya (2003), “Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Hal-

ler”, Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan, C:II, İstanbul, s. 397-413.

Zevkliler, Aydın & Gökyayla, Kadir Emre (2016) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

AN EXAMINATION ON THE RESULTS OF THE ECONOMIC RIGHTS ON THE LITERARY AND ARTISTIC WORK OF THE AUTHOR AFTER DEATH

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ*

ÖZET

Bir edebiyat ve sanat eserini meydana getiren kişiye, hukuk düzenince o eser üzerinde malî ve manevî nitelikte haklar tanınmıştır. Eser sahibi tekelinde bu hakları hayatta olduğu sürece dilediği gibi kullanabilir ve herkese karşı ileri sürebilir. Eser sahibinin manevî hakları devir ve intikale elverişli olmadığı halde, malî hakların hem devri ve lisanslanması mümkündür. Bu haklar aynı zamanda eser sahibinin ölümünden sonra mirasçılara da intikal eder. Eser üzerindeki malî haklar, sahibinin ölümünden sonra 70 yıl korunur ve bu süre boyunca mirasçılar bu haklardan eser sahibi gibi istifade edebilirler.

Bir kimse öldüğü zaman, ona ait her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ile sair ekonomik haklar Türk Medeni Kanun hükümlerine göre mirasçılara intikal eder. Ancak fikri mülkiyet haklarının diğer malvarlığı haklarına göre farklı özellikler taşır. Bu nedenle, kanunlarda sözkonusu hakların mirasçılara intikali ve mirasçılarca kullanımıyla ilgili bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu makalede, Türk Hukukuna göre bir edebiyat ve sanat eserini meydana getiren kişinin ölümü halinde, o eser üzerindeki malî hakların mirasçılara intikaline özgü boyutlar üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: eser üzerindeki haklar, malî haklar, miras, malî hakların intikali.

ABSTRACT

The person who created a literary and artistic work has granted economic and moral rights on that work by law order. These rights are under the monopoly of the author and, as long as he/she is alive, can use them as he/she wish and claim them against everyone. Although the moral rights of the author are not suitable for transfer and deployment, economic rights are possible to transfer and license another person. These rights are also transferred to the heirs after the death of the author. On the other hand, economic rights on the work are protected for 70 years after the death of the author and during this period, his/her heirs can benefit from such rights as the owner of the work.

When a person dies, any movable and immovable property and other economic rights belonging to him are transferred to the heirs according to the provisions of the Turkish Civil Code. If it is compared it can be seen that intellectual property rights have different characteristics than others. Therefore, the law includes some special regulations regarding the transfer and use of these rights to the heirs of author. This article focuses on the dimensions specific to the transfer of economic rights to the heirs in the event of the death of the person who created a literary and artistic work under Turkish Law.

Keywords: rights on the work, economic rights of copyright, inheritance, passes of economic rights to the heirs

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi, (e-mail: atesm19@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2401-5384).

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 17.05.2020/ Kabul Tarihi: 05.07.2020).

GİRİŞ

Bir eser üzerinde onu vücuda getirene tanınmış yetki ve menfaatler telif hakları olarak adlandırılır. Eserin meydana getirilmesiyle birlikte kendiliğinden kazanılan telif hakları manevî ve malî nitelikli yetkilerden oluşur. Manevî haklar eseri meydana getirenin kişiliğiyle ilgilidir. Malî haklar ise, hak sahibinin eserden iktisaden yararlanabilme yetkilerini ifade eder.¹

Manevî haklar, parayla ölçülemezler. Bu haklar, eseri meydana getirenin kişiliğine bağlı ve onun kişiliğinin bir parçasıdır. Bunların kullanılıp kullanılmamaları bütünüyle eser sahibinin arzusuna bağlıdır. Bu hakları kendisi kullanabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de kullanırabilir.² Ancak bunların eser sahibiyle irtibatı kesilecek şekilde başka kişilere devir ve temlik mümkün değildir. Keza bu haklar eser sahibi öldüğünde mirasçılara da intikal etmez. Şu kadar ki, FSEK'in 19. Maddesi uyarınca bu haklardan bazıları eser sahibi öldükten sonra belirli kişiler tarafından sınırlı bir süreyle kullanılabilir.

Malî haklar tabiatı gereği devir ve temlik mümkün olan, hak sahibi öldükten sonra da mirasçılara intikal edebilen haklardır. Bunlar, eşya hukukuna konu taşınır ve taşınmaz maddi mallar gibi alınıp satılabilir, kiralanabilir, ödünç verilebilir, bağışlanabilir, başka bir mal veya hakla değiş-tokuş yapılabilir. Ancak hukuk düzeni malî hakları sınırlı bir süreyle korur. Eser sahibi hayatı boyunca bu haklardan istifade eder. O öldükten sonra bu haklar, en çok 70 yıl süreyle koruma altındadır. Eser sahibinin mirasçıları miras yoluyla intikal eden bu hakları, tıpkı eser sahibi gibi bizzat kullanabilir veya bir başkasına hak devri veya lisans devri yaparak kullanılabilmektedir.

imkânına sahiptir. 70 yıllık koruma süresi dolduğunda, artık eser üzerindeki malî haklar toplumun ortak malı haline gelir. Bundan sonra herkes, hatta yabancılar dahi, herhangi bir izne ve bedel ödemeye muhtaç olmaksızın eserden yararlanabilir.

Fikri mülkiyet haklarında korumanın geçici olması, bu hakları maddi mülkiyet haklarından ayırt eden özelliklerin başında gelir. Bu özellikleri nedeniyle söz konusu hakların üçüncü kişilere devir ve temlik ile mirasçılara intikali, maddi mülkiyet haklarına göre bazı farklılıklar arz etmektedir. Örneğin maddi mülkiyet hakları prensip olarak bir başka kişiye kalıcı olarak devredilebildiği halde, fikri mülkiyet hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayri-mahdut devredilebilirler.

Bu makalenin konusunu eser üzerindeki malî hakların mirasçılara intikali oluşturmaktadır. Makalede eser sahibinin malî haklarının miras yoluyla intikalinde özellik arz eden boyutlar ele alınmaktadır. Bu çerçevede konu hakkındaki yasal düzenlemelere kısaca değinildikten sonra, eser sahibinin tek bir kişi olması halinde ona ait malî hakların TMK'nın temel ilkelerine göre miras yoluyla intikali üzerinde durulmaktadır. Arkasından, bir eserin birden fazla sahiplerinden birinin ölümü halinde, bunun hem ölenin hem de diğer eser sahiplerinin malî hakları üzerindeki etkileri değinilmektedir. Son olarak da, miras açıldığında üçüncü kişilerin uhdesinde bulunan malî hakların durumu ve belirli bir süreyle devredilmiş olmaları halinde bunların mirasçılara dönüşü hakkında açıklamalar yapılmaktadır.

İşbu makalede konu, yalnızca eser sayılan fikir ve sanat mahsulleri üzerindeki haklar ile eser sahibi olarak tanımlanan sülhler yönünden ele alınmıştır. FSEK'in 80. maddesinde düzenlenen bağlantılı hak konuları üzerinde bağlantılı hak sahiplerine tanınan haklar, hukuki mahiyeti itibarıyla eser sahibine tanınan haklar ile eşdeğerde kabul edildiği için, burada yapılan açıklamalar niteliğiyle bağdaştığı ölçüde bağlantılı hak konuları üzerinde hak sahiplerine tanınan haklar yönünden de geçerlidir.

¹ Ayrıntı için bkz. Ateş, Mustafa (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, Ankara.

² Aslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II-Fikri ve Sanat Eserleri, İstanbul, s. 88; Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, s. 164; Yarsuvat, Duygun (1984) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul, s. 128.

I. MALİ HAKLARIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİNE İLİŞKİN KANUN HÜKÜMLERİ

Eser sahibi öldüğünde eser üzerindeki mali hakların ne olacağı FSEK'in "Miras" kenar başlıklı 63. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "Bu kanunun tanıdığı malî haklar miras yoluyla intikal eder. Malî haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması caizdir."

Kanunda ayrıca bir eserin birden fazla kimse tarafından meydana getirildiği durumlarda eser sahiplerinden birinin ölümünden sonra ona ait hakların intikaline ilişkin hükümlere de yer verilmiştir (FSEK 64). Madde 65'te ise; malî haklar üzerinde birden fazla kimsenin mirasçı olduğu hallerde terekeye temsilci atanmış ise, temsilcinin haklar üzerinde yapacağı işlemlerle ilgili olarak mirasçuların kararını alma zorunluluğuna ilişkin bir hükme yer verilmiştir. FSEK'in malî hakların intikaliyle ilgili düzenlemeleri, sözü edilen 63, 64 ve 65. maddelerden ibarettir.

Eser sahibinin malî haklarının mirasçılara intikalinde FSEK'in anılan maddeleri dışında TMK'nın "Miras Hukuku" kitabında öngörülen hükümler uygulanır. Filhakika, TMK'nın miras hukukuna dair kurallarına göre, murise ait mameleki nitelikteki varlık ve değerler, mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılara intikal eder (TMK 575). İktisadi ve hukuki mahiyetleri gereği mameleki varlık ve değerler arasında yer alıyor olmasından dolayı eser üzerindeki malî haklar, diğer mameleki varlık ve değerler gibi, mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılara intikal eder (FSEK 63/1). Mirasçılara geçen bu haklar koruma süreleri boyunca varlıklarını sürdürür. Koruma süresi kural olarak eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıldır (FSEK 26 ve 27).

Malî hakların eser sahibinin ölümüyle birlikte miras hukukunun genel hükümlerine göre mirasçılara intikali, bir hukuki olay olan ölümün tabii sonucudur. FSEK'in 63. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olsaydı bile malî haklar, TMK'nın 575 vd. hükümlerine göre

kendiliğinden terekeye dâhil olarak mirasçılara intikal ederdi. O nedenle aslında Kanun koyucunun malî hakların intikaline dair özel hükümler koymasına gerek bulunmadığı söylenebilir. Ancak FSEK projesinin mimarı *Hirsch*, FSEK bakımından telif haklarının hukuki niteliği itibarıyla şahsiyet hakları olmadığını göstermek amacıyla bu yolun tercih edildiğini belirtmektedir.³

II. MALİ HAKLARIN İNTİKALİ VE MİRASÇILAR TARAFINDAN KAZANILMASI

Fikir ve sanat ürünü üzerindeki malî haklar, mahiyetleri gereği ölen kişinin intikale elverişli hukukî varlık ve değerleri arasında yer alır.⁴ O nedenle bu hakların mirasçılara intikali genel hukuk prensiplerine tâbidir. Nitekim FSEK'te malî hakların mirasçılara geçişine ilişkin olarak manevî hakların kullanım yetkisinin intikalini düzenleyen FSEK'in 19. maddesindeki gibi özel bir sıralama öngörülmemiştir. Bu itibarla eser üzerindeki malî haklar eser sahibi öldüğü zaman, ona ait ev, arazi vb. gayrimenkuller ile araba, kitap, ev eşyası vb. menkul mallar gibi miras hukuku kuralları çerçevesinde terekenin bir parçası olarak mirasçılara intikal eder.

Mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle mirası bir bütün olarak kanundan dolayı kazanırlar. Kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla mirasçılar, miras bırakanın aynı haklarını, alacak haklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmaz üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazandıkları gibi; mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olurlar (TMK 599/1). Buna "külli halefiyet" denilir. Külli halefiyet, bir malvarlığının, bütün olarak, aktif ve pasifiyle, tek bir işlemle (hukuki olayla) bir kimseden başka bir kimseye geçmesidir.⁵

³ Ayiter, Nuşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, Ankara, s. 205'ten naklen.

⁴ İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, (2006) Türk Medeni Hukuku-Miras Hukuku, Ankara, s. 55-56.

⁵ Dural, Mustafa / Öz, Turgut (2019) Miras Hukuku, İstanbul, s. 12.

Müteveffa eser sahibine külli halef olan mirasçıların eser üzerindeki malî hakları kazanmaları için, herhangi bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek yoktur. Aynı şekilde eser üzerindeki hakların kazanılabilmesi için eserin tecessüm ettiği eşyanın mirasçılara teslimine veya üzerindeki hakların devir ve temlikine de gerek yoktur. Hatta mirasçılar eser sahibinin ölümünden haberdar olmasalar bile, eser üzerindeki malî hakları ölüm olayının vukuu anında kanundan dolayı (*ipso jure*) kendiliklerinden kazanırlar. Hakları kazanabilmek için mirasın açıldığı anda yani eser sahibi öldüğünde hayatta olmak lâzım ve kâfidir. Mirasçının, eser sahibinin ölümünden birkaç saniye sonra ölmesi dahi, onun eser üzerindeki malî hakları miras yoluyla kazanması için yeterlidir.

FSEK'in 63. maddesinde, malî hakların miras yolu ile intikalinin yanısıra, onlarla ilgili ölüme bağlı tasarrufların yapılmasına da cevaz verilmiştir. Eser sahibinin mirasçuları, kanunî mirasçuları olabileceği gibi, ölüme bağlı tasarrufla atanmış mirasçılar da olabilir. Bu çerçevede eser sahibi ölüme bağlı tasarrufla malî hakların tamamı veya şâyi bir kısmı üzerinde bir veya birkaç kişiyi mirasçı olarak tayin edebilir. Buna eski kanunda "mirasçı nasbı" ve bu şekilde nasbedilen mirasçıya da "mansup mirasçı" denilmiş idi. Yeni kanun "atanmış mirasçı" tabirini benimsemiştir. Eser sahibi tarafından ölüme bağlı tasarrufla atanan mirasçı, diğer kanuni mirasçılar gibi, kanundan dolayı malî haklar üzerinde aynı nitelikte haklara sahip olur (TMK 599). Atanmış mirasçılar da miras, mirasbırakanın ölümüyle kazanırlar (TMK 599/3). Kanuni mirasçılar, atanmış mirasçıya düşen miras, zilyetlik hükümleri uyarınca onlara teslim etmekle yükümlüdür. Atanmış mirasçılar da, kanuni mirasçılar gibi terekenin külli halefleridir. Bu yüzden mirasbırakanın borçlarından dolayı da sorumlu olurlar.

Eser sahibi, terekeye dâhil bir değeri muayyen mal vasiyeti şeklinde bir kimseye bırakabilir. Buna göre kendisine terekeden belli bir değer vasiyet edilen kişi "vasiyet alacaklısı", eski kanundaki ifadesiyle "musaleh" olarak nitelendirilir.

Muayyen mal vasiyetinin konusu eser sahibine ait malî haklardan birini veya birkaçını oluşturabilir. Bu takdirde vasiyet alacaklısı "cüz'i halef" durumundadır. Cüz'i halefler, sözkonusu malî hak veya hakların devrini talep konusunda vasiyeti ifa ile yükümlü olanlara karşı ileri sürebilecekleri kişisel bir alacak hakkına sahip olurlar (TMK 600/1).⁶

Eser sahibinin malî haklar üzerinde yaptığı ölüme bağlı tasarruflara da genel hükümler uygulanır. Ölüme bağlı tasarruf işlemiyle mahfuz hissenin ihlal edildiği anlaşılırsa, eser sahibinin saklı paylı mirasçuları, ölüme bağlı tasarruflara karşı bu hususa müteallik hükümlere göre hukukî yollara başvurulabilirler (TMK 504, 557, 558 vd.).⁷

Eser sahibinin mirasçısı yoksa veya mirasçı olabileceklerin hepsi de ondan evvel ölmüşlerse, herhangi bir kimseyi de mirasçı olarak atamamış ise, ona ait malî hakların yegâne mirasçısı devlet olur. Bu takdirde eser sahibine ait tüm malî haklar devlet tüzel kişiliği namına Hazineye intikal eder. Çünkü sahipsiz mal olabildiği hâlde, sahipsiz hak olamaz.⁸ Eser sahipliği sona erdiği hâlde, ona ait eser üzerindeki bazı hakların varlığını bir süre daha devam ettirmek isteyen hukuk düzeni, bu türden hakların süjesini de tâyin etmek zorundadır. Bu yüzden Medeni Kanun, mirasçı bırakmadan ölen kişiye devleti varis tâyin etmiştir (TMK 501).

Bunun tabii sonucu olarak eser, onu meydana getiren hiçbir mirasçısı olmasa bile koruma süresi doluncaya kadar serbest hâle gelmez. Eserin üzerindeki malî haklar, koruma süreleri doluncaya kadar devletin hüküm ve tasarrufuna tabi olur. Devlete intikal eden malî haklardan yararlanmak isteyen kişiler, koruma süresi doluncaya kadar, hakların devir ve temlik sözleşmelerini ve kullanma yetkisi tanınmasına ilişkin ruhsat işlemlerini devletle yaparlar.

⁶ İnan / Ertaş / Albaş, s. 223 vd.

⁷ İnan / Ertaş / Albaş, s. 279 vd.

⁸ İnan / Ertaş / Albaş, s. 51.

III. MİRASÇILARIN TEREKEYE DÂHİL MALİ HAKLARDAN YARARLANMASI

Mirasbırakanın ölümüyle geriye kalan malvarlığına “miras” veya “tereke” denir. Tereke, mirasbırakanın şahsına bağlı olmayan bütün hukuki ilişkilerinden oluşur.⁹ Dolayısıyla tereke, aynı zamanda ölenin malvarlığı anlamına da kullanılan bir terimdir. Çünkü tereke mirasbırakanın malvarlığının aktif ve pasiflerinden oluşan bir bütündür. Buna karşın ölenin şahısvarlığına ilişkin değerler terekeye dâhil değildir. Dolayısıyla eser sahibinin eser üzerindeki manevî hakları malvarlığı değerlerinden sayılmadığı için mirasçılara terekenin bir parçası olarak intikal etmezler. Ancak kanun koyucu bu hakların, eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocukları, mansup mirasçıları, ana-babası ve kardeşlerine tarafından sınırlı bir süre ile kullanılmasına izin vermiştir (FSEK 19).¹⁰

Eğer birden fazla mirasçı varsa, mirasbırakanın ölümünden itibaren bunlar arasında “miras şirketi” denilen bir ortaklık ilişkisi doğar. Tek bir mirasçının sözkonusu olduğu hallerde böyle bir ortaklık oluşmaz. Miras ortaklığını doğuran olay miras bırakanın ölümüdür. Onun ölümüyle birlikte ortaklık kendiliğinden teşekkül etmiş olur (TMK 599). Nitekim TMK 640/1’de “*Birden çok mirasçısı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir*” denilmiştir. Bu hüküm emredicidir. O nedenle, bu ortaklık ilişkisinin tesisinde miras bırakanın veya mirasçılarının iradesi önem taşımaz. Ancak bu or-

taklık tüzel kişiliği bulunmayan ve terekenin taksimine kadar sürdüğü için de geçici nitelik taşıyan bir ortaklıktır.

Miras ortaklığına eşya hukukunun elbirliği (iştirak halinde) mülkiyete dair hükümleri uygulanır. Mirasçılar, eser sahibinden intikal eden malî haklar üzerinde, miras hukukuna ilişkin hükümler dairesinde, iştirak hâlinde mülkiyet kurallarına göre hak sahibi (malik) olurlar. Bu nedenle mirasçılardan hiçbiri tek başına veya oçokluğuyla terekeye dâhil malî haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz (TMK 640). Örneğin mirasçılardan biri tek başına, eserin çoğaltılması ve yayımlanması için bir yayınevine hak devri veya ruhsat verilebilmesi için anlaşma yapamaz. Aynı şekilde bir eserin işlenmesi, kiralınmasına, çoğaltılmasına, yayımlanmasına, temsiline, radyo-televizyonda yayınına, internet ortamında umuma iletimine tek başına karar vermez. Bunun için bütün mirasçıların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Aynı şekilde mirasçılar terekeye dâhil malî haklardan doğan borçlardan da iştirak halinde sorumlu olurlar. Mesela eser sahibi, eserin çoğaltılmasını temin için bir matbaaya borçlanmış ise, mirasçılar bu borçlardan birlikte-müteselsilen sorumludurlar (TMK 641/1).

Miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçılar, üzerinde iştirak halinde mülkiyete sahip oldukları malî hakları birlikte kullanır ve onlardan birlikte yararlanırlar. Nitekim TMK’nın 640/2 hükmü mirasçılarının, sözleşme ve kanundan doğan istisnalar dışında, terekeye dâhil bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edebileceklerini hükme bağlamıştır. O nedenle mirasçılardan herhangi birinin, diğerlerini eser üzerindeki malî hakları kullanmasını veya yararlanmasını menetmesi mümkün değildir. Örneğin, eser sahibi öldükten sonra onun alt soyu ile eser sahibine mirasçı olan eşi, eser üzerindeki malî hakları tek başına kullanmış ise, bundan dolayı hukuken sorumlu olur. Aynı şekilde, kendisi eserden yararlanırken, eser sahibinin alt soyunun yararlanmasına izin vermemiş ise, bu eyleminden dolayı onlara karşı mesuldür.

⁹ Kocayusufoğlu, Necip (1987), *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul; Dural/Öz, s. 8

¹⁰ Ayrıntı için bkz. Merdivan, Fethi (2014), ‘Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)’, *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi*, S: 1, s. 94-144; Yavuz, Levent (2007), ‘Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK Mad. 14) ve Manevî Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK Mad. 19)’, *Yargıtay Dergisi*, S: 1-2, C: 33, s. 59-70.

Mirasçılardan her birinin, malî hakların kullanılmasından doğan ihtilafların hâlli veya haklı bir sebep yokken bu haklara ilişkin herhangi bir hukukî işleme izin verilmemesi gibi hâllerde, mahkemeye müracaat hakları vardır.¹¹ Bunun için FSEK 10/2 hükmü kıyasen uygulanabilir. Bu hükme göre eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir. Eser sahipleriyle ilgili bu kuralın, malî haklara elbirliği halinde malik olan mirasçılar bakımından da kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Buna göre, malî haklar mirasçılardan herhangi birisi tarafından ihlal edildiği takdirde, diğer mirasçılardan herhangi biri, ihlalde bulunan mirasçıya karşı tek başına hakkın korunması için öngörülen hukuki yollara başvurabilir.

TMK 640 uyarınca mirasın taksimine kadar aralarında özel bir sözleşme ile başka bir tespit bulunmamışlar ise, malî hakların yönetimi hususunda da elbirliği prensibine göre hareket ederler. Bununla beraber, malî haklara müteallik olağan işler her bir mirasçı tarafından yapılabilir. Ancak temsil yetkisi verilmemiş ise mirasçılardan hiçbiri, tereke işlemlerinde diğerlerini temsil edemez. Temsil yetkisi olmaksızın terekeyi borçlandırıcı işlemleri yapan mirasçı, yetkisiz temsil hükümlerine göre sorumlu olur (TBK 146 ve 147). Örneğin mirasçılardan birinin, terekeye dâhil sinema eserinin gösterimi konusunda bir TV kanalı ile hukukî işlem yapabilmesi için, diğer mirasçılardan izin alması veya işlem yapıldıktan sonra onlar tarafından bu işleme icazet verilmiş olması gerekir. Aksi halde bu işlem diğer mirasçıları bağlamaz. Bu gibi hallerde hukukî işlemi yapan kişi, sözkonusu filmin TV’de yayımlanmamış olması gibi borcun ifa edilememiş olmasının sonuçlarına kendisi katlanır.

Miras şirketiyle ilgili dava ehliyetine gelince; mirasçılardan hiçbiri terekeyle ilgili konularda husumet ehliyetine sahip değildir. Husumet ehliyeti (i) aktif dava ehliyeti ve (ii) pasif dava ehliyeti şek-

linde ikiye ayrılır. Bir davada davacı olabilmeye “aktif dava ehliyeti” ve davalı olabilmeye de “pasif dava ehliyeti” denir. Terekeyle ilgili konularda mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. O nedenle terekeyle ilgili olarak bir dava açılması gerektiğinde davanın bütün mirasçılardan birlikte açılması, terekeye karşı açılacak davaların da bütün mirasçılara karşı açılması gerekir.

Buna göre terekeye dâhil bir eserin, mirasçılardan izin alınmaksızın korsan baskısı yapılarak yayımlandığı bir olayda, dava dilekçesinde bütün mirasçılardan “davacı” olarak gösterilmesi gerekir. Keza, mirasbırakanın yazdığı eserde usulsüz iktibas veya intihal yoluyla başka bir eser üzerindeki hakları ihlal ettiğinden bahisle, terekeye karşı açılan bir maddi ve manevî tazminat davasının da bütün mirasçılara karşı açılması ve dava dilekçesinde hepsinin de “davalı” olarak gösterilmesi gerekir. Aksi halde dava, dava şartı yokluğundan reddolunur. Şu kadar ki; mirasçılıkta zorunlu dava arkadaşlığının güçlüklerini dikkate alan kanun koyucu, yeni Medeni Kanununun 640. Maddesine eski kanunda bulunmayan bir hüküm eklemiştir. Buna göre “*Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçılardan hepsi yararlanır*” (TMK 640/4).¹²

Görüldüğü gibi tek başına bir mirasçının dava açabilmesi ve diğer yasal yollara başvurabilmesi için “terekedeki hakların korunması amacı” ile sınırlandırılmıştır. Örneğin bir mimarın çizdiği mimari projeyi, onun ölümünden sonra mimarın eşi ve çocuklarından izin almadan tatbik suretiyle bir bina inşa etmeye kalkışan müteahhide karşı, üç mirasçılardan her biri tek başına tecavüzün refi, men’i ve tazminat davaları açabilir ve her biri tek başına sair hukukî yollara başvurabilir. Çünkü

¹¹ Arslanlı, s. 166; Ayiter, s. 205; Erel, N. Şafak (2008) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, s. 290.

¹² Keza TMK’nın elbirliği mülkiyetine ilişkin olarak 702. maddenin dördüncü fıkrasında “*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır*” denilmiştir. Her iki hüküm de aynı amaçla hizmet ediyor olmakla birlikte, TMK 640/4 hükmü eski kanun döneminde miras hukukunda yaygın olan bir soruna açıklık getirmek amacıyla getirmiştir. Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M. (2018) Miras Hukuku, Ankara, s. 320-321.

failin eylemi terekeye dâhil bir malî hakkın ihlali niteliğindedir. Örnek olayda sadece müteveffa mimarın eşinin dava açtığı farz edilirse, eskiden olduğunun aksine, hâkim bu davayı, diğer mirasçılarının da taraf olması gerektiğinden bahisle dava şartı yokluğundan reddedemez.

Bu gibi hallerde dava neticesinde elde edilen sonuçtan sadece davayı açan eş değil, diğer mirasçılar da yararlanır. O nedenle mahkeme, “tereki ile ilgili korumadan tüm mirasçılarının yararlanabileceği” şekilde bir hüküm vermelidir.¹³ Dava aleyhe sonuçlandığı takdirde, diğer mirasçılar bundan etkilenmezler; zira kanun diğer mirasçılara sadece “korumadan yararlanma” imkânı vermiştir.¹⁴ Davanın aleyhe sonuçlanırsa, bu durum, diğer mirasçılar için kesin hüküm oluşturmaz. Bu takdirde onlar da aynı konuda yeniden gerekli tedbirlerin alınması için hukuki yollara başvurabilir.¹⁵

Mirasçılar, malî haklarla ilgili kendi paylarına ilişkin davaları açmak veya bu konuda sair yasal yollara başvurmak için diğer mirasçılarla birlikte hareket etmek zorunda değildir. Buna mukabil, mirasbırakanın ehliyetsizliği veya irade bozukluğuyla yaptığı hukuki işlemlerin iptali davalarının bütün mirasçılarca birlikte açılması gerekir. Bu davayı kendileri açmazlarsa, bunun için tereke temsilcisi tayin etmeleri şarttır.¹⁶

IV. VASİYETİ TENFİZ MEMURU VEYA TEREKE TEMSİLCİSİ ATANMIŞ OLMASI

Eser sahibi ölüme bağlı tasarrufla bir vasiyeti tenfiz memuru da tayin etmiş olabilir. Vasiyeti tenfiz memuru sadece vasiyetnameyle atanabilir (TMK 550 vd). Vasiyeti tenfiz memurunun; terekeyi idare ve temsil etmek, mallar üzerinde tasarrufta bulunmak, mirası tasfiye etmek ve paylaşım gibi görevleri vardır. Vasiyeti tenfiz memurunun ayrıca FSEK 19

kapsamında manevî hakları kullanma yetkisi de vardır.

Dolayısıyla tayin edilmiş ise, eser üzerindeki malî haklar mirasçılara intikal etmiş olsa bile, bunların yönetimi ve tasarruf yetkisi vasiyeti tenfiz memuruna aittir. Vasiyeti tenfiz memuru bu yetkilerini kanundan alır. O nedenle vasiyeti tenfiz memuru bu yetkileri tek başına kullanır. Vasiyeti tenfiz memuru bu konudaki yetkilerini kullanırken mirasçılarının oyuna başvurmak zorunda değildir. Bu gibi hallerde mirasçılar ise yalnızca terekeye dâhil malî hakların semerelerinden istifade eder.¹⁷

Vasiyeti tenfiz memurunun tayin edilmediği durumlarda, mirasçılardan birinin talebi üzerine mürisin son ikametgâhı mahkemesince, mirasçılarının uyuşmazlığı gibi nedenlerle miras şirketini idare etmek üzere, TMK 640 uyarınca bir tereke temsilcisi tayin edilebilir. Bunun için mirasçılardan birinin sulh hukuk mahkemesine başvurması ve mahkemenin de talep doğrultusunda karar vermesi yeterlidir.¹⁸

Tereke temsilcisinin yetkileri vasiyeti tenfiz memurunun yetkileri kadar geniş değildir. Meselâ tereke malları üzerinde tasarruf yetkisi, mirası tasfiye ve paylaşım gibi görevleri yoktur. Onun yetkisi terekenin idaresi ve miras şirketinin davada temsili ile sınırlıdır.¹⁹ Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, eser sahibinin terekesinde bu FSEK'in tanıdığı malî haklar mevcut olup da TMK madde 640 (eMK 581) kapsamında bir temsilci

¹³ Dural / Öz, s. 584; Kılıçoğlu, s. 322.

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 323.

¹⁵ Dural / Öz, s. 584.

¹⁶ Kılıçoğlu, s. 323; Ayan, Mehmet (2002) Miras Hukuku, Konya, s. 233.

¹⁷ Arslanlı, s. 166; Erel, s. 290; Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, s. 538.

¹⁸ Dava, eser sahibinin 11.2.2005 tarihinde ölümü üzerine, miras yoluyla intikal eden eserleri üzerindeki malî haklarının takibi ve korunması için temsilci atanması isteğine ilişkin olup, TMK'nın 640/3. maddesine dayanmaktadır. Mirasçılardan birinin istemi üzerine terekeye temsilci atanması isteklerinde yetkili mahkeme miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olup (TMK 640, 576), kesin yetkidir. Mahkemece res'en gözetilmesi zorunludur. Toplanan delillerden eser sahibi olan miras bırakanın son yerleşim yerinin Çanakkale olduğu anlaşılmaktadır. O halde, yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T: 31.03.2008, E: 2007/20362, K: 2008/4357).

¹⁹ İnan / Ertaş / Albaş, s. 544.

tâyin edilmişse, “*temsilcinin, bu haklar üzerinde yapacağı muameleler için mirasçılarının kararını almaya mecbur*” olduğunu hükme bağlamıştır.

Şu durumda tereke temsilcisi, malî haklar üzerinde temsil yetkisi dâhilinde yapabilecek olduğu hukukî işlemler için, eser sahibinin birden çok mirasçısı varsa, bunların görüşünü almak zorundadır. Ancak temsilci, mirasçılar arasında görüş birliği sağlanmadığı için yapmak istediği işlemi yapamazsa mirasçılardan herhangi biri FSEK 10/2 hükmüne kıyasen mahkemeye müracaatla hâkimin müdahalesini talep edebilir.²⁰

Mirasçılar tereke temsilcisini, hâkim tarafından atanması yerine kendi aralarında anlaşarak tayin edebilirler.²¹ Bu takdirde iradi temsilden söz edilebilir. Bu temsilcinin TMK 640 hükümlerine göre hâkim tarafından atanan temsilciden farkı, TBK 40 vd. hükümlerine tabi olmasıdır. Dolayısıyla bu şekilde temsilci atanabilmesi için bütün mirasçıların oybirliği gerekir. Aynı şekilde hâkim tarafından tayin edilen temsilcinin görevine son verme yetkisi olmayan mirasçılar, iradi temsilcinin yetkisini her zaman TBK 42’ye göre geri alabilirler.²²

V. BİRDEN ÇOK KİŞİ TARAFINDAN MEYDANA GETİRİLEN ESERLERDE ESER SAHİPLERİNDEN BİRİNİN ÖLÜMÜNÜN MALİ HAKLARA ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Bir eser birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş olabilir. Bir eser, birden fazla kişi tarafından iki şekilde meydana getirilebilir. Eser, birden fazla kişi tarafından ya “ortaklaşa” veya “birlikte” meydana getirilir. Birden çok kişi tarafından meydana getirilen eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bu tür eserlere “ortak eser” veya “müşterek eser” denilir. Eserin bu şekilde vücuda getirilmesine “ortaklaşa meydana getirme” diyoruz. Bir eser

kısımlara ayırlamayacak şekilde meydana getirilmiş ise buna da “birlikte eser” veya “iştirak halinde eser” denilir.²³

Hemen belirtelim ki; ister ortak eser mahiyetinde isterse birlikte eser mahiyetinde olsun eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirildiği hallerde eser sahiplerinin tamamının aynı anda ölümü kural olarak tek kişi eser sahibinin ölümü gibi hüküm ve sonuçlar doğurur. Buna göre, eser üzerindeki malî haklar miras hukuku kurallarına göre eser sahiplerinin mirasçılara intikal eder. Manevî haklar ise, FSEK 19 hükümlerine tâbi olur. Bu durumda malî hakların intikaline dair yukarıda yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

Buna mukabil, eser sahipliğinin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda eser sahiplerinden birinin ölümü halinde ona ait hakların intikali, tek kişi eser sahibinin haklarının intikali kadar basit değildir. Zira eser sahiplerinin tamamı değil de içlerinden biri ölmüş ve hayatta kalan bir eser sahibi varsa, eser sahipleri birliği âdi şirkette olduğu gibi kendiliğinden sona ermez.²⁴ O yüzden kanun koyucu bu hususa özgü bir düzenleme vazetme ihtiyacı hissetmiştir.

Binaenaleyh, bir eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirildiği hallerde, eser sahiplerinden birinin ölümünün, ona ait malî haklar üzerinde ne gibi hüküm ve sonuçlar doğuracağı FSEK’in 64. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu maddede sadece elbirliği ile meydana getirilen ve iştirak halinde eser sahipliği olarak da adlandırılan birden çok kişinin eser sahipliğine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Buna göre mezkûr maddeye göre malî hakların intikali bakımından konuyu; (i) eserin tamamlanmasından veya alenileşmesinden önce eser sahibinin ölümü, (iii) tamamlanmış eserin alenileşmesinden sonra eser sahibinin ölümü ve (iii) eser tamamlandıktan sonra ve fakat alenileşmesinden önce eser

²⁰ Arslanlı, s. 79; Erel, s. 290; Tekinalp, s. 538; Öztan, s. 538.

²¹ Dural / Öz, s. 584.

²² Dural / Öz, s. 584.

²³ Bu konularda ayrıntı için bkz. Ateş, Mustafa (2012) Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Ankara.

²⁴ Öztan, s. 265.

sahibinin ölümü ihtimallerine çerçevesinde değerlendirilmek mümkündür.

Kanunda bir eserin ortaklaşa meydana getirildiği hallerde, ortak eserin sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin haklarının intikaline ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Aşağıda birlikte eser sahipliği konusunu ele aldıktan sonra kısaca bu hususa da değinilecektir.

B. BİRLİKTE (ELBİRLİĞİ) HALİNDE ESERİ MEYDANA GETİRENLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ

Mali hakların akıbetine değinmeden önce, birlikte eser sahipliğinin hukuki mahiyeti hakkında kısa bir açıklama yapmanın faydalı olacağı değerlendirilmektedir. FSEK'in 10. maddesinde düzenlenen bir eserin birden fazla kişi tarafından birlikte (elbirliği halinde) meydana getirilen eserlerin ortaklaşa meydana getirilen eserden farkı, vücuda getirilen mahsulün ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi, yani ortak eserin aksine, kısımlara ayrılmasının mümkün olmamasıdır. Eseri meydana getiren kişilerin ortaya koyduğu ürünün kısımlara ayrılması fiilen mümkün olmadığı için; onu vücuda getirenler bu bütünlük üzerinde "birlikte eser sahibi" veya "iştirak (elbirliği) halinde eser sahibi" olarak kabul edilir. Birlikte eserler, tıpkı elbirliği mülkiyetine konu eşya gibidir; o nedenle her eser sahibi eserin adeta her bir zerresinde eser sahipliğinden doğan haklara sahiptir. Çünkü birlikte eser, çeşitli madenlerin bir pota içinde eritilmek suretiyle oluşturulan eşyaya gibidir. Dolayısıyla, bu eserin kısımlara ayrılması ve eseri meydana getiren kişilerin ona yapmış oldukları katkıların birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz. Nitekim kanunda birliğe adi şirket hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür (FSEK 10/2).

Böyle bir eseri meydana getirenlerden birinin ölümü halinde, yukarıda da ifade edildiği üzere, ona ait malî hakların ne olacağı eserin tamamlanmış olup olmamasına ve alenileşmiş olup olmaması gibi ihtimaller dikkate alınarak FSEK'in 64. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

1. Tamamlanması veya Alenileşmesinden Önce Eser Sahiplerinden Birinin Ölümü

Birden çok kişiden oluşan eser sahipliğinde eser sahiplerinden biri, henüz eser tamamlanmadan yahut eserin alenileşmesinden önce ölürse, onun hissesi diğerleri arasında taksime uğrar. Bunlar ölenin mirasçılara münasip bir bedel ödemekle mükelleftirler. Miktar üzerinde uzlaşmazlarsa bunu mahkeme tâyin eder (FSEK, 64/1). Buna göre Kanun, henüz tamamlanmamış veya alenileşmemiş bir eserle ilgili olarak, ölen eser sahibinin eser üzerindeki hakkının niteliğini dikkate alarak, bu hakkın mirasçılara intikal etmesi suretiyle birliğe katılmalarına imkân vermemiştir. Bunun yerine, ölenin payının kalanlar arasında paylaşımı ve bu suretle diğer ortakların hisselerindeki artıştan dolayı ölenin mirasçısına münasip bir bedel ödenmesi öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle; mirasçılardan birliğe katılmalarına imkân verilmeyecek, onlara sadece münasip bir bedel isteme hakları tanınmıştır. Burada "taksime uğrayan hisse" deyişi, tamamlanmamış eser üzerinde sözkonusu olabilecek malî nitelikteki menfaatleri ifade eder. Sağ kalanlar tarafından ödenen münasip bir tazminattan sonra, ölenin mirasçılarının eser üzerindeki malî haklarla olan münasebeti kesilir.²⁵ Ölenin payı, sözleşmede aksine hüküm yoksa ortaklıktaki payları oranında kendiliğinden diğer ortaklara geçer (TBK 634/1).

Henüz tamamlanmamış veya bulunduğu seviye itibarıyla da eser olarak korunabilir durumda olmayan bir çalışma üzerinde bir takım malî menfaatler söz konusu olsa da, manevî hakların bulunduğundan söz edilemez. Ancak, eser henüz tamamlanmadan evvel ölen eser sahibi, o ürünün bulunduğu seviyeye gelmesinde değeri parayla ölçülebilir maddî, fizikî veya fikrî katkıda bulunmuş olabilir. Dolayısıyla öldüğü zaman bu katkının karşılığı olan maddî değer mirasçılara ödenmesi tabiidir. İşin niteliği, böyle bir birliğe ölen kişinin yerine onun mirasçısının katılmasına elverişli değildir. Zira eser

²⁵ Arslanlı, s. 171; Erel, s. 291.

sahibinin yaşamış olsaydı bile esere katacağı hususiyet mahiyeti itibarıyla intikale elverişli değildir.²⁶ Ancak, ölen kişinin hâiz bulunduğu seviyede eser meydana getirme yeteneğine sahip bir mirasçı, diğer eser sahiplerinin oluruyla birliğe katılabilmelidir. Bunun için diğer eser sahiplerinin ittifakı şarttır. Zira TBK 632/1 hükmünce âdi şirketlerde ortaklığa yeni bir ortak alınması, bütün ortakların rızasına bağlıdır. Bu gibi durumlarda mirasçının birliğe bu şekilde katılımının, mirasçılık sıfatıyla değil, eseri vücuda getirenlerden biri olmak sıfatıyla olduğunun kabulü gerekir.²⁷

Henüz tamamlanmamış bir eser sözkonusu ise, hayatta kalan eser sahipleri içlerinden birinin ölümü ile birliğe devam etmek istemiyorlarsa, yani eseri tamamlamaktan vazgeçiyorlarsa, kural olarak, ölenin mirasçıları herhangi bir talepte bulunamaz.²⁸ Birliğe devam etmeme kararı verilmesi hâlinde, sözleşmede özel hükümler öngörülmemiş ise, eser sahipleri arasındaki tasfiyeye âdi şirket hükümleri uygulanır.

Tamamlanmamış bir eser de bulunduğu seviye itibarıyla FSEK hükümlerine göre himayeye mazhar bir mahiyet taşıyabilir.²⁹ Bu takdirde hayatta kalanların, ölenin FSEK 19'da belirtilen yakınlarını manevî hakları kullanabilmeleri için birliğe kabul

mecburiyeti vardır. Tamamlanmamış ve fakat bulunduğu düzey itibarıyla korunabilir olan çalışmanın hayatta olan sahipleri eser dolayısıyla herhangi bir kazanç elde etmişlerse, bu kazançtan ölenin payına düşen kısmı onun mirasçılarına vermeleri ve eserin bitirilmesine devam etmeme kararını da mirasçılarla birlikte almaları uygun olur.³⁰

Ölüm anında eserin ulaştığı seviye tamamlanmaya yakınsa, ölenin birlikten çıkarılmaması ve eserde onun adının da belirtilmesi gerekir.³¹ Kanunumuzda bilgisayar programının hazırlık tasarımlarının eser olarak korunması açıkça hükme bağlanmıştır (FSEK 2). Bu sebeple sonraki bir aşamada bilgisayar programı mahiyetini kazanacak hazırlık tasarımının üretimine iştirak eden bir programcının, eser tamamlanmadan evvel vefat etmesi hâlinde, birlikten çıkarılması uygun değildir. Ayrıca FSEK 15 uyarınca eserde ölenin adının da belirtilmesi gerekir. Bu hüküm, somut olayın özelliğine göre diğer eserler bakımından da kıyasen uygulanabilir.

2. Tamamlanmış Eserin Alenîleşmesinden Sonra Sahiplerinden Birinin Ölümü

FSEK 64/2 hükmüne göre; eser sahiplerinden biri eserin alenîleşmesinden sonra ölürse, diğerleri, ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmemekte serbesttirler. Burada sağ kalan eser sahiplerine seçimlik hak tanınmıştır. Onlar, birliğin dilerlerse mirasçılarla birlikte, dilerlerse kendilerine münasip bir bedel ödeyerek mirasçılar olmaksızın devamına karar verebilirler.

Bununla beraber, taraflar arasındaki sözleşmede eser sahiplerinden birinin ölümü hâlinde birliğin mirasçılarla devamı öngörülmüş ise, birliğin mirasçılarla devamı için ayrıca karar alınmasına gerek yoktur. Sözleşmede hüküm olmaması hâlinde sağ kalanların birliği ölenin mirasçılarıyla devam ettirebilmeleri için oybirliğiyle karar vermeleri gerekir (FSEK 64/3). Oybirliği sağlanmadığı takdirde

²⁶ Öztan, s. 546.

²⁷ Tekinalp, s. 212; Erel, s. 291.

²⁸ Öztan, s. 546.

²⁹ Yargıtay'ın bir kararında; sinema eserlerinde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarının eserin birlikte sahibi olduğunu öngören FSEK 8/3. hükmüne işaretlenen bir TV filmiyle ilgili kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Kural olarak telif ücretine hak kazanılması için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bazı hallerde, eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa, bu takdirde FSEK 1/B ve 5. maddesi anlamında 'eser' olarak kabul edileceğinden; eser sahiplerinden olan yönetmen de telif ücretine hak kazanacaktır. O halde, bilirkişilerden sıfatı itibarıyla az önce açıklanan hususlarda ek mütalaa istenilerek, davacının çekimlerini yaptığı ve tamamlanmamış olan üçüncü bölüm incelenerek; belli bir düzeye gelip gelmediği ve bu düzey itibarıyla yönetmen davacının hususiyetini taşıyıp taşımadığı saptandıktan sonra bu bölüm için telif ücretine hükmedilmesi gerekir." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 3.2.2006, E: 2005/354, K: 2006/915).

³⁰ Tekinalp, s. 212; Öztan, s. 546-547.

³¹ Tekinalp, s. 213.

birliğin mirasçılarla devamına imkân yoktur. Ancak taraflar, FSEK 10/2 uyarınca birliğin devamına muhalefet edenin iradesine kaim olmak üzere mahkemen karar alarak birliğin devamını sağlayabilirler. Çünkü bu karar birliğin yönetimine ilişkin alelade bir işle ilgili olmayıp, birlik statüsünün devamına ilişkin hayati bir karardır.³²

Birliğe mirasçılarla devam kararı veren eser sahipleri, onlardan birliğe karşı haklarını kullanmak üzere bir temsilci atamalarını isteyebilirler. Temsil yetkisi, malî haklar üzerinde tasarruf mahiyetinde bir işlem niteliğini taşımadığı için, FSEK 52 uyarınca yazılı şekle bağlı değildir. Mirasçılar birlik nezdinde temsil eden kişinin yetkisi esere ilişkin malî haklara inhisar eder. Manevî haklar mirasçılara miras hukuku kurallarına göre intikal etmez. Bu sebeple birlik nezdinde bu hakları kullanma yetkisi mirasçılara değil FSEK 19'da belirtilen kişilere aittir. Bunun sonucu olarak denilebilir ki; FSEK 19'da belirtilenler arasında yer almayan mirasçılarının temsilcisi konumunda olan kişinin manevî haklara ilişkin temsil yetkisi yoktur.

Birliğin mirasçılarla devam etmemesi yönünde karar verilirse, ölene ait malî haklar diğer eser sahipleri arasında taksim olunur. Bunun karşılığında, birliğe devam eden eser sahipleri tarafından ölenin mirasçılara münasip bir bedel ödenmesi gerekir (FSEK 64/4). Taraflar uzlaşamazlarsa tazminatın miktarına mahkemece karar verilir (FSEK 64/1). Manevî haklar ise, birliğe ölenin mirasçılarının olmaksızın devam yönünde karar alan eser sahipleri ile ölenin haklarını kullanma konusunda FSEK 19'a salahiyyetli olan kişilerle birlikte kullanılır.

3. Tamamlanmış Eserin Henüz Alenileşmesinden Önce Eser Sahibinin Ölümü

Eser tamamlanmış olup da henüz alenileşmeden evvel eser sahiplerinden birinin ölümü hâlinde hangi prensibin geçerli olacağı hususu Kanunda muğlak bırakılmıştır. Gerçi FSEK 64'ün

ilk fıkrası hükmü, eser sahiplerinden birinin eserin alenileşmesinden önce ölmesi ihtimalini de içerecek şekilde kaleme alınmıştır.

Ancak bu hükmün, tamamlanmış olduğu halde alenileşmesinden evvel sahiplerinden biri ölen eserler bakımından uygulanması hakkaniyete uygun değildir. Çünkü bir eser tamamlanmadan evvel FSEK anlamında malî ve manevî hakların konusunu oluşturmasa da, tamamlanmış bir eser bu hakların konusunu teşkil edebilir. Eser sahibinin mirasçılarının eser üzerindeki menfaatlerden dışlanması kabul edilemez.

Bu sebeple, baştan sona kadar ölenin de fikrî mesaisiyle tamamlanmış bir eser, ölüm hâdisesinden sonra alenileştirildiği takdirde, ölenin payı diğerleri arasında taksim olunarak mirasçılarla birlikte dışlanamamalıdır. Böyle bir eser alenileşmiş hükmünde sayılarak,³³ FSEK 64/2 uyarınca hayattaki eser sahiplerinin birliği ölenin mirasçılarıyla sürdürüp sürdürmeme konusunda tercih haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.³⁴

C. BİR ESERİ ORTAKLAŞA (MÜŞTEREK) MEYDANA GETİRENLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ

Eserin ortaklaşa meydana getirilmesine ilişkin hususlar FSEK'in 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ortak eser birden fazla kişi tarafından kısımlara ayrılabilir şekilde meydana getirildiği için, böyle bir eserin meydana getirilmesine katkı veren herkes, kendisi tarafından vücuda getirilen kısmın sahibi sayılır. Ortak eseri oluşturan her bir kısmın diğer kısımlardan bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira kısım kendi başına hukuken "eser" olma vasfına sahiptir. Böyle bir eseri meydana getirenler kendilerinin mahsulü olan kısım üzerinde, paylı mülkiyete konu bir mal üzerinde her bir paydaşın sahip olduğu benzer yetkilere sahiptir.

³³ Tekinalp, s. 212-213; Öztan, s. 547. Aksi görüş, Arslanlı, s. 171.

³⁴ Erel, s. 291.

³² Erel, s. 291.

Kısımlara bölünmesi mümkün bir eseri ortaklaşa meydana getirenlerden birinin ölümü halinde, ortak eser üzerindeki malî hakların akıbeti hususunda kanunda bir hükme yer verilme gereği duyulmamıştır. Zira bu tür eserlerde eser sahiplerinden herbiri kendi meydana getirdiği kısım üzerinde eser sahipliğinden doğan her türlü hakka sahip olup, kendi payı üzerinde aksine anlaşma yoksa dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu konuda FSEK 9 hükümleri uygulanır. Eser sahiplerinden biri ölürse ona ait kısım üzerindeki malî haklar, bir eseri tekbaşına meydana getirmiş kişinin ölümü hallerinde olduğu gibi ölenin mirasçılarına geçer. Mirasçılar, ortak eserin müteveffa eser sahibi tarafından meydana getirilen kısmı üzerinde, ortak eserin diğer kısımlarının sahiplerinden bağımsız olarak tasarrufta bulunabilir. Ancak eser sahipleri aralarındaki ilişkileri daha önceden sözleşme ile belirlemişler ise, mirasçılar da kural olarak bu ortaklık sözleşmesiyle bağlıdır. Örneğin ortak eseri oluşturan kısımların beş yıl süreyle ortak eserden bağımsız olarak yayımlanamayacağı kararlaştırılmış ise, mirasbırakanın bu taahhüdüyle mirasçılar da bağlıdır. Ortaklık süresi dolduktan sonra mirasçılar, ortak eserin muris tarafından meydana getirilen kısmına ilişkin malî haklar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler.

Bir eseri ortaklaşa meydana getirenler arasında aksi kararlaştırılmamış ise, kural olarak, ortaklık koruma süresi doluncaya kadar devam eder. O nedenle ortak eserin diğer sahipleri ölenin mirasçılarında FSEK 9 hükümlerine göre özellikle bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması gibi tasarruflara katılmalarını isteyebilirler. Mirasçılar ortak eserle ilgili bu türden işlemlere iştirakten kaçındıkları ve bu kaçınmak için de haklı sebeplerinin olmadığı durumda, ortak eserin diğer sahipleri FSEK 9/2 uyarınca gerekli müsaadeyi sağlamak için mahkemeye müracaat edebilir.

Mirasçılarla diğer eser sahiplerinin eser ortaklığının devamı halinde, eser sahipleri mirasçılarının ortaklığa karşı haklarını kullanabilmeleri için bir temsilci tayin etmelerini isteyebilirler

(FSEK 64/3). Bu şekilde atanan temsilci hukuki niteliği ve fonksiyonları itibarıyla TMK 640'ta sözü edilen tereke temsilcisi gibidir. O nedenle mirasçılarının ortak eserle ilgili malî hakları konusunda yapacak muameleler için mirasçılarının kararını almaya mecburdur (FSEK 65).

VI. MİRAS AÇILDIĞINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDE BULUNAN MALÎ HAKLARIN DURUMU

A. GENEL OLARAK

Eser sahibi ölmeden evvel, sahip olduğu malî haklarla ilgili çeşitli hukuki muameleler yapmış olabilir. Bu muamelelerin eser sahibinin ölümünden sonra hüküm doğurması sözkonusu ise, bunlara ölüme bağlı tasarruf denilir. Bu tasarruflar, eser sahibinin ölümü ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Vasiyeti tenfiz memuru tayini, mirasçı atanması, muayyen mal vasiyeti gibi hukuki işlemler ölüme bağlı tasarrufun örneklerini oluşturur. Buna mukabil, eser sahibinin ölmeden evvel yapmış olduğu malî haklarla ilgili öyle bazı hukuki muameleler vardır ki, bunlar da o hayatta iken hüküm ve sonuçlar doğurmaya başlamış olabilir. Bu türden hukuki işlemlere de sağlararası muameleler denilir.

Sözgelimi, bir eser üzerindeki malî hakların tamamı veya bir kısmı, eser sahibince süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredilmiş ya da bu haklar üzerindeki sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılmış olabilir (FSEK 48). Bu türden hukuki işlemler, aksi kararlaştırılmamış ise, tamamlanmalarından itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Taraflar sözleşme ile taahhüt ettikleri edimleri, sözleşmede öngörüldüğü gibi ifaya mecburdur. Dolayısıyla bu hukuki işlemler eser sahibi hayatta iken hükümlerini icraya başlamış olur. Kural olarak eser sahibinin ölümü, bu nevi hukuki işlemlerin sona ermesini gerektirmez. Ancak ölen eser sahibi, böyle hukuki işleme taraf olma sıfatını kaybeder.

Eser sahibi öldüğünde, onun eser sahipliği sıfatı ve bu sıfatından kaynaklanan manevî hakları kural olarak sona erer. Buna mukabil malî hakları ve sair mameleki nitelikteki özel hukuk ilişkileri mirasçılara geçer.

Malî haklar eser sahibinin şahsına bağlı değildir. O nedenle eser sahibinin hayatta iken tesis ettiği malî haklara dair hukuki ilişkilerinin tamamı, tıpkı malî hakların kendisi gibi, mirasçılara intikal eder. Böylece artık terekeye dâhil olan bu hukuki ilişkilerde ölen eser sahibinin yerini miras şirketi alır. Eser sahibinin halefi olarak mirasçılar, istisnaları olmakla birlikte, onun hayatta iken tesis etmiş olduğu hukuki ilişkinin tarafı haline gelir. Bunun için bir irade beyanında bulunmalarına gerek yoktur.

Aşağıda eser sahibinin ölümünün, hayatta iken yaptığı bu türden sözleşme ve tasarruflar üzerindeki etkileri, hakların devri ve haklar üzerinde kullanma yetkisi (ruhsat-lisans verilmesi) tanınması bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

B. DEVREDİLMİŞ HAKLAR BAKIMINDAN

Eser sahibi, eseri üzerindeki malî haklarının tamamını veya herhangi birini süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız olarak devretmiş olabilir (FSEK 48/1). Diğer bir deyimle burada malî hakkın cevheri üzerinde bir tasarruf söz konusu olmakta, yani hakkın kendisi devre konu edilmektedir. Bu suretle devredilmiş haklar, hak sahibinin mülkiyetinden çıkıp, devralanın mülkiyetine dâhil olur. Devre konu olan malî hak veya haklar için eğer süre, yer ve muhteva bakımından bir tahdit öngörülmemiş ise, bu haklar artık mürisin sağlığında mamelekenden kesin olarak çıkmış demektir. Bu durumda, miras hukukundan kaynaklanan mahfuz hisseye dair haklar ve yetkiler saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünde mirasçılara intikal edecek malî hak yoktur.

Ancak, eser sahibinin malî haklarının bu şekilde sona erebilmesi için süre, yer ve muhteva itibarıyla herhangi bir sınırlama olmaksızın devre-

dilmiş olması ve bu konudaki sözleşmenin şekil ve muhtevası itibarıyla FSEK 52 hükümlerine uygun olarak yapılmış olması gerekir. Aksi hâlde, yani taraflar arasında süre, yer ve muhteva itibarıyla malî hakların devrini öngören bir sözleşme yazılı olarak yapılmamış ve bu sözleşmede eser üzerindeki hangi hakların ne kadar süreyle ve kapsamda devredildiği tek tek belirtilmemiş ise, eser sahiplerinin mirasçılara, sözkonusu devrin geçersizliğini ileri sürebilirler. Nitekim Yargıtay benzeri bir davada mirasçılarının talebini haklı bulmuştur.³⁵

Eser sahibi malî hakların tamamını veya onlardan birini süre, yer veya muhteva itibarıyla sınırlayarak devretmiş ise, malî haklar mirasçılara bu tahditlerle birlikte intikal eder. Buna göre meselâ eser sahibi eser üzerindeki malî hakların tamamını veya onlardan birini 20 yıl süreyle diğer bir kimseye devretmiş ve bu arada eser sahibi de ölmüş ise, 20 yıllık süre dolduktan sonra devre konu hak veya haklar mirasçılara avdet eder. Mirasçılar bu şekilde kendilerine intikal eden haklar üzerinde bakiye koruma süresince (50 yıl) tasarrufta bulunabilir.

Keza, eser sahibi malî hakkın devrini yer veya muhteva bakımından da sınırlayarak devretmiş olabilir. Sözgelimi bir yazar kitabın yurtiçinde yayın hakkını mahfuz tutarak, yurt dışında yayın hakkını başka bir kişiye devretmiş olabilir. Aynı şekilde bu kitabın Türkçede yayın hakkını saklı tutarak İngilizce yayın hakkını bir kimseye, Fransızca yayın hakkını da başka bir kimseye devredebilir. Bir sinema eseri sahibi, eserin sinema salonlarında gösterilmesi yetkisini bir film şirketine devredip, televizyonda yayınlanması yetkisini de uhdesinde tutmuş olabilir. Bunun gibi, yer ve muhteva bakımından tahditli olan malî haklar, sözkonusu tahditlerle birlikte mirasçılara intikal eder. Bu tür tahditler için süre öngörülmemiş ise, bu süre koruma süresinin bitiminden (eser sahibinin ölümünün üzerinden geçecek 70 yıldan) evvel dolduğu takdirde, malî haklar bu tarihten itibaren tahditlerden arınmış olarak mirasçılara intikal eder ve onlar da

³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.7.2005, E: 2004/10681, K: 2005/7713.

bakiye koruma süresi boyunca bu hakların KUL-LANMA süjesi olurlar.

C. DEVREDİLMİŞ YETKİLERİ (RUHSAT-LİSANS) BAKIMINDAN

Eser sahibi ölmeden evvel malî hakkın cevherini devretmek yerine, bu haklardan biri veya tamamı üzerinde üçüncü kişilere sadece kullanma salahiyeti vermiş olabilir. Kanunumuzda bu tür hukukî işlemlere “ruhsat ” denilmiştir (FSEK 48/2). Uygulama ve öğretide malî hakların kullanılması yetkilerine “lisans ” da denilir. Kanunda ruhsat, malî hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mâni değilse “basit ruhsat”, yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde “tam ruhsat” olarak tanımlanmıştır. Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit ruhsat sayılır. Basit ruhsatlar hakkında hâsılat kirasına, tam ruhsatlar konusunda ise intifa hakkına dair hükümler uygulanır (FSEK 56).

Buna göre eser sahibi ölmeden evvel eser üzerinde üçüncü kişilere ruhsat tanımış ise, onun ölümüyle birlikte eser üzerindeki malî haklar terekeye dâhil olarak mirasçılara intikal eder. Ancak bu intikal ruhsatla kayıtlı olarak gerçekleşir. Diğer bir deyimle, eser sahibinin ölümü malî haklar üzerinde üçüncü kişilere tanınmış kullanma yetkisini sona erdirmez. Eğer ruhsat belirli bir zaman, yer ve muhteva itibarıyla sınırlanmış ise, intikal bu sınırlamaları ortadan kaldırmaz. Eser sahibinin tarafı olduğu sözleşmeyle girdiği taahhütler, mirasçıları da bağlar. Meselâ eser sahibi musiki eserinin umumi mahallerde temsili için bir icracı sanatçıya üç yıl süreyle münhasır (tam) ruhsat tanımış ise, mirasçılar başka bir sanatçıya bu süre zarfında eserin umumi mahallerde temsili yetkisini veremezler. Aynı şekilde eser sahibi tiyatro eserinin İstanbul’da temsili yetkisini sadece T tiyatro işletmesine devretmiş ise, mirasçılar sözkonusu eserin İstanbul ilinde temsili için başka bir işletmeye lisans veremezler; ancak İstanbul dışındaki mahaller için böyle bir işlemi yapmakta serbesttirler.

SONUÇ

Bir edebiyat ve sanat eserini vücuda getiren kişiye hukuken tanınmış manevî malî haklar, eser sahibinin ölümüyle birlikte ona ait diğer malvarlığı değerleri gibi mirasçılara intikal eder. Ayrıca malî hakların ölüme bağlı tasarruflara konu edilmesi de mümkündür. Malî haklar eser sahibinin mirasçılara TMK’nın miras hukuku hükümleri çerçevesinde geçer. Malî hakların mirasçılara intikali, kural olarak, murisin taşınır veya taşınmaz sair mameleki varlık değerleri ile aynı kurallara tabidir.

Ancak, eser üzerindeki malî haklar, taşınır veya taşınmaz bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı gibi sınırsız bir korumadan yararlanamaz. Zira bu haklar kural olarak eser sahibi vefat ettiği tarihten itibaren 70 yıl daha korunur. Bu süre dolduğunda insanlık âleminin serbestçe yararlanabileceği bir değere dönüşür. Tüm insanlar, eser sahibinin manevî haklarını ihlal etmemek kaydıyla, herhangi bir kişi veya kurumda izin veya icazet almaksızın ve bir ücret ödemek zorunda olmaksızın eserden istifade eder.

Eser birden fazla kişi tarafından meydana getirilen bir eser mahiyetinde olup da, onu vücuda getirenlerden biri ölürse, eser üzerinde ölene ait hakların mirasçılara ne şekilde intikal edeceği, FSEK’te özel olarak düzenlenmiştir (FSEK 64). Buna göre eseri birlikte vücuda getirenlerden biri, eserin tamamlanmasından yahut alenişmesinden önce ölürse hissesi, diğerleri arasında taksime olunacaktır. Ancak ölenin hissesini paylaşanlar, ölenin mirasçılara münasip bir bedel ödemekle yükümlüdürler. Miktar üzerinde uzlaşamazlarsa bunu tayin için mahkemeye müracaat olunabilir. Eseri birlikte vücuda getirenlerden biri eserin alenişmesinden sonra ölürse diğerleri, ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmeme konusunda seçimlik hakka sahiptirler. Ortaklığın mirasçılarla devamına karar vermeleri halinde, sağ kalan eser sahipleri mirasçılardan birliğe karşı haklarının kullanılmasında bir temsilci tayinini talep edebilirler. Ortaklığın mirasçılarla devamına karar verilmediği takdirde, ölenin hissesi,

onun mirasçlarına münasip bir bedel ödenmesi kaydıyla, diğerleri arasında taksim edilir.

Birden ziyade kişi tarafından vücuda getirilen eserin kısımlara ayrılması mümkünse, eseri meydana getirenlerden herbiri meydana getirdiği kısmın sahibidir. O nedenle böyle bir eserin sahiplerinden biri öldüğünde, onun meydana getirdiği kısım üzerindeki malî haklar, tek kişinin meydana getirdiği malî hakların intikali gibi, ölenin mirasçlarına geçer. Kural olarak malî haklar mirasçılarca serbestçe kullanılır. Taraflar arasında sözleşme varsa ortaklık ilişkisi ve haklar konusunda sözleşmeye göre hareket edilir. Diğer eser sahipleri ortak eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için ölenin mirasçılarının iştirakini talep edebilirler. Katılmamaları halinde mahkemeden müsaade istenebilir.

Hukuk düzeni, eser sahibi veya mirasçlarına kendilerine kanunen tanınan malî hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilme ve malî hakların sadece kullanma salâhiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilme imkânı vermiştir. Birinci halde malî hakkın “devri” ikinci halde “ruhsat” veya “lisans” verilmesinden söz edilir. Eser sahibi hayatta iken eser üzerindeki malî hakkını veya ruhsatı, belirli bir süreyle devrettikten sonra ölmüş ise, bu haklar sözleşmeden öngörülen süre dolduktan sonra mirasçılara avdet eder. Mirasçılar, eser üzerindeki koruma süresi doluncaya kadar, tıpkı eser sahibi gibi, malî haklar üzerinde tasarrufta bulunabilir. Koruma süresi dolduktan sonra artık bu haklar kamuya ait olur. Mirasçıların dışındaki kişiler de tıpkı onlar gibi bu haklardan yararlanabilir.

KAYNAKÇA

Aslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat *Eserleri*, İstanbul.

Ateş, Mustafa (2012) Fikrî Hukukta Eser Sahipliği, Ankara.

Ateş, Mustafa (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin, Ankara.

Ayan, Mehmet (2002) Miras Hukuku, Konya.

Ayiter, Nuşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, Ankara.

Dural, Mustafa / **Öz**, Turgut (2019) Miras Hukuku, İstanbul.

Erel, N. Şafak (2008) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara.

İnan, Ali Naim / **Ertaş**, Şeref / **Albaş**, Hakan (2006) İnan Türk Medeni hukuku-Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2018) Miras Hukuku, Ankara.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (1987) Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul.

Merdivan, Fethi (2014), 'Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)', Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 1, s. 94-144.

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

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul.

Yarsuvat, Duygun (1984) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul.

Yavuz, Levent / **Alıca**, Türkay / **Merdivan**, Fethi (2011) Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Yorumu, C. II, Ankara.

Yavuz, Levent (2007), 'Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK Mad. 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK Mad. 19)', Yargıtay Dergisi, S: 1-2, C: 33, sh. 59-70.

Doç. Dr. İsmail DEMİR*

ÖZET

Bu makalenin gayesi, Kabotaj Kanunu hükümlerinin eksik yönlerinin tespiti ile yapılacak kanuni düzenlemelere ilişkin önerilerin ortaya konulmasıdır. Çalışmamızda öncelikle kabotaj tekeli kavramı açıklanmıştır. Müteakiben tabiiyet kavramı, TTK ve önceki ticaret kanunları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kabotaj Kanunu, tabiiyet kavramını tanımlamadığından bu hususta bir hukuk boşluğu mevcuttur. Bu boşluk, TTK m. 940 (ETTK m. 823) hükümlerine müracaat etmek suretiyle doldurulmuştur. Ne var ki, sorunun kesin olarak çözümü için Kabotaj Kanunu'na TTK'nun 940. maddesine referans yapan bir hükmün ilave edilmesinin şart olduğu tespit edilmiştir.

Çalışmamızda değişen koşullar gereğince kabotaj istisnalarının genişletilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Aday ülke olarak Türkiye'nin bu safhada Kabotaj Kanunu'nu Avrupa Birliği Kabotaj Tüzüğü'ne uyumlu hâle getirmesinin sakıncalı olacağı değerlendirilmiştir. Ancak tam üyelik gerçekleştiğinde bir geçiş dönemiyle birlikte bu değişikliklerin yapılması gerekli görülmektedir. Kabotaj tekeli ihlal eden gemilerle ilgili olarak idari para cezalarının geminin tonajına göre hesaplanmasının uygun olacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca resmî bir kabotaj bayramı ihdasına yönelik hükümlerin sevk edilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kabotaj Kanunu, Kabotaj tekeli, Tabiiyet, Bayrak Çekme, TTK m. 940.

ABSTRACT

This article's purpose is to present the proposals regarding possible legal regulations by determining the deficiencies of Cabotage Law. In my study, at first it is explained the cabotage concept. Afterwards, the nationality concept is examined within the context of Turkish Commercial Code and previous commercial codes. Due to the fact that Cabotage Law don't define the nationality concept there is a legal gap in this matter. This gap has been completed by applying the provisions of article 940 of Turkish Commercial Code (article 823 of previous Turkish Commercial Code). However, in order to solve exactly this problem, it is established that any provision referring to article 940 of Turkish Commercial Code must be incorporated into Cabotage Code.

In this study, it is concluded that extention of the cabotage exemptions would be appropriate in accordance with changing conditions. It is assessed that Turkey, as a candidate country, aligns with European Union Cabotage Regulation at this stage would be undesirable at this stage. But, in case of full membership, the relevant amendments must be realised with a transitional period. It is reached a conclusion that administrative fine to vessels violating cabotage monopoly should be calculated according to their tonnages. Furthermore, it is suggested that the provisions considering formation of an official cabotage festival is accepted.

Keywords: Cabotage Law, Cabotage Monopoly, Nationality, Flying a Flag, TCC art. 940.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (e-mail: isocukdemir@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5065-8850)
(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 08.06.2020/ Kabul Tarihi: 09.07.2020).

I. GİRİŞ

Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü'nde "kabotaj", *bir ülkenin iskele veya limanları arasında gemi işletme işi* olarak tanımlanmaktadır. Aynı Sözlük'te "kabotaj hakkı" ve "kabotaj gemisi" tanımlarına da yer verilmiştir. "Kabotaj hakkı", *Türk kara sularında, Türkiye'deki akarsu ve göllerde gemi bulundurma, bunlarla gidiş geliş ve taşıma yapma hakkı* olarak; "kabotaj gemisi" ise *kabotaj hattında çalışan gemi* olarak tanımlanmıştır¹. Birçok farklı tanım yapmak mümkün olmakla birlikte denizde kabotaj deyimi, genel olarak *ücret karşılığında bir ülkenin limanları arasında deniz yolu ile yolcu ve yük taşınması; kara sularında römorkaj ve kurtarma gibi denizcilik hizmetlerinin yürütülmesi* olarak tanımlanabilir².

Devletler, egemenlik haklarının bir yansıması olarak kabotaj hakkını kural olarak sadece kendi tabiiyetindeki kişilere kullandırır; yabancı bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerin bu haktan yararlanmasını yasaklarlar. Dolayısıyla ne yabancı bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerin kabotaj hakkından yararlanmaları mümkündür, ne de yabancı bayrak çeken bir gemiyle bu haktan yararlanılabilir.

Kabotaj hakkı, denize kıyısı olan devletlerin kendi denizcilik sektörünü korumaları amacıyla geliştirdikleri sistemin genel bir adıdır. Çoğu devletlerin kabotaja dair hukuki düzenlemeleri mevcuttur. Bu düzenlemeler, ülkesel denizcilik sektörünü dış rekabete karşı korumayı, fakat aynı zamanda ülke içinde deniz taşımacılığı altyapısını millî güvenlik bakımından gözetmeyi ve yoğun trafiğe sahip sularda deniz emniyetini de sağlamayı amaçlamaktadır³.

Türkiye'de kabotaj hakkının düzenlenmesi, kapitülasyonların kaldırılması ve cumhuriyetin ilanından sonra mümkün olmuştur. Lozan Anlaşması sonrası elde edilen kabotaj hakkı, Türk milletinin olağanüstü çabalarının sonucudur. Kabotaj hakkının elde edilmesi aynı zamanda bir bağımsızlık hareketi olarak yüz elli yıllık bir mücadelenin sonucudur⁴. 16 Nisan 1926 tarihli ve 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun'un⁵ ("Kabotaj Kanunu") kabulü ile kabotaj tekel, Türk tabiiyetindeki kişilere tanınmıştır. Kabotaj Kanunu dışında kabotaj hakkına dair hükümler ihtiva eden çok sayıda kanun ve alt seviyede düzenleyici işlem bulunmaktadır⁶. Bu mevzuat hükümleriyle ya Kanun'un uygulanmasına açıklık getirilmekte ya da kabotaj hakkına istisnalar tanınmaktadır.

Cumhuriyetin ilan edildiği dönemin koşulları altında oldukça sıkı ve korumacı bir anlayışla kaleme alınan Kabotaj Kanunu⁷, Türk denizciliğinin gelişimine büyük katkılar sağlamıştır⁸. Ne var

¹ <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

² **Yazıcıoğlu, Emine** (2002), "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Hukukunun Deniz Kabotajı Tekeline İlişkin Sorunları", *Deniz Hukuku Dergisi*, S: 1 – 4, s. 61.

³ **İstikbal, Cahit** (2016) "Kabotaj Hakkı: Türkiye'de ve Dünyada Durum", <<http://www.denizhaber.com>> s.e.t. 26.09.2018.

⁴ **Nemlioğlu Koca, Yasemin** "Cumhuriyetin İlk Yıllarında Denizcilik Politikaları ve Kabotaj Uygulamaları", s. 17, <<https://www.academia.edu>>, s.e.t. 10.10.2016.

⁵ 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmî Gazete.

⁶ 22.03.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu, 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 06.11.1981 tarihli ve 2548 sayılı Gemi Sağlık Resmî Kanunu, 12.03.1982 tarihli 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 09.07.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Kanunu, 30.05.2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 16.12.1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu İle 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Gümrük Yönetmeliği, Gemi Sağlık Resmî Kanunu Uygulama Yönetmeliği, Sahil Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği, Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği ve Deniz Yolu İle Yapılacak Düzenli Seferlere Dair Yönetmelik, bunların arasında öne çıkanlardır.

⁷ Cumhuriyetin ilan edildiği dönemde Türk denizciliğinin genel durumu ve izlenen politikalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nemlioğlu**, s. 1 – 18.

⁸ Kabotaj Kanunu'na rağmen Türk denizciliğinin yeterince gelişmemesinin bir eleştirisi hakkında bkz. **Fidan, Ahmet (2014)** "Dünden Bu Güne Kabotaj ve Türk De-

ki, geçen zaman içinde Kabotaj Kanunu eskimiş, günün şartlarına karşılık veremez hâle gelmiştir. Kanun, özellikle dünya ticaret hacminin aşırı büyümesi, devletler arasındaki ticari rekabetin sertleşmesi, sermayenin küreselleşmesi ve serbest dolaşımı, yabancı sermayenin ülkeye girişinin teşvik edilmesi, denizde bilimsel araştırmalara duyulan ihtiyacın artması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve Avrupa Birliği'ne tam üye olma isteği gibi birçok konuda yetersiz kalmıştır.

1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren Kabotaj Kanunu, günümüze kadar üç defa değişikliğe uğramıştır⁹. Ancak, mevcut ihtiyaçlar paralelinde Kanun'un bütünü ve sistematığı üzerinde esaslı değişiklikler yapılmamıştır. Değişiklikler, Kanun'un belirli maddeleri üzerinde sınırlı ölçüde gerçekleştirilmiştir. Oysa, birçok yönden Kanun hükümleri yetersizdir ve yenilenmeye muhtaçtır. Bu sebeple, çalışmamızda Kabotaj Kanunu'nun genel olarak eksiklikleri tespit edilerek günün ihtiyaçlarına uygun şekilde yapılacak kanuni düzenlemelere dair önerilerimizin sunulması amaçlanmıştır. Her bir başlık altında temel sorunlar ele alınmış, sonuç kısmında somut önerilerimiz ortaya konulmuştur.

II. KABOTAJ TEKELİ

Kabotaj Kanunu'nda kabotaj tekeli, hem Türk Bayrağı çekme hakkına sahip gemiler bakımından, hem de Türkiye'nin tabiiyetinde bulunan kişiler bakımından bir sınırlamaya tabi olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 1. maddesinde, kabotaj hakkı kapsamındaki hizmetlerin sadece Türk bayrağı çeken gemilerle yürütülebileceği belirtilmişken, m. 2 ve 3'de Türkiye tebaasından olan kişilerin bu haktan yararlanabileceği belirtilmiştir. Kabotaj tekeli bakımından geminin bayrağı ve maliki ile

faaliyette bulunan kişi bakımından sınırlamalar getirilmiştir¹⁰. Belirtilen maddeler, oldukça ayrıntılı ve korumacı bir anlayışla ve kazuiistik bir yöntemle kaleme alınmıştır. Metnin dili oldukça eskimiştir.

A. DÜZENLEME BİÇİMİ

1. Türk Bayraklı Gemiler

Kabotaj Kanunu m. 1(1)'e göre Türkiye sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu alıp nakletmek ve sahillerde limanlar dâhilinde veya arasında römorkaj ve kılavuzluk ve hangi mahiyette olursa olsun bütün liman hizmetlerini yürütmek, sadece Türk bayrağını çeken gemiler ve araçlara münhasırdır. Bu maddede başta yük ve yolcu taşımacılığı olmak üzere kılavuzluk ve römorkaj ile her türlü liman hizmetlerinin sadece Türk bayrağı çekmekte olan gemiler ve araçlar tarafından yerine getirilebileceği kesin ifadelerle vurgulanmaktadır.

Her ne kadar Türkiye sahillerinden bahsedilmekte ise de seyrüsefere elverişli olan sularda yürütülen aynı veya benzeri nitelikteki hizmetlerin de sadece Türk bayrağı çekmekte olan gemiler veya araçlar tarafından yerine getirilmesi gerektiği kabul olunmalıdır. Seyrüsefere elverişli göller ve nehirlerde de yük ve yolcu taşımacılığı yapılabilir, kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri yürütülebilir; yüklerin elleçlenmesi gibi liman hizmetlerine benzer sair hizmetler gerçekleştirilebilir. Ayrıca m. 2'de açıkça nehirler, göller ve marmara havzasındaki faaliyetlerden bahsedilmektedir. Keza, kara ülkesinde bulunan iç sularda da limanlar ve kıyı tesisleri mevcut olabilir. Örneğin; Van Gölü için Tatvan Liman Başkanlığı ve Keban Baraj Gölü için Fırat Liman Başkanlığı kurulmuştur. Adı geçen liman başkanlıkları, hâlen Ulaştırma ve Alt Yapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü'ne bağlı taşra teşkilatı olarak faaliyetlerini yürütmektedir.

nizciliğindeki Yeni İvmeler", Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C: 7, S: 2, s. 61 – 69.

⁹ 24.04.2003 tarihli ve 4854 sayılı Kanun m. 1, 06.05.2003 tarihli ve 25100 sayılı Resmî Gazete; 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun m. 6, 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete; 30.05.2013 tarihli ve 6491 sayılı Kanun m. 27, 11.06.2013 tarihli ve 28674 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰ **Çağa, Tahir** (1975) "Türkiye'de Deniz Kabotajı Tekeli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XLI, S: 3 – 4, s. 209.

Kabotaj Kanunu'nun 1(2) maddesine göre yabancı bayraklı gemilerin yabancı ülkelerden almış oldukları yolcu ve yükü Türk limanlarına getirmeleri veya Türk limanlarından yabancı limanlara gidecek yolcu ve yükü almaları kabotaj tekeli kapsamında değildir. Esasen m. 1(1)'in lafzından hareketle de aynı sonuca varılması mümkün olmakla birlikte olası tereddütlerin doğmasını engellemek amacıyla böyle bir hükme yer verilmesi uygun görülmüştür. Diğer yandan, kabotaj kavramının mahiyeti gereği de farklı devletlerin limanları arasındaki taşımaların kabotaj tekeli dışında kalması doğaldır. Aksine bir yorum ve uygulama, deniz ticaretinin kilitlenmesine yol açar.

2. Türkiye Tabiiyetindeki Kişiler

a. Gemi ve Su Araçlarıyla Yürütülen Faaliyetler

Kabotaj tekelinden yararlanabilmek için kullanılan gemi veya su aracının Türk bayrağını çekme hakkına sahip olması yeterli değildir. Bu gemi ve araçlarla gerçekleştirilen ve Kabotaj Kanunu'nda sayılan bütün faaliyetlerin Türk tabiiyetinde bulunan kişiler tarafından yerine getirilmesi gerekir. Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler, Kabotaj Kanunu m. 2'de belirtilen faaliyetleri icra etmek suretiyle ticaret hakkını kullanabilirler.

Kabotaj Kanunu m. 2'ye göre nehirler ve göller ve marmara havzasıyla boğazlarda bütün kara sularıyla kara sularına dâhil bulunan körfez, liman, koy ve sairede vapur, römorkör, istimbot (buharlı deniz taşıtı), motorbot, mavna¹¹, salapurya¹², sandal, kayıt velhasıl makine, yelken, kürek ile hareketli küçük ve büyük araçlar ile tarak ...şat¹³

ve her türlü taşıma ve su dubaları, limyo¹⁴, kurtarma gemileri ve bunların benzerleri ile şamandıra¹⁵, sal gibi sabit ve yüzen araçları bulundurmamak ve bunlarla seyrüsefer ve taşıma yapmak suretiyle ticaret hakkı Türkiye tabiiyetindeki kişilere münhasırdır.

b. Denizcilik Mesleklerine İlişkin Faaliyetler

Kabotaj Kanunu m. 3, sadece Türk tabiiyetinde bulunan kişilerin yerine getirebilecekleri mesleki faaliyetleri de oldukça ayrıntılı ve herhangi bir boşluk bırakmayacak tarzda saymaktadır. Bu maddeye göre kara suları dâhilinde balık, istridye, midye, sünger, inci, mercan, sedef ve saire kaydı, kum ve çakıl ve saire çıkartılması ve gerek deniz yüzeyinde, gerekse deniz altında mevcut kazaya karışmış gemiler ve araçlar ile terk edilmiş enkazın çıkartılması ve kurtarılması, dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, deniz bakkallığı, bütün Türk araçları ve deniz taşıtları bağlamında kaptanlık, çarkçılık, kâtiplik, tayfalık, işçilik ve sairenin yerine getirilmesi, iskele, rıhtım hammallığı ve bütün deniz esnafının yerine getirilmesi Türk tabiiyetindeki kişilere hasredilmiştir.

Bu maddede sayılanlar, tamamıyla denizcilik mesleğine ilişkin faaliyetleri göstermektedir. Kısaca kara suları içinde balıkçılık faaliyetinin yürütülmesi, canlı veya cansız deniz kaynaklarının çıkartılması, gemilere kurtarma ve kılavuzluk hizmetlerinin verilmesi, enkazın kaldırılması, gemilerde gemi adamı olarak çalışma, acentelik, liman ve iskelelerdeki elleçleme faaliyetleri ile benzeri bütün denizcilik hizmetleri, sadece Türk

¹¹ Mavna, gemilere ve yakın kıyılara yük taşıyan, güverte-siz büyük teknedir. Bkz. <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

¹² Salapurya, ticaret eşyası taşımakta kullanılan, 10 – 15 tonluk, üçgen biçiminde yelkeni olan ticaret gemisidir. Bkz. <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

¹³ Şat, mavna ile salapurya arası boydaki bir teknedir. Sığ sularda ağır yükleri taşımak için kullanılan, altı düz bir çeşit teknedir. Bkz. <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

¹⁴ Limbo, ırmaklarda, sığ sularda yük taşıyan bir tekne türü veya gemi yükünün gemiden sahile, bir gemiden diğer bir gemiye veya bordasında bulunan bir deniz aracına kendi imkânları ile aktarılması demektir. Bkz. <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020; <<http://www.taussmarine.com/index.php/denizcilik-terimleri-sozlugu/>>, s.e.t. 20.06.2020.

