

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

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

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

Ulusal Endeksler: ULAKBİM TR Dizin ve ASOS INDEX

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

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

National Indexes: ULAKBİM TR Index, ASOS Index

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



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

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





ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

TFM

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

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,

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

We invite you to submit your

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

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

TFM

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

C. 8 • S. 2 • Aralık 2022



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

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

Dil Editörleri/Language Editors

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

Editör Yardımcıları/Assistant Editors

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

Yayın Kurulu/Editorial Board

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

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

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

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)

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

Yayın Tarihi/Date of Publication : Aralık 2022/December 2022
Yayın Türü/Publication Type : Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical
İletişim Bilgileri/Contact Information : Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Keçiören/ANKARA-TÜRKİYE
Elektronik Ağ/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>
E-posta/E-mail : tfm@ybu.edu.tr
Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/
Article Submission and Author Guidelines : <http://www.dergipark.org.tr/tfm>

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

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

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

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

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

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

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD^(*)

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

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

Değerli Okuyucular,

Ağırlıklı olarak fikri mülkiyet hukukuna ilişkin çalışmaları içeren 16. sayımızla sizlerle yeniden buluşmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Böylelikle dergimiz kesintisiz bir şekilde sekizinci yılını ve cildini tamamlamış oluyor. Bu vesileyle gerek bu sayımıza gerek önceki sayılarımıza katkı sunan makale ve bilimsel çalışma sahipleri, hakemler, danışma ve bilim kurulu üyelerine teşekkür ediyoruz. Yine dergimizin okuyucularıyla buluşması için daimi bir gayret içerisinde olan Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Ticaret Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku kürsülerinin kıymetli mensupları ile haricen katkı sunan araştırmacı ve yargı mensuplarına, ayrıca bu sayımızdan itibaren dergimizin dizgi ve mizanpajını üstlenen Seçkin Yayınvine ve kıymetli emekçilerine teşekkürlerimizi sunarız. Böylelikle TFM'nin geçmişten bugüne yüzlerce bilim insanı, araştırmacı ve uygulayıcının kolektif bir ürününün sonucu olarak müesseseleştiğini görmekten mutluluk duyuyoruz.

TFM'de yayımlanmak üzere gönderilen makalelerde meselelere hukukun alt bilim dalları bağlamında interdisipliner bir bakış açısıyla yaklaşan çalışmaları görmekten memnuniyet duyduğumuzu belirtmek isteriz. Bu çerçevede örneğin ticari işletme hukuku ile medeni usul hukuku, şirketler hukuku ile ceza hukuku, fikri mülkiyet hukuku ile idare hukuku, yine şirketler hukuku ile icra iflas hukuku alanlarını ilgilendiren çalışmalar ilginize sunulmaktadır. Bu sayıda yine NFT'ler, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, soyut renk markaları, adi konkordatoda faize ilişkin ve diğer bazı spesifik konulardaki makaleler ilginize sunulmaktadır.

Bu sayımızın da uygulamaya ve hukuk akademisine katkı sunmasını temenni ederiz.

İyi okumalar!

FROM EDITOR

Dear Readers,

We are delighted to present you the 16th issue of the TFM consisting mostly of papers in intellectual property law. In this way, our Journal has successfully completed its 8th year and its 8th volume without interruption. Hence, we would like to take this opportunity to thank authors of articles or of scientific works, referees, members of the TFM's Advisory Committee and Science Committee who have contributed somehow to this issue or previous issues of the TFM. Moreover, we thank the precious members of Department of Commercial Law and of Department of Intellectual Property Law of Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, who make constant effort to present the TFM to its readers as well as researchers and members of judiciary, who have contributed externally, Seçkin Publishing House and its valuable employees who will undertake the TFM's typesetting, and page layout having started with this issue. Therefore, we are extremely happy to witness that the TFM has become institutionalised as a result of collective efforts of hundreds of scholars, researchers and practitioners from the past to present.

We would like to express our pleasure to see the papers to be published in the TFM, discussing issues from interdisciplinary perspective within the context of sub-branches of law. In this sense, papers are related to commercial enterprise law and civil procedural law, company law and criminal law, administrative law and intellectual property law, company law and execution and bankruptcy law. In this issue, to state in detail, there have been papers regarding NFTs, insurer's disclosure duty, single colour trademarks, interest in ordinary concordat and other specific issues.

We hope this issue will also contribute to practice and legal Academy.

Good reading!

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

TELİF HAKLARI HUKUKU BOYUTUYLA NFT'LER

COPYRIGHT LAW ASPECT OF NFTS

Dr. Öğr. Üyesi Özgür ARIKAN 323

FİKİR VE SANAT ESERİ SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZÜN REP'İ

LAW SUIT FOR TERMINATION THE VIOLATION OF THE MORAL RIGHTS OF THE AUTHOR OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS UNDER TURKISH COPYRIGHT LAW

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ 337

ADİ KONKORDATODA FAİZE İLİŞKİN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

SPECIAL CIRCUMSTANCES REGARDING INTEREST IN ORDINARY CONCORDATUM

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN 375

SÖZLEŞME ÖNCESİ SİGORTA ETTİRENİN BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE POLICYHOLDER'S PRE-CONTRACTUAL DUTY OF DISCLOSURE AND THE INSURER'S PRE-CONTRACTUAL DUTY TO INFORM

Dr. Sefa ER 385

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ REKABET SUÇU

UNFAIR COMPETITION OFFENSE IN THE TURKISH PENAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL 409

İFLAS SINIRINA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BOARD OF DIRECTORS' FIDUCIARY DUTY IN THE VICINITY OF INSOLVENCY

Dr. Onur KALKAN 429

SİNAİ MÜLKİYET KANUNUNUN 155. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ÖNCEKİ HAKKIN ETKİSİ

THE EFFECT OF EARLIER RIGHTS WITHIN ARTICLE 155 OF THE LAW ON INDUSTRIAL PROPERTY

Elnur KARİMOV 451

SOYUT RENK MARKALARINDA TEK RENK MARKA TESCİLİNİN RENK KOMBİNASYONLARINA GÖRE DAHA ELVERİŞLİ OLMASI:

MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

REGISTRATION OF SINGLE COLOUR TRADEMARKS IS MORE CONVENIENT THAN COLOUR COMBINATIONS IN ABSTRACT COLOUR TRADEMARKS:

AN EVALUATION WITHIN THE FRAMEWORK OF COURT DECISIONS

Muhammet Burak ÖZÇELİK 471

"TEFECİLİK" SUÇU (TCK m.241) AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

INTRA-GROUP LOAN TRANSACTIONS FROM THE POINT OF VIEW OF THE "USURY OFFENCE" (TPC Art.241)

Dr. Öğr. Üyesi Funda ÖZDİN 491

PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK VE TAHKİM

MEDIATION AND ARBITRATION IN THE RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM SHAREHOLDER AGREEMENTS

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU 511

FİKRİ VE SİNAİ MÜLKİYET HAKLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN BULUŞLARIN TİCARİLEŞTİRİLMESİ SÜRECİNDE KARŞILAŞILAN ENGELLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

OBSTACLES AND SOLUTIONS ENCOUNTERED DURING THE COMMERCIALIZATION PROCESS OF INVENTIONS IN HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS IN TURKEY WITHIN THE FRAMEWORK OF INTELLECTUAL INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

Doç. Dr. Özkan ŞAHİN - Yasemin BAYKAL 529

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA YANSIMA YOLUYLA ZARAR

DAMAGES BY REFLECTION IN THE LEGAL RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANY

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE - Dr. Öğr. Üyesi Emre KÖROĞLU 543

KİTAP TANITIMLARI/BOOK REVIEWS

ÇAKIR ÇELEBİ, FATMA BETÜL: **TASARIM HUKUKUNDA EŞDEĞER PARÇA İSTİSNASI, ADALET YAYINEVİ, ANKARA 2022**

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK 557

ÇOLAK, UĞUR: **TÜRK PATENT HUKUKU, ADALET YAYINEVİ, ANKARA 2022**

Mahmut Esad ÖZEK 559

YARGITAY KARARLARI/DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION 563

Makaleler

Articles

TELİF HAKLARI HUKUKU BOYUTUYLA NFT'LER^(*)(**)

COPYRIGHT LAW ASPECT OF NFTs

Dr. Öğr. Üyesi Özgür ARIKAN^(***)

Öz

Misli olmayan kripto varlıkları ifade etmek için kullanılan NFT'ler, dijital çağın yatırım araçlarından biri haline gelmiş ve bu nedenle hem üretimi hem de kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır. Her ne kadar dijitalleştirilebilen her şeyden NFT meydana getirmek mümkün olsa da bu teknoloji özellikle dijital nitelikteki eserler için yeni bir kullanım biçimi sunmuştur. Eserlerin yaygın bir şekilde NFT meydana getirmede kullanılması ise teknolojinin fikri mülkiyet hukuku ile kesiştiği ve hukukçular tarafından da değerlendirilmesi gereken yeni bir boyut ortaya çıkarmıştır. Bu çalışma, Türk telif hakları hukuku açısından söz konusu alana ilişkin değerlendirmeleri içermektedir.

Anahtar Kelimeler

NFT, Telif Hakları, Fikri Haklar, Blokzincir, Akıllı Sözleşmeler.

Abstract

NFT, which is the abbreviation for “non-fungible tokens”, has become a financial instrument of the digital era and therefore both its production and use have become quite widespread. Although anything that can be digitalized may be used to mint an NFT, this technology offers a new type of use especially for digital art works. The widespread use of art works to mint NFTs has revealed a new dimension to be assessed by the lawyers in which technology intersects with the IP law. This paper aims to explore the subyeece matter in terms of Turkish copyright law.

Keywords

NFT, Copyrights, IP Rights, Blockchain, Smart Contracts.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.03.2022 / Kabul Tarihi: 02.07.2022).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

^(***) Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, (ozgur.arikan@boun.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8659-4855).

Atıf/Citation: Arıkan, Özgür (2022) “Telif Hakları Hukuku Boyutuyla NFT'ler”, TFM, C: 8, S: 2, s. 323-336.

I. GİRİŞ

NFT (non-fungible tokens), misli olmayan kripto varlıkları ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Bir blokzincir ağı üzerinde oluşturulabilen ve ağ üzerinden akıllı sözleşmeler vasıtasıyla üçüncü kişilere devredilebilen bu kripto varlıklar, her birinin özgün olması ve bu nedenle kendine özgü bir değer ve ederinin olması yönüyle misli kripto varlıklardan farklılık göstermektedir. İlk kez Ethereum’um ERC 721 standardı ile mümkün hale gelen ve diğer blokzincir ağlarının da buna imkân sağlaması ile geniş bir uygulama alanı bulan NFT’ler, dijital eserlere blokzincir ağı üzerinde yeni bir mecra sunmuştur. NFT’lerin uygulamada yaygın hale gelmesiyle NFT oluşturmada kullanılan eserlerin telif hakları hukuku boyutu da daha çok tartışılır olmuştur. Bu çalışma, NFT’lerin telif hakları hukuku boyutu ile değerlendirmesini amaçlamaktadır.

Çalışmanın ilk başlığı, ele aldığımız konunun da temeli olan blokzincir ve akıllı sözleşme kavramlarının açıklanmasına ayrılmıştır. İkinci başlıkta ise ilk başlıkta açıklanan blokzincir ağları üzerinde oluşturulabilen ve akıllı sözleşmeler vasıtasıyla başkalarına devredilebilen NFT kavramı ve meydana getiriliş şekline göre NFT türleri üzerinde durulacaktır. Üçüncü başlık, NFT oluşturmak için kullanılan bir eserin, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında koruma görmesi için aranan şartlara, eser sahipliğine, eser sahibine tanınan haklara ve eser sahipliği ile eserden oluşturulan NFT sahipliği arasındaki ilişkiye dair değerlendirmeler içermektedir. Dördüncü başlıkta ise başkasına ait bir eserden NFT meydana getirilmesinin hangi hallerde hukuka aykırılık teşkil edeceğine ve bu hallerde eser sahibinin hangi mali haklarının gündeme geleceğine dair NFT’nin türüne göre değerlendirmeler yapılacaktır. Beşinci başlık, NFT ile eser üzerindeki mali hakların devrinin ve lisansının mümkün olup olmadığı konusuna ayrılmıştır. Altıncı başlıkta ise NFT’lerin sonraki satışlarından elde edilen royalty oranının FSEK kapsamında eser sahibine tanınan pay ve takip hakkı ile karşılaştırmasını içermektedir. Konunun teknik boyutuna ilişkin genel değerlendirmelerin yer aldığı ilk iki başlık ile uygulamada ortaya çıkabilecek telif hakları hukukuna ilişkin özellik arz eden sorunlar dikkate alarak oluşturulan diğer bölümlerin yer aldığı bu çalışmanın sonuç bölümü ise genel bir değerlendirmeye ayrılmıştır.

II. BLOKZİNCİR VE AKILLI SÖZLEŞME KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ

Blokzincir, veri ve işlemlerin saklanması ve organize edilmesinde başvurulan özel bir yöntemdir.¹ Blokzincirin temelini ise veri ve işlemlerin birden fazla veri deposu tarafından kaydedilmesi ve paylaşılmasını sağlayan dağıntık defter (distributed ledger) teknolojisi oluşturmaktadır.² Her bir veri deposu (defter), veri ve işlemlerin tümünü içermektedir. Veri ve işlemler, dağıntık ağda yer alan bilgisayar sunucuları (node’lar)³ tarafından müştereken kontrol ve muhafaza edilmektedir. Bir yazılım vasıtasıyla (cüzdan vb.) ağa katılan kullanıcılar, henüz aday niteliğindeki işlemlerini ağa sunarlar. Katılımcılar ağdaki işlemlerini bir özel ve bir açık anahtar ile yapmaktadır. Katılımcı kendi yaptığı işlemleri özel anahtarı ile imzalar; açık anahtarı ise ağda adreslenebilir olmasını sağlamaktadır.⁴ Bu yönüyle açık anahtar, uluslararası bankacılık sisteminde kullanılan IBAN’a benzetilmektedir.⁵ Diğer yandan katılımcı özel anahtarı ile ağ üzerinde işlem yaptığı için (kendi hesabından başka hesaba kripto varlık gönderme işlemi gibi) özel anahtarını kendisine saklaması gerekmektedir. Katılımcının anahtarları arasında kriptografik bir bağ vardır. Bu nedenle katılımcının başka hesaba kendi hesabından kripto varlık transferi yapmak için imza olarak kullandığı özel anahtar ancak ona ait açık anahta-

¹ **Natarajan, Harish & Krause, Solvej & Gradstein, Helen** (2017) Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, The World Bank, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29053/WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, s.e.t 04.03.2022.

² **Renock, Michael J. & Cohn, Alan & Butcher, Jared R.** (2018) Blockchain Technology and Regulatory, Practical Law, https://www.stepto.com/images/content/1/7/v3/171269/LIT-Feb-Mar18-Feature_Blockchain.pdf, s.e.t 04.03.2022.

³ Node’lar kendi arasında full node, lightware node ve publishing node olarak fonksiyonlarına göre ayrılmaktadır.

⁴ **Christidis, Konstantinos & Devetsikiotis, Michael** (2016) Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things, IEEE Access, <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=7467408>, s. 2293, s.e.t 04.03.2022.

⁵ **Gatteschi, Valentina & Lamberti, Fabrizio & Demartini, Claudio** (2019) ‘Technology of Smart Contracts’: **DiMatteo, Larry A. & Cannarsa, Michel & Poncibo, Cristina** (2019) The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, s. 39.

ra ait olabilecektir. Diğer bir deyişle özel anahtar ile yapılan işlemin doğrulanması açık anahtar ile olmaktadır.⁶ Katılımcı tarafından oluşturulan işlemler, yazılımlar tarafından node'lara gönderilir. Node'lar düzenli olarak kriptografik matematik problemlerini çözerek ağa katılan kullanıcılar tarafından yapılan işlemleri doğrulamaya çalışır. Bu problemler node'lardan biri tarafından çözüldüğünde bu çözüm ağda yer alan tüm node'lara gönderilir. Diğer node'lar tarafından da işlemin doğruluğu onaylandığında (*consensus* mekanizması) söz konusu işlem blok olarak zincire kaydedilir. Her bir blokta yapılan işlemleri listeleyen bir blok verisi ve blok verisinin hash değeri, geçici numara ve zaman damgası ile bir önceki bloğun hash⁷ değerini içeren bir blok başlığı yer almaktadır. Dolayısıyla zincirde yer alan her bir blok bir önceki bloğa kriptografik olarak bağlıdır. Önemle belirtmek gerekir ki dağıtık defter teknolojisi dijital olarak yapılan işlemlerin onaylanması için bir merkezi sisteme ihtiyacı ortadan kaldırırken; ağ üzerinde yapılan işlemlerin onayı için kullanılan *consensus* mekanizması, blokların kriptografik olarak birbirine bağlanmasını sağlayan hash değeri ve diğer teknolojiler (asimetrik anahtar kriptografisi)⁸ taraflar arasındaki işlemlerin güvenli bir şekilde yapılmasını ve saklanmasını sağlamaktadır.

Dağıtık defter teknolojisine dayalı blokzincir teknolojisinin ilk uygulaması, bir sanal ödeme aracı olarak Satoshi Nakamoto müstear adlı kişi veya kişilerce 2008 yılında kaleme alınan bir makalede önerilen Bitcoin'in uygulamaya konulması ile olmuştur.⁹ 2013 yılında önerilen ve 2014 yılında uygulamaya konulan Ethereum blokzinciri ise kullanıcılarına ağ üzerinde merkeziyetsiz uygulamalar oluşturma im-

kânı sunmuştur.¹⁰ Bitcoin blokzinciri kullanıcılarına yalnızca sanal bir ödeme aracı imkânı sunmaktayken Ethereum blokzinciri ise daha gelişmiş bir teknoloji ile kullanıcılarına ağ üzerinde daha farklı işlemleri icra etme imkânını da sunmaktadır. Diğer bir deyişle Ethereum, blokzincir ağı üzerinde çeşitli akıllı sözleşmelerin icrasına imkân tanımaktadır.

İlk defa Szabo tarafından 1994 yılında ortaya atılan akıllı sözleşme kavramı, bir sözleşmenin hükümlerinin icrasına imkân sağlayan bilgisayara geçirilmiş protokolü ifade etmektedir.¹¹ Ethereum'da akıllı sözleşmeler Solidity adı verilen bir programlama dili kullanılarak oluşturulmaktadır. Akıllı sözleşmelerin blokzincir ağı üzerinde oluşturulması, işlemlerin binlerce katılımcının olduğu güvenli ve merkeziyetsiz bir platformda icrasını ve ağda gerçekleştirilen işlemin kalıcı olarak kayıt altına alınmasını sağlamaktadır.¹² Akıllı sözleşme daha önceden kurulmuş bir sözleşmenin sadece icrası için kullanılabilmesi gibi (off-chain) sözleşme doğrudan programlama dilinde (ağın Ethereum olması halinde Solidity) bir akıllı sözleşme olarak da (on-chain) kurulabilir.¹³ Ancak akıllı sözleşmenin hukuken geçerli bir sözleşme olabilmesi için borçlar hukuku kapsamında bir sözleşmenin kurulması için aranan şartları taşıması ve sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebebin bulunmaması gerekmektedir.¹⁴ Bu konu, mali hakların devri ve lisans sözleşmeleri özelinde tekrardan ele alınacaktır.

⁶ **Böhme**, Rainer & **Christin**, Nicolas & **Edelman**, Benjamin & **Moore**, Tyler (2015), 'Bitcoin: Economics, Technology, and Governance' Journal of Economic Perspectives, S: 2, C: 29, s. 216, <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.29.2.213>, s.e.t 04.03.2022.

⁷ Hash belirli bir veriyi temsilen kullanılan sayıları ifade etmektedir.

⁸ **Böhme** & **Christin** & **Edelman** & **Moore**, s. 216.

⁹ **Omote**, Kazumasa & **Yano**, Makoto 'Bitcoin and Blockchain Technology': **Yano**, Makoto & **Dai**, Chris & **Kenichi**, Masuda & **Kishimoto** (2020) Yoshio Blockchain and Crypt Currency, 1. Baskı, Tokyo, Springer Open, s. 78, https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/37713/2020_Book_BlockchainAndCryptCurrency.pdf?sequence=1#page=138, s.e.t 04.03.2022.

¹⁰ **Gencer**, Adem Efe & **Basu**, Soumya Basu & **Eyal**, Ittay & **Renesse**, Robbert van & **Sirer**, Emin Gün (2018) 'Decentralization in Bitcoin and Ethereum Networks', Financial Cryptography and Data Security, <https://arxiv.org/pdf/1801.03998.pdf>, s.e.t 04.03.2022.

¹¹ **Szabo**, Nick (1994) Smart Contracts, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LO-Twinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, s.e.t 04.03.2022.

¹² **Gatteschi** & **Lamberti** & **Demartini**, s. 42.

¹³ **Aksoy Çağlayan**, Pınar (2021) Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 91; **DiMatteo**, Larry A. & **Cannarsa**, Michel & **Poncibo**, Cristina (2019) 'Smart Contracts and Contract Law': **DiMatteo**, Larry A. & **Cannarsa**, Michel & **Poncibo**, Cristina (2019) The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, s. 12; Akıllı sözleşmeler vasıtasıyla hukuken geçerli bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan tarafların irade açıklaması yönünden değerlendirme için bkz. **Taşatan**, Caner (2021) Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları, s. 55-56.

¹⁴ **Aksoy Çağlayan**, s. 91.

III. NFT KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

NFT, bir blokzincir ağı üzerinde oluşturulabilen ve ağ üzerinde akıllı sözleşmeler vasıtasıyla üçüncü kişilere devredilebilen kripto varlık olarak tanımlanabilir. NFT'ler, fungible (misli) token olarak adlandırılan bitcoin ve alternatif kripto varlıklar (Ether, Tether ve benzeri) gibi bir blokzincir ağı üzerinden işlemlere konu olmasına rağmen onlardan farklılık göstermektedirler. Adından da anlaşılacağı üzere misli kripto varlıklar, sayı ile belirtilen, her bir birimi aynı değerde olan ve bu nedenle biri diğerinin yerine geçebilen varlıklardır. Misli kripto varlıklar bu yönüyle itibari paralar ile benzerlik göstermektedir. Nitekim misli kripto varlıklar kripto para olarak da adlandırılmaktadır. NFT'ler ise ferdi özellikleri ile öne çıkan, biri diğerinin yerine geçmeyen ve alt birimlere bölünemeyen varlıklardır. Her ikisinin ortak noktası ise blokzincir teknoloji altyapısını kullanmasıdır.

Ethereum, ERC-721 standardı ile katılımcılarına ağda akıllı sözleşme ile misli olmayan kripto varlıklar oluşturma ve bu kripto varlıklara ilişkin işlemler yapma imkânı sağlayan bir ara yüz sunmuştur.¹⁵ ERC-721 standardı ile oluşturulacak her bir NFT'nin kendine özgü bir adresi (açık anahtardan oluşturulan) ve tokenId 'si (varlık no.su) bulunmaktadır.¹⁶ ERC-721 standardı ile Ethereum blokzincir ağına bağlanmak suretiyle doğrudan bir dijital görüntüyü NFT haline getirmek (minting)¹⁷ mümkündür. Ancak uygulamada minting işlemleri genelde çeşitli aracı platformlar (online NFT pazar yerleri) üzerinden gerçekleştirilmektedir.¹⁸ Söz konusu aracı platform vasıtasıyla minting işlemi için Ethereum ağına bağlanmayı sağlayan bir sıcak cüzdan kullanılması gerekmektedir. Sıcak cüzdan ile ağa bağlanan katılımcı, elinde bulunan bir görüntüyü kolayca NFT haline dönüştürebilir. Ağda akıllı sözleşme ile bir

NFT oluşturmak ve işlem yapmak için kullanıcının özel anahtarını kullanması gerekecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, minting işleminde kullanılan dijital verinin NFT üst verisinde nasıl yer aldığıdır. NFT'lerin telif hakları hukuku boyutuyla değerlendirilebilmesi için bu durum, Guadamuz'un da altını çizdiği üzere, önem arz etmektedir.¹⁹ Dijital şeyler, iki farklı biçimde NFT haline getirilebilmektedir. Bunlardan ilki, genel olarak aracı platformlar üzerinden meydana getirilen ve NFT'lerde doğrudan görüntünün kendisinin değil görüntünün yer aldığı platforma ait bir linkin kullanılmasıdır.²⁰ Bu tür NFT'ler off-chain NFT olarak da adlandırılmaktadır.²¹ İkincisi ise yüksek gaz ücretlerinden dolayı fazla tercih edilmeyen, görüntünün bir bütün olarak üst veriye yüklendiği on-chain NFT'lerdir.²² Minting işleminin ardından NFT'ler yine platform üzerinden bir başkasına devredilebilir. Listeleme (listing) denilen platform üzerinden satışa çıkarma²³ işleminde, ağda yer alan bir alıcı belirli bir bedel (misli kripto varlık)

¹⁹ Guadamuz, s. 5.

²⁰ Guadamuz, s. 5.

²¹ Çağlayan Aksoy, Pınar & Özkan Üner, Zehra (2021), 'NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities', Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 0, C: 00, s. 6.

²² Gaz ücreti, ağda yapılan işlemleri doğrulamak için harcanan enerjiye karşılık kripto madencilere ödül olarak verilen ve işlem yapmak isteyenlerden alınan ücrettir. Ethereum ağında bu ödeme ağın kripto para birimi olan Ether ile yapılmaktadır. Guadamuz, s. 5.

²³ Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyet ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Satılan maddi bir mal olabileceği gibi maddi olmayan bir varlık da olabilir. Ancak satış bedeli mutlaka paradan oluşmalıdır. Satış bedelini oluşturan para ülke parası olabileceği gibi yabancı bir para da olabilir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından çıkarılan ve 16 Nisan 2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 31456 sayılı Yönetmelik gereği kripto varlıklar, itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade etmekte olup ödemelerde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılmayacaktır (madde 3). Bu durumda NFT'nin bedelinin milli para veya yabancı para yerine uygulamada olduğu gibi Ether vb. ağda kullanılan bir coin (misli kripto varlık) üzerinden belirlenmesi halinde yapılan işlemin satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. EREN'e göre, tarafların karşılıklı olarak iki malı değiştirmek amacıyla bunlar üzerindeki haklarını birbirine devretmeyi üstlendikleri trampa sözleşmeleri maddi olmayan malların değişimini de kapsamaktadır. Hatta birbiriyile değiştirilen iki paranın da ülkemizde dolaşım kabiliyeti yoksa ortada mal değişim sözleşmesi vardır. Eren, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 274.

¹⁵ <https://ethereum.org/tr/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>, s.e.t 04.03.2022.

¹⁶ <https://ethereum.org/tr/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>, s.e.t 04.03.2022.

¹⁷ Minting sözcüğü İngilizce'de para basma, darp etme anlamına gelmektedir. Anlam karmaşası yaratmamak için ve uygulamadaki yaygın kullanımı nedeniyle minting sözcüğü tercih edilmiştir.

¹⁸ Guadamuz, Andres (2021), 'The Treachery of Images: Non-fungible Tokens and Copyright' Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 0, C: 00 s. 4.

karşılığında NFT'yi bir akıllı sözleşme vasıtasıyla devralmaktadır. Burada ilk durumda devralınan, dijital verinin yer aldığı platforma bağlanmayı sağlayan linke içeren bir üst veridir. Dolayısıyla ağ üzerinde NFT haline getirilen ve akıllı sözleşme ile bir başkasına devredilen aslında minting için kullanılan üst veridir. İkinci durumda ise dijital kopya bir bütün halinde NFT'nin üstverisinde yer aldığından, NFT'nin devri ile NFT'nin oluşumunda bir bütün olarak yüklenen dijital nüsha da devredilmiş olacaktır.

IV. NFT VE ESER SAHİPLİĞİ

Dijitalleştirilebilen her şey NFT haline getirilebilir.²⁴ NFT haline getirilen dijital şey, FSEK kapsamında korunan bir eser de olabilir. FSEK m.1/B hükmü uyarınca eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her çeşit fikir ve sanat ürünleridir. Dolayısıyla NFT haline getirilen bir eserin FSEK kapsamında koruma görebilmesi için kanunda tahdidi olarak sayılan eser gruplarından birine dahil olması ve eseri meydana getiren kişinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Uygulamada daha çok dijital formdaki güzel sanat eserlerinin NFT'leri ile karşılaşılmaktadır. Söz konusu dijital eserin FSEK m.4 kapsamında sayılan estetik değere sahip bir güzel sanat eseri olması ve sahibinin hususiyeti taşıması durumunda, o eserin sahibi FSEK'den doğan haklara sahip olacaktır. FSEK m.8 hükmü uyarınca bir eserin sahibi, o eseri meydana getiren kişidir.

Eser sahibinin kanundan doğan fikri hakları, manevi haklar ve maddi haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Manevi haklar, eser sahibine sıkı sıkıya bağlı haklar olup devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki haklardır. Bunlar; FSEK m.14'te düzenlenen umuma arz hakkı, FSEK m.15'te düzenlenen adın belirtilmesi hakkı, FSEK m.16'da düzenlenen eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme haklarıdır. Bu haklara ilaveten, FSEK m.17'de düzenlenen ve bazı eser gruplarında eser sahibinin eserin orijinal nüshasının malikine veya zilyedine karşı sahip olduğu haklar da manevi haklar arasından yer almaktadır.

Mali haklar ise eser sahibinin ekonomik çıkarlarını koruma yönelik olup, üçüncü kişilere devredilebi-

li, vazgeçilebilir veya bir lisans sözleşmesi ile bunların kullanım hakkı üçüncü kişilere bırakılabilir. Bunlar; FSEK m.21'de düzenlenen işleme hakkı, FSEK m.22'de düzenlenen çoğaltma hakkı, FSEK m.23'te düzenlenen yayma hakkı, FSEK m.24'te düzenlenen temsil hakkı ve FSEK m.25'te düzenlenen umuma iletim haklarıdır. Bu çalışmada mali haklar kapsamında yer alan ve NFT'ler açısından önem arz ettiğini düşündüğümüz çoğaltma, umuma iletim ve yayma hakları aşağıda hak ihlalleri bahsinde ayrıca incelenecektir.

Eser sahibinin yukarıda sayılan haklar dışında kanunda belirtilen başkaca hakları da mevcuttur. Bunlar; FSEK m.45'te pay ve takip hakkı, FSEK m.58'de düzenlenen cayma hakkı ve FSEK m.60'ta düzenlenen vazgeçme hakkıdır. Bunlar arasında yer alan pay ve takip hakkı NFT'lerdeki "royalty" payı ile olan benzerliği nedeniyle aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Bir eseri meydana getiren kişi, o eserini NFT oluşturmak için kullanabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, eserden doğan haklar münhasıran eser sahibine aittir. Ancak bir eseri NFT haline getiren kişi her zaman o eserin sahibi olmayabilir. Eseri NFT oluşturmada kullanan kişi, kanundan veya eser sahibi ile aralarındaki sözleşmeden doğan bir yetkiye dayanarak da söz konusu eserden NFT oluşturabilir. Burada bu ihtimaller üzerinde durulacaktır.

Eser sahibi ilgili mali haklarını FSEK m.52'de öngörülen geçerlilik şekline uygun bir sözleşme ile devretmişse, söz konusu eser devralan kişi tarafından da NFT haline getirilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, FSEK m.48 hükmü uyarınca eser üzerindeki mali hakların devrinin yer, süre ve kapsam bakımından sınırsız olabileceği gibi sınırlı olarak da yapılabilmesidir. Dolayısıyla taraflarca akdedilen devir sözleşmesinin kapsamı, devralanın eseri NFT oluşturmakta kullanabilmesini mümkün kılmalıdır. Aksi takdirde devralan, sözleşmenin kapsamı dışına çıkarak eser sahibinin fikri haklarını ihlal etmiş olabilir. Bu durum, oluşturulan NFT'nin türüne göre aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Bir eseri meydana getiren kişinin çalışan olması durumunda ise işveren, çalışanın meydana getirdiği eserleri kullanma yetkisine sahiptir. FSEK m.18 hükmü uyarınca aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; çalışanların

²⁴ <https://ethereum.org/tr/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>, s.e.t 04.03.2022.

işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Bu durumda işveren, çalışanın meydana getirdiği bir eseri kanundan doğan bu yetkiye dayanarak NFT haline getirmek için de kullanabilir.

Bir eseri meydana getiren kişi eserden doğan haklarından vazgeçmiş de olabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, eser sahibinin eserden doğan mali haklarından vazgeçme hakkı FSEK m.60'ta düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca eser sahibi veya mirasçuları, önceden vakı tasarruflarını ihlal etmemek şartı ile, bir resmi senet tanzimi ve bu hususun Resmi Gazete'de ilanı suretiyle kendilerine tanınan mali haklardan vazgeçebilirler.

Eser sahibinin mali hakları süre ile sınırlıdır. FSEK m.27 hükmü uyarınca eser üzerindeki mali haklara ilişkin koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren yetmiş yıl devam eder. Dolayısıyla koruma süresi sona eren bir eserin üçüncü kişiler tarafından NFT haline getirilmesi kural olarak sorun teşkil etmeyecektir.

V. NFT VE ESERDEN DOĞAN MALİ HAKLARIN İHLALİ MESELESİ

Bir eser, doğrudan eser sahibi tarafından NFT haline getirilebileceği gibi eser sahibinin izni ile veya kanundan doğan bir yetkiye dayanılarak üçüncü kişiler tarafından da NFT haline getirilmiş olabilir. Bu hallerin dışında, başkasına ait bir eseri NFT oluşturmak için kullanmak, eser sahibinin telif haklarının ihlaline yol açabilecektir. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken husus, yetkisiz olarak eseri NFT haline getiren kişinin ne tür bir hak ihlaline sebebiyet verebileceğidir. Burada yapılacak olan değerlendirme, söz konusu NFT'nin bir on-chain NFT veya off-chain NFT olup olmadığına göre değişecektir.

A. ON-CHAIN NFT'LER AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Bir eserin on-chain NFT haline getirilmesi için dijital bir kopyanın elde edilmesi ve NFT üst verisine yüklenmesi gerekmektedir. Bu durumda eser sahibinin çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olabilir. FSEK m.22 hükmü uyarınca, bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kıs-

men, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Söz konusu NFT'nin blokzincir ağı üzerinde akıllı sözleşme ile bir başkasına devredilmesi halinde ise dijital bir kopyayı içeren NFT'nin devri söz konusu olacaktır. FSEK m.25/f.2 hükmü uyarınca eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Dolayısıyla bir eserin on-chain NFT haline getirilmesi durumunda, söz konusu NFT'nin satışı umuma iletim hakkı ihlaline yol açabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, umuma iletim hakkının söz konusu on-chain NFT'nin ilk satış ve devrinden sonra tükenmemesidir. Telif hakları hukukuna göre umuma iletim hakkı ilk satıştan sonra tükenmemektedir. Dolayısıyla, ilk satışı yapanın eser sahibinden izni olsa dahi sonraki satışlarda on-chain NFT'yi satışa sunanların eser sahibinin umuma iletim hakkını ihlal edebilecektir.

Bununla birlikte, dijital kopyaların devrinin yayma hakkı kapsamında mı yoksa umuma iletim hakkı kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır. FSEK m.23/f.1 hükmü uyarınca bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralama, ödünç verme, satışa çıkarma veya diğer yollarla dağıtma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Ancak aynı madde hükmünün ikinci fıkrası gereği, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez. Diğer bir deyişle, yayma hakkı ülke içindeki ilk satıştan sonraki satışlar için tükenmektedir.²⁵

Yayma hakkı yalnızca fiziki nüshalar için söz konusudur.²⁶ Bir eserin dijital olarak edinilmesine

²⁵ İlk satış doktrini.

²⁶ **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 15; **Aksu**, Mustafa (2016) 'İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?); Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 5: 2, C: 1, s. 3.

imkân sağlanması, umuma iletim hakkının kapsamında kalan bir konudur. Umuma iletim hakkı ise tükenmez. Ancak ABAD, *Usedsoft* kararında bir bilgisayar programının kullanım hakkının yeniden devrinde tükenme ilkesinin uygulanacağı yönünde karar vermiştir.²⁷ ABAD, bilgisayar programlarına ilişkin olarak vermiş olduğu bu kararı 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönergesi'nin hükümlerine dayandırmış ve ilgili yönergenin 2001/29 sayılı AB Telif Hakları Yönergesi'ne göre *lex specialis* olduğunu belirtmiştir. Bu karar, durumun diğer eser türlerine uygulanabilirliği ve böylece genel bir dijital tükenmenin geçerli olup olmadığı tartışmalarına neden olmuştur.²⁸ Yine Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar, bilgisayara yüklü olan programın bilgisayardan ayrı olarak yeniden satışında tükenme ilkesinin uygulanacağı yönündedir.²⁹

ABAD ise *Allposter*³⁰ kararında yayma hakkının yalnızca fiziki ortama kayıtlı bulunan eserler için söz konusu olacağına değinmiş; *Tom Kabinet*³¹ kararında ise e-kitaplar üzerinden duruma açıklık getirmiştir. ABAD, *Tom Kabinet* kararında, *Usedsoft* kararındaki fiziki ortama kayıtlı olmayan eserlerde tükenme ilkesinin uygulanmasının yalnızca bilgisayar programları için geçerli olduğunu, fiziki ortama kaydedilmemiş diğer eserlerin yeniden satışının umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla yayma hakkı kapsamında yeniden satışlar için geçerli olan tükenme ilkesinin bu durumlara uygulanamayacağını belirtmiştir.³² İlgili karar, umuma iletim hakkının unsurlarından olan umum kavramına ilişkin olarak da bireylerin kendilerince seçilen yer ve zamanda esere ulaşabilmesinin yeterli olduğuna değinmiştir.³³ Kararda dikkat çeken diğer bir husus ise e-kitapların ikinci el satışlarında tüken-

me ilkesinin uygulanmasının uygun olmadığını ekonomik açıdan değerlendirilmesidir. E-kitaplarda fiziki nüshalarda olduğu gibi bir yıpranma olmadığı için ikinci el e-kitapların birinci el kitaplara rakip olduğu ve e-kitap ikinci el satışlarında fiziki nüsha ikinci el satışlarında olduğu gibi bir efor sarf edilmesi gerekmediği belirtilmiştir.³⁴ Dolayısıyla, e-kitap ikinci el satışlarında tükenme ilkesi uygulamasının eser sahiplerinin ekonomik menfaatlerine de uygun olmadığı sonucu çıkarılmıştır.

Bu durum on-chain NFT'ler açısından değerlendirildiğinde, NFT'nin yeniden satışlarının umuma iletim hakkı kapsamında ele alınması gerekecektir. FSEK kapsamında koruma gören bir eser, eser sahibi veya eser sahibinin izni ile NFT haline getirilmiş olsa dahi, sonraki satışlarda NFT'yi elinde bulunduranların eser sahibinden umuma iletim hakkı için yazılı izinlerinin olması gerekebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, eseri ilk mint eden kimsenin akıllı sözleşmede belirleyeceği bir oran ile royalty geliri elde edebilmesidir. Diğer bir deyişle, NFT'yi ilk mint eden kişi akıllı sözleşmeye ekleyeceği bir koşul ile sonraki her satıştan belirli oranda bir gelir elde edebilmektedir. Ancak bu duruma ilişkin iki husus göz önünde bulundurulmalıdır. İlk husus, eseri ilk mint eden kimsenin eser sahibi olmaması ihtimalidir. Diğer husus ise, royalty oranının akıllı sözleşmeye eklenen bir koşul gereği NFT'nin yeniden satışı üzerinden elde edilen bir gelir olmasıdır. Bu yönden, FSEK kapsamındaki pay ve takip hakkı ile karşılaştırılması daha uygun olacaktır. Ancak her hâlükârda, eser sahibi tarafından mint edilen NFT'nin ikinci el satışlarından eser sahibinin ekonomik çıkarlarının olumsuz yönde etkilediğini söylemek güçtür. Zira NFT'nin umuma iletilmesinde eser sahibinin akıllı sözleşmede belirlediği royalty gereği ekonomik bir menfaati söz konusudur. ABAD'ın vermiş olduğu son kararlar, dijital eserlerin yeniden satışlarının umuma iletim kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve dolayısıyla hakkın tükenmeyeceği yönündedir. Ancak tüm bu değerlendirmeler başta da belirtildiği üzere on-chain NFT'ler için geçerlidir.

²⁷ C-128/11 *UsedSoft v Oracle*, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-128/11>.

²⁸ Aksu, s. 12.

²⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.06.2014, E: 2014/17376, K: 2014/8772.

³⁰ C-419/13 *Art & Allposters v Stichting Pictoright*, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-419/13>.

³¹ C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet*, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-263/18>.

³² Paragraf 53-59.

³³ Paragraf 63.

³⁴ Paragraf 58.

B. OFF-CHAIN NFT'LER AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Söz konusu NFT'nin üst verisinde eserin bulunduğu yere (bir domain adresine, bir bulut depolama servisine veya dağıtık IPFS servisine) link verilmesi halinde ise öncelikle linke tıklanarak ulaşılan dosyada eserin dijital bir kopyasının olması gerekecektir.³⁵ Söz konusu kopya eser sahibinin izni olmaksızın çoğaltılmış ise çoğaltma hakkı ihlali söz konusu olacaktır. Ancak burada önem arz eden husus, mint edilen NFT üst verisinde eserin dijital kopyasının yer aldığı dosyaya erişim sağlayan bir linkin yer almasıdır.

NFT üst verisinde eserin dijital bir kopyasının bulunduğu dosyaya yönlendiren bir linkin bulunması ve linkin yönlendirdiği kopyanın eser sahibinin izni olmaksızın dosyaya yüklenmiş olması halinde ise eser sahibinin umuma iletim hakkı da devreye girecektir. ABAD'ın *GS Media* kararında eserin sahibinin izni olmaksızın yer aldığı bir dosyaya link vermenin, link verenin ticari bir amaç gütmesi halinde umuma iletim hakkı ihlaline yol açacağı belirtilmiştir.³⁶ Link verenin söz konusu linkte yer alan eserin hukuka aykırı olarak umuma iletilindiğini bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ticari bir amaç güderek link verenin, linkte yer alan eserin hukuka uygun olmadığını bildiği varsayılmıştır.³⁷

Eserin dijital bir kopyası yerine NFT üst verisinde esere ait bir linkin bulunması, üst veride linke ulaşabilenlerin umum olarak değerlendirilebilir ve değerlendirilemeyeceği açısından da ele alınmalıdır. Diğer bir deyişle, NFT üst verisinde eser ait linkin verilmesinin umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için söz konusu linke ulaşabilenlerin umum olarak addedilebilmesi gerekmektedir. ABAD'a göre umuma iletim hakkı, bir eserin dijital yolla sayısı tespit edilemeyen potansiyel alıcılara yöneltilmesi halinde söz konusu olur. Birbirine bağ-

lantısı olmayan birden çok insanın farklı zamanlarda farklı yerlerden esere bireysel olarak ulaşabilir olması durumunda bir umuma iletimden söz edilebilecektir.³⁸ Ancak ABAD, çok küçük veya önemsiz insan gruplarının umum kavramının dışında tutulması gerektiğini de vurgulamaktadır.³⁹

Söz konusu linkin NFT üst verisinde olması yani NFT'yi oluşturan kodun içine gömülü olması nedeniyle linke ulaşabilecek olan insan sayısı oldukça sınırlı olabilir. Bu nedenle bu işlemi yapabilecek sınırlı sayıda insanın umuma iletim hakkı kapsamındaki umum kavramına karşılık gelebileceği tartışmalıdır.⁴⁰ Kaldı ki, söz konusu linkin tıklanması halinde esere ait dosyaya ulaşılamaması (ya da dosyada söz konusu eserin yer almaması veya linkin üst veride doğru bir şekilde yer almaması) da söz konusudur. Bu durumda da dijital eseri NFT haline getiren kimsenin eser sahibinin izni olmaksızın yapması halinde bir umuma iletim hakkı ihlalinden bahsedilemeyeceği söylenebilir.⁴¹ Fakat NFT'nin satıldığı online pazar yerlerinde NFT'ye konu dijital eserin bir kopyasının veya linkin bulunması, online pazar yerlerinin sorumluluğu ile ilgili olup ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.⁴²

Değinilmesi gereken diğer bir husus ise NFT'de yer alan linkin yönlendirdiği yerde bulunan eserin umuma iletimine eser sahibi tarafından izin verilmiş olması halidir.⁴³ Bu durumda esere yönelten link verme işleminin hukuka aykırı olabilmesi için ABAD'ın kararında yeni umum kavramına yer verilmiş ve eser sahibinin umuma iletimine izin verdiği bir esere link vermenin ancak ilk izin verdiği umumun kapsamı dışında kalan bir *yeni umuma* yöneltilmesi halinde söz konusu olacağı belirtilmiştir. Eser sahibi tarafından hali hazırda umuma iletilmiş ve iletimine izin verilmiş bir eser için *umumun* eğer ilgili internet

³⁵ **Kastrenakes**, Jacop (2021) The Verge, 'Your Million-Dollar NFT Can Break Tomorrow If You're Not Careful', Your million-dollar NFT can break tomorrow if you're not careful - The Verge, s.e.t 04.03.2022.

³⁶ *C-160/15 GS Media BV v Sanoma*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183124&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2897264>, s.e.t 04.03.2022.

³⁷ Paragraf 51.

³⁸ *C-263/18 Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionid=A86D64B48DA1DFF13AB94CD02CB-417D4?text=&docid=221807&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=513485>, paragraf 67.

³⁹ Paragraf 68.

⁴⁰ **Guadamuz**, s. 15.

⁴¹ **Guadamuz**, s. 14.

⁴² **Guadamuz**, s. 16.

⁴³ **Çağlayan Aksoy & Özkan Üner**, s. 8.

sitesinden söz konusu esere ulaşmada herhangi bir kısıtlama söz konusu değilse tüm internet kullanıcılarını kapsadığı kabul edilmiştir.⁴⁴

VI. NFT VE MALİ HAKLARIN DEVRİ / LİSANSI MESELESİ

Bir eserin NFT haline getirilip bir blokzincir ağı üzerinde başkasına devri, söz konusu NFT'nin, yani dijital verinin, devri anlamına gelmekte olup eser üzerindeki hakların devri anlamına gelmemektedir. Nasıl bir ressamın tuval üzerine yaptığı bir yağlı boya resminin bir başkasına devredilmesi halinde devredilen fiziki nüsha olup, eser üzerindeki mali hakların devri anlamına gelmiyorsa; aynı şekilde bir dijital eserin NFT haline getirilip bir başkasına devredilmesi de eser üzerindeki mali hakların devri anlamına gelmemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, NFT'nin eğer bir on-chain NFT değilse, yani bir off-chain NFT ise, devredilenin dijital bir nüshadan ziyade eserin dijital nüshasına ilişkin bir tür *orijinallik sertifikası veya belgesi* niteliğinde olmasıdır.⁴⁵ Önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar eserin NFT halinin devri eser üzerindeki hakların devri anlamına gelmemekte ise de bazı NFT pazar yerlerinde mint edilen esere ilişkin telif haklarının transferini de içeren ve akıllı sözleşmeye eklenen bir koşul da bulunmaktadır.⁴⁶

Burada NFT ile eser üzerindeki mali hakların devredilebilip devredilemeyeceği meselesi gündeme gelmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, salt on-chain veya sadece esere ilişkin link içeren NFT'lerin akıllı sözleşme ile devri eser üzerindeki mali hakların devri anlamına gelmemektedir. NFT'lerin devrine ilişkin sözleşmelerin geçerliliği ise şekil serbestisi prensibi gereği herhangi bir şekilde yapılmasına bağlı değildir. Söz konusu akıllı sözleşme, eğer borçlar hukuku kapsamında bir sözleşmenin kurulması için aranan şartları taşıyorsa ve sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep bulunmuyorsa, hukuken geçerli bir işlem olacaktır. Ancak bu başlık, NFT ile

birlikte esere ilişkin mali hakların devrinin mümkün olup olmadığına ilişkindir.

FSEK m.52 hükmü uyarınca bir eser üzerindeki mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olarak yapılması ve işleme konu hakların da ayrı ayrı gösterilmesi şartı aranmaktadır. Bu anlamda bir eser üzerindeki mali hakların devri ancak yazılı sözleşme ile olur. Güvenli elektronik imzalı (e-imza) sözleşmeler de bu kapsamdadır. Bunun yanında sözleşmeye ile devredilen hakların neler olduğu da ayrı ayrı akdedilen sözleşmede belirtilmelidir.

Akıllı sözleşmelerin on-chain ve off-chain olarak iki türü bulunmaktadır.⁴⁷ On-chain sözleşmeler, akdedilecek sözleşmeye ilişkin hükümlerin söz konusu ağda yer alan akıllı sözleşmeye programlama dilinde (ağın Ethereum olması halinde Solidity programlama dili ile) yazılması ve akıllı sözleşmenin doğası gereği kendiliğinden icra edilmesi halidir.⁴⁸ Önemle belirtmek gerekir ki ağ üzerinde yer alan işlemin gerçekleşmesi için tarafların ağa katılması, devreden özel anahtar ile akıllı sözleşmeyi imzalaması, yapılan işlemin şifresinin *nodelardan* biri tarafından çözümlenmesi ve diğer *nodelar* tarafından onaylanması (*consensus* mekanizması işlemi) gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan işlem ağa blok olarak eklenemeyecektir.

Akıllı sözleşme ile yapılan işlemler ise her ne kadar özel anahtar ile imzalanıyorsa olsa da söz konusu imza hukuken elle atılan imzaya denk tutulan güvenli e-imza yerine geçmemektedir.⁴⁹ Zira Elektronik İmza Kanunu m.4 hükmü uyarınca, e-imzanın "güvenli" olabilmesi için nitelikli elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilen bir elektronik sertifika ile doğrulanabilir olması gerekmektedir. Bu durumda on-chain akıllı sözleşme FSEK kapsamında aranan yazılı şekil şartını karşılamayacağı için hukuken geçerli bir sözleşme olmayacaktır. Diğer bir deyişle, on-chain akıllı sözleşme vasıtasıyla bir esere ilişkin hakların devrini içeren sözleşme, akıllı sözleşme yazılı şekil şartını sağlamadığı için kesin hükümsüzdür. Buradaki sorun ise hukuken geçerli olmayan on-chain akıllı sözleşme ile yapılan işlemin otomatik olarak icra

⁴⁴ Case C-466/12 *Svensson v Sverige*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147847&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3784382> Paragraf 24-26.

