

TFM

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

Cilt/Volume
7

Sayı/Issue
2021/2

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

EDİTORYAL/ EDITORIAL

Doç. Dr. Cahit SULUK

Dijital Telif Hakları

Digital Copyrights

MAKALELER/ ARTICLES

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY

Elektronik Çek'e İlişkin Kanun Çalışmalarına Yönelik Türk Ticaret Kanunu (645, 756, 780, 1526) İle İcra İflas Kanunu'nun (167) İlgili Madde Hükümleri Açısından Güncel Bir Bakış

Current View Regarding Code Studies on Electronic Check from the Perspective of Relevant Provisions of the Turkish Commercial Code (1526, 780, 756, 645) and the Execution and Bankruptcy Code (167)

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK

Konkordato Mühletinde Mahkeme Tarafından Takdir Edilebilecek Tasarruf Sınırlamalarının Değerlendirilmesi

Evaluation of Disposal Limitations that may be Appreciated by the Court at the Concordat Period

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU
& Arş. Gör. Dr. Aydın Alber YÜCE

Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması

Illegal Financial Support of the Joint Stock Company to the Shareholders for the Payment of the Capital Commitments Payable

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Hukukî Sorumluluğu

Legal Responsibility of Business Owner for the Copyright Infringement of the Employees

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK & Arş.
Gör. Dr. S. Burak GÜNDOĞDU

Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi

The Effect of Statements Regarding the Change of the Reason for Issuing the Note on the Burden of Proof within the Framework of Supreme Court Decisions

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU

Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği Ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri

The Eligibility of Joint-Stock Company Disputes for Mediation and Some Criteria-Proposals on Eligibility

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN
& Selin YEŞİLDAL

Finansal Yeniden Yapılandırma Ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği

Financial Restructuring and its Co-Applicability in the Process of Concordatum

Dr. Barış GÖZÜBÜYÜK

Gelişen Blokzincir Teknolojisinin Vadettikleri Karşısında Türkiye'de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birliklerinin Rolü

The Role of Collecting Societies Operating in the Field of Music in Turkey against the Promises of Developing Blockchain Technology

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah YILMAZ

Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi İle Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması

Comparison of the Theory of Lifting the Corporate Veil and the Concept of Organic Bond in Light of the Decisions on Labor Disputes

YARGITAY KARARLARI/ DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

KİTAP TANITIMLARI/ BOOK REVIEWS





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

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



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

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

MAKALE ÇAĞRISI **CALL FOR PAPERS**

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,

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

We invite you to submit your

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

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

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

İletişim/ Contact: tfm@ybu.edu.tr

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

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

TFM

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



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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

Sahibi/Owner

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

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

Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)

Öğr. Gör. Dr. Bahriye BAŞARAN- BROOKS (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları/ Assistant Editors

Dr. Öğr. Üyesi Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Şule İŞİN (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. Zekeriya ARI (Uludağ Üniversitesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

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

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

Yayın Tarihi/Date of Publication: Aralık/December 2021

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

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

Tel: +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax: +90 312 906 29 62

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

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

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

Dizgi/Design: M. Yusuf KARATOSUN

Baskı/Printing: www.pozitifmatbaa.com

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

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

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

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

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

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

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/University, Antalya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. 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. İsmail KAYAR	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	İzmir Ekonomi Üniversitesi/University, İzmir-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	University of Köln, Köln-Almanya/Germany (Em.)
Prof. Dr. Christoph ANN	Technical University of Munich/Almanya/Germany
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	University of Regensburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/University, Isparta-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	Tilburg University, Tilburg-Hollanda/Netherlands
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/University, Bursa-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./IIUM, Kuala Lumpur / Malezya/Malaysia
Prof. Dr. Mehmet BAHTIYAR	Yeditepe Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey

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

EDİTÖRDEN

TFM bu sayısı ile 7. yılını dolduruyor. Son derece mütevazî şartlarda uluslararası etkiye sahip bir çalışma ortaya koymak hepimiz için gurur verici. Bu gurur, TFM'nin sizlerle buluştuğu bu sürecin her aşamasında görev alan bütün meslektaşlarımıza, hakemlerimize, yazarlarımıza ve bütün okuyucularımıza ait.

TFM ekibi olarak her şeyden önce odaklandığımız husus, daha nitelikli ve güncel çalışmalara yer verebilmektir. TFM'nin bu konuda her geçen sayıda bir adım daha ileri gittiğini görüyoruz. Ayrıca, TFM'nin içeriğinde, uluslararası bir akademik dergide olması gereken bütün bölümlere yer vermek, çalışma çeşitliliğini elde etmek istiyoruz.

Bu kapsamda derginin ana unsuru olan araştırma makalelerin yanı sıra, kitap incelemeleri, örnek kararlar ve kısa karar incelemeleri, birer TFM bölümü olarak artık daha düzenli bir şekilde sizlere ulaşacak.

Bu sayımızdan itibaren TFM'de ayrıca derginin kapsadığı alanlara ilişkin geniş bir değerlendirme ve bakış açısı sunan, ayrıca yeni tartışma ve gelişim alanlarına dikkat çeken Editoryal'leri de bulacaksınız. Bu konuya dikkatimizi çeken ve ilkini hazırlayan Doç. Dr. Cahit Suluk'a teşekkür ediyoruz.

TFM'nin bu sayısında editoryal, makaleler, kitap incelemeleri ve kararlar bölümleri yer alıyor. Makaleler arasında; icra iflas hukuku bağlamında elektronik çek, konkordato sürecinde tasarruf sınırlamaları, çalışanların telif hakkı ihlalden doğan sorumluluk, bonoda düzenleme sebebinin değiştirilmesi, anonim şirketler hukukunda arabuluculuk, konkordato sürecinde finansal yeniden yapılandırma, blokzincir teknolojisi karşısında meslek birlikleri, iş uyuşmazlıkları bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi konulara odaklanan çeşitli bilimsel çalışmalar yer alıyor.

İyi okumalar dileriz.

EDITORIAL

The TFM is completing its 7th year with this issue. It is a source of pride for all of us to produce an internationally influential work under extremely modest conditions. This honour belongs to all our colleagues, referees, writers and readers who take part in every stage of the process of releasing the TFM.

As the TFM team, what we focus on first and foremost is to include more qualified and up-to-date studies. We see that the TFM goes one step further in this regard with each issue. In addition, in the content of the TFM, we want to include all the parts that should be in an international academic journal and to achieve the diversity of studies.

In this context, besides the research articles, which are the main elements of the journal, book reviews, court decisions and short reviews of judicial decisions will now reach you more regularly as a separate TFM section.

As of this issue, you will also find Editorials in the TFM, which offer a broad assessment and perspective on the fields covered by the TFM and also draw attention to new legal discussion and development areas. We would like to thank to Assoc. Prof. Dr. Cahit Suluk for drawing our attention to this issue and preparing the first one.

In this issue of the TFM, there are sections of editorial, articles, book reviews and court decisions. Among the articles, there are various scientific studies focusing on electronic checks in the context of enforcement and bankruptcy law, disposal limitations in the concordatum process, liability arising from copyright infringement of employees, changing the issuing reason of the bonds, mediation in the law on joint-stock companies, financial restructuring in the concordatum process, collecting societies and blockchain technology and lifting the corporate veil in terms of labour disputes.

We wish you good reading.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

EDİTÖRDEN/ EDITORIAL

DİJİTAL TELİF HAKLARI

DIGITAL COPYRIGHTS

DOÇ. DR. CAHİT SULUKvii

MAKALELER/ ARTICLES

ELEKTRONİK ÇEK'E İLİŞKİN KANUN ÇALIŞMALARINA YÖNELİK TÜRK TİCARET KANUNU (645, 756, 780, 1526) İLE İCRA İFLAS KANUNU'NUN (167) İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ AÇISINDAN GÜNCEL BİR BAKIŞ
CURRENT VIEW REGARDING CODE STUDIES ON ELECTRONIC CHECK FROM THE PERSPECTIVE OF RELEVANT PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE (1526, 780, 756, 645) AND THE EXECUTION AND BANKRUPTCY CODE (167)

DR. ÖĞR. ÜYESİ NAZIM AKSOY187

KONKORDATO MÜHLETİNDE MAHKEME TARAFINDAN TAKDİR EDİLEBİLECEK TASARRUF SINIRLAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF DISPOSAL LIMITATIONS THAT MAY BE APPRECIATED BY THE COURT AT THE CONCORDAT PERIOD

DOÇ. DR. HAKAN ALBAYRAK201

ANONİM ŞİRKETİN SERMAYE BORCUNUN ÖDENMESİ İÇİN PAY SAHİPLERİNE HUKUKA AYKIRI OLARAK FİNANSAL DESTEK SAĞLAMASI

ILLEGAL FINANCIAL SUPPORT OF THE JOINT STOCK COMPANY TO THE SHAREHOLDERS FOR THE PAYMENT OF THE CAPITAL COMMITMENTS PAYABLE

DR. ÖĞR. ÜYESİ İSMAİL ATAMULU & ARŞ. GÖR. DR. AYDIN ALBER YÜCE221

ÇALIŞANLARIN TELİF HAKKI İHLALİNDEN DOLAYI İŞLETME SAHİBİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

LEGAL RESPONSIBILITY OF BUSINESS OWNER FOR THE COPYRIGHT INFRINGEMENT OF THE EMPLOYEES

PROF. DR. MUSTAFA ATEŞ247

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BONODA DÜZENLEME SEBEBİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE YÖNELİK BEYANLARIN İSPAT YÜKÜNE ETKİSİ

THE EFFECT OF STATEMENTS REGARDING THE CHANGE OF THE REASON FOR ISSUING THE NOTE ON THE BURDEN OF PROOF WITHIN THE FRAMEWORK OF SUPREME COURT DECISIONS

PROF. DR. HAYRİ BOZGEYİK & ARŞ. GÖR. DR. SÜLEYMAN BURAK GÜNDOĞDU 265

ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ VE ELVERİŞLİLİĞİN TESPİTİNDE ÖLÇÜT ÖNERİLERİ

THE ELIGIBILITY OF JOINT-STOCK COMPANY DISPUTES FOR MEDIATION AND SOME CRITERIA-PROPOSALS ON ELIGIBILITY

DOÇ. DR. CAFER EMİNOĞLU 279

FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA VE KONKORDATO SÜRECİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ

FINANCIAL RESTRUCTURING AND ITS CO-APPLICABILITY IN THE PROCESS OF CONCORDATUM

DOÇ. DR. ERSİN ERDOĞAN & SELİN YEŞİLDAL 301

GELİŞEN BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİNİN VADETTİKLERİ KARŞISINDA TÜRKİYE'DE MÜZİK ALANINDA FAALİYET GÖSTEREN MESLEK BİRLİKLERİNİN ROLÜ

THE ROLE OF COLLECTING SOCIETIES OPERATING IN THE FIELD OF MUSIC IN TURKEY AGAINST THE PROMISES OF DEVELOPING BLOCKCHAIN TECHNOLOGY

DR. BARIŞ GÖZÜBÜYÜK 331

ŞİRKETLERDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ İLE ORGANİK BAĞ KAVRAMININ İŞ UYUŞMAZLIKLARI HAKKINDA VERİLEN KARARLARDAN HAREKETLE KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF THE THEORY OF LIFTING THE CORPORATE VEIL AND THE CONCEPT OF ORGANIC BOND IN LIGHT OF THE DECISIONS ON LABOR DISPUTES

DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜLŞAH YILMAZ 359

YARGITAY KARARLARI/ DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION 374

KİTAP TANITIMLARI/ BOOK REVIEWS 405

Editorial

Editorial

EDİTORYAL: DİJİTAL TELİF HAKLARI*

EDITORIAL: DIGITAL COPYRIGHTS*

Doç. Dr. Cahit SULUK**

- I -

İçinde yaşadığımız Bilgi Çağında kavramlar anlam kaymasına uğradı. Globalleşme, küresel ticaret, internet ve bilişim teknolojileri gibi olgular hayatımızın her alanında çok büyük yeniliklere ve değişikliklere yol açtı. Sosyal hayat, kültür-sanat, eğitim ve ekonomi gibi yaşamımızın neredeyse her alanında deyim yerindeyse küçüklü büyüklü depremler yaşıyor.

Bilgiyi üreten ve hakkıyla kullananlar dünyanın zenginleridir. Zenginlik ise ekonominin yanında kültür, edebiyat ve sanat gibi yaşamı kuşatan geniş bir alanı tanımlar.

Eskiden kılıç kalkana dayanan dünya hakimiyeti, bugün *büyük veriye (big data)* hâkim olmaktan geçiyor. Bu nedenle günümüzde büyük veriye hâkim olmak için savaşlar veriliyor.

Ekonomik yarışın yapıldığı alan da “bilgi”ye kaydı. Bilgi Toplumunda üretim ve ticaret yöntemleri şekil değiştirdi; üretimdeki *kol gücü*, yerini büyük ölçüde *beyin gücüne* bıraktı. Bize sevimsiz de gelse bilgi metalaştı ve mülkiyete konu oldu. Günümüzde fiziki üretim yerine bilginin paraya nasıl tahvil edileceği konuşuluyor. Tüm bu gelişmeler *Bilgi Sermayesi* kavramını doğurdu ve zenginlik bilgisiyle ölçülür hale geldi. O kadar ki S&P'nin 2020 araştırmasına göre dünyanın ilk 500 şirketine ait varlıkların %90'ı gayri maddi haklardan oluşuyor.

-I-

In the Information Age that we live in, terms have undergone a shift in meaning. Phenomenon such as globalisation, global trade, the internet, and information technology have led to substantial level of changes in our lives. Social life, culture and arts, education, and economy, in other words, every part of our lives have been affected by it.

Those who produce knowledge and use it are the true rich of today. Wealth, on the other hand, is a wide area that encompasses the economy, literature, art and as well as culture.

The world domination that used to be based on military weapon today relies on the big data. For the very reason, there have been wars to obtain the big data.

The economic competition has also shifted to “knowledge”. The ways of production and commerce have shifted in the Information Society; man-handling in production has left its place to brain power. Even if it sounds unpleasant, information has become commodified and turned to a subject of property. In today's worlds the main topic is now how to transform knowledge into money rather than physical production. All these developments have created the concept Information Capital and the knowledge has become a measure for wealth. So much so that, according to the S&P's 2020 research, 90% of the assets of the world's top 500 companies consist of intangible rights.

* Editoryal, Geliş Tarihi: 19.11.2021/ Kabul Tarihi: 30.11.2021).

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, suluk@suluk.com.tr, ORCID ID: 0000-0002-8952-9247.

Bilişim hukuku bir tarafa bırakılırsa, bilgi sermayesini koruyan hukuk kuralları, daha ziyade ekonomik bir yaklaşımla *Fikri Mülkiyet Hukuku* çatısı altında toplandı. *Katma değerli ekonominin* hukuki alt yapısını oluşturan **Fikri Mülkiyet Hukuku** ayrı bir hukuk disiplini haline geldi. Ekonomik hayatımızda daha yaygın uygulanan telif, marka, patent, faydalı model ve tasarım gibi kavramlar profesyonelleri aşarak sokakta konuşulur hale geldi.

- II -

Bilgi teknolojilerindeki gelişmeler **interneti bilginin ana dağıtım mecrası** haline getirdi. Bu durum özellikle müzik, sinema, güzel sanat ve kitap gibi **telifle konu fikri ürünleri** etkiledi. Yaşanan süreç hukukçulara ve hatta yasa koyuculara çok fazla iş çıkardı. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) de harekete geçti ve 1996 yılında "ikiz internet anlaşmaları" olarak bilinen WCT ve WPPT anlaşmalarının yürürlüğünü sağladı. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) 1998 yılında Digital Millenium Act ile telif haklarını yeni duruma uyarlardı. Pek çok ülke de bu yolu izledi. Dünyanın belki de en büyük bürokratik yapısı olan Avrupa Birliğinin (AB) bu süreçte yoğun çaba harcaması gerekti ve sadece telif haklarıyla ilgili dahi pek çok metni yürürlüğe koydu. *Bilgisayar Yönergesi* (1991), *Veri Tabanı Yönergesi* (1996) ve *Bilgi Toplumu Yönergesi* (2001) bunlardan sadece birkaçıdır. Bilgi teknolojilerindeki hızlı değişime bağlı olarak ihtiyaçların zorlamasıyla AB zaman zaman bu metinlerde güncellemeler de yaptı.

Yarıştta geri kaldığını fark eden AB kendi içinde **Dijital Tek Pazar** oluşturma çabasına girdi. AB bu çerçevede 2000 yılında *Lizbon Stratejisi* ve 2015 yılında *Dijital Tek Pazar Strateji Belgesi*'ni kabul etti. Bir süre sonra da *2020 Avrupa Stratejisi*'ni benimsedi. Yine AB Komisyonu 2020'de *Dijital Hizmetler Kanunu (DSA)* ve *Dijital Pazarlar Kanunu (DMA)* paketlerini hazırladı.

Dijital Tek Pazar Stratejisinin bir parçası olarak AB Komisyonu, AB'de telif haklarını modernize edebilmek için 2016 yılında bir paket hazırladı ve

*Leaving the IT law aside, the legal rules protecting the information capital have been gathered under the umbrella of **Intellectual Property Law** with a rather economic approach. Intellectual Property Law, which constitutes the legal infrastructure of the value-added economy, has become a separate legal discipline. Concepts such as copyright, trademark, patent, utility model and design, which are more widely applied in our economic life, have become spoken on the street by surpassing professionals.*

-II-

*Developments in information technologies have made **the internet the main distribution channel of information**. This situation especially has affected **intellectual products** such as music, cinema, fine art, and books. The process has produced a lot of work for lawyers and even legislators. The World Intellectual Property Organization (WIPO) also took action and enforced the WCT and WPPT agreements, known as the "twin internet agreements", in 1996. The United States of America (USA) adapted their copyrights to the new situation with the Digital Millennium Act in 1998. Many countries followed this path. The European Union (EU), which is perhaps the largest bureaucratic structure in the world, had to make great efforts in this process and put many texts into effect, even just about copyrights. The Computer Directive (1991), the Database Directive (1996) and the Information Society Directive (2001), are just a few of them. Due to the pressure of needs based on the rapid changes in information technologies, the EU made updates to these texts from time to time.*

*Realising that it lagged behind in the race, the EU entered into an effort to create a **Digital Single Market** within itself. Within this framework, the EU adopted the Lisbon Strategy in 2000 and the Digital Single Market Strategy Document in 2015. After a while, it adopted the 2020 European Strategy. Again, the EU Commission prepared the Digital Services Law (DSA) and Digital Markets Law (DMA) packages in 2020.*

bunu kamuoyuyla paylaştı. Paketin içindeki *Dijital Tek Pazarda Telif Hakları (DSM) Yönergesi* (2019/790/EU sayılı DSM Directive) 7.6.2019 tarihinde yürürlüğe girdi. Yönergede şu konular düzenlendi:

- Metin ve veri madenciliği (m. 3-4)
- Eğitim amacıyla eserlerin çevrimiçi kullanılması (m. 5)
- Kültürel mirasın korunması (m. 6)
- Ticaret dışı kalmış eserler (m. 8-11)
- Genişletilmiş lisanslama (m. 12)
- İştisel-görsel eserlerin isteğe bağlı platformlarda bulundurulması ve bunlara erişim (m. 13)
- Süresi dolan görsel sanat eserlerinin çoğaltılması (m. 14)
- Basın yayıncılarına tanınan bağlantılı hak statüsü (m. 15)
- Yayıncılara (*publishers*) tanınan uygun bedel hakkı (m. 16)
- Online platformlara getirilen filtreleme yükümlülüğü (m. 17)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçılara tanınan uygun bedel hakları (m. 18)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçıları aydınlatma yükümlülüğü (m. 19)
- Sözleşme bedelinin orantısız bir şekilde düşük kalması durumunda eser sahipleri ile icracı sanatçılara uygun bedel ödeme yükümlülüğü (m. 20)
- Eser sahipleri ile icracı sanatçılara ödenecek uygun bedel ve aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm prosedürü (m. 21)
- Cayma hakkı (m. 22)

As part of its Digital Single Market Strategy, the EU Commission prepared a package to modernise copyrights in the EU in 2016 and shared it with the public. The Digital Single Market Copyright (DSM) Directive (DSM Directive numbered 2019/790/EU) included in the package entered into force on 7.6.2019. The following topics are regulated in the directive:

- *Text- and data- mining (art. 3-4)*
- *Use of works and other subject matter in digital teaching activities (art. 5)*
- *Preservation of cultural heritage (art. 6)*
- *Out-of-commerce works (art. 8-11)*
- *Collective licensing with an extended effect (art. 12)*
- *Access to and availability of audio-visual works on video-on-demand platforms (art. 13)*
- *Works of visual art in the public domain (art. 14)*
- *Protection of press publications concerning online uses (art. 15)*
- *Claims to fair compensation (art. 16)*
- *Use of protected content by online content-sharing service providers (art. 17)*
- *Principle of appropriate and proportionate remuneration (art.18)*
- *Transparency requirement for the benefit of authors and performers (art. 19)*
- *Contract adjustment mechanism for authors and performers in case of disproportionate payment (art. 20)*
- *Alternative dispute resolution procedure for authors and performers for disagreements deriving from proportionate payment and transparency obligations (art. 21)*
- *Right of revocation (art. 22)*

DSM Yönergesiyle AB kökenli telif sahiplerinin pozisyonu güçlendirilerek ABD kökenli büyük teknoloji şirketlerinden, özellikle de GAFA kısaltmasıyla bilinen dört büyüklerden (Google, Apple, Facebook ve Amazon) daha fazla lisans geliri temin etmeye dönük düzenlemeler yapıldı. Bu düzenlemeler arasında basın yayıncılarına tanınan *bağlantılı haklar* (m. 15) ile *bilgi toplumu sağlayıcılarının filtreleme yükümlülüğü* (m. 17) en dikkat çekici olanlardır.

- III -

AB'deki bu düzenlemeler ne anlama geliyor ve ülkemizi nasıl etkileyecek?

AB'deki düzenlemelerin anlamı şudur: **AB telif tabanlı ekonomisini dijital çağa uydurarak kendi içinde Dijital Tek Pazarı kurmaya çalışıyor.** Bunun için DSM Yönergesiyle üç şey hedefleniyor: i) Sınır ötesi düzeyde çevrimiçi olarak içeriğe *daha fazla erişim*, ii) araştırma, kültürel miras ve eğitim amacıyla telif unsurlarının *daha fazla kullanımı* ve iii) telif pazarının *daha iyi işleme*si. Bunu bir örnekle izah edelim: 2000 tarihli *Elektronik Ticaret Yönergesinde* (m. 14) "uyar-kaldır prosedürü" kabul edilmişti. Ülkemizde halen geçerli olan bu prosedür gereği pasif ya da tarafsız kalan bilgi toplumu hizmet sağlayıcısı, aktif rolü olmadığı sürece üçüncü kişilerin eyleminden sorumlu tutulmadı. Başka bir deyişle bu oyunculara *güvenli liman (safe harbour)* oluşturuldu. 2019 tarihli DSM Yönergesi (m. 17) ile "uyar-kaldır prosedürü" yerine bu sağlayıcılara "filtreleme yükümlülüğü" getirildi. Bununla da yetinmeyen AB, anılan oyuncuların sorumluluğunu daha da pekiştiren DSA ve DMA paketlerini 2020 yılında kamuoyu ile paylaştı.

- IV -

Bu düzenlemelerin ülkemizi nasıl etkileyeceğini kestirmek ise kolay değil. Bilindiği üzere Cumhurbaşkanlığı bünyesinde Dijital Dönüşüm Ofisi kuruldu. Bu ofisin önemli hedeflerinden birisi "*Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi: 2021-2025*"dir. Bu stratejik hedefe ulaşması için Türkiye, öncelikle *dijital dönüşümü* gerçekleştirmeli. Şöyle ki Yapay Zekâ Çağına

By strengthening the position of EU-origin copyright holders with the DSM Directive, new arrangements have been made to obtain more license income from big US-based technology companies, particularly the big four (Google, Apple, Facebook, and Amazon), also known as GAFA. Among these regulations, the related rights granted to press publications (art. 15) and the filtering obligation of content-sharing service providers (art. 17) are the most striking ones.

- III -

What do all these regulations in the EU mean and how will they affect our country?

These regulations of the EU mean that: the EU has been aiming at founding the Digital Single Market within itself by adjusting its copyright-based economy into digital age. In order to do that, the DSM Directive aims these three things: i) more Access to the content by being online cross-border, ii) more use of copyright elements for research, cultural and educational purposes, iii) better functionality of copyright market. We may explain that with an example: In the Directive on Electronic Commerce of 2000 (Art. 14), the notice-and-action procedure has been regulated. Thanks to this procedure, which is still the case in Turkey, information society service provider was not held liable for third party's actions as long as it was not taking any active role and remained as passive or partial. In other words, the safe harbour was created for those types of players. After going into force, the DSM Directive (Art. 17) has regulated filtering liability for these providers instead of the notice-and-action procedure. Not satisfied with that, the EU presented the public its DSA and DMA packages to strengthen the liability of these providers in 2020.

-IV-

It is not easy to predict how these regulations will affect our country. As known, Digital Transformation Office has been founded within the Presidency. One of the most important aims of this Office is "National Artificial Intelligence Strategy: 2021-2025". In

giden yolda **bilişim tüneli** bulunuyor. Bilişim tüneline geçebilmenin ön şartı **dijital dönüşüm**dür. Dijital dönüşümün önündeki en büyük hukuki engel ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunudur (FSEK).

1907 tarihli Alman Telif Kanunundan mülhem olan FSEK, 1940'lı yıllarda Prof. Dr. Ernst Hirsch tarafından hazırlanmış, 1951'de TBMM'de kabul edilerek 1.1.1952'de yürürlüğe girmiştir. Yaklaşık yüz yirmi yıl önceki anlayışla kaleme alınan FSEK'te yasa koyucu özellikle 1995, 2001 ve 2004 tarihlerinde önemli değişiklikler yaptı. Bölük pörçük yapılan bu değişikliklerin bazıları dijital gelişmelere uyum sağlamayı amaçlıyordu. Son yirmi beş yıllık tecrübeyle bu değişikliklerin istenen sonuçları vermediğini söyleyebiliriz. Örneğin, en çok değişikliğe tabi tutulan *topluluk hak takibi sistemi*, basitçe söylemek gerekirse "çalışmamaktadır".

Yaşanan sorunlara çözüm üretebilmek için 2015 yılında Telif Hakları Genel Müdürlüğü bünyesinde FSEK değişikliğine ilişkin bir hazırlık komisyonu kuruldu ve bu komisyon, üç yıllık bir çalışma sonucunda FSEK'in yaklaşık yarısında değişiklik öneren bir metin hazırladı. Anılan metin 3.5.2018 tarihinde TBMM'ye sevk edilerek Kanun Tasarısı haline geldi. Tasarının yolculuğu kısa sürdü ve kanunlaşmadı. Bu Kanun Tasarısı dijital telif haklarına ilişkin sorunlara kısmi çözümler getiriyordu.

Tekrar pahasına vurgulayalım ki FSEK'teki düzenlemeler nedeniyle ülkemizde dijital dönüşümü gerçekleştirmek pratikte mümkün değil. Çünkü pozitif hukukumuzda dijital dönüşüme konu edilecek fikri ürünlerin (eserlerin) sahiplerinden veya mirasçılarından tek tek yazılı izin alınmalı, yani "telif temizliği" yapılmalıdır. Bu yapılmadığı takdirde, örneğin herhangi bir kitap veya benzeri bir materyalin bir üniversite ya da araştırma merkezi tarafından dijital aktarılması "çoğaltma hakkı"nı, dijital aktarılan içeriğin internete konulması da "umuma iletim hakkı"nı ihlal eder. Bu tür bir ihlal eylemi ise men, ref ve

*order to reach this aim, Turkey needs to realise its digital transformation. Namely, there is an **informatics tunnel** on the way to Artificial Intelligence Age. Prerequisite for passing through this tunnel, is digital transformation. The biggest legal obstacle to digital transformation is Law on Intellectual and Artistic Works numbered 5846 (FSEK).*

Inspired by the German Copyright Law of 1907, the FSEK was prepared by Prof. Dr. Ernst Hirsch in the 1940s, accepted by the Turkish Grand National Assembly in 1951 and entered into force on 01.01.1952. In the FSEK, which was written with the understanding of one hundred and twenty years ago, the legislator made important amendments especially in 1995, 2001 and 2004. Some of these piecemeal amendments were aimed at adapting to digital developments. With the experience of the last twenty-five years, we can say that these changes did not produce the desired results. For example, the collective rights enforcement system, the most amended matter, simply "does not work".

In order to find solutions to the problems experienced, a drafting commission was established in 2015 within the General Directorate of Copyrights regarding the FSEK amendment, and as a result of three years of work, this commission prepared a text that envisages amendments in approximately half of the FSEK. This text was submitted to the Grand National Assembly of Turkey on 03.05.2018 and became a Draft Law. The Draft's journey was short-lived and it did not come into force. This Draft provided partial solutions to problems related to digital copyrights.

Let's emphasize again at our expense that it is practically not possible to realize digital transformation in our country due to the regulations in FSEK. Because in our positive law, written permission must be obtained one by one from the owners or heirs of the intellectual products (works) that will be the subject of digital transformation, that is, "copyright clearance" must be done. If this is not done, for example, the digitalisation of any book or similar material by a

tazminat gibi hukuki yaptırımlar (FSEK 66 vd.) bir tarafta, bir ila beş yıl hapis cezasını (FSEK 71) gerektirir.

Diğer yandan telif konuları müzik, video, kitap, makale, resim, karikatür, fotoğraf ve benzeri eser veya bağlantılı hak konularının internete konulması veya dijitalde paylaşılması da aynı şekilde yazılı izni, yani "telif temizliği"ni gerektirir. Sözelimi ülkemizde Zoom ve Teams gibi programlar üzerinden gerçekleştirilen *uzaktan eğitimlerde* eserlerin temsili telif ihlalidir. Çünkü temsil hakkı bakımından FSEK'te yüz yüze eğitim-öğretim istisnası vardır ve fakat uzaktan eğitim-öğretim istisnası yoktur (m. 33). Yine FSEK'teki düzenlemeler veri madenciliğine de engeldir. Bu örnekler çoğaltılabilir.

Uygulamada işler nasıl yürütülüyor? Hukuk ihlal edilerek ve bu durum görmezden gelinerek. Ancak bu körebe oyunu sürdürülebilir değil.

Ne yapılmalı?

AB'deki düzenleme ve gelişmeler de takip edilerek başta FSEK olmak üzere, *ülkemizdeki dijital hukuki alt yapı* esnek ve yeni teknolojilere uyum sağlayacak şekilde *yenilenmelidir*. Zira ***bilişim tüneline*** geçtiğimiz, hatta ***yapay zekânın*** ayak seslerini duymaya başladığımız bugünlerde tren kalkmak üzere!

university or research centre violates the "right of reproduction", and the placing the digitalised content on the Internet violates the "right of transmission to the public". Such an act of violation requires one to five years' imprisonment (FSEK 71), aside from legal sanctions such as prevention of infringement, prohibition of infringement and compensation (FSEK 66 et al).

On the other hand, uploading the copyrighted music, videos, books, articles, pictures, cartoons, photographs and similar works or related rights on the Internet or sharing them digitally also requires written permission, that is, "copyright clearance". For example, the representation of works in distance education conducted through programs such as Zoom and Teams in our country is copyright infringement. Because in terms of the right of representation, there is face-to-face education-training exception in the FSEK, but there is no distance education-training exception (Art. 33). Again, the regulations in the FSEK are an obstacle to data mining. These examples can be multiplied.

How do things work in practice? By violating law and ignoring it. But this blind game is not sustainable.

What should be done?

*By following the regulations and developments in the EU, the digital legal infrastructure in our country, especially the FSEK, should be renewed in a way that is flexible and adaptable to new technologies. Because the train is about to leave these days when we are passing through the **IT tunnel** and even starting to hear the footsteps of artificial intelligence!*

Makaleler

Articles

ELEKTRONİK ÇEK'E İLİŞKİN KANUN ÇALIŞMALARINA YÖNELİK TÜRK TİCARET KANUNU (645, 756, 780, 1526) İLE İCRA İFLAS KANUNU'NUN (167) İLGİLİ MADDE HÜKÜMLERİ AÇISINDAN GÜNCEL BİR BAKIŞ*

CURRENT VIEW REGARDING CODE STUDIES ON ELECTRONIC CHECK FROM THE PERSPECTIVE OF RELEVANT PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE (1526, 780, 756, 645) AND THE EXECUTION AND BANKRUPTCY CODE (167)**

Dr. Öğr. Üyesi NAZIM AKSOY***

ÖZ

Bilindiği üzere ticari ilişkilerin çağdaş ve güncel bir hukuki zeminde kalabilmesi için teknolojik gelişmelerin takibi önem arz etmektedir. Günümüzde ticari ilişkilerin kredilendirme, tahsilat, vergi işlemleri gibi birçok finansal işlemler uzun zamandır bankacılık aracılığı ile dijital platformlarda gerçekleştirilmektedir. Çekle yapılan ödemelerin de rekabet edilebilirliğinin artırılması ve bu alandaki teknolojik alt yapının daha sağlam yasal zemine kavuşturulması konusunda kanun koyucu "e-çek" ile ilgili düzenleme hazırlığına girmiştir. Konuyla ilgili ilk çalışmaların Ticaret Bakanlığının gözetiminde Türkiye Bankalar Birliği nezdinde uzun zamandan beri yapıldığı bilinmekle birlikte, yakın zamanda yürürlüğe girmesi planlanan söz konusu düzenleme günümüzde "Elektronik Çek ve Bono Kanunu" başlıkla henüz taslak halindedir. Adı geçen taslağın kanunlaşması ile, elektronik çeklerin çağdaş bir dijital zemine kavuşturulması ve aynı zamanda uygulamadaki sorunların çözümüne katkı sağlanması hedeflenmektedir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemenin sağlıklı bir şekilde uygulanması ve yeknesak hükümler içermesi bakımından TTK ve İİK'nun ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: E-Çek, E- İmza, Dijitalleşme, Ciro, Kıymetli Evrak.

ABSTRACT

As it is known, it is important to follow technological developments in order to keep commercial relations on a contemporary and up-to-date legal basis. Today, many financial transactions such as crediting, collection, tax transactions of commercial relations have been carried out on digital platforms through banking for a long time. In order to increase the competitiveness of payments made by check and to provide a more solid legal basis for the technological infrastructure in this field, the legislator has made preparations for the "e-check". Although it is known that the first studies on the subject have been carried out by the Banks Association of Turkey under the supervision of the Ministry of Trade for a long time, the said regulation, which is planned to come into force in the near future, is still in draft form as the "Electronic Checks and Bills Law". With the enactment of the aforementioned draft, it is aimed to bring electronic checks to a modern digital basis and also to contribute to the solution of the problems in practice. In this context, the relevant provisions of the TCC and EBC should be reviewed in order to ensure that the said regulation is implemented in a healthy way and contains uniform provisions.

Keywords: E-Check, E-Signature, Digitalization, Endorsement, Negotiable Instruments.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi:25.11.2021/ Kabul Tarihi: 06.12.2021).

** Bu makale Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen "IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda sözlü tebliğ olarak sunulmuştur.

*** Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (naksoy@mehmetakif.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1835-7476)

Atf/ *Citation:* **Aksoy**, Nazım (2021), "Elektronik Çek'e İlişkin Kanun Çalışmalarına Yönelik Türk Ticaret Kanunu (645, 756, 780, 1526) İle İcra İflas Kanunu'nun (167) İlgili Madde Hükümleri Açıklarından Güncel Bir Bakış", TFM, C: 7, S: 2, s. 179-190.

I. GİRİŞ

Çeklerin para gibi tedavül edilebilme özelliği ve ödemeler döngüsüne katkıda bulunarak el değiştirilmesindeki kolaylığı sebepleriyle ticari hayatta önemli bir yeri olduğu bilinmektedir. Günümüz ticari ilişkilerin dijital ortama aksettirilmesi ile birlikte teknolojik alt yapının yasal olarak karşılığının bulunması konusunda “e-çek” ile ilgili kanun taslağı mevcuttur. Bu taslak ile e-çeklerin genel anlamda, ekonomik ve hukuki sisteme kolayca dâhil edilebilmesi; özel olarak ise, internet bankacılığı üzerinden çeklerin düzenlenebilmesi, ciro silsilesinin kayıt altına alınması yöntemiyle sorunsuz izlenebilmesi, sahte çek durumunun ortadan kaldırılması, karşılıksız çeklerin engellenmesi, çek maliyetlerinin düşürülmesi gibi avantajları beraberinde getirmesi hedeflenmektedir. Çalışma ile de görüldüğü üzere, söz konusu taslağın kanunlaşmasıyla çeklerle yapılan ödemelerde birçok sorunun önüne geçilmesi öncelikli hedefleri oluşturmakla birlikte, çeşitli kayıtların yanı sıra erişim konusunda oluşabilecek muhtemel zorluklar ve güncellemeye muhtaç kanun hükümleri sistemi engelleyerek, çeklerin tedavülünde durumu daha karmaşık hale getirebilecektir. Bu bağlamda söz konusu kanunun yapımında e-çekte ulaşılabilirlik açısından kamu menfaati ile ticari teamüllerce benimsenmiş prensipler arasında mümkün olduğunca ince bir çizginin kanun koyucu tarafından dengeli bir şekilde gözetilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte, söz konusu taslağın kanunlaşması ile çekle yapılan ödemelerin sistematik bir şekilde tamamen dijitalleşmesi düşünüldüğünde, diğer mevzuat hükümlerinin tamamında bu yönde alt yapı çalışmalarının bitirilmesi elzemdir. Ülkemizdeki mevcut yasal alt yapının, çeklerin fiziken

ibraz edilmeksizin Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik¹ kapsamında bankalar arasında takas yapılmasının uygun hale getirilmesiyle birlikte, e-çekler konusunda bu işlemlerin ayrıntılarının ve diğer ilgili kanuni istisnalar konusunda gereken düzenlemelerin yapılması gerekir. Ayrıca, ikincil yasal düzenlemelerle yapılan mevzuat değişikliklerinden kaynaklı görüş farklılıklarına yol verilmeden, doğrudan TTK, İİK gibi esas kanunlarda gereken güncellemeler yapılmalıdır.

Varakasız kıymetli evraktan bildiğimiz üzere, sermaye piyasası hukukunda kaydi sistemin kabul edilmesi ile kıymetli evrakta hakkın senede bağlanması esasının istisnası olarak kıymetli evrak niteliğindeki sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmadan ihracı ve tedavülü (dolaşımı) mümkün hale getirilmiştir. Bunun gibi e-çeklerin tedavülünde usul ve esasların şüpheye ve yoruma açık olmayacak tarzda net bir şekilde düzenlenmesi gerekecektir. Bu bağlamda, çeklerin ana fonksiyonu olan ödeme amacının kuvvetlendirilmesi de göz önünde bulundurularak, e-çek transfer sisteminde e-çek defteri ve e-çek hesabının güvenli elektronik imza gibi araçlarla imzalanmasının usulü ve güvenliği konusunda tüm ilgili mevzuat hükümlerinin bir bütün olarak güncellenmesi gerekir. Özellikle, esas düzenlemelerden olan Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) ilgili hükümlerinin güncellenmesi gerekir. Çalışma ile söz konusu hükümlere değinilerek yapılması gereken güncellemeler belirtilmiştir.

¹ 09.06.2018 tarih ve 30446 sayılı Resmi Gazete.

II. ELEKTRONİK ÇEKİN ÖNEMİ

İnternetin yaygın olarak kullanılması son yıllarda kendini iyice aksettirmekle birlikte, özellikle de, son iki yılda Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) pandemi ilanı ile birlikte neredeyse tüm alanlarda sanal ortama geçildiğini söylemek mümkündür. Zira dijital ya da sanal ortamlarda sürdürülen uzaktan eğitim, e-devlet üzerinden yapılan işlemler, sanal mağazacılık, elektronik ticaret, elektronik ödemeler vs. günlük hayatımızı yakından etkilemektedir. Keza kamu kurumlarının ve özel sektörün yürüttüğü uzaktan çalışma, online toplantılar vs. farklı bir yaklaşımla yeni dünya düzeninin kurulduğunu gözler önüne sermektedir. Bu gelişmelere paralel bir şekilde devlet otoriteleri tarafından hijyen kuralları gereği fiziksel temasın azaltılmasına yönelik alınan tedbirler kapsamında artık birçok işlemlerin dijital ortamda yapılması teşvik edilmektedir. Bankacılık işlemlerinde önemli yeri olan çekle ödemelerin çevresel faktörlerdeki benzer uygulamalarda görüldüğü gibi, artık kâğıt ortamından ziyade dijital ortamlara aktarılması çağın gereklerine uygun bir adım olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla ülke kanun koyucularının hayatın olağan akışına uygun olarak fiziksel temasın azaltılması, çevre faktörlerin gözetilmesi, internet çağının gerekleri gibi etkenleri dikkate alarak ticari hayatın dinamiklerini bu yönde güncellemesi gerekecektir.

Ticari hayatın uygulamasında kâğıt çeklerin çalınması, kaybolması, tahrif edilmesi, sahte çek oluşturulması gibi birçok sorunla karşılaşılacaktır. Buna benzer risklerin ortadan kaldırılması adına elektronik çekin ticari hayata bir an önce girmesi ile çeke duyulan güven artacaktır. Özellikle çeklerde, çek defteri çek hesabı sahibine teslim

edildikten sonra çek hamilinin ödeme, tahsil ya da teminat verme amacıyla banka şubelerine gelmedikçe, çek keşidecisinin kaç adet çeki keşide ettiği bilinmemektedir. Bu durum çek kayıtlarının tutulmasını zorlaştırmaktadır.

Bununla birlikte, önemli diğer bir sorun da çek hesabı sahibinin yargı kararı gereği çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı olmalarıyla ilgilidir. Şöyle ki, mahkeme kararı ile çek keşide etme yasağı olan kişilerin elindeki boş çek yapraklarını ilgili bankaya geri vermeleri gerekirken, bu kişilerin ellerindeki çekleri geri vermelerini zorlayacak bir mekanizma yoktur. Uygulamada da sık sık karşılaşıldığı üzere, çek yasaklılarının ellerindeki çek yapraklarını keşide ederek hiçbir yasağı yokmuş gibi fiilen çek düzenlemeye devam etmeleri mümkündür. Bunun sonucunda ise çeke duyulan güven, takip işlemleri bakımından zorluklar ve genel anlamda kayıplara yol açıldığı doktrinde vurgulanmıştır². Dolayısıyla elektronik çek sistemi ile, çeklerin düzenleme aşamasından itibaren, nakde veya krediye dönüştürülmesi aşamasındaki tüm prosedürlerin takibinin kayıtlı ve sistematik olması sağlanacağından kayıt dışılığın önüne geçilerek ödemelerin daha hızlı olacağı düşünülmektedir. Zira elektronik çek düzenlenmesi ile, çeklerin ciro edilmesi vb. bütün işlemlerin mutlaka bir banka üzerinden yapılması zorunlu tutulacaktır. Bunun gibi, çeklerin fiziksel ortamda değil de, dijital ortamda keşide edilmesinin, maliyet ve zaman bakımında da tasarruf sağlanabileceğini söyleyebiliriz.

Elektronik çek, ABD, Kanada, Hong Kong, Hindistan, Avustralya gibi bazı ülkelerde³ görülmele birlikte, ülkemizde de finans sektörlerinin tarafından mevzuat çalışmalarına yönelik görüşmeler

² **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal** (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 389 ve 396.

³ **Baytemür, Deniz** (2020) 'Elektronik Kambiyo Senetleri' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 73-80.

5-6 yıldır yapılmaktadır. Türk hukukunda konuyla ilgili ilk taslak 2018 yılı itibarıyla “*Elektronik Çek ve Bono Kanunu*” olarak ortaya çıkmış ve taslağının gerekçesinde yukarıda sıralanan ve çeklerin fiziki ortamdaki basılmasından kaynaklı olumsuzlukların bertaraf edilmesi, bunun gibi, operasyonel risklerin ortadan kaldırılması, kayıt dışılığın önüne geçilmesi gibi hedeflerin ön planda tutulduğu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, çeklerin artık fiziki ortamdaki koçanlar halinde değil de, bireysel olarak tek tek düzenleneceğinden henüz keşide edilmemiş ya da tedavüle girmemiş çeklerin banka nezdinde zorunlu bir karşılık bulundurulması gerekmeyeceğinden, ekonomiye dolaylı bir katkı olarak değerlendirilebilecektir⁴.

Elektronik çekin öneminden bahsederken son olarak belirtmek gerekir ki, bankalar günümüzde çek yapraklarının basımı konusunda yurt dışından temin ettikleri kâğıtlara yüksek bedeller ödemekte ve toplu şekilde önceden bastırılan çek koçanlarını stoklarında saklanmaktadır. Bunun yanı sıra, bankalar tarafından tahsil ya da teminat amacıyla fiziki ortamda aldıkları kâğıt çeklerin ticari ağındaki birimlere (şubeler, merkez vs.) taşınmakta ve saklanmaktadır. Dolayısıyla bu durumlar bankalara ek maliyetler yüklemektedir. Uygulamada görüldüğü üzere, bankaların müşterilere yükledikleri söz konusu maliyetleri ortadan kaldıracığı düşünülerek, elektronik çeklerin bu tali bir faydası olarak da nitelendirilebilecektir. Tabii ki taslağın kanunlaşması döneminde reel olarak nasıl bir yol izleneceği henüz bilinmemektedir.

Bununla birlikte, e-çeklerde çeşitli kayıtların yanı sıra diğer bilgilere erişim konusunda oluşabilecek zorluklar ve güncellemeye muhtaç kanun hükümleri sistemi engelleyerek, çeklerin tedavülünde durumu daha karmaşık hale getirebilecektir. Bu bağlamda söz konusu kanunun yapımında e-çekte ulaşılabilirlik açısından kamu menfaati ile ticari temüllerce benimsenmiş prensipler arasında mümkün olduğunca ince bir çizginin kanun koyucu tarafından dengeli bir şekilde gözetilmesi gerekecektir. Bunun gibi, söz konusu kanun yapımında sistemin tamamen dijitalleşmesi düşünüldüğünde diğer mevzuat hükümlerinin tamamında bu yönde alt yapı çalışmalarının bitirilmesi elzemdir. Ülkemizdeki mevcut yasal alt yapının, çeklerin fiziken ibraz edilmeksizin Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik kapsamında bankalar arasında takas yapılmasının uygun hale getirdiği doktrinde belirtilmişse de⁵, e-çekler konusunda bu işlemlerin ayrıntılarının ve diğer ilgili kanuni istisnalar konusunda gereken düzenlemelerin de yapılması gerekir. Nitekim, ikincil yasal düzenlemelerle yapılan mevzuat değişikliklerinden kaynaklı görüş farklılıklarına yol verilmeden, doğrudan TTK, İİK gibi esas kanunlarda gereken güncellemelerin yapılmasının daha fonksiyonel bir yol olacağı kanaatindeyiz.

III. TÜRK TİCARET KANUNU (645, 756, 780, 1526) AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Bilindiği üzere, ticari ilişkilerde esas olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri dikkate alınmakla birlikte, çeklerle ilgili hükümler,

⁴ Konuyla ilgili geniş bilgiler için bkz. **Çotuksöken**, Emre (2020) ‘Dijitalleşme, Elektronik Çek ve Blockchain İlişkisi’, Finans Hukuku Gündemi Dergisi, S: 4, s. 2 <https://www.kanunum.com/dergiler/finans-hukuku-gundemi-dergisi>, s.e.t. 02.10.2021

⁵ Günümüzde kullanılıyor olmasıyla 02.07.2018 tarihli Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümleri gereği

fiziki çeklerle birlikte, e-çek sistem altyapısının ilk ve en önemli kısmını Takasbank nezdinde yürütülmekte olan takas sistemi oluşturmaktadır. Konuyla ilgili bkz. **Teveoğlu**, Mete (2021) ‘Elektronik Çek ve Bono Kanunu Teklifi ile Yapılması Planlanan Düzenlemelere Dair Düşünceler’ Bilişim Hukuku Dergisi, S:1, C:3, s. 53. dn. 53. (31-75).

yine söz konusu kanunun yanı sıra 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) ile de düzenlenmiştir. Elektronik Çek ve Bono Kanunu'nun (EÇBK) yürürlüğe girmesi ile birlikte özel ve yeni tarihli olması sebebiyle bu kanunun hükümleri yukarıda zikredilen kanunlarla çatıştığı durumlarda EÇBK hükümleri uygulanacaktır. Eksiklik olduğunda ise elektronik çekler hakkında, niteliğine uygun düştüğü oranda TTK ve ÇekK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla EÇBK'nın yasalaşması ile birlikte, çeklere yönelik üç kanuni düzenlemeden bahsedilebilecektir. Bu üç farklı düzenleme yerine kanun koyucunun esas kanun olan TTK'nın ilgili hükümlerinin günün koşulları gereği güncellemesi genel kanun-özel kanun, eski tarihli kanun- yeni tarihli kanun çatışmalarına ve farklı yorumlardan kaynaklı tereddütlere yol verilmemesi adına çeklere yönelik daha sade ve pratik bir düzenleme olarak nitelendireceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, çeklere ilişkin hükümler TTK'nın 780-823'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerden anlaşılacağı üzere, kanuni düzenlemede, her ne kadar çekler ödeme aracı olarak nitelendirilse de, uygulamada, çeklere vade konularak birer kredi aracına dönüşmesi ile çeklerin, fonksiyonel olarak ana amacının dışına çıktığı gözlemlenmektedir. Bu durumun da uygulamada birçok soruna zemin hazırladığı bilinmektedir. Bilindiği üzere TTK'nın m. 795 hükmüne göre çek görüldüğünde ödenir, buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış sayılmaktadır. Oysa ÇekK'nunda konuyla ilgili düzenlemede "*İleri düzenleme tarihli çekle...*" (m. 3/8) denilerek gerek ilk önce 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (Çek Kanun) ile daha sonra da 5941 sayılı ÇekK ile çeklerde vadeli

çeklerin mümkün olabileceği görülmektedir. Bu hükümlerle de denilebilir ki, konuyla alakalı TTK'nın ilgili hükmündeki husustan vazgeçilmiştir. Bu durumun sebebini ticari hayatın uygulamasının oluşturduğu, sonuç olarak çekler bakımından vade esasının kabul edildiği ve fiili durumun giderek benimsendiği görülmektedir⁶. Dolayısıyla mevzuat açısından bakıldığında aynı konuda yürürlükte bulunan iki kanunun (TTK ve ÇekK) arasında fiili uygulama sonucunda farklılıklar mevcuttur. Bu durumda da genel kanun özel kanun çatışması durumu söz konusu olmakta ve böyle bir durum Yargıtay tarafından 04.06.1958 tarihli ve 15/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda şu şekilde ifade edilmiştir: "*Umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindedir*"⁷. Aslında burada kanun koyucunun gerçek amacına bakılması gerekmektedir. Zira bazen bir konunun genel bir kanunla düzenleme ile birlikte belirli bir kısmının özelliklerinden ötürü ayrıca düzenlenmesi mümkündür. Böyle durumlarda kanun koyucu bir olayda genel kanun yerine o konuya münhasır özel kanunun uygulanmasını isteyebilir. Tabii ki bu gerekçe her zaman geçerli olamaya da bilir. Zira kanun koyucu bir konuda özel kanun çıkarmakla birlikte özel ve genel kanundan hak sahibinin durumunu iyileştirmek veya yeni imkânlar tanımak adına hak sahibine seçimlik hak vermiş olabilir. Keza genel hükümle birlikte özel hükmün genel hükme tamamlayıcı olması da hedeflenebilir. Bu doğrultuda denilebilir ki, özel hüküm genel hükmü bertaraf eder demek her hâlükârda isabetli

⁶ Mertol, Can (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 145

⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Çağa, Tahir (1991) 'Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder Mi?' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 3, C: 3, s. 371

olmayacaktır. Bu durumun tespiti için kanun koyucunun asıl iradesine bakmak gerekir⁸.

Bilindiği üzere, TTK'nın 780'inci maddesinde çeklerin unsurları sıralanırken: "(1) Çek;

a) Senet metninde "çek" kelimesini ve eğer senet Türkçe'den başka bir dille yazılmış ise o dilde "çek" karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,

b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödemesi için havaleyi,

c) Ödeyecek kişinin, "muhatabın" ticaret unvanını,

d) Ödeme yerini,

e) Düzenlenme tarihini ve yerini,

f) Düzenleyenin imzasını" içermektedir. Yine TTK'nın 756'ncı maddesinin atfı ile: "(1) Poliçe üzerindeki beyanların el ile imza edilmesi gerekir." hükmü yer almaktadır (TTK m. 756/1, m. 818/1 (r)). Bunun yanı sıra, TTK'nın 1526'ncı maddesinde: "Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz." hükmü ile elektronik imza ile söz konusu işlemlerin yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır (TTK m. 1526/1). Durum bu şekilde olmakla birlikte, tasarrufların EÇBK olarak mevcut haliyle yürürlüğe girmesi durumunda, benzer sorunların yine yaşanabileceği anlaşılabilecektir. Zira Tasarıda, elektronik çeklerde, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda (EİK) tanımlanan güvenli elektronik imzanın veya elektronik kimlik doğrulama yöntemlerinin kullanılabilmesi, diğer bir ifade ile, çeklerin en başta elektronik

imza ile imzalanamayacağına yönelik TTK'daki kuralın değişeceği belirtilmektedir. Burada hemen değinmek gerekir ki, EİK'nın 5'inci madde hükmünde güvenli elektronik imza ile yapılan işlemlerde, elle atılan imzanın hukuken tüm sonuçlarını doğuracağı hüküm altına alınmış, istisnai olarak ise kanunların resmî şekil ya da herhangi bir özel bir mersimle yapılması gereken işlemleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir (m. 5)⁹. Dolayısıyla EİK'daki söz konusu hükümle TTK'daki 818/(r) bendi atfıyla 1526 hükmünün paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, 1512 sayılı Noterler Kanunu'nda (NK) ise 02.12.2014 tarihinde yapılan değişiklik ile elektronik ortamdan fiziki olarak örnek çıkarılan belgelerin asılları ile aynı olduğu belirtilerek noterlikçe imzalanması ve mühürlenmesine imkân tanınmıştır (m. 198/A-3f). Durum bu şekilde olmakla birlikte, mevzuatın güncel durumuna göre e-çeklerin fiziki olarak çıktılarının alınarak noterler tarafından onaylanması ve bu şekilde tüm fiziki ortamdaki sonuçların yapılabileceği anlamı çıkarılsa da, yine çeklerin çalınması, kaybolması, ciro zincirindeki kayıtsızlık ve diğer tüm olumsuz durumların tekrar yaşanabileceğinden EÇBK'nın hedeflerinden çıkılacağı kanaatindeyiz.

Bunun gibi, yine TTK'nın "Kıymetli evrakın tanımı" başlıklı madde 645 ile "Senetten doğan borç" sonrasında 646'ncı maddesinde yer alan hükümlerle kıymetli evrakın içerdikleri hakkın, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği, başkalarına devredilemeyeceği ve senet borçlusunun, ancak senedin teslimi ile ödemenin gerçekleşeceği hüküm altına

⁸ Bu yönde bkz. **Çağa**, s. 368 vd.

⁹ Bu konuda da elektronik imza ile çeklerin yapılabilmesi konusunda istisnai bir hükmün EİK'ya eklenmesi gerektiği yönünde bkz. **Çotuksöken**, s. 6.

alınmıştır (TTK m. 645/1 ve 646/1)¹⁰. Oysa EÇBK'nın yürürlüğe girmesi ile fiziki ortamda herhangi bir senetten bahsedilemeyeceğinden, senet tesliminden söz edilmesi abesle iştigale sebep olacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun varakasız kıymetli evrak sürecinde kaydi sisteme geçişte yaşanan çözümsel yaklaşımın EÇBK bağlamında yapılması önerilebilir. Zira varakasız kıymetli evrakta kaydi sisteme hemen geçilmemiştir. Öncelikle Sermaye Piyasası Kurulu'nun 25.09.1997 tarihli kararı doğrultusunda sermaye piyasası araçlarının toplu saklanması açısından “müşteri ismine saklama” yöntemine geçilmiş, Mayıs 1999'dan itibaren bu sistemin uygulanmasına başlanılmıştır. Bunun yanı sıra, sermaye piyasası araçlarının aracı kurumlar nezdinde saklanmasından vazgeçilerek TAKAS-BANK'ın sermaye piyasası araçları açısından yetkilendirilen tek kuruluş haline gelmesi ile birlikte sermaye piyasası araçlarının kaydi değer olarak izlenmesine olanak verecek yasal sürece geçilmiştir. Bu süreç çerçevesinde Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22'nci maddesinin (n) bendi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) kaydi değerle ilgili düzenlemeler yapma yetkisi veren 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname değiştirilerek SPK'nın kaydi değerle ilgili düzenleme yapma yetkisi genişletilmiştir. Bununla birlikte sermaye piyasası araçlarının kaydi değer haline getirilmesinin yanında kaydi değer haline getirilen sermaye piyasası araçlarının kaydedileceği resmi sicil ile ilgili düzenleme yapma yetkisi de Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiştir. EBÇK'nın taslağında, konuyla ilgili sadece Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'nin Elektronik Çek ve Bono Sistemi'ni kurma ve işletme yükümlülüğünde olacağı belirtilmiştir. Bu Merkezi'n hangi usul ve yöntem ile sistemi işleteceği ancak kanunun yürürlüğe girdiği

dönemde anlaşılacaktır. Dolayısıyla bu hususla, elektronik çeklerde de benzer prosedürlerin işletileceği ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'nin tıpkı SPK gibi yetkilendirildiği söylenebilir¹¹.

Bu bağlamda kanun koyucu tarafından, aceleci davranmadan, ya söz konusu taslaktan tamamen vazgeçilerek üçüncü bir kanuni düzenlemeye gitmeden doğrudan TTK'ya ilgili hükümlerin eklenmesi, ya da en azından EBÇK'nın TTK ile uyumlu hale getirilmesini temin etmek amacı ile yukarıda sıralanan TTK'nın 645, 756, 780, 1526 gibi maddelerinin söz konusu düzenlemenin yürürlüğe gireceği tarihle paralel bir şekilde güncellemesi gerekecektir. Bununla birlikte, her iki ihtimalde de varakasız kıymetli evraktaki süreçleri, diğer bir ifade ile, elektronik çeklerde de benzer prosedürlerin işletilerek Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'nin tıpkı Sermaye Piyasası Kurulu gibi sistemi işletebilmesi konusunda ilgili düzenlemeleri gözden geçirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

IV. İCRA İFLAS KANUNU (167) AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Ticari hayatta ödeme aracı olarak kullanılan çekin tahsili TTK'dan ziyade İcra ve İflas hukukuna göre İİK hükümleri doğrultusunda yapılmaktadır. İİK'ya göre ise, bir çekin tahsili bakımından kambiyo senetlerine özgü takip yollarından haciz yoluyla takip (İİK m. 168-170b) ve iflas yoluyla takip (İİK m. 171 vd.) olmak üzere iki acıdan tahsili mümkündür. Bunun yanı sıra, bir çekin karşılıksız çıkması durumunda İİK'nın kambiyo senetlerine ilişkin ve kendine özgü takip yoluna ek olarak genel

¹⁰ Aynı yönde bkz. **Çotuksöken**, s. 5 vd.

¹¹ Varakasız evraktaki süreçlerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, Mücahit (2011) 'Sermaye Piyasası Araçlarının

Kaydileştirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, C:19, s. 238 vd.

haciz yolu ile de takip yapılabilir¹². Bu bağlamda örneğin rehin cirosu veya bir alacağa teminat olarak verilmiş olan çeklerin borcun yerine getirilmemesi durumunda, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibinin mümkün olduğunu belirtmekte yarar vardır¹³. İİK'nın 45'inci maddesine göre, bir alacak rehinle temin edilmişse, bu alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan dahi olsa, alacaklı ancak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Madde devamında rehlin tutarı söz konusu borcu ödemeğe yetmediği takdirde alacaklının kalan alacağı için haciz veya iflas yoluyla borçluyu takip edebilecektir (İİK m. 45/1). Bu maddeden anlaşıldığı kadarıyla, bir alacaklının alacağını rehinle teminatı durumunda sadece rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe gitme zorunda kalacağıdır. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından kambiyo senetlerine ilişkin takipte bu konuda bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki, İİK'nın m. 45/3' göre, kambiyo senetleri hakkındaki 167'nci madde hükmü saklı tutulmuş, kambiyo senedine dayanan alacaklı, alacağını rehinle temin etmiş olsa bile, önce rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurması gerekmeden, alacağına kavuşmak için, borçlusu aleyhine kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflas yolu ile takip yapabilecektir¹⁴. Usulüne uygun olarak bankaya ibraz edilen çek hesabında herhangi bir karşılık olmadığı veya kısmen karşılıksız bir çek söz konusu ise, alacaklı tarafından, kural olarak, çekin aslının icra müdürlüğüne ibrazı gerekirdi (İİK m. 167/2). Çekin aslının icra dairesine teslim edilmesinde güdülen amacın kambiyo senetlerinin icraya teslimi ile artık senedin tedavül yeteneğinin ortadan kaldırılarak

alacaklıların kötü niyetli davranışlarının önüne geçilmesidir¹⁵. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'ne (İİKY) göre kısmi ödemeli çeklerde çekin aslının banka bünyesinde kalması gerekeceğinden dolayı, banka, çekin ön ve arka yüzünün fotokopilerini onayladıktan sonra bu fotokopileri alacaklıya teslim eder (İİKY m. 21/c). Bununla da kanun koyucu tarafından, çekin aslının icra müdürlüğüne ibrazına istisna getirilerek, çekin bankaca onaylanmış fotokopisi ile takibinin mümkün olabileceği düzenlenmiştir (ÇekK m. 3/4)¹⁶. Dolayısıyla çek alacaklısı yetkili icra müdürlüğüne takip talebi ile birlikte takibe konulmak üzere söz konusu çekin banka tarafından karşılıksızdır anlamını içeren onaylanmış fotokopisini verir. Evrakın icra müdürlüğüne geçmesi ile resmi olarak takip başlamış olur. Bu arada takibin dijital ortamda başlatıldığı durumlarda alacaklının en geç üç gün içinde çek aslının takibin yapıldığı icra müdürlüğüne fiilen teslim edilmesi gerekir, aksi takdirde ödeme emri düzenlenmez (İİKY m. 21/ son). Bu takip talebi üzerine icra müdürlüğünün hazırladığı ve borçluya gönderdiği ödeme emri ile senet borçlusuna 10 gün içinde borcun ödenmesi ihtar edilir. Bununla birlikte, borçluya borcunun ödenmesi için gönderilen ödeme emrinin tebliğinden itibaren başlayan 5 günlük itiraz süresi de verilmiş olur. Borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 gün içinde çekteki imzanın kendisine ait olmadığını (İİK m. 168/4) veya borcun zamanaşımına uğradığı vs. defî ve itirazları ileri sürerek borçlu olmadığını (İİK m. 168/5) yetkili icra mahkemesine şikâyet edebilir¹⁷. Bu itirazlar hak düşürücü süreye tabi olduğundan süresi içinde

¹² **Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim** (2021) İcra ve İflâs Hukuku, (Takip Hukuku I - Takip Hukuku II), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 182.

¹³ **Helvacı, Mehmet** (2013) 'Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları', Journal of Istanbul University Law Faculty, S: 2, C: 71, s. 190.

¹⁴ **Helvacı, s. 168.**

¹⁵ **Atalı/ Ermenek, s. 183.**

¹⁶ Bu yönde bkz. **Atalı/ Ermenek, s. 184.**

¹⁷ Çeke dayanılarak yapılacak haciz yolu ile takipte çek hamilin (senet alacaklısının) yerleşim yeri icra dairesinin de yetkili olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Deliduman, Seyithan / Narbay Şafak** (2001) Kambiyo Senetlerinden Çeke

yapılması zorunludur. İtirazların süresi içinde yapılmaması durumunda ise borç kesinleşmiş olur ve artık haciz işlemine geçilir. Hemen belirtmekte gerekir ki, genel takip yolu ile hacizden farklı olarak (İİK m. 66/ İlk cümle) takip talebine özgü takip yolunda söz konusu itirazlar satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmazdır (İİK m. 169/ son cümle)¹⁸. Dolayısıyla kısaca açıklamaya çalıştığımız çeklerin takibinden anlaşılacağı üzere, kural olarak çek aslının veya istisnai olarak (kısmi ödemelerde) çekin bankaca onaylanmış fotokopisinin fiziki olarak teslimi kanunen aranan zorunluluktur¹⁹.

EBÇK'nın şu anki mevcut taslağında, elektronik çekin kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkması durumunda ÇekK'nın m. 3/5-6 fıkrası hükmü gereği banka ödemekle yükümlü olduğu tutarı ödeyecektir. Bununla birlikte ilgili banka tarafından, karşılıksız çıkan çekler sisteme iletilecek ve bu çeklerin yasal takibe konu olması ile sistem üzerinden bilgiler UYAP'a aktarılacaktır. Bunların yanı sıra, elektronik çekin haczinde sisteme buna ilişkin kaydın konulacağı ve çekin tahsili halinde meblağ tahsilatı alan bankanın ilgili icra müdürlüğüne aktarılacağı, tahsilatın yapılamadığı hallerde ise durumun icra müdürlüğüne bildirileceği de düzenlenmiştir. Dolayısıyla çeklerin asıllarının tesliminin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda net bir açıklama olmadığından tüm işlemlerin kaydi olarak UYAP üzerinden yapılacağı anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 167'nci maddesinde çek, poliçe ve bono gibi kambiyo senetlerinin takibinde alacaklı

özel usullere göre haciz veya iflas yoluyla borçlusunu takip edebilmektedir. Yine aynı maddenin devamında bu özel usulle yapılacak takipte kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecbur olduğu belirtilmiştir. EBÇK'daki kaydi sistem üzerinden işlemlerin yapılması durumunda ise bırakın çeklerin asıllarının, tasdikli örneğinin dahi tesliminin gerektirmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda söz konusu düzenleme İİK'nın m. 167/2 hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Zira maddede:

"Madde 167 – (Değişik: 18/2/1965-538/80 md.)

Alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senete müstenit olan alacaklı, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, bu bölümdeki hususi usullere göre haciz yolu ile veya borçlu iflasa tabi şahıslardan ise iflas yolu ile takipte bulunabilir.

Alacaklı, takip talebinde 58 inci maddedeki hususlardan başka iflasa tabi borçlusunu aleyhine haciz ve iflas yollarından hangisini istediğini bildirmeye ve takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecburdur." hükmü yer almaktadır.

Konuyla ilgili Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/1129 E., 2016/603 K. sayılı içtihadında: *"Alacaklının takip talebine çek aslını eklemesi yeterli olup, icra dairesinin çeki teslim almaması ödeme emrinin iptalini gerektirmez. Taraflar arasındaki "şikayet" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 16. İcra Hukuk Mahkemesince şikayetin kabulüne dair verilen 07.02.2013 tarihli 2013/151 Esas,*

Dayanarak Yapılan Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipte Yetkili İcra Daireleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C: 1, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 637 vd.

¹⁸ **Atalı/ Ermenek**, s. 186.

¹⁹ Hem Yargıtay ve hem de öğretilerde icra müdürünün, senet aslının, borca itiraz süresi bitene kadar icra dairesinde

muhafaza edilmesi gerektiği görüşü hakimdir. Bkz. Yargıtay 12. HD 21.10.1971 tarihli ve E. 1971/10096, K. 1971/10565 sayılı karar; Ayrıca bkz. **Kuru**, Baki (2006) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, Türmen Kitabevi, s. 653.

2013/142 Karar sayılı incelenmesi davalı-alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.09.2013 gün ve 2013/18715 E., 2013/28613 K. Sayılı ilamıyla; (...Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı borçlunun, takip dayanağı çek aslının icra kasasında olmadığını ileri sürerek ödeme emrinin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, çek aslının icra müdürlüğü kasasına alınmadığı gerekçesi ile şikayetin kabulü ile ödeme emrinin iptaline karar verildiği görülmüştür. İİK'nun 167/2. maddesi gereğince, alacaklı, takip talebine kambiyo senedinin aslını ve borçlu adedi kadar tasdikli örneğini eklemeye mecburdur. Somut olayda, alacaklının çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe başladığı, takip talebine çek aslını eklediği, ancak icra müdürlüğüne çek aslı görüldükten sonra icra kasasının yetersiz olduğundan bahisle alacaklı vekiline imza karşılığı teslim edildiği anlaşılmaktadır. Alacaklı, İİK'nun 167/2. maddesi gereğince takip dayanağı çek aslını takip talebine ekleyerek icra müdürlüğüne ibraz etmek suretiyle üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiştir. Bu durumda, takip konusu çek aslı, takip tarihi itibarıyla takip talebine eklenmiş olduğundan, mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm kurulması isabetsizdir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Bu karar üzerinde Hukuk Genel Kurulu: “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul

ve yasaya aykırı olduğunu...” belirterek 11.05.2016 gününde oybirliği ile verdiği kararlarla kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takipte, takip talebi ile birlikte takibe konu çeklerin asıllarının tesliminin önemli ve yeterli olduğu anlaşılmaktadır²⁰. Bu bağlamda EBÇK'nın yasalaşması ile birlikte yeknesak hükümler içermesi bakımından konuyla ilgili İİK'da değişikliğe gidilerek, örneğin m. 167/2 hükmüne “elektronik çeklerin takibi bu hükmün dışındadır/hükümler saklıdır” gibi benzer istisnai bir düzenlemenin madde kapsamına eklenerek yer almasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

IV. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Türk kanun koyucusu uzun yıllardan beri küresel boyuttaki gelişmeleri günümüz teknolojilerine ayak uydurması bakımından paralel bir şekilde ticari ilişkiler kapsamında gerekli düzenlemeleri yapma çabası içine girmiştir. Her geçen gün dijitalleşen dünyada, özellikle de pandemi vs. etkenler sonucunda temassız işlemler, bankacılık, e-ticaret, eğitim gibi neredeyse her alanda kendisini iyice hissettirmektedir. Teknolojik gelişmelerin takibi bakımından yapılacak olan düzenlemelerin bir uyum içinde sürdürülmesi de hayli önem arz etmektedir. Bu bağlamda, ticari hayatın uygulamasında yer alan çeklerin birer bankacılık işlemi olduğu gerçeği de dikkate alındığında, operasyonel olarak sorunların yaşanmasını engellenmesi için yeknesak düzenlemelerin olması gerekmektedir.

Varakasız kıymetli evraktan bildiğimiz üzere, sermaye piyasası hukukunda kaydi sistemin kabul edilmesi ile kıymetli evrakta hakkın senede bağlanması esasının istisnası getirilerek kıymetli

²⁰ <https://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=16553>
s.e.t. 02.10.2021

evrak niteliğindeki sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmadan ihracı ve tedavülü (dolaşımı) mümkün hale getirilmiştir. Bunun gibi e-çeklerin tedavülünde usul ve esasların şüpheye ve yoruma açık olmayacak tarzda net bir şekilde düzenlenmesi gerekecektir. Bu bağlamda, çeklerin ana fonksiyonu olan ödeme amacının kuvvetlendirilmesi de göz önünde bulundurularak, e-çek transfer sisteminde e-çek defteri ve e-çek hesabının güvenli elektronik imza gibi araçlarla imzalanmasının usulü ve güvenliği konusunda tüm ilgili mevzuat hükümlerinin bir bütün olarak güncellenmesi gerekir. Bu bağlamda da çalışmada belirtildiği üzere, öncelikle ana kanunlarda TTK ve İİK'nın ilgili hükümlerinin ivedilikle güncellenmesi gerekmektedir. Uygulamadaki mevcut sorunlar henüz çözülmeyen dijital platformdaki yazılımsal tehditler de dikkate alınarak en üst düzeyde sıkı bir kontrol mekanizması ile güvenliğin sağlanması gerekir. Bunlar sağlandıktan sonra artık gerekirse güvenli mobil uygulamalar aracılığı ile de tıpkı fiziki imzalanan çekler gibi ilgililerce çeklerin kolaylıkla keşide edilebilmesi sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim (2021) İcra ve İflâs Hukuku, (Takip Hukuku I - Takip Hukuku II), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Baytemür, Deniz (2020) 'Elektronik Kam-biyo Senetleri' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.

Çağa, Tahir (1991) 'Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 3, C: 3, s. 366-375.

Çotuksöken, Emre (2020) 'Dijitalleşme, Elektronik Çek Ve Blockchain İlişkisi', Finans Hukuku Gündemi Dergisi, S: 4, s. 1-11 <https://www.kanunum.com/dergiler/finans-hukuku-gundemi-dergisi>, s.e.t. 02.10.2021

Deliduman, Seyithan/ Narbay Şafak (2001) Kambyo Senetlerinden Çeke Dayanarak Yapılan Kambyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takte Yetkili İcra Daireleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C: 1, İstanbul, Beta Yayınevi.

Helvacı, Mehmet (2013) 'Kambyo Senetlerine Özgü Takip Yolları', Journal of Istanbul University Law Faculty, S: 2, C: 71, s. 165-191.

Mertol, Can (2012) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Kuru, Baki (2006) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Tıpkı Bası, İstanbul, Türkmen Kitabevi.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tevetoğlu, Mete (2021) 'Elektronik Çek ve Bono Kanunu Teklifi ile Yapılması Planlanan Düzenlemelere Dair Düşünceler' Bilişim Hukuku Dergisi, S:1, C:3, s. 31-75.

Ünal, Mücahit, (2011) 'Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, C:19, s. 225-270.

<https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=16553> s.e.t. 02.10.2021.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

KONKORDATO MÜHLETİNDE MAHKEME TARAFINDAN TAKDİR EDİLEBİLECEK TASARRUF SINIRLAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

EVALUATION OF DISPOSAL LIMITATIONS THAT MAY BE APPRECIATED BY THE COURT AT THE CONCORDAT PERIOD**

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK***

ÖZ

Türk-İsviçre konkordato prosedüründe borçlunun faaliyetlerine devam etmesi kuraldır. Ancak, konkordato talebiyle başlayan süreçte, alacaklılar için geçerli görülen kimi kısıtlayıcı sonuçların işlerlik kazanmasının ardından (İİK m.294, m.295) borçlunun hiç konkordato talebinde bulunmamışçasına işlerine devam etmesi beklenemez. İİK m. 297 hükmü, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini belirli ölçüde sınırlamaktadır. Böylece alacaklıların zarara uğraması engellenmektedir. Mahkeme, borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam etmesine karar verebileceği gibi, bazı işlemlerin geçerliliğini ancak komiserin izni ile yapılmasına da bağlayabilir. Ancak borçlu için en ağır tasarruf sınırlaması, mahkemenin borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetine devam etmesine karar vermesidir. İşte bu makalede konkordato mühletinde mahkeme tarafından takdir edilebilecek tasarruf sınırlamaları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Tasarruf Sınırlaması, Konkordato Komiseri, Tasarruf İşlemleri.

ABSTRACT

In the Turkish-Swiss concordat procedure, it is a rule for the debtor to continue his activities. However, in the process that started with the concordat request, after some restrictive results (İİK m. 294, m. 295), the debtor cannot continue his business as if he had never requested a concordat. The provision of İİK m. 297 limits the debtor's power of disposition of his assets to a certain extent. Thus, the creditors are prevented from incurring losses. The court may decide that the debtor will continue to work under the supervision of the commissioner, or it may also attribute the validity of some transactions to be made only with the permission of the commissioner. However, the most severe limitation of disposition for the debtor is the court's decision of the commissioner to continue the operation of the business instead of the debtor. In this article, the decision of the court by the commissioner to continue the operation of the business will be examined instead of the debtor and other restrictions imposed by the court

Keywords: Concordat, Disposal Limitations, Trustee in Concordat, Dispositive Transactions.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 12.12.2020 / Kabul Tarihi: 20.12.2021).

** Bu makale Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen "IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda sözlü tebliğ olarak sunulmuştur.

*** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, (hknalbayrak@hotmail.com, ORCID: 000-0001-6097-1296).

Atıf/ Citation: **Albayrak**, Hakan (2021), "Konkordato Mühletinde Mahkeme Tarafından Takdir Edilebilecek Tasarruf Sınırlamalarının Değerlendirilmesi", TFM, C: 7, S: 2, s. 191-210.

I. GİRİŞ

Konkordato mühletinin borçlunun tasarruf yetkisi üzerindeki etkisi, İİK'nın 297. maddesinde kesin mühletin borçlu bakımından sonuçları başlığı altında düzenlenmiştir. Borçlunun tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar, **kanun tarafından getirilen ve mahkeme tarafından takdir edilen şekilde** olmak üzere iki ana kısımda incelenebilir.

Kanun tarafından getirilen tasarruf yasakları İİK m. 297/II'de sayma sureti ile belirtilmiştir. Buna göre, İİK m. 297/II'ye göre "*borçlu mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır*". Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, konkordato mühletinde borçlu, 297/II'de sayılan işlemleri yapabilmesi için mahkemeden izin alması gerekmektedir¹. Kanunen yapılması yasaklanan bu işlemlerin mahkeme izniyle icrasına izin verilmesi, hakaniyetin tesisi adına önemli bir imkândır². 4949 sayılı Kanun'dan önce, İİK m. 290 gereği, borçlunun söz konusu işlemleri yapması mutlak anlamda yasaktı ve bu yasağa aykırı işlemler butlana tâbi kabul

edilmekteydi³. Bir başka ifadeyle, o dönemde bu yasak, kamu düzeni düşüncesine dayanmakta ve herhangi bir makamın izniyle bertaraf edilememekteydi. Buna binaen, yasaklanan hukuki işlemler bakımından borçlunun tasarruf ehliyetinden mahrum olduğu kabul edilmekteydi⁴. İİK m. 297/II'de belirtilen belli sayı ve türdeki işlemlerin konkordato mühleti içinde yapılamaması, komiser ve mahkemenin iradelerinden bağımsız olarak doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır⁵. Mahkemenin izni alınarak yapılabilecek işlemler tahdidi olarak sayılmıştır. Yorum yahut kıyas yoluyla, bu işlemlerin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir⁶.

Kanun tarafından getirilen bu yasak işlemler yanında kanun koyucu ayrıca mahkemeye borçlunun tasarruf işlemlerine yönelik olarak bazı sınırlamalar getirme imkânı da vermiştir. Türk-İsviçre konkordato prosedüründe borçlunun faaliyetlerine devam etmesi kural olsa bile⁷ konkordato talebiyle başlayan süreçte, kimi kısıtlayıcı sonuçların işlerlik kazanmasının ardından (İİK m.294, m.295) borçlunun hiç konkordato talebinde bulunmamışçasına işlerine devam etmesi beklenemez⁸. İşte İİK m. 297, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin belirli bir ölçüye kadar sınırlandırılarak alacaklıların zarara uğramasını engellemek için düzenlenmiş

¹ **Arslan**, Ramazan&**Yılmaz**, Ejder&**Taşpınar- Ayvaz**, Sema&**Hanağası**, Emel (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 582; **Ulukapı**, Ömer (2015) İcra ve İflâs Hukuku, Konya, Mimoza, s. 531; **Sarisözen**, M. Serhat (2021) Konkordato, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 411; **Yıldırım**, M. Kamil&**Deren-Yıldırım**, Nevhis (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s. 625.

² **Yeşilova**, Bilgehan, 'İİK m. 297 Şerhi': Öztekin, Selçuk (Editör) (2019) Yeni Konkordato Hukuku (7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m.285-309 Şerhi), Ankara, Adalet Yayınevi, s. 405-429, Pn. 11.

³ **Taşpınar**, Sema (2003), 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' BATIDER, Cilt: 22 Sayı: 2, 49-92, s. 68; **Yeşilova**, Pn. 12.

⁴ **Postacıoğlu**, İlhan (1965) Konkordato, İstanbul, s. 58, Pn. 35.

⁵ **Sarisözen**, s. 411; **Yeşilova**, Pn. 10.

⁶ **Postacıoğlu**, s. 65, Pn.38; **Tanrıver**, Süha (1993) Konkordato Komiseri, Ankara, Yetkin, s. 74; **Yeşilova**, Pn. 10.

⁷ **Simil**, Cemil (2020) Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, s. 100; **Yıldırım& Deren-Yıldırım**, s. 624; **Tanrıver**, s. 72; **Atalı**, Murat&**Ermenek**, İbrahim&**Erdoğan**, Ersin (2020) İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 626; **Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz&Hanağası**, s. 582.

⁸ **Sarisözen**, s. 408; **Yeşilova**, Pn. 2.

bir hükümdür⁹. Mahkeme, borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam etmesine karar verebileceği gibi, bazı işlemlerin geçerliliğini ancak komiserin iznine de bağlayabilir. Ancak borçlu için en ağır tasarruf sınırlaması, mahkemenin borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetine devam etmesine karar vermesidir. Bu anlamda makalemizin konusu olan mahkeme tarafından getirilen tasarruf sınırlamaları üç başlık altında incelenebilir.

- Mahkemenin **borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam etmesine** karar vermesi,
- Mahkemenin bazı işlemlerin geçerliliğini **ancak komiserin izni ile yapılmasına bağlaması**,
- Mahkemenin borçlunun yerine **komiserin işletmenin faaliyetine devam etmesine karar** vermesi şeklinde İİK m. 297'de bulunan ayrıma uygun olarak bir ayırım yapılabilir.

Makalemizde mahkeme tarafından verilebilecek olan tasarruf sınırlamaları incelenmeye çalışılacaktır.

II. MAHKEME TARAFINDAN TAKDİR EDİLEBİLECEK TASARRUF SINIRLAMALARI

A. GENEL OLARAK

İİK m. 297/I'de kanun koyucu mahkeme tarafından getirilebilecek tasarruf sınırlamalarını kademeli olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Tasarruf sınırlamalarının kapsamını en hafif basamaktan

başlayarak en ağır basamağa doğru üç kademeli olarak düzenlemiştir. Buna göre en alt basamakta borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam etmesi vardır. Ancak mahkeme gerek görmesi hâlinde ikinci basamak tasarruf yetkisi sınırlamasını tercih edebilir. Bu ise borçlunun bazı işlemlerini ancak komiserin izniyle yapabilmeye karar vermesidir. Mahkeme, gerek görmesi hâlinde, komiserin işletmenin faaliyetine devam etmesine karar vermesi ise, en ağır sınırlamadır¹⁰. Mahkemenin bu tasarruf yetkisi sınırlamalarını tercih etmesi takdirine bağlıdır. Mahkeme bu takdiri kullanırken borçlunun durumuna, somut olayın şartlarına ve alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesine göre karar verecektir.

Biz de incelememizi kanun tarafından getirilen bu tasarruf sınırlamalarının düzenleniş biçimindeki kademelere uygun şekilde yapmaya çalıştık.

B. BORÇLUNUN KOMİSERİN NEZARETİ ALTINDA İŞLERİNE DEVAM ETMESİ

1. Borçlunun Komiserin Nezareti Altında İşlerine Devam Etmesinin Tasarruf Yetkisi Üzerindeki Anlamı

Kural olarak borçlu, mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, konkordato mühleti içinde komiserin nezareti altında işlerine devam edecektir (İİK m.297/I, c.1)¹¹. Borçlunun komiserin nezareti altında faaliyetlerini devam etmesinin ne anlama geldiğinin ve borçlunun tasarrufları üzerinde ne gibi bir etkisi olduğunun incelenmesi

⁹ **Tanrıver**, s. 69.

¹⁰ **Albayrak**, Hakan (2020) İflâs Dışı Adi Konkordato Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, Yetkin, s. 132 vd.; **Oehri**, Daniel (2018) Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf, s. 177, Pn. 474; **Simil**, s. 90.

¹¹ **Belgesay**, M. Reşit (1950) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul, s. 278; **Kuru**, Baki (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara, Yetkin, s. 1466; **Arslan&Yılmaz&Taşpınar-Ayvaz&Hanağası**, s. 582.

gerekir. Nezaret etmek ile anlaşılması gereken borçlunun faaliyetlerinin komiserin gözetimi altında olmasıdır. Gözetim ise aynı zamanda denetimi de kapsar. Bu anlamda İİK m. 297/I'e göre, borçlu malvarlığı üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edecek; ancak bu tasarrufları komiserin gözetimi ve denetimi altında yapacaktır. Bir başka ifadeyle, mühlet içinde borçlu bağımsız olarak ve hiçbir kısıtlamaya tâbi olmaksızın işlerini sürdürecektir, ancak bu işlemler komiser veya komiserlerin denetimine bağlı olacaktır¹².

Bu noktada gözetim ve denetimin kapsamının sınırlarının ne olacağına belirlenmesi gerekir. Özellikle mahkemenin bazı işlemleri komiserin izniyle yapılmasına karar vermemesi durumunda bu nezaretin kapsamı daha önemli hâle gelmektedir. Uygulamada mahkemeler genellikle sadece mühlet kararı vermekle yetinmekte özel olarak tasarruf sınırlamalarının kapsamına ilişkin ayrıca kararlar vermemektedirler¹³. Dolayısıyla bu durumda komiserin İİK m. 297/I'e göre sadece nezaret görevi mevcut olmaktadır. Çünkü ayrıca tasarruf sınırlamasının kapsamı belirlenmediği sürece komiserin görevi sadece nezaret etmektir. Bu nedenle nezaret görevinin içeriğini doldurmak komiserlere kalmakta ve farklı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir¹⁴. Hatta bazı durumlarda komiserler bu nezaret görevlerinin sınırlarını vermiş oldukları talimatlar yolu ile oldukça genişletmektedirler. Dolayısıyla bu nezaret görevinin kapsamını belirlemek önemlidir. Bu ayrıca

mühlet içinde yapılan tasarruf işlemlerinin geçerli olup olmadıkları konusunda da belirleyicidir.

Mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece borçlu sadece İİK m. 297/II tarafından getirilen tasarruf yasaklarına tâbidir. Dolayısıyla asıl olan borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılması değil, borçlunun işlerinde devam etmesidir. Borçlunun tasarruf yetkisinin devam edeceğine yönelik bu hükmün temelinde, borçlunun işletmesini görevlendirilecek komiserden daha iyi bileceği düşüncesi vardır. Borçlu faaliyet gösterdiği piyasanın kural ve koşullarına hâkim olduğu ve piyasada faaliyet gösteren tacirlerle yakın ilişki içinde bulunacağı için iyileştirme sürecinde etkili bir rol oynayabilecektir¹⁵.

Komiserin nezaret yetkisi borçlunun işlemlerini denetimle sınırlıdır. Yani komiserin borçlunun malvarlığına dâhil unsurlar üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi mümkün değildir¹⁶. Bu sebeple komiser, yapılmasının doğru olduğuna inandığı iş veya işlemleri bizzat borçlu adına yapamayacağı gibi kendi ad ve hesabına da gerçekleştirmez¹⁷. Komiser bu kapsamda; vadesi gelmiş alacakları tahsil edemez, acele yapılması gereken satışları bizzat yapamaz, kira ve hizmet sözleşmelerini feshedemez, borçlu adına para saklayamaz, bir tasfiye memuru gibi hareket etmek suretiyle borçlunun mallarını satmaya ve elde edilen değerden alacaklıları tatmin etmeye yönelik işlemleri yapamaz¹⁸.

Komiser, nezaret görevi çerçevesinde, denetim yetkisini, borçlunun belli iş ve işlemleri

¹² Şahin, Çağatay Serdar (2020) Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 193; Taşpınar, s. 66; Postacioğlu, s. 65, Pn. 38; Pekcanitez, Hakan&Erdönmez, Güray (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 85; Albayrak, s. 132.

¹³ Albayrak, s. 132.

¹⁴ Albayrak, s. 132.

¹⁵ Pekcanitez&Erdönmez, s. 85.

¹⁶ Şahin, s. 193.

¹⁷ Tanrıver, s. 192; Postacioğlu, s. 70, Pn. 44; Taşpınar, s. 66; Pekcanitez&Erdönmez, s. 85; Albayrak, s. 133.

¹⁸ Postacioğlu, s. 70, 71; Pn. 44, 45; Tanrıver, s. 192.

yapmasını ya da yapılmaktan kaçınması konusundaki emir ve yasaklarını içeren talimatlar vermek suretiyle kullanır¹⁹. Ancak komiserin denetim yetkisi salt talimat vermekle sınırlı olup, borçluyu talimatlarını yerine getirmesi hususunda zorlayamaz. Borçlu, talimatlara uygun davranmazsa, konkordato komiseri asliye ticaret mahkemesine başvurarak mühletin kaldırılmasını isteyebilir²⁰.

Konkordato komiserinin talimatları, genel olarak borçlunun malvarlığının muhafazası için alınması gereken önlemlere yönelik olacaktır²¹. Komiser bu çerçevede, borçluyu malvarlığında alacaklılara zarar verecek nitelikteki hukukî işlemler yapmaması yönünde uyarmalıdır²². Bu sebeple komiser, konkordato sürecinin ve alacaklıların güvencesi durumundadır²³. Ancak komiser, denetim yetkisini kullanırken borçlunun malvarlığının korunması ile malvarlığında iyileştirme kaydedebilmesi için borçluya gerekli hareket serbestisini sağlaması arasındaki dengeyi sağlamalıdır²⁴. Başka bir ifadeyle, komiser denetim yetkisini salt alacaklıların menfaatini koruma amacıyla kullanmamalıdır. Özellikle işletmenin üretimde bulunabilmesi, faaliyetine devam edebilmesi için gerekli olan ham maddelerin satın alınması, ürünlerin satılması, üretim araçlarının ve binaların zorunlu bakımının yaptırılması, uygun şartlarda ve işletmenin iyileştirilmesi için gerekli kredilerin alınması gibi olağan işlemlerde, bu işlemlerin yapılmaması yönünde borçluya talimat vermemelidir²⁵. Komiser, bu iki amaç arasında tereddüde düştüğü durumlarda ise, alacaklıların menfaatlerini

esas almalı ve denetim yetkisini borçlunun malvarlığının korunmasını sağlamaya yönelik şekilde kullanmalıdır²⁶.

Uygulamada komiserler bu nezaret görevini özellikle borçluya yapılacak ödemeleri ve borçlu tarafından yapılacak ödemeleri kontrol etme üzerine getirmektedirler²⁷. Komiserler, borçluya bir konkordato hesabı oluşturmakta ve bundan borçluya yapılacak ödemeler ile borçlu tarafından yapılacak ödemelerin tamamının bu hesaptan yapılmasını sağlamaktadırlar. Bu şekilde borçlu komiserin onayı olmadan hiçbir ödeme yapmamaktadır. Böylece borçlunun özellikle konkordato mühletinden sonra yapacağı ödemeler kontrol altında tutulmaktadır. Aynı şekilde borçluya yapılacak ödemeler de bundan sonra yine aynı hesaba (komiserin kontrolündeki başka hesaba) yapılmakta böylece firmasının bütün ödemeleri komiserin denetimine girmektedir. Hatta uygulamada komiserler tarafından bankalara talimatlar verilmekte ve bankalar da bu talimat gereğince komiserlerin onayı olmadan o hesaptan işlem yapmama yoluna gitmektedirler. Ancak burada komiserin borçlu dışında üçüncü kişilere vermiş olduğu talimatın hukuken herhangi bir etkisinin olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü mahkeme tarafından ayrıca bir tasarruf sınırlaması kararı verilmediği sürece komiserlerin üçüncü kişilere talimat verme yetkisi yoktur²⁸. İİK m. 290/III' ün yaptığı yollama nedeniyle İİK'nın 359. maddesi çerçevesinde komiserin sadece muhabere etme yetkisi vardır. Buna göre, komiser her daire ve makam ile

¹⁹ **Tanrıver**, s. 192.

²⁰ **Şahin**, s. 193; **Tanrıver**, s. 194; **Altay, Sümer&Eskiocak**, Ali (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 138.

²¹ **Altay&Eskiocak**, s. 138; **Tanrıver**, s. 193.

²² **Tanrıver**, s. 193; **Pekcanitez&Erdönmez**, s. 85.

²³ **Altay&Eskiocak**, s. 138.

²⁴ **Albayrak**, s. 134; **Simil**, s. 105-106; **Tanrıver**, s. 192; **Taşpınar**, s. 66.

²⁵ **Tanrıver**, s. 193.

²⁶ **Tanrıver**, s. 192.

²⁷ **Albayrak**, s. 134.

²⁸ **Simil**, s. 108.

doğrudan muhabere edebilir. Ancak bu komiserin talimat vermesi anlamını taşımaz. Komiserin bu hükme göre her kurum ve makam ile doğrudan yazışma yapabileceği anlamına gelir. Ancak uygulamada özellikle bir konkordato hesabı oluşturulmakta ve bu hesaptan ödemelerin ancak komiserin onayı ile yapılabileceği talimatı bankalara verilmektedir.

Yapılan ödemelerin bu şekilde kontrol edilmesi suretiyle borçlunun özellikle mühletten önceki konkordatoya tâbi olan borçları ödememesi sağlanmış olmaktadır. Bu şekilde borçlunun malvarlığı da en iyi şekilde korunmuş olmaktadır. Ancak bu usulün bazı sakıncaları vardır. Birinci sakıncası, borçlunun faaliyetlerinde hız gerektiren işlemlerde, yapılacak olan ödemelerde devamlı surette komiserin rızasının gerekmesi nedeniyle bazen borçluya zarar verme tehlikesinin olmasıdır. Özellikle her ödemenin komiserin onayı ile olduğu durumlarda en ufak meblağlı bir işlem için bile bazen borçlunun eğer komiser heyet olarak atanmış ise, bütün heyetten imza almak için uğraşmasıdır. Bu bazı durumlarda borçlu için katlanılamayacak bir külfet getirmektedir. Bu nedenle menfaatlerin dengelenmesi açısından komiserin yapılan işlemlere ilişkin olarak belirli bir meblağın altındaki işlemlerin onay olmadan yapılabilmesine izin vermesi gerekir. Yahut yapılacak işlemlerin, bir komiser heyeti söz konusu ise, komiserlerin alacağı karar sonucunda heyetten sadece birinin imzası ile de yapılabilmesine imkân sağlamak gerekir. Bu şekilde borçlunun bu işlemde en az zarar görmesi sağlanır. Bu konudaki ikinci sakınca ise, borçlunun mühlet içinde yapılacak olan sözleşmelerde komiserin izninin olması hâlinde bu sözleşmeler nedeniyle karşı taraf için bir alacak doğmuş ise bu alacağın konkordatoya tâbi olmamasıdır. İşte burada yapılan ödeme izninin yorumu önem arz etmektedir. Örneğin, mühlet içinde borçlu, bir sözleşme akdetmiş ve bunun sonucunda borçlunun

belirli bazı ödemeleri yapması gerekmiştir. Bu ödemelere komiser heyeti her seferde onay vermiştir. Belirli bir müddet sonrasında borçlu ödeme yapmaya başlamıştır. Bu durumda alacaklı, kendisine çeşitli zamanlarda komiserin onayı ile ödeme yapıldığını dolayısıyla bu ödeme onayının aynı zamanda sözleşmeye de onay verildiği anlamına geldiğini ileri sürebilir mi? Kanaatimizce buradaki onay her ne kadar sadece ödemeye ilişkin olsa bile karşı tarafta yaratılan güvenin korunması gerekir. Karşı taraf, mühletten sonra akdedilen sözleşmeden kaynaklı alacaklarının bir kısmının borçlu tarafından düzenli bir şekilde ödenmesi nedeniyle sözleşmenin komiser tarafından da onaylandığı konusunda haklı bir güven duyabilir. Daha sonra borçlunun bu sözleşmenin komiserin onayına tâbi olmadığını ileri sürmesi yahut karşı tarafın alacağını talep etmesi hâlinde bu alacağın konkordatoya tâbi olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşmalıdır. Örneğin, karşı taraf, konkordato borçlusuna mühlet içinde de mal ve hizmet tedarik etmekte bundan kaynaklanan ödemeler ise düzenli bir şekilde oluşturulan konkordato hesabından ödenmektedir. Daha sonra ise bir başka mal tedariki döneminde konkordato borçlusu ödeme yapamadığında karşı tarafın kanuni haklarını kullanması sonucunda konkordato borçlusunun bu sözleşmenin komiserin onayına tâbi olmadığını ileri sürememesi gerekir. Aslında komiserin onayı alacaklıları korumak için getirilmiş bir hükümdür. Ancak konkordato hesabından kendisine devamlı surette yapılan bu ödemelere güvenen karşı taraf nezdinde yaratılan bu güvenin diğer alacaklılara karşı da korunabilmesi gerekir. O nedenle komiserin kural olarak sadece nezaret görevinin olmasına rağmen uygulamada komiserlerin kendilerinin onayı olmadan borçlunun ödeme yapmasını engellemesi durumunun bu şekilde bir etkisi olabilmektedir.