¹⁵ Şamandıra, denizde yol göstermeye, bir tehlikeyi veya geçiş yolunu haber vermeye yarayan yüzer cisim demektir. Bkz. <<https://sozluk.tdk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

tabiiyetindeki kişiler tarafından yerine getirilebilir; yabancı bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerin bu meslekleri yerine getirmeleri mümkün değildir.

3. Ticari veya Mesleki Amaç

Kabotaj Kanunu m. 1(1)'de sayılan faaliyetlerin ücret karşılığı yapıp yapılmayacağına dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel olarak bu faaliyetlerin ücret karşılığı yapılması durumunda kabotaj yasağı kapsamında olduğu, ücretsiz yük ve yolcu taşımacılığı gibi liman hizmetlerinin yasak kapsamı dışında kaldığı değerlendirilmektedir. Bu görüşe dayanak olarak m. 1'de "emtia", m. 2'de "ticaret hakkı" kelimesinin kullanılması ile m. 3'de mesleki faaliyetlerin sayılması gösterilmektedir¹⁶.

Kanun'un isminde geçen "ıcrayı sanat" ve "ticaret" kelimelerinin yanı sıra sayılan faaliyet ve mesleklerin çoğunun denizde kazanç sağlamaya yönelik klasik denizcilik faaliyetleri olduğu anlaşılınca Kabotaj Kanunu'nun yalnızca ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamına aldığı açıktır. Ne var ki, bu tür faaliyetlerin ücret karşılığı yürütülmesi hâlinde kabotaj tekeline dâhil olacağı, ücretsiz faaliyetlerin Kanun'un kapsamı dışında kalacağı görüşü uygun değildir. Zira, ücret kelimesinin anlamı dardır. Ücret, genel olarak verilen bir hizmetin karşılığı para veya mal anlamına gelmektedir. Oysa, Kanun'da kastedilen sadece ücret değil, fakat daha geniş manada herhangi bir ekonomik menfaatin sağlanmasıdır. Ekonomik menfaat, sayılan mesleki faaliyetlerin yürütülmesiyle gerçekleştirilebileceği gibi, m. 1(1) ve 2(1)'de gösterilen yük ve yolcu taşıma, kılavuzluk, römorkaj ve kurtarma gibi faaliyetler yoluyla da gerçekleştirilebilir.

Kabotaj Kanunu hükümlerinin dar yorumlanması gerekir. Alışıldığı şekilde belirtilen ticari ve mesleki faaliyetler, bir ekonomik menfaat karşılığında yerine getirilir. Bir yük veya yolcu taşıma faaliyetinin bedel alınmaksızın yerine geti-

rilmesi sadece çok istisnai hâllerde ve haklı sebeplerin varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Bu sebeple, somut olayın koşullarına bağlı olmakla birlikte örneğin; Mersin Limanı'ndan İstanbul Limanı'na petrol yükü taşıyan yabancı bayraklı bir geminin donatanının bu taşımanın ücretsiz olduğuna yönelik beyanları ve buna dair sunmuş olduğu belgelere itibar edilmemelidir. Aksi takdirde Kanun hükümlerinin dolanılmasına fırsat verilmiş olur.

B. İSTİSNALAR

1. Kurtarma Hizmetleri

Kabotaj Kanunu m. 4, kurtarma hizmetlerinin yürütülmesi bakımından kabotaj tekeline bir istisna getirmektedir. Bu maddeye göre hükümet, geçici olmak ve herhangi bir hak vermemek şartıyla yabancı kurtarma gemilerinin çalıştırılmalarına ve Türk kurtarma gemilerinde yabancı uzman ve gemi adamı çalıştırılmasına izin verebilir.

Kanun'un kabul edildiği dönemin şartları itibarıyla kurtarma gemilerinin faaliyetleri açısından belirtilen istisnaya yer verilmesi önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır¹⁷. Günümüzde Türkiye'nin yeterli sayı ve nitelikte kurtarma gemilerinin olduğu varsayımı altında böyle bir istisnaya gerek kalmadığı ve bu hükmün fiilen uygulama alanı bulmadığı ileri sürülebilir¹⁸. Ancak, meydana

¹⁷ Kabotaj Kanunu'nun gerekçesinde, hâlihazırda kurtarma araçlarının bulunmadığı, kısa zamanda milli sermaye ve kendi adamlarımızla kurtarma araçlarının temin edilmesinin mümkün bulunmadığı, bu ihtiyacın giderilmesi amacıyla yabancı kurtarma araçlarının hükümet tarafından gerek görüldükçe çalıştırılmasının zorunluluk arz ettiği belirtilmektedir. Bkz. **TBMM** (1926) "Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Başvekâletten Gelen (1/875) Numaralı Kanun Lâyihası ve Ticaret ve Muvazenei Maliye Encümenleri Mazbataları", **TBMM Zabıt Ceridesi**, Devre: 2, C: 24, Birleşim 87, s. 12, <www.tbmm.gov.tr> s.e.t. 27.06.2020; **Bikriç, Melih** (2003) "Türkiye'de Kabotaj Tekeli Hakkının Tesisi ve Geleceği", (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü, s. 29 – 36.

¹⁸ **Süzel, Cüneyt** (2015) "815 Sayılı Kabotaj Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Uyarınca Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 10, S: 135 – 136, s. 42.

¹⁶ **Yazıcıoğlu**, Kabotaj, s. 64; **Çağa**, s. 209, dp. 32.

gelen bir deniz kazası veya olayın ciddiyeti ve doğurabileceği olumsuz sonuçların boyutlarına bağlı olarak ülkenin mevcut teknik imkân ve kapasitesinin yeterli olmayacağı hâllerin doğması ihtimali sebebiyle bu istisnanın korunmasında fayda olduğu değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, kurtarma faaliyetlerinin dışında deniz dibine boru hattı çekilmesi veya herhangi bir deniz tesisi kurulması gibi Türkiye'nin teknik imkân ve kapasitesiyle gerçekleştirilemeyecek faaliyetler mevcut olabilir. Bu gibi hâllerde de yabancı bayraklı gemilerle birlikte yabancı gemi adamları veya diğer teknik personelin çalıştırılmasına yönelik istisna hükümlerine yer verilmelidir.

2. Petrol Arama ve Üretim Faaliyetleri

11 Haziran 2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun¹⁹ 27(1) maddesiyle Kabotaj Kanunu'nun 3. maddesine yeni bir cümle, 4. maddesine ise yeni bir ifade eklenmiştir. Kabotaj Kanunu m. 3'e eklenen yeni cümle şu şekildedir: "Ancak petrol hakkı sahibi yabancılar da Türk kara suları dâhilinde petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler". Kanun m. 4'deki ilave ise şu şekildedir: "petrol arama ve üretim faaliyetlerinde kullanılan deniz vasıtalarının".

Bu değişikliklerin sonucu, yabancı bir devletin tabiiyetinde bulunan kişilerce Türk kara sularında ve yabancı bayraklı bir gemiyle petrol arama, çıkartma ve üretme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinin mümkün olmasıdır. Ancak, bunun için hükümetin izni gereklidir. Türkiye, 24 Haziran 2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemine geçtiği için bu yetki, Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır.

Kabotaj Kanunu m. 4'de kurtarma gemileri ve petrol arama faaliyetleri istisnası bir arada düzenlenmiştir. Bu sebeple, şüphesiz yabancı kişilerce yürütülen petrol arama ve üretim faaliyetleri, geçici bir süreyle bağlıdır ve onlara kara sularında daimi

bir kabotaj tekeli sağlamamaktadır. Türk Petrol Kanunu, petrol arama ve üretme faaliyetlerinin çerçevesini çizmektedir. Türk denizlerindeki petrolün tespiti ve üretimi yoluyla ekonominin güçlendirilmesini amaçlayan bu değişiklik isabetlidir. Hem yabancı sermayenin teşviki, hem de yerli personel ve donanım ile petrol arama ve üretme faaliyetlerinin gerçekleştirilemeyeceği hâllerde yabancı kişiler tarafından ve yabancı bayrak altında bu faaliyetlere izin verilmesi ülke menfaatlerine uygundur²⁰.

Petrol arama ve üretme istisnasının genişletilmesi gerekebilir. Zira, Türk denizlerinde sadece petrol değil, fakat, doğal gaz veya başka mineral kaynaklarının araştırılması ve çıkartılmasına da her zaman ihtiyaç duyulabilir. Kabotaj Kanunu m. 3'deki istisnanın petrol haricinde doğal gaz veya diğer mineral kaynaklarının araştırılması ve çıkartılmasını da kapsayacak şekilde genişletilmesi amacıyla kanun değişikliğine gidilmesinde fayda vardır.

3. Ticari Olmayan veya Spor Amaçlı Su Ürünlerinin Çıkartılması

22 Mart 971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun 39(2) maddesi, Kabotaj Kanunu m. 3'deki yasakların bu Kanun'un 3(1) maddesinin 7. bendine uygun hareket eden turistler ile 14. maddeye göre etüt ve araştırma işlerinde çalıştırılacak yabancılara uygulanmayacağını belirtmektedir. Ancak Su Ürünleri Kanunu'nun 3.

²⁰ Nitekim, Türk Petrol Kanunu'nun Genel Gereğesi'nde aynen şu hükümlere yer verilmiştir: "Kanun'un düzenleme gereğeleri arasında yerli ve yabancı sermayenin petrol arama ve üretim faaliyetlerine daha fazla katılımını sağlamak; yabancı yatırımcılar için sermaye ve kâr transferi kolaylıkları gibi teşvik unsurlarının öngörülmesi ... Petrol işlemi için gerekli personel, ekipman ve malzemelerin yurtiçi ve yurtdışından temini ile ilgili kolaylıklar getirilmesi ... Tasarı ile Denizlerimizdeki petrol potansiyelini araştırarak olan yabancı bayraklı sismik, sondaj ve araştırma gemilerinin ve özel ekipmanlarının denizlerimizde çalışmasını teşvik amacıyla, Kabotaj Kanunu'ndan muaf tutulmasının amaçlandığı ...", **TBMM** (2013) "Türk Petrol Kanunu Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (1/725)", TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, s. 5, 7, <www.tbmm.gov.tr>, s.e.t. 27.06.2020.

¹⁹ 11.06.2013 tarihli ve 28674 sayılı Resmî Gazete.

maddesinde 7 numaralı bir bent bulunmamaktadır. Bu Kanun'un 3. maddesi, 06 Kasım 2019 tarihli ve 7191 sayılı kanunla değiştirildiğinden²¹ söz konusu atıf, kuvvetle muhtemel m. 3'ün önceki hâline yöneliktir. Burada kastedilen, ticari niteliğe sahip olmayan veya spor amaçlı su ürünlerinin çıkartılmasının kabotaj tekeli kapsamında olmadığı hususuna açıklık getirilmesidir. Bu anlamda Kabotaj Kanunu hükümlerine gerçek bir istisnanın mevcut olmadığı söylenebilir²². Bununla birlikte m. 14 çerçevesinde etüt ve araştırma işlerinde çalıştırılacak yabancılara dair hüküm, Kabotaj Kanunu hükümlerine gerçek anlamda bir istisna oluşturmaktadır. Zira, etüd ve araştırma işleri, ticari amaçlarla yerine getirilebilir.

4. Deniz Turizmi Araçlarının Faaliyetleri

12 Mart 1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun "Deniz turizmi araçlarının Türkiye'de kalış süresi ve kabotaj hakları" başlıklı 29. maddesi, Kabotaj Kanunu hükümlerine önemli istisnalar getirmektedir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre yabancı bayraklı deniz turizmi araçları²³, gezi, bakım, onarım, kızaklama veya kışlamak amacıyla Türkiye'de beş yıla kadar kalabilirler. Bu süre Bakanlık tarafından beş yıl daha uzatılabilir. Deniz turizmi araçları, ticari yatları, kruvaziyer gemileri ve dalabilir deniz araçlarını kapsamına aldığından bu gemilerle çoğunlukla ticari faaliyette bulunmaktadır.

Kanun'un 29(2) fıkrasına göre Türk bayraklı yatlar, gezi, spor ve eğlence amacıyla kullanılmak üzere Türk ve yabancı uyruklu kişilere kiraya verilebilir, fakat bunların kiracıları tarafından ticari amaçla kullanımı yasaktır. Bu yasağa rağmen söz konusu yatların fiilen geçici veya

sürekli olarak ticari amaçlarla kullanılması mümkündür ve bunların denetlenmeleri çok zordur.

Kanun'un 29(3) maddesi, gerçek bir istisna getirmektedir. Bu maddeye göre Türk bayraklı deniz turizmi araçlarının gezi, spor ve eğlence amacıyla kullanılması yolcu taşımacılığı sayılmamaktadır. Bu hükümde ticari veya ticari olmayan amaçlardan bahsedilmemiştir. Ne var ki, bu gemiler, Türk bayrağı çekme hakkına sahip olsa da bunların malik veya işletenlerinin 13 Ocak 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")²⁴ m. 940 ve 941(2)'deki şartları sağlamak zorunda olmaksızın Türk bayrağı çekmeleri mümkün olduğundan²⁵, bu gemilerle yürütülen yolcu taşıma dâhil diğer faaliyetler, fiilen kabotaj tekeline önemli bir istisna teşkil etmektedir.

²⁴ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete. TTK, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵ Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 2 ve 9'a göre yabancı kişilerin ait gemi, deniz ve iç su araçlarının bağlama kütüklerine kaydı mümkündür. Bkz. 25.09.2014 tarihli ve 29130 sayılı Resmî Gazete. Yönetmeliğin 12(1) maddesine göre bağlama kütüğüne kayıtlı gemi, deniz ve iç su araçları Türk bayrağı çekmek zorundadır. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre bu gemi ve araçlar, TTK'nun bayrak çekme hakkı ile ilgili hükümlerine bağlı olmaksızın Türk bayrağı çekerler. 4. fıkrada yabancı uyruklu kişilere ait gemi, deniz ve iç su araçları hakkında Kabotaj Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmekte ise de yukarıda izah edildiği üzere Turizmi Teşvik Kanunu'nun söz konusu hükümleri karşısında bu gemi ve araçların çoğu deniz turizmi aracı sayılacağından bunların faaliyetleri kabotaj hakkına istisna oluşturabilir. Öyle olmasa dahi bu faaliyetlerin Kabotaj Kanunu'na aykırı olup olmadığının denetlenmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bağlama Kütüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir, İsmail** (2015) "Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 64, : 1, s. 103vd; **Atamer, Kerim** (2009) "Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi", Banka ve Ticaret hukuku Dergisi, C: 25, S. 4, s. 297 vd; **Aksoy, Sami** (2010) "Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü" Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 65 vd; **Altıp, Atilla** (2005) "Bağlama Kütüğü İle İlgili Yasal Düzenlemelerin Getirdiği Bazı Sorunlar", Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1 – 4, s. 1 vd.

²¹ 22.11.2019 tarihli ve 30956 sayılı Resmî Gazete.

²² **Süzel**, s. 44.

²³ Turizmi Teşvik Kanunu'nun 3(i) maddesinde deniz turizmi araçları, *gezi, spor, eğlence ve turizm amaçlı olarak, denize elverişlilik belgesine sahip gerçek ve tüzel kişilere ait özel ve ticari yatlar, kruvaziyer gemiler ve dalabilir deniz araçları* olarak tanımlanmıştır.

III. TABİİYET

A. GENEL OLARAK

Kabotaj Kanunu, kabotaj tekeline Türk tabiiyetinde bulunan kişilere vermiş olmakla birlikte Türk tabiiyetinden ne anlaşılması gerektiği hususunu açıklığa kavuşturmamıştır. Kanun'un kabul edildiği dönemin hukuki, ekonomik ve sosyal koşulları dikkate alındığında tabiiyet kavramının açıklanmasına gerek görülmemiş olabilir. Oysa geçen zaman içinde hem ülkemizde, hem de bütün dünyada çok büyük ve hızlı ekonomik ve hukuki gelişmeler yaşanmıştır.

Gerçek kişiler bakımından tabiiyet, bir sorun yaratmaz. Bir gerçek kişinin hangi devletin tabiiyetinde olduğunu tespit etmek kolaydır. Ancak, tüzel kişiler bakımından tabiiyetin belirlenmesi önemli bir sorundur. Tüzel kişilerin çok farklı hukuki yapıları ve niteliklere sahip olması, meselenin önemini artırmaktadır. Bu manada Kabotaj Kanunu'nda bir hukuk boşluğu bulunmaktadır. Yaşanan sorunlara rağmen bu zamana kadar Kanun'da tabiiyet meselesini çözüme kavuşturacak herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

B. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ'NİN TEFSİR KARARI

Kabotaj Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin hemen arkasından tüzel kişilerin tabiiyeti sorunu gündeme gelmiştir. Kabotaj Kanunu m. 2'de geçen "Türkiye tebaası" kelimelerinin Türk anonim şirketler ile hissedarları arasında yabancıların bulunduğu Türk limitet şirketlerine teşmil edilip edilemeyeceği hususunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden ("TBMM") bir yorum kararı istenmiştir. Ancak, TBMM Genel Kurulu, Ticareti Bahriye Kanunu'nun 1. maddesi hükmünün gemi üzerinde tasarrufa yetkili olanların ve maliklerin münhasıran Türkiye Cumhuriyeti tebaasından olmalarını açıklığa kavuşturduğu ve Kabotaj Kanunu m. 2 hükmünün de bunu teyit ettiği gerekçe-

siyle herhangi bir tefsir kararına ihtiyaç bulunmadığına karar vermiştir²⁶.

Kararda Ticareti Bahriye Kanunu'nun 1. maddesi ile Kabotaj Kanunu'nun 2. maddesi hükümlerinin açık hükümleri karşısında Türk anonim şirketleri ve Türk limitet şirketlerinin kabotaj hakkından yararlanabilmeleri için ortakların tamamının Türk tabiiyetinde olması gerektiğinden bahisle herhangi bir tefsir kararına gerek görülmediği hususuna yer verilmiştir. Bu durumda en azından Ticareti Bahriye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem bakımından Türk tabiiyetinde bulunan ticaret şirketleri ile sair tüzel kişilerin ortak ve üyelerinin tamamının Türkiye tebaasından olmalarının gerektiği açıktır.

Kabotaj Kanunu'ndan sonra 29 Mayıs 1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu kabul edilmiş, müteakiben 13 Mayıs 1929 tarihli ve 1440 sayılı Kanun ile 865 sayılı Ticaret Kanunu'na "Deniz Ticareti" başlıklı İkinci Kitap eklenmiştir²⁷. 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1459. maddesi, her Türk gemisinin Türk bayrağı çekeceğini, sadece Türk vatandaşlarının malı olan geminin Türk gemisi olduğunu, bir yabancıların Türk gemisinin tamamına yahut payına sahip olamayacağı hükmünü amirdir. Bu madde de Ticareti Bahriye Kanunu m. 1 hükümlerine hemen hemen paraleldir. Böylece 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun TBMM'nin 403 sayılı tefsir kararı ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır²⁸.

²⁶ **TBMM** (1928) "25.02.1928 Tarihli ve 403 sayılı Ticareti Bahriye Kanununun Birinci ve Kabotaj Kanununun İkinci Maddesinin Muhtacı Tefsir Olmadığı Hakkında Karar", <[²⁷ 20.05.1929 tarihli ve 1197 sayılı Resmî Gazete.](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_eri_sim.tutanak_hazirla?v_meclis=1&v_donem=3&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KARARLAR&v_altbaslik=&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih=> s.e.t. 10.05.2020; Çağa, s. 211.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁸ **Süzel**, s. 48.

C. 6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (ETTK)

01 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe giren 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("ETTK")²⁹ m. 823, hangi gemilerin Türk gemisi olduğunu ve Türk bayrağı çekebileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Ticareti Bahriye Kanunu'nda ve 865 Sayılı Ticaret Kanunu'nda böyle bir hüküm bulunmadığından bu Kanunların yürürlükte olduğu dönem bakımından ticaret şirketlerinin kabotaj haklarından yararlanabilmeleri için bütün ortakların Türk tabiiyetinde olması şarttı. Ancak Kabotaj Kanunu'nda açık bir hükmün bulunmaması ve ETTK dışında mevzuatta hangi gemilerin Türk gemisi sayılacağına dair başkaca açık bir hükmün mevcut olmaması sebebiyle tabiiyetin tayini hususunda ETTK m. 823'de belirtilen koşulların Kabotaj Kanunu bakımından da geçerli olduğu, tüzel kişilerin bütün ortak veya üyelerinin Türk vatandaşlığı olmasının gerekmediği sonucuna varılmalıdır³⁰.

²⁹ 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete.

³⁰ **Atamer, Kerim** (2009), "Alman-Türk Hukukunda Gemi-lerin Bayrak Çekme Zorunluluğu, Gemi Siciline Kayıt ve Hükümlerin Uygulama Alanı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXV, S: 1, s. 164 – 166; **Atamer, Kerim** (2017), *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I; B. 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., s. 727 – 728, **Süzel**, s. 53. Aksi fikir için bkz. **Çağa**, s. 211 – 223; **Yazıcıoğlu, Emine** (2020) *Kender / Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, B. 15, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 69; **Yazıcıoğlu**, *Kabotaj*, s. 67; **Yazıcıoğlu, Emine** (1999) "Türkiye'de Deniz Kabotajına İlişkin Bazı Sorunlar, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı", İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 806. Çağa, tefsir kararının açık olmadığını, bununla birlikte mevcut karar karşısında tüzel kişi malik bakımından tüm ortakların Türk vatandaşlığı olması gerektiğini, tefsir kararının ETTK m. 823 bakımından da geçerliğini sürdürdüğünü, bir başka davayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce verilen 28.12.1967 tarihli ve E. 967/10, K. 967/49 sayılı kararın da bu görüşü desteklediğini, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun varlığını da dikkate alarak Kabotaj Kanunu'nda değişiklik yapılarak ETTK m. 823 ile uyumlu hâle getirilmesinin uygun olacağını savunmuştur. Yazıcıoğlu da belirtilen makalelerinde bu görüşe paralel şekilde Kabotaj Kanunu m. 2'de bir değişikliğe gidilerek gerçek ve tüzel kişilerin kabotaj haklarından yararlanabilmeleri için Türk bayrağı çekilmesine ilişkin TTK'nun işleten için öngördüğü şartların aranmasının gerektiğine dair bir hükmün ilave edilmesini önermiştir.

403 sayılı tefsir kararında Kabotaj Kanunu ile Ticareti Bahriye Kanunu arasında gerekli bağlantının kurulmuş olması, Kabotaj Kanunu'nun Türk denizlerindeki ticari faaliyetleri yabancılara yasaklaması ve ETTK'nun kapsamı nazara alındığında oldukça makul olan bu yorum, uygulamada da genel kabul görmüş ve yerleşmiştir. Mülga Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı uygulamaları bu yönde olmuştur. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı da bu anlayışa uygun hareket etmektedir.

ETTK m. 823, 865 sayılı Ticaret Kanunu m. 1459'dan daha geniş ve özgürlükçü bir anlayışla kaleme alınmıştır. Hangi gemilerin Türk gemisi olduğu ve Türk bayrağı çekme hakkına sahip olacağı hususu, gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. ETTK m. 823, özellikle ticaret şirketleri bakımından yabancı ortak yasağını kaldırmış, bir geminin Türk gemisi olabilmesi için sermaye çoğunluğunu değil, fakat oy çoğunluğunu esas almıştır. Bir başka deyişle, bir geminin Türk gemisi sayılabilmesi için şirketin yönetiminde ve akibetinin belirlenmesinde Türklerin söz sahibi olması kriterini benimsemiş, kanun koyucu iradesini bu yönde ortaya koymuştur³¹. Bu durumda 403 sayılı tefsir kararının herhangi bir geçerliği kalmamıştır³².

ETTK m. 823'de 24 Nisan 2004 tarihli ve 5136 sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır³³. Bu değişikliklerle anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde payların tamamının nama yazılı olma şartı kaldırılmış, payların çokluğunun nama yazılı olması yeterli kabul edilmiştir. Böylece bu şirketlere ait gemilerin Türk bayrağı çekmeleri kolaylaştırılmış, Türk tabiiyetindeki anonim şirketlerin uygulamada yaşadığı önemli bir sorun çözülmüş-

³¹ **Atamer**, *Bayrak Çekme*, s. 165; **Atamer**, *Deniz Ticareti*, 727; **Okay, Sami** (1965) *Deniz Ticareti Hukuku*, Giriş – Gemi Donatan ve Donatma İştirakî Gemi Adamları, B. 2, İstanbul, Sermet Matbaası, s. 120.

³² **Atamer**, *Deniz Ticareti*, s. 178, **Süzel**, s. 53.

³³ 28.04.2004 tarihli ve 25446 sayılı Resmî Gazete.

tür. Esasen bu değişiklik, daha önce doktrinde ileri sürülen önerileri yansıtmaktadır³⁴. Değişikliğin amacı, Türk deniz ticaret filosundaki küçülmenin önlenmesi, yabancı sermayenin teşvikine ilişkin mevzuat hükümlerine paralellik sağlanması ve ticaret filosunun yabancı sermayeden yararlanmasının önünün açılmasıdır³⁵.

1961 Anayasası'nın kabulüyle birlikte TBMM'nin kanun hükümlerini tefsir yetkisi kaldırılmıştır. Çağa'nın zikrettiği İhtira Beratı Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin bir davayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce verilen 28.12.1967 tarihli ve E. 967/10, K. 967/49 sayılı kararda, TBMM'nin önceki tefsir kararlarının geçerliğini sürdürdüğü belirtilmekte ise de bundan bu kararların her zaman ve mutlak olarak geçerliği olacağı sonucuna varılamaz. TBMM'nin tefsir yetkisinin kaldırılması meselesinin hukuki sonuçları bir yana, bu kararın geçerliğini sürdürüp sürdürmeği mevcut hukuki şartlara bağlı olarak değerlendirilmelidir. 403 sayılı tefsir kararı, yabancılara Türk şirketlerinde ortaklık ve pay sahipliğini kesin olarak yasaklayan Ticareti Bahriye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde verilmiştir. 865 sayılı Ticaret Kanunu da aynı yasağı sürdürmekle ETTK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.1957'e kadar 403 sayılı tefsir kararının etkili olduğu kabul edilmelidir.

Ne var ki, ETTK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuki durum ve koşullar değişmiş, ETTK m. 823, Türk gemisi olmanın ve Türk bayrağını çekmenin şartlarını yeniden ve kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Tefsir kararında Kabotaj Kanunu ile Ticareti Bahriye Kanunu arasında kurulan

bağlantının ETTK m. 823 ile de kurulması gereklidir. Bu durumda özellikle bir geminin Türk gemisi olduğunun tayininde mevzuatta başkaca bir hükmün olmadığı dikkate alınarak tabiiyete ilişkin Kabotaj Kanunu'ndaki boşluğun m. 823 ile doldurulmasından başka çare yoktur.

ETTK'nun yürürlüğe girmesine rağmen 403 sayılı tefsir kararının geçerliğini sürdüreceği görüşü, hukuki dayanaklarının zayıf olmasının ötesinde Türk denizciliğinin gelişimi önünde çok ciddi bir engel oluşturabilecek, ekonomiye ağır zararlar verebilecek bir potansiyele sahiptir. Bütün Türk ticaret şirketlerinin ortaklarının tamamının Türk vatandaşı olması ve yabancıların pay sahibi olmaması, ne ETTK'nun ne de TTK'nun yürürlüğe girdiği dönemin koşullarıyla bağdaşmamaktadır.

D. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 940. MADDESİ HÜKÜMLERİ

ETTK dönemi için vardığımız sonuçlar, TTK m. 940 hükümleri için de geçerliğini sürdürmektedir. TTK m. 940, bazı küçük değişikliklerle ETTK m. 823 paralelinde düzenlenmiştir. TTK m. 940'ın gerekçesinde yer alan açıklamalar dikkat çekicidir. Gerekçe'de aynen, "Madde metni düzenlenirken, yapılacak değişikliklerin 1926 tarihli Kabotaj Kanunu ile uyum içerisinde olmasına itina edilmiş ve aksine siyasi irade tecelli edene kadar Türk gemilerine bahşedilen kabotaj hakkının zedelenmemesi görüşü hâkim olmuştur" ifadelerine yer verilmiştir³⁶. Gerekçe'de yer alan açıklamalar, açıkça Kabotaj Kanunu ile TTK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, Kabotaj Kanunu'nda geçen "Türkiye tebaası" ifadesinin TTK m. 940 (ETTK m. 823) hükümlerine göre değerlendirileceği yönündeki anlayışı güçlendirmektedir. Artık, 403 sayılı tefsir kararının hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı ortaya çıkmıştır³⁷.

³⁴ **Kender, Rayegân** (1997) "40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri", İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 251; **Yazıcıoğlu**, Armağan, s. 803.

³⁵ **TBMM** (2004) "Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (1/761)", Dönem: 11, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı : 405, <<https://www.tbmm.gov.tr>> s.e.t. 10.05.2020.

³⁶ **Adalet Bakanlığı** (2005) "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı", Ankara 2005, s. 660.

³⁷ **Süzel**, s. 53.

TTK m. 940 hükümlerine göre Türk tabiiyetinin değerlendirileceği hususuyla ilgili olarak iki önemli kanunda yer alan hükümler büyük önem taşımaktadır. Bunlar; 24 Kasım 1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un³⁸ ("Özelleştirme Kanunu") 37. maddesi ile 16 Aralık 1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (TUGSK) 7. maddesidir.³⁹

Özelleştirme Kanunu m. 37'de özelleştirme uygulamalarıyla ilgili olarak Kabotaj Kanunu hükümleri ile ETTK m. 823 hükmünün saklı olduğu belirtilmektedir. TUGSK m. 7'de ise bu Kanun uyarınca Türk bayrağı çeken gemiler ve yatların millî mevzuatla tanınmış olan haklardan yararlanacakları, ancak ETTK m. 823 (TTK m. 940) uyarınca Türk bayrağı çekme hakkına sahip olmayan gemiler ve yatların Kabotaj Kanunu hükümlerinden yararlanamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, bir tüzel kişinin kabotaj tekelinden yararlanabilmesi için açık bir şekilde TTK m. 940'da belirtilen koşulları sağlamasının şart olduğudur. Bu koşulları sağlamayan gerçek veya tüzel kişiler, kesin olarak kabotaj hakkından yararlanamazlar. 403 sayılı tefsir kararı ise zaten TTK m. 940 hükmünün dayanağını oluşturan ETTK m. 823 ile birlikte geçerliğini kaybetmiştir⁴⁰.

IV. AVRUPA BİRLİĞİNE UYUM

Avrupa Birliği, 7 Aralık 1992 tarihli ve 3577/92 sayılı Üye Devletler İçinde Deniz Taşıma Hizmetlerinin Serbest Dolaşımı İlkesine Dair Konsey Tüzüğü'nü ("Kabotaj Tüzüğü") kabul etmiştir⁴¹. 1 Ocak 1992 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Kabotaj Tüzüğü, gemilerini Birlik üyesi bir devletin gemi siciline tescil ettirmiş olan ve gemileri bir üye devletin bayrağını çeken donatılara Birliğe üye bir devletin denizlerinde deniz taşıma hizmetlerinin (kabotaj faaliyetlerinin) serbest dolaşımı ilkesinin uygulanacağını öngörmektedir. Bunun için Birlik donatanının gemisini tescil ettirdiği ve bayrağını çekmiş olduğu devletin hukukuna uygun olarak kabotaj hakkından faydalanmak için gerekli bütün şartları sağlaması gerekmektedir.

Kabotaj Tüzüğü'ne göre deniz kabotajı, genel olarak Birlik üyesi bir devletin kara suları içinde ücret karşılığı yürütülen kurtarma, kılavuzluk ve römorkaj, kıyıda yürütülen lojistik hizmetler ile yük ve yolcu taşıma gibi denizcilik hizmetlerini kapsamaktadır. Kabotaj Tüzüğü gereğince üye devletlerin Birlik donatanlarını kara suları dâhilinde kabotaj hakkından yararlandırması gerekmektedir. Tam üyelik için müzakereleri yürüten Türkiye'nin Kabotaj Tüzüğü gereğince Birlik donatanlarına Türk kara sularında kabotaj hakkını tanımakla yükümlü olduğu ve bu yönde Kabotaj Kanunu'nda değişiklik yapılması gerektiği ileri sürülebilir⁴².

Türkiye'nin henüz Avrupa Birliği'ne tam üye olmadığı bir safhada Kabotaj Kanunu'nda bir değişiklik yaparak kabotaj hakkını Birlik üyesi devletlere tanınması son derecede sakıncalıdır. Birlik içinde dahi üye devletler, kabotaj hakkının tanınmasında kademe bir geçiş usulünü benimsemişlerdir. Türkiye'nin

³⁸ 27.11.1994 tarihli ve 22124 sayılı Resmî Gazete.

³⁹ TUGSK m. 3(1) ile İstanbul'da Türk Uluslararası Gemi Sicili Oluşturulmuştur. Türk Uluslararası Gemi Sicili Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt, Hayrettin** (2020) Türk Uluslararası Gemi Sicili, Ankara, Yetkin Yayınları; **Yazıcıoğlu**, Deniz Ticareti, s. 117 vd; **Ekşi, Nuray** (2000) "Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanununun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Kanunun Genel Esaslarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Tahir Çağrı'nın Anısına Armağan, İstanbul Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 201 vd; **Ataergin, Selim** (2003) "Türk Uluslararası Gemi Sicili", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınları, s. 63 vd; **Algantürk, Didem** (2000) "Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", İstanbul Barosu Dergisi, C: 74, S: 7 – 8 – 9, s. 797 vd.

⁴⁰ **Atamer**, Bayrak Çekme, s. 165; **Atamer**, Deniz Ticareti, s. 728. Atamer, isabetli bir şekilde TUGSK'nun yürürlük

kazanmasıyla birlikte Kabotaj Kanunu bakımından bütün tereddütlerin ortadan kalktığını belirtmektedir.

⁴¹ *Council Regulation (EEC) No 3577/92 of December 1992 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport within Member States.*

⁴² **Yazıcıoğlu**, Kabotaj, s. 63, 71 – 72.

Birlik üyesi devletlere kabotaj hakkını tanıması, tam üyelik gerçekleştiikten sonra değerlendirilmelidir. Tam üyeliğe bağlı haklar elde edilmeden tek taraflı kabotaj serbestliğinin tanınması, Türk denizciliği açısından oldukça olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu safhada kabotaj hakkının tanınması, öncelikle Türk donatanların Birlik üyesi devletlerin donatanları ile rekabet edememesi sebebiyle ekonomiye ciddi zararlar verebilir. TTK m. 940'daki şartların birçok Avrupa devletinin düzenlemelerine göre ağır olması, Türk donatanlarının da Birlik üyesi devletlerin denizlerinde kabotaj haklarından yararlanamamasına yol açabilir⁴³. Dolayısıyla, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üye olması hâlinde Kabotaj Kanunu ve TTK m. 940'daki koşulları diğer Birlik üyelerinin düzenlemelerine paralel şekilde hafifletmesinde fayda vardır⁴⁴.

V. KABOTAJ BAYRAMI

Kabotaj Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz günü, her yıl kabotaj bayramı adı altında bütün yurttta etkinlikler yapılmakta, kabotaj hakkı kutlanmaktadır. Kabotaj hakkının Türkiye'ye gelişi ilk kez 1 Temmuz 1935 tarihinde denizcilik bayramı olarak ve 1 Temmuz 1939'da ilk kez kabotaj ve denizcilik bayramı olarak kutlanmıştır⁴⁵. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı önderliğinde birçok kamu kurum ve kuruluşu ile özel kişi ve kuruluşlarca müştereken kutlamalar yapılmakta, sempozyumlar, seminerler ve toplantılar vs. icra edilmektedir. Kabotaj Kanunu'nda Kabotaj Bayramına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Oysa toplumda deniz kültürünün geliştirilmesi ve farkındalığın artırılması açısından Kabotaj Bayramına ilişkin düzenlemelerin yapılmasında fayda bulunmaktadır. Nitekim, 2005 yılında Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı tarafından hazırlanan bir taslak metin, kanun tasarısına dönüşerek TBMM'ne sevk edilmiş ise de tasarının kadük olması sebebiyle bu çalışmadan bir sonuç alınamamıştır.

⁴³ Yazıcıoğlu, Kabotaj, s. 72.

⁴⁴ Süzel, s. 67.

⁴⁵ Fidan, s. 62.

VI. CEZA HÜKÜMLERİ

Kabotaj Kanunu m. 5(1)'e göre bu Kanun'un 1. maddesi hükmüne aykırı olarak Türkiye limanları arasında kabotaj yapan gemilerin kaptanlarına ve yabancılara ait deniz taşıtlarının sahiplerine bin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Donatanı yabancı olan gemilerle yabancılara ait sair deniz taşıtları, idarî para cezası tahsil edilinceye kadar elverişli bir limanda masrafları kendisine ait olmak üzere tutulur. Bu Kanunun 2. ve 3. maddelerinde belirtilen yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan hakları kullanan yabancılara beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir ve gemi ve sair deniz taşıtları seferden alıkonulur. Kanun'un 5(2) maddesine göre belirtilen idarî para cezalarına o yerin mülkî amiri, diğer idarî tedbirlere liman başkanı tarafından karar verilir.

Kabotaj Kanunu m. 1 hükümlerine aykırı davranılması durumunda geminin kaptanı ve deniz taşıtlarının sahiplerine idarî para cezası verilmesi gerekmektedir. Kaptanın bulunduğu ülkenin mevzuatını bilmesi gerektiğinden hakkında ceza tayini yerindedir. Ancak, deniz taşıtlarının sahipleri her zaman gemiyi işleten konumunda olmayabilirler. Deniz taşıtlarının malikleri gemilerini kira veya bir başka hukuki ilişkiye dayanarak başkalarına kullandırabilirler. Bu gibi hâllerde malik hakkında değil, fakat gemiyi işleten (gemi işletme müteahhidi) hakkında idari para cezasının uygulanması daha uygun olur. Bu sebeple her hâlükârda malik hakkında cezai işlem yapılmasına yönelik hüküm isabetsizdir.

Düzenlemede geçen "kabotaj yapan" ifadesi isabetsizdir. Bu ifade, denizcilik terminolojisiyle uyumlu değildir. Kanun m. 5(1)'de sadece "m. 1 hükümlerine aykırı davranılması" ifadesinin kullanılması yeterli olurdu. Ayrıca 1.000 TL ilâ 25.000 TL arasında belirlenen idari para cezası yeterli değildir. Zira çoğu olaylarda asgari miktar üzerinden idarî para cezası verilecektir. Geminin büyüklüğü ve yapılan ticari faaliyetin hacmi dikkate

alınmadan bütün gemiler için belirtildiği şekilde maktu ceza tayini adil gözükmemektedir. Geminin tonajına bağlı olarak belirlenen bir tarife üzerinden ve caydırıcı olacak miktarlarda idarî para cezasının tespiti daha uygun olurdu.

VII. DİĞER KANUNLARDAKİ HÜKÜMLERLE DÜZENLEME

Yukarıda açıklandığı üzere birçok kanun hükümleriyle kabotaj hakkına istisna getirilmektedir. Bu tür düzenlemeler, Kabotaj Kanunu'nun sistematikliğini bozmaktadır. Sadece Türk Petrol Kanunu, Kabotaj Kanunu'nda değişik yapmıştır. Uygulamada birlik sağlanması ve kanun sistematikliğini açısından kabotaj hakkına ilişkin bütün düzenlemelerin sadece Kabotaj Kanunu'nda yapılması daha isabetli olur.

VIII. SONUÇ

Kabotaj Kanunu, yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk denizciliğinin gelişiminde önemli bir rol oynamıştır. Ne var ki, Cumhuriyetin ilk yıllarının koşulları altında son derece sıkı, korumacı ve kazıistik bir yöntemle hazırlanan Kanun eskimiş ve günün koşullarına cevap vermez hâle gelmiştir. Kanun'a dair önerilerimiz aşağıda sıralanmıştır:

1- Günümüz koşullarına uygun yeni bir Kabotaj Kanunu hazırlanmalıdır. Kanun'un dili eskimiş, anlaşılması zorlaşmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarında mevcut bazı meslekler günümüzde ortadan kalkmış, bu arada yeni meslekler ortaya çıkmıştır.

2- Kabotaj tekeli ve tabiiyet kavramları ile Türk tabiiyetindeki kişilerce yürütülecek meslekler açıkça tanımlanmalı, kabotaj tekelinin kapsamına girecek faaliyetlerin tek tek sayılması yönteminden vazgeçilerek daha kapsayıcı ve genel ifadeler tercih edilmelidir.

3- Tabiiyet sorunu kesin olarak çözümlenmelidir. Bu hususta mevcut Kanun boşluğu, gemilerin bayrak çekmesine dair TTK m. 940 (ETTK m. 823) hükümlerine başvurulmak suretiyle doldurulmuştur. Bu yorum tarzı, uygulamada yer-

leşmiş ve genel kabul görmüştür. ETTK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 403 sayılı tefsir kararı, geçerliliğini tamamen yitirmiştir. Bununla birlikte sorunun kesin olarak çözümü için hazırlanacak yeni kanunda tabiiyetin tayininde doktrinde savunulduğu üzere TTK m. 940 ve 941(2) hükümlerine açık bir referans yapılması şarttır.

4- Kabotaj hakkına ilişkin istisnalar yetersizdir. İstisna hükmü, sadece petrol arama ve üretimini değil, fakat doğal gibi deniz yatağındaki mineral kaynaklarının araştırılması ve üretimi ile devletin teknik imkân ve kapasitesiyle yerine getiremeyen sair işleri de kapsamına alacak şekilde genişletilmelidir. Benzer şekilde yeni ortaya çıkan meslekler dikkate alınarak meslek bazında da istisna hükümleri getirilebilir. Bu çerçevede istisnaların kullanılması için Cumhurbaşkanına yetki veren hükümler ihdas edilmelidir. Bununla birlikte Kanun'da istisnaların çerçevesi açık bir şekilde çizilmelidir.

5- Kanun'a aykırı davrananlar için caydırıcı miktarda idari para cezaları uygulanmalıdır. Kaptan, donatan ve gemi işletme müteahhidi için geminin tonajına göre belirlenen bir tarife üzerinden idari para cezaları tespit edilerek uygulanmalıdır.

6- Türkiye, Avrupa Birliği'ne üye olduğunda Birlik mevzuatına uygun şekilde Kabotaj Kanunu'nda gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadır. Müzakerelerin yürütüldüğü bu dönemde Kabotaj Tüzüğü paralelinde değişiklik yapılması, Türk denizcilik sektörünü olumsuz yönde etkileyeceğinden sakıncalıdır. Avrupa Birliği'ne üye olunduktan sonra ise diğer bazı Avrupa devletlerinin yaptığı gibi bir geçiş dönemi kabul edilmelidir.

7- Toplumda denizcilik kültürünün geliştirilmesine ve farkındalığın artırılmasına katkı sağlayacağından "Kabotaj Bayramı"nı resmîleştirilecek hükümler kabul edilmelidir.

Kanun'un sistematikliğini bozulmaması ve uygulanmasında birlik sağlanması amacıyla gerçekleştirilecek kanun değişikliklerinin sadece Kabotaj Kanunu'nda yapılmasına yönelik hükümler sevk edilmelidir.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

Aksoy, Sami (2010) “Türk Deniz Hukukunda Yeni Bir Düzenleme: Bağlama Kütüğü” Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 65 – 139.

Algantürk, Didem (2000) “Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 74, S: 7 – 8 – 9, s. 797 – 804.

Altop, Atilla (2005) “Bağlama Kütüğü İle İlgili Yasal Düzenlemelerin Getirdiği Bazı Sorunlar” Deniz Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 1 – 4, s. 1 – 13.

Ataerğın, Selim (2003) “Türk Uluslararası Gemi Sicili”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, Marmara Üniversitesi Yayınları, s. 63 – 70.

Atamer, Kerim (2009) “Alman – Türk Hukukunda Gemilerin Bayrak Çekme Zorunluluğu, Gemi Siciline Kayıt ve Hükümlerin Uygulama Alanı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXV, : S. 1, s. 99 – 201 (Bayrak Çekme).

Atamer, Kerim (2009) “Bağlama Kütüğü: Yasama Amacı, Uygulama Alanı ve Özel Hukuk Kurallarına Etkisi”, Banka ve Ticaret hukuku Dergisi, C: 25, S. 4, s. 297 – 366.

Atamer, Kerim (2017) Deniz Ticareti Hukuku, C. I; B. 1, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. (Deniz Ticareti).

Bikriç, Melih (2003) “Türkiye’de Kabotaj Tekeli Hakkının Tesisi ve Geleceği”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Deniz Bilimleri ve İşletmeciliği Enstitüsü.

Çağa, Tahir (1975) “Türkiye’de Deniz Kabotajı Tekeli”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XLI, S: 3 – 4, s. 197 – 223.

Demir, İsmail (2015) “Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler”, Ankara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 64, S: 1, s. 103 – 169.

Ekşi, Nuray (2000) “Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanununun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Kanunun Genel Esaslarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s. 201 – 210.

Fidan, Ahmet (2014) “Dünden Bu Güne Kabotaj ve Türk Denizciliğindeki Yeni İvmeler”, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C: 7, S: 2, s. 61 – 69.

İstikbal, Cahit (2016) “Kabotaj Hakkı: Türkiye’de ve Dünyada Durum”, <<http://www.denizhaber.com>> s.e.t. 26.09.2018.

Kender, Rayegân (1997) “40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 245 – 258.

Kurt, Hayrettin (2020) Türk Uluslararası Gemi Sicili, Ankara, Yetkin Yayınları.

Nemlioğlu Koca, Yasemin “Cumhuriyetin İlk Yıllarında Denizcilik Politikaları ve Kabotaj Uygulamaları”, s. 1 – 20, <<https://www.academia.edu>>, s.e.t. 10.10.2016.

Okay, Sami (1965) Deniz Ticareti Hukuku, Giriş – Gemi Donatan ve Donatma İştirakî Gemi Adamları, B. 2, İstanbul, Sermet Matbaası.

Süzel, Cüneyt (2015) “815 Sayılı Kabotaj Kanunu’nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Uyarınca Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S: 135 – 136, s. 29 – 76.

Yazıcıoğlu, Emine (2020) Kender / Çetingil Deniz Ticareti Hukuku, B. 15, İstanbul, Filiz Kitabevi (Deniz Ticareti).

Yazıcıoğlu, Emine (1999) “Türkiye’de Deniz Kabotajına İlişkin Bazı Sorunlar, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 799 – 806 (Armağan).

Yazıcıoğlu, Emine (2002), “Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Hukukunun deniz Kabotajı Tekeline İlişkin Sorunları”, Deniz Hukuku Dergisi, S: 1 – 4, s. 61 – 74 (Kabotaj).

II. RAPORLAR VE İNTERNET KAYNAKLARI

Adalet Bakanlığı (2005) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”, Ankara 2005.

TBMM (1926) “Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Başvekâletten Gelen (1/875) Numaralı Kanun Lâyihası ve Ticaret ve Muvazenei Maliye Encümenleri Mazbataları”, TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 2, C: 24, Birleşim 87, <www.tbmm.gov.tr> s.e.t. 27.06.2020.

TBMM (1928) “25.02.1928 Tarihli ve 403 sayılı Ticareti Bahriye Kanununun Birinci ve Ka-

botaj Kanununun İkinci Maddesinin Muhtacı Tefsir Olmadığı Hakkında Karar”, <[**TBMM** \(2004\) “Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu \(1/761\)”, Dönem: 11, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı : 405, <<https://www.tbmm.gov.tr>> s.e.t. 10.05.2020.](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=1&v_donem=3&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KARARLAR&v_altbaslik=&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih=> s.e.t. 10.05.2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

TBMM (2013), “Türk Petrol Kanunu Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (1/725)”, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, <www.tbmm.gov.tr> s.e.t. 27.06.2020.

<<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 20.06.2020.

<<http://www.taussmarine.com/index.php/denizcilik-terimleri-sozlugu/>>, s.e.t. 20.06.2020.

**ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER İLE YARGI KARARLARI İŞİĞİNDA
TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMASI**

**DILUTION OF A WELL-KNOWN TRADEMARK IN THE LIGHT OF NATIONAL AND INTERNA-
TIONAL REGULATIONS WITH CASE LAW**

Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU *
Zeliha İNCE **

ÖZET

Tanınmış markalar standart markalara göre daha fazla emek ve yatırım gerektirdiğinden hukuk sistemlerinde bu markaların daha fazla korunmasına ihtiyaç duyulmuştur. Geleneksel marka korumasında markanın tüketici nezdinde karıştırılma ihtimâli esas alınarak aynı sınıftaki mal ve/veya hizmetler açısından korunma esas alınırken, sulandırma korumasında markanın tanınması için harcanan emek ve maddi değer göz önünde tutularak daha çok marka sahipleri korunmaktadır. Ayrıca geleneksel marka korumasında marka aynı sınıftaki mal ve/veya hizmetler açısından korunurken, sulandırma korumasında markanın tescilli olduğu sınıf dışındaki mal ve/veya hizmetler açısından da koruma söz konusudur. Sulandırılma, bulandırarak sulandırma ya da lekeleyerek sulandırma olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Makalemizde, tanınmış markanın sulandırılması kavramı anlatılacak, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve diğer uluslararası sözleşmeler incelenecek, Türk hukukunda yeri değerlendirilerek, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: marka, tanınmış marka, markanın korunması, markanın ihlâli, markanın sulandırılması.

ABSTRACT

Since well-known trademarks require more effort and investment than standard trademarks, they need more protection in legal systems. Traditional trademark protection is based on the confusion among consumers protecting goods and/or services in the same class, while dilution protection trademark owners are mostly protected by considering the effort and investment of the trademark. Moreover, while trademark is protected in terms of goods and/or services in the same class in traditional trademark protection, there is also protection for the unregistered class of goods and/or services in dilution protection. There are two types of dilution; dilution by blurring and dilution by tarnishment. In our article; the concept of dilution of well-known trademarks, the United States and the European Union regulations and the case law of the Court of Justice will be explained. International conventions in trademark dilution and Turkish law and Turkish Court of Cassation case law will be examined as well.

Keywords: trademarks, well-known trademarks, trademark protection, infringement of a trademark, dilution of a trademark.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (e-mail: oguzhaciomeroglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1838-4116).

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 29.04.2020/ Kabul Tarihi: 30.05.2020).

** Hâkim, LL.M, PhD Candidate, (e-mail: zelihaince06@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0378-814X).

GİRİŞ

Bir markanın tanınmış marka olabilmesi için diğer markalara nazaran daha yoğun emek harcanması ve yatırım yapılması gerekir. Bunun sonucu olarak tanınmış marka, hem işletme için önemli bir ekonomik değer ifade eder hem de uzun dönemde ülke ekonomisine olumlu katkılar sağlar. İşletmelerin uzun dönemde, yoğun emek ve para harcayıp tanınmış marka haline getirdikleri bir marka bittabi daha üstün bir korunmayı hak eder. Tanınmış markaya daha üstün koruma sağlayan “sulandırma” koruması çalışmamızın konusu olacaktır.

Geleneksel marka korumasında markanın tüketicinin nezdinde karıştırılma ihtimali esas alınarak aynı sınıftaki mal ve/veya hizmetler açısından korunurken, sulandırma korumasında markanın tanınması için harcanan emek ve maddi değer göz önünde tutularak daha çok marka sahipleri korunmaktadır.

Markanın sulandırılması; bulandırarak sulandırma ve lekeleyerek sulandırma olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. Bulandırarak sulandırma tanınmış markanın ayırt ediciliğine zarar verme şeklinde gerçekleşirken, lekeleyerek sulandırmada markanın itibarına zarar verme durumu söz konusudur. Tartışmalı bir husus olan tanınmış markadan haksız avantaj sağlanması hâlinin sulandırma çeşidi olup olmadığı konusu da çalışmamızda incelenecektir.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği açısından hukuki alt yapısı ve uygulaması daha gerilere gitse de Türk hukuku ve uygulaması açısından yeni olan markanın sulandırılması kavramı, son yıllarda öğretilerde sıkça konuşulan ve tartışılan kavramlardan olup Türk marka hukukunda da yerini almaya başlamıştır. Çalışmamızda, öncelikle tanınmış markanın sulandırılması kavramının ne olduğu üzerinde durulacak, daha sonra ABD hukukundaki temeli ve uygulamaları ile Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ile diğer uluslararası sözleşmeler incelenecek, akabinde ise Türk hukukunda yeri değerlendirilerek, Yargıtay’ın bu konuya ilişkin kararları irdelenecektir.

I. MARKA, TANINMIŞ MARKA ve SULANDIRMA KAVRAMLARI

A. MARKA

Marka kullanımı insanlık tarihinde ilk kez milattan önce yaklaşık 4000 yıllarında Mısır, eski Yunan ve Çin’de topraktan yapılmış el sanatları ürünleri üzerine bir takım desen veya şekil konulması suretiyle başlamış ve 14. yüzyılda tüccar markaları olarak, 16. yüzyılda ise lonca ve üretici markaları olarak karşımıza çıkmıştır¹. Markanın ticari değer ifade etmesi ise sanayi devriminden sonra 1800’lerde olmuştur. Tarihte ilk marka kanunu Fransa’da 1857 yılında kabul edilmiş,² ilk marka tescili ise 1870’lerde ABD’de yapılmıştır³. Bugün gelinen noktada marka günlük hayatın bir parçası haline dönüşmüştür.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda⁴ (SMK) markanın doğrudan açık bir tanımı yapılmamakla birlikte “Marka Olabilecek İşaretler” başlıklı 4. maddede dolaylı bir tanım yapıldığı söylenebilir. Buna göre marka; ‘bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret’ten oluşabilir.

Marka, belirli mal ve hizmetleri anonimlikten ferdileşmeye götürmekte, bu sayede tüketiciler almak istedikleri mal ve hizmetleri başka teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden kolayca ayırt edebilmektedirler⁵. Eskiden marka bir ticari işletmenin

¹ **Çolak**, Uğur (2018), Türk Marka Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 1.

² Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu.

³ “Bass & Co” isimli marka, ABD’de tescil edilen ilk marka olmuştur.

⁴ 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete.

⁵ **Karasu**, Rauf (**Suluk**, Cahit/Temel, Nal) (2019), Fikri

unsuru sayılabilirken bugün işletmeden ayrılabilir bir nitelikte olup, tek başına devredilebilir, rehnedilebilir ve lisansa konu olabilir hale gelmiştir.

Markanın fonksiyonlarından biri “*kaynak gösterme*” fonksiyonu olup, söz konusu fonksiyon markanın kullanıldığı mal veya hizmetin kaynağını, o mal ya da hizmetin kimden ve hangi işletmeden geldiğini gösterir⁶. Markanın kaynak gösterme fonksiyonu ile bir mal veya hizmetin bir işletme ile olan bağlantısına işaret ettiğini söylemek mümkündür. Marka, üzerinde yer aldığı ürünün kalitesi, nerede üretildiği gibi işletme ile olan bağlantı hususunda tüketiciye ve topluma güven sağlar. Markanın kaynak gösterme fonksiyonunun tüketici üzerindeki en önemli etkisi, tüketicinin belli bir markayı tercih ederek, satın aldığı mal ve/veya hizmetin kalitesi konusunda endişe duymamasıdır.

Markanın, ilk kullanılmaya başlandığı günden itibaren toplum hayatında ortaya çıkan gelişmeler ve teknolojik ilerlemelere bağlı olarak başka fonksiyonları da ortaya çıkmıştır⁷. Bunlar; ayırt etme fonksiyonu⁸, reklam, yatırım ve iletişim fonksiyonu⁹, garanti ve kalite fonksiyonu¹⁰ olarak adlandırılan fonksiyonlardır. İşte sulandırmaya karşı koruma, markanın kaynak gösterme dışındaki fonksiyonlarının da kabul edilip bunların da korunması gerektiği düşüncesi sebebiyle, 20. yy.

Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 159.

⁶ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s. 16.

⁷ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s. 16.

⁸ Markanın tanımında da öne çıkan ve çağdaş fonksiyonu olma özelliğini taşıyan bu fonksiyon, bir işletmenin mal ve hizmetlerini başka işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan fonksiyonudur.

⁹ Reklam fonksiyonu ile marka ile tüketici arasında bağ oluşurken, marka tanıtıldııkça ve reklamı yapıldıkça tüketicinin ilgisini çekmeye başlar ve markaya sahip firmanın satışları artar. İletişim fonksiyonu ise piyasada mal ve hizmet arz edenlerle talep edenlerin aralarında iletişim kurmalarını sağlamaktadır.

¹⁰ Tüketici önceden satın aldığı ve kalitesinden memnun kaldığı mal veya hizmete tekrar ihtiyaç duyarsa, genellikle önceden bildiği markayı taşıyan mal veya hizmeti tercih eder.

başlarında ortaya çıkmıştır¹¹. Çalışma konumuzu oluşturan sulandırma koruması ile geleneksel marka koruması arasındaki en büyük farklılık sulandırmaya karşı korumada karıştırılma ihtimalinin varlığının gerekli olmamasıdır¹². Diğer bir deyişle, marka tanınmışlık vasfını haiz ise markalar arasında karıştırılma ihtimâli bulunmasa dâhi tanınmış marka sulandırmaya karşı korunabilir.

B. TANINMIŞ MARKA

Markalar kullanıldıkları çevre bakımından tanınma düzeylerinin yüksek olup olmamalarına göre standart marka ve tanınmış marka olarak ikiye ayrılırlar¹³. Standart marka, tescil yoluyla koruma elde eden ve tanınmış olmayan markadır. Söz konusu markalar, 6769 sayılı SMK hükümleri çerçevesinde aynı veya benzer mal ve/veya hizmetler bakımından korunurlar.

Tanınmış markalar, bazı ülke mevzuatları dışında herhangi bir uluslararası sözleşmede tanımlanmamıştır¹⁴. Bunun sebebi, tanınmış markanın her somut olaya göre değişiklik göstermesi ve önceden belirlenen ölçütlere uymamasıdır¹⁵. Tanınmış marka için doktrin ve mahkemeler tarafından bazı unsurlar tespit edilmiştir. Ancak bunlar arasında bir birlik olduğunu söylemek mümkün değildir.

Tanınmış marka genel olarak; “*hedef kitlesi dışında da toplumun önemli bir kesimince bilinen, kalite ve güven simgesi haline gelen işaretler*” şeklinde tanımlanabilir¹⁶. Yargıtay bir kararında

¹¹ **Martino**, Tony (1996), Trademark Dilution, Clarendon Press, Oxford (UK), s. 4-6.

¹² **McCarty**, J. Thomas (2017), McCarty on Trademarks and Unfair Competition, Fifth Edition, New York, Rochester, s. 72.

¹³ **Yasaman**, Hamdi (2004), Marka Hukuku, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 24. Söz konusu yazar eserinde “*standart marka*” yerine “*alelâde marka*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

¹⁴ **Blakeney**, Michael (1996), Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Concise Guide to the TRIPS Agreement, Sweet & Maxwell Yayınları, s. 61.

¹⁵ **Yasaman**, s. 24.

¹⁶ **Güneş**, İlhami (2018), Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet

tanınmış markayı, "... bir kişi veya teşebbüse sıkı şekilde bağlı; garanti, kalite, kuvvetli reklam ve yaygın dağıtım ağı içeren; müşteri, akraba, dost ve düşman ayırımı yapılmaksızın, coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım..." şeklinde tanımlamıştır¹⁷.

Kanaatimizce bir markanın tanınmış sayılabilmesi için markanın üzerine konulduğu malın ve hizmetin yöneldiği tüketici çevresinde ya da ilgili sektörde tanınması yeterlidir. Bir marka tescilli olduğu ülke çapında tanınmış olabileceği gibi uluslararası düzeyde de tanınabilir. Uluslararası düzeyde tanınan markalara "dünyaca tanınmış marka" veya "dünya markası" denir. Dünyaca tanınmış markalara Mercedes, Coca Cola, Marlboro, Christian Dior gibi markalar örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan, bazı markalar toplumun büyük çoğunluğu tarafından bilinmemesine karşın, sadece ilgili tüketici veya ilgili alıcılar çevresinde de tanınabilir. Bu tip markalar daha çok teknik alanlarda kendini gösterir. Örneğin; remington marka av tüfekleri dünyaca ünlüdür ancak bu markayı yalnızca avcılar ve bu ürünü satın alan çevre tanır. Bu durum söz konusu markanın dünyaca tanınmış marka olmasını engellemez¹⁸.

Tanınmış marka ve dünya markasına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüş, tanınmış marka ile dünya markasının farklı kavramlar olduklarını savunmaktadır. Bu görüşe göre dünya markaları dünya çapında mal ve/veya hizmeti satılıp tanınan ya da mal ve/veya hizmeti satılmasa bile tanınan markalar olup (Coca-Cola gibi); buna karşın tanınmış markalar ise geniş kitlelerce bilinen yüksek ekonomik değere sahip markalardır¹⁹. Bir diğer görüş, dünya markasını, markanın

bulunduğu mal ve/veya hizmet ile ilgisi olsun olmasın geniş kitleler tarafından bilinen markalar olarak tanımlamakta ve bir markanın tanınmış marka olarak kabulü için dünya markası olmasının gerekli olmadığını vurgulamaktadır²⁰. Diğer bir görüş ise dünyaca tanınmış markayı "şöhreti dünya çapında tartışmasız olan ve refleks halinde hatırlanan marka" olarak tanımlamaktadır²¹. Bu tanım esas alındığında tanınmış marka bakımından, dünyaca tanınmışlığa nazaran daha düşük düzeyde tanınmışlığın yeterli olacağı sonucuna kolayca ulaşmak mümkündür²².

Açıklanan görüşlerden hangisi esas alınırsa alınsın, dünya markasının tanınmış marka olduğu gerçeği karşımıza çıkar. İster ekonomik değeri yüksek olsun veya olmasın, ister mal ve/veya hizmet satılsın ya da satılmasın, eğer bir marka dünya markası ise ona tanınmış marka denilebilir ve bir marka tanınmış marka ise sulandırma korumasından faydalanabilir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere tanınmış marka, tüketici için mal veya hizmetin kaynağını gösterir ve ona güven verir. Söz konusu güven, malın satılmasındaki en önemli etkidir. Hemen hemen tüm mal ve hizmetlerde tanınmış marka ile mal ve hizmeti üreten işletme tüketici nezdinde özdeşdir. Tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanımı durumunda, o markanın müşterileri çoğu zaman tanınmış marka sahibinin faaliyet alanını genişlettiğini düşünerek mal veya hizmet tercihlerini değiştirme eğilimine girerler. Bu zihinsel bağlantı, markaya odaklanan tüketicinin ilgisini dağıtıp, yanılmasına yol açar²³. Böylece tanınmış marka ile işletme arasındaki bağ zayıflamaya ve

Yayınevi, Ankara, s. 49, 2018.

¹⁷ Yargıtay 11. HD, T: 10.03.2005, E: 2004/4268 , K: 2005/2362-<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (s.e.t.: 23.04.2020).

¹⁸ **Yasaman**, s. 25.

¹⁹ **Tekinalp**, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara, s. 411.

²⁰ **Yasaman**, s. 253; **Ergün**, Mecvi (2000), Tanınmış Markalar, Fikri ve Sınai Mülkiyetin Uluslararası Korunması Birliği Yayınları, Bursa, s. 43.

²¹ **Ayoğlu**, Tolga (2009), *Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, s. 119.

²² **Büyükkılıç**, Gül (2019), Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 190.

²³ **Güneş**, s. 50.

sulanmaya başlar. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş markalar için korumanın aynı veya benzer mallar yanında farklı mallar ve hatta hizmetler için de getirilmesi amaçlanmıştır.

Yargıtay 11. HD yakın tarihli bir kararında²⁴ “... dava konusu başvuru kapsamında farklı mal/hizmet bulunmadığından bu maddenin somut uyumsuzluğa uygulanmasına lüzum olmadığı” şeklindeki yerel mahkeme gerekçesini değiştiren “... davalı şirket kurucusunun yine kurucusu olduğu davacı şirketten ayrılırken “DUMANKAYA” markasını davacı uhdesinde bıraktığı, davalının “DUMANKAYA” markasının sessiz harflerini (“DMKY” ibaresini) tescil ettirmek istemesinin davacı markalarının tanınmışlığından yararlanma kastı gösterdiği” şeklindeki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır. Bu kararda Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay 11. HD, tanınmış markadan haksız yararlanma bakımından taraf markalarının aynı veya benzer mallar ve/veya hizmetler bakımından da korumadan yararlanılabileceği yönünde görüş bildirmiştir.

Tanınmış markaların farklı mal ve hizmetleri de kapsayacak şekilde daha kapsamlı olarak korunması fikri, ilk olarak Amerikan hukukunda ortaya çıkmış ve Federal Marka Sulandırma Yasası (FTDA) kabul edilerek tanınmış markaların ayırt ediciliğinden ve itibarından üçüncü kişilerin haksız bir şekilde yararlanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır²⁵. Söz konusu Yasa’da sulandırma kavramı, tanınmış bir markanın mal ve hizmetlerini tanımlama (*identify*) ve ayırt etme (*distinguish*) kapasitesindeki azalma olarak ifade edilmiştir²⁶.

C. SULANDIRMA

“Sulandırma” kelimesinin İngilizce karşılığı “*dilution*” olup, bu kelime Türkçe’de “*seyrelme, sulandırma, cansızlaştırma, su katılma*” anlamlarına gelmektedir²⁷. Kelimenin anlamı Türk Dil Kurumu tarafından “*sulu duruma gelmesini sağlamak, su veya başka bir sıvı katıp karıştırarak yoğunluğunu azaltmak*” şeklinde tanımlanmakta; mecaz anlamı ise “*ciddiyetini, ağırlığını kaybettirmek*” olarak verilmektedir²⁸. Kavram hakkında “*bir şeyi daha az güçlü ve değerli kılma eylemi*” gibi tanımlara rastlamak da mümkündür²⁹. Makalemizin konusu bakımından, Türk Dil Kurumu tarafından sulandırma kelimesinin mecaz anlamı olarak verilen anlamını esas almak daha doğru olacaktır.

Geleneksel marka korumasında, markanın benzeri ve tescilli malların kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzer mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından işaret ve tescilli marka arasında ilişkilendirme olasılığı da dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması marka hakkının ihâli sayılır³⁰. Sulandırma korumasında ise tanınmış marka, aynı veya benzer mal ve/veya hizmetlerin dışında farklı mal ve/veya hizmetler bakımından da korunma kapsamında olup, karıştırılma ihtimali bulunmasa da sulandırma koruması talep edilebilir.

Sulandırma koruması, karıştırılma ihtimali gibi geleneksel ihlâl durumlarının aksine, tüketicici çıkarını değil, marka sahibini korumaya yöneliktir. Aynı zamanda bu koruma tanınmış markanın aynısının ya da benzerinin farklı mal ve/veya hizmetlerde kullanılarak bundan haksız yarar elde edilmesinin, markanın ayırt edici karakterinin ve itibarının zedelenmesinin engellenmesini amaçlar.

²⁴ T: 20.01.2020 E: 2019/2631, K: 2020/550 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.: 13.04.2020)

²⁵ Tanınmış markanın sulandırılmasına ilişkin ABD’deki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda V.

²⁶ **Fhima**, I. Simon (2006), *Dilution in the US, Europe, and Beyond: International Obligations and Basic Definitions*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol:1(6), s. 409.

²⁷ <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/dilution>, <http://www.zargan.com/tr/q/dilution-ceviri-nedir> (s.e.t.: 25.03.2020)

²⁸ <https://sozluk.gov.tr/?kelime=çipset> (s.e.t. 25.03.2020)

²⁹ <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/dilution> (s.e.t.: 25.03.2020)

³⁰ **Bozgeyik**, Hayri (2019), Marka Hakkının Korunması, Ankara, On iki Levha, s. 40.

Markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesini, tanınmış bir markanın aynısının ya da benzerinin, aynı/benzer ya da farklı mal veya hizmetlerde haklı bir sebep olmaksızın kullanılması sonucu, tüketici nezdinde marka ile markayı taşıyan mal veya hizmetler arasındaki bağın kademeli olarak azalması şeklinde zarar görmesi veya bu yönde ciddi bir olasılığın bulunması olarak ifade etmek mümkündür³¹. Örneğin, tanınmış ve kalite konfor ile bütünleşmiş bir otomobil markasının seyahat acentası markası olarak kullanılması durumunda markanın ayırt edici karakteri zarar görebilir.

Markanın itibarının zarar görmesi, tanınmış bir markanın özdeşinin ya da benzerinin aynı, benzer ya da farklı mal veya hizmetlerde, toplumun ilgili kesiminde, önceki markaya ilişkin olumsuz algılar yaratabilecek herhangi bir içerikte haklı bir sebep olmaksızın kullanılması ve oluşan bu olumsuz algıların önceki markaya geri devri suretiyle markanın sahip olduğu olumlu imajın zarar görmesi veya bu yönde ciddi bir ihtimâlin bulunması şeklinde tanımlanabilir³². Örneğin, çok tanınmış bir alkollü içecek markasının uyuşturucu madde ambalajı üzerinde kullanılması durumunda markanın itibarı zarar görebilir.

Tanınmış markanın sulandırılması kavramına ilişkin Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK)'nin 30.01.2019 tarihli kararından bahsetmek isabetli olacaktır. Türk Patent ve Marka Kurumu YİDK, itiraza gerekçe gösterilen ve Johnnie Walker markası ile özdeşleşen tescilli "*bastonla yürüyen adam*" logosunun değiştirilerek üçüncü bir kişi tarafından moda ve tekstil sektöründe kullanılmak üzere tescili talebini, seri marka izlenimi yarattığını ve sadece alkollü içecekler sektöründe tanınmış ve tescilli bir marka olsa dahi, "*bastonla yürüyen adam*" logosunu sulandırma ve ayırt ediciliğini ve itibarını zedeleme ihtimali bu-

lunduğunu kabul etmiştir (Karara ilişkin şekiller aşağıdadır). YİDK ayrıca, Kadınlar Günü'nü kutlamak ve cinsiyet eşitliğini desteklemek amacıyla 2018 yılının Mart ayında Johnnie Walker'ın özel bir üretim olarak sınırlı sayıda satışa sunulan "*Jane Walker bastonla yürüyen kadın*" logosundan esinlendiğine de değinmiştir.

Şekil 1: Tescil edilmek istenen marka:



Şekil 2: Başvurucunun tecil talebinin red kararına gerekçe gösterilen tescilli tanınmış marka:



³¹ Büyükkılıç, s. 15.

³² Büyükkılıç, s. 17.

Şekil 3: Red kararında değinilen, 2018 yılının Mart ayında Johnnie Walker'ın özel bir üretim olarak sınırlı sayıda satışa sunulan “Jane Walker bastonla yürüyen kadın” logosu.



Söz konusu kararlar Türk Patent ve Marka Kurumu YİDK, tanınmış markalara sağlanması gereken korumanın belirlenmesi açısından emsal niteliğinde bir karar vermiş olup, hem Türkiye’de hem de dünya çapında uzun süreli ve yoğun kullanımı haiz markalar açısından sulandırma korumasının altını çizmiştir.

II. TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Tanınmış markaların uluslararası ekonomide aktif rol oynamaları, söz konusu markalara uluslararası düzeyde hukuki koruma sağlanmasını gerekli kılmıştır. Marka ile ilgili ulusal mevzuatların uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla uyumlaştırılması ve koruma bakımından standartlar getirilmesi, dünya çapındaki piyasalarda daha fazla güven ortamı yaratmaktadır. Ayrıca, böylelikle hem etkin hem de düşük maliyetli bir şekilde marka sahiplerinin mal ve hizmetlerini tanımlamaları sağlanmaktadır³³. Bu amaçlarla oluşturulan ulusla-

rarası sınaî mülkiyet anlaşmaları, sulandırma karşıtı hükümler taşımaktadır.

A. PARİS SÖZLEŞMESİ

Ülkemizin 10 Ekim 1925 tarihinden itibaren taraf olduğu Paris Sözleşmesi, fikri mülkiyet haklarının tamamı bakımından uluslararası düzeyde hükümler içeren temel hukuki bir metindir. Bu sözleşmenin amacı, tanınmış marka sahibinin markasının ilgili ülkede tescilli olmaması veya ilk kullanımı gerçekleştirilmesi nedeniyle korumadan mahrum kalmasının önüne geçmek ve böylece marka korsanlığını engellemektir³⁴. Mezkûr sözleşmenin mükerrer 6. Maddesinin, tanınmış markanın korunmasına ilişkin uluslararası düzeyde en önemli düzenleme olduğu söylenebilir³⁵. Fakat bu maddede ifadesini bulan koruma türü, karıştırma temelli (*confusion-based*) bir koruma türüdür. Nitekim bu madde ile Paris Sözleşmesi’ne bağlı ülkeler, tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re’sen, gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi ya da iptal etmeyi taahhüt etmektedirler. Söz konusu hüküm açıkça sulandırma karşıtı bir koruma sağlamasa da tanınmış markanın yeniden üretilerek ve karışıklık yaratacak şekilde oluşturulmuş taktitlerine karşı korunması gerektiği esasını benimsemiştir³⁶.

Sözleşme’nin mükerrer 6. maddesindeki koruma, tanınmış marka ile aynı veya benzer sonraki markanın mal ya da hizmetlerinin tanınmış marka ile aynı veyahut benzer olduğu durumlar için sınırlıdır. Yani farklı mal veya hizmetler için bir koruma sağlamamaktadır. Bu açıdan, Paris Sözleşmesi tanınmış markaya, markanın sulandırılması anlamında ayrıca bir koruma sağlamamakta; genel

³³ Whittaker, Keola R (2006), *Trademark Dilution In A Global Age*, U. Pa. Int’l Econ. Law, 27 (3), s. 918.

³⁴ Kasekee, Elson (2006), *Trademark Dilution: A Comparative Analysis*, University of South Africa, Doktora Tezi, 2006, s. 78 vd.

³⁵ Büyükkılıç, s. 62.

³⁶ Whittaker, s. 919.

olarak markanın korunmasını gerektiren durumları tanınmış markaya da uyarlayarak, korumayı sadece genişletmektedir.

Paris Sözleşmesi'nin tadil edildiği 1958 Lizbon Konferansı'nda mükerrer 6. maddenin farklı mallarda kullanmaya karşı korumayı kapsayıp kapsamadığı da tartışılmıştır³⁷. Bu husus oylamaya sunulmuş ve çoğunluk olumlu yönde oy vermiştir³⁸. Olumlu yöndeki oyların çoğunluğu oluşturması, Paris Sözleşmesi'nde bu yönde bir düzenleme yapılması gerektiğini göstermektedir. Ancak korumanın farklı mallar bakımından da sağlanacak şekilde genişletilmesine yönelik çalışmalar yapıldıysa da başarılı olunamamıştır³⁹.

B. TRIPs ANLAŞMASI

1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren ve ülkemizin de taraf olduğu TRIPs Anlaşması⁴⁰ dünya çapında serbest ticareti teşvik eden gümrük tarifeleri ve GATT⁴¹ kapsamında fikri mülkiyetin çok çeşitli alanları bakımından düzenleme sağlayan önemli bir uluslararası anlaşmadır.

TRIPs Anlaşması'nın 2. maddesi, Paris Sözleşmesi'nin koşullarının kabul edilmesinin zorunlu olduğunu vurgular⁴². TRIPs Anlaşması'nın getirdiği koruma, bilinen anlamda sulandırma korumasına yakın bir korumadır. TRIPs Anlaşması'nda, Paris Sözleşmesi'nde eksik kaldığı düşünülen tanınmış markanın farklı mal veya hizmetler açısından korunması, bu korumayı da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. TRIPs Anlaşması, öngörülen düzenlemelerin, üye devletlerin uygun görmesi durumunda kendi hukuk sistemlerine uygulamasını, hatta üye devletler tarafından TRIPs'ten

daha kapsamlı koruma sağlayan hükümlerin de kabul edilebileceğini belirtmektedir⁴³.

TRIPs Anlaşması'nın 15 ilâ 21. maddeleri markaya ilişkin hususları düzenler. Sulandırmaya karşı koruma bakımından ise anlaşmanın 16/2 ve 16/3 hükümleri önem taşımaktadır. TRIPs Anlaşması'nın 16/2 ve 16/3. maddeleri şu şekildedir:

“... Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6bis maddesi uygun düştüğü ölçüde (kıyasen) hizmetlere de uygulanacaktır. Üye devletler bir markanın tanınmış olup olmadığını belirlerken, markanın promosyonu sonucunda üye devlette toplumun ilgili kesiminde elde edilen bilinme durumunu dikkate alacaklardır.

Paris Sözleşmesi'nin (1967) 6bis maddesi uygun düştüğü ölçüde (kıyasen) tescilli markanın ait olduğu mal ve hizmetlerden farklı mal ve hizmetler için de uygulanacaktır, şu kadar ki bu mal ve hizmetlere ilişkin kullanım, tescilli markanın sahibi ile bu mal ve hizmetler arasında bir bağlantı bulunduğunu gösterebilir ve bu kullanım sonucunda tescilli markanın sahibinin menfaatlerinin zarara uğrama ihtimali söz konusu olsun”.

TRIPs 16/2. hükmünün ihtiva ettiği en önemli özellik, bir markanın iyi bilinen bir marka olduğunun kabulü için gerekli ve yeterli tanınırlık düzeyinin belirlenebilmesine ilişkin çeşitli ölçütler getiren ilk uluslararası düzenleme olmasıdır⁴⁴. Hükümde markanın toplumun ilgili kesiminde bilinirliğinin esas alınacağı belirtilmiştir⁴⁵, ayrıca reklâm sonucu elde edilen bilinirliğin, iyi bilinmenin tespitinde bir ölçüt olacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Hükümdeki ölçütler içinde tüketicinin sayılmadığı dikkatleri çekmektedir.

Türkiye, Paris Sözleşmesi ve TRIPs Anlaşması'na taraf olduğu ve TRIPs Anlaşması sonraki

³⁷ Kaseke, s. 82 vd.

³⁸ Kaseke, s. 83 vd.

³⁹ Kaseke, s. 82 vd.

⁴⁰ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

⁴¹ General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması).

⁴² Arkan, Sabih (1997), Marka Hukuku (Cilt 1), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 10.

⁴³ Arkan, s. 12.

⁴⁴ Büyükkılıç, s. 82.

⁴⁵ Oytaç, Kutlu (2002), Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Nobel Yayınevi, İstanbul, s. 119.

⁴⁶ Mostert, Frederick (1996), *Well-Known and Famous Marks- Is Harmony Possible in the Global Village*, Trademark Reporter, 1996, Vol:86 (103), s. 108.

tarifli olduğu için “*ilgili toplum kesimince bilinme*” kuralına uymak ve bu kuralı ilgili kurum ve kuruluşlarca (Türk Patent ve Marka Kurumu) uygulamak durumundadır⁴⁷.

TRIPs 16/2’de markanın tescilli olması ve/veya kullanılmasına ilişkin bir yükümlülük yer almamaktadır. Dolayısıyla markanın tanınmışlığının, tescilli olduğu mal ve hizmetler bakımından mı yoksa kullanıldığı mal ve hizmetler bakımından mı değerlendirileceği hususu tespit edilememektedir. Bu hususta doktrinde “*ilgili sektör*”ün dikkate alınacağı, bu sektörün ise “*markanın kullanıldığı sektör*” olduğu ifade edilmiştir⁴⁸.

TRIPs 16/3. maddesinin en belirgin özelliği, Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 6. maddesi ile getirilen korumanın farklı mal ve hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş olmasıdır⁴⁹. Söz konusu hükmün bir diğer önemli özelliği ise korunacak markanın tescilli olması koşulunun getirilmiş olmasıdır. Ayrıca hükümlerle, sadece ticaret değil hizmet markaları da koruma kapsamına alınmıştır⁵⁰.

TRIPs 16/3. maddesi ile getirilen korumanın klasik karıştırılma ihtimaline dayalı marka koruması mı yoksa sulandırma korumasını da ihtiva edip etmediği hükmün lafzından yola çıkılarak tespit edilememektedir⁵¹. Simon’a göre, mezkûr maddede karıştırma (*confusion*) yerine, ilişki/bağlantı (*connection*) ifadesinin kullanılması, bilinen anlamda sulandırma kavramına yönelik bir koruma sağlanması durumunu daha da kuvvetlendirmektedir⁵².

Yukarıda anlatılanlar ışığında, TRIPs Anlaşması’ndaki korumanın, tam olarak tanınmış markanın sulandırılmasına ilişkin bir koruma sağlamadığı, fakat Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesinde yer alan korumanın farklı mallar açısından genişletilmiş hali olduğunu söylemek mümkündür⁵³. TRIPs 16/2. maddesinde yer alan hüküm, “*marka korsanlığının*” önüne geçilmesi açısından önem arz eder. Söz konusu hükmün anlaşmaya taraf ülkelerce benimsenmesiyle tanınmış markalar, ayırt edici özelliklerinden veya ünlerinden haksız yararlanmak isteyen kişilere karşı etkin bir şekilde korunmuş ve böylece dünyanın hiçbir yerinde, sadece dünyaca ünlü oldukları alanlarda değil, farklı mal ve hizmetlerde de sahiplerinin izni olmaksızın kullanılmaları engellenmiştir.

C. DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET ÖRGÜTÜ (WIPO) ORTAK TAVSİYE METNİ

Gerek Paris Sözleşmesi’nde gerekse TRIPs Anlaşması’nda “*tanınmış marka*” terimi konusundaki belirsizliğin giderilmesi, bir markanın tanınmışlığının tespit edilebilmesi ve özellikle de taraf devletlerin farklı uygulamalarına yeknesaklık sağlanması amaçlarıyla, WIPO tarafından bir kılavuz hazırlama ihtiyacı duyulmuştur. Bu sebeple, marka, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaret konusunda 1999 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Daimi Komitesi, tanınmış markaların korunması açısından, bağlayıcı olmayıp tavsiye amaçlı bir metin ortaya koymuştur.

Söz konusu metinde sulandırma kavramına açıkça yer verilerek, konuya ilişkin boşluk doldurulmak istenmiştir. Bu durum, TRIPs Anlaşması’nın 16/3. maddesinin aslında sulandırma koruması sağ-

⁴⁷ **Ertem**, Berkem (2010), *TRIPs 16/2 ve Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka*, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 10 (1), s. 60.

⁴⁸ **Büyükkılıç**, s. 84.