⁴⁵ Guadamuz, s. 5; Çağlayan Aksoy & Özkan Üner, s. 8.

⁴⁶ Guadamuz, s. 7.

⁴⁷ Çağlayan Aksoy, s. 78.

⁴⁸ Çağlayan Aksoy, s. 80.

⁴⁹ Çağlayan Aksoy, s. 169.

edilmesidir. Ancak taraflar şekil şartına uygun olarak akdedilmeyen bir sözleşmeden doğan borçlarını her türlü yanılığın uzak olarak bilerek ve isteyerek yerine getirmişse, şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması yasağına, dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir.⁵⁰

Diğer bir akıllı sözleşme türü ise off-chain akıllı sözleşmedir.⁵¹ Burada sözleşme ağ dışında doğal bir dilde akdedilmekte ve akdedilen sözleşme akıllı sözleşme vasıtasıyla icra edilmektedir. Eğer dışarıda doğal dilde meydana getirilen sözleşme FSEK kapsamında aranan şekil şartına uygun olarak akdedilmiş ise hukuken geçerli bir sözleşme olacaktır. Ağ üzerinde kurulan akıllı sözleşme ise hukuken geçerli olan sözleşmenin icrası içindir. Diğer bir deyişle taraflarca genel hükümlere uygun bir şekilde yazılı olarak akdedilen sözleşmeden doğan borçlar, blokzincir ağı üzerinden ifa edilmektedir. Burada sözleşmeden doğan borçların ifasının akıllı sözleşme ile yapılmasının avantajları, yapılan işlemlerin ağ üzerinden bir aracı kuruma gerek olmaksızın otomatik olarak icra edilmesi ve ağa kalıcı olarak kaydedilmesi olacaktır.

Mali hakların bir kısmının veya tamamının kullanım hakkının devri lisans sözleşmeleri ile mümkündür. NFT ile mali hakların lisanslanması için de sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve hangi hakların lisansa konu olduğunun ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Bu bir geçerlilik şartıdır. Burada da aynı şekilde, off-chain akıllı sözleşme ise doğal dilde yapılan bir sözleşmenin icrasının akıllı sözleşme ile yapılması anlamına gelmektedir. On-chain sözleşmeler ise FSEK'de öngörülen yazılı geçerlilik şartını sağlamamaktadır.

VII. NFT ROYALTY ORANI VE PAY HAKKI KARŞILAŞTIRMASI

FSEK m.45 hükmü uyarınca mimarî eserler hariç olmak üzere, FSEK m.4 kapsamında sayılan güzel sanat eserlerinin asılları ile eser sahibinin kendisinin sınırlı sayıda meydana getirdiği veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış veya başka bir şekilde işaretlenmiş olmaları nedeniyle özgün eser olduğu kabul edilen kopyaları, FSEK m.2(1) numaralı bendinde ve FSEK

m.3 kapsamında sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından biri, eser sahibi veya mirasçıları tarafından bir defa satıldıktan sonra, koruma süresi içinde, bir sergide veya açık artırmada yahut bu gibi eşyayı satan bir mağazada veya başka şekillerde satış konusu olarak el değiştirdikçe, bu satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir nispet-sizlik bulunması halinde, her satışta, satışı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi, bedel farkından münasip bir payı eser sahibine, o ölmüşse miras hükümlerine göre ikinci dereceye kadar (ve bu derece dahil) yasal mirasçılara ve eşine, bunlar da yoksa ilgili alan meslek birliğine Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde ödemekle yükümlüdür.

Güzel sanat eseri sahipleri ile el yazması bazı ilim edebiyat veya müzik eserlerinin sahipleri, söz konusu eserler yalnızca asıllarından veya sınırlı sayıda özgün kopyalarından oluştuğu için, diğer eser sahiplerine göre daha dezavantajlı olabilmektedir.⁵² Eser sahibinin ekonomik çıkarlarını korumak amacıyla, söz konusu asıl eserin veya sınırlı sayıdaki özgün eserin sonraki satışlarından belirli bir payın eser sahibine ödenmesi öngörülmüştür. Kanun metninden açıkça anlaşılacağı üzere, eser sahibinin sonraki satışlardan belirli bir pay elde edebilmesi belirli şartlara bağlanmıştır. Öncelikle söz konusu eserin ilk elden satış sözleşmesi ile çıkmış olmasıdır.⁵³ Ayrıca, son satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir orantısızlık olmalıdır. Diğer bir husus ise söz konusu satışın sergi, açık arttırma ve benzeri eşya satan yerlerde vukuu bulmuş olmalıdır. Son olarak ise sonraki satış işleminin eserden doğan hakların koruma süresi içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Eserden doğan hakların koruma süresi, FSEK m.27 hükmü uyarınca eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmesiyle son bulmaktadır. Eğer eser birden fazla kişi tarafından meydana getirilmiş ise bu süre hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmesiyle son bulur. Pay hakkı bir kereye mahsus değildir. Eğer şartları varsa her satıştan doğar.⁵⁴

⁵² **Suluk & Karasu & Nal**, s. 96.

⁵³ **Yavuz**, Levent & **Alici**, Türkay & **Merdivan**, Fethi (2013) *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1433.

⁵⁴ **Tekinalp**, Ünal (2012) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 198.

⁵⁰ **Eren**, s. 185.

⁵¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 78.

İlk bakışta, FSEK m.45'te düzenlenen "pay ve takip hakkı" ile NFT eser satışlarında NFT'nin ilk sahibinin sonraki satışlardan elde edilen gelirden belirli oranda pay alması (*royalty*) arasında birtakım benzerlikler görülmektedir. NFT minting işlemini gerçekleştiren kişi, eserin sonraki satışlardan elde edilen gelirin belirli bir oranının kendisine ödenmesini (örneğin %10) akıllı sözleşmeye bir koşul olarak ekleyebilir. Bu durumda NFT'nin ilk satışından sonraki her satıştan elde edilen gelirin belirli bir oranı, NFT'nin ilk sahibine aktarılacaktır.

Burada FSEK'te düzenlenen ve (mimari eserler hariç olmak üzere) güzel sanat eserleri ile bazı el yazma eser sahiplerinin ekonomik dezavantajlarını ortadan kaldırmak için kanunda öngörülen pay ve takip hakkı, her ne kadar NFT'ler için söz konusu olan "*royalty*" sistemi ile bir benzerlik gösterse de bu iki kurum temelde birbirinden farklıdır. Öncelikle FSEK kapsamındaki pay ve takip hakkı kanundan doğan, eser sahibine ya da onun mirasçılara ancak ve ancak belirli şartların varlığında ve hiç kuşkusuz talep halinde ödenmesi gereken bir orandır. Oysa NFT'yi mint eden kimsenin bu sırada belirlediği "*royalty*" oranı, söz konusu kişiye sonraki satışlardan otomatik olarak akıllı sözleşmeye konula şart gereği ödenen bir orandır. Yukarıda da belirtildiği üzere, NFT'yi mint eden kimsenin doğrudan eser sahibi olması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu benzerlik ancak ve ancak eseri NFT haline getiren kimsenin aynı zamanda eser sahibi olması durumunda kurulabilecektir. NFT'yi mint eden kimse ile eseri meydana getiren eser sahibinin farklılık göstermesi halinde ise eser sahibinin ekonomik menfaatinin korunmasından söz edilemeyecektir. Bu durumda NFT'lere özgü "*royalty*" payı ile FSEK kapsamında pay hakkı arasında hiçbir benzerlik söz konusu olmayacaktır.

Eseri meydana getiren kişi ile eseri NFT haline getiren kişinin aynı olduğu varsayımında ise yine birtakım farklılıklar söz konusudur. Buradaki temel farklılık, NFT haline getirilen eserin (gerek bir on-chain NFT olması gerekse de eserin kopyasına ulaşmayı sağlayan bir link içermesi halinde) pay hakkına konu olan eser gruplarındaki gibi asıl eser veya sınırlı sayıda üretilmiş özgün eser niteliğinde olmamasıdır. Zira NFT haline getirilen eser dijital

bir kopyadan ibarettir. Söz konusu eserin sınırsız bir şekilde dijital kopyası üretilbileceği gibi aynı eserin birden fazla kez ve farklı blokzincir ağlarında mint edilmesi de teknik olarak mümkündür. Buradaki benzerlik ise dijital eserden ziyade NFT'nin teorik olarak tek veya sınırlı sayıda üretilmesidir. Bir eserin eser sahibi tarafından bir adet veya sınırlı sayıda üretilip mint edilmesi halinde akıllı sözleşmede belirlediği *royalty* gereği sonraki satışlardan belirli bir oranda pay alacaktır. Bu durumda kanun koyucunun dezavantajlı eser grupları için FSEK m.45'te öngördüğü pay hakkı ile amaçlanan blokzincir ağı üzerinde akıllı sözleşme vasıtasıyla sağlandığı söylenebilir. Fakat bu durum bir eserin bir defa ve bir adet (veya sınırlı sayıda) NFT haline getirildiği varsayımında söz konusu olacaktır. NFT'nin bir on-chain NFT olması halinde doğrudan bir dijital kopyadan bahsedilirken; NFT üst verisinde tek veya sınırlı sayıda eserin bulunduğu yere ilişkin linkin yer alması halinde ise esere ilişkin bir orijinallik sertifikasından bahsedilecektir.

Diğer bir farklılık, NFT'nin sonraki satışlarından elde edilen gelirin belirli bir oranı *royalty* olarak NFT'nin ilk sahibine akıllı sözleşmeye eklenen koşul gereği otomatik olarak aktarılırken; kanundan doğan pay hakkı ancak belirli koşulların varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bu koşullardan biri, pay hakkının koruma süresi ile sınırı olmasıdır. *Royalty* için ise böyle bir süre sınırı söz konusu değildir. Diğer bir şart olan son satış ile bir önceki satış arasında orantısızlık da *royalty* oranı için aranmamaktadır.

NFT eserler, adı üzerinde, bir eserden tek veya sınırlı sayıda üretilmiş kripto varlıklardır. Ancak pratikte dijital bir eserin eser sahibi tarafından birden çok kez mint edilmesi ve hatta aynı eserin farklı blokzincir ağlarında mint edilerek satışa sunulması mümkündür. Bu nedenle Guadamuz buradaki sınırlılığın aslında bir illüzyondan ibaret olduğunu düşünmektedir.⁵⁵ Ancak kıt olanın değerli olmasından kaynaklı olarak, eser sahibinin söz konusu eserden çok fazla NFT oluşturması, teorik olarak eser sahibinin ekonomik menfaatine aykırı olacaktır. Dijital olanın kolay ve mükemmel bir şekilde kopyalanabilir olması, dijital eser sahiplerinin ekonomik men-

⁵⁵ Guadamuz, s. 18.

faatini olumsuz yönde etkilemektedir. Dijital eser sahibinin eserini NFT haline getirmesi, diğer bir deyişle NFT'nin türüne göre orijinal kopya veya kopyaya ilişkin bir tür sertifika üretmesi ve bu NFT'nin sonraki satışlarından belirli bir gelir elde etmesi, eser sahibinin ekonomik menfaati açısından oldukça olumlu olacaktır. Zira dijital eserlerin en önemli sorunu, kolay kopyalanabilir olması nedeniyle eser sahiplerinin haklarının takibini sağlamakta güçlük çekmeleridir. Bu anlamda FSEK m.45 ile öngörülen ve tek veya sınırlı sayıda üretilen özgün eser sahiplerinin pay hakkı ile NFT eserler için blokzincir ağında yer alan ve sonraki satışlardan elde edilen gelirden belirli oranın mint eden eser sahibine aktarılması özünde birbirinden tamamen farklı olsa da eser sahiplerinin ekonomik menfaatini koruma ve dezavantajlı durumlarını ortadan kaldırma gayeleri açısından bir benzerlik gösterdiği söylenebilir.

VIII. SONUÇ

Dijital eserlerin NFT meydana getirmede yaygın olarak kullanılması, NFT'lerin fikri haklar boyutuyla da değerlendirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. Ancak teknolojik alanda yaşanan hızlı değişimler, konunun fikri haklar boyutuna ilişkin yapılacak olan tespitleri oldukça güçleştirmektedir. Mevcut teknolojik gelişmeler ışığında yapılan değerlendirmelerin genel bir sonucu olarak, dijitalleştirilebilen eserlerin NFT meydana getirmede kullanılmasının telif hakları hukuku açısından köklü bir değişikliğe sebebiyet vermeyeceği söylenebilir. NFT meydan getirmede kullanılan eser eğer FSEK kapsamında koruma görüyorsa eseri meydana getiren kişi o eser üzerindeki telif haklarının sahibidir. Oluşturulan NFT bir on-chain NFT ise akıllı sözleşmede dijital bir eser veya kopyası tümüyle yer almaktadır. Eğer off-chain NFT ise, akıllı sözleşme dijital esere veya eserin bir kopyasına ait bir link yer aldığından, linkte yer alan eserin orijinalliğe dair bir tür sertifika fonksiyonu gördüğü söylenebilir. Eğer söz konusu NFT eser sahibi tarafından veya onun izni ile (veya çalışanların meydana getirdiği eserlerde olduğu gibi kanundan doğan bir yetkiye dayanılarak) oluşturulmuş ise kural olarak telif hakları açısından sorun teşkil etmeyeceği söylenebilir. Eser sahibinin izni olmaksızın veya verilen iznin kapsamı dışına çıkılarak, bir eseri NFT meydan getirmede kullanan kişinin eser sahibinin

mali haklarını ihlal edip etmediği ise oluşturulan NFT'nin türüne göre değişecektir.

NFT'lerin blokzincir ağı üzerinden akıllı sözleşme ile devredilmesi, eser üzerindeki mali hakların devri anlamına gelmemektedir. Devir işlemine konu olan NFT eğer bir on-chain NFT ise eserin dijital bir kopyasının yer aldığı NFT'nin devri anlamına gelmektedir. Eğer bir off-chain NFT ise, esere ait dijital kopyanın linkini içerdiğinden, linkte yer alan orijinal kopya ilişkin bir tür sertifika niteliğindeki NFT'nin devri anlamına gelmektedir. NFT ile blokzincir ağı üzerinden esere ilişkin hakların devredilmesi veya lisanslanabilmesi için ise devir ve lisans sözleşmelerinin FSEK'te öngörülen şekil şartına uygun olarak akdedilmiş olması gerekmektedir. On-chain akıllı sözleşmeler bu geçerlilik şartını sağlamamaktadır.

Eserin eser sahibi tarafından NFT haline getirildiği hallerde, akıllı sözleşme ile belirlenebilen royalty oranı eser sahiplerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yönelik teknik bir imkân sunmaktadır. Her ne kadar pay hakkı kanundan doğan ve ancak belirli şartların varlığı halinde eser sahiplerine tanınan bir hak olsa da özünde sınırlı sayıda üretilen özgün eser sahiplerinin ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Tek ve sınırlı sayıda NFT'si oluşturulan bir eser eğer doğrudan eser sahibi tarafından mint edilmiş ise sonraki satışlardan elde edebileceği royalty oranı ile ekonomik menfaatini koruyabilecektir. Bu nedenle amaç yönünden royalty oranı ile pay hakkı arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir. Ancak her ne kadar non-fungible terimi aslında misli olmayı ifade etse de bir eserden aynı veya farklı blokzincir ağlarında çok sayıda NFT oluşturmanın önünde teknik bir engel bulunmamaktadır. Bu açıdan royalty oranının bu amacı ne kadar sağladığı da tartışmaya açıktır.

KAYNAKÇA

- Aksu**, Mustafa (2016) 'İnternet Üzerinden Yayılan Eserlerde Tükenme İlkesi? (Dijital Tükenme İlkesi?)', Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 1-22.
- Çağlayan Aksoy**, Pınar (2021) Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.
- Çağlayan Aksoy**, Pınar & **Özkan Üner**, Zehra (2021) 'NFTs and Copyright: Challenges and Opportunities', Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 0, C: 00, s. 1-12.
- DiMatteo**, Larry A. & **Cannarsa**, Michel & **Poncibo**, Cristina (2019) 'Smart Contracts and Contract Law'; **DiMatteo**, Larry A. & **Cannarsa**, Michel & **Poncibo**, Cristina (2019) The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms, 1. Baskı, Oxford University Press.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gatteschi**, Valentina & **Lamberti**, Fabrizio & **Demartini**, Claudio (2019) 'Technology of Smart Contracts'; **DiMatteo**, Larry A. & **Cannarsa**, Michel & **Poncibo**, Cristina (2019) The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms, 1. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press.
- Guadamuz**, Andres (2021) 'The Treachery of Images: Non-fungible Tokens and Copyright', Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 0, C: 00, s. 1-19.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Taşatan**, Caner (2021) Sözleşmenin Kurulması, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Yavuz**, Levent & **Alıcı**, Türkay & **Merdivan**, Fethi (2013) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Online Kaynaklar**
- Böhme**, Rainer & **Christin**, Nicolas & **Edelman**, Benjamin & **Moore**, Tyler (2015), 'Bitcoin: Economics, Technology, and Governance' Journal of Economic Perspectives, S: 2, C: 29, s. 216, <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.29.2.213>, s.e.t 04.03.2022.
- Christidis**, Konstantinos & **Devetsikiotis**, Michael (2016) Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things, IEEE Access, <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=7467408>, s. 2293. s.e.t 04.03.2022.
- Gencer**, Adem Efe & **Basu**, Soumya Basu & **Eyal**, Ittay & **Renesse**, Robbert van & **Sirer**, Emin Gün (2018) 'Decentralization in Bitcoin and Ethereum Networks', Financial Cryptography and Data Security, <https://arxiv.org/pdf/1801.03998.pdf>, s.e.t 04.03.2022.
- Kastrenakes**, Jacop (2021) The Verge, 'Your Million-Dollar NFT Can Break Tomorrow If You're Not Careful', Your million-dollar NFT can break tomorrow if you're not careful - The Verge, s.e.t 04.03.2022.
- Natarajan**, Harish & **Krause**, Solvej & **Gradstein**, Helen (2017) The World Bank, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29053/WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, s.e.t 04.03.2022.
- Omote**, Kazumasa & **Yano**, Makoto 'Bitcoin and Blockchain Technology': **Yano**, Makoto & **Dai**, Chris & **Kenichi**, Masuda & **Kishimoto**, (2020) Yoshio Blockchain and Crypt Currency, 1. Baskı, Tokyo, Springer Open, https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/37713/2020_Book_BlockchainAndCryptCurrency.pdf?sequence=1#page=138, s.e.t 04.03.2022.
- Rennock**, Michael J. & **Cohn**, Alan & **Butcher**, Jared R. (2018) Blockchain Technology and Regulatory, Practical Law, https://www.steptoelaw.com/images/content/1/7/v3/171269/LIT-FebMar18-Feature_Blockchain.pdf, s.e.t 04.03.2022.
- Sbazo**, Nick (1994), fon.hum.uva, Smart Contracts, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>, s.e.t 04.03.2022.
- Kararlar**
- C-128/11 *UsedSoft v Oracle* [2012], <https://curia.europa.eu>.
- C-419/13 *Art & Allposters v Stichting Pictoright* [2015], <https://curia.europa.eu>.
- C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet* [2019], <https://curia.europa.eu>.
- C-160/15 *GS Media BV v Sanoma* [2016], <https://curia.europa.eu>.
- C-466/12 *Svensson v Sverige* [2014], <https://curia.europa.eu>.

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.*

FİKİR VE SANAT ESERİ SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZÜN REF'İ^(*)

LAWSUIT FOR TERMINATION THE VIOLATION OF THE MORAL RIGHTS OF THE AUTHOR OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS UNDER TURKISH COPYRIGHT LAW

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ^(**)

Öz

Bir edebiyat ve sanat eserini meydana getiren kimsenin hukuken o eser üzerinde sahip olduğu telif hakları, mali ve manevi boyutu olan yetki ve menfaatlerden oluşur. Manevi haklar eser sahibinin edebi ve sanatsal kişiliğiyle ilgilidir. Mali haklar ise eserden iktisaden yararlanmaya imkân veren yetkileri içerir. FSEK eser sahibine tanınan bu haklardan her ikisini de etkili bir şekilde himayeyi amaçlar. Bu amaçla eser sahibine Kanunun 66-70. maddelerinde çeşitli dava hakları tanınmıştır. Bunlar arasında tecavüzün ref'i davası, hakların himayesi konusunda önemli bir yere sahiptir. Manevi haklara tecavüzün ref'i 67. maddede, mali haklara tecavüzün ref'i ise 68. maddede tanzim olunmuştur. İşbu makalenin konusunu yalnızca 67. maddede düzenlenen eser sahibinin manevi haklarına yönelik tecavüzün ref'i davası oluşturmaktadır. Bu çerçevede makalede ilk önce tecavüzün ref'i kavramına, arkasından bu davanın açılabilmesinin şartlarına, son olarak da manevi haklara tecavüz halinde bunun kaldırılması için başvurulabilecek yöntemlerin neler olduğuna ayrıntılı olarak değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Telif Hakkı, Eser Sahibinin Hakları, Manevi Haklar, Manevi Haklara Tecavüz, Tecavüzün Ref'i Davası.

Abstract

The copyrights of the person who created a work of literature and art on that work legally consist of powers and interests with financial and moral dimensions. While moral rights are related to the literary and artistic personality of the author, financial rights consist of economic interests on the work. Turkish Copyright Code (TCC/FSEK) aims to effectively protect both of these rights granted to the author. For this purpose, various litigation rights have been granted to the owner of the work in Articles 66 et al. Among these, the action to stop infringement of copyright has an important role in the protection of authors' moral and financial rights. While Article 67 of TCC provides lawsuit for termination of infringement on the moral rights, Article 68 includes aforementioned lawsuit in terms of economic rights of author. The subject of this article is only the lawsuit for termination of infringement on the moral rights of the author, which is regulated in Article 67 of TCC. In this context, in the article, firstly, the concept of stopping copyright infringement, then the conditions for filing this lawsuit, and finally, the methods that can be applied in case of infringement on moral rights of author are being discussed in detail.

Keywords

Copyright, Rights of the Author, Moral Rights of Author, Infringement of Moral Rights, Lawsuit for Termination of Infringement.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 08.08.2022 / Kabul Tarihi: 29.11.2022).

^(**) İstanbul Sebahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (mustafa.ates@izu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2401-5384).

Atıf/Citation: Ateş, Mustafa (2022) "Fikir ve Sanat Eseri Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüzün Ref'i", TFM, C: 8, S: 2, s. 337-373.

I. GİRİŞ

Hukuken eser sayılan bir mahsulü meydana getiren kimseye tanınan menfaat ve yetkiler “telif hakları” olarak adlandırılır. Bunlar eserin meydana getirilmesiyle birlikte kendiliğinden eser sahibi tarafından kazanılırlar. Telif hakları mali ve manevi boyutu olan yetki ve menfaatlardan oluşur. Bunlardan parayla değerlendirilebilenlerine mali haklar denilir. Mali haklar parayla ölçülebilir oldukları için devir ve intikalleri mümkündür.¹ Daha ziyade eseri meydana getirenin kişiliğiyle ilgili olan menfaat ve yetkilere ise manevi haklar denilir. Manevi haklar, parayla ölçülemezler, devredilemedikleri gibi miras yoluyla da intikal etmezler.

Eser sahibinin hakları inhisarî nitelik arzeder. Tekel anlamına gelen *inhisarîlik* terimi, sahip olduğu bir hak ve menfaatinin başkaları tarafından kullanılmasına hak sahibince izin verme ve izinsiz kullanımların men etme gücü anlamına gelir. Bu itibarla eser üzerindeki haklar eser sahibinin izin veya icazeti olmadan üçüncü kişiler tarafından kullanılamaz. Eser sahibinin izni olmaksızın bu hakları kullanmak ve yararlanmak, hukuka aykırıdır. Başkasına ait telif haklarından bu şekilde yararlanan kişiler eser sahibinin hukuki menfaatlerini ihlal etmiş olurlar.

Eser sahibinin hakları ve bunların sınırları, haklarla ilgili sözleşme ve tasarruf işlemleri 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK) ayrıntılı olarak tanzim olunmuştur. Kanun ayrıca “Hakların korunması” başlıklı beşinci bölümünde haklara tecavüz teşkil eden davranışlara karşı eser sahibine muhtelif koruma vasıtalarından yararlanma imkânı vermiştir. Madde 66 ve devamında hukuki himayeye, madde 71 ve devamında ise cezai korumaya müteallik hükümler yer almaktadır. Bu çerçevede hak-

ları ihlale maruz kimseler, mütecavize karşı hukuki himaye kapsamında tecavüzün ref'i ve men'i davalarıyla tazminat davalarını açabilirler. Tecavüzün ref'i kanununun 66., 67. ve 68. maddelerinde tanzim olunmuştur. Tecavüzün men'i davası 69. maddede, uğranılan zararların giderilmesine yönelik manevi ve maddi tazminat davaları ile ve tecavüz sebebiyle elde edilen kazancın iadesini amaçlayan dava 70. maddede düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusunu eser üzerinde eser sahibine tanınmış olan manevi haklara tecavüzün ref'i davası oluşturur. Kanunun 66. maddesi, tecavüzün ref'i ve men'i davalarında genel mahiyette hükümler içermektedir. Mali haklara tecavüzün ref'i 68. maddede, manevi haklara tecavüzün ref'ine has düzenlemeler ise 67. maddede yer almaktadır.

Kısaca ifade edilecek olursa Madde 67 hükümleri uyarınca; henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arzedildiği takdirde tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vakı olması halinde açılabilir. Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir. Eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan ad itibasa meydan verecek mahiyette olup da eser sahibi 15'inci maddede zikredilen tespit davasından başka tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Masrafi tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla 3 gazetede ilanı talep edilebilir. 32, 33, 34, 35, 36, 39 ve 40'inci maddelerde sayılan hallerde yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmiş veyahut hiç kaynak gösterilmemişse ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Mezkûr maddeye göre eser haksız olarak değiştirilmiş ise hak sahibi şu taleplerde bulunabilir: (1) Eser sahibi, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının yayım ve temsiline, yayım ve temsiline, radyo ile yayımının menedilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Değişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafi tecavüz edene ait olmak

¹ Manevi ve mali hakların özellikleri ve çeşitleri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Mustafa (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin. Ayrıca bkz. **Arslanlı**, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası; **Ayiter**, Nuşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, Ankara, S Yayınları; **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık; **Yarsuvat**, Duygun (1984) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi; **Erel**, Şafak N (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi; **Öztaş**, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Turhan.

üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir. (2) Güzel sanat eserlerinde eser sahibi asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa eser sahibi eseri eski hâle getirebilir.

İşbu makalede eser sahibinin manevi haklarına tecavüzün ref'i davası FSEK'in ilgili hükümleri muvacehesinde ele alınmaktadır. Buna göre aşağıda önce ref kavramının tanımı ve ref davasının mahiyeti ile şartlarına değinilmekte, arkasından da 67. madde hükümleri kapsamında manevi haklara tecavüzün ref'i yöntemleri irdelenmektedir.

II. REF KAVRAMININ TANIMI VE MAHİYETİ

Arapçadan dilimize geçen ref kelimesi, kullanıldığı yere göre değişen birden fazla anlama sahiptir. Buna göre ref, havaya kaldırmak, yükseltmek, dik tutmak anlamına geldiği gibi, geçersiz kılmak, yürürlükten kaldırmak, yok saymak anlamında da kullanılmaktadır. Hukukta teknik bir kavram olarak ref kelimesi, hükümsüz kılma, tesirsiz kılma, etkilerini ortadan kaldırma ve son verme gibi anlamlarda kullanılmaktadır.

Nitekim FSEK'in 66/1. maddesinde geçen "tecavüzün ref'ini dava etme" tabiri, tecavüze son vermek, etkisiz kılmak, tecavüzün ortaya çıkardığı etkileri kaldırmak amacıyla dava açmayı ifade eder. Keza Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kişilik haklarına karşı tecavüz hallerinde sürmekte olan saldırılara karşı "son verme davası" açılacağı hükme bağlanmıştır (TMK 25/1). Aslında burada sözü edilen kişilik haklarına yönelik tecavüzün ref'i davasıdır.

Fikir ve sanat hukuku uygulaması ve öğretisinde tecavüzün ref'i davası yerine "saldırının durdurulması davası"² veya "saldırının kaldırılması davası"³ tabirleri de kullanılmaktadır. Biz kanunda-

ki terminolojiye sadık kalarak "ref davası" terimini tercih ediyoruz.⁴

Tecavüzün ref'i davası, başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün devamına engel olmak amacıyla açılır. Tecavüz teşkil eden eylem sona erdirildiğinde fikri hakka yönelmiş müdahale de sona ermiş olur. İşte bu sebeple tecavüzün refi davasını, "eser veya bağlantılı hak konuları üzerinde sahip olunan manevi veya mali nitelikteki bir hakka tecavüz oluşturan başlamış ve sürmekte olan bir saldırıyı bitirmek amacıyla açılan dava" şeklinde tarif edilebilir.

Bu davanın açılması için tecavüzün başlamış olması ve sürüyor olması yani henüz sona ermemiş bulunması lazımdır. Saldırı henüz başlamamış ise veya başlayıp da sona ermiş ise ref davası açılmaz. Çünkü her iki durumda da ref'i gereken bir eylem bulunmamaktadır. İlkinde henüz başlamadığı için ikincisinde ise sona erdiği için ref davasına konu olabilecek bir fiilden söz edilemez. Muhtemel tecavüze karşı açılacak dava tecavüz tehlikesinin men'i yani önlenmesi davasıdır. Sona ermiş tecavüz içinse, artık ref davası yerine tecavüzün sonuçlarını gidermeye yönelik davalar açılabilir. Bunlar da zarar gören hakkın niteliğine göre manevi veya maddi tazminat davalarıdır (FSEK 70). Kazancın iadesi de bu çerçevede talep edilebilir.

Tecavüzün ref'i davası, yukarıda işaret olunduğu gibi şahısvarlığı kapsamında yer alan tecavüzlerin sonlandırılması amacıyla açılacağı gibi, mülkiyet hakkı ve zilyetlik gibi malvarlığı değerlerinin ihlali-ne yönelik devam eden tecavüzlerin kaldırılması için de açılabilen bir davadır. Ancak şahıs ve malvarlıklarına yönelik ihlallere karşı ref davaları Medeni Kanun kapsamında düzenlenmiştir (TMK 25/1; 683/2; 983/2). Marka, patent ve tasarım gibi sınai mülkiyet haklarına yönelik saldırılara ilişkin davalar ise 2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda (SMK) düzenlenmiştir. Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin talepleri mezkûr Kanunun 149. maddesinde sıralanmıştır ve bunlar arasında "tecavüz fiillerinin durdurulması" başlığı altında ref davasına da yer verilmiştir.

² **Kılıçoğlu**, Ahmet (2004), 'Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları' TBB Dergisi, S: 54, s. 62; **Demirbaş**, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Koruma, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınevi, s. 73.

³ **Ayiter**, s. 253; **Yarsuvat**, s. 217.

⁴ Aynı yönde bkz. **Gökyayla**, Emre, '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi': **Tekin**, Memiş (Editör) (2011) Fikri Mülkiyet Yılı 2010, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 285.

Telif haklarına yönelik devam eden tecavüz fiillerinin durdurularak kaldırılması amacıyla açılması öngörülen ref davası ise FSEK'in 66, 67 ve 68. maddelerinde teferruatlı bir şekilde düzenlenmiştir. Madde 69/4 hükmünden dolayı tecavüz tehlikesinin engellenmesi amacıyla açılacak men davaları için de kabili tatbik olan 66. madde, aslında telif haklarına yönelik saldırılarla ilgili koruyucu davalar için genel hükümler içeren bir madde mahiyetindedir. Bu yüzden hem manevi hakların hem de mali hakların ihlaline yönelik muhtemel ve fiili tecavüzlere karşı açılan davalarda 66. madde hükümleri de dikkate alınmalıdır. Ancak Kanun, fiili tecavüzlere karşı açılacak davalarda, muhtemel tecavüzlere karşı açılacak davalardan farklı olarak, manevi ve mali haklara mahsus bir kısım özel hükümlere yer vermiştir. Kanununun 67. maddesi manevi haklar ve 68. maddesi mali haklar yönünden özel hükümler içermektedir. 67 ve 68. maddelerin ortak özelliği, manevi ve mali haklara yönelik devam eden tecavüzlerin sona erdirilmesinin yanı sıra, bununla kalmayıp, eski halin iadesini sağlamayı hedeflemiş olmalarıdır.

Zira hangi nitelikte olursa olsun telif hakkına yönelik başlamış ve devam etmekte olan bir saldırıya son vermek, mağdur açısından tecavüzün sona ermiş olduğu gibi bir netice hâsıl etmez. Çoğu kez davacı için sadece haksız fiilin sona ermesi yeterli olmaz; aynı zamanda bu fiilin haklar üzerinde husule getirdiği izlerin de silinmesi ve tecavüz öncesi halin iadesi gerekli olabilir. Bu sebeple kanun koyucu, tecavüz ile zedelene hak durumunu saldırı öncesi konuma taşımayı sağlamak maksadıyla, mütecavizin hukuka aykırı fiiline son verilmesini yeterli görmemiş, aynı zamanda eski halin olabildiğince iadesini sağlamak istemiştir. O nedenle kanaatimize göre bu dava için "saldırıya son verme davası" veya "saldırının kaldırılması davası" denilmesi kanun koyucununuradını tam olarak açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Ref kavramı aynı zamanda "yükseltme", "ayakta tutma", "havaya kaldırma" gibi anlamları da içerdiğine göre, bu davaya kanunun koyucun adlandırdığı gibi tecavüzün veya saldırının ref'i davası denilmesi daha isabetlidir.

III. REF DAVASININ ŞARTLARI

Tecavüzün ref'i davası, mali veya manevi haklara yönelik olarak başlamış ve devam etmekte olan tecavüzlere karşı açılabilir. Davanın amacı devam etmekte olan tecavüzü ortadan kaldırmak ve tecavüze

maruz hakkın tecavüz öncesi duruma iadesini sağlamaktır. Bu sebeple ref davasının açılabilmesi için hâlihazırda devam eden bir tecavüz fiilinin mevcut olması gerekir. Davanın açılabilmesinin bir diğer şartı ise tecavüz teşkil eden fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Üçüncü şart ise illiyet bağının varlığıdır. Mütecavize bağlanabilen fiil hukuka aykırı olduğu takdirde onun kusurunun bulunmaması veya eyleminden dolayı herhangi bir zararın gerçekleşmiş olması şart değildir.

A. BAŞLAMIŞ VE DEVAM EDEN BİR TECAVÜZÜN BULUNMASI

Tecavüz, başka bir kimsenin hukuken korunan bir değerine müdahale anlamına gelen bir insan davranışıdır. Tecavüz akit dışı sorumluluk hukukunda "haksız fiil" olarak nitelendirilir. Tecavüzün ref'i, haksız fiile son verilmesidir. Tecavüzün ref'i davasının konusunu fikri hukukun himayesi altında olan manevi ve mali haklar oluşturur. Manevi haklar FSEK'in 14-17, mali haklar ise 21-26. maddelerde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mezkûr Kanun hükümleriyle tanınmış olan manevi ve mali haklara yönelik bir tecavüzün bulunması, ref davasının açılabilmesinin ön şartıdır. Tecavüz sona ermiş ise ve tecavüzün izleri de tecavüzle birlikte ortadan kalmış ise, artık ref davasını açmada hukuki yarar kalmamıştır. Buna rağmen açılmış ise hâkim, ref talebini reddedecektir. Bir fiilin sinemada gösterilmesi veya televizyonda yayımlanması, bir müzik eserinin umumi bir mahalde icra olunan canlı konserde çalınıp söylenmesi gibi hallerde fiilin icrasıyla birlikte tecavüz sona ermiştir. Bunlar için ref davası açılmaz. Ancak aynı fiillerin tekrarlanma tehlikesi varsa, men davası açılabilir.

Davanın açılması için tecavüzün tehlike boyutunu aşmış ve fiilen gerçekleşme safhasında bulunuyor olması gerekir. Tecavüz henüz başlamamış ise, ref edilecek bir tecavüzden söz edilemez. Bu takdirde eylem tecavüz tehlikesi oluşturuyorsa, men davası açılabilir. Aynı şekilde başlamasına rağmen bir şekilde son bulmuş bir tecavüz için de artık bu davayı açmada hukuki bir yarar yoktur. Bu durumda nihayet eren tecavüzden dolayı mağdurun eser üzerindeki hakları zarar görmüş ise, tecavüzün sonuçlarına yönelik davaları açabilir. Manevi ve mali tazminat davaları ile kazancın iadesine yönelik davanın açılması mümkündür (FSEK 70).

FSEK'in 66/1. maddesinde ref davasının eser üzerindeki manevi ve mali hakların tecavüze uğraması halinde açılabilirliğinden söz edilmiş ise de, bu hüküm bağlantılı haklara tecavüz halinde bu davanın açılmasına mani teşkil etmez. Dahası FSEK'in 80. maddesinin son fıkrasında bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz halinde, diğer hukuk davalarıyla birlikte tecavüzün ref'i davasının açılabilirliği açıkça ifade edilmiştir.

Tecavüz teşkil eden fiil, icraî bir nitelik taşıyabileceği gibi kaçınma şeklinde içtinabî bir mahiyette de olabilir. Başkasına ait bir eserin izinsiz basımı ve çoğaltılması, işlenmesi, yayılması, temsili umuma iletimi icraî nitelikte tecavüzdür. İcraî fiil, yapılması gerekenin yapılması şeklinde bir eylemdir. İcraî mahiyetteki fiiller, kanunun yapılmasını men ettiği bir davranışı yapmak şeklinde tezahür eder. Bu gibi hallerde, eser nüshaları piyasada bulunduğu, internet ortamında erişime açık olduğu, radyo televizyonlarda veya sinemalarda gösterildiği, umuma açık mahallerde okunduğu, çalınıp söylendiği, meydan, cadde, sokak, müze, sanat galerisi gibi umuma açık mahallerde teşhir edildiği sürece tecavüzün başlayıp tesirlerini de devam ettirdiğini söylemek mümkündür.

Eğer tecavüz teşkil eden davranış, hukuk düzeninin yap dediğini yamama şeklinde tezahür ediyorsa, bu fiil içtinabî bir nitelik taşır. İçtinap; kaçınmak, yapılması gerekeni yapmamak demektir. Bir eser, sahibinin aksi yönde iradesi olmadığı sürece, onu meydana getirenin adıyla yayımlanmak ve kamuya sunulmak zorundadır. (FSEK 15). Eser sahibinin izni olmaksızın eserin anonim olarak yayımlanması yani eser sahibinin adı belirtilmeden umuma arz edilmesi, kanundan doğan bir yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınma şeklindeki bir davranıştır. Böyle bir eser piyasada bulunduğu sürece, hatta kütüphaneye raflarında olduğu sürece, eser sahibinin FSEK'ten doğan manevi hakkına yönelik tecavüzün sürdüğünden söz edilebilir.

Bu örnekte basma ve yayma eylemleri izin alınmadan yapılmış ise tecavüz teşkil eder. Basım ve yayım fiilleri sona ermiş olsa da, kütüphane raflarında bulunan nüshalar bu fiillerin olumsuz izlerini taşımaktadır. Ref davasının tek amacı yalnızca başlamış ve devam etmekte olan tecavüzü bitirmek değildir. Aynı zamanda bu davanın bir amacı da tecavüzün

manevi ve mali haklar üzerinde meydana getirdiği izleri silmektir.⁵ Nitekim aşağıda görüleceği üzere, Kanunun 67. ve 68. maddelerinde bu izlerin silinmesine yönelik tedbirlerin neler olduğu gösterilmiştir.

B. FİİLİN HUKUKA AYKIRI OLMASI

Hukuka aykırılık, hukukun yasakladığı bir fiil ile başkasının hukuken korunan bir varlık ve değerine müdahale demektir. O nedenle hukuka aykırılık unsuru açılacak bütün hukuk ve ceza davaları bakımından maddi hukuka ilişkin ortak dava şartıdır. Hukuk düzeninin hak sahibine hakkını korumak için kendi güç ve imkânlarını kullanma yetkisi tanıdığı hallerde bile hakka müdahale anlamına gelen davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Zira hukuka uygun müdahalelere karşı kişinin kendi güç ve imkânını kullanarak korunmaya çalışması caiz değildir.

Hukuka aykırı fiil, hukukun emredici normlarına aykırı davranıştır. Emredici normlar kişilerin mutlak haklarını koruyucu mahiyette ise, bunların ihlali haksız fiil hukuku anlamında hukuka aykırılık olarak nitelendirilir. FSEK'in 12-27. maddeleri ile 21-25. maddelerinde yer verilen manevi ve mali haklar ile 80. maddesindeki bağlantılı haklar mahiyetleri icabı mutlak haklardandır.⁶ O nedenle bunlar genel koruma normlarıyla korunur ve herkese karşı ileri sürülebilirler. Bu haklara herkes saygı duymakla mükelleftir. Bunların izinsiz kullanılması hukuka aykırıdır.

Hukuka aykırılığın diğer unsuru da hukuka uygunluk sebebinin bulunmamasıdır. Hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hallerde başkasına ait bir telif hakkına müdahale hukuka aykırılık teşkil eder. Bir manevi veya mali hakkın kullanılabilmesi için hak sahibinden usulüne uygun alınmış bir müsaadenin varlığı şarttır (FSEK 52). Telif hukuku ıstılahında bu müsaade için sözleşme veya ruhsat tabiri kullanılır.⁷ Ya da hukuk düzeninin hak sahibinin izni olmasa bile üçüncü kişilere sözkonusu hakları kullanma yetkisi tanımış olması gerekir. Kanunda eser sahibinin

⁵ **Tekinalp**, s. 310-311; **Yavuz**, Levent & **Alica**, Türkyay & **Merdivan**, Fethi (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 1926.

⁶ Ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 102.

⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Mustafa (2020) Fikri Haklara İlişkin Hukuki İşlemler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

haklarına getirilen “tahditler” ve üçünü kişiler bakımından da “istisnalar” olarak nitelendirilen hususlar, telif hukukuna özgü hukuka uygunluk sebepleridir.⁸

Kanunda öngörülen şartlara uygun kullanım halinde, telif haklarının üçüncü kişiler tarafından hak sahibinin izni alınmadan kullanılması, hukuka uygunluk sebebidir. Buna göre FSEK 30. maddesinden başlamak üzere 37. maddesine kadar olan hükümler kapsamında düzenlenen kullanımlar hukuka uygundur. İlgili maddelerde yer alan kısıtlamalara uygun olarak eser veya hak sahibinden izin alınmaksızın kullanımdan dolayı kişiyi sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira bunlardan birinin varlığı halinde üçüncü kişinin eyleminin hukuka aykırılığından söz edilemez o sebeple bir kimsenin kanuni tahdit ve istisnalar kapsamındaki kullanımları FSEK’in 66-68. maddeleri kapsamında ref davasına konu olmaz, bu dava ile engellenemez. Hâkimin her olayda, ref’i talep edilen eylemin FSEK’in 30-40. maddeleri ve 80. maddesi ile kanunun diğer hükümlerinde yer alan istisnalar kapsamında olup olmadığını re’sen gözetmesi gerekir.

Ayrıca hak sahibinin tecavüz teşkil eden fiile rızası, zorunluluk ve haklı savunma (meşru müdafaa) gibi genel hukuka uygunluk sebeplerinin (TBK 63) bulunduğu hallerde de tecavüz iddiasına dayalı ref talebi reddetmelidir.

C. İLLİYET BAĞI BULUNMASI

İllyet bağı sorumluluk hukukunun olmazsa olmaz şartlarından. Kusursuz sorumlulukta da illiyet bağı hukuki mesuliyetin kurucu unsurudur. Kusursuz sorumluluk aslında sebep sorumluluğu olup,⁹ zarar ile hukuka aykırı davranış arasında sebep-sonuç irtibatının bulunması sorumluluk için yeterlidir. Men ve ref davalarına konu sorumluluk mahiyeti itibarıyla kusuru gerektirmeyen bir sorumluluktur. O nedenle bu davalar bakımından illiyet bağı kurucu bir işleve sahiptir. Buna göre kişinin kusuru veya hukuka aykırı olarak nitelendirilecek bir eylemi olmasa bile, zararlı sonuç ile davranışı arasında bir sebep-sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa, hukukun öngördüğü durumlarda sorumluluğu gündeme gelir.

⁸ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 237 vd.

⁹ **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 691.

Tecavüzün ref’i davasının açılabilmesi için davalıya izafe olunan fiil ile tecavüz olarak nitelendirilen zararlı sonuç arasında uygun sebep-sonuç ilişkisinin bulunması şarttır. Buna göre zararlı sonuç ile olayların akışına ve hayat tecrübelerine göre bu sonucu meydana getirmeye elverişli fiil arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir. Buradaki zararlı sonuçtan maksat telif hakkına “tecavüz” olarak adlandırılan müdahaledir. Burada bir mali veya manevi hakka yönelik başlamış bir müdahale vardır ve devam etmektedir. Failin eylemi izinsiz müdahale olarak nitelendirilebilecek bir sonuca yol açmış ise ve sonuç ile failin eylemi arasında “bu sonuç, failin bu eyleminden kaynaklanmıştır” veya “failin eyleminin uygun sonucu budur” denilebiliyorsa, illiyet bağının bulunduğu sonucuna varılır.

İllyet bağı sorumluluk hukukunda hem sorumluluğun tesisini hem de tahdidini yani sınırlanmasını sağlayan bir işleve sahiptir. Failin eylemi ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı kurulamaz ise veya bu bağ bir şekilde kopmuş ise, failin sorumluluğu söz konusu olmaz. Aynı şekilde failin sorumluluğu, zararlı sonucun tamamından değil, eylemine bağlanabildiği sınırlar dâhilinde kalır. Örneğin zararlı sonucun doğmasına sebep olmakla birlikte, ortaya çıkan zararlı sonuç bütünüyle failin eylemine bağlanmasının mümkün olmadığı hallerde, faili sorumluluğu eyleminin yol açtığı ölçüyü aşan zararlardan sorumlu tutulamaz.

D. KUSURUN VE ZARARIN ŞART OLMAMASI

Men davası gibi tecavüzün ref’i davası da, açılabilmesi kusurun varlığı ve herhangi bir zararın doğmuş olması şartına bağlı olmayan davalardandır. Davanın açılabilmesi için davalı eyleminin, onun bilerek isteyerek icra ettiği veya gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanan bir davranış olması gerekmez. Tecavüzün husule gelmesinde davalıya kast veya ihmâl olarak izafe olunabilecek herhangi bir kusur bulunmasa bile, bu dava açılabilir. Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir (FSEK 66/2). Bu durumda müteceviz ile işletme sahibi müteselsil sorumluluk kurallarına göre sorumlu olurlar.¹⁰

¹⁰ Bu konuda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Mustafa (2021), ‘Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Sorumluluğu’ TFM, S: 2, C: 7, s. 247-263.

Esasen Kanununun 66/3. maddesine “Tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusuru şart değildir” denilerek, ref davasının açılabilmesi için kusurun şart olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bununla beraber failin kusuru, tecavüzün ref'i için alınacak tedbirlerin ve kararın kapsam ve muhtevasında belirleyici rol oynar. Zira 66. maddenin dördüncü fıkrasında mahkemenin, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümülünü, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düçar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikine karar vereceği ifade edilmiştir. Tecavüzün ref'i için öngörülen bu kıstaslar, tecavüzün men'i davasına bakan hâkim tarafından da dikkate alınır.

Tecavüzün men'i davası gibi ref davasının açılabilmesi için de zararın mevcudiyeti şart değildir. Çünkü bu davaların amacı hak sahibinin maruz kaldığı zararların giderilmesi değildir. Ancak failin tecavüz teşkil eden davranışı, hak sahibinin maddi veya manevi değerlerinde, mal varlığında veya şahıs varlığında bir eksilmeye sebep olabilir. Tecavüz fiili aynı zamanda bir zararın da meydana gelmesine sebep olmuş ise, hak sahibi bu zararın giderilmesini talep edebilir. Buna göre bir mali ve manevi zarar için FSEK hükümlerine (FSEK 70), eserle ilgili olmayan haklar dışındaki malvarlığı ve şahıs varlığı haklarında meydana gelen zararlar için ise TMK 24 ve 25 maddeleri, TBK 49 ve 58 maddeleri ile haksız rekabete ilişkin TBK 57 ve TTK 54 vd maddelerine dayanılabilir.

IV. MANEVİ HAKLARA TECAVÜZÜN REF'İ YÖNTEMLERİ

A. GENEL OLARAK

66. maddesinde tecavüzün ref'i davasına ilişkin genel hükümler vazedenden Kanun, bu davaya ihlale konu hakkın mahiyetine göre farklı hüküm ve sonuçlar bağlamıştır. Bu cümleden olarak 67. maddede, tecavüzün konusunu manevi hakların oluşturması halinde davacı tarafından ihlale konu her bir manevi hakla ilgili dermeyan olunabilecek talepler ile mahkemece hükme bağlanması ve davalı tarafından tecavüzün durdurulması veya eski halin iadesi için alınması gerekli aksiyonların neler olduğuna yer verilmiştir.