Nezaret görevine aykırılık durumunda, özellikle bu talimatlara uygun davranılmadığı takdirde, yapılan işlemlerin geçerliliği aşağıda ayrıca incelenecektir.

2. Komiserin Nezareti Altında Yapılan Tasarruf İşlemlerinin Hükümü

Mahkemenin sadece komisere nezaret görevi vermesi ve başka tasarruf sınırlamasına hükmetmemesi hâlinde borçlu belirttiğimiz üzere kural olarak komiserin nezareti altında faaliyetlerinde devam edebilecektir. Bu durumda İİK m. 297/II 'de belirtilen özel tasarruf yasakları dışında borçlunun tâbi olduğu özel bir tasarruf sınırlaması bulunmamaktadır. Ancak komiser nezaret görevi çerçevesindeki denetim yetkisini, borçluya karşı, borçlunun belli iş ve işlemleri yapması ya da bunları yapmaktan kaçınması yönünde talimatlar vererek kullanır. Bunun dışında komiser borçlu adına işlemlerde ve ödemelerde bulunamaz. Bu emir ve talimatların amacı da borçlunun malvarlığının aktif kısmını azaltmasının önüne geçmektir. Aslında İİK m. 297/II sayesinde zaten borçlunun malvarlığının aktifini azaltması son derece güçtür. Bütün malvarlığını azaltıcı nitelikteki önemli işlemler orada sayma suretiyle belirtilmiştir.

Burada tartışılması gereken nokta, komiserin nezaret görevi sırasında verdiği emir ve talimatlara aykırı olarak borçlunun üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemlerin geçerli olup olmadığıdır. Hem Türk hem de İsviçre doktrinde bir görüşe göre, komiserin nezaret görevi esnasında vermiş olduğu

emir ve talimatlar ilân edilmediğinden söz konusu işlemlerin medeni hukuk bakımından geçerli olduğu ancak bu işlemlerin alacaklıları bağlamayacağı savunulmaktadır²⁹. Bu görüşe göre, yapılan işlemlerin geçerliliği ilâna dayandırılmaktadır. Komiser vermiş olduğu emir ve talimatları ilân etmediğinden dolayı da yapılan bu işlemlerin üçüncü kişi açısından medeni hukuk anlamında hukuken geçerli olduğu savunulmaktadır. Burada, alacaklılara karşı hükümsüzlük ile iflâs hukukunda olduğu gibi nispi butlanın mı kastedildiği, İİK m. 86/son'da olduğu gibi hacizli taşınır mallar üzerinde üçüncü kişilerin iyiniyet kurallarına aykırı olarak kazandığı hakların alacaklının haklarına zarar verdiği ölçüde geçersiz olduğunun mu kastedildiği yoksa yapılan işlemin taraflar arasında geçerli ancak alacaklılara karşı mutlak hükümsüz olduğunun mu kastedildiği açık değildir. Her biri ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gereken sonuçlardır.

Bir başka görüşe göre ise, burada özel olarak kanun veya mahkeme tarafından özel bir tasarruf sınırlaması getirilmediği için borçlunun yapmış olduğu İİK m. 297/II kapsamında dışında kalan bütün işlemler hukuken geçerlidir³⁰. Komiserin vermiş olduğu emir ve talimatlara aykırı davranılması suretiyle gerçekleştirilen işlemler dahi geçerlidir. Borçlunun İİK m. 297/II'de belirtilen tasarruf yasakları dışındaki işlemlere ilişkin olarak mahkemece ayrıca bir tasarruf yasağı öngörülmediği sürece borçlunun faaliyetlerine devam etmesi esastır. Borçlu, aksi mahkemece belirtilmediği sürece, sözleşme yapabilir, sözleşmenin gereklerini yerine getirebilir,

²⁹ **Yıldırım&Deren-Yıldırım**, s. 625; **Hunkeler**, Daniel (2016) *Kurzkommentar SchKG*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, m. 298, Pn. 3, 9; **Bauer**, Thomas (2016) *SchKG Art. 298-Basler Kommentar-SchKG: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Ergänzungsband*. (Düzenleyen: Bauer, T/ Staehelin D.), Basel, Helbing LichtenhahnBasler, Pn. 3.

³⁰ **Simil**, s. 105; **Belgesay**, s. 278; **Tanrıver**, s. 195; **Pekcanitez**, Hakan&**Atalay**, Oğuz&**Sungurtekin- Özkan**, Meral **Özekes**, Muhammet (2020) *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 482. İsviçre hukukunda bu yönde görüş beyan edilmiştir (**Amonn**, Kurt&**Walther**, Fridolin (2008) *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Bern, Stämpfli Verlag AG Bern, s. 510).

ödemeler yapabilir ve ödemeleri kabul edebilir. Örneğin, bir işletme, üretmiş olduğu malların satışına ilişkin olarak alıcılarla sözleşme yapabilir. Bunun için komiserin iznine ihtiyaç yoktur. Bu nedenle de karşı taraf bu sözleşmeye dayalı olarak borçludan almış olduğu malların mülkiyetini ele geçirir. Bu tasarrufun alacaklılara karşı hükümsüzlüğü söz konusu olmaz. Alacaklılar adına komiser bu işlemleri geçersiz hâle getiremez³¹. Bu sözleşmeye ilişkin olarak karşı taraf borçludan almış olduğu malların karşılığı olan ödemeyi doğrudan borçluya yapabilir. Yapılan bu ödeme de geçerli bir ödemedir. Bu ödeme, uygulamada yapıldığı gibi, bir konkordato hesabına yapılmamış olsa bile yapılan bu ödeme geçerli bir ödemedir. Aynı şekilde, borçlu işletme, ham madde alımına ilişkin bir sözleşme yaptığında, satın aldığı bu ham maddelerin karşılığında ödeme yapması da mümkündür. Hatta yapmış olduğu ödemelere ilişkin komiserden izin alması gerektiğine ilişkin talimat verilmiş olsa bile bu geçerlidir. Buna aykırı olarak yapılan bir ödeme karşı taraftan geri alınmaz. Yapılan ödeme yine geçerli bir ödemedir.

Borçluya hukukî işlem yapan üçüncü kişinin kötü niyetli olup olmamasının hukukî işlemin geçerliliği üzerinde herhangi bir etkisi yoktur³². Burada yapılan işlemin geçerliliğinin korunmasının nedeni, tasarruf sınırlamasının kanundan veya kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak mahkemeye kararlaştırılmasından değil, komiserin iradesinin ürünü olan talimatlarından kaynaklanmasındır³³. Borçlunun komiserin talimatlarına aykırı olarak işlem yapması durumunda komiser, mühletin kaldırılmasını asliye ticaret mahkemesinden isteyebilecektir³⁴. Hatta komiserin talimatlarına uymama,

mühletin kaldırılma nedeni olduğu gibi ayrıca özel bir iflâs nedeni olarak da İİK m. 292/I, c'de düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu komiserin talimatlarına uymamanın yaptırımını çok ağır bir şekilde düzenleme yoluna gitmiştir. Doktrinde komiserin talimatlarına uymama durumunda mahkemenin üç aşamalı şekilde hareket edebileceği savunulmuştur. Buna göre mahkeme, öncelikle talimatlara uymayan yahut talimatlara aykırı davranışlarda bulunan borçluyu uyarır. Borçlu, mahkemenin uyarısına uymazsa, ikinci adım olarak mahkeme borçlunun işlem yapmasını kısmen veya tamamen sınırlandırabilir. Son olarak ise mahkeme, borçlu iflâsa tâbi ise re'sen borçlunun iflâsına karar verebilir³⁵. Borçlunun, komiserin talimatlarına aykırı davranması hâlinde ortaya çıkabilecek mühletin kaldırılması yaptırımı, borçlunun konkordato komiseri ile iş birliğini sağlamaya yönelik bir zorlamadır³⁶.

C. BORÇLUNUN BAZI İŞLEMLERİ KOMİSERİN İZİNİYLE YAPABİLMESİ

1. Borçlunun Bazı İşlemleri Komiserin İzniyle Yapabilmesi Kavramı

Konkordato mühletinde kural, borçlunun mühlet içinde işlerine komiserin nezaretinde devam etmesi olsa da asliye ticaret mahkemesi, komiserin mühlet içinde daha aktif rol almasını sağlamak amacıyla bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına karar verebilir (İİK m.297/I, c.2). Bu hükümle asliye ticaret mahkemesine, borçlunun işlemlerini serbestçe sürdürmesini

³¹ Albayrak, s. 138.

³² Şahin, s. 194; Tanrıver, s. 195; Postacıoğlu, s. 65, Pn. 39.

³³ Tanrıver, s. 195.

³⁴ Belgesay, s. 278; Pekcanitez&Atalay&Sungurtekin-Özkan&Özekes, s. 482; Tanrıver, s. 195.

³⁵ Pekcanitez&Erdönmez, s. 86.

³⁶ Yıldırım&Deren-Yıldırım, s. 625.

sınırlayarak komiserin görevini denetim yetkisi-
den daha ileriye götürme yetkisi tanınmıştır³⁷.

Mahkeme, hangi işlemlerin komiserin iz-
nine tâbi olacağını kararında açık bir şekilde göster-
melidir³⁸. Örneğin komiserin iznine ihtiyaç olan ça-
lışma alanının, izin gerektiren işlem türlerinin, ti-
cari muamelelerin ya da yüklenilecek borcun tuta-
rının sınırının belirlenmesi yöntem olarak esas alı-
nabilir³⁹. Hangi işlemlerin komiserin iznine tâbi
olacağı, hâkimin takdir yetkisindedir. Bu konuda
hâkim, her somut olayda işin niteliğini de gözeterek
karar vermelidir⁴⁰. Ancak mahkemenin önemli gör-
düğü bazı işlemleri komiserin iznine tâbi tutması,
yapılacak bütün işlemleri komiserin iznine tâbi tu-
tabileceği anlamına gelmez. Aksini kabul etmek Ka-
nun'un hem lafzına hem de ruhuna aykırı olacaktır.
Zira kanun koyucu bilinçli bir şekilde "*bazı işlemler*"
ibaresini kullanmıştır. Ayrıca borçlunun tüm
işlemler için komiserin iznine tâbi olması hâlinde,
borçluya tasarruf yetkisinin bırakılmasının bir an-
lamı kalmayacaktır⁴¹.

Komiser izin vermeden önce, borçlunun ya-
pacağı işlemin, işletmenin ihtiyaçlarına uygun ve
makul şartlarda olup olmadığı hususunda dikkatli
bir inceleme yapmalıdır. Zira konkordato komiseri-
nin izniyle yapılan hukuki işlemler, konkordatonun
hükümlerinden etkilenmeyecek (İİK m.308-c/II);
dolayısıyla bu sözleşmeden doğan alacaklar baki-
mından takip yasağı uygulanmayacaktır. Komiserin
hukukî işleme dikkatli bir inceleme yapmadan izin
vermesi hâlinde diğer alacaklılar bu durumdan

olumsuz etkilenme riskiyle karşı karşıya kalabile-
ceklerdir⁴².

İsviçre İcra ve İflas Kanunu m. 298'de de
mahkemenin borçlunun bazı işlemleri sadece kon-
kordato komiserinin katılımı ile hukuken geçerli bir
şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde,
olağan veya alışılmış işler çerçevesindeki işlerin tek
başına borçlunun yetkisinde bulunduğu ve yal-
nızca olağan veya alışılmış iş yapma usulü dışındaki
işler için komiserden izin alınmasının gerektiğinin
kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği be-
lirtilmiştir⁴³. Borçlunun tasarruf sınırlamasının bu
şekildeki bir ölçüt ile belirlenmesi, mahkemenin sa-
dece belli işler için sınırlama yoluna gitmesinden
daha avantajlı olacağı belirtilmiştir⁴⁴. Bu şekilde ya-
pılan bir kısıtlama öncelikle ticaret sicil gazetesinde
başka geniş açıklamalarda bulunulmasına gerek kal-
madan kolaylıkla ilân edilebilir⁴⁵, bu durum ise, hu-
kuki güvenliği artırarak konkordato hukukunda
mahkemenin yapacağı kısıtlamalara bir standart
sağlar⁴⁶. Olağan iş yapma usulü çerçevesindeki iş-
lerde tam temsil yetkisi şirketin yönetim kurulunda
kalacağı, mahkemenin ve komiserin bu alan dâhi-
lindeki işlere karışmaktan uzak durmasının uygun
olacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu çerçevede borçlula-
rın ticari faaliyetler ve varlıklardan elde ettikleri kâr-
ları serbestçe kullanmaya, ticari mallarını serbestçe
satmaya veya kiralamaya yetkili olmalarının gerek-
lilik olduğu belirtilmiştir⁴⁷. Olağan iş yapma usulü
dışındaki işlerde ise, borçlunun alacaklıları bilgilendir-
mesi ve bu işleri komiserin onayına sunması ge-
rektiği belirtilmiştir. Komiserin ise yapılan işlemin

³⁷ Taşpınar, s. 67.

³⁸ Albayrak, s. 139.

³⁹ Taşpınar, s. 67; Pekcanitez&Erdönmez, s. 88.

⁴⁰ Altay&Eskiocak, s. 123.

⁴¹ Pekcanitez&Erdönmez, s. 88; Altay&Eskiocak, s. 123.

⁴² Pekcanitez&Erdönmez, s. 90.

⁴³ Oehri, s. 131, Pn. 348.

⁴⁴ Oehri, s. 131, Pn. 348.

⁴⁵ Oehri, s. 131, Pn. 348.

⁴⁶ Oehri, s. 131, Pn. 348.

⁴⁷ Oehri, s. 132, Pn. 350.

alacakların haklarına ve menfaatler dengesine olan etkilerine bakarak borçlu ve alacaklılar açısından olumlu etkileri olan işlemlere onay vermesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁴⁸.

Kanaatimize göre, İsviçre hukuku doktrininde savunulan bu görüş başka sorunlara yol açabilecektir. Özellikle mahkemenin yapacağı özel tasarruf kısıtlamalarını işlem bazında değil de genel olarak olağan işler ve olağan olmayan işler şeklinde bir kısıtlamaya tâbi tutması başka tartışmalara yol açabilecektir. Borçlunun faaliyetlerinden neyin olağan iş ve neyin olağan olmayan iş olduğu tartışması yaşanacaktır. Tasarruf sınırlaması gibi borçlu ile üçüncü kişilerin yapmış olduğu işlemlerin geçerliliği üzerinde etki edebilecek bu tarz sınırlamalarda, mahkemenin vereceği tasarruf sınırlama kararlarının daha net ve anlaşılır olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu şekilde yaşanması muhtemel sorunların önüne geçilmesi mümkün hâle gelebilecektir. Ayrıca zaten kanun koyucu tasarruf sınırlamalarını ayrıca belirtmiştir. Mahkemenin yapabileceği en önemli tasarruf sınırlaması, borçlu tarafından yapılacak ödemelerin ancak komiserin onayı ile yapılabileceğine ilişkin olabilir. Borçlunun yapacağı ödemelerin geçerliliğinin mahkeme tarafından komiserin onayına tâbi tutulması, olağan iş- olağan olmayan iş ayrımında hangi kategoriye girmekte olduğunu tartıştığımızda, bunun olağan iş kapsamına girdiğini kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla sadece olağan olmayan işlerin kısıtlanması durumunda borçlu ödemeleri serbestçe yapabilecektir. Bu durumda ise verilecek tasarruf sınırlaması kararı oldukça etkisiz kalabilecektir. Oysa mahkemenin istediği sınırlama, yapılacak ödemelerin komiserin onayına tâbi tutulmasıdır. Bu nedenle tasarruf sınırlamalarının mahkeme tarafından ayrıca ve açıkça belirtilmesi borçlu, alacaklılar, komiser ve borçlu ile

işlem yapan üçüncü kişiler açısından daha işlevsel olacaktır.

2. Borçlunun Bazı İşlemleri Komiserin İzniyle Yapabilmesi Yasağına Aykırılığın Sonuçları

Mahkemenin, borçlunun bazı işlemlerini komiserin izniyle yapılmasına karar vermesine rağmen borçlunun bu karara aykırı davranması hâlinde yapılan hukuki işlemin geçerliliğinin ne olacağının incelenmesi için verilebilecek tasarruf sınırlamasını ikiye ayırmak gerekir. İlki, mahkemenin, borçlunun belirli sözleşmeleri ancak komiserin izniyle yapılmasına karar vermesi şeklindeki tasarruf sınırlamasıdır. İkincisi ise, mahkemenin, borçlunun ödemelerini ancak komiserin izniyle yapılmasına karar vermesidir. Bu iki sınırlama şekline bağlı olarak sonuçların incelenmesi daha doğru olur.

İlk tasarruf sınırlaması olarak mahkeme, belirli sözleşmelerin ancak komiserin izniyle yapılabileceğini kararlaştırabilir. Örneğin mahkeme vereceği kararla, borçlunun ham madde alım-satım işlemlerini yahut borçlunun üretmiş olduğu malların satış sözleşmelerinin ancak komiserin izniyle yapılabileceğini öngörebilir. Bu daha nadir karşılaşılan bir sınırlama türüdür. Böyle bir sınırlama hâlinde yapılan sözleşmeler geçerli olacak mıdır, sorusu gündeme gelecektir. Burada temel olarak üç yaklaşım olabilir.

Birinci yaklaşıma göre, yapılan işlemler (sözleşmeler) geçersiz olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla geçersiz bir işlem nedeniyle üçüncü kişi herhangi bir talepte bulunamaz. Bu, mahkemedan izin alınmadan yapılan işlemlerin akıbetiyle aynı sonucuna tâbidir⁴⁹. Ancak komiserin sonradan da izin verebilmesi mümkündür. Bu anlamda komiserin

⁴⁸ Oehri, s. 132, Pn. 351, 352.

⁴⁹ Taşpınar, s. 67.

izni, işlemin başında vermesi gerekmez. Bu izni vermesi hâlinde ise yapılan hukuki işlem hem geçerli bir işlem hâline gelir, hem de konkordato mühleti içinde komiserin izni ile yapılan işlemler kategorisine girerek konkordatoya tâbi olmaz (İİK m. 308-c/II)⁵⁰.

Bu konuda ikinci yaklaşım ise, borçlunun komiserden izin almadan hukukî işlem yapması durumunda, işlemin karşı tarafı söz konusu işleme dayanarak herhangi bir hak ileri süremez. Hukukî işlemin tarafı olan üçüncü kişi böyle bir ihtimalde sadece müspet veya menfi zararının tazminini talep edebilir⁵¹. Ancak hukukî işlemde doğan borç geçersiz olmakla birlikte, tam olarak ödenmeyip konkordato hükümlerine tâbi olacaktır⁵². Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Bir işlemin geçersiz olması durumunda, geçersiz bir işlemde doğan borcun konkordato koşullarına göre talep edilmesi mümkün değildir⁵³.

Bu konudaki üçüncü yaklaşım ise, kanun koyucu komiserin izni alınmadan yapılan işlemleri geçerli kabul etmiş; ancak bu işlemler için özel bir yaptırım öngörmüştür. Buna göre, komiserin iznine tâbi bir işlem, komiserin izni olmadan yapılırsa, bu işlemde kaynaklanan alacaklar ancak konkordato alacağı olarak talep edilebilir ve bu bağlamda, karşı taraf kural olarak müspet zararı veya o ana kadar yaptığı masrafları isteyebilir⁵⁴.

Kanaatimize göre burada bu izin olmadan yapılan işlemler sadece “*alacaklılara karşı geçersiz*” olacaktır. Bu nedenle örneğin konkordato mühletinin kaldırılması durumunda izin olmadan yapılan

bu sözleşmelerin geçerli olarak taraflar arasında hukuki sonuç doğurması gerekir. Bir başka deyişle yapılan işlem medeni hukuk anlamında taraflar arasında geçerli ancak konkordato mühleti bakımından alacaklılara karşı mühlet içerisinde geçersizdir⁵⁵. Bu nedenle karşı taraf, bu sözleşmeden kaynaklanan bir talebi konkordato mühleti içinde ileri süremeyecektir. Bu konkordato projesi kapsamında dahi ileri süremeyeceği anlamındadır. Dolayısıyla konkordato projesine tâbi olmadan evleviyetle ileri süremeyecektir. İİK m. 297/I fıkrasında “*bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına*” ifadesi tercih edilmiştir. Tercih edilen ifade “*geçerlilik*” ifadesi olsa bile bu geçerliliği “*alacaklılara karşı geçerli sonuç doğurabilmesi*” şeklinde anlamak ve yorumlamak gerekir. Örneğin mahkeme, kredi sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi vb. sözleşmelerin geçerliliğini komiserin iznine tâbi kılabilir. Bu durumda yapılan sözleşmelere komiser izin vermedikçe alacaklılara karşı geçerli olarak hüküm ifade etmezler. Komiserin izin vermesi durumunda ise, bu izin, hem sözleşmenin alacaklılara karşı geçerli olarak doğması sonucunu hem de İİK m. 308-c/II anlamında komiserin izni ile akdedilen sözleşmeler olması nedeniyle (taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa) bundan doğan alacakların konkordatoya tâbi olmaması sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu izin çifte etki meydana getirecektir. Bir başka deyişle, bu izin, hem sözleşmenin alacaklılara karşı geçerli olması etkisi vardır. Hem de bu izin, sözleşmeden kaynaklanan alacağın konkordatoya tâbi olup olmayacağını belirleyen bir etkiye sahiptir. Komiserin izni olmadan yapılan bu sözleşmeler ise

⁵⁰ Yeşilova, Pn. 28-29; Börü, Levent (2019), ‘Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi’ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 173-186, s. 183.

⁵¹ Altay&Eskiocak, s. 123.

⁵² Altay&Eskiocak, s. 123.

⁵³ Pekcanitez&Erdönmez, s. 88.

⁵⁴ Şahin, s. 196; Sarısözen, s. 419; Pekcanitez&Erdönmez, s. 88, 89.

⁵⁵ Simil, s. 135-136; Yıldırım&Deren-Yıldırım, s. 625.

alacaklılara karşı hüküm ifade etmemekle birlikte mühletin kaldırılması durumunda taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir.

İkinci tasarruf sınırlamasına ise uygulamada daha sık karşılaşılmaktadır. Buna göre mahkeme, belirli bir miktarın üzerindeki ödemelerin ancak komiserin izniyle geçerli olabileceğine yönelik bir tasarruf sınırlamasına da gidebilir. Örneğin borçlunun faaliyetinin kapasitesine ve somut olayın özelliklerine göre 50.000 TL'yi geçen ödemelerin ancak komiserin izniyle geçerli olabileceğine de karar verebilir. Bu durumda borçlu artık 50.000 TL'yi geçen işlemleri ancak komiserin izniyle yapabilecektir. Kanaatimize göre, burada bir tasarruf yasağı söz konusu olduğu için, izin alınmaksızın borçlu tarafından yapılan ödemeler geçerli olmayacaktır. Yapılan ödeme geçerli olmadığı için yapılan bu ödemenin iadesi gerekecektir. Ancak bu iadenin kim tarafından istenebileceği açık değildir. Çünkü komiser tarafından iadesinin talep edilmesine rağmen karşı tarafın bu ödemeyi iade etmemesi hâlinde komiserin buna ilişkin olarak bir icra takibi veya dava açması mümkün değildir. Bu hâlde en fazla borçluya icra takibi yapması veya dava açması için bir talimat verilebilir. Borçlu bu talimata uymadığı takdirde komiser mahkemeden konkordato mühletinin kaldırılmasını isteyebilir.

D. KOMİSERİN İŞLETMENİN FAALİYETİNİ DEVAM ETTİRMESİ

1. Komiserin İşletmenin Faaliyetini Devam Ettirmesinin Kapsamı

Borçlunun tâbi olacağı tasarruf kısıtlamalardan bir diğeri, asliye ticaret mahkemesinin kararıyla borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesidir (İİK m.297/I)⁵⁶. Bu, borçlunun tasarruf yetkisine yapılan en ağır müdahaledir. Komiserin borçlunun faaliyetlerine nezaret etmesi veya bazı işlemlerin komiserin iznine tâbi olması, bazı durumlarda yeterli ve etkili bir önlem olmayabilir. Özellikle borçlu fiil ehliyetine sahip değilse, işlerinin başında değilse, borçlu iş birliği konusunda istekli değilse veya işletmenin yönetiminde karışıklık ve zayıflık gözlenen durumlarda, komiserin denetim yetkisine sahip olmasının faydası olmayacaktır⁵⁷. Öte yandan, mühletin kaldırılması, konkordato sürecini sona erdireceğinden çoğu hâlde uygun ve elverişli bir karar olmaz. Bu sebeple komisere işletmeyi yönetme yetkisinin verilmesi, önemli bir yargısal müdahale ve tedbirdir⁵⁸.

Komisere işletmenin faaliyetini üstlenmesi, borçlunun haklarına önemli bir müdahaledir⁵⁹. Mahkemenin bu yönde vereceği bir kararla, borçlunun tasarruf yetkisini serbestçe kullanması yerine, komisere mühlet boyunca borçlunun işletmesini yürütme konusunda mutlak yetki tanınmış olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu ihtimalde mahkemenin kararı sonucu, borçlunun işletmesini yürütme konusundaki tasarruf yetkisi tamamen elinden alınmaktadır⁶⁰. O yüzden, bu kararın verilmesinde ölçülülük ilkesine dikkat edilmesi gerekir⁶¹.

⁵⁶ Taşpınar, s. 67; Altay&Eskiocak, s. 128.

⁵⁷ Oehri, s. 144, Pn. 382.

⁵⁸ Taşpınar, s. 67.

⁵⁹ Taşpınar, s. 67.

⁶⁰ Taşpınar, s. 68; Pekcanitez&Erdönmez, s. 90.

⁶¹ Taşpınar, s. 67.

Mahkemenin komisere işletmeyi yönetme yetkisini devretmesi, istisnai durumlarda söz konusu olmalıdır⁶². Özellikle konkordato komiserinin işletmeyi profesyonel bir yönetici gibi idare edebileceği durumlar dışında, mahkemenin bu yönde bir karar vermemesi gerekir⁶³. Mahkeme, işletmenin tüm faaliyetini komisere bırakmak yerine, yönetim devrini belirli alanlarla da sınırlı tutabilir. Örneğin, üretim ve satış alanında borçlu sorumlu olarak bırakılıp komiser bu alanlarda sadece denetim yetkisine sahip olurken, yönetim ve finans alanlarında borçlunun faaliyeti komisere devredilebilir⁶⁴.

2. İşletmenin Faaliyetine Devam Eden Komiserin Ticaret Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Biraz önce değinildiği gibi Türk-İsviçre konkordato prosedüründe borçlunun faaliyetlerine devam etmesi kuraldır. Konkordato komiseri tarafından işletmenin faaliyetinin üstlenilmesi istisnaidir⁶⁵. Özellikle borçlunun bir ticaret şirketi olması durumunda, işletmenin faaliyetini devam ettirecek olan konkordato komiserinin niteliği ve şirketin diğer organları arasındaki uyumu hakkında çok inceleme yapılmamıştır.

Konkordato mühletinde kural olarak maddi hukuk hükümleri geçerliliklerini korumaktadır. İcra ve iflâs hukukunda ayrıca belirtildiği takdirde maddi hukuk hükümlerine konkordatonun amacı doğrultusunda bir müdahale söz konusudur. Bir ticaret şirketi iflâs veya konkordato prosedüründe değilse, şirketin operatif yönetimi, şirket

malvarlığının idare edilmesi, şirketin organize edilmesi, şirket yönetiminin denetimi, üyelik haklarının kullanılması kanun ve esas sözleşmeye göre belirlenmiş organların hakkıdır. Bu hak anonim şirketlerde yönetim kuruluna (TTK m. 374), limited şirketlerde müdürlere (TTK m. 623), kolektif şirkette yönetici olarak belirlenen ortaklara (TTK m. 218), komandit şirkette ise komandite ortaklara aittir (TTK m. 309). Ancak konkordato sürecince şirketin tasarrufları ve yönetimi konusunda konkordato komiserinin yetkileri ve hukuki konumunun ne olacağı belirlenmelidir.

Doktrinde konkordato komiserinin hukuki niteliği konusunda ticari temsilci olduğu görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre, işletmenin hukuki faaliyetlerinin yönetilmesi için temsil ve yönetim yetkisine ihtiyaç duyulduğu, konkordato sürecinde konkordato komiseri tarafından bizzat bu yetkiler kullanılacağından TBK m. 547'ye göre konkordato komiserinin hukuki durumu ticari temsilcidir⁶⁶. Ancak bu görüşe katılmak mümkündür değildir. Ticari temsilci öncelikle bir bağlı tacir yardımcısıdır⁶⁷. Ticari temsilci TBK m. 547'de bir ticari işletmeyi yönetmek, işletmeye ilişkin işlemleri ticaret unvanı altında yapmak için işletme sahibi tarafından ve onu temsil etmek üzere yetkilendirdiği kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak tespit edildiği üzere ticari temsilci işletme sahibi tarafından atanmaktadır. Bu yetkinin şirketler hukuku anlamında kim tarafından verileceği TTK' da açıkça düzenlenmiştir. Kolektif şirkete, tüm ortaklarca oybirliği ile karar alınarak (TTK m. 223),

⁶² Oehri, s. 146, Pn. 388; Altay&Eskiocak, s. 128.

⁶³ Pekcanitez&Erdönmez, s. 91.

⁶⁴ Taşpınar, s. 68; Simil, s. 115.

⁶⁵ Oehri, s. 146, Pn. 388.

⁶⁶ Altay&Eskiocak, s. 128.

⁶⁷ Poroy, Reha&Yasaman, Hamdi (2017) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 235; Arkan, Sabih

(2018), Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 183; Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 258; Ayhan, Rıza&Özdamar, Mehmet&Çağlar, Hayrettin (2014) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 358; Bozkurt, Tamer (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Legem Yayınları, s. 360.

anonim şirket tarafından yönetim kurulunca (TTK m. 375/I-d), limited şirketlerde genel kurul tarafından (TTK m. 631) atanmaktadır. TTK' da belirtilen bu yetki çerçevesinde ticari temsilci atanmaktadır. Ticari temsilci ve şirket arasındaki bu bağ, genellikle hizmet veya vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır⁶⁸. Ticari temsilci tacirin kanuni temsilcisi değil iradi temsilcisidir⁶⁹. Ancak konkordato komiseri ile işletme arasına iradi temsilcilik ilişkisi olmadığı gibi, komiser işletmeye bağlı ve tacirin emir ve talimatları altında olan bir tacir yardımcısı da değildir.

Ticari temsilcinin yetkileri, ticari güvenlik ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması gerekçeleriyle sadece kanunla sınırlandırılmıştır⁷⁰. Kambiyo taahhüdünde bulunma, kredi çekme ve kefil olma gibi olağanüstü yetkileri bulunmaktadır ve ticari temsilcinin yapmış olduğu bu işlemlerden kanunun belirlediği yetki kapsamı gereği işletme bağlıdır⁷¹. Konkordato komiserinin, ticari temsilci olarak kabülünde, şirketin yapamayacağı işlemlerin, konkordato komiserince yapılabilmesi anlamına gelmekte bu da kanun mantığı ile uyumsuzdur.

Ticari temsilci, iradi temsilci olduğu için, atamaya yetkili organlar tarafından azli de mümkündür⁷². Ancak konkordato komiserinin azli mümkün değildir. Konkordato komiseri mahkeme tarafından atanır ve görevine de mahkemece son verilir. Bu nedenle yönetim yetkisi kendisine verilmiş konkordato komiseri genel kurul tarafından da azledilemez⁷³. Bu konuda konkordato sürecinde olan işletmenin bir yetkisi bulunmamaktadır. Tüm bu

gerekçeler karşısında konkordato komiserinin ticari temsilci olarak kabulü mümkün değildir⁷⁴.

Mahkemenin, borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetlerine devam etmesine karar vermesi durumunda komiser ilgili işletmenin ticari temsilcisi değil bizatihi ticaret hukuku anlamında yönetimle yetkili organı konumunda olacaktır⁷⁵. Bir başka deyişle, anonim şirketlerde yönetim kurulu (TTK m. 374) konumunda, limited şirketlerde müdür (TTK m. 623) konumunda, kolektif şirkette yönetici olarak belirlenen ortağa benzer şekilde yönetici konumunda (TTK m. 218), komandit şirkette ise komandite ortaklara ait yetkiyi kullanabilecek kimse konumunda (TTK m. 309) olacaktır⁷⁶. İşletmeyi gerçek kişinin (tacir veya esnaf) işletmesi ihtimalinde ise bu işletmeyi işleten kişi konumunda olacaktır. Bu nedenle işletmeyi bir tüzel kişiliğin işletmesi hâlinde bizzat borçlu tüzel kişiliğin yönetim organlarının sahip oldukları yetkilerin tamamına sahip olacaklardır. Örneğin anonim şirketlerde komiser veya komiserler kurulu TTK m.374'e göre, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış hususlar dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Yahut limited şirketlerde komiser veya komiserler, TTK m. 625 uyarınca kanunların ve şirket sözleşmesinin genel kurula görev ve yetki vermediği bütün konularda görevli ve yetkilidir. Şayet işletmeyi gerçek kişi işletiyor ise bu durumda gerçek kişinin işletmesi üzerinde sahip olduğu tüm temsil yetkilerine sahip kişi konumunda olacaklardır. Bu

⁶⁸ **Poroy&Yasaman**, s. 236.

⁶⁹ **Şener**, s. 258.

⁷⁰ **Poroy&Yasaman**, s. 236; **Arkan**, s. 193; **Şener**, s. 268; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 358; **Bozkurt**, s. 365.

⁷¹ **Poroy&Yasaman**, s. 235; **Arkan**, s. 189; **Şener**, s. 268; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 358; **Bozkurt**, s. 365.

⁷² **Poroy&Yasaman**, s. 235; **Arkan**, s. 194; **Şener**, s. 279; **Ayhan&Özdamar&Çağlar**, s. 368; **Bozkurt**, s. 368.

⁷³ **Oehri**, s. 184, Pn. 492.

⁷⁴ **Albayrak**, s. 147; **Simil**, s. 121; **Şahin**, s. 198.

⁷⁵ **Oehri**, s. 181, Pn.485.

⁷⁶ **Albayrak**, s. 147; **Simil**, s. 116.

anlamda komiser şirketin üst düzey yönetimi ve bunlarla ilgili talimatlar verebilir, iyileşme için yapısal önlemler alabilir ve konkordato projesinin tamamlanması için görüşmeleri yapabilir. Bunun yanında, şirketin iç idari yetkisi kapsamında, yönetimle görevli kişilerin görevden alınması, bu görevlerin bizzat kendisi tarafından yapılması veya görevden alınana kişiler yerine daha yetkin olan kişilerin atanmasına karar verebilmesi de mümkündür (TTK m. 375, I)⁷⁷. Bu şekilde, şirket içinde verilen talimatlara uyulması sağlanarak yönetim yetkisinin etkin bir şekilde yürütülebilir bir hale gelmesi sağlanır⁷⁸.

Komiserin işletmenin yönetimini devralmasından sonra işletmenin o ana kadar olan mevcut yönetim organlarının görevinin akıbetinin ne olacağı tartışılabilir. Doktrinde bu durumda işletmeyi yöneten organların şekli olarak varlıklarını devam ettirecekleri ancak bu organların işletmeyi yönetme yetkisinin, komiserin görevi devam ettikçe dondurulduğu savunulmuştur⁷⁹. Bu yaklaşım en doğru yaklaşım olarak gözükmektedir. Çünkü borçlu şirketin iyileşmesi ya da konkordatonun tasdik edilmesinden sonra komiserin yetkileri ve görevleri sona ereceğinden şirketin basit ve hızlı bir şekilde yetkili organı tarafından yönetilmesine devam edilmesi sağlanabilecektir⁸⁰.

Alacaklılar veya şirketin yönetim organları komiserin görevden alınmasına karar verememelerine rağmen komiserin yönetim görevini kötüye kullandığı, iyileşme projesini gerçekleştirilmede başarılı olamayacağı gibi nedenlerle mahkemeye başvurarak komiserin yönetim görevinin sonlandırılmasına, yeni bir komiserin heyetinin atanmasına

yahut yönetim yetkisinin değiştirilerek sadece nezaret yetkisinin devamına karar verilmesini talep edebilirler⁸¹.

Belirttiğimiz gibi komiser, ticaret hukuku anlamında yönetimle yetkili organı konumunda olacaktır. İcra ve iflas hukuku anlamında ise komiserin hukuki niteliği konusunda bir değişiklik olmayacaktır⁸². Komiser bir yandan işletmeyi yürütürken diğer yandan konkordato prosedürünün tamamlanması için gerekli işlemleri yapmaya devam edecektir⁸³. Bu nedenle, işletmenin yürütülmesinin komisere bırakıldığı durumda artık komiserin resmi bir icra organı olarak kabul edilemeyeceği, komiserin kamusal bir görevinin kalmadığı, sadece yönetim yetkisini geçici olarak devralan bir organ konumunda olduğu görüşü yerinde değildir⁸⁴.

3. Tasarruf Yasağına Aykırılığın Sonuçları

Belirtmiş olduğumuz gibi, komiserler, işletmeyi işleten bir tüzel kişi ise konkordato borçlusu konumunda olan o tüzel kişinin kanunda belirtilen yönetim organı konumunda, işletmeyi gerçek kişi işletiyor ise o gerçek kişi adına tüm yönetim yetkilerini kullanan kişi konumunda olacaktır. Bu nedenle tüzel kişiler adına daha önce temsile yetkili kişilerin işletme adına alacakları kararlar artık tüzel kişiliği bağlamayacaktır. Bu nedenle mahkemenin bu şekilde bir karar vermesi durumunda sadece konkordato kararının ticaret siciline bildirilmesi ile yetinilmemesi gerekir (İİK m. 288). Özellikle atanan komiserlerin yönetim yetkilerine dayanarak ticaret sicilinde gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlaması faydalı olacaktır.

⁷⁷ **Oehri**, s. 181, Pn. 486; **Simil**, s. 116.

⁷⁸ **Oehri**, s. 181, Pn. 486.

⁷⁹ **Oehri**, s. 181, Pn. 485; **Simil**, s. 116.

⁸⁰ **Oehri**, s. 181, Pn. 485; **Simil**, s. 116.

⁸¹ **Oehri**, s. 194, Pn. 521; **Simil**, s. 120.

⁸² **Simil**, s. 124.

⁸³ **Simil**, s. 124.

⁸⁴ İsviçre'de azınlıkta kalan bu görüşün ayrıntıları için bkz. **Oehri**, s. 183, Pn. 491 vd.; **Simil**, s. 121, 122, 123.

Tüzel kişilerde tüm yönetim yetkilerinin komisere ve komiserler kuruluna geçmesi nedeniyle artık komiser veya komiserler kurulunun dışında eski yönetim organlarının yapmış olduğu bütün işlemler ilgili tüzel kişiliği hiçbir şekilde bağlamayacaktır. Bu nedenle mühlet içinde eski yönetim organı tarafından atanan ticari temsilcinin yapmış olduğu sözleşmeler, kambiyo taahhütleri ve benzeri tüzel kişilik adına yapılan bütün işlemler hukuken geçersiz olacaktır⁸⁵.

III. SONUÇ

İİK m. 297/I'de kanun koyucu mahkeme tarafından getirilebilecek tasarruf sınırlamalarını kademeli olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Tasarruf sınırlamalarının kapsamını en hafif basamaktan başlayarak en ağır basamağa doğru üç kademeli olarak düzenlemiştir. Buna göre en alt basamakta borçlunun komiserin nezareti altında işlerine devam etmesi vardır. Ancak mahkeme gerek görmesi hâlinde ikinci basamak tasarruf yetkisi sınırlamasını tercih edebilir. Bu ise borçlunun bazı işlemlerini ancak komiserin izniyle yapabilmesine karar vermesidir. Mahkeme, gerek görmesi hâlinde, komiserin işletmenin faaliyetine devam etmesine karar vermesi ise, en ağır sınırlamadır. Mahkemenin bu tasarruf yetkisi sınırlamalarını tercih etmesi takdirine bağlıdır. Mahkeme bu takdiri kullanırken borçlunun durumuna, somut olayın şartlarına ve alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesine göre karar verecektir.

Kural olarak borçlu, mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, konkordato mühleti içinde komiserin nezareti altında işlerine devam edecektir (İİK m.297/I, c.1). Komiserin nezaret

yetkisi borçlunun işlemlerini denetimle sınırlıdır. Yani komiserin borçlunun malvarlığına dâhil unsurlar üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple komiser, yapılmasının doğru olduğuna inandığı iş veya işlemleri bizzat borçlu adına yapamayacağı gibi kendi ad ve hesabına da gerçekleştiremez. Komiser, nezaret görevi çerçevesinde, denetim yetkisini, borçlunun belli iş ve işlemleri yapmasını ya da yapılmaktan kaçınması konusundaki emir ve yasaklarını içeren talimatlar vermek suretiyle kullanır. Komiserin vermiş olduğu emir ve talimatlara aykırı davranılması suretiyle gerçekleştirilen işlemler geçerlidir. Borçlunun komiserin talimatlarına aykırı olarak işlem yapması durumunda komiser, mühletin kaldırılmasını asliye ticaret mahkemesinden isteyebilecektir.

Konkordato mühletinde kural, borçlunun mühlet içinde işlerine komiserin nezaretinde devam etmesi olsa da asliye ticaret mahkemesi, komiserin mühlet içinde daha aktif rol almasını sağlamak amacıyla bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına karar verebilir (İİK m.297/I, c.2). Tasarruf sınırlaması gibi borçlu ile üçüncü kişilerin yapmış olduğu işlemlerin geçerliliği üzerinde etki edebilecek bu tarz sınırlamalarda, mahkemenin vereceği tasarruf sınırlama kararlarının daha net ve anlaşılır olması gerekir. Mahkemenin, borçlunun bazı işlemlerini komiserin izniyle yapabilmesine karar vermesine rağmen borçlunun bu karara aykırı davranması hâlinde yapılan işlemler sadece "*alacaklılara karşı geçersiz*" olacaktır. Mahkeme tarafından verilebilecek diğer tasarruf sınırlamasına ise uygulamada daha sık karşılaşılmaktadır. Buna göre mahkeme, belirli bir miktarın üzerindeki ödemelerin ancak komiserin izniyle geçerli olabileceğine yönelik bir tasarruf sınırlamasına da gidebilir. Kanaatimize göre, burada bir tasarruf

⁸⁵ Börü, s. 182.

yasağı söz konusu olduğu için, izin alınmaksızın borçlu tarafından yapılan ödemeler geçerli olmayacaktır.

Borçlunun tâbi olacağı tasarruf kısıtlamalarından bir diğeri, asliye ticaret mahkemesinin kararıyla borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesidir (İİK m.297/I). Bu, borçlunun tasarruf yetkisine yapılan en ağır müdahaledir. Mahkemenin, borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetlerine devam etmesine karar vermesi durumunda komiser ilgili işletmenin ticari temsilcisi değil bizatihi ticaret hukuku anlamında yönetimle yetkili organı konumunda olacaktır. Bu nedenle tüzel kişiler adına daha önce temsile yetkili kişilerin işletme adına alacakları kararlar artık tüzel kişiliği bağlamayacaktır.

KAYNAKÇA

Albayrak, Hakan (2020) İflâs Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara, Yetkin.

Altay, Sümer&**Eskiocak**, Ali (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Amonn, Kurt&**Walther**, Fridolin (2008) Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG Bern.

Arkan, Sabih (2018), Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Arslan, Ramazan& **Yılmaz**, Ejder& **Taşpınar- Ayvaz**, Sema& **Hanağası**, Emel (2021) İcra ve İflâs Hukuku, 7. B.,Ankara, Yetkin.

Atalı, Murat& **Ermenek**, İbrahim& **Erdoğan**, Ersin (2020) İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Ankara, Yetkin.

Ayhan, Rıza& **Özdamar**, Mehmet&**Çağlar**, Hayrettin (2014) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Bauer, Thomas (2016) SchKG Art. 298- Basler Kommentar-SchKG: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Ergänzungsband. (Düzenleyen: Bauer, T/ Staehelin D.), Basel, Helbing LichtenhahnBasler.

Belgesay, M. Reşit (1950) İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul.

Bozkurt, Tamer (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Legem Yayınları.

Börü, Levent (2019), ‘Adi Konkordato Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi’ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 173-186.

Hunkeler, Daniel (2016) Kurzkommentar SchKG, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, m. 298.

Kuru, Baki (2013) İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara, Yetkin.

Oehri, Daniel (2018) Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Zürich-Basel-Genf.

Pekcanitez, Hakan& **Atalay**, Oğuz& **Sungurtekin- Özkan**, Meral **Özekes**, Muhammet (2020). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Pekcanitez, Hakan&**Erdönmez**, Güray (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Poroy, Reha&**Yasaman**, Hamdi (2017) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Postacıoğlu, İlhan (1965) Konkordato, İstanbul.

Sarisözen, M. Serhat (2021) Konkordato, 5. B., Ankara, Yetkin.

Simil, Cemil (2020) Konkordato Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık.

Şahin, Çağatay Serdar (2020) Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

Şener, Oruç Hami (2016) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.

Tanrıver, Süha (1993) Konkordato Komiseri, Ankara, Yetkin.

Taşpınar, Sema (2003), 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' BATIDER, Cilt: 22 Sayı: 2, 49-92.

Ulukapı, Ömer (2015) İcra ve İflâs Hukuku, Konya, Mimoza.

Yeşilova, Bilgehan, 'İİK m. 297 Şerhi': Öztekin, Selçuk (Editör) (2019) Yeni Konkordato Hukuku (7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m.285-309 Şerhi), Ankara, Adalet Yayınevi.

Yıldırım, M. Kamil & **Deren-Yıldırım**, Nevhis (2021) İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, Beta.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ŞİRKETİN SERMAYE BORCUNUN ÖDENMESİ İÇİN PAY SAHİPLERİNE HUKUKA AYKIRI OLARAK FİNANSAL DESTEK SAĞLAMASI

ILLEGAL FINANCIAL SUPPORT OF THE JOINT STOCK COMPANY TO THE SHAREHOLDERS FOR THE PAYMENT OF THE CAPITAL COMMITMENTS PAYABLE

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU* & Arş. Gör. Dr. Aydın Alber YÜCE**

ÖZ

Anonim şirketlerde sermayenin korunması temel ilkelerden biridir. Şirket alacaklılarının alacakları için sahip oldukları tek güvence şirket malvarlığıdır. Ayrıca, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli fonlar da sermaye ile sağlanır. Sermayenin pay sahiplerine iadesi, sermayenin zayıflatılmasına yol açacağı için yasaktır. Pay sahipleri de sermaye olarak yatırdıkları tutarları geri isteyemez. Ayrıca bu tutarlar için faiz de ödenemez. Pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan borçlarını ödeyebilmeleri için muvazaalı olarak, görünürde bir işlem ile finanse edilmeleri de sermayenin iadesi anlamına gelir. Şirket tarafından pay sahibine, sermaye borcunu ödeyebilmesi için doğrudan ödünç verilmesi, pay sahibinin bir borcu için teminat sağlanması ya da pay sahibi lehine bağışlama sözleşmesi akdedilmesi gibi işlemler sermayenin iadesi sonucunu doğurmaktadır. Bununla beraber, şirket tarafından pay sahibi lehine gerçekleştirilen bütün ödemelerin, sermaye borcunun finanse edilmesi bakımından geçersiz olduğu söylenemez.

Bu çalışmada, sermaye borcunun hukuka aykırı olarak finanse edilmesinin hangi hallerde gerçekleşebileceği, pay sahibine yapılan hangi ödemelerin hukuka uygun olduğu ve pay sahibinin sermaye borcunun hukuka aykırı olarak finanse edilmesinden doğan sorumluluk incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Şirkete Borçlanma Yasağı, Sermaye Borcu, Sermayenin İadesi Yasağı.

ABSTRACT

One of the key fundamental concepts in joint stock companies is the policy of capital protection. Company assets are the only guarantee that creditors have for their receivables. Furthermore, capital is provided to offer the essential money for the company's operation to be realized. The return of capital to shareholders is forbidden due to the capital's deterioration. Shareholders are not entitled to a refund of their capital investment. Furthermore, no interest can be paid on these sums. The fact that the shareholders are apparently financed through a transaction in order to pay their capital debts indicates that the capital is returned. Collusive activities such as the corporation directly lending money to a shareholder to pay off a capital obligation, providing security for a shareholder's debt, or making a donation to a shareholder all result in the capital being returned to the shareholder. However, it is not reasonable to believe that all funds transferred by the corporation to the shareholder are illegal in the context of financing the capital debt.

The circumstances under which unlawful financing of capital debt may occur, which payments to shareholders are legitimate, and the liabilities deriving from the shareholder's illegal financing of capital debt are all examined in this study.

Keywords: Joint Stock Company, Prohibition of Incurring Debt to the Company, Capital Debt, Prohibition of Reimbursement of Capital.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, atamulu@erciyes.edu.tr; ORCID ID: 0000-0003-0270-9083.

** Arş. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, aayuce@erciyes.edu.tr; ORCID ID:0000-0002-6178-9143.

Atf/ Citation: **Atamulu, İsmail & Yüce, Aydın Alber** (2021), "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması", TFM, C: 7, S: 2, s. 211-236.

I. GİRİŞ

Anonim şirket bir sermaye şirketi olarak borçları sebebiyle alacaklılarına karşı tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur (TTK m. 329/1). Şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil edebilmeleri için başvurabilecekleri tek değer şirket malvarlığıdır. Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu içerisinde sermayenin korunması ilkesi kapsamında birçok hüküm sevk edilmiştir¹. Bunlardan bazıları; pay sahiplerinin şirkete borçlanmasını yasaklayan TTK m. 358, sermayenin pay sahiplerine iadesini yasaklayan TTK m. 480/3 ve sermaye için faiz ödenmesini yasaklayan TTK m. 509/1 hükümleridir. Anılan hükümlerin ortak noktası, şirkete sermaye olarak getirilen kaynakların şirket içerisinde muhafazasını sağlamaktır. Şirketin bu kaynaklar üzerinde tasarrufta bulunma imkânına sahip olması da gerekir. Kanunî şartları² oluşmadığı halde pay sahiplerinin şirkete borçlanması, ödenmiş sermayenin iadesi ya da getirilen sermaye için faiz ödenmesi, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli kaynaklar üzerinde şirketin tasarruf imkânını azaltır ya da ortadan kaldırır.

Sermaye borçlusunu olan diğer deyişle bakiye sermaye borcu bulunan pay sahiplerinin bu borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla *bizzat şirket tarafından* finanse edilmeleri de sermayenin fiili olarak

iadesi sonucunu doğurur³. Bununla birlikte şirket ile pay sahipleri arasında gerçekleştirilen her işlemin bu kapsamda olduğu söylenemez.

Aşağıda öncelikle sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Ardından hukuka uygun finansal desteğin özelliklerine ve hukuka aykırı finansal destek verme yöntemlerine değinilmiştir. Daha sonra şirket tarafından pay sahibine yapılan ve hukuka aykırı nitelik taşımayan nakdi ödemelere değinildikten sonra hukuka aykırı ödemeler ve bunun neticeleri incelenmiştir. Son olarak ise hukuka aykırı ödemelerden kaynaklanan hukukî ve cezaî sorumluluk bahsi değerlendirilmiştir.

II. SERMAYENİN ORTAKLARA İADESİ YASAĞINA GENEL BİR BAKIŞ

A. Ortağın Sermaye Borcundan Kurtarılması Yasağı ve Sermayenin İadesi

Anonim şirket ortaklarının taahhüt edip de ödedikleri tutarların, bu kişilere geri verilemeyeceği yönündeki yasak, ortakların sermaye borçlarından kurtarılamayacağı prensibinin (*ibra yasağı*, *Verbot der Einlageschuldbefreiung*) bir sonucudur⁴. Çünkü her anonim şirket en az belirli bir tutarda sermayeyi ortaklarından almak ve işletme konusunu

¹ Bu yöndeki hükümlere örnek olarak bkz. TTK m. 342, m. 343, m. 344, m. 376, m. 380, m. 388.

² TTK m. 358'den anlaşılabilir şartlar şunlardır: 1- Pay sahibinin bakiye sermaye borcu bulunmaması, 2-Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması.

³ Şirketin kendi paylarının iktisabı amacıyla finansal destek vermesi yasağı (TTK m. 380/1) inceleme konumuzdan farklı bir kuraldır. Burada şirket kendi paylarını edinebilmek için üçüncü bir kişiyle örneğin konusu avans olan bir işlem yaparken; işbu çalışmada incelenen konu, pay sahibinin elinde bulundurduğu paydan doğan bakiye sermaye borcu için hukuka aykırı olarak sermaye borcu bakımından alacaklı konumunda bulunan şirket tarafından finanse edilmesidir. TTK m. 380/1 hükmünde öngörülen yasak

hakkında detaylı bilgi için bkz. Gürel, Murat (2014) Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. TTK m. 380/1 hükmü ile getirilen yasak, anonim şirketin paylarının iktisap edilmesi amacıyla finansal destek verilmesi yasağı olup; bu halde finansal destek, henüz pay sahibi olan ya da olmayan bir kişinin pay sahibi sıfatını kazanması amacıyla desteklenmesidir (Gürel, s. 118). Çalışmamızın konusu ise, halihazırda şirketin pay sahibi sıfatını taşıyan bir kişinin, sermaye borcunu ödeyebilmesi amacıyla şirket tarafından desteklenmesidir.

⁴ Bkz. TTK m. 480/3 ve m. 601, AktG §66/1, OR Art. 680/2.

gerçekleştirmek için bunu korumak zorundadır⁵. Ortakların şirket tarafından sermaye borcundan kurtarılması ise, bu korumanın ihlâlidir. Ödenmiş sermayenin iadesi de söz konusu ihlâlin bir örneğidir.

Ortağın şirket tarafından sermaye borcundan kurtarılması üç şekilde gerçekleşebilir⁶: İlk olarak şirket sermaye borcunun ifasına yönelik her türlü edimden doğrudan vazgeçebilir (*Verzicht auf jegliche Einlageleistungen*). İkinci olarak şirket, ortağının sermaye payı olarak ödediği tutarları bir anlaşmaya dayalı olarak tekrar ortağa iade edebilir (*Rückzahlung*). Son olarak ise, şirketten sağlanan fonlar ile sermaye borcu ödenir (*Einlagefinanzierung durch die Gesellschaft*). Her üç yöntemin de ortağın sermaye borcundan şirket tarafından kurtarılması yasağını ihlal ettiği açıktır.

B. Pay Sahibinin Ödediği Sermayeyi Geri İsteyememesi (*Verbot der Einlagerückforderung*)

Sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağını düzenleyen hükümlerin amacı, şirket alacaklılarına karşı bir sorumluluk dayanağı olan sermayenin

muhafaza edilmesi, dolayısıyla alacaklıların korunmasıdır⁷.

Sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağını düzenleyen TTK m. 480/3⁸ hükmüne göre, pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini (hükmün lafzından anlaşıldığına göre nakit ya da ayın) geri isteyemez. Bu yasak iki taraflıdır. Bir taraftan pay sahibinin ödediği tutarları geri istemesi; diğer taraftan şirketin bu tutarları iadesi sonucunu doğuracak işlemler yapması yasaklanmıştır⁹.

Anonim şirkete sermaye getirerek yatırım yapan pay sahibinin ilanihaye şirket içerisinde tutulması, deyim yerindeyse şirkete hapsedilmesi düşünülemez. Bu doğrultuda, pay sahibinin ortaklık haklarından vazgeçerek şirketten ayrılması kural olarak paylarını devretmesiyle mümkündür¹⁰. Ancak pay sahibinin bu işlemi yapmaksızın ödemiş olduğu pay bedelini geri isteyerek şirketten ayrılması mümkün değildir¹¹.

Anonim şirkete sermaye olarak yatırılan tutarlar adeta “tek yönlü bir yola girmişlerdir¹²”. Bu tutarların pay sahiplerine dönüşü (kural olarak¹³) mümkün değildir. Bu sebeple pay sahipleri,

⁵ **Doğan**, Beşir Fatih (2005) ‘Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 56, C: 18, s. 48.

⁶ **Wilk**, Cornelius (2013) ‘Einlagefinanzierung durch die GmbH: Verbote, Rechtsfolgen, Heilung’, DStR, s. 2145.

⁷ **Bauen**, Marc & **Bernet**, Robert (2007) Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht-Fusionsrecht-Börsenrecht-Steuerrecht, Zürich, Schulthess, s. 46, N. 157.

⁸ Karş. OR Art. 680/2.

⁹ **Kägi**, Urs (2012) Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 309, St. Gallen, Dike, §4, N. 52; **Forstmoser**, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur & **Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Stämpfli, §50, N. 107; **Meyer**, Tobias (2009) Gläubigerschutz durch Kapitalschutz - Eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des

Aktienrechts, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 282, Zürich-St. Gallen, Dike, s. 70, 71; **Druey**, Jean Nicolas & **Druey Just**, Eva & **Glanzmann**, Lukas (2015) Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, §8, N. 31; **Guhl**, Theo & **Koller**, Alfred & **Schnyder**, Anton K. & **Druey**, Jean Nicolas (2000) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, §66, N. 6; Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 7; Gauch/Aeppli/Stöckli: **Torre**, OR 680, N. 1; Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4; **Bauen/Bernet**, s. 46, N. 157; **Doğan**, s. 49.

¹⁰ Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 8.

¹¹ Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 8.

¹² Urteil (Aargau, Bezirksgericht) vom 14.12.1983, SJK 81/1985, s. 43.

¹³ Sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturmeyen ödemeler için bkz. aşa. IV/te A, B, C, D ve E.

sermaye paylarına karşılık ödedikleri tutarları şirketten geri isteyemez¹⁴. Pay sahiplerine sermaye borcu için ödedikleri bedel üzerinde bir istirdat hakkı tanınması, bunun esas sözleşmede öngörülmüş olması ihtimalinde dahi mümkün değildir¹⁵. Zira esas sözleşme, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak bu Kanunda sapmaya izin verilmişse ayrılabilir (TTK m. 340, birinci cümle). Ayrıca böyle bir hakkın tanınması şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi hususunda da engel oluşturur.

TTK m. 480/3 hükmüne bakıldığında hükmün emredici ve istisna tanımayan karakteri ortaya çıkmaktadır: “*Pay sahipleri, sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*”. Bu kuralın, şirketin varlığını devam ettirdiği sürece geçerli olduğu, şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda pay sahiplerinin tasfiye payı haklarının bulunduğu yine TTK m. 480/3 hükmünün son kısmından anlaşılmaktadır. Ayrıca, pay sahiplerine sermaye paylarının ödenmesine yönelik muhtemel genel kurul ya da yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespitinin istenebileceğini de göz önünde tutmak gerekir. Çünkü hem TTK m. 391/1-b hem de TTK m. 447/1-c hükümlerinde sermayenin korunması ilkesine aykırı kararların batıl olduğu belirtilmiştir¹⁶.

C. Şirketin Ödenmiş Sermayeyi İade Ede-memesi (*Verbot der Einlagerückgewähr*)

Anonim şirketin şirket malvarlığını eksiltilecek şekilde pay sahiplerine sermaye bedellerini geri vermesi, sermayenin iadesi yasağına aykırıdır¹⁷. Bu yasak şirketin yapacağı doğrudan ya da dolaylı tüm ödemeleri kapsar¹⁸. Her şeyden önce (aşağıda detayla incelenecek olduğu üzere¹⁹) şirketin pay sahibine bu anlamda (görünürde) doğrudan nakdi ödünç vermesi sermayenin iadesi anlamına gelir²⁰. Benzer şekilde pay sahibinin sermaye borcunu ödeyebilmek için bir finans kuruluşundan kredi kullanması ihtimalinde, şirketin ilgili finans kuruluşuna (ilgili kredinin kapatılması için) ödemede bulunması sermayenin iadesi neticesini doğurur ve yasaktır²¹. Şirketin kendi paylarını Kanun'un izin verdiği ölçüyü aşan şekilde iktisap etmesi de aynı sonucu doğurmaktadır²². Benzer şekilde, bir sermaye artırımını neticesinde elde edilen hisse satış bedellerinin, sermaye artırımından önce şirketten alacaklı olan ve aynı zamanda artırıma katılmış bir pay sahibinin şirketten olan alacağının ödenmesinde kullanılması durumunda da yasağı aykırılık vardır²³. Son halde, şirketten olan alacağın sermaye olarak getirilmesi de düşünülebilir. Zira sermaye olarak konulan alacağın borçlusunun şirket olması mümkündür²⁴. Kanaatimizce, borçlusunun şirket olduğu bir alacağın aynı şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi işlevsel

¹⁴ Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4; BGE 110 II 293, E-3b, s. 300, 301, bger.ch, s.e.t. 24.8.2020; TTK m. 347 hükmünde düzenlenmiş olan payın bedelini aşan prim de bu kapsamdadır, İsviçre hukuku açısından bkz. Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4.

¹⁵ Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4.

¹⁶ Konu ile ilgili bkz. **Yüce**, Aydın Alber (2018) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Ankara, Seçkin, s. 167 vd.

¹⁷ Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4.

¹⁸ Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 9.

¹⁹ Bkz. III, A.

²⁰ Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 9.

²¹ Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 9; Gauch/Aeppli/Stöckli: **Torre**, OR 680, N. 1; BGE 109 II 128, E-2, s. 129; bger.ch, s.e.t. 24.8.2020.

²² **Druey & Druey Just & Glanzmann**, §8, N. 39; **Guhl & Koller & Schnyder & Druey**, §66, N. 11; **Bauen & Bernet**, s. 47, N. 157; BGE 110 II 293, E-3b, s. 301, bger.ch, s.e.t. 24.8.2020.

²³ BGE 87 II 169, s. 182, bger.ch, s.e.t. 24.8.2020.

²⁴ **Arıcı**, M. Fatih (2003) Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, İstanbul, Beta, s. 35.

bir yol değildir. Şirket alacaklısının pay taahhüt etmesi ve ardından ortaya çıkacak sermaye borcunun şirketten olan alacağı ile takas etmesi daha pratik bir yoldur²⁵. Bu tercih, sermayenin iadesi yasağına aykırılık da oluşturmaz.

III. FİNANSAL DESTEK VERMENİN ÖZELLİKLERİ VE YÖNTEMLERİ

A. Hukuka Aykırı ve Uygun Finansal Destegın Genel Özellikleri

Sermaye borcunun ödenmesi amacıyla şirket tarafından verilen her türlü finansal destek hukuka aykırı²⁶ olarak nitelendirilemez²⁷. Söz konusu nitelendirme yapılırken “finansal destek” kavramı da açıklanmalıdır. Finansal destek kavramının tanımlanması konusunda TTK m. 380/1 hükmünden yararlanılabilir²⁸. Buna göre, çalışmamız konusuyla sınırlı olarak finansal destek, sermaye borcunun ödenebilmesi amacıyla, şirketin pay sahibi ya da ona yakın başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemlerdir. Şirket tarafından ortağa yapılan ödeme aşağıdaki özellikleri taşıyorsa, bunun finansal destek sağlama yasağını ihlal etmesi kuvvetle muhtemeldir²⁹:

- Ortağa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak yapılan *ödeme şüphelidir*.

- Şirketin finansal destek vermesi ya geçerli bir hukukî sebebe dayanmamaktadır ya da yapılan ödemeyi haklı kılabacak *rasyonel bir iktisadî gerekçe bulunmamaktadır*.
- Şirketin yaptığı *ödeme ile elde ettiği karşılık değer arasında aşırı fark* vardır. Şirketin pay sahibine 100.000 TL’lik bir ödeme yapmasına rağmen bu ödeme karşılığında 20.000 TL’lik hizmet temin etmesi buna örnektir.
- Şirketin yaptığı ödeme karşılığı elde ettiği ivaza *işletme konusunu gerçekleştirme açısından ihtiyacı yoktur*. Şirketin işletme konusu kapsamında yer almamasına rağmen pay sahibinden eğitim hizmeti alması ilgili duruma örnek gösterilebilir.

Sağlanan finansal destek aşağıdaki nitelikleri taşıyorsa hukuka uygun kabul edilebilir³⁰:

- Şirket ile ortak arasında gerçekleştirilen işlem neticesinde şirketin gerçekten bir karşılık elde etmesi.
- Şirketin elde ettiği bu ivaz karşılığı ortağa sağladığı finansman miktarının benzer işlemlerdeki edimlerle karşılaştırılabilir olması.
- Şirketin elde ettiği ivaz objektif olarak eş değerli (*vollwertig*) ve şirketin amacını gerçekleştirilmesi açısından gerekli olmalıdır³¹.

²⁵ **Yüce**, Aydın Alber (2021) Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi, İstanbul, Oniki Levha, s. 60.

²⁶ Sermaye borcuna dair olanları da ihtiva etmek üzere, hukukî işlemler bakımından hukuka aykırılıktan anlaşılması gereken emredici hükümlere aykırılıktır, **Hatemi**, Hüseyin (1976) Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 35-36. Uygulanacak yaptırım bakımından değerlendirildiğinde, TBK m. 27 anlamından kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi kılınmış olan hukuka aykırılık, pozitif hukuk kurallarına aykırılık olarak değerlendirilmelidir, **Hatemi**, s. 142.

²⁷ Bu hususta bkz. aşa. IV, A-E.

²⁸ Bu yönde bkz. **Gürel**, s. 129.

²⁹ **Wachter**, Thomas (2010) ‘Dienstleistungen und Kapitalaufbringung’, NJW, s. 1716.

³⁰ **Jäger**, Axel, (2011) ‘Die Entwicklung der Judikatur zur AG im Jahr 2010’, NZG, s. 213, 214; **Wachter**, Dienstleistungen, s. 1716.

³¹ Aynı sermaye ve şirketin amacı arasındaki ilişkiye yakından bakmak gerekir. Özellikle, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olmayan ancak şirket malvarlığına dâhil bulunması sebebiyle şirketin bilançosunu güçlendiren malvarlığı unsurları nasıl değerlendirilmelidir? Şirketin pay sahibine sağladığı fon karşılığında elde ettiği aynı unsurun, aynı sermaye olmaya elverişli olması yeterli

B. Hukuka Aykırı Finansal Destek Verme Yöntemleri

1. Şirketin Pay Sahibine Nakdi Ödünç Vermesi

Anonim şirketin ortaklarına sermaye borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla finansal destek vermesi yasağı, Türk Ticaret Kanunu'nda, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (AktG) ya da İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) doğrudan düzenlenmiş değildir. Bu *yasak*, TTK m. 480/3, AktG §66/1 ve OR Art. 680/2 hükümlerinin anlam ve amacından ortaya çıkmaktadır³².

Şirketin pay sahipleriyle, ödünç sözleşmesi³³ yapması sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kural olarak mümkündür. Ancak bu sözleşme, doğrudan pay sahiplerinin sermaye borçlarını ödeyebilmeleri için onların sermaye borçlarından kurtarılmasını da amaçlayabilir. Bu halde, ilgili sözleşmenin amacı, sermayenin korunması ilkesine aykırı olur³⁴. Her ne kadar anılan ödünç sözleşmesi kural olarak geçerli kabul edilse de taraflar bu sözleşmeyle sermayenin korunması ilkesine aykırı bir amaç taşımaktadır. Bu durum, ödünç sözleşmesiyle amaçlanan finansal destek sağlama yasağının dolanılması

anlamına gelir ve kanuna karşı hilenin bir örneğini teşkil eder. Gerçekten de kanuna karşı hilede hukuk düzeni tarafından yasaklanan bir sonucu elde etmek için, tarafların hukuk düzeninin müsaade ettiği başka bir işlem gerçekleştirilmesi söz konusudur³⁵. Pay sahibinin önce sermaye borcunu ödediği, sonra şirketin ödenen tutar kadar pay sahibine borç verdiği durumlarda yapılan hukukî işlemler de aynı niteliktedir³⁶. Kanuna karşı hile söz konusu olduğunda, dolanılmak istenen işlem için öngörülmuş olan müeyyide ne ise gerçekleştirilen işleme de o yaptırım uygulanır³⁷. Şu hâlde emredici bir hükmü dolanmak amacıyla gerçekleştirilen işlemler de emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz kabul edilir.

Şirket ile ortak arasında görünürde bir ödünç sözleşmesi akdedilmesine rağmen taraflar gerçekte ilgili bedelin pay sahibine bağışlanması iradesini taşıyabilir. Bu durumda taraflar gerçek iradelerini yansıtan bağışlama sözleşmesini, tüketim ödünç sözleşmesi ile gizlemektedir. Şu hâlde görünürdeki ödünç sözleşmesi tarafların gerçek iradelerini yansıtmaması yani muvazaalı olması sebebiyle kesin hükümsüzdür. Gizli işlem niteliğinde olan bağışlama sözleşmesi ise anonim şirketin ortaklarına

kabul edilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek gereklidir. İlk olarak ifade etmek gerekir ki şirketin nihai amacı, işletme konusuyla ulaşmak istediği hedef olan gelir sağlamaktır (**Meyer**, Manuel [2015] Die Sacheinlage im Aktienrecht–Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band/Nr. 328, Zürich, Dike, §9, N. 343 ve ayrıca bkz. TTK m. 331). Bir ayın, aynı sermaye olarak kabul edilmek için gerekli şartları (özellikle nakde tahvil edilebilme koşulunu) taşıdığı müddetçe, her zaman bahsedilen nihai amaca ulaşmak için elverişli sayılır (**Meyer**, M., §9, N. 348). Çünkü, nakde çevrilebilen bir unsur, şirket alacaklılarının tatmin edilebilmesi için de elverişlidir.

³² BGH, Urteil vom 30. 6. 1958 - II ZR 213/56, NJW 1958, Heft 35, s. 1351; BGH, Urteil vom 21. 11. 2005 - II ZR 140/04 (OLG Naumburg), NZG 2006, Heft 1, s. 24.

³³ Bu sözleşme, belli bir miktar paranın ödünç olarak verilmesini konu ediniyorsa tüketim ödünç (karz) sözleşmesi olarak karşımıza çıkar. Nitekim TMK m. 386 vd.'da düzenlenen

tüketim ödünç sözleşmesi ödünç verenin bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 386).

³⁴ Ziemons/Jaeger/Pöschke: **Ziemons**, GmbHG §19, N. 89; Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 61; Bayer, et al.: **Fleischer**, AktG §66, N. 5; MüKoAktG: **Bayer**, AktG §66, N. 14; BeckOGK: **Cahn**, AktG §66, N. 13; MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66.

³⁵ **Topçuoğlu**, Hamide (1950) Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit, Selüloz Basımevi, s. 7; **Atamulu**, İsmail (2017) Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, Adalet, s. 97.

³⁶ MüKoAktG: **Bayer**, AktG §66, N. 14; MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66.

³⁷ **Atamulu**, s. 100.

sermaye borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla finansal destek vermesi yasağına aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz kabul edilir³⁸.

Sermaye borcunun şirket varlıklarıyla finanse edilmek suretiyle ödenmesi sermaye borcunun (görünüşte) ödenmesinden önce ya da sonra gerçekleşebilir³⁹. Aslında burada önemli olan edimlerin⁴⁰ ne zaman ifa edildiği değil; sermaye borcunun görünüşte yerine getirilmesi amacıyla şirketle ortak arasında anlaşmanın (*Scheineinzahlungsabrede*) ne zaman yapıldığıdır⁴¹. Henüz ortak sıfatı kazanılmadan bahsedilen nitelikte bir anlaşmanın yapılması, sermaye borcunun ödenmesi amacıyla finansal destek verilmesi değil, TTK m. 380/1 anlamında şirketin paylarının iktisap edilmesi amacıyla finansal destek verilmesidir. Bu amaçla gerçekleştirilen hukukî işlemler ise, yukarıda da izah ettiğimiz üzere ayrıca yasaklanmıştır.

Sermaye borcunun şirket kaynaklarıyla ödenmesine yönelik anlaşma genellikle sermaye borcunun ödenmesinden önce yapılmaktadır⁴². Bu anlaşmayla şirket, ortağının sermaye borcunu ödeyebilmesi için ona finansman sağlamayı; ortak ise

bu finansman ile taahhüt ettiği pay bedelinin ödenmediği yönünde bir hukukî görünüş yaratmayı vaat etmektedir⁴³. Söz konusu anlaşmanın tarafları, kuruluştaki kurucular ve sermaye borcunu görünüşte ödeyecek olan ortaktır⁴⁴. Sermaye artırımlarında kurucuların yerini şirket tüzel kişiliğini temsilen yönetim kurulu alır.

Anılan her iki nitelikteki işlemde de pay sahibi sermaye borcundan kurtarılmış olur⁴⁵. Bu sebeple denebilir ki, şirket ile arasında bu tür bir görünüşte işlem olan pay sahibi aslında sermaye borcunun ifası kapsamında hiçbir şey yapmamıştır⁴⁶. Çünkü sermaye borcu için ödenmesi gerekli tutar halen şirket ortağının malvarlığında⁴⁷.

Ortağın sermaye borcunun şirket tarafından finanse edilmesi, getirilen sermayenin doğrudan şirketin tasarrufunda olmasını engellediğinden, sermaye için yapılmış ifanın etkisini ortadan kaldırır⁴⁸. Böyle bir ödeme de aslında görünüşte (*Scheinzahlung*) ödemedir⁴⁹. Görünüşte yapılan bu ödemeyle şirketin sermaye taahhüdünden doğan alacağının yerini, borçlar hukuku karakterli ve görece daha zayıf⁵⁰ bir hukukî korumaya sahip yine görünürde bir

³⁸ Gerçekten de nisbî muvazaa örneği olan bu durumda görünürdeki tüketim ödöncü sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması arzu edilmemekte, buna rağmen gizli işlem niteliğinde olan bağışlama sözleşmesi ise tarafların gerçek arzusuna uygun olmakla birlikte şirket tarafından ortaklara finansal destek sağlanması yasağını ihlâl etmektedir.

³⁹ **Wachter**, Thomas (2010) 'Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs', DStR, Heft 24, s. 1241.

⁴⁰ Kast edilen edimler, ortağın sermaye borcu ile şirketin ortağıyla yaptığı anlaşma gereğince bu borcun ödenmesi için ortağına finansman sağlamasıdır.

⁴¹ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1242.

⁴² **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1242.

⁴³ Aynı yönde bkz. **Jäggi**, Peter (1952) 'Die Scheineinzahlung von Aktien', SjZ, 48. Jahrgang, s. 298.

⁴⁴ **Jäggi**, s. 298.

⁴⁵ MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66; Burada, pay sahibinin sermaye borcundan sadece görünüşte

kurtulduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü ortada sermaye borcunun ödenmesi için gerçekte yapılmış bir ödeme yoktur.

⁴⁶ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1241; **Wicke** GmbHG, §19, N. 32; BGH, Urteil vom 21. 11. 2005 - II ZR 140/04 (OLG Naumburg), NZG 2006, Heft 1, s. 24 ve 25; BGH, Versäumnisurteil vom 12. 6. 2006 - II ZR 334/04 (OLG München), NZG 2006, Heft 18, s. 717.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 9. 1. 2006 - II ZR 72/05 (OLG Schleswig), NZG 2006, Heft 6, s. 229.

⁴⁸ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1241; MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66; BGH, Urteil vom 21. 11. 2005 - II ZR 140/04 (OLG Naumburg), NZG 2006, Heft 1, s. 24.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 22.3.2004 - II ZR 7/02, DStR 2004, Heft 26, s. 1096.

⁵⁰ Bu noktada, şirketin (adi) alacak hakkının sermaye alacağına göre daha zayıf olarak nitelendirilmesinin sebebi, sermaye borcunda temerrüt için kabul edilmiş olan iskat

alacak hakkı almaktadır⁵¹. Ancak şirketin ortaktan bu hakka dayanarak bir talepte bulunması mümkün değildir. Zira bu hakkın doğumuna sebebiyet veren işlemin muvazaalı olması, taraflar için herhangi bir hak ve borç meydana getirmez⁵².

Aslında sermaye borcunu sona erdiremeyen bu nitelikteki görünüşte ödemeler hüküm ve sonuç doğurmaz⁵³. Nitekim ortak ve şirket arasında yapılan bu yöndeki sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması taraflarca arzu edilmemektedir. Bu sebeple ilgili sözleşmeler muvazaalı olup kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabidir. Esasında ortaklara (gerçekte sermaye borcunun ödenmesi için) yapılan ödemelerin tek dayanağı, bu kişilerle yapılmış olan geri ödemeye dair anlaşmalardır⁵⁴. Bu anlaşmaların varlığı konusunda şüpheye düşüldüğünde, ortağa ödeme ve geri ödemelerin gerçekleştiği zaman dilimleri göz önünde tutularak bir sonuca ulaşılabılır. Günler hatta saatler içerisinde yapılan ödeme-geri ödeme işlemleri bu anlamda sermaye borcunun şirket tarafından finanse edildiğini gösterir⁵⁵. Bahsedilen bu ödeme-geri ödeme işlemleri sermaye borcunun ödenmesinden önce ya da sonra gerçekleşebilir. Önemli olan, sermaye borcunun ödenmesi amacıyla ortağa finansman sağlanmasıdır⁵⁶.

2. Şirketin Pay Sahibinin Bir Borcu İçin Teminat Vermesi

Şirketin pay sahibinin sermaye borcunun ifası amacıyla veya başka bir nakdi borcu için teminat vermesi durumunda da pay sahibinin asli borcundan kurtarılması yasağına ve sermayenin korunması ilkesine aykırılık söz konusudur⁵⁷. Şirketin malvarlığını tehlikeye atan böyle bir teminat, ortağa sermaye borcunu ödemesi için doğrudan finansal destek verilmesiyle aynı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olur⁵⁸.

Ortağın sermaye borcunun finanse edilmesi için bir banka ile kredi sözleşmesi de akdedilebilir. Bu halde şirket, ortağa sermaye borcunu ödemesi için sağlanan kredi için kefalet ya da borca katılma gibi yollarla şirket malvarlığını yükümlülük altına sokar⁵⁹. Finansal destek verme yasağına aykırılığın varlığı için işleme katılan üçüncü kişinin (örneğinimizdeki bankanın) hukuka aykırılığı bilip bilmemesinin bir önemi yoktur⁶⁰. Bu sebeple, bankanın anonim şirket ortağına kredi verirken kredinin nerede kullanılacağını ya da şirketin kefaletini kabul ederken aynı zamanda bu şirketin sermaye borcunun alacaklısı olduğunu bilmiyor olması yasağa aykırılığı ortadan kaldırmaz. Burada önemli olan sermaye

imkânının adı alacaklar için bulunmamasıdır. Adı alacakların aksine, sermaye borcu için öngörülen yaptırımlar pay sahipleri için daha ağırdır. Adı alacaklarda asıl alacağı ve işlemiş faizi talep edebilme imkânına ilaveten iskatta; 1- Pay sahipliği konumundan yoksun bırakılma, 2- İştirak taahhüdü ve kısmi ödemelerden yoksun bırakılma 3- (Esas sözleşmede varsa) Sözleşme cezası ve 4- Zararın varlığı halinde tazminat yükümlülüğü de mevcuttur.

⁵¹ **Schluck-Amend, Alexandra & Penke, Christoph** (2009) 'Kapitalaufbringung nach dem MoMiG und der „Qivive“-Entscheidung des BGH', DStR, s. 1435; **Herrler, Sebastian** (2009) 'Verdeckte Sacheinlagen (§ 19 IV GmbHG), Hin- und Herzahlen (§ 19 V GmbHG) sowie Dienstleistungen des Gesellschafters (Qivive) im System der Kapitalaufbringung der GmbH', JA, Heft 7, s. 531.

⁵² **Atamulu**, s. 124.

⁵³ BGH, Urteil vom 22.3.2004 - II ZR 7/02, DStR 2004, Heft 26, s. 1096.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 22.3.2004 - II ZR 7/02, DStR 2004, Heft 26, s. 1096.

⁵⁵ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1242; BGH, Urteil vom 18. 2. 1991 - II ZR 104/90, DNotZ 1991, Heft 11, s. 843 ve 845; BGH, Urteil vom 21.11.2005 - II ZR 140/04, DNotl-Report 2006, Heft 4, s. 33; BGH, Urteil vom 9.1.2006 - II ZR 72/05, DNotl-Report 2006, Heft 6, s. 51.

⁵⁶ Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 62.

⁵⁷ Ziemons/Jaeger/Pöschke: **Ziemons**, GmbHG §19, N. 89; Bayer, et al.: **Fleischer**, AktG §66, N. 5; BeckOGK: **Cahn**, AktG §66, N. 13; MüKoAktG: **Bayer**, AktG §66, N. 15.

⁵⁸ MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 67.

⁵⁹ **Wilk**, s. 148; MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 67; Baumbach/Hueck: **Fastrich**, GmbHG §19, N. 22.

⁶⁰ Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 63.

borcunun ifası ve kredi sözleşmesi arasında objektif bir bağlantının bulunmasıdır⁶¹. Mütelsil sorumluluk doğurucu bu tür işlemler, sermaye borcunun ödenmesi için ortağın finanse edilmesi amacını taşımaya dahi, iç ilişkide ortağın mütelsil sorumluluktan muaf olmasına dair şirketi yükümlü kılan anlaşmalar⁶² da dolaylı olsalar dahi sermayenin iadesi sonucunu doğurmakta olup hukuka aykırıdır⁶³.

3. Ortağın Getirdiği Nakdî Sermayenin Aynı Sermaye Olarak Değerlendirilebilmesi

a. Genel Olarak

Ortağın sermaye borcunu ödeyebilmesi amacıyla şirket tarafından finanse edilmesi kapsamında şirketle ortak arasında bir aynın devrinden kaynaklanan borç ilişkisi bulunabilir. Bu yöntemde ortak öncelikle nakdî sermaye taahhüdünde bulunur. Ardından şirkete bir aynın temlik edilir. Fakat ortağa, temlik edilen aynî unsurun gerçek değerinden daha fazla ödeme yapılarak sermaye borcunun buradan elde edilen kaynakla ödenmesi sağlanır. Bu şekildeki hukukî ilişkiler, ortağa ortaklık sıfatından dolayı üçüncü kişilere olduğundan farklı menfaatler tanınmasıyla aynı zamanda sermaye payının gizli olarak iade edilmesi anlamına gelir⁶⁴.

Esasında bu yapılan işlemler *örtülü aynî sermayenin* ortaya çıkmasına sebep olur⁶⁵. Ancak tek başına bu olguların gerçekleşmesi de yeterli değildir. Ayrıca şirkete bir aynın devredilmesiyle nakdî

sermaye taahhüdü arasında bağlantı olması gerekir⁶⁶ ki bu bağlantı sermaye borcunun şirket tarafından finanse edilmesi halinde vardır.

Bu yöntemin uygulanması sadece sermaye borçlusunun şirket tarafından finanse edilmesi anlamına gelmez. Aynı zamanda ortaklığa aynî sermaye getirilmesine ilişkin koruyucu hükümler⁶⁷ uygulanmaksızın aynî sermayenin getirilmesi neticesini doğurur⁶⁸.

Örtülü aynî sermaye getirilmesi yanında, ayıplı bir aynın sermaye unsuru olarak kabul edilmesi de dolaylı olarak sermaye borçlusunun bu borcu için finanse edilmesi anlamına gelir ve ayıplı aynî unsurun kabulü sermayenin iadesi sonucunu doğurur⁶⁹.

Türk Ticaret Kanunu'nda bu konuda (en azından şirketin tescilinden sonraki iki yıl için) bir koruma önlemi getirilmiştir. "*Kanuna karşı hile*" başlıklı TTK m. 356 /1 hükmü uyarınca, şirketin tescilinden itibaren *iki yıl içinde* bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Söz konusu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir. TTK m. 356/2 hükmüne göre ise, genel kurul (onay) kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak

⁶¹ Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 63.

⁶² Buradaki hukukî işlemler, sorumluluktan beri kılınmak istenen pay sahibi ve şirket arasında yapılan ve sadece iç ilişkide hüküm ve sonuç doğurabilecek sözleşmelerdir.

⁶³ MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 67.

⁶⁴ **Doğan**, s. 51.

⁶⁵ **Sönmez**, Yusuf Ziyaeddin (2019) 'Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynî Sermaye Konulması Sorunu', Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Oniki Levha, s. 1040.

⁶⁶ **Sönmez**, s. 1040.

⁶⁷ TTK m. 342, m. 343 ve m. 578.

⁶⁸ **Sönmez**, s. 1041.

⁶⁹ **Sevi**, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin, s. 392.

bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve aynılara değer biçer. Böylece, şirketin tescilinden sonraki iki yıl içindeki ayın ya da işletme devirlerine kuruluştaki koruyucu önlemler uygulanır. Bu önlemler sayesinde, şirketi zarara uğraticı birçok devralmanın önüne geçileceği kuşkusuzdur.

b. AktG §27/3 ve GmbHG §19/4 Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Anonim ve limited şirketlerde örtülü aynı sermaye getirilmesi Alman kanun koyucusunun üzerinde durduğu ve özel hükümler sevk ettiği bir konudur. Bu anlamda, metin olarak özdeş olan AktG §27/3 ve GmbHG §19/4 hükümleri⁷⁰ konu ile ilgilidir. Sermaye borçlusunun örtülü aynı sermaye getirilmesi yoluyla finanse edilmesi açısından ilgili hükümler değerlendirildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Öncelikle, örtülü aynı sermaye getirilmesi durumunda ortak sermaye borcundan kurtulmaktadır⁷¹. Bununla beraber, örtülü aynı sermaye getirilmesini hedefleyen ve şirkete bir ayının devrini sağlayan sözleşmeler ve bunların icrasına yönelik hukukî işlemler hükümsüz değildir. Oysa aşağıda⁷² görüleceği üzere, şirketin sermaye borçlusunu

finans ettiği diğer durumlarda bu amacı gerçekleştirmeye yönelik tüm hukukî işlemlerin batıl olduğu öğretide ittifakla kabul edilmektedir. Kanaatimizce Türk hukuku açısından, şirkete getirilen nakdî sermayenin örtülü aynı sermaye olarak değerlendirilmesini haklı kılan olgulara sebep olan hukukî işlemler, TTK m. 391 ve m. 447 anlamında sermayenin korunması ilkesine aykırılık gerekçesiyle batıldır.

4. Anonim Şirketin Ortak Lehine Bağışlamada Bulunması

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sonuçlarını sağlığında doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapma taahhüdü altına girdiği sözleşmedir⁷³. Bu sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 285/I hükmünde, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme olarak ifade edilmiştir. Hükümde her ne kadar "sağlararası"

⁷⁰ AktG §27/3 ve GmbHG §19/4: *"Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung. Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter."*

⁷¹ GmbHG §19/5 hükmüne göre ise, örtülü aynı sermaye olarak değerlendirilemeyecek bir ödeme söz konusu

olduğunda ortağın sermaye borcundan kurtulması sadece, şirkete, ödenen tutarı geri almayı hak taniyacak bir yetki tanındığında mümkündür. Bu talep hakkı muaccel hale getirilebilecek nitelikte olmalıdır. İster örtülü aynı sermaye getirilmesi olsun isterse de GmbHG §19/5 kapsamında bir ödeme olsun, önemli olan şirket kaynaklarının sermaye borçlusunu finanse etmek amacıyla bu kişiye aktarılmasıdır (**Schluck-Amend/Penke**, s. 1435).

⁷² Bkz. V, B.

⁷³ **Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, N. 924; **Yılmaz**, Merve (2011) 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, İstanbul, Oniki Levha, s. 11; **Jutzi**, Thomas (2017) 'Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht', Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis – recht, s. 253.

işlemlerden bahsedilmiş olsa da tüzel kişilerin ve bu arada şirketlerin de bağış yapması mümkündür⁷⁴.

Bir ticaret şirketinin bağışlama sözleşmesinde çoğu zaman bağışlayan sıfatıyla yer alması çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu sözleşme bir sosyal sorumluluk projesi kapsamında hayır amacının güdülmesi çerçevesinde gerçekleştirilebileceği gibi; bunun dışında, bir lobi faaliyetinin, bir seçimde adaylardan birinin ya da bir siyasi partinin desteklenmesi bağlamında da görülebilir⁷⁵. Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sebebiyle, bağışlananın bu sözleşme ile bir borç altına girmesi söz konusu değildir⁷⁶. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin aksine bağışlama sözleşmesiyle, bağışlananın karşı edimde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁷.

Anonim şirket ortaklarının sermaye borçlarını yerine getirmeleri amacıyla onlara bağış yapılmasında her ne kadar gönüllülük veya ivazsız olma özellikleri bulunabilirse de hayır amacı taşıma koşulu⁷⁸ bulunmamaktadır. Sırf ortağın sermaye borcunun ödenmesinin sağlanması için yapılan bir bağışın, şirketin belirli bir gruba yakınlaşmasını sağlama amacı taşıdığı da söylenemez. Böyle bir ödemede göz önünde tutulan sadece sermaye borçlusu pay sahibinin diğer pay sahipleri başta olmak üzere, alacaklılar ve bizzat şirkete aleyhine olan menfaatleridir. Dolayısıyla, şirketin yaptığı bağış ile sermaye borcunu ödeyen ortak sermaye borcundan

kurtulmuş olmaz. Bu nitelikte bir ifa sermaye borcu bakımından gerçek bir ifa olmaz ve hukuka aykırı olarak sermaye borçlusu finanse edilmiş olunur⁷⁹.

5. Yakın Kişiler Tarafından ve Bu Kişilere Yapılan Ödemeler

a. “Yakın Kişi” Kavramı

i. Genel Olarak

Anonim şirket ortağının sermaye borcundan (hukuka aykırı olarak) kurtarılması kapsamında yapılacak işlemler mutlaka ortak veya şirket arasında gerçekleşmek zorunda değildir. Aksine, sermaye borcunun finanse edilmesi için şirket malvarlığının üçüncü bir kişiye ya da üçüncü bir kişi tarafından ortağa aktarılması da bu anlamda yasaktır⁸⁰. Önemli olan, kanunu dolanmak amacıyla yapılan işlemle ortağın kendisine doğrudan kaynak aktarılmasıyla eşdeğer menfaatler elde etmesidir⁸¹. Bu sebeple pay sahibi ya da şirkete *yakın kişiler* tarafından veya bu kişilere yapılan ödemeler de incelenmelidir. Fakat bunun için öncelikle “yakın kişi” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Yakın kişiler, her şeyden önce TTK m. 393/1 hükmünde bahsedilen kişiler olabilir. Bu kişiler, pay sahibinin⁸² alt ve üst soyundan biri ya da eşi yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biridir.

⁷⁴ **Adıgüzel**, Burak (2019) ‘Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu’, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C: 14, s. 59.

⁷⁵ **Jutzi**, s. 257.

⁷⁶ **Eren**, N. 925.

⁷⁷ **Eren**, N. 928 vd.; **Yılmaz**, s. 14. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Jutzi**, s. 253.

⁷⁸ Şirketlerin bağışta bulunmalarında hayır amacı (*wohlthätige Zweck*) koşulu için bkz. **Jutzi**, s. 253 ve **Adıgüzel**, s. 66.

⁷⁹ **Sevi**, s. 110.

⁸⁰ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1242; **Wicke** GmbHG, §19, N. 32; BGH, Urteil vom 10. 12. 2007 - II ZR 180/06 (OLG Jena), NZG 2008, Heft 4, 144.

⁸¹ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1242; **Wicke** GmbHG, §19, N. 32.

⁸² TTK m. 393 hükmünde “yönetim kurulu üyesi”nden bahsedilse de konumuz bakımından özne, sermaye borcu hukuka aykırı olarak finanse edilmek istenen pay sahibidir.

Bu konuda ayrıca, SerPK m. 17/3 ve Kurumsal Yönetim Tebliği⁸³ m. 3/1-g hükmünde geçen “ilişkili taraf” kavramından yararlanılabilir. Kurumsal Yönetim Tebliği m. 3/1-g hükmüne göre ilişkili taraf, Türkiye Muhasebe Standartları’nda tanımlanmaktadır. Türkiye Muhasebe Standardı 24⁸⁴’te yer alan “ilişkili taraf” kavramı da şirkete “yakın kişi”lerin sermaye borçlusunu hukuka aykırı olarak finanse etmeleri halinde hukuka aykırılığın tespiti bakımından yol gösterici olabilir. Ancak pay sahibine yakın kişilerin tespitinde zikredilen düzenlemelerde sayılan kimseler sınırlayıcı değildir. Bu sebeple, belli kıstaslardan hareketle kimlerin yakın kişi sayılacağıın tespiti mümkündür. Aşağıda yer verilecek ölçütler, pay sahibine yakın kişilerin tespitinde de yol göstericidir.

ii. Türkiye Muhasebe Standartları’na Göre İlişkili Taraflar

TMS 24/1’e göre, işletmenin finansal durumu ile kâr veya zararı, ilişkili tarafların mevcudiyetinden, söz konusu taraflarla gerçekleştirilen işlemlerden ve işletme ile ilişkili taraflar arasındaki tahhütler dâhil olmak üzere, mevcut bakiyelerden etkilenebilir. Ayrıca ilişkili taraf ilişkileri, iş ve ticaret hayatının normal bir parçasıdır (TMS 24/5). Bir ilişkili taraf ilişkisi, işletmenin kâr veya zararı ile finansal durumu üzerinde etkili olabilir (TMS 24/6).

İşletmenin kâr veya zararı ile finansal durumu, ilişkili taraf işlemleri gerçekleşmemiş olsa bile ilişkili taraflarla olan ilişkilerden etkilenebilir. Yalnızca ilişkinin var olması bile bir işletmenin diğer taraflarla olan işlemlerini etkilemeye yeterli

olabilir (TMS 24/7). Dolayısıyla şirkete ya da ortasına yakın kişi olarak değerlendirilebilecek ilişkili tarafların somutlaştırılması gerekir. Bu somutlaştırma TMS 24/9’da yapılmıştır. Buna göre aşağıda yer verilen kişi ve işletmeler ilişkili taraf (konumuz açısından yakın kişi) olarak belirlenmiştir:

Bir kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi aşağıdaki ihtimallerin gerçekleşmesi halinde yakın kişi sayılır:

- Bu kişinin şirket üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması durumunda
- Bu kişinin şirket üzerinde önemli etkiye sahip olması durumunda
- Bu kişinin şirketin veya şirketin bir ana ortaklığının kilit yönetici personelinin⁸⁵ bir üyesi olması durumunda

Yakın kişi veya ilişkili taraf olma durumu tüzel kişilik düzeyinde de gerçekleşebilir. Bu doğrultuda, TMS 24/9’a göre, aşağıdaki olguların gerçekleşmesi halinde bir şirket ya da işletme sermaye borçlusunu finanse etme amacındaki anonim (A.Ş.) veya limited şirket (L.Ş.) ile yakın/ilişkili kişi/taraf sayılır:

- Söz konusu şirket ya da işletmenin ve A.Ş. veya L.Ş.’nin aynı grubun üyesi olması halinde (her bir ana ortaklık, bağlı ortaklık ve diğer bağlı ortaklık diğerleri ile ilişkilidir/yakındır)
- Söz konusu şirket ya da işletmenin, A.Ş. veya L.Ş.’nin iştiraki ya da iş ortaklığı olması halinde

⁸³ Seri II-17.1, RG. 3.1.2014, S. 28871.

⁸⁴ İlgili düzenlemeler için bkz. Türkiye Muhasebe Standartları 24-İlişkili Taraf Açıklamaları (TMS 24), [https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyuru- lar/v2/TMS_TFRS_Set- leri/2021/K%C4%B1rm%C4%B1z%C4%B1_Ki- tap/TMS%2024\(1\).pdf](https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyuru- lar/v2/TMS_TFRS_Set- leri/2021/K%C4%B1rm%C4%B1z%C4%B1_Ki- tap/TMS%2024(1).pdf), s.e.t. 11.9.2021.

⁸⁵ TMS 24/9: Kilit yönetici personel, işletmenin, (idari ya da diğer) herhangi bir yöneticisi de dahil olmak üzere, faaliyetlerini plânlama, yönetme ve kontrol etme yetki ve sorumluluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan kişilerdir.