⁴⁹ **Kaya**, Arslan, (2006), *Marka Hukuku*, Arıkan Yay., İstanbul, s.117; **Tolga AYOĞLU**, *Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul, On İki Levha, 2009, s. 121.

⁵⁰ **Ayoğlu**, s. 121.

⁵¹ **Gruson**, s. 47.

⁵² **Fhima**, I. Simon (2006), *Dilution in the US, Europe, and Beyond: International Obligations and Basic Definitions*,

Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol:1(6), s. 407.

Çolak’ da benzer şekilde, TRIPs Anlaşması’nın 16/3 hükmünü, köklerini Amerikan hukukundan alan “sulandırma doktrini”nin uluslararası zeminde benimsenmesi olarak ifade etmiştir.

⁵³ **Fhima**, *Dilution in the US, Europe and Beyond*, s. 407; **Whittaker**, s. 920.

lamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Böylece, Ortak Tavsiye Metni'nin, daha ileri bir koruma getirdiğinin kabulü tartışmadan uzaktır⁵⁴.

Sulandırma konusu uyuşmazlıklara ilişkin markalar bakımından getirilen kurallar Ortak Tavsiye Metni 4/1'de yer almaktadır. Metnin "İhtilâf Halindeki Markalar" (Conflicting Marks) başlıklı 4. maddesinin 1-b fıkrasında, markanın kullanıldığı mal veya hizmetten arı olarak ihtilafın mevcut olup olmadığının nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir⁵⁵. Başka bir ifadeyle, madde 4/1-b farklı mal veya hizmetler bakımından da uygulanabilmektedir. Bu hükme göre, "bir marka, münhasıran veya esas unsur olarak, tanınmış bir markanın karışıklık yaratması muhtemel kopyası, taklidi veya çevirisinden oluşuyorsa, düzenlemede yer verilen üç hâlden birinin mevcudiyeti kaydıyla, markanın kullanıldığı veya tescil başvurusunda bulunduğu ya da tescil edildiği mal veyahut hizmetler dikkate alınmaksızın, bu marka ile tanınmış marka arasında ihtilafın bulunduğu kabul edilir."

Bu hüküm kapsamında, mal veya hizmetlerden bağımsız olarak taraf markaları arasında ihtilâfın bulunduğu kabul edileceği üç hâli şöyle sıralamak mümkündür:

- Sonraki markanın tanınmış marka ile bağlantılı olduğu izlenimi yaratması ve bu durumun tanınmış marka sahibini zarara uğratma ihtimâli bulunması. [madde 4/1-b(i)]
- Markanın kullanımının haksız şekilde tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesine veya sulandırılmasına sebep olma ihtimalinin bulunması. [madde 4/1-b (ii)]
- Markanın kullanımı ile tanınmış markanın ayırt edici karakterinden haksız avantaj sağlanması. [madde 4/1-b (iii)]

Belirtilen üç durumdan birinin mevcudiyeti halinde Tavsiye Metni, markalar arasında ihtilâf

bulduğunun kabulü gerekeceğini düzenlemektedir. Madde 4/1-b (ii)'de sulandırma kavramına açıkça yer verilmesi, hatta bununla da yetinilmeyip Açıklayıcı Notlar'da lekeleyerek sulandırmanın da koruma kapsamına dâhil edilmesi, tanınımlığa ilişkin kriterlerin tespit edilmesi, uluslararası alanda markanın sulandırmaya karşı korunmasında önemli bir gelişmedir⁵⁶.

Ülkemizde tanınmış markanın belirlenmesinde Yargıtay⁵⁷ ve Türk Patent ve Marka Kurumu'nun WIPO Ortak Tavsiye Metni'nin belirlediği ölçütlerden yararlandığı görülmektedir. Yargıtay HGK "JUMP" kararında⁵⁸ Ortak Tavsiye Metni'ne atıfta bulunarak, metinde belirtilen ölçütlere yer vermiştir. Kararda "Bu ilkelere göre, Paris Sözleşmesi uyarınca markaların tescilli olup olmadıklarına ve korunma istenen ülkede kullanılıp kullanılmadıklarına bakılmaksızın, bu ülkede ilgili sektördekiler tarafından niceliksel olarak biliniyorsa, niteliksel yönü (tanınımlığın ekonomik değeri, markanın itibari, gücü vb.) dikkate alınmaksızın tanınmış marka olarak korunabilecektir" denilmiştir.

III. ABD HUKUKUNDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRMAYA KARŞI KORUNMASI

İngiliz Anglo-Sakson hukuk sisteminin, ABD'deki marka ihlâli ve haksız rekabet hukukunun temelini oluşturduğuna inanılır⁵⁹. Anglo-Sakson hukuk sistemi temelinde, ABD'de sulandırmaya karşı koruma önerisi ilk defa 1927 tarihinde 'Marka Korumasının Akılcı Temeli' başlıklı makalede

⁵⁶ **Büyükkılıç**, s. 108.

⁵⁷ Yargıtay 11. HD, T: 10.03.2005, E: 2004/4268 E, K: 2005/2362 sayılı ilâmda Tavsiye Metni'nin 2. maddesini aynen alarak kullanmıştır.

⁵⁸ Yargıtay HGK, T: 21.09.2005 tarih, E: 2005/11-476, K: 2005/483 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.: 13.04.2020).

⁵⁹ **Bhaskar**, Brajendu (2008), *Trademark Dilution Doctrine: The Scenario Post TDRA:2005*, Nujs Law Review, Vol: 1(4), s. 639.

⁵⁴ **Fhima**, Dilution in the US, Europe and Beyond, s. 408.

⁵⁵ **Kasekee**, s. 105.

Schechter tarafından dile getirilmiştir⁶⁰. Nitekim yazar makalesinde “sulandırma” ifadesini açıkça kullanmamış olsa da satış gücünün korunmaya değer olduğuna ilişkin, Birleşik Krallık ve Alman Mahkemelerinin kararlarına atıflarda bulunmuştur⁶¹. Bu kararlardan en önemlisi Alman Mahkemesince verilmiş olan ve sulandırma kavramının ilk kez yer aldığı 1925 tarihli *Odol Kararı*dır⁶². Karar davacı tarafından ağız sağlığı ürünlerinde kullanılan Odol markasının çelik ürünlerinde kullanılmasını konu almaktadır. Mahkeme davacı lehine hüküm tesis etmiştir. Kararda sulandırma, satış kaybıyla yani marka sahibinin ekonomik yönden zarar görmesi ile ilişkilendirilmiştir⁶³.

Sulandırmaya karşı koruma önerisi, 1920’li yıllarda ABD’de üst düzeyde ayırt ediciliğe sahip olan markalara sağlanan korumanın yetersizliğini ve bu yetersizliğin iş ve ekonomik hayat üzerindeki olumsuz etkilerini gidermek amacıyla yöneliktir⁶⁴. Diğer bir deyişle, ABD’deki iş ve ekonomik hayat markaya ilişkin mevzuatın çıkarılması veya değiştirilmesi hususunda yön gösterici olmuştur.

Sulandırmaya karşı koruma önerisi anlık bir etki yaratsa da çok büyük bir değişiklik meydana getirmeyi başaramamıştır⁶⁵. Nitekim mahkemeler markalar nezdinde sulandırmaya dayalı ortaya çıkan uyumsuzlukları geleneksel bakış açısıyla, başka bir deyişle karıştırılma ihtimalini değerlendirmek için belirlenen ölçütleri esas alarak çözmek yoluna gitmişlerdir⁶⁶. Sulandırmanın benimsenmesinin önün-

deki en büyük engel, sulandırma korumasının ABD içtihat hukukunun genel ve temel prensipleri ile tamamen zıt olmasıdır⁶⁷. Zira ABD’de marka koruması tüketicilerin, bir mal veya hizmetin kaynağına ilişkin yanılması (passing off) esası üzerine kurulmuştur⁶⁸. Koruma sistemi karıştırılma ihtimali üzerine kurulu olduğundan, ABD’de markanın ayırt edici karakterini esas alan bir koruma sisteminin kabul edilmesi oldukça radikal bir değişiklik olarak kabul edilmiştir⁶⁹.

Uzun uğraşlar ve tartışmalar sonunda, 1946 yılında ABD’de tanınmış markaların federal düzeyde korunması amacıyla Lanham Kanunu yürürlüğe girmiştir⁷⁰. Fakat Kanunun ilk halinde sulandırmaya karşı herhangi bir hükme yer verilmemiştir⁷¹. Buna karşın 1947 yılında sulandırmaya karşı ilk düzenleme ABD’nin Massachusetts eyaletinde kabul edilmiştir⁷². Bu kanuna göre, marka hakkına tecavüz durumunda karıştırılma ihtimaline bakılmaksızın markanın ayırt edici karakterinin zarar görme ihtimali durumunda ihtiyati tedbir yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır⁷³. ABD hukukunda markaların sulandırmaya karşı korunmasına ilişkin en önemli düzenleme 1996 yılında yürürlüğe giren ABD Federal Marka Sulandırma Yasasıdır (FDTA). Bu Kanun ile Lanham Kanunu’nda değişiklik yapılarak, federal düzeyde sulandırmaya karşı korumaya ilişkin ilk düzenlemeler yapılmıştır.

Sulandırma kavramı, tanım olarak, Lanham Yasası’nın 43. bölümünün değiştirilmesi ile FTDA’da yer almıştır. Buna göre sulandırma, tanınmış marka ile diğer taraflar arasında rekabet

⁶⁰ ABD hukukunda “sulandırma” ifadesine ilk olarak Handler ve Pickett’in 1930 yılında yayınlamış oldukları makalede rastlanmaktadır.

⁶¹ **Schechter**, s. 829.

⁶² Üstteki dipnotta Odol Kararına atıf yapılmıştır, 1924, 25 Juristische Wochenschrift 502.

⁶³ Ancak Odol Davasındaki gerekçelerden biri de haksız yararlanma idi (**Schechter**, s. 813).

⁶⁴ **Büyükkılıç**, s. 29.

⁶⁵ **Hacking**, John E. (2003), *Setting the Dilution Standard Under the Federal Trademark Dilution Act*, Tulane Journal of Technology&Intellectual Property, Vol: 5, s. 121.

⁶⁶ **Bone** Robert (2008), *Schechter’s Ideas in Historical Context and Dilution’s Rocky Road*, Santa Clara Computer&High Technology L.J, Vol: 24(3), s. 490.

⁶⁷ **Callman**, Rudolf (1949), *Trademark Infringement and Unfair Competition*, Law and Contemporary Problems, Vol: 14, s. 189.

⁶⁸ **Pattishall**, Beverly W. (1988), *The Constitutional Foundations of American Trademark Law*, Trademark Reporter, , Vol: 78, s. 457.

⁶⁹ **Bone**, s. 492.

⁷⁰ Lanham (Trademark) Act, (Pub.L.79-489), 60 Stat. 427, July 5, 1946.

⁷¹ **Büyükkılıç**, s. 36.

⁷² Act of May 02, 1947, ch. 307, Mass. Acts 300.

⁷³ 1947 Mass. Acts ch. 307.

veya karıştırılma ihtimali, hata ya da yanıltma olsun veyahut olmasın, tanınmış markanın mallarını veya hizmetlerini tanımlama ve ayırt etme kapasitesindeki azalma olarak tanımlanmaktadır.

Yukarıda belirtilen ifade sulandırma kavramının tam bir tanımını vermemektedir. Tanınmış markanın sulandırılmasına yol açan diğer iki unsur olan “markanın itibarına zarar verilmesi” (tarnishment) ve “haksız yararlanma” (unfair advantage) bu tanımda yer almamaktadır. FDТА ile sadece tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi (blurring) açısından bir sulandırma durumu söz konusu olmakla beraber, diğer durumlar göz önünde bulundurulmamaktadır.

FDТА’ya göre sulandırmaya karşı korumadan yalnızca ünlü markalar yararlanabilmektedir ve bu markaların tescilli olma zorunluluğu yoktur. Bir diğer şart da önceki kullanımda markasal kullanımın mevcut olmasıdır⁷⁴. Bu Yasa ile tanınmış bir markanın, başka bir firma tarafından ayırt edici karakteri sulandırılacak şekilde kullanılmasına karşı gerekli koruma sağlanmıştır. Oluşacak zarar tanınmış markanın ayırt edici karakterinin sulandırılması olarak ortaya konmuş fakat bu zararın oluşmasında hangi zamanın esas alınacağı tam olarak belirtilmemiştir⁷⁵.

Markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi yoluyla sulandırma şekli olan “bulandırarak sulandırma”ya (*dilution by blurring*) ABD hukukunda, ABD Yüksek Mahkemesi 2. Dairesinde görülmüş olan *Mead Data Central v Toyota Motor Sales USA*⁷⁶ davası örnek olarak verilebilir. Söz konusu davada, davacı “lexis” ticari markası altında bilgisayar tabanlı hukuk arama motoru hizmeti veren bir işletmedir. Davalı “lexus” markası altında yeni bir lüks otomobil serisi üreteceğini ve pazarlayacağını açıklayan Toyota markasıdır. Mahkeme, davacının markasının ayırt edici karakterinin zedelenmesi yoluyla sulandırıldığına hükmetmiş ve ayırt

edici karaktere zarar vererek sulandırmanın tespiti için bazı ölçütlerin araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçütler; markaların benzer olup olmadığı, iki markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin benzerlik derecesi, ilgili tüketici kesiminin bilgi seviyesi ve önceki markanın tanınma seviyesidir. Mahkemece belirlenen bu ölçütler “*Mead Faktörleri*” (Mead Factors) olarak benimsenmekte ve sulandırmaya dayalı olarak açılan davalarda emsal teşkil etmektedir⁷⁷.

Sulandırma doktrininden faydalanılabilmesi için markanın toplumun geniş kesimince tanınıyor olması şarttır⁷⁸. ABD’de sulandırmaya dayalı olarak açılan davalar incelendiğinde, markanın tanınmış olduğunun sunulan yoğun delillerle ispatlanmasının ilk şart olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin, hukuk alanında bir database markası olan “*Lexis-Nexis*” markası toplumun geniş kesimince tanınmadığı için sulandırma korumasından yararlanamamıştır⁷⁹.

IV. AB HUKUKUNDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRMAYA KARŞI KORUNMASI

AB hukukunda tanınmış markanın sulandırmaya karşı korunmasının kapsamı geniştir. Zira AB mevzuatına göre; sulandırıcı kullanım sonucu markanın uğradığı zararın yanı sıra, sonraki kullanıcının elde ettiği haksız yarar da sulandırma kapsamındadır⁸⁰.

Öte yandan, tıpkı ABD hukukunda olduğu gibi AB hukukunda da uzunca bir süre sulandırma inceleme ve tartışma konusu yapılmamıştır. Ancak son 20 yılda sulandırma, gerek AB üyesi ülkelerin

⁷⁴ Büyükkılıç, s. 40.

⁷⁵ Fhima, Dilution in the US, Europe, and Beyond, s. 409.

⁷⁶ Inc., 875 F.2d 1026 (2d Cir. 1989).

⁷⁷ Ahearn, Terry (2001), *Dilution by Blurring Under the Federal Trademark Dilution Act of 1995: What is it and How is it Shown?*, Santa Clara Law Review, Vol: 41 (3), s. 907.

⁷⁸ Dilmaç, Şule (2014), *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması*, Seçkin Yay, Ankara, s. 141.

⁷⁹ Çolak, Uğur (2004), *Paris Sözleşmesi 6bis anlamında Tanınmış Markalar*, Ankara Barosu FMR Dergisi, Vol: 2, s. 30.

⁸⁰ Fhima, Trademark Dilution in Europe, s. 10.

iç hukuklarında gerekse AB marka hukukunda sıklıkla karşılaşılan bir kavram haline gelmiştir⁸¹.

AB'de sulandırmaya karşı koruma ilk olarak 89/104 sayılı Direktif'te⁸² (madde 4/3, 4/4-a ve 5/2) düzenlenmiştir. AB hukukunda, ABD düzenlemelerinden farklı olarak sulandırma baştan itibaren koruma kapsamında yer almaktadır⁸³. 89/104 sayılı Direktiften sonra 40/94 sayılı Tüzük⁸⁴ ile de sulandırmaya karşı koruyucu hükümlere yer verilmiş ve böylece üye devletlere iç hukuklarına aktarma zorunluluğu doğmuştur. Bahsedilen 89/104 sayılı Direktif'in yerini 2008/95 sayılı Direktif⁸⁵, bunun yerini de 2015/2436⁸⁶ sayılı Direktif almıştır. 40/94 sayılı Tüzük ise 207/2009 sayılı Tüzük⁸⁷ ile ilga olmuş, bu Tüzük'ün yerini de 2015/2424 sayılı Tüzük⁸⁸ almış ve bu Tüzük de nihai olarak 2017/1001⁸⁹ sayılı Tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa Birliği'ndeki bir ticari marka, ulusal bir ticari marka veya Avrupa Birliği ticari markası olup olmadığına bağlı olarak farklı koruma düzeylerine sahiptir. Söz konusu AB markalarına ilişkin olarak yukarıda belirtilen yürürlükteki 2015/2436

sayılı Direktif ve 2017/1001 sayılı Tüzük uygulanmaktadır.

40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü tek başvuru ile bütün Topluluk nezdinde korunacak bir marka meydana getirme amacıyla kabul edilmiştir. Buna göre, tek başvuru ile AB'de geçerli olan Topluluk Markası'na [*Community Trade Mark* (Topluluk Markası), 2015/2436 sayılı Direktif ile EU Trade Mark (Birlik Markası)] ve marka haklarına sahip olabilmek mümkündür. Birlik markasının tescili için AB Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) oluşturulmuş ve kurum 1996 tarihi itibarıyla İspanya'nın Alicante şehrinde faaliyete başlamıştır. Bundan önce, bir markanın AB içinde korunabilmesi için, markanın ya üye devletlerde ayrı ayrı tescil edilmesi ya da Madrid Anlaşması'na taraf devletler açısından tescil edilmesi gerekmekteydi. Fakat AB'ye üye bazı devletlerin Madrid Anlaşması'na taraf olmaması durumu zorlaştırmaktaydı. İşte, 40/94 sayılı Tüzük'le bu güçlük aşılmış; tek bir başvuru ile tüm AB'de geçerli Birlik Markası'na sahip olmak mümkün olmuştur. Öte yandan, marka tüzüğü (öncekiler ve yürürlükteki Tüzük) üye devletlerin, markalara ilişkin ulusal mevzuatını ortadan kaldırmamakta; markasının Birlik çapında korunmasına ihtiyaç duymayan işletmeler bakımından ulusal hukuk sistemleri önemini devam ettirmektedir.

AB mevzuatı sulandırma kavramını terim olarak içermese de yürürlükteki Direktif ve Tüzük, markanın ayırt edici karakterine ve tanınmışlığına zarar verilmesinden bahsetmektedir⁹⁰. Bu hususlar ABAD tarafından "sulandırma" kavramını tanımlamak için kullanılmıştır⁹¹.

AB marka hukukunda asıl amaç, mal ve/veya hizmetlerin kökenine ilişkin olarak tüketicilerin kafa karışıklığını ya da kandırılmalarını engellemektir⁹².

⁸¹ **Büyüklük**, s. 44.

⁸² 21 Aralık 1988 tarihli 89/104 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Mülgâ Konsey Direktifi.

⁸³ **Büyüklük**, s. 45.

⁸⁴ 20 Aralık 1993 tarihli Topluluk Markalarına İlişkin Mülgâ Konsey Tüzüğü.

⁸⁵ 22 Ekim 2008 tarihli 2008/95 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Mülgâ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi.

⁸⁶ 16 Aralık 2015 tarihli 2015/2436 sayılı Üye Devletlerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi.

⁸⁷ 26 Şubat 2009 tarihli ve 207/2009 sayılı Topluluk Markalarına İlişkin Mülgâ Konsey Tüzüğü.

⁸⁸ 2868/95 sayılı Topluluk ticari markası ile ilgili Konsey Tüzüğü'nü uygulayan Komisyon Tüzüğü'nü değiştiren 16 Aralık 2015 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2015/2424 sayılı Tüzüğü Topluluk ticari markası hakkında 40/94 sayılı ve İç Pazar Uyum Ofisine ödenecek ücretlerle ilgili 2869/95 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin Mülgâ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü.

⁸⁹ 14 Haziran 2017 tarihli ve 2017/1001/EU sayılı AB Markalarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü.

⁹⁰ **Shchetinina**, Alina (2018), *The Dilution of a Trademark: A Comparative Study on EU and U.S. Law*, Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers, No: 35, s. 6.

⁹¹ Case C-408/01 Adidas Salomon AG v. Fitnessworld Trading Ltd [2003] ECLI:EU:C:2003:582.

⁹² **Burrell**, Robert & **Handler**, Michael (2016), *Reputation in*

Bu durum geleneksel marka korumasının yansımalarıdır. AB marka hukuku tanınmış markalara ilâve koruma da sağlamaktadır. İşte bu ilâve koruma sulandırma korumasıdır. AB Marka Direktifi, önceki marka sahibine, markasının sulandırılmasının haksız yararlanma veya markanın ayırt edici karakterine ya da tanınmışlığına zarar verme ihtimalleri şeklinde gerçekleşmesi durumunda, sulandırma koruması talep etme hakkını sağlamaktadır⁹³. Aynı haklar önceki marka sahibine Tüzük ile de verilmiştir⁹⁴. Görüldüğü üzere, AB marka hukukunda “*haksız yararlanma*” konusu da sulandırma korumasına dâhil edilmiştir. AB Marka Direktifi, önceki marka sahibine, markasının sulandırılmasının haksız yararlanma veya markanın ayırt edici karakterine ya da tanınmışlığına zarar verme ihtimalleri şeklinde gerçekleşmesi durumunda, tescil talebine itiraz etme veyahut aynı veya benzer markanın kullanımını engelleme hakkını sağlamaktadır. Aynı haklar önceki marka sahibine Tüzük ile de verilmiştir⁹⁵.

Gerek Direktif gerek Tüzük ile getirilmiş en önemli yeniliklerden biri sadece farklı değil aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanımın da sulandırmaya karşı koruma altına alınması, yani sulandırmaya karşı korumanın mal/hizmetler arası benzerlikten bağımsız hale getirilmiş olmasıdır. Nitekim bu değişiklik sayesinde taraf mal ve/veya hizmetleri arasında karıştırma ihtimali ile sonuçlanacak düzeyde benzerlik olmadığı ortaya çıkacak olursa, sulandırmaya karşı koruma bakımından benzerlik yeterli kabul edilecektir.

Burada sulandırma konusunda bir mihenk taşı olan ve “*INTEL Davası*”⁹⁶ olarak anılan ABAD kararından bahsetmenin gerekli olduğunu düşünmekte-

yiz. Davada İngiltere Temyiz Mahkemesi ABAD’dan şu iki hususta yorum yapmasını istemiştir:

- Önceki marka ile sonraki marka arasında bağlantı kurulması için ne gereklidir? Özellikle, sonraki marka sadece önceki markayı anımsatıyorsa, bu durum gerekli bağlantı için yeterli midir?
- Sadece bir bağlantı kurabilmek (her ne gerekiyorsa), haksız yararlanma için ve/veya tanınmışlığa dayalı zarar verme geçersizlik veya ihlâl iddiası oluşturmak için yeterli midir?

ABAD ise şöyle karar vermiştir: Sonraki marka, önceki markayı çağrıştırıyorsa bu durum “*gerekli bağlantının kurulması*” anlamına gelir. Ancak herhangi bir haksız avantaj sağlama veya önceki markaya zarar verme durumlarının oluşması için markalar arasında kurulan bu bağlantı yeterli değildir. Haksız avantaj sağlama veya önceki markaya zarar verme, “*markalar arasında kurulan bağlantının ötesinde*” şeklinde ortaya çıkmalıdır. Başka bir deyişle ABAD, sadece bağlantı kurulmasını yeterli görmemekte, haksız avantaj sağlama veya önceki markaya zarar verme durumlarının uygun delillerle ispatlanması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim ABAD, zarar verme durumu veya riski iddiasına ilişkin bir test usulü öngörmüştür. Buna göre, sonraki markanın kullanılması sonucuna bağlı olarak tüketici davranışlarında değişiklik veya değişikliğin oluşacağına ilişkin ciddi olasılık meydana geldiğinin ispatı gerekir. ABAD’ın söz konusu kararı şüphesiz tüm marka davalarına uygulanabilme imkanını haizdir.

ABAD, markalar arasında bağlantının, diğer tüm etkenlerle birlikte, küresel olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu etkenler kısaca şu şekilde özetlenebilir:

- Markalar arasında benzerliğin derecesi: İki marka aynı olsa bile birbirini çağrıştırmayabilir. Örn; POLO naneli şekerleri ve POLO arabaları gibi.
- Mal ve/veya hizmetlerin doğası ve benzerlik

European trade mark law: a re-examination. ERA Forum 17, 85–99, s. 86; <<https://doi.org/10.1007/s12027-016-0419-2>>

⁹³ **Burrell & Handler**, s. 86.

⁹⁴ 2015/2436 sayılı Marka Direktifi’nin 5(3)(a) 10(2)(c) maddeleri; 2017/1001 sayılı Tüzüğü’nün 8(5) 9(2)(c) maddeleri.

⁹⁵ 2015/2436 sayılı Marka Direktifi’nin 5(3)(a) 10(2)(c) maddeleri; 2017/1001 sayılı Tüzüğü’nün 8(5) 9(2)(c) maddeleri.

⁹⁶ Case C-252/07, Intel Corporation Inc v. CPM United Kingdom Ltd, [2009]E.T.M.R.13.

veya farklılıkları: İki markaya ilişkin tüketici kitlesi örtüşmelidir, ancak bu örtüşme tek başına bağlantı için yeterli değildir.

- Önceki markanın tanınmışlık gücü: İki marka arasında tüketici kitlesinin örtüşmesi şartının sağlanamaması durumunda, önceki markanın tanınmışlığının seviyesi ve bu markanın tanınmışlık derecesinin tüketici kitlesi şartının önüne geçmesi, herhangi bir şekilde bağlantı bulunup bulunmadığını tanımlayacaktır.
- Tanınmış markanın ayırt ediciliğinin seviyesi: Önceki markanın ayırt ediciliği ve tüketicilerin o mal ve/veya hizmete ilişkin algıları referans alınarak değerlendirilmelidir. ABAD'a göre, tek olan bir markanın (davada INTEL tek kabul edilmiştir) güçlü ayırt edici karakteri bulunacaktır Ancak bu durum markalar arasında bağlantı oluşacağını garanti değildir.
- Karıştırılma olasılığı: Sonraki marka, önceki marka ile karıştırılma olasılığı yarattırsa, gerekli bağlantı kurulmuş demektir (markalar arasındaki tüketici zihnindeki bağlantı).

ABAD'a göre, yukarıda sayılan tüm hususlar küresel perspektiften değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle, herhangi bir AB üyesi devletin vatandaşlarının mal ve/veya hizmete ilişkin yaklaşımı ya da algısı değil, küresel bakış açısı temel alınmalıdır.

Intel Davası, şüphesiz reddedilen husus olan, "gerçek zararın ispatının gerekmediği" yönündeki yaklaşımı bakımından da önemlidir⁹⁷. Mahkeme, ilerde meydana gelebilecek ciddi zarar riskinin bulunduğu durumlarda engelleyici önlemlere başvurulabileceğinin de altını çizmiştir. Böylelikle tanınmış marka sahipleri, büyük oranda zarar meydana gelmeden evvel hukuki yollara (örneğin, ihtiyati tedbir) başvurulabilecektir⁹⁸.

V. TÜRK HUKUKUNDA TANINMIŞ MARKANIN SULANDIRILMAYA KARŞI KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

ABD ve AB hukuku ile kıyaslandığında, Türk hukukunda "markanın sulandırılması" kavramına daha az rastlanmaktadır⁹⁹. Ancak ülkemizde yayımlanan eserlerde gün geçtikçe bu kavramın kullanımı artmakta, konuyla ilgili yargı kararlarında da¹⁰⁰ "sulandırma" kelimesine yer verildiği görülmektedir. Ayrıca, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 6/5. maddesinin gerekçesinde "sulandırma" kelimesine yer verilmiş ve böylece hukukumuzda ilk defa sulandırma yoluyla marka hakkına tecavüz bir hukuki metinde yer almıştır¹⁰¹.

10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren SMK'dan önce dört ayrı KHK ile korunan marka, patent, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretler, bu kanun şemsiyesi altında birleştirilerek KHK koruması altından çıkarılıp, kanun gücünde koruma seviyesine ulaşmıştır. 1995 yılında Türkiye'nin Gümrük Birliğine girişi ve 1/95 sayılı Ortaklık Komitesi Kararının tanınması ve TRIPS'e taraf olması, Türk fikri mülkiyet mevzuatı bakımından adeta bir dönüm noktasıdır. 6769 sayılı SMK'nın kabulü ile 22 yıl sonra ikinci bir dönüm noktası yaşandığı söylenebilir.

Gerek AB gerekse Türk mevzuatında "sulandırma" kavramı açıkça yer almasa da "markanın itibarına zarar verecek veya markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek" nitelikteki kullanımların aranması, sulandırma teşkil eden durumlara işaret etmektedir.

Markanın sulandırmaya karşı korunması Türk marka hukuku açısından oldukça yeni bir kavramdır. Ülkemizde markanın sulandırılmaya karşı korunmasına yer veren ilk düzenleme 556 sayılı Markanın Korunmasına İlişkin Kanun Hük-

⁹⁷ Middlemiss Susie & Warner Steven (2009), *The Protection of Marks with a Reputation: Intel V CPM-Case Comment*, European Intellectual Property Review, s. 328.

⁹⁸ Middlemiss & Warner, s. 328.

⁹⁹ Büyükkılıç, s. 24.

¹⁰⁰ Yargıtay 11. HD, T:23.06.2012 tarih E: 2014/3417, K: 2014/11922 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.:13.04.2020).

¹⁰¹ Büyükkılıç, s. 24.

münde Kararname'dir (KHK). KHK, Türk marka hukukunu AB mevzuatına uyumlaştırmak amacıyla çıkarılmıştır.

KHK'da marka tescilinde nispi red nedenlerinin düzenlendiği 8/4. maddede, açıkça bahsedilmese de, tanınmış marka koruması düzenlenmiştir. Söz konusu KHK'da markanın tanınmışlık düzeyinden haksız yarar sağlama, markanın itibarına zarar verme veya markanın ayırt edici karakterini zedeleme unsurları nispi red nedeni olarak sayılmıştır. KHK'nın 9/1. maddesinde ise tanınmışlık nedeniyle haksız yarar sağlama ifadesiyle tanınmış markanın sulandırılmaya karşı korunduğunu görmekteyiz.

SMK'nın sulandırmaya karşı korumayı ön gören hükümleri madde 6/5 ve madde 7/2-c'dir. SMK'nın 6. maddesi marka tescilinde nispi red nedenlerini düzenlemektedir. Söz konusu maddenin 5. fıkrasına göre; “*tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hali saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.*” Yine aynı kanunun “*Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları*” başlıklı 7. maddesinin 2-c bendinde ise: “*aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması*”nın önlenmesi marka sahibinin hakları arasında düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere AB Direktif ve Tüzüğü’nde olduğu gibi sulandırma kavramı, SMK’da da açıkça zikredilmemekle beraber dolaylı olarak düzenlenmiştir. Nitekim SMK’nın 6. maddesinin

gerekçesinde: “*tanınmış markanın sulandırılması ve tanınmış markalardan haksız yarar elde etme konusu TRIPS ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile uyumlu olarak*” düzenlendiği ifade edilerek, sulandırma kavramı Türk hukukunda ilk defa bir hukuki düzenlemede zikredilmiştir.

SMK’nın 6/5. maddesi kapsamında gerek önceki gerekse sonraki işaretin bir marka olması gerekir. Başka bir işaretin kullanılması durumunda bu maddenin uygulanabilmesi söz konusu değildir. Buna karşın, SMK 7/2-c’ye göre ise, önceki işaretin bir marka olması gerekmekte iken sonraki işaretin bir marka olması zorunluluğu bulunmamakta, herhangi bir işaretin kullanımı yeterli olarak kabul edilmektedir¹⁰².

SMK 6/5. maddedeki düzenlemeden sadece tescilli veya tescil için başvurusu yapılmış önceki tanınmış marka sahipleri yararlanabilir. Söz konusu hüküm nispi red nedenlerini düzenlediğinden sonraki markanın tescil için başvuru aşamasında olması gerekir. SMK 7/2-c düzenlemesi kapsamında ise önceki markanın tescilli bir marka olması gerekmekte iken, sonraki işarete ilişkin herhangi bir tescil zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰³.

SMK kapsamında markanın sulandırmaya karşı korunmadan yararlanabilmesi için önceki markanın Türkiye’de tanınmışlık düzeyinde olması gerekir. SMK 6/5. maddenin gerekçesinde “*Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi ifadesi geçmekteyse de bu ifadeden markanın tüm Türkiye’de tanınmış olması gerektiği anlamı çıkmamakta, mevcut olayın özelliklerine göre markanın ilgili tüketici kesimi tarafından Türkiye’nin önemli bir kısmında tanınmış olduğunun anlaşılması gerekmektedir.*” şeklinde açıklama yapılmıştır. Tüm Türkiye’de tanınmışlığın aranmayıp, “*Türkiye’nin önemli bir kısmında*” ölçütünün uygulanması, kanaatimizce

¹⁰² Söz konusu hükümlere karşılık gelen KHK 8/4, 9/1-c ile 2015/2436 sayılı Direktif m. 5/3-a ve 10/2-c hükümlerindeki düzenlemeler de aynı şekildedir.

¹⁰³ **Büyükkılıç**, s. 130. (Bu koşul bakımından da SMK, KHK ve 2015/2436 sayılı Direktif hükümlerindeki düzenlemeler aynı şekildedir.)

olumlu bir düzenlemedir¹⁰⁴. Ancak “*Türkiye’nin önemli bir kısmında*”n ne anlaşılması gerektiği yönünde bir açıklama yapılmamıştır. Yargıtay 11. HD bir kararında¹⁰⁵ aynı yönde açıklamalarda bulunmuş ve markanın tüm Türkiye’de tanınmış olmasının gerekmediğinin altını çizmiştir.

Bunun yanı sıra mal ve/veya hizmetlerin yöneltildiği ilgili tüketici kesiminde bilinirliğin aranması da AB’nin yaklaşımı ile uyumludur. İlgili tüketici kesiminde bilinirlik ölçütü gereğince, marka korumasının amacı sadece büyük ölçekli şirketlerin değil, aynı zamanda küçük ölçekli teşebbüslerin de bu korumadan yararlanabilmelerine olanak sağlamaktır. Böylece sadece belirli bir ürün veya hizmet pazarında tanınmış marka da sulandırmaya karşı korumadan (şartları taşıyorsa) faydalanabilecektir. Nitekim Yargıtay 11. HD bir kararında¹⁰⁶ tüketici kitlesi dışında tanınmışlığın aranması durumunda hükmün sadece çok tanınmış markalara, başka bir deyişle ilgili çevrelerin dışındaki kişiler tarafından bilinen markalarla sınırlı olarak uygulanacağını belirterek, ilgili kesim nezdinde tanınmışlığı yeterli kabul etmiştir.

B. KONUYA İLİŞKİN YARGITAY KARAR ÖRNEKLERİ

Yargıtay 11. HD 23.06.2014 tarihli ve 2014/3417 Esas, 2014/11922 Karar¹⁰⁷ sayılı kararına konu ilk derece mahkemesi kararı şu şekildedir: Davacı markası “WD 40” 2. sınıfta tescillidir. Davalı tescilli markası ise “vvd40” şeklinde olup, 01, 16, 17, 19. sınıflarda tescillidir. Davacı, her iki markanın da görsel ve ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu, doğrudan ilişkili mallarda kullanıldığı, iltibas tehlikesi oluşturduğu ve tescilin kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davalı markasının

hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacı markasının tanınmış marka ölçütünü yerine getirdiği, yüksek ayırt ediciliğe sahip davacı markasının benzeri niteliğinde olan ve genel olarak benzer mallar yönünden tescilli bulunan davalıya ait markanın ortalama tüketiciler yönünden davacı markası ile karıştırılma ihtimali bulunduğu, davacı markasının toplumda ulaşılmış olduğu tanınmışlık düzeyi dikkate alındığında davacıya ait markanın sulandırma hâlinin olduğu ve tescilin kötü niyetli yapıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar Dairece onanmıştır. Görüldüğü üzere, farklı sınıflarda tescilli olan mallara ilişkin davacı tanınmış markası sulandırmaya karşı korunmuş ve davalı markasını hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir.

Yargıtay 11. HD 25.09.2019 tarihli ve 2018/4237 Esas, 2019/5826 Karar sayılı¹⁰⁸ kararına göre ilk derece mahkemesince; davacının “SIEMENS” markasının, davalının “SIEMED” markası karşısında tanınmış olduğu, sadece tıbbi görüntüleme cihazları alanında değil her alanda davacı markasının tanınmışlığının yüksek olduğu, davacı markasının sulandırılması hallerinin bulunduğu, tüketici kitlesinin davalının markasını gördüğünde davacı markaları ve ürünleriyle karıştırılabileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne ve davalı markasının hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir. Dairece bu karar onanmıştır. Kararda, sulandırma kavramı derinlemesine incelenmemiş ve şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığı tartışılmamış ise de sulandırmaya dayalı hükümsüzlük ve terkin kararı verildiğini görmekteyiz.

Bilgisayar yazılımı alanında faaliyet gösteren davacı firma, adına tescilli “NORTON” markasının dünyada ve Türkiye’de tanınmış bir marka olduğunu, davalının ise “NORTON ELECTRONIC” marka tescil ve kullanımının kötü niyetli olduğu ileri sürmüş, davalı markasının hükümsüzlüğünü ve sicil-

¹⁰⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Büyükkılıç**, s. 131.

¹⁰⁵ T: 03.04.2007, E: 2005/14028, K: 2007/5223 (UYAP Bilgi Sistemi).

¹⁰⁶ T: 28.04.2003, E: 2002/11715, K: 2003/4181 (UYAP Bilgi Sistemi).

¹⁰⁷ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (s.e.t.: 23.04.2020).

¹⁰⁸ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (s.e.t.: 23.04.2020).

den terkinini talep etmiştir. Mahkemece NORTON markasının gerek bilgisayar yazılımları sektöründe gerekse genel olarak bilgisayar ve elektronik sektörde toplumun önemli bir kesimi tarafından bilindiği ve tanındığı, dava konusu markanın tescilli olduğu 9. sınıfın elektrik ve elektronik ürünleri içerdiği ve bu sektörün bilgisayar yazılımları ve elektronik sektörü ile yakın ve ortak özellikler gösterdiği, bu sektörlerin benzer kullanım alanlarına sahip oldukları, davacının tanınmış markasının ayırt ediciliğinin zedeleneceği ve haksız yararlanmanın söz konusu olacağı ve 556 sayılı KHK 8/4. maddede belirtilen sulandırma hallerinin gerçekleştiği gerekçeleriyle davanın kabulüne karar veren ilk derece mahkemesinin kararı söz konusu dairece 17.09.2013 tarihli ve 2012/16377 Esas, 2013/15892 Karar¹⁰⁹ ile onanmıştır. Bu kararda, yine sulandırma kavramı derinlemesine incelenmemiş ve şartlarının oluşup oluşmadığı tartışılmamış ise de sulandırmaya dayalı kabul kararı verilmiştir.

VI. SULANDIRMAYA KARŞI KORUMA İÇİN GEREKEN KOŞULLAR ve SULANDIRMA ÇEŞİTLERİ

A. GENEL OLARAK

Markanın sulandırılması, ayırt ediciliği yüksek olan bir markanın sonraki kullanım sonucu ayırt edicilik karakterinin zarar görmesi veya bulandırılması hâlidir. Lekeleme, kirletme veya matlaştırma şeklinde de ifade edilen markanın itibarının (olumlu imajının) zarar görme ihtimali de zaman içerisinde sulandırmaya karşı koruma kapsamına dâhil edilmiştir¹¹⁰. “Marka imajı” kavramı, “marka itibarı” kavramından daha geniş bir kavramdır. Marka sahibinin markasını bilinir hale getirmek için yaptığı reklâm ve tanıtım faaliyetlerinin sadece tüketiciler nezdindeki etkisi değil, aynı zamanda tüketiciler nezdinde marka hakkında herhangi bir yolla oluşan olumlu veya olumsuz her

türlü düşünce, marka imajı kapsamında değerlendirilmektedir¹¹¹.

Marka hukuku koruması genel olarak, markayı taşıyan mal ve/veya hizmetlerin kaynağına ilişkin tüketici nezdinde karışıklık yaşanmasını önlemek amacıyla hizmet eder¹¹². Dolayısıyla, gelecekte marka korunmasında tüketicinin menfaatlerinin korunması esastır denilebilir. Buna karşılık, sulandırmaya karşı korunmada marka sahibinin ekonomik zararı esas alınır. Diğer bir ifadeyle, sulandırmaya karşı korunmada marka sahibinin menfaatleri ön plânda tutulmaktadır¹¹³.

Markanın ayırt ediciliğinin veya olumlu imajının zarar görmesi markanın tüketicilere ulaşmasını da olumsuz etkiler. Özellikle lüks ürün markalarını taşıyan ürünlerin alıcısı olmayan tüketici kitlesi tarafından kullanılması durumunda, bu ürünler için tespit edilen yüksek fiyatları ödeme gücüne sahip olan tüketicilerin markanın kullanıldığı ürüne olan güvenleri sarsılır¹¹⁴. Markanın sonraki kullanıcı tarafından ahlâka aykırı içerikte kullanılması ise tüketicilerin mal ve/veya hizmeti satın alma yoluna gitmemelerine sebep olur¹¹⁵.

Sulandırmanın marka sahibine verdiği bir diğer zarar ise marka sahibi ile yapılabilecek potansiyel lisans anlaşmalarının azalması veya hiç yapılmaması durumudur¹¹⁶. Zira potansiyel lisans alıcıları, olumlu imajı veya marka değeri zarar görmüş bir markanın lisansını almak istemezler.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle tanınmış markanın hem tüketici hem de marka sahibi bakımından korunmasına ihtiyaç duyulmuştur.

¹⁰⁹ [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi/IstemciWeb/ \(s.e.t.: 23.04.2020\).](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi/IstemciWeb/ (s.e.t.: 23.04.2020).)

¹¹⁰ Büyükkılıç, s. 12.

¹¹¹ Bently Lionel & Sherman Brad (2014), Intellectual Property Law, Oxford (UK): fdOxford University Press, s. 1006.

¹¹² Dirikkan, Hanife (2003), Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 45.

¹¹³ Schechter, Frank (1927), *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harvard Law Rev, s. 830-833.

¹¹⁴ Büyükkılıç, s. 141.

¹¹⁵ McCarty, s. 121.

¹¹⁶ Fhima, I. Simon (2010), *Dilution by Blurring-A Conceptual Roadmap*, Intellectual Property Quarterly, Vol: 44, s. 62.

Söz konusu korumadan yararlanmak için bazı koşullar gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar aşağıda açıklanmıştır.

B. SULANDIRMAYA KARŞI KORUMA İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

Gerek uluslararası, gerek AB ve gerekse Türk hukukunda sulandırmaya karşı korumadan, tüketici nezdinde belirli bir düzeyde tanınmışlığa sahip markalar yararlanabilir. Dolayısıyla sulandırmayı konu olan bir uyumsuzlukta ilk olarak önceki markanın tanınmışlığa sahip olup olmadığı incelenecek ve ancak tanınmışlığın tespit edilmesi halinde diğer koşullara yönelik incelemeye geçilecektir. Markanın tanınmışlığa sahip olmaması durumunda diğer koşulları incelemeye gerek kalmayacaktır. Tanınmışlığın tespit edilmesi hâlinde, taraf işaretleri arasında bağlantının bulunup bulunmadığına yönelik inceleme aşamasına geçilecek; bu inceleme sonucunda bağlantının bulunduğu tespit edilirse sulandırma hallerinin mevcut olup olmadığı değerlendirilecektir.

Sırasıyla aşağıda gösterilen bu koşullar kümülâtiftir¹¹⁷. Yani bunlardan birinin sağlanamaması halinde sulandırmaya karşı koruma devre dışı kalır.

Söz konusu koşullar şunlardır:

- Önceki markanın tanınmış olması
- Taraf işaretleri arasındaki bağlantı
- Önceki markanın tescilli veya tescil için başvuru aşamasında olması
- Sonraki işaret bakımından markasal kullanım koşulu

Belirtilen koşulların açıklanması çalışmamızın anlaşılması bakımından elzemdir.

1. Önceki Markanın Tanınmış Olması

Tanınmışlık koşulu esasen kanun koyucunun kabul ettiği değil, sulandırmanın özünde

bulunan bir koşuldur. Çünkü sulandırmada, markanın tanınmışlık düzeyinden haksız yararlanma ve tüketicinin tercih yaparken yanılması durumları korunmaktadır. Bunlar dışında korunan menfaatlardan biri de yatırımın ödüllendirilmesidir. Doktrinde bir görüş sulandırmanın, marka sahibinin tanınmışlık kazandırarak markasını eş düzeyde olan diğer markalardan farklı bir konuma getirebilmek için yaptığı yatırımları ödüllendirmek amacına hizmet ettiğini ileri sürmüştür¹¹⁸. ABAD da bu görüş doğrultusunda konuya ilişkin kararlarda tanınmışlığı, haksız rekabete karşı korunması gereken faydalı yatırımların bir ürünü olarak değerlendirmiştir¹¹⁹.

Tanınmışlık koşulu, hem markanın ayırt edici karakterinin hem de itibarının zarar görmesi bakımından gereklidir. Her ne kadar ayırt ediciliğe sahip olması bir marka için tanınmış olduğu anlamına gelmemekte ise de yüksek düzeyde ayırt ediciliğe sahip bir markanın tanınmış bir marka olmaması istisnai de olsa mümkündür. Dolayısıyla sulandırma koşulları açısından tanınmışlığın dolaylı bir etkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz.

Sulandırmaya karşı koruma bakımından tanınmışlığın ne olduğunu tespit eden ilk karar olması açısından ABAD'ın *Chevy Kararı*¹²⁰ önem taşımaktadır. Kararda ABAD önceki markanın sulandırmaya karşı korumadan yararlanabilmesi için, bu markayı taşıyan mal ve/veya hizmetin yönelindiği tüketici kitlesinin büyük bir kısmı tarafından bilinir olması gerektiği kararına varmıştır¹²¹.

2. Taraf İşaretleri Arasında Bağlantı

Tanınmış markanın sulandırmaya karşı korunması için bir diğer şart, işaretler arasında bağ-

¹¹⁸ **Gangjee** Dev S. (2013), *Property In Brands: The Commodification of Conversation*, Helena R. Howe, Jonathan Griffiths (eds), *Property Concepts in Intellectual Property Law*, s. 29-31.

¹¹⁹ Sigla SA v. OHIM-Elleni Holding BV, T-215/03, [2007] (SIGLA Davası) para. 35.

¹²⁰ General Motors v. Yplon, C-375/97, [1999].

¹²¹ Chevy Kararı, para. 31.

¹¹⁷ **Büyükklıç**, s. 176 vd.

lantıdır. Sulandırma, işaretler arasında tüketicinin kurmuş olduğu zihinsel bağlantıyı temel alır¹²². Bu sebeple, sulandırma korumasından faydalanabilmek için önceki markanın tanınmış olmasının yanı sıra, tanınmış marka ile sonraki işaret arasında tüketici nezdinde zihinsel bağlantının kurulmuş olması gerekir¹²³. Bağlantının ispatı için önceki markaya ilişkin belirli seviyede tanınmışlığın bulunması koşul ise de bunun ünlü bir marka sayılmak için aranan düzeyde olması gerekli değildir. Ancak önceki markanın tanınmışlık düzeyi ne kadar yüksek olursa markalar arasında bağlantı kurulabilmesi ihtimali de o denli kolay olur.

Taraf işaretleri arasındaki bağlantı koşuluna yer veren tek hukuki düzenleme, ABD Revizyon Kanunu'dur¹²⁴. AB ve Türk marka mevzuatlarında ise bağlantı koşuluna yer veren herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. *Intel Davasında*¹²⁵ ABAD markalar arasında bağlantı için bir test usulünü kabul etmiş ve testte de bir listeye yer vermiştir¹²⁶. Türk hukukunda ise bağlantı koşulu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararında¹²⁷ ifadesini bulmuştur. HGK, sonraki markanın endüstri ve ziraat sektöründe kullanılan makineler için tescil edilmek istendiği, taraf ürünlerinin birbirine oldukça uzak olduğu, bu sebeple de bağlantı koşulunun sağlanamayacağı gerekçesinden hareketle traş bıçaklarında tanınmış 'DERBY' markasının sahip olduğu olumlu imajın, sonraki 'Derbytech' markası için yapılan başvuru ile zarar görmeyeceğine kanaat getirmiştir.

Bağlantı düzeyinin değerlendirilmesi bakımından, tüketici nezdinde sıradan bir bağlantı yeterli sayılmamakta; bağlantının makûl ve markalar arasında ilişki bulunacağı yönünde kanaat uyandıracak şekilde olması gerekmektedir. Örneğin,

CAMEL TOURS kararında¹²⁸ Alman Federal Mahkemesi, turizm sektöründe belli bölgelere özgü olarak kullanılan sembollerin (Asya ülkeleri gibi) kullanılmasının sıkça rastlanan bir durum olduğu, deve ile seyahat ederken ilgili kesimin aklına *Camel sigarası* gelse bile bunun sıradan bir düşünsel bağlantıdan ibaret olacağından dolayı, bu bağlantı sonrasında önceki markanın reklam gücünün hukuki olarak önemli ölçüde zarar görmeyeceği yönünde karar vermiştir.

Doktrinde *Fhima* tarafından, ilgili tüketici kesiminin sonraki işareti gördüğünde önceki markayı anımsamasının mutlaka önceki markanın değiştirildiği yönünde bir düşünce şeklinde olmayacağı; sonraki işareti gören ilgili kesimin düşüncesinin sadece bu markanın bildiği başka bir markaya oldukça benzer olduğu biçimindeki algıdan da ibaret olabileceği ifade edilmiştir. Yazar, böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde gerekli ve yeterli seviyede bağlantıdan bahsedilemeyeceğini, yani sulandırma için gerekli ve yeterli bağlantı şartının oluşmayacağını belirtmiştir¹²⁹. Nitekim ABAD *Adidas kararında*¹³⁰, spor ayakkabılarındaki üç şeridin, "Fitnessworld" marka spor kıyafetlerde iki şerit şeklinde kullanılmasının ilgili tüketici kesimi tarafından süsleme olarak algılanacağına ve böylelikle taraf işaretleri arasında bağlantı kurulmasını mümkün olmayacağına hükmetmiştir.

Gerekli ve yeterli düzeyde bağlantının tespitiinde yararlanılabilecek bir diğer ölçüt, bağlantının karıştırma veya bu yönde bir ihtimalle sonuçlanacak düzeyde bulunmasına gerek olmamasıdır¹³¹. İlgili tüketici kesiminin karıştırma ihtimalinde olduğu gibi güçlü bir zihinsel bağlantı kurmasına gerek bulunmamaktadır. Zira sulandırmada ilgili tüketici kesiminin markaların farklı teşebbüslere ait olduğunun farkında oldukları ifade edilmiştir¹³². ABAD da

¹²² **Büyükkılıç**, s. 266.

¹²³ **Fhima**, Trademark Dilution, s. 65.

¹²⁴ **Büyükkılıç**, s. 267.

¹²⁵ Intel Corp v. CPM United Kingdom, C-252/07, [2009].

¹²⁶ Söz konusu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda VII.

¹²⁷ Yargıtay HGK T:02.04.2014 tarihli ve E:2013/11-656, K:2014/427 K (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.13.04.2020)

¹²⁸ BGH Grur, 1987, 711 – Camel Tours.

¹²⁹ **Fhima**, Trademark Dilution, s. 65.

¹³⁰ C-408/01, Slg. 2003, I-12537

¹³¹ **McCarty**, s. 67.

¹³² **McCarty**, s. 69.

aynı görüşü benimsemiş olup, *INTEL Davasında* bu hususu açıkça belirtmiştir.

Yargıtay 11. HD yakın tarihli bir kararında¹³³ bir markanın tanınmış olmasının aynı işaretin farklı mal ve hizmetler üzerinde tesciline otomatik olarak engel teşkil etmeyeceği, dava konusu markalar arasında benzerlik görülmediğinden bu markalar yönünden 556 sayılı Kanun hükmünde Kararname 8/4. maddesindeki koşulların (markanın sulandırılması koşullarının) değerlendirilmesine gerek bulunmadığı, dava konusu markaların benzer olduğunun kabulü halinde ise davacı markalarının tanınmış oldukları sektör ile davalı markasının tescil edildiği 34. sınıf mallar arasında bir ilişkinin bulunmadığı, davacı markası olan “NEXT” ibaresinin zayıf ayırt edici karakteri ve markanın tanınmışlık düzeyi gözetildiğinde 556 sayılı KHK’nın 8/4. maddesi koşullarının somut olayda gerçekleşmediği şeklindeki Ankara 20. Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararını 556 sayılı KHK 8/4. maddeye ilişkin değerlendirmelerine yorum yapmadan, taraf markalarının tüketiciler nezdinde iltibas tehlikesi oluşturabilecek düzeyde benzer oldukları gerekçesi ile bozmuştur. Yargıtay söz konusu kararında, benzerliğin tek başına sulandırma koruması için yeterli olmayacağını, taraf işaretleri arasında tüketici nezdinde bağlantı bulunması şartını benimsediğini ortaya koymuştur.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, sulandırma korumasında taraf işaretleri arasındaki bağlantının sıradan bir bağlantı olmadığı, bu bağlantının sulandırma veya en azından bu yönde bir ihtimale sebebiyet verecek düzeyde olmasının gerekeceği kanaatindeyiz. Bağlantının sulandırmaya sebebiyet verecek şekilde olup olmadığının ortalama değerle tespiti gerekir. Zira aksi düşünce sulandırma korumasının temelinde yatan “marka sahibini koruması” düşüncesine ters düşecek ve ispat yükünü ağırlaştıracaktır.

3. Önceki Markanın Tescilli veya Tescil İçin Başvuru Aşamasında Olması

Sulandırmaya karşı korumanın temel özelliklerinden biri korumadan, itiraz aşamasında tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış; ihlâl aşamasında ise sadece tescil edilmiş markaların yararlanabilecek olmasıdır.

Başvuru aşamasındaki bir markanın henüz kullanılmaya başlamadığı ve bu sebeple sulandırmaya dayalı olarak sonraki markaya itirazda bulunamayacağı düşüncesi akla gelebilir. Ancak uygulamada marka kullanılmaya başlanmış ve hatta tanınmışlık kazanmış ancak, tescil başvurusu sonraki aşamaya bırakıldığı durumlara rastlamak mümkündür. Böyle durumlarda, önceki markanın tescili başvuru aşamasında olsa da sonraki tescil başvurusuna sulandırmaya dayalı olarak itirazda bulunulabilmesi gerekir¹³⁴.

Marka hukukunda geçerli “*tescil ilkesi*” geçince sadece tescilli markalar koruma altına alındığından, ihlâl halleri kapsamında sadece tescilli markaların korunabileceğinin, tescil başvuru aşamasındaki markaların koruma kapsamı dışında bırakılmasının yerinde bir tercih olduğu söylenebilir. Ancak, doktrinde marka hukukundaki tescil ilkesi eleştirilmiş sadece tescilli veya tescil başvuru aşamasında olan markaların değil, tescilli olmayan markaların da koruma kapsamına alınması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵. Bu görüş çerçevesindeki temel düşünce, markaya dair ilk başvurunun, esasında bu konuda hak sahibi olmayan tarafça yapılmasının uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir problem olmasıdır. Örneğin, tanınmış bir marka sahibi ulusal tescile yönelik başvuru yapmayı ihmal etmiş veya geciktirmiş olabilir. Bu durumda hak sahibi olmayan bir kişinin marka tescili yaptırmasının tanınmış marka sahibi için ciddi zararlar meydana getirebileceği aşikârdır. Nitekim yapılmış bir tescilin iptali, marka sahibi için uzun

¹³³ T: 20.01.2020 E: 2019/627, K: 2020/544 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.:13.04.2020).

¹³⁴ **Büyükkılıç**, s. 329.

¹³⁵ **Gruson** Sebastian (2003), Die Verwässerungsschutzwürdiges Marke, Stämpfli, s. 6-7.

zaman kaybına ve yüksek masraflara neden olabilir.¹³⁶ Ancak marka sahiplerinin birçoğu tedbirli davranarak, yüksek düzeyde tanınırlık içeren markalarını tescil ettirmektedirler.

4. Sonraki İşaret Bakımından Markasal Kullanım Koşulu

ABD, AB ve Türk marka hukukunda sulandırmaya karşı korumadan faydalanabilmek için önceki işaretin “marka” olması koşulu aranırken, sonraki işaret bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır¹³⁷. Böylece sulandırmaya karşı koruma kapsamında sonraki işaretin markasal kullanımının gerekli olup olmadığı hususu gündeme gelecektir.

Bu bağlamda ilk olarak ‘markasal kullanım’ ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Bir görüşe göre, “markasal kullanım markanın mal ve hizmetlerin köken itibariyle farklılıklarını belirtmeye imkân veren kullanım şeklidir”¹³⁸. Başka bir görüşe göre ‘markasal kullanım’, işaretin mal ve/veya hizmetin kaynağını göstermek amacıyla kullanıldığı durumlar ile sınırlı olarak yorumlanmamalı, sulandırma veya markanın reklâm gücünden ve tanınırlığından haksız olarak yararlanıldığı durumlar da markasal kullanım olarak kabul edilmelidir¹³⁹. ABAD da ilk dönem kararlarında¹⁴⁰ birinci görüşü benimsemişken, daha sonraki kararlarında¹⁴¹ marka sahibinin haklarının yalnızca markanın esaslı fonksiyonunu korumaktan ibaret olmadığını, iletişim, yatırım ve reklâm gibi diğer fonksiyonların da koruma kapsamında olduğunu kabul etmiştir¹⁴².

Marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan bir davada davalı “kullanımın markasal kullanım olmadığı” şeklinde savunma yapabilir. Bu savunma, aslında bir tür hukuka uygunluk savunmasıdır¹⁴³. Ancak, hukuka uygun kullanılmış sayılma için markanın ticarete kullanılıp, bu kullanımın SMK madde 7/5’te sayılan hâllerden birine girmesi gerekir¹⁴⁴. Bu savunmaya “hukuka uygun kullanım savunması” diyebiliriz. Öte yandan; bir başka husus markasal kullanım sayılmayan, ancak SMK 7/5 kapsamına da girmeyen durumdur. Burada marka kullanılmaktadır, fakat kullanım SMK 7/5 kapsamına girmemekle birlikte yine de markasal değildir. Örneğin, günlük dilde yaygın olarak kullanılan bir sözcük şeklindeki markanın, kitap adı olarak bir romanda veya bir televizyon filminin adında kullanılması, eğer markanın tanınırlığından haksız yararlanma söz konusu değil ise markasal kullanım sayılmaz¹⁴⁵.

Markasal kullanım koşulunun olumlu tarafı, teşebbüslerin mal ve/veya hizmetleri hakkında eleştirel açıklamalar ihtiva eden veya tam anlamıyla açıklayıcı nitelikte olmayan kullanımların ya da edebi ve artistik eserlere veyahut filmlere gerçeklik katmak amacıyla yapılan kullanımların ve karşılaştırmalı reklâmların ilk aşamada sulandırma teşkil etmeyecek olmasıdır¹⁴⁶. Böylelikle, sosyal yönden faydalı birçok paylaşım veya kullanım, sulandırmaya karşı koruma kapsamı dışında kalacaktır. Örneğin, adil kullanım, karşılaştırmalı reklâm, haber bildirim veya yorumlarında sonraki kullanıcı önceki kullanıcıya ait markayı kendisinin

¹³⁶ Büyükkılıç, s. 330.

¹³⁷ Büyükkılıç, s. 333.

¹³⁸ Tekinalp, s. 433.

¹³⁹ Çolak, Marka Hukuku, s. 674.

¹⁴⁰ CJEU Case C-661/11, ECR I:EU-C:577 [2013].

¹⁴¹ CJEU Case C-558/08, ECR I-06936 [2010]; C-238/08, EUTMR 30 [2010] para 77 (Google Davası).

¹⁴² Büyükkılıç, s. 334.

¹⁴³ Çolak, Marka Hukuku, s. 673.

¹⁴⁴ SMK 7/(5) “Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

¹⁴⁵ Çolak, Türk Marka Hukuku, s. 673.

¹⁴⁶ Fhima, Trademark Dilution, s. 244-245.

değil önceki kullanıcıya ait mal ve/veya hizmetleri göstermek için kullanmakta olduğundan markasal kullanım söz konusu olmayacak¹⁴⁷, dolayısıyla sulandırma korumasından yararlanılamayacaktır. Kanaatimizce ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu davalarda bu tür durumların sulandırmaya ilişkin yargılamanın ilk aşamasında incelenmesi, sonradan bir savunma sebebi olarak ileri sürülmesi durumu ile karşılaştırıldığında daha avantajlı olacaktır. Zira sulandırmanın mevcut olduğunun ispat yükü davacı önceki kullanıcı üzerindedir.

Markasal kullanım zorunluluğunun olumsuz tarafı ise, tanınmış marka sahiplerinin gereğinden daha az korunması durumuyla karşı karşıya kalabilecek olmalarıdır. Başka bir deyişle, markasal kullanım olmamakla beraber sulandırma teşkil edebilecek durumlarda marka sahibi korumasız kalacaktır. Örneğin, tanınmış bir markanın bir karikatürde hoş olmayan bir içerikte kullanılmış olması hâli markasal kullanım olmadığından, tanınmış marka sahibinin sulandırma korumasından yararlanması mümkün olmayacaktır¹⁴⁸. Aynı durum alan adları ve jenerik kullanım bakımından da ortaya çıkabilir.

Her ne kadar SMK'da markasal kullanımın zorunluluğuna ilişkin açık bir ifade yer almasa da, gerek 2015/2436 sayılı Direktif¹⁴⁹ gerekse Türk doktrininde¹⁵⁰ serdedilen görüşlere paralel şekilde sulandırmanın mevcudiyeti bakımından markasal kullanımın aranması gerektiği kanaatindeyiz.

C. SULANDIRMA ÇEŞİTLERİ

Markanın sulandırılması durumunun oluşması için, yukarıda dört başlık halinde sayılan sulandırma koşullarının tümünün birden varlığı yanında sulandırma oluşturan hâllerden birinin

varlığı veya en azından ilerde oluşacağına dair ciddi bir ihtimâl gerekir.

Tanınmış markaya sağlanan geniş korumayı düzenleyen 2015/2436 sayılı Direktif'in 5/3 ve 10/2-c maddeleri ile SMK'nın 6/5 ve 7/2-c maddelerinde 3 tür ihlâl haline yer verilmiştir. Bunlar, tanınmış markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesi (bulandırarak sulandırma), tanınmış markanın itibarının zarara uğraması (lekeleyerek sulandırma) ve tanınmış markanın ayırt edici karakterinden ve itibarından haksız avantaj sağlanması hâlleridir.

Korumanın amacı değerlendirilirken, bazı yazarlar doktrinde daha çok bulandırarak sulandırmayı esas alır; bazı yazarlar ise herhangi bir ayırma gitmemeyi tercih ederler¹⁵¹. Amaçsal değerlendirme açısından sulandırma halleri arasında ayırma gitmeyen görüşe göre; sulandırmaya karşı korumanın asıl amacı haksız yararlanmanın önüne geçmektir. Söz konusu korumanın içerdiği belirsizlikler nedeniyle haksız yararlanmayı esas alan koruma sayesinde tanınmış markalar çok daha basit şekilde korunabilir¹⁵². Ancak sulandırmanın sadece haksız yararlanma veya haksız avantaj sağlama şeklinde gerçekleşebileceğinin kabulü durumunda, sonraki kullanıcının herhangi bir avantaj sağlamadığı veya sağladığı avantajın haksız olmadığı, fakat sulandırma hallerinden birinin veya her ikisinin birden mevcut olduğu durumlarda, önceki tanınmış marka sahibinin korumasız kalması durumu ortaya çıkacaktır¹⁵³. Bu gerekçelerle, sulandırma halleri arasında ayırım yapmaksızın konuyu sadece haksız yararlanma veya haksız avantaj sağlama olarak tanımlayan görüşe katılmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Açıklanan sebeplerle, tanınmış markanın sulandırılmasının gerçekleşebileceği hâlleri ikiye

¹⁴⁷ Lemley Mark A. & Dogan Stacey L. (2007), *Grounding Trademark Law Through Trademark Use*, Iowa Law Review, Vol. 92, s. 1683-1684.

¹⁴⁸ Büyükkılıç, s. 336.

¹⁴⁹ Direktif'in Giriş Bölümü 18 ve 19 uncu paragrafları ile 10/2-c maddesi.

¹⁵⁰ Büyükkılıç, s. 354.

¹⁵¹ Büyükkılıç, s. 135.

¹⁵² Franklyn David J (2004), *Debunking Dilution Doctrine: Toward a Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law*, Hastings Law Journal, Vol:56(1), s. 124.

¹⁵³ Büyükkılıç, s. 136.

ayırarak incelemek mümkündür. Markanın sulandırılması; markanın birbiri ile yarışmayan mal veya hizmetler için kullanılması sonucunda ayırt edici karakterinin zedelenmesi şeklinde oluşan “*bulandırılarak sulandırma (dilution by blurring)*” veya markanın düşük kaliteli ürünler üzerinde ya da negatif bir imaj oluşturacak şekilde kullanılması sonucunda markanın itibarının zedelenmesi biçiminde ortaya çıkan “*lekeleyerek sulandırma (dilution by tarnishment)*” fiilleri sonucu oluşabilir. Nitekim, ABD Revizyon Kanunu¹⁵⁴ da bulandırarak ve lekeleyerek sulandırma adı altında iki farklı sulandırma şeklini düzenlemiştir. Buna karşılık bahsedilen Kanunda haksız avantaj sağlamaya ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁵⁵.

1. Bulandırarak Sulandırma

Bulandırarak sulandırmada üzerinde uzlaşılan yegâne tanım, sulandırmada “*markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesi*” hâline ilişkin tanımdır. Bu kapsamda sulandırmaya karşı koruma fikrini ilk olarak ortaya atan Schechter tarafından yapılan tanıma belirtmek uygun olacaktır¹⁵⁶. Bu tanıma göre, “*markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi, bir markanın rekabet hâlinde olmayan mal/hizmetlere ilişkin kullanılması sebebiyle markanın kimliğinin ve halkın zihninde tuttuğu yerin, başka bir ifadeyle markanın satış gücünün kademeli olarak kaybolması veya dağılması*”¹⁵⁷. Aynı yöndeki bir başka görüş ayırt ediciliğin zarar görmesini, markanın doğrudan tüketicinin zihninde belirli mal ve/veya hizmet ya da teşebbüsü hatırlatma kabiliyetini kaybetme ve dolayısıyla marka ile mal/hizmet arasındaki münhasır zihinsel bağlantının kaybolması olarak tanımlamıştır¹⁵⁸. Üçüncü

bir görüş ise markanın ayırt edici karakterinin zarar görmesinde, markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlere ilişkin ayırt edicilik gücünün zayıfladığını, markanın ayırt edici karakterinin tahribata uğradığını ve marka ile tüketiciye ulaşan mesajın bozularak değiştirildiğini savunmuştur¹⁵⁹.

ABAD, *Tiffany & Co v Boston Club Inc* davasında¹⁶⁰ mücevherat ürünlerinde tanınmış marka olan Tiffany markasının davalı tarafından restoran adı olarak kullanılması durumunda, markanın davacının mücevheratlarını akla getirme olasılığının gittikçe azalacağını, bunun da markanın teklifiğini, etkileycilik seviyesini ve oluşturduğu itibarı yok edeceğini ifade etmiştir. Diğer bir deyişle ABAD, markanın tüketicinin zihninde farklı ürünlerle eşleştirilmesi sebebiyle, önceki mal ve/veya hizmetlerle olan bağlantısının azalacağını altını çizmiştir.

Yargıtay 11. HD konuya ilişkin olarak bir kararında¹⁶¹, davacının tescilli “*CLIPPER*” markasının, davalı adına farklı mal ve hizmetler yönünden tescil edilmesinin markanın ayırt edici karakterine, tanınmışlık düzeyine ve sahip olduğu yüksek reklâm gücüne büyük zarar vereceğini; başka bir deyişle, markanın artık sadece davacının çakmak emtiasını çağrıştırmayacağını ve markanın sulanmasına yol açacağını belirtmiştir.

Tanınmış bir markanın ayırt ediciliğinin azalması (*blurring*) sulandırmanın en temel hallerinden biridir. Bu durum, tanınmış markanın mal veya hizmetlerinden tamamen farklı mal ve/veya hizmetlerde kullanılmış olsa bile tanınmış marka ile aynı ya da benzer bir markanın kullanımının, tanınmış markanın ait olduğu mal veyahut hizmetlerle özdeşleşme ve bu mal veya hizmetlerle ilişkilendirilme durumundaki azalmaya işaret eder. Farklı bir sektörde kullanılsa bile bir markanın kaynak gösterme gücünü veya değerini yitirip yitirmediği (yitirmişse ne kadar yitirdiği), o markanın ne

¹⁵⁴ Trademark Dilution Revision Act of 2006, Public Law 109-312, 06 October 2006, 120 Stat. 173, Section 43/c.

¹⁵⁵ Haksız avantaj sağlama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda III.

¹⁵⁶ Schechter eserinde dört farklı tanıma yer vermiş ise de sıklıkla atıfta bulunulan tanım belirtilen tanımdır.

¹⁵⁷ **Schechter**, *The Rational Basis of Trademark Protection*, s. 825.

¹⁵⁸ **Gruson**, s. 221.

¹⁵⁹ **McCarty**, s. 57.

¹⁶⁰ *Tiffany & Co v Boston Club Inc*, 231, F. Supp. 836, s. 844.

¹⁶¹ T: 04.10.2017, E: 2016/2324, K: 2017/5016 (s.e.t.: 13.04.2020).

derece özgün, ayırt edici ve tanınmış olduğuna bağlıdır¹⁶². Tanınmış bir markanın, farklı alanlarda ayırt edici karakterini zedeleyici şekilde kullanılması tüketici açısından markanın kaynak gösterme fonksiyonunda bir azalmaya işaret edeceğinden markanın tüketici tarafından mal veya hizmetleri tercih ederken hızlı bir araç olma özelliğini yitirmesine neden olacak ve bu da tüketicinin tercih maliyetini (*search cost*) arttıracaktır¹⁶³.

Konunun daha rahat anlaşılabilmesi bakımından, markanın sulandırılmasına ilişkin aşağıda örnek görseller verilmiştir. Şekil 4'te tanınmış "McDonald's" markasını çağrıştıracak şekilde sulandırma durumu söz konusu olup; markanın ayırt edici karakteri zarar görmektedir.

Şekil 4:¹⁶⁴



Aşağıdaki görselde ise Coca-Cola tanınmış markasının markasal kullanımı taklit edilerek sulandırma hali söz konusudur.

Şekil 5:¹⁶⁵



2. Lekeleyerek Sulandırma

Bir diğer sulandırma hâli ise lekeleyerek sulandırmadır. ABD Revizyon Kanunu'nda lekeleyerek sulandırma; "ünlü marka ile sulandırılan marka arasındaki benzerlikten doğan ve ünlü markanın itibarının zarar görmesine sebebiyet veren ilişkilendirmenin sonucu" şeklinde tanımlanmıştır¹⁶⁶.

Markanın itibarına zarar verme durumu (*tarnishment*), tanınmış markanın uygun olmayan veya kötüleyen çağrışımları içerecek ve ayırt ediciliğini azaltacak şekilde kullanılmasıdır. Lekeleyerek sulandırma şeklinin kabulü, mal ve hizmetin ayırt edilmesinin ötesinde, markanın olumlu bir imaja da sahip olduğu anlayışına dayanır. Örneğin tanınmış bir markanın aynısının veya benzerinin cinsel ya da aşağılayıcı çağrışımlar oluşturacak şekilde veyahut tanınmış marka sahibinin felsefesine aykırı bir şekilde veya tanınmış markanın müşterilerini çekmek amacıyla söz konusu markaya saldırgan şekillerde kullanılması durumlarında markanın itibarına zarar verme ihtimali söz konusu olacaktır. ABD hukukunda bazı davalarda¹⁶⁷ lekeleyerek sulandırmaya ilişkin açıklamalar yapılmıştır. *TY Inc Davasında* hâkim, markanın lekeleyerek su-

¹⁶² <http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/TrademarkDilution.aspx> (s.e.t.:14.01.2020).

¹⁶³ Kurt, Emre (2012), *Karşılaştırmalı Açidan Türk Hukukunda Haksız Avantaj Sağlama, Sulandırma ve İtibara Zarar Verme Kavramları*, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 8(30), s. 116.

¹⁶⁴ Kullanılan görsel "<http://demo.thewangiplaw.com/trademark-dilution/>" bağlantısından alınmıştır.

¹⁶⁵ Kullanılan görsel "<https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-watch/trademark-dilution-the-blurry-arena-1318327/>" bağlantısından alınmıştır.

¹⁶⁶ ABD Revizyon Kanunu Sec. 43/c-2 (C).

¹⁶⁷ *Victoria's Secret Catalogue, Inc. v. Moseley*, 2010 WL 1979429 (6th Cir. May 19, 2010); *Polo Ralph Lauren L.P. v. Schuman*, 46 U.S.P.Q.2d 1046, 1048 (S.D. Tex. 1998); *Pillsbury Co. v. Milky Way Prods. Inc.*, 215 U.S.P.Q. 124, 135 (N.D. Ga. 1981) gibi davalar.

landırılmasını şu örnekle açıklamıştır:¹⁶⁸ “Tiffany ismini alan bir restoranın, aslında bir striptiz klübü olduğu varsayıldığında, ilgili kesim marka sahibinin mücevherat işinin yanında ek olarak striptiz klübü açtığını düşünmeyecektir. İnsan zihninin kurduğu bağlantı yoluyla düşünmesine yönelik kökleşmiş yaklaşımı, Tiffany kelimesini her düşündüğünde, gösterişi mücevherat mağazasının imajı, striptiz klübü ile kurulan bağlantı dolayısıyla sönlükleşecek, matlaşacak, bir başka ifadeyle zarar görecektir.”

Açıklandığı üzere, lekeleyerek sulandırmanın gerçekleşmesi için tüketicinin mal ve/veya hizmetler arasında bağlantı bulunduğunu düşünmesi gerekli değildir. Tüketici önceki ve sonraki markalar arasında bağlantı bulunmadığını bilse de tüketicin zihninde markaya ilişkin oluşan olumsuz imaj, lekeleyerek sulandırma için yeterlidir.

Aşağıdaki görselde Coca-Cola markasının, kokain çağrışımı yapacak şekilde markasal kullanımı sebebiyle lekeleyerek sulandırılması örneği paylaşılmıştır.

Şekil 6:¹⁶⁹



Görselde, tanınmış “Coca-Cola” markasındaki renkler ve yazılış şekli neredeyse birebir

¹⁶⁸ Ty Inc v. Perryman, 306 F.3d.509 (7th Cir.2002).

¹⁶⁹ Kullanılan görsel “<https://www.legalteamusa.net/trademark-dilution-blurring-v-tarnishment>” bağlantısından alınmıştır.

taklit edilerek “Enjoy Cocaine” (kokainin tadını çıkar) olarak, markanın itibarına zarar verecek şekilde kullanılmıştır.

Markanın itibarı kavramından ne anlaşılması gerektiği ABAD tarafından ilk olarak L’Oréal Davasında¹⁷⁰ değerlendirilmiştir. Mahkeme, lekeleyeme veya düşürme-alçaltma olarak da ifade edilen markanın itibarının zarara uğraması halinin, özdeş veya benzer bir işaretin kullanıldığı mal ve/veya hizmetlerin tüketiciler tarafından markanın çekim gücünün azaldığı şeklinde algılanması durumunda ortaya çıktığını ifade etmiştir. SIGLA Kararında¹⁷¹ ise ABAD, geniş bir yaklaşım benimseyerek sonraki kullanıcının ürünlerinin, önceki marka sahibinin tescilli olduğu ürünlerden farklı olması durumunda daha önceki markanın imajını olumsuz yönde etkileyen özdeş veya benzer kullanımlara karşı korunacağını ifade etmiştir.

Hukukumuzda, markanın itibarının zarar görmesine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmakla beraber, Yargıtay konuya ilişkin kararlarının çoğunda sulandırmaya ilişkin genel değerlendirmeler yaptığından, bu kararlardan yola çıkarak markanın itibarının zarar görmesine ilişkin bir çıkarımda bulunmak oldukça güçtür¹⁷². Ancak, Yargıtay HGK’nın “DERBY Kararı”¹⁷³ konu bakımından önem taşımaktadır. Kararda, yerel mehkemece verilen kısmen kabul kararı Yargıtay 11. HD’ce bozulmuş, mahkemece verilen ilk kararda direnilmiş ve HGK Özel Daire bozma kararına uyulması gerektiğini belirterek direnme kararını kaldırmıştır. Söz konusu kararda şu hususlar belirtilmiştir:

“...556 Sayılı KHK’nın 8.maddesinin 4.fıkrasının ‘ikinci cümlesinde’ düzenlenen koşulların gerçekleşmesi için, farklı mal veya hizmetler için yapılan başvurudan dolayı tanınmış markanın

¹⁷⁰ Case C-487/07, L’Oréal SA and Others. v. Bellure NV and Others (2009), para. 40.

¹⁷¹ Case T-215/03, Sigla SA v. OHIM para. 39.

¹⁷² Büyükkılıç, s. 453.

¹⁷³ Yargıtay HGK T: 02.04.2014 E: 2013/656, K: 2014/427 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.: 13.04.2020)

toplumda ulaşmış olduğu tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yarar sağlayabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği ya da markanın ayırt edici karakterini zedeleyeceği sonuçların doğabileceği hallerin mevcudiyeti gereklidir. Hemen belirtilmelidir ki, bahsi geçen hallerin hepsinin aynı anda gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bu hallerin herhangi birisinin somut olayda bulunması, 556 Sayılı KHK'nın 8/4.maddesi anlamında nispi red nedeninin varlığı için yeterlidir. Bu haller, doktrinde ve uygulamada markanın sulandırılması (dilution) olarak adlandırılmaktadır (Hamdi Yasaman, Marka Hukuku, 1. Cilt, S.415; Ünal Tekinalp, a.g.e.s.426). Tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi hali ise, doktrinde lekeleme (tarnishment) olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda, marka itibarı zarar göreceği şekilde küçültücü, imaj zedeleyici bir mal veya hizmet için kullanılmaktadır. (Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, s.311; Hamdi Yasaman, age s.415). Ayrıca 556 sayılı KHK 8/4 maddesinde sayılan tanınmış markadan haksız yararlanma halleri, her somut olayın özelliklerine, markanın ne kadar tanınmış olduğuna, tanınmış markanın ayırt edicilik derecesinin ne derecede yüksek olduğuna, her iki tarafa ait markanın birebir aynı olup olmamasına, farklı sınıftaki mal veya hizmetin tanınmış markanın asıl olarak kullanıldığı sektör veya sektörlerden mal ve/veya hizmetlerden ne derece uzak ya da yakın, ne derece farklı olduğuna göre değerlendirilmelidir. (Uğur Çolak, age s.314, 319)

... sınıflandırma itibarıyla davacıya ait tanınmış "DERBY" markasının kapsadığı tıraş bıçağı emtiası "kişisel ihtiyaç ve bakım ürünlerinin" dahil olduğu tüketim sektörüne ait olmasına karşın, dava konusu "DERBYTECH" marka başvurusunun üzerinde kullanılacağı ürünler "endüstriyel ve zirai alet ve makineleri"nin de bulunduğu üretim sektörüne dahildir. Bu durumda, her iki markanın kullanılacağı ürünlerin birbirinden çok farklı sektörlere dâhil oldukları açıktır. Her ne kadar, söz konusu ürünlerin kullanıcıları yetişkin tüketiciler olmakla birlikte, tanınmış DERBY markasının asıl olarak kullanıldığı kişisel bakımla ilgili tüketim sektörü,

diğerinin ise endüstriyel ve zirai işletmelerin ihtiyaçlarına yönelik alet ve makinelerin üretimi sektöründe yer aldıklarından, davacı markasını taşıyan tıraş bıçaklarının keskinlik ve paslanmazlık gibi niteliklerinin tüketicilerin tercihlerinde etkili olacağından ve bu durumun da davacı markasının olumlu imajından hukuka aykırı şekilde haksız bir yarar sağlanacağından söz edilemez. Ayrıca belirtilmelidir ki; 556 sayılı KHK 8/4.maddesindeki hallerin varlığı için, tanınmış markanın aynısı ya da benzerinin farklı grup mal ve hizmetler üzerinde kullanılması nedeniyle söz konusu mal veya hizmetlerin ortalama tüketicinin bu marka ile tanınmış marka arasında bir bağlantı kurması ve bu bağlantının yaratacağı olumlu izlenim ve çağrışımla satın alma tercihlerine yön verilmesi suretiyle tanınmış markadan haksız yararlanma sonucuna yol açılması gereklidir. Dolayısıyla burada bahsi geçen bağlantı ya da ilişkilendirme ile 556 sayılı KHK 8/1-b maddesinde düzenlenen karıştırılma ihtimali (iltibas) birbirinden farklı kavramlar niteliğindedir".

Görüldüğü üzere Yargıtay HGK, dava konusu markaların sınıflarının farklı ve her iki markanın kullanıldığı ürünlerin birbirinden çok farklı sektörlere dâhil oldukları, tanınmış "DERBY" markasının asıl olarak kullanıldığı kişisel bakımla ilgili tüketim sektörü, diğerinin ise endüstriyel ve zirai işletmelerin ihtiyaçlarına yönelik alet ve makinelerin üretimi sektöründe yer aldıkları, davacı markasını taşıyan tıraş bıçaklarının keskinlik ve paslanmazlık gibi niteliklerinin tüketicilerin tercihlerinde etkili olacağından ve bu durumun da davacı markasının olumlu imajından hukuka aykırı şekilde haksız bir yarar sağlamayacağı gerekçesiyle yerel mahkemece verilen direnme kararını kaldırmıştır.

VII. HAKSIZ AVANTAJ SAĞLAMA KONUSUNUN SULANDIRMA KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Sulandırmaya karşı korumaya ilişkin AB ve Türk marka mevzuatı hükümleri, markanın ayırt edici karakterinin ve itibarının zarar görmesinin

yanında haksız avantaj sağlama halini de sulandırma kapsamına almaktadır¹⁷⁴. ABD’de ise, gerek ABD Federal Kanunu gerekse ABD Revizyon Kanunu’nda geçen sulandırma hükümlerinde haksız avantaj sağlama veya bu anlama gelen herhangi bir ibareye rastlanılmamaktadır¹⁷⁵.