Mezkûr madde hükümlerine göre; henüz alenileşmemiş bir eserin, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arz edilmesi şeklindeki tecavüzler için açılacak ref davası, umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması ile sınırlandırılmıştır. Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir. Hükümün lafzından, eserin alenileşmesinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması dışında kalan yöntemlerle gerçekleşmesi halinde, ref davasının açılmayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Tecavüz eylemi, eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan isim iltibasa meydan verecek mahiyette olması şeklinde vuku bulmuş ise, eser sahibi 15'inci maddede zikredilen tespit davasını açabilir. Eser sahibi bu tecavüz sebebiyle açılan tespit davası kapsamında veya müstakilen açılan bir davada tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Masrafı tecavüz edene ait olmak üzere hükmün en fazla üç gazetede ilanı talep edilebilir. Burada sözü edilen davacıya ait talepler ve davalının yükümlülükleri, eser sahibinin haklarına tahdit hükümlerini ihtiva eden 32, 33, 34, 35, 36, 39 ve 40. maddelerde sayılan hallerde yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmiş veyahut hiç kaynak gösterilmemiş olmasından dolayı açılan ref davalarında da uygulanır. Eser haksız olarak değiştirilmiş ise hak sahibi aşağıdaki taleplerde bulunabilir.

Tecavüz eylemi eserde değişiklik yapılması şeklinde tezahür ettiği takdirde eser sahibi, açacağı ref davasında eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının menedilmesini ve tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki tahrifat ve izinsiz yapılan değişikliklerin düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Değişiklik eserin gazete ve dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlanmış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir. Değişiklik yapılması şeklindeki tecavüze konu eser güzel sanat eserleri vasfındaysa, eser sahibi asıldaki değişikli-

ğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise, değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa, eser sahibi eseri eski hâle getirebilir.

Görüldüğü gibi 67. madde manevi haklara tecavüzün men'ine ilişkin talepleri ihlale konu manevi hakkın nev'ini dikkate alarak düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrası henüz alenileşmemiş eser üzerindeki umuma arz hakkının, ikinci ve üçüncü fıkrası eser sahibinin adının zikredilmesini isteme hakkının ve dördüncü fıkrası da eserde değişiklik yapılmasını men hakkının ihlaliyle ilgili hükümler içermektedir. Maddenin bu düzenleme biçimine uygun olarak aşağıda önce alenileşmemiş eserler üzerindeki umuma arz hakkı, ikinci olarak adın belirtilmesi hakkı ve üçüncü olarak da eserde değişiklik yapılması hakkıyla ilgili tecavüzün ref'i kuralları irdelenecektir.

B. UMUMA ARZ HAKKINA TECAVÜZÜN REF'İ

1. Mahiyet ve Muhtevası

FSEK'in 67. maddesinin birinci fıkrasında, "Henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arzedildiği takdirde tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vakı olması halinde açılabilir. Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir." hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle, henüz alenileşmemiş eserler üzerinde umuma arz hakkına tecavüzün ref'i davasını, umuma arzın çoğaltılmış eser nüshalarının yayımlanması suretiyle gerçekleştirilmesi fiiliyle tahdit etmiş görünmektedir. Bu yaklaşım, umuma arzı, yalnızca bir defada gerçekleşip sona eren, tekrarlanamayan ve geri alınamayan bir fiil mahiyetinde gören fikre dayanmaktadır.¹¹

Kanun koyucunun umuma arz hakkına yönelik tecavüzlerin ref'i taleplerini, eserin yalnızca yayımlanmak suretiyle alenileştirilmesi fiiliyle sınırlan-

dırması isabetli değildir.¹² Kanun, bu düzenlemeyle, fikir ve sanat ürünlerinin yalnızca çoğaltılarak yayımlanmak suretiyle alenileştirilebileceği gibi bir in-tiba uyandırmış, bu suretle yayım dışındaki yollarla umuma arz hakkına yapılan tecavüzlerin ref'ine izin verilmemesi gibi bir netice ortaya çıkmıştır. Yayım yoluyla umuma arzın ekseriyetle ilim ve edebiyat eserlerine özgü bir alenileştirme yöntemi olduğu kabulünün bu şekilde bir hükmün kanuna derçedilmesinde etkili olduğunu tahmin zor değildir. Yayımlama, bir eserin aslından çoğaltılmış nüshalarının eser sahibinin rızası dâhilinde satışı, kiralanması, ödünç verilmesi veya herhangi bir maksatla kamuya dağıtılması suretiyle umumun istifadesine sunulmasıdır (FSEK 7/2).¹³ Uygulamada çoğaltmaya en elverişli eser türü ilim ve edebiyat eserleri olduğu için bunların umuma arzı büyük ölçüde yayım yoluyla gerçekleşmektedir. Kanun koyucu esas itibarıyla bu gruba giren eserleri nazarı dikkate alarak mezkûr hükmü vazetmiş gibi görünmektedir.

Hükmün lafzı dikkate alınır, çoğaltılarak alenileştirilmesi mümkün olmayan eserlerin ve yayımlanma dışındaki bir başka yol ve yöntemlerle kullanılan umuma arz biçimindeki manevi haklara tecavüz fiillerinin ref'i için hukuken dava açılması mümkün olmayacaktır. Oysa yayım yoluyla umuma arz sadece ilim ve edebiyat eserlerine has bir alenileştirme biçimi olmadığı gibi, ilim ve edebiyat eserleri dışında kalan başka eserlerin de yayım yoluyla alenileştirilmesi mümkündür. Zira alenileştirme, bilinmeyenin açıklanması, gizli olanın açığa çıkarılması demektir. Fikir ve sanat hukuku alanında alenileştirme kavramı, herhangi bir fikir ve sanat eserinin onu meydana getiren gizlilik alanından çıkartılarak üçüncü kişilerin idrakine sunulmasını, onun umuma arzını ifade eder.¹⁴ Yayımlama suretiyle alenileştirme, umu-

¹¹ Nitekim Hirsch de umuma arzı "vukuu yalnız bir kere mümkün olan" eylem olarak tarif etmekte ve gerçekleşmesi halinde "tamir ve telafisi imkânsız bir tecavüz" teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bkz. Hirsch, Ernst (1943) Fikri Say II, 1. Baskı, İstanbul, İktisadi Yürüyüş Matbaası, s. 136.

¹² Aynı yönde, Tekinalp, s. 297; Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1956-1960. Karş. Hirsch, s. 136; Arslanlı, s. 212; Ayiter, s. 253; Erel, s. 336; Kılıçoğlu, Ahmet M (2019) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 5. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 402.

¹³ Yayım/yayımlama kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Ateş, Mustafa, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayımlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunmaz mı?': Ateş, Mustafa (Editör) (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 211-224.

¹⁴ Alenileştirme ve kamuya sunulmayla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Ateş, Kamuya Sunulma, s. 203-210.

ma arz yöntemlerinden sadece biridir. Eserin yayımlanması için aslından umumun istifadesine imkân verecek kopyalarının çıkarılması lazımdır. Buna çoğaltma denir. Yayım çoğaltılmış nüshaların hak sahibinin rızasıyla satış ve dağıtımına sunulmasıdır. Eser çoğaltıldığı halde dağıtılmadığı sürece yayımlanmış olmaz. Dolayısıyla sadece çoğaltmadan ibaret bir eylem umuma arz sonucunu doğurmaz. Aynı şekilde dağıtımına eser sahibince muvafakat edilmediği sürece, fiili durum hukuken yayma olarak nitelendirilmez. Satış ve dağıtımına sunulmamış nüshalar, umuma arz hakkı bakımından ref davasının değil, men davasının konusunu oluşturur. Çoğaltılmış nüshalar satış veya başka bir maksatla dağıtılmaya başlayınca alenileşme ve dolayısıyla umuma arz hakkına yönelik tecavüz başlamış olur. İşte FSEK 67/1 hükmünün tatbiki bu safhada gündeme gelir.

İlim ve edebiyat eserinin alenileştirilmesi için yegâne alenileştirme yöntemi de yayımlama değildir. Mesela şiir, hikâye, roman, tiyatro türünden bir ilim ve edebiyat eserinin henüz yayımlanmadan evvel umumi bir mahalde okunması, oynanması kısaca temsili suretiyle alenileştirilebilir. Bir ilim ve edebiyat eserinin radyo-televizyon yoluyla yayınlanması veya internet mecrasında erişime sunulması suretiyle ilk defa alenileştirilmesi mümkündür. Bir müzik eserinin ilk defa, umumi mahallerde çalınıp söylenmesi, icra edilmesi yahut radyo-televizyonda yayınlanması veya internette umumun erişimine sunulması da böyledir. Aynı şekilde müzik eseri bant, CD, DVD, taşınabilen bellek veya sabit disklere yapılan tespitleri de çoğaltılmak suretiyle yayımlanabilmektedir. Bir sinema eserinin sinemada ilk kez gösterimi umuma arz olduğu gibi, bunun ilk defa bir televizyonda yahut internet mecrasında yapılması da mümkündür.

Bu da bir umuma arz değil midir? İki veya üç boyutlu bir güzel sanat eserinin umumi mahallerde teşhiri yahut televizyon veya internet ortamında görüntüsünün yayımlanması da bir umuma arz biçimidir. Kaldı ki güzel sanat eserlerinin bazılarının orijinalinden yararlanılarak çoğaltılan kopyalarının satış veya başka bir maksatla piyasaya sunumu da bir yaymadır.

Bir görüşe göre umuma arz, yalnızca bir defada gerçekleşip sona eren, tekrarlanamayan ve geri alı-

namayan bir fiil mahiyetindedir.¹⁵ Bu görüşün uzantısı olarak, Kanunun bahse konu hakka tecavüzün ref'ini umuma arzın çoğaltılmış eserin yayımlanması şeklinde gerçekleşen ihlallerle sınırlandırmış olmasını, eserin teşhir, temsil yahut radyo-TV ile yayımlanması gibi diğer yollarla umuma arzedilmesinde tecavüzün bir seferde gerçekleşmesi ve devamlılık arzetmemesinden dolayı bu davanın açılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁶ Buna göre, eserin sahibinin umuma arz hakkına yönelik tecavüz, izinsiz çoğaltılan nüshaların yayımlanması halinde devamlılık göstermekte, nüshalar piyasada bulunduğu sürece ihlal sona ermemiş olduğu için ref davası açma imkânı bulunmaktadır. Eser temsil yoluyla veya radyo-TV ile yayın yöntemiyle ya da internet vb. vasıtalarla alenileşmiş ise, bu fiiller için izin alınmamış olması tecavüz oluştursa da hukuka aykırı davranış temsiline, yayının veya iletimin tamam olmasıyla sona erdiği farzedilerek, umuma arz hakkına bu kabilden yöntemlerle vaki tecavüzler için ref davası açmanın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu yaklaşım bir yönüyle doğrudur. Bir eserin umumi mahallerde temsili veya yayın yoluyla umuma arzı, âni ve gayri sabit bir şekilde gerçekleşmekte, fiil tamam olduğunda eserden istifade de sona ermektedir. Örneğin bir müzik eseri hak sahibinden izin alınmaksızın canlı bir konserde icra edilir veya radyoda yayınlanırsa, bir tiyatro eseri sahnede oynanırsa, bir film sinemada gösterilirse, icranın, yayının, oyunun ve gösterimin bitimiyle birlikte tecavüz fiili de sona ermiş ve ref davası açılmasının gerekçesi de ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla bu gibi durumlarda hukuka aykırı kullanımın tekrarı ihtimali varsa Madde 69 hükümlerine göre men davası açılabilir de ref davası açılmaz.

Bununla beraber teknolojik gelişmeler fikir ve sanat ürünlerinin kayıt ve tespitini, çoğaltılmasını, nakil ve iletimi ile yayılmasını o kadar kolaylaştırmıştır ki, artık umuma arz hakkını ihlal edebilecek eylemleri izinsiz çoğaltılmış eser nüshalarının yayımıyla sınırlı

¹⁵ Nitekim Hirsch de umuma arzı "vukuu yalnız bir kere mümkün olan fiil" olarak tarif etmekte ve gerçekleşmesi halinde "tamir ve telafisi imkânsız bir tecavüz" teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Hirsch**, s. 136.

¹⁶ **Arslanlı**, s. 212; **Ayiter**, s. 254; **Erel**, s. 336.

görme imkânı kalmamıştır. Eserler günümüzde çoğaltılmış nüshaların yayımı dışında başka yöntemlerle de sürekli ve kalıcı şekilde umuma arz edilerek alenileştirilebilmektedir. Mesela bir eserin radyo ve televizyonlar üzerinden tekrar tekrar yayımlanması veya izleyici tarafından istediğinde (*on demand*) daha evvel yayımlanmış bir filmin tekrar tekrar izlenmesi mümkündür. Aynı şekilde bir eserin internet ortamında kişilerin erişimine sunulması halinde, dünyanın herhangi bir yerinde bulunan internet kullanıcısı bu esere istediği yer ve zamanda erişebilmektedir. Her türlü eserin ister metin olarak basılmış bir kitap şeklinde, ister ses olarak, ister resim, fotoğraf veya görüntü biçiminde CD, DVD, taşınabilir veya sabit diskler gibi ortamlara tespiti, bu tespitlerden sınırsız sayıda ve eserin orijinalindeki kaliteyi aratmayacak şekilde nüshalar çıkarılması, hatta taşıyıcı bir materyale dokunulmasına gerek kalmadan erişime imkân veren bulut bilişim ortamına yüklenerek kullanıcının istifadesine sunulması mümkündür.

Bu itibarla eserin, eser sahibinin rızasına müstenid olmaksızın çoğaltılmış nüshaların yayımlanması dışında süreklilik arzedecek bir yöntemle alenileştirilmesi şeklindeki tecavüz fiillerinin ref'i için de bu davanın açılabilmesi gerekir. Mesela bir eserin internet ortamına aktarılması veya bulut bilişim imkânları kullanılarak alenileştirilmesi hallerinde, umuma arzın âni ve geçiciliğinden söz edilmez. Eser ilk kez bu şekilde kamuya sunulduğunda tıpkı çoğaltılmış kitap nüshaları gibi kalıcı olarak müteakip kullanımlara açık hâle gelmektedir. Kaldı ki, bu gibi kamuya sunumlarda potansiyel kullanıcı kitlesinin sayısını, basılmış eser nüshalarının kullanıcı kitlesi ile mukayese etmek dahi mümkün değildir. O nedenle kanun hükmünün, lafzına bağlı kalınmayıp bu türden izinsiz umuma arzları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir. bu suretle eser sahiplerine, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması yoluyla alenileştirilmesi dışındaki süreklilik arzeden eylemlerle yapılan umuma arz şeklindeki tecavüzlerin ref'ini de dava edebilme imkânı verilmelidir. O yüzden biz eserin umuma arzında sahibinin izni dışında hangi yöntem kullanılmış olursa olsun, tecavüz teşkil eden eylem sona ermediği sürece ref davasının açılacağı görüşüne katılıyoruz.¹⁷

¹⁷ **Tekinalp**, s. 297; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1958.

Kaldı ki, eserin umuma arzının bir defa kullanılmakla tükenen bir manevi hak olduğu şeklindeki görüşe de katılmak mümkün değildir. Bu fikrin kabulü, eserin ilk kez umuma arzından sonra gerçekleşen hukuka aykırı kamuya sunumlar yönünden hak sahiplerini hukuki himayeden mahrum kılar. Eserin yayma hakkını yasal yollardan edinen kimse dahi, bir kez alenileşmiş eseri mükerreren korsan baskılarını yapma yoluna giderek yayımlayabilir.¹⁸ Keza radyo-televizyon ve internet gibi mecralarda da bu türden eylemler tekrarlanabilir. Umuma arz hakkının bir defa kullanılmakla tükenen bir hak olduğunun kabulü, süreklilik arzeden tecavüzlerde eser sahibinin haklarını korumada onu sadece men ve tazminat davasıyla yetinmek durumunda bırakabilir.¹⁹ Yargıtay'ın da umuma arz hakkını eserin kamuya bir kez sunulmasıyla tükenen bir hak olarak mütalaa etmediği,²⁰ eserin izinsiz olarak sonraki her umuma arzından dolayı eser veya bağlantılı hak sahiplerinin ref davası açabileceğine ilişkin karar ve içtihatlarından anlaşılmaktadır.²¹

Öte yandan umuma arz, muhtevası itibarıyla eserin ilk kez umumun istifadesi sonucunu doğuran bir yetkinin kullanılmasından ibaret değildir. Eserin umuma arz edilip edilmemesine karar verme yetkisinden başka eserin yayımlanma zamanını ve tarzını tayin etmek; bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında malumat vermek de umuma arz hakkının kapsamına dâhildir.²²

¹⁸ **Tekinalp**, s. 297; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1958-1959.

¹⁹ **Öztaş**, s. 638; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1959.

²⁰ Yargıtay 11. HD bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "Fikri mülkiyet hukukunda yer alan 'tükenme ilkesi', 5846 sayılı FSEK ile eser sahiplerine tanınan manevi haklar üzerinde uygulanmayacağından, eser daha önce alenileşmiş olsa bile, eser sahibinin FSEK 14/1'inci maddesinde yer alan 'kamuya sunma' hakkı sona ermez ve izinsiz çoğaltma, yayma vb. her türlü mali haklara tecavüz oluşturan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde, eser sahibine ihlal edilen mali hak taleplerinin yanında, FSEK 14/1 uyarınca, kamuya sunma hakkının ihlalden dolayı manevi hak tazminatı talep etme yetkisi de verir." Yarg. 11. HD, T: 28.02.2008 E: 2007/576 K: 2008/2292, [**Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/2].

²¹ Yargıtay'ın bu konudaki kararları için bkz. **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1959 ve dipnot 15'te zikredilenler.

²² Umuma arz hakkının kapsamında yer alan yetkiler hakkında ayrıntılı bilgi ve izahat için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 132-140.

Bu sebeple eserin ilk kez yayımlanması veya başka bir surette alenileştikten sonra ilk haliyle veya değiştirilmiş bir şekil veya formatta yahut mecrada tekrar umumun istifadesine sunulabilmesi için eser sahibinin izni gerekir. Kaldı ki Kanun, eserin umuma arz edilmesinin yanı sıra yayımlanma tarzının, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette olması halinde eser sahibine, yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menetme yetkisi vermiş ve bu yetkiden sözleşme ile vazgeçmeyi hükümsüz addetmiştir.

Sonuç olarak Kanun eserin yayımlanma zamanını ve tarzını eser sahibinin inhisarında olan bir yetki olarak tanımladığına ve bu haktan vazgeçmeyi dahi caiz görmediğine göre, yayma hakkı bakımından getirilen tükenme prensibini mahiyeti bütünüyle farklı olan umuma arz hakkına da teşmil etmek doğru değildir. O nedenle eser sahibi eserinin izinsiz olduğu umuma arz hallerinde tecavüz devam ettiği müddetçe ref'ini talep edebilmelidir.²³

2. Ref Yöntemleri

Kanunda eserin umuma arzı salahiyetine matuf tecavüzün ref'i yönteminin ne olduğu gösterilmiştir. Yalnızca, umuma arzın basılmış eser nüshalarının yayımlanması suretiyle tecavüzü halinde dava açılacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Umuma arz hakkına tecavüzün ref'inde tatbik olunacak yöntemi belirleyecek olan tecavüze konu eserin türü ve tecavüz teşkil eden fiilin niteliğidir. Ancak hâkim ref yöntemine ve tatbikine karar verirken Madde 66/son hükmündeki kıstasları da göz önünde bulundurur. Bu çerçevede, ihlale maruz manevi hakkın niteliği, tecavüzün kapsamı, mütecavizin kusurunun olup olmadığını, varsa ağırlığı ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin duçar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu görülecek sair tedbirlere karar verilir.

Tercih edilen ref yöntemi eserin niteliği ve tecavüz teşkil eden fiilin mahiyetine göre farklılık gösterir. Buna göre tecavüzün konusunu ilim ve edebiyat eserleri gibi çoğaltılmak suretiyle umuma arzedilen eserler oluşturmakta ise ve tecavüz fiili yayımlama şeklinde işleniyorsa, hâkim ref davasının kabulü için gerekli şartların oluştuğu kanaatine varırsa, çoğaltıl-

mış eser nüshalarının müsaderesine, dağıtımın durdurulmasına, dağıtılmış nüshaların toplatılmasına ve imhasına veya ileride mütecavize verilme ihtimali varsa bir depoda veya yeddi emin nezdinde muhafazasına karar verilir. Bu yöntem estetik değeri haiz fotoğraf, resim, karikatür ve grafik gibi iki boyutlu (musattah) güzel sanat eserlerinin umuma arzı bakımından da uygulanabilir. Çünkü bu tür eserlerin asılları ve işlenmeleri de ilim ve edebiyat eserleri gibi matbu veya başka bir biçimde çoğaltılarak umuma arzedilebilme özelliğine sahiptir. Hatta bant, CD, DVD ve benzeri ses ve görüntü taşıyıcı ortamlara yapılan tespitler için de bu yöntemi uygulamak mümkündür. Çünkü ses bandı, videokaseti, CD ve DVD gibi araçlar da içerdikleri ses ve görüntü tespitleriyle birlikte ilim ve edebiyat eserleri gibi çoğaltılabilirler ve çoğaltılmış nüshalar ticari veya başka bir maksatla dağıtılmak suretiyle umuma arzedilirler. Mesela müzik eserlerinin temsil ve icraları, sinematografik mahsullere ilişkin yapımlar, radyo ve televizyon yayınları izin alınmaksızın bu ortamlara tespit edilerek piyasaya sunuldukları takdirde, bu ürünler üzerinde eser veya bağlantılı hak sahibi olan kimselerin umuma iletim hakkı ihlal edilmiş olur. O yüzden açılan bir ref davasında hâkim, ilim ve edebiyat eserleri için uygulanabilecek çoğaltılmış nüshaların müsaderesi, dağıtımın durdurulması, geri toplama, imha ve depolanma gibi ref yöntemine karar verebilir.

Bir ilim ve edebiyat, musiki, sinema veya güzel sanat eserinin ya da müzik eserinin icrası, fonogram veya film yapımları gibi bağlantılı hak konularının internet mecrasında umuma iletimi suretiyle alenleştirilmesi veya umuma arzı mümkündür. İnternet her türlü eserin umunun istifadesine sunulmasına imkân veren bir mecra. Dolayısıyla internet ortamına izinsiz konularak gerçek kişilere diledikleri yer ve zamanda erişim sağlanması halinde hâkim, tecavüz teşkil eden içeriğin internet ortamından kaldırılmasına karar verir. Bu karar icra edecek olan öncelikle içerik sağlayandır. Mümkün olmadığı takdirde yer sağlayan hukuka aykırı içeriği yayından çıkarır. Bazen yurt dışı kaynaklı olmaları sebebiyle içerik ve yer sağlayana ulaşılamaması sözkonusu olabilir. Bu durumda hâkim, erişim sağlayıcıdan hukuka aykırı içeriğe erişimi engellemesi şeklinde bir ref yöntemine karar verebilir.²⁴

²³ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1960-1961.

²⁴ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1961.

Eserlerin radyo-televizyon yayınlarıyla iletimi bakımından ref yöntemi ancak bir bütün teşkil ettiği halde seri olarak yayınlanan programlar bakımından sözkonusu olabilir. Bunun haricinde özellikle yayın platformları üzerinden yapılan televizyon yayıncılığında *on demand* olarak adlandırılan ve izleyicinin tıpkı internet ortamındaymış gibi bir film vb. bir televizyon yayını istediğinde izleyebildiği durumlarda, bu türden bir filmin yayından kaldırılması yönünde bir tedbir uygulanabilir.²⁵

Resim, fotoğraf, grafik ve tezhip gibi iki boyutlu veya heykel, kabartma, oyma, maket gibi üç boyutlu güzel sanat eserinin umuma arzı orijinal veya kopyasının teşhiri şeklinde olabilir. Eğer bu türden bir eser, sahibinden izin alınmaksızın umumi mahal sayılan bir mekânda sergilenerek teşhiri suretiyle alenileştiriliyorsa, tecavüzün ref'i davası gündeme gelebilir. Bu gibi hallerde hâkim dava sırasında hâlâ sergilenmekte olan güzel sanat eserinin teşhirden kaldırılmasına, sahibine iade edilmesine veya emanete alınmasına karar verebilir.²⁶

Öğretide umuma arz hakkına tecavüzde kararın ilanının da bir ref yöntemi olduğu ifade edilmektedir.²⁷ FSEK'in 67. maddesinde açıkça yer verilmiş ise de hükmün ilanı ile ilgili 78. maddedeki atf sebebiyle umuma arz hakkının ihlalden dolayı verilen ref kararlarının ilanının da istenebileceği anlaşılmaktadır. Zira maddenin birinci fıkrasında, "67'nci maddenin ikinci fıkrasında yazılı halden mada, haklı olan taraf, muhik bir sebep veya menfaati varsa, masrafi diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilân edilmesini talep etmek hakkını haizdir." denilmektedir. Umuma arz hakkına tecavüzün ref'i 67. maddenin birinci fıkrasında tanzim olduğu cihetle, bu hususta verilen mahkeme kararının ilanına engel bir durum yoktur. Bunun için davacının haklı olması, mahkemeden talepte bulunması ve bu hakkını hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanması gerekir.

Davacı, umuma arz hakkına tecavüzün ref'in den başka, FSEK'in 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminat da talep edebilir. Bunun için eser sahibinin

herhangi bir zarara uğramış olması gerekmez; manevi bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun ispatı bu hükme dayalı manevi tazminat talebi için yeterlidir. Kanun koyucu burada manevi hakkın ihlali ile ispatı gerekmeyen bir manevi zararın oluştuğu varsayımıyla hareket etmiştir.²⁸

Tecavüz maddi zarara da sebebiyet vermiş ise, bu zararın giderilmesi de istenebilir. Tabiatıyla buradaki maddi tazminat istemi manevi hakkı ihlalden kaynaklı maddi zararlaradır.²⁹ Örneğin bir sinema eseri, henüz sinemalarda gösterime girmeden ele geçirilmiş ve internet ortamına konularak umumun erişimine sunulmuştur. Mahkemece ref kararı verilerek internet ortamından kaldırılmasına rağmen çok sayıda kişi tarafından izlendiği için sinemalarda beklenen izlenme oranı yakalanamamıştır. Bu, eser sahipleri için maddi bir zarardır ve giderilmesi bir maddi tazminat davasına konu olabilir. Manevi hakların ihlali halinde bir ref yöntemi olarak maddi tazminata yer verilmemiş ise de, genel hükümlere (TBK 49 vd) göre böyle bir talepte bulunulması mümkündür.³⁰ Ancak bu örnekte sinema eserini umuma arz eylemi, aynı zamanda sinema eseri için mali bir hak olan temsil (gösterim) hakkının ihlaline de yol açar. Bu sebeple manevi hakka tecavüzden dolayı Madde 67/1 uyarınca ref talep edebilecek hak sahipleri, temsil hakkına tecavüz sebebiyle Madde 68 hükümlerine göre de mali hakka tecavüzün ref'i ve sözleşme yapılmış olsaydı mütad bedelin üç katına kadar telif ödenmesini talep edebilir.

C. ADIN BELİRTİLMESİ HAKKINA TECAVÜZÜN REF'İ

1. Genel Olarak

FSEK hükümlerine göre eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir (FSEK 15/1). Dolayısıyla adın belirtilmesi hakkının muhtevası üç yetkiden oluşur. Bunlar eseri meydana getiren kişinin yayımlanan veya herhangi bir şekilde umuma az edilen eserde: (i) gerçek adının belirtilmesini isteme,

²⁵ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1961.

²⁶ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1961.

²⁷ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1962.

²⁸ **Erel**, s. 347.

²⁹ **Arslanlı**, s. 212; **Erel**, s. 347; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1962.

³⁰ **Erel**, s. 347; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1962.

(ii) müstear adının belirtilmesini isteme ve (iii) adın hiç belirtilmemesini isteme yetkilerinden oluşur.³¹

Eserin sahibi bu yetkileri bizzat kullanabileceği gibi, eseri umuma arzeden kimseden de eserin umuma arzında kendisinin tercih ettiği seçeneğe göre hareket etmesini isteyebilir. Eseri umuma arzeden kimsenin aksine davranışı, eser sahibinin adın belirtilmesi hakkına tecavüz teşkil eder. Bu durumda eser sahibinin FSEK 67/2 hükümlerine göre tecavüzün ref'ini talep hakkı vardır. Nitekim mezkûr hükümde “Eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan ad iltibasa meydan verecek mahiyette olupta eser sahibi 15’inci maddede zikredilen tespit davasından başka tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla 3 gazetede ilanı talep edilebilir.” denilmiştir.

FSEK adın belirtilmesi hakkına tecavüzün ref'i davasını, adın belirtilmesi kapsamında eser sahibine tanınan yetkileri dikkate alarak belirlemiştir. Buna göre bu hakka tecavüzün ref'ini; (i) anonimlik hakkına tecavüzün ref'i, (ii) adın belirtilmemiş olması suretiyle tecavüzün ref'i ve (iii) adın münasip bir şekilde belirtilmemiş olması suretiyle tecavüzün ref'i olmak üzere üç başlık altında ele almak mümkündür.

2. Anonimlik Hakkına Tecavüzün Ref'i

Eser sahibinin adın belirtilmesi hakkı kapsamındaki yetkilerinden birinin de, adının belirtilmeksizin eserin umuma arzedilmesi olduğunu ifade etmiştik. Uygulamada eser sahibinin adı belirtilmeksizin yayım veya başka yollarla umuma arzedilen eserlere “anonim eser” denilir. Yunanca kökenli anonim kelimesinin Türkçe karşılığı “isimsiz” ve “ismin gizlenmesi” anlamına gelir.³² Kanun koyucu meydana getiren kişiye, eserini isimsiz olarak umuma arz yetkisi tanıdığına göre, bu yetkinin “anonimlik hakkı” olarak adlandırması mümkündür. Biz de bu deyiimi kullanmayı tercih ettik.

³¹ Adın belirtilmesi hakkının muhtevası hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 140-152.

³² Anonim kavramı ve anonim eserlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Mustafa (2012) Fikri Hukukta Eser Sahipliği, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 138 ve s. 148-152.

Anonimlik hakkına tecavüzün ref'i, 67. maddenin birinci fıkrasında eseri umuma arzın hakkına tecavüzün ref'iyle birlikte düzenlenmiştir. Mezkûr fıkranın ikinci cümlesinde birinci cümleye atfen, “Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusunun aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir” denilmiştir. Buna göre bir eserin umuma arz hakkına yönelik tecavüzlerin ref'ine yönelik hükümler anonimlik hakkına tecavüzün ref'inde de aynen uygulanır. Kanun alenileşmemiş bir eserin umuma arz hakkına tecavüzün ref'i talebini, izinsiz basılmış eser nüshalarının yayımlanması suretiyle gerçekleşmesine hasretmiştir. Eğer lafzi yorum benimsenecek olursa bir eser, sahibinin arzusu hilafına anonim olarak yayımlanmak yerine onun hakiki veya müstear adı altında çoğaltılarak yayımlanırsa, eser sahibi tarafından tecavüzün ref'i talep edebilir.

Burada hukuka aykırılık, eserin eser sahibinin rızası dışında çoğaltılıp yayımlanmak suretiyle umuma arzedilmesi değildir. Zira eser, eser sahibinin izni dâhilinde çoğaltılmış ve yayımlanmış olmasına rağmen, adının belirtilmemesini istediği halde eserin onu meydana getirenin adı altında yayımlanmıştır. Hukuka aykırı boyut, eserin eser sahibinin iradesi hilafına anonim olarak yayımlanmamış olmasıdır. Elbette ki eser, sahibinin rızası alınmadan çoğaltılır ve umuma arzedilirse, bu eylem de tecavüz teşkil eder. Ancak bu durumda adın belirtilmesi hakkına değil, umuma arz hakkına tecavüz sözkonusu olur. Mütecavizin fiili aynı zamanda hem umuma arz hakkına hem anonimlik hakkına tecavüz de oluşturabilir. Mesela bir yazarın anonim olarak yayımlanmayı planladığı kitap, izin alınmaksızın onun gerçek veya toplumda bilinen müstearıyla çoğaltılıp yayımlanırsa, eser sahibinin bahse konu her iki hakkı da tecavüze uğramış olur. Bu takdirde anılan hakların ikisi de ref davasının konusunu oluşturur.

Kanunda ref davasının açılabilmesi için çoğaltılmış nüshaların yayımı şeklinde tecavüzden söz edilmiş ise de, yukarıda yapılan açıklamaları anonimlik hakkına tecavüzün ref'i davaları için de aynen kabul etmek gerekir. Dolayısıyla anonimlik hakkının ihlaline konu eser ilim ve edebiyat eseri niteliğini taşıyorsa da ref davası açılabilir.³³ Örneğin bir müzik eserinde veya sinema eserinde yahut güzel

³³ **Erel**, s. 336; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1964.

sanat eserinde eser sahibi adının belirtilmemesini istemesine rağmen ses ve görüntü kasetleri, film şeritleri, CD, DVD, dijital bellekler gibi taşıyıcı ortamlara onun adı belirtilerek yapılan tespitler ve onun adının belirtildiği eser aslı ve nüshaları umuma arzedildikleri takdirde anonimlik hakkına tecavüz gerçekleşmiş olur. Bu tespitlerin ve çoğaltmaların eser sahibinin izni dâhilinde yapılmış olması anonimlik hakkına tecavüzü hukuka uygun kılmaz. Ancak eser sahibi, anonimlik hakkını kullanma iradesini beyan ettiği eserlerinin iradesi hilafına adının veya müstearının belirtilerek tespit edilip çoğaltılacağını veya çoğaltıldığını biliyor yahut bilmesi gerekiyorsa, bu eyleme zımnen rıza gösterdiği sonucuna varılabilir. Bu takdirde konuyu TMK 2 hükümleri çerçevesinde değerlendirerek bir sonuca varılması gerekir.

Kanunda tecavüzü ref yöntemine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş ise de hâkim, eserin umuma arzı hakkına tecavüzlerin yukarıda açıklanan ref yöntemlerini, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde, anonimlik hakkına yönelik tecavüzün ref'inde de tatbik edebilir. Bunun için somut olayın özelliklerini dikkate alarak en uygun ref yöntemini tespit etmelidir. Bu çerçevede çoğaltılmak suretiyle yayımlanan eser nüshalarından eser sahibinin isminin silinmesi, kazınması veya okunamayacak şekilde karartılması bir ref yöntemi olarak kullanılabilir. Uygulanacak ref yöntemini bir ölçüde belirleyen eserin niteliği ve umuma arz biçimidir. Örneğin CD, DVD veya kaset gibi ses ve görüntü ortamlarına tespit ile üretilen kopyalarda umuma arzedilen eserlerin ambalaj veya kartonetlerinden eser sahibinin adı kaldırılabilir veya bunların eser sahibinin adının belirtilmediği ambalaj veya kartonetleriyle değiştirilmesi istenebilir.

Eser güzel sanat eseri mahiyetinde ise, ref yöntemi eserin türüne göre değişir. Mimarlık eseri ve heykel gibi üç boyutlu eserlerde, eser sahibinin adının yazılı olduğu levha veya etiketlerin sökülmesi, mümkün değilse kazınması istenebilir. Yağlı veya sulu boya tablolar ile el ile yapılan veya fotoğraf makinasıyla çekilen fotoğraflar gibi eserler ile kâğıt, plastik vb. yüzeylere basılmış iki boyutlu güzel sanat eserleri üzerinde yazılı veya basılı isimler uygun şekilde kaldırılır veya görünmez veya okunmaz hâle getirilir. Kanun güzel sanat eserinin aslında deği-

şiklik yapılması şeklindeki tecavüzlerde özel bir ref yöntemine yer vermiştir. Aşağıda görüleceği üzere bu gibi hallerde eser sahibi, güzel sanat eserinin aslındaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserde gösterilen adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir (FSEK 67/Son).

Mahkeme ref yöntemine ve tatbikine karar verirken Madde 66/son hükmündeki kıstasları da göz önünde bulundurmalıdır. Buna göre hâkim, ihlale maruz manevi hakkın niteliğini, tecavüzün kapsamını, mütecevizin kusurunun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin düşar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için lüzumlu göreceği sair tedbirlerin tatbikine karar verir.

3. Adın Belirtilmemiş Olması Suretiyle Tecavüzün Ref'i

Bir kimsenin meydana getirdiği eserde, eser sahibi olarak adının gösterilmesini istemesi onun en tabi hakkıdır. O nedenle başkasına ait bir eseri ister onun izni isterse izinsiz olarak umuma arzeden kişi, eser sahibinin adını belirtmek zorundadır. Hayat tecrübelerine göre fikir ve sanat ürünleri toplumda kendilerini meydana getirenlerin adıyla anılırlar. Bu yüzden yayımlanmış veya başka şekilde kamuya sunulmuş eserlerde eser sahibinin adının biliniyor olması kural, gizlenmesi istisnadır. Dolayısıyla eserin anonim olarak umuma arzı yönünde onu meydana getirenin iradesiyle ilgili bir çıkarım yapılamıyorsa, bu eserin sahibinin adı belirtilerek umuma arzedilmesi gerekir.

Ancak eser sahibinin eserde anılmasını arzu etmemesi halinde, bu arzu hilafına hareket edilemez. Aynı şekilde eser sahibi eserde adının ne şekilde gösterilmesini arzu etmişse, kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmadıkça bu arzuya da uyulmalıdır. Bu çerçevede eser sahibi eserde hakiki adının veya müstearının ya da mahlasının gösterilmesini de isteyebilir. Eser sahibinin bu konudaki arzusuna aykırı davranışlar adın belirtilmesi şeklindeki manevi hakka tecavüz teşkil eder. FSEK'in 67/2. maddesi hükmünün tedkikinden, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkına tecavüzün iki şekilde vuku bulabileceği anlaşılmaktadır: Birincisi, eser sahibinin adının hiç belirtilmemiş olması, ikincisi de adın münasip

bir şekilde belirtilmemiş olmasıdır. Bu başlık altında adın hiç belirtilmemesi şeklindeki tecavüzünün ref'i ele alınmaktadır.

Filhakika vasfı her ne olursa olsun bir eser, işleme, yayım, temsil ve umuma iletim gibi yollardan herhangi biriyle kamuya sunulurken bilerek veya unutulurak eser sahibinin adının zikredilmemiş olması, onun FSEK 15'ten kaynaklanan manevi hakkına tecavüz teşkil eder. Böyle bir fiil, eserin anonim olarak kamuya sunulması sonucunu doğurur. Anonim olarak kamuya sunulma ancak eser sahibinin bunu istemiş olmasına bağlıdır. Eserin, anonimlik hakkının kullanılmadığı her halde, sahibinin adıyla kamuya sunulması şarttır. Aksi takdirde eseri vücuda getiren kimse, eser sahipliğinden kaynaklanan hak ve menfaatleri kullanamaz. Çünkü eser üzerindeki manevi ve mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Eğer umuma arz edilmiş bir eser üzerinde onun sahibinin kim olduğu belirtilmemiş ise, eser sahibine ait hak salâhiyeteler yayımlayan, o da belli değilse çoğaltan tarafından kullanılır (FSEK 12). Bu yüzden aksi yönde arzusu bulunmadığı sürece sahibinin adı zikredilmeden eserin kamuya sunulması, eser sahipliğinin yok sayılması anlamına gelir.

Eser sahibinin adı yerine başka bir kimsenin adının eser sahibi olarak zikredilmesi de aynı sonucu doğurur. Bu durumda eserin, hakiki sahibinden başka bir kimseye izafesi söz konusudur. Bu fiil, eserin gasbı olarak nitelendirilir. Zira esere onu vücuda getirmemiş olan bir kimsenin adının konulması, o kişiye esere sahiplenme imkânı verir. Nitekim FSEK'in 11/1. maddesinde, yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimsenin, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılacağı ifade edilmiştir.

Eserin sahibinin adı belirtilmeden veya başka birinin adı konularak yayım veya başka bir yolla kamuya sunulması, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Eser sahibinin sarîh veya zımnî bir iradesi yoksa bu durum, eseri kamuya sunanın kastından veya ihmâ-linden kaynaklanmış olabilir. Bazen de eseri meydana getiren kişinin hakikaten kim olduğunun belli olmaması veya başka bir kimsenin eseri meydana getirdiği yönündeki hatalı değerlendirmeden kaynaklanabilir. Eser sahibinin adının belirtilmemesi,

eser sahipliği ile ilgili bir çekişmeden kaynaklanmıyorsa, doğrudan doğruya tecavüzün ref'i talep edilebilir. Ancak eser sahipliği uyumsuzluk konusu ise yani eser sahibinin kim olduğu hususunda bir niza olduğu için eser sahibinin adı belirtilmemiş veya onun adı yerine başka birinin adı zikredilmiş ise, bu durumda hakiki eser sahipliğinin belirlenmesi için FSEK 15/3 hükümlerine göre tespit davası açılabilir.³⁴ Bu davada hakiki eser sahibinin kim olduğunun yanı sıra tecavüzün ref'i de talep edilebilir. Hatta eser sahipliğinin çekişmeli olduğu bazı ref davalarında Yargıtay, eser nüshalarından ismi kaldırılması talep edilen kişi veya kişiler aleyhine ayrıca eser sahipliğinin tespiti davası açılması gerektiğine karar vermiştir.³⁵

Tespit davası, adı eserde zikredilmeyen eserin hakiki sahibi lehine sonuçlanırsa, ref yöntemi olarak onun adının eser üzerinde gösterilmesine veya eserle birlikte anılmasına karar verilir. Söz gelimi A, B ve C isimli yazarlar tarafından meydana getirildiği halde eserin yayımı sırasında C'nin ismine yer verilmemiştir. Bu takdirde C açacağı bir dava ile eser sahipliğinin tespitini sağlayabilir. Davanın kabulü halinde diğerlerine ilâveten C'nin adı da yazılmak suretiyle isim hakkına kaçınma şeklinde tezahür eden tecavüz fiili ref edilmiş olur.³⁶ FSEK'in Madde 12/1 hükmüne göre eser sahipliği karinesinin oluşabilmesi için adın tam olarak belirtilmiş olması şart değildir; bir kısaltma, takma ad veya diğer her türlü işaret veya rumuz kullanılabilir. Yeter ki, bunların kime ait ol-

³⁴ Eser sahipliğinin tespiti davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Mustafa, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası': **Ateş**, Mustafa (Editör) (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 315-352.

³⁵ Örnek karar için bkz. Yarg. 11. HD, T: 14.11.2011 E: 2010/4348 K: 2011/15052 [**Merdivan** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. I, K. No. 15/111]; Yarg. 11. HD, T: 02.03.2009 E: 2007/13053 K: 2009/2351 [**Merdivan** (Yavuz & Alica & Merdivan) C. I, K. No. 15/79].

³⁶ Bu örneğe benzer bir konuya ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen davada 11. HD, "Davacının sözleşmeye uygun olarak davalı S. ile birlikte üç kitabı hazırlayarak davalı şirkete teslim ettiği, davacının yoğun emek ve çaba sonucu hazırlanan kitapların eser sahiplerinden birisi olmasına rağmen, davalı şirketin basımını üstlendiği eserde davacının ismine eser sahibi olarak yer vermemesinin FSEK'in 15. maddesinde düzenlenen manevi hakların ihlali anlamına geleceği gerekçesiyle, davanın kabulüne, üç adet kitabın eser sahiplerinin S.K. ile davacı K.Ç. olduklarının tespiti ile eserler üzerine her iki müellifin isimlerinin eser sahibi olarak birlikte yazılmalarına karar verilmesinde isabetsizlik yoktur" sonucuna varmıştır. Yarg. 11. HD, T: 14.11.2011 E: 2010/4348 K: 2011/15052, [**Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/29].

duğu kamu tarafından bilinsin.³⁷ Bu sebeple eserin üzerine, eserin hakiki sahibi yerine başka bir kimsenin adı veya mevhum bir isim eser sahibi olarak yazılmış ise, bir davada tespitine karar verilen hakiki eser sahibinin adı, eser sahibi olmayan bahse konu isim silinip onun yerine yazılır. Bu suretle eser sahibinin adına isminin belirtilmemesi suretiyle vaki tecavüz ref olunur.³⁸

Eser sahibinin adının zikredilmediği hallerde ref davası, eseri yayımlayana, o da belli değilse çoğaltana yönelir. Zira bu durumda eser sahibi belli olmadığı için, FSEK 12 uyarınca eseri yayımlayan, temsil eden, teşhir eden, radyo-TV ile yayımlayan veya internet gibi vasıtalarla umuma iletenler eser sahipliği hak ve salahiyetlerine sahip olurlar. Yayımlayanın, temsil edenin, umuma iletenin belli olmadığı hallerde, eser sahipliğine ait hakları kullanma yetkisi çoğaltana, temsili icra ettirene yahut yayınlatana ait olduğu için dava bu kimselere yöneltilir. Madde 12 hükümlerine göre yararlananlar, haklarından yararlandıkları eserin sorumluluklarını da taşırlar. O nedenle davanın bunlara tevcihi gerekir. Yayın veya başka bir yolla kamuya sunulan eserde eser sahibi olarak eserin hakiki sahibi dışında birinin adı zikredildiği takdirde, eğer ismi zikrolunan kişi biliniyorsa, yani belirli bir kimsenin gerçek adı veya müstearı eser sahibi olarak anılmışsa, tespit ve ref davası ona karşı yöneltilir. Ancak bu isim mevhum bir isim veya müstear ad ise, davanın yine 12. maddede belirtilen kimselere yöneltilmesi gerekir. Eser bir yayın kuruluşu veya meslek birliği gibi kuruluşlarca repertuarlarında anonim eser olarak gösterilmiş ise, ref ve tespit davalarının bu kurumlara tevcihi gerekir.³⁹

4. Adın Münasip Şekilde Belirtilmemiş Olması Suretiyle Tecavüzün Ref'i

Kanununun 67. maddesinin ikinci fıkrasında “Eser üzerinde sahibinin adı ... yanlış konulmuş yahut ko-

nulan ad iltibasa meydan verecek mahiyette ise” eser sahibinin tecavüzün ref’ini talep edebileceği ifade edilmektedir. Eser sahibinin adının yanlış veya iltibasa meydan verecek şekilde konulması, adın münasip şekilde konulmamış olması anlamına gelir. Diğer bir deyimle bizim kullandığımız “adın münasip bir şekilde konulmamış olması” deyimini, eser sahibinin adının uygun olmayan şekilde konulmasıdır.

Adın esere münasip şekilde konulduğundan söz edilebilmesi için, eser sahibinin istediği gibi ve onun arzusuna uygun biçimde konulmuş olması lazımdır. Eser sahibinin gerçek adı yerine müstearının konulması veya müstear adının konulmasını istediği halde gerçek adının konulması, adın ve müstearının kodlanmasını yani sadece baş harflerinin kısaltma şeklinde yazılarak gösterilmesini istemesine rağmen açık yazılması veya bunun tersinin yapılması, eser sahibinin adının münasip bir şekilde gösterilmemesi niteliğini taşır.

Adın münasip şekilde gösterilip gösterilmediğinin ölçütü, eser sahibinin iradesidir. Adın eser sahibinin arzusuna uygun olmayacak şekilde yazıldığı, gösterildiği, zikredildiği durumlarda eser sahibinin adına münasip bir şekilde gösterilmemek suretiyle tecavüz sözkonusu olur. Bazen eser sahibinin adı yazılırken hata yapılmış olabilir. Eser sahibinin “Alaaddin” olan isminin “Alaattin” şeklinde yazılması gibi. Bazen eser sahiplerinin ismi karıştırılabilir. Örneğin “Yaşar Kemal” yerine “Orhan Kemal” yazılması gibi. Bu hallerde eser sahibinin isminin yazılmasında yanlışlık yapılmış olur ve bu durum eser sahibinin adının münasip bir şekilde gösterilmesi kuralına aykırılık teşkil eder. Keza eser sahibinin adında ilave veya eksiltmeler yapılması da adın münasip olmayan şekilde gösterimi olarak değerlendirilir.

Eser sahibi adının münasip bir şekilde gösterilmemesi şeklinde tezahür eden diğer bir tecavüz fiili de “konulan adın iltibasa meydan verecek mahiyette” olmasıdır (FSEK 67/2). İki şey arasında birbiriyle karıştırılacak kadar benzerlik bulunmasına “iltibas” denilir. Kısaca karışıklık anlamına gelen iltibas, iki şey arasında benzerlik meydana getirmek suretiyle kişilerin tercihlerini gerçek arzularına uygun olan seçenek yerine, onun benzerine yöneltmeyi amaçlayan ve dürüstlük kurallarına uygun olmayan bir fiildir. Sınai mülkiyet ve ticaret hukuku kurallarıyla

³⁷ Ayrıntı için bkz. Yarg. 11. HD, T: 18.06.2007, E: 2007/5265 K: 2007/9282, [Merdivan (Yavuz & Alica & Merdivan), C. I, K.No. 8/1].

³⁸ “... eserin tedavülde bulunan nüshaları ile aslının üzerinden davalılardan N ve Y'nin isimlerinin çıkartılarak davacının manevi hakkına tecavüzün ref'ine karar verilmesi...” Yarg. 11. HD, T: 08.12.2009 E: 2008/11623 K: 2009/12644, [Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/8].

³⁹ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1967.

açıkça yasaklandığı için iltibas aynı zamanda hukuka aykırı bir eylem olarak tavsif edilebilir. Kanun, eser sahibinin adının iltibas oluşturacak şekilde kullanılmasını, adın belirtilmesi hakkına tecavüz oluşturan bir eylem olarak kabul etmiştir.

Eser sahibinin adının iltibas oluşturacak mahiyette konulması şeklindeki ihlaller uygulamada nadiren de olsa karşılaşılabilen isim hakkına yönelik bir tecavüz şeklidir. Bununla birlikte örneğin eser sahibinin adının çok tanınmış bir yazarın bütün eserlerinde değiştirmeksizin kullandığı özgün bir yazım stiline benzetilerek yazılması iltibas oluşturabilir. Keza bir yazarın başka bir yazarla, bir ressamın başka bir ressamla, bir bestecinin başka bir besteci ile aynı ada ve/veya soyada sahip olması mümkündür. Bu gibi hallerde iltibas ihtimali yüksektir. Karıştırılmayı önlemek amacıyla eser sahibinin adında ilave veya kısaltmalar yahut adın yanında açıklamalar yapılarak karışıklık önlenabilir. Bunun dışında özellikle güzel sanat eserlerinde eser sahiplerinin isimleri arasında kolaylıkla iltibas oluşturulabilir. Zira ressamın eserlerine isimlerini genellikle el yazısı veya imza şeklinde koyarlar. Bir ressamın ismini veya imzasını başka bir ressamın isim ve imzasına benzer şekilde yazması isimler arasında karışıklığa yol açabilir. Bu türden eylemleri de eser sahibinin adının münasip bir şekilde belirtilmesi fiili olarak nitelendirmek mümkündür.