- Her iki işletme veya şirketin de aynı bir üçüncü tarafın iş ortaklığı olması halinde
- İlişkili/yakın olduğu düşünülen şirket ya da A.Ş. veya L.Ş.'den birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması halinde
- İlişkili/yakın olduğu düşünülen şirketin, A.Ş. veya L.Ş.'nin ya da A.Ş. veya L.Ş.'yle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması halinde. A.Ş. veya L.Ş.'nin kendisinin böyle bir plânının olması halinde, sponsor olan işverenler de A.Ş. veya L.Ş. ile ilişkilidir/yakındır
- İlişkili/yakın olduğu düşünülen şirketin, yakın kişi/ilişkili taraf olan bir kişi tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi halinde
- A.Ş. veya L.Ş. üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde
- İşletmenin veya onun bir parçası olduğu grubun başka bir üyesinin, raporlayan işletmeye veya raporlayan işletmenin ana ortaklığına kilit yönetici personel hizmetleri sunması halinde

b. Ortağa Yakın Kişilere Şirket Tarafından Yapılan Ödemelerin Değerlendirilmesi

Hukuka aykırılığı sadece ortaklara yapılan ödemelerle sınırlı tutmak, amaçlanan hukuki korumayı sağlamaz. Bu sebeple şirket ortağı ile yakın ve sıkı bir ilişki içinde olan diğer gerçek ve tüzel kişilerin de bu kapsamda sayılması gerekir. Örneğin, ortağın katılım hakları dolayısıyla hâkim durumda bulunduğu bir *işletmeye* yapılan ödemeler de sermayenin iadesi ve bu borcun finanse edilmesi olarak değerlendirilir⁸⁶. Ayrıca, gerçek kişi ortağın resmen evli olduğu kişiye ya da reşit olmayan çocuklarına yapılan ödemeler de bu anlamda ortağa yakın kişilere yapılmış sayılır⁸⁷. Resmî bir birliktelik olmasa da ortağın hayatını birlikte sürdürdüğü partneri (yaşam/hayat arkadaşı) de yakın kişi olarak değerlendirilir⁸⁸.

Yakınlık değerlendirilirken somut olay ve sübjektif durumlar göz önünde tutulmalıdır. Az önceki örnekte zikredilen yaşam arkadaşının evlat edindiği kişi dahi duruma göre yakın kişi kapsamında sayılabilir⁸⁹. Dolayısıyla yakınlığı kan bağı veya resmî hukuki ilişkilerle sınırlanamamak gerekir. Şirket ortağı ile anlaşmalı olarak şirketin kaynak aktardığı saman adamlar⁹⁰ da bu doğrultuda finanse etme yasağı kapsamındadır⁹¹.

Sermaye borcunun şirket varlıklarıyla ödemesi çerçevesinde üçüncü kişilerin katılımı hem pay sahipleri hem de şirket açısından gerçekleşebilir. Bu çerçevede, şirketin ortak dışında üçüncü bir kişiye

⁸⁶ BGH, Urteil vom 02.12.2002 - II ZR 101/02, DNotI-Report 2003, Heft 6, s. 50; Baumbach/Hueck: **Fastrich**, GmbHG §19, N. 22; **Wicke** GmbHG, §19, N. 32.

⁸⁷ BeckOGK: **Cahn/v. Spannenberg**, AktG §57, N. 79.

⁸⁸ BeckOGK: **Cahn/v. Spannenberg**, AktG §57, N. 79.

⁸⁹ **Kleinert**, Ursula/**Mayer**, Volker (2018) 'Geschäfte der Aktiengesellschaft mit nahestehenden Personen und Unternehmen', EuZW, s. 315.

⁹⁰ Ortaklıklar hukukunda saman adam (*Strohmann*) kavramı, gerçek ortak tarafından görünürde ortak olarak işlev görmesi için ileri sürülen, dolaylı temsildeki hukuki ilişkiye benzer şekilde üçüncü kişilerle olan işlemlerde kendi adına ancak gerçek ortağın hesabına hareket eden kişiyi ifade eder (**Weber**, Claus [Hrsg., 2021] Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, 4. Auflage, München, CH Beck, S-Strohmann maddesi).

⁹¹ **Kleinert/Mayer**, s. 316.

borç vermesi ve sermaye borcunun bu kaynakla ödenmesi de finansal destek verme yasağına aykırıdır⁹².

c. Şirket Dışındaki Kişilerin Yaptığı Ödemelerin Değerlendirilmesi

Sadece anonim şirketlerin değil aynı zamanda bunların bağlı işletmelerinin pay sahiplerine verdiği finansal destekler de sermaye borcundan kurtarılmı anlamında hukuka aykırılık kapsamındadır⁹³. Örneğin, bir anonim şirketin doğrudan veya dolaylı olarak hâkim olduğu bir yavru şirket tarafından ortaklara sermaye borçlarını ifa etmeleri için kredi sağlanması ya da onların bir borcu için teminat vermesi sermayenin iadesi yasağına aykırı olarak finansman sağlama neticesini doğurur⁹⁴. Nitekim her ne kadar kural olarak ayrı tüzel kişiliklere sahip olsalar da ana şirket ve yavru şirketin sermayesi bütünlük arz eder ve tek bir sermaye sayılır⁹⁵. Ancak hiç şüphesiz gerçekleştirilen ödemeler değerlendirilirken tarafların gerçek iradelerinin ve hukukî işlemin sebebinin irdelenmesi gerekir. Nitekim gerçekte finansal destek sağlama niyeti olmaksızın geçerli bir hukukî ilişkiye dayanan ödemeler finansal destek verme yasağına tâbi olmaz.

IV. FİNANSAL DESTEK VERME YASAĞINA AYKIRILIK TAŞIMAYAN ÖDEMELER

Anonim şirketin ortaklarına yaptığı her türlü ödeme finansal destek verme yasağı kapsamında değildir. Pay sahibi bir kanun hükmüne

dayanarak şirketten bir ödeme talep etme hakkına sahip olabilir. Bu ödeme sonucu ortağın elde edeceği tutarı sermaye borcunun ödenmesinde kullanması yapılan ödemeyi hukuka aykırı hale getirmez. Kâr ve tasfiye payı ödenmesi (TTK m. 507), hazırlık devresi faizi ödenmesi (TTK m. 510) ve sermaye azaltımı sonucu ortaklara ödenecek tutarlar (TTK m. 473/4) böyledir.

Bir kanun hükmüne dayanmasa da karşı edimin rayiç değeri üzerinden ortaklara yapılan ödemeler de yasak kapsamında değerlendirilemez. Ayrıca, şirketin hukuka uygun olarak (TTK m. 379 vd.) kendi paylarını iktisap etmesi neticesinde ortağın elde edeceği tutarlar elde bulundurulmuş diğer paylardan doğan sermaye borcunun ödenmesi için kullanılabilir. Aşağıda bu olasılıklara başlıklar hâlinde değinilmiştir.

A. Kâr Payı Ödemesi

Her pay sahibinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkının bulunduğu TTK m. 507/1 hükmünde düzenlenmiştir. Şirket ortağının payına düşen yıllık kâr tutarını bakiye sermaye borcunun ödenmesinde kullanması doğaldır. Şirket ile ortak arasındaki bu karşılıklı borçlar takas da edilebilir.

Gerçek durumu yansıtmayan bir finansal tablo üzerinden haksız ve kötü niyetli olarak alınan kâr payının iadesi gerekeceği⁹⁶ gibi bu durum yönetim kurulunun sorumluluğuna da yol açar⁹⁷. Özellikle, yönetim kurulu veya müdürler kurulunun

⁹² Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 63.

⁹³ Baumbach/Hueck: **Fastrich**, GmbHG §19, N. 22; MüKoAktG: **Bayer**, AktG §66, N. 14.

⁹⁴ MüKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 68; **Doğan**, s. 53.

⁹⁵ **Doğan**, s. 53.

⁹⁶ Bkz. TTK m. 512 ve m. 513.

⁹⁷ **Bahtiyar**, Mehmet (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Beta, s. 299.

şirket ortağının sermaye borcunu finanse etmek niyetinde olduğu durumlarda gerçeği yansıtmayan bir bilançoyla genel kurulu yanıltarak kâr dağıtımına karar verilmesi yönünde faaliyetlerde bulunması mümkündür. Bu şekilde alınan kâr payının iadesi yükümlülüğü Kanun'dan doğmaktadır. Bu yolla alınan pay sahiplerine kâr payı ödenmesine yönelik genel kurul kararı, TTK m. 447/1-c uyarınca hükümsüzdür⁹⁸. Böyle bir işleme istinaden pay sahibinin sermaye borcundan kurtulmuş olması düşünülemez. Kâr payı olarak ödenen tutarların pay sahibi tarafından iadesi gerektiği gibi sermaye borcunun da ayrıca yerine getirilmesi gerekir. Gerçekten de sermaye olarak yatırılan tutarların iadesiyle ya da ortağın sermaye borcunu ödemesi için finanse edildiği durumlarda, şirket haksız olarak ortaklarına aktardığı tutarlar bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) göre bir talep hakkına sahip olur⁹⁹. Benzer şekilde haksız dağıtılan kâr payının iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmelidir. Bu anlamda, şirket ve pay sahibi arasında sermaye borcunun ödenmesi için fon sağlanması yönünde bir anlaşmanın olması, iyiniyetin bulunmadığına dair bir emare olarak değerlendirilebilir. Fakat böyle bir anlaşmanın yokluğunda sermaye borcu, bu borç (TBK m. 77 hükümleri göz önünde bulundurulduğunda) haksız dağıtılan kâr payı ile ödendiği için sona ermez.

Kâr payı ödenmesine yönelik genel kurul kararı, kötü niyetle kâr payı dağıtma amacı ile değil fakat başka bir sebeple de geçersiz olabilir. Bu

durumda da alınan kâr paylarının iadesinin yanında sermaye borcunun nakden ödenmesi gerekliliği ile varlığını sürdürmesi sonucu ortaya çıkar¹⁰⁰.

Tasfiye payı, pay sahibinin mâli hakları arasında olsa da TTK m. 543/1 hükmü uyarınca tasfiye payının dağıtıldığı anda pay sahiplerinin sermaye borcu ortadan kalkmış bulunacağından; sermaye borcunun bu yolla finanse edilmesi düşünülemez.

B. Hazırlık Devresi Faizi Ödemesi

Hazırlık devresi faizi, TTK m. 510 uyarınca, işletmenin tam bir şekilde faaliyete başlamasına kadar geçecek hazırlık dönemi için pay sahiplerine, Türkiye Muhasebe Standartları'na uygun olmak koşuluyla, özellikli varlık niteliğindeki yatırımların maliyetine yüklenmek üzere ödenen belirli bir tutar faizdir. Hazırlık devresi faizi, anonim şirketlerde sermaye borcuna karşılık faiz ödenmesi yasağına bir istisnadır¹⁰¹. Hazırlık dönemi faizi ödenmesinin kuruluş ve sermaye artırımında gerekli olan şartları vardır (TTK m. 510/1 ve 2). Kurulustaki şartlar; "özellikli varlık" niteliğinde bir yatırımın yapılacak olması, ödemenin Türkiye Muhasebe Standartları'na uygun olması, esas sözleşmede bir hükmün yer alması, ödenecek faiz tutarının belirli olması, ödemenin pay sahiplerine yapılması ve bu ödemenin belirli bir dönem için (hazırlık dönemi) yapılmasıdır¹⁰². Sermaye artırımındaki şartlar ise; yeni pay taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılması, faiz ödemesinin sermaye artırım kararında yer

⁹⁸ **Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, Vedat, N. 915a.

⁹⁹ **Wilk**, s. 147; Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 62; BGH, Urteil vom 9. 1. 2006 - II ZR 72/05 (OLG Schleswig), NZG 2006, Heft 6, s. 229; **Doğan**, s. 59; Ayrıca, sebepsiz zenginleşen ortak, iyiniyetli olsa dahi TBK m. 79 vd. hükümleri gereği iade borcu altındadır.

¹⁰⁰ **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, N. 915b.

¹⁰¹ **Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, İstanbul, Vedat, N. 937; **Pulaşlı, Hasan** (2020) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Bası, Ankara, Adalet, s. 573; **Ayhan, Rıza & Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yetkin, s. 431.

¹⁰² **Yüce**, Aydın Alber (2017) 'Anonim Şirketlerde Hazırlık Dönemi (Devresi) Faizi', Legal Hukuk Dergisi, S: 180, C: 15, s. 5846, 5847.

alması, faizin yeni pay sahiplerine ödenmesi, özelliikli varlık niteliğinde bir yatırımın yapılıyor olması ve süre bakımından faiz ödemesinin en geç yeni yatırımın faaliyete geçmesine kadar yapılmasıdır¹⁰³.

Hazırlık dönemi faizi ödemesi kuruluş veya sermaye artırımında yapılır. Zikredilen şartlar yerine getirilmişse, kanunî dayanağı bulunan bu ödemelerin pay sahibi tarafından sermaye borcunun ödenmesinde kullanılması mümkündür. Hatta kâr payı ödemesinde de ifade edildiği üzere, şirketin bu ödemelerden kaynaklanan borçları ile sermaye tahhüdünden kaynaklanan alacağı takas da edilebilir. Fakat gerekli şartlar yerine getirilmeden yapılan hazırlık dönemi faizi ödemeleri, TTK m. 512 ve m. 513 uyarınca iade borcunun konusunu oluşturur. Böylelikle pay sahibi haksız yere aldığı hazırlık dönemi faizini iade etmekle mükellef olur. Bu kapsamda tahsil edilen tutarlarla ödenen sermaye borcu da sona ermez. Şirketin haksız yere ödenen hazırlık devresi faizini iade talebi, haksız ödenen kâr payının iadesi talebinde olduğu gibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır.

C. Sermaye Azaltılması Sebebiyle Yapılan Ödemeler

TTK m. 473 - m. 475 uyarınca yapılacak sermaye azaltımı sürecinde, azaltılan sermayeye karşılık gelen payların sahiplerine yapılacak ödemeler Kanun gereğidir¹⁰⁴. Kanun gereği yapılan bu ödemelerin pay sahibi tarafından, şirketteki diğer paylarının bedellerinin ödenmesinde kullanılması mümkündür. Zaten pay sahibine bu şekilde yapılan

ödemeler sermayenin iadesi ya da sermaye borçlusunun finanse edilmesi olarak da görülemez. Zira itfa edilen payların bedelleri itfa tarihinden önceki bir zamanda şirkete geçmiştir.

D. Karşı Edimin Rayiç Değeri Üzerinden Yapılan Ödemeler

Sadece, şirketin, sermaye borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla ortaklarını finanse etmesine yönelik işlemlerin geçerli bir hukukî dayanağı yoktur¹⁰⁵. Bu sebeple, şirketin ortaklarına yaptığı tüm ödemeleri şüpheyle karşılamak ve sermayenin iade edildiği sonucuna varmak doğru değildir.

Şirket, sermaye borcunun ifasından önce bir hukukî ilişkiye istinaden *gerçek bir ivaz* elde etmişse sermayenin iade edildiği söylenemez¹⁰⁶. Fakat bu neticeye ulaşabilmek için şirketin elde ettiği edime karşılık ortağa ödenen bedel, öncelikle emsallerine uygun olmalıdır. Bu bedelin, emsalleriyle karşılaştırılabilir olmasının yanında edimin objektif değeri şirket menfaatleriyle de bağdaşmalıdır¹⁰⁷. Bu takdirde, şirketin ortağıyla işlem yapmasında ve her iki tarafa borç yükleyen bir hukukî işleme istinaden kendine düşen nakdî edimi ifa etmesinde bir sakınca yoktur. Bu doğrultuda örneğin ortağın şirkete bir konuda danışmanlık hizmeti vermesi dolayısıyla alacaklı olması, bu alacağı için kendisine yapılan ödemeyle sermaye artırımına katılması sermaye borcunun finanse edilmesi yasağına aykırı değildir¹⁰⁸. Bu şekilde elde edilen tutarlar şüphesiz bakiye sermaye borcunun ödenmesinde de kullanılabilir.

¹⁰³ Yüce, Hazırlık Devresi Faizi, s. 5848, 5849.

¹⁰⁴ Demir, Koray (2020) Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475), İstanbul, Oniki Levha, s. 124.

¹⁰⁵ Bkz. III, A.

¹⁰⁶ Baumbach/Hueck: **Fastrich**, GmbHG §19, N. 22.

¹⁰⁷ Baumbach/Hueck: **Fastrich**, GmbHG §19, N. 22.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 1.2.2010 - II ZR 173/08, DNotZ 2010, Heft 6, s. 461.

E. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi Durumunda Yapılan Ödemeler

Pay sahibi, payını üçüncü bir kişiye devredebilir ve bu suretle şirketten ayrılabilir. Pay sahibinin payını şirkete devretmesi de mümkündür. Pay sahibinin bu devir işlemi sonunda elde edeceği bedelleri sermaye borcunun ödenmesinde kullanması, sermayenin iadesi yasağı kapsamında değildir¹⁰⁹. Pay sahibine şirket tarafından iktisap edilebilecek sınırları¹¹⁰ aşmamak kaydıyla, şirketin kendisinden satın aldığı paylar için ödeme yapılabilir. Pay sahibi tarafından bu yola elde edilen bedel, pay sahibinin elinde bulundurduğu diğer paylardan kaynaklanan sermaye borcunun ödenmesi için kullanılabilir.

V. HUKUKA AYKIRI FİNANSAL DESTEK VERİLMESİNİN SONUÇLARI

A. Şirketin Kuruluşu, Tüzel Kişilik Kazanması ve Sermaye Artırımları Açısından

Ortağa sermaye borcunu ödemesi için hukuka aykırı finansal destek verilmesinin şirketin kuruluşu, tüzel kişiliğini kazanması ve varlığını devam ettirmesi üzerinde bir etkisi yoktur¹¹¹. Zira anonim

şirket tüzel kişiliği ticaret siciline tescille kazanmaktadır¹¹². Ayrıca tüzel kişiliğin kazanılmasında, şirkete sermaye olarak getirilen nakdî tutarların ne ölçüde şirketin tasarrufunda olduğunun bir önemi de bulunmamaktadır¹¹³.

Şirketin kuruluşunda ya da sermaye artırımlarında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle; alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa¹¹⁴, şirket aleyhine fesih davası açılabilir¹¹⁵.

B. Sermayenin İadesi Yasağına Aykırılık Açısından

Sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağına aykırı doğrudan ya da dolaylı tüm hukukî işlemler batıldır (kesin hükümsüzdür)¹¹⁶. Burada sermayenin iadesi sonucunu doğuran işlem korporatif karakterde¹¹⁷ ya da borçlar hukuku anlamında taraflara yükümlülükler getiren bir işlem olabilir. Her iki durumda da yapılan işlemler kesin hükümsüzdür¹¹⁸. Nitekim TTK m. 447/1-c (OR Art. 706/I, Ziff. 3) hükmünde, genel kurulun sermayenin korunması

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Wibmer OFK, **Dekker**, OR 680, N. 4.

¹¹⁰ TTK m. 379/1 hükmünün ilk cümlesine göre bir anonim şirket kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir işlem sonunda açacak olan miktarda, ivazlı (karşılıklı) olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez.

¹¹¹ **Jäggi**, s. 300.

¹¹² Bu hususta bkz. TTK m. 355/1 ve m. 588/1, OR Art. 643/1 ve Art. 779/1.

¹¹³ **Jäggi**, s. 300.

¹¹⁴ Bkz. TTK m. 353/1 ve OR Art. 643/3.

¹¹⁵ **Jäggi**, s. 300.

¹¹⁶ **Herler**, s. 531; **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1241; **Wilk**, s. 147; **Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel**, §50, N. 108; **Bauen & Bernet**, s. 47, N. 157; **Meyer**, T., s. 71; **Roberto/Trüeb AG CHK**, **Schmid**, OR 680, N. 9; **MüKoGmbHG: Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66;

Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 62; **Wicke** GmbHG, §19, N. 32; BGH, Versäumnisurteil vom 12. 6. 2006 - II ZR 334/04 (OLG München), NZG 2006, Heft 18, s. 717; **Doğan**, s. 58; **Sevi**, s. 110.

¹¹⁷ Anonim ortaklıklar hukuku alanında hüküm ve sonuç doğuran hukukî işlemler korporatif karakterdedir. Buna karşılık, korporatif karakterde olmayan hukukî işlemler (örneğin bir aynın alımı ya da satımı) borçlar hukuku sahasında hüküm ifade eder (Özellikle esas sözleşmedeki korporatif/şekli hükümler ayırımı açısından bu tasnif için bkz. **Veziroğlu**, Cem (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, Oniki Levha, s. 279). Örneğin, pay sahibinin bakiye sermaye borcunu esas sözleşmede yazılı süre içerisinde ödeyebilmesi için bu kişiye kredi sağlanması amacıyla alınan bir yönetim kurulu ya da genel kurul kararı korporatif niteliktedir.

¹¹⁸ **Kägi**, §4, N. 54; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, §50, N. 109; Aynı yönde bkz. BGH, Urteil vom 21. 11. 2005 - II ZR 140/04 (OLG Naumburg), NZG 2006, Heft 1, s. 24.

ilkesine aykırı kararlarının batıl olacağı açıkça düzenlenmiştir¹¹⁹.

Pay sahibinin sermaye borcunu ödedikten sonra şirketin bu tutarlar üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği andan itibaren sermayeyi pay sahiplerine iade etmesi, sermaye borcunu tekrar *canlandırır*¹²⁰. Bu hâlde ortağın sermaye borcundan kurtulması ancak şirket tarafından kendisine iade edilen tutarı geri ödemesiyle mümkün olur¹²¹.

Aynı doğrultuda, şirketin sermaye taahhüdünden doğan alacağının itfasına yönelik olarak pay sahiplerine borç vermesi de batıldır ve bu durumda pay sahipleri sermaye borçlarından kurtulmuş olmaz¹²². Şirketin sermaye alacağı üzerindeki hakkı, sadece pay bedelinin yatırılmasıyla sona ereceğinden bu hâlde sermaye borcu varlığını sürdürür¹²³.

Bazı pay sahiplerinin şirket yönetimi tarafından sürekli olarak kayırılması ve bu kişilerin sermaye borcundan kurtarılarak şirketin zarar uğratılması ve pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesine aykırı davranılması, TTK m. 531 anlamında şirketin feshinde haklı sebep olarak görülebilir. Bu durumda mahkeme, azınlığın talebi doğrultusunda şirketin feshine karar verebileceği gibi; alternatif çözüm olarak sermaye borcunun ödenmesi finanse edilen pay sahiplerinin şirketten aldıkları tespit edilen tutarların şirkete geri ödenmesini de kararlaştırabilir.

C. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasası Açısından (TTK m. 358)

TTK m. 358 hükmüne göre, vadesi gelmiş bakiye sermaye borcu bulunan ortağın, şirkete borçlanması yasaktır. Ayrıca, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmalıdır. Şirket tarafından pay sahibine yapılan herhangi bir nakdî ödeme yukarıda¹²⁴ sayılan sebeplerden biri ile gerçekleşmiyorsa, yapılan ödeme sermayenin korunması ilkesine aykırı olduğu gibi¹²⁵; böyle bir hukukî işlem TTK m. 358'i ihlâl etmesi dolayısıyla ve TBK m. 27 gereğince kanuna aykırı ve batıldır.

VI. HUKUKA AYKIRI FİNANSAL DESTEK VERİLMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

A. Hukukî Sorumluluk

1. İlke ve Yaptırım

Sermaye borçlusunun sermaye borcunu ödemesi için şirket tarafından gerekli koşullar olmaksızın finanse edilmesi hem hukukî hem de cezaî neticeler meydana getirir. Daha önce de değinildiği üzere, bu işlem şirketin doğrudan ortağına nakdî ödünç vermesi, onun lehine bağışlama sözleşmesi akdetmesi ya da bu kişinin bir borcu için teminat vermesi gibi yöntemlerle gerçekleştirilebilir.

¹¹⁹ **Kägi**, §4, N. 54; BGH, Urteil vom 21. 11. 2005 - II ZR 140/04 (OLG Naumburg), NZG 2006, Heft 1, s. 24.

¹²⁰ **Herrler**, s. 531; **Kägi**, §4, N. 54; **Böckli**, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich, Schulthess, §1, N. 331.

¹²¹ **Wachter**, Kapitalaufbringung, s. 1241; Heidinger/Leible/Schmidt: **Ebbing**, GmbHG §19, N. 62.

¹²² **Böckli**, §1, N. 331; **Bauen/Bernet**, s. 47, N. 157; **Meyer**, T., s. 71; Roberto/Trüeb AG CHK, **Schmid**, OR 680, N. 9; MuKoGmbHG: **Schwandtner**, GmbHG §19, N. 66.

¹²³ **Wilk**, s. 147.

¹²⁴ Bkz. yuk. IV. A-E.

¹²⁵ Yönetim kurulu kararları açısından bkz. TTK m. 391/1-b ve genel kurul kararları açısından bkz. TTK m. 447/1-c.

Bu ve benzeri işlemlerin şirket ve sermayesi açısından doğurduğu sonuçlar Türk Ticaret Kanunu'nda sorumluluk sebebi olarak gösterilmiştir. Örneğin TTK m. 550/1 hükmüne göre esas sermayenin karşılığı tamamen ödenmemişken bunu ödenmiş gibi göstermek hukuka aykırıdır¹²⁶.

2. Sorumlu Kişi Grupları

Pay sahiplerinin sermaye borçları için sermayenin korunması ilkesine aykırı olarak finanse edilmesi süreci göz önünde bulundurulduğunda, ilkenin ihlâlinin süjesi olarak dört grup bulunmaktadır. Bunlar pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleriyle yöneticiler, denetçiler ve pay sahipleriyle şirkete yakın kişilerdir.

Pay sahipleri aslında ödemedikleri sermaye borçlarını şirketten temin ettikleri fonlarla sona erdirmekle sermayenin görünürde oluşmasına sebep olur. Şirket sermayesi şirket alacaklıları için bir sorumluluk dayanağı olduğundan bu işlem sermayenin korunması ilkesine aykırıdır. Sermaye borcu bu şekilde finanse edilen şirket ortakları, şirket alacaklılarına karşı haksız fiil hükümlerine göre (TBK m. 49 vd.) sorumlu olurlar. Bu sebeple, zarara uğrayan şirket alacaklıları, haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunurken sermaye borcundan kurtulan pay sahibinin kusurunu ispat etmelidir (TBK m. 50/1). Kusurlu davranış, sermaye borcunun esasında ödenmemişken ödenmiş gibi gösterilmesidir (TTK m. 550/1). Yukarıda¹²⁷ da ifade edildiği üzere, sermaye borcunun hukuka aykırı olarak pay sahiplerine ya da şirkete yakın kişiler tarafından yapılacak ödemelerle de finanse edilmesi mümkündür. Bu kişilerin sorumluluğu bakımından da sermaye borcu

hukuka aykırı olarak finanse edilen pay sahiplerinin sorumluluğu açısından yapılan açıklamalar geçerlidir.

TTK m. 553/1'de yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumluluğu için özel bir hüküm sevk edilmiştir. İlgili hükme göre, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumludurlar. Buradaki kusurlu davranış, sermaye borcunun şirket kaynaklarıyla ödenmesini sağlayacak her türlü işlem veya eylemdir. Bu işlem veya eylemler, yönetim kurulu ve yöneticilerin şirketi temsilen pay sahibine fon sağlamaları ya da bu kişiler lehine bağışlama sözleşmesi akdetmeleri ya da bu kişilerin bir borcu için teminat vermeleri olabilir.

Denetçilerin sorumluluğunun en sık karşılaşıldığı durumlar, haksız ve iyiniyetli olmaksızın kâr payı dağıtılması ihtimallerinde gündeme gelir. Şirketin yılsonu finansal tablolarını denetleyen denetçi, aslında kâr edilmeyen bir faaliyet dönemi sonunda kâr dağıtım kararı alınmasında etkili olabilir. Bu etki ve TTK m. 554 anlamında *kusurlu hareket*, denetçinin finansal tabloların denetlenmesinde görevini özensiz yerine getirmesinde ya da ihmali sebebiyle de ortaya çıkabilir. Ayrıca denetçinin kusuru, finansal tabloların gerçeğe aykırı düzenlenmesinde ve bu tablolara istinaden kâr dağıtım kararı alınması örneklerinde olduğu gibi kasta da dayanabilir.

¹²⁶ Hükümde hukuka aykırılığın yaptırımını payları üstlenmiş olmakla bu payların karşılığını ve gerçekleşen zararı ödemek

olarak gösterilmiştir ve bundan doğan sorumluluk müteselsildir.

¹²⁷ Bkz. yuk. III, B, 5.

B. Cezai Sorumluluk

Hukukî sorumlulukta söz konusu olduğu gibi cezaî sorumlulukta da dört grup, sermaye borcunun hukuka aykırı finanse edilmesinden sorumlu olabilir. İlk olarak şirketin kurucuları, TTK m. 562/9 uyarınca, TTK m. 550 hükmüne aykırı hareket sebebiyle bu kategoride sayılabilir. TTK m. 562/9 hükmüne göre, sermaye tamamen ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterenler üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Kurucu pay sahiplerine veya şirkete yakın kişilerin de bu fiilleri işlemeleri halinde aynı sonuca varılır.

Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler de TTK m. 562/9 uyarınca, sermaye tamamen ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterdikleri durumlarda üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile ilgili bu hükmün yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 164. maddesi de konuyla ilgilidir. Hükme göre kamuya yapılan beyanlarda veya genel kurula sunulan raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler vermek veya verdirtmek, altı aydan üç yıla kadar hapis veya bin güne kadar adli para cezasını gerektirmektedir. Kanaatimizce sonraki tarihli ve konuyu özel olarak düzenleyen bir hüküm olması sebebiyle TTK m. 562/9 hükmü öncelikle uygulanmalıdır. Denetçiler bakımından ise, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere dair cezai sorumluluk getiren TTK m. 562/9 hükmü benzeri bir düzenleme yer almadığı için TCK m. 164 hükmü uygulanmalıdır.

VII. SONUÇ

Anonim şirket ortakları taahhüt edip de ödemedikleri sermaye borçlarından kurtarılamazlar. Sermayenin pay sahiplerine iade edilememesi prensibi de bu kuralın gereğidir. Bu sebeple, pay sahibi ödediği sermayeyi geri isteyemeyeceği gibi şirket de bu kişilere ödedikleri sermayeyi herhangi bir şekilde geri veremez. Sermaye borcunun ödenmesi gayesiyle şirketin pay sahiplerini finanse etmesi de sermayenin dolaylı olarak iadesi anlamına gelir ve yastaktır.

Pay sahibinin hukuka aykırı olarak finanse edilmesi çeşitli şekillerde görülebilir. Şirket bu amaçla pay sahibine bir tüketim öduncü sözleşmesine dayanarak doğrudan kaynak sağlayabileceği gibi; pay sahibinin bir borcu için teminat sağlanması da aynı sonucu doğurur. Örtülü aynı sermaye getirilmesine izin verilmesi de hukuka aykırı finansman yöntemlerinden biridir. Diğer yandan, nakit öduncü sözleşmesi yerine bağışlama sözleşmesine dayanarak da pay sahibi sermaye borcu için finanse edilebilir. Nihayetinde bağışlama sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilen bu işlemler de kesin hükümsüzdür.

Sermaye borcunun sona erdirilmesi amacıyla yapılan hukuka aykırı ödemeler sadece pay sahiplerine yapılanlarla sınırlı değildir. Pay sahiplerine yakın kişilere yapılan ödemeler ya da şirkete yakın kişiler tarafından pay sahibi ya da onlara yakın kişilere yapılan ödemeler de yasak kapsamındadır.

Şirketin pay sahiplerine yaptığı her türlü ödeme finansal destek verilmesi yasağı kapsamında değerlendirilemez. O halde, şirketin pay sahiplerine yaptığı ödemelerin bazıları bu açıdan hukuka uygun ve bazıları da hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı ödemelerin ortak özelliği, pay sahiplerinin sırf sermaye borçlarını ödemeleri amacıyla ve şirketin gerçek bir

karşılık elde etmediği halde finansal olarak desteklenmesidir. Bu sebeple, pay sahibine doğrudan ödünç verilmesi, pay sahibinin bir borcu için teminat verilmesi ya da pay sahibi lehine bağışlama sözleşmesi akdedilmesi ve son olarak da pay sahibinden bir eşyanın gerçek değerinin üzerinde devralınması gibi işlemler sadece pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması amacını taşıdığı için hukuka aykırıdır. Bunun yanında şirketin gerçek karşılık elde ederek pay sahibi ile gerçekleştirmiş olduğu işlemler ise hüküm ve sonuç doğurur. Öncelikle pay sahibinin kâr payını veya şartları oluşmuşsa hazırlık devresi faizini alma hakkı vardır. Bunların yanı sıra herhangi bir hukukî ilişki çerçevesinde karşı edimin rayiç değeri üzerinden yapılan ödemeler de sermaye finansmanı sağlama olarak değerlendirilemez. Bu gibi ödemelerden pay sahibinin elde ettiği tutarların sermaye borcunun ödemesinde (doğrudan nakden ya da takas yoluyla) kullanılması da mümkün ve hukuka uygundur.

Bu çalışma sonucunda yapılan tespitlerden biri, uygulamada pay sahiplerinin sermaye borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla anonim şirket tarafından desteklenmelerinin Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında görüldüğüdür. Ulaşılan sonuçlardan diğeri de bu işlemin sermayenin iadesi yasağını ihlâl ettiği ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olduğudur.

Pay sahiplerinin finansal olarak desteklenmesinin muvazaalı işlemler vasıtasıyla amaçlanması da mümkündür. Bu işlem veya işlemlerin mutlak veya nisbi muvazaa örnekleri şeklinde karşımıza çıkması muhtemeldir. Mutlak muvazaalı işlemler vasıtasıyla pay sahiplerinin finansal olarak desteklenmek istenmesi hâlinde bu işlemler tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için kesin hükümsüzdür. Görünürdeki kesin hükümsüz işlem vasıtasıyla gizlenen ve tarafların gerçek iradesi olan ortağın

finansal olarak desteklenmesi iradesini yansıtan işlemler ise bu yasağı ihlal ettikleri için aynı müeyyideye tâbidir.

Şirketin gerçek bir karşılık elde etmediği halde pay sahibinin sermaye borcundan kurtarılması amacıyla finansal olarak desteklenmesi engellenmelidir. Türk Ticaret Kanunu m. 480 hükmüne beşinci fıkra olarak, bu yönde aşağıdaki gibi bir hükmün ilave edilmesi yerindedir:

“(5) Pay sahiplerinin sermaye borçlarını ödeyebilmeleri amacıyla, şirket tarafından finansal olarak desteklenmelerine dair her türlü hukukî işlem geçersizdir. Pay sahiplerinin bu tür işlemlerden elde ettikleri tutarlarla sermaye borçlarını ödemeleri durumunda sermaye borcu varlığını devam ettirir.”.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak (2019) ‘Anonim Şirketlerde Bağış ve Yöneticilerin Sorumluluğu’, Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C: 14, s. 58-67.

Arıcı, M. Fatih (2003) Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, İstanbul, Beta.

Atamulu, İsmail (2017) Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, Adalet.

Ayhan, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yetkin.

Bahtiyar, Mehmet (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Beta.

Bauen, Marc & **Bernet**, Robert (2007) Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht-Fusionsrecht-Börsenrecht-Steuerrecht, Zürich, Schulthess.

Baumbach, Adolf & **Hueck**, Alfred (2019) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Auflage, München, CH Beck. (Atıf: Baumbach/Hueck: Yazar, GmbHG §-, N. -)

Bayer, Walter & **Merkt**, Hanno & **Bezenberger**, Tilman & **Drygala**, Tim & **Fleischer**, Holger & **Kleindiek**, Detlef & **Klöcker**, Ingo & **Krieger**, Gerd & **Langenbucher**, Katja & **Langhein**, Gerd H. (Hrsg., 2015) Aktiengesetz: Kommentar, 3. Auflage, Köln, ottoschmidt. (Atıf: Bayer, et al.: Yazar, AktG §-, N.)

Böckli, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich, Schulthess.

Demir, Koray (2020) Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475), İstanbul, Oniki Levha.

Doğan, Beşir Fatih (2005) ‘Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 56, C: 18, s. 48-60.

Druey, Jean Nicolas & **Druey Just**, Eva & **Glanzmann**, Lukas (2015) Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Zürich, Schulthess.

Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.

Fleischer, Holger & **Goette**, Wulf (Hrsg., 2018) Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage, München, CH Beck. (Atıf: MüKoGmbHG: Yazar, GmbHG § - N. -)

Forstmoser, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur & **Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Stämpfli.

Gauch, Peter & **Aepli**, Viktor & **Stöckli**, Hubert (Hrsg., 2016) Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Auflage, Zürich, Schulthess. (Atıf: Gauch/Aepli/Stöckli: Yazar, OR -, N. -)

Goette, Wulf & Habersack, Mathias & Kalss, Susanne (Hrsg., 2019) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, München, CH Beck. (Atif: MüKoAktG: Yazar, AktG § - N. -)

Guhl, Theo & Koller, Alfred & Schnyder, Anton K. & Druet, Jean Nicolas (2000) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich, Schulthess.

Gürel, Murat (2014) Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Hatemi, Hüseyin (1976) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Heidinger, Andreas & Leible, Stefan & Schmidt, Jessica (2017) Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), München, CH Beck. (Atif: Heidinger/Leible/Schmidt: Yazar, GmbHG § - N. -)

Hensler, Martin (Hrsg., 2020) beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht, München, CH Beck, Stand: 15.01.2020. (Atif: BeckOGK: Yazar, AktG §-, N. -)

Herrler, Sebastian (2009) 'Verdeckte Sacheinlagen (§ 19 IV GmbHG), Hin- und Herzahlen (§ 19 V GmbHG) sowie Dienstleistungen des Gesellschafters (Qivive) im System der Kapitalaufbringung der GmbH', JA, Heft 7, s. 529-534.

Jäger, Axel, (2011) 'Die Entwicklung der Judikatur zur AG im Jahr 2010', NZG, s. 210-217.

Jäggi, Peter (1952) 'Die Scheineinzahlung von Aktien', SjZ, 48. Jahrgang, s. 297-306.

Jutzi, Thomas (2017) 'Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht', Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis – recht, s. 251-277.

Kägi, Urs (2012) Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 309, St. Gallen, Dike.

Kleinert, Ursula & Mayer, Volker (2018) 'Geschäfte der Aktiengesellschaft mit nahestehenden Personen und Unternehmen', EuZW, s. 314-322.

Meyer, Manuel (2015) Die Sacheinlage im Aktienrecht–Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision, SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band/Nr. 328, Zürich, Dike.

Meyer, Tobias (2009) Gläubigerschutz durch Kapitalschutz - Eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 282, Zürich-St. Gallen, Dike.

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

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

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

Roberto, Vito & Trüeb, Hans Rudolf (Hrsg., 2016) Personengesellschaften und Aktiengesellschaft- Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, Schulthess. (Atf: Roberto/Trüeb AG CHK, Bölüm Yazarı, OR - , N.-)

Schluck-Amend, Alexandra & Penke, Christoph (2009) 'Kapitalaufbringung nach dem MoMiG und der „Qivive“-Entscheidung des BGH', DStR, s. 1433-1439.

Sevi, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara, Seçkin.

Sönmez, Yusuf Ziyaeddin (2019) 'Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynı Sermaye Konulması Sorunu', Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul, Oniki Levha.

Topçuoğlu, Hamide (1950) Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit, Selülöz Basımevi.

Veziroğlu, Cem (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, Oniki Levha.

Wachter, Thomas (2010) 'Dienstleistungen und Kapitalaufbringung', NJW, s. 1715-1718.

Wachter, Thomas (2010) 'Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs', DStR, Heft 24, s. 1240-1245.

Weber, Claus (Hrsg., 2021) Creifelds kompakt, Rechtswörterbuch, 4. Auflage, München, CH Beck.

Wibmer, Jeannette K. (Hrsg., 2016), Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich, Orell Füssli. (Atf: Wibmer OFK, Yazar, OR -, N.-)

Wilk, Cornelius (2013) 'Einlagefinanzierung durch die GmbH: Verbote, Rechtsfolgen, Heilung', DStR, s. 145-152.

Yılmaz, Merve (2011) 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, İstanbul, Oniki Levha.

Yüce, Aydın Alber (2017) 'Anonim Şirketlerde Hazırlık Dönemi (Devresi) Faizi', Legal Hukuk Dergisi, S: 180, C: 15, s. 5837-5854.

Yüce, Aydın Alber (2018) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Ankara, Seçkin.

Yüce, Aydın Alber (2021) Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi, İstanbul, Oniki Levha.

Ziemons, Hildegard & Jaeger, Carsten & Pöschke, Moritz (2020) BeckOK GmbHG, 44. Edition, Stand: 01.05.2020, München, CH Beck (Atif: Ziemons/Jaeger/Pöschke: Yazar, GmbHG §-, N. -).

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ÇALIŞANLARIN TELİF HAKKI İHLALİNDEN DOLAYI İŞLETME SAHİBİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU*

LEGAL RESPONSIBILITY OF BUSINESS OWNER FOR THE COPYRIGHT INFRINGEMENT OF THE EMPLOYEES

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ**

ÖZ

Bir fikir ve sanat eseri üzerindeki hakların ihlali halinde, hak sahibinin ancak ihlal eden kişiye karşı hukuki himaye talep etmesi mümkündür. Bu herkesin yalnızca kendi fiilinden sorumlu olması şeklindeki şahsi sorumluluk ilkesinin bir gereğidir. Nitekim FSEK'in 66 vd. maddelerinde haksız fiil teşkil eden eylemler ile eser üzerindeki manevi ve mali hakkı tecavüze tehlikesine veya tecavüze uğrayan hak sahibine, mütecevize karşı ref, men ve tazminat davaları açabilme yetki tanınmıştır. Ancak Kanun, tecavüzün bir işletme bünyesinde işletmenin çalışanları tarafından işin görülmesi sırasında gerçekleşmesi halinde davacıya, sadece faile karşı değil, işletmenin sahibine karşı da dava açma imkânı verilmiştir. FSEK 66 hükümlerine göre faile veya işletme sahibine izafe edilebilecek bir kusur bulunmasa bile bu davanın açılması mümkündür. Dolayısıyla kanun burada işletme sahibini, başkasının eyleminden dolayı sorumlu tutmuştur. İşletme sahibinin kusurunu gerektirmeyen bu sorumluluk, mahiyeti itibarıyla ağırlaştırılmış objektif özen sorumluluğudur. İşbu makalede işletmede çalışanların telif hakkı ihlallerinden dolayı işletme sahibine yüklenen sorumluluğun hukuki mahiyeti ve uygulanabilme şartları ve bunun TBK 66'dan kaynaklanan adam çalıştırmanın sorumluluğuyla olan ilişkisi üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Telif hakkı ihlali, başkasının fiilinden sorumluluk, işletme sahibi, işletme sahibinin sorumluluğu, objektif özen sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu.

ABSTRACT

In any case of violation of the copyright on an intellectual and artistic work, it is possible for the right holder to demand legal protection only against the infringer. This is a requirement of the principle of personal responsibility, that everyone is responsible only for his own actions. As a matter of fact, in Articles 66 et al. of the Turkish Copyright Code (TCC), the right owner whose moral and financial rights on the work are at risk of infringement or whose infringement is infringed by actions constituting tortious acts are authorized to file cease and prohibition the infringement and compensation cases against the intruder. However, the TCC allows the plaintiff to file a lawsuit not only against the perpetrator, but also against the owner of the business, if the infringement occurs during the execution of the business by the employees of the business within the body of a business. According to the provisions of Article 66 of the TCC, it is possible to file this lawsuit even if there is no fault attributable to the perpetrator or the owner of the business. Therefore, the law holds the business owner responsible for the action of someone else. This responsibility, which does not require the fault of the owner, is aggravated by its nature, the responsibility of objective care. In this article, the legal nature of the liability imposed on the owner of the business due to the copyright violations of the employees in the business and the conditions of its implementation and its relationship with the liability of the employer arising from Article 66 of the Turkish Code of Obligation (TCO) are emphasized.

Keywords: Copyright infringement, liability for acts of another, business owner, business owner liability, objective due diligence liability, employer liability

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 03.12.2020 / Kabul Tarihi: 20.12.2021).

** İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (eposta: Mustafa.ates@izu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2401-5384).

Atıf/ Citation: Ateş, Mustafa (2021), "Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Hukuki Sorumluluğu", TFM, C. 7, S: 2, s. 237-252.

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) anlamında ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema alanında eser mahiyetini taşıyan bir fikri mahsulü meydana getiren kimseye, hukuk düzenince tanınmış bir takım manevi ve mali haklar vardır. Manevi haklar Kanununun 14 ila 17 maddelerinde ve mali haklar da 21 ila 25 maddelerde tâdat edilmiştir. Kanununun 80. maddesinde ise bir fikir ve sanat eserini icra edene icra üzerinde, bir icraya ait sesleri veya diğer sesleri ses taşıyıcı ortama tespit edene fonogram olarak adlandırılan bu ortam üzerinde, yaptıkları yayınlar üzerinde radyo-televizyon kuruluşuna ve sinematografik bir yapımı meydana getiren kimselere de yapım üzerinde eser sahibine benzer mahiyette haklar tanınmıştır. O nedenle bu makalede eser üzerindeki haklarla ilgili yapılan açıklamalar, icracı, fonogramcı, radyo-televizyon kuruluşu ve film yapımcılarının hakları bakımından da aynen geçerlidir.

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi ve mali hakların temel özelliği, sahibine mutlak ve ihisari nitelikte menfaat ve yetkiler bahşediyor olmalarıdır. Bu itibarla eser üzerindeki hakları kullanmak isteyen üçüncü kişilerin ya eser sahibinden izin almaları veya eser üzerindeki hakkın izinsiz kullanımına hukuk düzenince cevaz veriliyor olması gerekir. Aynı durum bağlantılı hak konuları bakımından da geçerlidir. Hak sahibinin rızası hilafına veya izin veren herhangi bir hukuk kuralına dayanmaksızın bir fikir ve sanat eseri veya bağlantılı hak konuları üzerindeki hakların kullanılması hukuka aykırıdır ve haksız fiil olarak nitelendirilen böyle bir eylem hak sahibinin telif hakkına tecavüz teşkil eder.

Fikri haklara tecavüz halinde hak sahibinin, mütecevizi bu davranıştan men yetkisi vardır. FSEK'in 66 vd. maddelerinde, mali ve manevi

hakları ihlal edenlere karşı eser sahibine tanınmış dava hakları düzenlenmiştir. Buna göre eser sahibi, manevi ve mali haklarını tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir (FSEK 66); bu haklar tecavüz tehlikesine maruz kalırsa veya vaki olan tecavüzün devamı veya tekrarı ihtimali varsa aynı şekilde tecavüzün men'ini de dava edebilir (FSEK 69). Kanununun 70. maddesinde de, haklarının ihlalinden dolayı manevi ve mali bakımdan zarara uğrayan eser sahibine, maruz kaldığı zararın telafisi için maddi ve manevi tazminat davası açma yetkisi tanınmıştır. Eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına bu türden ihlallerin tamamı Borçlar Hukuku anlamında haksız fiil oluşturur. Eser üzerindeki manevi veya mali hakların ihlali halinde, buna yol açan fiilin fâili hak sahibine karşı hukuken sorumludur. Bu sebeple mağdur fâile karşı hakkın himâyesine yönelik davaları açarak hukuki koruma talep edebilir.

Hukukta sorumluluğun şahsiliği esastır. Şahsi sorumluluk prensibine göre kendi fiiliyle başkasına ait hakları ihlal eden kimse, buna bağlanan hukuki sonuçlara kendisi katlanmak zorunda olup fiilinin neticesinden bizzat sorumludur. Ancak bazı hallerde hukuk düzeni, başkasının hukuken korunmakta olan şahıs veya malvarlığında kapsamındaki bir değere müdahale anlamına gelen eylemde bir dahli bulunmayan kişileri de hukuka aykırı sonuçtan sorumlu tutabilmektedir. Bunun için sorumlu tutulan kişinin hukuka aykırı neticenin ortaya çıkmasında herhangi bir kusurunun bulunması önem taşımaz. Bu gibi hallerde "başkasının fiilinden sorumluluk" söz konusudur. Ancak başkasının fiilinden dolayı hukuken sorumlu tutulma hali istisnaidir. Kanunda özel olarak öngörülmediği sürece, hiç kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

Başkasının fiillerinden dolayı sorumlu olmanın istisnai hallerinden birine de, bu makalenin de konusunu teşkil eden FSEK'in 66. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'i dava edebilir. İkinci fıkra hükmüne göre ise, "tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir." Maddenin üçüncü fıkrasında ise, tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin yani işletme sahibinin kusurunun şart olmadığı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi kanun bir işletmede çalışan kimselerin işlerini görürken üçüncü kişilerin telif haklarını ihlal etmelerinden dolayı, işletme sahibini de sorumlu tutarak, mağdura, ona karşı tecavüzün ref'i davasını açabilme imkânı vermiştir. Üçüncü fıkradan da anlaşılacağı üzere bu davanın açılabilmesi için davalı olabilecek kişinin kusurunun bulunup bulunmadığının önemi yoktur.

Bu makalede, işletme çalışanlarının hizmetlerini ifa ettikleri sırada üçüncü kişilere ait telif haklarının ihlalinden dolayı işletme sahibinin sorumluluğu ele alınmaktadır. Bu çerçevede önce işletme sahibinin FSEK 66'dan kaynaklanan sorumluluğunun hukuki mahiyetine temas edilmektedir. Arkasından sırasıyla; kanunda işletme sahibi, müstahdem ve temsilci olarak anılan sorumluluk sülhelerinin tespiti yapılmakta, işletme sahibinin sorumluluğunun şartları ve bu sorumluluk ile TBK'nın 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu arasındaki ilişkiye değinilmektedir.

II. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukukta sorumluluk, fiilin fâiline, yani kendi hukuka aykırı fiilleriyle zararlı sonucun doğmasına sebebiyet verene aittir. Bu, şahsî sorumluluk ilkesinin gereğidir. Ancak bazı hallerde hukuk düzenince, bir kimsenin davranışının sebebiyet verdiği zararlı sonuçtan başka bir kimse sorumlu tutulabilmektedir. Nitekim şahsî sorumluluk esas kabul edilmekle birlikte FSEK'te başkasının fiilinden sorumluluğun özel bir haline de yer verilmiştir. Buna göre, eser üzerindeki manevi veya mali haklar ile bağlantılı haklara tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da dava açılabilir. Dava açılabilmesi için tecavüz edenin veya işletme sahibinin kusuru şart değildir (FSEK 66/2 ve 3).

Gerek FSEK 66/2 uyarınca işletme sahibinin gerek TBK 66 uyarınca gerek adam çalıştırmanın başka kişilerin eylemlerden dolayı sorumlulukları, hukukî mahiyeti itibarıyla aslında birer objektif özen sorumluluğudur.¹ Bu mahiyeti itibarıyla bir kusursuz sorumluluktur. Dolayısıyla işletme sahibinin sorumlu tutulabilmesi için kusur gerekmez.

Özen sorumluluğunun kaynağı, sorumlu kişinin ya belirli bir kişi veya kişiler üzerinde ya da bir şey üzerinde haiz olduğu hâkimiyettir. Hukuk düzeni sorumlu kişiye, hâkimiyeti altındaki kişi veya şey üzerinde bir denetim veya gözetim ödevi yüklemiştir. Objektif nitelikteki bu denetim ve gözetim ödevini ihlal eden kimseyi, husule gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutmuştur.² Ancak kanun koyucu, bazı hallerde sorumlu şahsa, sorumluluktan

¹ Bunlara aile başkasının sorumluluğu (TMK 369), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK 67), yapı malikinin sorumluluğu (TBK 69) ve taşınmaz malikinin sorumluluğunu

da eklemek mümkündür. Ancak aile başkanı dışındakilerin fikri hukuk alanında uygulanma imkânı yoktur.

² **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, s. 693, kn 1910.

kurtulma imkânı tanımayarak, ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu yüklerken; diğer bazı hallerde ise kanunun kendisine yüklediği objektif özen ödevini yerine getirdiğini ispat eden kişiye, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı vermiştir. O nedenle öğretide özen sorumluluğu; (i) kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumlulukları ve (ii) kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumlulukları şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır.³

Bu türden sorumlulukların ortak yanından biri sorumluluğun doğumunun kusurun varlığına bağlanmamış olmasıdır; ikincisi ise tehlike gibi bir unsura kurucu bir işlev yüklenmemiş olmasıdır.⁴ Nitekim kanunda “tecavüzün, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilceği, tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusurunun şart olmadığı” hükme bağlanmıştır (FSEK 66/2 ve 3).

İşletme sahibinin FSEK’e göre sorumluluğu, TBK’nın 66. maddesindeki adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi sorumlu kişinin belirli kişiler ve belirli bir işletme üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır. Kanunda “işletme sahibi” olarak nitelendirilen sorumlu kişi, hem hukuka aykırı olarak başkasına ait fikri hakkı ihlal eden kişi üzerinde hem de bu kişilerin hizmet ifa ettiği işletme üzerinde hâkim durumdadır. Bu konuyla maiyetinde çalışan kişilere gerekli talimatları vermek ve gereken gözetimi sağlayarak ihlale mâni olabilme imkânı mevcuttur. Bu sebeplerle işletme bünyesinde çalışan kişilerin hizmetlerini görürken sebebiyet verdikleri ihlallerde kusuru bulunmasa bile işletme sahibi

sorumlu tutulmuştur. Örneğin bir restoranda çalışanlardan biri, umumi mahallerde kullanım lisansı alınmamış müzik eserlerini içeren bir fonogramı işletme içerisinde çalarsa, işletme sahibi haberi ve bilgisi olmasa bile, bu fiilden dolayı eser sahipleri, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılara karşı sorumludur. Bu suretle kanun koyucu, bir işletme bünyesinde veya işletmeye izafe olunabilecek faaliyetler kapsamında gerçekleşen telif hakkı ihlallerine bağlanan yaptırımlardan, sorumluluğun nispeten zayıf durumda olanlara yıkılarak kaçınılmasına mâni olmak istemiştir.

TBK hükümlerine göre adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu kabulünü haklı kılan hakkaniyet ve adalet fikrinin,⁵ işletme sahibinin FSEK’e göre kusursuz sorumluluğu yönünden de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bir işletme bünyesinde ifa edilen hizmetlerden yararlanan süje işletme sahibidir. Bunun sonucu olarak başka bir kimsenin hizmet ediminden yararlanan işletme sahibinin, bu kimsenin hizmeti ifa ederken sebebiyet verdiği telif hakkı ihlallerinden kaynaklanacak zararlara da katlanması gerekir. Hakkaniyet ve adalet bunu gerektirir.

Aynı şekilde bir işletme bünyesinde gerçekleşen ihlalin gerçekten çalışandan mı kaynaklandığını yoksa işletme sahibinden mi kaynaklandığını tespit etmek çoğu zaman büyük zorluklar arz eder. Bunun sonucunda da hak sahibinin menfaatlerinin olumsuz yönde etkilenmesi veya uğradığı zararın katlanarak artması söz konusu olabilir. Mesela telif hakkı ihlaline yola açan kişi tespit edilmiş olsa bile, onun meydana gelen zararı tazmin ve telafi

³ Eren, s. 693-694, kn 1910; Antalya, Gökhan (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, s. 248. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M. (2002) Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, Turhan, s. 203 vd.

⁴ Eren, s. 693-694, kn 1910.

⁵ Eren, s. 695, kn 1915; Tandoğan, Haluk (1981) Kusura Dayanmayan Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.56; Oğuzman&Öz (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 16. Bası, İstanbul, s. 142.

edebilecek ekonomik gücü bulunmayabilir. Bu gibi sebeplerle bir işletmede hizmetinden yararlanan kişilerin üçüncü kişilerin telif haklarının ihlalden kaynaklanan zararlara kusuru olmasa bile o işletmenin sahibinin katlanması hakkaniyetin de bir gereğidir.⁶

İşletme sahibinin FSEK 66'dan kaynaklanan kusursuz sorumluluğu, ağırlaştırılmış bir objektif özen sorumluluğudur. Çünkü kanun işletme sahibine bu sorumluluktan kurtuluş beyyinesi getirmek suretiyle kurtulabilme imkânı tanımamıştır. Bununla birlikte işletme sahibi, zarar gören telif hakkı sahibine karşı herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmış ise, kusuru nispetinde eylemleriyle buna sebebiyet veren kişiye rücu edebilir.

Davacı, davasını fiilleriyle telif hakkını ihlal eden mütevacize karşı açabileceği gibi, yalnızca işletme sahibine karşı da açabilir. Davanın işletme sahibine karşı açılması halinde, işletme sahibi hukuka aykırı sonuçtan sorumlu olmadığı kusursuz olduğu ileri süremez. Davacı dilerse davasını hem fiilin failine hem de işletme sahibine karşı açabilir. Çünkü FSEK 66'den kaynaklanan sorumluluk, hukuk kanundan doğan müteselsil sorumluluktur.

III. SORUMLULUĞUN SÜJELERİ

FSEK 66/2'ye dayalı sorumluluğu süjesi işletme sahibidir. Ancak işletme sahibinin bu sorumluluğu kendi fiilinden kaynaklanan bir sorumluluk olmayıp, işletmede çalışan temsilci ve müstahdemlerin eylemlerinden kaynaklanan bir sorumluluktur. Sorumluluk süjelerinin tam olarak ortaya konulabilmesi için madde hükmünde geçen "işletme", "işletme sahibi", "temsilci" ve "müstahdem"

kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu kavramlarla nelerin murad edildiği ortaya konulmadıkça anılan hüküm kapsamındaki sorumluluğun mahiyetini kavramak zordur.

A. İşletme Kavramı

Kısaca, mal ve hizmet üretiminin gerçekleştirildiği iktisadi birimlere işletme denir. İşletmeler, faaliyet konularına göre, mal üreten ve hizmet üreten; mülkiyet yapılarına göre, kamu ve özel; büyüklüklerine göre, büyük, orta ve küçük ölçekli işletmeler şeklinde tasnif edilir. FSEK'te işletme kavramı tanımlanmış değildir. Ancak hukuki bir terim olarak işletme, ticaret hukukunun temel kavramlarından biridir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) ticari işletme kavramı, "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletme" şeklinde tarif edilmiştir (TTK 11). Anılan Kanunun 15. maddesi ise, "ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişiyi esnaf" olarak tanımlamaktadır. Buna göre gelir sağlamayı hedef tutan bağımsız ve sürekli faaliyetler, işletme kavramında işin esasını teşkil eder.

TTK'da yapılan tanım dar ve teknik anlamda işletmeyi ifade eder. Bazı alanlarda ticari işletme, esnaf işletmesi ve bu kavramların dışındaki iktisadi faaliyetleri de kapsayacak şekilde "teşebbüs" terimi

⁶ **Alica** (Yavuz&Alica&Merdivan) (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. I,1. Bası, Ankara, Seçkin, s. 1901.

kullanılmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda (RKK) rekabet hukuku süjelerini ifade etmek üzere kullanılan teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır (RKK 3). Teşebbüs kavramı, TTK’da kullanılan işletme kavramından çok daha kapsamlıdır. Buna göre gerçek kişiler dahi teşebbüs niteliğini haiz olabilir.⁷

FSEK’in 66. maddesinde kullanılan işletme kavramı ile dar ve teknik anlamda ticari işletmenin mi yoksa geniş anlamda teşebbüs kavramı anlamında mı kullanıldığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre FSEK 66’daki işletmenin dar anlamda anlaşılması gerekir.⁸ Biz ise bu kavramın, esnaf işletmelerinin yanı sıra, *Tekinalp*’in de ifade ettiği üzere, kâr elde etmeye yönelmemiş, iktisadi olmayan teşebbüsleri de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.⁹ Zira burada kanun koyucunun amacı, herhangi bir bağımlı çalışma ilişkisi içinde olup da, çalıştıran kişinin işini gören çalışanın üçüncü kişilere ait fikri hakları ihlal etmesi halinde, bu ihlalden çalıştırana sorumluluk izafe ederek; maiyetinde bulunan kişileri başkalarına ait hakları ihlal etmemelerini temin hususunda daha dikkatli ve özenli davranmaya zorlamaktır.

B. İşletme Sahibi

Kanunda işletme sahibinin tanımı da yapılmamıştır. Esasen buna gerek de yoktur. Zira bir şeye sahip olma, onun üzerinde hukukun tanımış olduğu her türlü hak ve yetkiyi kullanabilme, onun üzerinde belirleyici etkide bulunabilme yani

tasarruf edebilme iktidarını ifade eder. Buna göre işletme sahibi, mülkiyet hakkından veya diğer bir ayniaktan veya kişisel bir haktan kaynaklanan yetkileri çerçevesinde işletme üzerinde belirleyici etkide bulunabilme gücüne sahip gerçek veya tüzel kişidir.

Burada işletme sahibini geniş yorumlamak lazımdır. O nedenle herhangi bir özel hukuk kişisi veya kamu tüzel kişisi, hizmetinde çalışan kimselelerin işlerini gördüğü sırada başkasına ait bir esere ilişkin manevi ve mali haklara yönelik ihlallerinden dolayı sorumlu tutulabilir. Hatta adi şirket gibi tüzel kişiliği olmayan topluluklar ile gerçek kişi dahi maiyetinde çalışan kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulabilir. Örneğin bir avukatlık ofisinde çalışan stajyer tarafından üçüncü kişiye ait bilgisayar programının şifresinin kırılması suretiyle izinsiz olarak ofis işlerinde kullanması halinde, bundan dolayı hem bu fiili irtikap eden stajyeri hem de ofis sahibi avukat hukuken sorumlu olur. Bu anlamda avukatlık ofisini ticari işletme veya esnaf işletmesi saymak mümkün olmasa bile, FSEK 66/2 uyarınca ofis sahibi avukat işletme sahibi sıfatıyla taşır.

Keza, iktisadi veya ticari işletme niteliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Belediyeler, üniversiteler, bakanlıklar gibi kamu kurum ve kuruluşları da bu kapsamda değerlendirilir. Nitekim Yargıtay’ın da bu hükmü lafzından ziyade amacına uygun olarak yorumladığı, üniversiteler gibi eğitim kurumlarını dahi bu çerçevede mütalaa ettiği anlaşılmaktadır. Örneğin bir kararında, bir üniversitenin sürekli eğitim merkezi müdürünün telif hakkı ihlali niteliğini taşıyan davranışından dolayı, merkez müdürü ile

⁷ Teşebbüs kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Mustafa (2019) Rekabet Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 224 vd.

⁸ **Alica** (Yavuz/Merdivan), s. 1902.

⁹ Aynı yönde bkz. **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, s. 324, kn 75.

birlikte üniversitenin de sorumlu olduğuna karar vermiştir.¹⁰

C. Müstahdem

Genel anlamda müstahdem, hizmetli, istihdam edilen, yani bir hizmetin üretimi ve sunumunda emeğinden istifade edilen kimse demektir. Dar anlamda ise, başka birinin hizmetinde çalışan kimseye “müstahdem” denilir. Bir kimseyi çalıştıran kimse ise “istihdam eden” olarak adlandırılır. Buna göre FSEK’in 66/2. maddesinde sözü edilen “müstahdem” kelimesi ile başka bir kimsenin hizmetinde çalışan kişinin kastedildiğini açıklar. Çalışan veya kanundaki ifadesiyle müstahdem, başka bir kişinin işlerini, onun emir ve talimatı altında ve onunla bağımlılık ilişkisi içinde gören kimsedir.¹¹

Çalışan ile çalıştıran arasındaki hukuki ilişki, işgörmeye borcu doğuran hukuki işlem ile tesis edilir. Bu hukuki işlem iki taraf arasında bağımlılık ilişkisi kuruyorsa, bir hizmet veya iş akdinden söz edilir. Çalışan ile çalıştıran arasındaki işgörmeye münasebeti, taraflar arasında bağımlılık doğurmuyorsa, bunun eser (istisna), vekâlet, yayım hatta ortaklık sözleşmesi ile kurulan bir hukuki münasebet olduğu söylenebilir.¹² Bu konuda somut olayın özelliklerine göre karar verilir.

Kanaatimizce FSEK 66/2’deki müstahdem tabirini, kanundaki ifadesiyle “işletme sahibi” ile bağımlılık ilişkisi içinde çalışanlar olarak anlamak gerekir. Taraflar arasında hukuki ilişkinin hizmet veya iş sözleşmesi ile tesis edildiği hallerde, çalışma ilişkisinin “bağımlı” bir ilişki mahiyetini taşıdığına şüphe yoktur. Bu türden bir ilişkinin olduğu

hallerde, çalışan kimsenin “müstahdem”, “işçi”, “çırak”, “çalışan” veya “personel” gibi herhangi bir kavramla nitelendirilmiş olmasının önemi yoktur.

Aynı şekilde taraflar arasındaki istihdam ilişkisi eser, vekâlet veya yayım sözleşmesi ise, çalıştıran ile örneğin vekil, yüklenici veya yayımcı arasında bağımlılık ilişkisi varsa; bu kişiler çalıştırmanın emir ve talimatlarına uygun harekete mecbur iseler, bunların hukuka aykırı fiillerinden dolayı işletme sahibi aleyhine de dava açılabilir.

İlave edilmelidir ki, bağımlı çalışma ilişkisinin özel hukuktan kaynaklanmış olması şart değildir. Yukarıda ifade edildiği gibi biz burada “işletme” kavramını dar ve teknik anlamda yorumlamanın doğru olmayacağı, kamu işletmelerinin ve hatta kamu hizmeti kurumlarının da bu kapsamda mütalaa edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre üniversite, belediye, kamu iktisadi teşebbüsleri, bakanlıklar veya kamu hukukuna tabi diğer kurum ve kuruluşlarında işçi olarak çalışanların yanı sıra memur, sözleşmeli personel ve geçici görevli gibi herhangi bir unvan altında “bağımlı” çalışan kişilerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı, bu kişilerin yanı sıra veya bunlardan bağımsız olarak bunları tayin eden, görevlendiren veya çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarına karşı da FSEK 66 vd. hükümlerine göre dava açılabilir.

D. Temsilci

FSEK 66/2’de sözü edilen temsilci, sözcük olarak, “bir kimse veya bir topluluk adına hareket eden, kendisine herhangi bir hususta yetki verilmiş olan kimse” anlamına gelir. Temsil aynı zamanda

¹⁰ YHG, T. 15.12.2010 E. 2010/4-607 K. 2010/663 **Alica** (Yavuz&Alica&Merdivan), Karar No. 76/32. *Alica* bu karara katılmadığını, üniversitenin istihdam eden sayılsa da işletme olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. age, s. 1902, dp. 155.

¹¹ **Eren**, s. 701.

¹² Bu konuda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Mustafa (2012) *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, Ankara, § 15, s. 303 vd.

hukuki bir terimdir. Hukukta başkası nam ve hesabına hukuki işlem yapan kişiye temsilci denir (TBK 40/1). Ancak FSEK'in mezkûr maddesinde temsilci ile neyin kastedildiği açık değildir. O nedenle öğretilerde FSEK 66/2'deki "temsilci" kavramından, ticaret şirketleri ile bir ticari işletmenin sahibi veya işleteni olan diğer kişilerin organlarının anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³

Kanaatimizce mezkûr maddedeki temsilci terimini, ticari nitelikteki diğer tüzel kişilerin organları şeklinde yorumlamak uygun olmaz. Tüzel kişinin organı, ne çalışan ne de yardımcı kişi olarak nitelendirilebilir. Zira organ, bir nevi tüzel kişinin kendisidir. Kanun veya tüzüğe göre sahip olduğu durum ve yetkilerle tüzel kişinin işlerini yerine getirmeye yetkili olan kişi veya kurullar organdır.¹⁴ Tüzel kişinin iradesi organlar tarafından açıklanır (TMK 50/1). O nedenle organın eylemi, tüzel kişinin eylemi sayılır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (TMK 50/2). Organı oluşturan gerçek kişilerin organ sıfatıyla verdikleri zararlardan TMK 50/2 uyarınca doğrudan doğruya ve adeta bu fiili kendisi işlemiş gibi tüzel kişi sorumlu olur. Bu sebeple organ hukuka aykırı eylemi işlerken kusuru olmasa bile FSEK 66/2 hükümlerine göre dava, organa karşı değil, doğrudan doğruya tüzel kişiye karşı açılmalıdır.

Sonuç olarak "temsilci" tabirinden tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili bulunan müdür veya mümessil gibi kişileri anlamak gerekir. Aynı şekilde ticari işletmeler yönünden işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde

ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişileri (TBK 547/1) de bu kapsamda mütalaa etmek mümkündür.¹⁵ Ancak hem ticari işletmeler hem de diğer tüzel kişiliklerin organ sıfatı bulunmayan temsilcilerini "müstahdem" olarak düşünmek de mümkündür.¹⁶

TMK hükümlerine göre tüzel kişi organlarının, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır (TMK 50/3). Bu durumda, kusurunun bulunduğu hallerde, fikri hak ihlalden dolayı tüzel kişi organları kişisel olarak da sorumlu tutulabilir. Ancak FSEK 66/2'de haksız fiili işleyene kişiye karşı kusuru olmasa bile dava açılabileceği öngörüldüğünden, hukuka aykırı fiilin faili olan organa karşı kusuru olmasa bile dava açılabilir.

IV. İŞLETME SAHİBİNİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Telif haklarına yönelik tecavüzlerde, FSEK'in 66/2. maddesine göre hizmetli ve temsilcilerin fiillerinden dolayı işletme sahibinin sorumluluğu ile TBK 66 hükümlerine göre çalışanların fiillerinden dolayı adam çalıştıranın sorumluluğu, gerek sorumluluk sebepleri, gerek sorumluluk şartları ve gerekse sorumluluk sonuçları bakımından aynı özellikleri taşımaktadır. Aralarındaki fark, ilkinin telif haklarına özgü ihlallere ilişkin sorumluluğu düzenliyor olması, ikincisinin ise genel anlamda

¹³ **Tekinalp**, s. 324; **Öztan**, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 628; **Alica** (Yavuz&Alica&Merdivan), s. 1904.

¹⁴ **Eren**, s. 701, kn. 1930.

¹⁵ **Tekinalp**, s. 324, kn 75; **Öztan**, s. 628; **Alica** (Yavuz&Alica&Merdivan), s. 1904

¹⁶ **Arslanlı**, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, s. 210. Yazar, bu nedenle mezkûr

hükümle organ sıfatıyla hareket eden temsilcilerin de şahsen mesul tutulabilmeleri veya istihdam edenlerin BK 55. maddenin (yeni md 66) tanıdığı beraat imkânlarından istifade edememeleri gayesinin istihdaf edildiğinin düşünülebileceğini, ancak bu ifadenin çok daha vazih olması gerektiğini ifade etmektedir.

istihdam ilişkileri kapsamında çalışanın sebep olduğu zararlardan adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenliyor olmasıdır. İkisi arasındaki en önemli fark, işletme sahibine sorumluluktan kurtuluş imkânı verilmemiş iken, adam çalıştırana bu imkânın tanınmamış olmasıdır.

Bu itibarla aşağıda ağırlıklı olarak işletme sahibinin sorumluluğuna ilişkin açıklamalara yer verilecek olup, bunlar, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde TBK'nın 66. maddesi kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından da geçerlidir.

FSEK'te "tecavüzün, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılacağı, tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusurunun şart olmadığı hükme bağlanmıştır (FSEK 66/2 ve 3). Buna göre bir işletme sahibine karşı, işletmede istihdam edilenlerin hukuka aykırı fiillerinden dolayı FSEK 66 vd. hükümlerine göre dava açılabilmesi için şu şartların varlığı gerekir:

B. Zararlı Bir Sonuç Bulunmalıdır

Burada "zararlı sonuç" deyimiyle, hukuka aykırı davranışın hukuk âleminde ve maddi âlemde yol açtığı netice kastedilmektedir. Ref davasının açılabilirdiği hallerde zararlı sonuç, manevi veya mali haklara yönelmiş devam eden hukuka aykırı bir saldırdır. Men davalarında zararlı sonuç ise henüz gerçekleşmemiş olsa da, gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir saldırı tehlikesidir. Maddi ve manevi tazminat davaları bakımından ise maddi âlemde tezahür eden hak sahibinin iradesi dışında malvarlığı veya manevi varlığında gerçekleşen eksilmedir. Bu durum tazminat hukukunda "zarar" olarak nitelenir.

Buna göre manevi veya mali hakka yönelik bir tecavüz veya tecavüz tehlikesi vuku bulmuş ise işletme sahibi veya çalıştırana karşı ref ve men davaları açılabilir. Bu davaların açılabilmesi için zararın varlığı şart değildir. Tehlike arzeden veya gerçekleşen saldırıdan dolayı zarar da doğmuş diğer şartların da varlığı halinde FSEK 68'e dayalı üç katta kadar ref tazminatı ve/veya FSEK 70 hükümlerine göre maddi ve manevi tazminat davaları açılması da mümkündür.

C. Zararlı Sonuç Çalışanın Davranışından Meydana Gelmelidir

Telif haklarına tecavüz, tecavüz tehlikesi veya maddi ve manevi zarar şeklindeki sonucun, hizmeti ifa ettiği sırada çalışanın davranışından meydana gelmesi lazımdır. Zararlı sonucu doğuran davranış, yapılmaması gerekeni yapma şeklinde olumlu yani icraî bir davranış olabileceği gibi yapılması gerekeni yapmama şeklinde olumsuz yani ihmalî bir davranış da olabilir.

Örneğin umumi mahal sayılan bir mekânda bulunan şifreli televizyon yayınının, işletme çalışanı tarafından şifrenin kırılması suretiyle mekânda bulunanlara izletilmesi, yapma şeklinde bir davranıştır. Buna karşın şifreli yayın kuruluşundan alınan şifrenin hak sahibinden izin almadan başka bir umumi mahal sahibi ile paylaşarak aynı yayının orada da izlenmesine imkân sağlanması ise olumsuz bir davranıştır.

D. Zararlı Sonuca Yol Açan Davranış Hukuka Aykırı Olmalıdır

Çalışanın davranışının hukuka aykırı olması, başkalarının haklarını korumaya matuf hukuk kurallarının ihlal edilmesi demektir. Kişilere

başka bir kimsenin menfaatini ihlal etmeme ödevi yükleyen veya başkalarına karşı belirli bir davranışta bulunma ödevi yükleyen hukuk kurallarına uymama şeklindeki insan davranışları hukuka aykırıdır. Örneğin başkasına ait bir eserin eser sahibinden izin alınmadan korsan baskısının yapılması ve dağıtılması şeklinde tezahür eden davranış böyledir.

Bir davranışın hukuka aykırı sayılması için hukuka uygunluk sebeplerinden birinin de bulunmaması gerekir. Örneğin bir çalışanın başkasına ait bir eseri kişisel ihtiyacı için kısmen çoğaltması, FSEK 38/1 kapsamında mütalaa edilebiliyorsa, hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

E. Zararlı Sonuca Yol Açan Davranış Hizmetin İfası Sırasında Meydana Gelmelidir

Mali veya manevi hakka tecavüzün, tecavüz tehlikesinin yahut maddi veya manevi zararın çalışana veya işletmenin temsilcisine verilen işin görülmesi sırasında meydana gelmesi gerekir. Diğer bir deyimle, hukuka aykırı sonuç ile çalışanın ifa etmekte mükellef olduğu iş arasında fonksiyonel bir bağ bulunmalıdır.¹⁷ Buna göre zararlı sonuç, adam çalıştırana, adam çalıştırma ilişkisini kurmaya ve özellikle de çalışana, çalıştırmaya sevkeden işin görülmesi sırasında meydana gelmiş ise, işlevsel bağ kurulmuş demektir.¹⁸

Örneğin bir mühendislik firmasında iş akdiyle çalışan mimar, işyerine ait bilgisayara inşaat projesi çiziminde kullanılan bir bilgisayar programını hak sahibinden izin almadan yükler ve proje çiziminde kullanırsa, hukuka aykırı sonuç ile mühendisin görmek zorunda olduğu iş arasında fonksiyonel bir bağ vardır. Buna karşılık aynı çalışanın

hazırladığı doktora tezine, başkasına ait eserlerden usulsüz iktibas veya intihal yoluyla yapmış olduğu ihlaller ile gördüğü hizmet arasında işlevsel bir bağ yoktur. İlk örnekte mühendislik firması sahibine karşı dava açılması mümkün olduğu halde; ikinci örnekte bu mümkün değildir. İkinci örnekte çalışanın eylemi, onun görmekle mükellef olduğu hizmetten bağımsızdır. O nedenle bu eyleminden dolayı yalnızca mühendise karşı dava açılabilir.

F. İşletme Sahibi ile Çalışan Arasında Bağımlılık İlişkisi Bulunmalıdır

İşletme sahibi ile çalışan arasında bağımlılık ilişkisinin bulunması gerekir. Bağımlılık, iki taraflı bir hukuki ilişkide bir tarafa, diğer tarafın hareket tarzını belirleyebilme, onu yönetebilme ve yönlendirebilme gücü verir. Bu itibarla, işletme sahibi ile işletmede çalışan kişi arasındaki münasebetin işletme sahibine diğer tarafa talimat verebilecek ve o taraf üzerinde gözetim ve denetim yapmasına imkân sağlayan bir hukuki ilişki olması gerekir

İş veya hizmet sözleşmesi, sözleşmenin işçi veya çalışan olarak da adlandırılan tarafına, iş sahibinin emir ve talimatları doğrultusunda iş ve hizmet ifa yükümlülüğü yükler. Dolayısıyla bu türden sözleşmeler kapsamında çalışan kişi ile çalıştırana arasında bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Vekâlet, istisna ve yayım şeklindeki işgörmeye akıtları somut olay bakımından bağımlı bir çalışma ilişkisi tesis ediyorsa, bu gibi hallerde de taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin varlığından söz edilebilir. Böyle bir bağımlılık ilişkisi mevcut ise adam çalıştırana veya işletme sahibi

¹⁷ Tekinay&Akman&Burcuoğlu&Alttop (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s. 506; Eren, s. 703, kn 1934.

¹⁸ Eren, s. 703, kn 1934.

hakkında FSEK 66 vd. hükümlerine göre dava açılabilir.¹⁹

Bağımlılık ilişkisinin sözleşmeden, kanundan veya fiili durumlardan doğmuş olup olmamasının önemi yoktur. Keza, bağımlılık ilişkisinin en önemli unsuru, adam çalıştırma ve çalışanın hizmetinden yararlanmanın adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine yönelmesi olup, çalışanın hizmeti çalıştırmanın menfaatine yapıp görmesi gerekir.²⁰ O nedenle görülen hizmet veya çalışma, çalıştırmanın veya işletme sahibinin menfaatine ise, çalıştırmanın doğrudan talimat ve gözetiminde olmayan kimselerin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı da çalıştırana karşı dava açılabilir.

G. Zararlı Sonuç ile Çalışanın Eylemi Arasında Uygun İlliyet Bağlı Bulunmalıdır

FSEK'in 66/2. maddesinden dolayı işletme sahibinin ve TBK'nın 66. maddesi hükümlerine göre de adam çalıştırmanın sorumluluğu hukuki mahiyetleri itibarıyla kusursuz sorumluluktur. Uygulama ve öğretide kusursuz sorumluluk için "sebepl sorumluluğu" da denilmektedir. Bu itibarla hukuka aykırı sonuç ile bu sonuca yol açan davranış arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi olması gerekir.

Hayat tecrübeleri ve olayların normal akışına göre çalışanın eylemi, somut olayda gerçekleşen türden bir zararlı sonucu doğurmaya elverişli ise, böyle bir sebebe "uygun sebep" ve bunun yol açtığı sonuca da "uygun sonuç" denir.²¹ Dolayısıyla sebep ve sonuç arasında bu türden bir bağlantının kurulabildiği hallerde uygun illiyet bağının varlığından söz edilir.

Ancak ortaya çıkan bazı olaylar, sebep ile sonuç arasındaki bağı kesebilir. Mücbir sebepler, üçüncü kişinin veya zarar görenin kusuru illiyet bağı kesen sebeplerdir. Ancak bunların illiyet bağı kesecek yoğunlukta olması halinde sorumluluk sözkonusu olmaz. Aksi halde sorumluluk bütünüyle ortadan kalkmaz, ama hafifletilmesini gerektirebilir. İşletme sahibi ancak işletme çalışanın eylemi ile zararlı sonuç arasındaki bağlantının bu sebeplerden biriyle kesildiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

V. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN İŞLETME SAHİBİNİN SORUMLULUĞU İLE OLAN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere başkasının fiilinden sorumluluk hallerinden biri de adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Bu sorumluluk, başkaları üzerinde hâkimiyet fikrine dayanır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın 66. maddesi uyarınca adam çalıştırma; çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırma, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştırma, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırma, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun

¹⁹ Bu örnekte, adam çalıştırmanın TBK 66 hükümlerine göre sorumlu olacağı yönünde bkz. **Eren**, s. 703, kn 1935.

²⁰ **Eren**, s. 700, kn 1928.

²¹ Uygun illiyet bağı hakkında ayrıntı için bkz. **Eren**, s. 610 vd.

bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

Yukarıda açıklandığı üzere işletme, çeşitli faaliyetlerle gelir elde amaçlayan ekonomik birimdir. Bu birimde gelir elde etmeyi sağlayacak faaliyetler, muhtelif nitelik ve statülerde istihdam edilen kişilerin bedeni veya fikri çalışmaları şeklinde yürütülür. Bu kişileri seçen, tayin eden, görevlendiren ise gerçek kişi veya tüzel kişi niteliğinde bir işletme sahibidir. İşletme hem bu kişiler hem de işletme üzerinde hâkim konumdadır. Bu hâkimiyeti sayesinde işletme sahibi, işletmede çalışan kişileri seçerek görevlendirebilir, yönetebilir, denetleyebilir, gözetleyebilir. Bunlar işletme sahibinin yetkisi olduğu kadar aynı zamanda onun ödevleri arasındadır. İşletme sahibi çalışanları seçerken, denetlerken ve gözetlerken işini bilen ve iyi bir işletme sahibi gibi davranmakla yükümlüdür. Buna objektif özen yükümlülüğü denir. İşletme sahibi de, tıpkı adam çalıştıran gibi, işletmede hizmet ifa edecek kişileri seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermek zorundadır.

Kanun koyucu bir işletmenin temsilcisi veya müstahdeminin işletme bünyesinde hizmet ifa ederken başkasına ait fikri haklara tecavüz sayılabilecek hukuka aykırı eylemde bulunmaları halinde, bunların söz konusu eylemlerden dolayı bizzat sorumlu olacaklarını ve kendilerine karşı dava açılacağını kabul etmenin yanı sıra; izafe edilebilecek bir kusur bulunmasa dahi işletme sahibi aleyhine de dava açılacağını kabul etmiştir. İşletme sahibinin başkasının eyleminden sorumlu tutulmasının nedeni, temsilci veya müstahdem olarak

adlandırılan ve işletmede hizmet ifa eden bu kişilerin seçiminde, hizmetleriyle ilgili talimat verilmesinde, gözetim ve denetimlerinde gerekli özenin gösterilmediği varsayılmasıdır. TBK'nın 66. maddesi hükümlerine göre adam çalıştıran, bu varsayımın aksini ispat ederek, sorumluluktan kurtulma imkânı tanındığı halde (TBK 66/2); işletme bünyesinde hizmet ifa edenlerin telif hakkı ihlali niteliğindeki fiillerinden dolayı sorumlu tutulan işletme sahibine böyle bir imkân verilmemiştir. Her ikisi de özen sorumluluğu olduğu halde FSEK 66'dan kaynaklanan sorumluluk, kurtuluş kanıtı getirilemeyen ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Zira kanun koyucu FSEK'in 66/2 hükmüyle, işletme sahibinin işletmede hizmet görenlerin fikri hak ihlali mahiyetindeki haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluktan kurtulabilmesinin önünü kapatmıştır.²²

FSEK'in 66/2. maddesi hükümlerinden kaynaklanan sorumluluk, aslında kurtuluş kanıtıyla ilgili istisnai durum dışında, hukuki mahiyeti itibarıyla adam çalıştıranın sorumluluğundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla işletme sahibinin başkasının fiilinden sorumlu tutulabilmesi için gereken şartlar, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından da aynen geçerlidir. O nedenle burada adam çalıştıranın sorumluluğu için gereken şartlar üzerinde ayrıca durulmaya lüzum görülmemiştir.

Nitekim öğretilerde de FSEK'in 66/2. maddesi hükmünün, TBK 66'da düzenlenen adam çalıştıranın ve TMK'nın 50. maddesi uyarınca tüzel kişi organlarının hukuki sorumluluğunun fikir ve sanat hukukuna has bir görünümü olduğu ifade edilmiştir.²³ Bu görüş istihdam edenin sorumluluğu

²² Aynı yönde, **Arslanlı**, s. 210; **Bozbel**, Savaş (2012) Fikir ve Sanat eserleri Hukuku, İstanbul, s. 574; **Küçükali**, Canan (2021) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, s. 271-273.

²³ **Arslanlı**, s. 210; **Erel**, s. 240; **Alica** (Yavuz&Alica&Merdivan), s. 1900; **Kılıçoğlu**, Ahmet M (2019) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 5. Bası, Ankara, s. 384.

bakımından kabul edilebilirse de, daha evvel de işaretil edildiği üzere, bize göre tüzel kişi organlarının eylemlerinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğu bakımından kabul edilemez. Çünkü tüzel kişi organları, tüzel kişinin çalışanı veya temsilcisi değildir; tüzel kişinin iradesini ortaya koyan uzuvlarıdır. Tüzel kişi, organının hukuka aykırı eylemlerinden dolayı istihdam eden veya işletme sahibi olarak değil, eylemi icra eden fail sıfatıyla bizzat sorumludur.

B. Adam Çalıştırının Sorumluluğunun Telif Hakkı İhlallerine Uygulanması

İşletme sahibinin ağırlaştırılmış objektif özen sorumluluğu yalnızca telif hakkı ihlallerine özğüdür. Çünkü FSEK 66/2 hükmü yalnızca mezkûr hakların ihlalden kaynaklanan işletme sahibinin sorumluluğunu düzenlemektedir. O nedenle işletme sahibinin bunların dışında kalan hususlarla ilgili sorumluluğu TBK 66 hükümlerine tabidir. İşletme sahibin diğer hususlarla ilgili sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirmesi mümkündür. Örneğin bir matbaa işçisinin basılmak üzere teslim edilen eserin orijinal nüshasını, müsvedde kâğıt zannederek kâğıt kıyma makinesinde imha ederek yok etmesi halinde, işletme sahibi FSEK 66 hükümlerine göre değil TBK 66 hükümlerine göre adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olur.

FSEK'in 66. maddesi, manevi ve mali haklara yönelik tecavüzlerin ref'i davasıyla ilgili genel ilkelere belirleyen bir kanun maddesi mahiyetindedir. Nitekim maddenin yer aldđı kısmın başlığı "tejavüzün ref'i davası" şeklindedir. Dolayısıyla işletme sahibinin kusursuz sorumluluğuna yalnızca işletme çalışanlarının başka birinin eseri üzerindeki manevi ve mali haklarına tecavüzü halinde açılacak ref davalarında başvurulabilir. Ancak FSEK'in 66/2. maddesinde yer alan bu kuralın, aynı kanunun 69.

maddesinde düzenlenen manevi ve mali haklara yönelik tecavüz tehlikesinin önlenmesi yani tecavüzün men'i davalarında da uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Tecavüzün men'i davasını düzenleyen mezkûr maddede bu yönde bir kurala yer verilme miş olmasını, işletme sahibine karşı bu davanın açılmayacağı şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Çünkü her iki davanın amacı hukuka aykırı saldırılara karşı telif hakkı sahibini korumaktır. Ayrıca bu davaların açılması için zarar ve kusur şartı da aranmamıştır. FSEK'in 66/2. maddesinin konuluş amacı, istihdam ilişkileri bağlamında çalışanlar tarafından yapılan hak ihlallerinden dolayı işletme sahibinin de sorumluluğuna başvurulmasıdır.

Bununla beraber, FSEK'in 70. maddesi hükümlerine göre açılacak tazminat davalarında işletme sahibinin FSEK 66'ya dayalı ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu cihetine gidilip gidilemeyeceği tartışmaya açıktır. Zira anılan hükmün yer aldđı madde tecavüzün ref'ini düzenlemektedir. Tecavüzü ref ve men davaları, açılabilmeleri kusur ve zararın mevcudiyetini gerektirmeyen davalardır. Tazminat davaları ise hem kusurun hem de zararın varlığına bağlı olarak açılabilen davalardır. Eğer FSEK 66/2 hükmünün tazminat davaları bakımından da tatbiki kabul edilecek olursa, bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından hizmetlerini ifa ettikleri sırada manevi veya mali hakların ihlalden doğan manevi ve mali zararların tazmini için işletme sahibine karşı da dava açılabilir. Hatta işletme sahibi bu zararlardan, çalışanlara bağlanabilecek bir kusur bulunmasa bile, maddenin üçüncü fıkrası hükmünden dolayı sorumlu tutulabilir. Dahası, işletme sahibinin maddi ve manevi zararların tazmini sorumluluğundan kurtulabilmesi için, objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat suretiyle kurtulması dahi mümkün olmayacaktır.

Buna mukabil, müstahdem ve temsilcilerin hizmetin ifası sırasında ihlaline sebep oldukları fikri haklardan dolayı maddi ve manevi tazminat talepli davalarda, FSEK 66/2 ve 3 hükümlerinin uygulanmaması gerektiği kabul edilse dahi işletme sahibine karşı dava açılmayacağı gibi bir sonuca varılamaz. Bu konuda bir kanun boşluğundan söz edemeyiz. Çünkü bu gibi durumlarda, konu hakkındaki genel hükümlerin uygulanması gündeme gelir. TBK'nın 66. maddesi, başkasının davranışından dolayı sorumluluğu düzenleyen genel mahiyette bir hukuki düzenlemedir. O nedenle başka bir mevzuatta kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığı sürece, özel hukukun düzenleme alanına giren çalışma ilişkilerinde yardımcı kişinin davranışından doğan bütün sorumluluk hallerinde Türk Borçlar Kanunu'nu hükümlerinin tatbiki mümkündür.²⁴

Buna göre tazminat davalarında FSEK 66/2 hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilse dahi, adı ister işletme sahibi olsun ister adam çalıştıran olsun, bu maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde TBK'nın 66. maddesi hükümleri uyarınca istihdam edenlerin kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilir. Ancak bu takdirde işletme sahibi veya adam çalıştıran çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Adam çalıştıran sorumluluktan kurtulabilmek için ayrıca işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmelidir. Eski kanunda olmayan ve "organizasyon sorumluluğu" olarak adlandırılan bu hüküm 6098 sayılı TBK ile Türk hukukuna dâhil olmuştur.²⁵

Bu kuralın fikir ve sanat hukuku alanındaki hukuki ilişkilere uygulanmaması için bir sebep yoktur. Buna göre sözgelimi, ticari veya iktisadi bir işletme veya herhangi bir kamu kuruluşu, bünyesinde çalıştırdığı kişilere hizmete mahsus olarak kullanılmak üzere tahsis ettiği bilgisayarlara, bunların kişisel kullanıcıları tarafından birtakım programlar yüklenmesini engelleyici tedbirler alabilir. Mesela bu bilgisayarlara herhangi bir programın yüklenmesi veya kaldırılması yetkisi, müessesede çalışan belirli kişilerin inisiyatifine bırakılır; diğer kişiler bu amaçla ihtiyaç duyulan kullanıcı adı ve şifreyi girmedikçe söz konusu işlemleri yapamazlar. Adam çalıştıranın bu gibi önlemleri alma yetkisi vardır. Organizasyon çapında bu türden önlemler alınmadığı takdirde, çalışanlar üçüncü kişilere ait hakları ihlal edici davranışta bulunursa, bundan dolayı işletme sahibi veya adam çalıştıran sorumlu tutulabilir. Ancak bu türden tedbirler alınmasına rağmen çalışanlar herhangi bir şekilde telif hakkı ihlaline tevessül etmiş ise, adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

Adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirdiği hallerde maddi ve manevi zararı giderme yükümlülüğü, zarara kusurlu fiiliyle sebebiyet veren çalışana aittir. Adam çalıştıran kurtuluş beyyinesi getiremezse, zararı gidermeye mecburdur. Ancak bu durumda, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (TBK 66/4).

²⁴ Eren, s. 694, kn 1913.

²⁵ Eren, s. 708-718. Ayrıntı için bkz. Ünlütepe, Mustafa (2016) Organizasyon Sorumluluğu (TBK 66/III), İstanbul;

Kılınc, Ayşe Nur (2018), Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara.

VI. SONUÇ

Hukukta bir başkasının mal veya şahıs varlığında zarara sebebiyet veren kim ise, bunun neticelerine de onun katlanması esastır. Buna sorumluluğu şahsiliği ilkesi denir. İstisnai bazı hallerde hukuk düzeni kişiyi başka bir kimsenin sebebiyet verdiği hukuka aykırı sonuçlardan sorumlu tutabilmektedir.

Bunun telif hukuku alanındaki misallerinden biri de FSEK'in 66. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir işletmede çalışan kimselerin, işlerini görürken başka kişiye ait bir eser üzerindeki manevi ve mali haklara tecavüz etmeleri halinde, bu tecavülden dolayı asıl fail yanında işletme sahibi de sorumlu tutulmuştur. Hukuka aykırı sonucun doğmasında faile veya işletme sahibine izafe edilebilecek bir kusur bulunmasa bile, işletme sahibine karşı tecavüzün refi ve tecavüzün men'i davaları açılabilir. Kanun işletme sahibine bu sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş beyyinesi getirme imkânı tanımamıştır. O nedenle bu sorumluluk hukuki mahiyeti itibarıyla ağırlaştırılmış bir objektif özen sorumluluğu olarak nitelendirilir.

FSEK 66/2 ve 2 kuralları başkasının fiilinden sorumluluğun fikir ve sanat hukukuna özgü bir halidir. Bu yönüyle TBK 66'daki adam çalıştırmanın sorumluluğunu andırmaktadır. Ancak TBK 66'dan kaynaklanan sorumluluğa nispetle daha ağır sonuçları vardır. Telif hakkı ihlallerinden kaynaklanan manevi ve mali zararların tazmininde FSEK 66/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaya açık olsa da, uygulanmayacağı görüşünün kabulü halinde TBK 66 hükümlerine göre işletme sahibinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Antalya**, Gökhan (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul.
- Arslanlı**, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II – Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul.
- Ateş**, Mustafa (2012) Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara, Adalet Yayınevi
- Ateş**, Mustafa (2019) Rekabet Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Ayiter**, Nuşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara.
- Bozbel**, Savaş (2012) Fikir ve Sanat eserleri Hukuku, İstanbul.
- Erel**, Şafak N (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, Yetkin.
- Hirsch**, Ernst E (1948) Fikri ve Sınai Haklar, Ankara
- Kılıçoğlu**, Ahmet M (2019) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 5. Bası, Ankara, Turhan.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M (2002) Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara, Turhan.
- Kılınç**, Ayşe Nur (2018) Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara.
- Küçükali**, Canan (2021) Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin.
- Oğuzman**, Kemal & **Öz**, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 16. Bası, İstanbul.
- Öztan**, Fırat (2008) Fikir ve Sanat eserleri Hukuku, Ankara, Turhan.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin
- Tandoğan**, Haluk (1981) Kusura Dayanmayan Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Haluk & **Altop**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz.
- Ünlütepe**, Mustafa (2016) Organizasyon Sorumluluğu (TBK 66/III), İstanbul.
- Yavuz**, Levent & **Alıca**, Türkay & **Merdivan**, Fethi, (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. I,1. Bası, Ankara, Seçkin.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BONODA DÜZENLEME SEBEBİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE YÖNELİK BEYANLARIN İSPAT YÜKÜNE ETKİSİ*

THE EFFECT OF STATEMENTS REGARDING THE CHANGE OF THE REASON FOR ISSUING THE NOTE ON THE BURDEN OF PROOF WITHIN THE FRAMEWORK OF SUPREME COURT DECISIONS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK** & Arş. Gör. Dr. Süleyman Burak GÜNDOĞDU***

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ve belirli şekil şartlarını taşıyan bono, kayıtsız şartsız bir ödeme vaadi içermektedir. Bonoda, geçerliliği üzerinde etki doğurmayan birtakım ihtiyari kayıtlar bulunabilir. Bononun düzenlenmesine dayanak teşkil eden ve taraflar arasındaki temel borç ilişkisinin sebebini gösteren bedel kaydı da bu kayıtlardan birisidir. Uygulamada bono üzerinde sıklıkla “nakden” veya “malen” şeklinde kayıtlarla karşılaşmaktadır. Bedel kaydının yazılıp yazılmamasının bononun geçerliliği üzerinde bir etkisi yoktur. Bununla birlikte bonoda düzenleme sebebini gösteren bu kayıtların aksinin ileri sürülmesi, açılan davalarda tarafların ispat yükü bakımından özellik arz etmektedir. Senet metnine ve senet metninde açıklanan senedin düzenleme sebebine aykırı beyanda bulunma anlamına gelen “talil” Yargıtay kararlarında ispat yükünü belirleyen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bedel kaydının aksi taraflarca ileri sürüldüğünde bono talil edilmiş olmakta, bu halde bonoyu talil eden, ispat yükünü üzerine almaktadır. Sebebin değiştirilmesi, senette yer alan alacak miktarını değil, ancak tarafların iddia ve savunmalarını etkileyecek, daraltacak veya genişletecek bir etki doğurduğu takdirde ispat yükü yer değiştirebilmektedir. Bonodaki bedel kaydı, tek taraflı olarak talil edilebilmektedir. Çift taraflı talil hâlinde ise her iki tarafın da bono üzerinde yer alan kayıt dışı bir sebep göstermesi durumu söz konusudur.