Bu durum hem sulandırma hallerine hem de haksız avantaj sağlama hallerine yer veren hukuk düzenlemelerinde, haksız avantaj sağlamanın sulandırma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sebeple haksız avantaj sağlama hallerine ilişkin doktrindeki tanımlara yer vermekte fayda vardır.

Birinci görüş haksız avantaj sağlamayı, ‘*itibarın istismarı*’ ve ‘*ayırt ediciliğin istismarı*’ şeklinde iki ayrı başlık altında incelemiş ve tanınmış markaların özdeşi veya benzerini kendi mal ve/veya hizmetleri için kullanan kişinin amacının ‘*markayı kullanmak suretiyle toplumun dikkatini çekmek ve böylece markanın temsil ettiği imajın kendi mal ve hizmetlerine devrini sağlamak*’ olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁶.

Diğer bir görüş ise haksız avantaj sağlamayı, “*tanınmış markanın kötü şöhreti olan bir işletme tarafından kullanılması*” olarak tanımlamıştır¹⁷⁷. Ancak, haksız avantaj sağlamanın söz konusu olabilmesi için sonraki kullanımı yapan teşebbüsün mutlaka “*kötü bir şöhrete sahip olması*” şartı bulunmamaktadır. Olumlu itibara sahip bir işletme de tanınmış markanın sahip olduğu ayırt edicilikten veya itibardan haksız avantaj sağlayabilir. Bu bakımdan, bahsedilen görüş eleştiriye matuftur.

Haksız avantaj sağlama tanımına ilişkin yukarıda belirtilen görüşler ışığında, söz konusu haksız avantaj sağlama hâlinin sulandırma kapsamında

değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusuna gelindiğinde ise doktrinde bu konuda da görüş birliği olmadığı görülmektedir.

Bir görüşe göre, tanınmış markaya sağlanan genişletilmiş koruma, ayırt edici karakterin zarar görmesi, itibarın zarar görmesi, ayırt edici karakterden haksız avantaj sağlanması ve itibardan haksız avantaj sağlanması şeklinde dört ihlâl halini kapsar. Bunlardan sadece ayırt edici karakterin zarar görmesi teknik anlamda sulandırmadır¹⁷⁸.

Diğer bir görüş ise haksız avantaj sağlamanın, sulandırma korumasının ötesine geçerek sömürme ve sebepsiz zenginleşme gibi kavramları da ihtiva ettiğini (yani kapsamı genişlettiğini), ayrıca haksız avantaj sağlama durumunda diğer ihlâl hallerinin aksine davacının uğradığı zararın değil, davalının elde ettiği faydanın üzerinde durulduğunu ifade ederek, sulandırmanın kapsamının bulandırarak ve lekeleyerek sulandırma ile sınırlı olması gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁹.

Bu konuya ilişkin son görüşe göre ise her üç ihlâl hali de (bulandırarak, lekeleyerek sulandırma ve haksız avantaj sağlama) sulandırma kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸⁰. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, sulandırma ve haksız avantaj sağlama halleri arasındaki sınırın tam olarak tespit edilebilmesinin oldukça zor olduğunu, ABD Revizyon Kanunu’nda haksız avantaj sağlama ibaresine yer verilmemiş ise de bulandırarak sulandırmaya ilişkin pek çok davada esasen haksız avantaj sağlama durumunun incelendiğini ileri sürmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁴ 2015/2436 sayılı Direktif’te “*haksız avantaj sağlama*” anlamına gelen “*take unfair advantage*” kullanılmıştır (madde 5/3-a ve 10/2-c). Türk hukukunda “*haksız yararlanma*” SMK 6/5 ve 7/2-(c) de kullanılmıştır.

¹⁷⁵ **Büyükkılıç**, s. 18.

¹⁷⁶ **Dirikkan**, s. 202; **Çolak**, s. 286.

¹⁷⁷ **Şenocak**, s.164; Aynı yönde görüş: **Erdil**, Sabri & **Uzun**, Yeşim (2009), Marka Olmak, Beta Yay, İstanbul, s. 142.

¹⁷⁸ **Bozbel**, Savaş (2015), Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 426.

¹⁷⁹ **Gruson**, s. 217; aynı yönde görüş için bkz. **Bozbel** s. 426.

¹⁸⁰ **Fhima**, Trademark Dilution, s.1. Ayrıca bakınız **Oğuz**, Arzu (2018), *Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması*, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, C. 13, s. 140.

¹⁸¹ **Franklyn**, Debunking Dilution Doctrine, s.131-133; Aynı yönde görüş: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.366; **Çampınarı**, Duygu (2014), *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Açısından Markanın Sulandırılması Kavramının İncelenmesi*, Türk Patent ve Marka Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 57; **Kurt**, s. 115-116.

Yargıtay, bu konuya ilişkin bazı kararlarında sulandırma ile haksız yarar sağlamayı eşdeğerde tutmuşken¹⁸² bazı kararlarında iki ihlâl halini birbirinden bağımsız olarak değerlendirmiştir¹⁸³. Yargıtay¹⁸⁴ bir kararında, giyim sektöründe faaliyet gösteren davacının tescilli ve tanınmış 'TWIST' markasının, 'kuruyemiş ve kurutulmuş meyveler' için tescil ettirmek istemesi üzerine şu şekilde karar veren yerel mahkeme kararını onanmıştır:

“...başvuru ile davacının markasının kapsamında yer alan malların tüketici profilleri, üretim ve dağıtım kanalları, satış noktaları itibariyle tamamen farklı sektörde yer alan, birbirleri yerine ikame olanağı bulunmayan mallar olduğu, bu nedenle karıştırılma ihtimalinden söz edilemeyeceği, davalı başvurusundaki "kuruyemişler ve kurutulmuş meyveler" emtiaları ile davacı markasındaki anılan mal ve hizmetlerin tüketicilerinin çağrışım suretiyle bağlantı kurma sonucunda yanılıya düşmelerinin mümkün görülmediği, 556 sayılı KHK'nın 8/1-b bendindeki tescil engelinin bulunmadığı, davalı başvurusunun kapsamında yer alan 'kuruyemişler ve kurutulmuş meyveler'in davacı markalarının tanınmış olduğu 'giyim ve tekstil' maddeleri ile tamamen farklı olduğu, davacı markalarının tanınırlığından haksız yarar sağlaması, şöhretini sömürmesi, itibarına zarar vermesi ya da onun ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurması, bir başka deyişle sulandırması ihtimalinin bulunmadığı, davalı başvurusu yönünden 556 sayılı KHK'nın 7/1-b, 8/1-b ve 8/4 maddelerinde düzenlenen red koşullarının gerçekleşmediği...”.

Haksız avantaj sağlamaya ilişkin tanımlar göz önüne alındığında, haksız avantaj sağlamada sonraki kullanıcının bu kullanım sebebiyle elde ettiği yarar üzerinde durulduğu görülmektedir. Buna karşılık sulandırmada, marka sahibinin son-

raki kullanım sebebiyle elde ettiği zarar dikkate alınmaktadır. Açıklanan farklılık, haksız avantaj sağlama ile sulandırma bakımından yapılacak değerlendirmelerin ve bu değerlendirmelerde dikkate alınacak ölçütlerin birbirinden farklı olmasını gerektirir. Aksi durumun, sulandırmadan farklı temellere dayalı olan haksız avantaj sağlama halinin sulandırma kapsamında değerlendirmesine yol açacağı, sulandırma için öngörülen ölçütlerin zorlama bir şekilde haksız avantaj sağlama halinde de uygulanmaya çalışılacağı ve bunun da uygulamada sorunlara yol açacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, sulandırma teşkil etmesine rağmen haksız avantaj sağlamanın söz konusu olmadığı durumlar da vardır. Bu sebeple, haksız avantaj sağlama ile sulandırma hâlleri arasında ayırma gidilmesi daha doğru olacaktır. Örneğin; ifade özgürlüğü sınırlarını aşan parodi içerikli bir kullanım sulandırma kapsamında değerlendirilebilecekken, söz konusu kullanım haksız avantaj sağlama durumu teşkil etmeyecektir¹⁸⁵. Ancak parodi içerikli kullanım önceki marka veya bu markayı taşıyan mal ve/veya hizmetleri göstermekten ziyade, parodi yapanın kendi ürün ve/veya hizmetlerine işaret ederek bunların satışını sağlarsa bu durum haksız avantaj sağlama bağlamında değerlendirilebilir.

SONUÇ

Tanınmış marka, tüketici için mal veya hizmetin kaynağını gösterir ve tüketiciye güven verir. Söz konusu güven, malın veya hizmetin pazarlamasında ve satılmasında büyük önemi haizdir. Hemen hemen tüm mal ve hizmetlerde tanınmış marka ile mal ve hizmeti üreten işletme tüketici nezdinde özdeştir. Tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlerde de kullanımı durumunda, o markanın müşterileri tanınmış marka sahibinin faaliyet alanını genişlettiğini düşünerek mal veya hizmet tercihlerini yanılığ neticesinde değiştirebilirler.

¹⁸² Yargıtay 11. HD, T: 16.04.2012, E: 2010/14819, K: 2012/6111 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.: 13.04.2020).

¹⁸³ Yargıtay 11. HD, T: 26.09.2012, E: 2011/6158, K: 2012/14328 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.: 13.04.2020).

¹⁸⁴ Yargıtay 11. HD, T: 17.02.2011, E: 2009/9263, K: 2011/1843 (UYAP Bilgi Sistemi) (s.e.t.:13.04.2020).

¹⁸⁵ Solis, Maria (2018), *Trademark Dilution & Copyright infringement: Has Parody gone too far in the US Fashion industries?*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3306431> (s.e.t.: 10.04.2020).

Böylece tanınmış marka ile işletme arasındaki bağ zayıflamaya ve sulanmaya başlar. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş markalar için korumanın aynı veya benzer mallar yanında farklı mallar ve hatta hizmetler için de getirilmesi amaçlanmış, sulandırma korumasına gereksinim duyulmuştur.

AB hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da “sulandırma” kavramı açıkça mevzuatta yer almamakta fakat tanınmış bir markanın aynısının veya benzerinin kullanılması sonucu tanınmış markanın ayırt edici karakterinin ya da itibarının zedelenmesi veyahut markanın ayırt edici karakterinden veya itibarından haksız yararlanmanın engellenmesi amacıyla tanınmış markalara özel olarak getirilmiş bir koruma söz konusu olmaktadır. Özellikle son dönemde yargı kararlarında ve doktrinde bu kavramın sıkça zikredilir olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, her ne kadar “sulandırma” kavramı ulusal hukuki metinlerde ve ABD mevzuatında olduğu gibi hukuki metinlerimizde açıkça ifade edilmese de, bu kavramın ABAD kararlarında yer almaya başlaması ve AB hukukunda benimsenmesi sonucu Yargıtay’ın kararlarında açıkça referans vermesi ile tanınmış markalar sulandırmaya karşı oldukça üst seviyede korunduğu görülmektedir.

Tanınmış markanın sulandırmaya karşı korunması için önceki markanın tanınmış olması, taraf işaretleri arasında bağlantı, önceki markanın tescilli veya tescil için başvuru aşamasında olması ve sonraki işaret bakımından markasal kullanım koşullarının bulunması gerekir. Bu koşullar kümülatif olup, birlikte değerlendirilmelidir.

Sulandırma, bulandırarak sulandırma ve lekeleyerek sulandırma olmak üzere iki türlü gerçekleştirilir. Haksız avantaj sağlama durumunun sulandırma çeşidi sayılması gerektiği yönünde görüşler de vardır. Haksız avantaj sağlamada sonraki kullanım sebebiyle elde edilen yarar üzerinde durulmakta, buna karşılık sulandırmada marka sahibinin sonraki kullanım sebebiyle uğradığı zarar dikkate alınmaktadır. Açıklanan farklılık, haksız avantaj sağlama ile sulandırma bakımından yapılacak değerlendirmelerin ve bu değerlendirmelerde dikkate alınacak ölçütlerin birbirinden farklı olmasını gerektirir. Aksi durum, sulandırmadan farklı temellere dayalı olan haksız avantaj sağlama halinin sulandırma kapsamında değerlendirmesine yol açacak, sulandırma için öngörülen ölçütler zorlama şekilde haksız avantaj sağlama halinde de uygulanmaya çalışılacaktır. Öte yandan, sulandırma teşkil etmesine rağmen haksız avantaj sağlamanın söz konusu olmadığı durumlar da vardır. Açıklanan sebeplerle haksız avantaj sağlamanın sulandırma çeşidi olarak değerlendirilmemesi görüşü kanaatimizce daha yerindedir.

Tanınmış markalar için söz konusu olan sulandırma konusu hukukumuzda yeni olan bir kavram olup, daha çok Yargıtay kararlarında uygulama alanı bulmuştur. Hukukumuz açısından yeni olan bu kavrama ilişkin ABD’de olduğu gibi ayrı bir kanuna ihtiyaç bulunmasa da marka mevzuatı kapsamında konunun şartları, sınırları, türleri gibi alanlarına ilişkin belirlemelerin kanun koyucu tarafından yapılmasının uygulama birliği ve hukuki güvenlik açısından yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Ahearn**, Terry (2001), *Dilution by Blurring Under the Federal Trademark Dilution Act of 1995: What is it and How is it Shown?*, Santa Clara Law Review, Vol:41 (3), Available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol41/iss3/6>
- Arkan**, Sabih (1997), Marka Hukuku (Cilt 1), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Ayoğlu**, Tolga (2009), *Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul, On İki Levha, s.117-134.
- Bently** Lionel & **Sherman** Brad (2014), *Intellectual Property Law*, Oxford (UK):Oxford University Press.
- Bhaskar**, Brajendu (2008), *Trademark Dilution Doctrine: The Scenario Post TDRA:2005*, Nujs Law Review, Vol:1(4), s.637-658.
- Blakeney**, Michael (1996), *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Concise Guide to the TRIPS Agreement*, Sweet & Maxwell Yayınları.
- Bone** Robert (2008), *Schechter's Ideas in Historical Context and Dilution's Rocky Road*, Santa Clara Computer&High Technology L.J, Vol:24(3), s.489-491.
- Bozgeyik**, Hayri (2019), Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ankara, On iki Levha.
- Bozbel**, Savaş (2015), Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Burrell**, Robert & **Handler**, Michael (2016), *Reputation in European trade mark law: a re-examination*. ERA Forum 17, 85-99, s.86; <https://doi.org/10.1007/s12027-016-0419-2>
- Büyükkılıç**, Gül (2019), Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Callman**, Rudolf (1949), *Trademark Infringement and Unfair Competition*, Law and Contemporary Problems, Vol:14, s.180 vd.
- Çampınarı**, Duygu (2014), *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Açısından Markanın Sulandırılması Kavramının İncelenmesi*, Türk Patent ve Marka Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Çolak**, Uğur (2018), Türk Marka Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Çolak** Uğur (2004), *Paris Sözleşmesi 6bis anlamında Tanınmış Markalar*, Ankara Barosu FMR Dergisi, Vol:2, s.23-70.
- Dilmaç**, Şule (2014), *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması*, Seçkin Yay, Ankara.
- Dirikkan**, Hanife (2003), *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Erdil**, Sabri & **Uzun**, Yeşim (2009), Marka Olmak, Beta Yay, İstanbul.
- Ergün**, Mevci (2000), *Tanınmış Markalar, Fikri ve Sınai Mülkiyetin Uluslararası Korunması Birliği Yayınları*, Bursa.
- Ertem**, Berkem (2010), *TRIPS 16/2 ve Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka*, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 10 (1), s. 59-61.
- Fhima**, I. Simon (2006), *Dilution in the US, Europe, and Beyond: International Obligations and Basic Definitions*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol:1(6), s. 406-412. (Dilution in the US, Europe, and Beyond)
- Fhima**, I. Simon (2010), *Dilution by Blurring-A Conceptual Roadmap*, Intellectual Property Quarterly, Vol:44, s.44-87. (Dilution by Blurring)
- Fhima**, I. Simon (2011), *Trademark Dilution in Europe and the United States*, Oxford (UK): Oxford University Press, (Trademark Dilution).

Franklyn David J (2004), *Debunking Dilution Doctrine: Toward a Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law*, Hastings Law Journal, 2004, Vol:56, No:1, s.117-167.

Gangjee Dev S. (2013), *Property In Brands: The Commodification of Conversation*, Helena R. Howe, Jonathan Grifts (eds), Property Concepts in Intellectual Property Law, s.29-31.

Gruson, Sebastian (2003), Die Verwässerungsschutzwürdige Marke, Stämpfli

Güneş, İlhami (2018), Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

Hacking, John E. (2003), *Setting the Dilution Standard Under the Federal Trademark Dilution Act*, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, Vol:5, s.115-130.

Karasu, Rauf/ **Suluk**, Cahit/ **Nal**, Temel (2019), Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Kasekee, Elson (2006), Trademark Dilution: A Comparative Analysis, University of South Africa, Doktora Tezi, 2006.

Kaya, Arslan, (2006), Marka Hukuku, Arıkan Yay., İstanbul.

Kurt, Emre (2012), *Karşılaştırmalı Açından Türk Hukukunda Haksız Avantaj Sağlama, Sulandırma ve İtibara Zarar Verme Kavramları*, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 8(30), s.113 vd.

Lanham (Trademark) Act, (Pub.L.79-489), 60 Stat. 427, July 5, 1946.

Lemley Mark A. & **Dogan** Stacey L. (2007), *Grounding Trademark Law Through Trademark Use*, Iowa Law Review, Vol.92, s.1669 vd.

Martino, Tony (1996), Trademark Dilution, Clarendon Press, Oxford (UK).

McCarty, J. Thomas (2017), McCarty on Trademarks and Unfair Competition, Fifth Edition, New York, Rochester.

Middlemiss Susie & **Warner** Steven (2009), *The Protection of Marks with a Reputation: Intel V CPM-Case Comment*, European Intellectual Property Review, 31(6), s.326-336.

Mostert, Frederick (1996), *Well-Known and Famous Marks- Is Harmony Possible in the Global Village*, Trademark Reporter, 1996, Vol:86, No:103, s.103-141.

Oğuz, Arzu (2018), *Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması*, Terazi Hukuk Dergisi, C:13, s.21-31.

Oytaç, Kutlu (2002), Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Nobel Yayınevi, İstanbul.

Pattishall, Beverly W. (1988), *The Constitutional Foundations of American Trademark Law*, Trademark Reporter, Vol:78, s.456 vd.

Schechter, Frank (1927), *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harvard Law Rev. s.813-829.

Shchetinina, Alina (2018), *The Dilution of a Trademark: A Comparative Study on EU and U.S. Law*, Transatlantic Technology Law Forum, TTLF Working Papers, No. 35,

Solis, Maria (2018), *Trademark Dilution & Copyright Infringement: Has Parody gone too far in the US Fashion industries?*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3306431> (s.e.t. 10.04.2020)

Şenocak, Kemal (2009), *Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması*, C:25(2), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s.133-176.

Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara.

Trademark Dilution Revision Act of 2006, Public Law 109-312, 06 October 2006, 120 Stat. 173.

Whittaker, Keola R (2006), *Trademark Dilution in a Global Age*, U. Pa. Int'l Econ. Law, 27 (3), s.907-924.

Yasaman, Hamdi (2004), Marka Hukuku, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

<https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-watch/trademark-dilution-the-blurry-arena-1318327>

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/TrademarkDilution.aspx>

<https://www.legalteamusa.net/trademark-dilution-blurring-v-tarnishment/>

<http://demo.thewangiplaw.com/trademark-dilution/>

Gürkan ORMANCI*

ÖZET

İşletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan addır. İşletme adını tacirlerle birlikte esnaflar da kullanabilir. İşletme adının kullanılması yönünde bir zorunluluk bulunmadığı hâlde işletme adı eğer kullanıyorsa bunun ticaret siciline tescil edilmesi zorunludur. İşletme adının korunması için Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticaret unvanına ilişkin özel koruma hükümleri, haksız rekabet hükümleri ve şartların varlığı hâlinde Türk Medeni Kanunu'nda yer alan adın korunması hükümleri uygulanabilir. Koruma hükümlerinin uygulanabilmesi için varlığı gereken şartlar ve koruma hükümlerinin öngörülmesindeki amaç birlikte göz önüne alındığında, işletme adının haksız rekabet hükümlerince korunmasının daha büyük bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu makalede işletme adı ile haksız rekabet kavramları ve birbirleriyle olan ilişkisi ile işletme adının haksız rekabet kapsamında korunmasına ilişkin hukukî talepler incelenenektir.

Anahtar Kelimeler: İşletme adı, haksız rekabet, iltibas.

ABSTRACT

Business name is the name that is used to describe the business and to distinguish it from other businesses without being related to the business owner. Craftsmen may also use business names along with merchants. Although there is no obligation to use business names, if a business name is used, it must be registered with the trade registry. In order to protect business names, special protection provisions regarding the trade name in the Turkish Commercial Code, unfair competition provisions and in some cases, provisions on the protection of the civil name in the Turkish Civil Code may be apply. Considering the conditions that are necessary for the implementation of the protection provisions and their purpose, protection of business names under unfair competition law provisions appears to have a greater importance. This article examines business names and the concepts of unfair competition and their relationship with each other, as well as legal demands regarding the protection of business names within the scope of unfair competition.

Keywords: Business name, unfair competition, imitation.

* Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi (e-mail: gurkanormanci@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0292-252X).

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 07.04.2020/ Kabul Tarihi: 16.05.2020).

GİRİŞ

İşletme sahipleri ürettikleri mallar veya sundukları hizmetlerin tanıtımını yaparak daha büyük müşteri kitlelerine ulaşmayı ve bu yolla elde ettikleri kazancı artırmayı hedefler. Yapılan tanıtımlarda ise başta marka ve işletme adı olmak üzere ayırt edici ad ve işaretler kullanılmaktadır. Kullanılan işletme adının ayırt etme özelliği ne kadar fazla ise tanıtımın etkisi ve elde edilen fayda da o kadar büyük olacaktır. İşletme adları oluşturulurken, tanıtma ve ayırt etme işlevleri göz önünde tutularak ilgi çekici olmasına özen gösterilir. İşletme adı kullanılmaya başlandıktan sonra da sahip olduğu ayırt ediciliğinin zedelenmemesi gerekir. Bu nedenle de kullanılan işletme adlarının korunması önemlidir. Ayrıca işletme adlarının korunmasında, işletme sahibinin olduğu kadar müşterilerin de menfaati bulunmaktadır. Müşteriler, beğendikleri ve tercih ettikleri ürünleri sunan işletmeleri ifade etmek için genellikle işletme adını kullanmayı tercih etmektedir.

İşletme adına uygulanacak hükümler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 53. maddesinde yer almaktadır. TTK m. 53'de yapılan atıf uyarınca, TTK'nin 50 ila 52. maddeleri arasında yer alan ticaret unvanlarının korunması yönelik hükümler, tescil edilmiş işletme adları için de uygulanacaktır. Ayrıca tescil edilmiş olsun veya olmasın kullanılan tüm işletme adlarının, TTK'de yer alan haksız rekabet hükümleri uyarınca korunması da mümkündür.

Üç bölümden oluşan bu makalenin, ilk bölümünde, işletme adına ilişkin genel kavramlar açıklanacaktır. Makalenin ikinci bölümünde, işletme adına tecavüz oluşturan haksız rekabet hâlleri, üçüncü ve son bölümünde ise, işletme adının haksız rekabet hükümleri uyarınca korunmasında ileri sürülebilecek hukukî talepler, öğretide yer alan görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

I. İŞLETME ADININ TANIMI, İŞLEVİ, KULLANILMASI ve TESCİLİ

A. İŞLETME ADININ TANIMI

İşletme adına ilişkin hüküm TTK'nin 53. maddesinde yer almaktadır. TTK m. 53'ten hareketle işletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ad olarak tanımlanabilir. İşletme adı, bir eşya ismi olup "ticari işletme" denilen malvarlığının bütününe ifade eder¹. İşletme adı bir kişiyi değil bir işletmeyi akla getirir².

İşletme adı, diğer "ayırt edici ad ve işaretler"³ ile birlikte sınırlı mülkiyet hakları kapsamındadır. *Dural/Sarı*'ya göre işletme adı bir fikrî üründür⁴. *Tekinalp* ise işletme adının fikrî nitelik taşımayıp sadece ayırt edici vasa sahip olduğu görüşündedir⁵. Düşüncemize göre işletme adı bir fikrî üründür, çünkü seçilen işletme adının işletmenin faaliyet alanı ile uyumu, akılda kalıcılığı ve çekiciliği, insan zekâsı ve hislerinin yaratıcı uğraşları sonucu ortaya çıkmaktadır. İşletme adı yenilik unsurunu haiz olmayıp sahibinin hususiyetini taşımadığı hâlde tanıtıcı, ayırt edici ve teşhis ettirici nitelikleri dolayısı ile korunur⁶.

¹ **Battal**, Ahmet (2007) *Ticari İşletme Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 180.

² **Battal**, s. 172.

³ *Tekinalp*, "ayırt edici ad ve işaretler" i sanayide ve ticarete bir işletmeyi diğer işletmelerden, bir işletmenin sahibini diğer işletmelerin sahiplerinden, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin aynı ya da benzer mal veya hizmetlerinden ayırmak için kullanılan ticaret unvanı, işletme adı, marka gibi ad ve işaretler olarak tanımlamaktadır, bkz. **Tekinalp**, Ünal (2012) *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 20-21.

⁴ **Dural**, Mustafa & **Sarı**, Suat (2013) *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 161.

⁵ **Tekinalp**, s. 21.

⁶ **Tekinalp**, s. 21.

B. İŞLETME ADININ İŞLEVİ

İşletme adının tanıtma (ferdileştirme) ve ayırt etme olmak üzere başlıca iki işlevi bulunmaktadır⁷. Tanıtma ve ayırt etme işlevlerinden dolayı işletme adı, işletme ile iş yapanlar tarafından ticaret unvanına kıyasla daha sık kullanılmaktadır⁸.

İşletme adı, işletmenin halka tanıtılmasını ve halkın ilgisini çekmeyi sağlar⁹. İşletmenin tanıtılmasında işletme adı, benzer kavramlar arasında ön plana çıkmaktadır¹⁰. Özellikle üçüncü kişiler hizmet alırken işletme sahibinden çok işletmenin verdiği hizmete değer vermekte ve hizmeti sunan işletmeyi ifade ederken ticaret unvanı ile değil de işletme adı ile anmaktadır¹¹. Müşteriler tacirin ticaret unvanını ise genellikle hizmeti aldıktan sonra verilen fatura veya fişte fark etmektedirler¹². Ticari ve iktisadî hayatın dünya çapında gelişimi dikkate alındığında, artık işletme sahibinin kişiliğinin tanınmasından çok işletmenin tanınması önem kazandığından, kullanılan işletme adlarının çekiciliğine daha büyük önem verilmekte, büyük işletmeler, ticaret unvanından ziyade işletme adları ile tanıtılmaktadır¹³.

⁷ **Ayhan**, Rıza & **Özdamar**, Mehmet & **Çağlar**, Hayrettin (2015) Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, s. 313; **Poroy**, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2019) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 518-519; **Karayalçın**, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku (I. Giriş-Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, s. 397; **İnal**, Tamer (2004) Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Kitap Yayınevi, s. 217; **Şener**, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 563.

⁸ **İnal**, s. 216.

⁹ **Şener**, s. 563.

¹⁰ **Baştuğ**, İrfan & **Erdem**, Ercüment (1993) Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), 1. Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 111.

¹¹ **Odman Boztosun**, Ayşe & **Ünal**, Akın (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, 27-28 Mayıs 2005 Günü Yeditepe Üniversitesi'nde Düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1, s. 399.

¹² **Odman Boztosun&Ünal**, s. 399.

¹³ **İnal**, s. 216-217.

Ayırt etme işlevi, işletmeyi aynı alanda faaliyet gösteren diğer işletmelerden ayırır¹⁴. Müşteri de işletme adı ile beğendiği ve tercih ettiği ürünleri veya hizmetleri üreten ya da sunan işletmeyi diğer işletmelerle karıştırmaz, istediği kalitede ürünü veya hizmeti bunları üreten ya da sunan işletmeden sağlama imkânına sahip olur¹⁵. Ayrıca işletme adının ayırt etme işlevi, belli bir müşteri kitlesinin işletmeye bağlanmasına neden olduğu için, işletme sahibinin menfaatlerinin korunmasına da katkı sağlar¹⁶.

C. İŞLETME ADININ KULLANILMASI ve TESCİLİ

İşletme adını tacirlerin yanında TTK m. 15'te TTK m. 53'e yapılan atıf sonucu esnaf da kullanabilir¹⁷. İşletme adının kullanılması zorunlu değildir¹⁸. İşletme sahibinin birden çok işletmesi varsa, seçtiği tek işletme adını bütün işletmelerinde kullanabilir veya her biri için ayrı ayrı işletme adları seçebilir ya da hiçbiri için işletme adı kullanmayabilir¹⁹. Geleneksel ticari işletmeler ayrıyeten işletme adı kullanmak yerine ticaret unvanını işletme girişine asarak işletme adı gibi kullanmaktadırlar²⁰. Günümüzde ise işletmelerin büyük bir çoğunluğu işletme adı olarak sahip oldukları markayı kullanmayı tercih etmektedir.

Kullanılan işletme adının tescil ettirilmesi zorunludur (TTK m. 53). Ticari işletmeler tarafından kullanılan işletme adları ticaret siciline,

¹⁴ **Şener**, s. 563.

¹⁵ **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 384.

¹⁶ **Poroy&Yasaman**, s. 498.

¹⁷ İşletme adını sanatkârlarında kullanabileceği yönündeki görüş için bkz. **Baştuğ&Erdem**, s. 112.

¹⁸ **Arkan**, Sabih (2011) Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s. 267; **Helvacı&Ülgen&Kendigelen&Kaya&Nomer Ertan**, s. 429; **Poroy&Yasaman**, s. 534; **Şener**, s. 565; **Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s. 153.

¹⁹ **Baştuğ&Erdem**, s. 112.

²⁰ **Battal**, s. 181.

esnaf ve sanatkârlar tarafından kullanılan işletme adları ise esnaf ve sanatkârlar siciline tescil edilmiştir. İşletme adının tescili kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğu için²¹ işletme adı üzerindeki hakkın kazanılması için tescil şart değildir ve işletme adı seçildiği andan itibaren kullanılabilir.

İşletme adının tescil edilerek kullanılması ile tescilsiz kullanılması arasında işlev yönünden pek fark bulunmasa da hukuksal açıdan önemli farklar mevcuttur. Tescil edilen işletme adına tecavüz durumunda, işletme adının sahibi TTK m. 52'de yer alan özel koruma hükümlerinden faydalanacaktır. Ayrıca tescil edilmiş işletme adı TTK m. 50 uyarınca sahibine kullanma açısından tekel hakkı oluşturduğu için tescil haksız olsa bile sicilden silinene veya değiştirilene kadar kullanılması haksız rekabet oluşturmayacaktır²². Yargıtay da bir kararında, tescilli iki marka arasında haksız rekabet hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir²³. Ancak daha önceden tescil edilmiş bir işletme adının aynısının veya benzerinin daha sonradan kusurlu ve kötü niyetli olarak başka bir kişi tarafından işletme adı olarak tescil edilmesi durumunda ikinci tescili yaptıran işletme sahibi hakkında haksız rekabet hükümlerine göre dava açılabilir²⁴. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır²⁵. Tescil edilmemiş işletme adının kullanılması durumunda ise korunması ancak haksız rekabet hükümlerince sağlanabilecektir.

II. İŞLETME ADININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUNMASI

A. GENEL OLARAK İŞLETME ADININ KORUNMASI

İşletme adının korunması için farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden ilki TTK m. 53'te yapılan atıftan dolayı tescil edilmiş işletme adları için de uygulanacak olan TTK m. 50 ila 52'de yer alan ticaret unvanlarının korunmasına yönelik hükümlerdir. Tescil edilmiş olsun veya olmasın kullanılan tüm işletme adları TTK'nin 54-63. maddeleri arasında yer alan haksız rekabet hükümleri ve şartların varlığı hâlinde²⁶ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 26'da yer alan adın korunması hükümleri uyarınca da korunabilir²⁷. Ayrıca işletme adı olarak işletmeye veya işletme sahibine ait olan markanın kullanılması ya da işletme adının aynı zamanda marka olarak tescil edilmesi de mümkündür. Her iki durumda da işletme adı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) yer alan markanın korunması hükümleri uyarınca da korunabilecektir. SMK m. 7/2 uyarınca, tanınmış markalar dışında kalan markalara sağlanan koruma, markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle aynı ya da benzer mal veya hizmetlerle sınırlıdır. Tanınmış markaların korunması için ise mal veya hizmetlerin aynı ya da benzer olması şartı aranmaz (SMK m. 7/2/c). Tes-

²¹ **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 176; **Ayhan**, Rıza (2012) Ticari İş-Ticari İşletme-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, s. 46.

²² **Çınar Karabağ**, Nihal (2019) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 77.

²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.09.1983, E: 1983/3755, K: 1983/4773 (Kazancı İçtihat Bankası, s.e.t. 12.03.2020).

²⁴ **Çınar Karabağ**, s. 77.

²⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 21.12.2011, E: 2011/14012, K: 2011/17390 (Kazancı İçtihat Bankası, s.e.t. 12.03.2020).

²⁶ TMK m. 26'da yer alan adın korunması hükümlerinden gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir, işletme adı ise bir gerçek kişinin adı olmadığı gibi tüzel kişinin adı da değildir. Tüzel kişiliğe sahip olması durumunda ticari işletmenin tüzel kişiliğinin adı ticaret unvanıdır. İşletme adının TMK m. 26'da yer alan adın korunması hükümlerince korunabilmesi için işletme adı içerisinde bir gerçek veya tüzel kişinin adının bulunması gerekir; detaylı bilgi için bkz. **Özaltan**, Yurdal (2014) Ticaret Unvanı ve İşletme Adına Yönelik Tecavüzlerde Kişilik Hakkını Koruyucu Hukukî Mekanizmaların İşlevi, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 141, s. 186.

²⁷ **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 314; **Zevkliler**, Aydın & **Acabey**, M. Beşir & **Gökyayla**, K. Emre (2000) Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 390; **Akipek**, Jale G. & **Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya (2015) Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 435.

cilli işletme adının TTK'de yer alan özel koruma hükümleri uyarınca korunması için, tescilli işletme adının varlığı ve önceliği yeterli olup, ayrıca işletmelerin faaliyet sahalarının aynı olması zorunluluğu aranmaz. Yargıtay'ın da tescilli ticaret unvanlarının, TTK'de yer alan özel koruma hükümleri uyarınca korunması için, işletmelerin faaliyet sahalarının aynı olması zorunluluğunun aranacağı yönünde kararları mevcuttur²⁸. Bu durum göz önünde tutulduğunda, işletme adının tescil edilmesi ve TTK'de yer alan özel koruma hükümlerince korunmasının daha avantajlı olduğunu söylemek mümkündür.

B. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Rekabet kavramının sözlük anlamı, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarıştırdır²⁹. Ortaya koyduğu emek ve sahip olduğu kabiliyet sayesinde yükselmek ve rakiplerini geçmek ise bireylerin daima ulaşmaya çalıştıkları bir başarıdır³⁰. İnsanın doğasında var olan bir duygu olan rekabet, insanla birlikte varlığını sürdürecektir³¹. İnsanlardaki rekabet duygusu, arz edenler tarafından ekonomi sahasına daha fazla mal satma, daha fazla hizmet sunma ve daha çok kâr elde etme çabası olarak yansıtılır³². Ticari hayatta rekabetin, işletmelerin verimini artırmak, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltmek ve fiyatları düşürmek gibi fonksiyonları bulunmaktadır³³. Ancak

rekabet belirli bir sınırdan sonra zararlıdır³⁴. Serbest rekabet ortamında bulunan kişiler, her zaman hukuki sınırlar içerisinde rekabet etmezler ve bazen tüketicilere, sözleşmenin karşı tarafına ve rekabet ortamına doğrudan veya dolaylı olarak zarar verebilirler³⁵. Bu nedenle de devletler, rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılması ve kötüye kullanılmaması için rekabet hakkının sınırlarını çizip serbest rekabeti önleyen anlaşmalara müdahale eden özel kanunlar kabul etmişlerdir³⁶.

Hukukumuzda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler TTK'nin 54 ila 63. maddeleri arasında yer almaktadır. Haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır (TTK m. 54/1). TTK m. 56 uyarınca haksız rekabet davalarını açma hakkına işletme sahibinin yanında, tüketiciler, mesleki ve ekonomik birlikler (ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar) ile tüketicinin ekonomik menfaatini koruyan sivil toplum kuruluşları ve kamusal nitelikteki kurumlar da sahiptir³⁷. Haksız rekabet, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalardır (TTK m. 54/2). İşletme adının dürüstlük kurallarına aykırı olarak bir başkası tarafından kullanılması genellikle işletme adına tecavüz oluş-

²⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.04.2002, E: 2002/342, K: 2002/3318; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.11.2004, E: 2004/828, K: 2004/10546 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

²⁹ Kaynak: <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 12.03.2020.

³⁰ **Poroy&Yasaman**, s. 373; **Güneş**, İlhami (2018) Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 24.

³¹ **Can**, Ozan (Rekabet) (2007) Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S. 32, s. 5.

³² **Can (Rekabet)**, s. 5.

³³ **İmregün**, Oğuz (1993) Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak), 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 78; **Baştuğ&Erdem**, s. 176; **Arkan**, s. 307; **Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 174; **Şe-**

ner, s. 605; **Tunçer**, Polat (2014) Ticaret Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 161; **Bilgili&Demirkapı** (2016) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın, s. 227; **Çeker**, Mustafa (2013) Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, s. 149.

³⁴ **Poroy&Yasaman**, s. 373; **Güneş**, s. 24.

³⁵ **Can**, Ozan (Acente) (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 8.

³⁶ **İmregün**, s. 78; **Arkan**, s. 308; **Poroy&Yasaman**, s. 373; **Bilgili&Demirkapı**, s. 227.

³⁷ Tüketiciler haksız rekabet davalarını açma hakkına sahip olmakla birlikte, haksız rekabetin gerçekleşmesinde etkili olan araç ve malların imhasını talep edemezler. Mesleki ve ekonomik birlikler ile tüketicinin ekonomik menfaatini koruyan sivil toplum kuruluşları ve kamusal nitelikteki kurumlar ise haksız rekabet davalarından yalnızca tespit, önleme ve eski hâle iade davalarını açma hakkına sahiptirler.

turmakla birlikte, bazı hâllerde işletme adına tecavüz oluşturmaya dahi haksız rekabetin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Haksız rekabetin oluşmasına sebep olan davranış ve uygulamanın ticari olması için esnaf veya tacir olmak zorunlu değildir³⁸. Söz konusu olan davranış veya uygulama, rekabet ortamını ve/veya ticari hayatı etkilemesi koşulu ile esnaf veya tacir olmayan bir kişi (serbest meslek sahibi bir kişi, bir tüketici, bir tüketici derneği) tarafından da meydana getirilebilir³⁹. Yargıtay da bir kararında ticari faaliyete zarar verici nitelikteki davranışları meydana getiren kişinin tacir olmasının bu durumun haksız rekabet sayılmasına engel olmayacağını belirtmektedir⁴⁰. Esnaf işletmeleri tarafından kullanılan işletme adının korunması için de TTK'de yer alan haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır, çünkü işletme adına ilişkin hükümler TTK'de yer almakta ve TTK m. 3 uyarınca ticari iş niteliği taşımaktadır⁴¹.

Hangi davranış ve uygulamaların dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ve haksız rekabet oluşturduğunu belirlemek güçtür⁴². Haksız rekabet davalarında hâkim, sorunun çözümü için mesleki ve ticari teamülleri dikkate almalı, gerekirse ilgili

ticaret ve sanayi odalarından ya da mesleki kuruluşlardan görüş istemeli ve/veya bilirkişiye başvurulmalıdır⁴³. Buna karşın TTK m. 55'te yer alan hâller için ayrıca haksız rekabet araştırılması yapılmasına gerek yoktur⁴⁴. TTK m. 55'te yer alan davranışların doğrudan doğruya haksız rekabet oluşturduğu kabul edilir⁴⁵.

Tescil edilmiş işletme adlarının haksız rekabet hükümleri ile korunması hususu öğretilerde tartışmalıdır. Şener, tescil edilmemiş işletme adları için TTK m. 54/1/a/4 hükmünün uygulanabileceğini, tescil edilmiş işletme adları bakımından ise özel koruma hükümleri bulunduğu için haksız rekabet hükümlerinden yararlanamayacağını belirtmektedir⁴⁶. Nomer Ertan, tescil edilmiş işletme adı için TTK'de yer alan özel koruma hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte ve yan yana ya da bağımsız olarak uygulanmasının mümkün olamayacağını, hak sahibinin sadece işletme adının korunmasına yönelik özel hükümlerden yararlanabileceğini ancak Türk hukukunda haksız rekabet hükümleri ile özel hükümlerin kümülatif olarak uygulanacağı görüşü kabul edildiği için⁴⁷ bu durumun mümkün olduğunu belirtmektedir⁴⁸. Poroy&Yasaman ise, işletme adının korunmasına yönelik TTK'de yer alan özel koruma hükümleri ile haksız rekabet hükümleri arasında özel hükümlerle genel hüküm ilişkisi bulunmadığını, bu nedenle de kümülatif koruma sağlandığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹. Biz de işletme adlarının korunması için öngörülen özel koruma hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin amaçlarının ve korunan menfaatlerin farklı olması nedenleri ile kümülatif koruma sağlandığı yönün-

³⁸ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 532; işin ticari nitelikte olmadığı durumlarda TTK'deki haksız rekabet hükümleri yerine TBK m. 57'ye başvurulması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Tunçer, s. 161-162; Kayihan, Şaban & Yasan, Mustafa (2017) Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 133.

³⁹ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 532.

⁴⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 21.02.2010, E: 2008/9072, K: 2010/591 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁴¹ Adi işlerde (iki esnaf veya serbest meslek sahibi arasında olduğu gibi), TTK'de yer alan haksız rekabet hükümleri yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 57. maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Bahtiyar, s. 175; Çeker, s. 150; karşıt olarak ticari iş adi iş ayrımı yapılmadan tüm haksız rekabet hâllerinde TTK'de yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 371; Bozer&Göle, s. 157; Bilgili&Demirkapı, s. 229-230; Şener, s. 606-607.

⁴² Şener, s. 610.

⁴³ Şener, s. 610.

⁴⁴ Şener, s. 612.

⁴⁵ Arkan, s. 315.

⁴⁶ Şener, s. 625-626.

⁴⁷ Bkz. TTK m. 55/1/a/4 gerekçesi.

⁴⁸ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 544-545.

⁴⁹ Poroy&Yasaman, s. 380; aynı yönde bkz. Çağlar&Özdamar, s. 128; Güneş, s. 37.

deki görüşe katılmaktayız. Yargıtay da bir kararında, aynı eylemde birden fazla yasa ile korunmakta olan hakların ihlali iddiasının varlığı durumunda, kural olarak hakların yarışması hâlinin değil hakların yığılması hâlinin mevcut olduğunu ve hak sahibinin bu hâlde koruma talebi açısından seçimlik hakkı bulunduğunu belirtmektedir⁵⁰.

C. İŞLETME ADI ile TTK'DA YER ALAN HAKSIZ REKABET HÂLLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. İltibas

TTK m. 55/1/a/4 hükmüne göre başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak bir haksız rekabet hâlidir. TTK m. 55/1/a/4 hükmü iş mahsulleri ve ticari işletme yanında işletme adı, ticaret unvanı ve marka gibi ayırt edici ad ve işaretler bakımından da koruma sağlar⁵¹. Türkiye'de en çok karşılaşılan haksız rekabet hâli karıştırılmaya sebep olma (iltibas)⁵² yoluyla haksız rekabettir⁵³. Özellikle belli bir tanınırlık seviyesine ulaşmış ve müşteriler tarafından tercih edilen işletmelerin işletme adları ile iltibas oluşturacak şekilde ticaret unvanı, marka, internet alan ve diğer ayırt edici ad ve işaretler kullanılarak, kazanılan ünden yararlanıp haksız kazanç elde edilmek istenmektedir. TTK m. 55/1/a/4 hükmü ile başkasının ününden haksız olarak yararlanılması durumu engellenmek istenmektedir⁵⁴.

İltibas kavramı, bir kişinin başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesiyle ilgili benzerlik yaratarak karışıklığa ve yanılmaya sebep olmayı ifade eder⁵⁵. Karıştırılma (iltibas) kavramı yanıltmayı, kandırmayı ve yanlış algılatırmayı da kapsar⁵⁶. TTK m. 55/1/a/4 hükmü karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, taktim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenlemektedir⁵⁷. Bu nedenle iltibasın varlığı için mutlak bir benzerlik olması şartı aranmaz⁵⁸.

İşletme adı ile iltibas oluşturulduğundan bahsedebilmek için iki şartın birlikte var olması gerekir⁵⁹. Birincisi işletme adı ile başkası tarafından kullanılan diğer tanıtma işaretinin (marka, ticaret unvanı, işletme adı vb.) birbirinin aynı olması veya aralarında karıştırılmaya müsait benzerlik bulunmasıdır⁶⁰. İkincisi iltibas oluşturulan işletme adının sahibi tarafından haklı olarak kullanılmasıdır⁶¹. Haklı kullanmayı belirlerken kullanılan ölçüt işletme adının tescil edilmiş olması değildir⁶². Tescil edilmemiş olsa bile işletme adının, bir kişi tarafından ilk olarak kullanılması ile haklı kullanım koşulu gerçekleşmiş olur⁶³. Bir cins tanıtma işaretinin diğer cins tanıtma işaretine karşı üstünlüğü olmadığı için tanıtma işaretini ilk olarak kullanan kişi diğer kişilere karşı tercih edilir⁶⁴. Buna karşın iltibastan bahsedebilmek için tanıtma işaretlerinin aynı tür emtia için kullanılması ve tanıtma işaretle-

⁵⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.12.2015, E: 2014/19065, K: 2015/13291 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁵¹ **Poroy&Yasaman**, s. 407.

⁵² "Karıştırılma" kavramı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 57/5'te yer alan "iltibas" kavramı ile özdeş olup sadece lafızda farklıdır, detaylı bilgi için bkz. TTK m. 55/1/a/4 gerekçesi.

⁵³ **Karayalçın**, s. 460; **Baştuğ&Erdem**, s. 179; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 384; **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 542; **Poroy&Yasaman**, s. 408; **Kayar**, İsmail (2013) Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 203; **Çetiner**, Selma & **Bozkurt Yüksel**, Armağan (2015) Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Detay Yayıncılık, s. 143.

⁵⁴ **Bilgili&Demirkapı**, s. 233.

⁵⁵ **Poroy&Yasaman**, s. 408.

⁵⁶ TTK m. 55/1/a/4 gerekçesi.

⁵⁷ TTK m. 55/1/a/4 gerekçesi.

⁵⁸ **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 385.

⁵⁹ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 542.

⁶⁰ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 543.

⁶¹ **Karayalçın**, s. 460; **Nomer Ertan** "haklı olarak kullanılma" şartının eski TTK'de yer aldığını, yeni TTK'de yer almasına karşın iltibasın varlığı için bu şartında aranması gerektiği görüşündedir, detaylı bilgi için bkz. **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 542-543.

⁶² **İmregün**, s. 83.

⁶³ **İmregün**, s. 83.

⁶⁴ **Karayalçın**, s. 460.

rini kullanan taraflar arasında rekabet ilişkisinin bulunması şart değildir⁶⁵. Yargıtay da bir kararında, bir dış hekimi tarafından dış hekimlerinin kullandığı grup mail yazışma adresine bir firmanın pazarladığı ağız içi kamerayı kötüleyen mesajlar göndermesini haksız rekabet olarak nitelendirmiştir⁶⁶. İltibas en çok tanıtma araçlarında (ad, unvan, marka, işaret) görülür⁶⁷. Bu çerçevede özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma araçlarını karıştırılmaya neden olacak şekilde aynen veya değişik olarak kullanmak iltibas yoluyla haksız rekabet sayılır⁶⁸.

İltibas yoluyla haksız rekabet iki şekilde oluşur⁶⁹. Birincisi başkasının emtia, unvan ve işaretlerini aynen kullanmaktır⁷⁰. Bu duruma örnek olarak Altın Makas Kuaför işletme adı kullanırken daha sonra bir başkasının da Altın Makas ifadesini işletme adında, markasında, ticaret unvanında veya internet alan adında kullanması gösterilebilir. Yargıtay da, “Lescon” ibareli markanın birebir aynısının ticaret unvanı olarak tescil ettirilmesinin iltibasa neden olacağına karar vermiştir⁷¹. İkincisi ise başkasının emtia, unvan ve işaretlerinin benzerlerini kullanmaktır⁷². İkinci duruma örnek olarak Sevener Döner işletme adı kullanılırken, daha sonra bir başkasının Sevenler ifadesini işletme adında, markasında, ticaret unvanında veya internet alan adında kullanması gösterilebilir. İkinci yöntem ile iltibas oluşturma yoluna daha çok başvurulur⁷³. Yargıtay da bir kararında “Eryap” mar-

kasının “Evyap” markası ile iltibas oluşturduğuna karar vermiştir⁷⁴. Ayrıca ayırt edici ad ve işaretlerin önüne veya sonuna ekler konularak da benzerleri oluşturulup kullanılabilir⁷⁵. Örneğin “Varan” adının önüne “öz” kelimesi eklenerek “öz Varan” adı oluşturulur ve ek kısmı kullanılırken genelde daha küçük harflerle ve çok ufak yazılarak iltibas yaratılır⁷⁶. Yargıtay da bir kararında “Öz Çerçi Yusuf” işletme adının “Çerçi Yusuf” markası ile iltibas oluşturduğunu belirtmektedir⁷⁷.

İki ürün arasında iltibas bulunup bulunmadığına mahkeme tarafından o ürünün ilgili olduğu alanla ilgili bilirkişilerden oluşan bilirkişi heyeti aracılığı ile karar verilir⁷⁸. İltibasın bulunup bulunmadığını araştırırken temel ölçüt orta seviyede, orta zekâli ve orta dikkatli bir müşterinin söz konusu ürünler arasındaki farkı anlayıp anlayamayacağıdır⁷⁹. Yargıtay da bir kararında iltibasın varlığı araştırılırken ürünün hitap ettiği müşteri kitlesindeki orta zekâli bir tüketicinin hafızasında kalan algılama bakımından yanılığa düşme olasılığının ölçüt olarak alınmasına karar vermiştir⁸⁰. Ürünün veya hizmetin özel bir müşteri kesimine hitap etmesi durumunda ise orta zekâli ve orta seviyedeki bir alıcının durumu değil, ürünün hitap ettiği özel müşteri kitlesinin dikkate alınması gerekir⁸¹. Örneğin çikolata ilgili durumlarda çocukların, temizlik ürünleri ile ilgili durumlarda ev hanımlarının, ilaç-

⁶⁵ Karayalçın, s. 460; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 385.

⁶⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 04.04.2011, E: 2009/11362, K: 2011/3864 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁶⁷ Karayalçın, s. 459-460.

⁶⁸ Karayalçın, s. 460.

⁶⁹ Karayalçın, s. 461; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 385; Çeker, s. 156; Kayar, s. 203; Çınar Karabağ, s. 73.

⁷⁰ Karayalçın, s. 461; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 385; Çeker, s. 156; Kayar, s. 203; Çınar Karabağ, s. 73.

⁷¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 18.11.2013, E: 4925, K: 20791 (Eriş, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1083).

⁷² Karayalçın, s. 461; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 385; Kayar, s. 203; Çınar Karabağ, s. 73.

⁷³ Kayar, s. 203.

⁷⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.04.2016, E: 2015/8990, K: 2016/3704 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁷⁵ Poroy&Yasaman, s. 411.

⁷⁶ Poroy&Yasaman, s. 411.

⁷⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 24.11.2007, E: 11276, K: 14587 (Eriş, s. 1100).

⁷⁸ Karayalçın, s. 462; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 543; Poroy&Yasaman, s. 408; Kayar, s. 204; Çetiner/Bozkurt Yüksel, s. 143.

⁷⁹ İmregün, s. 83; Baştuğ&Erdem, s. 179; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 543; Poroy&Yasaman, s. 410; Şener, s. 623-624; Kayar, s. 203; Çeker, s. 156; Çınar Karabağ, s. 74.

⁸⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 28.01.2002, E: 2001/8076, K: 2002/556 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁸¹ Şener, s. 624; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 543; Poroy&Yasaman, s. 410; Kayar, s. 204.

larla ilgili durumlarda ise eczacı veya doktorların dikkate alınması gerekir⁸².

İltibasın varlığı için ayırt edici ad ve işaretlerin kullanıldığı sektörlerin aynı veya yakın olması şartının aranıp aranmayacağı hususu da öğretide tartışmalıdır. *Bilge* iltibasın varlığı araştırılırken, gerçek kişi tacirlerin kullandığı ticaret unvanlarında faaliyet alanının gösterilmesinin zorunlu olmadığı için faaliyet konularının kolaylıkla değiştirilebileceğini, bu nedenle de sektör yakınlığı şartının aranmaması gerektiğini⁸³, işletme adları açısından ise sektör yakınlığı incelemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir⁸⁴. *Çağlar&Özdamar* ise işletmelerin iştegal konularının farklı olmasının iltibas ihtimalini azaltmasına karşın tamamen ortadan kaldırmadığını belirtmektedir⁸⁵. Gerçek kişi tacirler, tüzel kişi tacirler ve esnafar tarafından kullanılan işletme adlarında, faaliyet alanını gösteren ibarelere yer verilmesi zorunlu değildir. İşletme adlarında işletmenin faaliyet alanını gösteren “otel”, “lokanta” gibi ibarelere yer verilse bile bu ibareler ayırt edici nitelik taşımamaktadır⁸⁶. Ayrıca işletmenin faaliyet alanının daha sonra değiştirilmesi de mümkündür. Açıklanan nedenlerle ayırt edici ad ve işaretlerin kullanıldığı işletmelerin faaliyet alanlarının farklı olması durumunun, iltibas oluşturma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmak için tek başına yeterli olmadığını düşünmekteyiz.

2. Kötüleme

TTK m. 55/1/a/1'e göre, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere

incitici açıklamalarla kötülemek bir haksız rekabet hâlidir.

Kötüleme suretiyle haksız rekabetten bahsedebilmek için, öncelikle herhangi bir açıklama bulunmalıdır⁸⁷. Açıklama, bir şey hakkında beyanda bulunmayı, izahat vermeyi ifade eder⁸⁸. Açıklama sözlü, yazılı veya resim yoluyla yapılabileceği gibi ilan, reklam, ürün tanıtımı, televizyon programı, film veya dizi, sosyal medya hesapları içerisinde de yer alabilir⁸⁹. Uygulamada ise kötüleme suretiyle haksız rekabet, genellikle medya aracılığı ile yapılmaktadır⁹⁰.

Kötüleme, bir kişi hakkında olumsuz intiba yaratılmasını ifade eder⁹¹. Kötüleme, somut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetmeyi ve düşürmeyi de kapsar⁹². Ancak kötülemenin TTK m. 55/1/a/1 anlamında haksız rekabet oluşturması için ticari hayatı da etkilemesi gerekir⁹³. Kişinin sadece özel hayatı ile ilgili olup da rekabet ortamını ve ticari hayatı etkilemeyen kötülemeler, TTK m. 55/1/a/1 anlamında haksız rekabet oluşturmaz.

Kötüleme yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla gerçekleşir⁹⁴. Yanlış açıklama, belirli bir olay veya durum hakkında içeriği objektif olarak doğru olmayan beyanları içeren

⁸² **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 543.

⁸³ **Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad Ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 89.

⁸⁴ **Bilge**, s. 97.

⁸⁵ **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Çağlar (2006) Ticaret Unvanının Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, s. 125.

⁸⁶ **Bilge**, s. 97.

⁸⁷ **Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 425; **Pınar**, Hamdi (2012) Reklam Ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, S. 2, 2012, s. 142.

⁸⁸ **Erdil**, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 87.

⁸⁹ **Erdil**, s. 87-88.

⁹⁰ **Poroy&Yasaman**, s. 396; **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539; **Şener**, s. 613.

⁹¹ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539.

⁹² Bkz. TTK m. 55/1/a/1 gerekçesi.

⁹³ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539.

⁹⁴ **Şener**, s. 613; **Çınar Karabağ**, s. 57.

açıklamalardır⁹⁵. Bir açıklamanın yanlış olup olmadığını tespitinde kullanılacak ölçüt, açıklamanın gerçekte bağdaşıp bağdaşmadığıdır⁹⁶. İşletme adı kullanılarak yapılan bir açıklamada gerçek olmadığı hâlde işletmenin iflasın eşliğinde olduğunu beyan etmek yanlış açıklamalarla kötülemeye örnek olarak gösterilebilir. Yargıtay da, davalı tarafından internet haber sitelerine “*Et ve Balık Kurumu yüzde kırk kemiği olan, ayakta zor duran, zayıf, çelimsiz, süttten yeni çıkmış yaşlı ineği bile on beş bin liraya peşin ödeyerek kesim yapıyor*” şeklinde yapılan açıklamanın, doğruluğunun ispat edilemediği için kötüleme oluşturduğuna karar vermiştir⁹⁷. Yanıltıcı açıklamalar, açıklamanın muhatabının hataya düşmesine neden olabilecek beyanlardır⁹⁸. Yanıltıcı açıklamalar yanlış olmamakla birlikte açıklamanın yöneldiği kişi veya işletme hakkında yanlışlığı sebep olmaktadır⁹⁹.

Gereksiz yere incitici açıklamalar ise, içeriği doğru olmakla birlikte, ölçsüz ve amacını aşan ifadelerle bir kişinin kendisi veya malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri, ticari işleri hakkında olumsuz intiba oluşturan beyanlardır¹⁰⁰. Ölçsüzlük ve üslup gerçeklik payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyumsuzsa açıklamanın incitici olduğu kabul edilir¹⁰¹. Bir açıklamanın yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olup olmadığı tespit edilirken, açıklamanın içeriği ile orta yetenekli olağan muhatabın birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁰². Yargıtay da bir kararında, yetkili bayi olmadığı hâlde kendisini yetkili bayi olarak tanıttıp araç satan davacı hakkında davalının, yasal

yollara başvurmak yerine sahtekârlık yapıldığı yönünde açıklamalar içeren el ilanlarını dağıtmasını, meşru rekabet ve tüketicilerin uyarılması sınırını aştığı için haksız rekabet olarak değerlendirmiştir¹⁰³. Yargıtay başka bir kararında, davalı tarafından fabrika binasının girişine asılan tabelaya, seyyar satıcıların ve davacı şirket çalışanlarının girmesinin yasak olduğunun yazılmasının, gereksiz yere incitici açıklama olduğuna ve TTK m. 55/1/a/1 manasında haksız rekabet oluşturduğuna hükmetmiştir¹⁰⁴.

Kötüleme içeren açıklamanın muhakkak bir süje yönelmesi gerekir ve bu süje genellikle rakiptir¹⁰⁵. TTK m. 55/1/a/1'e göre kötüleme içeren açıklamanın yöneldiği süje, bir kişinin kendisi veya kişinin malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri, ticari işleri olabilir. TTK m. 55/1/a/1'de yer alan sayım sınırlayıcı olmayıp örnekleycidir¹⁰⁶. Bu nedenle madde hükmünde örnekleme yoluyla sayılanlara benzer nitelikteki başka süjelerin var olduğu da kabul edilmektedir¹⁰⁷. İşletme adı kötülemenin yöneldiği süje olabileceği gibi, işletme ile birlikte kötülemeden dolaylı olarak da etkilenebilir. Düşüncemize göre her iki durumda işletme adına tecavüz olarak değerlendirilmelidir. İşletme adı işletmeden ayrı olarak devredilebilen, lisans ve franchise sözleşmesine konu olabilen gayri maddi bir mal varlığı unsuru olduğu için işletmeden ayrı olarak korunması da gerekir. Yargıtay ise bir kararında, www.yurtiçikargomagdurlari.com alan adının kullanılmasını, herhangi mal veya hizmet sunma amacı gütmeyeceği için markanın tanınmışlığından haksız yararlanma ve Yurtiçi Kargo markasına tecavüz olarak değerlendirmemiş, fakat “*yurtiçikargomagdurlari*” ibaresinin kullanılmasının marka sahibinin ticari itibarını zedeleyeceğinden bahisle eylemin TTK m. 55/1/a/1 anlamında haksız

⁹⁵ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539; **Karasu&Suluk&Nal**, s. 426; **Erdil**, s. 87; **Çınar Karabağ**, s. 57.

⁹⁶ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 540.

⁹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 28.04.2014, E: 2014/546, K: 2014/7873 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

⁹⁸ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539.

⁹⁹ **Erdil**, s. 92.

¹⁰⁰ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 539.

¹⁰¹ **Erdil**, s. 93.

¹⁰² **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 540.

¹⁰³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 21.09.2000, E: 2000/5974, K: 2000/6915 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁰⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.10.2004, E: 2013/8564, K: 2014/15254 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁰⁵ **Erdil**, s. 111.

¹⁰⁶ **Karasu&Suluk&Nal**, s. 425; **Erdil**, s. 119.

¹⁰⁷ **Karasu&Suluk&Nal**, s. 425.

rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁰⁸. Düşüncemize göre işletme adı işletmeden ayrı olarak lisans ve franchise sözleşmelerine konu olabileceği için direkt veya dolaylı olarak yapılan kötülerin işletme adına tecavüz olarak değerlendirilmesi gerekir.

3. Karşılaştırma

TTK m. 55/1/a/5'e göre, kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötülerici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatları ile karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollarından öne geçirmek, bir haksız rekabet hâlidir.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (TRHTUY) m. 4/g'de yer alan tanıma göre karşılaştırmalı reklam, tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamları ifade eder.

Karşılaştırmalı reklam kural olarak hukuka aykırı değildir, kanunen dürüstlük kurallarına aykırı sayılmamış ve yasaklanmamıştır¹⁰⁹. Dürüstlük kuralına aykırı olan ve yasaklanan, karşılaştırmada beyanların, açıklamaların, ele alınan karşılaştırma unsurlarının doğru olmaması, yani yanlış veya yanıltıcı olması ya da rakibin ününü veya ürünlerini sömürmesi, yanlış takdim edilmesi, tanıtılması, üstün yanlarının saklanmasıdır¹¹⁰.

Karşılaştırmalı reklamda bir işletme, kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırır¹¹¹. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamın en önemli unsuru, rakibin şahsı, malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatları ile bağlantı kurulmasıdır¹¹². TTK m. 55/1/a/5'te yer alan karşılaştırma

konusu olabilecek unsurlar örnekleyici olarak sayıldığı için bunların dışında kalan unsurlar da karşılaştırma konusu olabilir¹¹³. Rakiple bağlantı kurulması için, karşılaştırmalı reklamda rakibin adıyla belirtilmesi gerekli olmayıp, rakibi işaret eden bir ifadenin kullanılması bu açıdan yeterlidir¹¹⁴. İşletme adı karşılaştırmalı reklamlarda rakibi işaret eden bir ifade olarak kullanılabilir gibi, reklamda açıkça kullanılmadığı hâlde işletme ile birlikte karşılaştırmalı reklamın hedefi de olabilir. Düşüncemize göre her iki durum da işletme adına tecavüz olarak değerlendirilmeli ve işletme adının haksız rekabet hükümleri uyarınca korunması gerektiği kabul edilmelidir.

Karşılaştırmalı reklamlar doğrudan veya dolaylı olmak üzere iki türlü olabilir¹¹⁵. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlar, karşılaştırılan unsurların kime ait olduğunun açıkça belirtildiği reklamlardır¹¹⁶. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda rakiple bağlantı kurulurken markası veya ticari tanıtma işaretleri (ticaret unvanı, ürünün bilinen ambalajı vs.) kullanılır¹¹⁷. TRHTUY m. 8/1/a'ya göre karşılaştırmalı reklamlar ancak, rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi koşuluyla yapılabilir. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlar karışıklığa yol açmadığı ve tüketiciyi daha iyi bilgilendirdiği için tüketiciler, rakipler ve rekabet ortamı açısından dolaylı karşılaştırmalı reklamlara göre daha yararlıdır¹¹⁸. TTK'de yer almayan doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağına TRHTUY'de yer verilmesi ise öğretide eleştirilmektedir¹¹⁹. Dolaylı karşılaştırmalı reklamlar,

¹¹³ Erdil, s. 205.

¹¹⁴ Bkz. TTK m. 55/1/a/5 gerekçesi.

¹¹⁵ Noyan&Güneş, s. 737.

¹¹⁶ Noyan&Güneş, s. 737; Pınar, s. 148.

¹¹⁷ Noyan&Güneş, s. 737.

¹¹⁸ Noyan&Güneş, s. 737; Demirbaş, Ali (2020) Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam – Doğrudan Mı Dolaylı Mı?, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 1, s. 49.

¹¹⁹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Noyan&Güneş, s. 737; Demirbaş, s. 45 vd.

¹⁰⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.03.2014, E: 2013/15738, K: 2014/5119 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁰⁹ Bkz. TTK m. 55/1/a/5 gerekçesi.

¹¹⁰ Bkz. TTK m. 55/1/a/5 gerekçesi.

¹¹¹ Bkz. TTK m. 55/1/a/5 gerekçesi.

¹¹² Çınar Karabağ, s. 98.

karşılaştırılan unsurların kime ait olduğunun açıkça belirtilmediği, fakat hedef kitle tarafından kime ait olduğunun anlaşılabilir olduğu reklamlardır¹²⁰. Uygulamada karşılaştırmalı reklamlar genellikle dolaylı karşılaştırmalı reklam şeklinde yapılmaktadır¹²¹. Yargıtay da bir kararında, mobil telefon hizmeti sunan bir firmanın yeni tarifesinin tanıtımını yaptığı reklamlarında “başkaları 49,00 TL’ye yapıyor” ifadesine yer vermesinin davacının aynı hizmeti daha pahalıya sunduğu izlenimini oluşturduğuna, karşılaştırılan tarifelerin ise birbir aynı nitelikte olmaması nedeni ile yanıltıcı karşılaştırma reklam olduğuna hükmetmiştir¹²².

III. İŞLETME ADININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ile KORUNMASINDA HUKUKİ TALEPLER

A. AÇILABİLECEK DAVALAR

1. Tespit Davası

Bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespiti için tespit davası açılabilir (TTK m. 56/1/a). Haksız rekabete dayalı tespit davası açmak için haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurunun bulunması gerekmez¹²³. Buna karşın dava açmada davacının hukukî menfaatinin bulunması gerekir¹²⁴. İşletme adının bir başkası tarafından dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanıldığının ve bu kullanımın haksız rekabet oluşturduğunun tespitinde davacının hukukî menfaati bulunmaktadır. Tespit davası sonucunda bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet oluşturduğu yönünde verilen karar,

ileride açılacak önleme (men), eski hale iade ve tazminat davalarında kesin delil sayılır¹²⁵. Haksız rekabete dayalı tazminat davalarından önce tespit davası açmak ve bunun sonucuna göre tazminat davası açmaya karar vermek daha uygun olacaktır¹²⁶. Hukuk davalarında kural olarak eda davası açılacak yerde tespit davası açılmaz ise de haksız rekabete dayalı tespit davaları bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır¹²⁷. Haksız rekabet davalarını açma hakkı, zarar görenlerin yanında zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek kişilere de tanınmıştır ve bu durumda henüz haksız rekabet fiili gerçekleşmediğinden zaten eda davası açılmayacaktır. Ayrıca davalının davranış veya uygulamalarının haksız rekabet oluşturduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi bile çoğu zaman yeterli olmakta ve davalı söz konusu fiiline son verebilmektedir¹²⁸.

Tespit davası tek başına açılacağı gibi haksız rekabete ilişkin diğer davalarla birlikte de açılabilir¹²⁹. Tespit davası sonucu verilen hüküm ayrıca bir dava olması nedeni ile kesin hüküm oluşturur¹³⁰. HMK m. 341/1’e göre ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabildiği için haksız rekabete dayalı tespit davası sonucu verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. Tespit davası davacıyı tatmin eden bir yol olmadığı için genelde nadiren açılır¹³¹.

Örneğin, bir kişinin haklı olarak kullandığı işletme adı ile iltibas oluşturacak şekilde kullanılan tescilsiz marka sahibi aleyhinde açılan tespit davasında, orta seviyeli, orta zekâlı ve orta dikkatli bir müşterinin bu tanıtmaya işaretleri arasındaki farkı ayırt edemeyeceği sonucuna varılırsa bu kullanımın

¹²⁰ Noyan&Güneş, s. 737; Pınar, s. 148.

¹²¹ Kayar, s. 206.

¹²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.06.2019, E: 2018/2991, K: 2019/4527 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹²³ Arkan, s. 323; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 393; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 566; Poroy&Yasaman, s. 485; Şener, s. 656; Bilgili&Demirkapı, s. 237; Kayar, s. 203.

¹²⁴ Karayalçın, s. 468; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 393; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567.

¹²⁵ İmregün, s. 85; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 393; Bilgili&Demirkapı, s. 137; Kayar, s. 213; Çeker, s. 164.

¹²⁶ Baştuğ&Erdem, s. 181.

¹²⁷ Kayar, s. 213.

¹²⁸ Şener, s. 660.

¹²⁹ İmregün, s. 85.

¹³⁰ İmregün, s. 85; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı & Kendigelen&Kaya, s. 566.

¹³¹ Karayalçın, s. 468.

haksız rekabet oluşturacağına hükmedilir. Benzer şekilde tespit davası sonucu, kötüleme içerdiği iddia edilen açıklamanın veya karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına karar verilecektir.

2. Önleme (Men) Davası

Haksız rekabet oluşturan davranış veya uygulamaların sona erdirilmesi için önleme davası açılabilir (TTK m. 56/1/b). Önleme davasının konusu haksız rekabeti sadece durdurma¹³². Haksız rekabete dayalı önleme (men) davası haksız rekabet oluşturan davranış veya uygulamalar devam ettiği sürece ya da tekrar etmesi tehlikesinin bulunduğu hâllerde açılabilir¹³³. Haksız rekabet henüz gerçekleşmemiş ise önleme (men) davasının açılması mümkün değildir¹³⁴. Benzer şekilde haksız rekabet oluşturan davranış veya uygulamalar sona ermişse ve tekrar etme tehlikesi de bulunmuyorsa önleme (men) davası açılmaz¹³⁵. Ancak bu durumda zaman aşımından dolayı değil, dava açmaya gereksinim kalmadığından dava hakkı son bulur¹³⁶. Haksız rekabete dayalı önleme (men) davasının açılabilmesi için haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurlu olması şartı aranmaz¹³⁷. Haksız rekabete dayalı önleme (men) davası doğrudan açılabileceği için, öncesinde tespit davası açılması şart değildir¹³⁸. Haksız rekabete dayalı önleme (men) davası sonucu verilen kararda dava konusu davranış veya uygulamanın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına, ayrıca haksız rekabet oluş-

turduğu sonucuna varılırsa devamının ya da tekrarının menine karar verilir¹³⁹. Men davası sonucu verilebilecek kararlara örnek olarak, işletme adı ile iltibas oluşturan ayırt edici ad veya işaretin kullanılmasının yasaklanması, kötüleme içeren beyanların yayınlanmasına son verilmesi, karşılaştırmalı reklamların yayından kaldırılması gösterilebilir.

3. Eski Hâle İade (Ref) Davası

Haksız rekabetin etkilerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak haksız rekabetin gerçekleşmesinden önceki durumun yeniden tesis edilmesi için eski hâle iade davası açılabilir¹⁴⁰. Haksız rekabete dayalı eski hâle iade davasında haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmazsa haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası talep edilebilir (TTK m. 56/1/c). Haksız rekabete dayalı eski hâle iade davasının açılabilmesi için davalının kusurlu olması şart değildir¹⁴¹. Eski hâle iade davasında tescilli işletme adı ile iltibasa sebep olan işletme adı, ticaret unvanı veya markaya ek yapılmasına ya da tamamen sicil- den silinmesine karar verilebilir¹⁴².

İltibas suretiyle haksız rekabet oluşturulması durumunda mahkemeden, iltibas oluşturan ayırt edici ad veya işareti içeren etiket ve ambalajların toplatılması¹⁴³, malların üzerinden sökülmesi¹⁴⁴ talep edilebilir. Yargıtay da bir kararında, ticaret unvanı ile iltibas oluşturduğuna karar verilen ticaret unvanının firmanın duvar, pano ve

¹³² İmregün, s. 85.

¹³³ Baştuğ&Erdem, s. 181; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 394; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567; Poroy&Yasaman, s. 485; Kayar, s. 214; Çeker, s. 164.

¹³⁴ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567.

¹³⁵ İmregün, s. 86; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 394.

¹³⁶ İmregün, s. 86.

¹³⁷ Arkan, s. 323; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 393; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567; Poroy&Yasaman, s. 485; Şener, s. 656; Bilgili&Demirkapı, s. 237; Kayar, s. 214.

¹³⁸ Bilgili&Demirkapı, s. 237.

¹³⁹ Bilgili&Demirkapı, s. 237; Kayar, s. 214.

¹⁴⁰ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567; Poroy&Yasaman, s. 485.

¹⁴¹ Arkan, s. 323; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 393; Poroy&Yasaman, s. 485; Şener, s. 656; Bilgili&Demirkapı, s. 238.

¹⁴² Kayar, s. 214.

¹⁴³ Arkan, s. 323.

¹⁴⁴ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 567; Şener, s. 662; Kayar, s. 214.

levhalarından silinmesine, kartvizit, ambalaj, kâğıt ve kutu gibi reklam ve tanıtım vasıtalarının toplatılmasına, imhasına, firmaya ait vasıtalarından silinmesine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Ayrıca işletme adı ile iltibas oluşturan ayırt edici ad veya işaret tescilli ise, ek yapılması veya terkin edilmesi de istenebilir¹⁴⁶.

Haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa, eski hâle iade davasında bu beyanların düzeltilmesine karar verilebilir. Ancak verilecek kararda düzeltmenin kapsamı ve hangi ifadelerin ne şekilde düzeltileceği de belirtilmelidir¹⁴⁷. Yargıtay da bir kararında, “beyanların düzeltilmesi” şeklinde verilen kararın infaza elverişli olmadığını, bu nedenle düzeltmenin ne şekilde yapılacağını açık şekilde gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁸.

Haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklamları içeren el ilanlarının, katalogların toplatılmasına veya yayınlanan reklamlarda haksız rekabet oluşturan beyanların düzeltilmesine, düzeltilmesi mümkün değilse yayından kaldırılmasına karar verilebilir. Yargıtay da bir kararında, haksız rekabet oluşturacak şekilde yanıltıcı beyanlar içeren reklamların haksız rekabet oluşturmayacak biçimde düzeltilmesine hükmetmiştir¹⁴⁹.

Haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasına ise son çare olarak başvurulmaktadır¹⁵⁰. İşletme adı ile iltibas oluşturan ayırt edici ad veya işareti içeren etiketlerin imalatında kullanılan araçların imhasının talep edilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁵¹.

4. Tazminat Davası

a. Maddi Tazminat Davası

Haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurlu olması ve haksız rekabet sonucu bir zararın doğmuş olması durumunda maddi tazminat davası açılabilir (TTK m. 56/1/d). Haksız rekabete dayalı maddi tazminat davasının açılabilmesi için haksız rekabet fiilini işleyen kusurlu olması şarttır¹⁵². Ayrıca haksız rekabete dayalı tazminat davası açılabilmesi için haksız fiile ilişkin genel hükümler kapsamında (TBK m. 49 vd.) zarar ile haksız rekabeti oluşturan fiil arasında illiyet bağının da bulunması gerekir¹⁵³.

Maddi tazminat davalarında kusurun ve zararın varlığının ispatı davacıya düşer¹⁵⁴. Davalı önceki dönem satışlarını ve haksız rekabet nedeni ile bu satışların azalması sebebiyle uğradığı zararı kendi defterlerini kullanarak ispat edebilir¹⁵⁵. Haksız rekabet nedeni ile oluşan zarar haksız rekabet yapılmamış olsa idi malvarlığının içinde bulunacağı durum ile haksız rekabet sonucu oluşan durum arasındaki farktır¹⁵⁶. Mahkeme tazminat miktarını TBK m. 50/2 uyarınca olayların normal akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de göz önünde tutarak hakkaniyete uygun olarak belirler¹⁵⁷. Ayrıca haksız rekabete dayalı maddi tazminat davasında zarar ile birlikte yoksun kalınan kazancın da talep edilmesi mümkündür¹⁵⁸.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.10.2008, E: 2007/611, K: 2008/10946 (**Erdil**, s. 381).

¹⁴⁶ **Kayar**, s. 214.

¹⁴⁷ **Şener**, s. 662.

¹⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.03.2012, E: 4284, K: 3877 (**Şener**, s. 662).

¹⁴⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.02.2007, E: 2005/11256, K: 2007/2983 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁵⁰ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 568.

¹⁵¹ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 568.

¹⁵² **İmregün**, s. 86; **Baştuğ&Erdem**, s. 182; **Arkan**, s. 323; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 395; **Poroy&Yasaman**, s. 486; **Şener**, s. 655-656.

¹⁵³ **Karayalçın**, s. 469; **Baştuğ&Erdem**, s. 182; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 395; **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 568; **Poroy&Yasaman**, s. 486; **Bilgili&Demirkapı**, s. 238.

¹⁵⁴ **Arkan**, s. 324; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 395; **Poroy&Yasaman**, s. 486; **Kayar**, s. 214-215; **Çınar Karabağ**, s. 163.

¹⁵⁵ **Kayar**, s. 215.

¹⁵⁶ **Poroy&Yasaman**, s. 486.

¹⁵⁷ **Poroy&Yasaman**, s. 486.

¹⁵⁸ **Poroy&Yasaman**, s. 486.

Haksız rekabet durumunda zararın varlığının, miktarının ve zarar ile haksız rekabeti oluşturan fiil arasındaki illiyet bağının ispatı her zaman kolay olmadığından kanun koyucu davacıyı ispat yükünden kurtarmak için TTK m. 56/1/e-2 ile özel bir hüküm getirmiştir¹⁵⁹. Haksız rekabete dayalı tazminat davalarında hâkim, davacı lehine tazminat olarak, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir (TTK m. 56/1/e). Karşı tarafın elde etmesi mümkün görülen menfaat davalının defterleri aracılığı ile ispat edilebilir¹⁶⁰. Tazminat olarak haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin elde etmesi mümkün görülen menfaate hükmedilebilmesi için davacının bu yönde bir talebinin olması şarttır¹⁶¹. Karşı tarafın defterlerinin içeriğini bilmek mümkün olmadığı için uygulamada belirsiz alacak davası ile karşı tarafın elde ettiği menfaatin tespiti ve ispatı yoluna gidilir¹⁶². Haksız rekabet sonucu davacı zarar etmemiş hatta haksız rekabete uğradığı dönemde kârı artmış olsa bile karşı tarafın elde etmesi mümkün görülen menfaati tazminat olarak talep edebilir¹⁶³. Yargıtay da bir kararında haksız rekabete uğrayan tarafın haksız rekabetin uygulandığı dönem içerisinde ürünlerinin satışında artış olmasının zarar görmediği sonucunu doğurmayacağını ve bu durumda davalının elde etmesi mümkün görülen yararın tazminat olarak istenebileceğine hükmetmiştir¹⁶⁴. Haksız rekabete dayalı maddi tazminat davalarında, tazminat olarak davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatlerin karşılığı olarak haksız rekabetin olduğu dönemde elde edilen tüm kazançlar kadar bir miktara hükmedilmesi hakkani-

yete uygun değildir¹⁶⁵. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır¹⁶⁶. Özellikle tazminata esas alınan dönemde davalının ödediği vergilerin kazanç miktarından düşülmesi gerekir¹⁶⁷.

b. Manevi Tazminat Davası

TBK m. 58'de öngörülen şartların varlığı hâlinde haksız rekabete dayalı olarak manevi tazminat davası açılabilir (TTK m. 56/1/e). Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir (TBK m. 58/1). Manevi tazminat talep edilebilmesi için manevi bir zarar doğmuş olmalıdır. Haksız rekabete dayalı manevi tazminat davasında manevi zararın tazmini için davalının kusurlu olması şartı da aranmaktadır¹⁶⁸. Ayrıca zarar ile kusurlu davranış arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁶⁹. Özellikle kötüleme içeren açıklamalar ve yanlış beyanlarla yapılan karşılaştırmalı reklamlarla ortaya çıkan haksız rekabet hâllerinde işletme adı sahibinin ticari itibarının zedelenmesi ihtimali yüksektir. Ayrıca bir gerçek kişinin adının yer aldığı işletme adı ile iltibas oluşturulduğu durumlarda da, adına işletme adında yer verilen gerçek kişinin ticari hayatta kazandığı itibarın zedelenmesi sonucu doğabilir. Örneğin adı Mehmet Taplı olan bir kişinin işlettiği "*Mehmet Taplı Ustanın Ev Yemekleri Lokantası*" işletme adına sahip bir esnaf işletmesi mevcutken kendisinin veya çalıştırdığı personelinin adı Mehmet Taplı olmayan bir işletme sahibinin işletmesi için "*Mehmet Taplı Ev Yemekleri Lokantası*" işletme adını kullanması haksız rekabet oluşturmakla birlikte işlerini gördüğü sırada ticari dürüstlük, ahlak vb. kurallara aykırı davranışları Mehmet Taplı'nın kişilik haklarının zedelenmesine de yol açabilir.

¹⁵⁹ İmregün, s. 86; Arkan, s. 324; Ayhan&Özdamar&Çağlar, s. 395; Kayar, s. 215; Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 568; Çınar Karabağ, s. 164.

¹⁶⁰ Poroy&Yasaman, s. 487; Kayar, s. 215.

¹⁶¹ Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya, s. 568; Poroy&Yasaman, s. 487; Çınar Karabağ, s. 164.

¹⁶² Poroy&Yasaman, s. 487; Çınar Karabağ, s. 167.

¹⁶³ Poroy&Yasaman, s. 487.

¹⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 19.03.2001, E: 2001/44, K: 2001/2072 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁶⁵ Kayar, s. 215.

¹⁶⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.03.2004, E: 2003/7285, K: 2004/1983 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁶⁷ Arkan, s. 324-325.

¹⁶⁸ Bilgili&Demirkapı, s. 238; Kayıhan&Yasan; s. 141; Çeker, s. 165.