5. Ref Yöntemleri

Adın belirtilmesi hakkına tecavüzün ref'i davasının kabulü üzerine mahkemece, eserin niteliğine uygun biçimde ve madde 66/son hükmündeki ilkeler doğrultusunda uygulanacak ref yöntemleri tespit edilerek karar verilir. Kanununun 67. maddesinin 2. fıkrasında bu hususla ilgili olarak "tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla 3 gazetede ilanı talep edilebilir." denilmiştir. Kanun hükmünün çoğaltılarak yayımlanan eserler mahiyetinde olan ilim ve edebiyat eserleri dikkate alınarak sevk edilmiş olduğu intibai doğuyorsa da, kuralın diğer eserler bakımından da nitelikleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanması gerekir.

Güzel sanat eserleri ve işlenmeler bakımından eser sahibinin adının gösterilme şeklini düzenleyen

15. maddenin "Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalar ile bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır." şeklindeki ikinci fıkrası hükmü de uygulanacak ref yönteminin belirlenmesinde yol gösterici olabilir.

Buna göre adın belirtilmesi hakkına tecavüzün konusu eser ilim ve edebiyat eseri ise, eserin gerek aslına gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshaları üzerine eser sahibinin adı derç edilir. İlim ve edebiyat eserleri çoğaltılmak suretiyle tedavüle konulma vasfında olan diğer eserlerde de aynı yöntem uygulanabilir. Eser sahibinin adı, musiki eserlerinin temsili ve icralarının tespit edildiği plak, bant, kaset, videobantı, CD ve DVD gibi materyallerin çoğaltılmış nüshaları üzerine konur. Bunların üzerinde konulması mümkün değilse, bunların ambalaj ve kartonnetleri üzerinde eser sahibinin arzusuna uygun veya sektördeki mütad tatbikata göre derç edilir. Görüntü taşıyıcı ortama tespit edilen sinema eserleri bakımından da aynı usul tatbik olunabilir. Ancak dizi halinde gösterilen filmlerde her bölümün jeneriğine eser sahibinin adının eklenmesi suretiyle ref kararı uygulanır. İsim hakkının ihlali hallerinde ayrıca film tespitinin aslı niteliğindeki orijinal veya kopyanın istenebilmesi için, mali haklar veya kullanma ruhsatının davalı sinema işletmecisi veya yayın kuruluşunda olmaması gerekir.⁴⁰ İsim hakkıyla birlikte mali hakların ihlal edilmiş olması durumunda davacı FSEK'in 68. maddesi hükümlerine göre çoğaltılmış nüshaların imhasını da talep edebilir.

Güzel sanat eserlerinde, eserin çoğaltılmış nüshaları üzerinde eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya mütad olan şekilde belirtilmesi ve eserin bir kopya olduğunun açıkça gösterilmesi gerekir. İşlenmelerde ise, işlenmenin hem aslı hem de çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya âdet olduğu şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır (FSEK 15/2). Sinema eserlerinde eser sahiplerinin adları filmin başlangıcı veya sonundaki tanıtımlık (jenerik)

⁴⁰ Tekinalp, s. 158; Öztan, s. 308; Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1969.

kısımında gösterilir. Sinema eserinin yapımında bir roman veya hikâye gibi bir başka eserden istifade edilmiş ise, mesela bir roman sinemaya aktarılmış ise, jenerikte edebiyat eseri sahibinin adına da yer verilmelidir.⁴¹ Aynı şekilde mevcut bir müzik eseri film müziği olarak kullanılmış ise onun bestekârının adının da belirtilmesi gerekir. Edebiyat eserinin sinemaya aktarıldığı hallerde, filmin fragmanında işlenen eser sahibinin adının da anılması gerekir. Ancak afiş, ilân ve reklam gibi diğer mecralarda bunun yapılmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır.⁴² Sinema eserinde başka eserler kullanılmış ise, bu kullanım neticesi ortaya çıkan ürün işleme olarak nitelenebilecek seviyede değilse, bu eserlerin sahiplerini filmin jeneriğinde göstermek gerekmez.⁴³

Fikir ve sanat ürünlerinin asıl veya çoğaltılmış nüshalarından henüz piyasaya sunulmamış olup yayıncı, müzik veya sinema yapımcısı gibi eseri yayım yoluyla veya başka biçimlerde umuma arzedecek olan kimsenin zilyetliğinde bulunanlar üzerinde ref kararının icaplarının yerine getirilmesi nispeten daha kolaydır. Ancak nüshalar tedavüle konulmuş ise bunların toplatılarak eser sahibinin adı onun tarafından uygun görüldüğü veya mütad olduğu biçimde derç edilir. Nüshalar gerekli tashihler yapıldıktan sonra tekrar piyasaya sürülebilir. Fakat satılarak artık bireysel kullanıcının mülkiyet ve zilyetliğine geçmiş nüshaların geri çağırılması hemen hemen imkânsız gibidir. Özellikle ilim ve edebiyat eserleri ile müzik, sinema ve bilgisayar programları gibi yoğun bir biçimde çoğaltılarak ticari dolaşıma sokulan eserler bakımından bu zorluk yaşanır. O nedenle hâkimin, açılan bir ref veya men davasında ihlalin varlığı yönünde inandırıcı kanıtların sunulması halinde, ihlale konu nüshaların dağıtım kanallarına girmeden evvel FSEK 66/son hükmündeki özel ihtiyati tedbire karar vermeyi düşünmesinde fayda vardır.

Piyasaya sürülmüş olup tamamı veya önemli bir kısmı bireysel müşterilerin zilyetlik ve mülkiyetine geçen eserlerin tamamının veya önemli bir kısmının geri çekilmesi mümkün olmaz. Bu sebeple mahkemece verilen ref kararının tatbikinin mümkün ol-

maması ihtimaline binaen kanun koyucu, mahkeme hükmünün en fazla üç gazeteyle sınırlı olmak üzere ilân edilmesini de bir ref yöntemi olarak öngörmüştür (FSEK 67/2 c.2). Kanununun 78. maddesinde de genel hüküm mahiyetinde olmak üzere mahkeme kararının ilanına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak 78. maddedeki hükmün ilanı için haklı bir sebep veya muhik bir menfaatin bulunması kaydına burada yer verilmemiştir. Onun için hükmün ilanı talebinde bulunan eser sahibi, hükmün ilanında haklı bir menfaati olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Aynı şekilde 67/2. maddede 78. maddenin aksine hükmün ilanını talep için bir süre öngörülmemiştir. Davalının hukuki belirsizliğe maruz bırakılmaması teminen 78. maddede öngörülen üç aylık hak düşürücü sürenin burada da uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁴

Kanun, hükmün ilanı halinde bunun masraflarına mütecevizin katlanması hükmünü âmirdir (FSEK 67/2 c.2). İlâve edilmedi ki, mahkemece verilen ref kararının tatbikinden kaynaklanan bütün masraflara müteceviz katlanmak durumundadır. Bu çerçevede; dağıtıma sunulmuş nüshaların geri çağırılması, yazılmamış ismin yazılması, yanlış veya iltibasa meydan verecek şekilde yazılmış isimlerin kaldırılarak yerine düzeltilmiş hallerinin yazılması, bunların yapılabilmesi için gerekli yazım veya basım giderleriyle kapak veya cilt değişimi gerekiyorsa bu ve benzeri diğer tüm ref giderlerine davalı katlanır.

Son olarak işaret edilmesi gereken bir husus da; FSEK'in 12. maddesi hükümlerine göre çoğaltılarak anonim bir şekilde umuma sunulan eserin sahibinin anonimlik hakkından vazgeçerek, adının açıklanmasını istemesi halidir. Bu durumda eser sahibinin iradesine uygun olarak daha evvel anonim şekilde yayımlanmış veya sair şekilde umuma arzedilmiş nüshalar üzerinde eser sahibinin adının belirtilmesi talebi yerine getirilemez. Aynı şekilde eser sahibi daha evvel eserinde adının kısaltmasına, müstearının veya rumuzunun kullanılmasına rıza göstermişse, daha sonra bundan sarfınazar etmesi halinde onun hakiki veya tam olarak adının önceki nüshalara konulması şeklindeki talebi de yerine getirilmez. Zira bu gibi hallerde hukuka aykırılıktan söz edilemez. Ancak bu türden taleplerin yerine getiril-

⁴¹ **Tekinalp**, s. 169; **Öztaş**, s. 311; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1971.

⁴² **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1971.

⁴³ Aynı yönde bkz. **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1972.

⁴⁴ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1972-1973.

mesi, irade değişikliğinden sonraki dönemde eserin yayımı, temsili ve umuma iletimi gibi umuma arz hallerinde mümkündür. Lâkin masraflarını ödemeyi kabul ettiği takdirde daha önce piyasaya sürülmüş veya kamuya sunulmayı bekleyen nüshalar üzerinde de bu talepler yerine getirilebilir. Keza bu gibi hallerde giderler eser sahibince karşılanırsa ilân yoluyla ref yöntemine de başvurulabilir.

D. KAYNAK GÖSTERMEYLE İLGİLİ TECAVÜZLERİN REF'İ

1. Genel Olarak

Adın belirtilmesi hakkı, eserin kamuya sunulmasının her biçiminde eser sahibinin kamuya sunan kimselerden eserinin adıyla anılmasını isteme hakkıdır. Eser bir bütün olarak kamuya sunulurken de kısmî olarak kamuya sunulurken de aksine bir iradesi bulunmadıkça eser sahibinin adının eseriyle anılması zorunludur. Eserin bütün olarak kamuya sunulması, bir kitabın yayımlanması örneğinde olduğu gibi, eserin noksansız bir biçimde ve tam olarak umuma arzedilmesidir. Kısmi sunulma ise, muhtelif şekillerde olabilir. Eserin cilt cilt veya bölüm bölüm ya da parça parça kamuya arzedilmesi kısmi sunumdur. Bir eserden bazen bir sayfanın, bir pasajın, bir cümlelerin, bir mısraın, bir sahnenin, bir fotoğraf karesinin, bir melodinin alınarak kamuya sunulması da kısmi sunma olarak nitelendirilir.

Kanun koyucu, eserden bu kabilden küçük parçaların alınıp kamuya sunulması halinde dahi eser sahibinin adının anılmasını istemiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse; eser sahibi, eserinin bir bütün olarak veya kısmi olarak kullanıldığı her yerde adının eseriyle birlikte zikredilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkı kullanması için, eser sahibinin kullanma arzusunun açıkça beyan etmesine, bir irade açıklamasında bulunmasına gerek yoktur. Çünkü kanun bu hakkın kullanılmasını eser sahibinin icrai bir harekette bulunmasına bağlı kılmamıştır. Eser sahibinin bu hakkının olduğu ve kullanma iradesine sahip olduğu varsayılır; kullanma iradesi yoksa bunun açıkça belirtilmesi gerekir. O yüzden üçüncü kişilerin, eser sahibinin hilafı yönünde tezahür etmiş bir iradesi yoksa, eserin kullanıldığı her yerde eseriyle birlikte onun adını zikretme mükellefiyetleri vardır.

Bu çerçevede işlenmesi, çoğaltılması, yayımı, temsili ve umuma iletilmesi gibi yollarla eserin umuma arzedildiği her durumda sahibinin adı mütaden anılmalıdır. Keza eserin başka bir eser içinde veya başak bir eser bağlamında kamuya sunulmasında da adın belirtilmesi şarttır. Eserin başka bir eser içinde veya bağlamında kullanılmasından maksat, bir başka eserin meydana getirilmesinde veya başka bir eserin kamuya sunulması sırasında diğer eserle birlikte kullanılmasıdır. Eğitim-öğretim amacıyla veya herhangi bir maksatla meydana getirilen işleme ve derleme niteliğinde eserlerde kullanımlar ile bir bilimsel eser meydana getirilirken yapılan iktibaslar bunun örneğini teşkil eder. Dolayısıyla bir eserin bütünü veya herhangi bir parçası, eser niteliğini haiz olmak kaydıyla başka bir fikri mahsul içinde veya bağlamında kullanıldığında eser sahibinin adının eseriyle birlikte anılması şarttır.

Bu mükellefiyet bakımından başka bir eserde veya eser bağlamında kullanımın, kullanılan eser sahibinin açık veya örtülü iradesi dâhilinde veya iradesi dışında olup olmamasının bir önemi de yoktur. Eserin kullanımının sahibinin iradesine bağlı olmadığı öyle bazı haller vardır ki, bunlara istisnalar veya tahditler denir. Kanununun 30. maddeden 40. maddeye kadar olan kısmı bahse konu tahdit ve istisnaları düzenler. Koruma süresi biten eserlerden yararlanmayı da bunlara ilave etmek mümkündür.⁴⁵ Kanunda belirtilen istisna hallerinde eserin kullanılması eser sahibinin rızasını gerektirmez. Hukuk düzeni bazı şartlara bağlı olmak kaydıyla eser sahibi istese de istemese de üçüncü kişilere eserden yararlanma imkânı vermiştir.

Üçüncü kişilerin başkasına ait eserden yararlanarak onu kendi eserlerinde veya eserleri bağlamında kullanabilmelerinin en önemli şartı, kullandıkları her yerde eser sahibinin adını belirtmeleridir. Eser sahibinin adının eserinin kullanıldığı her yerde kendi eseriyle birlikte anılması halinde bu tür kullanımlar hukuka uygundur. Buna kaynak gösterme denilmekte olup, eser sahibinin iradesinden bağımsız olarak kanunun kullanım izni verdiği her istisnai halde kaideten eser sahibinin adının zikredilmesi mecburidir. Nitekim FSEK'in 67. maddesinin üçün-

⁴⁵ İstisna ve tahditler konusunda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 241 vd.

cü fıkrasında “32, 33, 34, 35, 36, 39 ve 40’ıncı maddelerde sayılan hallerde yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmiş veyahut hiç kaynak gösterilmemişse ikinci fıkra hükmü uygulanır.” denilmiştir. Bunun anlamı şudur: başkasına ait eseri kullanım yetkisi kanundan doğmuş olsa bile, yararlanılan kaynağın hiç veya gerektiği şekilde gösterilmemesi veya yanlış kaynak gösterilmesi, yararlanılan eserin sahibinin isim hakkına tecavüz teşkil eder.

Böylece, başkasının eserinden yararlanan kimse- nin yararlandığı kaynağı hiç veya münasip bir biçimde göstermemesi halinde, eser sahibinin adının belirtilmesini isteme hakkına tecavüzü düzenleyen üçüncü fıkra hükümlerine göre eser sahibinin ref talebinde bulunabileceği ve ref yöntemi olarak yukarıda ayrıntılı şekilde irdelenen yöntemlerin kaynak gösterme yoluyla isim hakkına tecavüzlerin ref’inde de uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kuralın bağlantılı hak konuları bakımından da geçerli olduğunu söylemeye gerek yoktur. Ancak görüldüğü üzere, mezkûr hükümde Kanunun 30., 31. ve 37. maddelerine atıf yoktur. Aynı şekilde koruma süresi ile ilgili eserlere de bir referans verilmemiştir. Hükümde atıfta bulunulan bestekârlara tanınan istisna niteliğinde hakları düzenleyen 39. maddede ise, yürürlükten kalkmıştır. Buna göre FSEK’in 67/3. maddesi hükmünün, yukarıda belirtilenler dışındaki maddelere konu istisnalardan yararlananların kaynak göstermemeleri halinde, adın belirtilmesi hakkına tecavüzden dolayı ref davasına muhatap olmayacakları gibi bir sonuç çıkmaktadır.

Aşağıda Madde 67/3 hükmünün atıfta bulunduğu istisnalar bakımından kaynak gösterme yükümlülüğünü ihlal biçimindeki tecavüzlerin ref’i konusu her bir istisna bakımından ele alınacaktır. Arkasından da anılan hükümde belirtilmeyen istisnalar yönünden değerlendirme yapılacaktır. Ancak önce hükmümde geçen kaynak göstermenin ne anlama geldiğinin vuzuha kavuşturulmasında fayda vardır.

2. Kaynak Göstermenin Anlamı ve Önemi

Bir eserin yayım, temsil, umuma iletim gibi yol ve yöntemlerle kamuya sunulması esnasında, bu eser ile birlikte eser sahibinin kim olduğuna ilişkin bilginin de kamuya açıklanmasına kaynak gösterme denilir. FSEK kaynağın nasıl gösterileceğine yalnızca ilim ve edebiyat eserleri bakımından yer vermiştir.

Buna göre “iktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir” (FSEK 35/2). Görüldüğü gibi, Kanunun kaynak göstermede önem atfettiği husus, yapılan alıntılarının belli olmasıdır. Diğer bir ifadeyle başkasının eserinden yararlanan kimsenin, bunu göstermesi gerekir. Ancak o durumda, kişinin kullandığı eser parçalarının kendisine mi yoksa başkasına mı ait olduğu anlaşılabilir.

Bunun nasıl yapılacağı da anılan hükümde açıklanmıştır. Buna göre başkasının eserinden yararlanan kimse şu üç şeye dikkat etmek zorundadır: (i) eser sahibinin adı, (ii) yararlanılan eserin adı ve (iii) yararlanılan yer yer yani eserin bölüm, paragraf veya sayfası.

İlim ve edebiyat eserlerinde kaynakların gösterilme biçimleriyle ilgili bir takım usul ve teknikler standart hâle getirilerek yayımlanmaktadır.⁴⁶ Bunlardan hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, FSEK’e uygun bir kaynak gösteriminden söz edilebilmesi için eser sahibinin adı, eser adı ve yararlanılan yerin anlaşılabilir olması lazımdır. Bunlardan birinin eksikliği halinde usulsüz kaynak gösterimi veya yetersiz kaynak gösterimi gibi hallerin varlığından söz edilebilir. İlim ve edebiyat eserleri dışındaki eserlerden yararlanma halinde de kaynak gösterilmesi şarttır. Fakat FSEK’te ilim ve edebiyat eserlerinin dışındakiler bakımından bir kaynak gösterim biçimine yer verilmemiştir. Diğer eserlerde eserin niteliğine ve eserle ilgili mütad uygulamalar ne ise kaynakların o şekilde gösterilmesi gerekir.

Kaynak gösterme deyimdeki “kaynak” ifadesi, esas itibarıyla kamuya sunulan eseri ve eseri meydana getiren kişiyi yani eser sahibini ifade eder. Örneğin bir başkasına ait şiiri alıp kendi şiir antolojisinde kullanan kimse, o şiiri aldığı şaire ait kitap ile şairin adını da kendi eserinde belirtir. Böylece o şiirin kime ait olduğu, hangi şair tarafından yazıldığı üçüncü kişilere bildirilmiş olur. Üçüncü kişiler, bu şiir (X) adlı

⁴⁶ Bilim alanında her bilim dalına özgü bir takım kaynak gösterme teknik ve yöntemleri geliştirilmiştir. Chicago, MLA, APA ve Chicago Manual of Style yöntemlerinin bunların en yağın örnekleri olduğu söylemek mümkündür. Telif hukuku bakımından kullanılan yöntemin önemi yoktur. Önemli olan, kaynağın kullanıldığı her yerde eseriyle eser sahibi arasındaki ilişkinin doğru şekilde kurulabiliyor olmasıdır.

kişinin kitabında yayımlanmış olsa da, aslında onun sahibinin (X) değil şair (Ş) olduğunu bu şekilde öğrenmiş olurlar. Bir konserde canlı olarak icra olunan bir müzik eserinin bestecisi olarak adının zikredilmesi de, aslında bu eseri meydana getiren kişinin onu çalıp söyleyen kimse olmadığını, icra edilen eserin eser sahibi olarak adı zikredilen kişiye ait olduğu bilgisine sahip olmalarını sağlar.

Bir eserden diğer bir esere aynen veya mealen yapılan alıntılarda ise, alıntı yapılan kaynak ile bu kaynak eseri vücuda getiren eser sahibinin adı uygun bir şekilde yararlanılan eserde gösterilirse, okuyan kimseler eserin bütünü içinde o eseri meydana getirene ait olmayıp başkasına ait bulunan kısımları ve bu kısımların sahiplerini ancak kaynak gösterilmiş olması halinde öğrenebilirler.

Kaynak göstermenin şekli, eserin türüne ve kullanma biçimine göre farklılık arzeder. Makale, kitap, tez ve rapor gibi ilim ve edebiyat eserlerinde kullanılan kaynaklar, bu eserlerin kaynakça denilen kısmında gösterilir. Kaynakçada sadece eserin veya sadece eser sahibinin adının gösterilmesi yeterli değildir. Eser ile eser sahibinin adının birlikte gösterilmesi şarttır. Aksi halde yararlanılan eserin hangisi olduğu bilinir ama sahibinin kim olduğu bilinmez. Veya eser sahibi olarak bir isme yer verilmiştir ama o kişinin hangi eserinden yararlanıldığı bilinmez. Bu sebeple hem eser hem de eser sahibi birlikte gösterilmelidir. İlim ve edebiyat eserlerinde ve özellikle bilimsel ve akademik çalışmalarda kullanılan veya yararlanılan bilgiler, fikirler, açıklamalar, metodlar, veriler gibi unsurlardan yapılan alıntılarının kaynaklarının gösterilmesi büyük önem taşır. O yüzden yararlanılan kaynağa sadece kaynakçada yer verilmesi yeterli olmaz. Hangi açıklama, fikir, bilgi ve verilerin hangi kaynaktan alındığı konusunda bir fikre sahip olabilmek için tek başına kaynakçanın bir anlamı yoktur.

Başkasına ait kaynaktan alınan bilgilerin, kullanıldığı kaynağın metnin içindeki ilgili yerinde, bilgi kaynağına atıfta bulunarak aktarılması lazımdır. Aksi halde başkasından yararlanılarak meydana getirilen eserlerde, hangi bilgilerin, fikirlerin veya unsurların kaynak eserden alındığını bilmek mümkün olmaz. Dolayısıyla, alıntı yapılan kısımlar ile onların sahipleri arasında bağ kurulmamış olur. Kaynak

göstermenin amacı, eser ile onu meydana getiren arasındaki aidiyet ilişkisini tesis etmektir. Kaynak göstermenin bu ilişkiyi tesise imkân verecek nitelikte olması gerekir. Aksi halde eser sahibinin adının belirtilmesi ve eserinin adının belirtilmesini isteme haklarına tecavüz edilmiş olur.

Gösterilmesi gereken bir yararlanma söz konusu olmuş ise basılı veya basılı olmayan yahut elektronik olarak yayımlanan veya umuma iletilen bütün ilim ve edebiyat eserlerinde kaynak gösterilmek zorundadır. Kullanılan kaynakların yanı sıra atıfların da gerektiği gibi ve usulüne uygun yapılması şarttır. Kaynak gösterme denilince genellikle ilim ve edebiyat eserleri akla geliyorsa da musiki, sinema ve güzel sanat eserlerinde de, bu eserlerin niteliğine ve kullanım biçimine göre uygun yol, yöntem ve tekniklerle kaynak gösterilmesi gerekir.

Kaynak gösterilmesi zorunluluğu, başkasına ait eseri kullanan kişiyi hukuka ve etik kurallara aykırı davranışların yaptırımlarından korur.⁴⁷ Diğer yönüyle bu hakkı teslim anlamına gelir. Zira başkasına ait bir üründen ve bir emekten istifade söz olduğunda bunun bir karşılığı olmalıdır. Bunun karşılığı maddi bir değer olabileceği gibi manevi bir değer de olabilir. Kaynak gösterme aslında yararlanılan kaynak eseri vücuda getiren kişi veya kişilerin onurlandırılmasıdır. Bu suretle kaynak eserin sahibine ait fikir, duygu ve düşüncelerinin onlardan yararlanan eser aracılığıyla başka kitlelere de iletilmesi sağlanmış olur. Bu ise kaynak eserin sahibinin manevi tatmini artıran bir şeydir. Kaynağın bu şekilde kullanılması, maddi açıdan bir yarar sağlamıyor olsa da, yararlanılan eseri meydana getirene manevi bir tatmin sağlar. Kaynak göstermenin diğer faydası da, kullanılan kaynaklardan haberdar olmayan üçüncü kişilerin onlardan haberdar kılınmasıdır. O nedenle yararlanılan kaynakların tam ve doğru olarak gösterilmesi, onlara erişmek isteyen kişiler için de büyük öneme sahiptir.

⁴⁷ Bilimsel araştırma ve yayınlarda kaynak göstermemenin hükmü ve sonuçlarıyla yaptırımları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal**, Mehmet & **Toprak**, Metin & **Başpınar**, Veyssel & **Ateş**, Mustafa (2022) İntihal ve Diğer Etik Dışı İhlaller-Araştırma ve Yayın Etiğine Aykırı Fiiller, 1. Baskı, Ankara, 4T Yayınları.

3. Kaynak Göstermeyle İlgili Tecavüz Biçimleri

Kanunun 67. maddesinin üçüncü fıkrasında kaynak göstermeyle ilgili olarak tecavüzlerden “yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmesi” ve “hiç kaynak gösterilmemesi” şeklinde söz edilmektedir.

a. Yanlış Kaynak Gösterilmesi

Yanlış kaynak gösterilmesi, yararlanılan kaynağın yerine yararlanılmamış bir kaynağın gösterilmesidir. Bu aslında tabir yerinde ise “yanlış adrese yönlendirme” niteliğinde bir eylemdir. Bunun yapılması sonucunda, yararlanılan kaynaktaki açıklama, bilgi, fikir, düşünce ile onun asıl sahibinden başka bir kimse veya başka bir kaynak arasında ilişki kurulmuş olur. Bir kimseye ait değerler başka bir kimseye izafesi sonucunu doğuracağı için bu fiil ile yararlanılan kaynağın sahibinin hakları çiğnenmiş olur. Hakiki eser sahibi yerine başka birinin anılması, onun isim hakkının ihlaline yol açar. Bu sebeple yazar (Y)’nin eserinden iktibas olunan bir pasaj, bir cümle veya bir parça için başkasının adına ve eserinin adına atıfta bulunulması, tecavüzün ref’i davasına konu olabilecek bir yanlış kaynak gösterme fiilidir.

Yanlış kaynak gösterme, yukarıda işaret edildiği gibi yanlış adrese yönlendirmektir; diğer bir deyimle gösterilen kaynağın doğru olmamasıdır. Bu bakımdan bilimsel eserlerde kitap, tez, makale gibi kaynakları görmeden, gösterilen kaynaktaki bulunmayan bilgilere, fikirlere düşüncelere yollamada bulunulması da yanlış kaynak gösterme olarak kabul edilir.⁴⁸

Yanlış kaynak göstermenin bir başka anlamı da aldatici kaynak göstermektir. Yararlanılmayan bir eserden yararlanılmış gibi gösterilmesi bu anlamda aldatici kaynak göstermedir. Keza iktibas olunan bilgilerin gerçek dışı ya da yanıltıcı olması, kaynaktan ziyade yapılan atfın aldatici olması da yanlış kaynak gösterme şeklinde değerlendirilebilir.

b. Kifayetsiz Kaynak Gösterilmesi

Kifayetsiz kaynak gösterme deyimi, başkasının eserinden yararlanıldığı ölçüde kaynak gösterilmemiş olması yani eksik kaynak gösterilmesidir; kaynak gösteriminin yeterli olmamasıdır. Bu eylem de çeşitli şekillerde tezahür edebilir.

Mesela başkasına ait bir eserden büyük iktibas olarak nitelenebilecek bir alıntı yapıp, sadece metnin sonunda atıf yoluyla kaynak gösterilmesi böyledir. Eğer alınan kısım başkasına ait olduğu belli olacak bir şekilde yapılmamışsa, mesela iktibas edilen paragraf tırnak içinde veya farklı bir yazı karakteriyle gösterilmemiş ise, atıf yapılan kaynaktan paragrafın tamamının mı alındığı yoksa son cümlenin mi alındığı bilinemez. Bu bir yetersiz kaynak gösterme olduğu kadar, aldatici kaynak gösterme şeklinde de değerlendirilebilir. O nedenle bu gibi hallerde iktibas edilen kısmın diğer kısımlardan ayırt edilebilecek şekilde sunumunda fayda vardır.

Kaynak göstermenin başka birine ait eserden faydalanılan kapsam ile mütenasip olması gerekir. Yararlanılan kaynağa yararlanma miktarıyla mütenasip olmayan, yani gerekenden çok daha az atıfta bulunulması, yetersiz kaynak gösterimi teşkil eder. Kaynak belirtilmeden evvel uzun uzun alıntılar yapıldıktan sonra kaynağa yer verilmiş ise kifayetsiz kaynak gösterme ithamıyla karşılaşabilir.

Bu gibi örneklerde kaynak ister başta ister en sonda zikredilmiş olsun, yapılan alıntının kaynağa ait olduğunu ifade eden bir cümleye yer verilmesi veya bu ifadelerin yazarın kendisine ait olmadığını ve başka bir kaynaktan alındığını gösteren bir yöntemin kullanılması uygun olur.

c. Hiç Kaynak Gösterilmemesi

Kaynak kullanılmış bir eserde kaynak gösterilmemesi, kullanılan kaynak veya kaynakların gizlenmesi demektir. Kaynağın gizlenmesi, yararlanılan kaynaktan aktarılan muhtevanın sahiplenilmesi anlamına gelir. Bu eylem, hukuken intihal olarak nitelendirilir. İntihal, sahibinin adına atıfta bulunmadan, bir eseri kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı olarak ve bilinçli bir tarzda kendi ürününe yansıtan alıntıdır.⁴⁹ Eserin tamamı olmasa bile bazı bölümlerin, pasajların, ezgilerin veya anlatımların, eser sahibinin adı zikredilmeksizin alınması da intihal olarak kabul edilir.⁵⁰ Eserin tamamının hiç kaynak gösterilmeden alınarak sahiplenilmesini “gasp” olarak nitelendirmek dahi mümkündür.

⁴⁹ Tekinalp, s. 156.

⁵⁰ Bilimsel araştırmalar ve yayın etiğinde intihal sayılan haller için bkz. Ünal & Toprak & Başpınar & Ateş, s. 11 vd.

⁴⁸ Tekinalp, s. 340.

Kaynak göstermeden alıntı yapılması ve bu şekilde oluşturulan bir eserin yalnızca aslının veya çoğaltılmış nüshaların yayımı, temsili, teşhiri, gösterimi veya radyo televizyon yahut internet gibi vasıtalarla umuma iletim yoluyla topluma sunulması, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkını ihlal ettiği gibi, sahibinin rızası hilafına bir tarz ve vasatta eserin umuma arzı hakkını da ihlal eder. Bu eylem, aynı zamanda eser sahibinin çoğaltma, yayma ve olayın mahiyetine göre diğer mali haklara tecavüz olarak da değerlendirilebilir. Bu gibi hallerde eser sahibi FSEK 67/3 hükümleri çerçevesinde manevi haklara tecavüzün ref'ini mahkemeden talep edebilir. Mali haklarda dolay da 68. Maddeye dayanılabilir.

4. Her Bir İstisna Özelinde Kaynak Göstermeyle İlgili Tecavüzler ve Bunların Ref'i

Kanunun 67/3. maddesinde atıfta bulunulan istisnalar, nutuklar, eğitim-öğretim amacıyla temsil serbestisi, eğitim-öğretim amacıyla derleme seçme ve toplama eser serbestisi, bilimsel çalışmalarda iktibas serbestisi, basın iktibasları ve güzel sanat eserlerinin kopya ve teşhiri ile ilgili serbestilerdir. Kanun bu istisnalar kapsamında öngörülen hallerde yanlış veya yetersiz kaynak gösterilmesini veya hiç kaynak gösterilmemiş olmasını, eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden bir davranış olarak tanımlamış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında eser sahibinin adının belirtilmesi hakkına tecavüzün ref'i ile ilgili kuralların bunlar hakkında da tatbikini hükme bağlamıştır.

a. Nutuklarla İlgili Kaynak Gösterme

Bir topluluğa karşı yapılan konuşmaya veya bir topluluğa karşı söylenen sözlere nutuk denir. Nutuk yerine "hitabet" tabiri de kullanılırken, günlük Türkçede ise "söylev" kelimesi de kullanılmaktadır. Nutuk aslında bir topluluk huzurunda yapılmış basit bir hitabetten veya sarfedilen sözlerden ibaret bir konuşma değildir. Muhataplara belirli bir fikri, düşüncüyü, duyguyu, talebi veya ideali açıklamak ve kabul ettirmeye çalışmak gibi amaçlarla yapılan hitabettir. Dinleyenleri coşturma, belli bir amaca yöneltme, bir fikri benimsemeye teşvik etmek gibi maksatla irad edilir. Bunun için coşkulu bir eda ile icra edilir. Bu sebeplerle nutukta, sanat ve edebiyatın sözün muha-

taplarını etkilemeye yönelik araç ve tekniklerinden yararlanılır. Hal böyle olunca yalnızca konuşma şeklinde sarfedilen sözlerle ifade edilmiş olsa da nutuk, fikir ve sanat hukuku anlamında edebi türde bir eser niteliğini taşıyabilir. Bu mahiyetteki nutuklar FSEK hükümleri çerçevesinde himaye görür.⁵¹

Eser vasfında olmayan hitaplarla FSEK ilgilenmez. Muhatap kitlenin büyüklüğü ve irad edilen ortam her neresi olursa olsun, eser olarak nitelene-meyecek hitaplar, konuşmalar ve sözler FSEK anlamında eser mahiyetinde bir nutuk olarak değerlendirilmez ve bunların fikri hukuk himayesine mazhar olması bahis konusu değildir. FSEK'in 32. maddesinin konusunu oluşturan nutuklar eser mahiyeti taşıyanlardır. Buna göre Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir. Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir. Bu söz ve nutukları birinci fıkrada zikredilenden başka bir maksatla çoğaltmak veya diğer bir suretle yaymak eser sahibine aittir.

Nutukları irad edenin isminin zikredilmesi, bunların haber ve bilgi verme amacı dışında kullanılması halinde mecburidir. Sözgelimi nutuk bir kitapta, ansiklopedide, bir dergide yayımlandığı takdirde, nutku irad edenin adı anılmak zorundadır. Nutkun yer aldığı yayının fiziki veya elektronik nitelikte olmasının önemi yoktur. Nutkun irad edildiği mekânın da kural olarak önemi yoktur. Nutuk sahibinin adının anılmaması halinde dava açılarak, FSEK'in 67/2. maddesinde öngörülen yöntemlerin tatbikiyle ref sağlanır. Nutkun gazete veya radyo-televizyon yayınlarında veya umumi mahallerde kullanılması gibi yönetmelerle kamuya sunumu halinde, artık devam eden bir tecavüz eylemi olmayacağı için isim hakkına tecavüzün ref'i, mahkeme kararının ilanı yoluna başvurmak şeklinde yapılabilir.⁵²

⁵¹ Ayrıntı için bkz. Ateş, Kapsam ve Sınırlar, s. 318-322.

⁵² Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1974.

b. Eğitim-Öğretim Maksadıyla Temsil Serbestisinde Kaynak Gösterme

Temsil, fikir ve sanat eserlerinin doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde çalınması, oynanması ve gösterilmesidir. Temsilin vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile umuma arz edilmek maksadıyla nakli de temsil kapsamında mütalaa edilmiştir (FSEK 24). Temsil ister doğrudan doğruya ister dolaylı olsun eser sahibinin inhisarında olan mali bir haktır. Ancak kanun bazı hallerde temsili serbest bırakmıştır. Umumi mahal sayılmayan yerlerde temsil serbesttir. Umumi mahal niteliği bulunmayan bir ortamda, mesela, kişinin evinde ve belirli kişilerden oluşan bir topluluğa karşı yapılan temsil de serbesttir.

Temsilin serbest olduğu diğer bir hal de, eğitim ve öğretim gayesiyle yapıyor olmasıdır. Buna göre yayımlanmış bir eserin; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir (FSEK 33). Görüldüğü gibi Kanun eğitim-öğretim maksadıyla sınırlı ve kâr elde etmemek kaydıyla fikir ve sanat eserlerinin temsilini serbest bırakmıştır.⁵³

Ancak eserin kullanıldığı her yerde eser sahibinin adının belirtilmesi gerektiği yönündeki kural, temsil serbestisinin olduğu durumlarda da geçerlidir. Temsilin serbest olması, eser sahibinin ve eserinin adının açıklanması yükümlülüğüne halel getirmez. Bu itibarla bir tiyatro eserinin bir lisenin tiyatro grubunca sahneye konulması, bir şarkının veya türkünün müzik derslerinde müzik öğretmeni ve öğrencileri tarafından eğitimin bir parçası olarak icra edilmesi, milli bayramlarda yapılan törenlerde şiirlerin okunması, sinema ve televizyonculuk eğitimi verilen orta veya yükseköğretim kurumunda eğitimin bir parçası olarak sinema eserlerinin gösterilmesi serbesttir; eser veya hak sahiplerinden izin alınmaksızın bu tür temsil faaliyetleri yapılabilir. Ancak her temsilde eserin adı ve eser sahibinin adının mütad şekilde zikredilmesi icabeder. Eserin ve sahibinin adlarının anılmaması FSEK 15'ten kaynaklanan manevi hakka tecavüz oluşturur.

Temsilde eser sahibinin anılması uygulaması, genellikle icrasından evvel temsil faaliyeti konusundaki ilân ve duyurularda, yazılı veya görsel olarak yapılan reklamlarda, dağıtılan veya asılan afişlerinde eserin adı ve eser sahibinin adına yer verilmesi şeklindedir. Eser sahibinin adının eseriyle birlikte anılmaması halinde veya eserin veya eser sahibinin adında değişiklik yapılmış olması halinde, tecavüzün ref'ine kara verilir. Ref yöntemi olarak duyuruların, afişlerin ve reklamların kaldırılması, ilanların durdurulması, toplatılması, gerekli düzeltmelerden sonra yeniden yapılmasına karar verilir. Temsil icra edilip artık düzeltme imkânı kalmamış ise, ilân şeklinde bir ref yöntemi uygulanabilir.

c. Eğitim-Öğretim Maksatlı Derlemelerde Kaynak Gösterme

Muhtevası, belirli bir ilke veya prensip doğrultusunda seçilerek belirli bir sistem veya düzen dâhilinde tertip edilen muhtelif fikir ve sanat eserlerini içeren eserlere derleme eser denilir. Derleme eserlerin en güzel örneğini ansiklopediler ve antolojiler oluşturur. Derleme eser, muhteviyatını oluşturan münferit eserlerden bağımsız bir eser olma hüviyetine sahiptir. Muhtevayı oluşturan eserler kendi başlarına korumanın konusu iken, derleme eser de onlardan bağımsız kendi başına bir korumanın konusudur. Bir şiir antolojisinde yer alan şiir kendisi bir edebiyat eseri olarak himaye görürken, antolojinin kendisi de "derleme" niteliğinde başlı başına bir ilim ve edebiyat eseridir.

Başkalarına ait eserlerin seçilmek suretiyle bir kapak altında toplanarak derleme tarzında bir eser meydana getirilmesi, seçime konu eserlerin sahiplerinin iznine tabidir. Bu izin alınmadan seçme ve toplama suretiyle derlemeler oluşturulması eser sahibinin, işleme, çoğaltma ve duruma göre yayma ve umuma iletim haklarına tecavüz teşkil eder (FSEK 34/3). Ancak Kanunumuz, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirilmesini hususunda bir serbesti tanımıştır (FSEK 34/1).⁵⁴

Buna göre yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim

⁵³ Ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 284-288.

⁵⁴ Ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 288-300.

ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir. Ancak ilmi mahiyetteki resim ve fotoğraflar gibi ilim ve edebiyat eserleri ile estetik vafa sahip resim, tablo ve sair çizimler fotoğraflar, seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir.

Kanun eğitim-öğretim gayesine mahsus olarak meydana getirilen derlemelerde kullanılacak eserlerin hak sahiplerinden izin alınmadan iktibasına izin vermiş ise de, derlemeyi yapana tanınmış bu özgürlük, eser sahibinin ve eserin adının zikredilmesi külfetinden muafiyeti gerektirmez. O nedenle seçme ve toplama eser meydana getiren kişinin, eğitim öğretim gayesiyle meydana getirdiği eserin aslında ve çoğaltılmış nüshalarında kullandığı, iktibas ettiği, derç ettiği eserlerin adlarına ve onların sahiplerinin isimlerine yer vermek zorundadır. Çünkü derleme hangi maksatla yapılmış olursa olsun, derlenen eser sahiplerinin adlarının mutlak surette bu türden eserlerde mutad olduğu gibi zikredilmesi gerekir (FSEK 34/4).

Derleme eserlerde adın zikredilmesi, iktibas olunan eserin baş kısmında eserin ve eser sahibinin adının yazılması şeklinde olabildiği gibi, baş kısmında eserin adına ve sonunda da eser sahibinin adına yer verilmesi biçiminde de olabilmektedir. Derlemenin muhteviyatında kullanılan eser başlı başına bir eser niteliği taşıyorsa, örneğin bir yazarın birkaç tane öykü barındıran hikâye kitabından alınan bir öykü ise veya bilimsel eserden bir ansiklopediye alınan bir bölüm ise, alınan eserler veya eser parçalarıyla birlikte bunların yer aldığı asıl kaynağının da zikredilmesi uygun olur. Kullanılan eserlerin adlarının sahiplerinin adıyla birlikte zikredilmemiş olması, adın belirtilmesi hakkına tecavüz oluşturacağı cihetle, eser sahiplerinin böyle bir derlemeyi yapıp umuma arzedenlere karşı tecavüzün ref'i talebinde bulunmaları mümkündür. Bu maksatla tatbik olunacak ref yöntemleri, FSEK'in 67/2. maddesi hükümleri çerçevesinde hâkim tarafından belirtilir.

d. Genel İktibas Serbestisinde Kaynak Gösterme

Bir eserin muhteviasından başka bir eserin muhteviasına yapılan aktarıma iktibas denilir. Bir eserden başka bir esere yapılan aktarım günümüzde

“alıntı” olarak da nitelendirilir. İktibas veya alıntı bir eserin muhteviyatında yer alan metin, yazı, fotoğraf, resim, çizim, şekil veya görüntü gibi ifade biçimlerinin herhangi bir değişiklik yapmadan aynen veya aslının ihtiva ettiği manayı değiştirmeksizin iktibas yapan kimsenin kendi söz ve ifadeleriyle kendisine ait esere aktararak kullanmasıdır. Başkasına ait bir eserin tamamı veya bir kısmının diğer bir kimseye ait eserde aynen veya değiştirilerek de olsa yeniden kullanılması mahiyetinde olduğu için iktibas eylemi, duruma göre alıntı yapılan eser sahibinin işleme, çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarının ihlaline yol açar. Bu, aynı zamanda eserin başka bir eserin muhteviasında kamuya sunulmasını intaç ettiği için manevi hak olarak tanınmış olan umuma arz yetkisini de ihlal manasına gelir. Keza duruma göre eser sahibinin eserde değişiklik yapılmaması yönündeki manevi menfaatinin de ihlalinden söz edilebilir. Bütün bunlar eser sahibinin iktibas yoluyla hem mali hem de manevi haklarının tecavüze uğramasının mümkün olduğunu göstermektedir.

Ancak hukuk düzeni, herhangi bir eserin daha evvel kamuya arz olunan diğer eserlerden bağımsız olarak meydana getirilmesinin düşünülemezceği, her bir mahsulün aslında insanlığın asırlar içinde meydana gelen birikiminden yararlanılarak vücuda getirilmiş olduğu gerçeğinden hareketle, iktibas belirli sınırlar dâhilinde ve kayıtlar altında serbest bırakmıştır.⁵⁵

FSEK'in 34. maddesi, eğitim-öğretim gayesiyle meydana getirilen derleme eserlerle ilgili iktibas serbestisi ve bunun tabi olduğu sınırları düzenlemiştir. Genel iktibas serbestisi ise 35. maddede tanzim olunmuştur. Genel iktibas serbestisinden maksat, eserin meydana getiriliş gayesi önem arzetmeksizin herhangi bir maksatla meydana getirilen eserlerde kullanılacak eserin sahibi veya hak sahibinden izin alınmasına gerek kalmadan iktibas yapılabilmesidir. Eser ilmi veya edebi bir maksatla meydana getirilebilir. Eserin konusu bilim, sanat, tarih, hukuk, iktisat, ilahiyat, edebiyat, siyaset olabilir. Hangi konuyla ilgili olursa olsun ve eğitim dışında hangi maksatla kullanılacak olursa olsun bu türden eserlere iktibas konusunda 35. madde hükümleri dikkate alınır.

⁵⁵ Bu şartlar hususunda ayrıntı için bkz. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlar, s. 300-317.

Maddenin konumuzla ilgili son fıkrasında; iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının lazım geldiği belirtildikten sonra; “ilim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir” denilerek, iktibasın şeklen nasıl olması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre iktibasta kullanılan eserin adı, eser sahibinin adı ve alıntı yapılan parçanın yer aldığı sayfa numarasının gösterilmesi gerekir. Kaynak gösterme ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalarda da değinildiği gibi bu konuda farklı usul ve yöntemler uygulanabilir. Kanun özel bir model getirmediği için burada eser sahibiyile eserin adı ve alınan kısımların alındığı yerin belli olmasını sağlayacak herhangi bir yöntemle göre kaynak gösterilmesi mümkündür.

Ancak hükümdeki “ilim eserleri” tabirini dar anlamda yalnızca bilimsel eserler olarak anlamamak gerekir. Kavram geniş manada değerlendirilip, ifade aracı olarak yazının kullanıldığı bütün eserler bu kapsamda mütalaa edilmelidir. O nedenle yazıyla ifade edilen edebiyat eserlerine de aynı iktibas kuralı uygulanır. Mesela bir roman veya hikâyede, başka bir eserden iktibas edilen parçalar varsa, kullanılan eserin ve eser sahibinin de mütad olduğu biçimde ve kullanılan eserin sahibiyile birlikte iktibas edilen kısmın alındığı yerin de belirtilmesi gerekir.

İktibasın şekilde ilgili kuralına göre kaynak gösterilmezse, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı ihlal edilmiş olur (FSEK 15). Bu yükümlülük gerektiği gibi yerine getirildiği takdirde iktibasın esasa ilişkin şartlarına uyulmaması, mesela maksadını aşacak ölçüde alıntı yapılması halinde yalnızca mali hakların ihlal edilmiş olacağı ifade edilmektedir.⁵⁶ Bu durumda tecavüzün ref’i, FSEK 67 hükümlerine göre değil 68. madde hükümlerine göre yapılacaktır.

Bir eserin tamamı veya bir bölümü, pasajı veya özgün nitelik taşıyan birkaç cümlesinin dahi kaynak gösterilmeksizin iktibas, adın belirtilmesi hakkına tecavüz oluşturur. Eserin tamamı, eserin hakiki sahibinin adı yerine başka bir kimsenin adıyla umuma arzedilmiş ise, kaynak gösterme yoluyla ihlalden ziyade adın belirtilmemesi veya başkasına ait adın belirtilmesi suretiyle ihlali düzenleyen 67/2 kapsamında bir tecavüz söz konusu olur. Bu durumda di-

ğer taraf eser sahipliği iddiasında bulunuyorsa, FSEK 15/3’e göre tespit davası açılması veya açılan bir ref davasında ön mesele olarak bu hususun aydınlatılması lazımdır. Eseri bu şekilde kullananın eser sahibi olmadığı kanıtlanırsa, eserin aslı ve dolaşımında bulunan nüshalarından onun adı kaldırılarak veya silinerek, eserin hakiki sahibinin adı yazılmak suretiyle tecavüzün ref’i sağlanır.

İktibasa konu eser bir bütün olarak değil de bir bölüm, parça, sayfa, pasaj, fıkra, cümle veya diğer eserlerde motif veya melodi gibi eserin kısmen iktibas söz konusu olmuşta hiç veya gerektiği gibi kaynak gösterilmemiş ise, bu eylem de hak ihlali teşkil eder. Ref davasında davalı taraf iktibas olunan bu parçaların davacıya ait olmadığını, kendisine veya başkasına ait olduğunu yahut alınan parçaların kaynak göstermeyi gerektirmeyen anonim veya genel bilgiler mahiyetinde olduğunu iddia edebilir.⁵⁷ Davalı bu türden iddialarını ispat edemezse, tecavüzün ref’ine karar verilerek duruma göre ihtiyaç duyulan yukarıdaki ref yöntemleri ile tecavüzün kaldırılması sağlanır. Buna mukabil davalının iddiasının haklı olduğu ortaya çıkarsa, davacının ref talebi husumet yokluğundan reddedilir.⁵⁸

e. Basın İktibas Serbestisinde Kaynak Gösterme

Kanun, eğitim-öğretim istinasında olduğu gibi basın iktibaslarında da özel iktibas kuralları öngörmüştür. Buna göre Basın Kanununun konuya ilişkin hükümleri mahfuz kalmak üzere yazılı basın veya radyo-televizyon kuruluşları tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir (FSEK 36/1).

Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo ve televizyon vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo ve televizyon vasıtasıyla veya diğer bir suretle

⁵⁶ Tekinalp, s. 308; Erel, s. 252; Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1976.

⁵⁷ Yarg. 11. HD, T: 14.05.2007 E: 2006/3485 K: 2007/7409, [Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/20].

⁵⁸ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1977.

yayılması caizdir. Ancak bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icabeder (FSEK 36/3).

FSEK'in "haber" kenar başlıklı 37. maddesinde fikir ve sanat eserlerinin bazı parçalarının haber mahiyetinde olmak üzere kullanılması serbestisi tanınmıştır. Buna göre haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılmaz.