Anahtar Kelimeler: Talil, Bono, İspat, Bedel Kaydı, Malen.

ABSTRACT

The note, which is regulated in the Turkish Commercial Code and has certain form conditions, contains an unconditional payment promise. The note may contain some discretionary provisions that do not affect its validity. The amount provision, which shows the reason for the fundamental debt relationship that forms the basis of the issuance of the note between the parties, is among these dispensary provisions. In practice, “in cash” or “in goods” provisions are often encountered on the note. The amount provision whether written or not has no effect on the validity of the note. However, asserting the contrary of these provisions, which show the reason for the issuance in the note, is peculiar in terms of the burden of proof of the parties in the lawsuits filed. The concept of altering the note, which means making a statement contrary to the text of the promissory note and the reason for the issuance explained in the promissory note, appears as an element that determines the burden of proof in the decisions of the Supreme Court. When the parties claim to the contrary of the amount provision, the case of altering the note arises and the claiming party assumes the burden of proof. The burden of proof can be changed only if the change of reason has an effect that will affect, narrow or expand the claims and defenses of the parties, not the amount of receivables in the promissory note. The amount provision in the note can be altered unilaterally. A unilateral claim can be made by the debtor or the creditor. In the case of a double-sided alteration, both parties show an unregistered reason on the note.

Keywords: Altering the Context, Note, Proof, Amount Registration, In Goods.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.12.2021 / Kabul Tarihi: 04.01.2022).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (hbozgeyik@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9974-7459).

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı (sbgun-dogdu@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3721-338X).

Atıf/ Citation: **Bozgeyik**, Hayri & **Gündoğdu**, Süleyman Burak (2021), “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi”, TFM, C: 7, S: 2, s. 253-264.

I. GİRİŞ

Kambiyo senetlerinden olan bono, kayıtsız ve şartsız bir bedel ödenmesi vaadini içerir. Bononun hamili, alacağına yönelik talebini senede dayandırmakta olup, taahhüdün sebebini açıklayıp bunu ispatlamak durumunda olmaksızın alacağını elde edebilir. Bununla birlikte uygulamada bonolara mevcut borç ilişkisi kapsamında birtakım ihtiyari kayıtlar konulabilmektedir. Söz konusu kayıtlar malen, nakden veya teminat kaydı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bononun düzenleme sebebini gösterildiği ihtiyari kayıtlar ispat yükü açısından önem arz edebilmektedir. Kambiyo senetleri ile ilgili menfi tespit davalarında senedin düzenleme sebebine ilişkin iddia ve savunmalar (*talil*) ispat yüküne etki etmektedir. Bu bağlamda ispat yükünün yer değiştirmesi genel ispat kuralından kaynaklanmaktadır. Sebebin değiştirilmesi, tarafların iddia ve savunmalarını daralttığı veya genişlettiği takdirde ispat yükünü etkilemektedir. Bu çalışmada kambiyo senetlerinin talili konusu çeşitli Yargıtay kararları ışığında tek taraflı talil ve çift taraflı talil çerçevesinde ele alınmıştır. Tek taraflı talil durumunda ispat yükü düzenleme sebebini değiştiren taraf üzerinde iken çift taraflı talile sebebiyet verebilecek vakıaların ileri sürülmesi ihtimalinde, Yargıtay kararları farklılık ve özellik arz etmektedir. Yargıtay, iki tarafın da farklı sebepler ileri sürdüğü hallerde ispat yükünün değişmeyeceğini, ancak, senetteki sebepten ayrılarak yeni bir iddia ortaya atmak suretiyle bundan

lehine haklar çıkararak tarafın ileri sürdüğü bu vakıayı ispat etmesi gerektiğini kabul etmektedir.

II. İSPAT YÜKÜ

İspat, bir iddia veya savunmaya dayanak teşkil eden vakıaların doğru ve gerçek olup olmadığı hususunda hâkimi inandırma faaliyetidir¹. İspatın konusunu, iddia veya savunmanın dayanağını oluşturan vakıalar oluşturur². Yargılama sürecinde hâkim, hangi çekişmeli vakıaların ispat edilmesi gerektiğini belirledikten sonra söz konusu vakıaların hangi tarafça ispat edilmesi gerektiğini ele alır. Bu noktada yargılamanın neticeye bağlanması hususunda önem arz eden ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmaya devam eden vakıaların hangi tarafça ispat edileceğine ilişkin bir kanaate ulaşılır. Hâkimin bu süreçte verdiği kararında gösterdiği tarafla verilen yüke, ispat yükü adı verilir³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesi uyarınca ispat yükü; "*kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir*". İspat yükünü düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun ispat yükü başlıklı 6. maddesi ise "*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*" ifadesini kullanmaktadır. Söz konusu maddelere bakıldığında Türk Medeni Kanunu'nda yükümlülük kavramının kullanıldığı

¹ **Kuru**, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, 6. Baskı, İstanbul, s. 1966 (Hukuk Muhakemeleri); **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayyavaz**, Sema/**Hanağası**, Emel (2019) Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 380; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet (2021), Medenî Usul Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 331; **Görgün**, Şanal, L./**Börü**, Levent/**Toraman**, Barış/**Kodakoğlu**, Mehmet (2017), Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 465; **Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol (2021) Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, s. 251.

² **Atalı**, Murat/**Ermeneek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin (2020) Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin s. 463; **Tanriver**, Süha (2016) Medenî Usul Hukuku, C. I, Ankara, s. 744; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s. 466; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, s. 381; **Budak/Karaaslan**, s. 251.

³ **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri, s. 1972; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası**, s. 383.

görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu kullanım hukuk tekniği açısından esas itibariyle yerinde değildir. Zira ispat yükünü taşıyan taraf açısından bu noktada bir yükümlülüğün mevzu bahis olduğu söylenemez⁴. Burada söz konusu olan ancak ve ancak bir yükün, diğer deyişle bir külfetin varlığıdır. Şayet taraf, kendisinin ispat etmesi gereken bir vakıayı ispatlayamaz ise hâkim veya karşı taraf, mutlaka onun ispat edilmesini isteyemez. Bu bağlamda ispat yükü kendisine düşen tarafın ispat için zorlanması gibi bir durumla karşılaşmaz. İspat yükünü taşıyan ve fakat ispat faaliyetini gerçekleştiremeyen taraf, söz konusu vakıayı ispat edememiş sayılır, onun aleyhine birtakım sonuçlar doğar ve dava, çoğunlukla bu gerçekçyle aleyhine olacak şekilde neticelenir⁵.

Yargılama faaliyetinin başında taraflar genellikle ispat yükünü taşıyıp taşımadıklarına bakmaksızın dayandıkları vakıaların ispatı için delil gösterirler. Bu durumda şimdilik hâkimin ispat yükünü kimin taşıdığına ilişkin bir tespit bulunması gerekmez. Zira hâkim öncelikle tarafların sunmuş oldukları delilleri inceler. Şayet bu deliller çerçevesinde söz konusu çekişmeli vakıalar aydınlanmış ise yine ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü belirlemeye gerek yoktur⁶. Bununla birlikte sunulan deliller yargılama için hâkimde tam bir kanaat oluşmasını sağlamıyorsa ispat yükünün belirlenmesi gündeme gelir. Bu bağlamda ispat yükünün önemi,

uyuşmazlığın çözümü açısından önem arz eden ve taraflar arasında çekişmeli bulunan bir vakıanın ispatsız kalması hâlinde ortaya çıkar. Zira bu durumda ispat yükünü kimin taşıdığına bakılır ve söz konusu vakıanın ispatsız kalmasının neticesine o taraf katlanmak zorunda kalır⁷.

Hâkimin ispat yükünü taşıdığını bildirdiği taraf, ilgili vakıayı ispat edemezse davayı kaybetme durumu ile karşı karşıya kalır⁸. Yani ispat yükünün, ispatsızlık veya belirsizlik hâlinin neticelerine kimin katlanacağı ile ilgili olduğu söylenebilir. Yargılama süreçlerinde hâkim, maddi sorun belirsiz kaldığında dahi bu hususta bir karar vermek durumunda olup bu konudaki ödevini ispat yükü kurallarını uygulayarak yerine getirir⁹.

İspat yüküne ilişkin kurallar esas itibariyle özel hukuk içerisinde yer alan ve bir hukuki neticenin ortaya çıkmasını bazı koşul vakıalara bağlayan maddi hukuk kuralı niteliğindedir¹⁰. Zira ispata konu kılınacak koşul vakıayı ve buna bağlı hukuki neticeleri düzenleme altına alan kurallar maddi hukuk kurallarıdır. İspat yükü ise söz konusu kurallardaki koşul vakıaların ispatsız ya da belirsiz kalması durumundaki neticeleri gösterdiğinden ve bu bağlamda ispat edilememenin riski konumunda bulunduğundan maddi hukuka ilişkin bir durumdur¹¹.

Yargılamadaki taraf rollerinin ispat yükü ile bir ilgisi bulunmamaktadır. İspat yükü davacıya

⁴ **Kuru**, Baki (2019) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, s. 234; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 477; **Tanrıver**, s. 780-781; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 383; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 351.

⁵ **Kuru**, s. 234; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 383; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 351.

⁶ **Kuru**, s. 234; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 384; **Yılmaz**, Ejder (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara, Yetkin, s. 3562; **Budak/Karaaslan**, s. 257.

⁷ **Postacıoğlu**, İlhan E (1975), Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul, s. 534; **Kuru**, s. 235; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 384.

⁸ **Umar**, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 584; **Postacıoğlu**, s. 534; **Kuru**, s. 235; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 384; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 352; **Yılmaz**, E, s. 3562.

⁹ **Tanrıver**, s. 778.

¹⁰ **Tanrıver**, s. 779; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 351; **Budak/Karaaslan**, s. 258.

¹¹ **Tanrıver**, s. 779.

düşebileceği gibi davalıya da düşebilir¹². Söz konusu yük, vakiayı kimin ileri sürdüğü ile değil, ilgili vakıadan kimin lehine hak çıkardığı¹³ ile ilgili bir konudur. Bununla birlikte genel itibariyle davacı, mahkemeye yönelmiş olduğu talebini haklı kılan müspet veya menfi vakiaları ispat yükü altında iken, davalı, ilgili hakkın mevcut bulunmadığı, sona erdiği ya da ifasının gerekmediğine ilişkin vakiaları ispat yükü altında bulunur¹⁴.

Çalışmamızda ispat yükü, bononun talili kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu nedenle öncelikle bu konu ile bağlantılı olarak bono kavramına değinilecektir.

III. BONO, UNSURLARI ve BEDEL KAYDI

Bono, keşideci tarafından yapılan kayıtsız şartsız bir ödeme vaadini içerir (TTK 776/1 b). Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen belli şekil şartların tabi olan bono, nitelikli¹⁵ ve mücerret borç ikrarı¹⁶ (TBK 18) içeren bir kambiyo senedir.

Bono için Türk Ticaret Kanunu'nda çeşitli şekil kuralları öngörülmüştür (TTK 776, 777). Bunlardan bazıları zorunlu şekil şartı niteliğinde iken (TTK 776), bazıları ihtiyari unsur niteliğindedir (TTK 777). Zorunlu şartlardan birisindeki eksiklik senedin bono olma niteliğini ortadan kaldırır¹⁷. Bununla birlikte bonoya, senedin geçerliliğini etkilemeyecek nitelikte bazı ihtiyari kayıtların yazılması

da mümkündür. Söz konusu kayıtlardan bağımsız olarak bono, esas itibariyle soyut borç ikrarı içeren bir kambiyo senedir. Hamil, alacak talebini senede dayandırmakla birlikte taahhüdün sebebini açıklamak durumunda değildir. Borçlu, şayet böyle bir borcun olmadığını iddia ediyorsa bunu ispatlamalıdır. Zira kambiyo senetlerinde soyutluluk ilkesi esas olup bu bağlamda ispat soyutluğu da önem arz etmektedir¹⁸.

Uygulamada bono, genellikle mevcut bir borç ilişkisi kapsamında düzenlenmekte ve senet üzerinde bu amaçla bazı ihtiyari kayıtlara yer verilmektedir. Bu kayıtlardan birisi de bedel kaydıdır. Taraflar arasındaki bono verilmesine dayanak teşkil eden temel borç ilişkisinin nedenini gösteren bedel kaydı, değinilen ihtiyari kayıtlar arasında yer alır¹⁹. Kayıt ile borçlu, senedin bir sebebe binaen düzenlendiği belirtmiş olduğu gibi, bu sebebin ne olduğunu ve bu sebepten doğan edimin lehdar tarafından yerine getirildiğini kendi beyanı ile ifade ve kabul etmiş olur.

Bonoda yer alan "malen" kaydı, senedin bir mal alışverişine dayandığı, senedi düzenleyerek borç altında giren keşidecinin bunun karşılığında hamilden senet bedeli kadar bir mal almış olduğu, "nakden" kaydı ise senedin bir nakit borç verilmesi nedeniyle düzenlendiği, buna göre senedi düzenleyerek borç altında giren keşidecinin bunu hamilden aldığı bir para karşılığında yaptığı, bu kayıtlar bir bütün olarak ise senedin bedelsiz ve sebepsiz düzenlenmediği, örneğin bir hatır senedi niteliği

¹² **Kuru**, s. 236; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 353; **Görün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, s.477.

¹³ **Kuru**, s. 235; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 353.

¹⁴ **Atali/Ermenek/Erdoğan**, s. 477.

¹⁵ **Kendigelen**, Abuzer/**Kırca**, İsmail (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, s.161.

¹⁶ **Yılmaz**, Lerzan A (2017) Kambiyo Senetlerinde (Çek – Bono- Poliçe'de) Def'iler, 2. Baskı, İstanbul, s.106.

¹⁷ **Yılmaz**, Halil (2014) Senedin (Bononun) Talil Edilmesi, Terazi, C. 9, S. 100, s. 336.

¹⁸ **Yılmaz**, Gülşah (2020) Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, s. 8-9.

¹⁹ **Coşkun**, Mahmut (2016) Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Bono – Poliçe – Çek, 3. Baskı, Ankara, s. 461; **Yılmaz**, H. s. 336.

taşımadığı anlamına gelmektedir²⁰. Teminat kaydında ise bononun yalnızca bir teminat için verildiği gösterilmiş olur²¹.

Bedel kaydı, esas itibariyle bonoyu düzenleyen ile lehtar arasındaki temel ilişkiyi bir noktaya kadar açıklamaktadır. Bu bağlamda bedeli kaydı içeren bir bonoda lehtar mücerretlik kuralına dayanmamaktadır²². Diğer bir deyişle bedel kaydı ihtiva eden bir bononun lehtar, söz konusu senedin soyut bir borç ikrarı olduğuna ilişkin ilkeyi savunmasına dayanak olarak gösterememektedir²³. Şayet borç ikrarı içeren bir belgede borcun sebebi gösterilmişse, borçlu bu sebebin gerçekleşmediğini ispat etmek suretiyle borcundan kurtulabilmektedir²⁴.

Senede yazılan bedel kaydı (bedelin malen veya nakden alındığına dair kayıtlar), genel ispat kuralı nedeniyle, takiple muhatap olduğunda borçtan kurtulmak isteyen davacı/borçlu/keşideci tarafından açılacak muhtemel davalarda ispat yükünün kendi üzerinde kalmasına neden olabilmektedir.

Bedel kaydının mevcudiyeti durumunda ispat yükü, kaydın aksini savunan tarafta olmaktadır. Zira nakden veya malen kayıtlarının aksinin savunulması bir bağlamda senedin sebebe bağlanması anlamı taşır ve bu noktada ispat yükünü talil eden taraf taşımaktadır²⁵.

Bonoda bulunan bedel kaydı, bonoyu düzenleyen ile lehtar arasındaki hukuki ilişki açısından önem arz etmektedir. Bedel kaydı, karşı edimin belirlenmesi bağlamında, lehtarın ve keşidecinin arasındaki iç ilişkide ispat hukuku açısından birtakım kolaylıklar sağlamaktadır²⁶. Şayet bono, lehtar tarafından ciro edilmiş ise söz konusu bedel kaydı, iyiniyetli hamili ilgilendirmemektedir²⁷.

IV. TALİL KAVRAMI

Talil²⁸, sözlük anlamıyla, genel olarak “sebepe gösterme; illetlendirme, bir şeyi bir illete bağlama” anlamında kullanılmaktadır. Talil, tarafların, senette belirtilen düzenleme sebebinin değiştirilmesi sonucunu doğuracak birtakım vakıaları ileri sürmesi şeklinde ortaya çıkar. Kavramın bazı yazarlar tarafından “*senet metnine ve senet metninde açıklanan düzenlenme (ihdas) nedenine aykırı beyanda bulunma*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir²⁹. Bononun talil edildiğinden söz edebilmek için öncelikle senet üzerinde düzenleme sebebine yönelik bir kaydın mevcut olması gerekir. Uygulama örnekleri incelendiğinde, bu kaydın genellikle bedel kaydı niteliğinde olduğu görülmektedir³⁰.

Yargıtay’a göre bu kayıtların varlığı hâlinde de senet geçerliliğini korumakta olup, senet ile temel ilişkinin ilintili hâle gelmesi gibi bir durumla karşılaşılmaz. Bununla birlikte söz konusu kayıtlar,

²⁰ Yargıtay HGK. 19-473/607, 12. 10. 2011, Yargıtay HGK. 2402/1532, 10.06.2015; **Kendigelen/Kırca**, s.190.

²¹ **Tutumlu**, Mehmet Akif (2009) Bononun Düzenleme Nedeninin Değiştirilmesinde (Tek ve Çift Taraflı Talilinde İspat Yükü, C. 4, S. 37, s. 149 (İspat Yükü).

²² **Deyneki**, Adnan (2005) Bonoda Bedel Kaydının ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi, GÜHFD, S. 1-2, s. 154.

²³ **Yılmaz**, H., s. 336.

²⁴ YİBK, 12.4.1933 gün ve 30/6 sayılı ilamı (**Deyneki**, s. 154)

²⁵ **Tutumlu**, Mehmet Akif, (2018) Senedin (Bononun) Düzenleme Sebebine ve Bedelsizliğine İlişkin İddiaların İspatı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, s. 171 (Düzenleme Sebebi).

²⁶ **Yılmaz**, H., s. 336.

²⁷ **Deyneki**, s. 157.

²⁸ <https://sozluk.adalet.gov.tr/talil>.

²⁹ **Bilgili**, Fatih (2008) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Bonoda “Ciro Edilemez” Kaydına İlişkin 2007/202 No’lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, S. 78, s. 252.

³⁰ **Yılmaz**, G., s. 13.

temel ilişki içerisinde yer alan edimler bağlamında gerçekleştirilen savunmalar açısından ispat hususunda hangi tarafın delil ikame etmesi gerekliliği konusunda önem arz eder³¹. Bu bedel kaydının aksi taraflarca ileri sürüldüğünde bononun talil edilmesi durumu ortaya çıkar³².

Örneğin, alacaklı/hamil/davalı, örneğin, senet üzerinde “nakden” kaydı bulunmakta iken, senedin “mal karşılığı” verildiğini ileri sürerek, borçlunun senette gösterilenden daha fazla bir bedeli ödemek zorunda olduğunu iddia ettiğinde, senedin düzenleme sebebinin değiştirilmiş olur³³. Senedin düzenleme sebebinin değiştirilmesi, diğer bir deyişle bedel kaydının aksinin iddia edilmesi borçlu tarafından, alacaklı tarafından ya da hem borçlu hem alacaklı tarafından gerçekleştirilebilir.

Senette düzenleme sebebinin belirtilmediği bir durumda ise örneğin, davalının senedin nakit para karşılığı düzenlendiği şeklindeki beyanı talil anlamına gelmeyip, ispat yükü yer değiştirmeyecektir³⁴. Senette bedel kaydının olmadığı bir ihtimalde borçlu senedin bedelsiz olduğunu ileri sürerse, ispat yükü kendisindedir³⁵.

V. TALİLE BAĞLI OLARAK İSPAT YÜKÜNÜN YER DEĞİŞTİRMESİ

Alacaklı esas itibarıyla bonodan kaynaklı bir alacağa yönelik olarak talepte bulunduğu takdirde ispat soyutluğu karinesi dolayısıyla bir sebep göstermek durumunda değildir. Normal koşullarda alacağın varlığı, soyut borç ikrarı niteliğinde olan bononun sunulmuş olması ile ispat edilmiş olmaktadır.

Bu durumda borçlu, kendisinin borçlu olmadığı hususunu ispatlamak zorundadır. Yani, öngörülen şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmiş bulunan bir bononun alacaklısı, söz konusu alacağı senedi sunmak suretiyle ispat ettikten sonra, senedi hükümden düşürmeye yönelik her türlü iddia borçlu tarafından ispatlanmak durumundadır.

Bedel kaydı yer alamayan bir bonoda talil söz konusu olmaz. Bu bağlamda, örneğin, bedel kaydı içermeyen bir bononun teminat olarak verildiği iddia edilmişse, söz konusu durumu iddia eden taraf bu husustaki ispat yükünü üzerinde taşır³⁶.

Talilin olmadığı bir ihtimalde, örneğin, “bedeli malen alınmıştır” kaydını ihtiva eden bonoya yönelik olarak açılan menfi tespit davasında, söz konusu kaydın varlığı malın teslimine ilişkin olarak lehtar açısından bir karine teşkil eder, yani lehtarın malın teslim edildiği hususunu ispatlaması gerekmez. İspat yükü bu durumda, kendisine malın teslim edilmediğini savunan davacı borçluya düşer³⁷.

Senette yer alan sebebin değiştirilmesi ise ispat yüküne etki eder. Sebebin değiştirilmesi, senette yer alan alacak miktarını değil, fakat tarafların iddia ve savunmalarını etkileyecek, daraltacak veya genişletecek bir etki doğurduğu takdirde ispat yükü yer değiştirebilmektedir.

A. TEK TARAFLI TALİL İHTİMALİNDE

Bonodaki bedel kaydı, tek taraflı olarak talil edilebilmektedir. Tek taraflı talil, borçlu veya alacaklı tarafından yapılmış olabilir.

³¹ Yılmaz, G., s. 12.

³² Yılmaz, G., s. 13.

³³ Öztan, Firat (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, s.1007; Türk, Ahmet (2006) Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara, s. 292.

³⁴ Yargıtay 19. HD, 3915/10647, 07.10.2010.

³⁵ Tutumlu, Düzenleme Sebebi, s. 172.

³⁶ Yılmaz, H., s. 343.

³⁷ Tutumlu, Düzenleme Sebebi, s. 172.

Borçlunun, düzenleme sebebine yönelik kayıttan farklı bir beyanda bulunmak suretiyle bonoyu tek taraflı talil etmesi ihtimalinde, ispat yükü borçludur. Örneğin, borçlunun, malen kaydı veya nakden kaydının yer aldığı bir bononun teminat olarak düzenlendiği veya hatır senedi niteliğinde olduğunu ileri sürmesi, söz konusu bedel kaydının talili neticesini doğurur ve bu hâlde ispat yükü borçluda olur. Zira burada borçlu, senedin ihdas nedeğine aykırı beyanda bulunmakla söz konusu vakıdan kendi lehine hak çıkaran konumundadır.

Tek taraflı talilin borçlu tarafından gerçekleştirilmesini konu edinen bir Yargıtay kararında; *“Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan aldığı mobilyalar karşılığında verdiği ve bedelini ödediği 15/05/2014 tanzim 21/07/2014 vade tarihli 24.500,00 TL meblağlı bonoya istinaden müvekkili hakkında başlatılan İcra Müdürlüğü'nün 2015/10824 E. sayılı icra takip dosyasına ilişkin borçlu olmadıklarının tespitine, alacağın %20'sinden az olmamak üzere kötü niyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, senede karşı senetle ispat kuralı gereğince davacının iddiasını senetle ispat etmesi gerektiğini belirterek, davanın reddi ile davacının alacağın %20'sinden az olmamak üzere kötü niyet tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, dava konusu bononun nakden kaydı taşıdığı, davacının dava dilekçesindeki beyanı ile senetdeki ihdas nedenini talil ettiği, ispat yükü üzerinde olan davacının iddiasını ispatlayamadığı gerekçeyle davanın ve davalının kötüniyet tazminatı isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin*

takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına” karar verildiği görülmektedir³⁸.

Alacaklı, senette yazılan bedel kaydından ayrılmak suretiyle alacağın varlığı ve düzenlemeye esas temel ilişkinin bonoda yer aldığından farklı olduğunu ileri sürmekteyse, bedel kaydını talil eden olarak ispat yükünü üzerine almış olur. Bu bağlamda, nakden kaydının yer aldığı bir bonoda borçlunun, nakit para almadığını veya malen kaydının bulunduğu bir bonoda bononun lehdarından mal almadığını ileri sürdüğü durumlarda lehdar olarak alacaklının bonodaki kaydı talil etmesi, söz konusu ihtimali ortaya çıkarır.

Bononun üzerinde borcun sebebine yönelik bir açıklamanın bulunduğu hâlde alacaklının başka bir düzenleme sebebine dayanması bononun tek taraflı talili neticesini doğurur ve alacaklının ispat soyutluğuna ilişkin avantajı ortadan kalkar³⁹. Bu hâlde alacaklı, borçlu ile aralarında bulunan borç ilişkisine dayanak teşkil eden hukuki sebebi ve bunun geçerliliğini ispatlamak durumundadır.

Tek taraflı talilin alacaklı tarafından gerçekleştirildiğini konu edinen bir Yargıtay kararında; *“Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, senette nakden kaydı olup davalı tarafça başka bir hukuki ilişkiye dayalı olarak senedin alındığını beyanla senedin talil edildiği, ispat yükünü üzerine alan davalının dayandığı sözleşmede taşınmaz kiralınmasına, kira bedeline, senet alınmasına ve davacının borç ödemesine ilişkin bir hükme yer verilmediği, ayrıca davalının dayandığı çek ile sözleşme arasında bir bağlantı kurulamadığı, davalı savunmasında geçen kira bedeli tutarı ile çek tutarının birbirini teyit*

³⁸ Yargıtay 19. HD. 2016/19350, 2018/4080, 12/09/2018.

³⁹ Yılmaz, G., s. 14.

etmediğinin anlaşıldığı, sunmuş olduğu kayıtların senedi talil ettiği vakıaları ispat eder nitelikte görülmediği ve yemin deliline dayanılmadığı, dolayısıyla senedin davacı bakımından bedelsiz kaldığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davanın senet nedeniyle davalıya borçlu olmadığına tespitine, davalının kötü niyetli olduğu ispat edilemediğinden davacının tazminat talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığı” gerekçesiyle hükmün onandığı görülmektedir⁴⁰.

Senette “malen” kaydı yer aldığı halde, hamil, senedin keşidecinin şahsi borçları nedeniyle düzenlendiğini ileri sürdüğü takdirde, keşidecinin senet karşılığında teslim edilen mala ilişkin defiler ileri sürmesini engellemiş olmaktadır. Hamilin bu davranışı, borçlu keşidecinin sonuç itibarıyla ödeyeceği bedeli artırmaya yönelik olacağından, böyle bir durumda düzenleme sebebini değiştiren hamilin bunu yazılı delille ispat etmesi gerekmektedir⁴¹.

Son olarak, bononun kısmen talilinin de mümkün olduğu belirtilmelidir. Bu hâlde bonodaki bedel kaydına tamamen karşı konulmamakta, bononun kısmen başka bir sebebe istinaden düzenlendiği iddia edilmektedir. Kanaatimizce kısmen talil ihtimalinde ispat yükü, düzenleme sebebini kısmen değiştiren taraf üzerindedir. İspat hukukuna ilişkin genel kaideler gereği, senede karşı ileri sürülen iddiaların da senetle ispatı gerekir (HMK 201).

B. ÇİFT TARAFLI TALİL İHTİMALİNDE

Çift taraflı talil hâlinde, diğer bir deyişle her iki tarafında da bono üzerinde yer alan kayıt dışı bir sebep göstermesi ihtimalinde; Yargıtay’ın kararları, farklılık arz etmektedir.

Senette “malen” veya “nakden” ibaresi yer almakla birlikte, alacaklı ve borçlu, senedin verilmiş nedeni konusunda birlikte farklı bir sebep ileri sürdükleri takdirde ispat külfeti yer değiştirmeyecektir⁴².

Bedel kaydının alacaklı ve borçlu tarafından birlikte talili, senedin bedelsiz olduğu iddiasına sebebiyet verdiğinden bu noktadaki ispat yükünün TMK md. 6 ve HMK. md. 190 uyarınca bononun bedelsiz olduğunu ileri süren borçlu üzerinde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda borçlu, bononun bedelsiz olduğunu ispat etmek durumundadır⁴³.

Yargıtay da bu hallerde genel olarak alacaklının ispat yükü karinesinden yararlandığı hâle dönüş mantığı ile hareket ederek bu yönde değerlendirmelerde bulunmak suretiyle ispat yükünü borçlunun taşıdığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu anlamda bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer almaktadır: “Birleştirilen menfi tespit davasında ise davacı, dava konusu kambiyo senedini davalıya sipariş olarak verdiği mallara karşılık olarak düzenlediğini, ancak sipariş ettiği malların kendisine teslim edilmemesi nedeniyle karşılıksız kaldığını iddia etmiş, birleşen davanın davalısı ise dava konusu senedin davacıya satıp teslim ettiği malların bedeline karşılık kendisine verildiğini savunmuştur. Senedin ihdas nedeni

⁴⁰ Yargıtay 19. HD. 2017/147, 2019/417, 23/01/2019, Benzer yönde bkz. Yargıtay 13. HD. 1991/9616, 1992/880, 04.02.1992, Aynı yönde, bkz. Yargıtay 11. HD. 5961/2595, 25.04.1989

⁴¹ Yargıtay 19. HD. 16207/1211, 15. 01. 2014. Aynı anlamda kararlar için bkz. **Uyar**, Talih (1994) Olumsuz (Menfi) Tespit Davalarında İspat Yükü, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3, 445-466 (Menfi Tespit); **Erdem**, Nuri (2005) Kambiyo

Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler, İstanbul, s.70; **Deynekli**, s. 153-170.

⁴² Yargıtay 19. HD. 10260/10408, 03.11.1994; **Uyar**, Talih (1999) Yargıtay Kararlarında İspat Yükü (MK 6), Faruk Erem Armağanı, Ankara, s. 863 vd. (İspat Yükü)

⁴³ **Yılmaz**, H, s. 340.

*bölümünde 'nakden' kaydı bulunmasına rağmen her iki taraf senedin malen düzenlendiği konusunda birleşmişlerdir. Bu durumda ortada çift taraflı talil bulunduğundan ispat külfeti, bu senedin sipariş edilen mallara karşılık avans olarak verildiğini iddia eden ve az önce değinilen satışla ilgili kuralların aksini ileri süren davacıdadır. Mahkemece ispat külfetinin belirlenmesinde hata yapılması diğer bir bozma nedenidir*⁴⁴.

Senette bulunan "malen" kaydının alacaklı/hamil/davalı tarafından, senedin bir mal karşılığında değil, üçüncü kişinin kendisine olan nakit borcunun davacı tarafından üstlenilmesi nedeniyle düzenlendiğini ileri sürülmesi, borçlu/keşideci/davacının ise bedelsizlik ileri sürülmek suretiyle talil edildiği bir durumda ispat yükü borçlu/keşideci üzerinde olacaktır. Bu husustaki bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer almaktadır. "Dava konusu bonoda davacı keşideci, davalı lehtar olup, ihdas nedeni olarak 'malen' kaydı bulunmaktadır. Davacı, taraflar arasında herhangi bir ticari ilişki olmadığını, malen kayıtlı senedin bedelsiz olduğunu ileri sürerek menfi tespit isteminde bulunmuş, davalı ise Mali Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünde verdiği ifadesinde senedin dava dışı üçüncü kişinin kendisine olan nakit borcunun davacı tarafından üstlenilmesi nedeniyle düzenlendiğini savunmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere bono bağımsız borç ikrarı içeren bir senet olup, senette bedel kaydının mevcut olması hâlinde ispat yükü kaydın aksini savunan tarafa aittir. Somut olayda ise her iki yanın bononun mal karşılığı olmadığına dair beyanları karşısında senedin her iki tarafça da talil edildiğinin kabulü zorunludur... ve davacının senedin bedelsiz olduğunu

*ispatlaması gerektiği kabul edilmelidir*⁴⁵. Bu hâlde Yargıtay, TMK'nın 6. ve HMK'nın 190. maddeleri çerçevesinde lehine hak çıkararak taraf olarak ispat yükünün davacı borçluda olduğuna ilişkin genel kuralın yer değiştirmeyeceği kanaatine ulaşmaktadır.

Yargıtay'a göre, senetteki bedel kaydını her iki taraf da farklı sebepler göstermek suretiyle talil ettiği takdirde ispat yükü, bundan kendi lehine haklar çıkararak ve senetteki sebepten ayrılarak yeni bir sebep ileri sürüp buna dayanan iddialarda bulunan tarafa yüklenecektir:

"Davacı/borçlu, davalı/alacaklının icra takibinin dayanağı olan senette 'malen' kaydı bulunmasına karşın aralarında bir mal alışverişi bulunmadığını, senedin bankadan kırdırılarak kendisine bedelinin verilmesi amacıyla düzenlendiğini, ancak senet bankaya ibraz edilmediği gibi, kendisine de bir ödeme yapılmadığı iddiasıyla, bonodan dolayı borçlu olmadığını tespitini istemiştir. Davalı/alacaklı taraf ise, bonoda malen kaydı bulunmasına karşın borçlu ile aralarında mal alışverişi olmadığını kabulle borcun nedeninin elden nakit olarak verilen para olduğunu ifade etmiştir. Şu durumda, takibin dayanağını teşkil eden, dolayısıyla da alacaklının alacağını ispat aracı durumundaki bonoda bulunan 'malen' kaydının doğru olmadığı yönündeki borçlu iddiası alacaklı yanca da kabul edilmiş, temeldeki hukuki ilişki yönünden bonodaki bu ispat kaydı bizzat alacaklı tarafından değişikliğe uğratılmıştır. Alacağın varlığını ve dayandığı temel ilişkinin senetkenden farklı olduğunu iddia eden alacaklı artık kendi dayandığı ve senetten anlaşılmayan elden para

⁴⁴ Yargıtay 19. HD. 10551/7526, 07.07.2008. Bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 19. HD. 12427/16432, 12.11.2014. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 16.01.2012 tarih ve 6404-174 sayılı kararında da aynı şekilde "Düzenlenme sebebi bölümünde "nakden" ibaresi bulunan dava konusu senetlerin noter dışında gerçekleştirilen oto satışı sebebiyle

verildiği tarafların kabulündedir. Somut olayda çift taraflı talil olduğundan ispat külfeti davacıdadır" ifadeleri yer almaktadır.

⁴⁵ Yargıtay HGK. 19-821/58, 5.2.2019.

*verilme olgusunu ispat yüküyle karşı karşıyadır*⁴⁶. Burada alacaklı senette yer alan düzenleme sebebinden ayrılmak suretiyle borçluya elden nakit para verdiğini ve esas itibarıyla de borcun sebebinin bu olduğunu ifade etmiştir. HMK'nın 190. maddesi çerçevesinde davalı, alacaklı, somut vakiadan lehine hak çıkararak taraf konumu dolayısıyla söz konusu vakiayı ispat yükü altında bulunmakta olup borçluya senet karşılığı elden para verme olgusunu ispatlamalıdır. Borçlu, ispat yükünün kendisinde olmasına sebebiyet verecek şekilde ödeme sebebiyle karşılıksızlık iddiasında bulunmamıştır. Bonoda yer alan malen kaydına karşılık, söz konusu borç ilişkisinin mal alışverişine dayanmadığı hususu somut olayda alacaklı tarafından kabul edilmiştir. Dolayısıyla borçlunun iddiası sabit hâle gelmiş olmaktadır. Bu durumda alacaklı bedelin para olarak verildiğini ispat yükü altındadır.

Senet üzerinde örneğin “nakden” kaydı yer aldığı halde senedin düzenleme sebebine ilişkin olarak gerek keşideci gerekse hamilin senedin nakit karşılığı düzenlenmediğini, bir işin yapılmasının güvencesi olarak teminat amaçlı (örneğin, binanın iskân ruhsatı sorununun çözüleceğine dair yüklenici tarafından verilen sözün yerine getirileceğini teminen) verildiği iddiası söz konusu olduğu takdirde ispat yükü hamil üzerinde olacaktır. Bu halde hamil, iki tarafın da kabulü dâhilinde olan nakden düzenleme olgusuna dayanarak bedeli talep edemeyecek, öte yandan, yapılması taahhüt edilen işin yapılıp yapılmadığı, neden yapılmadığı veya varsa eksik kalan kısımlarının nelerden ibaret ve bedelinin ne olduğunu ispat zorunda olacaktır. Bu halde hamil ayrıca, bir yandan senedin illetten mücerretliği, diğer yandan sözleşmeye dayanarak senedin icra

edilebilir olduğunu ileri sürmesi de mümkün olmayacaktır. Böyle bir olayda ispat yükü yer değiştireceğinden, üzerinde ispat yükü olduğu halde mücerret senede dayanarak keşideci aleyhine hüküm tesis mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Hamil tarafından kambiyo senedine dayanarak açılan takiplere karşı borçlu tarafından menfi tespit davası açılabilir. Bu davalarda, senedin düzenleme sebebine ilişkin olarak taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar, bu sebebin değiştirilmesi (talili) anlamına gelerek ispat yükünün yer değiştirmesine neden olabilmektedir.

İspat yükünün talile dayalı olarak yer değiştirmesi TMK 6 ve HMK 190'da düzenlenen genel ispat kuralından kaynaklanmaktadır. Sebebin değiştirilmesi, iddia ve savunmalarını daralttığı veya genişlettiği takdirde taraflar üzerindeki ispat yüküne de etki etmektedir.

Yargıtay uygulamasına göre, senet üzerinde “nakden” kaydı bulunmakta iken, alacaklının senedin bir mal karşılığı verildiğini ileri sürmesi halinde, senedin düzenleme sebebinin değiştirilmesi sebebiyle bu hususu ispat yükü altına girmektedir. Buna karşı, alacaklı ve borçlu, senedin veriliş nedeni konusunda birlikte farklı bir sebep ileri sürdükleri takdirde ispat külfeti yer değiştirmeyecektir. Yüksek Mahkeme'ye göre, senetteki sebepten ayrılarak yeni bir iddia ortaya atmak suretiyle bundan lehine haklar çıkararak ve iddiada bulunan tarafın ileri sürdüğü bu vakiayı ispat etmesi gerekir.

⁴⁶ Yargıtay HGK. 19-781/768, 17.12.2003. Bu anlamda bkz. **Uyar**, Talih (1971) Emre Muharrer Senetlerde İhtiyari Kayıtlar, Ankara Barosu Dergisi, 1971/1, s.35.

KAYNAKÇA

- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar**
Ayvaz, Sema/**Hanağası**, Emel (2019) Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin
- Atalı**, Murat/ **Ermenek**, İbrahim/ **Erdoğan**, Ersin (2020) Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin
- Bilgili**, Fatih (2008) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda "Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, S. 78
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol (2021) Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul
- Coşkun**, Mahmut (2016) Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Bono – Police - Çek, 3. Baskı, Ankara
- Deynekli**, Adnan (2005) Bonoda Bedel Kaydının ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi, GÜHFD, S. 1-2, s. 153-170, Ankara
- Erdem**, Nuri (2005) Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler, İstanbul
- Görgün**, Şanal, L. /**Börü**, Levent/**Toraman**, Barış/**Kodakoğlu**, Mehmet (2017), Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Yetkin
- Kaçak**, Nazif (2010) Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono Police Çek, 5. Baskı, Ankara
- Kuru**, Baki (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, 6. Baskı, İstanbul (Hukuk Muhakemeleri)
- Kuru**, Baki (2019) İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara
- Öztaş**, Fırat (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet (2021), Medenî Usûl Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, On İki Levha
- Postacıoğlu**, İlhan E (1975), Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul
- Tanrıver**, Süha (2016) Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara
- Tutumlu**, Mehmet Akif, (2018) Senedin (Bononun) Düzenleme Sebebine ve Bedelsizliğine İlişkin İddiaların İspatı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, s. 170-188 (Düzenleme Sebebi)
- Tutumlu**, Mehmet Akif (2009) Bononun Düzenleme Nedeninin Değiştirilmesinde (Tek ve Çift Taraflı Ta'lilinde İspat Yükü, C. 4, S. 37, s. 147-151 (İspat Yükü)
- Türk**, Ahmet (2006) Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara
- Umar**, Bilge (2014) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin

Uyar, Talih (1971) Emre Muharrer Senetlerde İhtiyari Kayıtlar, Ankara Barosu Dergisi, 1971/1 s. 29-39

Uyar, Talih (1994) Olumsuz (Menfi) Tespit Davalarında İspat Yükü, Ankara Barosu Dergisi, 1994/3, 445-466 (Menfi Tespit)

Uyar, Talih (1999) Yargıtay Kararlarında İspat Yükü (MK 6), Faruk Erem Armağanı, Ankara (İspat Yükü)

Yılmaz, Ejder (2021) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, Ankara, Yetkin

Yılmaz, Gülşah (2020) Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili, Ankara Barosu Dergisi, S.4

Yılmaz, Halil (2014) Senedin (Bononun) Talil Edilmesi, C. 9, S. 100, s. 335-344

Yılmaz, Lerzan A (2017) Kambiyo Senetlerinde (Çek – Bono- Poliçe'de) Def'iler, 2. Baskı, İstanbul

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ VE ELVERİŞLİLİĞİN TESPİTİNDE ÖLÇÜT ÖNERİLERİ*

THE ELIGIBILITY OF JOINT-STOCK COMPANY DISPUTES FOR MEDIATION AND SOME CRITERIA-PROPOSALS ON ELIGIBILITY**

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU***

ÖZ

Hukuk uyuşmazlıklarında pozitif düzenlemeye dayanan arabuluculuk 2013 yılından itibaren Türkiye’de uyuşmazlık çözümünün önemli bir bileşeni haline gelmiş, 2017 yılında dava şartı olarak düzenlenmesiyle birlikte ise adeta yargının bir eklentisi haline gelmiştir. Ancak bir yargılama faaliyeti olmaması, üçüncü taraf ve kamu menfaatlerini gözetilen bir karar verici tarafından yürütülmemesi, bütünüyle taraf iradesiyle şekillen bir süreç olması nedeniyle arabuluculuğa her hukuki uyuşmazlık konu olamayacaktır. Arabuluculuğa elverişlilik bakımından kanun koyucunun belirlediği “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” ölçütü son derece genel ve çerçevesi bakımından belirsizdir. Çok yönlü menfaat denge ve döngüsünün hâkim olduğu şirketler hukukunda, ifade olunan “tasarruf serbestisinin,” dolayısıyla “arabuluculuğa elverişliliğin” sınırları daha da belirsiz hale gelmektedir. Bu çalışmada anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa elverişliliğe ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulmakta ve elverişliliğin tespiti hususunda bazı ölçütler önerilmektedir. İlgili değerlendirme ve öneriler yapılarına uygun düştüğü ölçüde diğer sermaye şirketleri bakımından da geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuğa elverişlilik, kamu düzeni, anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları.

ABSTRACT

The formal mediation in civil disputes has been a significant component of dispute resolution in Turkey since 2013. After being issued as an action cause in 2017 it became an annex to the jurisdiction. Since it is entirely formed by party will and not a jurisdiction activity that is carried out by a decision-maker, who considers also public and third party interests, not every civil dispute is going to be mediation’s topic. The law-maker’s eligibility-criterion of “the civil disputes arising from transactions that are at the free disposal of the parties” is too wide and its frame is uncertain. In corporate law, where the versatile interest balance dominates, the borderlines of “free disposal” and the “eligibility to mediation” become even more unclear. This study contains some evaluations and criteria-proposals on eligibility for mediation in regard of joint-stock company disputes. As long as it is suitable to their structure, these evaluations and criteria can be taken in consideration for other corporations too.

Keywords: Eligibility for mediation, public order, joint-stock company disputes.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 19.11.2021 / Kabul Tarihi: 21.12.2021).

** Bu makale, AYBÜ Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen “4. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda” tebliğ olarak sunulmuştur.

*** Doç. Dr. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ceminoğlu@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6219-3360).

Atıf/ Citation: **Eminoğlu**, Cafer (2021), “Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri”, TFM, C: 7, S: 2, s. 265-284.

I. GİRİŞ

2013 yılında 6335 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun (HUAK) yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türkiye’de kurumsal resmi arabuluculuk hukuk uyuşmazlıkları bakımından ihtilaf çözümünün yadsınamaz bir parçası haline gelmiştir. İlgili düzenlemeyle hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesi öncelikli olarak ihtiyari temelde uygulanmaya başlanmıştır. 2018 yılından itibaren ise iş hukuku uyuşmazlıkları ile başlamak üzere zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir.

Herhangi bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine konu olabilmesi için öncelikle ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması gerekir. Zira elverişli olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk süreci başlatılamayacağı gibi süreç başlatıldıktan sonra elverişsizliğin tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer (HUAK m. 17/1 -d).

Şirketler hukuku uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği gerek uygulama bakımından gerekse teorik açıdan tartışmalı ve önem arz eden bir husustur. Bu tartışma ve kaygıların öncelikli nedeni şirketler hukukunun ve bu temeldeki uyuşmazlıkların ekseriyetle çok taraflı menfaat ilişkisinden doğması veya bu tür menfaat yumağına etki etmesi, bununla birlikte ilgili menfaat sahiplerinin tamamının usuli açıdan taraf sıfatını haiz olmamalarıdır. Bu anlamda şirket organlarının aldıkları kararların iptaline, şirketin feshine, şirketler topluluğunda hâkim şirketin yol açtığı kayıpların denkleştirilmesine ve yapısal değişikliklerde denkleştirme akçesine ilişkin uyuşmazlıklar, uyuşmazlıklardan etkilenenler ile bu tür uyuşmazlıklardaki taraf sıfatının tam manasıyla kesişmediği ihtilaflara örnek gösterilebilir. Bu ve benzeri uyuşmazlıkların usuli anlamda taraf sıfatını haiz olanların ya da bunların organ ve temsilcilerinin katılacağı müzakereler neticesinde nihai olarak

arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyeceği, bir başka ifadeyle bu tür uyuşmazlıkların dayandığı iş ve işlemler üzerinde taraflarının serbest tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı hususunun tespiti ticari yargı ve arabuluculuk bakımından elzemdır. Bu tartışma genel elverişlilik sürecine ilişkin olduğundan ihtiyari ve “dava şartı” arabuluculuk bakımından aynı düzeyde caridir.

Bu çalışmayla, ifade edilen bağlamda şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği hususu ele alınmakta ve elverişliliğin tespitine ilişkin bazı ölçütler önerilmektedir. Konuya ilişkin birtakım somut uyuşmazlıklar ve yüksek yargı kararları üzerinden de değerlendirmeler yapılarak durum tespiti yapılması ve bilimsel kanaatlerin arz edilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın konusunu öncelikle anonim şirketlere ilişkin uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Ancak çalışmada yer verilen değerlendirmeler yapılarına uygun düştüğü ölçüde diğer sermaye şirketleri için de geçerlidir.

II. ARABULUCULUK VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Arabuluculuk dostane ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir. Tarafların kendi uyuşmazlıklarına ilişkin çözümlerini bulmalarına yardımcı olunmasını amaçlar. Bu nedenle arabulucunun görevi bu hususta taraflara destek olmak, onları görüştürmek, müzakere için uygun ortam ve şartları hazırlamak, ayrıca bütün bunları sistematik müzakere ve iletişim tekniklerini kullanarak icra etmektir. Arabuluculukta çözüm dayatma ya da çözüme zorlama söz konusu olmadığı gibi bir karar mercii olamayan arabulucu da uyuşmazlığın esasına ilişkin hüküm kuramaz, taraf iradelerinden bağımsız bir anlaşma veya karar metni oluşturamaz. İfade edilen bu hususlar dünyada arabuluculuk ve

uygulaması için genel olarak kabul edilen ortak niteliklerdir.

Türkiye’de ihtiyari temele dayanan arabuluculuk düzenleme ve uygulamaları ifade edilen dünya uygulamasıyla büyük ölçüde uyumludur. Nitekim arabuluculuğu düzenleyen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun m. 2/1-b hükmünde arabuluculuğu şu temel hususlar üzerinden tanımlamaktadır:

“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirmek”

“Tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirmek”

“Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilmek”

“Arabuluculuk sürecinin uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülmesi”

Görüldüğü üzere arabuluculuğun temelinde iletişim süreci ve müzakere yatmaktadır. Arabulucunun uyuşmazlığı çözmek gibi bir vazifesi bulunmaktadır. Bunun yerine çözümü geliştirmeleri ve sağlamaları için taraflara yardımcı olur.² Arabulucunun hüküm verme yetkisi, dolayısıyla uyuşmazlığı nihai olarak çözüme görevi bulunmaması, arabuluculuğu tahkim ve devlet yargısından ayırır.

Bununla birlikte 2012 tarihli HUAK ile Türkiye’de tamamıyla ihtiyari temelde başlayan arabuluculuk uygulaması 2018 yılından itibaren, sürecin başlatılması bakımından kademeli olarak zorunlu hale getirilmeye başlanmış ve bu yönüyle dünya uygulamasından farklılaşmıştır. HUAK ile genel çerçevesi çizilen arabuluculuk müessesesine başvuru, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu³ ile kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda dava şartı haline getirilmiştir (m. 3/1). Sonrasında, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun⁴ ile TTK’ya, konusu para/tazminat alacağı olan ticari uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvurulmasını dava şartı olarak düzenleyen 5/A maddesi eklenmiştir. Bu düzenleme gerek kanun yapım tekniği gerekse lafzının içerdiği belirsizlikler nedeniyle eleştirilmiştir.⁵ 7155 sayılı kanunla ayrıca, 18A maddesi HUAK’a eklenmiş, bu hükümle dava şartı arabuluculuk süreci bu kez uyuşmazlık türünden bağımsız ve genel olarak düzenlenmiştir.

Son olarak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a eklenen 73A maddesiyle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması kural olarak ve belirli uyuşmazlık türleri haricinde dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, dava şartı olarak ifade olunan Türkiye’ye özgü arabuluculuk düzenleme ve

¹ Arabulucunun, arabuluculuk sürecine ve taraf iradelerine müdahalesi veya etkisi bakımından tartışmalı olan, arabulucunun çözüm önerisi getirebilmesine olanak tanıyan bu ilave, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 17’nci maddesi ile ilgili hükme eklenmiştir.

² Bkz.: **İldir**, Gülgün (2004) “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (TBB Yayınları, Ankara), s. 100; **Tanrıver**, Süha (2011) “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 184;

Eminoğlu, Cafer & Erdoğan Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, s. 29.

³ 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴ 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁵ Bu hususta bkz.: **Eminoğlu & Erdoğan** (2020), s. 216.

uygulanmasında dahi ne taraf nihai çözüme zorlanmakta ne de arabulucu taraflara bir çözüm dayatabilmekte ya da uyuşmazlık konusunda bir hüküm verme olanağına kavuşmaktadır. “Zorunluluk” arz eden husus uyuşmazlığın çözülmesine ilişkin olmayıp bütünüyle dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasına yöneliktir. Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk sürecine taraflar hâkim olup, süreç taraflardan biri tarafından ya da her iki tarafın ortak iradesiyle zorunlu aşama olan arabulucuya başvuru aşamasından sonra her aşamada anlaşma ile ya da anlaşmazlıkla sonlandırılabilir.

Görüldüğü üzere gerek ihtiyari gerekse dava şartı arabuluculukta “süreç” taraf iradelerinin kontrolündedir. O halde, çalışmamızın konusu bağlamında belirtmek gerekir ki, HUAK m. 1/2 hükmünde de ifade edildiği üzere, arabuluculuğa ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları elverişlidir.

III. GENEL OLARAK ARABULUCULUĞA ELVERİŞİLİK VE “KAMU DÜZENİ” ÖLÇÜTÜ

Bir uyuşmazlığın arabuluculuğa konu olabilmesi için, yukarıda da değinildiği üzere, o uyuşmazlığın taraflarınca nihai olarak sonlandırılabilme koşulunu taşıması gerekir. Bunun nedeni bir alternatif/dostane uyuşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuğun taraflarca şekillendirilen ve taraf iradelerinin hâkim olduğu bir süreç olmasıdır. Nitekim arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığı gibi, ilgili süreçte kural olarak tarafların iradelerinin aksine hüküm/karar veren bir merci de

bulunmamaktadır. Arabulucunun vazifesi uyuşmazlığa ilişkin bir karar vermek değil, uyuşmazlığın taraflarınca çözülmesi için taraflara yardımcı olmaktır.

Şu halde ne tür uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu olabileceği ve nihai olarak bu yolla çözülebileceği hususu öncelikle ele alınması gereken bir meseledir. Bu konuda kanun koyucunun kâfi derecede açıklık sağlayacak düzenlemelere yer verdiği söylenemez. Örneğin arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar açıkça ya da bir katalog şeklinde sayılmamış ya da uyuşmazlık bazında elverişliliğe ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır.

HUAK m. 1/2 hükmü arabuluculuğa elverişlilik hususunu düzenlemektedir. Burada öncelikle özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa konu olabileceği ifade edilmektedir. Ne var ki her özel hukuk uyuşmazlığı arabuluculuğa elverişli değildir. Bu husus ilgili hükümde elverişliliğe ilişkin olarak yapılan “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” şeklindeki sınırlamayla ortaya konmaktadır. Bunun haricinde somut bir sınırlama aile içi şiddet bakımından yapılmıştır. Buna göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Görüldüğü üzere kanun koyucu elverişlilik hususunda, gelişime ve değişime uyum sağlayacak genel bir çerçeve çizmeyi tercih etmiştir.⁶

HUAK m. 1/2 hükmünde bir uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşımasının ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa konu olmasına engel teşkil etmeyeceği hususunu da düzenlemektedir. Bununla birlikte ilgili kanunda “yabancılik unsurundan” ne anlaşılması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Bu hususta kanaatimizce kıyasen 4686 Sayılı

⁶ **Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural** (2019), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Baskı 2, İstanbul, Onikilevha, s. 48 vd.

Milletlerarası Tahkim Kanununun (MTK) m. 2 hükmü uygulanabilir.

Türkiye’de kanun koyucu, arabuluculuğa elverişliliği düzenlerken, uyuşmazlık alan sınırlaması öngören bazı ülkelerden⁷ farklı olarak, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği uyuşmazlıklar kistasını” temel almıştır. Görüldüğü üzere arabuluculuğa elverişlilik konusunda devlet düzenleme ve uygulamaları farklılık arz etmektedir. O halde yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa elverişlilik hususu bir kanunlar ihtilafı meselesidir ve elverişlilik konusunda hangi hukukun uygulanacağı belirlenmelidir.⁸ Arabuluculuğa elverişlilik hem ulusal hem de Singapur Konvansiyonu temelinde uluslararası icra edilebilirliğin temel şartıdır.⁹

Görüldüğü üzere arabuluculuğa elverişlilik incelemesinde, uyuşmazlığın doğduğu iş ve işlemler bakımından “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi” hususunun temel kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kural olarak irade serbestisinin hâkim olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının ve bunların dayandığı iş ve (hukuki) işlemlerin tamamının,

tarafalarının mutlak tasarruf yetkisinde bulunduğu söylenemez. Hukuk güvenliği, kamu düzeni ve zayıfların korunması gibi nedenlerle irade serbestisi kısıtlanabilir ve ilgili uyuşmazlıkların çözümünde yargı mercisinin denetim ve kararına ihtiyaç duyulabilir.¹⁰

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konu, iş ya da işlemlerden bahsedebilmek için öncelikle ilgili hususların konu olduğu uyuşmazlık taraflarının hür iradelerine bırakılmış olup olmadığına bakmak gerekir. Bu çerçevede taraflarının serbest tasarrufunda bulunan hak ve yetkilerin söz konusu olabilmesi için bunları kullanıp kullanmama hususunda tarafların kendilerinin karar verebilmeleri gerekir.¹¹

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi şartı arabuluculuk harici bir takım uyuşmazlık çözüm yöntemleri ya da bazı usuli işlemler bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede, “ tahkime elverişlilik” kenar başlıklı HMK m. 408 ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 1/4 hükmünde¹² “iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların” tahkime elverişli olmadığı düzenlenmiştir.¹³ Yine HMK’da tarafların

⁷ Örneğin Yunanistan, Slovenya ve Birleşik Krallık hukuklarına göre, medenî ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar; Belçika hukukuna göre, boşanma, boşanmanın hukukî sonuçları ve birlikte yaşamalardan (cohabitation) doğan uyuşmazlıklar; Avusturya hukukunda ise aile, eşya ve komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar ile iş kazalarından doğan ihtilafalarda arabuluculuğa başvurulabilir. Bulgar hukukunda, boşanma dâhil olmak üzere aile hukukuna, medenî ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli kabul edilmiştir. İtalya’da ise Türk hukukunda olduğu gibi tarafların serbest tasarrufunda bulunan uyuşmazlar elverişlilik bakımından kriter olarak alınmıştır. Bu hususta bkz: Öztürk, Necla (2015), Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt.31, sa.2, ss.201-254, s. 230 vd.

⁸ Öztürk, s. 231.

⁹ Şit Köşgeroğlu, Banu (2020), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet, s. 83.

¹⁰ Bkz.: Ekmeççi/Özekes/Atalı/Seven, s. 50 vd.

¹¹ Kılıçoğlu, Ahmet M. (2020), Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan, Ankara, s. 22, 23.

¹² Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinin tahkime elverişlilik hususunu düzenlediğine ilişkin olarak bkz: Akıncı, Ziya, (Editörler: Akıncı Ziya / Yasan Tepetaş, Candan) (2018) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Onikilevha, s. 16, 17.

¹³ Belirtilen çerçevede tahkime elverişliliğe ilişkin öğretisel/içtihadî değerlendirme ve yaklaşımlardan arabuluculuğa elverişlilik bakımından da faydalanılabilir. Ancak arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti, arabulucunun ise nihai bir karar verici olamaması karşısında bir dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun tahkimden önemli ölçüde ayrıştığı belirtilmelidir. Bu hususta bkz: Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar (2016) Anonim Şirket Hukuku, Cilt 2/2, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, s. 233, 234; Kılıçoğlu, s. 5, 8 vd. Emredici hükümleri ve üçüncü kişi menfaatlerini gözetecek karar mercii barındırmayan arabuluculuk sürecinde “kamu düzeni” kavramının tahkime nazaran daha hassas olduğunu, elverişli uyuşmazlık çevresinin daha dar olduğunu kabul etmek gerekir.

üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuların yemine konu olamayacağı (m. 226/1-a), bu tür uyuşmazlıklara ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapılamayacağı (m. 18/1) hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 308/2 ve 313/2 hükümlerinde kabulün ve sulhun, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurabileceği, HMK m. 70/3 hükmünde ise cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri düzenlenmiştir. Şu halde yetki sözleşmesine, kabule, sulhe¹⁴ veya yemine konu olamayacak uyuşmazlıkların arabuluculuğa da elverişli olmayacağı açıktır. Yine cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler de arabuluculuğa konu olamayacaktır.

Re'sen araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulunduğu davalara konu teşkil eden özel hukuk uyuşmazlıklarının da genel olarak taraflarının serbest tasarrufunda bulunmayacağı dolayısıyla arabuluculuğa elverişli olmayacağı ifade edilebilir.¹⁵

Belirtmek gerekir ki ifade edilen bütün ölçüt ve düzenlemeler dahi hangi hususlar üzerinde uyuşmazlık taraflarının serbestçe tasarrufta bulunup bulunmayacağı hususunda bizlere nihai ve kesin belirleme olanağı sağlamamaktadır. Kanun koyucu gibi öğreti ve içtihat da bu hususta yeterli ölçütler ortaya koyamamıştır.¹⁶

Arabuluculuğa elverişliliğin ya da genel olarak uyuşmazlık ya da uyuşmazlık konuları bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi hususunun değerlendirildiği sınırlı sayıdaki yargı kararında ölçüt olarak “kamu düzeni,” “kamu düzeni ile ilgili olma,” “kamu düzeninden olma” kavram ve tespitlerinin öne çıktığını görmekteyiz.¹⁷ Bu çerçevede tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri işlerin Yargıtay tarafından “kamu düzenine dâhil olan işler” olarak kabul edildiği görülmektedir.¹⁸

“Kamu düzeni” kavramı “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilme” şartı bakımından belirleyici olmakla birlikte bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda genel geçer bir tanım ya da belirleme mevcut değildir. Bunun öncelikli nedeni kamu düzeni kavramının kesin olarak sınırlanmaya olanak tanımayan takdiri bir terim olmasıdır.¹⁹ Bu kavram TDK sözlüğünde “*Bütün toplumu ilgilendiren düzen*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰ Hukuk Sözlüğüne ise kamu düzeni “*Bir ülkedeki kurum ve kurulların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamasıyla oluşan düzen*” şeklinde tarif edilmektedir.²¹ Son derece geniş ve muğlak ifadelerle tanımlanmaya çalışılan “kamu düzeni” kavramı hukukun her dalına,

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 3.

¹⁵ Özmuşcu, Seda (2014), “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2, s. 146; Tahiroğlu, Fatih (2021), Medeni Usul Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi (Doktora Tezi), s. 32.

¹⁶ Pekcanitez, Hakan/ Taş Korkmaz, Hülya / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine (2017), Pekcanitez Usûl, Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Onikilevha, s. 2829.

¹⁷ Örn. bkz.: İstanbul BAM, 18. HD., E. 2019/594 K. 2019/1665 T. 2.10.2019 (www.lexpera.com.tr, set: 23.10.2021).

¹⁸ Bu hususta bkz.: Yargıtay İBGK Kararı, E. 2010/1, K. 2012/1, Tarih: 10.02.2012; Ayrıca bkz.: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 51.; Toraman, Barış (2020), “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, SÜHFD, Cilt 28, Sayı 3, s. 1035; Azaklı Arslan (2018), Betül, Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin, s. 104, 105.

¹⁹ Schwarz, Andreas Bertalan (1948), Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1948, S. 343.

²⁰ Bkz.: <https://sozluk.gov.tr>.

²¹ Bkz.: <https://sozluk.adalet.gov.tr/kamu%20d%c3%bczeni>.

ilgili hukuk dalının amacına ve koruma menfaatine göre farklı şekil ve yansımalarla sirayet etmektedir.²²

Kamu düzeni kavramı muhtelif yargı kararlarında açıklanmaya veya genel çerçevesi verilmek suretiyle belirlenmeye çalışılmıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli bir kararında²³ kapsamı bakımından kamu düzeni için "toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kurallar" belirlemesine yer verilmiştir.

Yargıtay HGK bir kararında kamu düzenini ihlal eden olgular "*ahlak ve dürüstlük kurallarını toplumun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar*" olarak tarif edilmiştir.²⁴ Bir başka HGK kararında ise kamu düzeni kavramının bir tanımının yapılmasının güçlüğü vurgulamış, bu kavramın kendisini birçok hukuki ilişkide hissettirdiği belirtmiş, muhtelif yazarlara ve yargı kararlarına atıfla kamu düzeni için bir takım belirlemelere yer verilmiştir.²⁵ Bu kararda kamu düzeni için "*kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni,*" "*ifade edilebilmeden çok, duyulabilme, sezinlenebilme,*" "*korunma ve uygulamasında toplumun büyük yararı bulunma,*" şeklinde tanım ve tariflere yer verilmiştir.

Kamu düzeninin kapsamını temel hak ve özgürlükler, zayıfların korunması²⁶ gibi temel hukuk ilkeleri ve genel ahlak kuralları belirler. Ne var ki bu

mevhum ve müesseselerden ne anlaşılması gerektiği zamandan zamana, mekândan mekâna, toplumdaki topluma farklılık arz edebilir.²⁷ Kamu düzeninin kapsamı aynı toplum içerisinde dahi dönemsel farklılıklar gösterebilir.²⁸ Şu halde kamu düzeninin öncelikle yer ve zaman bakımından ayrıca uygulanacak hukuk alanı açısından değişken olabileceğini, tespitinin ekonomik, sosyal ve tarihsel şartlara bağlı olabileceğini²⁹ belirtmek gerekir. Bunun yanında kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde artık irade serbestisinin kısıtlandığı, örneğin uyuşmazlık çözümleri bakımından taraf tasarruflarının sınırlanarak yargı denetiminin ve mahkemece nihai olarak karara bağlama ihtiyacının yoğunlaştığı ifade edilmelidir.

Takdiri ve son derece değişken bir kavram olması karşısında kamu düzeninin esas itibarıyla "sezinlenen," "hissedilen" bir olgu olduğunu kabul etmek gerekir. Şu halde örneğin zayıfların korunması, üçüncü kişileri de ilgilendiriyor olması ve korunması gereken değerlerin mevcudiyeti bir uyuşmazlığın nihai olarak çözümünün bu uyuşmazlığın taraflarına bırakılmasına engel teşkil ediyorsa, o uyuşmazlığa konu teşkil eden iş ve işlemlerin kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir. Nitekim bu çerçevede velayet, boşanma ve iflas davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğu ve tarafların serbest tasarrufuna terk edilemeyeceği kabul görmektedir.³⁰

Belirtmek gerekir ki, genel itibarıyla kamu düzenine ilişkin oldukları kabul edilen çekişmesiz

²² Ayrıca bkz.: **Aktepe Artık**, Sezin (2018), 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', TBB Dergisi 2018 (134) 260 vd.; **Atakan** (2007), Arda, Kamu Düzeni Kavramı, MÜHFAD, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 59 vd.

²³ Anayasa Mahkemesi, 1963/128 E, 1964/8 K.; Resmi Gazete tarih/sayı: 17.4.1964/11685.

²⁴ Bkz: HGK., E. 1998/287 K. 1998/325 T. 06.05.1998 (www.lexpera.com.tr, set: 23.10.2021).

²⁵ Bkz: HGK., E. 1990/3-527, K. 1990/627 T.12.12.1990 (www.legalbank.net, set: 23.10.2021).

²⁶ Bu hususta ayrıca bkz.: **Atakan**, s. 93 vd.

²⁷ **Dayınlarlı**, Kemal (1988), "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 676.

²⁸ **Altuğ**, Yılmaz / **Yasan**, Mustafa (2003), Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, s. 144.

²⁹ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 51.

³⁰ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 51 vd.

yargı işlerinin³¹ de önemli bir kısmı, ilgililerinin (yargılama süjelerinin) uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunmaması, ayrıca re'sen araştırma ilkesinin hâkim olması nedeniyle arabuluculuğa konu olamayacaktır.³²

IV. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

A. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

Anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çerçevesini belirlerken ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Burada “korporatif düzlemdeki” ve “korporatif düzlem dışındaki” uyuşmazlık sınıflandırması yapıldığını görmekteyiz.³³ Korporatif düzlemdeki ihtilaflar, bir şirketin tüzel kişiliği bünyesinde şirketler hukuku temeline dayalı olarak ve şirket ile onun pay sahipleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak ifade edilebilir. Şirketler hukuku ile bağlantılı olarak ele alınmakla birlikte esas itibarıyla borçlar hukuku temeline dayanan ve taraflarının pay sahipleri olduğu, yani pay sahiplerinin kendi aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise “*korporatif düzlem dışındaki şirketler hukuku uyuşmazlıkları*” niteliğindedir.³⁴

Şirketler kural ve geleneksel olarak ortak/pay sahibi olarak nitelendirilen kişilerin meydana

getirdiği birlikteliklerdir. Şirket çatısı altında ve bir sözleşme (anonim şirketler bakımından esas sözleşme) çerçevesinde bir araya gelen ortaklar belirli ve ekonomik bir amacı gerçekleştirmeyi hedef alırlar. Esas sözleşme ise borçlar hukukuna tabi iki taraflı sözleşmeden farklıdır. Bu tür sözleşmelerin çifte karakterli oldukları, bir taraftan borç diğer taraftan organizasyon sözleşmesi niteliği taşıdıkları kabul edilmektedir.³⁵ Tescil sonrası ise esas sözleşmenin karakter değiştirdiği, bu aşamadan sonra objektif bir norm olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır.³⁶

Esas sözleşme sadece şirketin işleyişine, organizasyonuna, temsiline ve karar alma mekanizmasına ilişkin hususları içermez. Aynı zamanda ortakların şirkete karşı olan hak ve yükümlülüklerini de düzenler. Dolayısıyla esas sözleşme ortaklık temelli çok yönlü menfaat ilişkilerine etki eder mahiyettedir. Bu temelde şirketler hukuku da esas itibarıyla çok taraflı ve çok yönlü menfaat ilişkilerini düzenlemektedir.

Belirtmek gerekir ki tek ortaklı yapılarda dahi şirket ve ortak ayırımı temelinde çok taraflı menfaat ağı söz konusudur. Çünkü ortak sayısı bir olsa da şirket çalışanları, alacaklılar ve kamu gibi diğer menfaat sahipleri bu menfaat ağının doğrudan ya da dolaylı tarafı olmaya devam ederler. Diğer taraftan şirketler hukuku azlık konumundaki ortakların ve bunların haklarının korunması için hükümler

³¹ Çekişmesiz yargı işlerinin tespitine ilişkin ölçütler için bkz.: HMK m. 382/1.

³² **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 50; Ayrıca bkz: **Erbaş Açıklık**, Aslıhan (Editörler: **Süral Efeçinar**, Ceyda / **Yardımlı Mehmet Ertan**) (2019), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin. s. 46.; **Aras**, Aslı (2017), Çekişmesiz Yargılama Usulü, Ankara, Yetkin, s. 212 vd.

³³ **Ayoğlu**, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha, s. 1; **Erdem**, Ercüment (Editörler: **Balkar**, Süheyla / **Özdemir Kocasakal** Hatice) (2021) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması,

Onikilevha, s. 8vd; Bu bağlamda korporatif hükümlere ilişkin değerlendirmeler için: **Veziroğlu**, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha, s. 279 vd.

³⁴ **Ayoğlu**, s. 1, 6.

³⁵ **Akdağ Güney**, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 280.

³⁶ **Moroğlu**, Erdoğan (2010), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, Onikilevha, İstanbul, s. 429; **Akdağ Güney**, Kuruluş, 280-281.

içerir. Bu yönüyle şirkette azlık pay sahiplerinin korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir.

Şirket bazında ve şirketler hukuku bağlamında ortaya çıkan menfaat ilişki ve çatışmaları ortakların kendi aralarında ve ortakla şirket arasında ortaya çıkan ilişki ve uyumsuzluk açısından çok daha kapsamlıdır. Nitekim bir şirketin çok taraflı çıkar ilişkisi doğurduğu ve bu çıkar ve hak sahiplerinin sadece şirket ortakları olmadığı kabul edilmektedir.³⁷ Bu bağlamda daha önce de değinildiği üzere, pay sahibi - menfaat sahibi ayırımı önem arz etmekte menfaat sahibi kavramına alacaklılar, şirket çalışanları, devlet ve aynı sektörde faaliyet yürüten diğer kişiler gibi kişi ve kurumları kapsayan daha geniş bir yelpazeye karşılık gelmektedir.

Görüldüğü üzere şirketler hukuku uyumsuzluklarının temelinde de genel itibarıyla ifade olunan çok yönlü menfaatler dengesi yatmaktadır. Bir başka ifadeyle, usul hukuku bakımından iki taraflı görünen bir şirketler hukuku uyumsuzluğunun arka planında çok yönlü ve çok unsurlu menfaat ağı bulunabilir. Şu halde usuli açıdan uyumsuzluğa taraf olmadıkları halde aynı uyumsuzluk konusuna ilişkin olarak menfaat sahibi olanların bu menfaatlerinin korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu ifade edilebilir. O halde şirketler hukukuna ilişkin herhangi bir uyumsuzluk, özellikle de, aşağıda değinileceği üzere, korporatif³⁸ nitelik arz eden ihtilaflar arabuluculuk sürecine tabi tutulurken ifade olunan menfaat ağı göz önünde bulundurularak elverişlilik değerlendirmesi yapılmalıdır.

B. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ VE DEVLET GÖZETİMİ

Özellikle şirketlerin tüzel kişiliği temelinde ortaya çıkan, başka bir ifadeyle, korporatif düzlemdeki uyumsuzlukların “kamu düzeni ve menfaati ile ilgili” olduğuna yönelik çok sayıda işaret mevcuttur. Bu işaretler öncelikle kanun koyucunun ilgili uyumsuzluklara, özellikle menfaat sahiplerinin korunması, azlık pay sahiplerinin korunması, şirket sermayesinin korunması ve ekonomi hukukuna dayalı gerekçelerle ortaya koyduğu yaklaşımın neticesidir.

Kamu düzeni ve menfaatıyla ilgisini güçlü bir şekilde ortaya koymasının işareti olarak öncelikle belirtmek gerekir ki korporatif düzlemdeki uyumsuzluk türü bakımından hukuk seçimi yapmamakta, şirkete tüzel kişilik tanıyan diğer bir ifadeyle şirketin tabi olduğu hukuk sisteminin doğrudan uygulanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.³⁹

Diğer taraftan özellikle 6102 sayılı TTK ile birlikte, özellikle sermaye şirketleri alanında (şirket/esas) sözleşme serbestisinin önemli ölçüde kısıtlandığı⁴⁰ ve devlete yoğun bir denetim ve müdahale yetkisi tanındığı görülmektedir. Şirketler hukukunda sözleşme serbestisini kısıtlayan en önemli düzenlemenin “emredici hükümler ilkesi” kenar başlıklı TTK m. 340 hükmü olduğu ifade edilebilir. Buna göre esas sözleşmede TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda

³⁷ Bu hususta bkz.: **Eminoğlu**, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, Onikilevha, s. 176 vd.

³⁸ “Korporatif düzlem” ve “Korporatif düzlem dışı” kavramları için bkz.: **Ayoğlu**, s. 1,6.

³⁹ **Ayoğlu**, 82.

⁴⁰ Bu hususta bazı çalışmalar için bkz.: **Veziroğlu**, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha; **Eminoğlu**, Cafer/**Dalgıç Altıntaş**, Berrin (2014), “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, 1-25.

(TTK'da) buna açıkça izin verilmişse sapılabilir.⁴¹ Böylelikle esas sözleşme bakımından kanundaki hükümlerin önemli bir çoğunluğunun "emredici" nitelik kazanmış olduğu görülmektedir.

Kanun koyucu korporatif düzlemdeki birçok karar ve işlemin bilinmesi ve duyurulmasında kamu yararının bulunduğunu kabul etmiş ve bu hususta tescil ve ilan yükümlülükleri öngörmüştür. Diğer taraftan belirli alanlarda faaliyet gösterecek anonim şirketlerin kurulabilmesi Ticaret Bakanlığı'nın iznine bağlanmış (TTK m. 333) bunların ve diğer bazı şirketlerin genel kurul toplantılarına başkanlık temsilcisinin bulundurulması zorunlu kılınmıştır.⁴² Ticaret Bakanlığı'na, kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde (TTK m. 353/1) ya da kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde ya da organ eksikliği hallerinde (TTK m. 530/1) şirketin feshini mahkemeden talep etme yetkisi (TTK m. 210/3) tanınmıştır.⁴³ Pay sahiplerinin şirketin feshini talep ettiği hallerde ise mahkemeye, taraf taleplerinden bağımsız olarak, feshe ancak son çare olarak karar verme, öncesinde davacının şirketten çıkarılması da dâhil olmak üzere farklı çözümlere başvurma yetki ve görevi verilmiştir.⁴⁴ Bu da kanun koyucunun ifade edilen yaklaşımının bir başka göstergesidir.

Burada ortaya konan örnekler, korporatif düzlemdeki anonim şirketler hukukuna ilişkin iş ve

işlemler ile bunlardan doğan uyuşmazlıkların kanun koyucu tarafından büyük ölçüde kamu düzeni ve menfaati ile ilgili görüldüğü, bu çerçevede muhtelif kurum ve kuruluşların tedbir almakla yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır. Yargı süreçlerinde ifade olunan menfaatleri koruyacak ve emredici hükümleri uygulayacak karar mercileri bulunmakta iken dostane bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan ve çözümü bütünüyle taraf tahakkümünde şekillenen arabuluculukta taraf iradelerinden bağımsız bir karar otoritesi mevcut değildir. Şu halde korporatif düzlemde ortaya çıkan anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmının arabuluculuğa elverişli olmayacağı ifade edilebilir.

Korporatif nitelikli uyuşmazlıkların dışında kalan, bir başka ifadeyle şirket tüzel kişiliği bünyesinde ortaya çıkmayan korporatif düzlem dışındaki uyuşmazlıklar ise esasen borçlar hukuku temellidir.⁴⁵ Pay devir sözleşmeleri ve pay sahipleri sözleşmeleri, oy sözleşmeleri gibi hukuki işlemlerden doğan bu tür uyuşmazlıkların çözümü kural olarak taraflarının serbest tasarruf hakkı kapsamında yer almakta ve bu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk elverişli gözükmemektedir. Ne var ki bu tür uyuşmazlıklar bakımından dahi arabuluculuğa elverişlilik hususunda her olayın somut şartları kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin pay devrine engel teşkil edecek bir bağlam kuralı (TTK m. 491 vd.) mevcut ise, adi bir pay devri sözleşmesinin, en azından şirket bakımından sonuç doğurması mümkün olmayacağından bundan ortaya çıkacak bir

⁴¹ Aynı ilke TTK m. 579 hükmünde limited şirketler için de öngörülmüş olmakla birlikte, limited şirketlere ilişkin hükümlerin ortaklara daha fazla ayrışma imkânı tanıdığı (Bkz. TTK m. 577) , dolayısıyla limited şirketler bakımından (şirket) sözleşme serbestisinin anonim şirket (esas) sözleşme serbestisinden daha kapsamlı olduğu ifade edilebilir.

⁴² Bkz.: TTK m. 407/3; Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 32/1.

⁴³ İlgili hükmün Anayasaya hukuku bakımından eleştirisi için bkz.: **Can**, Ozan (2015), "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu" (TTK M. 210/f. 3), Batider, Aralık 2015 s. 11-117.

⁴⁴ Bkz.: TTK m. 531/1.

⁴⁵ Uyuşmazlık türüne ilişkin sınıflandırma için bkz.: **Ayoğlu**, s. 6.

uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmayacağı pekâlâ savunulabilir. Yine örneğin rekabet hukukuna aykırı bir devir işlemi mevcut ise aynı sonuca varılabilir.

V. ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİNİN BELİRLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Arabuluculuğa elverişlilik hususunda doğru bir tespiti olanak tanıyan ölçütler geliştirmek özellikle uygulayıcılar bakımından elzemdir. Nitekim bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulandığı Türkiye’de arabuluculuk süreci sonrasında başlayan yargılama faaliyeti bakımından mutlak sonuçlar doğurabilmektedir. Bir başka ifade ve somut örneklen-dirmeye, arabuluculuğa elverişsiz olduğuna yönelik hatalı bir tespit nedeniyle sürece tabi tutulmayan bir uyuşmazlık dava aşamasında, davanın usuli bir ret ile neticelenmesine yol açabilir.⁴⁶ Diğer taraftan arabuluculuğa elverişsiz bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine tabi kılınması, hak düşürücü süreleri ve zamanaşımını durdurmayacağından, hak kayıplarına yol açabilir.

Gerçekten de “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının” (HUAK m. 1/2), dolayısıyla da arabuluculuğa elverişliliğin tespiti hususunun bir bütün olarak arabuluculuk müessesesinin en önemli meselelerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenledir ki kanun koyucu arabuluculuğa elverişlilik incelemesini, tabiri yerindeyse emniyet supaplı ve çoklu bir sürece tabi

kılmıştır. İlk olarak taraf veya taraf vekili arabuluculuk sürecine başvurmadan önce elverişliliği inceleyecektir. Sonrasında arabulucu, süreci başlatmadan önce veya başlatılmış olan süreç esnasında elverişlilik incelemesi yapmakla yükümlüdür.⁴⁷ Nihai aşamada ise sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi verirken ya da bu mahkemenin alacağı karar sonrası kanun yolları aşamasında diğer yargı mercileri elverişlilik incelemesi yapacaktır. Dava şartı arabuluculuk süreci sonrası uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme de benzer inceleme ve denetimi yapabilecektir. İfade olunan aşamalar ve çoklu süreçlerde elverişlilik incelemesinin eksik ya da hatalı neticelenmesi başta arabulucu olmak üzere taraflar, vekilleri ve diğer katılanlar bakımından hak kaybı veya sorumluluğa ilişkin sonuçlar doğurabilir.

Yukarıda da değinildiği üzere, uyuşmazlıkların genel olarak arabuluculuğa elverişliliği hususunda kanun koyucu, öğreti ya da yargı mercileri tarafından yeterli, sağlıklı bir tespiti yarar ölçütler ortaya konulamamıştır.⁴⁸ Bu tespit özelde anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği bakımından da geçerlidir. Aşağıda özellikle korporatif düzlemdeki anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından elverişliliğin incelenmesi ve tespiti bakımından belirleyici olabileceği düşünülen bazı ölçütler önerilmektedir.

B. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİN TESPİTİNDE BAZI ÖLÇÜT ÖNERİLERİ

1. Özel Usuli İşlemler / Tescil Ölçütü

Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından yargıya ilişkin bir usulü de ihtiva etmez. Oysa korporatif düzlemdeki şirketler hukuku

⁴⁶ Bkz.: HUAK m. 18/A/2.

⁴⁷ Bkz.: HUAK m. 17/1-d.

⁴⁸ Aynı yönde: **Özkes**, Pekcantez Usûl, s. 2829.

uyuşmazlıklarının bir kısmının birtakım özel usuli süreç ve işlemlere bağlandığını görmekteyiz. Özellikle anonim şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda ifade olunan usuli süreç ve işlemlerle yoğun bir şekilde karşılaşmaktadır. Genel kurul kararlarının iptali davasında üç aylık hak düşürücü sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamayacağına ilişkin TTK m. 448/2 hükmü, yine bu tür davalarda mahkemenin, şirketin istemi üzerine muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebileceğinin öngörülmesi ve teminatın nitelik ve miktarının mahkemece belirleneceğinin hükme bağlanmış olması, ayrıca birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davaların birleştirilerek görüleceğine ilişkin düzenleme (TTK m. 448/3) burada örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca yine genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda mahkemenin, yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebileceğine ilişkin TTK m. 449/1 hükmü mevcuttur. İlgili uyuşmazlıkların kamu düzeni ile ilgili görülmesi nedeniyle mahkemeler burada resen, taraf irade ve taleplerinden bağımsız olarak karar alabilmektedirler. Oysa arabulucunun ne teminat öngörmeye, ne farklı uyuşmazlıkları tek süreçte birleştirmeye ne de genel kurul kararlarının yürütülmesinin geriye bırakılmasına karar verme otoritesi ya da yetkisi vardır.

Yine örneğin şirketin feshine mahkemenin karar verdiği hâllerde tasfiye memurunun mahkeme tarafından atanacağına ilişkin TTK m. 536/3 hükmü ile mahkemeden özel denetçi atanmasının talep edilebilmesinin bilgi alma ve inceleme hakkının daha önce kullanılmış olmasına bağlanmış

olması ve mahkemenin bu şartın yerine getirildiğini inceleme yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 438 hükmü yargısal denetim ve özel usuli süreçlerin öngörüldüğü düzenlemelere örnektir.

Görüldüğü üzere arabuluculuğun süreç olarak, arabulucunun ise sürecin taraflarca belirlenmesine yardımcı olan kişi olarak ifade olunan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği denetim, karar ve özel usuli işlemleri gerçekleştirilmeye veya teminat altına almaya olanak ve yetkisi bulunmamaktadır. O halde bu ve benzer usuli işlemlerin öngörüldüğü davalara konu olabilecek uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmayacağı, her uyuşmazlığın somut koşulları da göz önünde bulundularak, ifade edilebilir.

Diğer taraftan korporatif düzlemdeki bir uyuşmazlığın konu olduğu dava süreçlerinin veya davada verilen kararın tescil veya tescille birlikte ilan edilmesinin öngörülmesi arabuluculuğa engel teşkil edebilir. Anonim şirket genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararının bir suretinin ticaret siciline tescil ettirilmesi ve internet sitesine koyulması zorunluluğu (TTK m. 450/1) ifade edilen hususa örnek olarak gösterilebilir. Burada bir taraftan tescilin bir mahkeme kararına bağlanmış olması, diğer taraftan tescil ve ilanın arabuluculuğun gizlilik ilkesiyle⁴⁹ kural olarak bağdaşmaması ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olamayacağına yönelik emareler olarak kabul edilebilir.

2. Erga Omnes Etkisi

Birtakım uyuşmazlıkların nihai olarak çözümlenmesi neticesinde ortaya çıkan hüküm ve

⁴⁹ Arabuluculukta genel olarak gizlilik ilkesine ilişkin bir çalışma için bkz.: **Yazıcı Tıktık**, Çiğdem (2010), Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (Doktora Tezi).

kararların, ilgili uyumsuzluğa taraf olmayanlar bakımından da doğrudan sonuç doğurması mümkündür. Burada özellikle korporatif düzlemdeki uyumsuzlukların bir kısmı bakımından ortaya çıkan ve erga omnes olarak ifade edilen inşai etki⁵⁰ söz konusudur. İlam niteliğinde olsa da temelde taraflar arasında akdedilen bir arabuluculuk anlaşmasına dayanılarak üçüncü kişiler bakımından yükümlülük ve bağlayıcılık tesis etmek öncelikle sözleşmenin nisbiliği ilkesine uygun olmayacaktır. Diğer taraftan iradi olarak yürütülen bir arabuluculuk sürecinden üçüncü taraf ve menfaatlerinin etkilenmemesinin temin edilmesinin kamu düzenine ilişkin bir gereklilik olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle bir uyumsuzluğun arabuluculuğa elverişsizliğinin tespitinde erga omnes etkisi kanaatimizce önemli bir ölçüt olabilir.⁵¹

Şirketler hukuku temelli erga omnes veya benzeri bir etkiyi haiz uyumsuzluklara bir örnek olarak TTK m. 191 hükmünde düzenlenmiş olan “ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının incelenmesi” davası örnek gösterilebilir. İlgili hükme göre “*şirket birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinde ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının gereğince korunmamış veya ayrılma karşılığının uygun belirlenmemiş olması hâlinde, her ortak, öngörülen sürede mahkemeden, uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını*” isteyebilecektir. Hükümün devamında, açılan dava sonucunda ortaya çıkan mahkeme kararının davacı ile aynı hukuki durumda

bulunmaları hâlinde, birleşmeye, bölünmeye veya tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları hakkında da hüküm doğuracağı belirtilmiştir. Böylece esas itibariyle uyumsuzluğun sonucuna erga omnes etkisi bağlanmıştır. Böylelikle doğrudan uyumsuzluğa taraf olmadığı halde ortaya çıkacak karardan etkilenecek üçüncü taraflar, yani örneğin yapısal değişikliğe katılan diğer bütün şirketlerin pay sahipleri mevcut olabilir. Bu üçüncü tarafların çıkarlarının da dolayısıyla ilgili davada gözetilmesi kamu düzeni ile ilgilidir ve kanaatimizce ancak bir yargı merci eliyle ilgililerin menfaati korunabilir. Dolayısıyla bu ve benzeri uyumsuzluk türleri bakımından arabuluculuğa elverişlilikten bahsedilememelidir.

Korporatif düzlemdeki şirketler hukuku uyumsuzlukları bakımından erga omnes etkisine belki de en bariz örnek ise, daha önce de değindiğimiz ve arabuluculuğa elverişsizliğini farklı ölçütlerle ortaya koyduğumuz⁵² genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin uyumsuzluklardır.⁵³ Nitekim TTK’nın 450/1 madde hükmünde genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararının, kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade edeceği açıkça düzenlenmiştir. Buradaki hükümsüzlük uyumsuzluklarının sulh yoluyla sonuçlandırılması da mümkün değildir.⁵⁴ Benzer gerekçelerle anonim şirket yönetim kurulu

⁵⁰ Bkz: **Ayoğlu**, s. 83 vd.

⁵¹ Bununla birlikte *erga omnes* etkisi arabuluculuğa elverişlilik incelemesi açısından mutlak bir ölçüt olmayabilir. Örneğin sınıai hakların hükümsüzlüğüne ilişkin uyumsuzluk sonuçları *erga omnes* etkisine sahip olmakla da bu uyumsuzlukların (ihtiyari) arabuluculuğa elverişli olacağı pekâlâ savunulabilir. Bu hususta ayrıca bkz.: **Eminoğlu & Erdoğan** (2020), s. 416; **Paslı**, (Editörler: **Süral Efeçinar**, Ceyda / **Yardım**, Mehmet Ertan) (2019), Ticari Uyumsuzluklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, s. 21.

⁵² Bu hususta ayrıca bkz.: **Akil**, Cenk (2014), “Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.I, Ankara, Yetkin.

⁵³ Ayrıca bkz.: **Huysal**, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat, s. 330.

⁵⁴ **Moroğlu**, Erdoğan (2017), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Onikilevha, s. 305. Ayrıca bkz.: **Kırca**, (Kırca / **Şehirli Çelik/ Manavgat**) Cilt 2/2, s. 233, 234; **Ayoğlu**, 104 vd.; Konuya ilişkin bir karar için bkz: Yargıtay, 11. HD, E. 2011/13485, K. 2012/19915, T. 5.12.2012 (set: 12.10.2021).

kararlarının iptaline⁵⁵ ve butlanına ilişkin uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli olmadığı kanaatimizce ifade edilebilir.

3. Uyuşmazlığın Doğduğu Kararı Alan Organ Ölçütü (GK-YK İşlevler Ayrılığı Ölçütü)

TTK m. 365 hükmünde anonim şirketin, yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve temsil olunacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde yönetim kurulu daimi bir organ olup şirket idaresi ve dış ilişkide temsili ile vazifelendirilmiştir. Temel karar alma organı olan genel kurulun ise kural olarak şirketin doğrudan idaresi ve dış ilişkide temsiline ilişkin yetkileri mevcut değildir. 6102 sayılı TTK'da bu çerçevede genel kurul ile yönetim kurulu arasında işlevler ayrılığına gidildiği ve özellikle genel kurulun hareket sahasına bir sınır çizilmek istendiği ifade edilebilir.⁵⁶ Gerçekten de kanun koyucu hem genel kurul (TTK m. 408) hem de yönetim kurulu (TTK m. 375) için devredilemez görev ve yetkiler düzenlemiştir. Böylelikle organların ilişkisi bakımından eşitlikçi modele (*Paritätsprinzip*) dayalı işlevler ayrılığı benimsenmiştir.⁵⁷ Emredici hükümlerle donatılan işlevler ayrılığının ise iki farklı amacı olduğu ifade edilmelidir. Bunlardan ilki, sorumluluğu gereği pay sahipleri dışındaki menfaat sahiplerinin çıkarlarını da göz önünde bulundurarak karar alma sorumluluğu bulunan yönetim kurulunun görev ve yetki alanına pay sahiplerinin ve genel kurulun müdahalesini önlemektir. Diğeri ise yönetim kurulunun, temel karar alma organı olan, şirketin esasını ve stratejisini belirleyen genel kurulun görev

alanına müdahil olmasının önüne geçmektir. Bu ayırım şirketlerin dayandığı çok taraflı menfaat dengesinin korunmasına yönelik, kanaatimizce bir yönüyle kamu düzeni ile ilgili bir modeldir.

Şirket organlarının, görev ve yetkilerini kullanırken gözetmek zorunda oldukları işlevler ayrılığı kanaatimizce arabuluculuğa elverişlilik incelemesi bakımından önemli bir ölçüt olarak kabul edilmelidir. Bu ölçüt özellikle bireysel pay sahipliği haklarının ve azlık haklarının kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliğinin tespitinde yararlı olabilir. Burada önem arz eden husus korporatif düzlemdeki şirketler hukukuna ilişkin dava konusu uyuşmazlığın hangi organın kararına dayandığıdır. Genel bir belirleme olarak, genel kurul kararlarının uygulanmasına yönelik kararları da dâhil olmak üzere uyuşmazlığın temelinde yönetim kurulunun temsil ve yönetim yetkisi kapsamında alınmış bir karar mevcutsa, kural olarak ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir. Ancak uyuşmazlığın temelinde genel kurulun devredilemez görev ve yetkisine ilişkin bir kararı mevcutsa ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Nitekim TTK m. 391/1-d hükmünde genel kurulun devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda belirtilen çerçevede ve daha somut bir tespit mekanizması olarak, bir uyuşmazlıkta dava açılmadan önce hangi organa başvurulduğu sorusuna verilecek cevap elverişlilik incelemesinde

⁵⁵ Belirtmek isteriz ki TTK'nın 460/1, 192/2 ve SerPK'nın 18/6 ile 92. maddelerinde açıkça belirtilen istisnalar haricinde yönetim kurulu kararlarının iptalinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ayrıca bkz.: **Pulaşlı**, Hasan (2015), *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, § 30, Kn. 503 vd.

⁵⁶ Ayrıca bkz.: **Tekinalp**, Ünal (2013), *Sermaye Ortaklıklarının yeni Hukuku*, Vedat, Kn. 12-28b.

⁵⁷ **Kırca**, İsmail / **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2013) *Anonim Şirket Hukuku*, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku araştırmaları Enstitüsü, s. 395; Ayrıca bkz.: **Akdağ Güney**, Necla (2016), *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 6.

belirleyici olabilir. Bir haktan istifade etmeye ilişkin talep, dava açılmadan önce yönetim organına yöneltiliyor ve bu organın talebi reddetmesi hali için dava hakkı tanınıyorsa, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir. Örneğin TTK m. 486/3 hükmünde azlık pay sahiplerinin istemde bulunması halinde nama yazılı pay senetlerinin bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere burada genel kurul kararı gerekli olmayıp bastırma ve dağıtma işlemi bir yönetim kurulu kararı ile yapılmalıdır. Şu halde istemde bulunmasına rağmen anonim şirketin pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtmaktan yönetim kurulunca imtina edilmesi durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olacağı kabul edilebilir.

TTK m. 411'de öngörülen genel kurulu toplantıya çağırma ile ilgili azlık hakkı belirtilen ölçüt bakımından ele alınabilecek bir başka uyuşmazlık türüdür. Bu hükme göre azlık pay sahipleri yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını isteyebilir. Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmelidir. Yapılan başvuru üzerine genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahip olan organ yönetim kuruludur. O halde yönetim kurulu ifade olunan uyuşmazlık konusu üzerinde şirketi temsilen serbestçe tasarrufta bulunabilir.