¹⁶⁹ Çınar Karabağ, s. 167.

Manevi tazminatın miktarını rekabet edenlerin sosyal ve ekonomik durumlarını, zarar veren olayın mahiyeti ile zarar görende oluşturduğu öfke ve üzüntünün boyutlarını dikkate alarak hâkim takdir edecektir¹⁷⁰. Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de haksız rekabete dayalı manevi tazminat talebinde bulunabilir¹⁷¹. Yargıtay'ın da haksız rekabete dayalı davalarda tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceği yönünde bir kararı mevcuttur¹⁷². Manevi zararın para olarak tazmini gerekir ve manevi tazminat taleplerinde haksız rekabetin kınanması yönünde karar verilemez¹⁷³. Yargıtay da bir kararında haksız rekabete dayalı manevi tazminat taleplerinde haksız rekabetin kınanması yönünde karar verilemeyeceğini belirtmiştir¹⁷⁴.

B. DAVALARIN YIĞILMASI

Davacı haksız rekabet durumunda her bir talebini ayrı ayrı dava açmak sureti ile ileri sürmek yerine tek bir dava ile de bütün taleplerini ileri sürebilir¹⁷⁵. HMK m. 110'da davaların yığılması olarak ele alınan düzenleme davalarının tümünün aynı yargı çeşidi içerisinde yer alması ve taleplerin tamamı için ortak yetkili bir mahkemenin bulunması nedeni ile haksız rekabet davaları içinde uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁶.

C. MAHKEME KARARLARININ İLANI

Haksız rekabet davalarında mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, ilanın şeklini ve kapsamını da belirleyerek hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verebilir (TTK m. 59/1). Davayı

kazananın talebi olmadan hükmün ilan edilmesine mahkeme resen karar veremez ve hükmün ilanı dava açılırken talep edilmelidir¹⁷⁷. Mahkeme kararlarının ilanındaki amaç tüm ilgililerin bilgi sahibi olması ve bu şekilde caydırıcılık sağlamasıdır¹⁷⁸. Uygulamada haksız rekabete dayalı davalarda verilen mahkeme kararları özet olarak tirajı yüksek gazetelerde yayınlanmaktadır¹⁷⁹.

D. MAHKEME KARARLARININ ÜÇÜN-CÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Usul ve icra hukukunun temel prensiplerinden olan kesin hüküm niteliği elde etmiş bir mahkeme kararının sadece tarafları hakkında icra kabiliyetinin olması kuralının istisnası haksız rekabete dayalı davalar sonucunda verilen mahkeme kararlarıdır¹⁸⁰. Bir kimse hakkında haksız rekabete dayalı olarak açılan önleme (men) ve eski hale iade davalarında verilen hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur (TTK m. 56/4).

TTK m. 56/4 özellikle iltibas yoluyla haksız rekabet oluşturan durumlarda açılan davalar bakımından önem taşır¹⁸¹. Karıştırılmaya yol açan malların haksız rekabeti gerçekleştiren kişi dışında kimselerde ticari amaçla bulunması ve satılmaya devam edilmesi mümkündür. Bu nedenle kanun koyucu haksız rekabete dayalı önleme (men) ve eski hale iade davaları sonucunda verilen mahkeme kararları açısından istisnai nitelikteki TTK m. 56/4 hükmünü kabul etmiştir¹⁸². Ancak TTK m. 56/4 hükmünün karıştırılmaya yol açan malları

¹⁷⁰ **Poroy&Yasaman**, s. 489.

¹⁷¹ **İmregün**, s. 86; **Poroy&Yasaman**, s. 489; **Şener**, s. 655-656.

¹⁷² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.04.2006, E: 2005/4006, K: 2006/3778 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁷³ **Bozer&Göle**, s. 182.

¹⁷⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.01.2013, E: 2012/17329, K: 2013/251 (Kazancı İçtihat Bankası s.e.t. 12.03.2020).

¹⁷⁵ **Şener**, s. 657.

¹⁷⁶ **Şener**, s. 658.

¹⁷⁷ **Arkan**, s. 325.

¹⁷⁸ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 572; **Kayar**, s. 218.

¹⁷⁹ **Kayar**, s. 218.

¹⁸⁰ **Bozer&Göle**, s. 186; **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 572.

¹⁸¹ **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 573.

¹⁸² **Nomer Ertan&Ülgen&Helvacı&Kendigelen&Kaya**, s. 572-573.

haksız rekabeti gerçekleştiren kişi dışında şahsi ihtiyacı için elinde bulunduran kişilere karşı uygulanması mümkün değildir¹⁸³.

Örneğin haksız rekabete dayalı eski hale iade davasında, İşletme adı ile iltibas oluşturan ayırt edici ad veya işaretin kullanıldığı etiketlerin malların üzerinden sökülmesine karar verilmişse, bu hüküm bahsedilen malları üretmediği hâlde satmak için elinde bulunduran işletme sahibi için de uygulanacaktır.

SONUÇ

Günümüzde, bütün işletmeler tarafından kullanılan işletme adının en önemli işlevi, işletmenin tanıtılmasını ve diğer işletmelerden ayırt edilmesini sağlamaktır. İşletme adının, ayırt etme işlevinden en üst seviyede yararlanılabilmesi için ise diğer işletmeler tarafından kullanılan ayırt edici ad ve işaretler ile karıştırılmaya yol açmaması gerekir. Bu nedenle de, işletme adının oluşturulması kadar korunması da önemlidir. İşletme adının korunmasına yönelik düzenlemeler TTK m. 50-52'de yer alan özel koruma hükümleri ile TTK'nin 54-63. maddeleri arasında yer alan haksız rekabet hükümleridir. Ayrıca şartların varlığı hâlinde işletme adının korunması için, TMK m. 26'da yer alan adın korunması hükümlerinden ve SMK'de yer alan hükümlerden de yararlanılabilir.

İşletme adının korunması açısından, haksız rekabet hükümleri ile hukukumuzda yer alan diğer düzenlemeler karşılaştırıldığında, aralarında üç önemli fark olduğu görülmektedir. Bu farklardan ilki, hükümlerin uygulanabilmesi için öngörülen şartlarda yer almaktadır. İşletme adının haksız rekabet hükümleri uyarınca korunabilmesi için aranan tek şart, işletme adının haklı olarak kullanılmasıdır. İkinci fark, hükümlerin öngörülme amaçlarında ortaya çıkmaktadır. Diğer koruma hükümlerinin öngörülmesindeki amaç, işletme adı kullanan işletme sahibinin korunması iken, haksız

rekabet hükümlerinin öngörülmesindeki amaç, bütün katılanların (ekonomi, tüketici ve kamu) menfaatinin korunmasıdır. Üçüncü fark ise, korumadan yararlanabilmek için dava açma hakkı tanınan kişilerde ortaya çıkmaktadır. Diğer koruma hükümlerinde dava açma hakkı yalnızca işletme adı kullanan işletme sahibine tanınmışken, haksız rekabet hükümlerinde dava açma hakkına, işletme sahibi, tüketiciler, mesleki ve ekonomik birlikler (ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar) ile tüketicinin ekonomik menfaatini koruyan sivil toplum kuruluşları ve kamusal nitelikteki kurumlar da sahiptir. Bu üç fark birlikte göz önüne alındığında, haksız rekabet hükümleri ile sağlanan korumanın tescil edilmemiş işletme adları ile birlikte, tescil edilmiş işletme adları için de büyük bir önem ifade ettiği görülmektedir. Bu nedenle, tescil edilmiş işletme adlarının korunması için, haksız rekabet hükümlerinden yararlanamayacağı yönündeki görüşlerin haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanını daralttığı ve bu hâliyle kanun koyucunun öngördüğü amaca ulaşmanın güçleştiği gözden kaçırılmamalıdır. İster tescil edilmiş, ister tescil edilmemiş olsun, esnaflar veya tacirler tarafından kullanılan işletme adlarının korunması için TTK'de yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

İşletme adına ilişkin düzenlemeler TTK'de yer aldığı için, ticari iştir ve esnaflar tarafından kullanılan işletme adları da TTK'de yer alan haksız rekabet hükümleri uyarınca korunabilir. Ayrıca, işletme adının haksız rekabet hükümleri uyarınca korunabilmesi için, haksız rekabet oluşturan fiillerde direk işletme adına yer verilmesi şart değildir. İşletme adı, işletmeye yönelik olarak gerçekleştirilen ve haksız rekabet oluşturan bütün fiillerden etkilenecek, ayırt edici özelliği zedelenecektir. Özellikle iltibas, kötüleme ve karşılaştırma suretiyle oluşturulan haksız rekabet hâllerinden işletme adının etkilenmesi kaçınılmazdır. Haksız rekabet oluşturan fiillerle işletme adı zarar gören veya böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek hak sahibi, TTK m. 56'da yer alan hukuk davalarını açma

¹⁸³ Bilgili&Demirkapı, s. 242; Kayar, s. 219.

hakkına sahiptir. Bu davalardan ilki, tespit davasıdır. Tespit davasında mahkeme, dava konusu fiilin, haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı yönünde bir karar verecek ve bu karar daha sonra açılacak diğer davalar için kesin delil oluşturacaktır. Haksız rekabetin meni davası ile işletme adına gerçekleştirilen saldırının sonlandırılması, eski hâle iade davasında ise haksız rekabet oluşturmuş fiilin tekrar etmemesi için gereken tedbirlerin

alınması sağlanacaktır. Haksız rekabet sonucu bir zararın ortaya çıkması ve haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurlu olması durumunda, tazminat davası ile zarar ve ziyanın tazminini de istenebilir. TTK m. 56'da yer alan talepler, ayrı ayrı davalarla ileri sürülebileceği gibi, bütün talepler tek bir dava ile de ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

- Akipek**, Jale G. & Akıntürk, Turgut & **Ateş**, Derya (2015) Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Arkan**, Sabih (2011) Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Sözkese Matbaacılık.
- Ayhan**, Rıza (2012) Ticari İş-Ticari İşletme-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4, s. 31-53.
- Ayhan**, Rıza & **Özdamar**, Mehmet & **Çağlar**, Hayrettin (2015) Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım.
- Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Baştuğ**, İrfan & **Erdem**, Ercüment (1993) Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), 1. Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Battal**, Ahmet (2007) Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 20, Gazi Kitabevi.
- Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad Ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Bilgili** Fatih & Demirkapı Ertan (2016) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Bursa, Dora Basım Yayın.
- Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Sözkese Matbaacılık.
- Can**, Ozan (Rekabet) (2007) Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S. 32, s. 3-42.
- Can**, Ozan (Acente) (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Çağlar (2006) Ticaret Unvanının Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, s. 119-150.
- Çeker**, Mustafa (2013) Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi.
- Çetiner**, Selma & Bozkurt **Yüksel**, Armağan (2015) Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Detay Yayıncılık.
- Çınar Karabağ**, Nihal (2019) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Demirbaş**, Ali (2020) Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam – Doğrudan Mı Dolaylı Mı?, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 1, s. 31-54.
- Dural**, Mustafa & **Sarı**, Suat (2013) Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Erdil**, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Eriş**, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Güneş**, İlhami (2018) Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- İmregün**, Oğuz (1993) Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak), 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- İnal**, Tamer (2004) Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Kitap.
- Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Karayalçın, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku (I. Giriş-Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara.

Kayar, İsmail (2013) Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Kayhan, Şaban & **Yasan**, Mustafa (2017) Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Noyan, Erdal & **Güneş**, İlhami (2015) Marka Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Odman Boztosun, Ayşe & **Ünal**, Akın (2005) Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, 27-28 Mayıs 2005 Günü Yedi Tepe Üniversitesi'nde Düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğler, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1, s. 383-412.

Özaltan, Yurdal (2014) Ticaret Unvanı Ve İşletme Adına Yönelik Tecavüzlerde Kişilik Hakkını Koruyucu Hukukî Mekanizmaların İşlevi, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 141, s. 167-193.

Pınar, Hamdi (2012) Reklam Ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, S. 2, 2012, s. 129-156.

Poroy, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2019) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım.

Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım.

Tunçer, Polat (2014) Ticaret Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Zevkliler, Aydın & **Acabey**, M. Beşir & **Gökyayla**, K. Emre (2000) Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

ÖZET

Kooperatifler, belirli ilkeler üzerinde temellen-
dirilmiş tüzel kişiliklerdir. Tüm ilkeler esasen kooperati-
fin amacının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Ancak bu
bağlamda en çok üzerinde durulması gereken ilke şüp-
hesiz “açık kapı ilkesi”dir. Bir kooperatife ortak olun-
ması, ortaklık sıfatının kaybedilmesi gibi hususların
etrafında şekillenen bu ilke, kooperatifin kişi unsurunun
oluşmasından, amacının gerçekleştirilmesine kadar
geniş bir kapsamda önem arz etmektedir.

Açık kapı ilkesi, kanunda açık ve kesin bir
ifade ile yer almamakla birlikte öğretide ve Yargıtay
uygulamalarında kabul gören bir husustur. Zaten
kanunda açıkça zikredilmemiş olsa bile hükümlerin
amaçsal yorumundan açık kapı ilkesinin kooperatifin
amaç ve mahiyetine nüfuz ettiğini görebiliriz.

Kooperatifler hukukundaki yeri ve önemi iti-
barıyla çalışmamız açık kapı ilkesi etrafında şekillene-
cektir. Öğretideki görüşlere ve Yargıtay uygulama-
larına da yer verilerek açık kapı ilkesinin tüm yönleri
ile ele alınması ve aydınlatılması çalışmamızın
amacını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle
açık kapı ilkesinin kavram olarak neyi ifade ettiği ve
kapsamını hangi hususların oluşturduğu üzerinde
durulacaktır. Ardından açık kapı ilkesine getirilebile-
cek sınırlamalar ele alınıp çalışmamız sonuç-
landırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Açık Kapı İlkesi, Açık
Kapı İlkesinin Kapsamı, İlkeye Getirilen Sınırlamalar.

ABSTRACT

Cooperatives are legal entities based on spe-
cific principles. All principles serve mainly to realize
the purposes of the cooperative. However, the princi-
ple that should be emphasized in this context is undou-
btedly the “open door principle”. This principle,
which is shaped around issues such as being a partner
to a cooperative and losing the title of partnership, is
of great importance from the formation of the indivi-
dual element to the realization of its purpose.

Although the principle of open door is not
included in the law with a clear and definite expres-
sion, it is an accepted issue in jurisprudence and
Supreme Court case law. We can see from the teleolo-
gical interpretation of the provisions that the princi-
ple of open doors penetrates the purpose and nature of
the cooperative, even if it is not already explicitly
mentioned in the law.

In terms of its place and importance in coo-
peratives law, our work will focus on the principle of
open doors. The aim of this study is to analyse the
open door principle with all details, including the
opinions in the jurisprudence and the applications of
the Supreme Court. In this direction, firstly, what the
concept of open doors means as a concept and which
issues are covered within its scope will be emphasized.
Then, the limitations that can be put to the open door
principle will be handled.

Keywords: Open Door Principle, Scope of
Open Door Principle, Limitations on the Principle.

* Kırıkkale Barosu; Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi (e-
mail: avozgeornek@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0456-2102).

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.04.2020/ Kabul Tarihi: 23.06.2020).

I. GENEL OLARAK

1163 sayılı Kooperatifler Kanununun birinci maddesinde kooperatifin tanımına yer verilmiştir. Buna göre kooperatifler, gerçek ve tüzel kişi ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli tüzel kişi ortaklıklardır.

Kooperatiflerde amaç hiçbir zaman kâr elde etmek olmamıştır. Kooperatifin amacının kâr elde etmeye yönelmemesi onun sosyal yönü ağırlıklı kişi birliği olduğunun bir tür ifadesidir. Nitekim kooperatifler, kişilerin tek başlarına karşılamaları zor veya mümkün olmayan ihtiyaçlarını karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve işbirliği gibi yollarla, güçlerini birleştirerek gidermek amacı doğrultusunda ortaya çıktığından, kuruluşundan itibaren sosyal ve toplumsal bir özellik gösterirler. Böyle bir oluşumun belirli ilkelerle temellendirilmesi oldukça doğaldır.

1895 yılında Londra'da Uluslararası Kooperatifler Birliği (*International Cooperatives Alliance - ICA*) kurulmuştur¹. Bu birlik, dünya ölçeğinde kooperatifleri temsil eden bağımsız, hükümet dışı bir kuruluştur². En büyük çatı kuruluş olması nedeniyle tanımlar ve ilkeler söz konusu olduğunda ICA çalışmaları genel kabul görmektedir. Zira ICA çeşitli ülkelerin kooperatif uygulamalarını dikkate alarak 1937 yılından bu tarafa kooperatifçilik ilkeleri üzerinde çalışmalar yapmıştır. Değişen dünya koşulları yoğun sosyal ve ekonomik gelişme ve değişiklikler kooperatifçilik ilkelerini de etkilemiş ve bu ilkelerin sık sık gündeme gelmesine neden olmuştur.

İngiltere'de 1995 yılında Manchester'da düzenlenen ICA Kongresinde yedi ilke saptanmıştır. Buna göre kooperatifler gönüllü ve serbest giriş ilkesi (açık kapı ilkesi), ortağın demokratik yöne-

timi, ortağın ekonomik katılımı, özerklik ve bağımsızlık, eğitim-öğretim ve bilgilendirme, kooperatifler arası işbirliği ve toplumsal/sosyal sorumluluk ilkeleri üzerine kurulur³. Bu ilkeler arasında hiyerarşi bulunmayıp hepsi bir bütünün parçaları olarak birbirine eş değer kabul edilmiştir. Ancak öğretilerdeki ve Yargıtay uygulamalarındaki önemi itibari ile çalışmamızda "açık kapı ilkesine" yer verilmiştir.

Açık kapı ilkesi kooperatiflere özgü bir ilkedir. Bu yüzden ilkenin kooperatiflere katmış olduğu farklılığı değerlendirirken kooperatifin hukuki niteliği üzerinde durmak faydalı olacaktır. Zira kooperatifin ticaret şirketi ve tacir olup olmadığı öğretilerde tartışılmış olduğundan kooperatif ile ticaret şirketleri arasında bir mukayese yapabilmek için bu hususu açıklığa kavuşturmak gerekir.

Kooperatifler Kanununda 2004 yılında değişiklik yapılmış ve kooperatifin "teşekkül" değil bir "ortaklık" olduğu ifade edilmiştir. Böyle bir saptama ile kooperatifin "şirket" olduğu kanunen ifade edilmiş bulunmaktadır. Ancak kooperatifin ortaklık yani şirket olması öğretilerde eleştirilmiştir. ÇEVİK⁴e göre "Ortaklık deyimi şirket anlamına geldiğine göre kanun koyucu tarafından belirlenen kooperatiflerin bir ortaklık (şirket) olduğu kimliği, uygulamaya, yargı kararlarına ve Türk Hukuk düzenine aykırı bir tariftir. Hukuki bir yanılı söz konusu olmaktadır."

Her ne kadar kooperatifin şirket olarak kabulü eleştiriye maruz kalsa da kanun koyucunun iradesi açıktır. Nitekim ilgili kanun gerekçesinde "Kooperatifler Kanununun mevcut 1 inci maddesinde kooperatifler "teşekkül" olarak tanımlanmıştır. Bilindiği gibi teşekkül, organizasyon anlamına gelmekte olup, literatürde genellikle kamu iktisadî teşebbüsleri için kullanılan bir kavramdır. Bu ne-

¹ <<https://www.ica.coop/en>> s.e.t. 28.06.2020.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.ica.coop/en/about-us/international-cooperative-alliance>> s.e.t. 28.06.2020.

³ Erçin, Ferhat (2002) "Türk Hukuku'nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 165; Mollaoğlu, Yusuf (2018) "Kooperatiflerin Hukuki Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.11.

⁴ Çevik, Orhan Nuri (2006) "Kooperatifler Ortaklık (Şirket) Değildir", Terazi Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, s. 7.

denle kooperatiflerin nitelikleri hukukî bakımdan tartışma konusu olmaktadır. Tasarı ile yapılan düzenlemede "teşekkül" kavramı yerine "ortaklık" kavramı kullanılarak kooperatiflerin gerçek kimliklerini kazanmaları sağlanmıştır" denilmek suretiyle kooperatifin şirket olduğuna açıklık getirilmiştir⁵.

Öte yandan kooperatifin ticaret şirketi ve tacir niteliği üzerinde durmak gerekir. Bunun için Türk Ticaret Kanunu hükümlerine bakmak faydalı olacaktır. TTK m. 16/I' de ticaret şirketlerinin tüzel kişi tacir olduğu, TTK m. 124/I' de ise kooperatiflerin de ticaret şirketi olduğu ifade edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliği açıkça vurgulanmış olsa da Yargıtay bazı kararlarında kooperatiflerin hukuki niteliğini farklı ele almaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında "6102 Sayılı TTK'nın 124/1. maddesinde "kooperatifler" ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler "şahıs şirketleri" ve "sermaye şirketleri" arasında gösterilmemiştir. TTK'nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kooperatiflerin "ticaret şirketi" olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Benzer hükümler, 6762 Sayılı eski TTK'da da bulunmasına rağmen (md 18, 136), Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasında kooperatifler tacir olarak kabul edilmemiştir" denilmek suretiyle kooperatifin ticaret şirketi ve tacir olmadığı ifade edilmiştir⁶. Ancak TTK m. 124 gerekçesinde "Koop. K'da yapılan değişikliklerle kooperatifin şirket olduğu ve ticaret şirketi niteliğine ilişkin çözümü güç sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kooperatifin ticaret şirketi olduğunun hükme bağlandığı" belirtilmiştir. Bu kabul karşısında istikrarlı uygulamalardan bahsetmek

yerinde değildir⁷. Zira TTK m. 16 ve TTK m. 124 hükümlerinde kooperatifin ticaret şirketi ve tacir sıfatını haiz olduğu tartışmaya mahal vermeyecek kadar açık şekilde düzenlenmiştir⁸.

Kooperatiflerin hukuki niteliği açısından son olarak değinmek istediğimiz husus şudur: Kooperatifler TTK m. 124/II' de şahıs ve sermaye şirketleri arasında sayılmamıştır. Bu husus oldukça doğaldır. Zira kooperatifler hem şahıs⁹ hem de sermaye¹⁰ şirketlerine özgü birtakım özellikler taşıyor olsa da diğer ticaret şirketlerinden farklı olarak kâr elde edip bunu ortaklar arasında paylaşım amacının bulunmaması, değişir ortaklı ve değişir sermayeli olması (ki bu husus ilerde ele alacağımız üzere açık kapı ilkesi ile ilgilidir) kooperatiflerin şahıs veya sermaye şirketi grubuna dâhil edilmesine engel teşkil etmekte olup kooperatifler bu açıdan kendine özgüdür¹¹.

Bu durumda kooperatifler, ticaret şirketi ve buna bağlı olarak tüzel kişi tacir olmakla beraber kâr amacı gütmemesi, değişir ortak ve değişir sermayeli olması, kooperatife girmede ve kooperatiften çıkmada açık kapı ilkesine tabi olması ile diğer ticaret şirketlerinden ayrılan kendine özgü bir kişi birliğidir.

⁷ **Orbay Ortaç, Nurdan/ Can, Ozan** (2016) "Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararın Eleştirisi", BATİDER, C. XXXII, S. 3, s. 93.

⁸ **Orbay Ortaç/ Can**, s. 94.

⁹ Ana sözleşmeyle kooperatifin varlığı borçlarını karşılamaya yetmediği hallerde ortaklarının da şahsen ve sınırsız olarak sorumlu tutulacaklarının hüküm altına alınabilmesi (bkz. ve karş. Koop.K m. 29, TTK m. 236 vd.); her ortağın yalnız bir oya sahip olması (bkz. ve karş. Koop.K m. 48/I, TTK m. 226/I) gibi.

¹⁰ Ana sözleşmeye aksine hüküm konmadıkça kooperatif borçları için her ortağın kendi payı ile sorumlu olması (bkz. ve karş. Koop. K m. 29-30, TTK m. 329/II ve 573/II); ortağın ölümünün kooperatifin son bulma sonucunu doğurma ihtimalinin bulunmaması (bkz. ve karş. Koop.K m. 14, TTK m. 243,253); özden yönetim düzeni yerine seçilmiş yönetim düzeninin geçerli olması (bkz. ve karş. Koop.K m. 55 vd., TTK m. 218 vd., m. 365 vd., m. 623 vd.) gibi.

¹¹ **Kırca, İsmail** (2017) "Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?", BATİDER, C. XXXIII, S. 2, s. 22.

⁵ Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (1/782), Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, T.B.M.M., S. Sayısı 407 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss407m.htm> s.e.t. 27.06.2020)

⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2018/989, K: 2018/1597, T: 17.04.2018 <www.kazanci.com> s.e.t. 08.04.2020.

II. AÇIK KAPI İLKESİ KAVRAMI ve İLKENİN KAPSAMI

Kooperatifler, diğer ticaret ortaklıkları gibi belli sayıda kişilerin bir araya gelip, kâr elde etmek ve paylaşmak amacıyla sermayelerini birleştirdikleri bir kurum değildir. Aksine, ekonomilerini geliştirmeye, sağlamaya ve korumaya gereksinim duyanların oluşturdukları bir kişi birliğidir. Bu bakımdan kooperatifin güttüğü amaç, özellikle ortakların kooperatife girişi ve kooperatiften çıkışı açısından ona bir özellik verir. Bu durum da *açık kapı ilkesi* ile açıklanır.

Açık kapı ilkesi kavram olarak *“kişilerin günlük yaşam ve geçimine veya mesleğini geliştirmesine yönelik temel ihtiyaçlarını sağlayıp koruma açısından bireysel ekonomik menfaatlerinin bulunduğu noktada ortaya çıkan kooperatif yapının kapılarının, kanun ve ana sözleşmedeki giriş şartlarını yerine getiren ve giriş isteğinin reddi için haklı bir sebep gösterilemeyecek herkese açık tutulmasını, çıkma arzusunda olanlara da kapatılmamasını”* ifade eder¹².

İlkenin iki yanlı olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki; kooperatifin kapıları, kooperatif hizmetlerinden faydalanabilecek ve kooperatif ortaklığının yükümlülüklerini kabul edecek herkese cinsiyet, sosyal, ırksal, siyasal ve dini ayırım gözetilmeksizin açıktır¹³. Bir kimse kanun ve ana sözleşme ile aranılan şartları gerçekleştirmişse kişiliğine yöneltilebilecek ve kooperatife zarar vereceği düşünülen bir itiraz sebebi yoksa o kişi kooperatife girebilmeli ve ortaklık sıfatını kazanabilmelidir¹⁴.

Öte yandan kooperatifin hizmetlerine gereksinim duymayan ya da kooperatif tarafından ihtiyaç-

ları karşılanmayan herkes kooperatiften çıkmakta serbesttir. O halde açık kapı ilkesi kooperatiflere girişte gönüllü olmayı kooperatiften çıkmada da serbest olmayı kapsar¹⁵. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.12.2017 tarihli bir kararında bu hususu şöyle izah etmiştir¹⁶: *“Kooperatif ortağı olunmasında “açık kapı ilkesi” geçerlidir. Ortak olmak için yöneticilerin istekleri değil, objektif şartların gerçekleşmesi yeterlidir. Yine açık kapı ilkesi gereği ortak sıfatını kazanan herkesin kooperatiften çıkma hakkı (Koop.K.m.10) olduğu gibi, ana sözleşmede açıkça belirtilmiş olan nedenlerle ortağın ihracına karar verilmesi de mümkündür (Koop.K. m.16).”*

Kooperatife ortak olmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler, kooperatif ana sözleşmesi hükümlerini bütün hak ve ödevleriyle birlikte kabul ettiklerini belirten bir yazı ile kooperatif yönetim kuruluna başvururlar (Koop K m. 8/I). Ayrıca kooperatif kendi varlığı dışında ortaklarına şahsi bir sorumluluk veya ek ödemeler yükleyebilir ise ortak olmak isteği, bu yükümlerin yazılı olarak kabul edilmesi halinde değer taşır (Koop. K m. 8/I).

Gerçek ve tüzel kişilerin yazılı başvurusu neticesinde yönetim kurulunun açık bir kararı ile ortaklık şartlarını taşıyanlar ortaklığa kabul edilir. Ancak ortaklık sıfatının açık bir yönetim kurulu kararı olmaksızın eylemli olarak yani zımnen kazanılması da mümkündür¹⁷. Ortaklık sıfatının eylemli olarak kazanılması da açık kapı ilkesinin bir sonucu olarak görülebilir. Yargıtay’ın bir kararında da bu husus *“Kural olarak ortaklığa kabul, bu konuda yönetim kuruluna yapılacak yazılı bir başvuru sonucu yönetim kurulunun alacağı kararla gerçekleşir ise de kooperatiflerde “Açık kapı ilkesi” geçerli olduğun-*

¹² **Deryal, Yahya** (2005) Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Trabzon, Derya Kitapevi, s. 365.

¹³ **Özcan, Orhan** (2007) “Türkiye’de Kooperatifçiliğin Gelişimi ve Cumhuriyet Dönemi Kooperatifçiliği”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 8; **Erçin**, 165; **Mollaoğlu**, s.12; **Üstün, Yusuf/ Aydın, Muhittin** (2017) Kooperatifler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 25.

¹⁴ **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, 10. Basım, İstanbul, Arkan Yayınevi s. 961.

¹⁵ **Kayhan, Şaban** (2019) Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 355; **Özmen, Kemal** (2018) Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Kooperatifler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 26.

¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/859, K: 2017/1719, T: 13.12.2017 <www.karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 25.03.2020.

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/129, K: 2018/246, T: 21.02.2018 <www.karararama.yargitay.gov.tr> s.e.t. 30.06.2020.

dan ana sözleşmede yazılı ortaklık şartlarını taşıyan bir kimsenin kooperatife ödemelerde bulunması, yükümlülüklerini yerine getirmesi, kooperatif tarafından da yapılan ödemelerin kabul edilmesi, o kişinin genel kurullara davet edilmesi, hazirun cetvellerinde isminin gösterilmesi, diğer kooperatif ortaklarının yararlandıkları haklardan yararlandırılması gibi durumların mevcudiyeti halinde hakkında açıkça ortaklığa kabule dair olarak alınmış bir karar olmasa bile bu kişinin ortaklığının kooperatif tarafından kabul edilmiş olduğu, ortak olarak benimsendiği, bu şekilde ortaklığının zımni olarak, eylemli bir şekilde gerçekleştiğinin kabulü gerekmekte olup, Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir” şeklinde izah edilmiştir¹⁸.

Kooperatifler Kanununda açık kapı ilkesi lafzi olarak zikredilmemiştir. Ancak ilkenin, kanunun ruhuna nüfuz ettiğini söylemek mümkündür. Bu sonuca Koop.K m. 1 hükmünden varılmaktadır. Anılan hükme göre kooperatifler “değişir ortaklı” ve “değişir sermayeli” tüzel kişilerdir. Kooperatiflerin bu niteliği de açık kapı ilkesinin bir sonucudur¹⁹. Yargıtay’ın bir kararında da “Kooperatifleri tanımlayan 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 1. maddesinde kooperatiflerin “değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar” olduğu belirtilmiş olmakla Türk hukukunda “açık kapı ilkesi” benimsenmiştir” demek suretiyle bu hususa açıklık getirilmiştir²⁰.

Kooperatifin “değişir ortaklı” olmasından kasıt hem paya sahip olan ortağın hem de ortak sayısının değişebilmesidir²¹. Bu durumda birinci halde sermaye

sabit kalmakla birlikte ortağın değişmesinden söz edilecektir. İkinci halde ise ortak sayısında bir artma ve azalma olup kooperatifin sermayesi de değişecektir. Buna göre kooperatifin “değişir sermayeli” olması da bir bakıma “değişir ortaklı” olmanın sonucudur²².

Kooperatiflerin değişir sermayeli olması onu diğer ticaret şirketlerinden ve özellikle anonim şirketlerden ciddi bir şekilde ayırır. Zira anonim şirketler kooperatiflerin aksine sermayesi belirli ortaklıklardır²³. Ayrıca anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesi de esastır²⁴. Anonim şirkette benimsenen sermayenin korunması ve belirliliği ilkelerine bağlı olarak ortakların şirketten çıkma hakkı bulunmamaktadır²⁵. Nitekim Yargıtay’a göre de anonim şirkette pay sahiplerinin şirketten çıkma hakkı mevcut değildir²⁶. Bu durumda anonim şirketlerde açık

¹⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2010/5786, K: 2011/5845, T: 12.05.2011 <www.kazanci.com> s.e.t. 03.04.2020.

¹⁹ **Tekinalp, Ünal** (1972) Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sifatının Kazanılması Ve Yitirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 91; **Parlar, Ali** (2004) Kooperatifler Kanunu (Hukuki Ve Cezai Sorumluluk Açısından Açıklamalı Ve İçtihatlı), Ankara, Bilge Yayınevi, s. 167; **Çevik, Orhan Nuri** (2003) Kooperatifler Kanunu, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 46; **Can, Mustafa Erdem** (2007) “Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, s. 74.

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/129, K: 2018/246, T: 21.02.2018 <www.kazanci.com> s.e.t. 25.03.2020.

²¹ **Coşkun, Mahmut** (2019) Kooperatifler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 66.

²² **Eriş, Gönen** (2001) Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 15.

²³ *Belirlilik*, sermaye miktarının esas sözleşmede gösterilip tescil ve ilan edilme ile değiştirilmesinin birtakım formalitelere bağlanmış olmasını ifade eder (**Kayar, İsmail** (2017) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 400).

²⁴ Anonim şirketlerde ortakların tek sorumluluğu taahhüt ettiği sermayeyi ifa etmek olup (tek borç ilkesi) anonim şirket alacaklılarına karşı ortakların herhangi bir sorumluluğu yoktur (**Pulaşlı, Hasan** (2016) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 597; **Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan** (2017) Şirketler Hukuku Dersleri, 5. Basım, Bursa, Dora Yayınevi, s. 328; **Deryal**, s. 335). Bu nedenle anonim şirket alacaklıları yalnızca anonim şirketin malvarlığına yönelebilir. Haliyle anonim şirketlerde sermayenin korunması gerekir ki bu husus da “sermayenin korunması ilkesi” ile sağlanır (**Şener, Oruç Hami** (2015) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 311; **Bilgili/ Demirkapı**, s. 176).

²⁵ Anonim şirketlerde ortağın çıkma hakkının yerini “payın devredilebilirliği” ilkesi almıştır (**Özdamar, Emine** (2019) Anonim Şirkette Pay Devri, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 45; **Adıgüzel, Burak** (2014) “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 2, s. 3; **Mollaoğlu**, s. 127). Bu ilke anonim şirket ortakları açısından müstesna hak niteliğindedir (**Özdamar**, s. 45). Anonim şirketten beklenen iktisadi fonksiyonların elde edilebilmesi, payın devredilebilirliği ilkesinin varlığını gerektirir (**Özdamar**, s. 45).

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/2518, K: 2019/8259, T: 17.12.2020: “davacının anonim şirket ortaklığından çıkma isteminin TTK hükümleri çerçevesinde mümkün bulunmaması gözetildiğinde...” <www.kazanci.com> s.e.t. 03.04.2020.

kapı ilkesinin geçerli olmadığını ve buna bağlı olarak şirketten çıkma hakkı bulunmadığını söyleyebiliriz.

Yukarıda açıklanan hususlardan vardığımız sonuç: Kooperatiflere özgü olan “açık kapı ilkesi” hem kooperatif ortaklarına çıkma hakkı tanınması hem de kooperatifin sermayesini değişir nitelikli yapması sebebiyle kooperatifi diğer ticaret şirketlerinden keskin hatlarla ayırmakta olup kooperatiflere farklı bir ortaklık niteliği kazandırmaktadır.

III. AÇIK KAPI İLKESİNİN SINIRLARI

Açık kapı ilkesi, dileyen herkesin istediği şekilde kooperatife girebileceğini ve istediği gibi kooperatiften çıkabileceğini ifade etmez. İlke, ortaklar açısından keyfiliğe yer bırakmaz. Kooperatif için önemli olan amacının elde edilmesi olanaklarının sağlanmasıdır²⁷. Bu nedenle açık kapı ilkesine birtakım sınırlamalar getirilmesi oldukça doğaldır.

Açık kapı ilkesi, hem kooperatife ortak olmaya hem de kooperatiften çıkmaya ilişkin bazı şartlar getirilmek sureti ile sınırlandırılabilir. O halde açık kapı ilkesi ne girme ne de çıkma açısından mutlakdır. Kooperatifin niteliği, özellikleri ve diğer bazı sebepler onu nispi duruma getirir²⁸.

Açık kapı ilkesine ana sözleşme ile sınırlamalar getirilebilmesi mümkün olmakla birlikte, zorunlu ve kanuni sınırlamaların da mevcut olduğunu söyleyebiliriz.

A. ANA SÖZLEŞME İLE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Kooperatiflerde açık kapı ilkesi geçerli olmakla birlikte bu ilkeye sığınacak herkesin kooperatife ortak olarak kaydedilmesi düşünülemez. Böyle bir durumda kooperatif ana sözleşmelerinde birtakım ortaklık şartlarının öngörülmesi mümkündür.

Kooperatife ortak olmak için aranan şartlar Koop. K m. 8/I’ de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre bir gerçek kişinin kooperatife ortak olabilmesi için “medeni hakları kullanma ehliyetine” sahip olması gerekir. Medeni hakları kullanma ehliyetinden kasıt “ayırt etme gücüne sahip olmak”, “ergin olmak” ve “kısıtlı olmamak” tır (TMK m. 10). Öte yandan kamu ve özel hukuk tüzel kişileri amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olabilir, önderlik edebilir ve ortak olabilirler.

Ortaklığa girmek için gerçekleşmesi gereken genel nitelikli şartlar yukarıda ifade edilen şekildedir. Diğer taraftan Koop. K m. 4’te ortaklık sıfatını kazandıran hallerin ana sözleşmeye konulacak mecburi hükümler arasında olduğu belirtilmiştir. Koop. K m. 8/II’ de ise yönetim kurulunun ortaklar ve ortak olmak isteyen kişiler açısından ana sözleşmede öngörülen ortaklık şartlarının var olup olmadığını araştırması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre genel nitelikli şartların yanı sıra birtakım ortaklık şartlarının ana sözleşmede belirlenmesi mümkündür.

Kooperatife ortak olmaya ilişkin sınırlamalar, kooperatifin amacı için gerekli oldukları kabul edilerek kurucular tarafından veya sonradan ana sözleşme değişikliği ile getirilebilir²⁹. Fakat ana sözleşme ile getirilecek olan bu şartların, kooperatifin yapısına uygun ve haklı nitelikte olması, yani kooperatifin niteliğinden kaynaklanan ve grup dayanışmasını haklı kılacak türde olması gerekir³⁰.

Ana sözleşme ile öngörülecek şartların elbette bir sınırlama dâhilinde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde açık kapı ilkesinin uygulanamaz hale

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/527, K: 2017/3549, T: 08.06.2017: “davacı taraf TTK’nın 638/2. maddesi uyarınca şirket ortaklığından çıkmaya izin talebi değerlendirildiğinde anılan maddenin limited şirketlere dair olduğu ve anonim şirketlere uygulanamayacağı, anonim şirketlerde, ortağın doğrudan doğruya haklı sebepler ileri sürerek ortaklıktan çıkmayı talep hakkının bulunmadığı...” <www.kazanci.com> s.e.t. 03.04.2020.

²⁷ Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 960.

²⁸ Ünal, Mehmet (1996) “Türk Kooperatifçiliği’nin Hukuki Sorunları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ’ye ARMAĞAN)), s. 34; Lale, Muktedir (2011) “Kooperatifler Hukukunda Açık Kapı İlkesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 54, s. 33; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 962.

²⁹ Bilgili/ Demirkapı, s. 504; Kayıhan, s. 355.

³⁰ Deryal, s. 364.

gelmesi söz konusu olur ki böyle bir durum kooperatiflerin amacı ve mahiyeti ile bağdaşmaz. O halde ana sözleşme ile getirilecek şartların açık kapı ilkesini tümü ile ortadan kaldırmayacak nitelikte olması gerekir³¹. Ayrıca ana sözleşme hükümlerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına (TBK m. 27) ve dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı olmadığı dikkate alındığı vakit açık kapı ilkesini sınırlandırıcı şartların da söz konusu hükümlere aykırı olmaması gerekir.

Ana sözleşme ile düzenlenecek olan ortaklık şartları maddi-mali, kişisel veya mesleki ya da yöresel nitelik taşıyabilmektedir³². Bu hususları ayrı ayrı ve detaylı olarak ele almak faydalı olacaktır.

1. Maddi ve Mali Nitelikli Şartlar

Kooperatif ortakları için öngörülecek olan maddi şartlar, özellikle kooperatifin amacı ve çalışma konuları ile ilgili şartlardır. Bilindiği üzere kooperatifin amacı, ortaklarının ekonomik menfaatlerini ve geçimlerine ilişkin ihtiyaçlarını sağlayıp korumaktır. Ekonomik menfaatler ve ihtiyaçlar, her kooperatifin türüne göre özellik arz eder. Bu sebeple örneğin; bir konut yapı kooperatifinin amacı, ortaklarının konut ihtiyaçlarını karşılamak iken bir karayolu yolcu taşıma kooperatifinin amacı, ortaklarının yolcu taşımacılığı hizmetlerini pazarlamak, bizzat taşımacılık yapmak ve yaptırmaktır³³.

Kooperatifin çalışma konuları da amaç doğrultusunda belirlenir ve ana sözleşmede gösterilir (Koop. K m. 4). Bu bağlamda kooperatifin amacı ve çalışma konuları çerçevesinde maddi nitelikte ortaklık şartlarının ana sözleşmede öngörülmesi mümkündür. Örneğin Karayolu Yolcu Taşıma

Kooperatifinin 10'uncu maddesinde "kooperatifin amacına uygun bir motorlu araca sahip olmak veya bu nitelikte bir aracı en az iki yıl süreyle kiralamak" şartları öngörülmüştür³⁴.

Öte yandan mali nitelikte şartlar düzenlenmesi de mümkündür. Buna göre ana sözleşme ile kooperatife giriş, bazı ödemelerin yapılmasına bağlanabilir. Sermaye payı dışında; giriş ödentisi, kayıt ücreti, yıllık ödenti gibi bazı ödemelerin yapılması veya bir taşınır veya taşınmaz malın mülkiyetinin veya kullanılmasının kooperatife bırakılması da ana sözleşmede öngörülebilmektedir. Ancak burada açık kapı ilkesinin zedelenip zedelenmediğinin göz önünde tutulması gerekir.

Ana sözleşmede düzenlenecek olan mali nitelikteki şartların kooperatife girişi aşırı derecede güçleştirip güçleştiremeyeceğini tespit edecek genel bir kural veya ölçüt koymak ne yazık ki mümkün değildir. Fakat giriş ödentisinin, önemli ödentilerin, çeşitli yapma ve yapmama borçlarının ortağa büyük mali fedakârlıklar yükleyip yüklenmediğine bakılmalı ve şartların kooperatif amacının gerçekleştirilmesinde rol oynayıp oynamadığı mutlaka araştırılmalıdır. Kooperatife vazgeçilmez bir yarar sağlamadığı halde ortak olmayı yük haline getiren ve yalnızca birtakım kimseler göz önüne alınarak konulmuş oldukları anlaşılabilen şartların açık kapı ilkesi ile bağdaşmadıkları kabul edilmelidir³⁵.

Kooperatiften çıkma şeklinin de bazı objektif kayıtlara ve şartlara bağlanması mümkündür³⁶. Ancak kooperatiflerden çıkış hiçbir şekilde ortağı mali bakımdan zorlayacak şekilde güçleştirilemez.

2. Kişisel ve Mesleki Şartlar

Ana sözleşme ile ortak olacak kimseler açısından kişisel ve meslekleri ile ilgili şartların getirilmesi mümkündür. Örneğin bir Kadın Girişimi

³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1974/2697, K: 1974/3620, T: 13.12.1974 <www.kazanci.com> s.e.t. 03.04.2020.

³² **Tekinalp**, s. 96.

³³ Bkz. Konut Yapı Kooperatifi Ana Sözleşmesi m. 6 <https://webdosya.csb.gov.tr/db/sakarya/menu/konut-yapi-koop-ornek-anasozlesmesi_20190722103920.pdf> s.e.t. 28.06.2020; Karayolu Yolcu Taşıma Kooperatifi Ana Sözleşmesi m. 6 <<https://ticaret.gov.tr/data/5d41a0d313b87639ac9e013d/621dce23dcc36e6e2c86ec49b66010e.pdf>> s.e.t. 28.06.2020.

³⁴ <<https://ticaret.gov.tr/data/5d41a0d313b87639ac9e013d/621dce23dcc36e6e2c86ec49b66010e.pdf>> s.e.t. 27.06.2020.

³⁵ **Tekinalp**, s. 98.

³⁶ **Lale**, s. 33

Üretim ve İşletme Kooperatifine, “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ve medeni hakları kullanma ehliyetine sahip gerçek kişi kadınların” ortak olabileceği belirtilmiştir³⁷. Keza Küçük Sanayi Sitesi Yapı Kooperatifine ortak olacak bir kimsenin “ana sözleşmede gösterilen küçük sanayi kollarından birine mensup bir iş yerinde mühendis, mimar, tekniker, Endüstri Meslek Lisesi (Sanat Okulu) mezunu veya ustalık belgesi sahibi olarak çalışıyor olması” gerekir³⁸.

Ortaklar açısından getirilecek olan kişisel ve mesleki şartların sınırı, açık kapı ilkesinin tamamen ortadan kaldırılmamasıdır. Bu durumda kurucular ve ortaklar, özellikle kişisel nitelikler açısından, kişilik haklarına dokunan türde din, ırk, renk ve siyasal tercihlere dayalı ayrımcılıklara yer vermemelidir. Kişilerin renkleri, ırkları veya benimsedikleri siyasi felsefe kooperatife girişte hiçbir şekilde lehte ve aleyhte etkili olmamalıdır³⁹. Aksi bir durumun söz konusu olması açık kapı ilkesinin ortadan kaldırıldığı anlamını taşır.

3. Yöresel ve Bölgesel Nitelikli Şartlar

Kooperatife ortak olurken birtakım yöresel ve bölgesel nitelikli şartların da öngörülmesi mümkündür. Bu şartlar kooperatife ortak olabilmeyi belli bir yerde ikamet etmeye veya mesleğini belli bir bölgede icra etmeye bağlayabilir. Örneğin Küçük Sanayi Sitesi Yapı Kooperatifine ortak olacak kimsenin mesleğini sitenin kurulduğu ilde icra etmesi şartı aranır⁴⁰. Keza bir çay kooperatifinin Hopa’da ikamet edenlere açık olması ya da bir tarımsal kalkınma kooperatifinde kooperatifin çalışma böl-

gesi olarak belirtilen yer içinde ikamet etmek veya o yer nüfus kütüğüne kayıtlı olmak şartlarının aranması doğaldır.

Yöresel ve bölgesel şartlar nedeni ile açık kapı ilkesine getirilen sınırlamaların ilkeye aykırı olma ihtimali genelde zayıf olmakla birlikte ortak olmayı o yörede belli bir süreden beri oturma şartına bağlayan ve bu süreyi kooperatifi hemen herkese kapatacak şekilde seçen şartların geçerli olmayacağı da açıktır⁴¹.

4. Açık Kapı İlkesi İle Bağdaşmayan Ana Sözleşme Hükümlerinin Yaptırımı

Kooperatiflerde ana sözleşme hazırlanırken dikkat edilmesi gereken husus Koop. K m. 4’te yer alan mecburi hükümlere ve kanunun emredici hükümlerine aykırı hareket edilmemesidir. Aksi takdirde ilgili Bakanlık kuruluş izni vermektan kaçınılabilir. Nitekim Koop. K m. 3’te yer alan “Ticaret Bakanlığı, ana sözleşmelerin, kanunun ihtiyari hükümlerinden ayrıldığı ileri sürerek kooperatifleri kuruluşuna izin vermektan kaçınmaz” hükmünden de emredici hükümlere aykırılık halinde kuruluş izni verilemeyeceği anlaşılmaktadır⁴².

Kooperatifler Kanunu m. 1 ve m. 2’de yer alan sermayenin sınırlandırılmaması, ortakların değişir olması unsurları ve bu unsurlara dayanan açık kapı ilkesi emredici nitelik taşıdığından, unsurlara ve açık kapı ilkesine aykırılığın varlığında Bakanlık kooperatife kuruluş izni vermemeli ve ilke ile bağdaşmayan veya onları ihlal eden hükümlerin değiştirilmesini istemelidir⁴³. Ortaklar gerekli değişiklikleri yapmaz ise kuruluş izni vermektan kaçınılmalıdır.

B. KANUNLA GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Birtakım kişiler buldukları sosyal statü ve ekonomik yapı itibarıyla ortak menfaatlere sahip olup ihtiyaçlarının benzerliği ve bu zorunlu ihti-

³⁷ Bkz. Ana sözleşme m. 7/A <<http://koop.gtb.gov.tr/data/549179fcf293703cbcd0b58/4-KADIN%20G%C4%B0R%C4%B0C5%9E%C4%B0M%C4%B0%20C3%9CRET%C4%B0M%20VE%20C4%B0C5%9ELETME%20KOOPERAT%C4%B0F%C4%B0%20ANAS%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0.pdf>> s.e.t. 27.06.2020.

³⁸ Bkz. Ana sözleşme m. 10 <<http://yapikooperatifportal.csb.gov.tr/portal/repository/pdf/6.pdf>> s.e.t. 27.06.2020.

³⁹ Deryal, s. 366.

⁴⁰ Bkz. Ana sözleşme m. 10 Bkz. Ana sözleşme m. 10 <<http://yapikooperatifportal.csb.gov.tr/portal/repository/pdf/6.pdf>> s.e.t. 28.06.2020.

⁴¹ Tekinalp, s. 97.

⁴² Tekinalp, s.101.

⁴³ Tekinalp, s. 102.

yaçların karşılanmasındaki menfaat ortaklığı nedeni ile kooperatif çatısı altında toplanırlar. Haliyle böyle bir oluşumun kapılarının söz konusu kişilere açık tutulması gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu husus da açık kapı ilkesi ile sağlanır. Ancak kooperatifin türü ve niteliği bazen çeşitli sınırlamaların getirilmesini ve bunların kanuni dayanaklarla temellendirilmesini gerektirir.

Kooperatifler Kanununda yapı kooperatiflerinin niteliği itibarıyla ve tüm kooperatif türlerinde de kooperatif amacının gerçekleştirilmesi doğrultusunda kooperatifin korunabilmesi amacı ile birtakım sınırlayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler aşağıda incelenmiştir.

1. Yapı Kooperatiflerinde Sınırlama

Açık kapı ilkesine kanunen getirilmiş en önemli sınırlama yapı kooperatifleri için öngörülmüştür. Yapı kooperatiflerinde konut, işyeri ve ortak sayısı genel kurulca belirlenecek olup yönetim kurulu belirlenen sayı üzerinde ortak kaydedemeyecektir (Koop.K m. 8/III). Esasen bu husus kooperatifin değişir ortaklı olmasının mutlak olarak uygulanmadığının ifadesidir⁴⁴.

Yapı kooperatiflerinde kat ve arsa olanakları sınırlıdır. Haliyle ortak sayısında bir sınırlamaya gidilmesi oldukça doğaldır. Ortak sayısının belirli olması ve üzerinde ortak kaydedilememesi hükmü ile kooperatif yöneticileri tarafından arsa olanakları üzerinde üye kaydedilmesi sonucunda yükümlülüklerini yerine getiren bir kısım ortakların hak kaybına uğramalarının önlenmesi amaçlanmıştır⁴⁵.

Ortak sayısı belirli bir kooperatifte açık kapı ilkesi kısmen uygulanacaktır. Zira ilke gereği ortaklık şartlarını taşıyanlar belirlenen sayıya ulaşılan dek kooperatife girebilecektir. Ancak belirlenen sayıya ulaşıldığı takdirde ortaklık şartları taşınsa dahi sayının üzerine çıkılması mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında bu husus "*Özellikle*

kamu yararı ön planda olan yapı, arsa, üretim, pazarlama, taşıma faaliyetleri konusunda kurulmuş kooperatiflerde açık kapı ilkesi gereği, ana sözleşme hükümlerine uygun şartları taşıyan herkesin, ortaklık için başvuru yapabileceği, ilke olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu ilkenin, isteyen herkesin ortaklık için başvurabileceği ve kooperatifin de başvuran herkesi ortak olarak kabul etmek zorunda olduğu, şeklinde anlaşılması gerekir. Şöyle ki; 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın 8/3 maddesi uyarınca yapı kooperatifleri gibi .../... diğer kooperatifler de alınacak genel kurul kararı ile üye sayısını belirli sayı ile sınırlandırma hakkına sahiptirler. Böyle bir durumda, yani belirlenen ortak sayısının üzerinde ortak alınmada açık kapı ilkesi uygulanmaz" şeklinde ifade edilmiştir⁴⁶.

2. Çıkma Tazminatı

Kooperatiflerde her ortağın çıkma hakkı mevcuttur (Koop.K m. 10). Bu hak kooperatif ortaklarına kanunen tanınmış olup koruyucu nitelikte bir haktır. Ayrıca açık kapı ilkesinin de doğal bir sonucudur. Ancak ortak, kooperatiften çıkma hakkını kullanırken kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmemelidir. Zira kooperatiflerin amacı ortaklarının ekonomik menfaatlerini sağlamak ve korumak olduğundan bu amacın gerçekleştirilmesi için kooperatifin mevcudiyetinin de korunması gerekir. Bu husus da esasen açık kapı ilkesinin bir uzantısı niteliğinde olan "*kooperatifin korunması ilkesi*" ile sağlanır⁴⁷.

Kooperatifin korunması ilkesi çeşitli koruyucu hükümlerin Kooperatifler Kanununda yer almasına imkân vermiştir. Bu hükümlerden belki de en önemlisi Koop.K m. 10'da yer alır. Anılan hükme göre her ortağın kooperatiften çıkma hakkı bulunmakla birlikte çıkma keyfiyetinin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde çıkmak isteyen ortağın "*muhtemelen bir tazminat*" ödemesine hükmedilebilir⁴⁸. Bu

⁴⁴ **Çevik**, Kooperatifler Kanunu, s. 119.

⁴⁵ **Parlar**, s. 177.

⁴⁶ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2014/7840, K: 2015/1513, T: 10.03.2015 <www.kazanci.com> s.e.t. 25.03.2020.

⁴⁷ **Ercin**, s. 169; **Lale**, s. 32; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 962.

⁴⁸ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E: 2016/1314, K: 2018/2702, T: 09.04.2018: "1163 sayılı KK'nun 10. maddesinde 'Her ortağın

durum kooperatifi koruyucu nitelikte olup açık kapı ilkesinin de sınırlandırılması demektir.

Çıkma tazminatı isteyebilmek için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Buna göre tazminatın ödeneceğine ilişkin ana sözleşmede bir hüküm bulunması ve çıkma ile kooperatifin varlığının tehlikeye düşmesi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunması gerekir (Koop. K m.10). Çıkma tazminatı kooperatifin varlığını tehlikeye düşürme şartına bağlanmakta olup zararın mevcudiyeti ile ilgili değildir.

Kooperatifin mevcudiyetinin tehlikeye düşmesi geniş olarak yorumlanır⁴⁹. Şöyle ki; çıkma ile kooperatifin konusu veya amacının gerçekleştirilememesi ya da gerçekleştirilmesinin birtakım fedakârlıkları gerektirmesi dışında, mali kaynakların zorlanması da kooperatifin varlığının tehlikeye düşmesi olarak nitelendirilmektedir⁵⁰.

Kanundaki “*muhih (haklı)*” tazminat ile neyin kastedildiği açık değildir. Bu durumda ana sözleşmede tazminat ödeneceği ve tazminatın miktarı açıkça gösterilebilir. Tazminat miktarı belirtilmemişse, mahkeme somut olayın niteliğine göre hakkaniyetin gerektirdiği tazminat miktarını takdir eder⁵¹.

kooperatiften çıkma hakkı vardır. Çıkma keyfiyetinin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde ayrılmak isteyen ortağın, muhih bir tazminat ödenmesine dahi hüküm ana sözleşmeye konulabilir.’ hükmü düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre kooperatiften ayrılmak isteyen ortaklar hakkında kooperatif ana sözleşmesine tazminat ödemesine dair madde konulabilir. Taraflar arasında düzenlenen 10.04.1995 tarihli ön tahsis protokolünün 17. maddesinde de 1163 KK’nun 10. maddesinde belirtilen tazminata ilişkin benzer hükmün yer aldığı görülmüştür. Bu durumda mahkemece, 1163 sayılı KK’nun 10. maddesi ve taraflar arasında düzenlenen ön tahsis protokolünün 17. maddesi uyarınca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” <www.kazanci.com> s.e.t. 25.03.2020

⁴⁹ **Aykan Demirci, Filiz** (2004) “Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası”, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 28.

⁵⁰ **Aykan Demirci**, s. 29.

⁵¹ **Can**, s. 87; **Çevik**, Kooperatifler Kanunu s. 137; **Eriş**, s. 304; **Parlar**, s. 178.

3. Çıkma Hakkının Sınırlandırılması

Kooperatifler Kanunu m. 11/III’ te bir ortağın hiçbir surette kooperatiften çıkamayacağına ilişkin bağlamaların hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Buna göre çıkma hakkının ana sözleşme ile aşırı derecede sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Koop. K m. 11/III’te yer alan emredici nitelikteki düzenleme çıkma hakkının vazgeçilemez ve bertaraf edilemez bir hak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁵².

Kooperatif ortakları, kanun ve ana sözleşmede öngörülen hükümlere uyararak her zaman kooperatiften çıkabilir. Bu kurala aykırı olarak ana sözleşmeye konan hükümler geçersizdir. Ancak çıkma hakkının hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaması da bazı hallerde kooperatifi telafisi imkânsız zararlara uğratabilmektedir. Bu yüzden yine kooperatifin korunması ilkesi ile paralellik gösterecek şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre *kooperatiften çıkma hakkının ana sözleşme ile en fazla beş yıla kadar sınırlandırılabilmesi mümkündür* (Koop. K m. 11/I).

Kooperatifin kuruluşu sırasında ana sözleşme hazırlanırken veya kuruluştan sonra usulüne göre yapılacak ana sözleşme değişikliğiyle otaklıktan çıkma konusunda bir sınırlandırma düşünülüyorsa, sınırlandırılacak süre ana sözleşmede açıkça gösterilmelidir. Örneğin Tarımsal Kalkınma Kooperatifi Ana Sözleşmesinin 18’inci maddesinde “*Genel kurulun tasfiyeye karar verdiği tarihten 6 ay öncesine kadarki zaman içerisinde çıkma isteğinde bulunan ortakların bu istekleri dikkate alınmaz*” şeklinde bir hükümle kooperatif ortaklarının çıkma hakkı tasfiyeden 6 ay öncesine kadar sınırlandırılmıştır⁵³.

Kooperatiften çıkma hakkı en fazla beş yıl ile sınırlandırılmakta olup ana sözleşmeye konulacak ikinci bir hükümle “*haklı ve önemli sebeplerin varlığı*

⁵² **Can**, s. 75; **Aykan Demirci**, s. 28, **Po-roy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 968.

⁵³ <[https://www.tarimorman.gov.tr/TRGM/Link/24/ Kooperatif-Ana-Sozlesmeleri](https://www.tarimorman.gov.tr/TRGM/Link/24/Kooperatif-Ana-Sozlesmeleri)> s.e.t. 28.06.2020.

halinde” belirlenen süreden önce ortaklıktan çıkılmasına izin verilebilir (Koop. K m. 11).

Bir gerçek veya tüzel kişi, belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle mesleki veya günlük ihtiyaçlarını emek ve parasal katkıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla bir kooperatife ortak olmaktadır (Koop. K m. 1). Kişinin kooperatife üye olma gerekçesinin sonradan ortadan kalkması halinde, çıkma için haklı neden oluşmaktadır. Haklı neden ortaklıktan, diğer ortakların tutumundan veya ortağın şahsından doğabilir. Önemli fikir ayrılıkları, menfaatlerin ters düşmesi, ortağın çıkarlarının zarar görmesi, meslekte değişiklik, kooperatifin faaliyet alanında değişiklik, sağlık durumu gibi haller ana sözleşmede haklı sebep olarak gösterilebilir⁵⁴.

Haklı ve önemli sebeplerin neler olabileceğinin ana sözleşme ile belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde bu konuda yönetim kurulunu yetkili kılmak subjektif değerlendirmelere veya doğal olarak kooperatif lehine karar verilmesine yol açabilecektir⁵⁵.

IV. SONUÇ

Kooperatifler, aynı sosyal yapı içerisinde aynı ihtiyaçları duyan herkese, yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarıyla ihtiyaçlarını karşılamak üzere kapılarını açık tutması gereken tüzel kişiliklerdir. Bireysel ekonomilerini geliştirme ve ekonomik menfaatlerini ve ihtiyaçlarını karşılama düzleminde buluşan zayıf durumdaki kişilerin bir araya gelmesi ve dayanışma ile güç birliği yapması açısından kooperatiflerin herkese açık bir kişi birliği olduğu kabul edilmektedir. Bu hususun sabit olduğu ilke de “*açık kapı ilkesi*” olarak ifade edilir.

Açık kapı ilkesi, kooperatif ortak sayısının belirli bir rakam ile sınırlandırılmayıp “*değişir ortaklı ve değişir sermayeli*” olması, kooperatife girmenin o kooperatifin yetkili kişilerinin yani

yöneticilerinin keyif ve isteklerine bağlı değil de objektif ölçü ve şartlara bağlanması ve nihayet kooperatife hem girmenin hem de çıkmanın çok zorlaştırılmaması anlamlarını taşır. Bu anlamda açık kapı ilkesi kooperatife girişte ve kooperatiften çıkışta serbest olunmasını ifade eder.

Açık kapı ilkesi ile ortaklara tanınan giriş-çıkış serbestisi mutlak değildir. Kooperatifin amacı ve mahiyeti zaman zaman ilkeyi nispileştirir. Bu nispile ana sözleşmeden veya kanundan doğan sınırlamalar neticesinde olabilmektedir.

Ana sözleşme ile ortakların girişinde ve çıkışında birtakım objektif kayıt ve şartların öngörülmesi mümkündür. Bu kayıt ve şartlar kooperatif tüzel kişiliği yahut ortakların nitelikleri doğrultusunda belirlenebilir. Örneğin bir karayolu yük taşıma kooperatifinde yük taşımacılığı ile uğraşmak ve kooperatifin amacına uygun motorlu bir araca sahip olmak şartı aranırken küçük sanayi sitesi yapı kooperatifinde ortak olacak kişinin mesleğini sitenin kurulduğu ilde icra etmesi şartı aranabilir. Böyle bir durumda ortak olacak kişilerin Koop. K m. 8’de öngörülen genel nitelikli şartlarla birlikte ana sözleşmede belirtilen özel nitelikli şartları da taşıması gerekir.

Ana sözleşme ile getirilecek ortaklık şartlarının belli bir sınır dâhilinde düzenlenmesi gerekir. Buna göre getirilecek şartlar açık kapı ilkesini tamamen ortadan kaldırmayacak nitelikte olmalı; kanuna, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır.

Öte yandan açık kapı ilkesine sınırlama getirebilecek birtakım düzenlemeler Koop. K’ da da öngörülmüştür. Bunlardan biri yapı kooperatiflerinde ortak sayısının genel kurulca tespit edilmesi ve yönetim kurulunun belirlenen sayı üzerinde ortak kaydedememesidir (Koop. K m. 8/III). Bu düzenleme ile açık kapı ilkesinin bir sonucu olan değişir ortaklığın da sınırlandırıldığı ortadadır.

Kooperatifler Kanununda öngörülen bir diğer sınırlama da çıkma hakkına ilişkindir. Her ne kadar çıkma hakkı vazgeçilemez ve bertaraf edile-

⁵⁴ Can, s. 80.

⁵⁵ Kurtulan, Ahmet (2003) Kooperatifler Kanunu Ve Açıklaması Defterler-Belgeler Muhasebe İşlemleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 118.

mez bir hak olsa da bu hakkın kullanılması tamamen serbest bırakılamaz. Zira kooperatifin amacını gerçekleştirebilmesi için mevcudiyetini koruması gerekir. Bu noktada iki önemli sınırlama söz konusudur. Bunlardan ilki, ana sözleşmede öngörülme şartıyla ve çıkma keyfiyetinin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde çıkmak iste-

yen ortağın kooperatife tazminat ödemesidir. İkinci bir sınırlama ise, kooperatif ana sözleşmesi ile ortağın çıkma hakkının en fazla beş yıla kadar kısıtlanabilmesidir. Bu şekilde açık kapı ilkesi ve çıkma hakkı kooperatife zarar verilmemesi çerçevesinde sınırlandırılmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak** (2014) “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ayrılma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S. 2, s. 1-51.
- Aykan Demirci, Filiz** (2004) “Kooperatif Üyelikinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası”, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan** (2017) Şirketler Hukuku Dersleri, 5. Basım, Bursa, Dora Yayınevi.
- Can, Mustafa Erdem** (2007) “Kooperatif Ortaklığından Çıkma Ve Çıkan Kişinin Hakları” (Ortaklıktan Çıkma Hakkı), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, s. 71-95.
- Coşkun, Mahmut** (2019) Kooperatifler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çevik, Orhan Nuri** (2003) Kooperatifler Kanunu, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Çevik, Orhan Nuri** (2006) “Kooperatifler Ortaklık (Şirket) Değildir”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, s. 7-10.
- Deryal, Yahya** (2005) Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Trabzon, Derya Kitapevi.
- Erçin, Ferhat** (2002) “Türk Hukuku’nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eriş, Gönen** (2001) Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kayar, İsmail** (2017) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kayhan, Şaban** (2019) Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kırca, İsmail** (2017) “Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay’ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?”, BATİDER, C. XXXIII, S. 2, s. 22.
- Kurtulan, Ahmet** (2003) Kooperatifler Kanunu Ve Açıklaması Defterler-Belgeler Muhasebe İşlemleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Lale, Muktedir** (2011) “Kooperatifler Hukukunda Açık Kapı İlkesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 54, s. 30-33.
- Mollaoğlu, Yusuf** (2018) “Kooperatiflerin Hukuki Niteliği”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Orbay Ortaç, Nurdan/ Can, Ozan** (2016) “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararın Eleştirisi”, BATİDER, C. XXXII, S. 3, s. 79-104.
- Özcan, Orhan** (2007) “Türkiye’de Kooperatifçiliğin Gelişimi ve Cumhuriyet Dönemi Kooperatifçiliği”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özdamar, Emine** (2019) Anonim Şirkette Pay Devri, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özmen, Kemal** (2018) Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Kooperatifler, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Parlar, Ali** (2004) Kooperatifler Kanunu (Hukuki Ve Cezai Sorumluluk Açısından Açıklamalı Ve İçtihatlı), Ankara, Bilge Yayınevi.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2005) Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, 10. Basım, İstanbul, Arıkan Yayınevi.
- Pulaşlı, Hasan** (2016) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Şener, Oruç Hami (2015) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Tekinalp, Ünal (1972) Kooperatiflerde Ortakların Kişisel Niteliklerinin Önemi, Ortak Sıfatının Kazanılması Ve Yitirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Ünal, Mehmet (1996) “Türk Kooperatifçiliği'nin Hukuki Sorunları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN)), s. 31-36.

Üstün, Yusuf/ Aydın, Muhittin (2017) Kooperatifler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

**TİCARET BAKANLIĞI'NIN TTK 376 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ESASLARINA İLİŞKİN TEBLİĞİNİN
ÜÇTE İKİ SERMAYE KAYBI HALİNDE DOĞRUDAN SERMAYE ARTIRIMI YAPILABİLMESİNE İMKAN
TANIYAN HÜKÜMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER**

**VIEWS ON THE COMMUNIQUE REGARDING PRINCIPLES OF APPLICATION OF THE ARTICLE 376
OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE ISSUED BY MINISTRY OF TRADE**

Dr. Gökçen TURAN*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376. maddesinde, sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun atması gereken adımlar hakkında, temel olarak 6762 sayılı eTTK'nın 324. maddesinde benimsenen sistem devam ettirilmekle beraber, bazı değişiklikler de söz konusudur. Gerek TTK 376 gerek eTTK 324 hükümleri ile ilgili öğretide temel tartışma konularından biri, sermayesinin 2/3'ünü (ya da daha fazlasını) kaybeden bir şirketin, 376. maddenin 2.fıkrasında öngörülen adımları atmaksızın doğrudan sermaye artırımı yapıp yapamayacağıdır. Öğretide baskın görüş ve Yargıtay kararları bu durumdaki ortaklığın doğrudan sermaye artırımı yapamayacağı yönünde iken, Ticaret Bakanlığı'nın 2018 yılında çıkardığı 376. Maddenin Uygulama Esasları Tebliğinde yer verilen 2/3 sermaye kaybında sermaye artırımı yapılabileceğine ilişkin hükümler yeni bir tartışma başlatmıştır. İşte bu çalışmada, TTK'nın 376. maddesinin 2.fıkrasının, bilhassa hükümde geçen sermayenin tamamlanması ifadesinin, öğretide yorumlanması ve konuya ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımına ilişkin bilgiler verildikten sonra, bahsedilen Tebliğ hükümleri, aktarılan öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: sermaye kaybı, borca batıklık, sermaye artırımı, TTK 376.

ABSTRACT

While there are some differences, the Turkish Commercial Code (TCC) (in the article 376) has basically maintained the same system with the previous one (in the article 324 of the annulled Code, Number 6762) concerning the steps that board of directors should take in the circumstances of capital loss and over-indebtedness. One of the main discussion topics in doctrine in relation with both article 376 of the TCC, Number 6102 and article 324 of the annulled TCC, Number 6762 is whether a stock company losing two thirds or more of its capital can directly increase capital without reducing capital as much as the amount of loss. Nevertheless the majority opinion in doctrine and the approach of Supreme Court is in a negative way in this matter, the provisions in the Communiqué by the Ministry of Trade in 2018 that allowing capital increase in such a situation have started a new discussion. In this study, after giving explanations about the interpretation of the provision of Article 376/2 of the TCC, especially the statement of "completion of capital" by doctrine and Supreme Court, the mentioned provisions of the Communiqué are going to be examined in the light of views of doctrine and Supreme Court decisions.

Keywords: capital loss, over-indebtedness, capital increase, Article 376 of the Turkish Commercial Code.

* Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi, Başuzman Hukukçu (e-mail: gturan@spk.gov.tr; ORCID: 0000-0003-1681-6525). (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 25.04.2020/ Kabul Tarihi: 12.05.2020).

I. GENEL OLARAK

Anonim ortaklığın sermaye kaybının belli oranlara ulaşması halinde yönetim kurulunun alacağı önlemler, daha doğru bir anlatımla atması gereken adımlar TTK 376 hükmünde düzenlenmiştir. Düzenlemenin mülga eTTK'daki muadili 324. maddedir. Yeni düzenlemeye bakıldığında, mali durum bozukluklarının üç kategoride değerlendirildiği eski sistemin bazı farklarla devam ettirildiğini söylemek mümkündür. Bu kategoriler *i)* sermayenin 1/2'sinin kaybı, *ii)* sermayenin 2/3'ünün kaybı ve *iii)* borca batıklıktır. Her bir kategori için yönetim kurulunun ödevlerini, çok temel olarak şu şekilde özetlemek mümkündür:

- sermayenin ½ oranında kaybı halinde genel kurulu acil toplantıya çağırarak şirketin içinde bulunduğu durumu ve iyileştirici önlem önerilerini ortakların bilgi ve onayına sunmak;
- sermayenin 2/3 oranında kaybı halinde yine genel kurulu derhal toplantıya çağırarak, kalan 1/3 ile yetinme yahut sermayenin tamamlanması kararlarından birinin alınmasını genel kurulun onayına sunmak;
- borca batıklık halinde ise maddede öngörülen esaslar dahilinde çıkarılması öngörülen ara bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, mahkemeye müracaat ederek şirketin iflasını istemek.

Anonim ortaklıkta mali durumu düzeltmek için iyileştirici önlemler arasında sermaye artırımını çoğunlukla ilk sırada düşünülmemektedir¹. Gerçekten yeni kaynak girişi şirketin finansal durumunun düzeltilmesine katkı sağlayacağı gibi, teknik olarak TTK 376 kapsamından çıkılmasını da temin edebilir. Ancak, sermaye kaybının 2/3 oranına (veya daha fazlasına) ulaşmış olması halinde, derhal

toplantıya çağrılan genel kurulun, kalan sermaye ile yetinmeye yahut kaybedilen sermayenin tamamlanmasına karar vermeksizin sermayenin artırılmasına karar verip veremeyeceği öğretilmiş ve Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Aksi yönde görüş belirten yazarlar da bulunmakla beraber, öğretilde baskın olarak TTK 376/2 (eTTK 324/2) hükmündeki düzenlemeden hareketle, genel kurulun bilançodaki açık giderilmeden sermayenin artırılmayacağı savunulmuş, bu görüş Yargıtay'ca da benimsenmiştir.

Hal böyle iken, 15.9.2018 tarih ve Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Ticaret Bakanlığı'nın "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği"nin 7. maddesinin (c) bendinde, "*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, toplantıya çağrılan genel kurul*"un "sermayenin artırılmasına" karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Tebliğin m.10/b hükmünde ise, açık bir şekilde, genel kurul tarafından sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verilebileceği belirtilmiş, (c) bendinde de bunun için gerekli şartlar yer verilmiştir.

TTK 376/2 hükmüne ve Yargıtay'ın konuyla ilgili yaklaşımına aykırı görünen bu düzenleme doğal olarak üst norma aykırılık yönünden eleştiriye açıktır. Bu çalışmada, TTK 376/2 hükmünün (bu bağlamda madde hükmündeki sermayenin tamamlanması ifadesinin) öğretisi ve Yargıtay içtihatlarında nasıl anlaşıldığı, bu çerçevede TTK 376/2 hükmüne göre üçte iki sermaye kaybı halinde doğrudan sermaye artırımını yapıp yapılamayacağı açıklandıktan sonra, Ticaret Bakanlığı'nın anılan Tebliği ile ilgili değerlendirmelerimize yer verilecektir.

¹ Nitekim madde 376 f.1 gerekçesinde de iyileştirici önlemlere örnek verilirken sermaye artırımını ilk sırada zikredilmiştir [Kaya, Arslan (2016) Gerekçeli Karşılaştırmalı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, Beta, s. 428].

II. TTK 376/2 HÜKMÜ (ÖĞRETİ VE YARGITAY KARARLARINDA YORUMLANIŞI)

A. ÖN AÇIKLAMA

1. TTK 376/2 hükmü “*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer*” şeklindedir².

Bir defa, TTK 376/2 hükmünde geçen “üçte ikisinin” ifadesi, üçte iki veya daha fazlası şeklinde anlaşılmalıdır. Başta da belirttiğimiz gibi, kanun koyucu anonim şirkette müdahale gerektiren mali durum bozukluklarını üç kategoride ele almış, birinci ve ikinci kategoride sermayenin 1/2 ve 2/3 oranlarında kaybı, üçüncü kategoride ise tüm aktiflerin borçları karşılama yetmemesi, yani borca batıklık durumunda yapılacakları göstermiştir. Bu bağlamda, sermaye kaybında çeşitli oran aralıklarına göre aşamalı bir müdahale sistemi öngördüğünü söylemek mümkündür. Buna göre, i) yüzde elliye kadar sermaye kaybı, müdahale gerektiren bir durum olarak değerlendirilmemiş, ii) yüzde elli ile yüzde 66,6 (2/3) arasındaki sermaye kaybı derhal genel kurulun bilgisine sunulmasını ve iyileştirici

önlem önerilerinin kurulda görüşülmesini gerektiren bir durum olarak değerlendirilmiş, iii) yüzde 66,6’yı geçen kayıplar ise kanuni müdahale gerektiren bir aşama olarak değerlendirmiştir. Söz konusu kanuni müdahale, oluşan bilanço açığının yok edilmesine yöneliktir. Bu amaçla, genel kurul -belirtilen aşamaya gelinmiş- ya kalan sermaye ile yetinmeye ya da sermayenin tamamlanmasına karar vermeli-dir, aksi halde şirket sona ermiş sayılacaktır.

Bilançodan tespit edilen sermaye kaybı her zaman tam olarak 1/2 ya da 2/3 oranında gerçekleşmeyeceğinden (başka deyişle belirtilen oranların arasında bir değer olarak gerçekleşeceğinden), TTK 376/1 ve 2 hükümlerinde belirtilen oranları, bir sonraki aşamaya ait orana kadarki aralık olarak anlamak lazımdır. Bu çerçevede, sermaye kaybının 2/3’ü geçtiği her vakada somut olarak gerçekleşen kayıp oranı değişebileceğinden, ikinci fıkrada sözü geçen “üçte birle yetinme” ibaresini de yine “kalan sermaye ile yetinme” olarak anlamak gerekir³.

2. Ön açıklama sadedinde değinmek istediğimiz bir diğer husus, TTK 376/2’nin eTTK’daki muadili olan m.324/2 hükmünde de, benzer şekilde 2/3 oranında sermaye kaybının tespiti halinde genel kurulca sermayenin tamamlanması yahut yetinmeye karar verilmemesi halinde şirketin feshedilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu anlamda eTTK dönemindeki düzenleme ile TTK’daki düzenleme paralellik arz ettiğinden, eTTK 324/2 hükmü ile ilgili öğretilerde yapılan yorumların bugün için de geçerliliğini koruduğunu söylemek gerekir.

² Hükmün eTTK’daki muadili olan m.324/2 c.1 ve 2 hükmü ise “*Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır*” şeklindeydi. Görüldüğü üzere, TTK 376/2 hükmü ile eTTK 324/2 maddenin ilk iki cümlesi arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Bu farklılıklar temelde sermaye kaybının tespitine esas bilanço ile yine oranlamanın uygulanacağı matrah noktalarında toplanmaktadır. Eski hükme nazaran yeni hükümdeki bu farklılıklar öğretilerde farklı yorumlanmış olmakla beraber, çalışmamızın odak noktasından uzaklaşmamak adına, söz konusu farklılıklar üzerindeki tartışmalara burada girilmeyecektir.

Öte yandan, hükümde geçen “sermaye” terimi ile, bilânçoda sermaye kalemi altında yer alan esas sermayenin (şirket kayıtlı sermaye sistemindeyse çıkarılmış sermayenin), “kanuni yedek akçe” ile de TTK 519 hükmünde düzenlenen akçelerin kastedildiği hakkında bkz. madde 376 f.1 gerekçesi (Kaya, s. 428).

³ Bu hususa işaret eden yazarlar için bkz. **Kayar**, İsmail (2012) ‘Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları’ MÜHF-HAD, S:2 (Özel Sayı - 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken), C:18, s. 647; **Ayoğlu**, Tolga (2017) ‘TTK M.376 F.1 ve F.2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler’ Legal Hukuk Dergisi, S:172, C:15, s. 1585; **Türk**, Ahmet (2015) ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları’ DEÜHFD, S:2, C:17, s. 97; ayrıca bkz. **Manavgat**, Çağlar & **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C:I, Ankara s. 581; **Can**, Mustafa Erdem (2018) ‘Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkisinin Kaybının Hukuki Sonuçları’ ERÜHFD, S:1, C:13, s. 5.

B. HÜKÜMDE GEÇEN “SERMAYENİN TAMAMLANMASI” İFADESİNİN ANLAMI

Özetle TTK 376/2 hükmü, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ünün karşılıksız kalması halinde, derhal toplantıya çağrılan genel kurulun kalan sermaye ile yetinme veya sermayenin tamamlanması kararlarından birini vermesi gerektiğini düzenlemektedir. Tartışma da maddede geçen “sermayenin tamamlanması” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiğinden doğmaktadır. Hemen ilk bakışta, bahsi geçen ifadeyi, kaybedilen sermayenin yerine konulması olarak anlamak mümkündür. Bu ise akla gelen ilk çözüm olarak yeni sermaye getirmek yoluyla olacaktır⁴. Tartışma doğuran husus, yeni sermayenin, öncelikle kaybedilen sermaye kadar sermaye azaltıldıktan sonra mı getirilebileceği, yoksa böyle bir gereklilik olmadan da yeni sermaye getiriminin mümkün olup olmadığı noktasında doğmaktadır.

1. Öğretideki yaklaşım

Öğretide baskın görüş olarak kabul edeceğimiz yazarlar grubuna göre⁵, eTTK 324/2 ve TTK

376/2 hükümlerinde geçen “sermayenin tamamlanması” ifadesi sermayenin kayıp miktarınca azaltılıp, eş anlı olarak artırılması olarak anlaşılmalıdır. Bu görüşteki yazarlar temel olarak şu hususları ileri sürmektedirler: Sermayenin 1/2 oranında kaybı halinde alınabilecek önlemler (ve bunlar arasında sermaye artırımı) genel kurulun ihtiyarına bırakılmışken, sermayenin 2/3 veya daha fazla oranda kaybı halinde şirket, artık alabileceği önlemleri kendisinin belirlediği aşamadan çıkıp kanuni müdahale aşamasına gelmiştir. Bu aşamada kanun koyucu şirkete sadece iki seçenek sunmakta olup, bunlar kalan sermaye ile yetinme ile sermayenin tamamlanmasıdır. Sermayenin tamamlanması ise, (eğer sermaye artırımı yoluyla yapılacaksa) sermayenin önce kayıp oranı kadar azaltılması, sonra eş anlı olarak artırılmasıdır. Bunun nedeni bilanço zararının bünye dışına çıkarılmasıdır. Çünkü bilançoda bu ölçüde oluşan bir açık giderilmeden sermaye artırımı yapılması, sermayenin olduğundan yüksek görünmesine, bu ise ortaklığın iç ve dış menfaat çevresi bakımından aldatıcı bir görüntü oluşmasına yol açar. Ayrıca sermaye azaltım prosedürünü düzenleyen 396. maddenin birinci cümlesi de bu yorumu destekler.

Aksi yönde görüş belirten yazarlardan *Moroğlu*, açıklamalarında Yargıtay 11. HD'nin 2.4.1970 tarihli iki kararına atıf yaparak, ortaklığın sermayesinin 2/3'ünü kaybetmiş olması halinde, doğrudan sermaye artırımına gidilemeyip, ilkin 2/3 oranında (veya daha fazla oranda) sermaye azaltılması ve arkasından sermaye artırımı yapılabileceğinin kabul edildiğini, ancak kendi görüşünce TTK 376/2 hükümden herhalde böyle bir anlam çıkarılmasının

⁴ Kaybedilen sermayenin, sermaye artırımı dışında hangi yollarla tamamlanabileceğinin örneklerine m.376 f.2 gerekçesinde değinilmiş, bu kapsamda bilanço açığının pay sahiplerinin tümü ya da bir kısmı tarafından kapatılması ya da bir kısım alacaklıların alacaklarının silinmesinden söz edilmiştir (*Kaya*, s. 428-429). Gerekçede de vurgulandığı üzere, bilanço açığının ortakların tümü tarafından kapatılması, TTK 421/1 anlamında ortaklara sermaye borcu dışında ek yüküm getirilmesi demektir ki, bu kararın alınması oybirliğini gerektirir.