Hem 37. maddede kaynak göstermeye ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, kaynak göstermeyle yoluyla tecavüzün ref'i düzenleyen 67. maddenin üçüncü fıkrasında da bu maddeye bir atıf yapılmamıştır. Ancak kanaatimizce fikir ve sanat eserlerinin bazı parçalarının haber amacıyla ve bilgilendirme sınırları dâhilinde kullanılması, kullanılan eser parçalarının ait olduğu eser sahibinin adının zikredilmesini isteme hakkına halel getirmez. Çünkü eser sahibinin FSEK 15'ten kaynaklanan hakkı mutlak ve kanunla açıkça menedilmediği takdirde, eserin kullanıldığı her yerde ve biçimde adın belirtilmesi gerekir. Örneğin bir haberi daha ilginç kılmak veya haber konusunda vatandaşların dikkatlerini çekmek amacıyla bir sinema filminden bir frangmanın veya bir şiirden alınan dörtlüğün kullanılması halinde eserin ve sahibinin adı mütad olduğu şekilde belirtilmelidir. Belirtilmemesi hak ihlali teşkil eder.

Gerek 36. maddedeki ve gerekse 37. maddedeki serbestiye istinaden basın yoluyla yapılan iktibaslarda, yararlanılan kaynakların adı kanunda belirtildiği şekilde gösterilmezse, adın belirtilmesi hakkına tecavüz edilmiş olur. Bu ihlalle muhatap eser veya hak sahipleri, gazete veya radyo-TV kuruluşuna karşı FSEK 67/3 hükümlerine göre tecavüzün ref'i talep edebilirler. Hâkim iktibasın konusuna göre uygun yöntemleri belirleyerek, tatbikine karar verir.

Buna göre mesela ihlalin konusunu haber oluşturuyorsa, haberin alındığı gazete, dergi veya ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısının belirtilmesine karar verir. İhlalin konusunu oluşturan unsur, makale gibi bir ilim ve edebiyat eseri veya fotoğraf gibi bir güzel sanat eseri ise bunların sahiplerinin adı, müstear adı veya alametinin zikredilmesini sağlayacak uygun tedbirlere karar verir.

f. Güzel Sanat Eserlerinin Teşhiri ve Kopyalarında Kaynak Gösterme

Güzel sanat ürünleri görme duyusuna hitabeden ve insanın estetik duygularını tatmine yarayan fikir ve sanat eserleridir. O nedenle bunlar, göstermek suretiyle insan idrakine sunulurlar. Bu yönleriyle sinema eserlerine benziyor olsalar da nitelik itibarıyla onlardan farklıdırlar. Ses ve hareket unsuru içermezler. O yüzden güzel sanat eserleri evlerin, ofislerin, müzelerin ve sanat galerilerinin duvarlarında, zeminlerinde, umumi yollarda, caddelerde ve meydanlarda gösterime sunulurlar. Eserlerin bu şekilde göz zevkine sunumuna teşhir denilir. Teşhir yerine sergileme tabiri de kullanılır.

Kanun güzel sanat eserlerinin teşhiri serbestisini 40. maddesinde tanzim etmiştir. Buna göre üzerlerine, sahibi tarafından sarahaten menedici bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir. Görüldüğü gibi eser sahibinin aksi yönde açıklanmış iradesi yoksa güzel sanat eserini teşhir yoluyla umuma arz etmek serbesttir.

Bundan başka umumi yollarda, caddelerde ve meydanlarda temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır. Eğer bir güzel sanat eseri açık artırma ile satılacaksa, bunlar da teşhir olunabilir. Umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırıma konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma caizdir.

Güzel sanat eseri sahibinin adının belirtilmesiyle ilgili olarak Kanununun 40. maddenin son fıkrasında, eserin yukarıda sözü edilen mahal ve tarzlarda teşhirleri sırasında veya sergi veya artırma yoluyla satışları sırasında bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltmaları ve yayılmalarında yerleşik uygulamalara atıfta bulunmuştur. Buna göre bu konudaki âdet ve uygulamalar eser sahibinin adının da teşhirde veya basılı dokümanlarda anılmasını gerektiriyorsa, buna göre davranılacak; aksine yerleşmiş âdet yoksa, eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilecektir. Uygulamada eser sahibinin adının zikri gerektiği halde bundan imtina edilmiş ise, örneğin bir heykelin kaidesinde heykeltıraşın adının belirtilmesi yönünde bir âdet varken bu yapılmamış ise, eser sahibi bir ref yöntemi olarak adının konulmasını talep edebilir.

Ancak mimarlık eseri niteliğindeki güzel sanat eserlerinde adın belirtilmesinde âdete göre değil eser sahibinin yazılı irade beyanına göre hareket edilir. Buna göre eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır (FSEK 15/4). Eser sahibinin yazılı talebine rağmen adının bu şekilde zikredilmemiş olması da tecavüz teşkil eder. Mimar aksi takdirde ref davası yoluyla adının konulmasını sağlayabilir.

E. ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASIYLA İLGİLİ TECAVÜZLERİN REF'İ

1. Genel Olarak

Eserde değişiklik yapılması, kısaltmalar, eklemeler ve başka değiştirmeler yapılmak suretiyle eserin bütünlüğünün bozulmasıdır. Eserde değişiklik yapılması, meydana getirenin esere yansıyan hususiyetine yönelik bir müdahaledir. Her eser, kendisini meydana getirenin edebi ve sanatsal kişiliğini ve üslubunu yansıtır. Eserde hususiyet denen şey budur. Bu itibarla birtakım değişimlerin meydana gelmesine yol açan müdahaleler eser sahibinin eserde tecesüm eden kişiliğine müdahale sonucunu doğurur. Kanunda eserde değişiklik yapılmasına izin verme ve yasaklama yetkisinin, eser sahibinin inhisarî nitelikte manevi hakkı kapsamında kabul edilmiş ol-

masının sebebi budur. Öyle ki, eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür (FSEK 16/3).

Eserde değişiklik yapılması eser ile sahibi arasındaki o görünmez bağı zedeleyici olduğu gibi, eser sahibinin eseriyle birlikte anılan adında değişiklik yapılması da aynı etkiye yol açar. Örneğin eser sahibinin eserinde kullanılmasını istediği isimde kısaltmalar veya ilaveler yapılması veya sair değişikliklerin yapılması söz konusu olabilir. Bu gibi fiiller eser ile sahibi arasındaki aidiyet bağı bütünüyle kesebileceği gibi zayıflamasına da yol açabilir. O yüzden 16. maddede eser sahibinin adında değişiklik yapılması da eserde değişiklik yapma hakkı kapsamında düzenlenmiştir. Aslında eser sahibinin adında değişiklik yapılması, eser sahibinin adının belirtilmesini isteme hakkının düzenlendiği 15. madde muhtevasına girer. Ancak kanun koyucu eser ile eser sahibini birbiriyle özdeş gördüğü için, eser sahibinin adında değişiklik yapılmasını 15. madde yerine 16. maddede düzenlemeyi tercih etmiştir. Mezkûr madde hükmünde yer verilmemiş olsaydı dahi eser sahibinin adında değişiklik yapılması şeklindeki fiiller 15. madde kapsamında da değerlendirilebilirdi.

Madde 16/1'de eserde ve eser sahibinin adında değişiklikten söz edilmiş olmasına rağmen eser adında değişiklikten bahis yoktur. Eserde değişiklik yapılmaksızın sadece adında değişiklik yapılması da bazı hallerde manevi hak ihlali teşkil edebilir. Özellikle eserle bütünleşmiş sıra dışı eser adları eser gibi hukuki himayeye mazhurdur. Öyle eser adları vardır ki, onu meydana getirenin adından çok daha topluma mal olmuştur. Bu gibi durumlarda eser adlarının da eser sahibinin ve eserin korunması gibi korunması gerekir.⁵⁹ Dolayısıyla bir eserin adında eser sahibinin izni olmadan yapılan değişiklikler de eser sahibinin FSEK 16'dan kaynaklanan manevi hakkının ihlaline yol açar.

Eserde veya eser sahibinin adında değişiklik yapılması eser sahibinin izini bağlı olsa da bazen eserin

⁵⁹ Eser adları ve alametlerinin hukuki himayesiyle ilgili bkz. Ateş, Mustafa (2007) Fikri Hukukta Eser, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 405-418.

umuma arzı, çoğaltılması, yayımı, temsili veya umuma iletimi gibi eserden istifade yoluna gidildiğinde, ister istemez eserde bazı değişikliklerin yapılması gerekebilir. Bu gibi hallerde eğer eserden istifadeye mahsus fiiller eser sahibinin iradesine dayanıyorsa, eser sahibinin özel bir iznine gerek kalmadan gereken değişikliğin yapılması mümkündür. Nitekim kanunda "Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir." denilmektedir (FSEK 16/2).

Eser sahibinin değişiklik yapma yetkisi, belirtilen istisnai haller dışında eserde yapılan değişiklikleri men yetkisini de içerir. Onun izni olmadan yapılan değişiklikler, hak ihlali teşkil ettiği için, FSEK 66 ve 67 hükümlerine göre açılacak bir dava ile ref olunabilir. Kanunun 67/4. maddesinde eserde değişiklik yapılması şeklindeki tecavüzün ref'ine dair özel hükümlere yer verilmiş olup; değişiklik şeklindeki tecavüzlerin ref'i, değiştirilen eserin güzel sanat eseri olup olmamasına göre ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Buna göre güzel sanat eserlerinde eser sahibi; asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa eser sahibi eseri eski hâle getirebilir. İlim ve edebiyat, musiki ve sinema eserleri gibi diğer eserlerde izinsiz değişiklikler yapılmış olması halinde eser sahibi, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının yayım ve temsiline, radyo ile yayımının menedilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Değişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir.

Konuyu, kanunda yapılan ayrıma uygun olarak güzel sanat eserleri bakımından ve diğer eserler bakımından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

2. Güzel Sanat Eserlerinde Değişiklik Yapılması Şeklindeki Tecavüzün Ref'i

Güzel sanat eserleri hem de diğer eserlerde yapılmış tecavüz niteliğindeki değişikliklerin ref'i hususunda eser sahibine FSEK 67/4(2) hükmüyle; (i) değişikliğin eser sahibi tarafından yapılmadığının açıklanması, (ii) hukuka aykırı olarak değiştirilmiş olan eserden eser sahibinin adının kaldırılması veya adında yapılan tahrifatın düzeltilmesi, (iii) eserin eski hâle getirilmesini talep edebilme imkânı sağlanmıştır.

a. Değişikliğin Eser Sahibi Tarafından Yapılmadığının Açıklanmasını Talep

Bir eserde izinsiz yapılan değişikliğin ortadan kaldırılması için en etkili ref yöntemi, değişiklik öncesi halin geri getirilmesini sağlamaktır. Bu ise eserde yapılan değişikliği ve izlerini yok ederek, onu hiçbir değişiklik olmamış gibi kılmaktır. Ancak güzel sanat eserlerinde yapılan değişikliklerin diğer eserlerde olduğu gibi düzeltmeler yaparak ortadan kaldırılması, bu suretle eserin sanki hiçbir değişiklik yapılmamış gibi orijinal haline iadesi bazen mümkün olmayabilir. Bu ise eser ile sahibi arasında mevcut iken üçüncü kişinin haksız müdahalesiyle kesilen irtibatın hiç kurulamamış olması anlamına gelir.

Kanun, bu gibi hallerde eserde yapılan değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığının belirtilmesini istemeyi eser sahibine bir seçenek olarak sunmuştur. Bu açıklamanın nasıl yapılacağı somut olayın özelliğine ve eserin mahiyetine göre hâkim tarafından belirlenir. Bu tür bir ref yöntemi, genellikle eserin bütününde değil de bir kısmında değişiklik yapılan hallerde uygulanır.⁶⁰ Eserin bütünlüğü itibarıyla eser sahibinin hususiyetini yansıttığı bir durumda, kısmen yapılan değişikliğin düzeltilmesi kabil değilse eser sahibi, bu kısmın kendi eli ürünü olmadığını açıklanmasını isteyebilir. Bunun için yapılan açıklamayı içeren bir etiket veya levhanın eserin değiştirilen kısmının altına veya üzerine yapıştırılması mümkündür.

b. Eser Sahibinin Adının Değiştirilen Eserden Kaldırılması veya Değiştirilmesini Talep

Eserde yapılan tadilat veya tahrifat, esere yansıyan eser sahibinin hususiyetini yok edecek seviyeye ulaşmış ise, artık bu eser ile onu meydana getiren

⁶⁰ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1982.

kimse arasındaki irtibat bütünüyle kopmuştur. Bu irtibatın tamiri de mümkün değilse, eser sahibinin böyle bir eserle birlikte adının anılmasında hukuki yararı kalmamış demektir. Eser artık yapılan müdahale neticesinde başkasına ait bir eser hüviyetini kazandığı için, asıl eserin sahibi böyle bir mahsul ile adının anılmasını arzu etmediği takdirde, eser sahibi olarak adının silinmesini, kazınmasını, üzerinin boyanmasını, kapatılmasını, ismin yazılı olduğu etiketin veya plakanın sökülmesini talep edebilir.

Eser sahibinin adında değişiklik yapılarak esere konulmuş olması halinde, güzel sanat eserinde zikrolunan adındaki bu değişikliğin düzeltilmesini de isteyebilir. Değişiklik, isimde kısaltma şeklinde olabileceği eklemeye veya çıkarma şeklinde de yapılmış olabilir. Mesela adının açıkça yazılmasını istemesine rağmen baş harfleri yazılarak gösterilmiş ise veya tersi durum söz konusu ise, müstearını kullanmak istemesine rağmen asıl adı yazılmış ise veya adını temsilen bir rumuz kullanmak istemesine rağmen müstear veya açık adı kullanılmış ise, eser sahibi kendi arzusuna uymayan adın değiştirilmesini talep edebilir. Aslında burada güzel sanat eseri sahibinin adının kullanım biçimiyle ilgili bir sorun vardır. Eser sahibi adın değiştirilmesini talep ederek bu sorunun çözümünü sağlamayı amaçlamaktadır.

c. Eserin Eski Hâle Getirilmesini Talep

Eser sahibi, eserin eski hâle döndürülmesi mümkün ise eserinde izinsiz yapılan değişikliklerin yok edilerek eserin eski haline iadesini talep edebilir. Bu husus güzel sanat eserleri bakımından özel olarak düzenlenmiş (FSEK 67/4(2)) olup, bu ref yöntemi mimarlık eserleri de dâhil olmak üzere, bütün güzel sanat eserleri bakımından uygulanabilir.⁶¹ Eserin eski hâle getirilmesi için yapılacak giderlere davalı katlanır.

Ancak eski hâle getirme, eserin somutlaştığı fiziki varlığa müdahaleyi gerektiren bir ref yöntemidir. Eserin fiziki mülkiyeti üzerinde bir üçüncü kişinin hak sahibi olduğu hallerde eski hâle getirme, eser malikinin TMK'dan kaynaklanan mülkiyet hakkına müdahale sonucunu doğurur. Bu gibi hallerde eser sahibinin fikri mülkiyet hukukundan doğan hakları ile eser üzerinde aynı hakka sahip malikin hakları çatışabilir. O nedenle eser sahibinin menfaatleriyle

malik menfaatleri arasında bir uzlaşma sağlanmasına ihtiyaç vardır. Nitekim kanun koyucu da bu mülahazadan hareketle, eski halin iadesinde üçüncü taraf olan malikin menfaatleri ve kamu yararının eski hâle getirmeye mani teşkil etmemesi olgusunu da, bu türden ref yöntemlerinde esasa dair bir şart olarak kabul etmiştir. Şu hâlde eski hâle getirmenin iki şartın ilki, bunun yapılabilir olmasıdır. İkincisi ise eserin eski hâle getirilmesi şeklindeki değişikliğin kamunun veya malikin menfaatlerine esaslı şekilde zarar vermemesidir.

Birinci şart, eski hâle getirmenin yapılabilir olması lazımdır. Eski hâle getirme, yapılan değişikliklerin izlerini silecek şekilde eserin değişiklik yapılmışından öncesine dönüştürülmesi yani orijinal haline getirilmesidir. Bunun mümkün olduğu haller olduğu gibi eski hâle getirmenin imkân dışı olduğu durumlar da olabilir. Örneğin yağlıboya yapılmış bıyiksız bir erkek portresinde bıyık ilavesi şeklinde yapılan bir değişikliğin yağlıboya kullanılarak yok edilmesi ve resmin eski haline getirilmesi mümkün olabilir. Kolu kırılarak zarar verilen bir heykele aynı malzemeden bir kol yapılarak eski hâle getirilmesi mümkün olabilir. Keza bir heykele, mimarlık eseri niteliğindeki yapılarda yahut üç boyutlu başka diğer güzel sanat eserine sonradan ilâve edilen parçalar sökülerek, çıkarılarak, kazınarak, kaldırılarak eski hâle getirmek de mümkün olabilir. Bir güzel sanat eserine fiziken ilave dilmemiş olmakla birlikte bulunduğu ortam ile bir bütünlük oluşturacak şekilde konulan eserlerin yakınına bütünlüğü bozacak şekilde yapılmış ilaveler de kaldırılmak suretiyle eski hâle getirme imkânı vardır.⁶² Ancak eski hâle getirmeden söz edilebilmesi için, bu amaçla yapılan müdahalenin eserde değişiklik yapıldığının anlaşılacak nitelikte olması lazımdır. Yapılacak tadilatın işin uzmanı olmayan kişiler tarafından anlaşılacak nitelikte olması halinde eski hâle getirmeden söz edilebilir. Aksi halde eserin eski hâle getirildiğinden söz edilemez.

⁶² Nitekim bir kararında Yargıtay, mimarlık eseri niteliğinde hazırlanıp tatbik olunan mezarlık projesinde ana nizamiye kapısının önüne sonradan konulan çelikten heykelin, davacıya ait mimari yapı niteliğinde olan eserin mahiyet ve hususiyetini bozduğu tespitinde bulunarak, heykelin kaldırılması gerektiğine karar vermiştir. Yarg. 11. HD, T: 31.05.2010 E: 2006/14066 K: 2010/6112, [Merdivan (Yavuz & Alica & Merdivan), C. I, K.No. 16/30].

⁶¹ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1983.

Eserin eski hâle getirilebilir olmayacak şekilde değiştirilmiş olması durumundaysa eski hâle getirme şeklinde bir ref istenmesinin pratik bir yararı olmaz. O nedenle hâkim uygulanabilir olmayan bir karar vermiş olmamak için, teknik olarak eserin eski hâle iadesinin mümkün olup olmadığını araştırmalı, gerekiyorsa bunun için bilirkişi yardımına başvurmalıdır. Eski hâle getirmenin mümkün olduğu yönünde bir karar verilecekse, bunun nasıl yapılacağına da kararda açıklanması gerekir. Nitekim Yargıtay, eski hâle getirmenin ne şekilde yapılacağını ayrıntılı olarak açıklanmaksızın soyut olarak eski getirilmesi şeklinde karar verilmesini bozma sebebi saymaktadır.⁶³

Kanunun güzel sanat eserlerinin eski hâle getirilmesi şeklindeki ref yöntemi için aradığı için ikinci şart, eski hâle getirmek amacıyla yapılacak değişikliğin esaslı bir zarara yol açmayacak olmasıdır. Buna göre eski hâle iade için yapılacak çalışmanın, eski hâle iade ile elde edilecek yarar ile umumi yarar veya eserin malikinin menfaati bakımından sebep olacağı zarar arasında orantı olmalıdır. Elde edilecek zarara nazaran uğranması muhtemel zarar çok daha büyük ise, elde edilecek yarar ile bunun ortaya çıkaracağı zarar arasında kıyası kabil olmayan bir fark varsa, zararın esaslı olduğu söylenebilir. Bu takdirde eski hâle getirme istenemez. Kanun burada eser sahibinin fikri hukuktan doğan menfaati ile toplum veya eserin fiziki mülkiyetine sahip olan kişinin yararı arasında bir denge kurmayı amaçlamıştır. Zararın niteliği konusunda bir ayırım yapılmamıştır. O nedenle esaslı surette zarar görecektir menfaat manevi veya mali nitelik arzedebilir. Önemli olan hacim olarak esaslı nitelikte bir zarar olmasıdır. Örneğin bir eserde eser sahibinin rızası dışında yapılan değişiklik için büyük bir yatırım yapılmış ise, yapılan bu değişikliğin kaldırılması ve eserin eski hâle getirilmesi, bu yatırımın tamamen veya önemli bir kısmının yok olması, boşa yapılmış bir yatırım konumuna düşürmesi halinde zararın esaslı olduğundan söz edilebilir. Eski hâle getirmek için yapılacak yatırımın da esaslı mahiyette olması halinde de doğacak zararın esaslı zarar olarak değerlendirilmesi mümkündür.⁶⁴

⁶³ Yarg. 11. HD, T: 29.03.2001 E: 2001/43, K: 2001/2548, [Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/23].

⁶⁴ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1984-1985.

Eserde değişikliğin geri alınması için yapılan çalışmanın esaslı zarara sebebiyet verecek olması tespit eden hâkim bu yöndeki talebi reddedecektir. Onun yerine değişikliğin eser sahibince yapılmadığının açıklanması veya eser sahibinin adının eserden kaldırılması şeklindeki ref yöntemlerine karar verebilir. Ancak ilaveten belirtilmelidir ki, eserde yapılan değişiklik eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemekte veya eserin hususiyet ve mahiyetini bozmakta ise, eski hâle getirmenin esaslı zarara yol açacağı gerekçesiyle, eser sahibinin bu sonuca katlanmasını istemek mümkün değildir. Zira Kanununun 16. maddesinde, eser sahibinin bu değişiklikleri taahhüt etmiş olsa bile bundan sarfınazar edebileceği hükmüne bağlanmıştır (FSEK 16/3).

Eserde değişikliğin kim tarafından yapılabileceğine ilişkin olarak kanunda "eser sahibi" ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucunun bu hususta eser sahibine öncelik vermesi isabetlidir. Zira eseri eski hâle getirebilecek durumda olan en uygun kişi, onu ilk ve önceki haliyle vücuda getirmiş olan kimsedir. Ancak bazen bu mümkün olmayabilir yahut eser sahibi bu işi bizzat yapmak istemeyebilir. Bu gibi hallerde, bu işi yapabilme maharet ve kapasitesine sahip bir kimsenin mahkemece belirlenmesi gerekir. Bu konuda eser sahibinin iradesine göre hareket etmek ve onun tavsiyesi doğrultusunda uygun kişiyi görevlendirmek mahkemenin işidir.⁶⁵

3. Diğer Eserlerde Değişiklik Şeklindeki Tecavüzün Ref'i

İlim ve edebiyat, musiki ve sinema eserleri gibi güzel sanat ürünleri dışındaki eserlerde değişiklik yapılması suretiyle vukubulan tecavüzlerin ref'i madde 67'nin dördüncü fıkrasının birinci bendinde, eserin değiştirilmiş haliyle umuma arzını engellemeye yönelik tedbirlere yer verilmiştir. Buna göre ilim ve edebiyat, musiki ve sinema eserleri gibi güzel sanat eseri vasfında olmayan bir eserde izinsiz değişiklik yapılmış ise eser sahibi, öncelikle eserin değişiklik içeren halinin çoğaltılmasını, yayım ve temsilini, radyo ve televizyon ile yayınının menedilmesini isteyebilir. Bunun yanı sıra tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. De-

⁶⁵ Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1985-1986.

ğişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayını sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlanmış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir

Aslında Kanunun güzel sanat eserleri dışında kalan eserlerde değişiklik yapılması şeklindeki tecavüzün ref'iyle ilgili hükümde, ref ve men taleplerini birlikte düzenlediği görülmektedir. Eser sahibinden izinsiz değişiklik yapılan eser nüshalarının çoğaltılmasının, yayımının, temsilinin ve umuma iletiminin engellenmesine matuf talepleri esas itibarıyla tecavüzün ref'inden ziyade tecavüzün men'i niteliğindedir.⁶⁶ Zira eserde değişiklik yapılması ile ilgili iş ve işlemlerin icrasıyla birlikte değişiklik hakkına tecavüz sona ermiştir. Eserin bu haliyle umuma arzını sağlayan çoğaltma, yayma, temsil veya umuma iletimine yönelik teşebbüsler, diğer haklar bakımından tecavüz tehlikesi oluşturur. Bu durumda esasen bitmiş ama tekrarlanma tehlikesi bulunan bir tecavüzün varlığından söz edilebilir. O nedenle eser sahibinin eserin değiştirilmiş haliyle umuma arzını engellemek için dava açması gerekir. Bu maksatla açılacak dava ise FSEK 69'da düzenlenen tecavüzün men'i davasıdır.

Eser sahibi, eserde değişiklik yapılmasından haberdar olduğunda, değişiklik yapılmış eserin çoğaltılması, yayımı, temsili veya umuma iletileceğine ilişkin herhangi bir bilgi sahibi olmasa bile ref davasıyla birlikte men talebinde bulunabilir. Değişiklik yapılmış eserin herhangi bir yöntemle umuma arzı tehlikesi vardır. Bu tehlikeyi önlemek için hâkimden değiştirilmiş eserin çoğaltılmasının, yayımının, temsilinin ve umuma iletiminin yasaklanmasına karar verilmesi talep edilebilir. Ref talepli bir davada men taleplerinin dermeyanı da mümkündür. Bu suretle sadece eserde değişiklik yapılması ve umuma arz şeklindeki manevi haklara saldırılar değil, aynı zamanda mali haklara yönelmiş tecavüz tehlikesinin bertaraf edilmesi mümkün olur.

Ancak değiştirilmiş eserin o haliyle çoğaltılması engellenememiş ise henüz dağıtıma sunulmamış nüshalara el konulması, yayımlanmış yani dağıtıma sunulmuş ise piyasadaki nüshaların toplatılması, el

konulan veya toplatılan nüshalardaki değişikliklerin eski hâle getirilmesi mümkün ise bunun için gereklerin yapılması gibi ref yöntemlerine başvurulabilir. Örneğin eserin adı veya eser sahibinin değiştirilen adı eski hâle getirilip yeniden dağıtıma sunulabilir. Eserin muhtevasında yapılan değişiklikler, içerikten çıkarılması mümkün ise ilgili kısımların bulunduğu sayfalar eski hâle getirme suretiyle tadil edilir. Bu gibi yöntemlerle eski halin iadesi mümkün değilse, eserin bütünüyle orijinal haliyle çoğaltılmış nüshalarının yayım ve dağıtıma sunulması istenebilir.

Dolaşımda bulunan nüshalarda değişiklik yapılan eserin umumi mahallerde temsili veya radyo televizyon marifetiyle yayını engellenememiş ise, artık geri alarak veya toplatılarak eserin eski haline iadesi gibi ref yöntemleri uygulanamaz. Kanun bu gibi durumlar için bir ref yöntemi olarak ilân yoluyla düzeltme şeklinde bir ref yöntemi öngörmüştür. Buna göre eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayını sırasında değişiklik yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlanmış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir. Ancak hükümde sözü edilen “değişikliğin ilân yoluyla düzeltilmesi” deyimiyne neyin kastedildiği yoruma açıktır. Öğretide bazılarınca bu ifadenin, eserin düzeltilmiş nüshasının tekrar yayınlanması anlamına gelmeyeceği, bunun eserde değişiklik yapılmış olduğunun kamuya duyurulması anlamında yorumlanması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁷

Diğer görüşe göre ise, eserdeki değişikliğin eski hâle getirilmek suretiyle düzeltilmesinin ilân yoluyla duyurulmasının manevi menfaatleri tatmine yeterli olmayabileceği, o nedenle eserin orijinal haliyle anlaşılabilmesini temin için tamamının tekrarının gerekebileceği ileri sürülmektedir.⁶⁸ Buna göre değişikliğin etkilerinin giderilmesi, ancak eserin orijinal haliyle tekrar yayınlanmasını gerekli kılıyorsa, buna da hükmedilmesi gerektiği; zira madde 67/4(2) hükmünün 78. maddede olduğu gibi “hükmün ilânından” değil, “değişikliğin ilân yoluyla düzeltilmesinden” söz edildiği; bu suretle eseri tahrif edilmiş haliyle okuyan, dinleyen gören tanıyan kişiler nezdinde oluşan yanlış algının kısmen de olsa giderilmiş

⁶⁶ Arslanlı, s. 213; Ayiter, s. 257; Erel, s. 338; Alica (Yavuz & Alica & Merdivan), s. 1980.

⁶⁷ Arslanlı, s. 214.

⁶⁸ Ayiter, s. 257; Erel, s. 338.

olacağı ifade edilmektedir.⁶⁹ Böyle bir talep halinde davanın yalnızca eserde değişiklik yapan müteci-ze karşı değil, tahrif edilmiş eserin düzeltilmiş halini yayınlamak durumunda olan gazete dergi, radyo-televizyon kuruluşuna da yöneltilerek kendilerine savunma imkânı verilmesi gerekecektir.⁷⁰

Bir eserin tahrif edilmiş halinin umumi mahaller dışında temsili, gazetede, dergi ve radyo-televizyonlarda yayını şeklindeki ihlaller dışında internet ortamında paylaşılması halinde nasıl bir ref yöntemi talep edilebileceği 67. maddede belirtilmiş değildir. Ancak kanunda belirtilmemiş olması bir eksiklik teşkil etmez. Eserin değiştirilmiş halinin internet ortamından kaldırılarak, düzeltilmiş halinin tekrar konulması şeklinde bir ref yöntemi uygulanabileceği gibi, gazete, dergi, radyo-televizyon gibi basın ve yayın kuruluşları için yukarıda açıklanan ilân yoluyla ref yönteminin internet ortamında da uygulanması mümkündür. Burada tabiatıyla birinci derecede sorumluluğu bulunan içerik sağlayana talebin yöneltilmesi gerekecektir. Ona ulaşılamaması halinde, yer sağlayanın hukuka aykırı nüshayı içerikten çıkartarak yerine düzeltilmiş nüshanın koymasını talep etmek mümkündür.

V. BİRLİKTE İHLALİNDEN DOLAYI MALİ HAKLAR İÇİN İLERİ SÜRÜLEN MÜTAD BEDEL TALEBİNİN MANEVİ HAKLARA YÖNELİK TECAVÜZÜN REF'İ YÖNETMELERİNE ETKİSİ

Türü ve niteliği ne olursa olsun herhangi bir eser üzerindeki manevi haklardan birinin ihlali aynı zamanda mali hakların ihlaline de yol açabilir. Ya da mali haklara yönelik ihlaller aynı zamanda manevi hakların da ihlali sonucunu doğurabilir.

Mesela bir eserin değiştirilmiş haliyle çoğaltılması, çoğaltma hakkına; aslının veya çoğaltılmış nüshaların piyasaya sürülmesi, yayma hakkına; umumi mahallerde icrası, temsil hakkına; radyo-televizyon ve benzeri vasıtalarla yayınlanması ve internet ortamında paylaşılması umuma iletim hakkına tecavüz teşkil eder. Bunlar mahiyeti itibarıyla mali haklardır. Değiştirilmiş eserin mali hakların kullanımını niteliğindeki bu kabil eylemlerden biriyle ka-

muya sunumu, anılan mali haklardan başka sadece eserde değişiklik yapılmasına ilişkin manevi hakkın değil, aynı zamanda FSEK 14'ten kaynaklanan umuma arz hakkının da ihlali sonucunu doğurur.

Aynı şekilde bir eserin sahibinin adının belirtilmeksizin veya eser sahibinin arzusunun hilafına adı belirtilerek muhtelif şekillerde kamuya sunulması da, kamuya sunma biçimiyle ilgili mali hakkın yanı sıra adın belirtilmesi hakkının ihlali neticesini doğurur. Bu gibi hallerde eser sahibi FSEK 67'den hareketle manevi haklara tecavüzün ref'ini dava edebileceği gibi, ihlale maruz mali haklar için de 68. maddedeki ref yöntemlerine ve bilhassa "mütad bedelin üç katını talep", "farazi sözleşme bedeli" ve "telif tazminatı" gibi deyimlerle ifade edilen mali haklara tecavüzün ref'i yöntemine başvurulabilir.

Hak sahibinin ihlal edilen mali hakları için mütad bedel veya farazi sözleşme bedeli istemesi üzerine mahkemece buna hükmedilmesi halinde müteciavin elinde ve piyasada dolaşımda bulunan eser nüshaları artık yasal nüsha haline gelir. Çünkü eser sahibinin böyle bir talepte bulunmasıyla taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğu ve ödenen bedelin de bu sözleşmeye göre kararlaştırılmış bir lisans bedeli niteliğine dönüşeceği var sayılmaktadır. Artık yasal hâle gelen tecavüz mahsulü nüshaların, hak sahibince toplatılması veya imhası gibi ref yöntemlerine başvurulması imkânı ortadan kalkar.

Ancak bahse konu nüshalar eser sahibinin sadece mali haklarını değil, aynı zamanda manevi haklarını da ihlal ediyorsa, bu durumda manevi hakkın ref'i ile mali hakkın ref'i yöntemleri arasında bir çatışma ortaya çıkar. Zira bu iki hak eser adı verilen aynı nesne üzerinde tecavüz ettikleri ve birlikte var oldukları için mali haklara tecavüzün farazi sözleşme bedeli talebi yoluyla ref'ine rağmen eser, değiştirilmiş veya eser sahibinin adına tecavüz edilmiş haliyle piyasada veya müteciavin depolarında varlığını sürdürecektir.

Bu gibi hallerde hakların niteliğine göre farklılaşan ref taleplerinden birine üstünlük tanınmaz. Özellikle eser sahibinin adına yönelik tecavüzler ile eserde değişiklik yapılmasını men hakkına tecavüzler bakımından farazi bedel talebinin anılan haklara yönelik tecavüzlerin ref'ini gerektiren yöntemlerinden

⁶⁹ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1981.

⁷⁰ **Erel**, s. 338; **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1981.

bir kısmının birbirlerini dışlamayacak şekilde birlikte uygulanması mümkündür. Buna göre mali hakları ihlal edilen eser sahibi bundan dolayı FSEK 68'e göre sözleşme bedelinin üç katını talep etmiş ise, eser nüshaları yasal hâle gelir. Ancak bu nüshaların manevi haklara tecavüz teşkil eden unsurlarının tecavüz teşkil etmeyecek hâle getirilmesi, diğer bir deyimle yasal hâle gelen nüshaların "manevi hakka vaki tecavüzlerden arındırılmaları" gerekir. Örneğin eser sahibinin adına adın zikredilmemesi şeklinde tecavüz sözkonusu ise, eldeki nüshalar üzerine eser sahibinin adı konularak dağıtımına sunulacak, dağıtılmış nüshalar ise toplatılıp gerekli tashihler yapıldıktan sonra tekrar dağıtılacaktır. Değişikliğe izin verme hakkı ihlal edilmiş ise, eserin düzeltilmesi yoluna başvurulacak, eski hâle getirildikten sonra piyasaya sürülecektir.

Bazı hallerde eski hâle getirme imkânı bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda ihlale maruz manevi hakkın niteliğine ve tecavüzün mahiyetine göre göre en uygun ref yöntemi ne ise o yöntem uygulanmalıdır. Tabiatıyla, eser sahibinin manevi haklara tecavüzün ref'ini istemiş olması önemlidir. Yargıtay'ın muhtelif kararlarında da ifade edildiği üzere, eser sahibi yalnızca mali haklara tecavüz sebebiyle farazi sözleşme bedeli talep edip, manevi hakların ihlaline yönelik bir talepte bulunmamış ise, mesela isim hakkına tecavüzün düzeltilmesini istememiş ise eserin mevcut haliyle tedavülüne rıza göstermiş olduğu var sayılarak, geçmişte kalan mali ve manevi hak kullanımları için FSEK 67 hükümlerine göre bir talepte bulunamaz.⁷¹

Manevi hak niteliğinde olan eseri umuma arz salahiyetinin ihlali ile mali hakların ihlali aynı olayda gerçekleşmiş ise, eser sahibinin ref tazminatı talep etmesi halinde, umuma arza ilişkin ref yöntemlerinin uygulanması gibi durumlar ortaya çıkabilir. Zira umuma arz hakkının ihlali en etkili yöntem olan kamuya sunumun geri alınması ile farazi sözleşme bedeli talebiyle eser nüshalarının yasal hâle gelmesi ilkesi birbiriyle bağdaşmaz. Kamuya arzedilen nüshalar için bedel talep eden eser sahibi, artık o nüshaların mali haklarını

davalya bırakmış sayılır.⁷² Artık bu nüshaların umuma arzdan çekilmesi gibi çelişkili bir talepte bulunması doğru olmadığı gibi hukuki de değildir. Bununla beraber umuma arz biçimi itibarıyla eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek eser nüshalarının, ihlal teşkil eden unsurlardan arındırılarak davalya teslimi ve yeniden tedavüle konulması mümkündür.⁷³

VI. SONUÇ

FSEK, bir edebiyat ve sanat eserini meydana getiren kimseye, hukuken o eser üzerinde sahip olduğu manevi ve mali hakların korunması için eser sahibine 66 vd maddelerde çeşitli dava hakları tanınmıştır. Bunlar arasında tecavüzün ref'i davası, hakların himayesi konusunda çok önemli bir yere sahiptir. Makalenin konusu olan manevi haklara tecavüzün ref'i davası 66 ve 67. maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yukarıda da görüldüğü üzere bu davanın açılabilmesi için manevi hakka yönelik ihlalin başlamış ve devam ediyor olması gerekir. Henüz başlamamış tecavüzler için 69. maddeye göre men davasının, bitmiş tecavüzler için de 70. maddeye göre manevi tazminat davasının açılması gerekir.

FSEK, açılan bir davada mahkemece manevi hakka devam etmekte olan bir tecavüzün tespit edilmesi halinde, bu tecavüzü sona erdirmeye hususunda hakkın niteliği ve eserin türüne göre muhtelif ref yöntemlerine yer vermiştir. Buna göre henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arzedildiği takdirde, bu fiil eserin umuma arzı hakkına tecavüz teşkil eder (FSEK 14). Bu durumda tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olması halinde açılabilir. Aynı hüküm, esere, sahibinin arzusuna aykırı olarak adının konulduğu hallerde de caridir. Kanaatimizce yukarıda açıklanan gereklerle çoğaltılmış nüshaların umuma arzı dışındaki kamuya sunma hallerinde de manevi haklara tecavüzün ref'i davası açılabilir.

Eser sahibinin adın belirtilmesi şeklindeki manevi hakkına çeşitli şekillerde tecavüz edilebilir. Buna göre eser üzerinde sahibinin adı hiç konulmamış veya yanlış konulmuş yahut konulan ad ilti-

⁷¹ Yarg. 11. HD, T: 25.05.2010 E: 2008/10641 K: 2010/5880 ve bu kararın tashihi talebine ilişkin aynı Dairenin T: 24.11.201, E: 2010/11881 K: 2010/11996 sayılı kararı için bkz. **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, K.No. 67/17 ve 67/18.

⁷² **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1987.

⁷³ **Alica** (Yavuz & Alica & Merdivan), C. II, s. 1987.

basa meydan verecek mahiyette olup da eser sahibi 15'inci maddede zikredilen tespit davasından başka tecavüzün ref'ini talep etmişse, tecavüz eden gerek aslına, gerek tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalar üzerine eser sahibinin adını derç etmeye mecburdur. Kanun hükmünce masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, hükmün en fazla üç gazetede ilanı talep edilebilir.

Kanun ayrıca kaynak gösterme şeklindeki uygulamalarla manevi özellikle adın belirtilmesi hakkına tecavüz edilmiş olabileceğini dikkate alarak özel düzenlemeler sevk etmiştir. Buna göre Kanunun 32, 33, 34, 35, 36, 39 ve 40'inci maddelerde sayılan tahditler ve istisna hallerinde yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmiş veyahut hiç kaynak gösterilmemişse 67. maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

Eserde değişiklik yapılmasına izin verme ve men yetkisinin ihlali hallerinde güzel sanat eserleri ile diğer eserler bakımından tatbik olunacak ref yöntemleri ayrı ayrı gösterilmiştir. Buna göre 67. madde uyarınca eser haksız olarak değiştirilmiş ise hak sahibi şu taleplerde bulunabilir:

Güzel sanat eseri dışındaki eserlerde eser sahibi, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının yayım ve temsilinin, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının men edilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Değişiklik, eserin, gazete, dergi veya radyo ile yayımı sırasında yapılmışsa eser sahibi, masrafı tecavüz edene ait olmak üzere, eseri değiştirilmiş şekilde yayımlamış olan bütün gazete, dergi ve radyo idarelerinden değişikliğin ilân yolu ile düzeltilmesini talep edebilir.

Güzel sanat eserlerinde ise, eser sahibi asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa eser sahibi eseri eski hâle getirebilir.

Tecavüz manevi haklar yanında mali hakları da ihlal ediyorsa, eser sahibinin manevi hakların yanı sıra mali hak tecavüzlerinin ref'ini de dava etmesi mümkündür. Bu takdirde FSEK'in 68. maddesindeki

talepler gündeme gelir. Eser sahibi anılan maddeye kapsamında mütad bedel veya farazi sözleşme bedelinin üç katı tutarında ödeme talep ettiği takdirde, artık eserin toplatılmasını, imhasını veya mütecavizin elinde bulunan nüshaların kendisine verilmesini isteyemez. Zira gerek yargı ve gerekse öğreti bu durumda taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacağını var sayıp, hukuka aykırı nüshaların bu suretle yasal hâle geleceğini kabul etmektedir.

Ancak bu talep eser sahibinin manevi haklarını haleldar eden tecavüzleri meşru ve hukuka uygun hâle getirmez. Manevi haklara tecavüz ile mali haklara tecavüzün bir arada gerçekleştiği olaylarda, manevi hakta tecavüzün ref'i hukuka aykırı nüshaların davacıya verilmesi veya imhası alternatifi dışında ancak manevi hak ihlali teşkil uygulamaları düzeltici işlem şeklinde olabilecektir. Buna göre mesela eser sahibi üç kat bedel talebinde bulunduysa, adı belirtilmeden veya eserde değişiklik yapılarak piyasaya sürülen eserin nüshalarında gerekli düzeltmelerin yapılmasını, bu nüshaların manevi hak ihlallerin arındırılmasını isteme yetkisini kullanabilir. Bu yönde bir talebinin varlığı halinde, gerekli arındırma işlemi yapılmak zorundadır. Eser sahibi üç kat bedel talebinde bulunmuş olsa da, manevi hak ihlallerine katlanmak gibi bir yükümlülük altında değildir.

SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA

- Arslanlı**, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Ateş**, Mustafa (2020) Fikri Haklara İlişkin Hukuki İşlemler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Ateş**, Mustafa (2012) Fikri Hukukta Eser Sahipliği, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Ateş**, Mustafa (2007) Fikri Hukukta Eser, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, (Eser).
- Ateş**, Mustafa (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, (Kapsam ve Sınırlar).
- Ateş**, Mustafa (2021), 'Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Sorumluluğu' TFM, S: 2, C: 7, s. 247-263, (İşletme Sahibinin Sorumluluğu).
- Ateş**, Mustafa, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası': Ateş, Mustafa (Editör) (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 315-352, (Tespit Davası).
- Ateş**, Mustafa, 'Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayımlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunmaz mı?': Ateş, Mustafa (Editör) (2016) Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 199-234, (Kamuya Sunulma).
- Ayiter**, Nuşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, Ankara, S. Yayınevi.
- Demirbaş**, Ali (2015) Eser Sahibinin Mali Haklarına Tescil Halinde Hak Sahibine Sağlanan Koruma, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınevi.
- Erel**, Şafak N (2009) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Gökyayla**, Emre, '5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi': **Memiş**, Tekin (Editör) (2011) Fikri Mülkiyet Yıllığı 2010, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Hirsch**, Ernst (1943) Fikri Say II, 1. Baskı, İstanbul, İktisadi Yürüyüş Matbaası.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M (2019) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 5. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.
- Kılıçoğlu**, Ahmet (2004), 'Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları' TBB Dergisi, S: 54, s. 51-103, (Hukuksal Koruma).
- Öztaş**, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ünal**, Mehmet & **Toprak**, Metin & **Başpınar**, Veysel & **Ateş**, Mustafa (2022) İntihal ve Diğer Etik Dışı İhlaller-Araştırma ve Yayın Etiğine Aykırı Fiiller, 1. Baskı, Ankara, 4T Yayınları.
- Yarsuvat**, Duygun (1984) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi.
- Yavuz**, Levent & **Alıca**, Türkan & **Merdivan**, Fethi (2012) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. I ve C. II, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

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.*

ADİ KONKORDATODA FAİZE İLİŞKİN ÖZELLİKLİ DURUMLAR^(*)

SPECIAL CIRCUMSTANCES REGARDING INTEREST IN ORDINARY CONCORDATUM

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN^(**)

Öz

İİK m. 285'e göre, borçlarını vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflastan kurtulmak için konkordato talep edebilir. Konkordato, konusuna göre (tenzilat, vade veya karma konkordato gibi) veya yapılaş zamanı bakımından (iflas dışı/adi veya iflas için konkordato) çeşitli türlerde karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ise tenzilat ve/veya vade içeren adi konkordatodur.

Adi konkordato uygulamasında faiz bakımından birçok problemle karşılaşılmaktadır. Konkordato talep eden şirketten alacaklı olan ve alacakları rehinle teminat altına alınmamış bulunan kimselerin alacaklarına ne zamana kadar faiz işletileceği ya da alacak kayıtları yapılırken, faiz oranı hangi oran üzerinden yapılacağı ve komiserin bu faiz oranı üzerinde bir inceleme yetkisi olup olmayacağı gibi birçok probleme çözüm getirilmesi gerekmektedir. İşbu çalışmada uygulamada yaşanan bu gibi sorunlara çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alacak, Faiz, Geçici Mühlet, Kesin Mühlet, Konkordato.

Abstract

According to the Article 285 of Bankruptcy and Enforcement Law ("BEL"), any debtor, who is unable to discharge its mature debts or in danger of insolvency for the maturing debts, may request concordatum in order to be able to pay its debts or to avoid a possible bankruptcy by providing maturity or deduction. Concordatum has various kinds and may change according to its subject (such as deduction, maturity or concordatum) or the time it takes effect (such as concordatum for non-bankruptcy/ordinary concordatum or concordatum for bankruptcy). The most common kind of concordatum in practise is the concordatum which includes deduction and/or maturity.

In ordinary concordat practice, several problems are encountered regarding the interest. Many problems need to be resolved, such as how long the interest will be charged on the receivables of the person who is the creditor of the company requesting the concordat and whose receivables are not secured by pledge, or when the receivables are recorded, on which rate the interest rate is and whether the commissioner has the authority to examine this interest rate. In our study, the above-mentioned issues will be examined and solutions to these problems in practice will be presented.

Keywords

Concordatum, Credit, Definite Respite, Interest, Temporary Respite.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 22.09.2022 / Kabul Tarihi: 10.10.2022).

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (bfdogan@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3683-7171).

Atf/Citation: **Doğan**, Beşir Fatih (2022) "Adi Konkordatoda Faize İlişkin Özellikli Durumlar", TFM, C: 8, S: 2, s. 375-384.

I. GENEL OLARAK

Borçluya konkordato mühleti verilmesi, borçlu ve alacaklılar bakımından çeşitli hukukî sonuçlar doğurur. Özellikle alacaklıların hakları belli ölçüde kısıtlanır. Örneğin “İİK m.294/1’e göre, *mühlet içinde borçlu aleyhine, İİK m.206’nın birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar dışında 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvele başlamış takipler durur. Aynı şekilde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları da uygulanmaz.*”

Alacaklıların haklarının kısıtlanmasının birçok sebebi vardır. Gerçekten konkordatoya başvuran kişi, Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen geçici mühlet süresince İİK m.288/1’de yer alan “*Geçici mühlet kesin mühletin etkilerini doğuracaktır.*” hükmü gereğince kural olarak bir icra takibi ile karşılaşmadığı için, faaliyetine daha rahat devam edecektir. Devamında borçlu lehine kesin mühlet kararının verilmesi halinde ise borçlu konkordato projesi üzerine yoğunlaşabilecek, alacaklılarla müzakere edebilecek ve muhtemel bir tasdik kararı için kendisini hazırlayabilecektir. Bir başka ifadeyle, borçlu mühlet esnasında “iyileşmeye” hazırlanabilecektir.¹

Ayrıca alacaklıların haklarının belli ölçüde kısıtlanması alacaklılar arasındaki eşitliği de korur.² Zira alacaklılar arasında eşitlik külli icrada söz konusu olan bir kavramdır. Bu kapsamda, eşitlik alacaklılar arasında paranın garameten paylaşılması şeklinde somutlaşır. Aynı zamanda tanınacak hak ve yetkiler bağlamında alacaklılara kural olarak eşit muamele edilmesini içerir.³ Zira külli icra sürecinde imtiyazlı ve öncelikli alacaklılar olacaktır.

İşte bu ve benzeri sebeplerle “*Kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*” başlıklı “İİK m.294” hükmü pozitif bir norm olarak kabul edilmiştir.

Çalışmamızın konusu “İİK m.294/3” hükmüdür. Buna göre, “*tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur.*” Hüküm, icra ve iflas hukukunu ilgilendirdiği kadar, “faiz” nedeniyle ticaret hukukçularının da ilgi alanına girmektedir. Ayrıca adi konkordato prosedürü içinde faize ilişkin birçok usul ve maddi hukuk meselesi ortaya çıkmakta; konkordato komiserinin veya mahkemenin bu hususlarda karar vermesi beklenmektedir.

II. FAİZİN DURMASI

“İcra ve İflas Kanunu m.294/3’e göre, *tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur.*”⁴ Bu düzenleme ile borçluya kendisini toparlama imkânı verilmek istenmiştir. Ayrıca faizlerin durması alacaklılar toplantısındaki nisapların tespiti bakımından da kolaylık sağlamaktadır. Zira konkordato komiserinin nisabı hesaplarırken, her bir alacak bakımından işleyebilecek faizleri nazara almaması muhtemel hesap hatalarının ve ihtilafların önüne geçmektedir.⁵

Kanunun açık lafzından da görüldüğü üzere, konkordato mühleti verilmesi ile faizin durması her alacak için geçerli değildir. Nitekim rehinle temin edilmiş alacaklarda faiz işlemeye devam etmektedir. Diğer taraftan faizlerin işlemeye devam edeceğine ilişkin olarak projeye hüküm de konulabilir. Ancak

¹ **Tunç Yücel**, Müjgan (2020) Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, s. 7; **Tiyek**, Fikret Sami (2021), “İflâs Dışı Konkordato Bağlamında Konkordato Mühleti Verilmesinin Alacaklılar, Sözleşmeler ve Borçlu Bakımından Doğurduğu Sonuçlar”, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi (PIAR), 8 (2), s. 601; **Kale**, Serdar (2018): “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1), s. 213; **Taşpınar Ayyavaz**, Sema (2005) İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 197; **Pekcanitez**, Hakan & **Atalay**, Oğuz & **Sungurtekin Özkan**, Meral & **Özekes**, Muhammet (2019), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 465.