Diğer taraftan uyuşmazlık konusu talebin yöneltildiği organın genel kurul olduğu hallerde arabuluculuğa elverişliliğin mevcut olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü burada temel karar organı olan genel kurul tarafından alınmış bir karar söz konusu olacak, bu hususun yönetim kurulunca temsil edilen şirket tüzel kişiliği ve hakkın kullanımına ilişkin

talepte bulunan pay sahibi arasında görülecek bir arabuluculuk süreciyle nihai olarak çözümlenmesi öncelikle işlevler ayrılığı nedeniyle uygun olmayacaktır. Bu hususta özel denetçi atamaya ilişkin TTK m. 438 hükmü örnek verilebilir. Hükme göre özel denetçi atanmasına yönelik talep öncelikle genel kurula yöneltilir. Uyuşmazlık genel kurulun talebi reddetmesi halinde ortaya çıkar ve azlık pay sahiplerince dava konusu yapılabilir. Dolayısıyla burada bir genel kurul kararına ilişkin uyuşmazlık söz konusu olup diğer gerekçelerin yanında, işlevler ayrılığı ölçütü nedeniyle de ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmayacağı sonucuna varılmalıdır. Yine, bir başka örnek olarak, TTK m. 408/2-f hükmü nedeniyle, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı hususunda yönetim kurulu şirket adına arabuluculuk müzakereleri gerçekleştiremeyecektir. Böyle bir uyuşmazlık kanaatimizce arabuluculuğa da elverişli olmayacaktır.

4. Şirketin Hukuki Varlığını, Temel Yapısını, Temel İlkelerini İlgilendirme Ölçütü

Korporatif düzlemdeki uyuşmazlıklar şirketin tüzel kişiliği bağlamında ortaya çıkar. Kanun koyucu anonim şirket ve onun hükmi şahsiyetini *contitio sine qua non* mahiyetinde birtakım temel ilke ve niteliklerle donatmıştır. Böylelikle bu şirket bakımından, bir taraftan çok yönlü menfaat dengesini korumayı diğer taraftan iktisadi amacını gerçekleştirmeyi hedef tutan, kendine has bir temel yapı meydana getirilmiştir. Bu temel yapı ve ilkeler emredici hükümlerle korunmuş, bunları ihlal eden kararların batıl hükmünde olacağı düzenlenmiştir. O halde nihai olarak çözümü şirketin temel yapısını ve temel ilkelerini ilgilendiren uyuşmazlık konuları üzerinde tarafların serbest tasarruf olanağı bulunmadığının kabulü gerekir.

Gerek yönetim kurulu gerekse genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen hükümler, butlan nedenleri bakımından örnek bağlamında bir sayıma yer vermiştir. TTK m. 391 hükmü “*eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, ayrıca genel kurulun devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin yönetim kurulu kararlarının*” batıl hükmünde olacağını düzenlemiştir. TTK m. 447 hükmü ise “*genel kurul kararlarından özellikle pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan*” kararlarının batıl olacağını düzenlemektedir. TTK’nın ifade olunan iki maddesi bir tarafa, bunların yokluğunda dahi belirtilen hallerde butlan söz konusu olacaktır. Çünkü ilgili ilke ve kurallar emredici hükümlere dayanmaktadır ve ihlali halinde TBK m. 27 gereğince butlan söz konusu olacaktır.⁵⁸ İfade olunan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu kabul etmek, aynı sonucun bir yönetim organı kararı ile ortaya çıkması halinde, butlanı hukuki bir müeyyide olarak öngören düzenlemelerin dolanılması sonucunu doğuracaktır.

Belirtilen çerçevede, pay sahiplerinin oy veya genel kurula katılma hakkının bir yükümlülüğe dönüştürmesine, pay sahibinin şirket borçlarından doğrudan sorumlu tutulmasına, hisse bedellerinin

itibari değerine altına düşürülmesine, eşit şartlardaki pay sahipleri arasında eşitsizlik oluşturmaya yönelik uyuşmazlıklar anonim şirketin temel yapısını bozacağından ya da “*tek borç ilkesi*” gibi anonim şirkete ilişkin temel ilkelere aykırılık teşkil edeceğinden⁵⁹ arabuluculuğa elverişsiz olacaktır.

Anonim şirketin temel yapısına ilişkin ilkelere biri de sermayenin korunması ilkesidir. Yukarıda değinildiği üzere, bu ilkeye aykırı karar ve işlemler batıl olacaktır. O halde sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil eden uyuşmazlık konuları arabuluculuğa da elverişli olmayacaktır. Örneğin taahhüt edilen sermaye paylarında yönetim kurulu kararıyla indirimine gidilmesine veya pay sahiplerinin ödeme yükümlülüklerinde ve taahhütlerini ifa usullerinde eşitsizlik oluşturmaya yönelik uyuşmazlıklar emredici nitelikteki eşit işlem ilkesi veya sermayenin korunması ilkelerine aykırılık oluşturacak ve tarafların serbest tasarruf yetkisinin kapsamı dışında kalacaktır. Nitekim arabulucunun, yürüttüğü süreçte şirketin temel yapısını gözetecek ya da ifade olunan ilkelerin ihlalini önleyecek bir karar verme ya da denetim yetkisi mevcut değildir ve burada mahkeme denetimi esastır.

Diğer taraftan şirketin, kendi hükmi şahsiyetini sona erdirmeye yönelik bir hukuki talebi yine (yönetim organının temsili bağlamında) kendi iradesi ile kabul edebilmesi mümkün görülmemektedir.⁶⁰ Dolayısıyla TTK’nın, 210, 353, 530, 531, 636. maddelerine dayanan ve şirketin feshi taleplerinden doğan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

⁵⁸ **Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2017) Ortaklıklar Hukuku 2, 13. Basi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 494 vd.

⁵⁹ **Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2, s. 19.**

⁶⁰ **Ayoğlu, s. 81.**

VI. YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA ŞİRKETLER HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ HUSUSU

Ne genel manada arabuluculuğa ne de özelde anonim şirketler hukuku bakımından elverişliliğe ilişkin yeterli yargı karar portföyü oluşabilmiştir. Yukarıda değindiğimiz ve kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle dolaylı olarak arabuluculuğa elverişlilik hususunu da ilgilendiren kararlar haricinde, az sayıda Bölge Adliye ve Yargıtay kararlarında elverişliliğe ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu bağlamda örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yerinde bir yaklaşımla, 2011/13485 esas, 2012/19915 karar ve 05.12. 2012 tarihli kararı ile genel kurul kararının iptaline dair bir uyuşmazlığın davacı ile davalı arasında yapılacak bir anlaşma ile sonuçlandırılmasının mümkün olamayacağına hükmetmiştir. Karar doğrudan arabuluculuğa ilişkin değildir. Ancak ilgili uyuşmazlık bakımından Daire üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir uyuşmazlık tespitinde bulunmuştur. Dolayısıyla ifade edilen uyuşmazlık türü karar çerçevesinde arabuluculuğa da elverişsiz olacaktır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi ise 2019/890 esas, 2019/867 karar numaralı ve 25.06.2019 tarihli kararında⁶¹ limited şirket ortaklığından çıkma istemine ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Çıkma ve çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlıklar çeşitli nedenlerle kamu düzeni ile ilintilidir. Öncelikle şirket ortaklarının şirketteki payları mülkiyet hakları olarak anayasal güvence altındadır. Çıkarılmaya ilişkin uyuşmazlıklar bakımından bu haklarının rızaları dışında ellerinden alınması kanunda açıkça

belirtilen hallerde ve mahkeme denetimiyle olanaklı olmalıdır. Diğer taraftan şirketten çıkmaya ilişkin hakların mahkeme denetimi olmaksızın kullanılması şirket sermayesinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edebilir ve diğer ortaklar aleyhine eşitsizliğe yol açabilir.

VII. SONUÇ NOTLARI

Arabuluculukta emredici hükümleri, kamu düzenini, zayıfların korunmasını ve taraflar dışındaki menfaat sahiplerinin çıkarlarını, taraf/katılımcı iradelerinden bağımsız olarak gözetecek, hatta bazı hallerde önceleyecek bir karar ve yargı mercii mevcut değildir. Bu nedenledir ki kanun koyucu arabuluculuk sürecine sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların konu olabileceğini hükme bağlamıştır.

Hangi uyuşmazlıkların, ifade olunan bağlamda taraflarının serbest tasarrufunda bulunabileceği hususunda ise kanun koyucu açık bir belirlemeye yer vermemekle birlikte öğreti ve içtihat burada “kamu düzenini” temel ölçüt olarak kabul etmektedir. Ancak bu kez de kamu düzeninin ne olduğu, hangi hususun kamu düzenini ilgilendirdiği soruları ortaya çıkmakta, burada net, herkesçe kabul edilebilir yanıtlar ortaya konamamaktadır.

Başvurulması bir dava şartı olarak düzenlenmiş olsa da, kural olarak ihtiyari temelde yürüyen bir dostane uyuşmazlık çözüm metodu olan arabuluculuk için “arabuluculuğa elverişlilik” incelemesinin sürecin her aşamasında emredici bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Arabuluculuğa elverişsizliği tespiti halinde süreç, hangi aşamada olursa olsun, bir anlaşma belgesi oluşturulmaksızın

⁶¹ (set: 23.10.2021, www.legal.com.tr)

sonlandırılmalıdır. O halde elverişlilik incelemesi arabuluculuğun en önemli unsurlarından biridir.

Genelde şirketler, özelde anonim şirketler bakımından, ortaklık kuramsal yapısının çoklu menfaat düzlemi üzerine kurulu olması ve bu yapıların ekonomik önemi bu alandaki uyuşmazlıkların “kamu düzeni” ile olan irtibatını arttırmaktadır. Bu nedenle hangi anonim şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu hususu ifade olunan alanda daha da önemli hale gelmektedir.

Özellikle korporatif temelde ortaya çıkan anonim şirketler hukuku uyuşmazlıkların kamu düzeni ile olan irtibatının, dolayısıyla arabuluculuğa elverişsizliğinin tespitinde, her olayın somut şartları saklı kalmak kaydıyla, kanunun düzenleme amacı, kanun koyucunun yaklaşımı ve şirketin temel yapısı gibi bazı belirleyici unsurlar üzerinden hareketle birtakım ipuçları ve ölçütler elde etmek olanaklıdır. Öncelikle yargılamaya konu olması halinde özel bazı usuli işlemlere bağlanmış olması veya tescil yükümlülüklerinin öngörülmüş olması bir şirketler hukuku uyuşmazlığının arabuluculuğa elverişli olmadığını tespiti için ölçüt olabilir. Nitekim arabulucunun ya da bir müessese olarak arabuluculuğun usuli zorlamada bulunma, tescile elverişli hukuki metinler ortaya çıkarma yetkisi kural olarak yoktur. Kaldı ki bu, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ve sır saklamanın yükümlülüğü ile tescil ve kamuya ilan uyuşmayacaktır.

Ortaklık temelinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların öngörülen yargılama neticesinde taraflar hariçindeki kişiler açısından da doğrudan sonuçlar doğurmasını ifade eden erga omnes etkisi arabuluculuğa elverişliliğin tespitinde bir başka ölçüt olabilir. Burada ifade olunan dava dışı kişileri koruyacak bir yargı merciine ihtiyaç duyulacağı şüphesizdir.

Tek borç ilkesi, sınırlı sorumluluk ve sermayenin korunması gibi anonim şirketlerin temelinde yerleştirilen ilke ve müesseselere halel getirecek, onları bozacak veya dolanacak bir uyuşmazlık çözümü sürecinin de arabuluculuğa elverişli olmayacağı açıktır. Nihai olarak emredici bir yaklaşımla düzenlenen şirket organları arasındaki işlevler ayrılığını ortadan kaldıracak veya dolacak bir uyuşmazlık çözümü sürecinin arabuluculuğa elverişsiz olacağı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla (2016), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Akdağ Güney, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Akıncı, Ziya, (Editörler: **Akıncı Ziya / Yasan Tepetaş**, Candan) (2018) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Onikilevha.

Akil, Cenk (2014), "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kapsamı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.I, Ankara, Yetkin.

Aktepe Artık, Sezin (2018), 'İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı', TBB Dergisi (134).

Altuğ, Yılmaz / **Yasan**, Mustafa (2003), Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul.

Aras, Aslı (2017), Çekişmesiz Yargılama Usulü, Ankara, Yetkin.

Atakan Arda (2007), "Kamu Düzeni Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, s. 59-136.

Ayoğlu, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Onikilevha.

Azaklı Arslan (2018), Betül, Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Yetkin.

Can, Ozan (2015), "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu (TTK M. 210/f. 3)", Batider, Aralık.

Dayınlarlı, Kemal (1988), "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Ekmekçi, Ömer/**Özekes, Muhammet/Atalı**, Murat/**Seven**, Vural (2019), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul, Onikilevha.

Eminoğlu, Cafer & **Erdoğan** Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi.

Eminoğlu, Cafer (2014), Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, Onikilevha.

Erdem, Ercüment (Editörler: **Balkar**, Süheyla / **Özdemir Kocasakal** Hatice) (2021) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, Tahkim Anlaşması, Onikilevha.

Huysal, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, Vedat, s. 330.

Ildır, Gülgün (2004) "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2020), Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan, Ankara.

Kırca, İsmail / **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirket Hukuku, Cilt 2/2, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları.

Kırca, İsmail / **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirket Hukuku, Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları.

Moroğlu, Erdoğan (2010), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, Onikilevha.

Moroğlu, Erdoğan (2017), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Onikilevha.

Özmumcu, Seda (2014), “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2.

Öztürk, Necla (2015), “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt. 31, sa. 2, s. 201-254

Pekcanıtez, Hakan/ **Taş Korkmaz**, Hülya / **Özekes**, Muhammet / **Akkan**, Mine (2017), Pekcanıtez Usûl, Medeni Usul hukuku, Cilt 1, Onikilevha.

Poroy, Reha/ **Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2017) Ortaklıklar Hukuku 2, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2015), Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.

Schwarz, Andreas Bertalan (1948), Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviren: Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul-1948, S. 343.

Şit Köşgeroğlu, Banu (2020), Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, Adalet.

Tahiroğlu, Fatih (2021), Medeni Usul Hukukunda Res’en Araştırma İlkesi (Doktora Tezi).

Tanrıver, Süha (2011) “Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, Adalet Yayınevi, Ankara.

Tekinalp, Ünal (2013), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat.

Toraman, Barış (2020), “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, SÜHFD, Cilt 28, Sayı 3.

Veziroğlu, Cem (2021), Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, Onikilevha.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem (2010), Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (Doktora Tezi).

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

**FINANCIAL RESTRUCTURING AND ITS CO-APPLICABILITY IN THE PROCESS OF
CONCORDATUM****

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN***

Selin YEŞİLDAL****

ÖZ

15 Ağustos 2018 tarihinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından 30510 sayılı Resmî Gazete’de “Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik” yayımlandı. Yönetmelikle birlikte Finansal Yeniden Yapılandırma (FYY) uygulamasında Türkiye’de yeni bir dönem başlatıldı. Bu çalışmada yeni dönem FYY uygulaması hakkında detaylı bilgi verilmiş, ardından bu kurum ile 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nda (İİK) düzenlenen Konkordato arasındaki ilişki incelenmiş ve son olarak bu iki kurumun birlikte uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yeni İstanbul Yaklaşımı, Finansal Yeniden Yapılandırma, Konkordato.

ABSTRACT

“The Regulation on Restructuring of Loans Owed to Financial Sector” was promulgated in the Official Gazette 30510 by Banking Regulation and Supervision Agency on the date of 15 August 2018. With the regulation, a new period of Financial Restructuring implementation has been initiated in Turkey. In this study, detailed information regarding the new period of Financial Restructuring was given, and then the relationship between this institution and the Concordatum regulated in Bankruptcy and Enforcement Law No. 2004 examined, and lastly the question of whether these two institutions can be applied together was discussed.

Keywords: New Istanbul Approach, Financial Restructuring, Concordat.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 03.12.2021/ Kabul Tarihi: 19.12.2021).

** Bu makale Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen ‘IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda sözlü özet olarak sunulmuştur.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, eerdogan@ybu.edu.tr, ORCID ID:0000-0002-7439-0780.

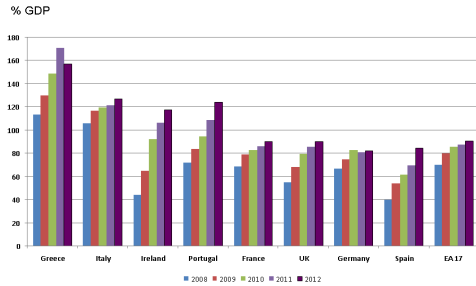
**** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Öğrencisi, yesildalselin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5655-4358.

Atıf/ Citation: **Erdoğan**, Ersin & **Yeşildal**, Selin (2021), “Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği”, TFM, C: 7, S: 2, s. 285-314.

GİRİŞ

Küreselleşme, ülkelerin sahip olduğu maddi ve manevi değerlerin milli sınırları aşarak diğer ülkeleri etkilemesini ifade eden¹ 1990'lı yıllardan itibaren bilim insanlarının önem verdiği ve çalışmalarında kullandığı kilit bir kavramdır². Bu kavram dar anlamıyla ve maddi açıdan ele alındığında kavramın finans piyasasını etkileyen bir durum olduğu açıktır³. Finansal küreselleşme ise ulusal finans piyasaları arasındaki sert çizginin yumuşayarak zamanla yok olması ve ulusal finans piyasalarının rekabete açılması olarak tanımlanabilir⁴. Şüphesiz bu yüzdendir ki, yabancı bir ülkede meydana gelen bir kriz, ülke sınırlarını aşması nedeniyle küresel ekonomiyi etkileyerek ekonomik krize hazırlıksız yakalanan diğer ülke ekonomilerinin de zarar görmesine neden olmaktadır. Örneğin, 2008 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan ve mortgage krizi olarak nitelendirilen ekonomik kriz, dünya üzerindeki pek çok ülkeyi olumsuz yönde etkilemiştir.

Debt to GDP Ratio for Selected European Countries



Şekil: Bazı Avrupa Ülkelerinin 2008 Krizi Sonrası Kamu Borçlarının GDP'ye Oranı-Kaynak: Eurostat

¹ **Aydemir, Cahit/Kaya, Mehmet** (2007), 'Küreselleşme Kavramı Ve Ekonomik Yönü', Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C: 6, S:20, s. 266, <https://dergipark.org.tr>, s.e.t. 13.01.2021.

² **Aydemir/Kaya, s.261.**

³ **Aydemir/Kaya, s.264.**

⁴ **Karaca, S. Serdar** (2010), 'Uluslararası Sermaye Hareketleri ve Kriz Sonrası Görünüm', Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, S:1, s. 158.

Nitekim, krizlerin reel sektör ve mali sektörü olumsuz yönde etkilemesini önlemek ve üretimde devamlılığı sağlayabilmek için gerek Türkiye'de gerekse yurtdışında hem maddi hukuk alanında hem de külli takip hukukunda birtakım düzenlemeler yapılmıştır⁵. Bu düzenlemelerin nihai amacı reel sektörü iyileştirirken mali sektörü korumak; firmaların geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için külli icra dışı veya külli icra içi kurumlar oluşturarak onları ekonomik bir değer olarak ayakta tutmaya çalışmaktır.

Önemle değinmek gerekir ki, bilindiği üzere COVID-19 olarak adlandırılan "Yeni Koronavirüs Hastalığı" nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde "Pandemi" ilan edilmiştir⁶. Pandeminin ilanı, virüsün yayılmasını önlemek amacıyla dünyada alınan önlemler neticesinde "Gıda ve sağlık gibi temel ihtiyaç sektörleri dışında her türlü tüketim ve yatırım harcamaları azalmıştır."⁷ Salgının neticeleri dünyada daha önce görülmemiş ekonomik bir krize neden olmuştur⁸. Salgının mevcut durumdaki seyri, dünya genelinde salgın nedeniyle gerçekleştirilen üçüncü hatta dördüncü kapanmalar da dikkate alındığında dünya ekonomisinin büyük bir küresel krizle karşı karşıya kaldığı/kalacağı açıktır.

Bununla birlikte, salgının global ekonomi üzerindeki etkileri dikkate alındığında kanaatimizce yakın gelecekte şirket kurtarma yöntemlerine başvurular kayda değer bir şekilde artacak ve

⁵ **Budak, Ali Cem/Yağcı, Mustafa Okan** (Mart 2020) 'Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma', Bankacılar Dergisi, S:112, s.17-18.

⁶ **T.C. Sağlık Bakanlığı**, Covid-19 Bilgilendirme Platformu <https://covid19.saglik.gov.tr>, s.e.t. 08.04.2021.

⁷ **Eğri, Taha/Doğaner, Ayça** (2020) 'Covid-19 ve Ekonomik Kriz: Kobiler Özelinde Bir Değerlendirme ve Politika Önerileri', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Sosyal Bilimler Özel Sayısı, S: 37, s. 132.

⁸ **Eğri/Doğaner, s. 143.**

başvuruların artması yeniden yapılandırma kurumlarında iyileştirme yapılmasını zorunlu kılacaktır.

Bu çerçevede çalışmamız, konkordatonun aksine alacaklıların aktif rol aldığı Finansal Yeniden Yapılandırma (FYY) uygulaması hakkında uygulayıcılara bilgi vermek ve bu uygulamanın küllî takip hukukunda yer alan konkordato kurumu ile ilişkisini açıklığa kavuşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Ayrıca çalışmada yeniden yapılandırma kurumunda yapılması gerektiğini düşündüğümüz iyileştirmelere de işaret edilmektedir.

Belirtmek isteriz ki, çalışmanın birinci bölümünde, FYY müessesesinin tarihi gelişimi ele alınmış; ikinci bölümde “*Yeni İstanbul Yaklaşımı*” istatistiksel raporlar dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise, FYY, kanuni düzenlemeler ve çerçeve anlaşmalar kapsamında tartışılmış, FYY başvuru usulünden, yeniden yapılandırma müzakere sürecinden ve müzakere sürecinin sonuçlarından bahsedilmiştir. Esasen bu kısma kapsamlı olarak yer verilmesinin temel gerekçesi, FYY konusunda bilimsel makale şeklindeki çalışmaların azlığı dolayısıyla, son bölüm hakkında okuyucunun değerlendirme yapabilmesine imkân tanımaktır. Son bölümde ise, FYY’nin konkordato ile ilişkisi açıklanarak, iki kurumun birlikte uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ele alınmıştır.

I. FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA UYGULAMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

FYY, katma değer yaratmasına rağmen mali kesime olan borçlarını geri ödeyemeyen işletmelerin ticari kredi borçlarının, alacaklı kuruluşlar tarafından süre ve/veya miktar olarak yeniden düzenlenmek, gerektiğinde ek krediler kullanılmak suretiyle borçlu işletmelerin üretime devam etmesine olanak sağlarken, mali kesimin de alacaklarını tahsil etmesine imkân tanıyan⁹ “*iktisadi ve hukuki*” bir kurumdur. Kısaca ifade etmek gerekirse, FYY’nin asıl amacı, işletmelerin mali sektöre olan borçlarının yeniden düzenlenmesi suretiyle onlara ekonomik varlıklarını muhafaza ederek iflastan önce bir çıkış yolu göstermektir.

İç hukukumuzda yer alan çözümlerden 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda (İİK) düzenlenen Konkordato ile Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması kurumları her ne kadar reel sektörün iyileşmesine yardımcı olabilecek olan kurumlar olsa da mali sektör tarafından bu kurumlar yeterli bulunmamakta, alacaklılarının büyük bir kısmı rehinli olan mali sektör/kredi kuruluşları büyük oranda kendilerinin söh sahibi olduğu FYY sürecinden faydalanmayı tercih etmektedir.

B. TARİHİ GELİŞİM

Uluslararası alanda finansal yeniden yapılandırmanın ilk örneği sivil bir kuruluş olan *Bank of England* tarafından başlatılan “*Londra Yaklaşımı*”

⁹ **Türkiye Bankalar Birliği** (Haziran 2002) (Pelin Ataman Erdönmez tarafından derlenmiştir.), ‘Finansal Yeniden Yapılandırma Programı’, Bankacılar Dergisi, S:41, s. 13; Türkiye Bankalar Birliği (2019), ‘Finansal Yeniden Yapılandırma

Çerçeve Anlaşma Büyük Ölçekli Uygulama’, s.2, <<https://www.tbb.org.tr>>, s.e.t. 27.03.2021.

olarak kabul edilmektedir¹⁰. Londra yaklaşımının ortaya çıkmasının nedeni, 1970'lerin ortalarında İngiltere'de yaşanan ekonomik durgunluktur¹¹.

Finansal Yeniden Yapılandırma, diğer gelişmekte olan ülkeler gibi Türkiye tarihinde de ekonomik krizlerden sonra dile getirilmeye başlanan¹², Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından uygulamaya konulan, günümüzdeki kanuni dayanağı ise son düzenlemeler uyarınca Bankacılık Kanunu'nun Geçici 32. maddesi olan bir uygulamadır.

Türkiye'de yeniden yapılandırmaya ilişkin yapılan ilk çalışma 2001 krizinden sonra TBB tarafından uygulanan sistemdir. Bu sistem literatürde "İstanbul Yaklaşımı" olarak kabul edilmekte olup İstanbul Yaklaşımının oluşturulmasında Londra Yaklaşımından esinlenilmiştir¹³. Sistem daha sonra kanunlaştırılarak, 30 Ocak 2002 tarihinde kabul edilen 4743 sayılı "Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ve bu kanunun 2.maddesi uyarınca çıkarılan "Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmalarının Onaylanması, Kabulü ve Uygulanmasına İlişkin Genel Şartlar Hakkında Yönetmelik" ile birlikte resmi olarak Türk hukukuna girmiştir¹⁴.

İkinci olarak, 2006 yılında Türkiye'de artan enflasyon ve piyasalarda meydana gelen cari açık o dönem ekonomisini ciddi anlamda etkilemiş¹⁵, bu olumsuz etkiler ise "Anadolu Yaklaşımı"nın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kapsamda,

31.01.2007 tarih ve 26420 sayılı Resmî Gazete'de BDDK tarafından, hukuki dayanağı 5569 sayılı Kanun olan "Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmalarının Onaylanması, Kabulü ve Uygulanmasına İlişkin Genel Şartlar Hakkında Yönetmelik" yayımlanmıştır¹⁶.

Altı çizilmelidir ki, 4347 ve 5569 sayılı kanunların nihai amacı, bankalar ve diğer malî kurumlardan kredi alan işletmelerin malî kesime olan geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerini sağlamak, başka bir ifadeyle mali sektörün hemen hemen hepsi rehinli olan alacaklarını tahsil etmesine hizmet etmektir. İki farklı kanun kapsamında ve farklı dönemlerde yürütülen FYY uygulamalarının ortak noktası reel ve mali kesimin çıkarlarını ayrı ayrı korumakla birlikte, firmaların istihdama katkıda bulunmaya devam etmelerine hizmet etmek ve firmaların ülke ekonomisine tekrar kazandırılmasını sağlamaktır¹⁷.

Ekonomik krizler, yeniden yapılandırma kurumuyla benzer amaca hizmet eden ancak borçlunun bir teklif ile alacaklıya gittiği bazı kurumların da İİK'ye eklenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu kapsamda, 2003 yılında 4949 sayılı kanunla "mal varlığının terki suretiyle konkordato" ve "iflasın ertelenmesi" kurumları; 2004 yılında ise 5092 sayılı Kanunla, "uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma" kurumu İİK'ye dahil edilmiştir¹⁸. İflasın ertelenmesi kurumu uygulamada yarattığı sorunlar ve kurumun kötüye kullanılması nedenleriyle 28.02.2018 tarihli

¹⁰ Koç, Selahattin (2010) 'Finansal Yeniden Yapılandırma: İstanbul Ve Anadolu Yaklaşımları, Sonuçları', Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 11, S: 1, s.39.

¹¹ Koç, s. 43.

¹² Erten, Alper Efe (2006) 'Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması' (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. iii.

¹³ Koç, s. 44.

¹⁴ Erten, s. iii.

¹⁵ Gürçal, Semra, 'Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılmasında Yeni İstanbul Yaklaşımı', Özgün Law Firm, <http://www.ozgunlaw.com/tr>, s.e.t. 13.01.2021.

¹⁶ Koç, s. 48.

¹⁷ Koç, s. 49,53.

¹⁸ Erten, s. iii.

7101 sayılı kanunla İİK’de yapılan değişiklikle kaldırılmış ve yine bu kanunla konkordato hükümleri yeniden düzenlenmiştir¹⁹. Bu aşamada değinmek gerekir ki, yürürlükte olduğu süreçte dahi iflasın ertelenmesi kurumu bir yeniden yapılandırma uygulaması olarak değil geçici bir tedbir olarak kabul edilmekteydi²⁰.

Ayrıca ifade edilmelidir ki, FYY uygulamasının hukuki dayanağını oluşturan kanunlar belirli bir süre içinde uygulanmak için yayımlanan süreli kanunlardır. Dolayısıyla, 4347 ve 5569 sayılı kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerin günümüzde uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle firmaların ekonomik durumlarının kötüye gitmesini engellemek, kredilerin geri ödemesinde yaşanacak sıkıntıları önlemek ve işletmelerin de üretimlerine devam edebilmeleri amacıyla 15.08.2018 tarihinde, 30510 sayılı Resmî Gazete’de “*Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik*” yayınlanmıştır²¹. Bugün FYY’ye başvurmak isteyen firmalar; 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 93’üncü, 96’ncı ve Geçici 32’nci maddelerine dayanılarak hazırlanmış olan 2018 yılında Resmi Gazete’de yayımlanan “*Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik*”e tabidir.

C. YENİ İSTANBUL YAKLAŞIMI

“*Yeni/İkinci İstanbul Yaklaşımı*”²² olarak adlandırılan FYY uygulaması için 2019 yılında TBB tarafından iki farklı FYY Çerçeve Anlaşması hazırlanmıştır. Bunlardan biri TBB tarafından 9 Ekim 2019 tarihinde yayımlanan “*Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama (FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama)*”, diğeri ise 8 Kasım 2019 tarihinde yayımlanan “*Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama*”dır (FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama).

Güncel olarak, 2021 yılının temmuz ayında, TBB tarafından, “*8 Temmuz 2021 tarihli Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama ve Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama*” adlı çerçeve anlaşmalar yayımlanmıştır.

Önemle ifade etmek gerekir ki, 8 Temmuz 2021 tarihli Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından onaylanmasına rağmen halihazırda yürürlükte değildir. Bununla birlikte, Rekabet Kurumu’na “*menfi tespit/muafiyet*” başvurusunda bulunulmuş²³ olup onay süreci (25.11.2021 tarihi itibarıyla) devam etmektedir. Sonuç olarak, Rekabet Kurumunun muafiyet onayını vereceği tarihe kadar 2019 tarihli Çerçeve Anlaşmalar yürürlükte olmaya devam edecektir²⁴.

¹⁹ **Özkes**, Muhammet (2018) ‘Elveda İflasın Ertelenmesi, Hoş geldin Konkordato’, Franchise Market Türkiye, S:5 s. 48-49.

²⁰ **Öztek**, Selçuk (Haziran 2005) ‘İflasın Ertelenmesi’, Bankacılar Dergisi, S:53, s.30.

²¹ **Kartal**, Mustafa Tevfik/**Binicioğlu Zengin**, Sinemis (2019) ‘Türk Bankacılık Sektöründe Kredilerin Yapılandırılması Açısından Bir Dönüm Noktası: Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik’in Muhtemel Etkileri Üzerine Bir İnceleme’, Yüksek Bilgili, Zeki (Editör), İşletme Ve Yönetim Bilimleri Uluslararası Kongresi,

22-23 Şubat 2019, İstanbul, s.12, <https://www.researchgate.net, s.e.t. 12.04.2021>.

²² **Gürçal**, Semra, ‘Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılmasında Yeni İstanbul Yaklaşımı’, Özgün Law Firm, <http://www.ozgunlaw.com/tr,s.e.t. 13.01.2021>.

²³ Türkiye Bankalar Birliği, Büyük Ölçekli Şirketler İçin Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Hakkında Kamuoyu Duyurusu 16 Temmuz 2021, www.tbb.org.tr, s.e.t. 28.11.2021.

²⁴ Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu.

Ayrıca ifade edilmesi gerekir ki, FYY'nin hukuki dayanağı olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 32. maddesinin uygulanma süresi yine aynı madde uyarınca iki yıldır. Yani mükerrer 30836 sayılı Resmî Gazete'de 19.07.2019 tarihinde yayımlanan ilgili hükmün uygulanma süresi 19.07.2021 tarihinde sona ermiş olacaktı. Ancak Cumhurbaşkanı, bu süreyi iki yıl daha uzatma yetkisine sahip olduğundan, 15 Temmuz 2021 tarih ve 31542 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 4299 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'yla, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Geçici 32'nci maddesinin uygulanma süresi iki yıl daha uzatılmıştır.

II. YENİ İSTANBUL YAKLAŞIMINA İSTATİKSEL YAKLAŞIM

TBB'nin resmi internet sitesinde yayımlanmış olduğu istatistiksel raporlar incelendiğinde zaman içinde FYY başvurularında kayda değer bir artışın olduğu gözlemlenmektedir.

TBB'nin 2020 yılı Kasım ayında yayınlamış olduğu istatistiksel rapora göre, FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama Yeniden Yapılandırma 119 firma ve 23,8 milyar TL olmuştur. “Ekim 2019-Kasım 2020 dönemi içinde, FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama kapsamına 287 adet firma (120 grup) alınmıştır. Kapsama alınan firmalardan 119 firma (40 grup) ile Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi (FYYS) bağitlanmıştır”. FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama Yeniden yapılandırma; 27 firma ve 303 milyon TL olmuştur. “Kasım 2019-Kasım 2020 dönemi

çinde, FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama kapsamına 64 adet firma (36 grup) alınmıştır. Kapsama alınan firmalardan 27 firma (10 grup) ile Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi (FYYS) bağitlanmıştır”²⁵.

Son olarak ise, Ağustos 2021 tarihli Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu'na göre ise, “FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama Yeniden yapılandırmada; 220 firma ve 69,9 milyar TL”²⁶ olduğu görülmektedir. Yine aynı rapor uyarınca, “Ekim 2019- Ağustos 2021 dönemi içinde, FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama kapsamına 397 adet firma (141 grup) alınmıştır”²⁷. Son alt aylık dönemde kapsama alınan büyük ölçekli firma sayısının neredeyse ikiye katlanmış olduğu görülmektedir.

Görüldüğü üzere 2020 yılının Ekim ayından 2021 yılının Ağustos ayını kapsayan zaman diliminde, FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama kapsamına toplam 117 firma dahil edilmiş ve yine aynı zaman diliminde FYYÇA anlaşması imzalanan firmalara 108 firma daha eklenmiştir.

TBB'nin raporlarında yer alan veriler COVID-19 salgınının ilerleyen günlerde ekonomi üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerle birlikte değerlendirildiğinde, ilerleyen süreçte daha çok firmanın FYY başvurusunda bulunacağını ve daha fazla firmayla FYYS bağitlanacağını göstermektedir. Zira salgının ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerine ilişkin Türkiye'de azımsanamayacak sayıda işletme sahiplerinin katıldığı bir araştırmaya göre (894 kişi)²⁸; salgının dünyada birçok iktisadi faaliyet

²⁵ **Türkiye Bankalar Birliği**, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Kasım 2020, İstatistikî Raporlar, <https://www.tbb.org.tr>, s.e.t. 13.01.2021.

²⁶ **Türkiye Bankalar Birliği**, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Ağustos 2021, İstatistikî Raporlar, <https://www.tbb.org.tr>, s.e.t. 03.10.2021.

²⁷ **Türkiye Bankalar Birliği**, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Ağustos 2021, İstatistikî Raporlar, <https://www.tbb.org.tr>, s.e.t. 03.10.2021.

²⁸ **Nakiboğlu**, Aslıhan/İşık, Sevgül (2020) 'Kovid-19 Salgınının Ekonomi Üzerindeki Etkileri: Türkiye'de İşletme Sahipleri Üzerinde Bir Araştırma', *Turkish Studies*, 15(4), s.775, <<https://dx.doi.org/10.7827/TurkishStudies.43368>>, s.e.t. 13.01.2021.

alanını daralttığı, tedarik zincirlerine zarar verdiği ve bu olumsuz etkinin tüm dünyayı küresel düzeyde iktisadi bir krize sürüklediği sonucuna varılmıştır²⁹.

III. FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA UYGULAMASI

A. FİNANSAL SEKTÖRE OLAN BORÇLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASI HAKKINDA YÖNETMELİK VE ÇERÇEVE ANLAŞMALARLA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME

FYY uygulamasına ilişkin mevzuatlar, başta 5411 sayılı Bankacılık Kanunu olmak üzere, 15 Ağustos 2018 tarihli toplam 11 maddeden oluşan Yönetmelik, 21 Kasım 2018 tarihinde 30602 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”, 12 Eylül 2019 tarihinde Mükerrer 30886 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan önceki yönetmeliğin bazı hükümlerinde değişiklik yapan “*Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*”, TBB tarafından 9 Ekim 2019 tarihinde yayımlanan, banka ve diğer mali kurumlara 25 Milyon TL ve üzerinde kredi borcu bulunan şirketler için uygulama alanı bulan “*Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama*” ve 8 Kasım 2019 tarihinde yayımlanan, banka ve diğer mali kurumlara 25 Milyon TL’den az borcu bulunan şirketler için uygulama alanı bulan

“*Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama*”dır.

Son olarak önemle değinmek gerekir ki, TBB, bu yıl içerisinde, 8 Temmuz 2021 tarihli “*Banka ve Diğer Mali Kurumlara 100 Milyon TL ve Üzerinde Kredi Borcu Bulunan Şirketler İçin Uygulama*”yı kapsayan Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmasını (Büyük Ölçekli Uygulama)³⁰ ve “*Banka ve Diğer Mali Kurumlara 100 Milyon TL’den Az Borcu Bulunan Şirketler İçin Uygulama*”yı kapsayan Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmasını (Küçük Ölçekli Uygulama)³¹ yayımlamıştır. Aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere, 8 Temmuz 2021 tarihli çerçeve anlaşmalarla, yeniden yapılandırma süreçlerinin daha etkili bir şekilde işletilebilmesi için önceki tarihli çerçeve anlaşmalarda değişiklikler yapılmıştır³².

1. 8 Temmuz 2021 Tarihli Büyük Ölçekli Şirketler İçin Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması ile Getirilen Yenilikler

“*Büyük Ölçekli Şirketler İçin Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması*”nda yapılan başlıca değişiklikler şunlardır³³.

- 9 Ekim 2019 tarihli FYY Çerçeve Anlaşması uyarınca, borçlunun büyük ölçekli uygulama kapsamına alınabilmesi için başvuru tarihi itibarıyla Alacaklı Kuruluşlara (AK) olan anapara borç toplamı 25 milyon TL ve üzerinde olmalıydı. Ancak 8 Temmuz 2021 tarihli Çerçeve Anlaşma uyarınca bir

²⁹ Nakiboğlu/Işık, s. 788.

³⁰ Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama, <https://www.tbb.org.tr>, s.e.t. 03.10.2021.

³¹ Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), <<https://www.tbb.org.tr>>, s.e.t. 03.10.2021.

³² Küçük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu; Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu, s.e.t. 05.10.2021.

³³ Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu.

borçlunun FYY büyük ölçekli uygulama kapsamına alınabilmesi için kural olarak borç toplamının 100 milyon TL ve üstü olması gerekmektedir. Ayrıca değinmek gerekir ki, 8 Temmuz 2021 tarihli Çerçeve Anlaşmaları uyarınca banka ve diğer mali kurumlara 25 Milyon TL'den az olan firmalar Küçük Ölçekli Uygulamaya tabidirler.

- 8 Temmuz 2021 tarihli Büyük Ölçekli Şirketler için FYY Çerçeve Anlaşmasıyla yeni bir düzenleme getirilerek, finansal yenden yapılandırma kapsamına alınacak borçluların mali durumunun tespitinin makul sürede sonuçlandırılmasının Lider Banka'nın gözetiminde olduğu belirtilmiştir³⁴.

- FYY Büyük Ölçekli Uygulama Çerçeve Anlaşmasına pandeminin de etkisiyle "Geçici Madde"³⁵ eklenerek "...01.03.2020-30.09.2020 tarihleri arasındaki FYY başvuruları için ek süre (180 Gün) ve ilave başvuru hakkı (60 gün)..."³⁶ tanınmıştır.

- Son olarak, TBB'nin 16 Temmuz 2021 tarihli duyurusu uyarınca, 8 Temmuz 2021 tarihli Çerçeve Anlaşmalarla, "Uygulamadaki sorunların çözümlenmesini teminen ilave maddeler getirilmiştir."³⁷ Bunlardan bazıları sırasıyla, "Genel Prensipler ve Tarafların Yükümlülükleri" başlıklı VII. bölüme eklenen 20, 21, 22 ve 23'üncü maddeler, "Uygulama Süreci Prensipleri" başlıklı VIII. bölüme eklenen son iki paragraf ve "Çerçeve

Anlaşmasının Değiştirilmesi" başlıklı XIV. Bölüme eklenen "Geçici Madde"dir.

Bu aşamada ifade edilmesi gerekir ki, çalışmanın devamında "Yönetmelik" ifadesi kullanılırken 15 Ağustos 2018 tarihli Yönetmelik; "Çerçeve Anlaşma" ifadesi kullanılırken ise 8 Temmuz 2021 tarihli FYY Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama kastedilmektedir. Ek olarak, çalışmada yer yer 2019 tarihli Çerçeve Anlaşmalara da karşılaştırılmalı olarak değinilmiştir.

2. Yönetmelik ve Çerçeve Anlaşmalar Arasındaki İlişki

Yönetmelik, FYY uygulamasının kapsamı, tarafları, yeniden yapılandırma çerçeve anlaşmaları, anlaşmaların içermesi gereken asgari unsurlar ve yeniden yapılandırma sürecinin nasıl işlemesi gerektiğine ilişkin genel bir çerçeve çizerek sürece ilişkin detaylı düzenlemelerin yapılmasını TBB tarafından hazırlanan ve yayımlanan çerçeve anlaşmalara bırakmıştır.

Örneğin, ilgili Yönetmeliğin, "sözleşmeler" kenar başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasıyla, "Alacaklı Kuruluşlar" dışında kalan "Diğer Alacaklılar"ın da FYY sözleşmesine taraf olabilmeye imkân tanımış, buna rağmen diğer alacaklıların FYY'ye nasıl taraf olabileceği ve buna ilişkin şartlar yönetmelikle düzenlenmemiştir. Yönetmelik, diğer alacaklıların FYY'ye katılmasına ilişkin koşulların düzenlenmesini Çerçeve Anlaşmalara bırakmıştır. Buna göre, Çerçeve Anlaşmanın, VI. bölümünün "1" numaralı paragrafında, "AKK'nın diğer alacaklıları FYY'ye kabulü, AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın alacak

³⁴ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4, <<https://www.tbb.org.tr>>s.e.t. 06.10.2021.

³⁵ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.14.

³⁶ Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu.

³⁷ Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu.

toplamının 2/3'ünü ve AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşlar'ın aynı yöndeki kararıyla olur" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır³⁸. Bu kapsamda Alacaklı Kuruluşlar Konsorsiyumu'nun (AKK) onay vermesiyle birlikte diğer alacaklılar da FYY sözleşmesi kapsamında alacaklarını talep edebilecektir. Bu imkân ise, FYY'nin, Konkordato ile Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması kurumları yerine geçebilecek "külli icra dışı" bir yeniden yapılandırma alternatifi olmasının yolunu açmıştır.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm ise, Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Finansal yeniden yapılandırma kapsamına alınacak borçluların, mali durumlarının ve bu kapsamda borçlarının yeniden yapılandırılması veya yeni bir itfa planına bağlanması sonucunda borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanacağına tespit edilmesi şarttır. Bu tespit yapılmamasına ilişkin esas ve usuller Çerçeve Anlaşmalarında gösterilir." şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenleme her ne kadar 21 Kasım 2018 tarihli Yönetmelikle değişikliğe uğramış ve 12 Eylül 2019 tarihinde yayımlanan bir yönetmelikle Yönetmelikten çıkarılmış olsa dahi uygulama açısından herhangi bir değişiklik olmamıştır. Zira yine Çerçeve Anlaşmanın, V. bölümünün, "c" paragrafında firmanın mali durumunun tespiti nasıl ve kimler tarafından yapılacağı alternatifli olarak düzenlenmiştir³⁹. Bu kapsamda, düzenleme ilk olarak, borçlunun mali durumunun tespiti ve borçlu işletme hakkında FYY'nin uygulanabilirliğine ilişkin değerlendirmenin, bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılabileceği belirtilmiştir. İkinci olarak, bu tespit ve değerlendirme Alacaklı

Kuruluşlar'ın alacak tutarlarına göre en az 2/3'ü ve en az ikisinin kararıyla belirlenen, "yeterli bilgi ve uzmanlığa" sahip kuruluşlara da yaptırılabilir. Son olarak ise, Alacaklı Kuruluşlar, borçlunun mali durumunu tespit ederek borçlu işletme hakkında finansal yeniden yapılandırmanın uygulanabilir olup olmadığına karar verebilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Alacaklı Kuruluşların bu tespiti ve değerlendirmeyi yapabilmesi borçlunun kabülüne bağlıdır⁴⁰. Sonuç olarak, Alacaklı Kuruluşlar tarafından borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanamayacağına kanaat getirilen borçlular FYY kapsamına alınmayacaktır.

Kanaatimizce, her ne kadar BDDK tarafından yayımlanmış bir yönetmelik mevcut da olsa, FYY sürecine ilişkin detaylı tüm düzenlemelerin, taraflarının alacaklı kuruluşlar olduğu, yine TBB tarafından hazırlanan ve yayımlanan Çerçeve Anlaşmalar ile düzenlenmesi, alacaklı kuruluşların gerektirdiğinden fazla korunması anlamına gelmektedir. Zira alacaklıların korunması düşüncesiyle hazırlanmış İİK'de dahi alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması göz ardı edilmemişken; henüz yeniden yapılandırma sürecinin başlarında olan borçlu firmaların mali sektör karşısında tek taraflı düzenlemelerle çaresiz bırakılmaması gerekir.

3. Finansal Yeniden Yapılandırma Küçük Ölçekli Uygulama

Çalışmada FYY incelenirken Büyük Ölçekli Uygulama dikkate alınmış olsa da bu aşamada kısaca Küçük Ölçekli Uygulamadan bahsetmek gerekir. Daha önce de izah edildiği üzere, şu an için yürürlükte olan 8 Kasım 2019 tarihli FYYÇA Küçük

³⁸ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.5; FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (9 Ekim 2019), s.5.

³⁹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4-5; FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (9 Ekim 2019), s.4-5.

⁴⁰ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4.

Ölçekli Uygulama kapsamına alacaklı kuruluşlara anapara (nakit + gayri nakit) toplam borcu 25 milyon TL'den az olan borçlular başvurabilirken, Rekabet Kurumu'nun onayından itibaren yürürlüğe girecek olan 8 Temmuz 2021 tarihli FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulamaya göre banka ve diğer mali kurumlara 100 milyon TL'den az borcu bulunan şirketler küçük ölçekli uygulama kapsamına alınabilecektir. Ayrıca yine her iki tarihli Küçük Ölçekli Uygulama Çerçeve Anlaşmalar uyarınca, haklarında iflas kararı bulunan borçlular Küçük Ölçekli Uygulama kapsamına alınmamaktadır⁴¹. Değınmek gerekir ki, FYY Küçük Ölçekli Uygulama başvurusunun usulüne uygun bir şekilde ve gerekli belgelerle birlikte çerçeve anlaşmayı imzalamış en yüksek alacağa sahip üç alacaklı kuruluştan birine yapılması gerekir⁴². Başvurunun ilk başvuru yapılan alacaklı kuruluş tarafından kabul edilmemesi halinde, başvuru geriye kalan ikinci ve üçüncü alacaklı kuruluşlara sırasıyla yapılabilecektir⁴³. Başvuruyu kabul eden alacaklı kuruluş süreci içerisinde “Başvuruyu Kabul Eden Alacaklı Kuruluş (BKEAK)”⁴⁴ olarak adlandırılmakta olup üç alacaklı kuruluştan herhangi birinin başvurusu kabul etmemesi durumunda süreç başlamayacaktır⁴⁵. Büyük Ölçekli Uygulama ile Küçük Ölçekli Uygulama'ya ilişkin düzenlemeler amaç ve uygulama prensipleri açısından büyük ölçüde benzer olsa da, başvuran işletmelerin borç miktarlarından bağımsız olarak küçük ölçekli uygulama süreci büyük ölçekli uygulama süreciyle karşılaştırıldığında kanaatimizce, göze çarpan en önemli farklılıklar sırasıyla şunlardır:

- Büyük ölçekli uygulamada, müzakere süreci sonucunda yeniden yapılandırma kararı verilirken, küçük ölçekli uygulamada müzakere sürecinin yerini, BKEAK'nın başvurusu kabul ettiği tarihten itibaren “15 (+5) iş günü”⁴⁶ içinde hazırladığı yapılandırmaya ilişkin “ön teklif” almaktadır. FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama, “Uygulama Süreci Prensipleri” başlıklı VIII. Bölüm uyarınca, BKEAK yapılandırmaya ilişkin ön teklifini Alacaklı Kuruluşlar'a iletir. Alacaklı Kuruluşlar ise teklifi almalarını müteakip kural olarak en geç 10 iş günü içinde ön teklifi değerlendirerek görüşünü BKEAK'ye bildirir. BKEAK, görüş bildirme süresini 5 iş günü daha uzatma hakkına sahiptir. Bu aşamada önemle belirtmek gerekir ki, Alacaklı Kuruluşlar, bir önceki paragrafta belirtilen süreler içinde BKEAK'ye dönüş yapmadıkları takdirde, Alacaklı Kuruluşların ön teklif kapsamında yapılandırmayı uygun bulduğu kabul edilmektedir. BKEAK'nin sunduğu ön teklife ilişkin, “...alacak tutarı bakımından 2/3 çoğunluğun ve en az iki Alacaklı Kuruluş'un uygun görüşünün sağlanması halinde...” BKEAK, Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi'ni (FYYS) en geç 10 iş günü içinde hazırlayarak Alacaklı Kuruluşlar'a gönderir⁴⁷. Alacaklı Kuruluşlar kendilerine iletilen FYYS'yi en geç 5 iş günü içinde imzalayarak BKEAK'ye göndermesiyle birlikte, yeniden yapılandırma kapsamına

⁴¹ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Kasım 2019), V/b, s.4; FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), V/b, s.4.

⁴² FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Kasım 2019), VIII, s.8; FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), VIII, s.8.

⁴³ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Kasım 2019), VIII, s.8; FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), VIII, s.8.

⁴⁴ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Kasım 2019), VI - 1, s.4; FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), VI - 1, s.4.

⁴⁵ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Kasım 2019), s.11; FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.12.

⁴⁶ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), VIII, s.8.

⁴⁷ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama, VIII. Bölüm, s.9.

- alınmış olurlar⁴⁸. Ön teklife ilişkin aranan çoğunluk sağlanamazsa süreç sona erecektir.
- Büyük Ölçekli Uygulama ve Küçük Ölçekli Uygulamalarda süreci yöneten kuruluşlar birbirinden farklıdır. Zira Büyük Ölçekli Uygulamada, sürecin yönetilmesi, sonuçlandırılması ve gözetlenmesinde görevli kuruluş “*Lider Banka (LB)*” olarak adlandırılmışken, küçük ölçekli uygulamada “LB” bulunmayıp, “*Başvuruyu Kabul Eden Alacaklı Kuruluş (BKEAK)*” süreci yönetmekle ve sonuçlandırmakla yetkilidir.
 - Kanaatimizce, Küçük Ölçekli Uygulamada karşılıklı bir müzakere süreci olmadığından AKK’ye de gerek duyulmamıştır. Başka bir deyişle, Küçük Ölçekli Uygulamada AKK organizasyonu mevcut olmayıp bunun yerine süreç BKEAK tarafından Alacaklı Kuruluşlara sunulan tekliflerle ilerlemektedir.
 - Son olarak, Büyük ölçekli uygulamada borçlulara ilave kredi imkânı tanınırken küçük ölçekli uygulama kapsamında bu imkân borçlulara tanınmamıştır.

B. FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA BAŞVURUSU

1. Finansal Yeniden Yapılandırma Başvurusunda Bulunabilecek Borçlular

Yönetmeliğin 1. maddesi uyarınca Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri (Alacaklı Kuruluşlar) ile ticari kredi ilişkisinde bulunan borçlular bu kuruluşlar nezdindeki ticari kredi

borçlarına ilişkin olarak finansal yapılandırma başvurusunda bulunabilir. FYY kapsamına alınacak olan borçlular Çerçeve Anlaşmanın V. bölümünde sayılmıştır. Büyük ölçekli uygulama için borçlu olarak adlandırılan kişinin başvuru tarihi itibarıyla Alacaklı Kuruluşlara (AK) olan anapara borç toplamı 100 milyon TL ve üzerinde olmalıdır⁴⁹.

FYY kapsamına alınacak borçlunun mali durumunun borçlarının yeniden yapılandırılması veya yeni bir itfa planına bağlanması sonucunda iyileşeceğinin başka bir ifadeyle firmanın borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanacağını tespit edilmesi şarttır⁵⁰. Bu tespitin nasıl yapılacağı ise daha önce de ifade edildiği üzere, Çerçeve Anlaşmanın V. bölümünün “c” bendinde birden fazla seçenek şeklinde sayılmıştır⁵¹.

Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, haklarında iflas kararı bulunan borçluların FYY kapsamına alınması mümkün değildir.

Her ne kadar mali kurumlara 100 Milyon TL’den az borcu bulunan şirketler Küçük Ölçekli Uygulama kapsamında değerlendiriliyor olsa da “*Çerçeve Anlaşması’nı imzalayan Alacaklı Kuruluşların alacak tutarı bakımından 2/3’ünün ve en az iki Alacaklı Kuruluşun olumlu görüşü ile riski 100 milyon TL’den az olan borçluların*”⁵² Büyük Ölçekli Uygulama Çerçeve Anlaşması kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

⁴⁸ FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama, VIII. Bölüm, s.9.

⁴⁹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4.

⁵⁰ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4.

⁵¹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.4.

⁵² FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.5.

2. Başvuru Usulü

Çerçeve anlaşmanın VIII. bölümünde başvurunun nasıl yapılması gerektiğinden ve devamındaki süreçlerden bahsedilmiştir.

Şöyle ki, FYY sürecine alınabilecek borçluların, en yüksek alacaklı üç Alacaklı Kuruluştan birine, Çerçeve Anlaşma EK 1’de yer alan Başvuru ve Taahhüt Mektubu’na uygun bir belge ve gerekli olan diğer belgelerle birlikte başvuruda bulunması gerekmektedir⁵³.

Yine Çerçeve Anlaşmanın VIII. bölümü uyarınca, başvurunun yapılmasını müteakip, kendisine başvuru yapılan Alacaklı Kuruluş en geç 3 iş günü içinde borçlunun beyanı doğrultusunda borçludan alacağı olan ve Çerçeve Anlaşmasına taraf Alacaklı Kuruluşlar’a bilgi vererek, bu Alacaklı Kuruluşlardan, alacaklarını ve varsa bunlara ilişkin teminatlarını bildirmesini talep eder. Alacaklı Kuruluşlar, bu bildirimini izleyen en geç 3 iş günü içinde başvuru alacaklı kuruluşun taleplerine ilişkin bildirimlerini başvuru Alacaklı Kuruluş’a iletirler⁵⁴. Kendisine başvuru Alacaklı Kuruluş, alacaklı kuruluşlar tarafından kendisine iletilen alacak tutarlarından oluşan bir döküm hazırlayarak, bu dökümü 3 iş günü içerisinde Alacaklı Kuruluşlar’la paylaşır. Paylaşımın ardından, borçlu işletmenin FYY başvurusunu takiben 10’uncu iş gününde, AKK tarafından LB seçimi yapılacaktır. Değirmek gerekir ki, LB seçimi yapılırken alacaklı kuruluşlarla paylaşılan döküm esas alınacaktır.

Lider Banka seçiminin yapılması, FYY sürecinde önemli bir aşamadır. Zira, Lider Banka, ilgili müzakerelerin yönetilmesi, sonuçlandırılması ve uygulamanın izlenmesi konusunda görev yapan bir

organ olarak FYY sürecinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁵.

Değirmek gerekir ki, Çerçeve Anlaşmada, belirtilen durumlara ilişkin kararlar, kural olarak “AKK’ya üye Alacaklı Kuruluşlar’ın alacak toplamının 2/3’ünü ve AKK’ya üye Alacaklı Kuruluşlar’ın en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşlar’ın aynı yöndeki kararıyla” alınmaktadır. Ancak Çerçeve Anlaşmayla bir duruma ilişkin karar alınmasında genel durumun aksine açıkça özel bir nisap öngörülmüş ise bu durumda kararlar bu nisaba uyularak alınacaktır⁵⁶. Başka bir deyişle, çerçeve anlaşmada açıkça başka bir nisap öngörülmemişse her türlü hususa ilişkin kararlar VIII. Bölümün, 8’inci bendinde düzenlenen genel kural kapsamında alınacaktır.

3. Durumun Korunması Süreci

Alacaklı Kuruluşa usulüne uygun bir şekilde başvuruda bulunulması ve başvurunun ilgili Alacaklı Kuruluşlarla paylaşılmasıyla birlikte, başka bir şart aranmaksızın “Durumun Korunması Süreci” başlar. Bu sürecin amacı, tarafların gerek kendi aralarında gerekse borçlu ile aralarındaki “...hukuki statününün, teminat yapısının, ilişki düzeyinin ve borçlu ile ortaklarının mal varlıklarının...”⁵⁷ müzakere süresi boyunca korunmasıdır.

Ancak altı çizilmelidir ki, durumun korunması süreci, konkordato sürecinde geçici mühletin verilmesiyle birlikte borçlu hakkında takip yapılamamasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, alacaklı kuruluşlar arasında akdedilen bir sözleşme

⁵³ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

⁵⁴ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

⁵⁵ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

⁵⁶ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

⁵⁷ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

niteliğinde olup⁵⁸ diğer alacaklıların borçlu hakkında takip yapmasını etkilemeyecektir.

Durumun korunması sürecinde, Alacaklı Kuruluşlar tarafından borçluya karşı, FYY konusu alacaklara ilişkin olarak;

- İcra takibi yapılamayacak,
- Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle hak kaybına yol açacak durumlar hariç olmak üzere, mevcut takiplere devam edilemeyecek,
- Borçlu aleyhine FYY konusu alacaklara ilişkin olarak yeni takipler açılmayacak ve diğer yasal yollara başvurulamayacaktır.⁵⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki, durumun korunması sürecinde borçlunun da süreçten kaynaklanan bazı olumsuz edimleri yerine getirmesi gerekir. Bu doğrultuda, borçlu, durumun korunması sürecinin başlamasıyla birlikte, süreç sona erene kadar, “AKK üyeleri de dahil olmak üzere alacaklılar arasında (tek tek ya da grup halinde) farklılık yaratacak”⁶⁰ herhangi bir girişimde bulunamayacaktır. Ancak, başvuru tarihinden önce herhangi bir Alacaklı Kuruluş tarafından borçluya karşı başlatılmış yasal takipler sonucunda; satış günü alınmış, ihalenin feshi veya tasarrufun iptali davası devam ediyor yahut borç icra taahhüdüne bağlanmış yahut tasarrufun iptali davası devam ediyor ise, bunlar durumun korunması sürecinin dışında tutulacaktır⁶¹.

Pek tabii ki, durumun korunması sürecinden işlemleri etkilenmeyen alacaklı kuruluşların

kendilerine tanınan bu haktan feragat etmeleri mümkündür.

Durumun korunması sürecinin devam edip etmeyeceğine AKK tarafından ilk toplantıda karar verilir. Ancak, durumun korunması sürecine ilişkin ilk AKK toplantısında herhangi bir karar verilmiş veya süreç gündeme getirilmemişse, bu durumda AKK'nin susması durumun korunması sürecinin devam etmesi yönünde olumlu bir karar olarak kabul edecektir⁶².

C. FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA MÜZAKERE SÜRECİ

Finansal Yeniden Yapılandırma müzakere süreci, borçluya özel bir geri ödeme planı oluşturularak borçlunun borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanmasını sağlamayı amaçlayan yeni/değiştirilmiş bir geri ödeme planı oluşturulan ve işletmenin bu ödemeyi gerçekleştirebilmesi için işletmenin yönetiminde, işleyişinde ve malvarlığında değişikliklerin yapılabildiği, gerektiğinde ise borçluya ilave finansman sağlanmasının tartışıldığı, Alacaklı Kuruluşlara eşitliğe aykırı muamele yapılamayan, gizlilik esasını haiz müzakerelerden oluşan bir süreçtir. Kısaca, AKK üyelerinin, borçludan olan yüklü miktardaki ticari kredi alacaklarını tahsil edebilmek ve yapılandırma kapsamında ödemelerin fiili olarak gerçekleştirilebilmesini sağlamak için işletmelerin katlanması gereken külfetlerin ve tarafların yükümlülüklerinin tartışıldığı, istisnalar⁶³ saklı kalmak kaydıyla gizli bir süreçtir.

⁵⁸ Budak/Yağcı, s.28.

⁵⁹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.11.

⁶⁰ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.11.

⁶¹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.12.

⁶² FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.11.

⁶³ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), EK:1 Başvuru ve Taahhüt Mektubu, m.11, s.16.

Kural olarak AKK, Büyük Ölçekli Uygulama kapsamında, başvuru tarihinden itibaren 90 günlük süre içerisinde yeniden yapılandırma kararını oluşturmalıdır. Bununla birlikte, 90 günlük süre, AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın alacak toplamının 2/3'ünü ve AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşlar'ın aynı yöndeki kararıyla en fazla 90 gün daha uzatılabilir⁶⁴. Bir kez daha belirtmek gerekir ki, müzakerelerin yönetilmesi ve sonuçlandırılmasından sorumlu organ büyük ölçekli uygulamada Lider Banka olup⁶⁵, nihai kararlar AKK tarafından alınmaktadır. Ancak, AKK, nihai kararlar kendisi tarafından verilmeye devam edilmek kaydıyla, ilgili borçlular ile yapılacak müzakereler, LB'nin önderliğinde, yine AKK üyelerinin hepsiyle değil de sürecin hızlı işlemesi bakımından yeterli sayıda AKK üyesinden oluşan bir heyet ile sürdürebilir.⁶⁶

Müzakere sürecinde de borçlu işletmeler korunarak süreç boyunca borçlu işletmeler “durumun korunması süreci”nden faydalanmaya devam edecektir⁶⁷.

Borçlu işletmelerin yeniden ekonomiye kazandırılabilmesi için uygulanabilecek Finansal Yeniden Yapılandırmalar ise Çerçeve Anlaşmanın “Genel Prensipler ve Tarafların Yükümlülükleri” başlıklı VII. Bölümünün, “1” numaralı paragrafında belirtilmiştir. Buna göre, her bir borçlu işletmenin içinde bulunduğu ekonomik duruma göre ve AKK'nin uygun görmesi halinde, yeniden yapılandırma sürecinde borçlu işletmelerin borçlarını ödeme kabiliyeti kazanabilmesi için,

“... ”

a. mevcut riskin yeniden ve borçlu bazında belirlenecek koşullarla vadeye bağlanması,

b. ilave finansman sağlanması, (işletme sermayesi amaçlı ve/veya gerek duyulduğunda yarım kalmış yatırımın veya yeni yatırımın finansmanı amacıyla),

c. borçlunun ana faaliyeti ile doğrudan ilgili olmayan faaliyetlerinin tasfiyesi,

ç. sermaye arttırımı,

d. yönetim değişikliği,

e. halka açılma,

f. iştirak ve varlık satışı,

g. ortaklık yapısının değiştirilmesi,

ğ. şirket hisseleri/hisse senetleri üzerinde AKK'ya dahil alacaklılar lehine rehin ve/veya intifa hakkı tesis edilmesi,

h. gerekli görülmesi halinde başvuruyu yapan borçlunun ortak ve birinci derece akrabalarının mal varlıklarının teminat olarak garameten AKK üyelerine verilmesi hususları dahil, burada sayılmayan ancak ilgili borçlunun ekonomiye kazandırılmasını teminen gerekli görülen değişiklikler (tek başına veya bir kısmı ya da tamamı bir arada olmak üzere) yapılabilir ya da yapılması ilgili borçludan talep edilebilir.”⁶⁸.

Görüldüğü üzere, yukarıda sayılan önlemler/değişiklikler tahdidi olmayıp, gerek duyulması ve AKK tarafından uygun bulunması halinde çoğaltılabilecektir.

Bu aşamada önemle değinmek gerekir ki, Çerçeve Anlaşmanın VII. Bölümünün 9'uncu

⁶⁴ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.9.

⁶⁵ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), EK1: Başvuru ve Taahhüt Mektubu, s.10.

⁶⁶ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.5.

⁶⁷ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.5.

⁶⁸ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.6.

bendinde, borçlunun finansal yeniden yapılandırma süreci boyunca gizlilik sürecinin tam olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, ilgili madde, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na atıf yaparak sürecin gizliliğinin bankacılık sırrı ve müşteri sırrının korunmasına ilişkin hükümlerle de korunduğunun altını çizmiştir⁶⁹.

Ancak dikkat çekmek gerekir ki, müzakerelerin gizli olması her bir Alacaklı Kuruluşla ayrı ayrı pazarlık yapılabileceği, onlara farklı veya ayrıcalık yaratacak şekilde davranılabileceği anlamına gelmemektedir. Zira, borçlu FYY başvurusunda bulunurken, “*Mevcut alacaklılarımız arasında Şirketimizin inisiyatif kullanması ile oluşabilecek ayrıcalık veya farklılık yaratacak hiçbir uygulama ve düzenleme yapılmayacağı*”⁷⁰ taahhüt etmiştir.

Kanaatimizce, gizlilik prensibi, işletmelerin, FYY'ye başvurmalarının önemli ikinci sebebidir. Zira işletmeler, sürece aleniliğin dahil olduğu külli icra kapsamında düzenlenen yeniden yapılandırma müesseselerine başvurmak yerine ticari itibar kaybına uğramamak amacıyla söz sahibinin alacaklılar olduğu FYY sürecine başvurmayı tercih etmektedir.

D. MÜZAKERE SÜRECİNİN SONUÇLARI

Müzakere sürecinin sonunda iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır. İlk ihtimal, usulüne uygun başvuruda bulunmuş bir borçlunun FYY kapsamına alınmasında herhangi bir sakınca görülmemesi ve yeniden yapılandırma müzakerelerinin başarı ile sonuçlanarak yeniden yapılandırma kararının oluşturulmasının ardından, kural olarak borçlu ile AKK üyeleri arasında FYY'nin imzalanmasıdır.

İkinci ihtimal ise kısaca ifade etmek gerekirse, FYY sürecinin yeniden yapılandırma kararı oluşturulamadan sona erdirilmesidir. İkinci ihtimal tek bir sonuç gibi görünse de aslında FYY sürecinin sona erdirilmesi, dolayısıyla yeniden yapılandırma kararı oluşturulamaması başlıca iki sebepten kaynaklanmaktadır. Bunlardan ilki, AKK'nin başvuru tarihinden itibaren kural olarak en fazla 90 gün, sürenin uzatılması kararıyla en fazla 180 gün içinde yeniden yapılandırma kararının oluşturulamaması. İkincisi ise, finansal yeniden yapılandırma müzakerelerinin olumsuz sonuçlanmasıdır.

1. Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesinin İmzalanması

Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi, borçlu ile AKK üyeleri ve varsa AKK üyelerinin uygun göreceği diğer alacaklılar arasında akdedilen bir özel hukuk sözleşmesidir. Borçlu ile AKK üyeleri arasında gerçekleştirilen yapılandırma müzakereleri sonucunda, borçluyla imzalanan yeniden yapılandırma sözleşmesinin Alacaklı Kuruluşlar'ın alacaklarının 2/3'ünü oluşturan çoğunluğu tarafından imzalanması halinde, Çerçeve Anlaşması'nı imzalamış olan Alacaklı Kuruluşlar'ın tamamı tarafından alacakların yeniden yapılandırılması zorunludur.

FYY'nin hangi hususları içereceği Çerçeve Anlaşmanın X. bölümünün 2. paragrafında düzenlenmiştir. Bu kapsamda, her bir FYY, AKK'nin uygun göreceği diğer hususlarla birlikte;

- “a. AKK üyelerinin her birinin belirli bir tarih itibarıyla borçludan olan alacaklarının tespitini,

⁶⁹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.7.

⁷⁰ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), EK1: Başvuru ve Taahhüt Mektubu, s.15.

- b. ilgili borçlunun bu kapsamda yapacağı geri ödeme yükümlülüklerinin vade yapısı ile tutarlarının belirlenmesini,
- c. sözleşmeye aykırılık hallerinin belirlenmesini ve buna ilişkin yaptırımları,
- d. FYY süresince uygulanacak fiyatlandırmayı (faiz, kar payı, komisyon vb.),
- e. izleme kriterlerini (yöntem, sıklık, içerik vb.)
- f. denetim mekanizmasının tanımını,
- g. borçlunun tüm hesaplarını, belgelerini inceleme yetkisini,
- h. genel olarak ve ayrıca her bir AKK üyesi için ayrı ayrı olmak üzere, alacağın süreç içindeki teminat yapısını,
- i. tarafların diğer yükümlülüklerinin tespitini,
- j. AKK'nın uygun göreceği diğer hususları⁷¹.

Yine X. bölümün 3. paragrafı uyarınca, borçlu, FYY's'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği sürece, borçlu hakkında icra takibi yapılamayacak, FYYSS imzalanmadan önce başlanmış mevcut takiplere devam edilemeyecek, borçlu aleyhine yeni takipler başlatılamayacak, pek tabii ki diğer yasal yollara da başvurulamayacaktır⁷².

Tüm bunlarla birlikte, Çerçeve Anlaşmanın VII. Bölümünün "10"uncu bendine göre, FYY's'nin uygulanması sürecinde tarafların, FYY's'yi gözden geçirmeleri ve gerek görülmesi halinde onda "başlangıçta öngörülen temel prensiplerden uzaklaşmadan" değişiklikler yapabilmeleri mümkündür. Aynı bent uyarınca, söz konusu değişikliklerin yapılabilmesi için, "AKK üyelerinin en az ikisinin istemi ve AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın alacak

toplamının 2/3'ünü ve AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşlar'ın aynı yöndeki kararı" gerekir.

2. Başvurunun Doğrudan Reddi

Çerçeve Anlaşmanın VIII. Bölümünün, üçüncü paragrafında başvurunun doğrudan reddi hususu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kendisine başvurulmuş Alacaklı Kuruluş, başvurunun, "Bankacılık teamüllerine aykırı, kötü niyetli, kabulü mümkün olmayan koşullar" içermesi gibi örneklendirilebilir sebeplerle başvurunun doğrudan reddedilmesine karar verebilir.

Buna göre, kendisine başvurulmuş alacaklı kuruluşun gerekçeli talebi doğrultusunda yapılan oy lamada, "AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın alacak toplamının 2/3'ünü ve AKK'ya üye Alacaklı Kuruluşlar'ın en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşlar'ın bu yöndeki oyuyla"⁷³ müzakere sürecine başlanmaksızın başvuru reddedilebilecektir.

IV. FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA UYGULAMASININ KONKORDATO İLE İLİŞKİSİ

Yukarıda FYY sürecinin tarihi gelişimine, Yeni İstanbul Yaklaşımına, FYY Çerçeve Anlaşmalarına değinerek çerçeve anlaşmalar doğrultusunda FYY müzakere sürecini ve müzakere sürecinin sonuçlarını uygulayıcılara yol göstermesi amacıyla detaylı bir şekilde açıklamıştık. Bu bölümde ise, FYY'nin konkordatoyla ilişkisi kapsamında uygulamada karşılaşılan veya mevcut düzenlemeler çerçevesinde karşılaşılabilecek muhtemel olan sorunlara

⁷¹ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.12.

⁷² FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.12.

⁷³ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021), s.10.

değnilerek bunlara yönelik çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Bilindiği üzere, 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İİK'nin konkordatoya ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmıştır⁷⁴. Zira aynı kanunla iflasın ertelenmesi kurumu da kaldırılmış olduğundan, konkordato hükümlerinde yapılan değişikliklerin amacının, iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasıyla oluşan "...boşluğu doldurmak..."⁷⁵ ve 7101 sayılı Kanun öncesinde kullanılmaya elverişli olmayan konkordato hükümlerini kullanılabilir hale getirmek olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Yapılan değişiklikler kapsamında konkordato kurumu; "...işleyişi, süreci ve sonuçları..."⁷⁷ bakımından yeniden düzenlenmiştir⁷⁸.

Konkordato, borçlunun mahkeme denetiminde alacaklılarıyla anlaşarak borcunun vadesinde, miktarında veya her ikisinde de değişiklik yaparak borcunu ödeyebilmesine imkân sağlayan bir müessesedir⁷⁹. Ayrıca, konkordato, borçlu ile alacaklılarının menfaatini gerçekleştirirken, kamunun da menfaatlerini koruyan bir kurumdur⁸⁰. Yani borçlu borçlarını ödeyebilmek veya iflastan kurtulmak için konkordato talep edebilir⁸¹. Zira iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasıyla birlikte

borçlunun iflastan kurtulabilmesi için konkordato dışında başvurabileceği alternatif pek de kalmamıştır.

Bir görüş, konkordato sürecinin gereği gibi yönetilememesi halinde konkordato kurumunun finansal krize çözüm olamayacağını, hatta kurumun yönetimindeki aksaklıkların finansal krize yol açabileceğini savunmaktadır⁸². Bununla birlikte bir diğer görüş ise konkordato hükümlerinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla konkordato geçici mühlet talep edilirken başvuruya eklenen belgelerden olan bilançolar teslim alındıktan sonra vergi incelemesi yapılabilmesi için ilgili yerlerden derhal bilgi talep edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁸³. Yine, Pekcanitez ve Erdönmez de mahkemenin yalnızca şekli bir denetim sonucunda geçici mühlet kararı vermesinin doğru olmadığını savunmakta olup bu görüşlerini İİK'nin 287'nci maddesinin gerekçesine dayandırmaktadır⁸⁴. Aksi takdirde uygulamada görüldüğü üzere konkordato müessesesinin kötü niyetli borçlular tarafından suiistimal edilmesiyle karşı karşıya kalınmaktadır.

Dolayısıyla hali hazırdaki durumda konkordato yapılan iyileştirmelerin uygulama açısından yeterli olmadığı, kanun koyucunun konkordato

⁷⁴ **Sarısozen**, M.Serhat(2019), 'İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler', 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s.28.

⁷⁵ **Özekes**, s.49.

⁷⁶ **Uyar**, Talih (2019), 'Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri', 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, s.1.

⁷⁷ **Özekes**, s.49.

⁷⁸ **Özekes**, s.49; **Uyar**, s.1; **Pekcanitez**, Hakan / **Erdönmez** Günay (2018), 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 4.

⁷⁹ **Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s.617; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes** Muhammet (2018), İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.441;

Pekcanitez/Erdönmez, s. 4-5; **Akyürek**, Ayhan/**Akyürek**, Remziye (2019), Konkordato Hukuku, Ankara, Yetkin, s.26.

⁸⁰ **Tanrıver**, Süha (2001) 'Konkordato Prosedürün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 3, s.1-2; **Sarısozen**, M. Serhat (2020), Konkordato, Ankara, Yetkin, s.84-85.

⁸¹ **Bozdoğan**, Abdülkadir (2020), 'Konkordato ve Konkordato Alacaklılar Toplantısı (Uygulamalı)', Ankara, Yetkin Yayınları, s.18.

⁸² **Karacan**, Sami (2018) 'Konkordato Finansal Krizde Çözüm mü?', Uluslararası Turizm, İşletme, Ekonomi Dergisi, 2 (2), s.112.

⁸³ **Akkuş**, Muhammed Sami (2018) 'Konkordato Kurumu Ve Firmaların Konkordato İlanının Ekonomik Ve Mali Etkileri', <<https://www.researchgate.net>> s.22, s.e.t. 21.01.2021.

⁸⁴ **Pekcanitez/Erdönmez**, s.23-24.

kurumuna yüklediği anlam ile borçluların konkordatoyu kullanma amaçlarının birbirinden farklı olduğu ve kurumun çoğunlukla kötüye kullanıldığı görülmektedir.

Geçtiğimiz dönemlerde, iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılması ve bunun sonucunda konkordato hükümlerinde yapılan değişiklikler sonucunda elinde iflasın ertelenmesi kurumu da kalmayan borçluların konkordatoya gösterdikleri ilgi konkordato başvurularının artmasına neden olmuştu. Kanımızca, yakın gelecekte borçlu firmaların FYY başvurularında konkordatoya oranla artış olacaktır. Zira konkordato sürecinin başarıya ulaşmasında önemli bir paya sahip olan mali kesim alacaklıları konkordato sürecinde borçlunun konkordato teklifiyle tatmin olmamakta bu tatminsizlik ise konkordato sürecinin başarıya ulaşmasını engellemektedir. Hal böyle olunca, ticari kredi borçluları, geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmek amacıyla, konkordato sürecine girerek işletmelerinin devamlılığını riske atmak yerine FYY uygulamasına başvurmayı tercih etmektedir.

Ek olarak, aranılan bir bilgiye ulaşmanın saniyeler sürdüğü, sosyal medyada paylaşılan bir içeriğin yine saniyeler içerisinde milyonlara ulaştığı teknoloji çağında işletmelerin ticari itibarlarını korumaları daha da zorlaşmıştır. Dolayısıyla, FYY müessesine başvurulardaki artışın diğer bir önemli nedeni ise kanımızca, işletmelerin ticari itibarlarını koruma kaygısıdır. Zira, FYY müzakere sürecinin gizlilik prensibi çerçevesinde sürdürülmesi ve gizliliğin müşteri sırrı olarak özel kanunlarla korunması⁸⁵, ticari kredi borçluları nezdinde sahip oldukları maddi mal varlıkları kadar önem arz etmektedir.

Bununla birlikte, mevcut yasal düzenlemeler gereği yeniden yapılandırmaya başvuran borçlular sonradan konkordato sürecine dahil olamayacak mali sektör dışında kalan diğer alacaklıların da AKK tarafından kabul edilmemesi halinde borçluların diğer alacaklılara karşı kendilerini koruyamama durumu gündeme gelecektir. Bu durum ise, halihazırda ekonomik sorunlar içinde olan borçlunun durumunun daha da kötüye gitmesine, borçlu tacir ise iflasının istenerek FYY anlaşmasının hükümsüz kalmasına neden olacak, borçlu içinden çıkamayacağı bir sürece girmek zorunda kalacaktır. Bu kapsamda, sürecin borçlu bakımından daha sağlıklı ve etkili ilerleyebilmesi için hem FYY uygulamasına ilişkin mevzuatlarda hem de konkordatoya ilişkin düzenlemelerde süreçlerin birlikte uygulanmasını sağlayacak nitelikte değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Bu bölümde, dört ana başlık altında dört farklı konu açıklanmaya çalışılacaktır. İlk olarak, borçlu işletmelerin FYY müzakere sürecinde iflas veya konkordato talebinde bulunup bulunamayacağı hususuna değinilecektir. İkinci olarak, konkordato mühleti içinde borçlunun FYY başvurusunda bulunmasının mümkün olup olmadığı tartışılacak; ardından FYY ve konkordatonun birlikte uygulanmasında rehinli alacaklıların durumuna değinilecek; son olarak ise, konkordato ile FYY'nin nasıl birlikte uygulanabileceğinden bahsedilecektir.

⁸⁵ FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama, s.7.

A. FİNANSAL YENİDEN YAPILAN-DIRMA SÖZLEŞMESİ MÜZAKERESİ SÜRECİNDE BORÇLUNUN İFLAS VEYA KONKORDATO TALEBİNDE BULUNMASI HUSUSU

İlk olarak, borçlu, kural olarak iflasını talep etmekle yükümlü değildir. Ancak İİK, borçlunun kendi iflasını talep edebileceği halleri düzenlemekle birlikte bazı hallerde borçlunun iflasını talep etmesinin zorunlu olduğu halleri de hüküm altına almıştır⁸⁶. İİK’de borçlunun kendi iflasını talep etmek zorunda olduğu iki hal mevcuttur. Bunlardan ilki borçlunun mevcut ve bir yıl içinde muaccel hale gelecek borçlarını ödeyememesi hali (İİK 178/III), ikincisi ise sermaye şirketlerinin pasifinin aktifini karşılamayacak duruma gelmesi (İİK 179) halidir⁸⁷. İşte bu iki durumdan biri varsa, borçlu iflasını istemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük hali ise FYY Çerçeve Anlaşmasının (8 Temmuz 2021) eki niteliğinde olan ve FYY başvurusunda bulunan borçlunun alacaklı kuruluşlardan birine sunması gereken “Başvuru ve Taahhüt Mektubu”nun 16. sayfasında “9” numaralı paragrafta yer alan “Şirketimiz ve ortaklarımız hakkında iflas/iflas erteleme ve/veya konkordato başvurusunda bulunmayacağımızı” şeklindeki taahhülle çelişmektedir⁸⁸. Zira İİK’de yer alan borçlunun kendi iflasını talep etme yükümlüğünün düzenlendiği hükümler emredici olup⁸⁹ borçlu iflasını talep etmediği takdirde İİK m. 310/b.10 hükmü uyarınca borçlu hakkında taksirath müflise ilişkin hükümler uygulanacak ve Türk Ceza Kanunu’nun 162. maddesi gereğince yine borçlu hakkında cezai yaptırım uygulanması da söz konusu olabilecektir⁹⁰. Bununla birlikte iflası talep etmekle görevli kişi

sermaye şirketinin yönetim kurulu ise bu durumda yönetim kurulunun ayrıca sorumluluğu da doğacaktır. Mevcut bu çelişki FYY Çerçeve Anlaşmaları hazırlanırken TBB’nin İİK’de yer alan düzenlemeleri gözden kaçırmamasından kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce, içinde “borçlu” ve “alacaklı” kavramlarının geçtiği herhangi bir düzenlenmenin hazırlanması sırasında bu düzenlemenin İİK hükümleri dikkate alınmaksızın yapılması, burada olduğu gibi uygulamaya yönelik sorunlar doğuracaktır.

Bu aşamada değinilmesi gerekir ki, İİK’nin 178/III ve 179’uncu maddelerine ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) ise; anonim şirketler için, yönetim kurulunun çağrı ve bildirim yükümlülüğünün düzenlendiği “Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Durumu” başlıklı, 376/III ve 377 maddelerine; limited şirketler için ise aynı kanunun 633’üncü maddesine kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme eklenebilir. İlgili maddelere eklenecek hükümler, FYY başvurusunda bulunurken iflas talebinde bulunmayacağını taahhüt eden ve süreç içerisinde iflasını istemekle mükellef hale gelen borçlunun FYY müzakereleri süresince hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmasını engelleyecek nitelikte olmalıdır.

Buna göre, kanun koyucu tarafından, “Finansal Yeniden Yapılandırma başvurusunda bulunmuş olan borçlu, başvuru tarihini izleyen günden itibaren bu kanun ve İİK hükümleri/TTK hükümleri dolayısıyla kendi iflasını taleple mükellef hale gelse bile, borçlunun kendi iflasını talep etme yükümlülüğü, FYY müzakereleri süresince askıdadır.

⁸⁶ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.547; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.376.

⁸⁷ **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s.548-549; **Pekantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.378.

⁸⁸ **Budak/Yağcı**, s. 27.

⁸⁹ **Budak/Yağcı**, s. 27.

⁹⁰ **Yıldız**, Cihangir (2007) ‘Alacaklıların Ve Borçlunun Talebiyle Doğrudan Doğruya İflas’ (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 104-105.

Borçluya tanınan bu muafiyet müzakere sürecinin sonuçlanmasını müteakip sona erecektir.” şeklinde bir düzenleme İİK ve TTK’ye eklenebilir.

Ancak önerdiğimiz bu düzenleme, pek tabii ki borçlunun diğer alacaklılarının borçlu işletmelerin iflasını talep etmesine veya diğer alacaklıların borçlu işletmeler hakkında konkordato talebinde bulunmalarına engel olmayacaktır. Kaldı ki, Çerçeve Anlaşmanın, “*Finansal Yeniden Yapılandırma Uygulanacak Borçlular*” başlıklı V. bölümünün “b” bendinde, FYY süreci devam ederken işletme aleyhinde iflas kararı verilmesi halinde borçlu işletme hakkında temerrüt hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir. Aksi takdirde, FYY kapsamı dışında kalan diğer alacaklıların böyle bir durumla karşı karşıya kalması bu alacaklıların hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyacaktır.

Önerdiğimiz değişikliklerin kanun koyucu tarafından yapılması halinde, “*askı süreci*” olarak adlandırdığımız; borçlunun kendi iflasını talep etme yükümlülüğünden muaf tutulduğu sürecin sona ermesini müteakip; borçlu FYY müzakere sürecinin sonucu doğrultusunda iki farklı ihtimalle karşılaşabilir.

Bunlardan ilki, askı sürecinin FYY müzakerelerinin olumlu sonuçlanmasıyla sona ermesidir. Bu durumda, borçlunun içinde bulunduğu askı süreci kendiliğinden sona ererken, eş zamanlı olarak askıda olan borçlunun kendi iflasını talep etme yükümlülüğü de kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Nitekim müzakerelerin olumlu sonuçlanmasıyla, borçlu FYY sözleşmesini de imzalayarak artık finansal yeniden yapılandırma kapsamına alınmış ve borçlarını geri ödeme kabiliyetini haiz bir borçlu olarak ticari hayatına devam edecektir.

İkinci ihtimal ise, çalışmanın önceki bölümlerinde detaylıca açıkladığımız herhangi bir nedenden dolayı borçlunun finansal yeniden yapılandırma kapsamına alınmaması ihtimalidir. Borçlunun FYY kapsamına alınmamasının en önemli nedeni müzakerelerin olumsuz sonuçlanmasıdır. Bu halde kanımızca, askı süreci müzakerelerin olumlu sonuçlanmasını müteakip yine kendiliğinden son bulacak ancak askı sürecinin son bulması, müzakere sürecinde şartları gerçekleşmiş olan borçlunun kendi iflasını talep yükümlülüğünün yeniden canlanmasına neden olacaktır. Dolayısıyla diğer şartların da gerçekleşmesiyle, borçlu işletme İİK m.179 kapsamında iflasını taleple; anonim şirket yönetim kurulu ise TTK m. 376/III bağlamında aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğini mahkemeye bildirerek mahkemeden iflasını talep edecektir⁹¹.

Bu noktada; borçlunun FYY başvurusunda bulunurken iflas talebinde bulunmayacağını taahhüt etmesi ve FYY müzakereleri süresince, borçlunun kendi iflasını talep etmekle yükümlü hale gelmesi arasındaki çelişkinin uygulamada sorunlara yol açması bir ihtimal dahilinde de olsa, vurgulamak isteriz ki, Çerçeve Anlaşmada yer alan ve borçlarını geri ödeme kabiliyeti kazanamayacağına kanaat getirilen borçluların yeniden yapılandırma kapsamına alınmayacağına ilişkin düzenleme hususu göz ardı edilmemelidir. Zira aslında kendi iflasını talep etmekle yükümlü olan borçlunun FYY başvurusunda bulunması halinde borçlu ile alacaklı arasında FYY sözleşmesinin akdedilmesi pek de mümkün görünmemektedir. Nitekim, kendi iflasını istemekle mükellef tutulan kişinin uygulama açısından borçlarını geri ödeme kabiliyetini kazanabilmesi olağan hayat

⁹¹ Şener, Oruç Hami (2017), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin, s.384-385.

koşulları çerçevesinde kanımızca pek de mümkün görünmemektedir.

İkinci olarak ise, Çerçeve Anlaşmanın eki niteliğinde olan “Başvuru ve Taahhüt Mektubu”nun 16. sayfasında “9” numaralı paragrafta yer alan borçlunun kendi iflasını talep edemeyeceğine ilişkin taahhütte ek olarak aynı paragrafta FYY başvurusundan itibaren borçlu şirketin ve ortaklarının konkordato başvurusunda bulunmaları da yasaklanmıştır.

Borçlu bir işletmenin alacaklılarının, yalnızca Çerçeve Anlaşmaları imzalamış mali kesim alacaklılarından oluştuğunun ve borçlunun Çerçeve Anlaşmalara taraf olmayan sıradan alacaklılarının mevcut olmadığının düşünülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, TBB tarafından yayımlanan Çerçeve Anlaşmalarla borçlunun “diğer alacaklılarla” müzakere edebileceği bir sürece girmesinin engellenmesi hem borçlu hem de borçlunun diğer alacaklıları bakımından adil değildir. Söz konusu engelin bir taahhüt niteliğini haiz olduğu düşülebilecek dahi olsa, kanımızca, FYY imzalandıktan sonra borçlunun konkordato talebinde bulunması sözleşmeye aykırılık niteliğinde kabul edilecek ve aykırılığın sonuçları ekonomik durumunu toparlamaya çalışan borçlu işletme için belki de telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilecektir. Bu durum ise borçlunun iradesini zayıflatarak borçlu işletmenin diğer alacaklılarla uzlaşmamasına, FYY dışında kalan alacaklıların ise alacaklarından mahrum kalmasına neden olmaktadır.

Nitekim, konkordato talep eden bir işletmenin borçlarını geri ödeyebilme kabiliyetini kazanabilmesinin olağan hayat koşullarında kendi iflasını istemekle mükellef olan bir şirketten daha yüksek olduğu şüphesizdir. Hal böyle olunca, FYY

başvurusunda bulunmuş ve müzakere sürecinde olan bir şirketin FYY kapsamında olmayan diğer alacaklılarla müzakeresinin engellenmesi; borçlu, FYY dışında kalan alacaklılar ve yine ülke ekonomisi için olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu doğrultuda, borçlunun FYY müzakere süreciyle konkordato müzakere sürecini eş zamanlı olarak yürütebilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin kanun koyucu tarafından yapılması gerekir. Zira, FYY kapsamına alınamayan, Çerçeve Anlaşmalara taraf olmayan diğer alacaklıların da haklarının korunması elzemdir.

Sonuç olarak, mevcut düzenlemeler kapsamında, FYY başvurusunda bulunmak için Alacaklı kuruluşa “Başvuru ve Taahhüt Mektubu”nu veren borçlu FYY müzakereleri sürecinde Konkordato başvurusunda bulunamayacak dahi olsa, bir sonraki başlıkta detaylıca açıklandığı üzere, FYY başvurusundan önce konkordato başvurusunda bulunmuş ve kendisine geçici mühlet veya kesin mühlet verilmiş bir borçlu FYY’ye başvurabilecektir⁹².

B. KONKORDATO MÜHLETİ İÇİNDE BORÇLUNUN FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA BAŞVURUSUNDA BULUNMASI

Konkordato mühleti içerisindeki borçlunun FYY başvurusunda bulunmasını engelleyen herhangi bir hukuki düzenleme 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nda ve Çerçeve Anlaşmalarda bulunmamaktadır.

Bu kapsamda konkordato mühleti içinde FYY uygulamasına başvuran borçlu hakkında, normlar hiyerarşisi gereğince İİK’nın hükümleri uygulanacaktır⁹³.

⁹² Budak/Yağcı, s. 27.

⁹³ Budak/Yağcı, s.29.

Yani, borçlu konkordato mühleti içerisinde, FYY başvurusunda bulunarak kredi borçlarının yapılandırılmasını Çerçeve Anlaşma'yı imzalayan Alacaklı Kuruluşlardan talep edebilme hakkına sahiptir. Mühlet içerisinde konkordato başvurusunda bulunabilmesine engel herhangi bir yasal düzenleme bulunmaması borçlu işletmeler için bir avantajdır. Zira, konkordato mühleti içerisinde rehinli mali kesim alacaklılarına teklifle giden borçlunun teklifinin mali kesim tarafından kabul edilmemesi halinde borçlunun konkordato süreci de başarısızlığa uğrayacaktır. Bu sorunun gündeme gelmemesi için borçlunun mühlet içinde FYY başvurusunda bulunmasının engellenmemesi gerekmektedir. Kaldı ki, finansal problemleri olan bir işletmenin alacaklılarının yalnızca mali kesim olan kredi kuruluşları olduğu düşünölemeyeceğinden, konkordato ve FYY sürecinin paralel olarak yürütölmesinin önünü açan yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Mevcut durum dikkate alındığında mühlet içerisinde FYY başvurusunda bulunulmasına engel yasal bir düzenleme bulunmamasına rağmen fiili durum her iki müessesinin eş zamanlı yürütölmesine süreler bakımından müsait değildir.

İlk olarak, mühlet içerisinde FYY başvurusunda bulunmuş olan bir borçlunun, FYY müzakerelerinin süre uzatımıyla birlikte en fazla 180 gün içerisinde tamamlanarak yeniden yapılandırma kararının oluşturulması gerekmektedir. Ancak konkordato sürecinde borçlunun bazı işlemlerinin komiserin izni (İİK m. 297/I); bazı hallerde de mahkemenin (İİK m. 297/II) izni olmaksızın tek başına hareket etmesi mümkün olmadığından, FYY sürecinin zamanında 180 gün içerisinde tamamlanması durumu gündeme gelebilir. Konkordato mühleti içerisinde, borçlunun FYY başvurusunda bulunması, borçlunun ekonomik durumunu

iyileştirmek yerine konkordato sürecinin de olumsuz sonuçlanmasına neden olabilir. Başka bir ifadeyle, mühlet içerisinde yeniden yapılandırma kararının oluşturulması yönünde olumlu adımlar atılırken sürecin 180 günde tamamlanamaması nedeniyle konkordato süreci de başarısızlıkla sonuçlanabilir. Sonuç olarak, borçlunun, konkordato mühleti içerisinde FYY başvurusunda bulunabiliyor olmasının borçluya ekonomik açıdan zarar vermesi de yasal düzenlemelerdeki eksikler nedeniyle muhtemeldir.

İkinci olarak, bilindiği üzere geçici mühlet süresinin süre uzatımıyla birlikte en fazla 5 ay olması, yeniden yapılandırma müzakere sürecinin ise yine süre uzatımıyla birlikte en fazla 180 gün olması; yapılandırmanın geçici mühlet süresi içinde tamamlanamaması durumunu gündeme getirebilir. Zira, geçici komiser elindeki verilere dayanarak, FYY sürecinin tamamlanmasını beklemeksizin, konkordato sürecinin başarıya ulaşamayacağına dair olumsuz görüşünü içeren raporu mahkemeye sunarak kesin mühletin verilmesini engelleyebilir. Bu durumda borçlu, Alacaklı Kuruluşlar dışında kalan "diğer alacaklılar" karşısında çaresiz kalacaktır. Bu durum da aslında başarıya ulaşması muhtemel olan bir finansal yeniden yapılandırmanın başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olacaktır.

C. FYY VE KONKORDATONUN BİRLİKTE UYGULANMASINDA REHİNLİ ALACAKLILARIN DURUMU

Uygulamada FYY kapsamındaki alacaklı kuruluşların alacaklarının genellikle rehinle teminat altına alınmış olduğu dikkate alındığında rehinli alacaklıların alacaklarının rehinle karşılanan

kısımları konkordato sürecinden etkilenmeyecektir⁹⁴. Alacağın rehinle karşılanmayan kısmı ise konkordato hükümlerine tabi olacağından⁹⁵, bu kısım için konkordato komiseri kendisine bildirilen alacakları inceleyecek, bu konuda borçluyu açıklamada bulunmaya davet edecek ve borçlunun kabul ettiği alacaklar konkordato çoğunluğunun hesabında dikkate alınacaktır⁹⁶. Eğer borçlu rehinle karşılanmayan kısımları kabul etmeyecek olursa bu durumda alacaklar hakkında mahkeme karar verecektir. Ayrıca rehinle temin edilmeyen kısım FYY sürecinde de dikkate alınacağından FYY uygulamasının doğası gereği alacaklı kuruluşlar alacak miktarlarını kendileri bildireceğinden her iki alacak hesabının da birbirinden farklı çıkması kuvvetle muhtemeldir⁹⁷. Yapılan farklı hesaplamalar neticesinde, borçlu içinde bulunduğu her iki süreçten farklı sonuçlar alabilir⁹⁸.