Öte yandan, hukuki nitelik olarak sermayenin tamamlanması sayılmasa bile, TTK 376/2 kapsamında çıkabilmek için düşünülebilecek bir diğer çözüm, kaybolan sermayeyi karşılayabilecek tutarda serbestçe özvarlığa sahip bir şirket ile birleşmektir (bkz. TTK 139). Her ne kadar TTK'nın anılan hükmünde, “sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan” ifadesi kullanılmışsa da, bu oranı aşan kayıp bulunan şirketlerin de, birleşilen şirkete ilişkin şarta -öngörülen miktarda serbestçe tasarruf edilebilir yedek akçeye sahip olmasıyla, birleşmesine bir engel olmadığı öğretide kabul edilmektedir [Birçokları yerine bkz. *Kırca*, İsmail & *Gürel*, Murat (2017) 'Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma' Prof.Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Ankara, Turhan, s. 467].

⁵ *Tekinalp*, Ünal & *Poroy*, Reha & *Çamoğlu*, Ersin, (2017) Ortaklıklar Hukuku II, 13.Bası, İstanbul, Vedat, s. 215-216, par.1346; *Teoman*, Ömer (2001) 'Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları II - Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden

Anonim Ortaklıklarda TTK. m. 324 Denetimi', Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- C:II (1982-2001), İstanbul, Beta, s. 976-977; *Kayar*, s. 645 vd; *Türk*, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel, s. 158; *Karayalçın*, Yaşar (1989) 'Yeniden Değerleme Fonu-Esas Sermaye Artırımı' Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler- Tartışmalar VI, Ankara, BTHAE, s. 151; *Soykan*, İsmail Cem (2019) Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul, Oniki Levha, s. 282 vd; *Cenkçi*, Esra (2015) Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, Oniki Levha, s. 107-108.

zorunlu olmadığını, hükümde “tamamlama” veya “1/3 ile yetinme”den söz edilmesine ve sermayenin tamamlanmasından da (ortaklığa bağışta bulunulması veya bu anlamda birtakım kazandırmalar yapılması dışında) öncelikle sermaye artırımının anlaşılması gerekmesine göre, madde hükmünün sermayenin azaltılması işlemine gitmeden de doğrudan doğruya sermayenin artırılabilmesine engel oluşturmadığını ileri sürmektedir⁶. Benzer görüşte olduğunu addedebileceğimiz *Paslı* da, doktrindeki ve yargı kararlarındaki genel kabulün, sermayenin üçte ikisi karşılıksız kalmış bir şirkette sermaye artırımı yapılamayacağı, TTK 376/2’de yer alan önlemlerden birinin tesis edilmesi yönünde olduğunu, buna göre şirkette ya sermayenin tamamlanacağını ya da yetinme amaçlı sermaye azaltımına gidileceğini, Yargıtay 23 HD’nin -atf yapılan kararlarından- TTK 376/2 hükmünden farklı olarak borca batık şirketin sermaye artırımını yapabileceğini kabul ettiğini, bilhassa borca batıklık halinden kurtulmak için iyileştirme projelerinde sermaye artırımını yapılmasının evleviyetle arandığı yönünde bir kanaate sahip olduğu sonucuna ulaşıldığı, bu husustaki kendi kanaatlerinin özetele, dünyada esas sermayenin etkisinin giderek azaldığı ve sermayenin ortadan kalkmasına doğru giden konjonktürel durum da göz önünde bulundurulduğunda klasik sermaye öğretisinin dar bakış açısından kurtularak TTK 376/2 hükmünün varlığına rağmen anılan durumlarda sermaye artırımını yapılabilmesi imkanının tanınması gerektiğini belirtmektedir⁷. Konuyu artırım kararının hükümsüzlüğü açısından bir özel mütalaasında değerlendiren *Kendigelen*, salt şirketin bu durumda olmasının artırım kararının geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, zira böyle bir olasılıkta iflasın ertelenmesi talebinin dile getirilebileceği ve iyileştirme projesi kapsamında kabul edileceği tartışmasız olan sermaye artırımına daha baştan

başvurulmasının önünde hukuki bir engelin olmadığı yönünde görüş belirtmiştir⁸.

2. Yargıtay’ın Yaklaşımı

Yargıtay 11. HD’nin konuya ilişkin eTTK ve TTK zamanında vermiş olduğu kararları bütün olarak değerlendirildiğinde (kararlar arasında tam bir örtüşme ya da yeknesaklıktan söz edilemese bile⁹), genel yaklaşımının sermayenin 2/3 oranında kaybı halinde genel kurulun yetinme veya tamamlama dışında bir karar veremeyeceği, sermaye artırımının da bunlar arasında olduğu (yani -doğrudan-sermayenin artırılmasına karar verilemeyeceği) yönünde olduğu söylenebilir¹⁰.

⁸ **Kendigelen**, Abuzer (2015) Hukuki Mütalâalar -Mahkeme Kararları ile Birlikte-, C:XII (2012-2013/1), İstanbul, Oniki Levha, s. 114-115.

Ayrıca bkz. aksi görüşteki yazarlara katılan **Tufan**, Ayşe Şebnem (2019) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık Kavramları ile Sermayesini Kaybetmiş veya Borca Batık Anonim Şirketlerin Birleşmeye Katılması’ (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 37.

⁹ Doktora çalışmasında Yargıtay kararlarının genel bir taramasını yapan Soykan, ilki 1970, sonuncusu yılına ait 2016 yılına ait tespit ettiği 10 kararı, kararda varılan sonuca göre tasnif etmiş, tasnif sonucuna göre kararları i) eTTK 324/2’deki durumda bulunan bir ortaklığın doğrudan sermaye artırımını batıl olarak kabul ettiği kararlar; ii) artırım kararının batıl görülmediği, fakat farklı sebeplerle iptal edilebilirlik noktasında sağlıklı bir çıkarım yapılmasına elverişli olmayan kararlar (kararlardan birinde davacının artırım kararının geçersizliğini değil, şirketin tasfiyesini talep etmiş olması, diğerinde ise davacının talebi artırım kararının geçersizliğine ilişkin olmakla birlikte somut olayda iptal davası açılması için aranan dava şartının yerine getirilmemiş bulunması usulden bozma kararı verilmiş olması); son olarak iii) eTTK 324/2’de tarif edilen konumdaki bir ortaklığın sermaye artırımını yapamayacağı, dolayısıyla bu durumdaki iken alınan sermaye artırım kararının hukuka uygun olmadığını tespit etmesine karşın, kararın batıl mı yoksa iptal edilebilir mi olduğu konusunda bir açıklık içermeyen kararlar olmak üzere üç gruba ayırmıştır. Nihai değerlendirmesinde yazar, kararlar arasında bahsedilen şekilde farklılıklar bulunmakla beraber, bir bütün olarak bakıldığında Yargıtay’ın konuyla ilgili yaklaşımının, sermayesinin üçte ikisini kaybeden şirketin doğrudan sermaye artırımını yapamayacağı yönünde olduğu sonucuna varmıştır (**Soykan**, s. 272 vd).

¹⁰ Kronolojik olarak bkz. Yargıtay TD’nin 02.04.1970 tarih, 1123/1347 sayılı kararı [karar metni için bkz. BATİDER (1971) S:1, C:6, s. 207-211]; Yargıtay 11. HD’nin 22.10.1991 tarih, 1171/5580 sayılı kararı (kararın ilgili kısmı için bkz.

⁶ **Moroğlu**, Erdoğan (2018) Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4.Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 62.

⁷ **Paslı**, Ali (2018) ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı’, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - 20.10.2017-, İstanbul, Oniki Levha, s. 75 vd (özellikle bkz. s. 79).

Soykan'ın çalışmasından¹¹ sonra yayınlanan 2018 tarihli son kararında Yargıtay 11. HD, yine bu yönde karar vermiştir. Kararda Daire, sarıh bir şekilde, “Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda artırılması veya bilanço zararlarının kapatılması kastedilmekte olup şirket genel kurulu doğrudan sermayenin arttırılmasına dair bir karar itihaz edemez. Önce esas sermayeyi 1/3'e indirmeli sonra 3/3'e tamamlayıcı arttırmayı yapmalıdır. Yani tamamlama işleminin sona ermesi halinde esas sermaye gene eski düzeyini bulacaktır. (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s.734) Dolayısıyla, 2013 yıl sonu bilançosu baz alındığında, zararının sermaye ve yasal yedek akçesinin 2/3'ünden fazla olduğu anlaşılan davalı şirkette genel kurulca ...'nın 376. maddesi uyarınca açıklanan kararlar alınabilecek olup sermaye arttırım kararı alınamayacaktır. Bu suretle de, dava konusu davalı anonim şirket genel kurul toplantısında alınan 9. maddeye yönelik davanın kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle bu maddenin iptali isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir” ifadelerine yer vermiştir¹². Dolayısıyla Yargıtay'ın görüşünü devam ettirdiğini söyleyebiliriz.

3. Görüşümüz

Kanımızca Yargıtay'ın yaklaşımında da belirleyici olan öğretilerdeki baskın görüş doğru ve de

olması gereken hukuka uygun olandır. Gerçekten sermayesini 2/3 oranında kaybeden bir şirketin, bilançosunda oluşan açığı kapamadan sermayesini artırabilmesine izin vermek, başta dürüst resim ilkesine (TTK 515) uygun düşmediği gibi; artırımla eş anlı yapılacak, bu anlamda ilave bir merasim oluşturmayan azaltma işleminden kaçınmanın, kaybı gizlemek dışında bir amacının olmayacağı düşüncesindeyiz.

Öte yandan, madde gerekçesindeki açıklamalar da farklı bir dille bizi aynı noktaya götürmektedir. Madde 376/2'nin gerekçesinde, Tasarının genel kurulu yetinme ve tamamlama seçenekleri arasında tercih yapmaya zorlamasının sebebinin, şirketin durumunu bir an önce açıklığa kavuşturmak düşüncesi olduğu belirtilmiş, ayrıca yetinmenin sermayenin azaltılıp zararın bünye dışına atılması anlamına geldiği vurgulanmıştır.

Bunlar dışında, karşıt görüş beyan eden yazarların dayandığı hususlar da kanaatimizce ikna edici değildir. *Moroğlu*, soyut bir şekilde, sermayenin tamamlanması ifadesinden öncelikle sermaye artırımının anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazarın bu bakış açısına katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, tabii olarak, kanun koyucu anılan ifade ile, kaybedilen sermayenin -çeşitli yollarla- yerine konulmasını kastetmiştir. Ancak, bunun için, öncelikle sermayedeki kaybın müşahhas bir şekilde -tüm ilgililer için- görünür vaziyette olmasını, yani tescil edilmesini istemiş, böylece kaybın sadece şirket yönetiminin vâkıf olduğu mali kayıtlarda gözüken bir olgu/teşhis olmaktan çıkarılıp, tescilli ve aleni bir vaziyete getirilmesini amaçlamış, sonrasında bu kayıp giderilmek isteniyorsa, sermaye artırımını veya sair yollarla bunun yapılmasına izin vermiştir. Öbür türlü, tescil edilmemiş bir kaybın sermaye artırımını yoluyla giderilmesi, diğer sermaye artırımlardan bir fark göstermeyecektir. Yani böyle bir artırım gerçek anlamda kaybı gideren/tamamlayan/ortadan kaldıran bir artırım olarak nitelenmek mümkün olmayacaktır. Şu halde, gerçek manada bir tamamlamadan söz edebilmek için, kaybın somut ve tescil edilmiş bir kayıp olması gerekir.

Soykan, s. 279, dn. 381) ile aynı Daire'nin 15.09.1994 tarih, 2246/6285 ve 15.01.2007 tarih, 13236/204 sayılı kararları (kararların ilgili kısımları için bkz. **Soykan**, s. 278, dn. 380); bunların yanında yine 11. HD'nin 16.06.2011 tarih, 2009-11773/7602 sayılı kararı (karar metni için bkz. "https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2009-11773-k-2011-7602-t-16-06-2011 (s.e.t. 25.4.2020). Nihayet 2018 tarihli güncel son karar için bkz. aşağıda dn. 12.

Ayrıca Yargıtay'ın görüşünü aynı yönde değerlendiren diğer yazarlar için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 216; **Paslı**, s. 77; **Moroğlu**, s. 61-62; **Türk**, Kitap, s. 160.

¹¹ Bkz. yukarıda dn. 9.

¹² Yargıtay 11. HD'nin 22.11.2018 tarih ve E.2016/14027, K.2018/7315 sayılı kararı. Karar metni için bkz. "https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2016-14027-k-2018-7315-t-22-11-2018" (s.e.t: 25.4.2020).

Öte yandan, üçte iki oranında bir kayıp söz konusu iken sermayenin artırılarak ilgililer için aldatici bir görüntü oluşturulmamasını amaçlayan kanun koyucunun olması gereken hukuka uygun bulduğumuz yaklaşımını, klasik sermaye öğretisinin dar bakışı olarak yorumlamanın da mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, sermayesini zararlar sonucu 2/3 oranında veya daha fazla kaybeden bir şirket, öncelikle eksilmiş sermayesini bulunduğu duruma (başka deyişle tescil edilmiş rakamdan kayıplarla erimiş rakama) getirmek, yani azaltmak zorundadır. Buna bilanço açığının bünye dışına çıkarılması da denmektedir. Akabinde, kaybedilen sermayenin yerine konulması düşünülüyorsa, bunun için sermaye artırımı dışındaki metotlar kullanılmayacaksa, azaltım kararı ile eş anlı olarak artırım kararı alınması gerekmektedir¹³. Buna kanuni ifadesiyle “sermayenin tamamlanması” denmektedir.

Ancak aşağıda daha ayrıntılı değineceğimiz üzere, Ticaret Bakanlığı Tebliğinde “sermayenin tamamlanması”, sermaye artırımını içermeyen şekilde anlaşılmış ve ona ayrı bir seçenek olarak yer

¹³ Artırılan sermaye azaltılan tutarla aynı ise TTK 473/1 uyarınca esas sözleşme değişikliği gerekmez.

Ne miktarda artırımın yapılması gerektiği, daha açık bir anlatımla en az azaltılan sermaye kadar artırım yapılması mı gerektiği yoksa şirketin TTK 376/2 kapsamından çıkmasına yetecek kadar artırımın da yeterli olup olmayacağı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gereğe bakıldığında, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla artırım yapılmasından söz edilmiştir. Öğretide ise, Tekinalp, tamamlamanın sermayenin üçte üçe ulaşacak şekilde yapılmasının yeterli olduğunu, kanuni yedek akçenin yarısının yiten kısmının tamamlanmasına gerek olmadığını belirtmektedir (**Tekinalp**, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Bası, İstanbul, Vedat, s. 245, par.12-131). Kayar’a göre, sermaye öncekinden daha yüksek bir miktara kadar artırılabilir gibi, üçte iki sermaye kaybını izale edecek kadar olmak şartıyla, önceki miktarına ulaşmayan sermaye tamamlamaları da mümkündür (**Kayar**, s. 651). Türk, Manavgat ve Can’ın görüşlerinin de Kayar’la temelde aynı yönde olduğu söylenebilir [**Türk**, Makale, s. 98; **Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik)**, s. 581; **Can**, s. 21]. Soykan ise, sermayeyi tamamlama yollarından birinin, açık kadar sermaye azaltılması ile aynı anda, sermayeyi önceki miktara tamamlayacak kadar artırım yapılması olduğunu belirtmektedir (**Soykan**, s. 264. Ayrıca, adı geçen yazarın, yukarıda anılan yazarların açıklamalarında belirttiği “kısmi tamamlama” ifadesine yönelik eleştirileri için bkz. s. 302 vd).

verilmiştir. Böyle olunca, genel kurula üç seçenek sunulan bir düzenleme yapılmıştır. Sermayenin artırılmasının, tamamlamanın içinde düşünülme-yip ayrı bir seçenek olarak zikredilmesi (kendi başına) bir sorun teşkil etmese de, sermayeyi azaltmadan sermayenin artırılmasına cevaz verilmesi TTK 376/2 hükmüne uygun düşmemektedir.

III. TİCARET BAKANLIĞI’NIN TEBLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Ticaret Bakanlığı’nın “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376’ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği’nin 5 ilâ 11. maddeler arasındaki II. Bölümünde “Sermaye Kaybı” düzenlenmiş, bu çerçevede 5. maddede TTK 376/1 ve 2 hükümlerine paralel olarak bu maddelerde geçen oranlarda sermaye kaybının oluştuğunun anlaşılması halinde genel kurulun toplantıya çağrılacağı, başka bir gündemle toplanmışsa bu hususun da görüşüleceği hükmüne bağlanmıştır. Devamında 6. maddede ½ oranında sermaye kaybı halinde yönetim organına düşen görevler ve genel kurulda alınabilecek kararlar, 7. maddede ise 2/3 oranında sermaye kaybı halinde genel kurulun alabileceği kararlar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, 7. maddede, TTK 376/2’den farklı olarak, genel kurula üç seçenek sunulduğunu, bunların sermayenin azaltılması, sermayenin tamamlanması ve sermayenin artırılması olarak sıralandığını, devam eden maddelerde ise her bir seçeneğin ayrı ayrı (8. maddede sermayenin azaltılması, 9. maddede sermayenin tamamlanması ve 10. maddede sermayenin artırılmasının) düzenlendiğini görmekteyiz.

Tebliğin TTK’den farklı olarak genel kurulun alabileceği kararları üçe çıkarmasının sebebinin sermayenin tamamlanması ile sermayenin artırılmasını ayrı seçenekler halinde ele alması olduğunu, sermayenin tamamlanmasını bilanço açıklarının ortakların tamamı veya bazı ortaklar tarafından kapatılması olarak anladığını (m.9/1 c.1), sermaye artırımına ise

(m.7/c'ye paralel olarak 10. maddede) bağımsız bir seçenek olarak yer verdiğini görüyoruz.

Asıl sorun ise sermaye artırımının bağımsız bir seçenek olarak düzenlendiği 10. maddede, genel kurulun

- sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda¹⁴ artırımına karar verilebileceği gibi (a bendi),
 - sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden de sermaye artırımına karar verebileceğinin (b bendi)
- düzenlenmiş olmasıdır.

Görüldüğü üzere, Tebliğ açık bir şekilde (10/b bendinde) 2/3 sermaye kaybı halinde şirketin doğrudan sermaye artırımını yapabileceğini öngörmektedir. Halbuki, bir önceki bölümde açıkladığımız üzere, öğretilerdeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay 11. HD'nin müstekar diyebileceğimiz içtihatları, TTK 376/2 (eTTK 324/2)'de tarif edilen durumdaki bir ortaklığın bilançosundaki açığı gidermeden (yani kaybedilen tutar kadar sermayesini azaltmadan) doğrudan doğruya sermaye artırımını yapamayacağı yönündedir. Bu çerçevede, Ticaret Bakanlığı Tebliği m.10/b hükmünün, TTK 376/2 hükmüne (hükmün öğretisi ve Yargıtay'ca kabul edilen anlamına) açıkça aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

Öte yandan Tebliğin anılan düzenlemesinde TTK ile uyumsuz başka yönler de vardır. Örneğin doğrudan sermaye artırımını yapılabilmesine izin veren 10. maddenin b bendinin 2. cümlesinde, bu şekilde yapılacak sermaye artırımında sermayenin

en az yarısını¹⁵ karşılayacak tutarın tescilden önce ödenmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. TTK 344/1 hükmünde, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşinin tescilden önce ödenmesi şart koşulmuştur. Görüldüğü gibi, Tebliğ düzenlemesi Kanundaki asgari ödeme oranını yükseltmektedir¹⁶. Ancak biz bilhassa doğrudan sermaye artırımına izin veren düzenlemenin kanuna aykırılığı üzerinde durmak istiyoruz.

Özetle, Tebliğde TTK 376/2 hükmüne, yani bir üst norma (normlar hiyerarşisine) aykırı hükümler bulunmaktadır¹⁷. Halihazırda yürürlükte olan Tebliğin¹⁸ TTK 376/2 hükmüne aykırı hükümlerini uygulamada ne gibi sorunlar yaratabileceği üzerinde düşünülmesi gereken bir sorundur¹⁹.

B. DEĞERLENDİRME

TTK 210 hükmünde, Ticaret Bakanlığı TTK'nın ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin

¹⁵ Madde hükmünde geçen "sermayenin en az yarısını" ifadesini, herhalde artırılan sermayenin en az yarısı şeklinde anlamak gerekir.

¹⁶ Tebliğin bu düzenlemesinin, sermayenin korunması ilkesi yönünden şirket ile alacaklılar lehine olduğu ileri sürülerek, bu yönüyle kanunun ruhuna (*ratio legis*'ine) aykırı düşmediği, bu nedenle bir kanuna aykırılık durumunun söz konusu olmadığı görüşü de savunulabilir.

Maddenin her iki fıkrası arasında asgari sermaye borcu ödeme yükümlülüğü bakımından Tebliğde yaratılan farkın, TTK'daki kanuni dayanağının tespit edilemediği hakkında ayrıca bkz. **Özkorkut**, Korkut (2019) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" Hakkında Düşünceler' Prof.Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Oniki Levha, s. 984; ayrıca bkz. **Tufan**, s. 38.

¹⁷ Kamu idaresi tarafından çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname ve tebliğ gibi objektif idari düzenlemelerin genel nitelikteki kanun hükümlerine göre öncelikle uygulanmasının hukukun normlar hiyerarşisine ve Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacağı hakkında bkz. **Moroğlu**, s. 304.

¹⁸ Tebliğin iptaline dair dava açıldığına ilişkin bir bilgiye ulaşılamamıştır.

¹⁹ Bu çerçevede, Tebliğin konuya ilişkin uygulama esaslarını belirlediği ve tereddütleri giderdiği görüşüne [bu yöndeki görüşü için bkz. **Akbulak**, Yavuz (2018) '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesi Kapsamında Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olmaya İlişkin Yeni Esaslar' Legal Hukuk Dergisi, S:190, C:16, s. 4856], bahsettiğimiz maddeler yönünden katılma olanağı bulunmamaktadır.

¹⁴ Tebliğde "istenilen tutar" denilerek, azaltma ile eş anlı artırım yolunun tercih edilmesi halinde, sermayenin ne kadar artırılabileceği hususunda bir alt sınır gösterilmemiş olması da eleştiriye açıktır (eTTK 324/2 ve TTK 376/2 bağlamında yetinme değil, tamamlamanın tercih edilmesi halinde sermayenin ne kadar artırılması gerektiğinin öğretilerde tartışmaya yol açtığına ve ileri sürülen görüşlere yukarıda dn. 14'te değinmiştik.

uygulanmasıyla ilgili tebliğler yayınlamaya yetkili olduğu, ticaret şirketleri ve sicil müdürlüklerinin bu tebliğlere uyacakları hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılan tebliğlerin sicil müdürlükleri ve şirketler bakımından bağlayıcılığından söz edilebilir.

Yargı organları ise, hiyerarşi olarak kanunun altındaki hükümleri de (tüzük, yönetmelik, tebliğ vs) dikkate almakla birlikte, ikisi arasında bir çelişki olması durumunda, kanuna bağlı olarak hüküm verirler. Nitekim 22.03.1996 tarih ve E.1993/5, K.1996/1 sayılı İBBGK'nda²⁰, bu hususta ilkesel açıklamalar bulunmaktadır:

“Anayasa’da kanun çıkarma yetkisi yaşama organına verilmiştir. Yasama organı Anayasa çerçevesinde konu ile sınırlı olmaksızın kanun çıkarabilir. Bir başka deyimle kanun, Yasama organı tarafından yapılan bağımsız bir hukuksal düzenlemedir. Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla: kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi zorunludur. Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasa’da ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayrımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul

zorunludur. Yargıtay’ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir.”

Bu çerçevede, TTK 376/2’de belirtilen mali durumdaki bir şirket, genel kurulda²¹ doğrudan sermaye artırım kararı alabilecek ve Tebliğin anılan hükümlerine göre bu kararı tescil ettirmekte bir sorunla karşılaşmayacaktır.

Buna karşın, pay sahipleri (ve bunlar yanında hukuki menfaatini ispat eden herkes) genel kurulda alınan kararın TTK 376/2 hükmüne aykırı olduğunu ileri sürerek kararın butlanını ya da iptalini dava edebilecektir²². Tebliğ hükmü kanunla

²⁰ Bkz. “<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1993-5-k-1996-1-t-22-3-1996>” (s.e.t.: 25.4.2020).

²¹ TTK 376/2 kapsamındaki bir şirket kayıtlı sermaye sisteminde ise, sermaye artırım kararını yönetim kurulu alabilir mi? Öğretide bu husus da bazı yazarlarca tartışılmış, Cenkçi, Türk ve Soykan’ın aralarında olduğu yazarlar, hükmün lafzı ve ruhuyla, anılan mali durumda hangi önlemlerin alınacağına münhasıran genel kurulda karara bağlanmasını amaçladığı ve bu yolda düzenleme yaptığı gerekçesiyle, kayıtlı sermaye sisteminde dahi tamamlama kapsamındaki sermaye artırım kararını vermeye genel kurulun yetkili olduğu yönünde görüş beyan etmişlerdir (bkz. **Cenkçi**, s. 107 vd; **Soykan**, s. 261, dn. 350’nin devamı; **Türk**, Kitap, s. 24. Aksi yönde görüş belirten Manavgat ise, ortaklık kayıtlı sermaye sistemindeyse, yönetim kurulunun, genel kurulun münhasır yetkisine giren sermaye azaltma kararından sonra, sermaye artırım kararı alabileceğini savunmuştur [**Manavgat**, Çağlar (2013) ‘Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ BATİDER, S:1, C:29, s. 69].

²² TTK 376/2 hükmüne aykırılığın kararın butlanına mı yoksa iptaline mi yol açacağı hususu da tartışmaya açıktır. Çalışmamızda da değindiğimiz bir kısım Yargıtay kararlarında [bkz. TD’nin 02.04.1970 tarih, 1123/1347 sayılı kararı, 11 HD’nin 16.06.2011 tarih ve 2009-11773/7602 sayılı kararı (karar metinleri için bkz. yukarıda dn. 10)] belirtilen durumda alınan sermaye artırım kararının batıl olacağı açıkça belirtilmiştir. Öğretide ise Soykan TTK 376/2 hükmüne aykırılığın butlana yol açacağını savunmaktadır (**Soykan**, s. 582). Paslı ise, diğer ilgili kararlarının yorumlanmasından Yargıtay’ın bu konudaki yaklaşımının iptal edilebilirlik olduğu sonucuna ulaşmaktadır (**Paslı**, s. 80). Kanımızca söz konusu aykırılığın genel kurul kararının hükümsüzlük hallerinden butlana mı yoksa iptal edilebilirliğe mi yol açacağı meselesinin, TK 456/4 atfıyla TK 353 hükmünün kıyasen sermaye artırımlarında da uygulanacak olması nedeniyle, fazla da bir önemi yoktur. Çünkü butlan da olsa dava, TK 353/4 hükmü uyarınca, ancak azami üç aylık sürede açılabilir. Başka deyişle, butlanın genel özelliği olan herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir olması sermaye artırımları bakımından geçerli değildir.

çelişik olduğundan, yukarıda yer verdiğimiz içtihadı birleştirme kararı uyarınca, mahkeme kanun hükmünü nazara alarak karar verecektir. Öte yandan, Tebliğ hükmü tek başına Yargıtay'ın önceki içtihatlarını dayanaksız ya da geçersiz hale getirmeyecektir. Bu itibarla, temyiz aşamasında Yargıtay 11. HD, TTK 376/2'ye ilişkin şimdikiye kadar içtihatları ile aynı yönde karar verirse (yani içtihadını değiştirmese), doğrudan yapılan sermaye artırımının butlanına ya da iptaline karar vermesi beklenebilir. Yaptığımız tarama sonucuna göre Tebliğ hükümlerinin de değerlendirme konusu edildiği bir Yargıtay kararı henüz bulunmamaktadır²³.

Sonuç olarak Tebliğ m.10/b hükmü, sermayesini 2/3 oranında kaybeden şirkete, doğrudan aldığı sermaye artırım kararını ancak tescil ettirebilmek yönünden kolaylık sağlar. Ancak işlemin tescil edilmiş olması onu hukuka uygun hale getirmeyecek, bu bağlamda kararın butlanı ve/veya iptalinin dava edilebilmesine engel olmayacaktır. Şu kadar ki, TK 456/4 hükmünde TK 353 hükmüne yapılan atıfla, anılan maddenin 4.fıkrasında belirtilen 3 aylık sürenin geçmesiyle tescilin onarıcı etkisi sermaye artırımlarında da kendisini gösterir. Kanun koyucunun bu tercihi, ancak TK 353/4'te belirtilen sürenin geçirildiği hallerde sermaye artırımının butlanının ileri sürülememesini, yani işlem güvenliğini sağlayabilir. Buna karşın, süre geçirilmeden TK 376/2 hükmüne aykırılık iddiasıyla açılacak davalarda, yukarıda ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde, butlan veya iptal kararı çıkmasının beklenecek olması şirket yönetimlerinde dikkate alınmalıdır.

Öğretide Moroğlu, TK 356/4 hükmünün yaptığı atıfla ilgili olarak, TK 353/1'deki düzenlemenin kuruluş bakımından doğru olsa bile, sermaye artırımına uygulanmasının çelişkiye yol açabileceğini ifade etmektedir (**Moroğlu**, s. 315-316). Daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. **Soykan**, s. 615 vd.

²³ Konuya ilişkin tespit ettiğimiz 22.11.2018 tarihli son karar (bkz. yukarıda dn. 12) her ne kadar Tebliğin yürürlüğe girmesinden sonra verilmiş ise de, kararda tartışma konusu yapılmamıştır.

KISALTMALAR

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz	: bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c	: cümle
C	: Cilt
dn	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
eTTK	: mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
m	: madde
MÜHF-HAD:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi
par	: paragraf
s	: sayfa
S	: Sayı
TD	: Ticaret Dairesi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı

KAYNAKÇA

Akbulak, Yavuz (2018) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 376’ncı Maddesi Kapsamında Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olmaya İlişkin Yeni Esaslar’ Legal Hukuk Dergisi, S:190, C:16, s. 4847-4856.

Ayoğlu, Tolga (2017) ‘TTK M.376 F.1 ve F.2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler’ Legal Hukuk Dergisi, S:172, C:15, s. 1581-1603.

Can, Mustafa Erdem (2018) ‘Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkisinin Kaybının Hukuki Sonuçları’ ERÜHFD, S:1, C:13, s. 1-36.

Cançi, Esra (2015) Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, İstanbul, Oniki Levha.

Karayalçın, Yaşar (1989) ‘Yeniden Değerleme Fonu-Esas Sermaye Artırımı’ Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar VI, Ankara, BTHAE.

Kaya, Arslan (2016) Gereçeli Karşılaştırmalı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, Beta.

Kayar, İsmail (2012) ‘Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları’ MÜHF-HAD, S:2 (Özel Sayı - 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken), C:18.

Kendigelen, Abuzer (2015) Hukuki Mütalâalar -Mahkeme Kararları ile Birlikte-, C:XXII (2012-2013/1), İstanbul, Oniki Levha.

Kırca, İsmail & **Gürel**, Murat (2017) ‘Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma’ Prof.Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Ankara, Turhan.

Kırca, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & Manavgat, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C:I, Ankara, BTHAE.

Manavgat, Çağlar (2013) ‘Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ BATİDER, S:1, C:29, s. 45-78.

Moroğlu, Erdoğan (2018) Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4.Baskı, İstanbul, Oniki Levha.

Özkorkut, Korkut (2019) ‘‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376ıncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’’ Hakkında Düşünceler’ Prof.Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul, Oniki Levha, s. 975-993.

Paslı, Ali (2018) ‘Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı’, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - 20.10.2017-, İstanbul, Oniki Levha, s. 49-82.

Poroy, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2017) Ortaklıklar Hukuku II, 13.Bası, İstanbul, Vedat.

Soykan, İsmail Cem (2019) Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul, Oniki Levha.

Tekinalp, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Bası, İstanbul, Vedat.

Teoman, Ömer (2001) ‘Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları II - Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda TTK. m. 324 Denetimi’, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- C:II (1982-2001), İstanbul, Beta, s. 367-374.

Tufan, Ayşe Şebnem (2019) ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık Kavramları ile Sermayesini Kaybetmiş veya Borca Batık Anonim Şirketlerin Birleşmeye Katılması’ (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Türk, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel (Anılış: Kitap).

Türk, Ahmet (2015) ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler-

le Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları’ DEÜHFD, S:2, C:17, s. 63-112 (Anılış: Makale).

**SMK HÜKÜMLERİYLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK FSEK KAPSAMINDA GERÇEK OLMAYAN
VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME**

**FALSE AGENCY WITHOUT AUTHORITY: LAW ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS
AND INDUSTRIAL PROPERTY LAW IN COMPARISON**

Arş. Gör. Kübra YILDIZ*

ÖZET

Kişinin kendi yararına başka birine ait bir işi görmesi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan temel yaptırım elde edilen menfaatin devridir. Bu kapsamda, işi gören o hukuka aykırı fiil nedeniyle elde ettiği net kazancı iş sahibine devredecektir. Bu talep zarardan tamamıyla bağışiktir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bazı görünüm biçimleri çeşitli kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. FSEK de bu kanunlardan birini oluşturmaktadır. Çalışmamız kapsamında SMK hükümleriyle karşılaştırmalı olarak FSEK kapsamında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, Menfaat Devri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu.

ABSTRACT

It is considered to false agency without authority if a person's doing a job that belongs to someone else for his own benefit. The basic sanction arising from false agency without authority is the disgorgement of profit. In this context, the net profit obtained due to the act contrary to the law will transfer to the right's owner. This claim is fully immune to damage. Some forms of appearance of false agency without authority are specifically regulated in various laws. Law on Intellectual and Artistic Works is one of these laws. In the scope of our study, in comparison with the provisions of Industrial Property Law, the situation of false agency without authority according to the Law on Intellectual and Artistic Works is discussed.

Keywords: False Agency Without Authority, Disgorgement of Profit, Law on Intellectual and Artistic Works, Industrial Property Law.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-mail: kubrayildiz@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8814-648X)

(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 16.01.2020/ Kabul Tarihi: 08.05.2020).

GİRİŞ

Başkasına ait bir işi görme durumları temelinde iki şekilde gerçekleşebilir. Bir kişi işi ya iş sahibinin menfaatine ya da kendi menfaatine görür. Bu durumlar da ikiye alt başlığa ayrılırlar. İlk durum açısından bakıldığında iş sahibi menfaatinde görülen iş ya onun varsayılan iradesine uygundur ya da aykırıdır. Kişinin işi kendi menfaatine görmesi halinde de ya o bu işi görürken iyiniyetlidir yani kendini yetkili zannederek işi görmektedir ya da kötü niyetlidir ve başkasının işini kendi yararına görürken durumu bilmekte veya bilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen dört ihtimalden birincisi gerçek vekâletsiz iş görme, sonuncusu ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde adlandırılmaktadır¹. Başkasının işini kendi menfaatine

¹ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair doktrinde bazı temel tartışmalar bulunmaktadır. Bunlar içerisinde işi görenin kusurlu olmasının gerekli gerekmediği daha açık bir ifadeyle kötü niyetin zorunlu bir unsur olup olmadığı ve özen yükümünün varlığı konumuz açısından önem taşıdığından ayrıca incelenmelidir.

İlk mesele açısından bakıldığında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen TBK m. 530'da kusurdan açıkça söz edilmemiştir. Dolayısıyla da doktrinde kusurun gerekli olduğunu savunan (Arkan Akbıyık, Azra (1999) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa, s. 42; Baş Süzel, Ece (2015) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul, On İki Levha, s. 44; Atlan Kazan, Hülya (2014) "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme" SÜHFD, S:2, C:2, s. 153; Hatemi, Hüseyin (1999) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz, § 10 N 43; Küçükali, Canan (2017) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin, s. 59) ve işi görenin iyiniyetli olması halinde de menfaat devri yaptırımının uygulanabileceğini savunan (Becker, Hermann (1993) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, M. 184-551, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayını No: 24, m. 423 N 3) görüşler ortaya çıkmıştır. Tandoğan ise iyiniyetli vekâletsiz iş gören bakımından da menfaat devrinin söz konusu olması gerektiğiyle birlikte onun sadece, temin ettiği kardan elinde kalanıyla sorumlu olduğunu belirtmektedir (Tandoğan, Halûk (1957) Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 203). Mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 423. maddesinde de kusurun aranıp aranmayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ve Alman Medeni Kanunu'nda kusurun arandığı görülmektedir. OR 2020 Tasarısı Art. 69'da; "es sei denn, er beweise, dass er um den Eingriff in die fremden Interessen weder gewusst hat noch hätte wissen müssen", İngilizce metninde "unless he proves that he was neither aware nor should have been aware of the infringement", BGB § 687/2'de de "obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist" denerek kusurun varlığı gerekli görülmüştür. Yine gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin özel görünüm biçimleri olan fikri ve

sınai haklara bakıldığında FSEK m. 70/3'te ilk iki maddeye atf yapılmaktadır. Manevi tazminata dair 1. fıkrada kusurdan açıkça söz edilmiş olmamakla beraber 2. fıkrada kusur açıkça aranmıştır. SMK m. 151/1-b hükmüyle ise hâlihazırda, hatalı bir şekilde, maddi tazminat kapsamında yoksun kalınan karın hesaplanmasında söz konusu olabilecek seçilmiş bir talep hakkı sağlandığından ve karşı tarafın sorumluluğu için kural kusur sorumluluğu olduğundan, kusurun varlığı gerekli görülmüştür denebilecektir. Fakat kanaatimizce menfaat devri, maddi tazminattan farklı olmakla birlikte burada da kusurun varlığı gerekli olmalıdır. Nitekim menfaat devri ağır bir yaptırımdır ve bu yaptırımın iyiniyetli iş gören bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Ayrıca kanun koyucunun genellikle iyiniyetli ve kötü niyetli birbirinden ayırdığı hukuk sistemimizde her ikisini de aynı yaptırıma tabi tutmak hakkaniyetli olmayacaktır. Dolayısıyla da işi gören, başkasına ait bir işi kendi menfaatine yaptığını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle menfaat devri yaptırımının uygulanabilmesi için kötü niyetin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Tüm bunlarla beraber FSEK m. 70/3 bakımından doktrinde farklı değerlendirmeler de yapılmaktadır. Burada da kötü niyetin şart olduğunu benimseyen yazarların yanında (Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 221; Gümüş, Mustafa Alper (2012) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, Vedat, s. 235), başkasına ait fikri bir hakkın o kişinin iradesine aykırı olarak kullanılması ve o haktan bir menfaat temin edilmesi halinde kişinin iyiniyetli olduğu durumda dahi menfaati devretmesi gerektiği de ileri sürülmüştür (Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat, § 20 N 99; Ayiter, Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, S Yayınları, s. 263; Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan, s. 677; Erel, Şafak N. (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin, s. 349; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019) Sınai Haklarla Karşılaşımali Fikri Haklar, 5. Bası, Ankara, Turhan, s. 417, yazar FSEK ve SMK bakımından kusurun gerekli olmamasının yanında TBK'da da kusurun aranmadığını belirtmiştir). Kanaatimizce hukukun diğer alanlarındaki gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri taleplerinde olduğu gibi fikri ve sınai haklar alanında da kötü niyet aranmalıdır. Öncelikle SMK'nın mevcut sisteminde menfaat devri talebinin tazminat davası kapsamında yoksun kalınan karın bir hesaplanma yöntemi olarak düzenlenmiş olması karşısında kusuru aramamak doğru olmayacaktır. Bununla beraber kötü niyetin içeriğini oluşturan iki sacayaktan biri olan başkasına ait bir işi kendi menfaatine yaptığını bilmesi gerekme hali fikri ve sınai haklar söz konusu olunca daha geniş yorumlanmalıdır. Bir kişinin başkasına ait bir hakkı izinsiz kullanıp bundan bir menfaat temin etmesi ve buna rağmen iyiniyetli olması hali çok fazla karşılaşılabilecek bir ihtimal değildir. İş görenin, iş sahibine ait hakkı kullanırken lisans sözleşmesi yapılması gibi bir hukuki işlemin tesisinin gerekli olduğunu bilmesi dahi bilmesi gerekir. Bu durumda işi görenin ayırt etme gücü olmaması halinde kusuru olmadığı sebebiyle problem yaşanabilir. Ancak menfaat devrine konu olacak şey o hakkın kullanılabilmesiyle elde edilen kazançtır. Ayırt etme gücü olmayan bir insanın başkasının eseri üzerindeki haklarını istismar etmesi söz konusu olabilse de bu ihlalden elde ettiği ürünleri piyasaya sürmesi ve bundan kazanç elde etmesi zor bir ihtimaldir.

ne görme hâli yani gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair temel düzenleme TBK² m. 530 hükmüdür. Ancak bu temel düzenlemenin yanı sıra kimi kanunlarda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünüm biçimlerine de rastlanmaktadır. Kişiliğin korunmasına, haksız rekabete, fikri ve sınai haklara dair bazı hükümler bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak SMK³ ve FSEK⁴ açısından karşılaştırılmalı bir şekilde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle ilgili maddelerde nasıl bir düzenlemenin bulunduğu ve bu kapsamda menfaat devri talebi, menfaat devri talebinin fikri ve sınai hakların ihlalinde söz konusu olacak diğer talepler karşısındaki durumu, menfaat devri talebi bakımından ispat ve zamanaşımı meseleleri incelenmektedir.

I. GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEDE DEVRE KONU OLACAK MENFAATİN BELİRLENMESİ

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumlarına özgü bir yaptırım çeşidi olarak karşılaşılan elde edilen menfaatin iş sahibine iadesi hakkından ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi ve bu talebin diğer bazı talepler karşısındaki pozisyonu-

nun belirlenmesi hayati bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla öncelikle bu başlık altında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede söz konusu olacak yaptırımın nasıl belirleneceği irdelenmektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunun yaptırımı Türk Borçlar Kanunu m. 530 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, “İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.” Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dair İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 423 hükmünde de aynı yaptırımın düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemelere göre, işi görenin elde ettiği menfaatin (kazancın) devri gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını oluşturmaktadır. Hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmek suretiyle başkasına ait bir işi gören kişinin elde ettiği menfaatin, iş sahibinin malvarlığında herhangi bir azalma olmaması halinde dahi talep edilebilmesi mümkündür. Söz konusu menfaatin talep edilebilmesi ne haksız fiilde olduğu gibi herhangi bir zararın varlığına ne de sebep-siz zenginleşmede olduğu gibi bir fakirleşmenin varlığına bağlıdır⁵.

Burada alacak hakkına konu olan kazanç, iş görenin, iş sahibinin haklarını istismar etmesi sonucu elde ettiği kazancın tümü olan brüt kazanç değil, brüt kazançta faiz⁶ eklenmesi ve bundan

İkinci bir problem olarak işi görenin özen yükümünün olup olmadığı bakımından da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçek vekâletsiz iş görme bakımından özen yükümünün varlığı ise TBK m. 527’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkmak suretiyle iki varsayımda bulunulabilecektir. İlk olarak gerçek vekâletsiz iş görmede dahi iş görenin özen yükümünün varlığını kabul ederken aynı sonuca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme açısından varmamak tutarsız görünebilir. Aksi halde iş sahibinin menfaatine işi gören kişi ihmalinden sorumlu tutulurken kendi menfaatine iş gören kişi ihmalinden sorumlu tutulmayacaktır. Fakat diğer taraftan hâlihazırda hukuka aykırı bir şekilde başkasının işini gören kişinin özen yükümü altında tutulmasının mantıklı olmadığı düşünülebilir. Kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de işi görenin özen yükümü olduğu kabul edilmelidir. İş görenin özen yükümünün bulunduğu dair ayrıca bkz. Arkan Akbıyık, s. 44; Atlan Kazan, s. 165.

² R.G. Tarihi: 4.2.2011, R.G. Sayısı: 29944, Kabul Tarihi: 11.1.2011.

³ R.G. Tarihi: 10.1.2017, R.G. Sayısı: 27836, Kabul Tarihi: 22.12.2016.

⁴ R.G. Tarihi: 13.12.1951, R.G. Sayısı: 7981, Kabul Tarihi: 5.12.1951.

⁵ Arkan Akbıyık, s. 48.

⁶ Burada bahsi geçen faiz işi görenin kazancı elde ettiği gün ile bu kazancı iş sahibine teslim ettiği gün arasında geçecek olan süre için ödenecektir. Nitekim TBK m. 117 hükmü uyarınca haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Bu hükmün kıyasen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye de uygulanması suretiyle burada da aynı sonuca varmak mümkündür. Söz konusu faizin oranı 3095 sayılı Kanun’un 2. maddesi hükmüne göre belirlenecektir. Özellikle bir ticari işin varlığı halinde aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca avans faizi de talep edilebilecektir. FSEK ve SMK kapsamında hukuka aykırı kabul edilecek kullanımların genellikle bir ticari iş şeklinde gerçekleştirileceği göz önünde bulundurulduğunda çoğu olayda avans faizi istenmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim avans faizi oranı TCMB’nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranıdır ve eğer bu miktar Ka-

masrafların çıkarılması sonucu elde edilen net kazançtır⁷.

Devre konu kazancın hesaplanmasında, işi görenin kendi üstün yetenekleri sonucu elde ettiği tutar ya da normal koşullarda elde edebileceğinden daha azını elde ettiyse bu tutar göz önünde bulun-

durulacaktır⁸. Bu durumda kişinin ihmali sonucu elde edemediği kazancın menfaat devri kapsamında talep edilebilir olup olmadığı belli değildir. Örneğin bir kişiye ait markayı veya eseri o kişinin iradesine aykırı olarak kendi menfaatine kullanan biri özensiz hareketleri nedeniyle normal şartlarda elde edebileceğinden çok daha az kazanç elde etse, hâlihazırda elde edilen ve elde edilmesi ihmal edilen kazançlar hangi hukuki temele dayalı olarak talep edilebilecektir? Kanaatimizce devre konu menfaat fiili durum üzerinden hesaplanmalıdır. İş görenin özenli bir şekilde hareket etmesi durumunda elde edebileceği ancak somut olayda elde edemediği kazanç ise menfaat devri kapsamında değil yoksun kalınan kazanç olarak talep edilebilmelidir⁹. Zira kişi hâlihazırda zaten bir hukuka aykırı fiil gerçekleştirmekteyken ondan daha fazla kazanç elde etmesini istemek ve beklemek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla somut olayda özenli hareket neticesinde 30.000 TL elde edilebilecek olmasına rağmen fiilen 20.000 TL elde edilirse menfaat devrine konu tutar 20.000 TL olacaktır. Özensizlik nedeniyle elde etme imkânı kaçırılan meblağ ise yoksun kalınan kazancı oluşturacaktır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede devre konu menfaatin belirlenmesine dair temel prensipler yukarıda belirtildiği üzere olduğundan, bu doğrultuda vekâletsiz iş görmenin FSEK ve SMK kapsamında nasıl bir görünüme büründüğü ve ilgili hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiği meseleleri üzerinde durulmalıdır.

II. FSEK VE SMK KAPSAMINDA MENFAAT DEVRİ YAPTIRIMININ DÜZENLENMESİ VE BU TALEBİN KANUNDAN DOĞAN DİĞER TALEPLER KARŞISINDAKİ DURUMU

Bu başlık altında öncelikle FSEK ve SMK kapsamından menfaat devri talebinin nasıl bir hukuki görünüme büründüğü incelenmiş olup

nun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen orandan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. Hâlihazırda m. 2/1 hükmü uyarınca belirlenen temerrüt faizi oranı %9'iken, avans faizi oranı ise 11.10.2019 tarihli ve 30915 sayılı RG'de TCMB tarafından yayımlanan "Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranlarının Tespiti" hakkında Tebliğ ile %18,25 olarak belirlenmiştir.

⁷ Atlan Kazan, s. 168; Arkan Akbıyık, s. 47; Uzunallı, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, Adalet, s. 395 vd.; Özer, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanununun Neler Getirdiği, Ankara, Seçkin, s. 23; Güneş, İlhami (2018) Marka Hukuku, Ankara, Adalet, s. 342. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:9.5.2016, E:2015/10650, K:2016/5199: "Ancak, mahkemece alınan bilirkişi raporunda eser olarak kabul edilme-
yen programda bölüm başına 12.165 TL+KDV'nin davalı Federasyon tarafından davalı S. A.'a ödeneceği, bu miktar içinde davalı D. A...'nin bölüm başına 6.923 TL+KDV tahsil edeceği, böylece davalı S. A.'ın 5.242 TL+KDV gelir sağlayacağı belirtilmiş, bunun 2.242 TL'sinin bölüm başına masraflara gidebileceği, dolayısıyla bölüm başına net kârın 3.000 TL olabileceği hesaplanmış, davacının taraf olmadığı ve davalılar S. A. ile D. A... arasında imzalanan sözleşmede masrafların davalı S. A. tarafından karşılanacağını kararlaştırıldığından bahisle giderlerin tümünün davalı S. A. tarafından yapıldığı kabul edilerek bölüm başı net kâr olarak hesaplanan 3.000 TL davacı ile mümeyiz davalı arasında paylaştırılmıştır. Ancak bu giderlerin tamamının davalı S. A. tarafından yapıldığına ilişkin bir delil dosyada bulunmadığı gibi davalı Sera tarafından gönderilen e-mailde davacının yapım nedeniyle 12.220 TL masraf yaptığı belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, dava konusu programın yapımı nedeniyle davacı ile davalı S. A.'ın ne miktar gider yaptıkları üzerinde durulup buna göre davacının talep edebileceği miktarın tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken program için yapılan tüm giderlerin davalı S. A. tarafından karşılandığının kabulüyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, davacı yararına bozmayı gerektirmiştir."; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:14.4.2014, E:2014/127, K:2014/7331: "Bu durumda, mahkemece vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamın da davalının dava konusu eserlerin satışından elde ettiği net kârın tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken İstanbul Yayıncılar Birliği'nin bu tür kitaplarda yayınevi kâr marjının %20 olduğu yönündeki cevabı nazara alınarak satılan kitaplardan elde edilen hasılatın üzerinden %20 kâr hesabı ile bulunan miktara hükmedilmesi doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁸ Arkan Akbıyık, s. 48.

⁹ Söz konusu tutar haksız fiile dayalı olarak da talep edilebilir (Baş Süzel, s. 296).

ardından ise, tazminat talebi ve üç kat bedel talepleri ile menfaat devri talebi arasındaki ilişkinin belirlenmesi suretiyle söz konusu düzenlemelerin yerindeliği ele alınmıştır.

A. GENEL İTİBARIYLA FSEK VE SMK KAPSAMINDA MENFAAT DEVRİ TALEBİ

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri talebi FSEK m. 70/3 ve SMK m. 151/2 hükümlerinde düzenlenmiştir. İlgili fıkralarda düzenlenen sorumluluğun nasıl bir temele dayandırıldığına anlaşılabilirliği için maddelerin diğer fıkralarına da bakılmalıdır. FSEK m. 70 hükmü uyarınca; “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*”

Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.

Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir.” SMK m. 151 hükmüne göre ise; “*Yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır:*

a) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir.*

b) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç.*

c) *Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun*

şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli.”

İlgili maddelerin bütününden açıkça anlaşılabilirliği üzere FSEK bakımından menfaat devri talebi maddi ve manevi tazminat taleplerinden ayrı

bir yaptırım olarak düzenlenmesine rağmen, SMK m. 151/2-b hükmü uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir seçenek olarak düzenlenmiştir. FSEK düzenlemesinin mi yoksa SMK düzenlemesinin mi uygun olduğunu tespit için öncelikle menfaat devri talebinin tazminat talepleri bakımından pozisyonunun belirlenmesi gerekmektedir.

B. MENFAAT DEVRİ TALEBİ VE TAZMİNAT TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tazminat borcu, kural olarak bir kişinin uğradığı zararı giderme amacı güder¹⁰. Fikri veya sınai bir hakkın¹¹ istismar edildiği bir durumda da tazmin edilmesi gereken çeşitli zarar kalemleriyle karşılaşmak mümkündür. İlk olarak hakkın sahibi manevi zarara uğramış olabilir. İş görenin hukuka aykırı fiili nedeniyle hakkın gerçek sahibinin uğradığı bu zarar manevi tazminat davası ile giderilebilir. Bu durumda somut olayda manevi tazminat davası için gerekli şartların sağlanmış olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Manevi zarar

¹⁰ von Tuhr, Andreas (1983) Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, § 13 N 1 vd.; Oğuzman, M. Kemal & Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul, Vedat, N 1245 vd.

¹¹ İhlal edilen hakkın nisbi bir hak olması durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye gidilip gidilmeyeceği belli değildir. Doktrinde bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş gerçek olmayan vekâletsiz iş görme durumunda istismar edilen haktan yalnız mutlak hakların anlaşılması gerektiğini savunurken (Baş Süzel, s. 61 vd., Baş Süzel'e göre, mutlak hak ihlali dışında bir hukuka aykırılık var ise ancak ve ancak kanun tarafından hukuka aykırılık bağı kurulduğu takdirde menfaat devri yaptırımı söz konusu olabilir. Yazar bu duruma örnek olarak da TTK m. 231'i göstermektedir.), diğer bir görüş nisbi haklarında bu kapsama girebileceğini savunmaktadır (Arkan Akbıyık, s. 30; Tandoğan, Vekâletsiz İş Görme, s. 111; Gümüş, s. 236; Atlan Kazan, s. 159-160). İkinci görüş esas alındığında işi gören ve iş sahibi arasında bir sözleşmenin varlığı halinde sadece sözleşmeye aykırılık hükümlerine değil aynı zamanda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine de gidilebilir. Kanaatimizce şartlarının gerçekleşmesi halinde hem sözleşmeye aykırılığa hem de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilmelidir. Böylece yarışan bu hükümlerden hangisine dayanacağını seçim hakkı iş sahibinde olacaktır.

bulunmasına rağmen herhangi bir maddi zarara uğranılmamış olabilir. Mesela iş sahibinin hakkına yönelik istismar olmasaydı dahi onun kendi başına herhangi bir kazanımda bulunması söz konusu olmayabilir ve ayrıca bir fiili zararı da bulunmayabilir. Fakat işi gören kişi üstün yetenekleri sayesinde iş sahibinin elde edemeyeceği menfaatler elde ettiyse bu durumda bu menfaatlerin devri gündeme gelir. Son olarak da manevi zararın yanı sıra kişinin maddi bir zarara uğraması da söz konusu olabilir. Maddi zararın söz konusu olduğu durumda gündeme gelecek maddi tazminat davasında kişinin uğradığı fiili zarar ya da yoksun kaldığı kar ile karşılaştırılır.

Manevi tazminat talebi maddi bir zararın varlığına bağlı olmadığından menfaat devri veya maddi tazminat davasıyla beraber söz konusu olabilir. Yani manevi tazminat davası ile menfaat devri veya maddi tazminat davası kümülatif olarak gündeme gelebilmektedir. Menfaat devri yaptırımı ile maddi tazminatın beraberce istenebilir olup olmadığı ise ayrıca değerlendirilmelidir.

Maddi tazminat kapsamında kişinin fiilen uğradığı zararı ya da hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kaldığı karı talep edilir. Menfaat devrinde ise hukuka aykırı fiil nedeniyle işi görenin fiilen elde ettiği menfaatin devri gündeme gelmektedir. İş sahibinin uğradığı fiili zararın talebi ayrıca menfaat devrinin talep edilmesine de engel oluşturmazdır. Çünkü bu iki kalem birbirlerinden farklıdır¹². Durum şöyle bir örnekle açıklanabilir:

¹² Tekinalp, § 20 N 99 (Fiili zararın tazmininin de zararı ortadan kaldırması nedeniyle menfaat devrine yer bırakmadığı hususunda bkz. Yasaman, Hamdi (2002) "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.İ, Beta, s. 816). Yargıtay'ın menfaat devrini maddi tazminatın hesaplanmasına yönelik bir imkân olarak gördüğü kararları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:14.4.2014, E:2014/127, K:2014/7331: "Dava, davacının mali haklarına sahip olduğu eserlerin davalı şirket tarafından yayınlanması nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Davacı, ıslah dilekçesi ile seçimlik hakkını kullanarak tazminat taleplerini 5846 sayılı Kanun'un 70/3. maddesi uyarınca, davalının elde ettiği kârın ödenmesine dayandırmıştır." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Muhtemeldir ki böyle bir kararın verilmesinde sinai mülkiyet haklarına dair düzenlemelerin etkisinde kalındı. Fakat hâlihazırda SMK'da (eskiden ilgili KHK'larda) bulunan düzenleme doğru olma-

Patente konu bir buluş vekâletsiz bir şekilde üçüncü bir kişi tarafından kullanılmış buna dayalı olarak da pek çok ürün imal edilip piyasaya sürülmüş ve iş sahibi ciddi bir menfaat elde etmiştir¹³. Fakat iş sahibinin bu hukuka aykırı fiili nedeniyle gerçek patent sahibi fiilen bir zarara uğramış olabilir. İş sahibinin gerçekte fiilen uğradığı zarar karşı tarafın elde ettiği menfaatten tamamiyle farklıdır. Bu iki duruma dayalı talep aynı amaca hizmet etmemektedirler. Karşı tarafın elde ettiği menfaatin devrinin kişinin fiilen uğradığı zarar üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Fakat iş sahibi fiili bir zarara uğramış olmasının yanı sıra ayrıca belirli menfaatlardan bu hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kalmışsa bu iki talep birbirleriyle çakışır. Örnekte bahsi geçen buluş kullanılarak ürün elde edilmiş ve elde edilen bu ürün piyasada ilgililere satılmış olsun. Bu durumda piyasada ihtiyaç duyulan ürünler iş sahibinin malvarlığında bulunan bir sinai hakkın istismar edilmesi nedeniyle temin edilmiş ve bundan dolayı da iş sahibi belirli bir kardan yoksun kalırken iş gören de belirli bir kazanç elde etmiştir. Burada bahsi geçen mahrumiyet ve kazanç, birbirlerinden, manevi tazminat ve fiili zarardan farklılık arz etmektedir. İş sahibinin, hakkını istismar eden kişinin ürünlerinin satılması ve bundan dolayı kendisinin ilgili ürün piyasasında mal satamamış olması sonucu uğradığı zarar ve hakkı istismar eden kişinin buluşu kullanarak sattığı ürünlerden elde ettiği menfaat farklı olsa da bunlardan birine dayanılması, birbirleriyle örtüştüğü miktarda, diğerine de başvuruya engel olmalıdır. Hukuka aykırı fiil nedeniyle iş sahibi belirli bir miktarda kazançtan yoksun

masına rağmen onu bir de FSEK kapsamındaki davalarda göz önünde bulundurmak mevcut hatalı hükmün etkisini daha da arttıracaktır.

¹³ Aynı duruma FSEK bakımından da örnekler gösterilebilir. Eser sahibinin FSEK m. 2 kapsamında ilmi bir eser kaleme aldığı ve bu eserin yetkisi olmayan kimseler tarafından çoğaltılıp satıldığı diğer bir deyişle korsan satışın söz konusu olduğu bir ihtimalde, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişinin elde ettiği brüt kazançtan masraflarının çıkartılması suretiyle kalan net kazancı menfaat devrine konu olacakken, eser sahibinin haklarını istismar eden kişiye ruhsat verdiği bir ihtimalde elde edebileceği toplam gelir veya hakkı istismar edenin rekabeti olmasaydı eser sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir onun yoksun kaldığı kârdır.

kalmış ve yine hukuka aykırı fiil nedeniyle işi gören belirli bir miktar kazanç elde etmiştir. İş sahibi ya yoksun kaldığı kazancı ya da karşı tarafın elde ettiği menfaati isteyebilmelidir¹⁴. Burada seçim şansı iş sahibinde olduğundan o kendi çıkarları doğrultusunda bir seçim yapacaktır. Eğer işi gören kişi bu alanda yetenekli olması nedeniyle söz konusu buluşun kullanılması sonucu 200.000 TL net kazanç elde ettiyse oysa iş sahibinin aynı durumda elde edebileceği ancak hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kaldığı kazanç 150.000 TL olacaktır ise bu durumda menfaat devrinin talebi iş sahibi açısından daha elverişli olacaktır. Aksi bir durumda yani iş sahibi 200.000 TL elde edebilecekken vekâletsiz bir şekilde işi gören kişi fiili olarak 150.000 TL temin ettiyse menfaat devrine konu olacak tutar 200.000 TL değil 150.000 TL olacaktır. Fakat menfaat devri ve yoksun kalınan kazanç talepleri birbiriyle yarışıyor olduğundan iş sahibi yoksun kaldığı kazancı yani zararını ispatlamak suretiyle 200.000 TL'yi işi görenin hukuka aykırı fiili nedeniyle ondan talep edebilecektir¹⁵. Hâkim somut olayda iş sahibinin talebiyle bağlı kalmalıdır. Dolayısıyla m. 70/3 hükmü kapsamında menfaat devri talep edildiyse bundan kaynaklı mik-

tar ister tazminattan daha az ister daha fazla olsun hâkim kendiliğinden tazminata dayalı karar veremez. Diğer bir ifadeyle seçim şansı tamamıyla iş sahibindedir. İhlali gerçekleştirenin elde ettiği menfaat onun yoksun kaldığı kazançtan daha az olsa dahi menfaat devrini talep edebilir ve hâkim de buna göre hükmünü oluşturacaktır.

Yukarıda söylenenler doğrultusunda SMK ve FSEK'teki düzenlemelerin yerindeliği irdelenmelidir. SMK m. 151/2-b hükmü uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir seçenek olarak düzenlenmiştir. Menfaat devrinin yoksun kalınan kazancın bir hesaplanma yöntemi olarak gösterilmesi doğru değildir. Yoksun kalınan kazancın ve menfaat devri yaptırımının birbirlerinden farklı olmaları nedeniyle ayrı ayrı ele alınmaları daha isabetli olacaktır. Bu durumda, de lege ferenda, yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemi olarak a ve c bentleri saklı tutularak menfaat devri yaptırımı yoksun kalınan kazançla alternatif bir yaptırım olarak ele alınmalıyken, de lege lata, menfaat devri maddi tazminata konu olacak bir zarar belirleme yöntemidir.

FSEK'e bakıldığında ise SMK'dan daha doğru bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir¹⁶. Nitekim maddenin 3. fıkrasında, 1. ve 2. fıkralarda düzenlenen maddi/manevi tazminat haklarının yanı sıra menfaat devrinin mümkün olduğu belirtilmek suretiyle iki yaptırımın birbirinden farklılığı açıkça kabul edilmiştir. Fakat bu maddenin de tamamıyla kusursuz bir düzenleme olduğu söylenemeyecektir. İlgili madde bakımından eksik olduğu düşünülecek manevi hakları ihlal edilen kişinin de maddi tazminat isteyebileceği gibi eleştirilerin yanı sıra konumuz açısından da problem bulunmaktadır¹⁷. Nitekim

¹⁴ İş sahibinin ya menfaat devrini ya da yoksun kaldığı kazancın devrini isteyebileceğini belirtmemizdeki kastımız her iki talebin beraberce istenemeyeceğidir. Bununla beraber her iki talebin kesişim kümesi dışında kalan kısım bakımından farklı talebe dayanmak mümkündür. Örneğin iş görenin 200.000 TL kazanç elde ettiği ve iş sahibinin de 100.000 TL kazançtan yoksun kaldığı bir ihtimalde 300.000 TL tutarında talepte bulunulamayacaktır. Fakat 100.000 TL maddi tazminat kapsamında talep edildiği takdirde artık her ne kadar elde edilen 200.000 TL'lik kazancın tamamı istenemese de kalan 100.000 TL'lik kısmı istenebilir. Yani yoksun kalınan kazanç kapsamında talep edilen 100.000 TL, 200.000 TL'den düşürülecektir. Diğer bir ifadeyle talep ister yoksun kalınan kazançla isterse de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayansın toplamda her ikisinden en yüksek olanı talebe üst sınır çizer. İş sahibi ister 100.000 TL maddi tazminat, 100.000 TL de menfaat devri talep eder isterse de doğrudan 200.000 TL menfaat devri talep eder. Fakat tüm ihtimallerde istenebilecek en üst miktar 200.000 TL'dir.

¹⁵ Örnekte ulaşılan çözüm gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri yaptırımının tazminat talebinden farklı olduğu düşüncesine dayalıdır. Bununla beraber SMK kapsamında menfaat devrinin yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından iş sahibine tanınan seçimsel bir talep olduğu unutulmamalıdır.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, Ahmet (2008) "Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası" Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, s. 200.

¹⁷ FSEK m. 70 hükmünün ilk fıkrasına göre, manevi hakları zarara uğrayan bir kişi uğramış olduğu manevi zararı gidecektir. Burada eser sahibinin herhangi bir manevi hakkının zarara uğramış olması onun manevi zararının varlığını kabul için yeterli olacaktır. Yoksa eser sahibinden

madde metnindeki “*tazminat başka*” ve “*de*” ifadelerinin yorumlanmasıyla, tazminat yaptırımı yerine veya tazminat yaptırımı ile birlikte menfaat devrinin talep edilebileceği şeklinde sonuçlara varılabilmektedir. İlk yorumun esas alınması, 3. fıkranın hem manevi hem de maddi tazminata atf yapmış olması nedeniyle doğru sonuca varmamıza engel olacaktır. Zira yukarıda söylenenlerin aynen burası bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Yani eser üzerindeki fikri hakkın kişinin kendi menfaatine ve iş sahibinin iradesine aykırı bir biçimde kullanılması halinde de manevi tazminat ve fiili zarar, menfaat devriyle beraber talep edilebilecektir. Menfaat devri talep edildiğinde bunun manevi tazminat veya fiili zararın talep edilmesine engel olduğundan söz edilememelidir. Menfaat devrinin bu talepleri dışladığından söz edilemeyeceğinden de bu yorumun esas alınması doğru olmayacaktır. İkinci ihtimalde ise hem tazminatın hem de menfaat devrinin kümülatif olarak talep edilebileceği sonucuna varılacaktır ki bu durum da yukarıda açıkladığımız sebeplerle, yoksun kalınan kar bakımından doğru olmayacaktır. Fakat yine de ikinci yorumun esas alınması bununla beraber, maddi tazminat davası kapsamında talep edilebilecek zararların bahsedilen ayırım çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Netice itibarıyla hem FSEK hem de SMK bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri yaptırımının düzenlenmesi bakımından bazı sorunlar bulunmaktadır. SMK’da menfaat devri talebi hatalı bir şekilde yoksun kalınan kazancın hesaplanma

yöntemi olarak ele alınmış, FSEK’te ise maddi tazminat (özellikle de yoksun kalınan kazanç) ve menfaat devri talebinin beraber istenebilir istenemeyeceği tam olarak anlaşılamamaktadır. Fakat kanaatimizce FSEK’teki belirsizliği yorum yoluyla gidermek ve bu hususta uygun bir sonuca varmak mümkündür.

C. MENFAAT DEVRİ TALEBİ VE ÜÇ KAT BEDEL TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tazminat borcunun yanı sıra FSEK m. 70/3 c. son’daki “*Bu halde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir*” cümlesi gereği FSEK m. 68’in ve ayrıca SMK m. 149/1-e ile SMK m. 151/2-b arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda öncelikle FSEK m. 70/3 c. son daha sonra SMK m. 149/1-e maddeleri gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri yaptırımı karşısında incelenecektir.

FSEK m. 70/3 c. son hükmü mali haklara yönelik tecavüzün ref’ini¹⁸ düzenleyen 68. maddeye atf yapmıştır¹⁹. İlgili maddenin 2. fıkrası gereğince bir eser, icra, fonogram veya yapım hak sahiplerinden FSEK’e uygun yazılı izin alınmadan çoğaltılırsa ve izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibinin üç talebi olabilecektir. Söz konusu talepler şunlardır:

- Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhası,
- Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların üretim mali-

manevi hakkının ihlal edilmiş olmasının yanı sıra ayrıca bu ihlal nedeniyle manevi zarara uğramış olması da beklenmemelidir. FSEK tecavüz fiili ile uğranılan manevi zarar arasında kanuni bir bağ kurmuştur (aynı yönde bkz Tekinalp, s. 20 N 84; Öztan, s. 672). Manevi hakların ihlalinin yanında eserle ilgili herhangi bir hukuka aykırı fiil halinde de TMK kapsamındaki kişiliğin korunması düzenlemelerinden yola çıkarak manevi tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Bununla beraber, birinci fıkrada maddi tazminat ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte kanaatimizce fikri bir hakkın hukuka aykırı bir şekilde kullanılmış olması halinde maddi tazminat da istenebilecektir. Bunun için tazminat davasının şartlarının gerçekleşmesi gerekecektir. Maddede, ikinci fıkrada hangi tazminatın isteneceği belirtilmiş olmamasına rağmen mali hakkın ihlalinin hem maddi hem de manevi tazminata yol açabileceği muhakkaktır.

¹⁸ FSEK m. 68’in 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinin ilk fıkrası “*eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, (...)*” şeklinde iken takip eden fıkralarda çoğaltma fiili düzenlenmekteydi. Kanun maddesinin yeni halinde yayın sözleşmesine dair bir hususu madde metnine sokma çabasından vazgeçilmek suretiyle çoğaltma ifadesine yer verilmiş daha sonra ikinci ve üçüncü fıkralarda çoğaltma fiiline dair özel yaptırımlar düzenlenmiştir (Öztan, s. 646).

¹⁹ Tecavüzün ref’i kapsamında düzenlenen FSEK m. 68’deki yaptırımların uygulanması bakımından davalının kusuru aranmaz.

yet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisin verilmesi,

- Sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep²⁰.

²⁰ Doktrinde haklı olarak "üç kat fazlası" ifadesinin "üç katı" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (Tekinalp, § 20 N 50, Öztan, s. 649; Beşiroğlu, Ahmet (2006) Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Arkan, s. 636). Ayrıca mahkeme her durumda doğrudan üç kata karar vermek zorunda da değildir. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarda doğrudan üç kata hüküm verilirken (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2014/15975, K:2015/1062. İlgili kararın muhalefet şerhi şu şekildedir: "Mahkemece eser sahibi davacının eseri üzerindeki mali haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle talep gibi 5846 sayılı kanunun 68.maddesi uyarınca üç kat telif tazminatına hükmedilmiş ise de; kanunun 68.maddesinin 1. Fıkrasında eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltanların "bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını" isteyebileceği belirtilmiş olup, aynı kanunun 66/3 fıkrası gereğince mahkeme, mali haklara tecavüz halinde, "tecavüzün şümulünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını" takdir etmek durumunda bulunduğundan, dava konusu olayda talep edilebilecek "en çok üç kat fazla" tazminatın tecavüzün şümulüne ve kusurun ağırlığına göre belirlemek yetkisinin mahkeme hâkimine ait olduğu, BK'nın 43/1 maddesinin de bu yetkiyi desteklediği, mahkemenin bu hususları tartışmadan doğrudan belirlenen rayiç bedelin üç katına hükmetmesinin isabetsiz bulunduğu, Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili 28.2.2013 gün 2012/133 Esas 2013/33 sayılı kararında yer verilen -maddedeki "üç katı" ibaresi ile- "hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağına açık olduğu ve her dava konusu olayda tartışılması ve değerlendirilmesi gerektiği" şeklindeki gerekçenin de muhalefet görüşümüz doğrultusunda bulunduğu ve hükmün bu nedenlerle bozulması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz."), bazı kararlarda üç kattan daha az bir meblağa karar verilmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:20.2.2015, E:2014/17357, K:2015/2311: "(...)5846 sayılı Yasanın 68. maddesine göre varsayımsal bedeli tek fotoğraf için 1.500,00 TL; olmak üzere üç kat (3x2 x 1.500) telif bedelinin 9.000,00 TL olarak bilirkişilerce belirlendiği, eylemin gerçekleşmesinde davalının kusuru, ihlalin biçimi; gibi somut olayın tüm şartları dikkate alınarak FSEK 66/4, 68 uyarınca takdiren varsayımsal bedelin iki katı olarak telif tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyete uygun düşüğü gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile FSEK 68. madde uyarınca belirlenen varsayımsal bedelin takdiren iki katı olan 6.000,00 TL telif tazminatı ile takdiren 2.000,00 TL manevi tazminatın 27.02.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar verilmiştir (...) 5846 sayılı FSEK'nın 68. maddesi uyarınca talep edilebilecek 3 kat bedel seçeneği dikkate alınarak, aynı yasanın 66/4 maddesi hükmü itibarı ile indirim yapılmış bulunmasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.") (bahsi geçen kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Nitekim FSEK m.

FSEK m. 68/2 c. son'a göre yukarıdaki üç talepten birini seçme hususu, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

Mezkûr taleplerden iki ve üçüncüsü gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talebiyle yakın ilişki içinde olacaktır²¹. Şöyle ki 70/3 c. son'da bahsedilen bedelin ikinci talebe mi yoksa üçüncü talebe mi ilişkin olduğu belli değildir²². Bu nedenle doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, bedele olan atfın sadece ikinci talebi kapsamı gerektiğini savunurken²³ diğer bir görüş bedel ifadesinin üçüncü talebe ilişkin olmasını belirtmekte²⁴, son görüşe göre ise

68/1 hükmündeki "(...)üç kat fazlasını isteyebilir" ifadesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptaline yönelik başvuru yapılmasına rağmen AYM, ilgili hükmün hâkimin takdir yetkisini kısıtlamadığı ve iptaline gerek olmadığına karar vermiştir: "İtiraz konusu kural, eser, icra, fonogram veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hâkimin taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hâkimin dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hâkime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez." (AYM, T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011))

²¹ Yargıtay'ın m. 68'e dayalı hüküm kurulmasından sonra ayrıca m. 70/3 kapsamında menfaat devri gerçekleştirilemeyeceği hususunda kararları bulunmaktadır. Böyle bir durumda Yargıtay'ın, ilgili hükümlerin yarışma halinde olduklarını kabul ettiği sonucuna varılabilecektir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:25.2.2010, E:2008/11423, K:2010/2165: "(...) temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği (...)"(Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²² Her ne kadar üçüncü imkânâ dair Kanun'da açık bir şekilde bedel kelimesi kullanılmış olmasa da Tekinalp'in de belirttiği üzere ilk fıkradaki bedel ifadesinden bu sonuca varmak mümkündür (Tekinalp, § 20 N 99).

²³ Tekinalp, § 20 N 99; Öztan, s. 679.

²⁴ Demirbaş, s. 212; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s. 417; Küçükali, s. 65-66, Küçükali, ikinci talebe dair açıkça bir görüş belirtmeksizin, üçüncü talep ile menfaat devrinin aynı anda istenemeyeceğini savunmaktadır Yazara göre, ilgili düzenlemenin amacı ödemede tekerrürü önlemektir. Eğer hem

buradaki bedel ifadesiyle hem ikinci hem de üçüncü talep kastedilmektedir²⁵. Kanaatimizce bedele dair ifadenin hangi hususları kapsamaması gerektiğine karar verirken bir örnek üzerinden sonuca gitmeye çalışmak daha açıklayıcı olacaktır.

Bir eserin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltıldığı ve satışa çıkarıldığı varsayımında iş gören 200.000 TL'lik menfaat elde etmiş olsun. İş görenin ilgili kopyaları elde etmede kullandığı araçların değeri 30.000 TL, taraflar arasında bir sözleşme olması durumunda istenebilecek miktar ise 40.000 TL'dir. FSEK m. 68/2 kapsamında seçim hakkı iş sahibinde olacağından o hangi imkânı kullanacağını belirlemelidir. Bu doğrultuda;

- İş sahibi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyle dayalı olarak (m. 70/3) karşı tarafın hukuka aykırı fiil nedeniyle elde ettiği 200.000 TL'lik menfaatin kendine devrini isteyebilir.
- İş sahibi ref davasına dayalı olarak da;
 1. ya ikinci talebi ileri sürmek suretiyle mülkiyetinin kendisine devrini isteyeceği araçlara karşılık işi görene 30.000 TL verecektir.
 2. ya da araçları istemek yerine karşı tarafla aralarında bir sözleşme bulunması halinde ileri sürülebilecek üç kat bedel talebi hakkını kullanacak yani 120.000 TL'yi iş görenden isteyecektir.

menfaat devri hem de üç kat bedel beraber istenirse tekerriye yol açıdır. Yargıtay kararlarına bakıldığında da m.68'e dayalı üç kat bedel, m. 70/2'ye dayalı maddi tazminat ve m. 70/3'e dayalı menfaat devri talebinin aynı anda söz konusu olmayacağını kabul edildiği anlaşılabilecektir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1.12.2003, E:2003/4292, K:2003/11261: "(...) tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde, 68 nci madde hükmüne göre talep edilen bedel indirilir. Bu açıklamalar karşısında, davacının FSEK.nun 70 nci maddesi hükmüne göre talep ettiği tazminat miktarının açıklaması için davacı vekiline süre verilmesi (...)" (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁵ Erdil, Engin (2016) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 112; Erel, s. 349.

Yukarıda bahsi geçen görüşlerin ilki esas alınırsa tecavüzün ref'i davası kapsamında ancak belirli araçların iş sahibinin mülkiyetine geçirilmesi talep edilirse bu bedel menfaat devrinden indirilecektir. Yani iş sahibi bu durumda ilgili araçların mülkiyetini elde edecek ayrıca FSEK m. 70/3 kapsamında 170.000 TL talep edebilecektir. Bu durumda iş sahibi üç kat bedel talebinde bulunursa FSEK m. 68 kapsamında 120.000 TL²⁶, m. 70/3 kapsamında ise 200.000 TL talep edebilecektir^{27,28}.

İkinci görüş esas alındığında iş sahibi FSEK m. 68'e göre araçların mülkiyetini, m. 70/3 kapsamında ise 200.000 TL'lik menfaatin devrini talep edebilecektir. Fakat iş sahibi üçüncü imkânı kullanırsa FSEK m. 68'e göre 120.000 TL, m. 70/3'e göre ise 80.000 TL isteyebilecektir.

Son görüşe göre ise şöyle bir sonuca varılmalıdır. İş sahibi ikinci imkânı kullanırsa FSEK m. 68 çerçevesinde araçların mülkiyetini, FSEK m. 70/3 çerçevesinde ise 170.000 TL talep edebilecektir. Üçüncü imkânın kullanılması halinde ise FSEK m. 68'e göre 120.000 TL, m. 70/3'e göre 80.000 TL istenebilecektir.

Yukarıdaki üç ihtimalden açıkça görüldüğü üzere fikri eseri üzerindeki hakkı istismar edilen iş sahibine en uygun korumayı sağlayacak olan birinci durumdur. Yani menfaat devrine dair olan FSEK m. 70/3 hükmündeki bedel ifadesiyle, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi halinde iş görene ödenecek olan bedel kastedilmektedir. Aksi halde üç kat bedelin devre konu menfaatten indirilmesi halinde iş sahibinin çıkarları daha fazla zedelenecektir²⁹. Üç kat bedel ile caydırıcı bir etki

²⁶ Kanaatimizce kusur ve zarar aranmaz.

²⁷ Kanaatimizce kusur aranır ancak zarar aranmaz.

²⁸ Her üç ihtimal bakımından da tazminat talebinin olmadığı varsayılmıştır.