² Aynı yönde görüş için bkz. **Tunç Yücel**; s. 2.

³ **Tunç Yücel**, s. 7 vd.; **Tiyek**, s. 601; **Eroğlu**, Orhan (2018), Uygulamada Konkordato, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 21.

⁴ Bu düzenleme İsviçre Hukukundan alınmış olup, Türkiye açısından bu hükmün yerindeliliğine ilişkin eleştirilen için bkz. **Sarısözen**, Serhat (2021) Konkordato, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 356; İsviçre Hukuku ile mukayeseli bir inceleme için bkz. **Kaplan**, İbrahim (2019) Yeni Türk Konkordato Hukuku (İsviçre İcra ve İflas Hukukunun Borçların Ertelenmesine Konkordatoya İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

⁵ Alacağa faiz işleyip işlemeyeceği hususu borçlu ve alacaklıların takdirine bırakılmıştır; **Akil**, Cenk (2019), ‘Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)’, TBB Dergisi, S: 141, s. 245. **Taşpınar**, Sema (2003), ‘Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişiklikler’, BATİDER, S: 2, s. 65; **Doğan**, Emsalgül (2020) Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 70.

hükümün lafzı her konunun aydınlatılması için yeterli değildir. bu sebeple hükümde geçen durumların ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır.

A. PROJEDE FAİZİN İŞLEYECEĞİNİN ÖNGÖRÜLMESİ

İcra ve İflas Kanunu m.286/1 uyarınca konkordato başvurusuna eklenmesi gereken belgelerden ilki “*konkordato ön projesi*”dir. Bu projede nelerin bulunması gerektiği “İİK m.286/1’de” ve “Yönetmelik m.6’da” düzenlenmiştir. Buna göre, “*konkordato ön projesinde; borçlunun borçlarını hangi oranda veya vadede ödeyeceği, bu kapsamda alacaklıların alacaklarından hangi oranda vazgeçmiş olacakları, ödemelerin yapılması için borçlunun mevcut mallarını satıp satmayacağı, borçlunun faaliyetine devam edebilmesi ve alacaklılara ödemelerini yapabilmesi için gerekli mali kaynağın hangi yöntemle temin edileceği belirtilir.*”

Ön proje, borçlunun rasyonel bir teklif sunup sunmadığını ve özellikle hakkında yapılan icra takiplerini başarısızlığa uğratma amacının olup olmadığını tespit edebilmek açısından önemlidir.⁶ Bir başka ifadeyle borçlunun dürüst davranıp davranmadığı ön projeden anlaşılabilir. Ayrıca ön proje konkordato süreci boyunca (geçici veya kesin mühlet boyunca) değiştirilebilir. Bir başka ifadeyle, ön proje statik bir metin değildir.⁷

Borçlu ön projede, alacaklara faiz işlemeye devam edeceğini öngörebilir. Bu durumda konkordato talep eden borçlunun borcunun kaynağına göre söz konusu alacağa uygun faiz işletilir. Meselâ kullanılan bir krediden kaynaklı borçta, kredi sözleşmesinde gösterilen faiz oranı üzerinden veya ticari bir işten kaynaklı borçta, taraflar arasında aksi kararlaştırılmamışsa TCMB kısa vadeli avanslar için öngörülen oran üzerinden faiz işlemeye devam eder.

Kaldı ki, projede faizin işlemeye devam edeceğinin gösterilmesi, kimi durumlarda “İİK m.305/1-b ile de yakından ilgilidir. Bu maddeye göre, *konkordatonun tasdik şartlarından biri de, teklif edilen tutarın borçlu-*

nun kaynakları ile orantılı olmasıdır.”⁸ Bu kapsamda borçlunun aktif ve pasif dengesi nazara alınmaktadır.⁹ Yargıtay bir kararında aktifi pasifinin üç katı olan bir borçlunun teklif ettiği konkordatonun reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰ Bu kararın çıkış noktası, borçlunun malvarlığında bulunan aktif kesimin pasif kesimi bu derece aştığı durumlardan, borçluya uzun süre faizden kurtulmasını sağlayacak biçimde vade konkordatosu yoluyla da olsa konkordato yapma imkânı verilmek istenmemesidir. Gerçekten de giderek artan enflasyona rağmen faizsiz ödenen borç nedeniyle alacaklıların zarara uğraması önlenmelidir.¹¹

Projede faizin işlemeye devam etmesi bakımından akla gelen soru şudur; *Borçlu, mühlet içinde alacaklılara farklı faiz oranları teklif edebilir mi? Bir başka ifadeyle alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden doğan ve taraflar aksini kararlaştırmadığı için mevzuat gereği uygulanması gereken faiz oranları, projede her bir alacaklı bakımından farklılaştırılabilir mi?*

Kanaatimizce borcun doğumu esnasında taraflar arasında faiz oranı belirlenmiş olsa da olmasa da, projede her bir alacaklı için faiz oranı belirlenmesi mümkün olmamalıdır. Gerçekten de bu şekilde bir imkânın bulunması hâlinde, borçlu alacaklılar toplantısında olumlu oy alabilmek adına oy oranını çoğaltabilmek için bazı alacaklılara yüksek miktarda faiz uygulayabilir. Böylece desteğini aldığı kimseler sayesinde projenin kabul edilmesini sağlayabilir. Kaldı ki, bu yaklaşım konkordatoya tabi alacaklar ve alacaklılar bakımından cari olan eşitlik prensibi karşısında müm-

⁶ **Akil**, Cenk (2020) Sorularla Konkordato Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 60-61; **Öztek**, Selçuk & **Budak**, Ali Cem & **Tunç Yücel**, Müjgan & **Kale**, Serdar & **Yeşilova**, Bilgehan (2019) Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 182 vd.

⁷ **Akil**, Konkordato Hukuku, s. 61; **Pekcanitez**, Hakan & **Erdönmez**, Güray (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 15; **Öztek** & **Budak** & **Tunç Yücel** & **Kale** & **Yeşilova**, s. 182 vd; **Sarısozen**, s. 122 vd.

⁸ Borçlunun konkordato kapsamında teklif ettiği miktarın, kaynaklarıyla orantılı olup olmadığı sorunu uygulamada, aktif ile pasif arasındaki denge esas alınarak çözülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Altay**, Sümer & **Eskiocak**, Ali (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 179; **Sarısozen**, s. 219; **Aydemir**, Efrail (2015) Konkordato Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Suretiyle Yapılandırılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 62; **Doğan**, s. 91; Aktif ve pasif uyumluluğu bakımından bir karar için bkz. Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T: 07.03.2019, E: 2018/593, K: 2019/204.

⁹ Mevcut ve yeni işlerden kaynaklanan alacaklar ve bu kapsamda elde edilmesi öngörülen faiz gelirleri de aktif kapsamında dikkate alınmalıdır. Bkz. **Doğan**, s. 97 vd.

¹⁰ Y. İİD, 02.01.1964 tarihli 1964/12958 E. sayılı karar; Karar numarasına ulaşamayan işbu karar için bkz. **Tuncay**, Salih & **Demirhan**, Orhan (1965) Yeni ve Değişik Hükümleriyle İcra ve İflas Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Güven Yayınevi, s. 220.

¹¹ **Doğan**, s. 95; **Altay** & **Eskiocak**, s. 79.

kün olmamalıdır. Zira alacaklılara farklı oranlarda faiz işletileceğinin öngörülmesi, alacaklıların sınıflara ayrılarak her bir sınıf için farklı bir ödeme oranı belirlenmesine sebep olur.¹² Yargıtay bir kararında “... konkordato teklif eden borçlunun dürüst olması tasdik şartlarındandır. Bazı alacaklıların dosyaya sunduğu sözleşmelere göre, davacı borçlunun bazı alacaklılardan olumlu oy almak için proje dışı sözleşmeler yaparak, bu alacaklılara faizli ödeme öngördüğü anlaşılmıştır. Tasdik edilen projede davacı borçlarını 18 ayda faizsiz olarak ödemeyi teklif etmiş olmasına rağmen projenin dışına çıkararak alacaklılar arasında adaletsizlik yaratacak şekilde sözleşme yapması, konkordatonun dürüstlük kuralına uygun düşmemektedir...” ifadelerine yer vererek, eşitlik prensibine vurgu yapmıştır.¹³

B. REHİNLE TEMİN EDİLMİŞ ALACAKLAR

Kanunda rehinle temin edilmiş alacaklar istisna tutulduğundan, rehinle temin edilmiş alacaklar bakımından kural olarak konkordato mühleti içinde faiz işlemeye devam eder. Zira rehinle teminat altına alınan alacaklar için faizin işlemeye devam etmesinin sebebi, aynı hakların mühlet kararından etkilenmemesidir. Bir başka ifadeyle mühlet kararının aynı haklar üzerinde değişiklik meydana getirme gücü bulunmamaktadır.¹⁴

Ancak bu noktada İİK m.308/h-3'ün göz ardı edilmemesi gerekir. Bu maddede, rehinli alacaklılarla müzakere şartları ve yapılandırma düzenlenmiştir. Hükümle, rehinli alacaklılar adi konkordatodan etkilenmeyeceği için, bunlarla haricen ve proje dışında farklı şartlarla müzakere yapılması imkânı getirilmiştir. Buna göre, adi konkordatoda borçlu, ön projede belirtmek suretiyle, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılması için rehinli alacaklılara görüşebilir.

“Borçlunun teklifi üzerine konkordato komiseri kesin mühlet içinde uygun göreceği bir zamanda bütün rehinli alacaklıları görüşme için davet eder (İİK m.308/h-2).” Bu görüşmede, ana para indirimi, faiz indirimi, vadelendirme veya diğer ödeme teklifleri görüşülür. Kanunun lafzından rehinli alacaklılarla sadece “faiz indirimi” konusunda görüşme yapılacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Bilakis borçlu, rehinli alacaklılara götüreceği ödeme teklifinde serbesttir. Bu kapsamda borçlu, faizlerin tamamen silinmesi veya faiz oranının düşürülmesini de talep edebilir. Zaten bu tekliflerin, rehinli alacaklıların belli çoğunluğu tarafından (bkz. İİK m.308/h-3) kabul edilmesi gerekir.

Rehinle temin edilmiş alacaklarda faizin işlemeye devam etmesi bakımından “rehinli alacak” kavramının da somutlaştırılması gerekir. Bu kapsamda İİK m.23 hükmü önemlidir. “İİK m.23/3'e göre, sadece “rehin” tabiri; ipotek ve taşınır rehni tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini ihtiva eder.” Buna göre, “İpotek tabiri, ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini;” “Taşınır rehni tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medenî Kanununun 940. maddesinde öngörülen rehinleri, ticarî işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri” ifade eder.

Doktrin ve uygulamada en çok tartışılan konu, konkordatoda bir alacaklının alacağına rehinli alacak olarak nitelendirilebilmesi için, rehin konusu malın mülkiyetinin konkordato borçlusuna ait olmasının gerekip gerekmediğidir.¹⁵ Bu tartışmanın sonucuna göre, söz konusu alacağa faiz işlemesinin mümkün olup olmadığına karar verilir. Konkordato uygulamasında gelinen aşamada, bizzat konkordato borçlusuna ait olan mal üzerinde rehin tesis edildi-

¹² Özbek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova, s. 185; Doktrinde, her ne kadar alacaklıların sınıflara ayrılması özel olarak düzenlenmemişse de, bunu engelleyen bir hükmün bulunmadığı, bu sebeple borçlunun projesinde konkordatoya tabi alacaklılarını sınıflara ayırarak her sınıfa ayrı ödeme şartlarının sunulabileceği savunulmuştur. Bu görüş için bkz. Atalay, Oğuz ‘Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler’: Özkes, Muhammet (Editör) (2018) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul, Oniki İlevha Yayınevi, s. 124 vd.

¹³ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T: 27.03.2017, E: 2015/8856, K: 2017/939 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴ Özbek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova, s. 346; Kale, s. 233.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Özbek, Selçuk, Legal Blog, Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehninin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/>, s.e.t., 21.10.2021; Atalay, Oğuz & Atalı, Murat & Erdoğan, Ersin, Lexpera, Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınip Alınmayacağı Meselesi, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacağı-meselesi/>, s.e.t., 21.10.2021.

ğinde, işbu alacaklı “rehinli alacaklı” olarak kabul edilmektedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında; “... eğer rehinli mal borçluya değil de bir üçüncü kişiye aitse bu alacak adi alacak sayılır ve konkordatoya tabidir... açıklanan nedenlerle üçüncü kişinin malvarlığına dahil malların rehniyle temin edilen alacakların adi alacak sayılarak bu çerçevede işleme tabi tutulmasında yasaya aykırı bir yön görülmemiştir...” ifadelerine yer verilmiştir. Hâl böyle olunca, bizzat konkordato borçlusuna ait olmayan mal üzerinde rehin tesis edildiğinde, konkordato bakımından söz konusu alacak “adi alacak” olarak kabul edilir ve buna faiz işlemesi durur.¹⁶ Yargıtay 15. HD dairesi bir kararında;

“... İİK 295.” maddesi “Mühlet sırasında rehinde temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez” şeklindedir.” “17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanunla değişik İİK 289. maddesi de aynı ifadeleri taşımaktadır. 28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun yürürlüğünden önce doktrin maddede belirlenen rehinli malın borçluya ait olması konusunda fikir birliği içindedir. (Gündoğan, Postacıoğlu, Üstündağ Kuru) Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 20.10.1993 tarih 6282/6805 karar sayılı ilamında da 3. kişi rehнинin konkordato nisabında adi alacak olarak gözönünde bulundurulmasına karar vermiştir.”

“Meseleyi konkordatonun amacı çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Konkordato dürüst bir borçlunun belli bir zaman kesiti içerisindeki bütün adi alacaklarını yetkili makamın onayı ve alacaklı çoğunluğunun kabulü ile tasfiyesinin sağlandığı bir icra biçimidir.”

“Bu amacın gerçekleştirilmesi yani konkordatonun başarıya ulaşması için borçlunun malvarlığının korunması gerekir. İİK.nın 295. maddesi de bu amaca hizmet eden bir hüküm içerir. Rehni 3. kişinin vermesi halinde bu rehnin paraya çevrilmesi konkordato talep eden borçlunun pasifine etki etmeyecektir. Bu haliyle 3. kişi tarafından verilen rehnin paraya çevrilmesini konkordato kapsamında engellenmesi kanun koyucunun amaçladığı bir sonuç olarak düşünülemez.”

¹⁶ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi, T: 03.06.2020, E: 2020/738, K: 2020/648.

“İİK 45. maddesi uyarınca alacaklı önce rehne müracaat etmelidir. Maddede rehnin 3. kişi tarafından verilmiş olması durumu ayrı tutulmamıştır. Bu nedenle alacaklının 3. Kişi tarafından verilen rehne öncelikle müracaat etmesi, konkordato talep eden borçlunun malını koruma altında tutacak olup bu husus konkordato kurumunun amacına uygun olacaktır.”

“Bu gerekçeler ışığında alacağı 3. kişi rehniyle temin edilen alacaklının alacağının adi alacak olarak nisaba dahil edilmesi ... gerekecektir” ifadelerine yer vererek, varılan sonucu desteklemiştir.¹⁷

Rehinle temin edilmiş alacaklar bakımından bir diğer önemli mesele ise, merhunun alacağın tamamını karşılamaması durumunda ortaya çıkar. Bu halde, rehinle teminat altına alınmamış olan kısım “adi alacak” olarak kabul edilmeli ve bu miktara faiz işlemesi durmalıdır. İİK m.298/1’e göre komiser tarafından borçlunun mallarının kıymet takdiri yapıldıktan sonra, rehinle temin edilmeyen kısım tespit edilmeli ve bu husus alacak kayıtlarında dikkate alınmalıdır. Zira uygulamada, rehinli alacaklıların, rehinle temin edilen kısmı aşan tutarlar içinde herhangi bir ayırım gözetmeksizin “tüm” alacak tutarı üzerinden faiz hesapladığı ve bu şekilde alacak kaydında bulunduğu görülmektedir. Komiser tarafından bu hususun dikkate alınması ve İİK m.300 uyarınca borçlunun yapılan alacak kayıtları hakkında beyanının alınması esnasında, bu durum hakkında borçlunun bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde borçlunun daha fazla faiz yükü ile karşılaşması söz konusu olur. Borçlu bu bilgilendirmeye rağmen, alacak kaydına itiraz etmese bile, durumun İİK m.302’ye göre düzenlenecek komiser raporunda mahkemenin bilgisine arz edilmesi yerinde olacaktır.

III. FAİZ BAKIMINDAN DİĞER HUSUSLAR

A. ADİ ALACAĞA FAİZİN NE ZAMANA KADAR İŞLEYECEĞİ

İcra ve İflas Kanunu m.288’e göre, geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur. Kanunda geçici mühletin kesin mühlete ait sonuçları doğuracağı belirtilirken, “niteliğine uygun düştüğü oranda” veya “kıyas yoluyla” gibi bir ifade kullanılmamıştır.¹⁸ Bu sebeple

¹⁷ Aynı yöndeki karar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T: 16.02.2021, E: 2021/1389, K: 2021/275 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸ Öztekin & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova, s. 261.

“kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarının düzenlendiği İİK m.294” ve bunun sonucu olarak adi alacaklar için faizin durması, geçici mühlet tarihi itibarıyla uygulama alanı bulmalıdır.¹⁹ Bir dönem konkordato uygulamasında, faizlerin kesin mühlete kadar işletilmesi gerektiği yönünde uygulamalar olsa da, İİK m.288 gereği artık geçici mühlet tarihi itibarıyla adi alacaklar için faiz işleminin duracağı kabul edilmektedir.

İİK m.294/3’te “tasdik edilen konkordato projesi” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, faizin konkordatonun tasdik edilmesi durumunda duracağı şeklinde anlamaya müsaittir. Ancak faizin durması için konkordatonun tasdikinin beklenmesine gerek yoktur. Zira İİK m.288 gereği, geçici mühlet kararıyla bu sonuç doğmaktadır.²⁰

B. ALACAK KAYDINDA KONKORDATO KOMİSERİNİN ROLÜ

1. Genel Olarak

“İcra ve İflas Kanunu m.299’a göre, alacaklılar komiser tarafından İİK m.288 uyarınca yapılacak ilânla, ilân tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur.” Alacağın komiserle bildirilmesi için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak alacaklıların alacak kaydettirirken, bunları tevsik ve ispat eden belgelerin aslını veya tasdikli suretlerini de ibraz etmesi faydalı olur. Çünkü bu deliller asliye ticaret mahkemesini, alacağı borçlu tarafından reddedilen alacaklıların konkordato çoğunluğunda hesaba katılıp katılmayacağına ve katılacaksa ne oranda katılacağına karar verirken (“İİK m.302/6”) alacağın varlığı konusunda ikna edici bir işleve sahiptir. Bu kapsamda alacaklının faiz talebinde, faizin hangi oran üzerinden, hangi dönemler için talep edildiğine ilişkin bir faiz hesap tablosunun sunulması faydalıdır. Komiserin alacak kaydı esnasında bu belgeleri talep etmesinde fayda vardır.

Alacak kaydı esnasında kimi zaman alacaklılar tarafından açıkça faiz talep edilmemiş olabilir. Bu

kapsamda mesele ikili bir ayrıma tabi tutulmalıdır. Eğer ibraz edilen bilgi ve belgelerden talebe konu alacak tutarı içinde faizin de olduğu anlaşılıyorsa komiserin bu hususta çekişmeli alacaklar hakkında karar verilmesi sürecinde mahkemenin talebiyle ya da İİK m.302 uyarınca hazırlayacağı raporda inceleme yapması gerekir. Ancak alacaklı tarafından açıkça faiz istenmediği gibi, alacak kaydı esnasında sunduğu bilgi ve belgelerden faize ilişkin bir veri elde edilemiyorsa, komiserin faiz hesabı yapmaması gerekir. Açıkçası bu tutum, talebe bağlılıkla da uyumludur.

2. Borçlunun Faize İtiraz Etmemesi

Borçlunun, bildirilen alacağın kabul ettiği kısmının ve bu kapsamda kabul edilen faiz tutarının konkordato çoğunluğunun hesaplanmasında dikkate alınacağı şüphesizdir. Zira ancak varlığı borçlu tarafından reddedilen alacaklar “çekişmeli alacak” olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle bir alacağın çekişmeli alacak olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi münhasıran borçlunun bu konudaki beyanına bağlıdır.²¹ Bu sebeple, borçlunun varlığını kabul ettiği bir asıl alacağa ve bunun faizine, diğer bir alacaklının itiraz etmesi ya da komiser tarafından karşı çıkılması, söz konusu alacağı çekişmeli hâle getirmez.²²

Ancak kanaatimizce bu durum komiserin borçlunun kabul ettiği alacak hakkında hiçbir inceleme yapamayacağı anlamına gelmez. Komiser borçlunun kabul ettiği alacağın mevcut olup olmadığını onun defter ve kayıtları üzerinde araştırabilir ve mevcut olmadığı sonucuna varırsa durumu İİK m.300 ve 302/1 uyarınca alacaklılar toplantısına vereceği rapora yazar ve mahkemeye durumu bildirir. Bu kapsamda komiserin, talep edilen faize ilişkin olarak bir araştırma yapabilmesi gerekir.²³ Bu kapsamda borçlu tarafından itiraz edilemeyen asıl alacaklar ve dahi faizlerin hangi ticari faaliyete dayandığı, hangi işin karşılığı olduğu gibi (vb.) bilgiler tespit edilemezse alacağın diğer gerçek alacaklıların haklarını engelle-

¹⁹ Doktrinde Börü, alacak bildirim yapıırken, konkordatoya tabi alacağın kesin mühlet tarihine kadar işleyen faizi ile birlikte kayıt yaptırması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Börü**, Levent, (2019), ‘Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi’, İnÜHFD 10(1), s. 178.

²⁰ Aynı yönde görüş için bkz. **Öztek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova**, s. 347.

²¹ **Akil**, Konkordato Hukuku, s. 146; **Pekcanitez & Erdönmez**, s. 57.

²² **Akil**, Konkordato Hukuku, s. 146; **Tanrıver**, Süha (1993) Konkordato Komiseri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 188; **Öztek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova**, s. 261.

²³ “... borçlunun konkordato mühlet dosyasında gösterdiği alacak ile konkordato komiserliğinin gösterdiği alacak miktarının farklı olduğu görülerek borçlunun dürüst olmadığı sonucuna varılarak...” Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T: 21.11.1988, E: 1988/7659, K: 1988/6920.

mek için yaratılan fiktif alacaklar olduğu düşünülmelidir.

3. Borçlunun Faize İtiraz Etmesi

Konkordato talep eden borçlunun İİK m.300 uyarınca yaptığı beyanında, faize itiraz etmesi durumunda çekişmeli alacak meydana gelecektir. İşbu çekişmeli alacaklar hakkında, alacak kaydı yaptırmanın talebi üzerine asliye ticaret mahkemesi bir karar vermekte ve alacaklı bu karara göre konkordato nisabına dahil edilmektedir. Mahkemeler karar vermeden önce komiser heyetinin görüşünü almakta ve komiser heyeti de hazırladığı görüşünde talep edilen alacağı ve faizi ayrıntılı olarak incelemektedir. Bu kapsamda yapılan bir inceleme konkordato sürecinin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve nisabın en doğru şekilde hesaplanabilmesi adına faydalı olmaktadır.

4. Takip Yasağına Rağmen Yapılan İcra Takiplerinin İncelenmesi

“İİK m.294/1’e göre, *mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler de durur. Ancak İİK m.206’nın birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.*”

Uygulamada mühlet kararına rağmen borçlu hakkında icra takibi yapılması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Doktrinde birçok yazarın da kabul ettiği üzere, İİK m.294/1 hükmü alacaklının icra dairesine takip talebini vermesine engel değildir. Ancak icra müdürlüğünün konkordato talep eden borçluya ödeme emri göndermemesi gerekir.²⁴ Hâl böyle olunca, icra takip dosyası açık kalmaktadır. Alacaklılar, alacak kaydı esnasında taleplerinin tutarını gösterir bir belge olarak icra müdürlüğünden aldıkları alacak kayıt tarihine kadar yapılmış dosya kapak hesabını komiser heyetine sunmaktadır. Ge-

nellikle komiser heyetleri, söz konusu kapak hesabı icra müdürlüğü tarafından yapıldığından, bu işlemi sorgulamamakta, alacak kaydını bu tutar üzerinden yapmakta ve nihayet İİK m.300’e göre borçlunun beyanı alınırken bu tutar esas alınmaktadır. Halbuki, icra takip yasağına rağmen yapılan takipte, talep edilen alacağa icra takip masrafları eklenemeyeceği gibi, geçici mühlet tarihi yerine alacak kayıt tarihine kadar icra müdürlüğü tarafından yapılan faiz hesabı da dikkate alınmamalıdır.

5. Talep Edilen Faiz Oranlarının Kontrolü

İİK m.299 uyarınca alacaklıların alacaklarını bildirmeye davet edilmesinden sonra, gerekli bildirim komisere yapılır. Alacak kaydı bazı istisnalar²⁵ haricinde Türk Lirası olarak yapılmalıdır. Döviz üzerinden alacağı bulunanların, bunu hangi tarih itibarıyla (geçici mühlet, kesin mühlet, alacak kayıt tarihi vs.) Türk Lirasına çevireceği tartışmaları bir yana,²⁶ döviz alacağına talep edilen faizler uygulama sorun yaratmaktadır.

Gerçekten de döviz üzerinde alacaklı olanlar, alacak kaydı esnasında genellikle TCMB’nin kısa vadeli avanslara uyguladığı oran üzerinden faiz talep etmektedir. Halbuki, “*yabancı para borçlarında sözleşmede daha yüksek anapara veya temerrüt faizi oranı kararlaştırılmamışsa devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz uygulanır.* (3095 s. Kanun m.4/a).” Burada nazara alınacak olan oran, bankaların TCMB’ye bildirdiği değil, fiilen uyguladığı orandır. Yanlış faiz oranı uygulanarak alacak kaydı yapılması sonrasında, komiser tarafından işbu husus kontrol edilmelidir. Borçlu, beyanı alınırken durum hakkında bilgilendirilmelidir. Zira komiser alacaklının olduğu kadar borçlunun da menfaatini korumak zorundadır.

Ayrıca taraflar arasında TTK m.3 ve 19 uyarınca ticari bir iş söz konusu ve TL cinsinden borçlanma varsa; faiz oranı (taraflar aksini kararlaştırmamışsa) TCMB avans faizi oranı olur.

²⁴ Meselenin çözümünde etkili olan kavram “icra takip işlemi” olup, konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan**, Aziz Serkan (2018), İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi; **Öztek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova**, s. 337 vd; Aynı yönde görüşler için bkz. **Pekcanitez & Erdönmez**, s. 32; **Atalı**, Murat ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’: Özekes, Muhammet (Editör) (2018) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, 1. Baskı İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, s. 85 vd.

²⁵ İmtiyaz alacaklar ile yabancı para üzerinden tesis edilmiş gayrimenkul rehni ile temin edilmiş alacaklardır.

²⁶ Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **Öztek & Budak & Tunç Yücel & Kale & Yeşilova**, s. 468.

C. İMTİYAZLI ALACAKLAR BAKIMINDAN FAİZİN DURUMU

Mühlet içerisinde imtiyazlı alacaklara faiz işleyip işlemeyeceği meselesi doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, İİK m.206'nın birinci sırasındaki alacaklar konkordatoya tabi olmadığından onlar için de faiz işlemeye devam edecektir.²⁷ Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, İİK m.294'te faizin işlemeye devam etmesi sadece rehinli alacaklara tanındığından, imtiyazlı alacaklar için faiz işlemeyecektir.²⁸

Kanaatimizce, her ne kadar maddenin lafzı "her türlü alacağa faiz işlemesi durur" şeklinde ise de, bu hüküm konkordatoya tabi olmayan alacaklara uygulanamaz. Bir başka ifadeyle, İİK m.294'te zikredilen etkiler kural olarak konkordatoya tabi alacaklılar için geçerlidir. Aksini düşünmek hakkaniyete aykırılık teşkil eder.²⁹

D. FAİZİN GEÇMİŞE DÖNÜK İŞLEMESİ VE SAİR HUSUSLAR

Faizin tasdik yargılaması bakımından önemi, mahkemece tasdik yargılamasında rehinli malların satışının ertelenmesinde de karşımıza çıkar.³⁰ Konkordatoyu tasdik eden hâkim, borçlunun talebi üzerine, tasdik kararından itibaren en fazla bir yılı geçmemek ve erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanmayan faizler teminatlandırılmış olmak kaydıyla rehinli taşınır ve taşınmazın konkordato talebinden önceki bir alacak nedeniyle satışını erteleyebilir.³¹ Ayrıca rehinli malların satışının ertelenebilmesi için, konkordato talep tarihine kadar ödenmemiş faizin bulunmaması da gerekir (İİK m.307/1).

Konkordato mühleti tasdik dışında bir sebeple kalkarsa faizler geriye etkili olarak mühlet tarihinden itibaren işletilir. Bu durumda borçlu konkordato mühleti ile bu mühletin kaldırılması arasında geçen

zaman bakımından da faiz ödemek zorunda kalır.³² Ayrıca mühletin iyileşme nedeniyle kaldırılması hâlinde de faizler geçmişe etkili olarak işler.³³ Bu hâlde de alacaklı, alacağının temerrüt tarihinden itibaren faizi ile birlikte ödenmesini talep edebilir. Zira bu hâlde de konkordato mühleti kaldırıldığı için sanki hiç mühlet kararı verilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkar.³⁴ Konkordato mühletinin kaldırılması neticesinde borçlunun iflasına karar verilirse, iflas masasına giren alacaklara faiz işlemeye devam edeceğini düzenleyen "İİK m.196" hükmü uygulanır.³⁵

Konkordatonun tasdik edilmesinden sonra fesihine karar verilmesi durumunda, fesih kararı geçmişe etkili sonuç doğurur. Fesih kararından etkilenen alacaklılar, temerrüt tarihinden itibaren faiz talep edebilirler.³⁶

IV. SONUÇ

Adi konkordatoda faizin gösterdiği özelliklerin bilinmesi, konkordato müessesinin hem borçlunun hem de alacaklının lehine yürütülebilmesi için önemlidir. Gerçekten de konkordato borçlusunun borç miktarının doğru bir şekilde hesaplanması, alacaklılar toplantısındaki nisabın doğru bir şekilde tespiti faiz tutarı ile yakından ilgilidir. Konkordato uygulamasında çekişmeli alacaklar bakımından en çok sorun da faiz taleplerinden kaynaklanmaktadır. Hâl böyle olunca, faize ilişkin olarak yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınarak yürütülecek bir konkordato sürecinde borçlunun ve alacaklıların maksimum faydayı elde edebileceği düşünülmektedir.

²⁷ Sarısözen, s. 291; Akil, Konkordato Hukuku, s. 191.

²⁸ Akil, Konkordato Hukuku, s. 191 dipnot 604'te anılan yazarlar.

²⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Tunç Yücel, s. 184; Amme alacaklarına ilişkin olarak faizin işlemeyeceği hakkında görüş için bkz. Atalı, Murat & Ermenek, İbrahim (2020), İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 690.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 223 vd.

³¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi T: 08.10.2009, E: 2009/6910, K: 2009/9025 (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Pekcanitez & Erdönmez, s. 69; Atalı, s. 105; Albayrak, Hakan (2020) İflas Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 101; Sarısözen, s. 239; Simil, Cemil (2020) Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, s. 255.

³³ Tunç Yücel, s. 184.

³⁴ Simil, s. 255; Uyar, Talih (2019) Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Ankara, Bilge, s. 67; Akil, Konkordato Hukuku, s. 128.

³⁵ Simil, s. 255.

³⁶ Ulukapı, Ömer (1998) Konkordatonun Feshi, 1. Baskı, Konya, Mimoza, s. 263, 274; Simil, s. 256.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk (2019), ‘Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)’, TBB Dergisi, S: 141.
- Akil**, Cenk (2020) Sorularla Konkordato Hukuku, (Kısaltma: Konkordato Hukuku) 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Albayrak**, Hakan (2020) İflas Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Altay**, Sümer & **Eskioçak**, Ali (2018) Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Yayınevi.
- Atalay**, Oğuz & **Atalı**, Murat & **Erdoğan**, Ersin, Lexpera, Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacaklıların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Meselesi, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacakli-larin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacağı-meselesi/>, s.e.t., 21.10.2021.
- Atalay**, Oğuz ‘Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler’: Özekes, Muhammet (Editör) (2018) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.
- Atalı**, Murat & **Ermenek**, İbrahim (2020), İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Atalı**, Murat ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’: Özekes, Muhammet (Editör) (2018) 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, 1. Baskı İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.
- Aydemir**, Efrail (2015) Konkordato Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Uzlaşma Suretiyle Yapılandırılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Börü**, Levent (2019) ‘Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi’: İnÜHFD 10(1), s. 173-186.
- Doğan**, Emsalgül (2020) Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eroğlu**, Orhan (2018), Uygulamada Konkordato, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kale**, Serdar (2018) “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1), s. 213-269.
- Kaplan**, İbrahim (2019) Yeni Türk Konkordato Hukuku (İsviçre İcra ve İflas Hukukununun Borçların Ertelemesine Konkordatoya İlişkin Malvarlığı Yönetimi Sözleşmesi Hükümleriyle Mukayeseli Olarak), 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Öztek**, Selçuk & **Budak**, Ali Cem & **Tunç Yücel**, Müjgan & **Kale**, Serdar & **Yeşilova**, Bilgehan (2019) Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Öztek**, Selçuk, Legal Blog, Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehninin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/>, s.e.t., 21.10.2021.
- Pekcanitez**, Hakan & **Erdönmez**, Güray (2018) 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayınevi.
- Pekcanitez**, Hakan & **Atalay**, Oğuz & **Sungurtekin Özkan**, Meral & **Özekes**, Muhammet (2019), İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası. İstanbul, Seçkin Yayıncılık.
- Sarisözen**, Serhat (2021) Konkordato, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Simil**, Cemil (2020) Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.
- Tanriver**, Süha (1993) Konkordato Komiseri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Taşpınar Ayyaz**, Sema (2005) İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Taşpınar**, Sema (2003), ‘Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişiklikler’, BATİDER, S: 2.
- Tiyek**, Fikret Sami (2021), “İflâs Dışı Konkordato Bağlamında Konkordato Mühleti Verilmesinin Alacaklılar, Sözleşmeler ve Borçlu Bakımından Doğurduğu Sonuçlar”, Pamukkale Üniversitesi İşletme Araştırmaları Dergisi (PIAR), 8 (2).
- Tuncay**, Salih & **Demirhan**, Orhan (1965) Yeni ve Değişik Hükümleriyle İcra ve İflas Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Güven Yayınevi.
- Tunç Yücel**, Müjgan (2020) Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi.
- Ulukapı**, Ömer (1998) Konkordatonun Feshi, 1. Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.
- Uyar**, Talih (2019) Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi.

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.*

SÖZLEŞME ÖNCESİ SİGORTA ETTİRENİN BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ^(*)

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE POLICYHOLDER'S PRE-CONTRACTUAL DUTY OF DISCLOSURE AND THE INSURER'S PRE-CONTRACTUAL DUTY TO INFORM

Dr. Sefa ER^(**)

Öz

Sigorta sözleşmesi, sigortanın kendine özgü münhasır özellikleri gözetildiğinde dürüstlük kuralının ve karşılıklı güvenin daha ön planda olduğu sözleşmedir. Taraflar açısından bilinmezliklerle dolu olan sigorta sözleşmesi, ancak tarafların birbirlerini aydınlattığı ölçüde sağlıklı bir şekilde kurulabilmektedir. Her iki taraf da sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü karşı tarafın herhangi bir talebi olmaksızın kendiliğinden yerine getirmelidir. Sigorta sözleşmelerinde tarafların birbirlerini sözleşme öncesinde aydınlatmaları, her iki taraf yönünden TTK'de özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşme öncesinde bir tarafın aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde diğer tarafa bazı haklar tanınmış bulunmaktadır. Ancak her iki tarafın da aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl ettiği durumlarda tarafların kendilerine tanınan bu hakları kullanıp kullanamayacağı veya ne ölçüde kullanacağı hususu açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Bu durumda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Sözleşmesi, Aydınlatma Yükümlülüğü, Beyan Yükümlülüğü, İtiraz Hakkı, Cayma Hakkı.

Abstract

An insurance contract is a contract in which the principle of good faith and mutual trust are at the forefront when the unique characteristics of the insurance are taken into account. The insurance contract, which is full of obscurity for the parties, can only be concluded correctly to the extent that the parties to inform each other. Both parties must fulfill the pre-contractual duty to inform, without any request from the other party. In insurance contracts, parties pre-contractual duty of inform of each other is regulated in Turkish Commercial Code. In the event that violation of pre-contractual duty to inform by one party, some rights have been granted to the other party. However, in case of violation of duty to inform by both parties, it must be clarified whether or which extent the parties can use their rights. In this case, the relationship between the policyholder's duty of disclosure and the insurer's duty to inform should be revealed.

Keywords

Insurance Contract, Duty to Inform, Duty of Disclosure, Right of Objection, Right of Avoidance.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 22.09.2022 / Kabul Tarihi: 10.10.2022).

^(**) Yargıtay Başkanlığı, Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, (sefaer@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5738-8224).

Atıf/Citation: Er, Sefa (2022) "Sözleşme Öncesi Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü ile Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü Arasındaki İlişki", TFM, C: 8, S: 2, s. 385-408.

I. GİRİŞ

Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler sadece edim yükümlülüklerinden ve hatta ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden müteşekkil değildir. Sözleşme yapma amacıyla sosyal temas kuran kişiler arasında sözleşme kurulmadan önce de koruma yükümlülüğü olarak adlandırılan bazı yükümlülükler doğar. Bu yükümlülükler, sosyal temas ile ortaya çıkan güven ilişkisinin beslediği ve geliştirdiği, dolayısıyla dürüstlük kuralına dayanan yükümlülüklerdir.¹ Koruma yükümlülükleri aslında özen gösterme, koruma, açıklama, aydınlatma, bilgi ve öğüt verme gibi ortaya çıkan çeşitli yükümlülüklerin tamamını ifade etmektedir.² Dolayısıyla sözleşme yapmak amacıyla sosyal temasa geçen kişiler, bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her aşamasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü dikkat ve özeni göstermek, gerekli bilgilendirme ve uyarıları yapmak ve gerekli çabayı sarf etmek zorundadır.³ Bu yükümlülüklerin ihlâl edilmesi nedeniyle bir zarar meydana gelirse bu zararın sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusur (culpa in contrahendo) sorumluluğu kapsamında tazmini gerekir.

Sözleşme görüşmesi için bir araya gelen taraflar arasında ortaya çıkan en önemli koruma yükümlülüğü ise aydınlatma yükümlülüğüdür.⁴ Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme görüşmesi için bir araya gelen tarafların kurulacak olan sözleşmenin içeriği, kapsamı, konusu hakkında birbirlerini zamanında ve yeterince bilgilendirmeleri anlamına gelmekte-

dir.⁵ Aydınlatma yükümlülüğü ile tarafların birbirlerini iradeleri üzerinde etkili olabilecek önemli konularda bilgilendirerek sözleşme temelini sağlam atılması ve sağlıklı karar alınması amaçlanmaktadır.⁶ Başka bir deyişle aydınlatma yükümlülüğü, tarafların kurmayı düşündükleri sözleşmeyi kurup kurmayacaklarını, kuracaklarsa hangi şartlar altında kuracaklarını belirleyen durumlar hakkında birbirlerini bilgilendirmeyi içermektedir.⁷

Sigorta sözleşmesi, genel olarak tipik bir borçlar hukuku sözleşmesi olsa da sigortanın kendine özgü münhasır özellikleri gereğince azami iyi niyet ve dürüstlük kuralının daha ön planda olduğu sözleşmedir.⁸ Bu kapsamda taraflar arasındaki sosyal temas ile birlikte aydınlatma yükümlülüğünün her iki taraf açısından yerine getirilmesi daha önemli bir hâl almaktadır.⁹ Zira sigorta ettirenin, ödediği prim karşılığında aldığı sigorta ürününün soyut olması ve sözleşmenin içeriğiyle ilgili hususların zor anlaşılması, sözleşme ve poliçede yer alan genel ve özel şartlarda genellikle teknik terimlerin yer alması, sigortacının sigortaladığı menfaatin özelliklerini detaylı olarak öğrenme ihtimalinin bulunmaması gibi bazı durumlar sigorta sözleşmesinde tarafların bilgi eksikliği bulunması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.¹⁰ Bu itibarla taraflar

¹ **Serozan**, Rona (2016) İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 253; **Aydın**, İbrahim (2004) İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 75; **Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 42; **Erbek Odabaşı**, Özge (2020), 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümler Edim Yükümlüleriyle Karşılaştırılması' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 78.

² **Kırca**, Çiğdem (2004) Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, s. 156; **Erbek Odabaşı**, s. 99.

³ **Akunal**, Teoman (1988), 'Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbililiği Prensinin Aşılması' Yargıtay Dergisi, S: 4, C: 14, s. 225; **Eren**, s. 40.

⁴ **Langheid**, Theo & **Wandt**, Manfred & **Bearbeiter** (2016) Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, C. 1, §§1-99, VVG-InfoV, 2. Baskı, C.H.Beck, (**Langheid & Wandt & Armbrüster**, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 18); **Aydın**, s. 77.

⁵ **Özdamar**, Mehmet (2009) Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 113; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan (2009) Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 223; **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG §7, Rn. 1.

⁶ **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG §7, Rn. 1; **Özdamar**, s. 113; **Demircioğlu**, s. 223.

⁷ **Yazıcıoğlu**, Emine, 'Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü': Ünán, Samim & Yazıcıoğlu, Emine (Editörler) (2018), Sigorta Hukuku Sempozyumları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 392.

⁸ **Kubilay**, Huriye (2003) Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, s. 3; **Aral Eldeleklioğlu**, İrem (2012), '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 1, C: 18, s. 383; **Yazıcıoğlu**, Emine & **Şeker Ögüz**, Zehra (2020) Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 73; **Kayıhan**, Şaban & **Bağcı**, Ömer (2019) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, s. 130; **Özdamar**, s. 74.

⁹ **Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Hâluk & **Altıp**, Atilla (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 17; **Özdamar**, s. 115; **Aydın**, s. 31.

¹⁰ **Langheid & Wandt & Armbrüster**, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 12; **Özdamar**, s. 171.

açısından bilinmezliklerle dolu olan sigorta sözleşmesi, ancak tarafların birbirlerini aydınlattığı ölçüde sağlıklı bir şekilde kurulabilmektedir.¹¹ Her iki taraf da söz konusu yükümlülüklerini, kural olarak karşı tarafın herhangi bir talebi olmaksızın kendiliğinden yerine getirmelidir. Başka bir deyişle sözleşmenin tarafları sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme sonucunda hangi haklardan yararlanıp hangi borç ve yükümlülükler altına gireceklerini, hangi durumlarda bu haklarını kullanamayacaklarını belirlemek için karşı tarafın herhangi bir talebi olmaksızın karşılıklı olarak birbirlerinin bilgisine ihtiyaç duyarlar.¹²

Sigorta sözleşmelerinde tarafların birbirlerini sözleşme öncesinde aydınlatmaları, sözleşmenin yapılıp yapılmayacağı ya da hangi şartlar altında yapılacağı noktasında son derece önemli olduğu için, bu husus her iki taraf yönünden 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹³ (TTK) özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK'nin 1423. maddesinde gerek sözleşme öncesi gerekse sözleşme sonrasında sigortacının "aydınlatma yükümlülüğü" düzenlenirken, TTK'nin 1435. maddesinde ise sigorta ettirenin¹⁴ sözleşme öncesi "beyan yükümlülüğü" düzenlenmiştir. Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını "kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgiler" oluştururken, sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün kapsamını "bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususlar" oluşturmaktadır. Sözleşme öncesinde bir tarafın anılan yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde diğer tarafa bazı haklar tanınmış bulunmaktadır. Özellikle iki tarafın da aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl ettiği durumlar-

da tarafların kendilerine tanınan bu hakları kullanıp kullanamayacağı veya ne ölçüde kullanacağı hususu açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Dolayısıyla tarafların haklarını kullanabilmeleri noktasında, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da gözetildiğinde, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir.

II. SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖNCESİ TARAFLARIN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Sigorta sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran tipik bir borçlar hukuku sözleşmesidir.¹⁵ TTK'nin 1401. maddesinde sigorta sözleşmesinin tanımı; "*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir*" şeklindedir. Buna göre sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin asli edim yükümlülüğü prim ödeme borcu iken, sigortacının asli edim yükümlülüğü ise rizikoyu taşıma (himaye sağlama) borcudur.¹⁶ Sigorta sözleşmesinde tarafların bu asli edim yükümlülükleri haricinde dürüstlük kuralından, kanundan veya sözleşmeden (genel ve özel şartlardan) kaynaklanan yan yükümlülük kapsamında koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır.¹⁷

Sigorta sözleşmesinde taraflar arasında sosyal temas ile ortaya çıkan aydınlatma yükümlülüğünün

¹¹ Langheid & Wandt & Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 7.

¹² Aydın, Sevgican (2018) Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Hâlinde Sigortacının Hakları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 20.

¹³ RG: 14.02.2011-27846.

¹⁴ Sigorta sözleşmesi kurulmadan önce bir tarafta sigortacı yer alırken diğer tarafta sözleşme kurmak isteyen kişi yer almaktadır. Sigorta sözleşmesinin kurulması ile birlikte bu kişi "sigorta ettiren" sıfatını almaktadır. Ancak TTK'de hem sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme kurmak isteyen kişi için hem de sözleşme kurulduktan sonra sözleşmenin tarafı olan kişi için "sigorta ettiren" kavramı kullanılmıştır. Biz de çalışmamızda TTK'nin lafzına sadık kalarak hem sözleşme öncesi dönemde sözleşme kurmak isteyen kişi için hem de sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin tarafı olan kişi için "sigorta ettiren" kavramını kullanacağız.

¹⁵ Kender, Rayegan (2017) Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 181 vd.; Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet (2019) Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 156; Kayihan & Bağcı, s. 116-119; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 73; Özdamar, s. 67; Aydın, s. 20.

¹⁶ Kayihan & Bağcı, s. 119; Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz, s. 74-75; Kender, s. 311.

¹⁷ Örneğin sigortacının poliçe düzenleme ve verme yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğü kanun tarafından düzenlenmiş yan yükümlülük kapsamında koruma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüklerin ihlali hâlinde, şartları varsa, tazminat talep edilebilmesi mümkündür. Bkz. Kender, s. 311; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 154-155.

kaynağı, korunması haklı görülen bir güven ilişkisidir.¹⁸ Bu güven ilişkisi zamanla hukuk sistemi içerisinde, kaynağını Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesindeki dürüstlük kuralından alan ve "güven ilkesi" olarak adlandırılan önemli bir kavram hâline gelmiştir. Güven ilkesi "*hukuken korunmaya değer bir çıkarımı gerçekleştirmek üzere bulunduğu kişi içinde bir güven olgusu yaratan kişinin, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve bir kez yaratmış bulunduğu güveni artık sarsmaması gerektiği*"¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Bu kavram, özellikle bir tarafını sigortacının veya bankanın oluşturduğu sözleşmelerde daha da önem kazanmaktadır. Zira ticari hayatta güvenilir kişi sıfatının kazanılabilmesi için, bu kişinin zaman ve emek harcaması, kurduğu ilişkilerde basiretli davranması ve her zaman sürekli ve düzenli olarak sözüne sadık kalması gibi çok uzun ve meşakkatli bir ticari faaliyet içerisinde bulunması gerekmektedir.²⁰ Oysa banka ve sigorta şirketleri devletin özel izniyle kurulan ve faaliyet gösteren şirketler olduğu, sürekli şekilde devlet tarafından denetim altında tutulduğu düşünüldüğünde "güvenilir kişi" sıfatını hiçbir şey yapmadan kendiliğinden kazanmaktadırlar.

Sigortacıların güvenilir kişi sıfatını kendiliğinden kazanmış olmaları, sigorta sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğünün önemini bir kez daha ortaya koymaktadır. Zira taraflar arasında sosyal temas ile ortaya çıkan güven ilişkisi, sigorta sözleşmelerinde sırf sigortacının "güvenilir kişi" sıfatı nedeniyle "yoğunlaşmış güven ilişkisi" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla sigortacının hem güvenilir kişi olması hem de sosyal temas ile sigorta ettiren ile sigortacı (veya aracı) arasında kurulan güven ilişkisi, tarafların birbirini aydınlatma yükümlülüğünün önemini göstermekte-

dir.²¹ Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde sigortacı, "güvenilir kişi" sıfatı nedeniyle dürüstlük kuralı gereğince hareket etmeli ve sigorta ettireni sözleşme öncesinde gerekli olan tüm hususlarda aydınlatmalıdır.