Bir üstteki paragrafta da değindiğimiz üzere, rehinli alacaklılar konkordato sürecinden etkilenen alacaklılar değildir⁹⁹. Bu durum, bazen rehinli alacaklıların kendilerine tanınan bu imkânı kullanarak borçlunun durumunu daha da kötüleştirmesine neden olabilmektedir. Kanun koyucu da rehinli alacaklıların bu ayrıcalıklı durumunu dikkate alarak, İİK'nın 308/h maddesinde rehinli alacaklılara münhasır bir müzakere süreci düzenlenmiştir¹⁰⁰. Konkordato komiserinin daveti üzerine gerçekleşecek bu müzakerede¹⁰¹ veya müzakereyi takip eden yedi günlük iltihak süresi içinde rehinli alacaklıların, alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi aşan

çoğunluğu ile bir anlaşma hasıl olursa, komiser, imzalanan anlaşmaları tutanağa bağlayarak ve rehinli alacaklılarla anlaşma yapıldığını gerekçeli rapor ile mahkemeye bildirir¹⁰². Borçlunun tekliflerinin alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi aşan çoğunlukla kabul edilmesi hâlinde, borçlu ile anlaşamayan rehinli alacaklı, konkordato talep tarihinden itibaren, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan temerrüt öncesi faiz oranı uygulanmak suretiyle, diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadeli sine tabi olacaktır¹⁰³. Rehlinli alacaklılarla bir anlaşmaya varılamamışsa, bu husus da komiserin gerekçeli raporuna işlenecektir. Ancak rehinli alacaklıların yeniden yapılandırılmasına ilişkin projenin uygulamaya konulabilmesi için konkordato projesinin adı alacaklılar tarafından kabul edilmesi gerekmektedir¹⁰⁴.

Ayrıca değinmek gerekir ki FYY süreci ile rehinli alacaklılar ile müzakere sürecinin birlikte etkili bir şekilde işletilebilmesi için iki ayrı sürecin de birbiriyle uyumlu yönetilmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Fakat süreçlerin uyumlu veya eş zamanlı yönetimi mevzu bahis rehinli alacaklılar olduğunda zorluk arz etmektedir. Zira İİK 308/h uyarınca borçlu, her rehinli alacaklı ile gizli ve ayrı ayrı görüşmek durumunda iken, FYY uygulamasında borçlunun her bir Alacaklı Kuruluş ile gizli ve ayrı ayrı görüşerek onlara farklı teklifler vermesi Çerçeve Anlaşma ve Başvuru ve Taahhüt Mektubu gereğince mümkün

⁹⁴ Budak/Yağcı, s. 29.

⁹⁵ Sarısözen (2020), s.451.

⁹⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.679; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.467.

⁹⁷ Budak/Yağcı, s. 29.

⁹⁸ Budak/Yağcı, s. 30.

⁹⁹ Budak/Yağcı, s. 32.

¹⁰⁰ Sarısözen (2020), s.443-444.

¹⁰¹ Sarısözen (2020), s.444; Akyürek/Akyürek, s. 455.

¹⁰² Sarısözen (2020), s.445; Pekcanitez/Erdönmez, s.114; Akyürek/Akyürek, s. 455.

¹⁰³ Sarısözen (2020), s.446; Akyürek/Akyürek, s. 456.

¹⁰⁴ Budak/Yağcı, s. 32; Sarısözen (2020), s.449-450; Pekcanitez/Erdönmez, s.113-114.

¹⁰⁵ Budak/Yağcı, s. 32.

değildir¹⁰⁶. Dolayısıyla söz konusu zamanlamanın dikkatli yapılması ve müzakere sürecinin uzunluğunun FYY sürecini olumsuz yönde etkilemesine mâni olunması gerekmektedir. Zira, Budak ve Yağcı'ya göre rehinli alacaklılarla müzakere sürecinin FYY usulüyle birlikte uygulanması mümkün olup yararlı sonuçlar doğurması muhtemeldir¹⁰⁷.

Kanaatimizce FYY sürecinin ve İİK 308/h hükmünün birlikte yürütülmesi teorik açıdan avantajlı bir durum olarak gözüke de uygulama açısından mevcut düzenlemeler dikkate alındığında mümkün görünmemektedir. Zira FYY sürecinde Alacaklı Kuruluşlara tanınan alacaklarını ve yeniden yapılandırma şartlarını belirleme yetkisi, konkordato sürecinde ise borçlunun kendi teklifiyle rehinli alacaklılara gidiyor olması, alacaklarının neredeyse tamamı rehinli olan Alacaklı Kuruluşlar'ın müzakereye katılmaması sonucunu doğuracaktır. Bu durum ise İİK 308/h'de düzenlenen müzakere sürecinin olumsuz sonuçlanmasına neden olacaktır.

Sonuç olarak söz konusu iki müessesesinin birlikte işletilmesi gerek borçlu gerek ülke ekonomisi açısından olumlu sonuçlar doğuracak mahiyette olsa da alacaklı kuruluşlara Çerçeve Anlaşmayla tanınan geniş yetkiler borçlunun alacaklıların keyfi hareketlerine maruz kalması sonucunu doğuracak ve İİK 308/h hükmünün uygulanmasına engel olacaktır. Bir kez daha yinelemek gerekir ki borçlunun Çerçeve Anlaşmalara taraf olmayan ve mali kesim dışında kalan diğer alacaklılarının olduğu unutulmamalı, FYY dışında kalan diğer alacaklıların haklarının daha etkili bir şekilde korunabilmesi için mevzuatta konkordato ve FYY'nin eş zamanlı yürütülmesinin önünü açan değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

D. KONKORDATO İLE FİNANSAL YENİDEN YAPILANDIRMA UYGULAMASI NASIL BİRLİKTE UYGULANABİLİR?

Konkordato ile FYY'nin birlikte uygulanabilmesi teorik açıdan mümkün olup bazı durumlarda iki kurumun birlikte yürütülmesi firmaların devamlılığı için zorunluluk arz etmektedir. Keza firmanın alacaklılarının salt FYY usulüne tabi kredi kuruluşları veya faktöring şirketleri gibi mali sektör kapsamında yer alan alacaklılardan oluşması beklenemez.

Bu iki kurumun sağlıklı bir şekilde birlikte uygulanabilmesi için kanımızca iki şartın sağlanması gerekir. İlk olarak her iki yöntemin zamanlanması doğru planlanmalıdır. İkincisi, yönetimi alelade bir şekilde değil etkili olmalıdır. Etkili bir yönetimden bahsedebilmek için her iki müessesesinin uygulayıcılarının da her iki kuruma yeterince hâkim olması gerekir. Zira her ikisi de şekli ve sürelerin önem arz ettiği müesseseler olup sürece ve sürelere hâkim olmayan kişilerin sürecin yönetimini başarı ile tamamlaması kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

İfade edilmesi gerekir ki, Çerçeve Anlaşmanın VII. bölümünün 16. paragrafı uyarınca, FYY müzakereleri kural olarak 90 gün içinde tamamlanmalı, yani 90 gün içerisinde yeniden yapılandırma kararı oluşturulmalıdır. Bu süre, AKK'ye üye Alacaklı Kuruluşların alacak toplamının 2/3'ünü ve AKK'ye üye Alacaklı Kuruluşların en az ikisini temsil eden Alacaklı Kuruluşların aynı yöndeki kararıyla en fazla 90 gün daha uzatılabilir. Bu durumda FYY müzakerelerinin en fazla 180 gün içinde tamamlanması gerekmekte olup aksi takdirde süreç yeniden yapılandırma kararının oluşturulamamasıyla sona erecektir. Konkordato süreleri üzerine

¹⁰⁶ Budak/Yağcı, s. 32-33.

¹⁰⁷ Budak/Yağcı, s. 32.

kurulu bir müessese olduğundan, FYY müzakereleri başarıya ulaşmadan borçlunun konkordato süreci olumsuz sonuçlanabilir. Budak/Yağcı'ya göre bu durumun borçlunun aleyhine sonuç doğurması için FYY müzakereleri “*özel durum*” olarak gösterilerek mahkemeden kesin mühletin uzatılması talep edilebilir. Kesin mühletin uzatılmasıyla birlikte FYY müzakerelerini başarıyla sonuçlandırabilmesi için gerekli olan zaman borçluya kazandırılmış olacaktır. Borçluya tanınan bu süre borçlu ve alacaklılar için kıymetli olduğu kadar ülke ekonomisi için de önemlidir. Zira bir firmanın üretime devam edebilmesi yalnızca firma sahibinin veya alacaklılarının menfaatine hizmet eden bir durum olmayıp firmanın üretimde devamlılığı ülke içi istihdam sağlanmasına da katkı sağlamaktadır.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato birlikte uygulanabilmesi meselesi açısından kanaatimiz, sürecin içinden çıkmaz bir hale gelmemesi ve borçlunun yeniden ekonomik refahına kavuşabilmesi için her iki müessese eş zamanlı uygulanmalıdır. Aksi takdirde, aşağıda belirtilen iki ihtimalle karşı karşıya kalınması kuvvetle muhtemeldir.

İlk ihtimal, FYY başvurusunda bulunurken, konkordato talep etmeyeceğine ilişkin taahhütte bulunmuş borçlunun, taahhütte aykırı davranarak konkordato talebinde bulunması halidir. Bu ihtimalde, Çerçeve Anlaşmalar kanun niteliğini haiz olmadığı için borçlu, kanımızca yalnızca özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz FYY sözleşmesine aykırı davranmış olacaktır ki bu durumda borçlunun sözleşmeye aykırılığa ilişkin yaptırımlara katlanma yükümlülüğü doğacaktır. Nitekim, borçlunun sözleşmeye aykırı davranmasının sonucunda katlanacağı ağır yükümlülükler, borçlunun içinde bulunduğu finansal yeniden yapılandırma sürecinin başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilecektir.

Borçlunun karşılaşması muhtemel olan bu olumsuz sonuçlar, dolaylı olarak borçlunun ekonomik durumunu daha da kötüleştirerek konkordatonun da başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olacaktır.

İkinci ihtimal ise, borçlunun konkordato mühleti içerisinde FYY başvurusunda bulunmuş olmasıdır ki bu ihtimalin gerçekleşmesine yasal veya akdi bir mâni bulunmamaktadır. İşte bu durumda, Çerçeve Anlaşmalara taraf olmayan diğer alacaklılarla konkordato süreci yürütülürken, Çerçeve Anlaşmasına taraf olan rehinli alacaklılarla da İİK m. 308-h da düzenlenen “*rehinli alacaklılarla müzakere*” süreci yürütülebilir. Ancak bu durumda, sürecin yönetilmesinden ve gözetilmesinden sorumlu olan organ FYY sürecinde Lider Banka iken, konkordato sürecinde, konkordato komiseri olacaktır. Bu durumda, özellikle konkordato komiserinin rehinli alacaklılarla olan müzakere sürecinde de rolü ve yetkisinin kapsamına ilişkin belirsizlik uygulamada tereddüt yaratacaktır. Keza Lider Banka ile komiser arasındaki ilişkinin, hak ve yetkilerin de düzenlenmesi gerekecektir.

Sonuç olarak, konkordato süreci ile FYY sürecin birlikte yürütülebilmesi, mevcut düzenlemeler kapsamında çeşitli tereddütleri barındırmaktadır. FYY sürecinde yalnızca mali kesime ait borçların dahil olması ve konkordatoda tüm alacaklılara eşit davranma yükümlülüğü dikkate alındığında, birlikte uygulamanın mevcut hükümler karşısında zor olduğu söylenebilir. Ancak, özellikle rehinli alacaklıların yalnızca (veya üçte iki çoğunlukla) finansal kesim olması halinde, konkordato süreci içerisindeki borçlunun, rehinli alacaklıları ile olan müzakerelerinin de FYY kapsamında yürütülebilmesi mümkün olur. Kanaatimizce, burada ortaya çıkabilecek yetki sorunları ve özellikle komiserin FYY sürecine etkisinin düzenlenmesi isabetli olur.

V. SONUÇ

İlk olarak, FYY her ne kadar 2001 krizinden bu yana Türkiye’de var olan bir kurum olsa da hukukçuların üzerinde çokça çalışma yaptığı bir alan değildir. Aynı şekilde, konkordato da kendi içinde karmaşık bir müessese olduğundan FYY sürecinde söz sahibi olan bankacılar da konkordato sürecine tam anlamıyla hâkim değillerdir. Bu eleştirinin haklılığı ise FYY ve Konkordatoya ilişkin düzenlemelerin birbirleriyle uyuşmamasından hatta bazı durumlarda çakışmasından anlaşılmaktadır. FYY uygulaması borçlu için bir çıkış yolu olarak düşünülse de yasal düzenlemeler incelendiğinde “*külli icra dışı*” bu yeniden yapılandırma kurumunda söz sahibinin alacaklı kuruluşlar olduğu açıktır. Söz konusu bu durum alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasında borçlunun aleyhinedir.

Bir değer husus ise, FYY’nin uygulamaya konulmasının temel nedeninin alacaklı kuruluşlarla borçlu arasındaki ticari kredileri yapılandırmak olduğu dikkate alındığında, borçlunun tüm alacaklılarının FYY uygulaması çatısı altında birleştirilmesi, başka bir deyişle borçlunun piyasaya olan tüm borçlarını FYY mekanizmasıyla yapılandırması kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle, konkordato süreci ile FYY sürecinin birlikte yürütülmesi hususu kaçınılmaz olacaktır. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, mühlet içindeki bir borçlunun FYY başvurusunda bulunmasına engel bir düzenleme bulunmazken FYY başvurusunda bulunmuş bir borçlunun konkordato talep etmesi Çerçeve Anlaşmalara aykırıdır. Konkordatonun başarıyla sonuçlanması bakımından FYY müzakerelerinin olumlu sonuçlanması ve FYY sözleşmesinin akdedilmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda, konkordato ile FYY sürecinin eş zamanlı ve etkili olarak yürütülebilmesi için FYY Çerçeve Anlaşmalarının hukukçuların da görüşü alınarak yeniden düzenlenmesi

gerekmektedir. Zira FYY sürecinin İİK’den bağımsız düşünülmesi uygulama açısından şu an olduğu gibi sorun yaratmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

Akkuş, Muhammed Sami (2018) 'Konkordato Kurumu Ve Firmaların Konkordato İlanının Ekonomik Ve Mali Etkileri',

<https://www.researchgate.net/publication/332060790_KONKORDATO_KURUMU_VE_FIRMALARIN_KONKORDATO_ILANININ_EKONOMIK_VE_MALI_ETKILERI>, s.e.t. 21.01.2021.

Akyürek, Ayhan/**Akyürek**, Remziye (2019), Konkordato Hukuku, Ankara, Yetkin.

Atalı, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Bası, Ankara, Yetkin.

Aydemir, Cahit/**Kaya**, Mehmet (2007), 'Küreselleşme Kavramı ve Ekonomik Yönü', Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C: 6, S:20, s. 260-282,

<<https://dergipark.org.tr/tr/pub/esosder/issue/6134/82270>>s.e.t. 13.01.2021.

Bozdoğan, Abdülkadir (2020), Konkordato ve Konkordato Alacaklılar Toplantısı (Uygulamalı), Ankara, Yetkin Yayınları.

Budak, Ali Cem/**Yağcı**, Mustafa Okan (Mart 2020) 'Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma', Bankacılar Dergisi, S:112, s.16-46.

Eğri, Taha/**Doğaner**, Ayça (2020) 'Covid-19 ve Ekonomik Kriz: Kobiler Özelinde Bir Değerlendirme ve Politika Önerileri', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Sosyal Bilimler Özel Sayısı, S: 37, s. 128-145.

Erten, Alper Efe (2006) 'Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması' (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gürçal, Semra, 'Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılmasında Yeni İstanbul Yaklaşımı', Özgün Law Firm,

<<http://www.ozgunlaw.com/trTR/HDetay/finansal-sektore-olan-borclarin-yenidenyapilandirilmasinda-yeni-istanbul-yaklasimi-494.html>>, s.e.t. 13.01.2021.

Karaca, S. Serdar (2010), 'Uluslararası Sermaye Hareketleri ve Kriz Sonrası Görünüm', Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C:5, S:1, s. 157-173.

Karacan, Sami (2018) 'Konkordato Finansal Krizde Çözüm mü?', Uluslararası Turizm, İşletme, Ekonomi Dergisi, 2 (2), s.97-112.

Kartal, Mustafa Tevfik/**Binicioğlu Zengin**, Sinemis (2019) 'Türk Bankacılık Sektöründe Kredilerin Yapılandırılması Açısından Bir Dönüm Noktası: Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik'in Muhtemel Etkileri Üzerine Bir İnceleme', Yüksek Bilgili, Zeki (Editör), İşletme Ve Yönetim Bilimleri Uluslararası Kongresi, 22-23 Şubat 2019, İstanbul.

<https://www.researchgate.net/publication/331319611_Turk_Bankacilik_Sektorunde_Kredilerin_Yapilandirilmasi_Acisindan_Bir_Donum_Noktasini_Finansal_Sektore_Olan_Borclarin_Yeniden_Yapilandirilmasi_Hakkinda_Yonetmelik'in_Muhtemel_Etkileri_Uzerine_Bir_Inceleme>, s.e.t. 12.04.2021.

Koç, Selahattin (2010) 'Finansal Yeniden Yapılandırma: İstanbul Ve Anadolu Yaklaşımları, Sonuçları', Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 11, S: 1, s. 35-55.

Nakiboğlu, Aslıhan/**Işık**, Sevgül (2020) 'Kovid-19 Salgınının Ekonomi Üzerindeki Etkileri: Türkiye'de İşletme Sahipleri Üzerinde Bir Araştırma', Turkish Studies, 15(4), s.765-789, <https://dx.doi.org/10.7827/TurkishStudies.43368>, s.e.t. 13.01.2021.

Özekes, Muhammet (2018) 'Elveda İflasın Ertelenmesi, Hoş geldin Konkordato', Franchise Market Türkiye, S:5 s. 48-50.

Öztek, Selçuk (Haziran 2005) 'İflasın Ertelenmesi', Bankacılar Dergisi, S:53, s. 23-72.

Pekcanitez, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes** Muhammet (2018), İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pekcanitez, Hakan/ **Erdönmez** Günay (2018), 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Sarisözen, M. Serhat (2020), Konkordato, Ankara, Yetkin. (Kısaltılmışı: Sarisözen(2020)).

Sarisözen, M. Serhat(2019), İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 2. Baskı, Ankara, Yetkin. (Kısaltılmışı: Sarisözen(2019)).

Uyar, Talih (2019), Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.

T.C. Sağlık Bakanlığı, Covid-19 Bilgilendirme Platformu, <<https://covid19.saglik.gov.tr/TR66494/pandemi.html>>;<<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>>, s.e.t. 08.04.2021.

Tanrıver, Süha (2001) 'Konkordato Prosedürün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 3, s. 1-9.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Ekim 2020,

<<https://www.tbb.org.tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar/4489>>s.e.t. 13.01.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Kasım 2020,

<<https://www.tbb.org.tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar/4489>>s.e.t. 13.01.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Büyük Ölçekli Uygulama, (Kısaltılmışı: FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama)

<<https://www.tbb.org.tr/fyy/FYY%C3%87A%20B%C3%BCy%C3%BCK%20C3%96l%C3%A7ekli%20Uygulama.pdf>>, s.e.t. 27.03.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşmaları Aylık Raporu Ağustos 2021, İstatistiki Raporlar, <<https://www.tbb.org.tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar/4489>, s.e.t. 03.10.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama Çerçeve Anlaşması (8 Temmuz 2021), (Kısaltılmışı: FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021))

<https://www.tbb.org.tr/fyy/FYY%C3%87A%20B%C3%BCy%C3%BCK%20C3%96l%C3%A7ekli%20Uygulama-072021.pdf>, s.e.t. 06.10.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Büyük Ölçekli Şirketler İçin Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Hakkında Kamuoyu Duyurusu 16 Temmuz 2021 (Kısaltılmışı: Büyük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu), https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/8772/TBB_KD_FYYBO_160721.pdf, s.e.t. 05.10.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama, (Kısaltılmışı: FYYÇA Küçük Ölçekli Uygulama)

<<https://www.tbb.org.tr/fyy/FYY%C3%87A%20K%C3%BC%C3%A7%C3%BCK%20%C3%961%C3%A7ekli%20Uygulama.pdf>>, s.e.t. 27.03.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Küçük Ölçekli Uygulama (8Temmuz2021), (Kısaltılmışı: FYYÇA Büyük Ölçekli Uygulama (8 Temmuz 2021)) <<https://www.tbb.org.tr/fyy/FYY%C3%87A%20K%C3%BC%C3%A7%C3%BCK%20%C3%961%C3%A7ekli%20Uygulama-072021.pdf>>,s.e.t. 03.10.2021.

Türkiye Bankalar Birliği, Küçük Ölçekli Şirketler İçin Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması Hakkında Kamuoyu Duyurusu 16 Temmuz2021(Kısaltılmışı: Küçük Ölçekli Şirketler İçin Kamuoyu Duyurusu), https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/8773/TBB_KD_FYYKO160721.pdf, s.e.t. 05.10.2021.

Türkiye Bankalar Birliği (Haziran 2002) (Pelin Ataman **Erdönmez** tarafından derlenmiştir.), 'Finansal Yeniden Yapılandırma Programı', Bankacılar Dergisi, S:41, s. 9-20.

Yıldız, Cihangir (2007) 'Alacaklının ve Borçlunun Talebiyle Doğrudan Doğruya İflas' (Yüksek Lisans), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

GELİŞEN BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİNİN VADETTİKLERİ KARŞISINDA TÜRKİYE’DE MÜZİK ALANINDA FAALİYET GÖSTEREN MESLEK BİRLİKLERİNİN ROLÜ*

THE ROLE OF COLLECTING SOCIETIES OPERATING IN THE FIELD OF MUSIC IN TURKEY AGAINST THE PROMISES OF DEVELOPING BLOCKCHAIN TECHNOLOGY**

Dr. Barış GÖZÜBÜYÜK***

ÖZ

Meslek birlikleri kullanıcılardan topladıkları telif bedellerini hak sahiplerine dağıtan, sui generis nitelikte özel hukuk tüzel kişileridir. Telif haklarının bireysel olarak takibindeki güçlükler bu hakların toplu biçimde yönetilmesini zorunlu kılmış, bu zorunlulukta da meslek birlikleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, meslek birlikleri yerine toplu hak yönetim organizasyonu ifadesi de kullanılmaktadır. Meslek birlikleri, toplu hak yönetiminde tekel hakkına sahip olan kuruluşlar olarak telif hakları hukukunun en önemli aktörlerindedir. Bununla beraber, toplu hak yönetiminde zaman zaman aksaklıklar yaşanmaktadır. Öncelikle, hak sahipliği bilgilerinin tutulduğu merkezi veri tabanlarındaki eksiklikler ve hatalar nedeniyle bazı hallerde gerçek hak sahipleri tespit edilememekte ve hak sahiplerine eksik ödeme yapılmaktadır. Ayrıca, hak sahiplerine ödenen telif bedellerine ilişkin raporlar yeterince şeffaf olmadığı için hak sahipleri kendilerine ödenen meblağ doğru olsa dahi kafa karışıklığı yaşayabilmektedir. Son olarak, telif bedellerinin meslek birliklerinden kullanıcılardan toplanarak hak sahiplerine dağıtılması uzun zaman almaktadır. Hızla gelişen ve etki alanını genişleten blokzincir teknolojisi müzik endüstrisini etkilemeye başlamıştır. Bu bağlamda, blokzincir teknolojisi toplu hak yönetiminde yaşanan sorunlara ilişkin önemli vaatler getirmektedir. Bu çalışmanın temel amacı, blokzincir teknolojisinin müzik endüstrisine vaad ettikleri bağlamında müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin olası rolünün nasıl şekilleneceğini ortaya koymaktır. Bu doğrultuda öncelikle blokzincir teknolojisinin teknik boyutu ele alınacak, sonrasında müzik eserlerinin lisanslanması, telif bedellerinin toplanması ve dağıtım sürecinde meslek birliklerine değinilerek müzik endüstrisindeki mevcut durum ortaya konulacaktır. Ardından, blokzincir teknolojisinin müzik endüstrisinde kullanılmasının önündeki engellere değinilecektir. Nihayetinde Türkiye’de müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin rolüne ilişkin değerlendirmelerde bulunularak çalışma sonlandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Blokzincir teknolojisi, meslek birlikleri, toplu hak yönetimi, müzik endüstrisi, telif bedelleri.

ABSTRACT

Collecting societies are private legal entities of sui generis nature that distribute the royalties they collect from users to right holders. The difficulties in the individual pursuit of intellectual rights necessitated the collective management of these rights, and as a result of this necessity, collecting societies emerged. For this reason, the term collective rights management organization is also used instead of collecting societies. Collecting societies are among the most important actors of intellectual property law as organizations that have a monopoly in collective rights management. However, there are occasional problems in collective rights management. First of all, due to deficiencies and errors in the central databases where entitlement information is kept, in some cases the real beneficiaries cannot be identified and the beneficiaries are paid incompletely. In addition, since the reports on the royalties paid to the rights holders are not transparent enough, the rights holders may experience confusion even if the amount paid to them is correct. Finally, it takes a long time for the royalties to be collected from the users by the collecting societies and distributed to the right holders. Blockchain technology, which is rapidly developing and expanding its sphere of influence, has begun to affect the music industry. In this context, blockchain technology brings important promises regarding the problems experienced in collective rights management. The main purpose of this study is to reveal how the possible role of collecting societies operating in the field of music will be shaped in the context of the promises of blockchain technology to the music industry. In this direction, first of all, the technical dimension of blockchain technology will be discussed, then the current situation in the music industry will be revealed by referring to collecting societies in the licensing of musical works, collection and distribution of royalties. Then, the barriers to the use of blockchain technology in the music industry will be addressed. Finally, the study will be concluded by making evaluations on the role of professional associations operating in the field of music in Turkey.

Keywords: Blockchain technology, collecting societies, collective management, music industry copyright royalties.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 11.09.2021 / Kabul Tarihi: 14.10.2021.)

** Bu makalede ileri sürülen görüşler yazarın mensup olduğu Kurumu bağlamaz. Tüm sorumluluk yazara aittir.

*** Kültür ve Turizm Bakanlığı, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, Kültür ve Turizm Uzmanı, (bgzbyk@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5362-275).

Atf/ Citation: Gözübüyük, Barış (2021), "Gelişen Blokzincir Teknolojisinin Vadettikleri Karşısında Türkiye’de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birliklerinin Rolü", TFM, C: 7, S: 2, s. 315-340.

I. GİRİŞ

Müzik eserlerinin kullanımından doğan telif bedellerinin toplanması ve hak sahiplerine dağıtımında meslek birliklerinin üstlendiği rol son derece önemlidir. Meslek birlikleri bir taraftan eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin¹ menfaatlerini korurken; diğer taraftan kullanıcıların yasal yollardan müzik dinlenilmesini sağlamaktadır. Hak sahipleriyle kullanıcılar arasında bir köprü vazifesi gören meslek birlikleri olmadan hak sahiplerinin bireysel lisanslama faaliyetleri yürütmesi oldukça güçtür. Bununla beraber, blokzincir teknolojisinden, müzik endüstrisinin etkilenmesi muhtemeldir. Nitekim blokzincir teknolojisine dayalı müzik platformları geliştirilmeye başlamıştır². Blokzincir'in en önemli vaadi araçların (*middleman*) ortadan kaldırılmasıdır³.

Bu platformların kullanıcılar tarafından geniş ölçüde kabul görmesi halinde, hak sahiplerinin bireysel lisanslama yoluna gitmesi ve meslek birliklerinin işlevini yitirmesi söz konusu olabilir. Ancak, geliştirilen teknolojilerin tümünde olduğu gibi blokzincir teknolojisinin de aksayan yönleri bulunmaktadır. Ayrıca, müzik endüstrisinin kendine özgü bazı yapısal kuralları bulunmaktadır. Meslek birlikleri tarihsel süreç içerisinde eser sahiplerinin haklarını koruma ihtiyacıyla örgütlenmeleri neticesinde ortaya çıkan yapılardır ve uzun bir geçmişe sahiplerdir⁴. Dolayısıyla meslek birliklerinin bugünden yarına işlevsiz kalacakları iddiasında bulunmak

gerçekçi olmayacaktır. Bununla beraber, müzik alanında toplu hak yönetiminde telif bedellerinin dağıtım sürelerinin uzun olması, telif bedeli dağıtım raporlarının yeterince şeffaf olmaması, hak sahipliği bilgilerindeki yanlışlıklar gibi nedenlerden kaynaklanan sorunlar yaşanmaktadır.

Toplu hak yönetiminde yaşanan sorunlara rağmen; blokzincir teknolojisini meslek birliklerinin önündeki bir tehdit olarak görmek yerine, toplu hak yönetiminde meslek birliklerinin lisanslama ve dağıtım faaliyetlerini geliştirecek bir fırsat olarak görmek daha doğru olur. Ancak, söz konusu teknoloji teknik açıdan etraflıca değerlendirilmeden toplu hak yönetimine ilişkin uygulamaların geliştirilmesi olanaksızdır. Bu nedenle, çalışmamıza teknik kavramlara geniş ölçüde yer vererek başladık.

Blokzincir teknolojisini ve onunla ilişkili olan teknolojileri etraflıca ele aldıktan sonra meslek birlikleri hakkında bilgilere yer vererek, toplu hak yönetimine ilişkin sorunlara değindik. Sonrasında, blokzincirin müzik endüstrisinde kullanılmasını güçleştiren nedenleri ortaya koyduk. Nihayetinde, blokzincir teknolojisinin müzik endüstrisine vadettikleri bağlamında müzik meslek birliklerinin rolüne ilişkin değerlendirmelerde bulunarak gerekli gördüğümüz yerlerde çözüm önerileri getirdik.

¹ Bundan sonra, eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri ifadesini karşılamak amacıyla hak sahipleri ifadesi kullanılacaktır.

² Bu platformlara örnek olarak, Ujo Müzik verilebilir. Bkz. <<https://blog.ujomusic.com/>>s.e.t.10.07.2021.

³ Bu yönde bkz. **Witzig, Pascal & Salomon, Victoriya** (2018) Cutting out the middleman: a case study of blockchain-induced reconfigurations in the swiss financial services industry" Working Paper 1-2018/E, s. 8, <https://www.researchgate.net/publication/323906964_Cutting_out_the_middleman_a_case_study_of_blockchain-induced_reconfigurations_in_the_swiss_financial_services_industry> s.e.t.23.07.2021.

⁴ Meslek birliklerinin tarihsel gelişim süreci için bkz. **Gervais, Daniel**, "The Changing Role of Collecting Societies": Gervais, Daniel (Editör) (2006) Collective Management of Copyright and Related Rights, Netherlands, Kluwer Law International s. 15 vd.

II. TEKNİK KAVRAMLAR

A. Blokzincir (Blockchain) Kavramı

1. Tanımı

Blokzincir teknolojisi sürekli gelişim halindedir. Bugün blokzinciri tanımlamak için kullanılan bir kavram, bir süre sonra geçerliliğini yitirebilir. Dolayısıyla bu hususta kavramsal tanım yaparken ihtiyatlı olmak gerekir. Bununla beraber, bu teknolojinin ana kolonlarının ve temel çalışma prensibinin ortaya konulmasında fayda olduğu da muhakkaktır. Blokzincirin birbirinden farklı özellikler taşıyan uygulamaları olduğu için, herkes tarafından kabul edilmiş genel bir tanımı yoktur⁵. Bu bağlamda, blokzincire ilişkin olarak tam manasıyla bir kavram kargaşası yaşanmaktadır⁶. Öyle ki, blokzinciri karşılamak amacıyla “veri tabanı”⁷, “merkezi olmayan veri tabanı”⁸, “dağıtık bir kayıt yönetim sistemi”⁹ “dağıtık defter”¹⁰, “çevrim içi bir kayıt defteri”¹¹, “dağıtık işlem defteri”¹², “açık bir dijital defter”¹³ gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bu ifadelerin

ortak noktası, blokzincirin veri kaydı yapma işlevine atıfta bulunmalarıdır. Gerçekten, blokzincir, özünde veriyi güvenli biçimde saklama ve paylaşma imkânı veren bir teknolojidir¹⁴. Bununla beraber, geleneksel veri tabanlarından oldukça farklıdır. Bu farklılık, veri tabanı özelliğine sahip olan blokzincirin herkese açık olan bir ağ gibi çalışmasında görülür¹⁵.

İkinci nesil blokzincir teknolojisi, veri kaydı tutmanın ötesinde blokzincir üzerinde çeşitli uygulama ve projelerin geliştirilmesine de imkân sağlamaktadır¹⁶. Bu bağlamda, Ethereum’un geliştiricisi Vitalik Buterin, blokzincir için “*Bu öyle bir sihirli bilgisayar ki isteyen herkes program yükleyebilir ve bu programları kendi başlarına çalışması için bırakabilir; bu bilgisayarda ayrıca her programın mevcut ve geçmiş bütün durumları her zaman herkes tarafından görülebilir; aynı zamanda bu bilgisayar zincirdeki programların Blokzincir protokolünün tam olarak belirtildiği şekilde işlemeye devam edeceğini kripto-ekonomik olarak güvenceye alınmış bir*

⁵ **Güçlütürk**, Osman Gazi “Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 25; Blokzincirin tek bir tanımı olmadığı yönünde bkz. **Çağlayan Aksoy**, Pınar (2021) *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 19; Benzer yönde bkz. **Özer**, Yusuf Mansur (2020) *Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 54.

⁶ Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Walch**, Angela (2017) “The Path of Blockchain Lexicon (And The Law)”, *Review of Banking & Financial Law*, Vol: 36, s. 713-765.

⁷ **Güven**, Vedat & **Şahinöz**, Erkin (2020) *Blokzincir-Kripto Paralar-Bitcoin*, Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, 5.Baskı, İstanbul, Kronik Kitap, s. 44.

⁸ **Wright**, Aaron & **De Flippi**, Primavera (2015) “Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptography”, *SSRN Electronic Journal*, s. 8, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=2580664> s.e.t.23.04. 2021; **Sultan**, Karim & **Umar**, Ruhi & **Rubina**, Lakhani, “Conceptualizing Blockchains: Characteristics&Applications”, 11th IADIS International Conference

Information Systems, 2018, s. 54, <https:// arxiv.org/abs/1806.03693> s.e.t. 25. 04.2021.

⁹ **Kırbaş**, İsmail (2018) “Blok zinciri Teknolojisi ve Yakın Gelecekteki Uygulama Alanları”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, C:9, S:1, s. 76.

¹⁰ **Çağlayan Aksoy**, s. 18.

¹¹ **Williams**, Stephen P. (2020) *Blockchain: Blokzinciri: Gelecekteki Her Şey*, 1. Baskı, İstanbul, Kaknüs Yayınları, s. 20.

¹² **Büyük Özkan Feyzioğlu**, Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 2.

¹³ **Dedeoğlu**, Daron (2019) *A’dan Z’ye Blockchain*, 1. Baskı, İstanbul, KODLAB, s. 30.

¹⁴ **Sultan & Ruhi & Lakhani**, s. 49.

¹⁵ **Gupta**, Vinay, *Harvard Business Review*, “The Promise of Blockchain Is a World Without Middlemen” <https://hbr.org/2017/03/the-promise-of-blockchain-is-a-world-without-middlemen> s.e.t.10.07.2021.

¹⁶ **Özer**, s. 57, dn. 198, s. 95 vd.

garanti taşımaktadır.” ifadesini kullanmıştır¹⁷. Dikkat edilecek olursa, bu tanımda blokzincirin veri tabanı işlevine yönelik herhangi bir atıf bulunmamaktadır.

O halde, yapılacak blokzincir tanımının ikinci nesil uygulamaları da içine alacak şekilde geniş kapsamlı olması isabetli olacaktır. Bu bağlamda blokzincir “*Kriptografik metodlar¹⁸ kullanılarak veri transferinin yapılmasını sağlayan ve bunun için merkezi bir yapıya ihtiyaç duymayan, çeşitli program ve uygulamaların yazılması ve çalıştırılması için gerekli ekosistemi oluşturan bir teknoloji*” şeklinde tanımlanabilir. Ancak bu tanımın da blokzincir teknolojisindeki gelişmelere bağlı olarak bir süre sonra güncelliğini yitirebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, blokzincirin temel çalışma prensibinin ve özelliklerinin anlaşılması önem arz etmektedir.

2. Temel Çalışma Prensibi

Blokzincirin işleyişinde blokzincir ağındaki aygıtlar önemli rol oynar. Öyle ki blokzincir ağını ayakta tutan, ağda yer alan aygıtlardır. Bu bağlamda, blokzincir ağında yer alan her aygıt “*node*” (düğüm) olarak ifade edilir¹⁹. Herhangi bir merkezi

sisteme bağlı olmayan düğümler, birbirine uçtan uca bağlıdır²⁰.

Blokzincirde gerçekleşen yeni işlemler ağda yayımlanır²¹. Böylelikle ağdaki düğümlerin tamamı yapılan işlemde haberdar olur. Merkezi bir güven mekanizmasının olmadığı blokzincir sisteminde, ağdaki düğümlerin yapılan işlemler hakkında mutabık kalmalarının ilk adımı işlemlerin tüm katılımcılara duyurulmasıdır²². Ancak, yapılan işlemlerin ağda duyurulması o işlemin tamamlandığı anlamına gelmez. Zira, söz konusu işlemin blokzincir ekosisteminin bir parçası olabilmesi için doğrulanması gerekir. İşte, yapılan işlemlerin ağda duyurulmasıyla düğümlere işlemleri kontrol etme imkânı verilmiş olur.

Blokzincirin çalışma mantığında işlemlerin gruplar halinde bir araya getirilmesi vardır²³. Zira blokzincirde çok fazla sayıda işlemin kaydı tutulur. Bunun etkin bir biçimde yapılabilmesi için de veriler bloklarda gruplaştırılır²⁴.

Yeni bir blok oluşturabilecek düğümün söz konusu bloğu oluşturmak için yeterince emek sarf ettiğini ispatlaması gereklidir²⁵. Yeni blok oluşturan düğüm, madenci olarak adlandırılır²⁶. Bu süreç ağdaki tüm düğümlere zor bir problemin ya da diğer bir ifadeyle bulmacanın²⁷ gönderilmesiyle başlar²⁸.

¹⁷ Buterin, Vitalik, “Visions, Part 1: The Value of Blockchain Technology”, Ethereum Foundation Blog, s. 4, <<https://blog.ethereum.org/2015/04/13/visions-part-1-the-value-of-blockchain-technology/>> s.e.t. 13.05.2021.

¹⁸ Özer, s. 58.

¹⁹ Kırbaş, s. 76.

²⁰ Kırbaş, s. 76.

²¹ Dedeoğlu, s. 35.

²² Dedeoğlu, s. 44.

²³ Williams, s. 24; Özer, s. 66.

²⁴ Bacon, Jean & Michels, Johan David & Millard, Christopher & Singh, Jatinder, Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised

Ledgers (2018) Richmond Journal of Law & Technology, Vol: XXV, Iss. :1, 2018, s. 12, <<https://jolt.richmond.edu/blockchain-demystified-a-technical-and-legal-introduction-to-distributed-and-centralised-ledgers/>> s.e.t. 06.05.2021.

²⁵ Özer, s. 113.

²⁶ Güven & Şahinöz, s. 64.

²⁷ Bulmaca (*puzzle*) olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Bacon & Michels & Millard & Singh, s. 24; Wright & De Filippi, s. 7.

²⁸ Norman, Alan T. (2017) Blockchain Teknolojisi Hakkında, s. 32-33 <<https://play.google.com/books/reader?id=557zDwAAQBAJ&pg=GBS.PT31.w.4.0.29>> s.e.t. 08.05.2021.

Bu problem, hash (özet/öz)²⁹ değerlerinin hesaplanmasıyla alakalıdır³⁰. Bu bağlamda madencilerden blokzincir protokolünün belirlediği kurala uyan bir özet/öz değerini bulmaları beklenir³¹. Bu ise, başında belli sayıda sıfırın olduğu özet/öz değerinin bulunması işlemidir³².

Madenci, ancak deneme yanılma yoluyla bu değeri bulabilir³³. Zira, özet/öz değeri tek yönlü çalıştığı için çıktılarını önceden tahmin etme imkânı yoktur³⁴. Problemi ilk çözen madenci, hazırladığı bloğu ağda duyurur³⁵. Bunun üzerine ağdaki düğümler bulunan değer kontrolünü sağlar³⁶. Bu kontrol mutabakat mekanizmasına dayanır. Bu bağlamda, ancak ağdaki düğümlerin yüzde elli biri özet/öz değerinin doğru olduğunu teyit ederse yeni blokzincire eklenebilir³⁷. Bu teyit, düğümlerin sonraki bloğu oluştururken önceki bloğun özetini kullanmalarından anlaşılır³⁸. Yeni bir blok, blokzincire

eklendikten sonra değiştirilemez ve kalıcı bir hale gelir³⁹.

Madenciler blok oluşturma sürecinde önemli miktarda elektrik ve işlemci gücü tüketirler⁴⁰. Madencilerin yeni blok oluşturma sürecine devam etmeleri için teşvik edilmeleri gerekir. Aksi halde, sistemin güvenliğinin ve devamının sağlanması mümkün olmaz. Bu nedenle, problemi çözen ilk madenciye “blok ödülü” verilir⁴¹. Bu ödül yeni düğümlerin madencilik yapması için bir teşvik niteliğindedir⁴². Bu bağlamda, ağa sunduğu katkı nedeniyle madenciler belli sayıda kripto para ile ödüllendirilir⁴³.

3. Temel Özellikleri

Blokzincirin temel özellikleri, dağıtık (*decentralized*), şeffaf (*transparent*), değiştirilemez (*immutable*) ve mutabakata dayalı (*consensus driven*)⁴⁴ yapıda olmasıdır.

²⁹ Hash ifadesi öğretide Kocayusufpaşaoğlu tarafından özet/öz değeri olarak kullanılmıştır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (2010) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 293, pr. 28; Benzer yönde bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 24; Bir çalışmada ise özet/öz değeri ifadesi tercih edilmiştir görülmektedir. Bkz. **Özer**, s. 106 vd.; Biz bu çalışmada özet/öz değeri ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

³⁰ Bkz. **Güven & Şahinöz**, s. 64-65; Özet/öz bir tür “dijital parmak izi” şeklinde tanımlanabilir. **Usta**, Ahmet & **Doğantekin**, Serkan “Blockchain 101”, Güncellenmiş Versiyon v2, BKM Bankalararası Kart Merkezi, s. 112, <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2019/08/15082019_kitap.pdf> s.e.t.08.05.2021; **Çağlayan Aksoy**, s. 24; **Özer**, s. 66; Özet/öz değeri, en basit haliyle kriptografik bir algoritmadır. **Güven & Şahinöz**, s. 50; Kriptografik algoritma hakkında bkz. **Güçlütürk**, s. 26, dn. 11; Özet/öz fonksiyonunda girdi olarak hangi tür (resim, metin vs.) ve boyutta belge kullanılırsa kullanılsın sabit uzunlukta çıktının alınır. **Özcan**, Doğa (2021) Blokzincir Mimarisi ve Merkezi Olmayan Uygulamalar, s. 21, <https://play.google.com/books/reader?id=Uw7TDwAAQBAJ&pg=GBS.PA20&hl=tr&printsec=frontcover> s.e.t.08.05.2021; Özet/öz değerinin en önemli özelliklerinden biri girdiye özgü olmasıdır. Belgenin benzersiz kimliği olarak kullanılabilmesi yönünde bkz. **Norman**, s. 39; Bu nedenle, girdideki en ufak değişiklik çıktıda büyük farklılıklara yol açar.

³¹ **Bacon & Michels & Millard & Singh**, s. 24; **Özer**, s. 113.

³² **Güven & Şahinöz**, s. 64-65; **Özer**, s. 113; **Bacon & Michels & Millard & Singh**, s. 24.

³³ **Bacon & Michels & Millard & Singh**, s. 24; **Usta & Doğantekin**, s. 122; **Güven & Şahinöz**, s. 76.

³⁴ **Usta & Doğantekin**, s. 122.

³⁵ **Özer**, s. 113-114; **Nakamoto**, Satoshi (2008) “Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System”, Decentralized Business Review, s. 4; **Dedeoğlu**, s. 35.

³⁶ **Nakamoto**, s. 4; **Özcan**, s. 19; **Özer**, s. 114.

³⁷ **Çağlayan Aksoy**, s. 24.

³⁸ **Nakamoto**, s. 4.

³⁹ **Wright & De Filippi**, s. 8.

⁴⁰ **Dedeoğlu**, s. 47.

⁴¹ **Norman**, s. 33.

⁴² **Norman**, s. 33.

⁴³ **Özer**, s. 68.

⁴⁴ **Sultan & Ruhi & Lakhani**, s. 53; Benzer yönde bkz. **Büyük Özkan Feyzioğlu**, s. 5; **Özer**, s. 77 vd.

Blokszincirin dağıtık yapıda olması ağda yer alan her aygıtın sistemin işleyişinde rol oynaması anlamına gelir⁴⁵. Bu bağlamda, aygıtların fiziksel konumu önemli değildir. Hatta farklı kıtalarda dahi bulunabilirler⁴⁶. Blokszincir üzerinde tutulan kayıtların tümünün kopyası sistemde yer alan aygıtlarda mevcuttur⁴⁷. Bu açıdan söz konusu kayıtlar ağdaki tüm aygıtlara dağıtılmış durumdadır ve merkezi bir sunucuda tutulmaz. Dağıtık bir mimariye sahip olmak, blokszincirin güvenliğini de önemli ölçüde artırır⁴⁸. Gerçekten, bu yapı nedeniyle blokszincir siber saldırılara karşı son derece dirençlidir⁴⁹. Zira dağıtık yapıdaki blokszincir ağında yer alan aygıtların bir kısmı saldırı neticesinde işlevsiz kalmış olsa dahi saldırıya uğramayanlarla sistemin devam etmesi mümkündür⁵⁰.

Blokszincirin şeffaf olmasının temel nedeni, verilerin ağdaki tüm katılımcıların denetimine açık olmasıdır⁵¹. Bu bağlamda ağdaki herhangi bir katılımcı işlem geçmişine, varlıklara ilişkin bilgilere kolayca erişebilir⁵². Şeffaflığın bir diğer vechesi ise; blokszincirin temelindeki yazılımın açık kaynaklı (*open source*) olmasıdır⁵³. Bu şeffaflık aynı zamanda paradoksal bir biçimde sistemin daha güvenli olmasına da hizmet eder. Zira açık kaynaklı yazılımlar

kullanıcıların güvenlik açıklarını tespit etmeleri bakımından elverişlidir⁵⁴.

Blokszincire kaydedilen veriler değiştirilemez⁵⁵. Bu bağlamda, blokszincir değiştirilemez (*immutable*) yapıdadır. Bunun nedeni her bloğun birbirine özet/öz değeri ile bağlı olmasından kaynaklanır. Örneğin, bir blok (A) dolup, yeni bloğa (B) geçilmesi gerektiğinde; (A)'nın özet/öz değeri oluşturulur ve bu değer yeni bloğa (B) eklenir⁵⁶. Bu ikinci bloktan (B), bir sonraki bloğa (C), geçilmek istendiğinde de (B)'nin özet/öz değeri hesaplanarak (C)'ye eklenir. Bu bağlamda, herhangi bir bloğun içeriğinde yapılacak en ufak bir değişiklik o bloğun özet/öz değerinin değişmesine yol açacak, bu değişiklik adeta bir domino etkisi yaratarak zincirdeki tüm blokların özet/öz değerlerinin değişmesiyle sonuçlanacaktır⁵⁷.

Mutabakat temelli sistemlerde sahte düğümler oluşturanların birden fazla oy hakkı kazanması önemli bir sorundur⁵⁸. Blokszincir teknolojisinde en yaygın biçimde kullanılan mutabakat mekanizması Bitcoin ve Ethereum blokszincirlerinde de kullanılan iş kanıtı (*proof of work*)⁵⁹ bu sorunu çözmektedir⁶⁰. Bu mutabakat algoritması 1 CPU'nun (Central Processing Unit) 1 oya sahip olması üzerine kurgulanmıştır⁶¹. Elbette burada, gerçek manada bir oy

⁴⁵ Williams, s. 52; Büyük Özkan Feyzioğlu, s. 5.

⁴⁶ Williams, s. 52.

⁴⁷ Usta & Doğanekin, s. 119.

⁴⁸ Dağıtık mimari güvenliği hakkında bkz. Werbach, Kevin (2021) Blokszinciri ve Yeni Güven Mimarisi, 1. Baskı, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, s. 104 vd.

⁴⁹ Yusufoglu Bilgin Fülürya, "Blokszincir Teknolojisinin Bitcoin Dışında Bazı Uygulama Alanları": Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokszincir, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 77; Güven & Şahinöz, s. 63; Özer, s. 80-81; Williams, s. 23.

⁵⁰ Bacon & Michels & Millard & Singh, s. 22.

⁵¹ Yusufoglu Bilgin, s. 75; Büyük Özkan Feyzioğlu, s. 5.

⁵² İbrahim, Amera (2018) "Does blockchain mean higher transparency in the financial sector?", Revista de Contabilidad y Dirección, Vol: 27, s. 79.

⁵³ Werbach, s. 112.

⁵⁴ Werbach, s. 113.

⁵⁵ Williams, s. 23; Werbach, s. 109.

⁵⁶ Güven & Şahinöz, s. 53.

⁵⁷ Güven & Şahinöz, s. 51, s. 53; Özer, s. 67; Küzeci, s. 159.

⁵⁸ Werbach, s. 55.

⁵⁹ Özer, s. 112, dn. 404;

⁶⁰ Werbach, s. 56.

⁶¹ Nakamoto, s. 3.

kullanma yoktur. Ancak onay mekanizması ve çoğunluğun mutabakatının geçerli olması, oy verme mantığına benzemektedir. Bu bağlamda, en fazla iş kanıtını içeren zincir en uzun zincirdir.⁶² En uzun zincir de çoğunluk kararını temsil etmektedir.⁶³ Bu nedenle, düğümlerin önüne iki farklı zincir gelse dahi uzun olan zincir kabul edilecektir.⁶⁴

B. BLOKZİNCİRLE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1. Bitcoin Kavramı

Geleneksel ödeme sistemlerinde para transferi için banka vs. gibi bir aracıya ihtiyaç duyulur. İşlemlerin bu aracı üzerinden yürümesi zaman kaybına yol açtığı gibi, aracı kuruluşun aldığı komisyon nedeniyle maliyet artışına da neden olur. 2008 yılında Satoshi Nakamoto takma isimli kişi veya kişiler tarafından yazılan “*Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System*” isimli makale beraberinde yeni bir paradigma getirmiştir.⁶⁵ Bu makaleyle, herhangi bir aracı kuruluşu ihtiyaç duymaksızın eşitler arası/denkler arası (*peer to peer*)⁶⁶ ve dağıtık (*decentralized*) yapıdaki⁶⁷ bir ödeme sisteminin mümkün olabileceği ortaya konulmuştur. Bu makaleyle birlikte Bitcoin hayatımıza girmiştir.

Her ne kadar Bitcoin’in yaygın kullanımını ve giderek ün kazanması her iki kavramın aynı olduğu yanlışını doğursa da aslında blokzincir Bitcoin’in arkasında yatan teknolojidir⁶⁸. O halde, blokzincir uygulamalarını yalnızca kripto paralardan ibaret görmek, doğru bir yaklaşım değildir. Bu bağlamda blokzincir, tedarik zincirinden sağlık uygulamalarına kadar geniş bir kullanım alanına sahiptir⁶⁹. Bitcoin ve blokzincir kavramlarının birbiri yerine geçecek şekilde kullanılması doğru değildir⁷⁰. Bu bağlamda blokzincir bir araç, Bitcoin ise bu araç sayesinde çalışan bir uygulamadır⁷¹.

2. Ethereum Kavramı

Blokzincir ifadesinin zihinlerde yaptığı ilk çağrışım Bitcoin olmaktadır. Ancak, ilk nesil blokzincir uygulaması olan Bitcoin mimarisi, yeni bir ödeme sistemi getirmek düşüncesi üzerine inşa edilmiştir. Bu nedenle, sadece kripto para transferi işlevine sahiptir. İkinci nesil blokzincir uygulaması olan Ethereum da bu işleve sahiptir. Bu bağlamda Ethereum üzerinden de tıpkı Bitcoin üzerinden olduğu gibi kripto para transferi yapılabilir. Bunun için Ethereum’un kripto para birimi olan Ether (EHT) geliştirilmiştir⁷².

⁶² Nakamoto, s. 3.

⁶³ Nakamoto, s. 3.

⁶⁴ Güven & Şahinöz, s. 64.

⁶⁵ Bkz. Nakamoto, s. 1-9.

⁶⁶ Bkz. Nakamoto, s. 1.

⁶⁷ Narayanan, Arvind & Clark, Jeremy (2017) “Bitcoin’s Academic Pedigree”, Communications of the ACM, Vol: 60, No: 12, s. 36.

⁶⁸ Adhami, Saman & Giudici, Giancarlo & Martinazzi, Stefano (2018) “Why do businesses go crypto? An empirical analysis of initial coin offerings”, Journal of Economics and Business, Vol: 100, s. 65.

⁶⁹ Blokzincirin uygulama alanları hakkında bkz. Kırbas, s. 75-82; Büyük Özkan Feyzioğlu, s. 11, şek. 4; Yusufoglu Bilgin, s. 80 vd.

⁷⁰ Her iki kavramı eş anlamlı biçimde kullanmanın doğru olmadığı yönünde bkz. Küzeci, Elif “Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni Bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı mı”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 155, dn. 3.

⁷¹ Özer, s. 54.

⁷² Bkz. <<https://ethereum.org/en/eth/>>s.e.t.14.05.2021.

Ancak Ethereum bundan çok daha fazlasına imkân sağlamaktadır. Bu bağlamda, Ethereum, programlanabilme özelliğine⁷³ sahiptir. Ethereum blokzincirinde diğer blokzincirlerde olmayan ve akıllı sözleşmelerin çalışabilmesi için hayati öneme sahip olan Ethereum Virtual Machine/EVM (*Ethereum Sanal Makinesi*) bulunmaktadır. Bu bağlamda EVM bazı ileri programlama dilleri ile yazılan⁷⁴ akıllı sözleşmeleri Ethereum blokzinciri üzerinde çalıştıran bir tür sanal makinedir⁷⁵. Ethereum ağında yer alan her bir düğüm EVM'nin bir kopyasını çalıştırır⁷⁶. EVM'nin rolü, akıllı sözleşmelerin tüm düğümlerde aynı şekilde çalışıp aynı çıktıları üretmesini sağlamaktır⁷⁷.

Halihazırda en popüler blokzincir Bitcoin olsa da kanaatimizce yakın bir gelecekte akıllı sözleşmelerin kullanım alanlarının genişlemesiyle ve akıllı sözleşmelerin yaygınlaşmasıyla beraber Bitcoin'in Ethereum'un gölgesinde kalacağına şahit olacağız.

3. Akıllı Sözleşme (*Smart Contract*) Kavramı

Akıllı sözleşme kavramı içerisinde “sözleşme” kelimesi yer almasına rağmen akıllı sözleşmeler geleneksel anlamda bildiğimiz sözleşmelerden farklıdır⁷⁸. Bu bağlamda, en basit haliyle akıllı sözleşmeler ile kastedilen bilgisayar yazılımlarıdır⁷⁹. Dolayısıyla, akıllı sözleşme yazmakla ifade edilen aslında belli bir programlama dilinde kod yazmaktır⁸⁰. Söz konusu kavramda yer alan “akıllı” sözcüğü de bizi yanıltmamalıdır. Zira, akıllı sözleşmeler yapay zeka (*artificial intelligence*) temelli teknolojiler olmayıp⁸¹ yalnızca programlandıkları işi yerine getirirler⁸². O halde, bu sözleşmelere neden akıllı denmektedir? Bunun nedeni, geleneksel sözleşmelere kıyasla daha işlevsel olmalarıdır⁸³. Bu işlevselliğin temelinde de sözleşmede öngörülen edimlerin kendiliğinden otomatik biçimde ifa edilmesi yatar⁸⁴.

Akıllı sözleşmelerin temel fonksiyonu sözleşmelerin yürütülmesinin otomatikleştirilmesidir⁸⁵. Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerin “kendiliğinden uygulanabilir nitelikte” olduğu ifade

⁷³ <<https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>> s.e.t. 11.05.2021.

⁷⁴ Bunların başında Solidity gelmektedir. **Solomon**, Michael G. (2019) *Ethereum for dummies*, New Jersey, Canada, John Wiley & Sons, s. 77.

⁷⁵ **Usta & Doğanekin**, s. 68; **Dannen**, Chris (2017) *Introducing Ethereum and Solidity Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners*, Newyork, APRESS, s. 50.

⁷⁶ **Solomon**, s. 12.

⁷⁷ **Solomon**, s. 12.

⁷⁸ **Gürkaynak**, Gönenç & **Yılmaz**, İlay & **Yeşiltay**, Burak & **Bengi**, Berk (2018) “Intellectual property law and practice in the blockchain realm”, *Computer Law & Security Review*, Vol: 34, Iss.: 4, s. 853.

⁷⁹ **Lauslahti**, Kristian & **Mattila**, Juri & **Seppälä**, Timo (2017), “Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?”, ETLA Report, No: 68, The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA), s. 3, <[http://](http://hdl.handle.net/10419/201350)

hdl.handle.net/10419/201350> s.e.t.10.05.2021; **Gürkaynak & Yılmaz & Yeşiltay & Bengi**, s. 849; **Çağlayan Aksoy**, s. 50.

⁸⁰ **Dannen**, s. 9.

⁸¹ **Üstün**, Ece Su (2021) TTK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler, Blokzincir Teknolojisi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 47; **Karmanlioğlu**, Argun (2018) “Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.: 35, s. 33; Ayrıca bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 93-94.

⁸² **Bashir**, Imran (2020) *Mastering Blockchain*, Third Edition, UK, Packt Publishing, s. 290.

⁸³ **Szabo**, Nick (1996) “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, s. 1, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT_winter_school_2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html> s.e.t. 11.05. 2021.

⁸⁴ **Szabo**, s. 1; **Üstün**, s. 49.

⁸⁵ **Gürkaynak & Yılmaz & Yeşiltay & Bengi**, s. 849.

edilmektedir⁸⁶. Akıllı sözleşmeler doğası gereği koşullu bir yapıdadır⁸⁷. Akıllı sözleşmelerin temelinde yatan kodlar, “eğer bu olursa şunu yap” tarzı mantıksal akışlar içerir⁸⁸. Bu mantıksal akışa göre hareket etmenin taraflar açısından elverişli olduğu her durumda akıllı sözleşmeler kullanılabilir. Bu bağlamda akıllı sözleşmelerin standart sözleşmeler için kullanılması daha uygun olacaktır⁸⁹.

Akıllı sözleşme kavramını ilk kez ortaya atan Nick Szabo söz konusu kavramı “*dijital formda tayin edilmiş ve içerisinde tarafların borçlarının ifasını düzenleyen protokoller barındıran taahhütler bütünü*” şeklinde tanımlamıştır⁹⁰. Akıllı sözleşme kavramı blokzincir teknolojisinin geliştirilmediği 90’lı yıllara ait bir kavramdır. Bu bağlamda akıllı sözleşmeler mutlaka blokzincir platformları üzerinde çalışmak zorunda değildir⁹¹. Szabo çalışmasında, otomat makinesinin (*vending machine*) akıllı sözleşmelerin ilkel atası olduğunu ileri sürmüştür⁹². Gerçekten, makineye bir miktar para attığımızda bize istediğimiz ürünü veren otomat makineleri uzun süredir hayatımızdadır. Ancak, akıllı sözleşmeleri otomat makinelerine indirgemek de doğru değildir⁹³. Zira akıllı sözleşmeler ifayı garanti ederken aynı şeyi otomat makineleri için söyleyebilmek mümkün değildir⁹⁴. Gerçekten, ürün otomatlarında makineye para atmamıza rağmen teknik arızalar nedeniyle edimin ifa edilememesi (makinenin ürünü vermesi) söz konusu olabilir⁹⁵.

III. MÜZİK ESERLERİNİN LİSANSLANMASI, TELİF BEDELLERİNİN TOPLANMASI VE DAĞITIMI SÜRECİNDE MESLEK BİRLİKLERİ

A. MESLEK BİRLİĞİ KAVRAMI

1. Tanımı

Telif bedellerinin çeşitli mecralarda yapılan kullanımlara istinaden toplanması ve bu bedellerin hak sahiplerine dağıtılması birçok aktörün rol oynadığı, son derece karmaşık bir süreçtir. Bu süreçte üç ana aktör rol oynar. Bunlardan ilki eser sahibi ve mali hak sahipleridir. İkincisi eser sahibi ve hak sahipleri tarafından yetkilendirilen meslek birlikleri, sonuncusu ise kullanıcılarıdır. Bu aktörlerden konumuz bakımından üzerinde en fazla durulması gereken meslek birlikleridir.

Meslek birliklerinin tanımı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (FSEK) yapılmamıştır. Ancak, meslek birliklerinin kuruluş amacı FSEK m. 42/1’de “*Eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri, (Ek ibare: 3/3/2004-5101/12 md.) ile bu Kanunun 52 nci maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle eser veya hak sahibinden mali hakları kullanma yetkilerini devralarak bu Kanunun 10 uncu maddesine göre ilim-edebiyat eserleri üzerindeki hakları kullanarak, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanlar (2) üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış*

⁸⁶ Araalan, Cem (2020) “Akıllı Sözleşmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, S: 163, C: 15, s. 508.

⁸⁷ Tulsidas, Tanash Utamchandani (2018) “Smart Contracts From A Legal Perspective”, Faculty of Law, Degree In Law Final Degree Work, Universidad de Alicante, s. 16, <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78007/1/Smart_Contracts_from_a_Legal_PerspectiveUtamchandani_Tulsidas_Tanash.pdf> s.e.t. 15.05. 2021.

⁸⁸ Usta & Doğanekin, s. 131.

⁸⁹ Çağlayan Aksoy, s. 63.

⁹⁰ Szabo, s. 1.

⁹¹ Tulsidas, s. 14; Çağlayan Aksoy, s. 17.

⁹² Bkz. Szabo, s. 1.

⁹³ Benzer yönde bkz. Tulsid, s. 14; Çağlayan Aksoy, s. 76.

⁹⁴ Çağlayan Aksoy, s. 76.

⁹⁵ Çağlayan Aksoy, s. 76.

hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere..." ifadesiyle somutlaşmıştır. Meslek birlikleri, özel hukuk tüzel kişileridir (FSEK m. 42/3).

Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük⁹⁶'ün 2/c maddesinde meslek birlikleri "*Fikir ve sanat eseri sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin ortak çıkarlarını korumak, Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere Kanun ve Tüzük hükümlerine göre kurulmuş birlikler*" şeklinde tanımlanmıştır. Ancak, bu tanım meslek birliklerinin hukuki niteliği hakkında herhangi bir bilgi içermemektedir. Buna karşın, meslek birliklerinin tanımının doğru biçimde yapılabilmesi için hukuki niteliğinin tespiti zaruridir.

Özel hukuk tüzel kişileri kişi topluluğu olarak dernek, ticaret şirketi, sendika ya da siyasi parti şeklinde; mal topluluğu olarak ise vakıf şeklinde tezahür edebilir⁹⁷. Meslek birliklerinin şirket statüsünde olmadıkları FSEK m. 42/3 hükmünde yer alan "...*Üyeleri sermaye koymak, kar ve zarara, hukuki mesuliyete iştirak etmekle yükümlü tutulamazlar*" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca bunlar mal topluluğu olmadığından bunların vakıf statüsünde olmadıkları da açıktır. Meslek birlikleri, Dernekler Kanunu'nun⁹⁸ 2/a maddesinde yapılan

"*Dernek*" tanımına⁹⁹ da uymamaktadır. Zira meslek birliklerinin temel amacı kullanıcılardan topladıkları telif gelirlerini üyelerine dağıtmaktır. Bu açıdan meslek birlikleri kendi adına olmasa da üyeleri adına kazanç paylaşmaktadır¹⁰⁰. Gerçi, FSEK m. 42/5'te Dernekler Kanunu'nun bazı hükümlerinin meslek birlikleri bakımından da uygulanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Benzer şekilde Tüzük'te hüküm bulunmayan haller bakımından FSEK ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerinin meslek birlikleri bakımından uygulanması öngörülmüştür. (Tüzük, m. 75). Ancak *Tekinalp*'in de isabetli biçimde işaret ettiği üzere Dernekler Kanunu'nun bazı hükümlerinin meslek birliklerine uygulanabilir olması; söz konusu birliklerin dernek statüsünde olduğu şeklinde yorumlanamaz¹⁰¹. O halde, meslek birliklerinin ticari faaliyetlerde bulunmasına rağmen kar amacı gütmeyen *sui generis* nitelikte özel hukuk tüzel kişileri olduğunu söylemek mümkündür¹⁰².

Tüm bu ifade ettiklerimiz ışığında meslek birliklerini "*5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen mali hakları üyelerinden aldıkları yetki belgeleri çerçevesinde takip eden ve bu amaçla kullanıcılarla yaptıkları lisans sözleşmeleri kapsamında telif bedellerini toplayıp üyelerine dağıtan sui generis nitelikte özel hukuk tüzel kişileri*" şeklinde tanımlamamız mümkündür.

⁹⁶ R.G. T. 1.04.1999, S. 23653.

Dural, Mustafa & Öğüz, Tufan (2013) Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 228, pr. 1100.

⁹⁸ R.G. T. 4.11.2004, S. 5253.

Anılan hükümde dernek "*Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları*" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁰⁰ **Pinar, Hamdi & Nal, Temel & Goldmann, Bettina** (2007) Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar (Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi ve AB'de Güncel Gelişmeler), İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2007-12, s. 114.

¹⁰¹ **Tekinalp, Ünal** (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 293, pr. 3.

¹⁰² **Pinar & Nal & Goldmann**, s. 114-115; **Mısır, Mustafa Bayram** (2002) "Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C: 2, S: 2002/4, s. 44.

2. Meslek Birliği Üyeliği

Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük uyarınca meslek birliğine üye olma zorunluluğu olmadığı gibi, üye olan kimse üye olarak kalmak için de zorlanamaz (Tüzük, m. 10/1). Bu bağlamda, eser sahibi ya da hak sahipleri dilerse haklarını kendileri takip edebilir. Ancak hak sahipleri telif haklarını kendileri takip etmek istemez; haklarını yalnızca bir meslek birliği aracılığıyla takip edebilirler. Nitekim FSEK'in 42'nci maddesinin son fıkrasında hak sahiplerinin haklarının meslek birlikleri dışında başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yani, meslek birlikleri telif haklarının takibi hususunda kanunla kendilerine verilen bir tekel hakkına sahiptir.

Hak sahibinin meslek birliğine üye olması, o meslek birliğini mali haklarının takibi konusunda yetkilendirmesi anlamına gelir. Bu yetki, meslek birliğine bir yetki belgesiyle verilmektedir. Yetki belgesinin usul ve esasları ise, Meslek Birliklerine Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik'te¹⁰³ (Yönetmelik) düzenleme altına alınmıştır. Yönetmeliğin 5/1'inci maddesine göre; meslek birliğine yetki belgesi verilmesiyle, yetki belgesine konu olan hakların idaresi ve takibi, telif ücretlerinin tahsili ve dağıtımı konularında meslek birliği münhasıran yetkili olur. Bunun anlamı, yetki belgesinin geçerli olduğu süre boyunca yetki belgesine konu olan hakların yönetiminin yalnızca meslek birliğince yapılabilecek oluşudur. Dolayısıyla, hak sahibi meslek birliği ile üyelik ilişkisi içerisinde iken haklarını kendi başına takip edemez.

B. MESLEK BİRLİKLERİNİN ÖNEMİ

Hak sahiplerinin lisanslama faaliyetini bireysel olarak yürütmesi kolay değildir. Zira özellikle müzik eserlerinin kullanıldığı mecralar oldukça çeşitlidir. Bu bağlamda, umuma açık mahallerden (lokanta vs. gibi yerler) radyo-televizyon kuruluşlarına kadar geniş yelpazede uzanan mecralarda yapılan kullanımları bireysel olarak takip etmek son derece güçtür.

Bu güçlüğü somutlaştırmak adına bir örnekle açıklamaya çalışalım: Eser sahibi (E)'nin (X) isimli müzik eseri, 05.06.2021 tarihinde ulusal yayın yapan (A) radyosunda 13:00-13:04 saatleri arasında yayınlanmıştır. Antalya Belek'te faaliyet gösteren (B) isimli otel de gün boyu (A) radyosunun yayını restoran bölümünde müşterilerine iletmektedir. Aynı zaman zarfında Ankara'da faaliyet gösteren (C) isimli oldukça büyük mağaza da sahip olduğu müzik sistemi üzerinden (X) parçasını yayınlamıştır. Vaktinin önemli bölümünü müzik çalışmalarına ayıran (E), eserinin hangi tarihte, hangi radyoda, otele veya mağazada ne kadar süreyle yayınlandığını bilme imkânına sahip değildir. Buna karşın meslek birlikleri umuma açık mahaller, radyo-televizyon kuruluşları ve dijital mecraları içine alan geniş kapsamlı lisanslama faaliyetleri yürütmekte ve kullanım listesine ihtiyaç duyulan hallerde bu bilgilere kolaylıkla erişebilmektedir. Ayrıca, eser sahibi (E), eserinin tarih, zaman, mecra ve kullanım miktarı bazında ayrıntılı bilgiye sahip olsa dahi çoğunlukla tacir konumunda güçlü kullanıcılarla lisans antlaşması yapmaya çalışacağından dezavantajlı durumdadır. Bu noktada da meslek birlikleri zayıf konumdaki eser sahibini güçlü kullanıcılara karşı desteklemektedir¹⁰⁴.

¹⁰³ R.G. T. 7.11.2020, S. 31297.

¹⁰⁴ Tekinalp, s. 293, pr. 2.

Meslek birlikleri, üyelerinden aldıkları yetki belgeleri çerçevesinde, üyelerinin haklarını gerektiğinde üyeleri adına dava açarak korumak yetkisine sahiptir (FSEK m. 41/9, Yönetmelik m. 7/1). Uygulamada hak sahiplerinin çoğu zaman yasal olmayan kullanımlardan haberdar olmadığı görülmektedir. Bununla beraber, FSEK m. 71 kapsamında hak sahiplerinin manevi, mali veya bağlantılı haklarının ihlal edilmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır (FSEK m. 75/1). Bireysel hak takibi yapan kişi, çoğu zaman ihlalden haberdar olmadığı için şikâyet hakkını kullanamayacaktır.

Meslek birlikleri, tüm bu saydığımız faaliyetleri önemli bir mali kaynak ve insan gücü kullanarak yürütebilmektedir. Bir hak sahibinin meslek birliğinin yürüttüğü faaliyetleri bireysel olarak yürütebilmesi benzer kaynaklara ve uzmanlığa sahip olmasına bağlıdır. Güçlü bir hak sahibi bu kaynaklara sahip olsa dahi, bunları lisanslama ve telif bedellerini toplama işine tahsis etmesinin önemli bir alternatif maliyeti olacaktır.

C. TOPLU HAK YÖNETİMİNE İLİŞKİN SORUNLAR

1. Telif Bedellerinin Dağıtımına İlişkin Sorunlar

Meslek birlikleri, lisanslama sürecinin başından dağıtım aşamasının sonuna kadar telif bedellerinin toplanması ve dağıtımında etkin biçimde işleyen mekanizmalardır. Bununla beraber, üyelerin meslek birlikleri kaynaklı önemli sorunlar yaşadığı da görülmektedir. Nedir bu sorunlar? Öncelikle,

meslek birlikleri müzik kullanımının yapıldığı anda telif bedellerini dağıtamazlar. Nitekim telif bedellerinin dağıtım süreci de buna işaret etmektedir. Bu bağlamda, meslek birlikleri tarafından toplanan telif bedelleri, birlik payı düşüldükten sonra üyelerine yılda dört kez dağıtılır (Tüzük, m. 41/1). Bu süreci bir örnekle somutlaştırmak faydalı olacaktır: Bir eser sahibinin (E), (X) isimli eseri, kullanıcı (K) tarafından 01.01.2021 tarihinde kullanılmıştır. Bunun üzerine (E)'nin üye olduğu meslek birliği (MB), kullanımı tespit ederek gerekli işlemleri başlatmış ve (K)'dan ücreti tahsil etmiştir. (MB)'nin tahsil ettiği bedeli eser sahibi (E)'nin hesabına aktaracağı en erken tarih 01.04.2021 olacaktır.

Görüldüğü üzere hak sahipleri, yapılan bir kullanımdan doğan telif bedelinden ancak aylar sonrasında yararlanabilmektedir. Burada bir tutarsızlık olduğu muhakkaktır. Müzik kullanıcısı herhangi bir repertuvara saniyeler içerisinde erişebilirken hak sahibi hak ettiği gelire aylar sonra erişebilmektedir¹⁰⁵. Bu gecikmenin çeşitli nedenleri vardır. Bu nedenlerin net bir biçimde ortaya konulabilmesi için dağıtım sürecinin ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi gerekir.

Bu bağlamda, meslek birliklerinin yükümlülüklerine ve tarife tespitine ilişkin esaslar FSEK m. 42/A'da 7 bent halinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; meslek birlikleri, üyelerinin haklarının idaresini hakkaniyete uygun koşullarda sağlamakla (FSEK m. 42/A/2) ve üyelerinin haklarının idaresine ilişkin faaliyetlerden elde ettikleri gelirleri dağıtım planına uygun olarak üyelerine dağıtmakla (FSEK m. 42/A/3) yükümlüdür. Meslek birliklerinin en önemli yükümlülükleri de bu

¹⁰⁵ Benzer yönde bkz. **Claudio Arcos**, Luis, "The Blockchain Technology On The Music Industry", *Brazilian Journal of Operations & Production Management*, Vol: 15, No. : 3, s. 441; **O'Dair**, Marcus (2016) "Music On The Blockchain", *Blockchain For Creative Industries Research Cluster*

Middlesex University, Report No: 1, s. 10, <https://www.mdx.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0026/230696/Music-On-The-Blockchain.pdf> s.e.t. 01.06.2021.

saydıklarımızdır. Meslek birliklerinin bu yükümlülüklerini yerine layıkıyla getirilebilmesi için; kullanılan eserler ile bu eserlerin hak sahiplerinin kimler olduğuna ilişkin bilgilere eksiksiz biçimde sahip olması gerekir¹⁰⁶. Ancak, eser kullanım listelerinin doğru ve tutarlı bir biçimde temin edilebilmesi başlı başına bir meseledir.

Meslek birlikleri kullanım listelerini aldıkları anda dağıtıma başlayamazlar. Zira, kullanım listelerinde eksiklikler, hatalar olabilir. Dolayısıyla, söz konusu listelerin kontrol edilmesi gerekir. Bu zaman alan bir süreçtir. Bazı durumlarda ise meslek birliğinin kullanım listesi elde etmesi mümkün olmaz ya da kullanım listesi elde etmesinin maliyeti; yapılan kullanımdan elde edilecek telif gelirinin o kadar üzerindedir ki meslek birliği kullanım listesi elde etme yoluna gitmez. Bu gibi hallerde analogi (örnekleme) adı verilen bir yöntem kullanılarak dağıtım yapılır¹⁰⁷. Dikkat edilecek olursa analogi yönteminde; kullanım listesine göre dağıtım yapılması esasından bir sapma vardır.

Dijital mecralarda yapılan kullanımlardan kaynaklanan bazı sorunlara da değinmemiz gerekir. Bu bağlamda, dijital alanda yapılan kullanımların son yıllarda giderek artış göstermesi meslek

birliklerinin daha yüksek boyutta veriyle işlem yapmasına neden olmaktadır. Meslek birlikleri, kurdukları dijital altyapı ve otomasyon sistemleriyle bu veriyi işlemeye çalışmaktadır. Ancak halihazırda kullanılan merkezi teknolojilerin, blokzincir teknolojisi karşısındaki yeterliliği tartışmaya açıktır. Bu yetersizlik, dijital mecralarda belli düzeyin altında kalan kullanımlar bakımından kendini göstermektedir. Bu tür kullanımlar meslek birliklerince dağıtım planına dahil edilmemektedir. Dolayısıyla popüler olmayan bir sanatçının eseri kullanıldığında yapılan kullanım ilgili meslek birliği/meslek birlikleri tarafından belirlenen kotanın altında ise göz ardı edilmektedir¹⁰⁸. Kanaatimizce, bu uygulama hak kayıplarına yol açmakta ve adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Zira mevcut teknolojiler kullanılarak mikro kullanımların tespit edilmesi mümkün olmadığı için sanatçılar mikro ödemelerden yoksun kalmaktadır.

2. Şeffaflıkla ve Hak Sahipliği Bilgileriyle İlgili Sorunlar

Bir meslek birliğine üye olan hak sahibi açısından en önemli hususlardan biri, elde etmeye hak

¹⁰⁶ **Koçak**, Ahmet Yener "Türkiye'de Meslek Birliklerinin İşleyişi": Yılmaztekin, Hasan Kadir & Günarslan Banu Fatma (Editörler), Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, Bildiriler Kitabı, 19-22 Aralık 2019, Antalya, s. 136.

¹⁰⁷ **Koçak**, s. 138; Analogi (örnekleme) yönteminde, meslek birliğinin belirlediği dağıtım kriterleri uygulanır. Bu kriterlere meslek birliklerinin dağıtım yönergelerinde yer verilir. Analogi yönteminde dağıtım yapılmak istenen mecra benzer başka bir mecradaki dağıtım listesi esas alınarak yapılır. Örneğin bkz. MESAM Dağıtım ve Dokümantasyon Yönergesi, s. 10, <https://www.mesam.org.tr/UserFiles/files/Yonergeler/mesam_da%4%9Fitim_ve_dokumantasyon_yonergesi.pdf> s.e.t. 20.06.2021.

¹⁰⁸ Kota meselesine ilişkin olarak MESAM'ın internet sitesinde şu açıklama yer almaktadır: "Dijital lisanslama dağıtımlarında meslek birliklerinin karşılaştığı temel sorunlardan biri hacim sorunudur. Çok sayıda dijital servis sağlayıcıya ait kullanım listeleri, dağıtım çalışmaları kapsamında

MESAM tarafından işlenmekte, her bir eser veri tabanımızda aranarak eşleştirilmekte ve dijital alan dağıtımlarını birlikte yürüttüğümüz MSG ile birlikte dağıtımlara konu olan tüm eserlerin hak sahipliği kontrolü yapılmaktadır. Birçoğu milyonlarca satırdan oluşan bu listelerin tamamının incelenmesi mümkün olmamakta, dağıtım süreleri ciddi biçimde uzatmakta ve bu durum birçok bakımdan verimsizliğe sebep olmaktadır. Bu sebeplerle uluslararası alanda, diğer meslek birliklerince de uygulanmakta olan "kota" uygulamasına geçilmiştir. Kota uygulaması gereği dijital kategorideki dağıtım çalışmalarını birlikte yürüttüğümüz MSG ile her bir mecra özelinde bir çalışma yapılmakta, mümkün olan en düşük kota eşliğinin ne olduğu hesaplanmakta ve belirlenen kota eşliğinin altında kullanım adedine sahip olan eserler dağıtım çalışmasına dâhil edilmemektedir." <<https://www.mesam.org.tr/sik-sorular-sorular/diger/kota-nedir>> s.e.t.01.06.2021.

kazandığı telif gelirinin doğru ve tutarlı bir biçimde hesaplanarak kendisine bildirilmesidir. Kanaatimizce bu bildirim yalnızca rakamsal bir sonuç içermesi (örneğin, ... dönemi için... ödemeye hak kazandınız gibi) yeterli değildir. Bunu daha ziyade bir raporlama olarak anlamak gerekir. Söz konusu raporun ayrıntılı, kolay anlaşılır, doğru ve tutarlı olması gerekir. Ancak, hak sahiplerine ödemelerle ilgili olarak yapılan bildirimler şeffaf değildir¹⁰⁹. Bu nedenle hak sahipleri çoğu zaman kendilerine yapılan bildirim anlayamamaktadır¹¹⁰.

Müzik eserlerinin kullanımında, hak sahibiyle kullanıcı arasında meslek birlikleri dışında çok fazla ve çeşitli aracı vardır. Nitekim Spotify, Youtube vs. gibi platformlar da aracı konumundadır¹¹¹. Bu bağlamda müzik endüstrisi değer zincirinde çok fazla aktörün yer alması¹¹² şeffaflığı etkileyen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır¹¹³. Verinin yeterince şeffaf olmamasının temel nedeni, değer zincirinde yer alan bazı araçların veriyi işleyecek yeterli teknolojiye sahip olmamasıdır¹¹⁴. Meslek birliklerine araçlar üzerinden veri akışı sağlanmaktadır. Ancak, farklı platformların raporlama ve ödeme sistemleri

de farklıdır¹¹⁵. İşte meslek birlikleri dağıtım yaparken farklı mecralardan, farklı formatlarda gelen verileri standart bir hale getirerek raporlaştırmaya çalışmaktadır.

Müzik eserleri üzerindeki hak sahipliği meselesi de son derece çetrefillidir. Bu bağlamda, çoğu zaman aynı eser üzerinde birden fazla (söz yazarı, bestekar, icracı, yapımcı) hak sahibi vardır. Aynı eser üzerindeki farklı hak sahiplerinin haklarını da farklı meslek birlikleri takip etmektedir¹¹⁶. Bir de söz konusu eserden doğan mali hakların defalarca devredildiğini düşündüğümüzde mesele daha da karmaşık bir hale gelmektedir. Her meslek birliği, hak sahipliği bilgilerini kendi bünyelerinde yönettikleri veri tabanlarında tutmaktadır. Farklı veri tabanları arasında uyumsuzluk olması sık görülen bir durumdur. Bu bağlamda, meta veri (metadata) müzik endüstrisinin en önemli sorunlarının başında gelmektedir. Öyle ki, meta veri bilgilerinin hatalı olması nedeniyle hak sahiplerinin aslında hak ettikleri telif gelirinin %25'inden mahrum kaldıkları ileri sürülmektedir¹¹⁷.

¹⁰⁹ Rethink Music (2015) "Fair Music: Transparency and Payment Flows In The Music Industry" (Music Industry Report), s. 10, <https://college.berklee.edu/news/fair_music_report> s.e.t. 06.07.2021.

¹¹⁰ Music Industry Report, s. 10.

¹¹¹ **Tam**, Tran Ngoc Linh (2019) "Music Copyright Management On Blockchain: Advantages and Challenges", Albany Law Journal, Vol: 29, Iss.: 1, s. 206.

¹¹² Söz konusu aktörlerin tamamının şematik gösterimi için bkz. **Neysen**, Nicolas (2020) "Blockchain and Smart Contracts in the Recording Industry", European Research Studies Journal, Vol: XXIII, Iss.: 2, s. 178.

¹¹³ **Tam**, s. 223.

¹¹⁴ **Tam**, s. 223; Hak sahipliğine ilişkin bilgilerin yer aldığı veri tabanında sorunlar olması, şeffaflığı da doğrudan etkiler. Zira, eser üzerindeki hak sahipliği bilgisinin kamuya açık olması ve kamuya açık olan bu bilgilerin de doğru ve tutarlı olmasının şeffaflık amacına hizmet edeceği açıktır.

¹¹⁵ **Tam**, s. 212.

¹¹⁶ Türkiye'de müzik alanında halihazırda faaliyet gösteren 7 meslek birliği bulunmaktadır: Eser sahiplerini temsilen Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği (MESAM) ve Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği (MSG), icracı sanatçıları temsilen Müzik Yorumcuları Meslek Birliği (MÜ-YOR-BİR) ve yakın zamanda kurulan Türkiye İcracı Sanatçılar ve Müzisyenler Meslek Birliği (TSMB), müzik yapımcılarını temsilen ise Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği (MÜ-YAP), Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği (MÜYA-BİR) ve Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği (MÜZİK-BİR). Türkiye'de müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin listesi için bkz. <<https://www.telifhaklari.gov.tr/Turkiye-de-Meslek-Birlikleri-Muzik>> s.e.t. 1.08.2021; Ayrıca bkz. <<https://www.tsmb.gen.tr/>> s.e.t. 1.08.2021.

¹¹⁷ **Molinder**, Niclas, "Why Building More Rights Databases Won't Solve The Music Industry Metadata Problem", Hypebot, <<https://www.hypebot.com/hypebot/2018/01/why-building-more-rights-databases-wont-solve-the-music-industry-metadata-problem.html>> s.e.t. 04.07.2021.

Meta verileri elde eden meslek birlikleri ve diğer araçlar bunları kendi veri tabanlarına manuel olarak girmektedir¹¹⁸. Bu nedenle, meta veriler, veri tabanlarına eksik veya hatalı biçimde girilebilmektedir¹¹⁹. Nitekim Tchaikovsky'nin adının çeşitli veri tabanlarında 70'den farklı şekilde yazılması bu durumun çarpıcı bir örneğini teşkil etmektedir¹²⁰. Müzik endüstrisinde bu sorunların ortadan kaldırılması amacıyla, müzik eserlerinin hak sahipliği bilgilerinin yer aldığı küresel ölçekte bir veritabanı projesi (Küresel Repertuvar Veri Tabanı-*Global Repertoire Database*) başlatılmış; ancak bu proje de başarısızlıkla sonuçlanmıştır¹²¹.

IV. GELİŞEN BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ KARŞISINDA MESLEK BİRLİKLERİNİN GELECEĞİ

A. BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİNİN MÜZİK ENDÜSTRİSİNE VADETTİKLERİ

1. Telif Haklarının Lisanslanmasına ve Telif Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Vaatler

Meslek birlikleri telif bedellerini kullanıcılardan toplayıp üyelerine dağıtırken kural olarak yapılan kullanımları esas alır. Ancak, söz konusu kullanımların yönetilebilir olması için belli bir

orana ulaşmış olması gerekir. Bu nedenle, kullanımın çok az olduğu hallerde dağıtım yapılamaz. Buna karşın, blokzincir teknolojisinin getirdiği önemli bir yenilik mikro düzeyde ödemelerin yapılabilmesine imkân sağlamasıdır¹²². Mikro düzeyde ödemeler özellikle *streaming* (internet üzerinden yayın) servisleri¹²³ bakımından önem arz etmektedir¹²⁴.

Önceden de ifade ettiğimiz üzere meslek birlikleri eliyle yapılan dağıtımlarda üyelerin telif bedellerini almaları uzun zaman almaktadır. Buna karşın, blokzincir ekosistemi üzerinde kurulan akıllı sözleşmeler aracılığıyla yapılan dağıtım ve ödemelerin hak sahiplerine otomatik olarak ve hızlı biçimde yapılmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir¹²⁵. Bunun anlamı, telif ödemelerinin eş zamanlı (*real time*) biçimde yapılabilmesidir¹²⁶. Böylelikle, lisans sözleşmesinden doğan edimler aynı anda ifa edilecek ve lisans veren sözleşme akdedildiği anda ödemesini tahsil edebilecektir¹²⁷.

Bu konuda ortaya çıkan iş modellerine örnek olarak 2015 yılında geliştirilen Ujo müzik platformu verilebilir¹²⁸. Ujo müzik, Ethereum blokzincir ağında çalışan bir akıllı sözleşme üzerinden kullanıcıların eserin kullanımı karşılığında yaptıkları ödemenin, tüm hak sahipleri arasında otomatik olarak

¹¹⁸ **Torbensen**, Alexandra Cecilie Gjøel & **Ciriello**, Raffaele Fabio (2019) "Tuning Into Blockchain: Challenges and Opportunities of Blockchain-Based Music Platforms", In Proceedings of the 27th European Conference on Information Systems (ECIS), June 8-14, Stockholm & Uppsala, Sweden <<https://core.ac.uk/download/pdf/250581432.pdf>> s.e.t.04.07.2021.

¹¹⁹ **Torbensen & Ciriello**, s. 7.

¹²⁰ **Torbensen & Ciriello**, s. 7; Bkz. <<https://musicbrainz.org/artist/9ddd7abc-9e1b-471d-8031-583bc6bc8be9/releases>>s.e.t.04.07.2021.

¹²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Milosic**, Klementina "GRD's Failure", Music Business Journal Berklee College of Music <<http://www.thembj.org/2015/08/grds-failure/>> s.e.t. 04.07. 2021.

¹²² **O'Dair**, s. 10.

¹²³ Streaming, kullanıcıların belli bir abonelik ücreti karşılığında internet üzerinden müzik dinlemelerine imkân sağlayan bir iş modelidir. Kullanıcılar, müzik eserlerini bilgisayar, akıllı telefon vb. aygıtlara indirmeden abone oldukları platform üzerinden dinleyebilir.

¹²⁴ **O'Dair**, s. 10; **Arcos**, s. 442.

¹²⁵ **Neysen**, s. 180; **O'Dair**, s. 11.

¹²⁶ **Birgit**, Clark (2018) "Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven?", WIPO Magazine, No: 1, s. 31.

¹²⁷ **Yusufoglu Bilgin**, s. 89.

¹²⁸ **Neysen**, s. 179.

bölüşülüp dağıtılmasını sağlayan bir sistem geliştirmişti¹²⁹. Bu bağlamda, ilk olarak Imogen Heap isimli şarkıcının “Tiny Human” isimli müzik eseri, Ujo müzik platformu üzerinden dinleyicilere sunulmuştur¹³⁰.

Ancak, “Tiny Human” tanesi \$ 0,60’tan sadece 222 kopya satılmış ve toplamda da \$ 133,20 gelir elde edilmiştir¹³¹. Bu girişim bir ilk olması açısından son derece önemlidir. Ancak finansal açıdan başarı sağlanamamıştır¹³². Bu başarısızlığın nedeni olarak kullanıcıların ödemeyi bir kripto para birimi olan Ether ile yapmak zorunda olmaları gösterilmektedir¹³³. Bu bağlamda, söz konusu finansal başarısızlığın blokzincir teknolojisinin müzik alanındaki başarısızlığı şeklinde yorumlanmasının isabetli olmayacağı ileri sürülmüştür¹³⁴.

Ujo müzik vb. girişimler çok yenidir. Bu tür girişimlerin olgunlaşması, sayılarının artması ve piyasa tarafından kabul görmeleri gerekir. Bunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini ise zaman gösterecektir.

2. Şeffaflık (*Transparency*) ve Hak Sahipliği Bilgileriyle İlgili Vaatler

Blokzincir teknolojisinin, müzik endüstrisinde kullanıcıyla hak sahibi arasında aracı konumundaki aktörleri ortadan kaldırıp veri bütünlüğü sağlayarak şeffaflığı artırabileceği ileri sürülmektedir¹³⁵. Bu bağlamda, hak sahiplerinin blokzincir üzerinden hak edişlerini net bir biçimde görebileceği savunulmaktadır¹³⁶. Blokzincirin temel özelliklerini ortaya koyarken söz konusu teknolojinin şeffaf olduğuna da değinmiştik. Halihazırda müzik endüstrisindeki aktörler tarafından kullanılan veri tabanları merkezidir. Buna karşın, dağıtık defter teknolojisine dayanan blokzincir teknolojisi şeffaflık konusunda bir veri tabanı olarak merkezi veri tabanlarından çok daha fazlasını vaat etmektedir.

Nitekim müzik endüstrisindeki bazı aktörlerin bu alandaki araştırmalara yöneldiği görülmektedir. Bu bağlamda, Fransa merkezli the Society of Composers, Authors and Publishers (SACEM) meslek birliği¹³⁷, İngiltere merkezli PRS for Music meslek birliği¹³⁸ ile ABD merkezli the American Society for Composers, Authors and Publishers (ASCAP) meslek birliğinin IBM şirketi ile ortaklaşa geliştirdikleri blokzincir veri tabanı projesi buna örnek olarak gösterilebilir¹³⁹. Diğer bir örnek ise Spotify’dan verilebilir. Spotify, blokzincir teknolojisi üzerine çalışan Mediachain isimli şirketi satın

¹²⁹ Usta & Doğanekin, s. 77-78; Neysen, s. 180.

¹³⁰ Baym, Nancy & Swartz, Lana & Alarcon, Andrea (2019) “Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry”, International Journal of Communication, Vol: 13, s. 406.

¹³¹ Baym & Swartz & Alarcon, s. 406.

¹³² Bu konuda bkz. Gerard, David (2017) Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts, s. 129 vd., <<https://play.google.com/books/reader?id=L7hEDwAAQBAJ&pg=GBS.PA129&hl=tr>> s.e.t.05.07.2021.

¹³³ Baym & Swartz & Alarcon, s. 406; O’Dair, s. 13.

¹³⁴ O’Dair, s. 13.

¹³⁵ Tam, s. 223.

¹³⁶ Acros, s. 441.

¹³⁷ SACEM internet sitesi için bkz. <<https://www.sacem.fr/en>> s.e.t.30.06.2021.

¹³⁸ PRS for Music internet sitesi için bkz. <<https://www.prsformusic.com>> s.e.t. 30.06.2021.

¹³⁹ Konuya ilişkin olarak 7 Nisan 2017 tarihli ASCAP basın açıklaması için bkz. <<https://www.ascap.com/press/2017/04-07-ascap-sacem-prs-blockchain>> s.e.t. 30.06. 2021.

almıştır¹⁴⁰. Veri tabanı olarak blokzincirin merkezi veri tabanlarına kıyasla çok daha gelişmiş olması nedeniyle müzik sektöründeki diğer aktörlerin de benzer girişimlerde bulunmaları olasıdır.

B. BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİNİN MÜZİK ENDÜSTRİSİNDE KULLANILMASINI GÜÇLEŞTİREN NEDENLER

1. Blokzincir Platformlarında Kripto Varlıkların Kullanılmasının Zorunlu Olması

a. Genel Olarak

Geliştirilen her teknoloji gibi, blokzincir teknolojisi de kusursuz değildir. Bu bağlamda, bu teknolojinin müzik alanında bireysel olarak yapılacak lisanslama sözleşmeleri ve dağıtım faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyebilecek birtakım eksiklikleri bulunmaktadır. Öncelikle, blokzincir ekosistemi üzerinde kurulan akıllı sözleşmelerde edim, kripto varlık şeklinde ifa edilmektedir. Kripto varlıkların değerinin sürekli olarak dalgalanması, bunların ödeme birimi olarak kullanılmasını ciddi manada güçleştirmektedir¹⁴¹.

Ayrıca, her platformun farklı bir kripto varlık kullanması da önemli bir dezavantajdır¹⁴². Bu noktada akla, kripto varlık kullanmadan blokzincir oluşturmak mümkün mü sorusu gelmektedir. Bu bağlamda, kripto varlıklar blokzincir ağında yeni blokları açan madencilere verilen ödüdür. Dolayısıyla kripto varlıklar ağda yeni blokların oluşturulması bakımından hayati öneme sahiptir¹⁴³. Bu

nedenle, kanaatimizce kripto varlık kullanmadan gerçek manada blokzincir oluşturmak mümkün değildir¹⁴⁴.

b. Regülasyon Sorunları

Kripto varlıklara ilişkin regülasyon arayışları tüm dünyada devam etmektedir. Zira, kripto varlıklar vergilendirmeden kara para aklamaya kadar birçok sorunu beraberinde getirmiştir¹⁴⁵. Bu bağlamda, yapılacak regülasyonların hangi yönde evrileceğini şimdiden tahmin etme imkânımız yoktur. Yapılacak regülasyonlarla kripto varlıklara yasaklama getirilmesi halinde blokzincir tabanlı müzik platformlarının Türkiye’de faaliyet göstermesi olanaksız hale gelecektir. Zira, blokzincir teknolojisi her ne kadar kripto varlıklardan ibaret olmasa da blokzincir ekosistemi içerisinde kripto varlıkların önemli bir rolü vardır.

Hak sahiplerinin blokzincir teknolojisi aracılığıyla bireysel olarak lisanslama faaliyeti yürütebilmeleri için mer’i mevzuatın buna cevaz vermesi gerekir. Bu noktada, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından yayımlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’in (Kripto Varlık Yönetmeliği) hükümlerini değerlendirmemiz gereklidir. Kripto Varlık Yönetmeliği’nin 3/2’nci maddesinde kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı biçimde kullanılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hükümden hareketle yönetmeliğin kripto varlıkları yasakladığı sonucuna ulaşmak hatalı olur.