²⁹ Kanun'da ref davasından doğan talep ile menfaat devri talebi arasındaki ilişki diğer bir ifadeyle aynı anda istenebilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunda yeterince açık olmasa da belli bir hüküm bulunmakla beraber, ref davasından doğan talep ile tazminat talepleri arasındaki nasıl bir ilişkinin olduğu düzenlenmemiştir. Örneğin yukarıdaki

örnekte 200.000 TL'lik gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaat devri talep edilmişse, bu durumda kanaatimize göre artık yoksun kalınan kazanç talep edilemeyecektir. Fakat menfaat devri talebinin yanında m. 68 uyarınca üç kat bedel ve m. 70/1 uyarınca manevi tazminat da istenebilecektir. Peki bu durumda maddi tazminat davası kapsamında uğranılan fiili zararın da ayrıca istenebilmesi mümkün müdür? Veyahut menfaat devri istenemesine rağmen üç kat bedel talebinin yanında maddi tazminat (fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç) da ayrıca istenebilecek midir? Doktrinde bir kısım yazara göre FSEK m. 68 kapsamında üç kat bedel talebinde bulunulması halinde ayrıca FSEK m. 70/2 uyarınca tazminat istenemeyecektir (Tekinalp, § 20 N 55; Öztan, s. 649-650; Demirbaş, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, On İki Levha, s. 139). Diğer bir görüşe göre ise maddi tazminat ve üç kat bedel talebi birbirinden farklı nitelikte olduğundan aynı anda istenmesi mümkündür (Yasaman, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul, Vedat, s. 225). İlk görüşü kabul eden yazarlar, m. 68'e dayalı bedel istemini bir özel hukuk cezası olarak nitelendirmiş ve bu nedenle kusur ve zarara bağlı olan maddi tazminatı bu istemden ayırmıştır. Fakat doktrinde Gülerüz/ Zorluoğlu Yılmaz'a göre, kusur şartının aranmaması, bu hükmü bir kanuni ceza veya cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirmeye engeldir. Bkz. Gülerüz, M. Tarık & Zorluoğlu Yılmaz, Ayça (2019) "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi" TBB Dergisi, S:141, s. 351). Baş Süzöl'e göre ise üç kat bedel istemi bir özel hukuk cezası değil, cezalandırıcı tazminat niteliğindedir (Baş Süzöl, s. 168). Nitekim bir zararın varlığına bağlı olarak bu zararın üç katı oranında bir tazminata hükmedilmektedir. Cezalandırıcı tazminata karşı taraf bir menfaat elde etmesinin hükmedilir ve malvarlıkları arasındaki kaymayı giderme amacı taşımaz (Baş Süzöl, s. 168 vd.). Yargıtay da bazı kararlarında m. 68'e dayalı isteminin bir özel hukuk cezası olduğundan bahsetmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:7.2.2019, E:2017/11-6, K:2019/85: "FSEK'de düzenlenen ref davası, sadece tecavüzün giderilmesini değil, aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek tedbirlerin alınmasını ve hatta mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine ödenen bir çeşit para cezası taleplerini de kapsamaktadır (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 311). Gerçekten FSEK'in 68. maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine "bedelin üç kat fazlasının" ödenmesine karar verilmesi, mütecevizi caydırmaya yönelik kanuni bir ceza hükmündedir. Ancak buradaki "ceza" ile kastedilen Ceza Hukukundaki veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 179. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu 158. maddesi) anlamında bir ceza olmayıp, tamamen bir özel hukuk cezasıdır, diğer bir deyişle "medeni ceza"dır (Öztan, s. 649). Bu itibarla FSEK'in 68. maddesi gereğince mütecevize bedelin üç katı "medeni ceza" ödetilerek hem mütecevizin haksız davranışlarının sonuçlarına katlanması hedeflenmekte, hem de tecavüzün izlerinin tamamen silinmesi sağlanmaktadır (Tekinalp, s. 319)" – Legalbank). Buna dayalı olarak Yargıtay tarafından, uygulamada telif tazminatı olarak nitelendirilen m. 68 kapsamındaki bedel talebinin maddi tazminattan ayrıldığı ve iki maddeden yalnızca birine dayalı hüküm kurulduğu görülmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:7.2.2019, E:2017/11-6, K:2019/85: "Mali haklara tecavüz hâlinde ref

oluşturulmaya çalışılmasına rağmen böyle bir sonuç doğmayacak, işi görenin toplamda elde ettiği menfaat tutarında (ayrı taleplere dayansa da) bir değer iş sahibine verilmesiyle yetinilecektir^{30,31}. Oysa işi

yöntemlerini belirleyen ve özel bir hüküm olan FSEK'in 68. maddesi gereğince açılacak "bedel" davası kusurlu davranış unsuru aranmadan açılan bir dava olup, haksız fiil sebebiyle açılan tazminat davalarıyla karıştırılmamalıdır. Zira mali haklara tecavüz halinde kusurlu davranış unsuruna bağlı olarak ve haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde açılacak maddi tazminat davası FSEK'in 70/2. maddesinde düzenlenmiştir. FSEK'in 68. maddesine dayanılarak açılan bir davada ayrıca FSEK'in 70/2. maddesi gereğince maddi tazminat talep edilmesi mümkün değildir (Öztan, s. 650)"; ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2014/15975, K:2015/1062 – Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Fakat Yargıtay'ın hatalı bir biçimde iki talebin beraber istenememesinin nedenini, her ikisinin de maddi tazminata dayalı istem olarak gördüğü kararları bulunmaktadır (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:20.6.2013, E:2011/10670, K:2013/12925: "Mahkemece, davacının maddi tazminat isteminin 5846 sayılı FSEK. 68. ya da 70/2. maddelerinden hangisine dayalı olarak talep edildiği hususu açıklattırılmaksızın yazılı şekilde 40.000 TL maddi tazminatın kabulüne karar verilmiştir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)) Öncelikle, telif tazminatı olarak nitelendirilen FSEK m. 68'deki üç kat bedel istemi teorik olarak bir tazminat değildir, dolayısıyla hakkı ihlal edenin kusuru aranmaz ve zararın ispatı gerekmez. Kanaatimizce de aynı anda hem FSEK m. 68'e hem de m. 70/2'ye dayalı talepte bulunulamamalıdır. Çünkü maddi tazminat talebindeki temel amaç uğranılan maddi zararın giderilmesidir. FSEK m. 68'e dayalı üç kat bedel isteminde bulunulduktan sonra (ki kanaatimizce burada hala m.70/3'e dayalı menfaat devri söz konusu olabilecektir) kişinin zararı giderileceğinden maddi tazminat davası söz konusu olmamalıdır. Burada seçim hakkı davacıda olmalıdır. Kusur ve zararın ispatı gerekmediğinden m. 68'e dayanmak onun daha lehine görünse de FSEK m. 70/2'ye dayalı olarak talep edilebilecek miktar daha fazla ise yani kişinin uğradığı maddi zarar onun alabileceği telif tazminatından fazlaysa m. 70/2 hükmüne de dayanılabilir.

³⁰ Bu durumda m. 70/3'te, m. 68'teki bedelin indirileceğine dair bir düzenleme olmasaydı iş sahibi araçların mülkiyetini alacak bunların değerini işi görene ödeyecek en son da elde edilen net kazancın tamamının kendine devrini isteyecekti. Sonuç olarak bir fark olmasa da bedelin indirileceğinin düzenlenmesiyle daha hızlı hareket imkânı tanınmıştır. Böylece iş sahibi önce ödeme yapan sonra da ödeme yapılan kişi olmak yerine sadece bir defa karşı tarafın elde ettiği menfaatten ona ödemesi gereken bedel harici değeri elde edebilecektir.

³¹ Sadece iş görenin elde ettiği menfaatin iş sahibine devrinin sağlanmasıyla yeterince caydırıcı bir etki doğmayacaktır. Nitekim devre konu menfaat net kazançtır, yani iş sahibi yapmış olduğu masrafları elde ettiği toplam gelirden düşürecektir. Yalnızca hukuka aykırı fiil nedeniyle elde edilen kazancın devrinin sağlanması halinde aslında iş sahibi çok da olumsuz bir pozisyonda olmayacaktır. Fakat elde ettiği menfaatin devrinin yanında ayrıca iş sahibiyile sözleşme yapsaydı ona ödeyeceği bedelin üç katını ödemek zorunda

görenin sadece ilgili hakkı istismar etmesi suretiyle elde ettiği menfaatin devri ile yetinilmemeli ayrıca onun malvarlığından daha fazla bir değer eksilmesi sağlanmalıdır ki ihlalin görece kolay olduğu fikri ve sınai haklar alanında yeterli caydırıcılık ve koruma sağlanabilsin.

Fikri haklar bakımından FSEK m. 68'de tecavüzün refi davası düzenlenirken sınai haklar bakımından da SMK m. 149/1'de ref davası düzenlenmiştir. Her ne kadar SMK'da menfaat devri tazminat davasına bağlı olarak düzenlenmiş olsa da ref davası ile menfaat devri arasındaki ilişkinin de ayrıca incelenmesi gerekecektir. SMK m. 149/1-d ve e bentleri uyarınca sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan bir kimse, tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması ve bu ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. FSEK m. 68/2 hükmüne benzeyen bu düzenleme uyarınca ilgili eşyalar üzerinde mülkiyet hakkı kazanan hak sahibinin, karşı tarafın tecavüz sonucu elde ettiği menfaati kendine devrini istemesi halinde ilgili eşyaların değeri, devri istenen menfaatten düşürülecektir. Eğer eşyaların değeri daha fazla ise bu durumda da aşan kısım hak sahibine geri ödenir. Örneğin markanın istismarı sonucu 200.000 TL'lik bir menfaat elde edilmiş; bahsi geçen eşyaların değeri 100.000 TL ise hak sahibi bu eşyalar üzerinde mülkiyet hakkını elde ederse ayrıca menfaat devrine konu olacak tutar 100.000 TL olacaktır. Eğer eşyaların değeri 300.000 TL ise de 100.000 TL'lik kısım hak sahibi tarafından tecavüzü gerçekleştirilene verilecektir. Çünkü bu durum iş sahibinin uğradığı zarar üzerinde etki doğuracaktır.

III. İSPAT

İspat yükü, iddia olunan bir vakıanın ispatlanamaması durumunda hâkimin vereceği kararın hangi taraf aleyhine olacağını belirlemek amacıyla kullanılan bir kavramdır³². İspat yükünün kimde olduğuna dair genel kural, TMK m. 6 hükmünde, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı konuyu düzenleyen HMK³³ m. 190/1 hükmüne göre ise, "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.*" Bu düzenlemelerden açıkça görüldüğü üzere, herhangi bir vakıadan kim kendi lehine hak çıkaracaksa, diğer bir deyişle kim kendi hakkını o vakıaya bağladıysa o kişi ilgili vakıayı ispat külfetine sahip olur.

Bu kurallardan yola çıkmak suretiyle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri talebinde bulunulabilmesi için kural olarak iş sahibinin bazı hususları ispatlaması gerekecektir. FSEK bakımından bu hususlar, kişinin kendi lehine başkasına ait bir işi yetkisiz olarak gördüğü ve bunun sonucunda iş sahibinin bir hakkının ihlal edildiği, bu nedenle bir menfaatin temin edildiği ve işi görenin kötünietli olduğudur. Fakat gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan menfaat devri talebinde iş sahibinin uğradığı zararı ispatlaması gerekli değildir. Nitekim menfaat devri talebi zarardan bağımsızdır. SMK bakımından ise menfaat devri talebi bir tazminat olarak ele alındığından hukuka aykırı fiilin, kusurun, zararın ve uygun illiyet bağının ispatı gerekmektedir.

İş sahibine ait bir işin, işi gören tarafından hukuka uygun bir şekilde yapıldığını kabul için, işi görenin bu konuda yetkisinin olması gereklidir.

kalmak, asıl caydırıcı etkiyi gösterecek ve onu bir daha böyle bir fiili gerçekleştirmekten alıkoyacaktır. Dolayısıyla sözleşme yapılmış olsaydı istenecek olan bedelin üç katının devre konu menfaatten indirilmesi kanaatimizce kanunun ruhuna bağdaşmaz.

³² Atalay, Oğuz "S 14": Hakan Pekcanitez & Muhammet Özekes & Mine Akkan & Hülya Taş Korkmaz (editörler) (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 1693.

³³ R.G. Tarihi: 4.2.2011, R.G. Sayısı: 27836, Kabul Tarihi: 12.1.2011.

Örneğin bir eser çoğaltılırsa, bu fiilin ruhsat sahibi bir kişi tarafından yetkisi sınırları içerisinde yapılması halinde hukuka uygun olduğundan söz edilir. Dolayısıyla başkasına ait bir hakkın kişinin kendi lehine kullanılabilmesi için yetkisinin bulunması şarttır. Fikri bir hakkın sahibi, üçüncü bir kişinin kendi hakkını istismar ettiği iddiasıyla açtığı bir davada o, ilk olarak hak sahipliğini ve istismar durumunu ispatlamalıdır. Fakat FSEK m. 76/2 uyarınca: “*Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.*” İlgili maddeden açıkça görüldüğü üzere, iş sahibi iddiasının doğruluğu hakkında hâkim nezdinde yeterli kanaat oluşturduktan sonra, işi görenin davaya konu hakkı, Kanun’da öngörülen izin ve yetkileri aldıktan sonra kullandığını ispatlaması gerekir³⁴. Bunun ispatlanmaması halinde söz konusu kullanımın hukuka aykırı olduğu sonucu doğacaktır. Yani burada, sübjektif ispat yükünün (delil ikame yükünün³⁵) yer değiştirdiğinden söz edilebilecektir³⁶.

³⁴ Burada davacı bakımından yaklaşık ispat, davalı bakımından da tam ispat aranmaktadır (Muhammet Özkes, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2005/1, s. 84 vd.).

³⁵ Delil ikame yükünün yerine getirilmemesinin yaptırımı bu faaliyete zorlanmak değil, ulaşılmak istenen hedefe ulaşmama ya da yükü taşıyan kişi aleyhine karar verilmesidir (Atalay, s. 1708). Delil ikame yükü yerine getirilmesine rağmen deliller vakianın ispatında yeterli olmazsa hüküm delil ikame yükünü değil (objektif) ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf aleyhine verilirken; delil ikame yükünü taşıyan taraf söz konusu delilleri getirmese hüküm onun aleyhine verilecektir (Özkes, s. 82). Objektif ispat yükü maddi hukuk kurallarına dayanakta ve yükün kimin üzerinde olduğu hâkim takdirine bağlı olarak değil ya doğrudan kanun tarafından ya da lehine hak çıkarma kuralından belli olmaktadır (Özkes, s. 83).

³⁶ Yargı kararlarında da FSEK m. 76/son ile ispat yükünün tersine çevrildiğinin kabul edildiği belirtilmiştir. AYM,

Kısacası FSEK m. 76/2 hükmüne göre davacı hakkının doğruluğu hakkında mahkemede kuvvetli kanaat oluştursa bu durumda davalı taraftan bazı delilleri getirmesi istenebilir. Yani davanın başında tıpkı objektif ispat yükü gibi sübjektif ispat yükü de davacı üzerinde olmasına rağmen o, iddiasını hâkimde yeterli kanaat oluşturacak şekilde ispat ettikten sonra sübjektif ispat yükü davalıya geçecektir. Davalının üzerine düşen sübjektif ispat yükünü yerine getirmemesi halinde Kanun’da onun aleyhine bir karine oluşacağı düzenlenmiştir³⁷. Aslında bu karine düzenlenmemiş olsaydı dahi davalı taraf, üzerine düşen yükü yerine getirmediğinden kendi aleyhine verilecek karara katlanacaktı. Dolayısıyla karine bu durumu daha bariz hale getirmiştir. Fakat bununla beraber ilgili karine ile bir adım daha ileri gidilerek tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğu sonucuna varılmıştır. Buradaki “tüm” ifadesinden, bir meslek birliğine üye tüm ilgili eser sahiplerinin meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserleri bakımından mı yoksa tespiti konu eserlerin sahiplerinin o meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserler bakımından mı yoksa sadece tespiti konu olan tüm eserler bakımından mı haksız kullanım sonucunun doğacağı belli değildir³⁸. Kanaatimizce

T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011): “*Kanun koyucu korsan mal ticareti ile etkin mücadele edebilmek amacıyla 5846 sayılı Kanun’da bazı değişiklikler yapmıştır. Bu kapsamda yapılan değişikliklerden olan itiraz konusu kural, davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir.*”; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:14.2.2018, E:2017/65, K:2018/205. “*FSEK’nin 76’ncı maddesinde getirilen bu karine ile davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir.*”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.2.2006, E:2005/1397, K:2006/1372: “*(...)bu husus üzerinde durulmaksızın ve ispat yükü ters çevrilerek, davacıya yüklenip, sadece yayınlandığı belirlenen bir kısım fonogramlar bakımından davanın kabulü, diğerleri bakımından davanın reddi, eksik incelemeyle dayalı olup, doğru görülmemiştir*” ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2003/14404, K:2004/10751 (bahsi geçen tüm kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁷ Bu maddedeki karinenin dayanağı madde gerekçesine göre TRIPS m. 43/2’dir.

³⁸ Örneğin bir icracı sanatçının bir kısım eserlerinin kullanılmakta olduğu tespit edilirse;

- İlk olarak, korunmakta olan eserleri kullananların, FSEK'te öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eserlerin listelerini sunmamları halinde o meslek birliğine üye tüm icracı sanatçıların meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin, T:26.9.2008, E:2006/120, K:2008/223 kararı bu doğrultuda olmakla beraber Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:2.5.2011, E:2009/12371, K:2011/5325 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) kararı ile bozulmuştur. Ayrıca bkz. Bozbel, Savaş (2013) "Yargıtay 11. HD.'nin FSEK m. 76/son ile ilgili E. 2009/12371; K. 2011/5325, T. 02.05.2011 Kararı (YKD Ocak 2013, s. 59 vd." Uluslararası Antalya Üniversitesi HFD, S:1, s. 119 vd.)).
- İkinci olarak korunmakta olan eserleri kullananların, FSEK'te öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eserlerin listelerini sunmamları halinde ilgili icrası sanatçı ya da sanatçıların meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:14.2.2018, E:2017/65, K:2018/205: "Zira FSEK'nin 76'ncı maddesi uyarınca davacının sunduğu deliller meslek birliğine kayıtlı tüm yapımcılara ait fonogramların kullanıldığına karine oluşturmayacağı, sadece tespiti konu fonogram yapımcısının birliğe takip yetkisi verdiği tüm fonogramların kullanımına karine oluşturacağı kabul edilmelidir." (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:2.5.2011, E:2009/12371, K:2011/5325; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:27.1.2005, E:2004/3820, K:2005/386; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:23.12.2004, E:2004/13432, K:2004/12777; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:23.1.2006, E:2005/553, K:2006/381; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:10.12.2004, E:2004/2426, K:2004/12189, bütün bu kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).
- Üçüncü olarak da ilgili icracı sanatçı ya da sanatçıların tespiti konu eserlerinin haksız kullanılmakta olduğu kabul edilebilir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:31.5.2011, E:2009/13653, K:2011/6640: "Ancak, mahkemenin hükme esas aldığı ve davacı meslek birliğinin dayandığı kendisi ile sözleşme yapılmış olsa idi isteyebileceği bedele ilişkin tarife, davacının mali haklarına sahip olduğu tüm müzik eserlerinin davalıya ait işyerinde 1 yıl boyunca kullanılmasına ilişkin olup, somut olayda, davalıya ait işyerinde davacının mali haklarına sahip olduğu 2 müzik eserinin çalınmış olmasına göre tazminat hesaplamasının sadece bu iki müzik eserine yönelik yapılması gerekmektedir"; Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin, T:2.10.2003, E:2002/152, K:2006/1372 kararı bu doğrultuda olmakla beraber Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.2.2006, E:2005/1397, K:2006/1372 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) kararı ile bozulmuştur).

Öncelikle m. 76/son hükmü ile sübjektif ispat yükünün yer değiştirmemesi halinde haksız kullanım iddiasında bulunan meslek birliği bu iddiasını ispatlamalıydı. Şöyle ki meslek birliğinin ilgili mali haklara dair takip yetkisini, karşı tarafın eserleri kullandığını ve bu kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispatlaması gerekirdi. Fakat söz konusu madde hükmü uyarınca meslek birliğinin iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yetecek delil sunması halinde sübjektif ispat yükü davalıda olacak ve onun kullanımının hukuka uygun olduğunu ispatlaması veya kul-

landığı eserlerin listesini sunması gerekecektir. Aksi halde davalı aleyhine bir karine gündeme gelecektir. Bu karine ile nasıl bir hukuki sonucun doğacağı son cümledeki "tüm" ifadesinden doğmaktadır. İlk olarak buradaki tüm ifadesiyle tespiti konu eserin sahibinin yanı sıra meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verilmiş bütün eser, fonogram, icra, film ve yayınların sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varmak hükmün amacını haddinden fazla aşacaktır. Kanaatimizce üzerinde durulması gereken ihtimaller, sadece tespiti konu eserler bakımından mı yoksa tespiti konu eserlerin sahiplerinin meslek birliğine takip yetkisi verdiği tüm eserleri bakımından mı bir haksız kullanımın söz konusu olduğudur. İlk olasılık esas alındığında m. 76/son hükmü ile davacı lehine sadece, kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispat külfetinden kurtulmasının sağlandığı sonucuna varılacakken, ikinci olasılığın esas alınması halinde kullanımın hukuka aykırı olduğunu ispat külfetinden kurtulmanın yanı sıra diğer eserler yönünden de muhtemel bir tecavüzün önleneyeceği (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:13.02.2006, E:2005/1397, K:2006/1372- Legalbank) de kabul edilecektir. Kanun koyucunun böyle bir hükmü ihdas etmekteki amacı, fikri bir hakkı istismar edilen eser sahibi veya onun takip yetkisi verdiği meslek birliğine ispat kolaylığı sunmak suretiyle onların daha fazla mağdur olmasının önüne geçmektir. Tüm ifadesi ile sadece tespiti konu eserler bakımından bir ihlalin olduğunu kabul etmek hükmün amacını haddinden fazla daraltacak ve eser sahibine istenen koruma sağlanmamış olacaktır. Çünkü eser sahibine ait bazı eserler üzerindeki hakkın istismar edilmesi tespiti konu olmasa dahi tespit edilmiş tecavüzler diğer eserler üzerindeki hakların da istismar edildiği ihtimalini güçlendirmektedir. Bununla beraber tüm kelimesi ile davalının, meslek birliğine üye olan eser sahiplerinin tamamının bütün eserleri üzerinde haksız bir kullanımı olduğu sonucuna ulaşmak ise hükmü haddinden fazla genişletecektir. Bu durumda korunmak istenen eser sahibinin haksız kazanç elde etmesinin önü açılacaktır. Oysa m. 76/son hükmü yorumlanırken tespiti konu eser sahibinin meslek birliğine takip yetkisi verdiği bütün eserlerinin söz konusu olduğunun kabul edilmesi hem eser sahibini koruma işlevi görürken hem de hükmün istismar edilmesinin önüne geçmektedir. Nitekim m. 76/son hükmü ile getirilen ispat kolaylığının yanı sıra eser üzerindeki bir hakkın istismar edilmesi halinde eser sahibine tanınan m. 68 kapsamındaki talepler, m. 70 kapsamındaki maddi/manevi tazminat özellikle de menfaat devri yaptırımlarıyla da eser sahibi korunmaktadır. Ayrıca belirli konseptte sahip bir oluşumda meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu tüm eserlerin haksız bir şekilde kullanıldığı sonucuna ulaşmak gerçeklikten de uzaktır. Örneğin belirli tür şarkıların çalışıldığı bir lokasyonda o tür şarkıları icra eden bir icracının bütün eserleri bakımından haksız kullanım sonucuna varmak mümkün olmakla birlikte tamamiyle farklı türden şarkıların da haksız kullanımı olduğu sonucuna varmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kanun koyucunun iradesine aykırı bir şekilde hakları istismar edilen eser sahibini koruma çabası olmakla birlikte, yine o eser sahibine haksız bir kazanç sağlama amacı güttüğünden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla kanaatimizce m. 76/son'daki karinenin uygulama alanı bulduğu olaylarda haksız kullanımın tespiti konu eserleri icra eden sanatçı ya da sanatçıların meslek birliğine mali haklarını takip yetkisi verdikleri tüm eserlerinin

burada amaca göre daraltıcı bir yorumla tespiti konu eserlerin sahiplerinin o meslek birliğine mali hakları takip yetkisi verdiği tüm eserler bakımından haksız kullanımın olduğu neticesine varılmalıdır.

Son olarak, söz konusu maddenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine itiraz edilmiştir³⁹. İlgili başvuruda itiraz konusu kuralın ispat yükünü eser sahipleri lehine ters çevirmekle ölçülülük prensibini ihlal ettiği, davanın taraflarından birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, öncelikle fikri ve sınai haklar alanında ihlallerin kolayca gerçekleşebilir olması ve denetimdeki zorluk nedenleriyle bir ispat kolaylığı getirildiğinden söz etmiştir. Hukuk devletinin sınırları içerisinde Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla, kanun koyucunun ispat usullerini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğu bu nedenle korsan mal ticaretiyle etkin mücadele için ispat yükünün tersine çevrildiği ancak burada yer edinen karinenin aksinin ispatının da mümkün olduğu belirtilmiştir. Son olarak itiraz konusu kuralla kanun koyucunun fikri ve sınai hakların ihlalini caydırmaya ve söz konusu hakları koruma altına almaya yönelik bir düzenleme yaptığı ifade edilerek iptal istemi reddedilmiştir.

Sınai haklar bakımından ise hakkın sahibinin, tazminat talebi için hukuka aykırı fiilin ispatlanması gerekmektedir. FSEK m. 76/2'den farklı olarak, SMK'da hukuka aykırı fiilin ispatına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada genel ilkelerin geçerli olduğu söylenebilecektir.

İkinci olarak kusurun ispatı gerekir. Kusurdan kasıt kötü niyettir, zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden söz edilebilmesi için işi görenin kötü niyetli olması gerekmektedir⁴⁰. Başkasına ait fikri

veya sınai bir hakkı yetkisiz bir şekilde kullanıp bundan menfaat temin eden kişinin kötü niyetli olduğu kabul edilebilecektir. Nitekim kötü niyet iş görenin, başkasının işini kendi yararına görürken durumu bilmesi veya bilmesi gerekmesidir. Başkasının hakkını izinsiz olarak kullanıp bundan menfaat elde eden birinin durumu bilmesi dahi bilmesi gerekmektedir. Hele de korumanın çok geniş olduğu fikri ve sınai haklar alanında başkasının emeği üzerinden menfaat sağlanmasının serbest olmadığı çok daha barizdir. Dolayısıyla kural olarak işi görenin, başkasına ait bir işi kendi menfaatine gördüğünü bilmesinin gerektiği dolayısıyla da kötü niyetli olduğu sonucuna varılmalıdır. İş görenin bunun aksini iddia etmesi durumunda ise iddiasını ispatlaması, onun üzerine düşen bir yüküdür. Kısacası kusurun ispatı bakımından ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilmelidir. Kötü niyetin varlığı karine gereği kabul edilmeli ve aksini iddia eden bu iddiasını ispatlamalıdır. Nitekim OR 2020 Art. 69'da da bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. İlgili hükme göre, bir kişi başkasına ait hukuken korunan bir hakkı ihlal eder ve bundan bir menfaat elde ederse başkasının hakkını ihlal ettiğinin farkında olmadığını veya farkında olması gerekmediğini ispat etmedikçe kazancı tamamen veya kısmen hak sahibine vermelidir⁴¹.

Kusurun ispatı konusunda SMK bakımından da aynı durum söz konusu olmalıdır. Nitekim menfaat devri bir maddi tazminat davası olarak düzenlense de burada aslında başkasının iradesine aykırı olarak kişinin kendi lehine menfaat elde etmesi bulunduğu, işi görenin kötü niyetli olduğu karine gereği kabul edilmelidir. Tabi bu karine bir adi karine teşkil ettiğinden aksinin ispatı mümkün olabilecektir.

haksız kullanıldığı sonucuna varılmalıdır. Yani hükmün amaca göre dar yorumlanması gerekmektedir.

³⁹ AYM, T:28.2.2013, E:2012/133, K:2013/33 (R.G. Tarihi: 12.7.2013, R.G. Sayısı: 28705, Kabul Tarihi: 11.1.2011).

⁴⁰ Nisbi bir hakkın ihlali halinde iş sahibinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme yerine sözleşmeye aykırılığa dayan-

ması durumunda karşı tarafın kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir.

⁴¹ İlgili hükmün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki (ZGB Art. 3/ TMK m. 3) iyiniyete dair ispat yükünü tersine çevirdiğine dair bkz. Huguenin/ Hilty (işleyen: Chappuis/ Werra), Art.69 OR2020, N.9 (Baş Süzül, s. 53'ten naklen)

Üçüncü olarak FSEK kapsamında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı, SMK kapsamında ise maddi tazminat davasına dayalı devri talep edilen kazancın ispatlanması gerekmektedir. Fakat bu kazanca dair tüm belge ve bilgiler işi görenin sahasında olduğundan iş sahibinin karşı tarafın elde ettiği kazancı ispatlaması ciddi manada zorluk taşımaktadır. Bu nedenle SMK m. 150/3 gereğince hak sahibi, sınai hakkının ihlali nedeniyle açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Diğer bir ifadeyle SMK m. 151/2-a, b ve c hükümleri gereğince yoksun kalınan kazancın hesabında karşı taraftan gerekli belgeler istenebilecektir. Fakat ilgili maddenin a ve c bentlerinden farklı olarak b bendinde esasında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan bir talep bulunduğundan m. 150/3 hayati bir rol üstlenebilecektir. Nitekim a ve c bentleri uyarınca yoksun kalınan kazancın hesabında ihlali gerçekleştirene yönelik bu denli bir bağlılıktan söz edilemeyecektir. Oysa b bendinde düzenlenen miktarın hesabı tamamen ihlali gerçekleştiren ile alakalı olduğundan ondan belge getirmesi istenmeksizin gerçek kazancın tam olarak hesaplanması imkânsız veya çok güç olacaktır. Dolayısıyla bu maddenin menfaat devri bakımından büyük kolaylık getirdiği açıktır. Belge getirmekle yükümlü iş görenin bu belgeleri getirmemesi halinde nasıl bir hukuki sonucun doğacağı maddede düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda HMK m. 219-220 hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır⁴².

FSEK'te kazancın hesaplanmasında ihlali gerçekleştirenden belge talebine imkân sağlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın uygulaması ile doktrindeki baskın görüş TBK m. 50-52 (OR Art. 42-44) hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği

yönündedir⁴³. Bu durumda hâkim somut olayın şartlarını göz önünde bulundurmak suretiyle belli bir meblağı takdir edecektir⁴⁴.

Kazancın ispatı hususunda son olarak şu hususa da değinilmelidir. Elde edilen kazanç, yetkisiz bir şekilde görülen işten kaynaklanmalıdır. Diğer bir ifadeyle işi görenin, iş sahibine ait bir işi onun iradesine aykırı olarak görmesi ve elde edilen menfaat arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bu kapsamda örneğin elde edilen kazançla alınan piyango biletinin isabet ettirmesi sonucu fahiş bir kazanç elde eden iş görenden elde ettiği bu kazanç menfaat devri kapsamında istenememelidir.

Netice itibarıyla FSEK m. 70/3'e dayalı talep bakımından kişinin başkasına ait bir işi yetkisi olmaksızın gördüğü, bu iş görme sebebiyle bir menfaat elde ettiği ve menfaat elde edenin kötü niyetli olduğu (karine gereği bulunmaktadır) ispatlanmalıdır. Elde edilen menfaat hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen fiilin sonucu olmalıdır. SMK bakımından ise bir maddi tazminat talebi bulunduğundan hukuka aykırı fiilin, kusurun, zararın ve uygun illiyet bağının ispatı gerekir.

IV. ZAMANAŞIMI

Karşılıklı talepler açısından nasıl bir zamanaşımının belirlenmesi hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazar gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı talebin yalnızca iş sahibi bakımından söz konusu olabileceğini kabul

⁴² Aynı yönde bkz. Güneş, s. 309.

⁴³ Arkan Akbıyık, s. 48-49; Baş Süzel, s. 290 vd.; Atlan Kazan, s. 169; Uzunallı, s. 399 vd.; Demirbaş, s. 204; Ercoşkun Şenol, H. Kübra (2018) "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görenin Sistematik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, S:4, C:XXII, s. 48, yazara göre hakim, caydırıcılığı önleyecek miktarda indirim yapmaktan kaçınmalıdır. OR 2020 Art. 70/1'e göre, bir menfaat elde edildiğini hak sahibi ispatlamalıdır. Art. 70/2'ye göre ise elde edilen menfaat tam olarak ispat edilemiyorsa değer, mahkeme tarafından olayların olağan akışına göre belirlenecektir. Art. 71 uyarınca da elde edilen menfaatten, bunun temini için yapılan makul ve ispatlanmış harcamalar düşürülecektir.

⁴⁴ Hâkim, bilirkişiye de başvurabilir.

etmektedir⁴⁵. Fakat diğer bir görüşe göre ise hem iş sahibinin hem de iş görenin talepleri gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temelinde olmalıdır⁴⁶. Doktrinde ileri sürülen görüşleri sistematik bir şekilde aktarabilmek adına iş sahibi ve iş görenin talepleri açısından geçerli olan zamanaşımı sürelerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş sahibinin talepleri bakımından yazarların bazıları⁴⁷ TBK m. 147 hükmü uyarınca vekâlet sözleşmesinden doğan borçlar için geçerli olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul ederken, bazıları⁴⁸ TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olması gerektiğini düşünmektedir. Farklı bir görüşe göre⁴⁹, iş sahibinin talepleri açısından haksız fiillerde söz konusu olan zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Yavuz / Acar / Özen'e göre ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan alacaklar TBK m. 72 veya TBK m. 82 hükümlerine kıyasen 2 yıllık kısa zamanaşımı süresine tabi olmalıdır⁵⁰.

İş görenin talepleri açısından nasıl bir zamanaşımı süresinin geçerli olduğu mevzuu da doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar⁵¹ iş görenin talepleri açısından sebepsiz zenginleşmede söz konusu olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul ederken, kimi yazarlar⁵² da iş görenin masraf talebinin de haksız fiiller için geçerli olan zamanaşımı süresine tabi olması gerektiğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce öncelikle şu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yetkisiz bir şekilde başkasına ait bir işin görülmesi durumunda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yanında haksız fiil veya sözleşmeye aykırılığın da gündeme gelmesi mümkündür. Talebini hangi hukuki temele dayandıracığı iş sahibinin seçimine bağlıdır. İş sahibinin haksız fiil esaslarına ya da sözleşmeye aykırılığa dayanması halinde TBK m. 72 ve TBK m. 146 veya 147'nin gündeme geleceğinde bir şüphe duyulmamalıdır. Fakat talep gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanmaktaysa somut olayda buna uygulanacak zamanaşımının belirlenmesi gerekecektir. Nitekim kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrı bir borç kaynağıdır⁵³. Dolayısıyla da bu iki durum birbirleriyle karıştırılmamalıdır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından kanunda özel bir zamanaşımı süresi düzenlenememiştir. Özel bir düzenlemenin olmaması nedeniyle de haksız fiillerde zamanaşımına dair hükümlerin doğrudan olmasa bile kıyasen uygulanması veya TBK m. 146 hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresinin varlığı düşünülebilecektir. Kanaatimizce iş sahibinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan alacağı TBK m. 146 hükmü gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmalıdır. Zira ilgili madde kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacağın 10 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.

⁴⁵ Arkan Akbıyık, s. 57-58.

⁴⁶ Baş Süz el, s. 130.

⁴⁷ Hatemi, § 11 N 47.

⁴⁸ Baş Süz el, s. 136; Bozgeyik, Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 233; Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 146. Yargıtay'ın 4.6.1958 tarihli İBK'sında da bu sonuca varılmıştır. İlgili kararda bu husus şöyle ifade edilmektedir: "Borçlar Kanununun 414 üncü maddesine dayanan alacaklar ise Borçlar Kanununun 125 inci maddesinde gösterilen müruruzamana tabi olacaklarından (...)" (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, T:4.6.1958, E:1958/15, K:1958/6 – Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴⁹ Tekinalp, § 20 N 99; Demirbaş, s. 225; Arkan Akbıyık, s. 59; Öztan, s. 680; Tandoğan, Halûk (2010) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat, s. 683; Kılıçoğlu, Ahmet (2002) "Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı" Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara, s. 390 vd. Doktrinde bir kısım yazar, menfaat devri talebini özel olarak ayrıca ele almaksızın markaya tecavüz halinde doğacak tazminat davalarında aynı sonuca varmaktadır (Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arkan, s. 313; Güneş, s. 357).

⁵⁰ Yavuz, Cevdet & Acar, Faruk & Özen, Burak (2018) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 751.

⁵¹ Arkan Akbıyık, s. 60; Demirbaş, s. 226; Küçükali, s. 69.

⁵² Tandoğan, Borçlar Özel, s. 683.

⁵³ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi ayrı bir borç kaynağı olarak gördüğümüzden de lege ferenda Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden menfaat devri talebi bakımından da kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu talep 10 yıl içerisinde ileri sürülmediyse zamanaşımına uğramalıdır. Doktrinde Baş Süz el'in de haklı bir şekilde belirttiği gibi TMK m. 2 hükmü karşısında 10 yıllık sürenin çok uzun olduğu, dolayısıyla da istismar edilmeye müsait olduğuna dair endişe de bertaraf edilebilecektir⁵⁴.

Menfaat devrinin bir tazminat olarak düzenlendiği SMK için de aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü SMK m. 157 hükmü uyarınca; "*Sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.*" Açıkça görüldüğü üzere zamanaşımı bakımından burada da özel bir süre düzenlenmemiştir.

İş görenin masraf talebi açısından ise sebepsiz zenginleşmeye dair zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre bir fikri veya sınai hakkın ihlali nedeniyle menfaat devri söz konusu olduysa işi gören 2 ve 10 yıllık süreler içerisinde, yaptığı masrafları talep edebilecektir.

SONUÇ

Kişinin bir işi yetkisiz bir şekilde, iş sahibinin iradesine aykırı olarak kendi menfaatine görmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme çeşitli özel görünüm biçimlerine sahiptir ki bunlardan biri de fikri ve sınai hakların istismar edilmesi durumudur. Bu duruma dair hem FSEK hem de SMK'da hüküm bulunmaktadır.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin sonucu olarak menfaat devri talebi gündeme gelmektedir. Menfaat devri talebi FSEK'te tazminat davalarından ayrı olarak düzenlenmekle beraber SMK'da yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir alternatif olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce

FSEK düzenlemesi daha uygundur. Ayrıca menfaat devri talebiyle beraber uğranılan zarar da telafi edileceğinden artık tazminat davaları gündeme gelmeyecektir meğerki uğranılan zarar elde edilen menfaatten daha fazla olsun. Ayrıca ref davası kapsamında birtakım eşyalara el konulduysa bunlar devre konu kazançtan indirilmelidir. Fakat kanaatimizce FSEK m. 68 kapsamındaki üç kat bedel istemi devre konu kazançtan indirilmemelidir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan menfaatin devri halinde bazı hususların ispatı gerekir. FSEK m. 76/son gereğince iş sahibi iddiasının haklılığı hususunda hâkimde yeterli kanaati oluşturduktan sonra kullanımın haklılığını işi gören ispatlamalıdır. Kusurun varlığını karine olarak gördüğümüzden dolayı işi görenin kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir. Elde edilen menfaat, somut olay koşullarında TBK hükümleri ekseninde ve özellikle zararın belirlenmesine dair TBK m. 50/2 hükmüne göre belirlenecektir. Ayrıca elde edilen menfaatin de hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilen fiilin sonucu olması gerekmektedir.

SMK'ya göre ise iş sahibi hukuka aykırı fiilin varlığını ispatlayacak ancak burada da kusurun varlığı karine gereği kabul edilecektir. Elde edilen menfaatin ispatı bakımından ise burada özel bir hüküm düzenlenmiştir. SMK m. 150/3 hükmü gereği hâkim ilgili belgelerin tazminat yükümlüsü tarafından getirilmesine hüküm verebilecektir. Son olarak SMK kapsamında da hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı aranacaktır.

Kanaatimizce, iş sahibinin menfaat devri talebi TBK m. 146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine, iş sahibinin masraf talebi ise sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir.

⁵⁴ Baş Süz el, s. 133.

KISALTMALAR LİSTESİ

Art. : die Artikel	m. : madde
AYM : Anayasa Mahkemesi	N : Numara
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch	OR : Obligationenrecht
bkz. : bakınız	R.G. : Resmi Gazete
BÜHFD : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi	s. : sayfa
C. : Cilt	S. : Sayı
c. : cümle	SMK : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
Çev. : Çeviren	SÜHFD : Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E : Esas	T : Tarih
FSEK : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu	TBB : Türkiye Barolar Birliği
HFD : Hukuk Fakültesi Dergisi	TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu	TCMB : Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı	TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
K : Karar	vd. : ve devamı
	ZGB : Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

- Arkan Akbıyık, Azra (1999) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa.
- Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Atalay, Oğuz “§ 14”: Hakan Pekcanitez & Muhammet Özeker & Mine Akkan & Hülya Taş Korkmaz (editörler) (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha.
- Atlan Kazan, Hülya (2014) “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme” SÜHFD, S:2, C:2.
- Ayiter, Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, S Yayınları.
- Baş Süzel, Ece (2015) Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul, On İki Levha.
- Becker, Hermann (1993) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, M. 184-551, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayını No: 24.
- Beşiroğlu, Ahmet (2006) Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Arıkan.
- Bozbel, Savaş (2013) “Yargıtay 11. HD.’nin FSEK m. 76/son ile İlgili E. 2009/12371; K. 2011/5325, T. 02.05.2011 Kararı (YKD Ocak 2013, s. 59 vd.” Uluslararası Antalya Üniversitesi HFD, S:1.
- Bozgeyik, Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Demirbaş, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, İstanbul, On İki Levha.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra (2018) “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi HFD, S:4, C:XXII.
- Erdil, Engin (2016) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat.
- Erel, Şafak N. (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin.
- Güleryüz, M. Tarık & Zorluoğlu Yılmaz, Ayça (2019) “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi” TBB Dergisi, S:141.
- Gümüş, Mustafa Alper (2012) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, Vedat.
- Hatemi, Hüseyin (1999) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz.
- Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan.
- Kılıçoğlu, Ahmet (2002) “Türk Fikir ve Sanat Eserlerinde Zamanaşımı” Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara
- Kılıçoğlu, Ahmet (2008) “Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası” Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2017) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 3. Bası, Ankara, Turhan. (*Fikri Haklar*)
- Küçükali, Canan (2017) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin.
- Muhammet Özeker, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2005/1.
- Oğuzman, M. Kemal & Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul, Vedat.
- Özer, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanununun Neler Getirdi?, Ankara, Seçkin, s. 23; Güneş, İlhami (2018) Marka Hukuku, Ankara, Adalet.

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

Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

Tandoğan, Halûk (1957) Vekâletsiz İş Görme, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

Tandoğan, Halûk (2010) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat.

Uzunallı, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, Adalet.

von Tuhr, Andreas (1983) Borçlar Hukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 15, § 13 N 1 vd.

Yasaman, Hamdi (2002) “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C:I, Beta.

Yasaman, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C. II, İstanbul, Vedat.

Yavuz, Cevdet & Acar, Faruk & Özen, Burak (2018) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul, Beta.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://legalbank.net/arama> (s.e.t. 16.11.2019)

<https://www.lexpera.com.tr/> (s.e.t. 16.11.2019)

Kararlar

Cases

YARGITAY KARARLARI *

DECISIONS OF COURT OF CASSATION*

Şule IŞIN**

Sefa ER***

KARARLAR

- *Eser Sahipliği Karinesi*
- *Eser Sahipliğinin Tespiti*
- *Haksız Rekabet Araçlarının İmhası*
- *Murahhas Üyelerin Genel Kurula Katılma Zorunluluğu*
- *Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü*
- *Eser Sipariş Sözleşmesinde Mali Haklar*
- *Limited Şirket Müdürünün Temsil Yetkisi*
- *Ticaret Unvanı Bakımından Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*
- *Ham Verilerin Eser Niteliği*

CASES

- *Presumption of the Authorship*
- *Determination of Copyright Ownership*
- *Destruction the Unfair Competition Tools*
- *Obligation of the Executive Board Members to Attend the General Assembly*
- *Disclosure Requirement of the Insurer*
- *Economic Rights in the Work Contract*
- *The Power of Attorney of Director of the Limited Company*
- *Loss of Rights Through Silence in Trade Name*
- *Raw Data and the Copyright Protection*

* Karar derlemesi. Geliş Tarihi: 30.06.2020, Kabul Tarihi: 30.06.2020.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi, suleisin.law@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7422-6278)

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, (e-mail: sefaer@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5738-8224).

1- ESER SAHİPLİĞİ KARİNESİ VE KARİKENİN AKSİNİN İSPATI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26.04.2013, E. 2012/6776, K. 2013/8349

- Eser Sahipliği
- Eser Sahipliği Karinesi
- Karinenin Aksinin İspatı
- Ortak Eser Sahipliği

Eser sahipliği savunması tecavüzün ref'i davası kapsamında öncelikle incelenir. Eser sahipliği karinesinin aksi e-posta yazışmalarıyla da ispat edilebilir.

5846 sayılı FSEK m. 11

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Ankara 4. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 28.12.2011 tarih ve 2010/377-2011/463 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin F. Y. müstear adıyla ve davalı ile birlikte kaleme aldıkları ve yayınlanan "Muhasebe" isimli kitabın, daha sonra davalı tarafından "Y.İ.K." yayınlarından "A. Muhasebe Sınav Seti" ismiyle ve tek başına yayımlandığını, müvekkilinin bu konuda bilgisi ve onayının bulunmadığını, müvekkilinin bu nedenle malen ve manen zarar gördüğünü ileri sürerek, FSEK'in 66. maddesine göre davalının tecavüzün ref'i ve önlenmesini, 68/2. maddesi uyarınca anılan kitabın toplatılmasını ve aynı Kanun'un 68/1. maddesine göre şimdilik 1.000,00 TL maddi ve 70. maddesi gereği 15.000,00 TL manevi tazminatın kitabın yayımlandığı tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsilini, hükmün ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; dersane sahibi ve yöneticisi olan müvekkilinin yıllardır öğrencilerine fotokopi olarak dağıttığı ders notlarını derleyerek kitap hâline getirmeyi düşündüğünü, bu konuda dershanesinde çalışan davacıyı görevlendirdiğini, eserde davacıya ait hiçbir hususiyetin bulunmadığını, kitaba davacının isminin konulmasının tek nedeninin öğrencilere takdimi sırasında davacıya etiket olması ve öğrencilerin davacının dersine olan ilgisini artırmak olduğunu, davacının tazminat hakkının doğmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; dava konusu ürünün, ilim ve edebiyat eseri niteliğinde olduğu, davalı tarafından hazırlanıp bastırılan "A. Muhasebe Sınav Seti" isimli kitabın taraflarca daha önce birlikte yazılan "Muhasebe" isimli kitapla aynı olduğu, ancak söz konusu kitap içeriğinin davalı tarafca davacıya gönderilen ve üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmayan e-postalardaki metinlerden oluştuğu, bu durumda eser sahibinin davalı olup, davacının eser üzerinde herhangi bir hakkı bulunmadığı, her ne kadar daha önce yazılan kitapta davacının adının yazılmasının ortak eser sahibi olduğu yönünde karine oluşturmakta ise de davalı tarafından davacıya gönderilen e-postaların 2007 yılında yani "Muhasebe" isimli kitabın basılmasından önce olması ve e-postalarda herhangi bir değişikliğin yapılmamış oluşu ile bu karinenin aksinin kanıtlandığı, davacının "Muhasebe" isimli kitabın meydana getirilmesinde yaptığı yardımın (katkının) teknik hizmet ve teferruatla ilişkin olduğu ve bu tür yardımların davacıya eser sahipliği sağlamayacağı, davacının davaya konu eser üzerinde eser sahipliğinin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya

aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA... 26.04.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

2- ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ DAVASINDA HUKUKİ YARAR

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.09.2013, E. 2012/17104, K. 2013/15984

- Eser Sahipliğinin Tespiti Davası
- Eser Sahipliği Karinesi
- Hukuki Yarar

Eser sahipliğinin tespiti davası açılabilmesi için eserin kimin tarafından meydana getirildiği ihtilaflı olması gerekir. Bir başka davada eser sahipliği tespit edilmiş ise FSEK'in 15/3 maddesi gereğince eser sahipliğinin tespiti davası açılmasında hukuki yarar yoktur.

5846 sayılı FSEK m. 15/3

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1. Anadolu Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk (Kartal Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk) Mahkemesince verilen 19.07.2012 tarih ve 2011/102-2012/263 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin sahibi olduğu dershanede muhasebe dersi öğretmenine ihtiyaç duyulması üzerine davalıdan ders vermeye başlamasını istediğini, davalının 8 hafta süresince hafta sonu dörder saat derslere girdiğini, müvekkilinin

yıllardır öğrencilerine fotokopi olarak dağıttığı ders notlarını derlediğini, davalı ile uzun süreli çalışmayı düşünmesi sebebiyle öğrencilerine takdim ederken öğrencilerin dersine ilgi duyması için kendi hazırladığı kitaba davalının da ismini yazdığını, tüm içeriği müvekkili tarafından hazırlanan kitabın Ocak 2009 tarihinde "Muhasebe" ismi altında ...Yayınevi tarafından yayınlandığını, kitap üzerinde M.Y. ve F.Y.'nin yazar olarak gösterildiğini, daha sonra davacının kendi eserini gerek konu gerekse içerik olarak genişleterek "A. Muhasebe Sınav Seti" altında 2010 yılında yeniden bastırıldığını, davalının kitaba hiçbir katkısı olmamasına rağmen müvekkilinin yayınladığı kitabın içeriğinin daha önce yayınlanan kitabın içeriğiyle aynı olduğu, ilk eserde kendi ismine yer verildiği hâlde ikinci eserde ismine yer verilmediği gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat davası açtığını ileri sürerek Ocak 2009 tarihinde basımı gerçekleştirilen "Muhasebe" isimli kitabın eser hak sahibinin münhasıran davacı olduğunun tespitini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; 2009 yılında müvekkili ile davacının birlikte "Muhasebe" isimli kitap yayınladığını, daha sonra davacının aynı içerikli "A. Muhasebe Sınav Seti" isimli kitabı tek başına yayınladığını, bu kitabın içeriğinin evvelce birlikte yayınladıkları muhasebe isimli kitapla aynı olması nedeniyle Ankara 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 2010/377 E. sayılı dosyası ile davacı aleyhine maddi ve manevi tazminat talebi ile davacının haksız tecavüzünün ref'i ve önlenmesine ilişkin dava açtıklarını, bu davada öncelikli olarak tarafların dava konusu eser üzerinde hak sahibi olup olmadığı hususu tespit edildikten sonra maddi tazminat hesabına geçileceğini, bu nedenle mahkememizde görülen davanın Ankara 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 2010/377 E. sayılı dosyasında derdest olduğunu, davacının davasında hukuki yararının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; "Muhasebe" isimli

eserin meydana getirilmesinde davalının yaptığı yardımın teknik hizmet ve teferruata ilişkin olduğu, FSEK'in 10/son maddesindeki düzenlemeye göre, bu tür yardımların davalıya eser sahipliği sağlamayacağı, dolayısıyla eser üzerindeki hak sahibinin davacı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, Ocak 2009 tarihinde basımı gerçekleştirilen "Muhasebe" isimli kitabın eser hak sahibinin davacı M. Y. olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, Ocak 2009 tarihinde ...Yayınevi tarafından basımı gerçekleştirilen "Muhasebe" isimli kitabın eser hak sahibinin davacı M.Y. olduğunun tespiti istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda belirtilen gerekçeyle davacının işbu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu gözetilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak; işbu dava, davacı M.Y. aleyhine davalı F.Y. tarafından açılan Ankara 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 2010/377 E. sayılı dosyasıyla görülen eser sahipliğinden kaynaklanan maddi ve manevi haklara tecavüzün refi ve önlenmesi, kitabın toplatılması, tazminat talepli davadan sonra ikame edilmiş olup, F.Y. tarafından açılan davada M.Y.'in "Muhasebe" isimli kitabın ortak eser olmayıp, münhasıran kendisine ait bulunduğunu savunmuş olmasına ve bu hususun o davada hadise olarak tartışılıp sonuca bağlanmış ve ilgili hükmün Dairemizin 26.04.2013 tarihli ve 2012/6776 E., 2013/8349 K. sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiş bulunmasına göre işbu davada 5846 sayılı Kanun'un 15/3 maddesinde düzenlenen bir tespit davasının açılıp görülmesi noktasında davacının bir hukuki yararının bulunmadığı ortadadır. Buna mukabil, yanılığın değerlendirilmeyle, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilerek karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA...** 18.09.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

3- HAKSIZ REKABETTE ARAÇLARIN İMHASI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.04.2018, E. 2016/10269, K. 2018/2857

- Haksız Rekabetin İşlenmesinde Etkili Olan Araçların İmhası

Haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araç ve makinelerin imhasına karar verilebilmesi için bu araç ve makinelerin münhasıran haksız rekabete konu malın üretiminde kullanılıyor olması gerekir. Başka bir deyişle haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araç ve makinelerde haksız rekabet konusu dışında başka malların üretimi de yapılıyorsa TTK'nin 56/1-c maddesi gereğince bunların imhasına karar verilemez.

TTK m. 56

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesince verilen 14.06.2016 tarih ve 2015/762-2016/403 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili; davalı şirketin unlu mamuller ruhsatı ile ya da hiç üretim ruhsatı olmadan ekmek üretmeye başladığını, bu durumun Ankara Batı 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2015/65 D.İş. sayılı dosyasında tespit edildiğini, dava konusu işletmenin ekmek üretmesinin hukuka aykırı olduğunu, ayrıca binası ayırık nizamda olmadığı için ekmek üretim ruhsatı almasının da mümkün olmadığını, hukuka aykırı ekmek üretmesinin davacı müvekkilinin üyeleri için haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek davalı işletmede ekmek üretiminin durdurulması ve ekmek üretiminde kullandığı her türlü makine ve araca el konulması için tedbir ka-

rarı verilmesini, ekmek üretim ruhsatı olmadan ekmek üretiminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, haksız rekabet oluşturan ekmek üretimi eyleminin ve ekmek fırını izlenimi veren tabela (levha) asma eyleminin men'ine, ekmek üretim araçlarının ve makinelerinin imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; müvekkili şirkete ait dava konusu yerde herhangi bir unlu mamul üretimi yapılmadığını, çağın gelişimine uygun olan elektrikli fırınlar ile donuk ürünlerin ısıtılarak müşterilere sunulduğunu, bu tarz uygulamalar için fırın ruhsatı alınmasının gerekmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; işyeri açma ve çalışma ruhsatının unlu mamuller satış faaliyet konulu verilmesine ve bununla ekmek üretimi yapılmasının hukuka aykırı olmasına rağmen davalının ekmek üretiminde bulunduğu, davalının sübut bulan bu eyleminin 6102 sayılı TTK'nin 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabeti oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının ruhsatsız ekmek üretme eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ile haksız rekabet teşkil eden ekmek üretme eyleminin ve ekmek fırını izlenimi veren tabela (levha) asma eyleminin men'ine, ekmek üretim araçlarının ve makinelerinin imhasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava, haksız rekabetin tespit ve men'i ile haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasına karar verilmesi talebine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, davalı uhdesinde bulunan ekmek üretim araçları ve makinelerinin münhasıran haksız rekabet konusu olmaması, hukuka uygun başka işletmelerde

kullanılmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve söz konusu araç ve makinelerin başka ürünlerin yapımında da kullanıldığının anlaşılması karşısında mahkemece araç ve makinelerin imhasına karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiş ise de, yapılan yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, HUMK 438/7 maddesi uyarınca hükmün, aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün 1 nolu bendinde yer alan "ekmek üretim araçlarının ve makinelerinin imhasına" ibaresinin hükümden çıkarılmasına, kararın davalı yararına bu şekliyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA... 18.04.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

4- MURAHHAS ÜYELERİN GENEL KURULA KATILMA ZORUNLULUĞU

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.06.2018, E. 2016/12403, K. 2018/4469

- Murahhas Üyelerin Genel Kurula Katılma Zorunluluğu
- Sorumluluk Davası
- Oydan Yoksunluk

TTK'nin 407/2 maddesi gereğince murahhas üyelerin ve en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurulda hazır bulunmaması durumunda bu husus başlı başına genel kurul kararlarının iptali sebebi sayılamaz. Ayrıca TTK'nin 436/2 maddesi gereğince yönetim kurulu üyelerinin kendi ibralarında oydan yoksunluk hâli düzenlendiğine göre, ibra edilmenin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ibraya oranla daha ağır bir durumu ifade eden sorumluluk davasının açılması kararının oylamasında da oydan yoksunluk hâlinin bulunması gerekir.

TTK m. 407/2, m. 436/2

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 22.06.2016 tarih ve 2015/348-2016/692 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirkette %37,5 pay sahibi olduğunu, Bursa 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 28.11.2014 tarih ve 2014/220 E., 2014/574 K. sayılı kararı gereğince davalı şirketin belirlenen gündem maddeleri ile toplantıya çağrılması için kayyım atandığını, atanan kayyım başkanlığında yapılan 13.01.2015 tarihli genel kurulda alınan gündemin 2, 5 ve 6 numaralı kararlarının usul ve yasaya uygun olmadığını ileri sürerek anılan kararlarının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; 13.01.2015 tarihinde yapılan genel kurulun usul ve yasaya uygun olduğunu, kararların iptali için hiçbir sebep bulunmadığını, ayrıca davacının ileri sürdüğü sebeplerin davacı tarafından yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılan Bursa 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2014/668 E. sayılı sorumluluk davasında inceleneceğini, bu nedenle davacının bu davayı açmada hukuki yararı bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; yönetim kurulu üyelerinin azli ve yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açılması yönünden yönetim kurulu üyelerinin oy kullanabileceği ve bu taleplerin usulüne uygun oylama yapılarak gündemin (5). ve (6). maddelerinde reddine karar verildiği, davalı şirketin 13.01.2015 tarihinde mahkemece atanan kayyım tarafından gerçekleştirilen olağanüstü genel kurulunda alınan kararların, yargı kararına, kanun ve

ana sözleşmeye aykırı bir yönü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve TTK'nin 407/2 maddesi gereğince murahhas üyelerin ve denetçinin genel kurula katılmamasının başlı başına iptal sebebi sayılamayacak olmasına ve ayrıca TTK'nin 436/1 maddesi gereğince oydan yoksunluk hâlinin bulunabilmesi için Kanun'da sayılan kişilerle şirket arasındaki ilişkinin kişisel nitelikte olmasının gerekmesine, bu nedenle iptali istenen genel kurul toplantısında alınan (5) numaralı kararda oydan yoksunluk hâlinin bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışından kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, anonim şirket genel kurul kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, yazılı şekilde yönetim kurulu üyeleri ve şirketi zararlandırıcı işlem yapan yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmaması için alınan genel kurul kararında yönetim kurulu üyelerinin oydan yoksunluk hâllerinin bulunmadığı gerekçesiyle genel kurul kararının (6) numaralı maddesinin iptali talebinin reddine karar verilmiştir. Oysa, yönetim kurulu üyeleri için TTK'nin 436/2 maddesinde öngörülen oydan yoksunluk hâlinin, sorumluluğa ilişkin davanın açılması hakkındaki kararın uygulanması hâlinde de uygulanması gerekir. Şöyle ki, TTK'nin 436/2 maddesi gereğince yönetim kurulu üyeleri kendi ibralarında oy kullanamayacaklarına göre, ibra edilmemenin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve ibraya oranla daha ağır bir durumu ifade eden sorumluluk davasının oylamasında da bu hakka sahip olamazlar. Somut olayda, genel kurul gündeminin (6). maddesinde yer alan, yönetim kurulu üyeleri ve şirketi zararlandırıcı işlem yapan yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılması hususu görüşülerek yönetim kurulu üyelerinin

kullandıkları oylar neticesinde sorumluluk davası açılması talebi reddedilmiştir. Bu durumda, mahkemece, yönetim kurulu üyeleri ve şirketi zararlendirici işlem yapan yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılması hususunda da TTK'nin 436/2 maddesinde öngörülen oydan yoksunluk hâlinin aranması gerektiği ve somut olayda yönetim kurulu üyelerinin oy kullanmasının sonuca etkili olduğu gözetilerek genel kurulda alınan (6) numaralı kararın iptaline karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**...18.06.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

5- SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 16.12.2019, E. 2019/1676, K. 2019/8202

- Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü
- Sigorta Ettirenin On Dört Günlük İtiraz Süresi

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirmemesi hâlinde sigorta ettiren TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince on dört içinde sözleşmenin yapılmasına itiraz etmesi gerekir. Sigorta ettiren aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini sonradan öğrense dahi bu süre sözleşmenin kurulmasından itibaren başlar.

TTK m. 1423

YARGITAY KARARI

Taraflar arasında görülen davada Gaziantep 2. Asliye Ticaret Mahkemesince bozmaya uyularak verilen 10.01.2019 tarih ve 2017/1194-2019/37 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesinin davalı vekili tarafından istenildiği ve temyiz dilekçesinin

süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili; müvekkillerinin miras bırakanının dava dışı H. Bankasından kullandığı kredi için davalı tarafından ferdi kaza sigortası poliçesi düzenlenmek suretiyle sigortalandığını, murisin 11.01.2014 tarihinde bir yakınının kullandığı motosiklette yolcu iken geçirdiği kazada hayatını kaybettiğini, müvekkillerince kredi bakiyesinin poliçe kapsamında ödenmesi yönündeki talebin "davalı sigorta şirketince murisin motosiklet kazasında vefat ettiği, Genel Şartların 6/a maddesi uyarınca poliçe teminatı kapsamı dışında kaldığı" gerekçesiyle reddedildiğini, ancak acente konumundaki bankanın murisi bilgilendirmediğini, görüşme tutanağı düzenlenip müzakere edilmediğini, acentenin bu şekilde yasal yükümünü yerine getirmediğini ileri sürerek şimdilik 100,00 TL'nin tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili; poliçede sürücü veya yolcu olarak motosiklete binme eyleminin teminat dışında bırakıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, Dairemizin bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin ilamındaki bozma gerekçeleri dikkate alınarak eksik evraklar mahkememizce getirtilip hüküm kurmaya elverişli bilirkişi raporu alındıktan sonra davacıların murisinin davalı şirket ile aralarındaki tanzim edilen poliçenin kurulması esnasında davalı şirket tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne... toplam 50.000,00 TL maddi tazminatın 05.02.2014 tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacılar için ödenmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, sigorta şirketinin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK'nin 1423. maddesinde, sigortacı ve acentesinin sözleşmenin imzalanmasından önceki aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiş olup, maddenin 2. fıkrasında sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşmenin poliçedeki şartlarda yapılmış olacağı belirtilmiştir.

Somut olayda; davacılar murisinin sigortalı sıfatıyla 30.12.2013 tarihli Esnaf Acil Destek Sigortası yaptırdığı, 11.01.2014 tarihinde motosiklet kazasında vefat ettiği, motosiklet kazası neticesinde rizikonun gerçekleşmesinin poliçe muafiyetleri kapsamında olduğu hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacılar, TTK'nin 1423. maddenin 2. fıkrası kapsamında sözleşmenin inikadından sonraki yasal süre içinde murislerinin sözleşmeye itiraz ettiğini iddia ve ispat etmediğine göre açık yasa hükmü gereği sözleşmenin poliçedeki şartlara uygun olarak yapıldığının kabulü gerekir. Bu durumda, poliçe muafiyetleri kapsamında davacıların sigorta tazminatı talep edememelerinde davalı sigorta şirketinin kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı göz önüne alınmaksızın, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetli olmamış, kararın davalı yararına bozulmasını gerektirmiştir.

2- Bozma sebep ve şekline göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, ... 16.12.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

6- ESER SİPARİŞ SÖZLEŞMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.01.2020, E. 2019/11-474, K. 2020/26

- Eser Sipariş Sözleşmesi
- Mali Haklara Dair Sözleşme
- Esere Tecavüzün Ref'i

Eser sipariş sözleşmelerinde eseri meydana getiren, manevi hakların, hatta kullanıma dâhi mali hakların da sahibidir. İş sahibi (sipariş veren) eserin sadece maliki olup, eser üzerinde bu sıfat ile tasarruf eder ve eseri sözleşme kapsamında kullanım hakkına sahip olur. Dolayısıyla meydana getirilen eserin, iş sahibi tarafından sözleşme kapsamında kullanılması hâlinde eser sahibinin haklarına tecavüzden söz edilemeyecektir. Taraflar arasında FSEK'in 52. maddesi gereğince bir sözleşme yapılmamış olsa da eser sahibi bu kullanıma katlanmak zorundadır.

FSEK m. 52.

YARGITAY KARARI

1. Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen asıl davanın kısmen kabulüne ve birleşen davanın reddine ilişkin karar, asıl ve birleşen davada taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı asıl ve birleşen davada taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve... dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Asıl Davada Davacı İstemi:

4. Asıl davada davacı vekili; müvekkilinin davalı şirketlerle aynı grup şirketi olan Ü...A.Ş.'de 17.08.2000 ile 25.12.2002 tarihleri arasında satın alma müdürü olarak çalıştığını, çalıştığı süre içerisinde grup şirketlerinin satın alma işlerinin bir arada yürütülmesinden kaynaklanan problemlerin

aşılması için davalıların siparişi üzerine bir bilgisayar programı hazırladığını, bu programın satın alma işlerini kolaylaştırdığı ve hızlandırdığını, ancak davalıların bu program nedeni ile müvekkiline ödemeleri gereken bedeli ödemekten kaçındıklarını, üstelik çalıştığı şirketin grup şirketlerinden biri olması nedeniyle iş akdinin sebepsiz ve kötü niyetli olarak feshedildiğini, davalıların müvekkiline ait programın altyapı şifrelerini de kırarak tamamen haksız ve hukuka aykırı olarak kullanmaya devam ettiklerini, bu durumun İstanbul Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 2003/25 D. iş sayılı dosyası ile tespit edildiğini ileri sürerek müvekkili tarafından yazılan programın davalılar tarafından haksız kullanımına son verilmesine ve tecavüzün ref'ine, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 68. maddesi gereğince 400.000,00USD tazminatın haksız kullanımın fiilen başladığı tarihten itibaren işleyecek ticari temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl Davada Davalılar Cevabı:

5. Asıl davada davalılar vekili; müvekkillerinin dava konusu bilgisayar programını grup şirketlerinden Ü...A.Ş.'nin izni ile kullandıklarını, bilgisayar programının mesai saatleri içinde şirkete ait veri tabanı ve ekipman kullanarak Ü...A.Ş. tarafından hazırlatıldığını ve bilgisayar programı üzerindeki hakların FSEK'in 18/2. maddesi gereğince Ü...A.Ş.'ye ait olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Birleşen Davada Davacı İstemi:

6. Birleşen davada davacı vekili; müvekkili şirkette iş akdi ile çalışan N.G.'nin işini görürken meydana getirdiği eser üzerindeki hakların FSEK'in 18/2 maddesi gereğince müvekkiline ait olduğunu ileri sürerek bilgisayar programı üzerindeki hakların müvekkili tarafından kullanılacağı hususunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen Davada Davalı Cevabı:

7. Birleşen davada davalı vekili; müvekkili tarafından dava konusu bilgisayar programının işe girmeden önce yapıldığını, işverenin talimatı gereğince yapılan bir program olmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

8. İstanbul 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 19.04.2012 tarihli ve 2006/168 E., 2012/89 K. sayılı kararı ile; dava konusu bilgisayar programının belirli sorunların çözümüne yönelik olarak otomatik şekilde satın alma işlemlerinin gerçekleştirilmesi için geliştirildiği, davacının konuyla ilgili bilgi, deneyim ve benzeri kişisel özelliklerini yansıtmak suretiyle programı hazırladığı ve eser koruması için gerekli hususiyetin (özgünlüğünün) bulunduğu, programın hazırlandığı dönem itibarıyla güncel sayılacağı, söz konusu bilgisayar programının davacının iş akdi ile çalıştığı Ü...A.Ş.'nin doğrudan görevlendirmesi veyahut da ücret karşılığında yapılmadığı, ancak davacının çalıştığı iş yerindeki gelişmiş bilgisayarları kullanarak ve AS400 diye tabir edilen eğitimi alarak bilgisayar programını geliştirdiği, bu nedenle birleşen davada davacı Ü...A.Ş.'nin söz konusu programı şirket bünyesinde kullanmış olması hukuka uygun ise de kullanma dışındaki mali haklardan istifade etmenin söz konusu olamayacağı, başka bir deyişle FSEK'nin 18/2. maddesi koşullarının birleşen dosya davacısı yönünden gerçekleşmediği, dolayısıyla asıl davada davalılara programı kullandırmasının yasal ve hukuki zemininin bulunmadığı, asıl davada davalıların davacı N.G. ile FSEK'in 52. maddesi anlamında herhangi bir sözleşme yapmaksızın söz konusu programı kullandıkları, program için belirlenen 25.000,00TL rayiç bedelin makul görüldüğü ve FSEK'in 68/1 maddesi gereğince de eser sahibinden izin almaksızın ve bedel ödenmeksizin kullanılmış olması sebebiyle bu bedelin üç katına kadar tazminata hükmedilebileceği gerekçesi ile asıl davanın kısmen kabulü ile FSEK'in 68. maddesi gereğince 75.000,00TL tazminatın dava tarihinden itibaren işletilecek ticari faizi ile davalılardan tahsiline, birleşen davanın ise reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. İstanbul 3. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde asıl ve birleşen davada taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

10. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.12.2013 tarihli ve 2012/12375 E., 2013/22875 K. sayılı kararı ile; taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra “...Asıl davada davacı vekili, müvekkili tarafından husule getirilen bilgisayar programının davalılar tarafından hukuka aykırı şekilde kullanıldığı iddiasıyla FSEK’in 68. maddesine dayanan tazminat isteminde bulunmuştur. FSEK’in 68. maddesine göre, eseri hak sahiplerinden bu Kanun’a uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması hâlinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Dosya kapsamından asıl dava davacısının davalı şirkette satın alma müdürü olarak çalışırken yine davalıların istemi üzerine işbu davaya konu bilgisayar programını hazırladığı ve bu programı davacının kendi rızası ile davalıların bilgisayarına kurduğunun anlaşılmasına göre, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin TBK hükümlerine göre “eser sipariş sözleşmesi” kapsamında gerçekleştirilerek karşı tarafa teslim olunan bilgisayar programından kaynaklanan telif ücreti alacağına yönelik olduğunun kabulü gerekirken, eser sahibi ile aralarında sözleşme olmaksızın kullanım hâlini düzenleyen FSEK’in 68. maddesi kapsamında değerlendirilmesi doğru olmamıştır. Bu itibarla, mahkemece davacının talebi bu hukuki temelde değerlendirilerek ve buna göre programın yapım ile kullanım şekli göz önünde bulundurularak belirlenecek bir telif tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile belirlenen tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş asıl dosya açısından kurulan hükmün bu nedenle taraf-

lar yararına bozulması gerekmiştir...” gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11. İstanbul 3. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 03.02.2015 tarihli ve 2014/207 E., 2015/20 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçelere ek olarak, asıl davada davacı olan N.G.’nin bilgisayar yazılımcısı veya bilgisayar mühendisi olmadığı, taraflar arasında istisna (eser) sözleşmesi bulunmadığı, FSEK anlamında eser niteliğinde olduğu kuşkusuz olan dava konusu bilgisayar programı hakkında FSEK’in 52. maddesi gereğince mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesinin şart olduğu, taraflar arasında FSEK’in 52. maddesi gereğince sözleşme bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde asıl ve birleşen davada taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; asıl davada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) hükümlerine göre “eser sipariş sözleşmesi” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve buradan varılacak sonuca göre FSEK’in 68. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

Birleşen Davaya Yönelik Temyiz:

14. Bilindiği üzere hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. Taraf vekillerinin birleşen davaya yönelik temyiz itirazları Özel Dairece reddedilmiş olduğundan, taraf vekillerinin birleşen davaya yönelik temyiz talebinde hukuki yarar bulunmamaktadır. O hâlde taraf vekillerinin birleşen davaya yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar vermek gerekmiştir.

Asıl Davaya Yönelik Temyiz:

15. Asıl dava, esere tecavüzün men'i ve ref'i ile FSEK'in 68. maddesi gereğince maddi tazminat istemlerine ilişkindir.

16. Uyuşmazlık asıl davaya yönelik olduğundan uyuşmazlığın çözümü için öncelikle "eser sipariş sözleşmesi" hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

17. Borç doğuran sözleşmelerden birisi olan "eser sipariş sözleşmesi", dava tarihinde yürürlükte olan ve uygulanması gereken mülga 818 sayılı BK'nin 355. maddesi ile düzenlenen istisna akdi niteliğindedir. Anılan maddede istisna akdi; *"istisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği bir semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder"* şeklinde ifade edilmiş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 470. maddesinde de *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır.

18. İstisna akdinin tarafları müteahhit (yüklenici) ile iş sahibidir. Müteahhit (yüklenici) eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişi iken iş sahibi de bir eseri meydana getirmeyi başkasına yükleyen kişidir.

19. İstisna akdinin unsurları, herhangi bir eser meydana getirmek ve buna karşılık ücret ödenmesi veya ödenmesinin vaat edilmesidir. Burada tarafların, meydana getirilecek olan eser ile ödenecek ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Ancak bu anlaşma herhangi bir şekle tabi değildir. İstisna akdi, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte, iki tarafa borç yükleyen, ani edimli bir sözleşmedir. En önemli özellikleri ise müteahhidi bir bütün teşkil eden eser meydana getirme olan sonuç borcu altına sokması ve müteahhidin iş sahibinden bağımsız olarak işini görmesidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kural olarak istisna akdinde müteahhidin, eseri meydana getirme ve teslim etme borcu yanında, araç, gereç ve malzeme sağlama borcu da bulunmaktadır. Bu husus

818 sayılı BK'nin 356/3. maddesinde; *"hilâfına âdet veya mukavele olmadıkça, mütaahhit, imal olunacak şeyin icrası için lâzım olan vasıtaları ve âlât ve edavatı kendi masrafiyle tedarik etmeğe mecburdur"* şeklinde belirtilmiştir.

20. Hemen belirtilmelidir ki; istisna akdine konu "eser" kavramı ile FSEK'te yer alan "eser" kavramı birbirinden farklılık arz etmektedir. İstisna akdinin konusunu oluşturan "eser" kavramı FSEK'te yer alan "eser" kavramından daha geniş kapsamlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira istisna akdine konu "eser" imal edilen herhangi bir şeyken, FSEK anlamında eserden bahsedebilmek için bazı şartlar aranmaktadır. Gerçekten bir fikri ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetiyle somutlaşmasının yanında ayrıca FSEK'te sayılan eser grubundan birisine dâhil olması gerekmektedir (*Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 109*). Bununla birlikte konusu FSEK anlamında bir eserin meydana getirilmesini oluşturan iş sahibi ile müteahhit (sanatçı) arasındaki sözleşmeler herhâlde 818 sayılı BK'nin 355. (6098 sayılı TBK'nin 470.) maddesi gereğince istisna akdi olarak da kabul edilmelidir.

21. Eser siparişi sözleşmesi, en genel ifadeyle, bir veya birkaç kişinin, iş sahibinin (sipariş verenin) belirlediği plan ve verdiği talimatlar doğrultusunda bir fikir ve sanat eseri meydana getirmeyi üstlendiği sözleşme türüdür. Eser siparişi sözleşmesinde önemli olan, FSEK anlamında eserin, iş sahibinin (sipariş verenin) belirlediği tarz ve şekilde, onun detaylı talimatlarına uyularak oluşturulmasıdır. Bu şart sağlandığı sürece, bir kanun şerhinin hazırlanması, bir heykelin yapılması veya bir sinema ya da müzik eseri oluşturulması gibi pek çok faaliyet eser siparişi sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir (*Tekinalp, s. 265*).

22. FSEK'in 52. maddesi gereğince eserle ilgili mali haklara dair gerek sözleşmeler gerekse tasarruf muamelelerinin yazılı şekilde yapılması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Buna

göre mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı biçimde yapılması ve mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi ispat değil, geçerlilik şartıdır. Bu geçerlilik şartları zımni rıza veya zımni izin ile bertaraf edilemez. Bununla birlikte bir eserin mülkiyet hakkının devri, mali hakkın veya hakların devri anlamına gelmez, meğer ki, mülkiyetin devrinin mali hakkın veya hakların devri sonucunu doğuracağı sözleşmede öngörülmüş olsun (*Tekinalp, s. 233*).

23. FSEK kapsamında ancak tamamlanmış eserler üzerindeki mali haklarda tasarruf işlemi yapılmasına cevaz verilmiş olup, henüz vücuda getirilmemiş yahut tamamlanmamış eserler üzerindeki mali haklar veya kullanma ruhsatları üzerinde tasarruf işlem yapılması batıl sayılmıştır (FSEK m. 48). Ancak bu bir kimsenin ileride vücuda getirilecek eserlerle ilgili taahhüt işlemleri, yani borçlanma işlemleri yapmasına mani değildir (FSEK m. 50). Bu tür bir sözleşme ile eser sahibi, eseri meydana getirme ve onun tecessüm ettiği eşyayı teslim borcu altına girer. Yapılan sözleşme istisna akdi niteliğindeki eser sipariş sözleşmesidir. Taahhüt konusu mali hakkın, taahhüt alana intikal edebilmesi için devri içeren ayrı bir tasarruf muamelesi yapılması gerekir (FSEK m. 52). Zira taahhüt süresi içerisinde eser sahibi tarafından meydana getirilen eserlerle ilgili mali haklar veya kullanma ruhsatları, doğrudan ve herhangi bir tasarrufa gerek kalmaksızın kendiliğinden taahhüt alana intikal etmez.

24. Bununla birlikte FSEK'in 10/4 ve 18/2 maddeleri ve 818 sayılı BK'nin 385. (6098 sayılı TBK'nin 501.) maddesi kapsamında meydana getirilen eserler bakımından, bu maddelerde sayılan kimselerin (çalıştıran, bir araya getiren ve yayımcı) aslen iktisap ettikleri eser üzerindeki mali hakları kanundan doğmakta ve herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Bu bakımdan, taahhüt eden konumundaki eser sahibinin eserin yaratılmasıyla doğan mali hakların kullanım yetkilerini çalıştıran, bir araya getiren ve yayımcı konumundaki kişilere ayrı bir sözleşme ile devretmesine lüzum bulunmamaktadır.

25. FSEK'e göre mali veya manevi hakları tecavüze uğrayan kimse, mütecevize karşı, hâl ve şartlara göre tecavüzün ref'i veya men'i yahut tazminat davası açabilir. Bu davalardan biri olan tecavüzün ref'i davası, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 25 ve 983. maddeleri paralelinde bir düzenleme olup, FSEK'in 66, 67 ve 68. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Tecavüzün ref'i davası ile mevcut bir tecavüzün ortadan kaldırılması ve sonuçlarının giderilmesi amaçlanmaktadır (*Öztañ, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 633*).

26. FSEK'de düzenlenen ref davası, sadece tecavüzün giderilmesini değil, aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek tedbirlerin alınmasını ve hatta mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine ödenen bir çeşit para cezası taleplerini de kapsamaktadır (*Tekinalp, s. 311*). Gerçekten FSEK'in 68. maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz hâlinde hak sahibine "bedelin üç kat fazlasının" ödenmesine karar verilmesi, mütecevizi caydırmaya yönelik kanuni bir ceza hükmündedir.

27. Eser sipariş sözleşmesinin tanımlayıcı unsuru, eserin konusunun, içeriğinin, şeklinin hatta kullanılacak malzemenin iş sahibi (sipariş veren) tarafından belirlenmesi ve bir bedel karşılığı eserin meydana getirilmesinin taahhüt edilmesidir. Eseri meydana getiren, manevi hakların, hatta kullanmasa dahi mali hakların da sahibidir. İş sahibi (sipariş veren) eserin sadece malikidir ve eser üzerinde bu sıfat ile tasarruf eder ve eseri sözleşme kapsamında kullanım hakkına sahip olur. Başka bir deyişle eser sipariş sözleşmesinde eser üzerindeki haklar, iş sahibine (sipariş verene) geçmemekte, ancak eseri meydana getiren, meydana getirdiği eserin mülkiyetini iş sahibine (sipariş verene) devretmek zoruunda kalmakta ve iş sahibinin eseri kullanmasına katlanmaktadır (*Ayiter, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 235*). Başka bir deyişle meydana getirilen eserin, iş sahibi tarafından sözleşme kapsamında kullanılması hâlinde eser sahibinin haklarına tecavüzden söz edilemeyecektir. Örneğin, bir ressama annesinin resmini

yaptıran bir kişi, bu tablonun maliki olmakla birlikte, tablo üzerinde çoğaltma ve yayma hakkını kullanamayacağı gibi başkasına da kullanıramayacaktır. Eseri meydana getiren ressam da eser üzerindeki mali hakları kullanamayacak ancak malike ve zilyede karşı FSEK'in 17. maddesinde öngörülen eserin aslına ulaşma haklarını ileri sürebilecektir (*Tekinalp, s. 265*).

28. Eser sipariş sözleşmesinde sipariş edilen eser, iş sahibinin iş yerinde, onun emir ve talimatı altında yani sıkı bir bağlılık ilişkisi içinde çalışan bir kişi tarafından yaratılmamakta, bilakis eser bağımsız olarak serbestçe meydana getirilmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere eserin iş sahibine teslim edilmeye birlikte eserin mülkiyeti iş sahibine geçmekte, ancak eser üzerindeki haklar iş sahibine geçmemektedir. Ancak iş sahibinin eseri, mali hakların devrine dair bir tasarruf işlemi yapılmasa da sözleşmenin amacı kapsamında kullanabilmesi gerekmektedir. Bu kullanım işin mahiyeti gereğince eser üzerindeki fikri hakların da kullanımını gerektiriyorsa, eseri meydana getiren bu kullanıma katlanmak durumundadır. Örneğin, bilgisayar programında oluşacak hatalara müdahale ve hataların giderilmesi ya da yeni ihtiyaçlar nedeniyle programlara ek yapmak zorunluluğu karşısında kaynak kodlarının veya şifrelerin iş sahibine verilmesi ve hatta iş sahibinin kaynak kodlarında değişiklik yapabileceğinin kabulü gerekmektedir (*Memiş, Tekin: Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması, Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2009, İstanbul 2009, s. 303*).

29. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının 17.08.2000 tarihi ile 25.12.2002 tarihi arasında davalılar ile grup şirketi olan Ü...A.Ş.'de satın alma müdürü olarak çalıştığı, davalı "Z...A.Ş.'nin" siparişi doğrultusunda satın alma işlerini kolaylaştıran dava konusu bilgisayar programının 23.09.2000 tarihinde anılan davalının bilgisayarlarına davacı tarafından bizzat kurulduğu, yine davalı İ...A.Ş.'nin siparişi üzerine bilgisayar programının biraz daha geliştirilmiş hâlinin 19.08.2002 tarihin-

de anılan davalının bilgisayarlarına davacı tarafından bizzat kurulduğu, hatta taraflar arasında geçici kabul tutanağı imzalandığı, ayrıca dava konusu bilgisayar programının davacının çalıştığı şirket tarafından da kullanıldığı, dava konusu bilgisayar programının FSEK anlamında eser niteliğinde olduğu, davacının iş akdinin feshinden sonra davacının çalıştığı Ü...A.Ş. tarafından davacıya gönderilen ihtarname ile bilgisayar programının şifresinin istendiği, bunun üzerine davacı tarafından davalılara gönderilen ihtarname ile bilgisayar programının bedelinin ödenmediğinden bahisle programın bedelinin talep edildiği, işbu asıl davada ise davacı tarafından davalıların kullanımının haksız ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek FSEK'in 68. maddesi gereğince tazminat talep edildiği anlaşılmaktadır.

30. Ü...A.Ş. tarafından FSEK'in 18/2 maddesi gereğince dava konusu bilgisayar programı üzerindeki hakların işverene ait olduğunun tespiti istemli açılan birleşen davanın mahkemece reddine karar verilmiş ve Özel Dairece tarafların temyiz itirazları reddedilerek karar kesinleşmiştir. Bu nedenle dava konusu bilgisayar programının davacı tarafından meydana getirildiğinin, mali ve manevi hakların davacı üzerinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

31. Davacının da kabulünde olduğu üzere dava konusu bilgisayar programı davalıların siparişi üzerine ve davalıların ihtiyaçları doğrultusunda davacı tarafından hazırlanarak teslim edilmiştir. Bu itibarla taraflar arasında eser sipariş sözleşmesi olduğu aşikârdır. Eser sipariş sözleşmesi gereğince eserin tamamlanıp teslim edilmesi ile birlikte davalılar, dava konusu bilgisayar programının maliki olarak bilgisayar programını sözleşme kapsamında kullanım hakkına sahip olmuşlardır. Bilgisayar programı üzerindeki mali ve manevi haklar ise davalılara devredilmemiş davacı üzerinde kalmıştır. Ancak iş sahibi olan davalıların sözleşmenin amacı kapsamında bilgisayar programını rahatlıkla kullanabilmeleri gerekmektedir. Bu itibarla işin mahiyeti gereğince bilgisayar prog-

ramındaki şifrelerin ve kaynak kodların da davalılara teslim edilmesi hakkaniyete uygundur.