Alman sigorta hukukunda da sigortacıların dürüstlük kuralı [Alman Medeni Kanunu (BGB) §242] gereğince hareket etme ve sigorta ettirenlerin güvenlerini boşa çıkarmama yükümlülükleri olduğu hususu genel hükümler kapsamında kabul edilmekteydi.²² Ancak Avrupa Birliğinin 2016/97/EC sayılı Sigorta Dağıtım Direktifi (IDD) doğrultusunda 23.02.2018 tarihinde yürürlüğe giren VVG §1a ile sigortacıların güvenilir kişi oldukları ve dürüstlük kuralı çevresinde hareket etmeleri gerektiği özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.²³ VVG §1a gereğince sigortacı, sigorta ettirenlere yönelik satış faaliyetlerinde daima dürüst davranmak, sadakat yükümlülüğüne uymak ve profesyonelce hareket etmek zorundadır. Özellikle satış faaliyetinin bir parçası olan; bilgilendirme ve danışmanlık yapma, sözleşme teklifi hazırlama, sigorta sözleşmesi kurma ve hasar durumunda gerekli işlemleri yapma konusunda bu yükümlülükler daha bir önem kazanmaktadır. Başka bir deyişle sigortacı sigorta ettirene karşı her zaman dürüstlük kuralını gözeterek davranmalıdır.²⁴ Dolayısıyla sigortacının, sigorta ettireni dürüstlük kuralı gereğince doğru şekilde bilgilendirmesi ve kendine yöneltilen soruları doğru yanıtlaması yanında aynı zamanda sigorta ettirenin yanlış anlamalarını da düzeltmelidir.²⁵ Ayrıca sigorta konusunda uzman olması nedeniyle kendisine duyulan haklı güveni koruyarak sigorta sektö-

¹⁸ **Hacıömeroğlu**, A. Oğuzhan (2015), 'Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 2, C: 1, s. 53; **Yetiş Şamlı**, Kübra (2016), 'Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m.1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, S: 22, C: 3, s. 2979-2980; **Serozan**, s. 253; **Demircioğlu**, s. 135; **Özdamar**, s. 298.

¹⁹ **Battal**, Ahmet (2001) Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 14.

²⁰ **Gürses**, Davut (2016) Banka Genel Kredi Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 224.

²¹ **Beckmann**, Roland Michael & **Matusche-Beckmann**, Annemarie & **Bearbeiter** (2015) Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Baskı, C.H.Beck, (**Beckmann & Matusche-Beckmann & Schwintowski**, §18, Rn. 7).

²² **Langheid**, Theo & **Rixecker**, Roland & **Bearbeiter** (2019) Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar, 6. Baskı, C.H.Beck, (**Langheid & Rixecker & Rixecker**, VVG §1a, Rn. 1).

²³ **Brömmelmeyer**, Christoph (2021), 'Vertriebstätigkeit gem §1a VVG' VersR, C: 13, s. 805; **Langheid & Rixecker & Rixecker**, VVG §1a, Rn. 1. Yazar, VVG §1a'nın esasında var olan bir durumu düzenlediğini, ancak bu düzenleme gereksiz gibi görülse de belirtilen yükümlülüklerin ihlali hâlinde tazminat taleplerini tetikleyebilecek yasal yükümlülüklerin sağlanmasını garanti ettiğini belirtmektedir.

²⁴ **Brömmelmeyer**, s. 806.

²⁵ **Brömmelmeyer**, s. 807; **Langheid & Rixecker & Rixecker**, VVG §1a, Rn. 5.

ründe geçerli olan özen kurallarına ve standartlara uymalı ve profesyonelce davranmalıdır.²⁶

Önemle belirtilmelidir ki güven ilişkisinden kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü, hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından söz konusudur.²⁷ Nasıl ki sigortacının sözleşme öncesinde kurulacak sigorta sözleşmesine dair tüm önemli hususlarda bilgilendirme yapılacağına dair sigorta ettirende bir güven oluşmakta ise aynı şekilde sigorta ettirenin de sözleşme öncesi bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları beyan edeceğine dair sigortacıda güven oluşmaktadır. Öyleyse sigortacı, sigorta ettiren ile sözleşme kurmadan önce onun gereksinimlerini saptamak için ona bazı sorular yönelmeli ve sigorta ettirenin verdiği cevaplar doğrultusunda sigorta ettireni bilgilendirmeli ve onu uyarmalıdır. Buna karşılık sigorta ettiren de kendisine yapılan uyarıları dikkate alarak sözleşme öncesi bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmelidir.²⁸ Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü birbirine bağımlı ve birinin varlığı diğerinin de varlığını gerektiren bir durumdur.

Hem sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün hem de sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün temelinde TMK'nın 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralı yer almakta ve dolayısıyla tarafların sözleşme öncesi bu yükümlülükleri koruma yükümlülüğü niteliği taşımaktadır. Sigorta sözleşmelerinde aydınlatma yükümlülüğünün temelini dürüstlük kuralı oluş-

tursa da bu yükümlülük hem sigortacı hem de sigorta ettiren açısından kanunda özel olarak düzenlendiği için, bunun temelini artık kanunda aramak gerekir. Böylece sigorta sözleşmelerinde artık dürüstlük kuralı gereğince aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı araştırılmadan doğrudan aydınlatma yükümlülüğünün varlığı kanun tarafından kabul edilmiş olmaktadır. Ancak aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili olarak kanunun düzenlemediği hususlar da ise genel hükümlerin uygulanması ve dürüstlük kuralına göre belirleme yapılması gerekecektir.

B. SİGORTA ETTİRENİN BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Taraflar açısından bilinmezliklerle dolu olan sigorta sözleşmesinde, sigortacının sigorta ettirene sözleşme hakkında vermiş olduğu bilgiler ve yaptığı uyarılar sigorta ettiren açısından ne kadar önemliyse sigorta ettirenin sözleşme konusu hakkında vermiş olduğu bilgiler de sigortacı açısından o kadar önemlidir.²⁹ Bu kapsamda sigorta sözleşmelerinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün karşısında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü bulunmaktadır. Sigortacı, sigorta ettiren ile sözleşme kurup kurmayacağını veya sözleşme kuracaksa bunun içeriğinin nasıl olması gerektiğini veyahut da hangi prim karşılığında kuracağını sigorta ettirenin beyanları doğrultusunda belirleyecektir.³⁰ Özellikle sigortacının doğru şekilde primi hesaplayabilmesi ve üzerine aldığı riski doğru olarak belirleyebilmesi için sözleşme konusuna ilişkin tüm gerçekleri tam ve doğru bir şekilde bilmesi büyük önem taşımaktadır.³¹ Zira sigorta sözleşmesinin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi, genel olarak sigorta ettirenin beyanına göre şekillendiğinden beyan yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi sigortacının sözleşme yapma iradesi üzerinde son derece etkili olacaktır.

Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü, önemine binaen hem mülga 6762 sayılı TTK'de hem de TTK'de özel olarak düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'de sözleş-

²⁶ Brömmelmeyer, s. 807; Langheid & Rixecker & Rixecker, VVG §1a, Rn. 5.

²⁷ Sigortacı açısından aydınlatma yükümlülüğü için TTK'nin 1423. maddesinde "aydınlatma" kavramı, Sigortacılık Kanunu'nun 11/3 maddesi ile SSBY'de ise "bilgilendirme" kavramı kullanılmaktadır. "Aydınlatma" kavramı "bilgilendirme" kavramından biraz daha kapsamlı olsa da, öğreti ve uygulamada, "aydınlatma" ve "bilgilendirme" kavramlarının aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle çalışmada, bu iki kavramın aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılabileceği kabul edilerek, kanuni terim olan "aydınlatma" kavramı kullanılmıştır. Ancak Alman hukukunda "aydınlatma" ve "bilgilendirme" kavramları farklı anlamlarda (bilgilendirme yükümlülüğü için "Informationspflicht" ifadesi, aydınlatma yükümlülüğü için "Aufklärungspflicht" ifadesi) kullanıldığından Alman hukukundan bahsedildiği yerlerde aslına uygun olarak VVG §7'deki anlamıyla özellikle "bilgilendirme" kavramı kullanılmıştır.

²⁸ Ünán, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C. I, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 186.

²⁹ "Sigorta sözleşmesinin her iki tarafı adeta, karanlık bir tünelden çıkışını karşı tarafın yönlendirmesi ile bulmaya çalışmaktadır" Bkz. Özdamar, s. 188.

³⁰ Ağsakal, İbrahim (2015) Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 8; Aydın, s. 5.

³¹ Beckmann & Matusche-Beckmann & Schwintowski, §18, Rn. 6.

me öncesi sigorta ettirenin beyan (ihbar) yükümlülüğüne ilişkin hükümler “umumi hükümler” kısmında değil mal sigortalarına ilişkin kısımda (m.1290) ve denizcilik sigortalarına ilişkin kısımda (m.1363-1370) yer almaktadır. TTK’de ise sözleşme öncesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne ilişkin hükümler “genel hükümler” kısmında özellikle TTK’nin 1435 ilâ 1443. maddelerinde her türlü sigorta sözleşmesini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca hayat sigortalarının genelde uzun vadeli sözleşmeler olduğu gözetilerek TTK’nin 1497 ve 1498. maddelerinde gerek yaş ve gerekse önemli hususlar ile ilgili olarak beyan yükümlülüğü ihlallerinde sözleşmelerin devamına yönelik düzenlemelere gidilmiştir. Bu kapsamda TTK’nin 1435. maddesi gereğince sigorta ettiren, sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Önemli hususların neler olduğunun tespiti noktasında ise anılan maddede iki ölçüt belirlenmiştir. Bunlardan birincisi, sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise önemli kabul edilmektedir. İkincisi ise sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılmaktadır. Dolayısıyla sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün kapsamında sözleşmenin yapılması sırasında sigorta ettirenin bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususlar yer almaktadır.

TTK’nin 1439. maddesinde sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâli hâlinde sigortacının hakları; ihlâlin riziko gerçekleşmeden önce öğrenilmesi veya riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmesi şeklinde ikili bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Buna göre sigortacı sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâlini riziko gerçekleşmeden önce öğrenmiş ise; öğrendikten itibaren on beş gün içinde sigorta ettirene yönelteceği bir beyanla sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde, sözleşmeden cayılmış kabul olunur. Önemli olan bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez (TTK m.1439/1).

Sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâli riziko gerçekleştikten sonra öğrenilmiş ise sigor-

tacının hakları, TTK’nin 1439/2 maddesi gereğince sigorta ettirenin kusur derecesine ve ayrıca beyan edilmeyen husus ile gerçekleşen riziko arasındaki bağlantıya göre belirlenmektedir. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sigorta ettirenin ihmali ile beyan yükümlülüğü ihlâl edildiği takdirde, bu ihlâl tazminatın veya bedelin miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre tazminattan indirim yapılır. Sigorta ettirenin kusuru kast derecesinde ise beyan yükümlülüğünün ihlâli ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacının tazminat veya bedel ödeme borcu ortadan kalkar; bağlantı yoksa sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder (TTK m.1439/2). Böylece beyan yükümlülüğünün ihlâlinin rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmesi durumunda sigorta ettirenin kusurunun ve illiyet bağının bir rolü bulunmaz iken; beyan yükümlülüğünün ihlâlinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi durumunda ise sigorta ettirenin kusuruna ve illiyet bağına göre belirleme yapılacaktır. Başka bir deyişle beyan yükümlülüğünün ihlâlinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmesi durumunda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde kusuru bulunmuyorsa sigortacı sigorta tazminatını veya bedelini herhangi bir indirim yapmaksızın ödemek zorundadır.

Görüldüğü üzere sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü detaylı olarak düzenlenmiş; beyan yükümlülüğünün ihlâli hâlinde sigortacının hakları, ihlâlin rizikonun gerçekleşmesinden önce ve sonra öğrenilmesi durumuna göre belirlenmiştir. Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması ve sigortanın kendine özgü münhasır özellikleri gözetildiğinde sigortacı açısından aydınlatma yükümlülüğü bir yükümlülük olarak düzenlenmiş iken; sigorta ettiren açısından beyan yükümlülüğü özellikle bir külfet olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü de bir koruma yükümlülüğü niteliğinde olmasına rağmen, sigortacı, beyan yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle tazminat talep edememekte; sadece sigortacı, beyan yükümlülüğünün ihlâlini rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenmişse, sözleşmeden cayabilmekte veya prim farkı isteyebilmekte; buna karşılık sigortacı be-

yan yükümlülüğünün ihlâlini riziko gerçekleşikten sonra öğrenmişse sigorta ettirenin kusurunun derecesine ve aradaki illiyet bağına göre sigorta tazminatından veya bedelinden indirim, tazminat veya bedel ödeme borcunun tamamen ortadan kalkması ya da ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak sigorta tazminatının veya bedelinin ödenmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla sigorta ettiren, beyan yükümlülüğünü bir borcun ifası kapsamında yerine getirmemekte; sadece sigorta tazminatından mahrum kalmamak ve hak kaybına uğramamak için yerine getirmektedir. Böylece beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sigortacı tarafından dava edilmesi mümkün olmadığı gibi sigortacının ayrıca Kanundaki özel düzenleme karşısında tazminat talep etmesi de mümkün değildir.

Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü yerine getirmesi noktasında “beyan usulü”, “liste usulü” ve “karma usul” olmak üzere üç farklı usul bulunmaktadır. Beyan usulünde sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken sözleşme konusuna ilişkin tüm önemli hususları kendiliğinden sigortacıya bildirmektedir. Liste usulünde de sigortacı tarafından sigorta konusu için önem arz eden hususların bir soru listesi hâlinde sigorta ettirene verilerek cevaplandırılmasının talep edilmektedir. Liste usulünde sigorta ettiren sadece kendisine sorulan soruları cevaplandırmak suretiyle beyan yükümlülüğünü yerine getirilmiş olur. Başka bir deyişle liste usulünde sözleşme açısından önem arz etse dahi kendisine sorulmayan hususlarda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü bulunmamaktadır.³² Karma usul ise bu iki usulün sakıncalı kısımları bertaraf edilmek suretiyle faydalı kısımlarının bir araya getirildiği usuldür. Karma usulde genel olarak ya beyan usulü temel alınarak bu usul liste usulüyle desteklenmekte (beyan usulüne dayalı karma usul) ya da liste usulü temel alınarak bu usul beyan usulüyle desteklenmektedir (liste usulüne dayalı karma usul).

TTK ile sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünde hem “beyan usulüne dayalı karma usul” hem de “liste usulüne dayalı karma usul” benimsenmiştir. Gerçekten de TTK'nin 1435. maddesinde; sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya

bildirmesi gerektiği ve ayrıca sigortacı tarafından da yazılı ve sözlü sorular sorulabileceği düzenlenerek “beyan usulüne dayalı karma usul”ün; TTK'nin 1436. maddesinde, sigorta ettirene cevaplaması için bir soru listesi verilmesi hâlinde listede yer alan sorular dışında kalan hususlara ilişkin hiçbir sorumluluk yüklenemeyeceği ve bununla birlikte sigorta ettirenin kötü niyetli olması hâlinde bunun geçerli olmayacağı düzenlenerek “liste usulüne dayalı karma usul”ün benimsediği anlaşılmaktadır.³³

C. SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sigortacıların güvenilir kişi sıfatları da gözetildiğinde kurulacak sözleşme hakkında sigorta ettirenleri aydınlatmaları ve bazı durumlarda onlara danışmanlık yapmaları daha bir önem kazanmaktadır.³⁴ Zira sigorta sözleşmelerinde sigorta korumasının soyut bir ürün olduğu gözetildiğinde sigorta ettirenin satın alacağı ürünü ancak kendisine verilen bilgiler ve yapılacak uyarılar sayesinde somutlaştıracağı aşikârdır.³⁵ Sigorta, önceden denenebilen bir ürün olmayıp maddi varlığa sahip diğer ürünlerden farklı olarak satın alınmadan önce görülmesi mümkün değildir.³⁶ Sigorta sözleşmelerinde sigortacının teknik anlamda bu işin uzmanı olduğu gözetildiğinde sigorta ettiren, herhâlde sigorta sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturmaktadır.³⁷ Sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren, ekonomik olarak güçlü olsa dâhi, gerek sigorta hukukuna gerekse sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış genel ve özel şartlara ilişkin olarak sigortacıya

³³ Aydın, s. 107.

³⁴ Danışmanlık yapma yükümlülüğünün aydınlatma yükümlülüğüne bakan yönü bulunmakta ise de danışmanlık yapma yükümlülüğünde, sigortacı değer yargısı bildirerek kendi kişisel görüşleri doğrultusunda sigorta ettirene yol göstermekte; aydınlatma yükümlülüğünde ise sigorta ettirene herhangi bir değer yargısı içermeyen standart bilgiler aktarılmakta ve bunların değerlendirilmesi sigorta ettirene bırakılmaktadır. Bu itibarla öncelikle belirtilmesi gerekir ki aydınlatma yükümlülüğü hiçbir şekilde danışmanlık yapma yükümlülüğünü kapsamamakta; bu ikisi birbirinden farklı yükümlülükleri ifade etmektedir. Bkz. Langheid & Wandt & Armbrüster, VVG §7, Rn. 1-2.

³⁵ Langheid & Wandt & Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 13.

³⁶ Langheid & Wandt & Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 14; Ünán, s. 187.

³⁷ Langheid & Wandt & Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 17.

³² Aydın, s. 106.

göre daha az bilgi sahibi olduğundan (asimetrik bilgi), her zaman için sözleşmenin zayıf ve dolayısıyla korunması gereken tarafıdır.³⁸ Dolayısıyla sigorta ettirene yapılan bilgilendirmeler sayesinde taraflar arasındaki bilgi asimetrisi dengelenmeye çalışılacak ve hukuki bir ürün olan sigortanın somutlaşması sağlanacaktır.³⁹ Nitekim Türk hukukunda sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne dair bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde de; taraflar arasında sözleşme görüşmeleriyle birlikte dürüstlük kuralına dayanan ve koruma yükümlülüğü doğuran güven ilişkisinin kurulduğu, sigorta sözleşmesinin azami iyi niyet sözleşmesi olduğu, 6762 sayılı TTK'nin sigorta ettireni koruma amacı ile tüketicinin korunması ve aydınlatılması ilkesi gözetilerek sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir.⁴⁰

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ilk düzenlemelerden biri 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁴¹ 11/3 maddesidir.⁴² Anılan madde "sigorta şirketleri ve sigorta acen-

terleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse devamı sırasında sigorta ettiren, lehtar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir" şeklinde düzenleme içermektedir. Görüldüğü üzere Sigortacılık Kanunu'nun 11/3 maddesi ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü öngörülmekle birlikte bu hususta özel bir düzenleme getirilmemiş, her şey yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu kapsamda 28.10.2007 tarihli Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik⁴³ (SSBİY) ile sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü detaylı olarak düzenlenmiş; bilgilendirme yükümlülüğünün bilgilendirme formu aracılığıyla yerine getirileceği belirtilerek bilgilendirme formunda yer alması gereken asgari unsurlar tespit edilmiştir. Daha sonra sigortacının aydınlatma yükümlülüğü TTK'nin 1423. maddesi ile gerçek anlamda kanunla düzenlenmiştir. TTK'nin 1423/1 maddesi; "sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar." hükmünü haizdir. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde sigorta ettirenin sahip olduğu hak ise TTK'nin 1423/2 maddesinde; "aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur" şeklinde ifade edilmiştir. Son olarak kanuni dayanağı TTK ve Sigortacılık Kanunu'nun 11/3 maddesi olan 14.02.2020 tarihli

³⁸ Ünán, s. 209; Yetiş Şamlı, s. 2978.

³⁹ Langheid & Wandt & Armbrüster, Vorbemerkung vor VVG §§6-7, Rn. 12.

⁴⁰ "... Hukuki bir süreç olan sözleşme ilişkisi, bir anda kurulup meydana gelen bir işlem değildir. Sözleşmenin müzakeresine ilişkin görüşmelerin başlaması ile birlikte taraflar arasında, sözleşme ilişkisine paralel, adeta ikinci bir ilişki olarak dürüstlük kuralına dayanan ve koruma yükümlülüğü doğuran akit benzeri bir güven ilişkisi kurulur ve buna bağlı olarak taraflar sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği hususunda karar verir. Zira sözleşme hukukunda akid tarafların, aralarında henüz geçerli bir hukuki ilişki meydana gelmemiş olsa bile, karşılıklı olarak birbirlerinin menfaatlerini gözetmeleri esastır. Bu, Medeni Kanun'un 2'nci maddesinde öngörülen objektif iyi niyet kuralının, sigorta sözleşmesinin azami iyi niyet akdi olmasının ve genel hukuk ilkelerinin doğal bir sonucudur. Akid tarafların bu kapsamda gerçekleştirecekleri bilgilendirme yükümlülüğü de aynı kapsam içinde değerlendirilmelidir. Aksine bir uygulama, herhangi bir hukuki metinde yaptırım altına alınmamış olsa bile, borçlar hukuku hükümleri ve culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazminat borcunun doğmasına neden olacaktır. Bu çerçevede, sigorta sözleşmeleri için öngörülen bilgilendirme yükümlülüğünü de genel esaslardan ayrı düşünebilmek mümkün değildir. Zira, bu durum sadece genel hükümlerin sigortacılık gibi özel bir alanda hüküm altına alınmasından ibarettir..." Bkz. Hazine Müsteşarlığının 19.02.2008 tarihli ve 2008/7 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge; Ayrıca bkz. Omağ, Merih Kemal, 'Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri', Akın, Murat Yusuf & Caner, Oğuz (Editörler) (2003), Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 26.

⁴¹ RG: 14.6.2007 - 26552.

⁴² Esasında Türk hukukunda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ilk kez 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun ek 2. maddesi

sinde 11.06.1987 tarihinde yapılan değişiklikle ve bu maddeyle dayanılarak çıkarılan 28.11.2006 tarihli Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik (SSBİY) ile düzenlenmiştir. 7397 sayılı Kanun'un ek 2. maddesinde doğrudan sigortacının aydınlatma yükümlülüğünden söz edilmemekte sadece sigortacının davranışlarının sınırı çizilmektedir. 28.11.2006 tarihli SSBİY'nin yürürlüğe girmesinden hemen sonra 7397 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak Sigortacılık Kanunu kabul edilmiş; daha sonra Sigortacılık Kanunu'nun "sigorta sözleşmeleri" başlığını taşıyan 11/3 maddesine dayanılarak Hazine Müsteşarlığı tarafından 28.11.2006 tarihli SSBİY ile aynı içeriğe sahip 28.10.2007 tarihli SSBİY hazırlanmış ve bu yeni Yönetmelik ile 28.11.2006 tarihli SSBİY yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴³ RG: 28.10.2007 - 26684.

SSBİY⁴⁴ yürürlüğe girmiş ve Sigortacılık Kanunu'nun 11/3 maddesine dayanılarak çıkarılan 28.10.2007 tarihli SSBİY yürürlükten kaldırılmıştır.

TTK'de sigortacının aydınlatma yükümlülüğü düzenlenirken, tasarının hazırlandığı sırada yürürlükte olan reform öncesi Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (VVGaF) §5a ve Alman Sigorta Denetleme Kanunu (VAGaF) §10a düzenlemelerinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Alman sigorta hukukunda VVGaF §5a ile sigorta ettirene itiraz hakkı tanınmasının amacı genel hükümler gereğince sözleşme kapsamına girmeyen genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi hususunun sigorta ettirenin iradesine bağlanmasıdır. Bu kapsamda sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde VVGaF §5a ile öngörülen sözleşmenin yapılmasına itiraz hakkı, Türk hukukunda da sigorta ettirene bir hak olarak tanınmıştır.⁴⁵ Türk hukukunda “sözleşmenin yapılmasına itiraz” diye bir kurum olmadığı gibi “itiraz” kavramı da sigorta hukukuna yabancı bir kavram olduğundan TTK'nin 1423/2 maddesinde sigorta ettirene tanınan itiraz hakkı ile neyin kastedildiği ve neyin amaçlandığı belirsiz bir hâl almış; bu husus Türk hukukunda tartışmalara neden olmuştur.⁴⁶ “İtiraz” kavramının hukuki niteliğinin belirlenmesi her şeyden önce sigorta ettirenin bu hakkını kullanmaması hâlinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağı noktasında önem arz etmektedir.

Genel işlem koşulları Türk hukukunda Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 20 ilâ 25. maddeleri arasında, BGB'nin “Borç İlişkileri Hukuku” başlığı bölümünde yer alan “Borç İlişkilerinin İçeriğinin Genel İşlem Koşullarıyla Düzenlenmesi” başlığı al-

tındaki on madde (BGB §§305, 305a, 305b, 305c, 306, 307, 308, 309, 310) mehz alınarak yasal bir zemine kavuşmuştur.⁴⁷ Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi ise TBK'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nın 21/1 maddesi; “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” şeklinde düzenleme içermektedir. Bu durumda genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girebilmesi; sözleşmeyi hazırlayan tarafın bu şartların varlığı konusunda karşı tarafı açıkça bilgilendirmiş olmasına, bu şartların içeriğini öğrenme fırsatı tanınmasına ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesine bağlanmıştır; aksi hâlde bu şartlar yazılmamış sayılacaktır.⁴⁸ Genel işlem koşullarının kullanılacağı konusundaki gerekli bilgilendirmenin yapılması kural olarak sözleşme öncesinde sözlü veya yazılı olarak yerine getirilmelidir.⁴⁹

Sigorta sözleşmesinin kurulması için bir şekil şartı öngörülmediğinden sigorta sözleşmeleri, Türk sigorta uygulamasında genellikle sözlü olarak yapılmakta; daha sonra sigortacı (veya acentesi) tarafından düzenlenen sigorta poliçesi sigorta ettirene verilmektedir.⁵⁰ Sigortacının poliçe verme yükümlülüğünün düzenlendiği TTK'nin 1424/1 maddesi gereğince sigorta sözleşmesi sigortacının kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört saat, diğer hâllerde on beş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçenin sigorta ettirene verilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere sigorta poliçesi esasında sözleşmenin kurulmasından sonra sigortacı tarafından tek taraflı olarak düzenlenen ve düzenleyenin imzasını

⁴⁴ RG: 14.02.2020-31039.

⁴⁵ Alman hukukunda reform öncesi VVG §5a ile düzenlenen itiraz hakkının hukuki niteliği için bkz. **Dörner**, Heinrich & **Hoffmann**, Stefan (1996), ‘Der Abschluß von Versicherungsverträgen nach §5a VVG’ NJW, C: 3, s. 155; **Döhmer**, Tronje (1997), ‘Die Fiktivnendes §5a VVG’; zfs, C: 3, s. 281 vd; **Lorenz**, Egon (1995), ‘Zum Abschluß eines Versicherungsvertrags nach §5a VVG’ VersR, C: 3, s. 616; **von Ferber**, Karl-Georg & **Rosowski**, Oliver (2018), ‘Die Widerspruchsmöglichkeit bei Lebens und Rentenversicherungsverträgen aus den Jahren 1195 bis 2007’ VuR, C: 2, s. 90.

⁴⁶ Sigorta ettirene tanınan itiraz hakkının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Er**, Sefa (2022), ‘Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Etmesi Hâlinde Sigorta Ettirenin İtiraz Hakkı’ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 26, s. 507 vd.

⁴⁷ **Aydoğdu**, Murat (2018) Genel İşlem Koşulları Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 2.

⁴⁸ **Atamer**, M. Yeşim, ‘Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1(f) ile Karşılaştırmalı Olarak’; 2012, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 28; **Aydoğdu**, s. 155.

⁴⁹ **Çınar**, Ömer (2009) Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 70; **Atamer**, s. 29.

⁵⁰ **Memiş**, Tekin (2016) Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 139; **Ünan**, s. 245; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 138.

taşıyan, ayrıca sözleşmenin yazılı şartlarla yapıldığını ispat eden bir belge niteliğindedir. Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde genel işlem koşullarının (sigorta genel ve özel şartlarının) poliçe ile birlikte sigorta ettirene verilmesi genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesini sağlamayacaktır (TBK m.21).⁵¹ Bu husus kanun koyucu tarafından sigorta sözleşmeleri için de kabul edilmektedir ki TTK'nin 1423/2 maddesinde sigorta ettirenin on dört gün içinde itiraz hakkını kullanmaması hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı belirtilerek poliçede yazılı şartların itiraz hakkının kullanılacağı sürede sözleşme kapsamına girmediği ifade edilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda poliçenin sözleşme kurulduktan sonra sigorta ettirene verildiği gözetilerek TTK'nin 1423/2 maddesi ile genel hükümlerden (TBK m.21) ayrı olarak sigorta sözleşmelerine özgü istisna bir düzenleme yapılmıştır.

Kanaatimizce TTK'nin 1423/2 maddesi, maddenin lafzı ve mehz VVGaF §5a gözetildiğinde, genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin TBK'nin 21. maddesi karşısında özel hüküm niteliğindedir.⁵² Bu itibarla sigorta sözleşmelerindeki

itiraz hakkı da genel hükümler gereğince sözleşme kapsamına giremeyen genel işlem koşullarından hangilerinin sözleşme kapsamına gireceği, hangilerinin yazılmamış sayılacağı hususunda sigorta ettirene tanınan bir hak olarak kabul edilmelidir.⁵³ Dolayısıyla sigorta ettiren sözleşmenin bu şekilde yapılmasına poliçenin kendisine verilmesinden itibaren on dört gün içinde itiraz ederse genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girmeyecek; sözleşme ya poliçede yazılı şartlarla yapılmamış olacak ya da poliçede yazılı şartların itiraza uğramayanları ile yapılmış olacaktır.⁵⁴ Buna karşılık sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz hakkını kullanmaz ise genel işlem koşulları o zaman sözleşme kapsamına girecek ve sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacaktır.⁵⁵

Sigorta ettirenin on dört gün içerisinde itiraz hakkını kullanmaması hâlinde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı şeklindeki düzenleme, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayımını ortaya çıkarmamalıdır.⁵⁶ Zira sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması durumunda sadece genel işlem koşullarının TBK'nin 21. maddesi gereğince sözleşme kapsamına girmesi için gerekli bilgilendirmenin yerine getirildiği varsayılmakta; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu varsayımı öngörülmemektedir. Eğer itiraz hakkının kullanılmaması durumunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği varsayılmış olsaydı bu husus kanun koyucu tarafından tartışmaya mahal bırakılmayacak şekilde özellikle düzenlenirdi.⁵⁷ Başka bir deyişle TTK'nin 1423/2

⁵¹ Kanaatimizce sigorta özel şartlarının yanı sıra sigorta genel şartları da genel işlem koşulu niteliğindedir. Zira genel işlem koşulunun varlığı için TBK'nin 20. maddesinde belirtilen unsurların bulunması yeterli olup, sigorta genel şartlarının devlet tarafından düzenlenmesi ve onaylanması ile Resmi Gazete'de yayımlanması bu şartları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Aynı yönde Bkz. **Ünan**, Samim & **Atamer**, Yeşim, 'Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement': Wandt, Manfred & **Ünan**, Samim (Editörler) (2012) Transparency in Insurance Law, 1. Baskı, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, s. 69; **Bahtiyar**, Mehmet (1997), 'Sigorta Poliçesi Genel Koşulları' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 2, C: 19, s. 92; **Ünan**, s. 228; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 52; **Atamer**, s. 15; **Yazıcıoğlu & Şeker Ögüz**, s. 14; **Kabukçuoğlu Özer**, Fatma Dilek (2012) Sigortacılık Kanunu Şerhi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 154; Buna karşılık öğreti de bir görüş; sigorta genel şartlarının devlet tarafından düzenlenmesini ve onaylanmasını, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesini, bu şartların sözleşmenin her iki tarafı bakımından da bağlayıcı olmasını, ayrıca sigorta genel şartları kullanılmamanın yaptırıma tabi olmasını ileri sürerek sigorta genel şartlarının TBK'nin 20. maddesi anlamında genel işlem koşulu olduğunu kabul etmemektedir. Bkz. **Gökay Çınar**, Senem (2021) Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 43; **Yeşilova Aras**, Ecehan (2015), 'Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 466; **Memiş**, s. 32-40; **Aydoğdu**, s. 78-79.

⁵² Öğretide **MEMİŞ**, poliçe üzerinde yer alan sigorta özel şartlarının genel işlem koşulu olduğunu, ancak yürürlük denetimi

bakımından TTK'nin 1423/2 maddesinin TBK'nin 21. maddesine istisna getirdiğini belirtmektedir. Bkz. **Memiş**, s. 144; Alman hukukunda da mehz VVGaF §5a düzenlemesinin BGB §305 karşısında sigorta sözleşmelerine yönelik özel hüküm niteliğinin bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. **Lorenz**, s. 620; **Dörner & Hoffmann**, s. 154; **von Ferber & Rosowski**, s. 96.

⁵³ **Er**, s. 534.

⁵⁴ **Er**, s. 541.

⁵⁵ Buna karşılık sigorta ettirenin itiraz etmemesi genel işlem koşullarının yürürlük denetiminin aşılmasını sağlayacak ise de genel işlem koşullarının yorum ve içerik denetiminden muaf olmasını sağlamayacaktır. Bkz. **Memiş**, s. 145.

⁵⁶ **Er**, s. 551.

⁵⁷ **Yazıcıoğlu**, Emine (2010) Sigorta Aracıları Hukuku 1, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 178. Yazar, TTK'nin 1423/2 maddesinin "sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz etmemesi hâlinde, ge-

maddesinde sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına on dört gün içerisinde itiraz etmemesi hâlinde; sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı değil, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağı çok açık bir şekilde belirtilirdi.

Dolayısıyla sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hâlinde, sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanıp kullanmamasından bağımsız olarak, sigorta ettirenin genel hükümlerden (culpa in contrahendo) kaynaklanan haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir. Gerçekten de sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu nedenle sigorta ettirenin bir zararının doğması hâlinde sigortacının sorumluluğunun “culpa in contrahendo sorumluluğu” kapsamında değerlendirilmesi gerekir.⁵⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada taraflardan birinin, diğer tarafa veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında oluşan özel bağlantı sonucu ortaya çıkan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucunda sorumlu olmasını ifade etmektedir.⁵⁹ Bu kapsamda sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlali hâlinde, sigorta ettirenin iradesi etkilenmiş ve bir zararı oluşmuşsa bu zararını culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında talep etmesi ve sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Bu husus denetim makamı tarafından da kabul edilmektedir ki SSBİY'nin 7. maddesinde sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde sigorta ettirene tanınan haklar arasında itiraz hakkına yer verilmemiş, sigorta ettirenin tazminat ve fesih hakkının bulunduğu özellikle ortaya konulmuştur.

rektiği şekilde aydınlatılmış sayılacağı yönünde karine doğacağı” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini, zira sözleşme herhâlde poliçede yazılmış şartlarla kurulmuş olacağından bu hususun aydınlatma açıklamasının verilip verilmemesine bağlanmaması gerektiği belirtmektedir.

⁵⁸ Langheid & Wandt & Armbrüster, VVG §7, Rn. 118; Demircioğlu, s. 178; Ünán, s. 238; Aydınli, s. 77.

⁵⁹ Baygın, Cem (2000), ‘Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması’ Atatürk Üniversitesi Erzinçan Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: 4, s. 346; Kocayusufpaşaoğlu, Necip (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 9; Eren, s. 41; Kırcı, 159; Demircioğlu, s. 174; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 976.

III. SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SİGORTA ETTİRENİN BEYAN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Sigorta sözleşmelerinde sözleşme öncesi sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü birbirine bağımlı olarak var olan ve birinin varlığı diğerinin de varlığını gerektiren bir özellik göstermektedir. Hatta sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü çerçevesinde verdiği bilgiler oluştururken sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün kapsamını da sigortacının aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde yaptığı uyarılar ve verdiği bilgiler oluşturmaktadır. Başka bir deyişle tarafların aydınlatma ve beyan yükümlülüklerinin kapsamı, birbirlerine vermiş oldukları bilgiler ve yapmış oldukları uyarılar çerçevesinde şekillenmektedir. Dolayısıyla sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ile sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü birbirinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁶⁰ Hatta uygulamada da genellikle, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiğinden bahisle sigortacı tarafından tazminat ödemesinin yapılmadığı durumlarda, sigorta ettiren tarafından kendisinin beyan yükümlülüğü hususunda uyarılmadığı ve sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği ileri sürülmektedir.⁶¹

⁶⁰ Erbaş Açıklı, Aslıhan (2021), ‘Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku Prensipleri’nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi’ İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 3, C: 79, s. 885; Ruffer, Wilfried & Halbach, Dirk & Schimikowski, Peter & Bearbeiter (2020) Versicherungsvertragsgesetz, 4. Baskı, Nomos, (Ruffer & Halbach & Schimikowski & Schimikowski, VVG §19, Rn. 70).

⁶¹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 25.11.2019, E: 2017/554, K: 2019/11035; “... kredinin kullanılmasından önce murise Dicle Üniversitesi Hastanesi Beyin Cerrahi Kliniğinde mide CA tanısı konarak tedavisinin başladığı, kredi kullanım esnasında da tedavinin devam ettiği, ölümünün de kanser hastalığı sebebiyle gerçekleştiği, murisin kredi kullanım esnasında bu hususta bilgilendirildiği, bilgilendirme formunun dosyada mevcut olduğu...”.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 08.05.2019, E: 2016/3452, K: 2019/5680; “... Dosya kapsamından, davalı sigorta şirketi tarafından düzenlenmiş davacılar murisinin imzasının yer aldığı poliçede murise kalp rahatsızlığı dâhil belirtilen hastalık ve rahatsızlıklarının olup olmadığının açıkça sorulduğu, sigortalı murisin bu soruya cevabının poliçede HAYIR olarak yazıldığı ve kalp hastalığını bildirmede, yine davalı sigorta şirketi tarafından düzenlenmiş bilgilendirme formunda beyan yükümlülüğü ile ilgili açıklamalar yer almakla birlikte davacılar murisinin bu formda da imzasının yer aldığı...”.

Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü ile sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü birbiri içine geçmiş durumda olsa da öncelikle sigortacı tarafından aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarılması gerekmektedir.⁶² Gerçekten de sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmesi için sigorta ettirenin sadece sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün varlığı hakkında uyarılması yeterli olmayıp beyan yükümlülüğünün ihlâlinin sonuçları hakkında da sigorta ettirenin genel olarak uyarılması gereklidir.⁶³ Ayrıca beyan yükümlülüğünün hangi hususları kapsadığı ve hangi hususların beyan edilmesinin “önemli husus” olduğu sigorta ettirene bildirilmelidir.⁶⁴ Bu durum dürüstlük kuralının bir gereği olarak sigortacının sahip olduğu güvenilir kişi sıfatının da bir sonucudur. Sadece beyan yükümlülüğüne ilişkin Kanun maddelerinin sigorta ettirene sunulması aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edildiği anlamına gelmemeli; sigortacı sigorta ettirenin anlayacağı şekilde net olarak açıklama yapmalıdır.

TTK Tasarısının sigorta hukukuna ilişkin kitabının hazırlanmasında VVGaF ana kaynak olarak kabul edilmiştir.⁶⁵ TTK Tasarısının tamamlanmasından sonra ise ana kaynak olarak kabul edilen VVGaF yürürlükten kaldırılarak reform niteliğinde değişiklikler içeren VVG yürürlüğe girmiştir. TTK, 01.07.2012 tarihinde VVG, ise 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen Tasarı'nın görüşmelerinde VVG dikkate alınmamış; özellikle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerde Türk hukuku ile Alman hukuku arasında önemli farklılıklar meydana gelmiştir. Bu farklılardan birisi de sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının ay-

dınlatma yükümlülüğü arasındaki ilişkinin Alman hukukunda özel olarak düzenlenmesine rağmen bu hususun Türk hukukunda yer almasıdır.

B. ALMAN HUKUKUNDA DURUM

Alman hukukunda Avrupa Birliği Direktifleri gözetilerek kabul edilen ve 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren VVG ile sigorta sözleşmesinde tarafların aydınlatma yükümlülükleri ve sonuçları özellikle düzenlenmiştir. VVG §6 ile sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğü düzenlenirken; VVG §59-68'de ise sigorta aracılarının danışmanlık yapma ve belgelendirme yükümlülüklerine özel olarak yer verilmiştir.⁶⁶ Bununla birlikte sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü VVG §7 ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda ayrıca Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik (VVG-InfoV) çıkarılmış; böylece tüm sigorta türleri için bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı VVG §7 ve VVG-InfoV'de özetlenmiştir.⁶⁷ Daha sonra yürürlüğe giren Avrupa Birliği Direktifleri (özellikle 2016/97/EC sayılı Direktif) doğrultusunda VVG §6'dan sonra gelmek üzere danışmanlık yapma yükümlülüğünün ayrıntılarının düzenlendiği §6a; VVG §7'den sonra gelmek üzere çapraz satışlara ilişkin bilgilendirmeyi düzenleyen §7a; yatırım ürünlerine ilişkin bilgilendirmeyi düzenleyen §7b ve §7c; grup sigortalarına ilişkin bilgilendirmeyi düzenleyen §7d eklenmiştir.

Alman hukuku bakımından VVG §7 gereğince sözleşme kurulmadan önce sigortacı, sigorta ettireni metin biçiminde (textform) ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde açık ve anlaşılır bir hâlde bilgilendirmelidir.⁶⁸ Ayrıca VVG §7/2 gereğince çıkarılan VVG-InfoV §4'te sigorta ettiren tüketici ise sigortacının sigorta ettirene sözleşmeyle ilgili en önemli bilgilerin ayrı bir “ürün bilgi formu” içinde verilmesi gerektiği, ürün bilgi formunun içeriğinin ve formatının Avrupa Birliği'nin 2017/1469 sayılı Komisyon Uygulama Tüzüğü'ne uygun olarak hazırlanacağı düzenlenmiştir.⁶⁹ Öte yandan Avrupa Bir-

⁶² **Langheid & Wandt & Langheid**, VVG §19, Rn. 156; Aksi yönde bkz. **Yavaş**, Mahmut (2019) Kara Taşıtları Sigortaları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 292. Yazar, beyan yükümlülüğünün zaman bakımından aydınlatma yükümlülüğünden önce yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir; zira sigorta ettiren neyi beyan edeceğini ve bunun ihlâlinin sonuçlarını bilmeden yerine getirdiği beyan yükümlülüğünün bir tarafı her zaman eksik kalacaktır.

⁶³ **Aydın**, s. 56.

⁶⁴ **Aydın**, s. 56.

⁶⁵ Bkz. TTK Genel Gerekeç No. 204, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, s.e.t. 01.09.2022.

⁶⁶ Detaylı bilgi Bkz. **Prölls, Erich & Martin**, Anton & **Bearbeiter** (2021) Versicherungsvertragsgesetz, 31. Baskı, C.H.Beck, (**Prölls & Martin & Rudy**, VVG §6, Rn. 1).

⁶⁷ **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG §7, Rn. 4.

⁶⁸ **Prölls & Martin & Rudy**, VVG §7, Rn. 6.

⁶⁹ 2016/97/EC sayılı Direktif'in 20/9 maddesine dayanılarak sigorta ürünü bilgi belgesi için standart bir sunum formatı belirle-

liğin 1286/2014 sayılı Tüzüğü gereğince yatırıma dönük sigorta ürünüyle ilgili temel bilgiler belgesi hazırlanacak olması dolayısıyla tekrarı önlemek için yatırıma dönük sigorta ürünleri ürün bilgi formu kapsamı dışında bırakılmıştır.⁷⁰ Ürün bilgi formu ile sigorta ettirenin, kısa ve anlaşılır bir format kullanılarak sözleşmenin temel özelliklerine genel bir bakış elde etmesi, sözleşmede yer alan hak ve yükümlülükleri hızlı bir şekilde görmesi amaçlanmaktadır.⁷¹ Zira sigorta genel şartları ve diğer genel işlem koşulları genellikle sigorta ettiren tarafından okunmadığından ürün bilgi formu, bunlarda yer alan ve dikkat edilmesi gereken hususları içererek genel bir bakış açısı sağlamaktadır.⁷² Ürün bilgi formu, sigorta genel şartlarının veya poliçenin bir parçası olmadığı gibi burada yer alan bilgiler de sözleşmenin içeriği değil, içeriği hakkında verilen özet bilgidir.⁷³ Bu nedenle ürün bilgi formunda sadece tüketicinin bakış açısına göre karar verme anında uygun ürünün seçimine yönelik karşılaştırma ve karar vermeyi kolaylaştıracak bilgiler yer almaktadır.⁷⁴ Aşırı bilgi içeren ürün

bilgi formları VVG-InfoV'yi ihlâl eder ve ürün bilgi formunda yer alan bilgileri esasa indiremeyen sigortacı bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl etmiş olur.⁷⁵

Alman hukukunda sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda sigortacının sahip olacağı haklar VVG §§19-21 arasında düzenlenmiş; bu kapsamda sigortacının sözleşmeden dönme, sözleşmeyi fesih ve sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü hile ile ihlâl ettiği durumlarda sigortacının genel hükümler kapsamında sözleşmeyi iptal etme hakkı da bulunmaktadır (VVG §22). Reform öncesi dönemde olduğu gibi reform sonrası dönemde de sigortacı tarafından bu hakların kullanılması ve hukuki sonuçları; sigorta ettirenin kusurlu olup olmamasına, sözleşmenin uyarlanarak ayakta kalıp kalmamasına ve illiyet bağının bulunup bulunmamasına göre farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte VVG §19/5 gereğince sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlâlî hâlinde sigortacının kendisine tanınan, sözleşmenin iptali dışındaki haklarını kullanabilmesi için öncelikle sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında metin biçiminde bilgilendirmiş olması gerekmektedir.⁷⁶ Reform öncesi VVGaF'de olmayan bu düzenleme sigorta ettirenleri korumak amacıyla getirilmiştir.

Alman hukukunda sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesinin, sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü yerine getirmeden önce ve ayrı bir yazılı belge ile (metin biçiminde) yapılması gerekmektedir.⁷⁷ Başka bir deyişle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ve sonuçları

mek amacıyla 11.08.2017 tarihli ve 2017/1469 sayılı Komisyon Uygulama Tüzüğü çıkarılmıştır. Anılan Tüzük gereğince sigorta ürün bilgi belgesinde sigorta ettirene hayat dışı sigorta ürününe ilişkin sözleşme öncesi ve sözleşmeye dayalı eksiksiz bilgilerin verildiği açıkça belirtilmeli ve bu beyan, hayat dışı sigorta ürününün üreticisinin adının hemen altında yer almalıdır (m.2). Sigorta ürün bilgi belgesi yazdırıldığında iki A4 sayfası biçiminde düzenlenmeli, daha fazla alana ihtiyaç duyulması hâlinde en fazla üç A4 sayfası olarak hazırlanmalıdır (m.3). Sigorta ürün bilgi belgesi, sigorta ettirenin bu belgenin içeriğini anlamasını kolaylaştıracak şekilde sade bir dille hazırlanmalı ve sigorta ettirenin bilinçli bir karar vermesi için ihtiyaç duyduğu temel bilgilere odaklanılmalıdır. Özellikle teknik sigorta terimlerinin kullanılmasından kaçınılmalıdır (m.5). Bkz. **Prölls & Martin & Rudy**, VVG-InfoV §4, Rn. 1.

⁷⁰ Avrupa Birliği hukukunda öncelikle Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma ve özellikle Antlaşmanın 114. maddesine dayanılarak 26.11.2014 tarihli ve 1286/2014 sayılı Yatırıma Dönük Bireysel Ürünler ve Sigorta Ürünlerine İlişkin Temel Bilgiler Belgesi Hakkında AB Tüzüğü (PRIIPs) kabul edilerek; yatırıma dönük sigorta ürünlerinde yatırımcıların temel özellikleri ve riskleri anlamalarını ve karşılaştırmalarını sağlamak için PRIIP üreticileri tarafından hazırlanacak "temel bilgiler belgesi"nin formatı ve içeriği ile yatırımcılara temel bilgiler belgesinin sağlanması hakkında tek tip kurallar koyma amaçlanmıştır (m.1). Bkz. **Langheid & Rixecker**, VVG-InfoV §4, Rn. 11.

⁷¹ **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG-InfoV §4, Rn. 2; **Beckmann & Matusche-Beckmann & Schwintowski**, §18, Rn. 116.

⁷² **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG-InfoV §4, Rn. 2.

⁷³ **Langheid & Wandt & Armbrüster**, VVG-InfoV §4, Rn. 3.

⁷⁴ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Schwintowski**, §18, Rn. 116.

⁷⁵ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Schwintowski**, §18, Rn. 123.

⁷⁶ **Langheid & Wandt & Langheid**, VVG §19, Rn. 160.

⁷⁷ **Langheid & Wandt & Langheid**, VVG §19, Rn. 159; **Rüffer & Halbach & Schimikowski & Schimikowski**, VVG §19, Rn. 75. Yazar, sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğü hakkında bilgilendirmesinin zamanının kanunda belirtilmediğini, bu bilgilendirmenin soru listesi cevaplanmadan önce yerine getirilmesi gerektiğini, soru listesi sigortacıya teslim edilmemişse sigorta ettirenin cevaplarını kontrol etme ve düzeltme imkânı olduğundan bu aşamada yapılan bilgilendirmenin de süresinde olduğunun kabul edilebileceğini, ancak soru listesinin sigortacıya verilmesinde sonra yapılan bilgilendirmenin artık bir anlamının olmadığını, sigortacı sigorta ettirenin beyanını sunmasından sonra tekrar soru sorarsa tekrar bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir.

hakkında bilgilendirilmesi VVG §7 kapsamında hariç olarak özellikle ayrı bir yazılı belge ile (metin biçiminde) yerine getirilmelidir. Dolayısıyla Alman hukukunda bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kullanılan ürün bilgi formunun içeriğinde, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ve sonuçları hakkında uyarı yer almamaktadır. O hâlde Alman hukukunda, reform sonrası beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde liste usulü benimsendiği⁷⁸ için, sigortacının sigorta ettireni beyan edecek hususlar yönünden metin biçiminde sorular sormuş olması ve beyan yükümlülüğünün ihlâlinin sonuçları hakkında metin biçiminde bilgilendirmiş olması gerekmektedir.⁷⁹ Öte yandan sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ve sonuçları hakkındaki uyarının ürün bilgi formu haricinde sigortacı tarafından verilecek soru listesinde de fark edilebilecek şekilde yazılması şartıyla yapılabileceği Alman öğretisinde kabul edilmektedir.⁸⁰ Görüldüğü üzere Alman hukukunda sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasında sıkı bir bağ kurularak, beyan yükümlülüğünün ihlâli hâlinde sigortacının haklarını kullanması bu hususta sigorta ettirenin ayrı bir yazılı belge ile bilgilendirilmesine bağlanmıştır.⁸¹

C. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı TTK'nin 1423/1 maddesinde, sigortacı

ve acentesi, “kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir” şeklinde ifade edilmiştir. Anılan madde gereğince sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, “kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgiler” olarak belirtilmiştir.⁸² Bununla birlikte SSBİY'nin 5/4 maddesinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı biraz daha somutlaştırılarak “sigortacı, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde; sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceği özellikle belirtilmiş ve sigortacının hem teknik anlamda hem de yapılmak istenen sözleşme hakkında bilgi vermesi zorunlu tutulmuştur.⁸³ Dolayısıyla özel olarak belirtilmese de sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarılması da bulunmaktadır.⁸⁴

TTK'nin 1423/3 maddesinde “Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler.”