¹⁴⁰ Bkz. **McIntyre**, Hugh (2017) “Spotify Has Acquired Blockchain Startup Mediachain”, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/hughmcintyre/2017/04/27/spotify-has-acquired-block-chain-startup-mediachain/?sh=42c6559f69ee>, s.e.t. 30.06.2021.

¹⁴¹ **Neysen**, s. 182.

¹⁴² **Neysen**, s. 182.

¹⁴³ **Dedeoğlu**, s. 41.

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz. **Dedeoğlu**, s. 41-42.

¹⁴⁵ Genel anlamda hukuksal sorunlar için bkz. **Aşıcı**, Cem (2019) Bitcoin, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 40 vd.

Kripto Varlık Yönetmeliği'nin getirdiği yasak kapsamına, kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılması (Kripto Varlık Yönetmeliği, m. 3/2) ile kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı biçimde kullanılmasına yönelik hizmet sunulması hususları (Kripto Varlık Yönetmeliği, m. 3/3) girmektedir. Bu bağlamda, yönetmeliğin 3/2'nci maddesinde kripto varlıkların ödeme aracı olarak doğrudan veya dolaylı biçimde kullanılması açıkça yasaklandığından, blokzincir ekosistemi içerisinde akıllı sözleşme aracılığıyla yapılan lisans sözleşmelerinde edimin kripto varlık şeklinde ifa edilemeyeceği şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak, böylesi bir yorum da yönetmeliğin amacını aşar. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁴⁶ 26'nci maddesinde düzenleme altına alınan "sözleşme özgürlüğü" gereğince tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirlemeleri mümkündür. Dolayısıyla eser sahibi ile kullanıcı arasında yapılacak lisans sözleşmesinde borcun kripto varlık olarak belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, daraltıcı bir yorum yaparak yönetmeliğin ancak "Dayanak" başlıklı 2'nci maddesinde sınırlı olan Kanunların¹⁴⁷ uygulama alanı ile kısıtlı biçimde düzenleme yaptığı sonucuna ulaşmak¹⁴⁸ normlar hiyerarşisinin bir gereğidir.

Sonuç olarak, mer'i mevzuatın Türkiye'de blokzincir tabanlı müzik platformlarının geliştirilmesine engel teşkil etmediği kanaatindeyiz. Bununla beraber, kripto varlıkların kara para aklama gibi suçların işlenmesi bakımından elverişli bir araç

olduğu düşünüldüğünde; kanun koyucunun bu alana ilişkin yasaklayıcı mahiyette regülasyonlar yapması her zaman için ihtimal dahilindedir. Sadece bu ihtimalin varlığı dahi yatırımcıların bu alana yönelmesinin önünde engel teşkil edebilir. Blokzincir teknolojisinin potansiyeli ve vaat ettikleri heyecan vericidir. Ancak, buradan hareketle blokzincirin hukuk kurallarından bağımsız olduğu sonucuna varmak hatalı olur¹⁴⁹. Bu bağlamda blokzincir alanında mutlaka regülasyon yapılmalıdır. Bununla beraber, regülasyonların blokzincir teknolojisi kullanılarak geliştirilecek iş modellerine de engel olmaması gerekir. Öyle ki kripto varlıkların olumsuz etkilerini azaltacak ve fakat blokzincir tabanlı yeni iş modellerini teşvik edecek mahiyetteki regülasyonlar meslek birlikleri de dahil olmak üzere müzik endüstrisindeki tüm paydaşlara katkı sağlayacaktır.

2. Geliştirilen Mevcut İş Modellerinin Kullanıcılar Açısından Avantajlı Olması

Dijital müzik servislerinin repertuarlarındaki eser sayısı milyonlarla ölçülmektedir¹⁵⁰. Repertuarın bu denli büyük olması, hak sahipliğine ilişkin bilgilerin tespitini de oldukça güç hale getirmektedir. Bu bağlamda, küresel ölçekte hak sahipliği bilgilerini tek bir blokzincir platformunda toplamak mümkün görünmemektedir¹⁵¹. Bu nedenle, birden fazla blokzincir platformunun müzik hizmeti sunması olasıdır. Ancak, söz konusu platformlar

¹⁴⁶ R.G.T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁴⁷ Bu kanunlar, yönetmeliğin dayanak kısmında belirtilmiş olup Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu ile 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunundan ibarettir.

¹⁴⁸ Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. **Ergin**, Numan Emre (2021) "Merkez Bankasının kripto düzenlemesi: Yasak hemşerim!" <<https://www.dunya.com/kose-yazisi/>

merkez-bankasinin-kripto-duzenlemesi-yassak-hemserim/618247> s.e.t. 9.07.2021.

¹⁴⁹ **Küzeci**, s. 167.

¹⁵⁰ Örneğin, Spotify'nın repertuarında 70 milyon üzerinde eser vardır. Bkz. <<https://newsroom.spotify.com/company-info/>> s.e.t. 06.07.2021.

¹⁵¹ **Gerard**, s. 131.

arasında yeterli iş birliğinin olmayışı parçalı (*fragmented*) bir yapının oluşmasına neden olacaktır¹⁵². Bu durumda, kullanıcılar birden fazla blokzincir müzik platformundan yararlanmak zorunda kalacaktır. Buna karşın, halihazırdaki iş modellerinin çoğu hak sahipleri açısından tatmin edici olmasa da kullanıcılar açısından son derece avantajlıdır.

Kullanıcıların olabilecek en düşük ücreti ödeyerek mümkün olan en geniş repertuvara erişebilmeleri onların menfaatinde. Müzik endüstrisinin bugün geldiği noktada, Spotify vb. dijital müzik servisleri kullanıcıları tatmin eden, aboneliğe dayalı başarılı bir iş modeli geliştirmiştir. Dolayısıyla, kullanıcıların dijital müzik servisleri yerine blokzincir müzik platformlarını tercih etmesini beklemek gerçekçi olmayabilir¹⁵³. Kullanıcıların desteklemediği bir iş modelinin de başarıya ulaşması olanaksızdır.

3. Blokzincir Teknolojisinin Değiştirilemez (*Immutable*) Yapıda Olması

Blokzincirin yapısal özelliklerinden birinin değiştirilemez (*immutable*) olduğunu ifade etmiştik. Müzik endüstrisi bakımından blokzincir'in bu özelliği bazı sorunlara neden olabilir. Bu bağlamda, blokzincirde tutulan hak sahipliği bilgilerindeki hataların değiştirilmesi gerektiğinde blokzincir, kullanıcılara değişiklik yapabilmeye esnekliğini sunmaktadır¹⁵⁴. Hak sahipliği bilgilerinin geçmişe dönük olarak değiştirilmesine ihtiyaç duyulan

durumlarda, blokzincir tabanlı uygulamalar nedeniyle sorunlar yaşanabilir.

Akıllı sözleşmeler de değişikliklere karşı ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamaktan uzaktır¹⁵⁵. Bu bağlamda, akıllı sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının mümkün olmayışı hak sahiplerinin menfaatine aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir¹⁵⁶. Zira, her olasılığı önceden düşünerek akıllı sözleşmeleri programlamak mümkün değildir.

C. GELİŞEN BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ KARŞISINDA MÜZİK MESLEK BİRLİKLERİNİN ROLÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Blokzincirle ilgili değerlendirmelerde bulunurken, bu teknolojinin gelişim aşamasında olduğu unutulmamalıdır. Her teknoloji gelişim aşamasında heyecan yaratır. Ancak, bunlardan pek azı yaygınlaşarak genel kabul görür. Blokzincir teknolojisinin müzik endüstrisinde bugünden yarına genel kabul görmesini beklemek gerçekçi olmaz. Nitekim, öğretilerdeki bir çalışmada müzik endüstrisinde blokzincir temelli iş modellerinin, en iyi ihtimalle önümüzdeki 5 yıl içinde alternatif bir endüstri oluşturabileceği ileri sürülmektedir¹⁵⁷. Bununla beraber, müzik endüstrisinin internet de dahil olmak üzere pek çok teknolojik gelişmeye karşı direnç gösterdiği bilinen bir durumdur¹⁵⁸.

¹⁵² **Gidron**, Aviv (2019) "Beyond the Hype of Blockchain- A Scenario-Based Analysis of the Potential Applications in the Music Industry" (Yüksek Lisans), Louvain School of Management, s. 73, <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:20817>>s.e.t.05.07.2021.

¹⁵³ Bu yönde bkz. **Annabel**, Tresise & **Goldenfein**, Jake & **Hunter**, Dan (2018) "What Blockchain Can and Can't Do for Copyright", Australian Intellectual Property Journal 144, Vol: 28, s. 10.

¹⁵⁴ Krş. **Gerard**, s. 131.

¹⁵⁵ Bkz. **Gerard**, s. 105.

¹⁵⁶ Bkz. **Gerard**, s. 105.

¹⁵⁷ Bkz. **Arcos**, s. 442.

¹⁵⁸ **Gerard**, s. 127.

Blokzincir teknolojisi, telif haklarının lisanslanması ve telif bedellerinin ödenmesi ile şeffaflık ve hak sahipliği bilgilerine ilişkin önemli vaatler sunmaktadır. Ancak, blokzincir teknolojisinin müzik endüstrisinde geniş çapta kabul görebilmesi için yapım şirketleri, meslek birlikleri gibi endüstride yer alan tüm paydaşların katılımına ihtiyaç vardır¹⁵⁹. Zira, hak sahipliği bilgileri meslek birlikleri, yapım şirketleri gibi paydaşların veri tabanlarında tutulmaktadır¹⁶⁰. Söz konusu paydaşların bu bilgileri paylaşmaları için onları teşvik edecek bir nedene ihtiyaç vardır. Ancak, paydaşların bu konuda gerekli motivasyona sahip olmadıkları ileri sürülmektedir¹⁶¹. Gerçekten, söz konusu bilgiler paydaşlara rakiplerine kıyasla avantaj sağlayan önemli varlıklardır¹⁶². Bununla beraber, teknolojik gelişmeler ve dijital müzik servislerinin başarısı meslek birliklerini değişen ekosisteme uyum sağlamaya zorlamaktadır¹⁶³. Nitekim önceden de ifade ettiğimiz üzere; SACEM, ASCAP, PRS for Music meslek birliklerinin IBM ile ortaklaşa yürüttükleri blokzincir temelli veri tabanı projesi meslek birliklerinin teknolojiye uyum sağlama çabasında olduklarını göstermektedir.

Meslek birliklerinin en önemli işlevi kullanıcılarla yaptıkları lisans anlaşmaları çerçevesinde topladıkları telif bedellerini hak sahiplerine dağıtmaktır. Ancak, *Salvadé*'nin isabetli biçimde ortaya koyduğu üzere; toplu hak yönetimi, saf teknoloji

daha fazlasını ifade eden ve yaratıcı çalışmanın ortak biçimde savunulması şeklinde somutlaşan önemli bir değere dayanır¹⁶⁴. Meslek birliklerine ruhunu veren bu “değer” tarihsel süreç içerisinde uzunca zaman devam eden örgütlü bir çabanın sonucudur. Bu nedenle, teknoloji ne kadar gelişirse gelişsin telif hakları alanında meslek birliklerinin rolü her zaman için önemini koruyacaktır.

Meslek birliklerinin üyelerine karşı olan yükümlülükleri arasında hakların idaresinin hakkaniyete uygun koşullarda sağlanması (FSEK m. 42/A/2) ile hakların idaresine ilişkin faaliyetlerden elde edilen gelirlerin dağıtım planına uygun olarak üyelere dağıtılması (FSEK m. 42/A/3) özel öneme sahiptir. Zira bu yükümlülüklerin meslek birliğince layıkıyla yerine getirilmesi, birlikte üyeler arasındaki ilişkilerin sağlıklı biçimde ilerleyebilmesinin ön koşuludur. Blokzincir teknolojilerinin sağladığı imkânlar sayesinde meslek birlikleri üyelerine karşı yükümlülüklerini daha etkin bir biçimde yerine getirebilir. Bu bağlamda, önceden de ifade ettiğimiz üzere blokzincir teknolojisi eş zamanlı (*real time*) dağıtımların ve mikro ödemelerin yapılabilmesini olanaklı hale getirmektedir. Bu sayede meslek birlikleri anılan yükümlülüklerini daha etkin biçimde yerine getirebilir. Bu açıdan, blokzincir teknolojisi meslek birliklerinin telif hakları alanındaki rolünü daha da önemli bir hale getirebilir.

¹⁵⁹ **Klobucnik, Lucius & Queiroz, Daniel** Campello (2019) “The Role of Traditional CMOs in the Digital Era”, EIPIN Innovation Society Research Paper Series, No.: 19-05, s. 9.

¹⁶⁰ **Savelyev, Alexander** “Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges”, National Research University Higher School of Economics, Research Paper No. WP BRP 77/LAW, 2017, s. 5<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075246> s.e.t. 9.07.2021.

¹⁶¹ **Savelyev, s. 5.**

¹⁶² Halihazırda meslek birlikleri gibi araçların önemli varlıkları (*critical assets*) elinde bulundurduğuna ilişkin olarak bkz.

Bodo, Balázs & Gervais, Daniel & Quintais, Joao Pedro (2018) “Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?”, International Journal of Law and Information Technology, Vol: 26, Iss.: 4, s. 319.

¹⁶³ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Klobucnik & Queiroz, s. 11.**

¹⁶⁴ **Salvadé, Vincent** “Blockchain – an ending or future for collective management organisations?”, SUIAblog, <<https://blog.suisa.ch/en/blockchain-an-ending-or-future-for-collective-management-organisations/>>s.e.t.9.07.2021.

V. SONUÇ

Blozkincir, herhangi bir merkezi sunucuya ihtiyaç duyulmaksızın eşler arasında veri ve değer transferi yapılmasına imkân sağlayan bir teknolojidir. Bu teknoloji, müzik endüstrisini de etkilemeye başlamıştır. Buna bağlı olarak müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin rolünün nasıl şekilleneceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, söz konusu rolün gelecekte nasıl şekilleneceğini değerlendirmeye çalıştık ve gerekli gördüğümüz yerlerde çözüm önerileri sunduk.

Toplu hak yönetiminde dağıtım sürelerinin uzunluğundan, dağıtım raporlarının yeterince şeffaf olmamasından, hak sahipliği bilgilerindeki eksiklik ve hatalardan kaynaklanan sorunlar yaşanmaktadır. Blozkincir teknolojisi, bu sorunların çözümünde önemli vaatler sunmaktadır. Bu vaatler, dağıtım raporlarının şeffaf ve anlaşılır olması, dağıtım sürelerinin kısalması, telif bedellerinin gerçek hak sahiplerine dağıtılması şeklinde özetlenebilir. Bununla beraber, blozkincir teknolojisinin müzik endüstrisinde kullanılmasını güçleştiren bazı etkenler de vardır. Bunlardan ilki, blozkincir platformlarında kripto varlıkların kullanılmasının zorunlu olmasıdır. Bu bağlamda, kripto varlıkların değerindeki dalgalanmalar bu varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmasını güçleştirir. Ayrıca, kripto varlıklara ilişkin regülasyon sorunları nedeniyle blozkincir tabanlı müzik platformlarının geliştirilmesi kolay değildir. İkinci olarak, mevcut iş modelleri müzik kullanıcıları tarafından benimsenmiştir. Bu nedenle, blozkincir tabanlı müzik platformları geliştirilse dahi kullanıcılar tarafından kabul görmeyebilir. Ayrıca, blozkincir ekosistemindeki veriler değiştirilemez. Dolayısıyla, hak sahipliği bilgilerinin geçmişe dönük olarak değiştirilmesine ihtiyaç duyulduğunda blozkincir teknolojisi yetersiz kalabilir.

Müzik meslek birliklerinin en önemli faaliyetleri lisanslama ve dağıtımdır. Bununla beraber, meslek birliklerinin yalnızca lisanslama ve dağıtım yapan merkezler olarak değerlendirilmesi hatalı olur. Tarihsel süreç içerisinde meslek birlikleri, eser sahiplerinin fikri hak ihlallerine karşı örgütlü biçimde karşı koyma ihtiyacından doğmuştur. Bu ihtiyaç, teknolojik gelişmelere rağmen bugün de varlığını sürdürmektedir.

Meslek birlikleri blozkincir teknolojisini bireysel lisanslamaya kapı açacak bir tehdit olarak görmek yerine, toplu hak yönetimini iyileştirecek bir araç olarak yorumlamalıdır. Zira blozkincir teknolojisinin eş zamanlı dağıtımlara ve mikro ödemelere imkân sağlaması meslek birliklerinin üyelerine karşı olan yükümlülüklerini daha etkin biçimde yerine getirmelerini sağlayabilir. Bu bağlamda, müzik alanında faaliyet gösteren tüm meslek birliklerinin ortak iradeyle hareket ederek alanında uzman kişilerden teşekkül eden bir çalışma grubu oluşturmaları isabetli olur. Çalışma grubunun blozkincir teknolojisinin müzik endüstrisindeki kullanım alanlarını tahlil ederek raporlaştırması, blozkincir tabanlı geliştirilecek projelerin temelini oluşturacaktır. Çalışma grubunun raporu, tüm paydaşların görüşüne sunulmalı ve etki analizleri yapılmalıdır.

Söz konusu rapora istinaden blozkincir temelli ortak veri tabanı projesinin başlatılması faydalı olacaktır. Zira blozkincir teknolojisinin müzik endüstrisinde kullanılmasını güçleştiren bazı yapısal özelliklerine rağmen; bir veri tabanı olarak merkezi veri tabanlarına kıyasla ileri teknoloji ürünü olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda kanaatimizce blozkincir, hak sahipliği bilgilerinde yaşanan sorunlara çözüm getirebilecek önemli bir potansiyele sahiptir.

KAYNAKÇA

Aşıcı, Cem (2019) Bitcoin, Filiz Kitapevi, İstanbul.

Bashir, Imran (2020) Mastering Blockchain, Third Edition, Packt Publishing, UK.

Büyük Özkan Fezyioğlu, Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 1-21.

Çağlayan Aksoy, Pınar (2021) Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Dannen, Chris (2017) Introducing Ethereum and Solidity Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners, Newyork, APRESS.

Dedeoğlu, Daron (2019) A’dan Z’ye Blockchain, 1. Baskı, İstanbul, KODLAB.

Dural, Mustafa & **Öğüz**, Tufan (2013) Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.

Gerard, David (2017) Bitcoin, Blockchain, Ethereum & Smart Contracts <<https://play.google.com/books/reader?id=L7hEDwAAQBAJ&pg=GBS.PA129&hl=tr>> s.e.t.05.07.20.

Gervais, Daniel, The Changing Role of Collecting Societies”: Gervais, Daniel (Editör) (2006) Collective Management of Copyright and Related Rights, Netherlands, Kluwer Law International, s. 3-36.

Güçlütürk, Osman Gazi “Blokzincir ve Reçüle Edilebilirlik”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 23-71.

Güven, Vedat & **Şahinöz**, Erkin (2020) Blokzincir-Kripto Paralar-Bitcoin, Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, 5. Baskı, İstanbul, Kronik Kitap.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (2010) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.

Küzeci, Elif “Blokzinciri, Hukuk ve Kişisel Verilerin Korunması: Yeni Bir Güven Mekanizması Kurmak Olanaklı Mı”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 155-180.

Norman, Alan T. (2017) Blockchain Teknolojisi Hakkında <<https://play.google.com/books/reader?id=557zDwAAQBAJ&pg=GBS.PT31.w.4.0.29>>s.e.t. 08.05.2021.

Özcan, Doğa (2021) Blokzincir Mimarisi ve Merkezi Olmayan Uygulamalar <<https://play.google.com/books/reader?id=Uw7TDwAAQBAJ&pg=GBS.PA20&hl=tr&printsec=frontcover>> s.e.t. 08.05.2021

Özer, Yusuf Mansur (2020) Kişisel Verilerin Korunmasında Blok Zinciri Modeli: Vaatler ve Hukuki Engeller, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Pınar, Hamdi & **Nal**, Temel & **Goldmann**, Bettina (2007) Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar (Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi ve AB’de Güncel Gelişmeler), İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Yayın No: 2007-12.

Solomon, Michael G. (2019) *Ethereum for dummies*, New Jersey, Canada, John Wiley & Sons.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Usta, Ahmet & **Doğantekin**, Serkan “Blockchain 101”, Güncellenmiş Versiyon v2, BKM Bankalararası Kart Merkezi <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2019/08/15082019_kitap.pdf> s.e.t. 08.05.2021

Üstün, Ece Su (2021) *TTK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler, Blokzincir Teknolojisi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Werbach, Kevin (2021) *Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi*, 1. Baskı, İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları.

Williams, Stephen P. *Blockchain: Blokzinciri: Gelecekteki Her Şey*, 1. Baskı, İstanbul, Kaknüs Yayınları.

Yusufoğlu Bilgin Fülürya, “Blokzincir Teknolojisinin Bitcoin Dışında Bazı Uygulama Alanları”: Retornaz, Eylem Aksoy & Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler) (2020) *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 73-111.

Adhami, Saman & **Giudici**, Giancarlo & **Martinazzi**, Stefano (2018) “Why do businesses go crypto? An empirical analysis of initial coin offerings”, *Journal of Economics and Business*, Vol: 100, s. 64-75.

Araalan, Cem (2020) “Akıllı Sözleşmeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S: 163, C: 15, s. 502-515.

Arcos, Luis Claudio, “The Blockchain Technology On The Music Industry”, *Brazilian Journal of Operations & Production Management*, Vol: 15, No: 3, s. 439-443.

Bacon, Jean & **Michels**, Johan David & **Millard**, Christopher & **Singh**, Jatinder (2018) “Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers”, *Richmond Journal of Law & Technology*, V: XXV, Iss. :1, s. 1-106.

Baym, Nancy & **Swartz**, Lana & **Alarcon**, Andrea (2019) “Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry”, *International Journal of Communication*, Vol: 13, s. 402-421.

Bodo, Balázs & **Gervais**, Daniel & **Quintais**, Joao Pedro (2018) “Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol: 26, Iss. :4, s. 311-336.

Clark, Birgit (2018) “Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven?”, *WIPO Magazine*, No: 1, s. 30-34.

Gürkaynak, Gönenç & **Yılmaz**, İlay & **Yeşilaltay**, Burak & **Bengi**, Berk (2018) “Intellectual property law and practice in the blockchain realm”, *Computer Law & Security Review*, Vol: 34, Iss: 4, s. 847-862.

İbrahim, Amera (2018) “Does blockchain mean higher transparency in the financial sector?”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol: 27, s. 71-82.

Karamanhoğlu, Argun (2018) “Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 35, s. 29-42.

Kırbaç, İsmail (2018) “Blok zinciri Teknolojisi ve Yakın Gelecekteki Uygulama Alanları”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C: 9, S: 1, 2018, s. 75-82.

Mısır, Mustafa Bayram (2002) “Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S: 4, C: 2, s. 15-49.

Nakamoto, Satoshi, “Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System”, Decentralized Business Review, s. 1-9.

Narayanan, Arvind & **Clark**, Jeremy (2017) “Bitcoin’s Academic Pedigree”, Communications of the ACM, Vol: 60, No: 12, s. 36-45.

Neysen, Nicolas (2020) “Blockchain and Smart Contracts in the Recording Industry”, European Research Studies Journal, Iss.: 2, Vol.: XXIII, Iss. 2, s. 174-185.

Klobucnik, Lucius & **Queiroz**, Daniel Campello (2019) “The Role of Traditional CMOs in the Digital Era”, EIPIN Innovation Society, No: 19-05, s. 1-11.

Savelyev, Alexander (2017) “Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges”, National Research University Higher School of Economics, No: WP BRP 77/LAW, s. 1-22, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075246> s.e.t. 9.07. 2021.

Tam, Tran Ngoc Linh (2019) “Music Copyright Management On Blockchain: Advantages and Challenges”, Albany Law Journal, Vol: 29, Iss. :1, s. 201-227.

Tresise, Annabel & **Goldenfein**, Jake & **Hunter**, Dan (2018) “What Blockchain Can and Can’t Do for Copyright”, Australian Intellectual Property Journal, Vol: 28, s. 1-14.

Walch, Angela (2017) “The Path of Blockchain Lexicon (And The Law)”, Review of Banking & Financial Law, Vol: 36, s. 713-765.

Wright, Aaron & **De Flippi**, Primavera (2015) “Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia”, SSRN Electronic Journal, s. 1-58, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664> s.e.t. 23.04.2021.

Agurto, Giancarlo Jorge Giraldo (2020) “Does blockchain change the music industry in a digital era? A perspective from copyrights and how it could equitably distribute the royalties and how it can enhance the protection of the rightsholders” (Yüksek Lisans), UPPSALA Universitet, Master Programme in Intellectual Property Law, <<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1441754/FULLTEXT01.pdf>> s.e.t. 9.07.2021, s. 1-57.

Gidron, Aviv (2019) “Beyond the Hype of Blockchain- A Scenario-Based Analysis of the Potential Applications in the Music Industry” (Yüksek Lisans), Louvain School of Management, s. 73, <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:20817>>s.e.t.05.07.2021.

Lauslahti, Kristian & **Mattila**, Juri & **Seppälä**, Timo, The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA) (2017) Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?”, Report No: 68, s. 1-27, <<http://hdl.handle.net/10419/201350>> s.e.t. 10.05.2021.

Witzig, Pascal & Salomon, Victoriya (2018) “Cutting out the middleman: a case study of blockchain-induced reconfigurations in the swiss financial services industry” Working Paper 1-2018/E, s. 1-27 <[https:// www. research ate.net/publication/ 323906964_ Cutting_out_ the_middleman_a_case _study_of_blockchain-induced_ reconfigurations_ in_ the_swiss _financial_ services_ industry](https://www.researchgate.net/publication/323906964_Cutting_out_the_middleman_a_case_study_of_blockchain-induced_reconfigurations_in_the_swiss_financial_services_industry)> s.e.t.23.07. 2021.

O’Dair, Marcus (2016) “Music On The Blockchain”, Blockchain For Creative Industries Research Cluster Middlesex University, Report No: 1, s. 1-29 <[https:// www.mdx.ac.uk /_data/assets/ pdf_file/0026/ 230696/ Music-On-The-Blockc- hain.pdf](https://www.mdx.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0026/230696/Music-On-The-Blockchain.pdf)>s.e.t. 01.06.2021.

Rethink Music (2015) “Fair Music: Transparency and Payment Flows In The Music Industry” (Music Industry Report) <[https://college.berk- lee.edu/news/ fair_ music_report](https://college.berkeley.edu/news/fair_music_report)> s.e.t.06.07.2021.

Torbensen, Alexandra Cecilie Gjøl & Ciriello, Raffaele Fabio (2019) “Tuning Into Blockchain: Challenges and Opportunities of Blockchain-Based Music Platforms”, In Proceedings of the 27th European Conference on Information Systems (ECIS), June 8-14, Stockholm & Uppsala, Sweden <[https://core. ac.uk/download pdf/ 250581432.pdf](https://core.ac.uk/download/pdf/250581432.pdf)> s.e.t. 04.07. 2021.

Sultan, Karim & Ruhi, Umar & Lakhani, Rubina (2018) “Conceptualizing Blockchains: Characteristics & Applications”, 11th IADIS International Conference Information Systems <[https://arxiv.org/abs/ 1806. 03693v1](https://arxiv.org/abs/1806.03693v1)>s.e.t. 25.04.2021.

Koçak, Ahmet Yener “Türkiye’de Meslek Birliklerinin İşleyişi”: Yılmaztekin, Hasan Kadir & Günarslan Banu Fatma (Editörler), Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı, Bildiriler Kitabı, 19-22 Aralık 2019, Antalya.

7 Nisan 2017 tarihli ASCAP basın açıklaması <[https://www.ascap.com/press/2017/04-07-ascap- sacem-prs-blockchain](https://www.ascap.com/press/2017/04-07-ascap-sacem-prs-blockchain)>s.e.t. 30.06.2021.

Buterin, Vitalik, “Visions, Part 1: The Value of Blockchain Technology”, Ethereum Foundation Blog <[https://blog.ethereum.org/2015/04/13/visi- ons-part-1-the-value-of-blockchain-technology/](https://blog.ethereum.org/2015/04/13/visions-part-1-the-value-of-blockchain-technology/)> s.e.t. 13.05.2021.

Ergin, Numan Emre (2021) “Merkez Bankasının kripto düzenlemesi: Yassak hemşerim!” <[https:// www.dunya.com/kose-yazisi/merkez- bankasinin-kripto-duzenlemesi-yassak-hemse- rim/618247](https://www.dunya.com/kose-yazisi/merkez-bankasinin-kripto-duzenlemesi-yassak-hemse- rim/618247)> s.e.t. 9.07.2021.

Gupta, Vinay, Harvard Business Review, “The Promise of Blockchain Is a World Without Middlemen” <[https://hbr.org/2017/03/the-pro- mise-of-blockchain-is-a-world-without-middle- men](https://hbr.org/2017/03/the-promise-of-blockchain-is-a-world-without-middle- men)> s.e.t. 10.07.2021.

McIntyre, Hugh (2017) “Spotify Has Acquired Blockchain Startup Mediachain”, Forbes, <[https:// www.forbes.com/sites/hughmcintyre/ 2017/04/27/ spotify-has-acquired-blockchain-star- tup-mediachain/?sh=42c6 559f69ee](https://www.forbes.com/sites/hughmcintyre/2017/04/27/spotify-has-acquired-blockchain-startup-mediachain/?sh=42c6559f69ee)> s.e.t. 30.06.2021.

MESAM Dağıtım ve Dokümantasyon Yönergesi <[https://www.mesam.org.tr/UserFiles/files/ Yonergeler/mesam_da%C4%9Fitim_ve_dokuman- tasyon_yonergesi.pdf](https://www.mesam.org.tr/UserFiles/files/Yonergeler/mesam_da%C4%9Fitim_ve_dokuman- tasyon_yonergesi.pdf)> s.e.t. 20.06.2021.

Milosic, Klementina, “GRD’s Failure”, Music Business Journal Berklee College of Music, <[http:// www. thembj.org/2015/08/grds-failure/](http://www.thembj.org/2015/08/grds-failure/)> s.e.t. 04.07. 2021.

Molinder, Niclas, “Why Building More Rights Databases Won’t Solve The Music Industry Metadata Problem”, Hypebot <<https://www.hypebot.com/hypebot/2018/01/why-building-more-rights-data-bases-wont-solve-the-music-industry-metadata-problem.html>> s.e.t. 04.07.2021.

Salvadé, Vincent, SUISAblog, Blockchain – an ending or future for collective management organisations? <<https://blog.suisa.ch/en/blockchain-an-ending-or-future-for-collective-management-organisations/>>s.e.t.9.07.2021.

Szabo, Nick (1996) “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, s. 1-11, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html> s.e.t.11.05. 2021.

Tulsidas, Tanash Utamchandani (2018) “Smart Contracts From A Legal Perspective”, Faculty of Law, Degree In Law Final Degree Work, Universidad de Alicante, s. 1-42, <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78007/1/Smart_Contracts_from_a_Legal_Perspective_Utamchandani_Tulsidas_Tanash.pdf> s.e.t.15.05.2021.

<<https://blog.ujomusic.com/>> s.e.t. 10.07. 2021.

<<https://newsroom.spotify.com/company-info/>> s.e.t. 06.07. 2021.

<<https://musicbrainz.org/artist/9ddd7abc-9e1b-471d-8031-583bc6bc8be9/releases>> s.e.t. 04.07.2021.

<<https://www.prsformusic.com>>s.e.t. 30.06.2021.

<<https://www.sacem.fr/en>> s.e.t. 30.06.2021.

<<https://www.telifhaklari.gov.tr/Turkiye-de-Meslek-Birlikleri-Muzik>> s.e.t. 1.08.2021.

<<https://www.tsmb.gen.tr/>>s.e.t.1.08.2021.

<<https://ethereum.org/en/eth/>>s.e.t. 14.05. 2021.

<<https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>>s.e.t.11.05.2021.

<<https://www.mesam.org.tr/sik-sorulan-sorular/diger/kota-nedir>>s.e.t. 01.06.2021.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

Statement for Support and Appreciation If Any: None.

Statement for Conflict of Interest: None.

ŞİRKETLERDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ İLE ORGANİK BAĞ KAVRAMININ İŞ UYUŞMAZLIKLARI HAKKINDA VERİLEN KARARLARDAN HAREKETLE KARŞILAŞTIRILMASI*

COMPARISON OF THE THEORY OF LIFTING THE CORPORATE VEIL AND THE CONCEPT OF ORGANIC BOND IN LIGHT OF THE DECISIONS ON LABOR DISPUTES**

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah YILMAZ***

ÖZ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırması teorisi; tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda, perdenin kaldırılarak gerçek borçlunun sorumlu tutulmasını sağlar. Organik bağ kavramı ise ticaret hukukundan icra iflas hukukuna kadar özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin Yargıtay kararlarında sıkça rastlanan bir kavram haline gelmiştir. Organik bağ kavramının en çok kullanıldığı alan ise iş hukuku uyuşmazlıklarıdır. Organik bağ kavramına dayanılarak farklı tüzel kişiliği olan şirketler (işverenler) Yargıtay tarafından özellikle işçi alacaklarından birlikte sorumlu tutulmaktadır. Bu çalışmada öncelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tanımı, organik bağ kavramının tanımı, organik bağ kavramın uygulanma kriterleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile organik bağ arasındaki benzerlik ve farklılıklar açıklanacaktır. Akabinde ise konu ile örnek Yargıtay kararları ile öğretilerde yer alan görüşler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişilik, Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Organik Bağ, İş Uyuşmazlıkları, İşçilik Alacakları.

ABSTRACT

The theory of lifting the corporate veil ensures that the real debtor is held liable by lifting the veil in cases where the principle of separation of legal personality is abused. The concept of organic bond, on the other hand, has become a frequently encountered concept in Supreme Court decisions regarding private law disputes from commercial law to enforcement and bankruptcy law. The area where the concept of organic bond is used most is labor law disputes. Based on the concept of organic bond, companies with different legal entities (employers) are held jointly liable by the Supreme Court, especially for employees' receivables. In this study, first of all, the definition of the theory of lifting the corporate veil, the definition of the concept of organic bond, the application criteria of the concept of organic bond, the similarities and differences between the theory of lifting the corporate veil and organic bond will be explained. Then, the samples from Supreme Court decisions about the subject and the views in the doctrine will be examined.

Keywords: Legal Entity, Lifting the Corporate Veil, Organic Bond, Labor Disputes, Employees' Receivables.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi:25.11.2021/ Kabul Tarihi: 06.12.2021).

** Bu makale, AYBÜ Hukuk Fakültesi tarafından 25 Ekim 2021 tarihinde düzenlenen "4. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda" tebliğ olarak sunulmuştur."

*** Uluslararası Fina Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (gulshahaslan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7589-2064).

Atıf/ Citation: Yılmaz, Gülşah (2021), "Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması", TFM, C: 7, S: 2, s. 341-356.

I. GİRİŞ

Tüzel kişilik perdenin kaldırılması teorisi, tüzel kişilerin borçlarından dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağı ilkesinin, özellikle şirketlerin sadece sermayeleri ile sorumlu olacakları ve tüzel kişilerin borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulamayacağı kuralının önemli bir istisnasını teşkil etmektedir. Bu nedenle, teoriyi savunan yazarlar tarafından teorinin uygulama alanı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, yalnızca ticaret hukukunda değil, vergi hukuku, icra ve iflas hukuku ve diğer hukuk dallarında da uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle iş hukuku alanında bu teori yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Ancak iş uyuşmazlıklarına ilişkin verilen Yargıtay kararları incelendiğinde iki tüzel kişi arasında perdenin çapraz kaldırılması durumunda organik bağ kavramının kullanıldığı görülmektedir.

Yargı kararları ile gelişen “organik bağ” kavramının tespitinde şirket ortak ve yöneticilerinin aynı veya ilişkili kişiler olması gibi akrabalık ilişkileri, şirketlerin ticaret unvanlarının, adreslerinin ya da faaliyet alanlarının aynı veya benzer olması gibi kriterler dikkate alınmaktadır. Organik bağ ile perdenin kaldırılması teorisi arasında benzerlikler ve farklılıklar vardır. Organik bağ kavramı özellikle perdenin çapraz kaldırılması ile benzerlik göstermektedir. Perdenin çapraz kaldırılması yoluna gidilebilmesi için iki şirket arasında ekonomik bütünlük şartı aranırken organik bağın varlığı açısından böyle bir şart aranmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında organik bağın ispatı alacaklı açısından daha kolaydır. Bu da organik bağ kavramından hareket ederek sonuç almayı daha kolay bir hale getirmektedir.

Birbirine benzeyen ancak farklı ölçütlere sahip bu iki kavram arasındaki ilişkiyi tespit edebilmek amacıyla bu çalışmada öncelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tanımı, iş uyuşmazlıklarına ilişkin Yargıtay kararlarından hareketle organik bağ kavramının tanımı, organik bağ kavramının uygulanma kriterleri, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile arasındaki benzerlikler ve farklılıklar açıklanacaktır. Sonrasında ise konu ile örnek Yargıtay kararları ile öğretide yer alan görüşler incelenecektir.

II. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ

A. KAVRAM

Hukukumuzda kişiler; gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Tüzel kişiler hukuk düzeni tarafından kişi olma niteliği tanınmış topluluklardır¹. Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları ise tüzel kişilik kazanamaz (TMK m. 47). Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48) ve kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m 49). Tüzel kişiler, kendisini oluşturan kişiler ve mallardan bağımsız olarak üçüncü kişilerle bağımsız bir hak süjesi olarak ilişki kurabilir. Ayrıca kendisini oluşturan kişiler yerine

¹ **Serozan**, Rona (2018) Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Filiz, s. 493; **Oğuzman**, M. Kemal & **Seliçi**, Özer & **Oktay-Özdemir**, Saibe (2018) Kişiler

Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz, s. 275-277; **Öztan**, Bilge (2011) Tüzel Kişiler, 4. Bası, Ankara, Turhan, s. 1.

başka kimselerin dahil olması tüzel kişiliğin hukuki varlığına etki etmez².

Hukumumuzda “tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi” kural olarak kabul edilmiştir. Bu ilke tüzel kişinin ortaklarından, kurucularından veya yöneticilerinden ayrı bir “kişi” olmasını ifade etmektedir³. Şirketler hukukunda da geçerli olan bu ilke gereğince şirket ile onu oluşturan ortakların birbirinden ayrı kişilikleri ve malvarlıkları bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak şirketin borçlarından dolayı ortakların sorumluluğu kural olarak kabul edilmemektedir. Ortakların borçlarından dolayı da şirket sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde bir şirketin borçlarından dolayı başka bir şirketin sorumluluğuna da gidilemez. Zira her iki şirketin farklı tüzel kişilikleri bulunmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırması teorisi⁴; tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda, perdenin aralanarak gerçek borçlunun sorumlu tutulmasını sağlayan bir uygulamadır. Hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla farklı tüzel kişilik savunması yapan kişilerin “tüzel kişilik” perdesi arkasına saklanmaya çalışmaları durumunda teorinin kullanılmasıyla tüzel kişilik yok sayılmakta veya bu perdenin aralanması suretiyle bertaraf edilmektedir. Böylece, tüzel kişinin borçlarının, üyelerine izafesi mümkün olduğu gibi üyelerin borçlarından dolayı, tüzel kişinin sorumlu tutulması mümkün olmaktadır⁵.

Bu bakımdan; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması için öncelikle tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi kötüye kullanılmalıdır⁶. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istisnai bir uygulamadır. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının getireceği, adalete ve hakkaniyete aykırı, hayat ihtiyaçlarına uymayan gayri ahlaki sonuçları önleyecek genel kural niteliğindedir. Fakat, karşılaşılan her olayda bu olayla ilgili uygulanabilecek hükümleri bir tarafa iterek sorunu dürüstlük kuralı ile çözmeye çalışmak hukuk güvenliğini ortadan kaldırır⁷. Bu bakımdan, farklı tüzel kişilik savunmasının somut olay itibarıyla hakkın açıkça kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlarda perdeyi kaldırma teorisinin uygulanması yoluna gidilmelidir⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bir zorunluluk olmayıp somut olayda hakkaniyete dayalı adaletin gerçekleştirilmesine aracılık eden ve sınırlı sorumluluk ile ayrılık ilkelerinin istisnasını oluşturan bir hukuki enstrümandır. Bu sebeple perdenin kaldırılmasının sınırı tüzel kişinin alacaklıları açısından tüzel kişinin yanında tüzel kişinin ortaklarını da sorumlu tutan özel bir düzenleme varsa ya da mevcut düzenlemeler ile sadece tüzel kişinin sorumluluğuna

² **Oğuzman & Seliçi & Oktay-Özdemir**, s. 277-278; **Öztaş**, s. 1.

³ **Serozan**, s. 494. **Oğuzman & Seliçi & Özdemir**, s. 240.

⁴ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi Anglo Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır. Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerce de kabul görmüştür. İngiliz hukukunda “lifting the corporate veil” ya da “piercing the corporate veil” şeklinde ifade edilmektedir. Alman hukukunda ise “Durchgriff durch die juristische Person” ibaresi kullanılmaktadır.

⁵ **Seven, Vural & Göksoy Y. Can** (2006), “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Barosu, S: 6, C: 80, s. 2455.

⁶ Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hareket noktası olarak dürüstlük kuralı gösterilmekte ve teori, hakkın kötüye kullanılması sayılacak şekilde tüzel kişilik yapısının kullanılmasını engelleme amacına yönelmektedir (**Oğuzman & Seliçi & Özdemir** s. 272).

⁷ **Akyol, Şener** (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat, s. 16 vd.

⁸ **Seven & Göksoy**, s. 2469.

gidilerek alacaklılar tatmin edilebiliyorsa öncelikle bu özel düzenlemeler uygulanmalıdır⁹.

B. TÜRLERİ

1. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması, tüzel kişiliğin sorumluluk alanının ortaklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesidir. Böylelikle tüzel kişi ile üçüncü kişi arasında yapılmış olan bir hukuki işlem nedeniyle, üçüncü kişi ile doğrudan herhangi bir hukuki ilişkiyi girmeyen ortaklar da sorumlu kılınmaktadır¹⁰. Ortaklar tüzel kişi ile beraber borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin arkasındaki kişi veya kişiler gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Uygulamada genellikle bu kişi bir hâkim şirket olmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması haliyle ayrılık ilkesinin bütünüyle bertaraf edilmesi anlamına gelmemektedir. Perdenin kaldırılarak sorumlu kılınması durumunda tüzel kişi ve ortakları arasındaki mal ve şahıs ayrılığı genel olarak ortadan kaldırılmamakta, kötüye kullanım teşkil eden somut olayın çözümlenebilmesi sadece somut olayda ayrılık ilkesinin uygulamasından vazgeçilmektedir¹¹. Yargıtay bir kararında, taahhüt edilen sermayenin ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterilmesi neticesinde ortakların şirkete zarara uğrattığının tespit edildiği, şirket yönetimine talimatları ile yön veren hâkim ortaklar yönünden tüzel kişilik perdesinin düz şekilde kaldırılarak hâkim ortakların sorumluluklarına gidilmesi yönünde verilen yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir¹².

⁹ Yanlı, Veliye (2000) Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, Beta, s. s. 70-72; **Antalya**, Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi": Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 148-151.; **Sağlam**, İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış": Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 157; **Ulusoy**, Erol, "Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması": Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 355; **Özkurt**, Ayşegül, "Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", On iki Levha Yayıncılık s. 91-92; **Yılmaz**, Lerzan: "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler", Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 254-256.

¹⁰ **Ulusoy**, s. 352; **Tekinalp & Tekinalp**, s. 387-389. **Yanlı**, s. 37. **Esen**, Emre (2012) Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul, Beta, s. 16.

¹¹ **Tekinalp/Tekinalp**, s.389

¹² "Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen 21.02.2011 tarihli bilirkişi raporu, toplanan deliller ve tüm dosya

kapsamına göre; 02/04/2003 tarihinde kurulduğu anlaşılan'nin ortakları tarafından taahhüt edilen sermayenin şirket ortakları tarafından ödenmediği halde ödenmiş gibi gösterildiği, bu tutardaki sermaye payı kadar şirketin zarara uğratıldığının anlaşıldığı, dava dışı ... Reklam Film San. ve Tic. AŞ'nin, bilirkişiler tarafından incelenen 2003-2004 yılı defterleri ve yardımcı-muavin hesaba ait bilgisayar çıktılarına göre; 30/06/2003 tarihi itibarıyla davacı şirketten 100.000,00 TL tutarında tahsilatın kaydedilmiş olduğu, 31/12/2004 tarihi itibarıyla 104,316,97 TL davacı şirkete borç bakiyesinin görüldüğü, pay sahipleri olarak görünen davalıların, sınırlı sorumlu olduklarından ve bu sıfatları nedeniyle de şirketin zararından sorumlu olmadıkları, davalılar ...'in hakim ortak sıfatı ile sorumlu oldukları, tüzel kişilik perdesinin aralanması ile yönetimde talimatları ile şirkete yön veren ve kararların oluşmasını sağlayan hakim ortakların şirket zararından sorumlu olduklarının kabulü gerektiği, şirkette hizmet sözleşmesi ile çalışanların verilen kararların alınmasında ve denetiminde söz sahibi olmadıklarından, davalılarve ...'in zarardan sorumlu olmadıkları, yönetim ve denetim kurul üyelerive'in sorumlu tutulması gerektiği, davalılardan'in ise; dava tarihinden önce 28/07/1988 tarihinde vefat ettiği ölü şahıs hakkında dava açılmayacağı gerekçesiyle, bu davalı hakkında açılan davanın reddine, hakim ortak, yönetim ve denetim kurulu üyesi olan davalılar bakımından davanın kabulü ile diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiştir". Yargıtay 11. HD 2016/3251E., 2016/6984K., 23.06.2016.

2. Tüzel Kişilik Perdesinin Ters Kaldırılması

Tüzel kişinin ortaklarının şahsi alacaklıları, alacaklarını ortağın payının haczi suretiyle tüzel kişiliğin malvarlığından dolayı olarak tahsil edebilir. Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması durumunda, ortakların şahsi borçlarından ötürü doğrudan tüzel kişiliğin malvarlığına müracaat edilebilmektedir. Yargıtay bazı kararlarında perdenin ters kaldırılması teorisini uygulamaktadır¹³. Tüzel kişilik malvarlığı sadece kendi alacaklarına tahsis edildiğinde ortakların borçlarından dolayı tüzel kişinin malvarlığına başvurulması bu malvarlığını azaltacaktır. Bu durumda tüzel kişinin alacaklılarının haklarının tehlikeye düşme ihtimali artacağından Alman hukukunda genellikle perdenin ters yönden kaldırılarak tüzel kişinin sorumlu tutulması kabul edilmemektedir. İsviçre’de ise doktrin ve mahkemelerin bu konuda kesin bir hareket tarzı belirlemekten kaçındığı ifade edilmektedir¹⁴.

¹³ "...yapılan değerlendirme sonucu; takip dayanağı borç, alacaklının borçluya sattığı PVC branda satışından kaynaklanmaktadır. Satışa konu mallar takip ve ödeme emrinin tebliğ edildiği adrese teslim edilmiştir. Belirtilen bu adreste yapılan 01.06.2009 tarihli hacizde 3. kişiye ait vergi levhası görülmüştür. Bu adres aynı zamanda 3. kişinin ticaret sicilde belirtilen adresidir. Dava konusu haciz ise davacı şirketin 1. hacizden sonra adresini naklettiği (...) adreste 23.03.2010 tarihinde yapılmış ve satışa konu mallarla aynı nitelikteki brandalar haczedilmiştir. Davacı şirketin %99 hissedarı borçlu diğer hissedar kardeşi iken borcun doğumundan sonra %25 hisse H.C. isimli şahsa devredilmiş olup borçlu davacı şirketin halen müdür ve temsilcisidir. Borçluya dava dilekçesi haciz adresinde tebliğ edilmiştir. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında, borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacı ile yine kendisine ait aile şirketi olan davacı şirketin tüzel kişilik perdesinden yararlanarak, ticari faaliyete bu şirket üzerinden devam ettiği, ancak borca ilişkin belgeleri şahsı adına düzenlediği, satın aldığı malların şirket adresine geldiği, borçlunun başkaca faaliyet adresinin bulunmadığı sabit olduğundan mahkemece davacı 3. kişinin davasının reddine karar vermesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır... Yargıtay 17. HD, 2010/12173E., 2011/3938K., 26.04.2011. Yargıtay bu kararında borçlu ortağın alacaklılarından mal kaçırma amacıyla ortağı olduğu aile şirketi üzerinden ticari faaliyetlerine devam etmesini tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir.

3. Tüzel Kişilik Perdesinin Çapraz Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması çoğunlukla şirketler topluluğu halinde oluşmaktadır. Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturmaktadır (TTK m.195/4). Bu durumda şirketler topluluğunu oluşturan hâkim şirket ile, bağlı şirketler arasındaki perdenin kaldırılması söz konusudur. Perdenin çapraz kaldırılması sırası ile tüzel kişilik perdesinin önce ‘ters kaldırılması’ daha sonra da ‘düz kaldırılması’ ile gerçekleşmektedir. İlk olarak bağlı şirket hakkındaki bir konudan dolayı tüzel kişilik perdesi kaldırılarak hâkim şirkete varılmakta (düz kaldırma), sonra da hâkim şirket ile diğer bir bağlı şirket arasındaki perdenin kaldırılması (ters kaldırma) sonucu diğer bağlı şirkete ulaşılmaktadır¹⁵. Hâkim şirket ile bağlı şirketler arasında malvarlığı alanlarının karışması durumlarında örneğin muhasebenin yeterince şeffaf

Aynı yönde 17. HD, 2009/10574E., 2010/7791K., 05.10.2010, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁴ **Yanlı**, s. 38-39. **Esen**, s. 17.

¹⁵ **Yanlı**, s. 40; **Esen**, s. 18; **Özkurt**, s. 66. "Dava, çeke dayalı alacak istemine dair olup, davacı tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak tüm davalıların çek bedelinden sorumlu tutulmasını istemiş, mahkemece, gerçek kişi davalı ... dışındaki davalılar yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere TTK'daki sermaye şirketlerine dair hükümler gözetildiğinde kural olarak sermaye şirketi ortaklarının şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı bir sorumluluğu bulunmamakta ise de, pay sahibinin şirket tüzel kişiliği ile özdeşleşmesi, şirket ortağının mal varlığı ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının birbirlerine karışması, art niyetli ve hesaplı davranışlarla sırf sorumluluktan sıyrılmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınması, ortağın şirketteki hakimiyetini kötüye kullanarak alacaklılara karşı tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması hakkın kötüye kullanılması mahiyeti taşıması, borçların ödenmesi sırasında şirket ortağı tarafından ayrılık prensibinin ileri sürülmesinin TMK'nın 2. ve 3. maddelerine aykırı olması gibi hallerin söz konusu olduğu durumlarda şirket ortağı aleyhine de tüzel kişilik perdesi aralanarak şirket borcundan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir. Başka bir anlatımla perdeyi aralama

tutulmaması gibi nedenlerden ötürü sermayenin muhafaza edilip edilmediğinin denetimi imkânsız hale gelmiş ise perdenin kaldırılması suretiyle sorumluluk tesis etmenin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁶.

C. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA YOL AÇAN SEBEPLER

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açan sebepler özkaynak yetersizliği, yabancı yönetim, alanların (malvarlığı, organizasyon) karışması şeklinde sıralanabilir¹⁷. Özkaynak, şirketin esas sermayesi ve yedek akçelerinden oluşan bir kavramdır¹⁸. Özkaynak yetersizliği; hukuki olmaktan ziyade iktisadi bir anlam taşımaktadır. Bu kavram şirketin sahip olduğu özkaynakların, yürüttüğü ticari faaliyetlerin niteliği gereği taşıdığı risklere nazaran çok küçük kalması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan şirketin amacıyla bağdaşmayacak derecede yetersiz bir sermaye ile kurulması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilecektir¹⁹.

Yabancı yönetim bir şirket üzerinde başka bir gerçek veya tüzel kişinin hâkimiyetini ifade etmektedir²⁰. Bu durumda şirket, hâkim ortağı tarafından şirket menfaatlerine aykırı düşecek şekilde ve hâkim ortağın özel menfaatlerine üstünlük tanımak suretiyle yönetilmektedir. Şirketin faaliyetlerinin, ortaklık çıkarlarıyla bağdaşmayacak şekilde

hâkim ortak dışındaki ortakların ve alacaklılarının zarar görmesi durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması söz konusu olmaktadır²¹.

Malvarlıklarının (alanların) birbirine karışması ise; özellikle yapılan işlemin şirket ya da ortak hangisi tarafından yapıldığı konusunda bir ayırım yapmanın mümkün olmadığı halleri ifade etmektedir. Şirket ve ortak arasında malvarlığı ayırımı var olmasına rağmen ortak bazı durumlarda üçüncü şahıslara karşı şirket ile malvarlığı ayırımı yokmuş gibi hareket edilebilir. Bu durumda ve hangi malın ortaklığa hangi malın ortaklara ait olduğu belirlenemediğinden; ortağın kendisi ile ortaklığın tüzel kişiliğini özdeşleştirmiş olduğu kabul edilir²². Bu durumda şirkete gelecek sorumluluk taleplerinden malvarlıklarının ayrı olduğu iddiası ile kaçınılması mümkün değildir. Aksi durum malvarlığı ayrılığı ilkesinin kötüye kullanımına sebebiyet vereceğinden hakkaniyeti korumak adına özdeşlik sebebi ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortağı sorumlu kılmak mümkün olmaktadır²³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin alanların birbirine karışması halinde uygulanması özellikle işçi ve işveren arasındaki ihtilaflarda, asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda Yargıtay tarafından organik bağ kavramı ile açıklanarak kullanılmaktadır.

teorisıyla birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin özdeş kılınarak sorumlu tutulması mümkün olabilecektir" Yargıtay 11. HD, 2016/5148E., 2017/7084K., 11.12.2017, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹⁶ **Seven & Göksoy**, s. 2467-2468.

¹⁷ **Tekinalp & Tekinalp**, 396. Yanlı, s. 86.

¹⁸ **Özkurt**, s. 76

¹⁹ **Tekinalp & Tekinalp**, s. 396; **Sağlam**, s. 157. **Seven & Göksoy**, s. 2467.

²⁰ **Öztek, Selçuk & Memiş**, Tekin (2008), "Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması": Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 208.

²¹ **Yanlı**, s. 119.

²² **Ulusoy**, s. 377. **Öztek & Memiş**, s. 205

²³ **Yanlı**, s. 248-249; **Esen**, s. 39.

III. ORGANİK BAĞ KAVRAMI

Organik bağ kavramı ilişkili kişiler arasındaki ticari iş ve işlemlerin, sahiplik veya alacaklılık gibi hallerin yasal şirket ortaklığı veya şirketler topluluğu bağları kurulmadan gerçekleştirilmesini ve böylece ticari ve ekonomik faaliyetlerin farklı şirketler kişiler veya temsilciler arkasına gizlenerek yürütülmesini böylece gerçek sahiplerinin ve işlemlerin saklanmasını ifade etmektedir²⁴.

Yargıtay kararları ile yıllar içinde gelişen bu kavram sayesinde farklı tüzel kişiliklerin sorumlu tutulabilmesine hukuki zemin yaratılmaktadır. Organik bağ kavramına özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin kararlarda sıkça rastlanmaktadır. Kavramın en çok kullanıldığı alan iş uyumsuzluklarıdır. Yargıtay kararlarına bakıldığında Yargıtay'ın her zaman açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ifadesini kullanmadığı ancak birçok olayda organik bağ deyimini kullanarak benzer çözümler ürettiği görülmektedir.

Organik bağın varlığının ispatı sonucunda ilişkili kişilerin müştereken ve müteselsilen sorumlu tutabilmeleri için bu kişiler arasında gerçekte var olan ancak yasal işlem, kayıt ve sicilde gösterilmeyen gizlenen iş ve işlemlerin varlığının ispat edilmesi gerekmektedir²⁵. Bu ilişki bazen iktisadî veya ticarî bir bağımlılık, bazen aynı kaderi paylaşma bazen de birlikte hareket olgusu şeklinde olmaktadır²⁶.

IV. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ İLE ORGANİK BAĞ KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile organik bağ kavramı karşılaştırıldığında bu iki kavram arasında bazı benzerlikler olduğu görülmektedir. En önemli benzerlik her iki kavramın uygulanmasında esas olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesidir. Özellikle perdenin çapraz kaldırılması ile organik bağ benzer sonuçlar doğurmaktadır. Ancak bu iki kurum arasındaki en önemli fark perdenin çapraz kaldırılması için iki şirket arasında ekonomik bütünlüğün olması aranırken şirketler arasında organik bağın varlığı açısından böyle bir şart aranmamaktadır²⁷. Dolayısıyla organik bağın ispatı alacaklı açısından daha kolay olmaktadır²⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında aranan alanların (malvarlıklarının) karışması ya da özkaynak yetersizliği gibi şartlar organik bağ için aranmamaktadır²⁹.

Organik bağ bu açıdan bakıldığında daha geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Organik bağın varlığı halinde bir şirketin borçlarından dolayı bir başka şirketin malvarlığına gidilebilmektedir. Ancak organik bağ kavramı ile, alacaklı şirketin ortaklarının malvarlığına gidemez. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde ortakların malvarlığına da el koyulabilir. Çapraz kaldırmada borçlu şirketin yanı sıra kardeş şirketin hatta kardeş şirketin ortaklarının mal varlığına dahi el atmak mümkündür³⁰.

²⁴ **Uyanık**, N. Kemal (2019) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, Ankara, Seçkin, s. 877.

²⁵ **Uyanık**, s. 878.

²⁶ **Öztek & Memiş**, s. 211.

²⁷ **Öztek & Memiş**, s. 209-211.

²⁸ **Akıncı**, Şahin (2019) "Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle Organik Bağ

Kavramlarının Elverişliliği Ve Yargıtay Uygulamaları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3, C.27, s.670.

²⁹ **Öztek & Memiş**, s. 210.

³⁰ **Öztek & Memiş**, s. 210. Bu ihtimalde tüzel kişilik perdesi iki kere kaldırılmaktadır. Önce kardeş şirketler arasındaki daha sonra kardeş şirket ile ortakları arasındaki perde kaldırılmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi alacaklıya ortakların malvarlığına el atma yetkisi sağladığı için organik bağ kavramına göre alacaklıya daha çok avantaj sağlamaktadır. Zira kardeş şirketin içi boşaltılıp malvarlığı ortakların üzerine aktarıldığında organik bağ çözüm olmamakta, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir³¹.

Organik bağ ile perdenin çapraz kaldırılması kavramları birbirinin alternatifi olan kavramlar değildir. Dolayısıyla hem organik bağ hem de tüzel kişilik perdesinin aralanması yolları aynı olayda kullanılabilir. Yargıtay'ın da aynı olayda her iki kavrama birlikte müracaat ettiği sıklıkla görülmektedir.

V. ORGANİK BAĞIN TESPİTİNDE YARGITAY'IN KULLANDIĞI ÖLÇÜTLER

Yargıtay'ın organik bağ kavramı konusunda kesin olarak belirlemiş olduğu ölçütler yoktur. Kararlara bakıldığında somut olayın gereğine göre organik bağın varlığına karar vermektedir. Bu kararların ortak noktası alacaklıya zarar verici nitelikteki davranan borçlu tüzel kişilik ile diğer tüzel kişilik arasında herhangi bir bağ teşkil edecek unsurun bulunmasıdır. Organik bağ kavramı esasen iş hukuku ile ilgili yargı kararlarında yer almaktadır.

Yargıtay 9. HD., 2014/23021E., 2014/36630K., 02.12.2014 tarihli kararında iş yeri devrinde hukuki sorumluluğun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve organik bağ kavramları ışığında ele alınması gerektiğini belirtmiştir: “Taraflar arasındaki temel uyumsuzluk, davalı şirket ile önceki şirket arasında organik bağ ve işyeri devri olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddi

ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir. Avrupa Adalet Divanı, maddi ve maddi olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde ekonomik birliğin önemli unsurunu olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Avrupa Adalet Divanının kararlarında, “hukuki işlemle devir” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı sözlü bir anlaşma hatta zımni bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Davalıların hukuki sorumluluğu özellikle “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve “organik bağ” kavramları ışığında da ele alınmalıdır. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıklarının birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindedir. Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hâkim hukuku biçiminde bir son çaredir. “Organik Bağ” tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz.”

Yargıtay, 9. HD 2015/9375 E., 2015/13938 13.04.2015 tarihli kararında; asıl ve alt işveren arasında organik bağ bulunması nedeniyle işçilik alacaklarının her iki şirketten de tahsili talebi

³¹ Akıncı, s.673

karşısında: “Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde bulunan kişi ile özdeş kabul edilir. Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıtta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır” şeklinde karar vermiştir³².

Yargıtay, organik bağın varlığının tespiti açısından detaylı incelemeler yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda şirketlerin faaliyetine devam edip etmediği, iş gücü, makina gibi unsurların devrinin söz konusu olup olmadığı, şirketlerin muhasebe ve şirket kayıtlarında demirbaş listelerinde seri numaraları, modeli aynı makinaların bulunup bulunmadığı, şirketler arası toplu işçi geçişleri olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu nedenle tanıkların dinlenmesi ve gerekirse keşif yapılmasını istemektedir.

“Mahkemece, kapandığı belirtilen T.Tuğla AŞ isimli işyerinin faaliyetine devam edip etmediği, ekonomik bütünlüğünü iş gücü oluşturup oluşturmadığı ve özellikle işyeri unsurlarını oluşturan iş gücü, makina gibi unsurların devrinin söz konusu

olup olmadığı, işçilerin toplu olarak mı devredildiği yoksa davacının münferiden iş sözleşmesi devri oluşturacak şekilde diğer davalı yanında çalışmaya başlayıp başlamadığı hususlarının açıkça tespiti ile merkezi İstanbul’da olduğu anlaşılan T.Tuğla AŞ’ye ait kuruluş ve diğer belgelerin ilgili yerlerden temini ile davalı şirketler arasında organik bağ bulunup bulunmadığı ya da birlikte istihdam veya iş sözleşmesi devri unsurlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, davalı işyerlerine müzekkere yazılarak davacıya ait şahsi dosyaları ile davacının bu şekilde çalışmasına yönelik işverenler arasında sözleşme ya da eşdeğer bir belge olup olmadığı ve bu çalışma şekline ilişkin varsa tüm belgeler istenmeli, davacı tanıkları yeniden dinlenerek özellikle davalı diğer şirket olan E. Kömür Ltd. Şti bünyesindeki çalışmaya başladığı zaman aralığı ile çalışmasının süreklilik taşıyıp taşımadığı ve fabrikanın kapanmasından sonra yeni işyerinde başlaması arasında ne kadar bir sürenin geçtiği tespit edilerek gerekirse mahallinde keşif de yapılarak işverenler arasında ne tür bir ilişki bulunduğu açıkça tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır”³³.

Yargıtay organik bağın tespitinde tanık beyanlarına da itibar edilebileceğini belirtmektedir: “Somut uyuşmazlıkta, davalı şirketlerin ticaret sicili kayıtları, dava dışı ... İnş. ve San. AŞ’nin cevabi yazısı, tanık beyanları, ... 12. İş Mahkemesi’nin 2010/855 esas sayılı dosyasında görülen davanın 21/04/2011 tarihli celsesinde dinlenen davalı tanığı ...’ın ifadesi, davalılar arasında organik bağ bulunması sebebiyle işçilik alacaklarından birlikte sorumlu olduklarına ilişkin emsal davalarda verilen ve Dairemizce de onanan kararlar, ...ile tüm dosya kapsamı bir arada değerlendirildiğinde, davalı

³² www.sinerjimevzuat.com.tr.

³³ Yargıtay 9. HD 2009/36184 E. , 2012/801 K., 18.01.2012, www.sinerjimevzuat.com.tr.

şirketlerin organik bağ sebebiyle hüküm altına alınan alacaklardan birlikte sorumlu tutulmaları gerekirken, davalı Çetin İşletmeleri Tic. Ltd. Şti. yönünden davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir³⁴.

Yargıtay, çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işveren dışında başka işverenlere hizmet ettiği, işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler yanında sürekli işe giriş çıkışının yapıldığı durumlarda şirketler arasında organik bağın varlığını kabul ederek işçinin kıdem tazminatına hak kazanması noktasında aralarında bağlantı bulunan bu şirketlerin işveren olarak sorumluluğuna başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak daha sonra organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği görüşünün benimsendiği kararlar vermiştir. Bu kararlarında kıdem tazminatının hesabı noktasında farklı işverenler nezdinde geçen işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır. Daha sonra ise bu yaklaşımın işçinin yasal haklarının karşılanmasında özellikle de davaların uzaması göz önünde bulunduğu yetersiz bulunduğunu belirterek bu nedenle kıdeme ilişkin hakların hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşmanın hedeflendiği açıkça belirtilmiştir: “İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin koşullarından olan en az bir yıllık çalışmasının aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmiş olması gerekir. Kural olarak aynı guruba ya

da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında şirketler arasında organik bağdan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları son yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/5762 E, 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davaların uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönmüştür. Bu yolla kıdem tazminatının hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir³⁵

³⁴ Yargıtay 22. HD, 2017/44748 E., 2018/7787 K., 27.03.2018, www.sinerjimevzuat.com.tr.

³⁵ Yargıtay 9. HD 2009/33210E., 2010/1177K. 25.01.2010. Aynı yöndeki bakış açısıyla verilen Yargıtay 22. HD 2012/22684E., 2013/10887K., 14.05.2013 tarihli kararı değerlendiren *Ulucan*, öncelikle olaya uygulanabilecek yasal bir düzenleme varsa bu düzenlemeye uygun bir araştırma yapılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, birbirinden bağımsız iki tüzel kişi şirket arasında gerçek anlamda bir işyeri devri söz konusu ise, bütün bu teorik tartışmalara girmeksizin İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca her iki

işverenin, işyerinin devrinden sonra iki yıl süre ile devredilen işyerinde çalışan işçi alacaklarından sorumlu oldukları, iki yıldan sonra sadece devralan işverenin sorumlu olacağı kuralından hareketle sonuca ulaşmak doğru olandır. Bu konuda sorunun yasal yol varken, belki optik açıdan daha anlaşılır kaldırılması gibi kuramsal bir yola gidilmesine gerek açık bir muvazaalı bir işlemin olduğu kanıtlanabiliyorsa gidilmesi gerekir (*Ulucan* Devrim (2016) “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel Sayısı, C: LXXIV, s. 758). *Şahlanan* ise, sadece

Kararlar incelendiğinde iki tüzel kişilik arasında organik bağın varlığının kabulü için aranan ölçütler şu şekilde sıralanabilir:

- Adres ortaklığı
- Faaliyet alanlarının ortaklığı ve unvan benzerliği
- Şirket ortak ve yetkililerinin aynı veya ilişkili kişilerden oluşması (akrabalık ilişkisi)
- Temsilci veya vekillerin aynı kişi olması

Organik bağ kavramı ile ilgili olarak daha detaylı bir açıklama yapan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu organik bağ ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi arasındaki farkı şu şekilde açıklamıştır³⁶: “...Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde çoğu zaman perdenin tarafları arasındaki güçlü organik bağa ve yapılan muvazaalı işlemlere rastlanılmaktadır. Bu kavramlar bazen aynı olayda karşımıza çıkabilir; ancak sadece birinin oluşması diğerini engellemeyecektir. Bir hukuki işlemin her iki tarafının da irade ile beyanı arasında bilerek uygun-suzluk yaratması durumu muvazaanın şartları her olayda gerçekleşmeyebilir. Sorumluluğun genişletilebilmesi için yine içtihatlarla geliştirilmiş olan organik bağ kavramının da tartışılması gerekmektedir. Zira, organik bağ kavramı da kaynağı TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır. Organik bağ, iki tüzel kişi (veya bunların ortakları arasındaki ilişki) olarak nitelendirilebilir. Organik bağ, perdenin saklanması göre daha geniş bir anlamı ifade eder; bu bağın varlığı tanıkla bile ispat edilebilir.

Organik bağ, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlayacak güçte değildir. Şirketlerin kuruluş tarihlerinin aynı olması, hissedarların aynı soyadı taşımaları organik bağın varlığını göstermez. Şirketlerin aynı kişi tarafından yönetilmesi, aynı ortaklara sahip olması ya da benzer iş kolunda faaliyet göstermeleri somut olayın niteliğini göre başka delillerle desteklendiğinde organik bağın varlığı için yeterli ise de; bu husus tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve alacağın perdenin arkasından de istenebilmesi için sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığının da somut verilerle ispatlanması gerekmektedir. Organik bağ şirketlerin adreslerinin, faaliyet alanlarının, ortaklarının veya temsilcilerinin aynı olmasından ve aradaki hukuki ilişkiden tespit edilebilir. Tüzel kişiliğin kaldırılmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve derin bir keşime vardır ki; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde tek bir şirketle iş yapılıyor algısı oluşmaktadır. Örneğin; üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan bu algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp iş alanının diğerine kaydırılması işlemleri tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir”.

Karara göre organik bağ, iki tüzel kişi (veya bunların ortakları arasındaki ilişki) olarak nitelendirilebilir. Kaynağını TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından almaktadır. Organik bağ, tüzel kişilik

sermaye gruplarının aynı şirketlere ait olmasının organik bağ gerekçesi ile birlikte sorumluluğa gidilmesi için yeterli olmayacağını ve her somut olayda ayrıntıların özenle değerlendirilmesinin önemli olduğunu ifade etmektedir (Şahlanan, Fevzi (2011), “Tüzel Kişi İşverenin

Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi”, Tekstil-İşveren, S: 373, s. 2 vd.)

³⁶ Yargıtay HGK 2020/19-94E., 2020/358K. 09.06.2020, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

perdesinin kaldırılması teorisine göre daha geniş bir anlamı ifade etmektedir ancak tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlayacak güçte bir kavram değildir. Organik bağın tespitinde şirketlerin adreslerinin, faaliyet alanlarının, ortaklarının veya temsilcilerinin aynı olmasından ve aradaki hukuki ilişki ölçüt olarak kullanılabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında ise daha derin bir kesişme aranmaktadır. Yargıtay'a göre tüzel kişiliğin kaldırılmasında her iki şirketin faaliyet alanı, ortaklık yapısı, ortakları gibi konularda öyle büyük ve derin bir kesişme vardır ki; bu şirketlerle iş yapan kişiler nezdinde tek bir şirketle iş yapılıyor algısı oluşmalıdır.

VI. SONUÇ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, bazı şartların varlığı hâlinde, tüzel kişilik dikkate alınmadan, mevcut kişiliğin arkasına saklanan kimşenin borçtan sorumlu tutulması olarak tanımlanabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından, tüzel kişinin kişiliğine ve mal varlığına ilişkin ayrılık ilkesinin uygulanmaması ve onun hukuki bağımsızlığının bir nevi dikkate alınmayıp onun bertaraf edilmesi anlaşılmaktadır. Bu kavram hukukumuza öğretilmiş ve yargı kararları ile girmiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yalnızca ticaret hukukunda değil vergi hukuku, icra ve iflas hukuku ve diğer hukuk dallarında da uygulama alanı bulmuştur. Teorinin iş hukukuna yansımada ise perdenin kaldırılması kavramı organik bağ kavramı ile birlikte kullanılmaktadır. Organik bağ, iki tüzel kişi arasındaki ilişki olarak nitelendirilebilir. Organik bağ, perdenin kaldırılması teorisine göre daha geniş bir anlamı ifade eder. Bu bağın varlığı tanımla bile ispat edilebilir. Organik bağın tespitinde aranılan ölçütler adres ortaklığı, faaliyet alanlarının ortaklığı ve unvan benzerliği, şirket ortak ve yetkililerinin

aynı veya ilişkili kişilerden oluşması, temsilci veya vekillerin aynı kişi olması şeklinde sıralanabilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için ise aranan kriterler ise özkaynak yetersizliği, yabancı yönetim ve alanların (malvarlıklarının) karışmasıdır. Yargıtay kararlarında da tüzel kişi ile ortakların alanlarının, organizasyon ve malvarlıklarının birbirine karışması, ortağın kendi fiil ve işlemleriyle üçüncü kişilere karşı sanki tüzel kişilik ile kendisi arasında bir ayırım yokmuşçasına işlemler yapması ya da ortağın kendi malvarlığı ile şirketin malvarlığı birmiş gibi davranması, yetersiz sermaye ile faaliyete devam edilmesi özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli (kötü niyetli) olarak üçüncü kişileri zarara uğratmasının perdenin kaldırılması için aranan şartlar olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla organik bağın tespitinde aranan ölçütler tüzel kişiliğin kaldırılması için aranan ölçütlerden daha hafiftir. Bu nedenle ispatı daha kolaydır.

Organik bağ, tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını sağlayacak güçte değildir. Şirketlerin kuruluş tarihlerinin aynı olması, hissedarların aynı soyadını taşımaları organik bağın varlığını göstermez. Şirketlerin aynı kişi tarafından yönetilmesi, aynı ortaklara sahip olması ya da benzer iş kolunda faaliyet göstermeleri somut olayın niteliğini göre başka delillerle desteklendiğinde organik bağın varlığı için yeterli ise de; bu husus tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve alacağın perdenin arkasındakinden de istenebilmesi için sırf alacaklıdan mal kaçırmak ve onu zarara uğratmak amacıyla kötü niyetli işlemler yapıldığının da somut verilerle ispatlanması gerekmektedir. Organik bağ şirketlerin adreslerinin, faaliyet alanlarının, ortaklarının veya temsilcilerinin aynı olmasından ve aradaki hukuki ilişkiden tespit edilebilir.

Yukarıda verilen kararlar incelendiğinde hem öğretide hem de yargı kararlarında organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin birbirinden farklı olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Ancak iş uyuşmazlıkları ile ilgili kararlarda organik bağ için gereken kriterlerin gerçekleşmesi tüzel kişiliğin kaldırılması için genellikle yeterli görülmektedir. Diğer alanlarda ise organik bağ kavramı tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli görülmemektedir. Bu alanlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için organik bağa ek olarak alanların karışması, yetersiz sermaye gibi tüzel kişiliğin kaldırılmasında aranan ölçütlere de başvurulduğu görülmektedir. Sonuç olarak iş uyuşmazlıkları dışındaki alanlarda tüzel kişilikler arasında yer alan organik bağın, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için tek başına yeterli olmadığı, bir çeşit ön koşul gibi kabul edildiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin (2019) “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği Ve Yargıtay Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3, C.27, s. 652-678.

Akyol, Şener (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat.

Antalya, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”: Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 143-152.

Esen, Emre (2012) Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul, Beta.

Oğuzman, M. Kemal & **Seliçi**, Özer & **Ok-tay-Özdemir**, Saibe (2018) Kişiler Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz.

Özkurt, Ayşegül (2010) “Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık.

Öztan, Bilge (2011) Tüzel Kişiler, 4. Bası, Ankara, Turhan.

Öztek, Selçuk & **Memiş**, Tekin (2008), “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”: Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 195-216.

Sağlam, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”: Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 153-161.

Serozan, Rona (2018) Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Filiz.

Seven, Vural & **Göksoy** Y. Can (2006), “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Barosu, S: 6, C: 80, s. 2455-2470.

Şahlanan, Fevzi (2011), “Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi”, Tekstil İşveren, S: 373, s. 2-8.

Ulusoy, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”: Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 351-405.

Ulucan Devrim (2016) “İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel Sayısı, C: LXXIV, s.757-764.

Uyanık, N. Kemal (2019) Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ, Ankara, Seçkin.

Yanlı, Veliye (2000) Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, Beta.

Yılmaz, Lerzan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, Erol Ulusoy (Editör) (2008) I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk İstanbul, Fakültesi, s. 254-256.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Yargıtay Kararları

*Decisions of the Court of
Cassation*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO: 2017/43

KARAR NO: 2021/240

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkili şirket tarafından K**** İnş. Mal. Tic. ve San. Ltd. Şti. lehine 14.09.2012 keşide ve 16.10.2012 vade tarihli 11.873,00 TL bedelli bono düzenlendiğini, T. Halk Bankası Konak Şubesi tarafından İzmir **. Noterliğinin 18.10.2012 tarihli ve **** yevmiye numaralı ödememe protestosunun müvekkiline gönderildiğini, oysa davalı banka tarafından bononun kendisinde olduğuna dair ihbar yükümlülüğü yerine getirilmeden ödememe protestosu keşide edildiğini, protesto sonrasında müvekkili tarafından senet bedeli ile 83,54TL protesto masrafının davalı bankaya ödendiğini, davalı bankaya ödememe protestosunu kaldırması için ihtarname gönderildiğini ancak taleplerine olumsuz yanıt verildiğini, müvekkili şirketin hiçbir bonosunun protestoya uğramadığını ve Merkez Bankası sicilinin temiz olduğunu, dava konusu haksız protesto nedeniyle müvekkilinin kredibilitesinin ve ticari itibarının zedelendiğini ileri sürerek haksız olarak düzenlenen ödememe protestosunun kaldırılmasına, müvekkili şirketten tahsil edilen 83,54TL protesto masrafının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkili bankanın kendisine tahsil cirosu ile devredilen senetlerde senetlerin kendisinde bulunduğu dair bir ihbar yükümlülüğü bulunmamasına rağmen müvekkili tarafından

ayrım gözetmeksizin tüm tahsil senetleri ile ilgili olarak vadeden önce ihbar gönderilmekte olduğunu, davacıya ihbar gönderilmese dahi davacının kendisine ödeme için ibraz edilmeyen senet bedelini TTK'nin 712. maddesi gereğince bir bankaya tevdi edebileceğini, davacının senet bedelini protesto evrakının kendilerine tebliğ edildiği 02.11.2012 tarihinden beş gün sonra 07.11.2012 tarihinde ödediğini, dolayısıyla keşidecisi olduğu bir senedi vade tarihinde bir bankaya depo etmeyen ve protesto evrakının kendisine tebliğ tarihinden itibaren beş gün sonra ödeyen davacının protestonun kaldırılmasını talep edemeyeceğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararı:

6. İzmir 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 01.04.2013 tarihli ve 2012/724 E. 2013/163 K. sayılı kararı ile; davalı bankanın kendisine tevdi edilen bononun kendisinde bulunduğu ve ödemenin kendisine yapılacağına ilişkin olarak TTK'nin 723/1 maddesine göre ihbarın yapıldığını gösteren belgeyi ibraz etmediği, ihbarın yapılmış olması hâlinde ciro ile el değiştiren senedin davalı bankada olduğunun bilinebileceği ve buna göre ödemenin bankaya yapılacağı, bu şekilde borçlu davacının protestoya uğramasının söz konusu olmayacağı gerekçesiyle davalı bankanın davacı aleyhine çekmiş olduğu İzmir **. Noterliğinin 18.10.2012 tarihli ve **** yevmiye numaralı ödememe protestosunun kaldırılmasına ve 83,54TL protesto masrafının davalı bankadan tahsiline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde

bulunmuş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.03.2014 tarihli ve 2014/3029 E.,2014/4764 K. sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, bunun üzerine davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.12.2014 tarihli ve 2014/13060 E., 2014/19138 K. sayılı kararı ile; “...Dava, davalı banka tarafından yasaya aykırı olarak düzenlendiği iddia olunan protestonun kaldırılması ve davacıdan tahsil edilen protesto ücretinin tahsili istemlerine ilişkin olup mahkemece, 6102 sayılı TTK'nun 723/1. maddesi uyarınca yapılması zorunlu olan ihbarın yapılmamış olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, mahkemece hükme dayanak yapılan 6102 sayılı TTK'nun 723/1. maddesinde öngörülen ihbar mükellefiyeti, madde metninden de anlaşılacağı üzere protestodan sonra doğan bir mükellefiyettir (Prof. Dr. Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, 1997, s:782). Esasen, poliçeye ilişkin olarak düzenlenmiş bu hükmün, her ne kadar TTK'nun 778/1-d maddesindeki atıf nedeniyle bonolar hakkında da uygulanması gerekir ise de bononun mahiyeti dikkate alındığında anılan hükmün bonolar yönünden uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu itibarla, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından davalı vekilinin karar düzeltme istemlerinin kabulü ile Dairemizin 2014/3029-4764 E.K. sayılı onama kararının kaldırılarak yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9.İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 09.06.2015 tarihli ve 2015/492 E., 2015/481 K. sayılı

kararı ile; önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10.Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11.Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı bankanın ibraz yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve senedin kendisinde bulunduğunu vade tarihinden önce keşideciye (davacıya) ihbar ettiğini ispatlayamaması karşısında İzmir **. Noterliğinin 18.10.2012 tarihli ve **** yevmiye numaralı ödememe protestosunun kaldırılma şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12.Dava, bonoya dayalı ödememe protestosunun kaldırılması istemine ilişkindir.

13.Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle “sakat protesto” ve “haksız protesto” kavramları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

14. Kambiyo senetlerinin düzenlenmesi, kabulü, cirosu gibi işlemlerin yapılma usulü ve geçerliliği olay ve dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (6102 sayılı TTK) bazı şekil şartlarına bağlanmıştır. Kanunda aranan şekil şartlarına uyulmaması, yapılan işlemin geçersizliğine ya da farklı sonuçlar doğurmasına neden olur. Bu kapsamda yapılma usulü ve geçerliliği bakımından özel önem taşıyan kambiyo senetleri ile ilgili işlemlerden birisi de “protesto”dur.

15. Türk Hukuku'nda genel anlamıyla protesto, menfi veya müspet bir edimin ifasına davet, tazminat talebi, karşı tarafın taleplerinin reddi gibi amaçlarla noter vasıtasıyla gönderilen tek taraflı bir irade açıklamasıdır (*Gürbüz, A. Hulusi: Bankalarla Ticari Senetler İlişkisi, Ankara, 1981, s. 1151*). Bununla birlikte protesto, kıymetli evrak hukukunda ve kambiyo senetleri uygulamasında, genellikle iki anlamda kullanılmaktadır. Protestonun birinci anlamı, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılabilmesi için senedin kabul edilmemesi veya ödenmemesi hâllerinin tespiti ve ispatı amacıyla noter tarafından düzenlenen resmi nitelikte bir belgeyi ifade etmesidir. Protestonun ikinci anlamı ise hâmil tarafından senedin kabul edilmek veya ödenmek üzere borçlusuna ibrazı veya ibrazına teşebbüs edilmesi hâlinde, senedin kabul edilmemesi veya ödenmemesi, borçlunun ödeme yerinde bulunmaması veya ticaret yeri veya konutunun belirlenmemesi hâllerinin noter tarafından düzenlenen resmi bir belge ile tespit edilmesini ifade etmektedir (*Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015, s. 204*).

16. 6102 sayılı TTK'nin "Kambiyo Senetleri"ne ilişkin hükümleri içerisinde protesto, poliçe hükümleri arasında 6102 sayılı TTK'nin 714 ilâ 722. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler TTK'nin 778/1-d maddesi gereğince bononun niteliğine aykırı düşmemesi kaydıyla, bono hakkında da uygulanacaktır.

17. Kambiyo senetlerinde ödememe (ve kabul etmeme) hâline özel bazı sonuçlar bağlandığından bu senetlerin süresinde ibraz edilmiş olmalarına rağmen ödenmediğinin (veya kabul edilmediğinin) noter tarafından düzenlenecek protesto ile tespit ve tevsik edilmesi gerekmektedir. Zira hâmilin, başvurma hakkını kullanabilmesi için, senedin

ödenmediğinin (veya kabul edilmediğini) tespiti amacıyla, protesto yerine başvurabileceği başka alternatif hukuki imkân bulunmamaktadır. Bu itibarla hâmil, asıl borçlunun ödememe hâlini ayrıca protesto ile belgelemeyecek olursa, istisnalar dışında (protestodan muafiyet kaydı, mücbir sebep, iflas) başvuru borçlularına başvurma hakkını yitirecektir.

18. Bununla birlikte kanuna uygun olarak düzenlenmeyen veya içindeki kayıtlar yanlış olan protestonun geçerli olduğu 6102 sayılı TTK'nin "Sakat protesto" başlığını taşıyan 721. maddesinde kabul edilmiştir. Gerçekten de 6102 sayılı TTK'nin 721/1 maddesi; "*Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde de geçerlidir.*" hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere kanuna uygun olarak düzenlenmeyen veya içindeki kayıtlar yanlış olan protesto, kanun koyucu tarafından "sakat protesto" olarak kabul edilmesine rağmen, hâmilin başvuru borçlularına karşı haiz olduğu hakların kaybolmamasının temin edilmesi, tedavül eden senede dayanan alacak hakkının korunması ve bu yönden çıkacak ihtilafların önlenmesi amacıyla geçerli kabul edilmiştir. Her ne kadar sakat protesto geçerli kabul edilse de 6102 sayılı TTK'nin 721/2 maddesi gereğince bu protestoyu düzenleyen noter hakkında disiplin hükümleri saklı tutulmuştur.

19. Öte yandan protestonun, kanunda öngörülen usule uygun düzenlenmemesi veya içerdiği bilgilerin yanlış olması hâlinde, borçlu ya da senetle ilgisi olmayan kişilerin, kanuna aykırı düzenlenen bu protestodan dolayı zarar görmesi mümkündür. Zira düzenlenen protesto, ayrıca Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilerek alenileştirilmekte, bu nedenle senedin ödenmesinden sorumlu olanın ticari itibarı zedelenmektedir. Böylece protesto muhatabının ticari çevresinden gördüğü itibar

azalmakta, bankalar ile üçüncü kişiler nezdindeki kredisi tükenmektedir (*Bozgeyik, Hayri: Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara, 2003, s. 144*). O hâlde kanuna aykırı düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren ve bu suretle borçlu veya senetle ilgisi bulunmayan kişilerin zarara uğramasına yol açan protestolar “haksız protesto” olarak nitelendirilmelidir (*Gürbüz, s. 183*). Haksız protesto, aynı zamanda bir haksız fiil hâli olması sebebiyle, protesto muhatabının uğradığı zararın genel hükümlere göre tazmin ettirilmesi mümkündür.

20. Görüldüğü üzere “sakat protesto” ile “haksız protesto” farklı anlamları olan iki ayrı kavramı ifade etmektedir. 6102 sayılı TTK’nin protestoya ilişkin hükümlerine aykırı düzenlenmiş olan bir protesto, hem sakat protesto, hem de haksız protesto niteliğinde olabilir. Öte yandan her sakat protesto, haksız protesto niteliğinde olmayabileceği gibi, her haksız protesto da sakat protesto niteliğinde olmayabilir. Başka bir deyişle bir haksız protesto, sakat protesto niteliğine sahip olup geçerli olabileceği gibi, geçersiz bir protesto niteliğine de sahip olabilir. Geçersiz bir protesto ise baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna karşılık sakat protesto, 6102 sayılı TTK’nin 721/1 maddesi gereğince herhâlde geçerli bir protesto niteliğindedir. Bu nedenle bir haksız protestonun geçerli olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre dikkatlice incelenmelidir (*Eriş, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara, 2014, s. 362*). Zira protesto konusunda da, tıpkı kambiyo senetlerinde olduğu gibi, muamelattaki güveni korumak esas olmalı; her haksız protestonun geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır.

21. Noter tarafından düzenlenecek resmi bir belge niteliğinde olan protestonun içeriği, 6102 sayılı TTK’nin 716. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda anılan Kanun’un

716/1-b maddesinde protestonun “*Kendisine protesto çekilen kişinin, poliçeden doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği hâlde, taahhüdünü ifa etmemiş, kendisi bulunamamış veya ticaret yerinin ya da konutunun belirlenmemiş olduğuna ilişkin bir şerhi*” içermesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, somut olay kapsamında değerlendirilecek olursa, bono nedeniyle ödememe protestosu çekilebilmesi için ödeme günü geldiğinde, hâmilin senedi düzenleyene ibraz etmesi ve ödeme talebinde bulunması gerekir. Bononun ödenmemesi üzerine hamil, bu sefer bonoyu notere götürerek noterden ödememe protestosu çekmesini ister. Hamilin bu talebi üzerine noter protesto çekmeden önce özen yükümlülüğü gereğince hamilin beyanının doğruluğu konusunda gerekli incelemeyi yapmak zorundadır. Uygulamada noterler, sadece hamilin beyanı üzerine, onun beyanına itimat ederek kabul etmeme veya ödememe protestosu düzenlemektedirler. Bu şekilde noter tarafından düzenlenen bir protesto kanuna uygun olarak düzenlenmediğinden ve içindeki kayıtlar yanlış olarak yazılmış olduğundan sakat protesto hükmündedir (*Bozer, Ali/Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 2017, s. 147-148*).

22. Bono (ve poliçe), devredilebilir bir hakkı içeren, dolanım ve tedavül yeteneği bulunan kıymetli evraktır. Borçlu, tedavül nedeniyle senedin kimin elinde olduğunu bilebilecek durumda olmadığından, hâmil, ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde borçluya giderek (senet tedavül etsin veya etmesin) senedi ödemesi için ibraz etmelidir. Bu husus 6102 sayılı TTK’nin 708/1 maddesinde; “*Belirli bir günde veya düzenlenme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin hâmili, poliçeyi ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödenmek üzere ibraz etmelidir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir para borcunu içeren bono (ve poliçe) tedavül etsin veya

etmesin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 89/1 maddesinde düzenlenen genel kuralın aksine, kanunen aranılacak bir borcu içerir. Bu sebeple bononun (ve poliçenin), hâmile tarafından asıl borçluya ödemesi için yerleşim yerinde ibrazı, ödeme ile ilgili sürecin ilk ve zorunlu basamağını oluşturur. Hemen belirtmelidir ki; bankalara tahsil cirosu ile devredilen bonolar açısından ödeme yerindeki banka şubesi tarafından, senedin kendilerinde olduğunun bildirilmesine ve vadesi geldiğinde senedi ödemeye davet edilmesine ilişkin asıl borçluya gönderilen ihtarnamelerin 6102 sayılı TTK'nin 708/1 maddesinin açık hükmü gereğince ibraz niteliği bulunmamaktadır. Banka tarafından asıl borçluya ihtarname gönderilse dahi bononun, ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödenmek üzere ibraz edilmesi gerekmektedir (*Bozgeyik, s. 98*).

23. 6102 sayılı TTK'nin 708/1 maddesinde senedin asıl borçluya ibrazının hâmil tarafından yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Zira böylece borçlu, hak sahibi olduğunu bildiren hâmilin, yetkili (meşru) hâmil niteliğini ve senedin zorunlu unsurlarını inceleyip, ödemeyi hâmile yapacaktır. Bununla birlikte ödememe protestosu için süresinde notere başvurulduğunda; noterin senedi asıl borçluya ibraz yükümlülüğünün bulunduğuyla ilişkin kanun hükmü bulunmadığı gibi, 6102 sayılı TTK'nin 708/1 maddesindeki ibraz yükümlülüğünü yerine getirdiğini beyan eden senet hâmilinin bu beyanının doğruluk derecesinin de noter tarafından araştırılması gerektiğini belirten kanun hükmü bulunmamaktadır (*Bozgeyik, s. 98; Gürbüz, s. 163*). Öte yandan 6102 sayılı TTK'nin 716/1-b maddesi gereğince protestoda yazılması gerekli şerhin ve 6102 sayılı TTK'nin 755. maddesi gereğince protesto çekmenin borçlunun ticaret yerinde ve böyle bir yeri yoksa konutunda yapılması gerektiğine dair düzenlemenin ibrazın; salt noter ya da yetkili memurunca yapılması zorunluluğu için yasal dayanak

olması mümkün değildir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda da sadece protesto düzenleme işleminin noterlerin görevleri arasında olduğu belirtilmiş, ayrıca bir ibraz yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Bununla birlikte her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da ibraz yükümlülüğünü yerine getirdiğini beyan eden senet hâmilinin salt bu beyanına göre gerekli inceleme yapılmadan protesto çekilmesi, noterlerin güven sorumluluğundan kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla bu yükümlülüğü yerine getirmeyen noterlerin idari sorumluluğunun yanı sıra hukuki sorumluluğundan da bahsedilebilecektir.

24. Hâmil tarafından senet ibraz edilmemesine rağmen, senedin ibraz edildiği beyanına dayalı olarak, bu beyanın doğruluğu incelenmeden noter tarafından protesto çekilmesi ve bunun sonucunda da borçlu veya senetle ilgisi bulunmayan kişilerin zarara uğraması hâlinde bu protesto "haksız protesto" niteliğindedir. Bununla birlikte ibrazın yapılmadığı anlaşılan ve bu nedenle borçlunun zararına sebep olan haksız protesto; kanunun ibrazın yapıp yapılmadığını araştırma yükümlülüğünü açık bir şekilde kendisine tevdi etmediği noter tarafından hâmilin beyanına istinaden düzenlendiği ve TTK'nin 716/1-b maddesine uygun olarak poliçe içerisinde yer alan kaydın ibrazın yapılmamış olması hâlinde yanlış kayıt olduğu gözetildiğinde 6102 sayılı TTK'nin 721/1 maddesi gereğince sakat protesto niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira anılan protesto, noterin özen yükümlülüğüne aykırı davranarak ibrazın varlığının ve geçerliğinin saptanmaması suretiyle çekilmiştir. Bu durumda çekilen protesto, sakat protesto niteliğine sahip haksız protesto olup, yanlış kayıt içerdiğinden 6102 sayılı TTK'nin 721/1 maddesi gereğince geçerli olacak ve hâmil başvuru hakkını kullanabilecektir. Öte yandan 6102 sayılı TTK'nin 721/2 maddesi gereğince sakat protesto durumunda noterin disiplin

hükümlerine göre sorumluluğu saklı tutulmuştur. Bu hükmün kanuna aykırı olarak “sakat protesto” veya “haksız protesto” düzenleyen noterin genel hükümler ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu kapsamında hukuki sorumluluğuna engel olmayacağı da şüphesizdir. Bu itibarla 6102 sayılı TTK’nin 708/1 maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirip senedi ibraz etmeyen ve üstelik yanlış beyanda bulunan hâmil; gereksiz yere protesto çektirmiş olduğundan hâlin icabına göre bu haksız fiilinin sonuçlarına (borçlunun ticari itibarının zedelenmesinden, bankalarındaki kredilerinin kesilmesinden doğan maddi ve manevi tazminat istemlerine) katlanmak durumundadır.

25. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirket tarafından dava dışı K**** İnş. Mal. Tic. ve San. Ltd. Şti. lehine keşide edilen 14.09.2012 keşide ve 16.10.2012 vade tarihli 11.873,00TL bedelli bononun dava dışı Kütahya Porselen Sanayi A.Ş. tarafından davalı bankaya tahsil cirosu ile verildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu bonoda ödeme yeri ve düzenleme yeri gösterilmediği için bononun ödenmek üzere ibraz edileceği yer, düzenleyenin imzasının yanında yazılı olan Konak-İzmir’dir. Söz konusu bono, davalı bankanın Konak Şubesi tarafından ibraz yeri noteri olan İzmir **. Noterliğine ödememe protestosu çekilmek üzere süresinde tevdi edilmiştir.

26. Davalı banka tarafından dava konusu bononun asıl borçluya ödeme için ibraz edilmediği sabit olup, sadece davacıya (asıl borçluya) vadeden önce ihtarname gönderildiği savunulmuştur. Ancak davalı banka tarafından davacıya ihtarname gönderildiği de ispatlanamamıştır. Kaldı ki yukarıda bahsedildiği üzere banka tarafından gönderilen ihtarnamenin ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırması mümkün değildir.