32. Ayrıca bilgisayar programının teslim edilmesinden sonra davacı tarafından davalılara mali haklarına dair herhangi bir talepte bulunulmamış ve mali haklarının ihlal edildiğine dair herhangi bir ihtarname gönderilmemiş, başka bir deyişle dava konusu bilgisayar programının davalılar tarafından kullanılmasına rıza gösterilmiştir. Bu itibarla davacının işbu davada mali haklarının ihlal edildiğini ileri sürmesinin TMK'nin 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir.

33. O hâlde davalıların kullanımının taraflar arasındaki eser sipariş sözleşmesine uygun olduğu ve davacının mali haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde kullanımda bulduklarının ispat edilemediğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisi olduğu ve davacının sadece eserin sözleşme kapsamındaki bedelini talep edebileceği gözetilmeden eser sahibi ile aralarında sözleşme olmaksızın kullanım hâlini düzenleyen FSEK'in 68. maddesi kapsamında değerlendirilme yapılması doğru olmamıştır.

34. Öte yandan davalı Z...A.Ş. ile davalı İ...A.Ş.'nin K...A.Ş. unvanı altında birleştikleri anlaşılmaktadır. Her davanın açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirilecek olması nedeniyle davacının iki ayrı şirketle iki ayrı eser sipariş sözleşmesi yaptığı gözetilip bilgisayar programının yapımı ile kullanım şekli de göz önünde bulundurulurken hakkaniyete uygun bir bedele hükmedilmesi gerekmektedir.

35. Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

I. Taraf vekillerinin birleşen davaya yönelik temyiz istemlerinin yukarıda 14. paragrafta açıklandığı üzere hukuki yarar yokluğundan REDDİNE,

II. Taraf vekillerinin asıl davaya yönelik temyiz itirazlarının ise kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA... 16.01.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

7- LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRÜNÜN TEMSİL YETKİSİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.12.2019, E. 2017/11-21, K. 2020/142

- Müdürler Kurulu
- Limited Şirket Müdürünün Özen ve Bağlılık Yükümü
- Limited Şirket Müdürünün Temsil Yetkisi

Limited şirkette birden fazla münferiden temsile yetkili müdürün olması durumunda müdürlerden herhangi biri açılmış olan davadan feragat etme yetkisine sahiptir. Başka bir deyişle davadan feragat etme müdürlerin temsil yetkisi kapsamında olup, genel kurulun yetkisinde değildir. Ancak davadan feragat eden müdür ile şirket arasında menfaat çatışması varsa feragat kararının o müdürün katılmadığı müdürler kurulunca alınması gerekmektedir.

TTK m. 623, m. 626

YARGITAY KARARI

1. Taraflar arasındaki "ipoteğin kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Fethiye 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın feragat nedeniyle reddine ilişkin karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üze-

rine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMASÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; müvekkili şirketin Muğla İli... sayılı taşınmaz üzerinde kurulu olan... bağımsız bölümlerin maliki olduğunu, davalının müvekkili şirkete borç vereceğinden bahisle genel kurul kararı alınmadan davalı lehine taşınmazlar üzerine ipotek tesis edildiğini, ancak davalı tarafından herhangi bir borç verilmediğini, davalının müvekkili şirketin ortağı olan A...şirketinin yöneticisi ve ayrıca müvekkili şirketi temsile münferiden yetkili S.W.'nin babası olduğunu, şirket müdürünün muvazaası nedeniyle müvekkili şirketin taşınmazları üzerine ipotek tesis edildiğini ileri sürerek söz konusu ipoteklerin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı, usulüne uygun tebligata rağmen davaya cevap vermemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Fethiye 2. Asliye Hukuk Mahkemesininin 27.03.2014 tarihli kararı ile; davacı şirketi münferiden temsil ve iltizama yetkili müdürlerden olan S.W.'nin 18.03.2014 tarihli dilekçe ile davadan feragat ettiği ve feragat beyanının geçerli olduğu gerekçesiyle davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Fethiye 2. Asliye Hukuk Mahkemesininin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesininin 01.06.2015 tarihli kararı ile; "...Dava, davacı şirketi temsilen münferit yetkili müdürlerden S.W.'nin karşılığı olmaksızın davalı şirket taşınmazları üzerine davalı adına ipotek tesis etmesi nedeniyle açılan muvazaaya dayalı ipoteğin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, şirketin münferit temsile yetkili müdürü olan dava dışı S.W. tarafından şirket adına açılan davadan feragat edildiği, şirketin temsil yetkisi kapsamında ve usulüne uygun yapılmış bir feragat bildirim olduğu ve geçerli olduğu gerekçesiyle feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Gerçekten de feragat dilekçesinin ekinde yer alan Ticaret Sicil Gazetesinde yer alan şirket ana sözleşmesinde yer alan düzenlemeye göre S.W., K.C. ve J.A.'nin şirket müdürü olarak şirketi tek başlarına temsil ve ilzama yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. Limited şirket genel kurulu bir karar organıdır. Kanunda açıklık bulunmamakla beraber olağanüstü işlerde karar verme yetkisi genel kurula aittir. Normal ve günlük işlerde karar verme yetkisi şirket müdürlerindedir. 6102 sayılı TTK'nin 629/1. maddesi uyarınca limited şirket müdürlerinin haiz oldukları temsil yetkisinin kapsam ve sınırı hakkında, anonim şirket yönetim kuruluna dair hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Limited şirket müdürleri, şirketin maksat ve işletme konusu içine giren ve temsil ile bağdaşan işlemleri yapabilir. Bunun dışında kalan hâllerde ancak genel kuruldan izin alınarak işlem yapılabilir. Somut olayda davalı lehine şirket taşınmazları üzerine tesis edilen ipoteklerin yolsuz olduğu iddia edilmektedir. Bir şirket müdürü iradesiyle şirket adına söz konusu ipoteklerin terkinini istemiyle dava açarken, diğer bir şirket müdürü tarafından bu davadan feragat edilmiştir. Böylece, şirketi tek başına temsile yetkili müdürler arasında davanın sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda görüş ayrılığı oluşmuş bulunmaktadır. Bu durumda, somut olayın özellikleri de dikkate alınıp davanın akıbeti yönünden ortaklar kurulu kararı bulunmadan şirket adına açılan davadan feragat edilemeyeceği kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm

kurulması doğru olmamıştır ...” gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Fethiye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 08.12.2015 tarihli kararı ile; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) davadan feragatin genel kurulun yetkisi içerisinde olduğuna dair bir düzenlemenin bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; limited şirketi temsil münferiden yetkili olan birden çok müdürün bulunduğu durumlarda şirket müdürlerinden birinin açtığı davada diğer müdürün feragat beyanının geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, şirket taşınmazı üzerine karşılığı olmaksızın tesis edildiği ileri sürülen ipotegün kaldırılması istemine ilişkindir.

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle limited şirketlerde “yönetim” ve “temsil” kavramlarının açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

14. Dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 6102 sayılı TTK ile mülga 6762 sayılı TTK döneminde benimsenen limited şirketlerde özden organ ilkesi terk edilerek şirketi yönetme ve temsil edecek kişi veya kişilerin seçim yoluyla belirlenmesi sistemi öngörülmüştür. Başka bir deyişle her şirket ortağının doğrudan doğruya şirket müdürü olduğu sistemden vazgeçilmiş, onun yerine şirketi yönetme ve temsil edecek kişi veya kişilerin seçimi sistemi benimsenmiştir. 6102 sayılı TTK ile limited şirketler hukukuna getirilen bu yeni sistem, anonim şirket yönetim kuruluna özgü

işleyişin uygun olduğu ölçüde müdürler kuruluna da uygulanabilmesi imkânı vermektedir.

15. 6102 sayılı TTK'nin 623/1 maddesine göre, “*Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkı ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.*” Görüldüğü üzere, şirket yönetiminin ortaklardan birine bırakılması mümkün olduğu gibi, üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Kanun sadece, ortaklardan en azından birine yönetim yetkisinin verilmesini zorunlu tutmaktadır.

16. Limited şirketlerde zorunlu organ olarak kabul edilen müdürler, limited şirketi yönetme ve temsil etme yetkisine sahip olan kişilerdir. Başka bir deyişle müdürler limited şirketin yönetim ve temsil organıdır. 6102 sayılı TTK'nin 623/3 maddesine göre, “*müdürler, kanunla veya esas sözleşme ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler*”. Dolayısıyla müdür veya birden fazla kişiden oluşması hâlinde müdürler kurulu, kanun ve şirket sözleşmesi gereğince genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.

17. Birden fazla kişinin müdür sıfatına sahip olması hâlinde bunların bir kurul olarak çalışması gerektiği ilk defa 6102 sayılı TTK'nin 624/1 maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, “*şirketin birden fazla müdürünün bulunması hâlinde, bunlardan biri, şirketin ortağı olup olmadığına bakılmaksızın, genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanır.*” Görüldüğü üzere, limited şirketin tek bir müdür tarafından yönetilmesi hâlinde bir kurul organ bulunmaması, buna karşılık müdürlerin birden fazla olması durumunda ise bir kuruldan söz edilebilmektedir. Bununla birlikte Kanun'da müdürler kurulunun

oluşumu ve işleyişi hakkında ayrıntılı bilgiler yer almasa da bu kurulun oluşum ve işleyişi konusunda anonim şirketteki yönetim kuruluna benzer özelliklere sahip olduğu Kanun'un gerekçesindeki ifadelerden anlaşılmaktadır.

18. Yönetim, bir iç ilişki kavramı olup, şirketin faaliyet göstermesi için yapılması gereken iş ve işlemlerin tümünü ifade eder. Temsil ise dış ilişkide şirket adına bağlayıcı irade açıklama yetkisidir. Limited şirketlerde yönetim gibi temsil yetkisi de müdürlere aittir (TTK m. 623/1).

19. 6102 sayılı TTK'nin 629/1 maddesine göre; *“müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır.”* Yapılan bu atıftan dolayı, anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, imza şekli, tescil ve ilana ilişkin öngörülen düzenlemeleri limited şirketlerde müdürlere de uygulanacaktır.

20. 6102 sayılı TTK'nin 629/1 maddesinin atfı ile limited şirketlerde uygulanma alanı bulan 6102 sayılı TTK'nin 370. maddesi gereğince *“esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.”* Buna göre şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya limited şirkette tek bir müdür bulunmuyorsa, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere müdürler kuruluna aittir. Müdürler kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla müdüre veya üçüncü kişilere devredebilir (TTK m. 370/2). Ancak müdürler kurulunda yer alan üyelerden en az birinin temsil yetkisini haiz olması şarttır. Dolayısıyla limited şirketlerde de aksi şirket sözleşmesiyle açıkça belirtilmediği takdirde, başka bir deyişle tek imza sistemi öngörülmemişse, çift imza ilkesi geçerlidir.

21. Yine 6102 sayılı TTK'nin 629/1 maddesinin atfıyla uygulanması gereken 6102 sayılı TTK'nin 371. maddesinde temsil yetkisinin kapsam ve sınırları belirlenmiştir. Buna göre, temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusu-

na giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Bilindiği gibi şirketlerin ehliyetinin işletme konusu ile sınırlı olması ve konu dışı işlemlerin şirketi bağlamaması kuralı (ultra vires) 6102 sayılı TTK ile terk edilmiştir. Bu nedenle temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir (TTK m. 371/2). Başka bir deyişle bu konuda ticaret sicilinin olumlu işlevi geçerli olmaz. Sadece şirket bu savunmayı üçüncü kişiye karşı onun bu olguyu fiilen bildiğini (müspet vukuf) kanıtlamak suretiyle ileri sürebilir.

22. Temsil yetkisinin sınırlandırılması hususunda uygulanması gereken 6102 sayılı TTK'nin 371/3 maddesine göre; *“temsil yetkisinin sınırlandırılması iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez; ancak temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgüleneğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ilan edilen sınırlamalar geçerlidir.”* Buna göre bu iki sınırlamanın tescil ve ilan edilmesi ve bu suretle devreye giren ticaret sicilinin olumlu işlevi sonucu üçüncü kişinin iyi niyetini ortadan kaldırması sistemini benimsemiştir. Başka bir deyişle temsil yetkisinin bu iki hâl dışındaki sınırlamaları (özellikle konu ve miktarla ilgili sınırlamalar) tescil ve ilan edilseler dahi üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmayacaktır. Bu tür bir düzenleme üçüncü kişiye karşı ancak bu sınırlamayı fiilen bildiği (müspet vukuf) şirket tarafından kanıtlandığı takdirde ileri sürülebilir.

23. Limited şirketlerde müdürlerin özen ve bağlılık yükümü 6102 sayılı TTK'nin 626/1 maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; *“müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle*

yükümlüdürler.” Bu madde ile “özen” ve “şirket menfaatinin gözetilmesi” kavramları birbirinden ayrılmıştır. Özen, iş ve işlemlerde gösterilmesi gereken dikkati, ciddiyeti ve bilimselliği ifade ederken şirket menfaatinin gözetilmesi ise şirketin menfaatinin kişisel menfaatlara ve başkalarının menfaatlerine feda edilmemesi, diğer menfaatlerin arkasına konulmaması anlamına gelir. Ayrıca özen ve bağlılık yükümü, müdürün kendisiyle şirketin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda şirketin menfaatlerine öncelik vermesini ve bu tür menfaat çatışmalarının olduğu toplantılara katılmamasını zorunlu kılar. Gerçekten 6102 sayılı TTK’nin 626/1 maddesinde buna dair bir yasaklama açıkça öngörülmemiş olsa da gerek maddenin yorumu gerekse yönetim kurulu üyelerinin müzakereye katılma yasağını düzenleyen 6102 sayılı TTK’nin 393. maddesi böyle bir sonuca varmayı gerektirir.

24. Menfaat çatışmasının hangi hâllerde bulunduğu ve bu durumlarda yönetim kurulu üyesinin nasıl davranmak zorunda olduğu 6102 sayılı TTK’nin 393. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; “*yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır. Tereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz. Menfaat uyumsuzluğu yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır.*” Bu durumda müzakereye katılma yasağına ilişkin bu hüküm kıyasen şirketle kendilerinin veya yakınlarının menfaatlerinin çatıştığı durumlarda müdürlere de uygulanması gerekmektedir.

25. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirketin 01.06.2006 tarihinde tescil edildiği, şirket sözleşmesi ile K.C., J.A. ve S.W.’nin davacı şirkete müdür olarak tayin edil-

dikleri, ayrıca müdürlerin üçünün de münferiden imza ile şirketi temsile yetkili kılındıkları, şirket müdürü K.C. tarafından işbu davanın 26.06.2013 tarihinde açıldığı, diğer şirket müdürü S.W. tarafından ise 18.03.2014 tarihli dilekçe ile davadan feragat edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca davadan feragat eden şirket müdürü S.W. davalının oğlu olduğu hususu da dosya kapsamı ile sabittir.

26. Şirket sözleşmesi ile tayin edilen her üç müdür de limited şirketi yönetme ve temsil etme yetkisine sahip olan kişilerdir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK’nin 623/3 maddesi gereğince müdürler kurulu, kanun ve şirket sözleşmesi gereğince genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Bununla birlikte her üç müdür de ayrı ayrı münferiden tek imza ile şirketi temsil ile yetkilendirildikleri için, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler.

27. Ancak 6102 sayılı TTK’nin 626/1 maddesi gereğince şirketi temsile yetkili olan müdürler de görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle yükümlüdürler. Başka bir deyişle şirket menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda şirket müdürünün, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yaparak şirketin menfaatini kişisel menfaatlerinin ve başkalarının menfaatlerinin üzerinde tutması gerekmektedir. Hatta müdürün, kendisiyle şirketin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda şirketin menfaatlerine öncelik vermesi ve bu tür menfaat çatışmalarının olduğu toplantılara katılmaması zorunluluk arz etmektedir.

28. Bu durumda davadan feragat eden şirket müdürünün davalının oğlu olması, şirket müdürü ile şirket arasında menfaat çatışması olduğunu göstermektedir. O hâlde bu husus gözetildiğinde şirket müdürünün özen ve bağlılık yükümü gereği tek başına yaptığı feragat beyanının geçerli olmadığı

kabul edilmelidir. Zira bu gibi tereddüt uyandıran hâllerde, kararın ilgili müdürün oylamaya katılmadığı müdürler kurulu tarafından verilmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.

29. Öte yandan 6102 sayılı TTK'nin 625/2 maddesi gereğince genel kurulun görev ve yetkisine girmekle birlikte şirket sözleşmesinde müdürün veya müdürlerin; aldıkları belirli kararları ve münferit sorunları genel kurulun onayına sunmaları gereği öngörülebilir. Bu durumda şirket sözleşmesinde öngörülme kaydıyla menfaat çatışmasının olduğu durumlarda genel kurul onayı da aranabilmektedir.

30. O hâlde şirketle menfaat çatışması olan müdürün şirketin davacı olduğu davadan feragat beyanının dürüstlük kuralı gereğince geçersiz olduğu kabul edilerek feragat ilişkin müdürler kurulu kararı veya genel kurul onayı da bulunmadığı gözletilip sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

31. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında; şirketi tek başına temsile yetkili müdürler arasında davanın sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda görüş ayrılığı olduğu, bu durumda somut olayın özellikleri de dikkate alınıp davanın akıbeti hakkında genel kurul kararı bulunmadan şirket adına açılan davadan feragat edilemeyeceği, bu nedenle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

32. Hâl böyle olunca direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA... 13.02.2020 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

8- TİCARET UNVANI BAKIMINDAN SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.02.2020, E. 2017/11-27, K. 2020/225

- Ticaret Unvanının Korunması
- Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı
- Makul Sürede Dava Açma Zorunluluğu

Uzun süre boyunca, söz konusu ihlali bilmesine rağmen belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir. O hâlde kullanımının daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunun açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.

Ayrıca sessiz kalma nedeniyle dava açılmayacağı yönündeki savunma bir def'i olmayıp itirazdır. Zira sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin dayanağı TMK'nin 2. maddesi olduğuna göre, bu durum dava dosyasından anlaşılabilir ise sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir itiraz olarak kabul edilip hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır.

TTK m. 56; TMK m. 2.

YARGITAY KARARI

1. Taraflar arasındaki "markaya tecavüzün ve haksız rekabetin men'i ve ref'i ile ticaret unvanının terkinin" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan

inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla... dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; müvekkilinin 1968 yılından itibaren dünyanın hemen her ülkesinde nizasız ve fasılasız “İNTEL” markası ile faaliyet gösterdiğini, ayrıca “İNTEL” markasının tanınmışlık statüsünün TPE tarafından da kabul edildiğini ve özel olarak korunan markalar siciline de kaydedildiğini, davalı şirketin 2001 yılında tescil edildiğini ve ticaret unvanında yer alan “İNTELTEK” ibaresini öne çıkararak her türlü resmî ve özel evrakında, reklam ve tanıtımlarında markasal olarak kullandığını, bu durumun müvekkilinin çok tanınmış “İNTEL” markası ile iltibas yarattığını, davalı tarafından “İNTELTEK” ibaresinin marka olarak tescili için başvuru yapıldığını ve müvekkilinin itirazı sonucunda marka başvurusunun reddedildiğini, marka başvurusuna yapılan itirazlar sonrasında müvekkilinin davalı tarafa ihtarnameler keşide ederek ticaret unvanından “İNTELTEK” ibaresinin çıkarılmasını ve ticaret unvanının marka fonksiyonunu ifa edecek şekilde kullanılmasının durdurulmasını talep ettiğini, taraflar arasında uzun görüşmeler yapılmış ise de olumlu bir sonuç alınmadığını, davalının müvekkilinin tescilli ve öncelikli kullanım hakkına sahip tanınmış markası ile iltibas yaratacak şekilde haksız ve izinsiz olarak “İNTELTEK” ibaresini kullanımının marka hakkına tecavüz ve aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek davalı fiillerinin markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti, men'i ve refi ile hükmün ilanına ve davalının ticaret unvanından “İNTELTEK” ibaresi-

nin çıkarılmasına, sicilden terkinine, karar verilmesini talep etmiştir

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkilinin davacının faaliyet alanından ve markasının mal ve hizmet sınıfından tamamen farklı bir alanda faaliyet gösterdiğini, ticaret unvanının hiçbir şekilde davacının ticaret unvanı veya markası ile iltibas oluşturmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. İstanbul 4. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.11.2012 tarihli kararı ile; davacının gerek Türkiye'de gerekse dünyanın pek çok ülkesinde tescilli bulunan “İNTEL” markasının Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (556 sayılı KHK) 7/1-ı maddesi gereğince tanınmış marka niteliğinde olduğu, Türkiye ve dünyadaki bilgisayarların büyük bir bölümünde davacının “İNTEL” markası ile ürettiği işlemcilerin kullanıldığı, davalının ticaret unvanını 2001 yılında tescil ettirdiği, ancak ticaret unvanında yer alan “İNTELTEK” ibaresini tescilden farklı olarak markasal olarak kullandığı, dolayısıyla davalının bu şekildeki kullanımının, 556 sayılı KHK'nin 9/1-c ve 61. maddeleri anlamında marka hakkına tecavüz ve aynı zamanda TTK anlamında haksız rekabet teşkil ettiği, ancak davalının ticaret siciline kaydından itibaren ticaret unvanının terkinini için yaklaşık dokuz yıl sessiz kaldıktan sonra 2010 yılında dava açması nedeniyle ticaret unvanının terkini yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığı, davacının markasının tanınmış marka olmasının tek başına davalının ticaret unvanını kötü niyetle tescil ettirdiğinin kabulü için yeterli olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men'ine ve refine, ticaret sicilinin terkinini talebinin ise reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. İstanbul 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.06.2014 tarihli kararı ile; davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi sonucunda; "...dava, davalının ticaret unvanının, davacının tanınmış marka ve ticaret unvanına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti, men'i, refi, davalının ticaret unvanından "İNTELTEK" ibaresinin çıkarılması, sicilden terkinin ve hükmün ilanı istemlerine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlendiği şekilde davanın kısmen kabulüne, davalının ticaret unvanındaki "İNTELTEK" ibaresinin terkinin talebinin ise sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluştuğu gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlığın hâllinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının doğup doğmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, işletme adı, ticaret unvanı ve marka gibi işaretlerin işlevleri birbirinden farklı olmakla birlikte hepsinin ortak özelliği işletmeyi, taciri ve mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırt edici niteliğe sahip birer "tanıtma vasıtası" olmaları ve TTK'nin 56. vd. maddeleri uyarınca işaret sahibine haksız rekabete karşı koruma sağlamalarıdır. Çünkü haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticari yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Davacının önce davalının marka başvurusuna itiraz etmesi, daha sonra peş peşe 16.1.2007, 30.11.2007, 15.7.2008, 4.3.2009 tarihli ihtarnameler göndermesi, ardından da işbu davayı açması ile "İNTEL" ibaresi üzerinde üstün hak sahibi olduğu iddiasında bulunduğu davalının tanıtma işareti niteliğindeki "İNTELTEK" ibaresinin kullanımına karşı sessiz kaldığından söz edilemeyeceği gibi, önceki davranışı ile çelişki oluşturup karşı tarafta yarattığı güven nedeniyle çelişki davranma yasağı (Venirecontrafactum proprium) ilkesi uyarınca TMK'nin 2. maddesi ile düzenlenen

dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu da kabul edilemez. Bu itibarla, mahkemenin davacının, davalının ticaret unvanındaki "İNTELTEK" ibaresinin terkinin talebi yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olduğundan reddi gerektiğine dair gerekçesi doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir..." gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İstanbul 4. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 08.09.2015 tarihli kararı ile; ticaret unvanının terkinin talebi yönünden sessiz kalma süresinin, unvanın sicile kayıt tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği, davacının gönderdiği ihtarnamelerin sessiz kalma yoluyla hak kaybı bakımından sonuca bir etkisinin bulunmadığı, zira kullanımın daha fazla devamını istemeyen davacının makul bir süre içinde bu iradesini dava açarak göstermesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının "İNTELTEK" ibareli ticaret unvanını kullanmasına karşı çıkmak amacıyla davacı tarafından unvanın tescilinden yaklaşık altı yıl sonra ihtarnameler gönderilmesinin ve yaklaşık dokuz yıl sonra eldeki unvan terkinin davasının açılmasının sessiz kalma yoluyla hak kaybı oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin men'i ve refi ile ticaret unvanının terkinin istemlerine ilişkindir.

13. Bilindiği üzere hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. Davalı vekilinin markaya tecavüze ve haksız

rekabete yönelik temyiz itirazları Özel Dairece reddedilmiş olduğundan, davalı vekili tarafından bu hususlara yönelik temyiz talebinde bulunulmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. O hâlde davalı vekilinin bu hususlara yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekmştir.

14. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” ilkesinin kısaca açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

15. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, önceki hak sahibinin, hakka konu ticari ad ve işareti iyi niyetli bir şekilde kullanan kişiye karşı dava açma hakkını uzun süre kullanmaması ve ihlallere sessiz kalarak ticari ad ve işareti koruma hakkını yitirmesi demektir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin temeli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 2. maddesine dayanmaktadır. Anılan madde; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmünü haizdir. Buna göre, anılan madde ile hukuk düzeninin kişilere tanıdığı bütün hakların kullanılmasında göz önünde tutulması ve uyulması gereken iki temel ilkeye yer verilmiş olup, öncelikle hakların dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiği ifade edilmiş, ardından hakların açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı belirtilmiştir.

16. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi ticaret unvanları yönünden açılacak davalarda da söz konusudur. Gerçekten aynı veya benzer bir ticari ad ve işaretin başka bir kişi tarafından ticaret unvanında kullanılması hâlinde önceki hak sahibinin dava açarak bu unvanın terkinini veya değiştirilmesini talep etmesi mümkündür. Ancak bu hakkın kullanılması imkânının önceki hak sahibine sınırlandırılmaksızın tanınması bazı hâllerde haksız sonuçlar doğurabilmektedir. Zira iyi niyetli olarak ticaret unvanını tescil ettirmiş ve kullanmaya başlamış olan tacirin, para ve emek sarf ederek bu unvan altında yatırımlar yapması, ancak önceki

hak sahibinin bu durumdan haberdar olmasına rağmen uzun süre sessiz kaldıktan sonra dava açması “dava hakkının kötüye kullanılması” olarak nitelendirilmelidir. Keza sonraki ticaret unvanının bilinmesi veya devam eden tecavüze karşı uzun süre sessiz kalındıktan sonra dava açılması, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

17. Ticari ad ve işaretin sahibi, haklı bir sebep olmaksızın hakkını uzun süre kullanmayarak bundan sonra da kullanmayacağı yönünde bir kanaat oluşturmuşsa artık bu hakkını kullanamaması gerekir. Bu nedenle önceki hak sahibinin, TMK’nin 2. maddesi gereğince belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, ticaret unvanını daha sonra iyi niyetli olarak tescil ettiren kişiye karşı dava açma hakkını veya devam eden eylemi kullanımını men etme hakkını kaybettiği kabul edilmelidir (*Yasaman, Hamdi/ Yusufoglu, Fülürya: Marka Hukuku, İstanbul, 2004, s. 856*).

18. Sessiz kalma yoluyla hak kaybında, hak genel olarak sona ermemekte, sadece bu haktan eylemine sessiz kalınan kişi ya da kişilerin yararlanmasına katlanılmaktadır. Zira tacirin, bir hakkını bilerek isteyerek belli bir süre kullanmaması sebebiyle ticaret unvanından doğan hakkı kaybolmamakta, sadece uzun süredir var olan kullanıma/tescile sessiz kalmış olması sebebiyle bu duruma zımnen icazet verildiği kabul edilmektedir.

19. Sessiz kalma yoluyla hak kaybından bahsedilebilmesi için, önceki hak sahibinin ticari ad ve işaretin aynısının veya benzerinin ticaret unvanı olarak tescil ettirildiğini veya başkaları tarafından kullanıldığını bilmesi ve buna rağmen sessiz kalmış olması gereklidir. Buna karşın ticaret unvanlarının ticaret siciline tescil edilmek zorunda olmaları ve tescilin olumlu etkisi nedeniyle tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanının bilinmediği ileri sürülemeyecektir. Bununla birlikte önceki hak sahibinin uzun süre sessiz kalması mücbir sebep ya da objektif imkânsızlık gibi haklı bir nedene dayanıyorsa ve bunun ispatlanması hâlinde sessiz kalma yoluyla hak kaybı söz konusu olmayacaktır.

20. Önceki hak sahibi, ticari ad ve işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak tescil edilmesine veya kullanılmasına sessiz kalmayarak dava yoluna başvurursa artık sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte önceki hak sahibi dava yoluna başvurmadan önce ihtarname göndermesi de sessiz kalmadığı anlamına gelmelidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca, belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. O hâlde kullanımın daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunun açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.

21. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için, önceki hak sahibinin, ticaret unvanının aynısının veya benzerinin kullanılmasına belirli bir süre sessiz kalmış olması gereklidir. Ancak ticaret unvanı yönünden sessiz kalmanın ne kadar süre geçtikten sonra hak kaybına sebep olacağı TTK'de düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile ilk defa marka hukukunda hükümsüzlük davaları yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. SMK'nin 26/6. maddesi, "*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*" hükmünü haizdir. Buna göre marka hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için beş yıllık sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Ancak ticaret unvanı yönünden mevzuatta bir süre belirlemesi bulunmadığından TMK'nin 2. maddesi de gözetilmek suretiyle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerekmektedir.

22. Hemen belirtilmelidir ki; sessiz kalma nedeniyle dava açılmayacağı yönündeki savunma bir def'i olmayıp itirazdır. Zira sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin dayanağı TMK'nin 2. maddesi olduğuna göre, dava açılması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve bu durum dava dosyasından ortaya konulabiliyorsa, sessiz kalma yoluyla hak kaybı bir itiraz olarak kabul edilip hâkim tarafından resen dikkate alınmalıdır. Keza TMK'nin 2/2. maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirketin Amerika Birleşik Devletleri'nin Delaware eyaletinde 01.03.1989 tarihinde kurulduğu ve "İNTEL" ibareli ticaret unvanının tescil edildiği, ayrıca davacı şirketin Türkiye'de ve dünyanın birçok ülkesinde tescilli "İNTEL" ibareli tanınmış markalarının bulunduğu ve Türkiye'de ilk marka tescilini 1990 yılında yaptırdığı, davalı şirketin ise "İNTELTEK" ibareli ticaret unvanının 06.04.2001 tarihinde tescil ve ilan edildiği anlaşılmaktadır.

24. Her ne kadar davacı şirketin ticaret unvanı Türkiye'de tescilli olmasa dahi bu ticaret unvanının Paris Sözleşmesi'nin 8. maddesi gereğince Türkiye'de de korunması gerekmektedir. Ayrıca davacı şirketin "İNTEL" ibareli tanınmış markaları 1990 yılından itibaren Türkiye'de tescil edilmiştir. Davacı şirket davalının "İNTELTEK" ibareli ticaret unvanının terkinini talep ederken öncelik hakkına sahip olduğu hem "İNTEL" ibareli ticaret unvanına hem de "İNTEL" ibareli tanınmış markalarına dayanmaktadır.

25. Davacı şirket ilk olarak davalının "İNTELTEK" ibareli marka başvurusuna 12.12.2006 tarihinde itiraz etmiş, markasal kullanıma son verilmesini içerir ilk ihtarnameyi ise, davalı şirket 06.04.2001 tarihinde tescil edilmesine rağmen, 16.01.2007 tarihinde göndermiştir. Davacı şirketin, davalının marka başvurusuna yaptığı itirazının, davalının ticaret unvanını kullanımına yönelik itiraz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu

durumda davacı şirketin davalının ticaret unvanını kullanımına, unvanın tescil tarihinden yaklaşık altı yıl sonra ihtarname göndererek itiraz ettiği kabul edilmelidir.

26. Davacı şirket, her ne kadar Türkiye’de tescilli olmasa da 1990 tarihinden itibaren “İN-TEL” ibareli unvanını ve markalarını korumak için Türkiye’de girişimlerde bulunduğu gözetildiğinde ticaret unvanlarının ticaret siciline tescil edilmek zorunda olmaları ve tescilin olumlu etkisi nedeniyle davalı şirketin tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanının bilinmediğini ileri süremeyecektir. Bu durumda davacı şirketin, davalının ticaret unvanının tescil tarihinden ilk ihtarname tarihine kadar uzun süre sessiz kalması nedeniyle artık davalının ticaret unvanının terkinini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.

27. Öte yandan, davacı şirket tarafından davalıya 16.01.2007, 30.11.2007, 15.07.2008, 04.03.2009 tarihli ihtarnameler gönderilmiş, ancak işbu dava 12.05.2010 tarihinde açılmıştır. Bu itibarla uzun süre boyunca, belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan davacı şirketin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Zira kullanımın daha fazla devamını istemeyen davacı şirket, ihtarnameler göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.

28. Hâl böyle olunca, davacı şirketin hem davalının ticaret unvanının tescilinden itibaren yaklaşık altı yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ihtarname göndermesi hem de ihtarnamelerin gönderilmesinden sonra makul süre içerisinde dava açmaması nedeniyle ticaret unvanının terkinini davasında sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığının kabulü gerekir.

29. O hâlde, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

I. Davalı vekilinin markaya tecavüze ve haksız rekabete yönelik temyiz istemlerinin yukarıda 13. paragrafta açıklandığı üzere hukuki yarar yokluğundan REDDİNE,

II. Davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi ile yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının ONANMASINA... 26.02.2020 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

9- HAM VERİLERİN ESER NİTELİĞİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.02.2020, E. 2017/11-7, K. 2020/185

- Ham Verilerin Eser Niteliği
- İntihal

Genel ve yaygın metotlar ve yöntemler kullanılarak yapılan deneyler ve laboratuvar analizleri sonucu elde edilen ham verilerin FSEK anlamında eser niteliği bulunmamaktadır.

FSEK m. 1/B, m. 2, m. 35.

YARGITAY KARARI

1. Taraflar arasındaki “tecavüzün refi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalılar vekilleri tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek... dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; müvekkilinin A...Hastanesinde çalıştığını, 1995 yılında G...Merkezinin işbirliğiyle yaptığı araştırma sonucu "... Savunma Sistemine Etkileri" başlıklı doktora tezi ile uzmanlık derecesi aldığını, söz konusu teze ilişkin sonuçların sunumunu 1996 yılında yurtdışında yapılan bir kongrede "The Effect of ..." başlığıyla davalılardan A.S. ve dava dışı bazı yazarlarla birlikte gerçekleştirdiğini, yine 1999 yılında aynı ekiple yaptığı çalışmayı yurtdışındaki bir başka kongrede "Effects of ..." başlığıyla davalılardan A.A., A.S. ve dava dışı bazı yazarlarla birlikte sunduğunu, müvekkilinin hakem olarak çeşitli dergilerde görev yapması nedeniyle pek çok yazı incelediğini ve bunlardan birinde kendi tezine ve bahsi geçen çalışmalara çok benzeyen iki makaleyi fark ettiğini, birinci makalenin "Effects of ..." başlığıyla ve tüm davalıların ismiyle 2004 yılında bir dergide yayınlanmış olduğunu, bu makalenin müvekkilinin doktora tezinden ve 1996 tarihli bildirisinden intihal suretiyle ve hiçbir atfı yapılmadan üretildiğini, yine ikinci makalenin "Effect of ..." başlığıyla ve davalılar H.T., A.A. ve A.S. isimleri ile 2005 yılında bir dergide yayınlandığını, bu makalenin ise müvekkilinin 1999 tarihli bildirisinden intihal suretiyle ve hiçbir atfı yapılmadan oluşturulduğunu, durumun tespiti üzerine müvekkili tarafından davalılar hakkında Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) Başkanlığına ve G.K.'ya şikâyetle bulunulduğunu, yapılan değerlendirmeler neticesinde davalıların müvekkilinin eserlerinden intihal yaptıklarının tespit edildiğini, davalıların intihal suretiyle oluşturdukları makaleleri anılan dergilerin yanı sıra internet ortamında da pek çok sitede yayınladıklarını ve makalelere akademik özgeçmişlerinde dahi pek çok kez yer verdiklerini, davalıların bu eyleminin süreklilik arz ettiğini ileri sürerek tecavüzün ref'i ile ihlal oluşturan makalelere internet ortamında erişimin engellenmesine, birinci makale yönünden 20.000,00TL manevi tazminatın tüm davalılardan müştereken ve müteselsilen, ikinci makale yönden 20.000,00TL manevi tazminatın davalılar H.T., A.A. ve A.S.'dan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar Cevabı:

5. Dava dilekçesi davalılara usulüne uygun tebliğ edilmiş olup;

5.1. Davalı A.S. vekili; intihal iddiasına konu her iki makalenin de davalı H. T. tarafından hazırlandığını, müvekkilin hiçbir katkısı olmadığı gibi makale ve yayını için onay ya da bir imza vermediğini, ayrıca intihal yapıldığı iddia olunan sonuçların bilimsel veriler olduğunu ve kim yaparsa yapsın aynı sonuçlara ulaşacağını, bu bakımdan intihale konu makalelerde ulaşılan sonuçların davalının sonuçları ile aynı olmasının olağan olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

5.2. Davalı A.A. vekili; intihal oluşturduğu iddia olunan makaleleri hazırlayanın davalı H. T. olduğunu, müvekkilinin söz konusu makalelerin hazırlanmasında hiçbir katkısının bulunmadığını, laboratuvar analizlerinin G...Merkezi laboratuvarında yapıldığını ve sonuçların davalı A.S. tarafından davalı H. T.'ye verildiğini, ham sonuçların tek başına birinin mülkiyetine verilemeyeceğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

5.3. Davalılar N.B., H.B. ve H.T. vekili; intihal iddiasına konu makalelere ilişkin laboratuvar analizlerinin de davacı tezi ile aynı laboratuvar da ve aynı kişiler olan davalılar A.A. ve A.S. tarafından yapıldığını, müvekkili N.B.'nin biyokimya alanında uzman olması nedeniyle sonuçların moleküler mekanizmalarının kendisine verilen sonuçların değerlendirmesinde görev aldığını, müvekkili H.B.'nin genel cerrahi uzmanı olarak çalışmaya uygun hastalardan kan alınması ve uygun koşullarda saklanması sağlayarak katkı sağladığını, müvekkili H. T.'nin ise laboratuvara gönderilen kan örneklerinin sonuçlarını klinisyen olarak yorumladığını ve literatürle karşılaştırarak söz konusu makaleleri hazırladığını, intihal iddiasının makalelerde yer alan sonuçlara yönelik olduğunu ve sonuçlar yönünden sorumluluğun ise davalılar A.A. ve A.S. üzerinde bulunduğunu, ortak yapılan bir çalışmada sorumlu olmadıkları bir alan ve

kısımla ilgili müvekkillerine intihal iddiasının yöneltildiğinin kötü niyetli bir yaklaşım olduğunu, ayrıca bilimsel sonuçların tek başına intihale konu olmalarının mümkün olmadığını, çünkü herkes tarafından kullanılan bilimsel verilerin sahibinin hususiyetini taşıyamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Ankara 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 03.12.2013 tarihli ve 2012/66 E., 2013/228 K. sayılı kararı ile; davaya konu her iki makaleden davalılar tarafından yapılan alıntılarının tamamen atıfsız olduğu ve davacı adına yer verilmediği gibi iktibas serbestisi kapsamında makul kabul edilebilecek düzeyi de aştığı, alıntı yapılan kısmın sadece laboratuvar sonuçlarından ibaret ham veriler olduğu yönündeki bir kısım savunmalara itibar edilemeyeceği, zira bu ham sonuçların tek başına bir anlamı olmadığı, davacının hususiyetinin ve katkısının ham verilerin gruplandırılıp istatistik verilere dönüştürülmesi ve daha sonra yorumlanmasında ortaya çıktığı, bu veri ve yorumlardan hareketle üretilen ihlale konu bilimsel tez ve bildirin öz ve şekil olarak bir bütün hâlinde eserin korunabilir özgün kısmını oluşturduğu, davalıların her iki makaleye esas davacı bilimsel araştırmalarından ayrı bir deneysel çalışma yapmaksızın makaleleri kaleme aldıkları ve yayınladıkları, bu nedenle makalelerin yeni ve bağımsız bir eser niteliğinde bulunmadığı, davalıların intihal suretiyle meydana getirilmiş makalelerde yazar olarak adının geçmesi itibarıyla, davacının manevi ve mali haklarına ihlal oluşturan eylemleri doğrudan doğruya birlikte işledikleri, davalıların kusurlu eylemi benimseyip dava tarihine kadar devam ettirdikleri gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Ankara 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalılar vekilleri ayrı ayrı temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.05.2014 tarihli kararı ile; davalılar vekillerinin sair temyiz itirazları reddedildikten sonra "...dava konusu tabloya esas teşkil eden kan örneği alınacak deneklerin belirlenmesi, gruplandırılması, sağlık koşulları ve çalışmada kullanılan anesteziğin bu tür bilimsel çalışmalar bakımından genel ve yaygın metotlar olduğu, ham veriler üzerindeki istatistiksel değerlendirmede kullanılan Wilcoxon eşleştirilmiş ikili örnek testinin de bilimsel bir eşleştirme yöntemi olduğu bilirdiği heyetince düzenlenen asıl ve ek raporda açıklanmıştır. Bu durumda, bilinen yöntemler üzerinden yapılan istatistiksel çalışma sonuçlarının tablo haline getirilmesinin fikri faaliyet ürünü olduğu tartışmasız olmakla birlikte, böyle bir yöntemin 5846 sayılı FSEK'in 1/B ve 2. maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini yansıtan ve anılan Yasa hükümleri kapsamında korunması gereken birer eser olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bir fikri ürünün elde edilmesi için kullanılan işletme metodu, yöntem ya da matematiksel kavramlar vb. faaliyetlerin eser olarak korunması mümkün değildir (TRIPS mad. 9/2). Dava konusu tabloların konusunun planlanması ve deneklerin seçilmesi faaliyeti ve laboratuvar sonuçlarının bilimsel metotlar kullanılarak tablo haline getirilmesinin, aynı konuda bilimsel çalışma yapan başka uzmanların da başvurabileceği ve benzeri sonuçları elde edebileceği bir yöntem olması nedeniyle, mahkemece bu faaliyetin davacının hususiyetini yansıtan birer eser olarak kabulü isabetli değildir. Bu durumda, davacının 1994 yılındaki çalışması sırasında kullandığı deneklerden alınan kan örneklerinin analizinden oluşan ham verilerin yer aldığı tabloların hususiyet içeren ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı hâlde uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davacının mali ve manevi haklarına tecavüz oluşturduğundan bahisle davanın kısmen kabulü doğru görülmediğinden kararın temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir..." gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Ankara 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 11.03.2015 tarihli kararı ile; önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalılar vekilleri tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda davacının doktora tez çalışmasında ve bu çalışmayla ilgili daha sonraki bildirimlerde kullanılan laboratuvar sonuçlarının 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında eser niteliğinin bulunup bulunmadığı ve buradan varılacak sonuca göre davalılar tarafından kaleme alınan her iki makalede davacının çalışmalarında yer alan laboratuvar sonuçlarının atıf yapılmadan aynen kullanılması karşısında “intihal” eyleminin oluşup oluşmadığı noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, eserden intihal iddiasına dayalı tecavüzün refi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle “intihal” kavramının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

14. İntihal kavramı FSEK’de açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte sözlük anlamı itibariyle aşırma, başkasına ait eseri kendininmiş gibi gösterme, kaynak göstermeksizin başkasının eserden parça alma anlamında olup, hukuk düzenince de bu anlam yüklenmiş ve yasaklanmıştır (Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1976, s. 72).

15. İntihal tam veya kısmi nitelikte olabilir. Açıktır ki ister tam, ister kısmi nitelikte olsun, intihalin (aşırmanın, çalıntının) varlığı hâlinde, buna maruz kalan hak sahibi, hukukun kendisine tanıdığı yasal yollara başvurma hakkına sahiptir. Zira intihal, hak sahibinin mali ve manevi haklarının ihlali anlamı taşımaktadır.

16. İntihalden bahsedebilmek için her şeyden önce kıyaslamaya konu fikri ürünlerin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) anlamında eser olması gerekmektedir. FSEK’e göre eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir. Başka bir deyişle, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve Kanun’da sınırlı sayıda belirtilmiş olan eser türlerinden birine dâhil edilebilmesi koşulları bulunmalıdır.

17. Buna göre, öncelikle ve bir ön koşul olarak, davacı çalışmasının, sahibinin hususiyetini taşıyan, FSEK’de belirlenen eser kategorilerinden en az biri kapsamında bulunan bir eser niteliği taşıyıp taşımadığı saptanmalıdır. Eğer davacı çalışması FSEK anlamında eser niteliğinde ise intihal incelemesine başlanması gerekir.

18. İntihal, özü itibariyle haksız fiilin fikir ve sanat eserleri hukukuna yansıyan bir görünümüdür. O halde iki eser arasında intihal incelemesi yapılırken; sonraki eser sahibinin eyleminin, ilk eser sahibinin mali ve manevi haklarından en az birisini ihlal edip etmediği; sonraki eserin ilk eserden hareketle oluşturulup oluşturulmadığı; eserler arasında benzerlik varsa ilk eser sahibinin hususiyetinin sonraki esere aynen geçirilip geçirilmediği; ve son olarak da tespit edilen benzerliğin FSEK’in 35. maddesinde belirlenen iktibas serbestisi veya esinlenme kapsamında kalıp kalmadığı hususlarının bir bütün olarak araştırılması gerekmektedir (Yavuz, Levent/Alıca, Türkyay/Merdivan, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I, Ankara, 2013, s. 1282).

19. Bu itibarla sonraki eser sahibinin eylemi ilk eser sahibinin eser sahipliğinden kaynaklanan çoğaltma, yayma, işleme, kamuya iletim, temsil gibi mali; veya kamuya arz, adın belirtilmesi, eserin bütünlüğünün korunması gibi manevi haklarından en az biri kapsamında, ilk eser sahibinin yasaklayabileceği bir davranışa karşılık geliyorsa ve sonraki eser ilk eserden hareketle oluşturulmuşsa bir

başka deyişle sonraki eser ile önceki eser arasında illiyet bağı (neden sonuç ilişkisi) varsa, benzerliğin ya da alıntının ilk eserin hususiyet taşıyan ve korunabilir kısmıyla ilgili olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

20. Benzerliğin eserin hususiyet taşıyan bölümüne ilişkin olup olmadığı değerlendirilmesi, her şeyden önce, ilk eserin nicelik ve nitelik olarak iyi tahlil edilmesi, esere tanınması gereken korumanın derinliğinin belirlenmesi ve korunabilir parçaların varsa korunamayan bölümlerden ayrılmasını gerektirir. Bu değerlendirme, eserin türüne, birden fazla eser türünün birlikte var olup olmadığına ve korumaya uygun bölümünün belirlenmesine, sahibinin hususiyetinin yansıdığı bölüm ve yoğunluğuna, dahası benzerliğin anonim ve korunamayacak kısımlar ile sınırlı olup olmadığının belirlenmesine bağlı olarak yapılmalıdır (Yavuz/ Alica /Merdivan, s.1284).

21. Gerçekten de benzerlik, aynı alanda üretilmiş eserlerde bulunması mümkün, soyut fikir, konu, yöntem gibi olağan ve anonim unsurlara ilişkin veya sadece önceki eserden esinlenme mertebesinde kalmış ise, bu meşru bir kullanım sayılmalıdır. Zira biçime bürünmemiş soyut fikir, tema, araştırma konusu veya yöntem, anonimleşmiş söz, formüller fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında korunamaz, bunlar ilk eser sahibine atfedilemez. Bu sebeple ilk eserin hangi bölümlerinde hususiyet bulunduğu ve bunun özgünlük seviyesi belirlendikten sonra, sonraki çalışma ile kıyaslanması gerekir. Başka bir deyişle benzerlik içeren bölümler, önceki eserin sahibinin hususiyetini yansıtan kısımlarına ilişkin ise, benzerliğin ya da alıntının hukuka uygun olup olmadığı irdelenmelidir. Tespit edilen benzerlik veya alıntı, FSEK'in 35. maddesi gereğince esasa veya şekle ilişkin koşullara aykırı ise intihal ya da hukuka aykırı yararlanma söz konusudur. Böylece ihlal eyleminin gerçekleşme biçimine göre, davacının eser sahipliğinden kaynaklanan mali veya manevi haklarına tecavüz edildiği belirlenmiş olur (Yavuz/ Alica /Merdivan, s. 1285).

22. Bu aşamada bilimsel eserlerde hususiyet kavramı üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

23. FSEK'in 2. maddesinde ilim ve edebiyat eserleri olarak ifade edilen kategori; herhangi bir şekilde dil ile ifade edilen, herhangi bir dilde ve herhangi bir ifade aracı (söz, yazı, rakam, şekil, çizgi veya simgeler) ile ortaya konulan eserleri içine alır. Bütün bilim ve sanat dallarına (spor, müzik, güzel sanatlar, fen bilimleri, matematik, tıp, vb.) ait eserler bu ifade araçları ile ortaya konulmak şartıyla bir ilim ve edebiyat eseri sayılır. O hâlde bilimsel eserler hususiyet şartını sağladıkları takdirde FSEK'in 2. maddesi kapsamında korunacaklardır.

24. Bilimsel eserlerde hususiyet muhtevadan ziyade ifade şeklindedir. Eserin özünü oluşturan muhteva çoğu zaman uzun deney ve gözlemler sonucu elde edilir. Başka bir deyişle bilimsel eserlerin muhtevası oluşturulurken aynı alanda daha önce yapılan bilimsel çalışmalardan ve uzun süreli deney ve gözlemlerden büyük ölçüde yararlanır. Bilimin ortaya koyduğu bulgular üzerinde kural olarak mülkiyet hakkı söz konusu değildir. Zira bunlar insanlığın ortak malı sayılır. Bu nedenle bilimsel eserlerde hususiyet tayini yapılırken içerikten çok şekle bakılır. Bilimsel eserlerde şekil ise; olguların, tabloların, formüllerin, sonuçların, düşüncelerin açıklanışı, yorumlanışı, sunuluşu yani bunların ifade ediliş biçiminde oluşur (Ateş, Mustafa: Fikrî Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 132). Başka bir deyişle bilimsel eserlerde korumanın kapsamını yorum ve düşüncelerin açıklanış şekli, stili ve dilin kullanışı gibi unsurlar teşkil eder. Bununla birlikte bilimsel eserde yer alan resim, şekil, tablo, grafik ve şema gibi unsurlar hususiyet taşımaları kaydıyla eserin ayrılmaz parçası sayılır ve eser kapsamında korunur.

25. Bilimsel eserlerdeki fikir, düşünce, teori, formül ve yöntemler bilimin gelişmesine engel olacağı endişesi nedeniyle koruma kapsamında yer almazlar. Gerçekten de bu endişeden dolayı Türki-

ye'nin de taraf olduğu hem Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması'nda (TRIPS) hem de Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünde (WIPO) korumanın "fikirleri, usulleri, işletme yöntemlerini veya matematiksel kavramları içermediği, sadece düşüncüyü ifade biçimini kapsayacağı" hükme bağlanmıştır. Ancak fikri hukuk koruması dışında tutulan söz konusu unsurlar gerekli şartların varlığı hâlinde genel hükümler kapsamında korunabilmektedir.

26. Tıp alanındaki bilimsel eserlerde genellikle sonuçlar ve çıktılar önemli olduğundan hususiyet incelemesinin bu noktalarda yapılması gerekir. Örneğin bir ilacın etkisini ortaya koyan çalışmada hususiyet bu etkinin yorumlanarak ortaya konulmasında görülür (Bozgeyik, Hayri: Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S. 3, 2009, s. 194).

27. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıya ait 1995 yılında yapılan "...Savunma Sistemine Etkileri" isimli uzmanlık tezi çalışmasının ve bu tezin bir sayfalık İngilizce özetinden ibaret olan 1996 yılında yurtdışında yapılan bir kongrede "The Effect..." başlığıyla sunulan poster bildirinin ve yine 1999 yılında yapılan bir kongrede "Effects of..." başlığıyla sunulan bilimsel bildirinin FSEK anlamında eser niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

28. Davacıya ait 1995 yılında yapılan "...Savunma Sistemine Etkileri" isimli uzmanlık tezi çalışmasında; belli bir plan çerçevesinde yapılan deneysel çalışma neticesinde laboratuvar analizleri sonucu elde edilen ham verilerinin sınıflandırıldığı, bu ham verilerin tablo ve grafik hâline dönüştürüldüğü görülmektedir. Nitekim davacının tez çalışmasında; çalışmanın amacının volatil anestetiklerin, yani seçilmiş üç ayrı anestezi maddesinin, operasyon sırasında hastalara tatbiki nedeniyle, hastanın antioksidan savunma sistemine etkilerinin incelenmesinden ibaret olduğu, bu kapsamda volatilan anestetiklerden Halohane, Enfluran ve İsofluran uygulamasının antioksidan sa-

gunma sistemi enzimlerinden SOD ve GSHPx'a ve bunların kofaktörleri olan Se, Cu, Zn'ya hem plazma hem de eritrositlerdeki etkilerinin araştırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir.

29. Davacıya ait uzmanlık tezinde yer alan laboratuvar çalışmalarında; ASA1 grubu olarak tanımlanan 20-60 yaş aralığına sahip olan, sigara ve alkol kullanmayan, ilaç alışkanlığı olmayan on bir kişilik üç ayrı hasta grubu üzerinde anestezi ajan olarak tercih edilen birinci grup için Halotan, ikinci grup için Enfluran ve üçüncü grup için İsofluran ajanları kullanıldığı, bu anestezi ajanları kullanan hastaların operasyondan bir saat önce, bir saat sonra, bir gün sonra ve üç gün sonra kanlarının alındığı, alınan kanların G...Merkezi laboratuvarında belirli cihaz ve maddelerle soğuk santirifüjde 5.000 devir/dakika hızında plazma ve eritrositlerine ayırmak suretiyle analiz edildiği, istatistikî değerlendirmenin ise Wilcoxon eşleştirilmiş ikili örnek testi ile yapıldığı görülmektedir.

30. Davacının birinci yazar olarak yer aldığı 1999 yılında yapılan bir kongrede "Effects of..." başlığıyla sunulan bilimsel bildirinin, davacının tezinde yer verdiği hususlara ilaveten bir çalışma olduğu anlaşılmakta olup, bu kapsamda, işleri dolayısıyla en az üç yıl boyunca inhalasyon anestetiklerine maruz kalan, ASA1 grubu on beş anesteziyoloji personeli ve kontrol grubu olarak tanımlanan on beş sağlıklı gönüllünün seçilmek suretiyle SOD, GSHPx, Zn, Cu ve Se düzeylerinin tespitinin amaçlandığı, yapılan deneyler neticesinde maruz kalan şahısların gönüllülere göre plazma ve alyuvar enzim seviyelerinin önemli ölçüde düşük olduğunun gözlemlendiği ve deneyler sonucunda elde edilen ham verilere ilişkin tablolara yer verildiği anlaşılmaktadır.

31. Bununla birlikte tüm davalıların yazar olarak yer aldığı ve 2004 yılında İngilizce olarak "Biological Trace ..." isimli derginin ... sayfaları arasında yayımlanan "Effects of..." başlıklı makalede davacının uzmanlık tezinde ve bu tezin bir sayfalık İngilizce özetinden ibaret olan poster bildiride

yer alan ham verilere ilişkin tabloların atıf yapılmadan aynen alındığı, yine davalılardan H.T., A.A. ve A.S.'nin yazar olarak yer aldığı ve 2005 yılında "World Journal ..." isimli derginin ... sayfaları arasında yayımlanan "Effect of..." başlıklı makalede de davacının birinci yazar olarak yer aldığı 1999 yılında sunulan "Effects of..." başlıklı bilimsel bildiriye ham verilere ilişkin tabloların atıf yapılmadan aynen alındığı görülmektedir. Ayrıca davalılara ait her iki makalede yer alan gereç ve yöntemler ile davacının eserlerindeki gereç ve yöntemlerin çok küçük farklılıklarla aynı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu hususlar yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu da değildir.

32. Mahkemece aldırılan bilirkişi raporunda; davalıların her iki makalesinde izinsiz bir şekilde alıntılarının gerçekleştirildiği kısımların sadece davacının uzmanlık tezi ve bilimsel bildirisinde kullanılan ham verilerin yer aldığı tablolar olduğu, ham verileri gösterir tablolar haricinde herhangi bir haksız alıntının mevcut olmadığı, taraf eserlerinin genel metodolojisi benzer olmakla birlikte yazarlarının hususi değerlendirmelerinin ağırlıklı olarak yer aldığı, bu nedenle hem davacı çalışmalarının hem de davalılara ait dava konusu makalelerin FSEK anlamında eser niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda intihal iddiasına konu her iki makalede de haksız alıntının sadece laboratuvar analizleri sonucu elde edilen ham verilerin yer aldığı tablolardan ibaret olduğu, bunun haricinde davacının eserlerinden başkaca bir alıntının yapılmadığı ve benzerliklerin ise kullanılan istatistikî verilerin zorunlu sonuçlarından kaynaklandığı kabul edilmelidir.

33. Bu durumda davacının uzmanlık tezi ve bilimsel bildirisi bir bütün olarak düşünüldüğünde eser niteliğinde olduğu sabit olduğuna göre, anılan eserler içerisinde kullanılan ve davalılar tarafından izinsiz olarak aynen alınan laboratuvar analizleri sonucu elde edilen ham verilerle oluşturulan tabloların eser mahiyetinde olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle söz konusu tablolar dışında dava konusu eserler

arasında benzerlik bulunmadığı bilirkişi raporu ile tespit edildiğine göre, davacı tarafından belirlenen ve gruplandırılan deneklerden alınan kan örneklerinin G... Merkezi laboratuvarında yapılan analiz sonucu oluşan ham verilerin tablo hâline getirilmesinden oluşan fikri faaliyetin de bilimsel tez ve poster çalışması kapsamında hususiyet unsuruna sahip eser olarak korunmaları gerekip gerekmeyeceği belirlenmelidir.

34. Bilimsel eserde yer alan resim, şekil, tablo, grafik ve şema gibi unsurlar sadece hususiyet taşımaları kaydıyla eserin ayrılmaz parçası sayılır ve eser kapsamında korunurlar. Bununla birlikte eser sahibinin hususiyetini hiçbir şekilde taşımayan herhangi bir laboratuvar ortamından elde edilmiş olan salt ham verilerin FSEK kapsamında eser olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Başka bir deyişle bilimsel mahiyetteki verilerin hiçbir şekilde koruma altına alınmasının mümkün olmadığı gibi bir sonuca varılması doğru olmayıp her somut olayın kendine has özelliklerine göre, meydana getirilen eserlerde kullanılan bu ham verilerin eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığının tespiti gerekmektedir. Bu noktada deneklerin ve sair hususların seçiminin davacı tarafça belirlenmesinin meydana getirilen eser yönünden, davacının hususiyetini içerip içermediği sorgulanması gereken bir husustur.

35. Mahkemece aldırılan ek bilirkişi raporunda; davacının otuz üç denek üzerinden hareket ettiği, ancak bu sayısal belirlemenin deneyin bilimsel sonucu yönünden özel bir önemi olmadığı, yine denek grubunu on bir kişilik üç gruba ayırmanın da aynı kapsamda değerlendirilebileceği, testler için belirlenen yaş aralığının da bu ve benzeri test ve bilimsel çalışmalar için olağan bir belirleme olduğu, yine tercih edilen hastaların sağlık koşullarının sigara, alkol veya benzeri ürünleri kullanmayanlar olarak kabul edilmesinde de fikri bir katkıdan bahsedilemeyeceği, davacının çalışmasında kullandığı Halotan, Enfluran ve İsoflurananesteziklerinin en yaygın olarak kullanılan anestezikler olduğu ve bu alanda bir çalışma yapı-

çak kişinin de bu anesteziikleri kullanacağı, kan tahlillerinin yapıldığı zamanın da bilimsel çalışmanın özneteliğini etkileyecek bir unsur olmadığı tespit edilmiştir.

36. Bu durumda ham verilerin yer aldığı tabloya esas teşkil eden kan örneği alınacak deneklerin belirlenmesi, gruplandırılması, sağlık koşulları ve çalışmada kullanılan anesteziiklerin bu tür bilimsel çalışmalar bakımından genel ve yaygın metotlar olduğu, ham veriler üzerindeki istatistiki değerlendirmede kullanılan Wilcoxon eşleştirilmiş ikili örnek testinin de bilimsel bir eşleştirme yöntemi olduğu gözetildiğinde davacının eserlerinde bulunan ham verilerin yer aldığı tabloların bilinen yöntemler üzerinden yapılan istatistiki çalışma sonucunda elde edildiği, aynı konuda bilimsel çalışma yapan başka uzmanların da başvurabileceği ve benzeri sonuçları elde edebileceği bir yöntem olması nedeniyle davacının hususiyetini taşımadığı kabul edilmedi.

37. Bilinen yöntemler üzerinden yapılan istatistiki çalışma sonuçlarının tablo hâline getirilmesinin fikri faaliyet ürünü olduğu tartışmasız olmakla birlikte, böyle bir yöntemin FSEK anlamında sahibinin hususiyetini yansıtan ve anılan Kanun kapsamında korunması gereken birer eser olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira bir fikri ürünün elde edilmesi için kullanılan işletme metodu, yöntem ya da matematiksel kavramlar vb. faaliyetler eser olarak korunamaz (TRIPS m. 9/2). Bununla birlikte davacının kendi eserinde kullandığı ham veriler ya aynı şekilde ya da çok küçük değişiklikler yapılmak suretiyle davalıların makalelerinde yer almıştır. Davalıların bu eylemi Türk Ticaret Kanunu'nda "hüsnüniyet kaidelerine aykırı surette başkasına ait iş mahsullerini kullanmak" şeklinde ifade bulan haksız rekabet olarak telakki edilmesi mümkündür.

38. Öte yandan davacının şikâyeti üzerine G...Etik Kurulunun ... tarihli kararı ile davalıların eyleminin "intihal" olduğu yönünde karar verildiği, yine YÖK Sağlık Bilimleri Yayın Etik Kurulu-

nun ... tarihli kararı ile davalılar tarafından yazılan makalelerin sorumlu yazarı olan H.T.'nin "intihal" yoluyla etik ihlali yaptığı yönünde karar verildiği anlaşılmaktadır. Davalı H.T. tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesinin ... sayılı dosyasına kayden YÖK Tıp Sağlık Bilimsel Yayın Etik Kurulu kararının iptali istemiyle dava açıldığı, mahkemece, H.T.'nin üzerine atılı iddia sebebiyle savunmasının alınmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verildiği ve kararın Danıştay tarafından onandığı; yine YÖK tarafından G.K.'ye yazılan yazı ile davalı H.T.'nin intihal yolu ile etik ihlalde bulunduğu ve bunun da disiplin yönünden suç unsuru oluşturduğu şeklinde açıklamasına yönelik işlemin iptali için Ankara 18. İdare Mahkemesinin ... sayılı dosyasına kayden dava açıldığı, mahkemece aldırılan bilirkişi raporu doğrultusunda H.T.'nin Anesteziyoloji ve Reanimasyon bilim alanında çalıştığı ve sorumluluğunun gönderdiği kan örneklerinde ölçümleri yapan laboratuvarından verilen sonuçları klinisyen olarak yorumlanması ve literatürle karşılaştırarak makalenin hazırlanmasına katkıda bulunmak olduğu, idari işleme esas şikâyet konusu tablolarda yer alan kan analizi sonuçlarının, laboratuvar uzmanlık alanının sorumluluğunda olup anestezi bilim alanı ile doğrudan ya da dolaylı herhangi bir ilgisinin olmadığı, bu nedenle H.T.'nin intihal yoluyla etik ihlalinde bulunduğu yönünde tesis edilen dava konusu işleminde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptaline karar verildiği ve kararın Danıştay tarafından onandığı görülmektedir.

39. O hâlde davacının eserlerinde yer alan tabloların konusunun planlanması ve deneklerin seçilmesi faaliyeti ve laboratuvar sonuçlarının bilimsel metotlar kullanılarak tablo haline getirilmesi, aynı konuda bilimsel çalışma yapan başka uzmanların da başvurabileceği ve benzeri sonuçları elde edebileceği bir yöntem olması nedeniyle mahkemece bu faaliyetlerin davacının hususiyetini yansıtan birer eser olarak kabul edilmesi ve buradan hareketle davalıların eyleminin "intihal" oluşturduğu sonucuna varılması isabetli değildir.

40. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında; davacının hususiyetinin ve katkısının ham verilerin gruplandırılıp istatistik verilere dönüştürülmesi ve daha sonra yorumlanmasında ortaya çıktığı, bu veri ve yorumlardan hareketle üretilen ihlale konu uzmanlık tezi ve bilimsel bildirinin öz ve şekil olarak bir bütün hâlinde eserin korunabilir özgün kısmını oluşturduğu, davalıların makalelerinde davacıya ait tez ve bildiriye ait tablolara atıf yapmadan aynen aldıkları, bu nedenle davalıların eyleminin intihal niteliğinde olduğu ve bu yöne ilişkin direnme kararının uygun olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

41. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA... 20.02.2020 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

1. Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki temel uyumsuzluk; davacı tarafından tecavüzün ref'i ve manevi tazminat istemlerine ilişkin açılan davada, davacının 1995 yılında yaptığı doktora tez çalışmasında ve bu çalışmayla ilgili daha sonraki bildirimlerde davalılar tarafından kullanılan laboratuvar sonuçlarının FSEK anlamında eser niteliğinin bulunup bulunmadığı ve buradan varılacak sonuca göre davalılar tarafından kaleme alınan her iki makalede davacının çalışmalarında yer alan laboratuvar sonuçlarının aynen kullanılması

karşısında "intihal" eyleminin oluşup oluşmadığı noktalarında toplanmaktadır.

2. Yerel mahkemece "tüm davalıların yazar olarak adlarının bulunduğu 2004 tarihli makalenin davacının tez çalışması üzerindeki; 2005 yılında yayınlanan yazar olarak davalılar H.T., A.A. ve A.S. adlarının yer aldığı makalenin ise davacının araştırmayı yapan birinci yazar olarak yer aldığı bilimsel bildiri üzerindeki; mali haklarından yayma, çoğaltma, kamuya iletim, manevi haklarından ise adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını önleme ve umuma arz haklarını ihlal ettiği, davaya konu her iki makaleden davalılar tarafından yapılan alıntılarının tamamen atıfsız olduğu ve davacı adına yer verilmediği gibi iktibas serbestisi kapsamında makul kabul edilebilecek düzeyi de aştığı, alıntı yapılan kısmın sadece laboratuvar sonuçlarından ibaret ham veriler olduğu yönündeki bir kısım savunmalara itibar edilemeyeceği, zira bu ham sonuçların tek başına bir anlamı olmadığı, davacının hususiyetinin ve katkısının ham verilerin gruplandırılıp istatistik verilere dönüştürülmesi ve daha sonra yorumlanmasında ortaya çıktığı, bu veri ve yorumlardan hareketle üretilen ihlale konu bilimsel tez ve bildirinin öz ve şekil olarak bir bütün halinde eserin korunabilir özgün kısmını oluşturduğu, davalıların her iki makaleye esas davacı bilimsel araştırmalarından ayrı bir deneysel çalışma yapmaksızın makaleleri kaleme aldıkları ve yayınladıkları, bu nedenle makalelerin yeni ve bağımsız bir eser niteliğinde bulunmadığı, davalıların intihal suretiyle meydana getirilmiş makalelerde yazar olarak adının geçmesi itibarıyla, davacının manevi ve mali haklarına ihlal oluşturan eylemleri doğrudan doğruya birlikte işledikleri, davalıların kusurlu eylemi benimseyip dava tarihine kadar devam ettirdikleri" gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

3. Kararın temyizi üzerine Özel Dairece "Dava konusu tabloya esas teşkil eden kan örneği alınacak deneklerin belirlenmesi, gruplandırılması, sağlık koşulları ve çalışmada kullanılan anesteziyle rin bu tür bilimsel çalışmalar bakımından genel ve

yaygın metotlar olduğu, ham veriler üzerindeki istatistiki değerlendirilmede kullanılan Wilcoxon eşleştirilmiş ikili örnek testinin de bilimsel bir eşleştirme yöntemi olduğu bilirkişi heyetince düzenlenen asıl ve ek raporda açıklanmıştır. Bu durumda, bilinen yöntemler üzerinden yapılan istatistiki çalışma sonuçlarının tablo haline getirilmesinin fikri faaliyet ürünü olduğu tartışmasız olmakla birlikte, böyle bir yöntemin FSEK'nin 1/B ve 2. maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini yansıtan ve anılan Yasa hükümleri kapsamında korunması gereken birer eser olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bir fikri ürünün elde edilmesi için kullanılan işletme metodu, yöntem ya da matematiksel kavramlar vb. faaliyetlerin eser olarak korunması mümkün değildir (TRIPS m. 9/2). Dava konusu tabloların konusunun planlanması ve deneklerin seçilmesi faaliyeti ve laboratuvar sonuçlarının bilimsel metotlar kullanılarak tablo hâline getirilmesinin, aynı konuda bilimsel çalışma yapan başka uzmanların da başvurabileceği ve benzeri sonuçları elde edebileceği bir yöntem olması nedeniyle, mahkemece bu faaliyetin davacının hususiyetini yansıtan birer eser olarak kabulü isabetli değildir. Bu durumda, davacının 1994 yılındaki çalışması sırasında kullandığı deneklerden alınan kan örneklerinin analizinden oluşan ham verilerin yer aldığı tabloların hususiyet içeren ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı hâlde uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davacının mali ve manevi haklarına tecavüz olduğundan bahisle davanın kısmen kabulü doğru görülmediğinden kararın temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir...” şeklindeki gerekçelerle karar bozulmuştur.

4. Mahkemece önceki gerekçeler ile direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulumuzun çoğunluk görüşü ile Özel Daire bozma gerekçesi benimsenerek, “davacının 1994 yılındaki çalışması sırasında kullandığı deneklerden alınan kan örneklerinin analizinden oluşan ham verilerin yer aldığı tabloların hususiyet içeren ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı hâlde

uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir” gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiştir.

5. Belirtmek gerekir ki davacının doktora tezindeki tablolara davalıların atıf yapmaksızın kullandıkları, bu yönde bir haksız rekabetin var olduğu, yerel mahkemenin ve Özel Dairenin kabulüdür. Tartışma bu tabloların bilimsel eser olup olmadığı konusundadır. Çoğunluk görüşüne; davacının çalışmasının doktora tezi olması, doktora tezinde kullandığı tabloların klinik çalışma olarak salt bu şekli ile bilimsel çalışma olması, tabloların doktora tezinin bütünlüğünü oluşturması, davacının tablolarındaki değerlendirmelerinin değiştirilerek kullanılması, dosyada intihal olduğuna dair etik kurulu, Yüksek Öğretim Kurumu kararı ile bu yönde alınan bilirkişi raporu bulunması ve aşağıdaki açıklamalar nedeni ile katılmamıştır.

5.1. Normatif hükümler ve kavram açıklamaları:

5.1.1. FSEK'in 1/B maddesinde eser; “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Eser niteliğinin tespitinde biri esasa, diğeri şekle ilişkin iki şarta yer verilmiştir.

a) Bunlardan esasa ilişkin olan ilki, onun sahibinin özelliğini taşımasıdır. Sahibine izafe edilebilen bağımsız bir çalışmanın sonucu olan bütün fikir ve sanat ürünlerinin sahiplerinin özelliğini taşıdığını kabul etmek gerekir. FSEK'in 8/I maddesinde, “Bir eserin sahibi onu meydana getirendir” ifadesiyle genel ilke koyulmuştur. Eserin sahibinin, eseri yaratan kişi olması, kanunun 1/b maddesinde hükme bağlanan “sahibinin hususiyetini taşıma” şartının doğal sonucudur. Eser sahipliği, eserin yaratılması ile kendiliğinden doğar.

b) Bir fikir ve sanat ürününün eser sayılabilmesi için şekle ilişkin olan ikinci şart, onun 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olmasıdır.

Eser kategorileri ise kanunda; İlim ve Edebiyat Eserleri (m. 2); Musiki Eserleri (m. 3); Güzel Sanat Eserleri (m. 4); Sinema Eserleri (m.5) olarak sayılmıştır. Uyuşmazlık konusu intihal yapıldığı belirtilen doktora tezi bilimsel eser olduğundan Kanun'un 2. maddesi kapsamında değerlendirilme-ye gidilmiştir.

FSEK'in 2. maddesinde ilim ve edebiyat eserleri sayma yöntemiyle belirtilmiştir. Bunların başında da dil ve yazı ile ifade olunan eserler, hikaye, roman, şiir, piyes ve tiyatro oyunlarını ve benzerlerini kapsadığı gibi, bilimsel konferansları, panelleri, seminerleri, makaleleri, ansiklopedileri, dergiler ve benzerlerini de kapsar. Doktora tezleri bu kapsamdadır.

Bilim eseri gerçek anlamda edebiyat eserinin aksine çok defa orijinal bir yaratma değildir. Bilimin fonksiyonu gözlemlere dayanan kanunlara varmaktadır. Bu yüzden bu tür eserlerde daha çok bilimsel tasniflerin ve ifade şekillerinin orijinalliği yeterli olacaktır (Kılıç, Bilge: Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahipliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2003.). Bilimsel bir eserde kullanılan grafiklerin, istatistik tablolarının, fotoğraflarının...vb. kaynaklarının gösterilmemesi FSEK'e aykırıdır ve bazı durumlarda intihal oluşturur (Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2002, s. 101).

FSEK'in 35/2 maddesine göre ise "İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir". Özellikle bir doktora tezinde bir araştırma tablosu alınmış ise bu tablo doktora tezi ile bütünlük arz ettiğinden, bu bilimsel eser olan doktora tezine atıf yapılması gerekir.

5.1.2. Klinik Araştırmalar Yönetmeliği'nin 4/t maddesine göre; klinik araştırma, "Birveya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabo-

lizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmaları" ifade etmektedir.

Anılan Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca "Yönetmeliğin kapsamındaki klinik araştırmalara izin almak için etik kurul ile Kuruma eşzamanlı başvuru yapılabilir". Keza yönetmeliğin 21/4 maddesinde açıkça "araştırma ile ilgili belgelerin gizliliğinin esas olduğu", bu belgelerin ancak hukuken yetkili kişilerin veya mercilerin talebi hâlinde yetkili kişilere verileceği" belirtilmiştir. Yetkili mercii ise etik kuruldur.

Potansiyel ilaçların, tıbbi cihazların, diğer tanı/tedavi ürün ve yöntemlerinin kamunun kullanımına sunulması için bu ürün/yöntemlerin güvenliliğinin ve etkililiğinin bir dizi araştırma ile ispatlanması gerekir. Gönüllü kişilerin katılımıyla gerçekleştirilen ve tıbbi bilgi elde etmeyi amaçlayan bu bilimsel çalışmalara klinik araştırma denir.

Klinik araştırmalar yeni tedavi yöntemlerini/ürünlerini araştırmının yanında bilinen bir tedavi yönteminin/ürününün daha etkin kullanım şeklinin bulunması veya bu yöntem/ürünler hakkında daha fazla bilgi edinilmesi amacıyla da yapılabilir.

5.1.3. YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 4/1.a. maddesinde intihal: "Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek, bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylem" sayılırken, 2.ç maddesinde ise "İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda ve diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak" diğer etik davranış olarak belirtilmiştir.

Bilimsel araştırmalar içinde en değerli çalışmalar klinik araştırmalardır. Klinik araştırmalara hipotez kurulması ile başlanır. Hipotez örnekleme dayalı bir kitle parametresinin değeri hakkında ileri sunulan iddia olarak tanımlanabilir. Bir sonraki aşama metodoloji aşamasıdır. Metodoloji denek sayısının hesaplanması, körleme-maskeleme, rando-

mizasyon, uygulanacak işlem secimi, plasebo kullanımı, tedaviyi durdurma ve değiştirme kriterleri gibi alt başlıklar halinde toplanabilir (Turk J Anaesthesiol Reanim 2016; 44: 212-8 DOI: 10.5152/TJAR.2016.34711.https://www.journalagent.com/tard/pdfs/TARD.44.4.212.218).

Klinik araştırmalar genellikle akademik yükselme için kullanılmaktadır. 2015 yılına göre Amerika'nın bu alanda dünyadaki payı % 45 iken, Türkiye'nin % 0,95'tir. (Örnek, B. N. http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset/2019/arastirmaetiociocak2019_nob.pdf).

6. Somut uyuşmazlıkta davacı 1995 yılında G... Merkezinin işbirliğiyle yaptığı araştırma sonucu "...Savunma Sistemine Etkileri" başlıklı tezi ile uzmanlık almış ve doktorasını vermiştir. Doktora tezi klinik araştırmaya dayalı olup alınan izinle deneklerden alınan numuneler karşılaştırılmış, tablolaştırılmış ve sonuçları değerlendirilmiştir. Davalılar ise 1996 yılında yurtdışında yapılan bir kongrede "The Effect of..." başlığıyla sunumunu gerçekleştirmiş, yine 1999 yılında yurt dışındaki bir başka kongrede "Effects of..." başlığıyla sunum yapıp 2004 ve 2005 yılında ise makale haline getirmişlerdir. Davalıların doktora tezinde 1995 yılında davacı tarafından tablolaştırılan klinik araştırmaları kullandıkları uyuşmazlık dışıdır. Dosyada davacının etik kurula şikâyet etmesi sonucu, klinik araştırmalar iznine tabi olan 13 üyeden oluşan etik kurulun ... tarihinde .. oturumunda açıkça davalılara ait sunum ve makalelerde "kan analizlerinde elde edilen orijinal sonuçların kullanılmayıp, davacıya ait tezdeki sonuçların tamamen aynı rakamların kullanıldığı, sonuçların çarpıtıldığı ve davacıya ait eserin bir bölümünün izin almadan aynen kendileri yapmış gibi göstermelerinin İNTİHAL olduğu" belirlenmiştir. Yüksek Öğretim Kurumu İdari Soruşturmada da aynı sonuca ulaşılmıştır. Her ne kadar davalı H.T. tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesinin... dosyasına kayden YÖK'ün ... tarihli işleminin ve bu işleme esas teşkil eden YÖK Tıp Sağlık Bilimsel Yayın Etik Kurulu kararının iptali istemiyle dava açılmış ise de mahkemece, H.T.'nin üzerine atılı

iddia sebebiyle savunmasının alınmadığı gerekçesiyle işlemlerin iptaline karar verilmiş olup, bu karar usule ilişkin olduğundan sonuca etkili olmamıştır.

Mahkemece görüşüne başvurulan bilirkişi heyeti de "Dava konusu olan davacı yana ait tez çalışması incelendiğinde, anılan tez kitapçının ana sayfasında davacı yan isminin bulunduğu, toplam 66 sayfadan ibaret olan söz konusu tezin içeriğinde davacı yanın subjektif yorumlamalarının bulunduğu bilimsel ve teknik değerlendirmelerin yer aldığı görölmekle birlikte, birtakım deney sonuçlarını ihtiva eden tabloların, evrensel nitelikteki bazı terimlere ilişkin açıklamaların ve tez yazımında uyulması gereken kurallar nedeniyle birtakım standart kısımların (kaynakça vs.) bulunduğu tespit olunmuştur. Anılan tez bütünsel olarak değerlendirildiğinde davacı yanın birtakım bilimsel terimlerin ne olduğuna dair anlamsal açıklamalarının bulunduğu görölmüş olmakla birlikte, bu kısımların haricinde davacının kendi görüş, yorum ve cümlelerinin de yer aldığı, tez kapsamında yer verilen deneylerin yazarın kendi oluşturduğu denek grubu üzerinde, kendi belirlediği zamanlarda ve şartlarda gerçekleştiği, sonuç ve değerlendirmelerinin de bunun neticesinde yapıldığı, bu nedenle anılan tezi meydana getiren kişinin şahsi hususiyetlerini taşıyan nitelikte bir yazı olduğundan bahsedilmesinin mümkün olduğu, sonuç olarak ise FSEK'in 2. maddesinde belirtilen "Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler" kapsamında olmak üzere "ilim ve edebiyat eseri" olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu" sonuç ve kanaatine varmıştır. İtiraz üzerine aynı heyet ek raporlarında ise "Sonuç olarak heyet ek raporlarında yer alan istatistiki ham verilerin sayın mahkemece FSEK kapsamında, sahibinin hususiyetini yeteri kadar taşıdığı ve dolayısıyla salt bu nedenle eser olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılması hâlinde bu durumun kök raporda olduğu kapsamlı olarak açıklanan gerekçeler doğrultusunda intihal veya usulsüz iktibas eylemine sebebiyet vereceği ancak ham verilerin eser olarak kabul edilmemesi hâlinde ise bu

verilerin izinsiz ve hiçbir alıntı yapılmaksızın davalılarca yazılan makalelerde kullanılması nedeniyle haksız rekabet eyleminin meydana geleceği ve davalıların sorumluluklarının salt tazminat sorumluluğu ile sınırlı olacağı ancak bu hususlardaki nihai takdir yetkisinin sayın mahkemeye ait olduğu” sonuç ve kanaatine varmışlardır.

7. Yukarıda açıklandığı üzere, öncelikle etik kurulun iznine tabi ve bu izin ile klinik araştırma yapan davacının doktora tezindeki, salt klinik araştırma bilimsel bir eserdir. Zira bilimsel eser sayılmayıp, herkesin kullanacağı bir tablo olsa idi, izne tabi tutulmazdı. Davacı gözlemler sonucu, tasniflere ve ifade şekillerine dayanmış, tablo-laştırmış ve bunlara sonuç bağlamıştır. Davacının akademik yükselme için klinik araştırmaya girdiği

ve doktora tezi hazırladığı anlaşılmaktadır. Tablo-ların davacının kişisel özelliğini taşıdığı, bu orijinalliğinin başlı başına bilimsel eser olduğu, davacının doktora tezinin de bu tabloların sonucuna bağlı açık bir şekilde bütünsellik arz etmekte olup tabloların bilimsel tez ve bildirin öz ve şekil olarak bir bütün hâlinde eserin korunabilir özgün kısmını oluşturduğu açıktır. Davalıların sunum ve makalelerinde davacıya ait tezdeki sonuçları, tamamen aynı rakamları kullandıkları, ancak sonuç-ları çarpıttıkları saptanmıştır. O hâlde davacının özelliğini taşıyan bilimsel eserinde intihal yapıldığı sabittir. Yerel mahkemenin direnme kararının onaması gerektiği görüşündeyiz. Açıklanan neden-lerle sayın çoğunluğun bozma gerekçesine katılmamıştır.