27. Davalı bankanın ibraz yükümlülüğünü yerine getirmediği söz konusu ödememe protestosunu çektirmesi “haksız protesto” niteliğindedir. Zira protesto sonrasında davacının Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi’ne bildirildiği davalı bankanın da kabulündedir. Söz konusu “haksız protesto”; davalı bankanın beyanı üzerine yetkili noter tarafından düzenlenmiştir. Noterin senedin asıl borçluya ibraz yükümlülüğü ile ibrazın yapıp yapılmadığını araştırma yükümlülüğü hususunda açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı, bu hususun sadece özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği gözetildiğinde, dava konusu ödememe protestosunun 6102 sayılı TTK’nin 721/1 maddesi gereğince yanlış kayıt içeren sakat protesto niteliğinde bulunduğu ve geçerli olduğu, bu geçerliliğin cirantalara, keşideciye ve diğer borçlulara karşı hamilin haiz olduğu hakların kaybolmamasını temin ve tedavül eden senede dayanan alacak hakkının korunması ve bu yönden çıkacak ihtilafların önlenmesi amacı taşıdığı da nazara alındığında ödememe protestosunun kaldırılma şartlarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte protestonun “haksız protesto” niteliğinde olması nedeniyle zarara uğradığını iddia eden asıl borçlunun, davalı bankadan genel hükümler kapsamında tazminat talep etmesinin önünde de bir engel bulunmadığı belirtilmelidir.

28. Hemen belirtilmelidir ki; her ne kadar Özel Dairenin bozma ilamında ve mahkeme gerekçesinde de yer alan, policede kabul etmeme veya ödememe protestosu sonrasında başvuru borçlularına yönelik ihbar zorunluluğunun düzenlendiği 6102 sayılı TTK’nin 723/1 maddesinden hareket edilerek sonuca gidilmiş ise de; yukarıda bahsedilen gerekçelerle bu hususun somut olaya uygulanması mümkün değildir.

29. Bu itibarla mahkemece, dava konusu “haksız protesto”nun sakat protesto niteliğinde

bulunduğu ve böylece protestonun kaldırılma şartlarının oluşmadığı kabul edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

30. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; 6102 sayılı TTK'nin sakat protestoya sonuç bağladığı, ancak haksız protestoya bir sonuç bağlanmadığı, haksız protestonun aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği, bu nedenle davacının zararının tazminini talep edebileceği gibi Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi gereğince sürmekte olan saldırıya son verilmesini de talep edebileceği, somut olayda bono ibraz edilmeden ödememe protestosu çekildiği için davacının ticari itibarı zedelenmediği ve haksız protestonun söz konusu olduğu, zira bononun ibrazı zorunlu olup, noterin de ibrazın varlığını ve geçerliliğini saptama görevi bulunduğu, dolayısıyla haksız protestonun sakat protesto olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla ödememe protestosunun geçersiz olduğu ve kaldırılma şartlarının oluştuğu, bu nedenle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

31. O hâlde direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı bozulması gerekmektedir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik 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**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 11.03.2021 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

1. Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki temel uyumsuzluk, "*davalı bankanın ibraz yükümlülüğünü yerine getirmemesi senedin kendisinde bulunduğu vade tarihinden önce keşideciye (davacıya) ihbar ettiğini ispatlayamaması karşısında noter vasıtası ile çektiği protestosunun kaldırılma şartlarının oluşup oluşmadığı, protestonun varlığını koruyup korumadığı, haksız protesto olarak kabul edilse dahi sakat protestonun sonuçlarının bağlanıp bağlanamayacağı*" noktasında toplanmaktadır.

2. Mahkemece, "*davalı bankanın kendisine tevdi edilen bononun kendisinde bulunduğunu ve ödemenin kendisine yapılacağına ilişkin olarak TTK'nın723/1 maddesi gereğince ihbarın yapıldığına ilişkin belgeyi ibraz etmediği, ihbarın yapılmış olması halinde ciro ile el değiştiren senedin davalı bankada olduğunun bilinebileceği ve buna göre ödemenin bankaya yapılacağı, bu şekilde borçlu davacının protestoya uğramasının söz konusu olmayacağı*" gerekçesiyle davalı bankanın davacı aleyhine noter vasıtası ile çekmiş olduğu protestosunun kaldırılmasına karar verilmiştir.

3. Özel Dairece "*mahkemece hükme dayanak yapılan 6102 sayılı TTK'nun 723/1. maddesinde öngörülen ihbar mükellefiyetinin madde metninden de anlaşılacağı üzere protestodan sonra doğan bir mükellefiyet (Prof. Dr. Öztan Fırat, Kıymetli Evrak*

Hukuku, 2. Bası, 1997, s:782) olduğu, esasen, poliçeyle ilişkin olarak düzenlenmiş bu hükmün, her ne kadar TTK'nun 778/1-d maddesindeki atf nedeniyle bonolar hakkında da uygulanması gerekir ise de bononun mahiyeti dikkate alındığında anılan hükmün bonolar yönünden uygulanma kabiliyeti bulunmadığı, bu itibarla, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerektiği" gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiştir.

4. Yerel mahkemece verilen direnme kararının temyizi üzerine çoğunluk görüşü ile *"davalı bankaya senet ibraz edilmemiş halde dahi protestonun Türk Ticaret Kanunu'nun 721. maddesi uyarınca geçerli olacağı, protestonun kanuna uygun düzenlenmemesinin protestoyu geçersiz kılmayacağı, bu halde borçlunun(senedi düzenleyenin) zararının tazmin edebileceği"* gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

5. Çoğunluk görüşüne aşağıda açıklanan gerekçeler ve özellikle senedin bankaya ibrazının zorunlu olması, ibrazın yapılmaması hâlinde gerçekleştirilen protestonun haksız protesto olması ve haksız fiile ilişkin sonuçlardan birinin de haksız fiili teşkil eden davranışın ortadan kaldırılmasının bulunması nedenleri ile katılmamıştır. Zira;

6. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun;

708. maddesine göre; *"Belirli bir günde veya düzenlenme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin hamili, poliçeyi ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödenmek üzere ibraz etmelidir"*.

712. maddesi uyarınca ise *"Bir poliçe 708 inci maddede öngörülen süre içinde ödeme için ibraz edilmediği takdirde borçlu, gideri ve riski hamile ait olmak üzere poliçenin bedelini bir bankaya tevdi edebilir"*.

708. madde deki ibraz ödeme için emredici nitelikte zorunlu unsur iken, 712. maddede ibraz edilmeden bankaya bedel tevdi zorunlu olmayıp, düzenleyenin iradesine bırakılmıştır.

7. Türk Ticaret Kanunu'nun 721. maddesi uyarınca *"Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde de geçerlidir. Noter hakkında disiplin hükümleri saklıdır"*. Görüldüğü gibi sakat protestoda, protestonun kanuna uygun düzenlenmemesi veya yanlış kayıtlar içermesi söz konusu olmaktadır. Ancak sakat protestoda poliçe(senet) ibrazı gerçekleşmiştir. Sakat protestoda Noterin, eksik veya yanlış protesto düzenlemesi sebebiyle Noterlik Kanunu'nun 125 vd maddeleri uyarınca mesleki disiplin ve aynı kanunun 162. maddesi gereğince hukuki sorumluluğuna gidilebilir.

8. Kambiyo senetlerinin geçerli kabul edilebilmeleri için bazı unsurların zorunlu tutulması gibi (TTK m.671, 672, 776, 777, 780, 781), geçerli bir protestonun da kanunda öngörülen usule uygun olması ve zorunlu kayıtları içermesi gerekmektedir (TTK m.716). Protestonun geçerliliği belirlenirken, kanuna aykırılığın derecesi ve eksik veya yanlış kaydın ne olduğunun incelenmesi şarttır. Protesto belgesinde esaslı sayılabilecek unsurlar eksik olsa veya esaslı unsurlar bulunmasına rağmen yanlış olsa, TTK m. 715 ve 716'ya aykırı olması sebebiyle bu protesto geçersiz kabul edilmelidir.

9. Belirtmek gerekir ki TTK.'un 708. maddesi uyarınca ibraz yükümlülüğü yerine getirilmeksizin protesto düzenlenmesi, protestoyu haksız hâle getirecektir. Zira kambiyo senetleri tedavül yeteneğine sahip kıymetli evraklardandır. Yapılan devir işlemleri ile birlikte senedin hamili de değişir. Senedin vadesi geldiğinde senet borçlusunun, senedin kimin elinde olduğunu, yani hamilin kim olduğunu bilmesi mümkün değildir. Vade günü geldiğinde,

hamilin senedi ibraz etmesi ve ödeme talebinde bulunması gerekir. Para borçlarındaki kuralın (BK m.89/I) aksine, kambiyo senetlerine ilişkin borç götürülecek değil, aranılacak bir borçtur. Bu nedenle senedin ibrazı, kıymetli evrakta hakkın senede bağlı olması kuralının da bir sonucudur (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.s.174). Hamilin, başvuru hakkını kullanabilmesi için senedin ibraz edilmiş olması zorunludur. İbraz (sunma) işlemi, hukuken, bono (ya da poliçe) bedelinin ödenmesi talebini de içeren, kanunun kendisine belirli sonuçlar bağladığı “hukuki bir fiil”, ödeme sürecinin ilk aşamasını oluşturan eylemdir (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.s.174). Başvuru hakkının maddi şartlarının doğup doğmadığı ibraz ile anlaşılmaktadır. Bu nedenle ibraz edilmemiş bir kambiyo senedi için protesto da düzenlenemez. Noter tarafından ibraz yapılmaksızın protestonun düzenlenmesi, kanunun açık hükmüne aykırılık oluşturur.

10. Ödeme için ibraz, kural olarak ödememe protestosunun çekilebilmesinin ön koşulunu oluşturur. İbrazsız protesto olmaz. Senet ibraz edilmeden protesto çekildiği takdirde bu protestonun başvurma hakkının kullanılması bakımından bir anlam veya hukuki etkiye sahip olmayacağı ifade edilmektedir (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.s.183).

11. Ticari senedin ödenmesi itirazın yapılmış olup olmadığı ve yapılmış ise bunun süreleri ile sıkı sıkıya bağlıdır. Çünkü borçlu tedavül eden senedin nerede ve kime ödeneceğini bilmek durumunda olmadığından ticari senetlerde tecessüm eden hak diğer adi borç ilişkilerinden farklı olarak aranan bir alacak niteliğindedir. Bu yüzden ki kanun

koyucu ticari senetlerde ibraz zorunluğunu getirmiştir. Yine aynı nedenlerle ibraz edildiği hâlde senet borçlusunun yükümlülüklerini yerine getirmediği kanıtlanmadıkça ödememe protestosunun çekilmesi de önlenmiş bulunmaktadır. İbrazın varlığının ve geçerliliğinin saptanması ise protestoyu tanım edecek olan noterliğin görevidir (Türk Ticaret Kanunu 627 ve 1512 sayılı kanununun 60/7. Maddeleri- Y. 11. HD. 30.4.1975 tarih ve 1975/736 E, 1975/3069 K).

12. Haksız olarak düzenlenen protesto Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilerek alenileştirilmekte, sicilde yer almakta ve bu şekilde senedin ödenmesinden sorumlu olanın ticari itibarı zedelenmektedir. Protesto muhatabının ticari çevresinden gördüğü itibar azalmakta, bankalar ile üçüncü kişiler nezdindeki kredisi tükenmektedir (Bozgeyik, Hayri, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003. s.144-145). Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, “senedi davacı borçluya ibraz etmeden protesto keşide ettiren bankanın ağır kusurlu olduğuna” karar vererek haksız protestonun haksız fiil ve bu fiilin ağır bir kusur olduğunu kabul etmiştir (Y. 11. HD. 13.02.1978 – 5470/519).

13. Protesto edilen senedi Merkez Bankasına bildirmekle yükümlü olan bir bankanın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin dışında Bankalar Kanunu'nun verdiği bir ödevi yerine getirirken basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi hareket ederek ibraz olmadan yapılan protestoyu bildirmemesi aksi takdirde bundan doğan sorumluluğa katlanması iktiza eder. Zira protestonun Merkez Bankasına bildirilmesi ve bu suretle senedin ibrazına rağmen borcunu ödemeyenin bültende yayınlanarak ilan edilmesi ticari ahlakın korunması ve dürüstlüğü, iyi niyetin ve ahde vefanın hâkim kılınması içindir. Senet kendisine ibraz edilmeyen bir kimsenin, kanun dahi yapılabileceğini öngördüğü sakat protestoya

müsteniden itibarının zedelenmesini, kredilerinin kesilmesini intaç edecek bir şekilde protestoya sebebiyet verdiğinin ilanı, objektif iyi niyet kurallarına ve ticari ahlakın gereklerine uygun düşmez (Y. 11. HD. 30.4.1975 tarih ve 1975/736 E, 1975/3069 K).

14. Türk Ticaret Kanunu sakat protestoya sonuç bağlamış, geçerliliğini kabul ederek noterlerin sorumluluğuna gidilebileceğini açıklamış ise de, haksız protestoya bir sonuç bağlamamıştır. Haksız protesto hususunda düzenlemenin bulunmaması, haksız protesto sebebiyle mağdur olan kişinin bu duruma katlanması gerektiği şeklinde yorumlanamaz, bu hususta kanunda bilinçli bir boşluk olduğu savunulamaz. Haksız protesto, aynı zamanda bir haksız fiil hali olması sebebiyle, protesto muhatabı uğradığı zarar sebebiyle, 6098 sayılı TBK.'nun 49. maddesine göre zararını tazmin ettirebilir (*Demirkapı, Ertan, Noterlik Uygulaması Açısından Kambiyo Senetlerinde Protestolar, TNBHD (Hakemli), 2014, Y.1, S.2, s.49*).

15. Haksız protestonun, bir haksız fiil olduğu, düzenleyen ticari itibarını zedelediği ve kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu açıktır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*". Aynı kanunun 25. maddesine göre ise kişilik hakları saldırıya uğrayan, "*hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı da saklıdır*".

16. Somut uyuşmazlıkta, davalı tarafından ibraz belgesi sunulmadan ve ibraz yükümlülüğü yerine getirilmeksizin düzenlenen protesto, haksız protestodur. Davacının ticari itibari haksız fiil niteliğindeki bu protesto ile zedelenmiştir. Kişilik hakları saldırıya uğramıştır. Nasıl ki bu saldırıdan dolayı maddi ve manevi tazminat istemi, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi (6098 sayılı TBK Mad. 58) kapsamında talep edebileceği kabul ediliyor ise bu saldırıya karşı koruma kapsamında Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilerek alenileştirilen haksız protestonun kaldırılmasını da talep edebilmelidir. Davacının ticari itibarının zedelenmesi ve kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi nedeni ile dava açmakta hukuki yararı bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin "davalı bankanın, kendisine tevdi edilen bononun kendisinde bulunduğunu, ödemenin kendisine yapılacağına dair olarak TTK'nın 723/1 maddesine göre yapılacak ihbarı yapmamış olduğu ve buna dair belgeyi ibraz etmediği, ihbarın yapılmış olması hâlinde ciro ile el değiştiren senedin davalı bankada olduğunun bilineceği ve buna göre ödemenin bankaya yapılacağı bu şekilde borçlu davacının protestoya uğramasının söz konusu olmayacağı gerekçeyle davalı bankanın davacı aleyhine ... keşidecisi davacı olan senet sebebiyle çekmiş olduğu numaralı protestosunun kaldırılmasına" yönelik kararını onamıştır (Y. 11. HD. 12.03.2014 tarih ve 2014/3029 E, 2014/4764 K).

17. Sonuç olarak yerel mahkeme direnme kararının açıklanan gerekçelerle onanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluk görüşü ile bozulması yönündeki gerekçesine katılmamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO: 2017/11-40

KARAR NO: 2021/542

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkili ile davalı arasında “öğrenci taşıma sözleşmesi” yapıldığını, müvekkili tarafından sözleşme gereğince 50.000,00TL bedelli çekin sözleşmenin teminatı olarak davalıya verildiğini, müvekkilinin tüm edimleri yerine getirmesine rağmen davalının haksız olarak müvekkili aleyhine anılan teminat çeki için icra takibi yaptığını, oysaki konu çekin teminat çeki olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek müvekkilinin icra takibine konu çek nedeniyle borçlu olmadığını tespitine ve asıl alacağın %20’si oranında kötü niyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkili şirketin özel okul işlettiğini, okulun öğrencilerinin 2011-2012 eğitim öğretim yılı taşıma işinin 19.09.2011 tarihli öğrenci taşıma sözleşmesi ile davacıya verildiğini, bu eğitim öğretim yılı sonunda davacının müvekkiline 16.000TL borçlu olduğunun taraflarca imzalanan 26.06.2012 tarihli borç mutabakat metni ile tespit edildiğini, yine 2012-2013 eğitim öğretim yılı taşıma işinin de aynı şartlarla davacı tarafından üstlendiğini, ancak davacının 2012-2013 eğitim öğretim yılının ikinci döneminin başında işi bıraktığını, oysa davalının tüm yılın ücretini velilerden tahsil ettiğini ve bu dönemin taşıma işinin müvekkili tarafından yapıldığını, neticede müvekkilinin sözleşme

gereğince davacıdan 94.655,00TL alacaklı olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararı:

6. İzmir (Kapatılan) 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 10.07.2014 tarihli ve 2013/97 E., 2014/254 K. sayılı kararı ile; dava konusu çekin taraflar arasında imzalanan 19.09.2011 tarihli sözleşme gereğince teminat amaçlı verildiği ve teminat çeki niteliği taşıması nedeniyle geçersiz sayılması gerektiği, taraflar arasında çeki ilişkin alt ilişkiden kaynaklanan bir alacak ve borç durumunun da tespit edilemediği gerekçesiyle davanın kabulü ile sözleşme kapsamında teminat amacıyla verilen 50.000,00TL çek sebebi ile davacının davalıya borçlu olmadığını tespitine karar verilmiştir..

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.10.2015 tarihli ve 2015/9777 E.,2015/9673 K. sayılı kararı ile; “...Dava, taraflar arasında akdedilen sözleşme gereğince davalıya teslim edildiği iddia olunan teminat çekine dayanılarak davalı tarafça başlatılan icra takibine yönelik menfi tespit istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda takibe dayanak çekin teminat çeki olduğu kabul edilmiş ise de, davalı vekili müvekkilinin davacıdan alacaklı olduğunu, çekin ayrıntılı olarak açıkladığı alacak kalemlerine istinaden alındığını, borcun ödenmemesi üzerine takibe konulduğunu savunarak, imzası inkar edilmeyen 26.06.2012

tarihli borç mutabakatı metninin de aralarında bulunduğu delillerini dosyaya ibraz ettiğine göre, tarafların tüm delilleri toplanarak alanında uzman bir bilirkişi heyetinden rapor alınması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, afaki yorumlara dayalı bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm tesisi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir...” gerekçeyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.03.2016 tarihli ve 2016/63 E., 2016/329 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçelere ek olarak, yargılama aşamasında tarafların tüm delillerini mahkemeye sunduğu, ayrıca bilirkişi heyetinin alanında uzman kişilerden oluştuğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yargılama aşamasında tarafların tüm delillerinin toplanıp toplanmadığı ve tekrar bilirkişi raporu alınmasının gerekli olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre taraflar arasındaki temel ilişki gözetildiğinde teminat olarak verildiği iddia edilen çek nedeniyle davacının davalıya borçlu olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, taşıma sözleşmesi gereğince teminat olarak verildiği iddia edilen çek nedeniyle borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

13. İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 170/b maddesinin aynı Kanun'un 72. maddesine yaptığı yol-lama gereğince kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte de menfi tespit davası açılabilceği açıkça anlaşılmaktadır. İİK'nin 72/1 maddesi, “*Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir*” hükmünü haizdir. Buna göre borçlu, henüz aleyhine başlatılmış bir icra takibi yokken alacaklıya karşı borçlu bulunmadığının tespiti için menfi tespit davası açabileceği gibi aleyhine icra takibine başlamasından sonra da menfi tespit davası açması mümkündür.

14. Kambiyo senetleri mücerret kıymetli evrak niteliğine sahip olduklarından bu senetlerde yer alan hak, temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Ancak kambiyo taahhüdünde bulunmanın temelinde, şart olmamakla birlikte, genellikle satım, bağışlama, kira, taşıma gibi bir borçlandırıcı işlem vardır. Böyle bir borçlandırıcı işlem yoksa senedin hatır için verildiği varsayılır. Temel borç ilişkisinin taraflardan birinin bir kambiyo senedi düzenleyip lehtara vermesiyle kambiyo ilişkisi diye adlandırılan ve temel borç ilişkisinden bağımsız olan ikinci bir borç ilişkisi doğar. Zira bir borç ilişkisi için kambiyo taahhüdünde bulunulması tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça TBK'nin 133/2 maddesi gereğince borcun yenilenmesi sonucunu doğurmaz; kambiyo senedinin ifa yerine değil ifa uğruna verilmiş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla bir borç hakkında kambiyo senedi düzenlendiği takdirde, taraflar arasında biri temel borç ilişkisi, diğeri kambiyo ilişkisi olmak üzere iki çeşit ilişki bulunur. Aynı durum, kambiyo senedinin tedavülü hâlinde de

karşımıza çıkar. Bir kambiyo senedi ciro edildiği zaman ciranta ile ciro edilen kişi arasında kural olarak bir temel ilişki (asıl borç ilişkisi) bulunmaktadır. Ayrıca, bu iki kişi arasında kambiyo hukukundan doğan bir kambiyo ilişkisi de mevcuttur. Bu sebeple taraflar arasındaki temel borç ilişkisindeki bozukluklar kambiyo ilişkisini etkilemez. Temel borç ilişkisinden doğan def'iler, temel borç ilişkisi ile kambiyo ilişkisinin taraflarının aynı olması ve bile bile borçlu zararına hareket edilmesi hâlleri dışında, kambiyo ilişkisinde ileri sürülemez. Zira temel borç ilişkisi kendi hukukuna, kambiyo ilişkisi de kendi hukukuna tabidir.

15. Borçlu, kambiyo senedi nedeniyle alacaklıya karşı, genel olarak, ya kambiyo taahhüdünün hükümsüz olduğunu ya da temel borç ilişkisinden dolayı herhangi bir nedenle sorumlu tutulamayacağını ileri sürerek menfi tespit talebinde bulunabilir. Başka bir deyişle borçlunun kambiyo senedi borcundan dolayı sorumlu olmaması, doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan doğan nedenlerden kaynaklanabileceği gibi, temel borç ilişkisine yönelik nedenlere de dayanabilir. Bununla birlikte borçlunun takas def'ini kullanması hâlinde ise, ne temel borç ilişkisine, ne de kambiyo senedi borcuna dayanılmakta, borçlu, kambiyo senedinden doğan borcu ile hamildeki alacağını takas etmektedir.

16. Borçlunun, kambiyo taahhüdünün hükümsüz olduğunu ileri sürerek açtığı menfi tespit davası esasında maddi hukuk anlamında bir itiraz sebebine dayanılarak açılmaktadır. Bu kapsamda hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit davalarında, uyumsuzluk temel ilişkiden değil, doğrudan doğruya kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu davalarda, kural olarak, davacının iddiası çoğu kez tüm senet ilgilerine karşı öne sürülebilen mutlak def'ilere dayanmaktadır. Örneğin

kambiyo senedinin zorunlu şekil şartları içermemesi, kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması, vadeyi beklemeden istemde bulunulması, ciro zincirindeki kopukluk, başvuru hakkının yitirilmiş olması, senette yazılı kısmi ödeme açıklaması, sorumsuzluk kayıtları ya da bir kambiyo taahhüdünün senet yapma iradesindeki bozukluk nedeniyle sahibini bağlamayacağı yönündeki iddialar hükümsüzlük nedenine dayalı menfi tespit talebine konu oluşturur.

17. Borçlunun, temel borç ilişkisinden dolayı herhangi bir nedenle sorumlu tutulamayacağını ileri sürerek açtığı menfi tespit davası, öğretici ve uygulamada bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası olarak adlandırılmaktadır. Bedelsizlik ise, bir kambiyo senedinin ihdasına neden olan temel alacağın herhangi bir nedenle mevcut olmamasıdır (*İnan, Nurkut: Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları, Ankara, 1969, s.16*). Başka bir deyişle bir kambiyo taahhüdünün temel alacağı geçersizse ya da sona ermişse, o kambiyo taahhüdü bedelsiz demektir. Bu anlamda senedin bedelsiz sayılmasında esas alınan husus, temel borç ilişkisinin kendisi değil, bu temel borç ilişkisinden doğan temel alacaktır. Bu itibarla bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası ile maddi hukuk bakımından borcun mevcut olup olmadığının tespiti amaçlanmakta; borçlu olmadığını iddia eden borçluya, genel hükümlere göre bu durumu tespit imkânı verilmektedir. Dava neticesinde borçlu olunmadığının tespiti hâlinde ise davacı (borçlu) hakkında bir icra takibi başlatılması engellenmiş olacak veya başlatılan ve devam eden icra takibi iptal edilerek, davacının mevcut olmayan bir borcu ödemesi engellenmiş olacaktır.

18. Bedelsizlik iddiası, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı TTK) 687. maddesi anlamında bir kişisel def'idir. Bedelsizlik bir kişisel

def'i olduğundan düzenleyen tarafından kural olarak ancak senet lehtarına karşı ileri sürülebilir. Ancak borçlu, hamilin senedi bilerek kendi zararına devraldığını kanıtlamak şartıyla hamile karşı da bedelsizlik def'ini ileri sürebilir.

19. Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının yasal dayanağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı TBK) 77 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmedir. Zira kambiyo senetlerinde geçerli olan mücerretlik (soyutluk) ilkesi gereğince, temel alacağın mevcut olmaması veya geçersiz olması, kambiyo senedinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamakta; buna karşılık temel ilişkideki sakatlık, kambiyo borçlusuna, borçlu olmadığının tespitiyle birlikte, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme def'ini dermeyan etme hakkını vermektedir.

20. Kambiyo senedinin düzenlenmesinde en önemli unsur temel alacağın varlığıdır. Ancak temel alacağın senedin tanzimi anında mutlak surette varlığı gerekli değildir. Başka bir deyişle kambiyo senedinin metninde muayyen bir meblağın yazılması gerekli ise de bu husus temel alacağın da muayyen olmasını gerektirmez; temel alacak doğduğu anda, senette yazılı olan miktardan az ise, senet kısmi bedelsizliğe uğrar (*Inan, s. 45*). Bu itibarla taraflar arasında temel ilişkinin varlığına rağmen, temel alacağı doğmamış ancak doğması mümkün ya da şarta bağlanmış bir alacak için veyahut da cezai şarta ilişkin olarak kambiyo senedi düzenlenebilir. Bu şekildeki bir alacağa bağlı olarak düzenlenen senet, vadesi gelmesine rağmen alacak doğmamışsa, o an için bedelsizdir. Fakat bu bedelsizlik geçici bir süre için olup, alacak doğunca senedin bedelsizliği alacak miktarı kadar ortadan kalkacaktır (*Ertekin, Erol/Karataş, İzzet: Uygulamada Ticari Senetler, Ankara, 1998, s. 693*). Bu kapsamda kambiyo senedinin teminat amacıyla verildiği iddiası da

temelinde bedelsizliğe dayalı bir iddiadır. Ancak kural olarak kambiyo senedinin teminat olarak verilmesi senedin doğrudan bedelsizliğine yol açmaz; teminat altına alınan borcun yerine getirilmesi ve teminat ihtiyacının ortadan kalkması ile senet bedelsiz hâle gelir.

21. Temel borç ilişkisindeki bir edimin teminatı olarak düzenlenen kambiyo senetlerinde, teminat ettikleri husus gerçekleşinceye kadar geçici bedelsizlik, gerçekleşince kesin bedelsizlik söz konusudur. Eğer teminat ettikleri husus gerçekleşmez ise senette bedelsizlik ortadan kalkacaktır. Bu itibarla kambiyo senedinin teminat amacıyla düzenlenmesi hâlinde borçlu, senet lehtarın elindeyse (ciro görmemişse), teminatı talep etme şartlarının oluşmadığını (riskin gerçekleşmediğini) ya da alacaklının senedin teminatını oluşturduğu borç miktarını aşan bir talepte bulunduğunu kişisel def'i olarak öne sürülebilir. Senet ciro edilmişse hamil senedin teminat senedi olduğunu biliyor ve borçlunun zararına hareket ediyorsa, anılan def'inin hamile karşı da öne sürülmesi mümkündür.

22. Hemen belirtilmelidir ki, kambiyo senedinin üzerinde teminat kaydı var ise ancak neyin teminatı olduğu belirtilmemiş ise bu kayıt kambiyo senedinin mücerrettik vasfını ortadan kaldırmaz. Buna karşılık senet üzerinde asıl borç ilişkisine atf yapan veya ödemeyi şarta bağlayan kayıtlar olması durumunda senedin mücerretlik vasfı ortadan kalkacağından böyle bir senede dayanılarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yapılamaz. Başka bir deyişle kambiyo senedinin teminat senedi olduğunun senet metninden anlaşılması durumunda senedin mücerretlik vasfı ortadan kalkacağı için senet hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük; borçlu tarafından, lehtara veya ciranta konumunda olan hamile karşı da ileri sürülebilir. Dolayısıyla senet

metninden anlaşılan bu def'i mutlak defi niteliğinde olup, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı tarafından düzenlenen 50.000,00TL bedelli çekin lehtar olan davalıya verildiği, davalı tarafından süresi içerisinde bankaya ibraz edildiği, ancak karşılığı bulunmadığı için ödeme yapılmadığı, bunun üzerine davalı tarafından davacı aleyhine kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe başlandığı anlaşılmaktadır. Davacı vekili, icra takibinden sonra, icra takibine konu çekin taraflar arasındaki sözleşmenin teminatı amacıyla verildiğini ve müvekkilinin sözleşme gereğince borcu bulunmadığını ileri sürerek eldeki menfi tespit davasını açmıştır. Dava konusu çekin üzerinde teminat kaydı bulunmamaktadır. Bu itibarla eldeki davanın bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası olduğu dosya kapsamı ile sabittir.

24. Taraflar arasında imzalanan 10.09.2011 tarihli öğrenci taşıma sözleşmesi ile davalı şirket tarafından işletilen özel okulun öğrenci taşıma işinin davacıya verildiği anlaşılmakta olup, anılan sözleşmenin 5/f maddesinde, davacı tarafından davalıya sözleşmenin teminatı olarak 50.000,00 TL bedelli çek verileceği, hizmetlerin veya taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda çekin kullanılacağı belirtilmiştir. Bu itibarla dava konusu çekin taraflar arasındaki sözleşmenin teminatı olarak verildiği kabul edilmelidir. Esasında bu hususta mahkeme ile Özel daire arasında uyumsuzluk da bulunmamaktadır. O hâlde yukarıda da bahsedildiği üzere çekin teminat olarak verildiği iddiası karşısında senedin geçici bedelsizliği söz konusu olduğundan çekin düzenleme tarihi olan 07.02.2013 tarihinde teminat edilen hususun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu kapsamda temel ilişkide çekin düzenleme tarihi itibarıyla teminat edilen husus gerçekleşerek temel alacak doğduğu zaman senedin bedelsizliği, alacak miktarı kadar ortadan kalkacaktır.

25. Davalı vekili davacının sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmediğini, tüm yılın taşıma ücretlerini velilerden almasına rağmen dönemin ortasında taşıma işini bıraktığını ve aldığı ücretleri iade etmediğini, ayrıca müvekkiline ödemesi gereken ücretleri de ödemediğini, önceki dönemden kaynaklanan ve 26.06.2012 tarihli borç mutabakat metninde yer alan borçlarının bulunduğunu savunarak dava konusu çekin bedelsiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda mahkemece tüm dosya kapsamı gözetilerek gerekirse uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak dava konusu çekin düzenlenme tarihi itibarıyla; teminat edilen hususun gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise davalının davacıdan temel alacağının bulunup bulunmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

26. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.04.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO: 2017/11-2771

KARAR NO: 2021/558

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkili şirket ile dava dışı K*** Gıda Tekstil A.Ş. arasında emtia blok sigorta poliçesi düzenlendiğini, bu poliçede dava dışı S*** F*** C***'un sigortalı olarak yer aldığını, sigorta ettiren tarafından 1504 koli toplam 19.118,85 kg kuru kayısı cinsi emtianın sigortalıya satıldığını, emtianın nihai alıcısı olan W*** F*** I***'ye teslimi için sigorta ettiren ile davalı arasında sözleşme yapıldığını, bir adet 20'lik konteynere istiflenen emtianın bu alıcıya teslim edilmek için B*** S*** adlı gemiye yüklendiğini, konteynerin daha sonra İsrail'in Haifa limanında Z*** O**** 2 adlı gemiye aktarıldığını ve nihayet New York Limanı'nda tahliye edildiğini, konteynerin kamyonlarla taşınarak alıcıya teslim edildiğini, alıcı tarafından yapılan inceleme neticesinde konteyner muhtevasında ezilme ve ıslanma bulunduğunun bildirilmesi neticesinde ekspertiz incelenmesi yapıldığını ve hazırlanan rapor ile 138 koli emtianın hasarlı olduğunun tespit edildiğini, konteyner kapaklarının ve contanın zayıf olması ve içine su girmesi nedeniyle emtianın hasar gördüğünü, toplam hasar miktarının 4.475,13 USD olduğunu, 27.10.2009 tarihinde bu bedelin sigortalıya ödendiğini, davalıya ihtarname gönderilmesine rağmen ödeme yapılmadığını, bu nedenle İzmir 21. İcra Müdürlüğünün 2010/9360 E. sayılı dosyası ile 4.475,13 USD karşılığı 6.665,24TL'nin tahsili için icra takibi yapıldığını, davalının takibe haksız itiraz etmesi üzerine takibin durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına ve% 40 icra inkar

tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını, taşımanın FOB satış türünde deniz aşırı satış olduğunu, bu tür taşımalarda gönderenin/davacının hak ve yükümlülüklerinin emtianın gemiye yüklenmesiyle sona erdiğini, taşıma konusu emtianın konteynere yüklenmesi ve mühürlenmesi işleminin gönderici tarafından yapıldığını, müvekkiline mühürlü olarak teslim edilen konteynerin kapalı olduğunu, bu nedenle müvekkilin kontrol etme imkânının bulunmadığını, ayrıca konşimentoda konteynerin gönderici tarafından yüklendiği kaydı ile gönderici tarafından mühürlendiği kaydının (FCL/FCL) bulunduğunu, konşimentoya derç edilen bu kaydın taşıyanın aleyhine karine teşkil etmesine engel olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 10.06.2013 tarihli ve 2012/217 E., 2013/217 K. sayılı kararı ile; davalı (taşıyıcı) şirketin sigorta ettirene konteynerin alım yerini/limanı bildirdiği ve dolayısıyla konteynerin davalı tarafça temin edildiği, taşımaya konu olan 138 koli kuru kayısının ekspertiz raporlarında belirlendiği üzere; konteynerin kapaklarındaki contanın zayıf olması nedeniyle içeriye giren yağmur sularının emtiayı bozduğu ve emtianın hiçbir ekonomik faydasının bulunmadığı, olaya konu olan yük zararının taşımada kullanılan konteynerin denize elverişsizliğinden kaynaklandığı, konteyner taşıyan tarafından tedarik edilmiş olduğu için bu taşıma kabının aynı zamanda geminin

alonju sayılacağı, konteynerdeki elverişsizliğin bu hâlde geminin denize elverişsiz olmasına neden olacağı, dolayısıyla taşıyanın ortaya çıkan zarardan 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi (taşıyanın geminin elverişsizliğinden doğan sorumluluğu) gereğince sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalının itirazının iptaline, 4.475,12 USD'lik ödemenin karşılığı 6.665,24TL asıl alacak ve 760,20TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 7.425,44TL üzerinden takibin devamına, %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.06.2014 tarihli ve 2013/14743 E.2014/12151 K. sayılı kararı ile; "...1- *Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.*

2- *Dava, emtia nakliyat sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat alacağının rücuen tahsili amacıyla davalı taşıyan aleyhine başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak; davalı, konşimentonun özel şartlar bölümünde yer alan 18/3. maddesine göre, kayıp ve hasar durumunda zarar tazminatının belirlenmesinde kg başına 2 USD ödeneceğinin esas alınacağını ve tazminatında buna göre hesaplanması gerektiğini ileri sürmüş olup, gerek bilirkişi heyeti raporunda gerekse mahkeme kararında davalının bu savunması*

üzerinde durulmamıştır. Bu itibarla mahkemece, konşimentonun ilgili bölümleri de getirtilerek konusunda uzman bilirkişiden savunma doğrultusunda rapor alınmaksızın eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

3- *Kabule göre de; dava konusu tazminat alacağı likit olmayıp miktarının tespiti yargılamayı gerektirdiğinden, davacı lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi de doğru olmayıp, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir...*" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 08.12.2014 tarihli ve 2014/491 E., 2014/482 K. sayılı kararı ile; alacak likit olmadığından icra inkar tazminatı yönünden bozmanın (3) numaralı bendine uyulmasına karar verilmiş, ayrıca önceki gerekçelere ek olarak, konteynerin davalı tarafça temin edildiği ve davacı yükletenin hizmetine sunulduğu, bu nedenle bu konteynerin geminin alonju niteliğinde olduğu, bu hususun davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarını reddeden Özel Daire tarafından da kabul edildiği, bu hâlde geminin denize, yola, yüke elverişli olmaması nedeniyle 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesinin uygulanması gerektiği, bu madde gereğince de taşıyanın sorumluluğunun 6762 sayılı TTK'nin 1061 ve 1062. maddelerinde yer alan taşıyanın dikkatli bir taşıyan olarak özen göstermemesinden doğan zararlardan farklı olarak sınırsız olduğu, ayrıca 6762 sayılı TTK'nin 1116. maddesinde yer alan emredici hükümler gereğince taşıyanın borç ve mesuliyetlerini önceden kaldıran veya daraltan konşimentoda yer alan hükümlerin geçersiz sayılacağı gerekçesiyle bozmanın (2) numaralı bendine direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; rücu talebine konu navlun sözleşmesinde konteynerin davalı taşıyan tarafından temin edilmesi karşısında davalı taşıyan hakkında sınırlı sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ve buradan varılacak sonuca göre konişmentoda belirtilen sınırlı sorumluluk miktarının somut olaya uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle navlun sözleşmelerinde taşıyanın sorumluluğunun belirlenmesinde yarar vardır.

13. Navlun sözleşmesi, olay ve dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nin 1016 ilâ 1118. (6102 sayılı TTK'nin 1138 ilâ 1246.) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda 6762 sayılı TTK'nin 1016/1 maddesi; *“Navlun mukavelesiyle taşıyan, navlun karşılığında: (1) Geminin tamamını veya bir cüzünü yahut muayyen bir yerini taşıtana tahsis ederek eşyayı denizde taşımayı taahhüt eder ki buna “Çarter Mukavelesi”; (2) Parça mal olan muayyen eşyayı denizde taşımayı taahhüt eder ki buna da “Kırkambar Mukavelesi” denir.”* hükmünü haizdir. Buna göre navlun sözleşmesi, taraflardan birinin (taşıyıcı) navlun karşılığında deniz yoluyla eşya taşımayı, diğer tarafın (taşıtan) ise navlun ödemeyi üstlendiği sözleşme olup; “yolculuk çarteri” ve “kırkambar” olmak üzere iki türü söz konusudur.

14. Taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan sorumluluğu akdi bir sorumluluktur. Bu itibarla taşıyan, kural olarak, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmezse genel esaslara göre bundan ileri gelen bütün zararlardan, kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumlu olması gerekir. Ancak deniz yoluyla eşya taşımanın niteliği itibarı ile büyük riskler barındırması ve iktisadi olarak yüksek maliyete sebep olması karşısında taşıyanın eşyanın ziya ve hasara uğraması sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluğu hem uluslararası sözleşmelerde hem de Türk Hukuku'nda özel olarak düzenlenmiştir. Taşıyıcının özel olarak düzenlenmeyen hâllerden doğan sorumluluğu ise genel hükümlere tabi olacaktır.

15. 6762 sayılı TTK(6102 sayılı TTK) ile navlun sözleşmesinde taşıyanın sorumluluğu genel olarak iki hâlde düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesinde düzenlenen geminin yolculuğun başında denize, yola ve yüke elverişli olmamasından ileri gelen gecikme dâhil bütün zararlardan sorumluluğu; ikincisi ise 6762 sayılı TTK'nin 1061 ve 1062. maddelerinde düzenlenen taşınmak üzere teslim alınmış olan yüke özen borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunda yükün ziya veya hasar uğramasından doğan sorumluluğudur.

16. Navlun sözleşmesinde taşıyanın gemiyi denize yola ve yüke elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinden doğan sorumluluğu *“taşıyanın mesuliyeti ve hakları”* başlıklı ayrımda değil *“umumi hükümler”* ayrımlı başlıkta yer alan 6762 sayılı TTK'nin 1019. (6102 sayılı TTK'nin 1141.) maddesi ile düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nin 1019/1 maddesi; *“Her nevi navlun mukavelesinde taşıyan, geminin denize ve yola elverişli bir halde bulunmasını (Madde 817) ve soğutma tesisatı da dahil olmak üzere ambarların yükü*

kabule, taşımaya ve muhafazaya elverişli bir halde bulunmasını (Yüke elverişliliğini) temin etmekle mükelleftir.” hükmünü haizdir. Buna göre her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte geminin denize, yola ve yüke elverişli olup olmadığı 6762 sayılı TTK'nin 817. (6102 sayılı TTK'nin 932.) maddesine göre belirlenecektir.

17. 6762 sayılı TTK'nin 1019/2 (6102 sayılı TTK'nin 1141/2) maddesi; *“Taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan mesuldür; meğer ki; tedbirli bir taşıyanın sarf etmekle mükellef olduğu dikkat ve ihtimam gösterilmekle beraber eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun.”* hükmünü haizdir. Buna göre taşıyan; tedbirli bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özeni göstermesine rağmen gemiyi denize, yola veya yüke elverişsiz hâle getiren eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfedemediğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır. Bu itibarla taşıyanın başlangıçtaki elverişsizlikten sorumluluğu, kurtuluş beyinesinden yararlanma imkânının daraltılmış olması nedeniyle ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur (*Kender, Rayegan/ Çetingil, Ergon/ Yazıcıoğlu, Emine: Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler C. I, İstanbul, 2014, s. 209*). Taşıyanın bu kapsamdaki sorumluluğu 6762 sayılı TTK'nin 1116/1-1 maddesi gereğince navlun sözleşmesi veya konşimento hükümleriyle taşıyıcı lehine değiştirilip hafifletilemez; ancak konşimentoda yazılı olmak şartıyla taşıyıcı aleyhine ağırlaştırılması mümkündür.

18. Bununla birlikte başlangıçta elverişsizlikten sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, taşıyan yoksun kalınan kâr da dahil olmak üzere bütün zararlardan sorumludur. Dolayısıyla burada

taşıyanın sorumluluğu tazminatın hesaplanması bakımından genel hükümlere tabi olup; 6762 sayılı TTK'nin 1112 ve 1113. maddelerinde düzenlenen sınırlamalar geçerli olmayacaktır.

19. Navlun sözleşmesinin ifasında taşıyan, özellikle eşyanın yüklenmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Bu husus 6762 sayılı TTK'nin 1061. maddesinde; *“Taşıyan, malların yükletilmesi, istifi, taşınması, elden geçirilmesi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyanın dikkat ve ihtimamını göstermekle mükelleftir. Teslim alındıkları andan teslim edildikleri ana kadar geçen müddet içinde malların zıyaı veya hasarı yüzünden doğacak zararlardan taşıyan mesuldür; meğer ki, zıya veya hasar, tedbirli bir taşıyanın dikkat ve ihtimamı ile dahi önüne geçilemeyecek sebeplerden ileri gelmiş olsun.”* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca 6762 sayılı TTK'nin 1062/1 maddesinde taşıyanın, kendi adamlarının ve gemi adamlarının kusurlarından, kendi kusuru gibi sorumlu olduğu belirtilmiş; 1062/2 maddesinde ise taşıyanın kendi adamları ve gemi adamlarının teknik mahiyetteki kusurları ile kendi şahsi kusuru olmaması hâlinde yangın sonucunda meydana gelecek zıyan ve hasardan sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Yine 6762 sayılı TTK'nin 1063. maddesinde taşıyanın sayılan sebeplerden ileri gelen zararlardan sorumlu olmadığı düzenlenmiştir.

20. Taşıyanın 6762 sayılı TTK'nin 1061 ve 1062. maddeleri gereğince sorumlu olması hâlinde ödenecek tazminat, 6762 sayılı TTK'nin 1112 ve 1113. maddeleri gereğince belirlenecektir. Buna göre taşıyan, yükle ilgili şahsın bu yüzden maruz kaldığı bütün zararları değil sadece yükün ziya durumunda eşyanın piyasa veya borsa değerini; hasar durumunda ise satış değeri ile piyasa değeri

arasındaki farkı ödeyecektir. Öte yandan 6762 sayılı TTK'nin 1114. maddesi ile taşıyanın 6762 sayılı TTK'nin 1112 ve 1113. maddeleri gereğince ödemesi gereken tazminat miktarı sınırlandırılmıştır. 6762 sayılı TTK'nin 1114. maddesi; “*Yükleten yükün cins ve kıymetini yükleme başlamadan önce bildirmemiş ve bu beyanı konşimentoya yazılmamış olduğu takdirde, taşıyan, her halde beher koli veya parça başına en çok 1500 Türk lirası ile mesul olur.*” hükmünü haizdir. Buna göre yükleme başlamadan önce yükün cins ve değerinin bildirilmemiş ve konşimentoya yazılmamış olması durumunda 6762 sayılı TTK'nin 1112 ve 1113. maddeleri gereğince hesaplanacak tazminat hiçbir şekilde anılan maddede belirtilen sınırı geçemeyecektir. 6762 sayılı TTK'nin 1114. maddesinde belirtilen üst sınır 6762 sayılı TTK'nin 1116/1-5 maddesi gereğince navlun sözleşmesi veya konşimento hükümleriyle taşıyıcı lehine değiştirilip hafifletilemez; ancak konşimentoda yazılı olmak şartıyla taşıyıcı aleyhine ağırlaştırılması mümkündür. Başka bir deyişle konşimento ile taşıyıcı aleyhine olacak şekilde sorumluluk sınırı belirlenebilecektir.

21. Hemen belirtilmesi gerekir ki deniz yoluyla eşya taşınması konteyner ile yapılıyorsa konteynerin taşınan eşyanın türüne, özelliklerine ve yolculuğun gereklerine her yönüyle uygun olması gerekir. Aksi hâlde konteyner eşya için tehlike oluşturur ve bu tehlikenin mevcut olduğu durumlarda konteynerin yüke elverişsizliği söz konusu olacaktır. Konteynerin yüke elverişli olup olmadığı ise teknik bir mesele olduğundan uluslararası teknik standartlara göre belirlenecektir. Konteyner, taşıyanın sorumluluğu açısından, geminin bir bölümü olarak kabul edilmeli ve yüke elverişsizliği durumunda 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince taşıyanın geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden sorumlu tutulmalıdır. Ancak taşıyanın 6762 sayılı

TTK'nin 1019. maddesi gereğince sorumlu tutulabilmesi için konteynerin taşıyan tarafından tedarik edilmesi gerekir. Taşıyan kendisi tarafından tedarik edilmeyen konteynerin yol açtığı ziya veya hasarlardan dolayı kural olarak sorumlu tutulamaz. Çünkü bu hâlde, zarar yükletenin veya onun temsilcisi ya da adamlarının eylem veya ihmalden kaynaklandığı için 6762 sayılı TTK'nin 1063/1-5 (6102 sayılı TTK'nin 1182/1-e) maddesi gereğince taşıyan oluşan zarardan sorumlu değildir.

22. Görüldüğü üzere navlun sözleşmelerinde taşıyanın sorumluluğunun tespit edilebilmesi için öncelikle ziya ve hasarın sebebinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira taşıyanın 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince başlangıçta elverişsizlikten doğan sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, taşıyan yoksun kalınan kâr da dahil olmak üzere bütün zararlardan genel hükümlere göre sorumludur. Ancak taşıyan 6762 sayılı TTK'nin 1061 ve 1062. maddeleri gereğince yüke özen borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunda doğan sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ise taşıyanın ödeyeceği tazminat, 6762 sayılı TTK'nin 1112 ve 1113. maddeleri gereğince belirlenecek; ayrıca taşıyan 6762 sayılı TTK'nin 1114. maddesinde belirtilen sınırlı sorumluktan ve Kanun'da belirtilen sorumsuzluk hâllerinden yararlanabilecektir.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı ile dava dışı K*** Gıda Tekstil San. İthalat İhracat Yatırım A.Ş. arasında sigortalısının S*** F*** C*** olduğu emtianın Türkiye'den Amerika'ya taşınmasını teminat altına alan Emtia Blok Abonman ve Spesifik Sigorta Sözleşmesi yapıldığı, kuru kayısı emtiasının taşınması sırasında hasarlanması neticesinde sigortalıya ödeme yapıldığı, hasarın oluşmasında taşıyanın sorumlu olduğundan bahisle taşıyan aleyhine icra takibi yapıldığı,

ancak taşıyanın itirazı üzerine eldeki itirazın iptali davasının açıldığı anlaşılmaktadır. Davalı taşıyan ile dava dışı K*** Gıda Tekstil San. İthalat İhracat Yatırım A.Ş. arasında navlun sözleşmesi olduğu, yükün cins ve miktarının konşimentoya yazıldığı, sözleşme kapsamında emtianın taşıyan tarafından temin edilen konteyner aracılığıyla taşındığı, hasarın konteyner kapaklarındaki contanın zayıf olması nedeniyle içeriye giren yağmur sularının emtiayı bozmasından kaynaklandığı dosya kapsamı ile sabit olup bu hususlar uyuşmazlık dışıdır.

24. Mahkemece bozma öncesi kararda; olaya konu olan zararın taşımada kullanılan konteynerin elverişsizliğinden kaynaklandığı, konteyner taşıyan tarafından tedarik edilmiş olduğu için bu taşıma kabının aynı zamanda geminin alonju sayılacağı, konteynerdeki elverişsizliğin bu hâlde geminin başlangıçta elverişsiz olmasına neden olacağı, dolayısıyla taşıyanın ortaya çıkan zarardan 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince sorumlu olacağı belirtilmiş, davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları Özel Dairece reddedildiği için bu hususlar uyuşmazlık dışı kalmıştır. O hâlde oluşan zararın konteynerin yüke elverişsizliğinden kaynaklandığı ve davalı taşıyanın 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince başlangıçta elverişsizlikten sorumlu olduğu gözetilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerekmektedir.

25. Yukarıda da bahsedildiği üzere 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince başlangıçta elverişsizlikten doğan sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, taşıyan yoksun kalınan kâr da dâhil olmak üzere bütün zararlardan genel hükümlere göre sorumlu olup, Kanun'un öngördüğü sınırlı sorumluluk hâllerinden yararlanması mümkün değildir. Başka bir deyişle somut olayda taşıyan 6762 sayılı TTK'nin 1019. maddesi gereğince sorumlu

olduğundan konşimento ile belirlenen sınırın uygulanması söz konusu değildir.

26. Bu itibarla mahkemece yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Aşağıda dökümü yazılı (351,53TL) harcın temyiz edenden alınmasına,

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440-III/1 maddesi gereğince miktar itibarıyla karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 18.05.2021 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO: 2018/11-1096

KARAR NO: 2021/898

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; davalı tarafından “Z*** E***” ibareli ekmeek poşetleri üzerinde ve araç kasası üzerinde müvekkiline ait “TSE” garanti markası ile TSE sistem logosunun izinsiz olarak kullandığının tespit edildiğini, bu durumun müvekkilinin marka hakkına tecavüz oluşturduğunu, davalının eylemi nedeniyle müvekkilinin maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek markaya tecavüzün durdurulmasına, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi ve TSE Sistem Belgelendirme Talimatı gereğince 12.390TL maddi tazminat ile 61.950TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, ayrıca hükmün ilanına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkili tarafından “TSE” markasının ve TSE sistem logosunun sehven kullanıldığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Ankara 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 30.11.2010 tarihli ve 2009/77 E., 2010/305 K. sayılı kararı ile; davalının davacıya ait marka ve logoyu aralarında sözleşme olmaksızın kullandığı, ancak davacı Enstitü'nün kendi yönerge ve talimatı gereğince maddi ve manevi tazminat

isteminde bulunduğu, oysa ki yönerge ve talimatlarda belirtilen miktarın davalının kullanımlarının karşılığı olan bir yıllık tavan ücretinin üst sınırını oluşturduğu, bu itibarla davacının davalıdan yıllık tarifeye göre 5.250TL maddi tazminat talep edebileceği, ancak davalı şirketin yetkilisi hakkında açılan ceza davasında 4.130TL ödeme yapıldığı gerekçeyle davanın kısmen kabulü ile 5.000TL manevi tazminat ve ceza mahkemesi nezdinde ödenen miktarın mahsubu ile 1.120TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08.05.2013 tarihli ve 2012/8614 E., 2013/9364 K. sayılı kararı ile; “...1- *Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve manevi tazminatın niteliği gereği mahkemece takdirinde bir isabetsizlik olmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.*

2- *Ancak, Dairemizin 07.02.1983 gün 4/493, 03.06.1983 tarih 2576/2907, 19.03.1990 tarih 1874/2383 sayılı kararlarında da açıklandığı üzere davacı TSE 22.11.1960 tarih 132 sayılı Kanun ile kurularak bu Kanun'un 1. maddesiyle TSE garanti markasını almış ve sicile tescil ettirmiştir. Aynı Kanun'un 1,2 ve 11. maddelerinde belirtildiği üzere TSE'ne her türlü madde ve mamuller ile ilgili usul ve hizmet standartları yapmak, özel ve resmi sektörün isteği üzerine standartları ve projeleri hazırlamak, mütalaa vermek, standartları konusunda her türlü ilmi ve teknik inceleme araştırmalarda bulunmak*

görevleri verilmiş olup, TSE garanti markasını almak üreticiler için zorunlu olmamakla beraber, bu markayı mamüllerinde kullanmak isteyenler, davacı Kurum'a başvurarak tahlil ve kontrol ücreti ödemek, madde ve mamüllerin Kurum'ca belirlenmiş Türk Standartlarına uygunluğunu tespit ettirip aidatları, teminatları ve ayrıca tarifeye göre hesaplanacak primi ödeyerek sözleşme yapmak zorundadır. Böylece, TSE markasını taşıyan mamüllerin kalite yönünden kontrol edilerek Türk Standartlarına uygunluğunun saptanmış olduğu kamuoyunda öncelikle kabul edilmiş bulunacağından, TSE garanti markasının izinsiz kullanılması halinde kamuoyunun bu konuda ciddi bir biçimde yanıltılmış olacağı da kuşkusuzdur.

Davacı Kurum'a yasa ile verilen TSE garanti markasının hukuken korunmasının zorunlu bulunduğu açıktır. Söz konusu markanın korunması bakımından da 556 Sayılı KHK hükümleri , TTK 56 v.d maddeleri ve 1322 Sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve ilanı Mariyet Tarihi Hakkında Kanun ve ayrıca 132 Sayılı Kuruluş Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanılarak davacı Kurum'ca çıkartılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi hükümlerinin hep birlikte dikkate alınması gerekir.

132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu'nun 1,2 ve 11. maddelerine göre davacı Kurum kamu hizmeti gören bir kamu kuruluşu olup görev ve yetkileri belirlenmiş, aynı Yasa'nın 14. maddesinde de Kurum'un Yetki ve çalışma usulleri, gelirleri ile bu Yasanın uygulanmasını ilgilendiren sair konular hakkında yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle 132 Sayılı Kanun hükümleriyle davacı Kurum'a verilen yetkiye dayanarak çıkartılan söz konusu Yönerge'nin de yasal sonuçlarını doğurması gerekir. Talimatname ve talimatlar, aslında idarenin iç işlerini düzenleyici nitelikte olmakla beraber, bazen bir mesele hakkında emri ve hareket tarzını

gösterir ve icrai karara dönüşerek üçüncü şahısları da ilgilendirir ve onları diğer idari tasarruflar gibi bağlayıcı olabilir (Ord. Prof. Sıddık Sami Onar; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C1, 2S.291-296, 1960).

Somut uyuşmazlıkta da davacı Kurum'ca maddi tazminat isteminde 132 Sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak çıkartılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi'nin 10. maddesi ve buna bağlı tarifelere dayanılmaktadır. Söz konusu Yönerge'nin 105. maddesinde "TSE marka/markalarını ve/veya yetki belgelerini sözleşme akdetmeksizin kullanan ya da sözleşmesi herhangi bir nedenle sona erdiği halde bu marka veya belgeleri izinsiz kullananlar aleyhine ürünle ilgili " bir (1) yıllık emsal belge kullanma tavan ücretinin iki (2) katından az olmamak üzere maddi tazminat için yasal yollara başvurulacağı " düzenlenmiştir. Böylece, TSE markasını izinsiz kullananlar yönünden ürünle ilgili bir yıllık emsal belge kullanma tavan ücretinin iki katı tazminat alınması hususu cezai şart niteliğinde belirlenmiştir.

Bu durumda mahkemece 132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu ve bu Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak çıkartılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi hükümlerine göre belirlenecek ücretin iki katına hükmedilmesi gerekirken kararda yazılı gerekçelerle davanın kısmen kabulü doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Ankara 3. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 10.12.2013 tarihli ve 2013/201 E., 2013/239 K. sayılı kararı ile önceki gerekçelere ek olarak; davacı Enstitü'nün kendi yönetimi tarafından tanzim ve kabul olunan Yönerge ve Talimat'ta gerçek zararın (yıllık tarifede belirlenen tutarın) "iki

katı tazminat isteneceğini" belirten maddelerinin davanın açılışı sürecinde kendi organlarına ve vekillerine verdiği bir talimattan ibaret olduğu, davacı Enstitü'nün dava açılırken istenecek tutarın belirlenmesi için yürürlüğe koyduğu Yönerge ve Talimat'ın mahkemece tespit edilecek tazminat tutarının belirlenmesinde aynen esas alınmasının hukuken olanaklı olmadığı, zira kanıtlanan maddi zararın üzerinde cezalandırma suretiyle caydırıcı nitelikte bir tazminata hükmedilebilmesi için bunun idari bir düzenleme ile değil yasa ile belirlenmesi gerektiği 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; 556 sayılı KHK'nin 66/2-c maddesi gereğince belirlenen maddi tazminat miktarının, davacı Enstitü tarafından çıkarılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi ve TSE Sistem Belgelendirme Talimatı gözetilerek iki katına karar verilmesinin gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle markaya tecavüz hâlinde maddi tazminat talebi hakkında detaylı bilgi verilmesinde yarar vardır.

13. Dava tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olaya uygulanması gereken 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (556 sayılı KHK) ile markaya tecavüz

hâlinde oluşan zararın tazminine yönelik üç çeşit tazminat davası öngörülmüştür. Bunlar maddi ve manevi tazminat ile itibar tazminatıdır.

14. 556 sayılı KHK'nin 62/1-b maddesi gereğince, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemedен, şartları varsa maddi zararının tazminini talep edebilir. 556 sayılı KHK'nin 64. maddesinde ise "tazminat" kenar başlığı altında haksız fiile özgü terimlere yer verilerek maddi tazminat ayrıca düzenlenmiştir. Esasında her iki maddede düzenlenen maddi tazminat davası aynı olup, 556 sayılı KHK'nin 62/1-b maddesi genel nitelikte düzenleme içerirken aynı KHK'nin 64. maddesinde yaygın bir ihlal hâli olan "taklit" olgusu ayrıca düzenlenmiştir.

15. 556 sayılı KHK'nin 66/1 maddesi gereğince, marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır. Buna göre "maddi zarar" iki kalemden oluşmakta olup, hem meydana gelen "fiili kaybı" hem de marka hakkı sahibinin tecavüz dolayısıyla "yoksun kaldığı kazancı" içermektedir. Kural olarak miktarı zarar gören tarafından ispatlanmak şartıyla her iki maddi zarar kaleminin de tazmini talep olunabilir (*Karan, Hakan/ Kılıç Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi, Ankara, 2004, s. 520*).

16. Fiili kayıp, marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin mal varlığında meydana gelen net azalmayı ifade eder. Mal varlığındaki azalma aktifin azalması şeklinde olabileceği gibi pasifin artması suretiyle de gerçekleşebilir. Fiili kaybın ne şekilde hesaplanacağı madde metninde açıkça yer almamaktadır. Ancak "fiili kaybın" değerinin belirlenmesinde genel hüküm olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 51 ve 52. maddeleri kıyas yoluyla uygulanır. Mahkeme bu hükümler gereğince tazminatı tayin eder (*Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 501*). Fiili kayıp

kalemlerine örnek olarak; marka hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal veya hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların bu süreçte boşa gitmesi, istihdam edilenlere bu süreçte ödenen fazla paralar ile bunun telafi edilmesi için yapılan masraflar (promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vs.) gösterilebilir.

17. Marka hakkına tecavüz edilen hak sahibinin zararı, yalnızca fiili kaybın değeri ile sınırlı olmayıp tecavüz nedeniyle yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır. Yoksun kalınan kazanç, marka hakkına tecavüz edilmesi dolayısıyla malvarlığında kesin olarak ya da büyük ihtimalle gerçekleşecek artışın kısmen veya tamamen önlenmesi, yitirilmesi olarak tanımlanabilir. Yoksun kalınan kazançta, fiili zarardan farklı olarak malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış değil; marka hakkına tecavüz edilmeseydi, ileride markanın kullanılmasıyla elde edilecek kazancın belirlenmesi ile somutlaşacak bir miktar bulunmaktadır (Çolak, Uğur: *Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2018, s. 775*).

18. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında somut ve net olarak ispat edilebilecek bir zarar bulunmamakta, markaya tecavüz fiilinin geleceğe dönük muhtemel etkisi saptanmaktadır. Nitekim tecavüzün etkisiyle marka değerinde azalma olduğunda, bu durum kendi içerisinde ileriye dönük sonuçları da barındırmaktadır. Hâli hazır sonuçlar zaten fiili zarar kapsamında istenebilirken ileriye dönük muhtemel etkiler ise yoksun kalınan kazanç olarak talep edilecektir.

19. Yoksun kalınan kazancın nasıl hesaplanacağı ise 556 sayılı KHK'nin 66/2 maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde; "Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeline göre" hükmünü haizdir. Buna göre marka hakkı sahibinin uğradığı maddi zararın ikinci kalemi olan "yoksun kalınan kazanç"ın hesaplanabilmesi için üç usul öngörülmüştür. Marka hakkı sahibi yoksun kalınan kazanç istemi yanında ayrıca hesaplama usulü olarak bunlardan birini seçmek zorundadır. Başka bir deyişle maddede yer alan hesaplama usulleri dışında hesaplama yapılamayacaktır (Tekinalp, s. 501).

20. Yoksun kalınan kazançla ilişkin belirtilen üç yöntemden ilk hesaplama yöntemi 556 sayılı KHK'nin 66/2-a maddesinde belirtilen "marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markasını kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre" tespittir. Bu yöntem dahilinde bir hesaplama yapabilmek için marka hakkına tecavüzün olmadığı farazi bir ortam yaratılır ve bu ortamda marka sahibinin markasını kullanmak ile elde edeceği muhtemel gelir hesap edilir (Karan/Kılıç, s. 521). Bu maddeye göre yapılacak hesaplama esas itibarıyla marka hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, ticari faaliyetinin hacmi ve markasının değeri gibi unsurlara dayanacaktır. Öte yandan marka sahibi, markayı kullanarak gelir elde ederken, pazarlama becerisini, işletme verimliliğini, satış sonrası servis hizmetlerini ve benzeri unsurları da kullanmaktadır (Tekinalp, s. 502).

21. Bununla birlikte marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken mütecavizin

ticari faaliyetinin boyutunun da incelenmesi gerekebilecektir. Zira marka hakkı sahibinin muhtemel geliri, mütecevizin eyleminin boyutu ile de ilgilidir. Sözgelimi taklit ürünlerin mütecevizin iş yerinde ele geçirilmesi durumunda marka sahibinin muhtemel geliri, bu ürünlerin niteliğinin ve miktarının belirlenmesinin yanında mütecevizin ticari kayıtlarına veya sipariş fişlerine göre ne miktarda üretim yaptığının, ele geçirilenler dışında önceden satış yapıp yapmadığının, başka yerde stoklarının bulunup bulunmadığının, bu ürünleri hangi fiyattan sattığının da tespitinde fayda vardır (Çolak, s. 786). Dolayısıyla 556 sayılı KHK'nin 66/2-a maddesine göre hesaplama yapılırken gerekirse her iki tarafın ticari kayıtları uzman hesap bilirkişilerince incelenerek öncelikle tecavüzün boyutu belirlenmeli, bu belirlemeden sonra marka sahibinin geçmiş yıllardaki ticari faaliyeti ürün fiyatları, satış performansı, kâr marjı gibi unsurlara göre marka sahibinin muhtemel gelirin hesaplanmasına çalışılmalıdır.

22. Yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden ikincisi 556 sayılı KHK'nin 66/2-b maddesinde belirtilen, “*marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre*” tespit edilmesidir. Burada amaç somut olarak ortaya çıkan zararın tazmini değil, marka hakkı sahibinin maruz kaldığı zararın adil bir biçimde denkleştirilmesi olduğundan zarar miktarı dolaylı bir yoldan belirlenmektedir. Bu yöntemde marka sahibinin değil, mütecevizin malvarlığında markanın haksız kullanımı sonucunda artış hesaba katılmaktadır. Başka bir deyişle mütecevizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta ulaşabilmek için kazancın oluşumunda rol oynayan tecavüz konusu marka dışındaki bütün faktörlerin ayıklanması gerekmektedir.

23. Dikkat edilecek olursa 556 sayılı KHK'nin 66/2-a maddesinde marka sahibinin elde

edebileceği muhtemel gelirden bahsedilirken, 66/2-b maddesinde mütecevizin elde ettiği kazanç söz konusudur. Başka bir deyişle 556 sayılı KHK'nin 66/2-a maddesine göre yapılan hesaplamada ihtimale dayalı varsayımsal bir gelir hesaplanırken, 66/2-b maddesine göre yapılan hesaplamada doğmuş olan veya elde edilmiş bulunan bir kazancın hesabı yapılmaktadır. Bu hesaplama yönteminde de öncelikle mütecevizin ticari faaliyetinin boyutu belirlenmeli, markayı taşıyan ürünlerden ne kadar sipariş alındığı, ne kadar üretim yapıldığı, ne kadar stok bulunduğu, ne kadar satış yapıldığı, satış fiyatının ve kâr marjının ne olduğu gibi hususlar dikkate alınarak mütecevizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç belirlenmelidir. Anılan maddede belirtilen, markayı kullanmak yoluyla elde edilen kazanç, mütecevizin tecavüz fiiliyle ortaya çıkan brüt kazancını değil, maliyetlerin elde edilen gelirden düşürülmesiyle kalan net kazancını ifade etmektedir. Ancak mütecevizin tecavüz fiilinin dışında başka hiçbir ürünü satmamış olması hâlinde dâhi genel masraflar bir bütün olarak elde edilen gelirden mahsup edilmeyecek, sadece hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilecektir.

24. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında yararlanılabilecek üçüncü yöntem 556 sayılı KHK'nin 66/2-c maddesinde belirtilen “*lisans örnekmemesi*” yöntemidir. Bu yöntemde göre, marka sahibi yoksun kalınan kazancın; “*marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeline göre*” hesaplanmasını isteyebilir. Marka lisanslarının bir piyasası olmadığından lisans bedeli, objektif olarak her bir somut durum ve şart dikkate alınarak ve emsal lisans bedelleri araştırılıp kıyaslanarak belirlenmelidir. Ayrıca markanın

tanınmışlığı, lisansın münhasır olup olmaması gibi etkenler de lisans bedelinin belirlenmesinde hesaba katılır.

25. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hangi hesaplama yöntemi seçilirse seçilsin 556 sayılı KHK'nin 66/3 maddesinde yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında etki edecek diğer unsurlar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. Böylece markanın tanınmışlık derecesi, markayı taşıyan malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı gibi hususlarda dikkate alınmalıdır.

26. 556 sayılı KHK'nin 67. maddesinde ise 66/2 maddesindeki yöntemlerden birisi kullanılarak belirlenmiş yoksun kalınan kazancın artırılması düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir (556 sayılı KHK m. 67).

27. 556 sayılı KHK'nin 66/3 maddesinde markanın ekonomik öneminin yoksun kalınan kazanca dayalı tazminatın hesaplanmasında etken olacağı düzenlenmiş; aynı KHK'nin 67. maddesinde ise bu durum daha ileri götürülerek markanın başlı başına bir çekim gücü olduğu hâllerde 556 sayılı KHK'nin 66/2 maddesi gereğince hesaplanan tazminata makul bir ek yapılacağı öngörülmüştür. Özellikle garanti markalarında bu çekim gücünün olduğu ve bu markalara tecavüz hâlinde 556 sayılı

KHK'nin 67. maddesi gereğince tazminata ek yapılması gerektiği şüphesizdir. Ancak tazminata makul olarak yapılacak artırım miktarı, kesin olarak öngörülecek bir miktar olmadığından, genel hüküm niteliğindeki Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 4. maddesi ile TBK'nin 51. maddesinin çizdiği sınırlar dahilinde belirlenmesi gerekir.

28. Garanti markası 556 sayılı KHK'nin 54. maddesinde; *"Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir."* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmektedir. Gerçekten de garanti markaları menşe göstermesi mutlaka gerekmeyen işaretler olarak, tüketicilere karşı kendilerine hitaben piyasaya sürülen ürünlerin belirlenen özelliklere sahip oldukları yönünde garanti verme işlevi taşımaktadır. Böylece garanti markasının yer aldığı mal veya hizmetlerin, hazırlanan standartlar çerçevesinde belirlenen özellikleri taşıdığı hususu garanti markası sahibi tarafından tüketicilere karşı hukuken garanti edilmektedir.

29. Garanti markaları genellikle ulusal veya uluslararası endüstriyel standart veya belgelendirme kuruluşları tarafından tescil edilerek kullanım şartlarını karşılayan işletmelere kullanılmaktadır. Bu husus tanımda geçen *"marka sahibinin kontrolü altında"* ifadesinden anlaşılmakta olup garanti markasının çeşitli işletmeler tarafından kullanılması, marka sahibinin kontrolü altında gerçekleşmektedir. Kontrol olgusu, işletme sahibine garanti markasını kullanma yetkisi tanınması ile başlamakta ve kullanımın ilgili teknik yönetmeliğe göre gerçekleşmesi konusunda garanti markası sahibinin

haiz olduğu yetkileri ifade etmektedir (*Bozgeyik, Hayri: Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İÜHF M C. LXXI, 2013, S. 2, s. 92*).

30. Garanti markası doğrudan mal ve hizmetlerin ayırt edilmesi işlevi görmemekte, bu nedenle farklı mal ve hizmet markaları ile birlikte kullanılmakta ve bu markaların tanınmasında, tutulmasında ve ayırt edicilik özelliğinin güçlenmesinde etkili olmaktadır. Bu itibarla garanti markasının asıl marka ile kullanılması durumunda asıl marka sahibinin işletmesinden kaynaklanan ve asıl markanın kendi işlevi doğrultusunda gösterdiği özelliklerin yanı sıra garanti markasında sembolleşen diğer özelliklerin de üründe yer aldığı tüketicilere açıklanmaktadır. Garanti markasının sahibi, bir mal veya hizmetin özelliklerini garanti altına alan gerçek ve tüzel kişidir. Uygulamada garanti markasının sahibinin çoğunlukla resmî veya özel meslek kuruluşu olduğu görülmektedir.

31. Bir ürünün (mal veya hizmet) dünya çapında veya bölgesel nitelikte birçok kuruluş tarafından belirlenen, yayımlanan, belgelendirilen ve yönetilen standartlara uygun olduğunu belgelendiren ve ürün üzerinde yer alan işaretler de garanti markası niteliğindedir. Standartlar, mal ve hizmetlerde kalite, güvenlik, güvenilirlik, verimlilik ve uyumluluğun sağlanması amacıyla kabul edilmiş özellikler olup bunların kabul edilmemesi ve uygulanmaması, mal ve hizmetlerde kalite düşüklüğüne, güvensizliğe, emniyetsizliğe, tehlikeye, verimsizliğe ve bunlar arasında uyum zorluklarına yol açabilmektedir.

32. Standart kuruluşları, bu işaretlerin, mal ve hizmet üreten işletmeler tarafından kullanılması amacıyla sertifikasyon hizmeti yürütmektedir. Uygulamada işletmeler, standart kuruluşlarından sertifikasyon hizmeti alarak, mal ve hizmetlerinin ilgili standartlara uygunluğuna ilişkin işaretleri kullanma

yetkisi elde etmektedir. Bu işaretler, mal ve hizmetin standart kuruluşu tarafından belirlenen ve yayımlanan standartlara uygun olduğunu ve işaretin kullanılması konusunda standart kuruluşu ile işletme arasında bir belgelendirme anlaşmasının yapılmış olduğunu ifade etmektedir. Örneğin Türk Standartları Enstitüsü, 132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu'nun 1. maddesi gereğince gönüllü veya zorunlu olarak uygulanacak çeşitli standartları belirlemek ve yayınlamak amacıyla kurulmuş olduğu; Enstitü'nün markasının TSE ibaresinde oluştuğu, bu markanın çeşitli şekillerde gösterileceği ve Enstitü'nün izni olmaksızın bu markanın hiçbir şekil ve şart altında kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Anılan Kanun ile Enstitü'ye her türlü madde ve mamuller ile ilgili usul ve hizmet standartları yapmak, özel ve resmî sektörün isteği üzerine standartları ve projeleri hazırlamak, mütalaa vermek, standartları konusunda her türlü ilmi ve teknik inceleme araştırmalarda bulunmak görevleri verilmiştir. TSE garanti markasını almak üreticiler için zorunlu olmakla beraber, bu markayı mamullerinde kullanmak isteyenler, davacı Enstitü'ye başvurarak tahlil ve kontrol ücreti ödemek, madde ve mamullerin Enstitü tarafından belirlenmiş Türk Standartlarına uygunluğunu tespit ettirip aidatları, teminatları ve ayrıca tarifeye göre hesaplanacak primi ödeyerek sözleşme yapmak zorundadır. Enstitü'nün izni olmadan TSE markasının ürünlerde kullanımı hâlinde, ürünün kalite ve diğer özelliklerinin Türk Standartlarına uygun olduğu ve bu kapsamda ürünün Enstitü tarafından denetlendiği noktasında tüketicinin yanıltılması söz konusu olmaktadır.

33. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalının "Z**** E****" ibareli ekmek poşetleri üzerinde ve araç kasası üzerinde davacıya ait "TSE" ibareli garanti markası ile "TSE" sistem logosunu izinsiz olarak kullandığı, bu durumun 556 sayılı KHK'nin 61. maddesi gereğince

davacının marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Davalının bu eylemi nedeniyle davacı vekili tarafından eldeki davada “TSE” markasının ve “TSE” sistem logosunun yıllık kullanım bedelinin (lisans bedeli) TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi ve TSE Sistem Belgelendirme Talimatı gereğince iki katının maddi tazminat olarak talep edildiği görülmektedir.

34. Olay ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu’nun 14. maddesi; *“Türk Standartları Enstitüsünün toplanma esas ve usulleri, yönetimi, denetlenmesi, organlarının kuruluş, görev, yetki ve çalışma usulleri ile organ ve üyelerinin görev süreleri, bütçelerinin düzenlenmesi, gelirlerinin toplanması ve sarf şekilleri ile bu kanunun uygulanmasını ilgilendiren sair konular Türk Standartları Enstitüsü Yönetim Kurulunca kabul edilecek yönetmeliklerde belirtilir.”* hükmünü haizdir. Bu kapsamda olay ve dava tarihi itibarıyla davacı Enstitü’nün yönetim kurulu tarafından çıkartılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi’nin “TSE Marka/Markalarının Sözleşme Akdedilmeksizin Kullanılması” başlıklı 10.5 maddesi; *“TSE marka/markalarını sözleşme akdetmeksizin kullanan ya da sözleşmesi herhangi bir nedenle sona erdiği halde TSE marka/markalarını ve/veya belgelerini kullananlar aleyhine; sözleşme akdetmeyerek Enstitü’yü zarara sokmaları sebebiyle Ürün Belgelendirme Merkezi tarafından tüm ilgili dokümanlar Hukuk Müşavirliği’ne bildirilir. Hukuk Müşavirliği’nce ürünle ilgili bir yıllık emsal belge kullanma tavan ücreti tutarının iki katından az olmamak üzere maddi tazminat, kamuoyunu yanıltmak ve haksız rekabete sebep olmak yoluyla Enstitü’yü kamu ve tüketici nezdinde güven kaybına uğratmaktan dolayı talep edilen maddi tazminatın beş katından az olmamak üzere de ek (manevi) tazminat talebi ile hukuki işlemler başlatılır.”* şeklinde

düzenleme içermektedir. Yine olay ve dava tarihi itibarıyla davacı Enstitü’nün yönetim kurulu tarafından çıkartılan TSE Sistem Belgelendirme Talimatı’nın “TSE Sistem Logosunun Sözleşme Akdedilmeksizin Kullanılması” başlıklı 12.2 maddesi de aynı düzenlemeyi içermektedir.

35. 132 sayılı TSE Kuruluş Kanunu’nun 14. maddesinin yönetim kuruluna verdiği yetkiyle çıkarılan TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi ve TSE Sistem Belgelendirme Talimatı hem Kanun’un ilgili maddesi hem de Yönerge ve Talimat’ın maddeleri gözetildiğinde Enstitü’nün kendi iç ilişkisine yönelik düzenlemeler niteliğindedir. Bu kapsamda TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi’nin 10.5 maddesi ile TSE Sistem Belgelendirme Talimatı’nın 12.2 maddesi Enstitü’nün kendi bünyesinde yer alan Hukuk Müşavirliğine markaya tecavüz hâlinde talep edilecek maddi ve manevi tazminatın nasıl belirleneceğini gösteren talimatı içermektedir. Bu itibarla TSE Ürün Belgelendirme Yönergesi’nin 10.5 maddesinde ve TSE Sistem Belgelendirme Talimatı’nın 12.2 maddesinde yer alan maddi ve manevi tazminatı belirleme yönteminin mahkemeyi bağlaması söz konusu olamaz.

36. Bununla birlikte yukarıda da bahsedildiği üzere TSE markasının garanti markası niteliği bulunduğu ve bu hususun başlı başına bir çekim gücü olduğu, ayrıca TSE markasının kullanılmasının ürünün satışında ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu hususları gözetildiğinde 556 sayılı KHK’nin 66/2 maddesi gereğince belirlenen tazminatın aynı KHK’nin 66/3 ve 67. maddeleri gereğince artırılması gerekmektedir. Böyle olunca mahkemece, özellikle TSE garanti markasının izinsiz kullanılmasının, ürünün (mal veya hizmet) sağlık ve kalite açısından Türk Standartlarına uygun olduğu noktasında tüketiciyi yanıltma kastı içerdiği hususu da gözetilerek 556 sayılı KHK’nin 66/2

maddesi gereğince belirlenen tazminatın, genel hüküm niteliğindeki TMK'nin 4. maddesi ile TBK'nin 51. maddesinin çizdiği sınırlar dahilinde artırılması hakkaniyete uygun olacaktır.

37. O hâlde direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı bozulması gerekmektedir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik 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**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440-III/1 maddesi gereğince miktar itibarıyla karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 01.07.2021 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

Kitap Tanıtımları

Book Reviews

ÖZ

Reklam hukuku literatürüne uzun bir aradan sonra kıymetli bir eser girdi. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi Dr. Adem Aslan'ın yakında okuyucuyla buluşan Türk Reklam Hukuku adlı çalışması, reklam hukukunu bütün yönleri ile ele almayı amaçlıyor. Çalışma, reklam verenler, reklam sektörü, uygulamacılar ve araştırmacılar için önemli bir referans teşkil ediyor.

Anahtar Kelimeler: Reklam, Reklam Hukuku, Karşılaştırmalı Reklamlar.

ABSTRACT

A valuable work has entered the advertising law literature after a long time. Turkish Advertising Law, Member of the 11th Civil Chamber of the Supreme Court, Dr. Adem Aslan's work, which will soon meet with readers, aims to deal with advertising law in all its aspects. The study constitutes an important reference for advertisers, the advertising industry, practitioners and researchers.

Keywords: Advertising, Advertising Law, Comparative Advertisements.

* (Kitap Tanıtımları, Geliş Tarihi: 11.10.2021 / Kabul Tarihi: 30.10.2021).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-9974-7459, hbozgeyik@ybu.edu.tr.

Reklam hukuku literatürü uzun bir aradan sonra kıymetli bir eser kazandı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi Dr. Adem Aslan'ın yakında okuyucuyla buluşan Türk Reklam Hukuku adlı çalışması, reklam hukukumuzu bütün yönleri ile ele almayı amaçlıyor.

Dijital çağda reklam, artık çok boyutlu hukuki başlıklarla, her zamankinden daha fazla karmaşık bir konu olarak karşımıza çıkmaya başladı. Geleneksel reklam mecralarına her geçen gün yeni yöntemler eklenmekte, böylece reklam piyasası bir yandan ekonomik açıdan büyürken, diğer yandan yeni hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir.

Bu noktada Dr. Aslan'ın eseri, reklam bağlantılı uyumsuzlukların, artık klasik reklamlardan çok dijital reklamlar konusunda ortaya çıktığına dikkat çekiyor. Temelde ticarî reklamlar ve karşılaştırmalı reklamlar odağında kaleme alınan eserin, bununla sınırlı kalmayıp ve bütün ticari reklamları da kapsadığı görülüyor.

Eserde vurgulandığı üzere, günümüzde reklam mecrası kavramına, radyo, TV, gazete, dergi gibi geleneksel mecraların yanı sıra, teknoloji ve dijital alandaki gelişmelere paralel olarak, her türlü internet ortamı, mobil cihazlar, gökyüzü ve diğer sanal ortam da dahil olmuş durumda. Eser, bu şekilde ilerleyen sürece ürün yerleştirme, bilinçaltı, satır arası, meta-tag, anahtar kelime reklam gibi yeni yöntemlerin de dahil olduğuna da dikkat çekiyor.

Eserde vurgulandığı üzere, reklamın, reklam verenler açısından temel işlevi, mal ve hizmetlerin tanıtımı ve daha çok piyasa elde edilmesine aracılık gibi bir işlevi bulunmaktadır. Reklamın tanıtım boyutu, tüketici açısından da son derece kıymetli olan bilgilenmeye hizmet etmektedir.

Eserde, reklamların, mal ve hizmet piyasalarında rekabetçi bir yapının oluşmasına hizmet ettiği, makro ekonomik yapının güçlenmesine katkı sağladığı, bu açıdan tüketici ve rakiplerin yanı sıra devleti de yakından ilgilendirdiğine dikkat çekilmektedir.

Çalışmada dikkat çekilen hususlardan birisi de reklamın tüketici kitlesini aldatmaya, rakiplere zarar vermeye, serbest rekabet ortamını bozmaya dönük bir araç haline dönüşme potansiyelidir. Reklamın olumlu ve olumsuz çok boyutlu hukuki ve ekonomik etkilere sahip olması, reklam hukuku kurallarının çok iyi düzenlenmesini, reklamın etkilerinin ilgili bütün kesimler tarafından önceden iyi simüle edilmesini gerektirmektedir.

Çalışmada, temelde yanıltıcı reklam ve karşılaştırmalı reklamlar olmakla birlikte, herhangi bir karşılaştırma içermeyen reklamlar, olumsuz reklamlar, benzer sonuçları doğurması açısından çeşitli basın açıklamaları, haber, yorum ve beyanlar da incelenmiş, ayrıca, reklamın tüketici ve haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri ile reklama ilişkin idari ve yargısal denetim ile reklam özdenetim kuruluşu denetimi de ele alınmıştır.

Ana hatları ile kısaca tanıtmaya çalıştığımız Dr. Adem Aslan'ın Türk Reklam Hukuku adlı çalışması Türk hukuk literatürüne önemli bir katkı yapmakta, eser bu niteliği ile uygulamacılar, öğrenciler ve araştırmacılar için önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

ÖZ

"Çalışan Buluşları Hukuku", Türk hukukunda çalışan buluşlarına ilişkin olarak yazılmış akademik nitelikte yazılmış rehber eser mahiyetinde önemli bir çalışmadır. Çalışma bu nedenle özellikle buluş faaliyeti yürüten işletmeler, buluşçu çalışanlar, yükseköğretim kurumları, kamu kurum ve kuruluşları ile hukukçular için temel bir başvuru kaynağı niteliği taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Buluşçu, Çalışan Buluşu, Patent.

ABSTRACT

"The Law of Employee Inventions" is an academic guidebook written on employee inventions in Turkish law. The study is a basic academic reference source for businesses that carry out invention activities, inventive employees, higher education institutions, public institutions and organizations and lawyers.

Keywords: Inventor, Employee Inventions, Patent.

* (Kitap Tanıtımları, Geliş Tarihi: 02.12.2021 / Kabul Tarihi: 06.12.2021).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-9974-7459, hbozgeyik@ybu.edu.tr.

Patent korumasının temel işlevlerinden biri, yeni buluşlar geliştirmeleri konusunda patente yatırım yapan sermaye sahiplerini teşvik etmektir. Bazı ülkelerde kanun koyucular, işverenler tarafından maaşlarına yapılacak buluş bedeli ödemesi ile, buluş konusunda çalışanları da teşvik etmektedir. Ülkemizde her iki teşvik mekanizması da kabul edilmiştir.

Ülkemiz önemli bir sanayi potansiyeline sahiptir. Buluş ve patentin temeli olan ar-ge konusunda ciddi destek ve teşvikler söz konusudur. Özel sektör gibi, kamu sektörü ve üniversitelerde de bu konuda önemli çalışmalar yapıldığı görülmekte, 2017 yılında yürürlüğe giren SMK ve buna bağlı düzenlemeler dikkate alındığında, konunun ülkemizde daha kapsamlı bir şekilde ele alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

Öten yandan, ülkemizde patent hukukuna ilişkin literatürün de yavaş da olsa, her geçen gün zenginleştiğini görmek sevindiricidir. Bu çalışmalardan bir kısmı elbette çalışan buluşlarına ilişkindir. Kısa bir süre önce çıkan Çalışan Buluşları Hukuku adlı eseriyle Dr. Cahit Suluk, mer'i hukukumuzdaki sistemi kapsamlı bir şekilde ele almıştır. Günümüzde buluşların yüzde doksanının çalışanlar tarafından geliştirildiği dikkate alındığında, çalışmanın ülkemizin bugünü ve geleceği açısından nedenli önemli bir ihtiyaca odaklandığı daha kolay görülecektir.

Onbir Bölümden oluşan kitabın *Birinci Bölümünde* buluş, buluşçu, patent-faydalı model, çalışan ve çalışan buluşu gibi kavramlar ile çalışan buluşlarını düzenlemeyi gerektiren nedenler üzerinde durulmuştur. *İkinci Bölümde* karşılaştırmalı hukuk ışığında dünyada ve ülkemizde konuya ilişkin

düzenlemeler incelenmiştir. *Üçüncü Bölümde* sözleşme yönetimine yer verilmiştir. *Dördüncü Bölüm* hizmet buluşlarına, *Beşinci Bölüm* serbest buluşlara, *Altıncı Bölüm* çalışan buluşçuya ödenecek bedele, *Yedinci Bölüm* kamu çalışanlarının buluşlarına, *Sevizinci Bölüm* yükseköğretim kurumlarında geliştirilen buluşlara ayrılmıştır. *Dokuzuncu Bölümde* kamu destekli projelerde geliştirilen buluşlar incelenmiştir. Esasen bu buluşlar çalışan buluşu olmakla birlikte 6769 sayılı SMK'nın sistematığına uygun şekilde bu konu da esere dahil edilmiştir. *Onuncu Bölümde* ise çalışan buluşlarıyla ilgili çıkabilecek uyuşmazlıkların halli ve bu bağlamda zorunlu tahkim usulü açıklanmıştır. Yazar, eserinin *son bölümünde* ise mer'i hukukumuzda konuya ilişkin kabul edilen sistemin analiz ve eleştirisini yapmakta, hukukumuzda kabul edilen hukuki rejimin oldukça bürokratik bir yapıda olduğunu açıklayarak, bunun yerine çok daha pratik ve uygulanabilir bir sistem önerisinde bulunmaktadır.

Yazara göre çalışan buluşlarına ilişkin hukuki sorunlar temelde iki başlık altında toplanmaktadır: Bunlar; hizmet ve serbest buluş ekseninde çalışanlarca geliştirilen buluşların *hak sahipliği* ve çalışan buluşçuya ödenecek *bedel* konularıdır. Yazar, SMK'nın konuya ilişkin düzenlemelerinin (m. 113-122) açıklıktan yoksun olduğunu ve kanunun dilindeki zayıflığın uygulayıcıların işini ciddi şekilde zorlaştırdığını ifade ederek, özellikle çalışana ödenecek bedelle ilgili Çalışan Buluşları Yönetmeliğindeki (ÇBY) belirsiz, hatta çelişkili düzenlemelerin hayata geçirileceği konusundaki zorluğu oldukça ayrıntılı ve özgün gerekçelerle tartışmıştır. Yazar ayrıca, öğreti ve içtihadı da dikkate alarak, Alman hukukundaki mehoz düzenlemenin, mer'i

hukukumuzdaki düzenlemelerin nasıl anlaşılması gerektiği konusuna ışık tuttuğuna da dikkat çekmektedir.

Yazar, çalışan buluşlarına ilişkin sistemin, SMK öncesinde çalışmadığı tespitini yaptıktan sonra, ÇBY'nin kısa sürede yürürlüğe girmesiyle bundan sonra çalışabileceği öngörüsünde de bulunmaktadır.

Dr. Cahit Suluk'un Çalışan Buluşları Hukuku adlı eseri, mer'i hukukumuzda çalışan buluşlarına ilişkin olarak yazılmış rehber mahiyetinde bir çalışmadır. Bu bağlamda, özellikle buluş faaliyeti yürüten işletmeler, buluşçu çalışanlar, yükseköğretim kurumları, kamu kurum ve kuruluşları ile hukukçular için temel bir başvuru kaynağı niteliği taşımaktadır.

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK**

ÖZ

Eser Ticaret Hukuku ve Medeni Usul Hukuku Anabilim Dallarını yakından ilgilendiren “ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk” konusunu ele almaktadır. Bu nedenle bu alanlardan iki akademisyenin alt disiplinler arası ortak bir çalışması olarak hazırlanmıştır. Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile özel hukuk uyuşmazlıklarının dostane/barışçıl/alternatif çözüm yollarından biri olarak arabuluculuk, ilk defa kurumsal olarak düzenlenmiştir. Ticari uyuşmazlıklarda gerek ihtiyari gerekse zorunlu arabuluculuk konusunu işleyen eserin, konuya ilişkin önemli ve ender bir akademik çalışma niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlık, Arabuluculuğa Elverişlilik.

ABSTRACT

The book deals with the subject of "mediation in commercial disputes", which concern the fields of commercial law and civil procedure law. Therefore, it has been prepared as interdisciplinary and collaborative study of two academics from these fields. With the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) numbered 6325, mediation, as one of the friendly/amicable/alternative solutions to private law disputes, was regulated institutionally for the first time in Turkey. The Book, which deals with both voluntary and mandatory mediation in commercial disputes, is considered to be an important and rare academic study on the subject.

Keywords: Mediation, commercial disputes, Suitable disputes to mediate.

* (Kitap Tanıtımları, Geliş Tarihi: 20.12.2021 / Kabul Tarihi: 24.12.2021).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID: 0000-0002-9974-7459, hbozgeyik@ybu.edu.tr.

6325 sayılı Kanunda arabuluculuk “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda arabuluculuğun ihtiyari yönü ve türü ön plana çıksa da Türk hukuk uygulamasında son yıllarda zorunlu arabuluculuk daha yoğun bir uygulamaya konu olmuştur. Bu da inceleme konusu eserin nitelik ve tür bakımından iç içe geçmiş ihtiyari ve zorunlu arabuluculuğu ortak çatı altında ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Eser iki temel tartışma alanı üzerine yoğunlaşmıştır. İlki arabuluculuğa ilişkin temel ve genel usulî konulardır. Diğeri ticari uyuşmazlıklar bağlamında arabuluculuğa elverişlilik ve dava şartı arabuluculuk hususudur. Eser biri ticaret hukuku ve diğeri medeni usul hukukundan iki akademisyenin hazırladığı ender disiplinler arası ortak çalışmalarından. Çalışma gerek akademik gerekse uygulama bakımından bir başvuru kaynağı niteliğini haizdir.

Çalışmada teori ve uygulama arasında denge muhafaza edilerek hem uygulayıcıların hem de teorisyenlerin istifadesine olanak tanıyan bir içeriğe yer verilmiştir. Bu yönüyle alana ilişkin akademik çalışmaların tarandığı, bilimsel tartışmalara yer verildiği, kişisel kanaat ve çözümlerin sunulduğu müşahede edilmektedir. Diğer taraftan, kurumsal olarak oldukça yeni olan ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk konusunda verilen kararlar eserde titiz bir incelemeye ve eleştirel bir yaklaşıma tabi tutulmuştur.

Çalışmayı benzer konudaki çalışmadan ayıran diğer bir husus ise ticari uyuşmazlıkların önemli bir kısmının ele alınması ve her biriyle ilgili arabuluculuğa elverişlilik incelemesi ile dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alıp almadıklarının irdelenmiş olmasıdır.

Çalışmada öncelikle arabuluculuk kurumu tanıtılmış, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun kapsamı ele alınmış, ayrıca arabuluculuğa ilişkin temel ilkeler işlenmiştir. Arabuluculuk süreci hakkında bilgi verildikten sonra, arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliği ve buna karşı başvurulabilecek yollar ele alınmıştır. Daha sonra “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” ve bunun usûl hukuku bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar incelenmiş, buna ilişkin mahkeme kararları bağlamında değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ticari uyuşmazlıklara ilişkin kısmında ticari uyuşmazlık kavramı ve bu uyuşmazlıkların tespiti hususu ile bunların arabuluculuğa elverişliliği meselesi ele alınmıştır. Son olarak “İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk Bakımından Ticari Uyuşmazlık Türleri” başlığı altında TTK’dan ve diğer ilgili mevzuattan kaynaklanan mutlak ticari uyuşmazlıkların önemli bir kısmı arabuluculuğa elverişlilik ve dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alıp almamaları bakımından somut olarak incelenmiştir.

Yazarlardan Erdoğan çalışmanın özellikle usule ilişkin bölümlerinin yer aldığı ilk kısmında Türkiye’de uygulanan arabuluculuk müessesinin güncel ve potansiyel sorunlarına işaret etmiş, mahkeme kararlarını değerlendirmiş ve muhtelif çözüm önerileri sunuştur. Yazarın özellikle 6325 sayılı Kanuna ilişkin olarak kanun yapım faaliyetine, medeni usul hukukunun temel müesseselerine ilişkin birtakım uyumsuzluklara ve Türkiye’deki mevcut

arabuluculuk düzenleme ve uygulamasının yargılamaya ilişkin evrensel hak ve ilkelere etkisine yönelik değerlendirmeleri dikkat çekicidir.

Yazarlardan Eminoğlu ise, Ticari uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği, arabuluculuğun bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ticari uyuşmazlıklara uygunluğu ve başarı potansiyelini değerlendirmiş, konuya ilişkin düzenleme ve uygulamalar bakımından eleştiriler getirmiştir. Yazar mahkeme kararları bağlamında ticari uyuşmazlıklara elverişlilik incelemesine önemli bir yer ayırmış. Ticari uyuşmazlıkların, özellikle de ortaklık hukukuna ilişkin olan ihtilafların çok yönlü menfaat denklemi göz önünde bulundurulduğunda konuya verilen önemin yerinde olduğu belirtilmelidir. Eminoğlu, ticari uyuşmazlık kavram ve türleri ile ticari işletme, şirketler, kıymetli evrak ve sigorta hukuku gibi ticaret hukukuna ilişkin veya bunlarla bağlantılı alt dallardaki çok sayıda uyuşmazlık türünü incelemiştir. Yazar ayrıca her bir uyuşmazlığın ne ölçüde arabuluculuğa konu olabileceği hususunu değerlendirmiştir.

Çalışmanın, henüz erken evrede bulunan kurumsal arabuluculuk müessesesinin gelişimine önemli katkılar sunduğu, uygulamaya yönelik ufuk açıcı çözümler getirdiği ve sonraki bilimsel çalışmalar için temel başvuru kaynaklardan olma hüviyetini taşıdığı düşünülmektedir.