⁷⁸ Reform öncesi VVGaF ile beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hem “beyan usulüne dayalı karma usul” hem de “liste usulüne dayalı karma usul” benimsenmekteydi. Reform sonrası ise VVG ile sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde sadece “liste usulü” benimsenmiş ve böylece karma usul terk edilmiştir. Dolayısıyla listede olmayan sorulara ilişkin hususların beyan edilmemesine dayanarak sigortacı tarafından VVG §19'da belirtilen haklar kullanılmamaktadır.

⁷⁹ Langheid & Wandt & Langheid, VVG §19, Rn. 160.

⁸⁰ Rüffer & Halbach & Schimikowski & Schimikowski, VVG §19, Rn. 74; Langheid & Wandt & Langheid, VVG §19, Rn. 160-165. Yazar, sigorta ettirenin VVG ile birlikte çok fazla hususta bilgilendirildiği gözetildiğinde sigortacının beyan yükümlülüğü hususunda sigorta ettireni bilgilendirmesinin ayrı bir belge ile yapılmasının diğer bilgilendirme belgeleri arasında kaybolmasını engelleyeceğini, bu bilgilendirmenin soru listesinin hemen yanında dikkat çekecek şekilde yer almasının fark edilme ve okunma olasılığını artıracığını, zira sigortacı soru listesini metin biçiminde sigorta ettirene vermek zorunda olduğundan bilgilendirmenin burada yer almasının amaca uygun ve mantıklı olduğunu belirtmektedir.

⁸¹ Erbaş Açikel, s. 885-886.

⁸² Esasında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının bu kadar geniş tutulması, asıl önem arz eden bilgiler konusunda sigorta ettirene açıklama yapılmasını ve onun uyarılmasını zorlaştıracağı gibi sigorta şirketlerinin de ağır bir yük altına girmesine neden olacaktır. Bu itibarla aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken, sigorta ettirenin durumu da gözetilerek dürüstlük kuralı çerçevesinde, kurulacak sözleşmeyle ilgili bazı bilgiler genel olarak verilirken, önem arz eden bazı bilgiler de sigorta ettirenin dikkati çekilmek suretiyle gerekli açıklamalar yapılarak verilmelidir. Zira kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgilerin detaylı olarak sigorta ettirene verilmesi aşırı bilgilendirme niteliğinde olup sigorta ettirenin bu bilgileri değerlendirmesini güçleştirecek, hatta aydınlatma yükümlülüğünün ihlâline sebep olacaktır. Bu nedenle gerek Türk hukukunda gerekse mukayeseli hukukta aydınlatma yükümlülüğünün asgari hususları içeren bilgilendirme metni yardımıyla ifa edilebileceği düzenlenmiştir.

⁸³ Özdamar, s. 202.

⁸⁴ Ağsakal, s. 188.

hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda SEDDK tarafından çıkarılan SSBİY ile bilgilendirme yükümlülüğünün bilgilendirme metni aracılığıyla yerine getirileceği belirtilerek bilgilendirme metninde yer alması gereken asgari hususlar belirlenmiştir. SSBİY'nin 8. maddesinde bilgilendirme metninde yer alacak asgari hususlar tek tek sayılmış (m.8/1), ayrıca Bakanlığın bilgilendirme metninin kapsam ve içeriğini belirlemeye yetkili olduğu (m.8/3) belirtilmiştir.⁸⁵ Buna göre SSBİY çerçevesinde düzenlenecek bilgilendirme metni, asgari olarak, “sigortacı ile acenteye ilişkin unvan ve iletişim bilgilerini”; “akdedilecek sözleşmeye ilişkin genel uyarıları”; “sözleşme ile verilen teminatları”; “sigorta teminatının istisnaları ile her bir sigorta türü için teminat kapsamı dışında olup da, poliçede ayrıca belirtilmesi kaydıyla ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetleri, rizikoları veya sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klozlarla ilişkin bilgileri”; “tazminata ilişkin genel bilgiler ile tazminat ödeme kurallarını”; “şikâyet ve bilgi talepleri ile tahkim üyeliğine ilişkin bilgileri”, “Bakanlıkça talep edilecek diğer bilgi ve belgeleri” içermelidir. Bu kapsamda bilgilendirme metninde “akdedilecek sözleşmeye ilişkin genel uyarılar” kısmında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarı da yer almalıdır.

Öte yandan 19.02.2008 tarihli ve 2008/7 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge ile sadece mal ve hayat sigortaları için genel bir şablon hâlinde “Hayat Sigortaları Bilgilendirme Formu” ve “Mal Sigortaları Bilgilendirme Formu” olmak üzere iki ayrı bilgilendirme metni düzenlenmiştir. Sigorta şirketleri tarafından 01.07.2022 tarihine kadar kullanılan bu bilgilendirme metinlerinde sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarı da yer almaktadır.⁸⁶ Ancak SEDDK

tarafından çıkarılan ve 01.07.2022 tarihinde yürürlüğe giren 29.04.2022 tarihli ve 2022/14 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Genelge ile bilgilendirme metninin formatı ve asgari içeriği yeniden belirlenmiş;⁸⁷ Genelge ekinde yer alan örnek bilgilendirme metni formatında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarıya ve bilgilendirmeye yer verilmemiştir. Örnek bilgilendirme metni formatında “Sözleşme süresindeki yükümlülükler ve tazminata ilişkin genel bilgiler” bölümüne yer verilmiş ancak bu bölümde sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne ilişkin uyarılardan bahsedilmemiştir. Öte yandan örnek bilgilendirme metni formatının giriş bölümünde yer alan “Sözleşme akdedilmeden önce daha detaylı bilgi için teklifnâme veya xxx Genel Şartlarına bakınız. Ayrıca www.xxx.com.tr adresinden detaylı bilgiye ulaşabilirsiniz” şeklindeki bilgilendirme ile sigorta genel şartlarına atıf yapılmıştır. Ancak sigorta genel şartlarında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarılar yer almakta ise de bu bilgilendirme, sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğü hususunda bilgilendirildiği şeklinde yorumlanamaz.

2022/14 sayılı Genelgenin ekinde yer alan örnek bilgilendirme metni formatı, taşıdığı özellikler (açık, sade, anlaşılır, göze hitap etme, dikkat çekme, şekillerin varlığı, iki sayfadan fazla olmaması) gözetildiğinde Alman hukukundaki ürün bilgi formunun aynen alınmış hâlidir. Yukarıda da belirtildiği üzere Alman hukukunda beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarı, ürün bilgi formundan ayrı olarak, metin biçiminde yapıldığından ürün bilgi formunda beyan yükümlülüğüne ilişkin uyarı yer

hâlleri ortaya çıkabilir” şeklinde uyarıya yer verilmiş; yine örnek hayat sigortaları bilgilendirme formunun “genel bilgiler” başlığı altında “sözleşme kurulmadan önce, teklifnamede yer alan sorulara doğru cevap verilmesi gereklidir. Bu yükümlülüğün ihlâli hâlinde sigortacının sözleşmeden cayma veya ek prim almak suretiyle sözleşmeye devam etme hakları saklıdır. Bu nedenle sözleşmenin her aşamasında sigortacıya eksik bilgi vermekten kaçınınız. Aksi takdirde, tazminat ödeme süresi uzayabilir, tazminatı eksik alma veya alamama hâlleri ortaya çıkabilir.” şeklinde bilgilendirmeye yer verilmişti.

⁸⁵ Aynı düzenleme 28.10.2007 tarihli SSBİY'nin 8. maddesinde de yer almaktadır.

⁸⁶ SSBİY'de de sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğü hakkında uyarıda bulunacağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 2008/7 sayılı Genelge'nin ekinde yer alan örnek mal sigortalarından kullanılacak bilgilendirme formunun “uyarılar” başlığı altında “sözleşmenin kurulması sırasında, sigorta süresince ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacıya eksik veya yanlış bilgi vermektan kaçınınız. Aksi takdirde, tazminat ödeme süresi uzayabilir, tazminatı eksik alma veya alamama

⁸⁷ 29.04.2022 tarihli ve 2022/14 sayılı Genelge'nin 10. maddesi ile; 2008/7 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

almamaktadır. 2022/14 sayılı Genelgenin ekinde yer alan örnek bilgilendirme metni formatı hazırlanırken bu husus gözden kaçırılmış; 2008/7 sayılı Genelge ile düzenlenen önceki bilgilendirme metninde yer almasına rağmen yeni bilgilendirme metni formatında beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarıya yer verilmemiştir. Bu büyük bir eksiklik olup sigorta şirketleri tarafından, beyan yükümlülüğüne ilişkin uyarının formatta yer alması da, ivedilikle sigorta ettirenlere verilecek bilgilendirme metnine eklenmesi gerekmektedir.⁸⁸

Hemen belirtmelidir ki sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâli hâlinde sigortacının haklarının düzenlendiği TTK'nin 1439. maddesinde Alman hukukunun aksine sigortacının haklarını kullanabilmesi için sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında yazılı olarak bilgilendirmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce TTK'nin 1423. maddesinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı sigorta sözleşmesine ilişkin "tüm bilgiler" olarak belirlenmiş ise de sigortacının haklarının düzenlendiği TTK'nin 1439. maddesinde sigortacının haklarının kullanılması, sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığına ve ihlâlinin sonuçlarına ilişkin bilgilendirilmesine bağlanması daha yerinde olurdu.⁸⁹ Bu yönde bir düzenlemenin varlığı hem gerekli uyarıları alan sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyanlarını daha bilinçli ve daha dikkatli bir şekilde yerine getirmesine sebep olacak hem de sigortacının sigorta konusu hakkında gerekli bilgileri almasını ve sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesini sağlayacaktır.⁹⁰ Sigortacı, hangi hususların kendisi için "önemli husus" olduğu ve

bu hususların kendisine bildirilmesi gerektiği konusunda sigorta ettireni aydınlatmıyorsa sigorta ettirenin bildiği bir hususu bildirmesi gerektiğinin bilincinde olduğundan bahsedilemeyecektir.⁹¹

Bununla birlikte TTK'de anılan şekilde özel bir düzenleme yer almasa da sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesine sigortacı sebebiyet vermişse bazı durumlarda sigortacının haklarını tam olarak kullanması engellenmiştir. Bu kapsamda beyan yükümlülüğünün ihlâli rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenildiği durumda TTK'nin 1442/1-b maddesi gereğince caymaya yol açan ihlâle sigortacı sebebiyet vermişse, sigortacı cayma hakkını kullanamaz. Buradan hareketle sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesine sigortacının beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında sigorta ettireni uyarılamaması sebep olmuş ise bu durumda sigortacı kendi kusuruna dayanarak sözleşmeden cayma hakkını kullanamamalıdır.⁹²

Beyan yükümlülüğünün ihlâli rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenildiği durumda ise sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında sözleşme öncesi sigorta ettirenin bilgilendirip bilgilendirmediği hususu sigorta ettirenin kusurunun tayininde göz önünde bulundurulmalıdır.⁹³ Örneğin sigorta etti-

⁸⁸ 2022/14 sayılı Genelgenin 3/3 maddesinde; "... Sigortacı, mahiyeti gereği özellik arz eden farklı sigorta türlerinde, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumuna (Kurum) bildirimde bulunmak kaydıyla, bilgilendirme metinleri üzerinde içerik bakımından tasarrufta bulunabilme yetkisine sahiptir. Ancak, sigortacı bu yetkisini kullanırken bilgilendirme yükümlülüğünün temel esasları ile sigortacılık mevzuatına aykırı davranamaz. Bilgilendirme metninde Yönetmelik kapsamında sigorta ettirene aktarılması gereken asgari unsurlar bulunmak zorundadır. Yapılacak değişiklik sonucunda doğabilecek hukuki sorumluluk sigortacıya aittir." şeklinde belirleme yapılmıştır.

⁸⁹ Aynı yönde bkz. **Erbaş Açıknel**, s. 922.

⁹⁰ **Erbaş Açıknel**, s. 922.

⁹¹ **Erbaş Açıknel**, s. 922; **Langheid & Wand & Armbrüster**, VVG-InfoV §4, Rn. 37-38. Yazar, sözleşme öncesinde beyan yükümlülüğü ve sonuçları hakkında sigorta ettirenin bilgilendirilmesi gerektiğini, bu bilgilendirmenin metin biçiminde ve ayrı olarak yapılacağını, ancak soru listesinde veya ürün bilgi formunda belirgin olacak ve dikkat çekecek şekilde kısa bir açıklama yapılması ve sigorta genel şartlara atıfta bulunulmasının yeterli olduğunu, örneğin soru listesinde veya ürün bilgi formunda "başvurunuzu doğru bir şekilde inceleyebilmemiz için başvuru formunda yer alan soruları doğru ve eksiksiz olarak cevaplamanız gerekmektedir. Yanlış veya eksik bilgi verirseniz uzun bir süre sonra bile sözleşmeden cayabiliriz veya sözleşmeyi feshedebiliriz. Bu sigorta korumasını geriye dönük olarak kısmen veya tamamen kaybetmeniz sonucunu da doğurabilir. Bu ve diğer yükümlülükler hakkında bkz.." şeklinde bilgilendirmenin yer alabileceğini belirtmektedir.

⁹² **Ağsagal**, s. 188.

⁹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.02.2018, E: 2016/7951, K: 2018/1416; "... Somut olayda, muris tarafından verilen vekaletname uyarınca davacı ... tarafından hayat sigortası bilgilendirme formlarının imzalandığı ve bu formlarda doğru beyan vermeye yönelik gerekli uyarıların yer aldığı, ayrıca murisin uzun yıllardır karsinom ve kalp rahatsızlığına yönelik tedavi görmesine rağmen soru formlarında murisin tamamen sağlıklı olduğunun bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, her ne kadar soru

renin beyan yükümlülüğünü kasten ihlâl ettiğinin kabul edilebilmesi için onun beyan edilmesi gereken hususu bilmesi veya bilmesinin gerekmesinin yanında beyan yükümlülüğü olduğunun farkında olması ve buna rağmen beyan yükümlülüğünün yerine getirmemiş olması gerekir.⁹⁴ Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü olduğunun farkında olması ise bazı durumlarda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni anılan hususta uyarmasına bağlıdır.⁹⁵ Yine sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihmali olarak ihlâl ettiği durumlarda da ihmalin derecesinin belirlenmesinde sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında bilgilendirip bilgilendirmediği yol gösterici olmalıdır.⁹⁶

formları imzalı olmasa da, hayat sigortası bilgilendirme formlarının davacı ... tarafından imzalandığı, acente sıfatıyla poliçe düzenleyen davalı bankanın sigortalıyı bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davrandığının ispatlanamadığı, ayrıca poliçelerin düzenlediği tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BK'da genel işlem şartlarının düzenlemediği gözetilerek davalı banka yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davalı bankanın bilgilendirme yükümlüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davalı Halk Bankası A.Ş. yararına bozulması gerekmiştir..."

⁹⁴ Erbaş Açıklık, s. 915.

⁹⁵ Erbaş Açıklık, s. 915.

⁹⁶ Adana Bölge Adliye Mahkemesi, T: 20.05.2021, E: 2019/1314, K: 2021/587; "... İlk Derece Mahkemesi kararında özetle; davalıların murisinin kredi kullanımı sırasında doğru beyan yükümlülüğünü ihlâl ettiği, kasıtlı olarak hastalığını gizlediği, hastalığı ile ilgili bilgi, belge sunmayarak davalı sigorta şirketine yanlış bilgilendirdiği, davalı sigorta şirketi kasten kendisinden gizlenen bir hastalıktan doğan tazminatı ödemekle yükümlü tutulamayacağı gerekçesi ile ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir... Tüm dosya kapsamı, murisin tüm tıbbi belgeleri ve mahkemeye alınan bilirkişi raporuna göre; murisin hayat sigortası yaptırdığı 03/03/2015 tarihinden önce 02/02/2015 tarihinde bağırsak kanseri tanısının konulduğu ve tıbbi tedavilerinin başladığı ve 22/07/2015 tarihinde bu hastalık sebebiyle vefat ettiği, vefat ile hastalık arasında illiyet bağı olduğunun tespit edildiği ve poliçe düzenlendiği tarihte murisin bu hastalığı bildiği anlaşılmıştır. Buna göre; dosyadaki Hayat Sigortası Başvuru Formu Poliçe ve Bilgilendirme Formu incelendiğinde, sigortalının hastalığı ve gördüğü tedaviye ilişkin cevapların matbu şekilde düzenlendiği, sigortalının el yazısı ürünü olmadığı bu nedenle her ne kadar müteveffa sigortalı tarafından sözleşmeden önce var olduğu tartışmasız olan bağırsak kanseri hastalığını bildirilmemiş ise de, davalının sigortalıyı aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı, bu hâliyle sigortalının hastalığını kasten gizlediği değil, beyan yükümlülüğüne aykırılığın ihmâl düzeyinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır... Yukarıda açıklandığı üzere murisin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlâl ettiği tespit edilememiştir. Sigortalının sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâlinin ihmâl derecesinde olduğu, beyan etmediği hastalıklar ile vefatın neden olduğu hastalık

TTK'nin 1423/2 maddesi gereğince sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi durumunda sigorta ettiren itiraz hakkını kullanmaz ise "sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur" şeklindeki düzenlemeden sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayımının çıkarılması mümkün değildir. Zira daha önce de bahsedildiği üzere sigorta ettirenin itiraz hakkını kullanmaması hâlinde sadece poliçede yer alan genel işlem koşulları sözleşme kapsamına girmiş olur. Genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi ise hiçbir şekilde sigorta ettirenin sözleşme öncesinde sigortacı tarafından aydınlatıldığı anlamına gelmez. Bu kapsamda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sözleşme öncesinde sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarılmaması olması hâlinde, sigorta ettiren on dört gün içerisinde itiraz hakkını kullanmamış dahi olsa, sigortacının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi TTK'nin 1439. maddesi gereğince sigorta ettirenin kusurunun tespitinde dikkate alınmalıdır.⁹⁷ Öte yandan Yargıtay (sigorta sözleşmelerinin karşılıklı iyi niyet ve güven esasına dayalı olarak kurulan sözleşmeler olduğunu kabul etmesine rağmen) bazı kararlarında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl edip etmediğini detaylı olarak araştırırken aynı olayda sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğüne ilişkin gerekli uyarıları yapıp yapmadığı hususunu, sigorta ettirenin on dört içinde itiraz hakkını kullanmadığından bahisle dikkate almamaktadır.⁹⁸ Oysa sigortacının aydınlat-

arasında illiyet bağı (bağlantı) bulunduğu anlaşıldığından bağlantılı kusurlu ihlâl var ise kusurun ağırlığına göre indirim yapılacaktır. Somut olayda murisin mevcut hastalıklarını beyan etmekte ihmali davranması davalının ise aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle her iki tarafın da % 50 oranında kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir..."

⁹⁷ Öğretide **AĞSAKAL**, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ifa etmediği durumlarda beyan yükümlülüğünün ihlâline sigortacının sebep olduğundan bahsedilebilmesi için sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına on dört içinde itiraz etmesinin şart olduğunu, zira sigorta ettiren on dört gün içinde itiraz etmezse sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağından sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımsız kalacağını belirtmektedir. Bkz. **Ağsakal**, s. 190.

⁹⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 15.10.2020, E: 2020/741, K: 2020/5696; "... hukuki düzenlemeler dikkate alındığında sigortalı murisin, sözleşmenin yapılmasına 14 gün içinde itiraz etmediği sözleşmenin poliçede yazılı şartlar ve poliçenin ayrılmaz bir parçası olan genel şartlar kapsamında yapılmış olduğunun kabulü gerektiği açıktır. Taraflar arasında geçerli bir sigorta sözleşmesinin kurulduğunun kabulünden sonra ise; TTK ve Hayat Sigorta Sözleş-

ma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni, beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarıp uyarmaması, itiraz hakkından bağımsız olarak TTK'nin 1439/2 maddesi gereğince sigorta ettirenin kusurunun tespitinde hayati önem arz etmektedir. Bununla birlikte bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın tarihli bir kararında;⁹⁹ "... beyan yükümlülüğünün ihmali bir davranışla ihlâl edilmesi, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü altında olduğunu bilmediği veya sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün mevcudiyeti ve bu yükümlülüğe uymaması hâlinde doğacak sonuçlarla ilgili olarak bilgilendirmemiş olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır..." şeklinde ifade edilmiştir. Anılan karar, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü

arasındaki ilişkiyi ortaya koyması ve (sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde) sigorta ettirenin kusurunun tespit edilmesinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında beyan yükümlülüğüne ilişkin uyarı yapıp yapılmadığının da dikkate alınması noktasında önemli bir gelişmedir.

Türk hukukunda sigorta ettiren tarafından sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hem beyan usulünün hem de liste usulünün uygulanmasına izin veren karma usul benimsenmiştir. Beyan yükümlülüğünde hangi usul benimsenirse benimsensin sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne etkisi ortadadır. Ancak bu etki liste usulünü esas alan karma usulden ziyade beyan usulünü esas alan karma usulde önemini daha çok hissettirmektedir.¹⁰⁰ Zira

mesi Genel Şartları hükümleri uyarınca beyan yükümlülüğü ihlâl durumunun irdelenmesi zoruridir... Sigortalı murisin ölümü ile illiyet bağı kurulan epilepsi hastalığının kendisinde 11 yaşından beri mevcut olduğu; bu durumda, somut olay bakımından sigortalı murisin kasıtlı olarak bu hastalığını davalı sigorta şirketinden gizlediğinin söylenemeyeceği; ayrıca, sigortalı muriste sigorta aktinden önce var olan fakat ölüm ile illiyet bağı kurulamayan bir diğer hastalığın da kolon kanseri olduğu, fakat bu hastalığının da sigortalı şirketine bildirilmediği, ölüme etki edecek nitelik taşıyan önceki hastalıkların, riskin kapsamı konusunda değerlendirme yapma hakkı bulunan sigortacıya bildirilmesi gerektiği, bildirilmeyen hastalıkların sadece ölüme etki eden faktör olup doğrudan ölüm nedeni olmadığı (bağlantının bulunmadığı) durumda, TTK'nin 1439/2. maddesi gereğince ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki orana göre (proporsiyon hesabıyla) tazminatın belirlenmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacılar murisinin, sigortacı için önemli sayılabilecek bir hususu bildirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği nedeniyle, TTK'nin 1439/2. maddesinin son cümlesindeki proporsiyon hesabıyla tazminatın belirlenmesi şartları da dikkate alınarak bu hususun karar yerinde tartışılması, gerekli araştırmanın yapılması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirmeye, yazılı biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir..."

⁹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 04.11.2021, E: 2018/11-103, K: 2021/1352; "... beyan yükümlülüğünün ihmali bir davranışla ihlâl edilmesi, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü altında olduğunu bilmediği veya sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün mevcudiyeti ve bu yükümlülüğe uymaması hâlinde doğacak sonuçlarla ilgili olarak bilgilendirmemiş olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır... Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten ihlâl ettiğinin kabul edilebilmesi için, onun beyan edilmesi gereken hususu bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi yanında bu hususun sigortacıya bildirilmesi gerektiğinin de bilincinde olması ve bu bilince rağmen bildirmemesi gerekir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü altında olduğunu farkında olması, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bu konuda sigorta ettireni bilgilendirmiş olmasından ya da böyle bir bilgilendirme yapılmamış olsa bile somut olayın özelliklerinden kaynaklanabilir..."

¹⁰⁰ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 17.09.2019, E: 2016/17071, K: 2019/7619; "... Somut olayda; davalı taraf, poliçe tanziminden önce muriste mevcut olan kronik kalp yetmezliği ve yüksek tansiyon hastalıklarının gizlenmesi nedeniyle, zarardan sorumlu olmadıklarını savunmuştur. Mahkeme ise, ölüm sebebi olan akut böbrek yetmezliği rahatsızlığına ilişkin olarak, poliçe tanziminden önce konulmuş teşhis bulunmadığı ve sigortalı murisin doğru beyan yükümlülüğünü ihlâl ettiği yönündeki bilirkişi görüşü doğrultusunda, davalı sigortacı yönünden davanın kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin hükme esas aldığı 23.06.2015 tarihli bilirkişi heyeti raporunu düzenleyen heyette kardiyoloji uzmanının bulunmadığı ve doktor bilirkişinin adli tıp uzmanı olduğu görülmektedir. Anılan bu raporda; sigortalı murisin son epikriz raporuna göre ölüm sebebinin akut böbrek yetmezliği olduğu; poliçe tanziminden önce (2004 yılından beri) mevcut olan hastalığının ise kronik kalp yetmezliği olduğu; ölüm sebebi akut böbrek yetmezliği olduğu ve bu hastalık için daha önce konulmuş bir teşhis olmadığından, beyan yükümlülüğüne aykırılık bulunmadığı şeklinde görüş bildirilmiştir. Ne var ki; sigortalı murisin ölümünden 4 gün önce hâlsizlik ve bilinçte bulanıklık şikayetleriyle hastaneye başvurusu üzerine yapılan tetkiklerinde, akut böbrek yetmezliği tespit edilip diyalize alındığı ve kalp krizi sonucu öldüğünün tıbbi belgelerde yer aldığı; düzenlenen ölüm belgesinde de ölüm nedeni olarak 7 yıldır mevcut olan kalp yetmezliği ve by-pass'a bağlı olarak solunum yetmezliğinin belirtildiği görülmektedir. Diğer taraftan; poliçe tanzimi sırasında sigortalı muris tarafından imzalanılan bilgilendirme formunda; bilgim dâhilinde olan mevcut ya da önceki rahatsızlıklarından kaynaklanan tazminatların ödenmeyeceğini kabul ediyorum, ifadeleri yer almıştır. Tüm bu hususlar karşısında, mahkemenin benimsediği bilirkişi heyeti raporu, yeterli bir rapor değildir. Açıklanan hukuki ve maddi vakialar karşısında mahkemece; kardiyoloji uzmanı ve nefroloji uzmanı doktor bilirkişilerin de bulunduğu başka bir bilirkişi heyetinden, sigorta ilişkisinin kurulmasından önce sigortalı muriste bulunan ve sigortacıya bildirilmeyen kronik kalp yetmezliği- yüksek tansiyon rahatsızlıkları ile ölüm arasında illiyet olup olmadığı, önceki rahatsızlıkların akut böbrek yetmezliğinin ortaya çıkmasına etkisi olup olmadığı hususlarının tıbbi verilerle açıklanması hususlarında, ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli bir rapor alındıktan sonra, sigortalı muris tarafından imzalanan bilgilendirme formundaki beyan ve kabul

liste usulünü esas alan karma usulde beyanın kapsamını genel olarak sigortacının sorduğu sorular belirlerken beyan usulünü esas alan karma usulde ise beyanın kapsamını sigorta ettiren kendisi belirlemek zorundadır. Bu nedenle bu usulün benimsendiği sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığına ve ihlâlinin sonuçlarına ilişkin uyarılması ve beyan yükümlülüğünün kapsamı hakkında bilgi verilmesi sigorta ettirenin bu hususta gerekli özen ve hassasiyeti göstererek daha dikkatli olmasını sağlayacaktır. Hatta sigorta ettiren tarafından önemsenmeyen bir hususun sigortacı açısından önemli olduğu anlaşılacak ve bu sayede beyan yükümlülüğü yerine getirilecektir.¹⁰¹ Beyan usulünü esas alan karma usulde çoğu zaman sigorta ettiren, beyan yükümlülüğü olduğunun dâhi farkına varmamakta; böylece sigortacı için önemli olan hususlarda da beyanda bulunmamaktadır. İşte sigortacının öncelikle sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarması; buna rağmen sigorta ettiren beyan yükümlülüğünü yerine getirmez ise TTK'nin 1439. maddesindeki haklarını rahatlıkla kullanabilmesi gerekir. Zira aydınlatma yükümlülüğü kapsamında beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında sigorta ettireni uyarmayan sigortacının daha sonra beyan yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesiyle TTK'nin 1439. maddesindeki haklarını kullanması TMK'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde liste usulünü esas alan karma usulün benimsendiği durumlarda da sigortacının sigorta ettireni listede yer alan sorulara eksiksiz ve doğru olarak cevap vermesi ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarması gerekmektedir.¹⁰² Uygulamada çoğu zaman soru

ile TTK'nin 1290. ve HSGŞ'nin C.2.2. maddesi kapsamında davalı sigortacının hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...".

¹⁰¹ Örneğin, hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettirene sigortacının "sağlığınıza ilgili daha önce geçirmiş olduğunuz herhangi bir rahatsızlık varsa bu husus, bildirmeniz gereken önemli hususlar içerisinde; aksi takdirde sigorta bedelinden yararlanılması mümkün olmayacaktır" şeklinde uyarıda bulunmalıdır.

¹⁰² Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 29.04.2014, E: 2013/7007, K: 2014/6591; "... Dava, hayat sigorta sözleşmesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Genel olarak hayat sigortalarında bir kimsenin hastalığı, nihai olarak sigortacının taşıdığı rizikoyu arttıran bir husustur. Sigortacı bu durumda ya hiç sigorta sözleşmesi yapmaktan ya da daha ağır şartlarla sigorta sözleşmesi yapmaktadır.

listesinde yer alan soruların bilgisayar ortamında "evet" veya "hayır" şeklinde acente tarafından doldurulduğu, hatta sigorta ettirenin bundan haberdar dâhi olmadığı sadece bu formu acentenin telkiniyle imzaladığı görülmektedir.¹⁰³ Oysa bu şekilde sadece

Davaya konu kredi hayat sigorta sözleşmelerinde asıl amaç sigorta ettirenin bir ihtiyacının karşılanması olmayıp, bankanın kredi verdiği kişinin ölüm nedeniyle krediyi geri ödeyememesi nedeniyle maruz kalacağı riskin teminat altına alınmasıdır. Somut olayda tüketici kredi sözleşmesinde müteveffanın hayat sigorta yaptıracağına düzenlenmiş olması ve kredi sözleşmesinin yapıldığı banka şubesi tarafından düzenlenen kredi hayat sigortaları başvuru formunun matbu olarak düzenlenerek müteveffanın kimlik bilgileri dışında diğer kısımların doldurulmamış olması da değerlendirildiğinde sigorta ettirenin ihtiyaçlarından ziyade kredi veren kurumun, bankanın ihtiyaçları ve zorlaması ile ortaya çıkan bir sözleşme söz konusu olduğundan sözleşmelerde görülen irade özgürlüğü bulunmadığı, ayrıca eksik beyanda bulunulması hâlinde sigortalının hangi yaptırımlara maruz kalacağına kendisine bildirilmemesinin bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmeksizin yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenlerle davalılar yararına bozulması gerekmektedir...". Kanaatimizce bu karar, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile sigortacının aydınlatma yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi ortaya koyması noktasında yerinde ve önemli bir karardır. Ancak soru listesindeki bazı soruların yanıtlanmamasını "sözleşmede irade özgürlüğünün bulunmadığı" şeklinde açıklamaya çalışmak doğru değildir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesini sigortacının bu hususla ilgili gerekli uyarıları yapmaması ile açıklamak daha doğrudur.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/6835, K.T. 26.10.2017; "... Somut olayda başvuru murisi T.E. ile sigorta şirketi arasında T.E.'nin bankadan aldığı konut kredisi nedeniyle 9/5/2007 tarihinde, Yenileme Garantili Kredi Hayat Sigorta Poliçesi düzenlendiği, muris T.E.'nin 20/2/2009 tarihinde ölümü ile başvuru ve diğer mirasçının ölüm tazminatı için sigorta şirketine başvurduğu, ancak şirketin poliçe yapılırken sağlık beyan formunda murisin kendisine sorulan sorulara uygun bildirimde bulunmadığı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmesi üzerine mirasçıların Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde tazminat davası açtıkları anlaşılmıştır. Mahkemenin, başvuru murisinin poliçenin tanzimi öncesinde diyabet ve hipertansiyon hastalıklarının bulunduğunu, bu hastalıkların damarlarda tahribat yaptığını, göz ve böbrekleri etkilediğini, kronik böbrek hastalığı oluşturduğunu, dolaşım sistemini bozduğunu, mevcut hastalıklar nedeniyle 18/4/2007 tarihi itibarıyla başvuru muris sol bacağının diz üstü seviyesinden kesildiğini, 9/5/2007 tarihli sağlık beyan formunda hiçbir sağlık sorununun olmadığını ortaya koyar şekilde tüm hastalıklar karşısında, Hayır ibarelerinin yazılı olduğunu, sigortalının da bunu imzaladığını, bu formda daha sonra meydana gelen ölümle iliyet bağına oluşturan hipertansiyon, diyabet, böbrek yetmezliği hastalıklarının da yer aldığını, diğer sorularda olduğu gibi bunların karşısında da Hayır ibaresinin yazılı olduğunu, bu beyanların gerçeğe aykırı olduğunu hastane kayıtları ve alınan bilirkişi raporu ile sabit olduğunu, 6762 sayılı mülga Kanun'un 1290. maddesinde düzenlenen hakikate vakıf olan sigortacının çayma hakkının somut olayda rizikonun yani ölümün gerçekleşmesiyle doğduğunu, sigortacının tazminatı ödemekten kaçınma hakkının mevcut olduğunu belirterek davanın reddine karar verdiği anlaşılmıştır. Yargılama sürecinde

formun imzalanması suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi mümkün değildir.¹⁰⁴ Si-

alınan sağlık raporlarına göre başvurucağın murisinin sözleşme öncesinde hastalığı nedeniyle ayağının kesildiği, tekerlekli sandalye ile sözleşmeyi imzaladığı, murisinin bu durumunu gördüğü hâlde sigorta yetkilisinin sözleşme yapmak amacıyla, Eksik ya da işlevini yapmayan bir uzvunuz var mı? sorusuna Hayır yanıtını işaretlediği, matbu olarak düzenlenmiş poliçeyi bu şekilde murise imzalatma sigortacının, dürüstlük kuralına dayanan sözleşme öncesinde aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği, kendisinden beklenen özeni göstermediği, bu açıdan sigortacının cayma hakkına esas tutulan ve gizlendiği iddia edilen hususları bilmesi gerektiğinin açık olduğu, sözleşmeden caymasının mümkün olmadığına ilişkin ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren ve uyumsuzluğun çözümü için esaslı olan itirazların Mahkeme kararı ve bu karara atfı yapılmak suretiyle verilen Yargıtay kararlarında değerlendirilmediği, ileri sürülen iddia ve itirazların dosyadaki diğer delil ve olgularla birlikte tartışılarak karar verildiğinin Mahkeme ve temyiz mercii tarafından makul ve kabul edilebilir ölçüde ortaya konulmadığı görülmüştür. Açıklanan gerekçelerle başvurucağın Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir..."

¹⁰⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 19.09.2017, E: 2016/19629, K: 2017/7920; "... Davacılar vekili, müvekkillerinin murisinin Garanti Bankası'ndan 45.000,00 TL tutarlı konut kredisi kullandığını, murise 24/02/2012 başlangıç tarihli hayat sigortası yapıldığını, ilk primin peşin ödendiğini, murisin 12/01/2013 tarihinde vefat ettiğini, hayat sigortasının 50.000,00 TL vefat bedelli olduğunu, işbu poliçe akdedilirken murise herhangi bir hastalığı olup olmadığını ilgili soru sorulmayıp herhangi bir bilgilendirme formu gösterilmediğini, karşılıklı müzakere edilmeden birtakım maktu evraklar imzalatıldığını, murisin KOAH hastalığı ölümcül bir hastalık olmayıp vefatının bu hastalık nedeni ile olmadığını, müvekkilinden ne bir form doldurulması, ne de sağlık raporu talep edildiğini, murisin kalp yetmezliği ve beyin ödemi neticesinde vefat ettiğini, vefata dek düzenli şekilde ödeme yapıldığını beyanla, poliçe tutarından kaynaklanan hayat sigortası bedeline istinaden fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 25.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiş, islah dilekçesiyle talebini 50.000,00 TL'ye yükseltmiş ve dava tarihinden itibaren faiz talep etmiştir... Dava hayat sigorta poliçesine dayalı vefat tazminatının tahsili istemine ilişkindir. Sigorta sözleşmeleri iyi niyet sözleşmeleri olup, taraflar sözleşme kurulması aşamasında birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü altındadır... Somut olayda, muris ile davalı sigorta şirketi arasında 24.2.2012-24.2.2025 tarihlerini kapsayan hayat sigorta sözleşmesi düzenlenmiş, muris 12.1.2013 tarihinde vefat etmiştir. Davalı sigorta şirketi cevap dilekçesinde murisin poliçeden önce mevcut olan KOAH hastalığını gizlediğini savunmuştur. Dosya içerisinde yer alan 24.2.2012 tarihli sağlık beyan formunda başka sorular yanında kalp hastalığı, diğer solunum sistemi rahatsızlıkları soruları ile; Son üç yıl içinde geçirdiğiniz bir rahatsızlık veya kaza sonucu bir hekime muayene oldunuz mu? sorusuna bilgisayar yazısıyla hayır seçeneklerinin işaretlendiği, formda sigortalı murisin islah imzasının yer aldığı görülmüştür. Mahkemece hukukçu, göğüs hastalıkları uzmanı ve kardiyoloji uzmanından alınan bilirkişi raporunda; Manavgat Devlet Hastanesi'nin sağlık kurulu raporuna göre sigortalı murise 5.6.2007 tarihinde kronik obstrüktif akciğer hastalığı (KOAH) tanısı konulduğu, verilen ilaçların 2 yıl süreli kullanılması gerektiğinin belirtildiği, Manavgat Devlet Hastanesi'nin uzman hekim raporuna göre de murise kronik obstrüktif akciğer hastalığı (KOAH) tanısı konulduğu, verilen ilaçların 6 ay süreli kulla-

gortacı veya acentesi sigorta ettireni listede yer alan sorulara doğru ve eksiksiz cevap vermesi hususunda ve ihlâlî hâlinde ortaya çıkacak sonuçları hakkında uyaracaktır.¹⁰⁵ Bununla birlikte sigortacı ayrıca listede yer alan fakat açık olmayan soruların açıklamasını yapmak ve sigorta ettiren tarafından sorulan soruları da cevaplamak zorundadır. Eğer açık olmayan sorular sigortacı tarafından açıklanmamışsa veya sigorta ettiren tarafından anlaşılmayan hususlar açıklığa kavuşturulmamışsa, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesinde sigortacının da kusurunun olduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁶

Görüldüğü üzere beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hangi usul benimsenirse benimsenirse güvenilir kişi sıfatına sahip sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne etkisi ortadadır. Bu etkinin sonuçları kanunda açık olarak düzenlenememiş ise

nilması gerektiğinin belirtildiği, Başkent Üniversitesi Alanya Hastanesi'nin hasta epikrizine göre murisin mevcut tedaviye rağmen sebrebral hipoksi sonrası gelişen beyin ödemi ve kardiyak arrest sonrası gelişen kardiyak yetmezlik tablosu ile kaybedildiği, muriste poliçenin düzenlendiği sırada KOAH hastalığı mevcut olup, bildirilmeyen bu hastalıkla meydana gelen ölüm arasında kesin illiyet bağı olduğunun söylenemeyeceği belirtilmiş ve mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Eksik inceleme ile karar verilemez. Mahkemece ATK'dan yeni bir heyet raporu alınılarak tedavi gördüğü gizlendiği ve iddia edilen hastalıkla ölüm rizikosu arasında doğrudan illiyet bağının olup olmadığı, başka bir anlatımla ölümün gizlenen hastalıktan meydana gelip gelmediği tespit ettirilerek yukarıdaki açıklamalar ışığında sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru görülmemiştir...". Kanaatimizce Yargıtay kararına konu olayda acentenin bilgisayar ortamında başvuru formundaki sorulara "hayır" cevabını işaretlediği ve formdaki sorulardan kredi borçlusunun haberdar dâhi olmadığı kabul edilmesine rağmen sırf formun sigorta ettiren tarafından imzalandığından bahisle ileri sürüldüğü hâlde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl edip etmediğini araştırmaması doğru olmamıştır.

¹⁰⁵ Erbaş Açıklık, s. 922-923.

¹⁰⁶ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 12.06.2019, E: 2016/15599, K: 2019/7380; "... Sigorta sözleşmeleri karşılıklı güven esasına dayanan ve beyana göre düzenlenen sözleşmelerdir. Hayat sigortası yapılması sırasında geçirilen veya teşhis edilen bir hastalık var ise bunun bildirilmesi iyi niyetin gereğidir. Ancak somut olayda sigortacının da (mahkemenin kabulünde olduğu üzere sigortalının dış görünüşünden larenks kanseri olduğunun anlaşılmasına göre) söz konusu poliçeyi bilerek imzalattığı hususu değerlendirilmeksizin, davalı sigortalının da söz konusu poliçenin imzalanması sırasında kusurunun bulunmasına göre ve davacıların murisinin de hastalığını bilmesine rağmen bile bile bilgilendirme formuna kanser hastalığına ilişkin yanlış bilgi vermesine göre tarafların karşılıklı kusurunun olduğu kabul edilerek talep edilen teminatta indirim yapılması gerekirken yazılı olduğu şekilde talep edilen tüm teminat bedelinin ödenmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

de TTK'nin 1442/1-b maddesi ve dürüstlük kuralı gözetildiğinde sigortacının sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında bilgilendirmemiş olması hususu sigorta ettirenin kusurunun tespitinde kesinlikle dikkate alınması gereken bir durumdur.

IV. SONUÇ

Sigorta sözleşmesi, sigorta ettirenin durumu ve sigortanın kendine özgü münhasır özellikleri gözetildiğinde azami iyi niyet ve dürüstlük kuralının daha ön planda olduğu sözleşmedir. Taraflar açısından bilinmezliklerle dolu olan sigorta sözleşmesi, ancak tarafların birbirlerini aydınlattığı ölçüde sağlıklı bir şekilde yapılabilmektedir. Her iki taraf da sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü karşı tarafın herhangi bir talebi olmaksızın kendiliğinden yerine getirmelidir. Sigorta sözleşmelerinde tarafların birbirlerini sözleşme öncesinde aydınlatmaları, diğer birçok sözleşmeye nazaran daha önemli olduğundan her iki taraf yönünden TTK'de özel olarak düzenlenmiş; sigortacının aydınlatma yükümlülüğü TTK'nin 1423. maddesinde düzenlenirken, sigorta ettirenin aydınlatma yükümlülüğü ise TTK'nin 1435. maddesinde ise "beyan yükümlülüğü" başlığı altında külfet olarak düzenlenmiştir. Sözleşme öncesinde bir tarafın anılan yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde diğer tarafa bazı haklar tanınmış bulunmaktadır. Özellikle iki tarafın da aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl ettiği durumlarda tarafların kendilerine tanınan bu hakları kullanıp kullanamayacağı veya ne ölçüde kullanacağı hususu açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur.

Sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl hâlinde, itiraz hakkından bağımsız olarak ayrıca bu ihlâl sigorta ettirenin iradesi etkilenmiş ve bir zararı oluşmuşsa bu zararını culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında talep etmesi ve sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Yine sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde sigortacının da TTK'nin 1439. maddesinde belirtilen hakları bulunmaktadır. Ancak hem sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü hem de sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde ortaya çıkacak durum kanunda açık olarak düzenlenmemiş sadece beyan yükümlülüğünün ihlâli rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenildiği du-

rumda TTK'nin 1442/1-b maddesi gereğince caymaya yol açan ihlâl sigortacı sebebiyet vermişse, sigortacının cayma hakkını kullanamayacağı belirtilmiştir. Beyan yükümlülüğünün ihlâli rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenildiği durumda ise bu hususta bir düzenleme yapılmamıştır. Oysa Alman hukukunda VVG §19/5 gereğince sigortacının, sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünün ihlâli hâlinde kendisine tanınan, sözleşmenin iptali dışındaki haklarını kullanabilmesi için sigorta ettireni beyan yükümlülüğünün ihlâlinin sonuçları hakkında metin biçiminde bilgilendirmiş olması gerekmektedir. Kanaatimizce TTK'nin 1423. maddesinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı sigorta sözleşmesine ilişkin "tüm bilgiler" olarak belirlenmiş ise de sigortacının haklarının düzenlendiği TTK'nin 1439. maddesinde, Alman hukukunda olduğu gibi, sigortacının haklarının kullanılması, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığına ve ihlâlinin sonuçlarına ilişkin bilgilendirilmesine bağlanması daha yerinde olurdu. Ancak TTK'de bu şekilde bir düzenleme yer almasa da sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında sözleşme öncesi bilgilendirip bilgilendirmediği hususunun, sigorta ettirenin kusurunun tayininde göz önünde bulundurulması gerekir. Hatta bu durum sigortacının güvenilir kişi sıfatı gözetildiğinde dürüstlük kuralının da bir gereğidir.

Öte yandan özel olarak belirtilmese de sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarının da yer aldığı TTK'nin 1423. maddesi ve SSBİY'den anlaşılmaktadır. Bu kapsamda 2008/7 sayılı Genelgenin ekinde yer alan bilgilendirme formlarında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarı da yer almaktadır. Ancak SEDDK tarafından çıkarılan 2022/14 sayılı Genelge ile bilgilendirme metninin formatı ve asgari içeriği yeniden belirlenmiş; Genelge ekinde yer alan örnek bilgilendirme metni formatında sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünün varlığı ve ihlâlinin sonuçları hakkında uyarıya ve bilgilendirmeye yer verilmemiştir. Bu büyük bir eksiklik olup sigorta şirketleri tarafından, beyan yükümlülüğüne ilişkin uyarının formatta yer almasa da ivedilikle sigorta ettirenlere verilecek bilgilendirme metnine eklenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AğsakaI**, İbrahim (2015) Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- AkünaI**, Teoman (1988), 'Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması' Yargıtay Dergisi, S: 4, C: 14, s. 222-237.
- Aral Eldelekiioğlu**, İrem (2012), '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 1, C: 18, s. 383-403.
- Atamer**, M. Yeşim, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak', 2012, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 9-73.
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019) Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aydın**, Sevgican (2018) Sigorta Ettiarenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Hâlinde Sigortacının Hakları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aydınlı**, İbrahim (2004) İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçlar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aydoğdu**, Murat (2018) Genel İşlem Koşulları Şerhi, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bahtiyar**, Mehmet (1997), 'Sigorta Poliçesi Genel Koşulları' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 2, C: 19, s. 89-110.
- Baygın**, Cem (2000), 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması' Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: 4, s. 345-377.
- Battal**, Ahmet (2001) Güven Kurumu Nitelendirmesi İşığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Beckmann**, Roland Michael & **Matusche-Beckmann**, Annemarie & **Bearbeiter** (2015) Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Baskı, C.H.Beck, (**Beckmann & Matusche-Beckmann & Bearbeiter**, -, Rn. -).
- Brömmelmeyer**, Christoph (2021), 'Vertriebstatigkeit gem §1a VVG' VersR, C: 13, s. 805-814.
- Çınar**, Ömer (2009) Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Demircioğlu**, Huriye Reyhan (2009) Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Döhmer**, Tronje (1997), 'DieFiktionendes §5a VVG' zfs, C: 3, s. 281-296.
- Dörner**, Heinrich & **Hoffmann**, Stefen (1996), 'Der AbschlußvonVersicherungsverträgennach §5a VVG' NJW, C: 3, s. 153-160.
- Er**, Sefa (2022), 'Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Hâlinde Sigorta Ettiarenin İtiraz Hakkı' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 26, s. 507-556.
- Erbaş Açikel**, Aslıhan (2021), 'Sigorta Ettiarenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku Prensipleri'nde Yer Alan Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi' İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 3, C: 79, s. 881-928.
- Erbek Odabaşı**, Özge (2020), 'Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 61-155.
- Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gökyar Çınar**, Senem (2021) Sigorta Hukukunda Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Gürses**, Davut (2016) Banka Genel Kredi Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Hacıömeroğlu**, A. Oğuzhan (2015), 'Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettiarenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 2, C: 1, s. 49-70.
- Kabukçuoğlu Özer**, Fatma Dilek (2012) Sigortacılık Kanunu Şerhi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kayihan**, Şaban & **Bağcı**, Ömer (2019) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Kocaeli, Umuttepe Yayınları.
- Kender**, Rayegan (2017) Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kırca**, Çiğdem (2004) Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

- Kubilay**, Huriye (2003) Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.
- Langheid**, Theo & **Wandt**, Manfred & **Bearbeiter** (2016) Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, C. 1, §§1-99, VVG-InfoV, 2. Baskı, C.H.Beck, (**Langheid & Wandt & Bearbeiter**, VVG -, Rn. -).
- Langheid**, Theo & **Rixecker**, Roland & **Bearbeiter** (2019) Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Einführungs-gesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar, 6. Baskı, C.H.Beck, (**Langheid & Rixecker & Bearbeiter**, VVG-, Rn. -).
- Memiş**, Tekin (2016) Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Omağ**, Merih Kemal, 'Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri', Akın, Murat Yusuf & Caner, Oğuz (Editörler) (2003) Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özdamar**, Mehmet (2009) Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Prölss**, Erich & **Martin**, Anton & **Bearbeiter** (2021) Versicherungsvertragsgesetz, 31. Baskı, C.H.Beck, (**Prölss & Martin & Bearbeiter**, VVG -, Rn. -).
- Rüffer**, Wilfried & **Halbach**, Dirk & **Schimikowski**, Peter & **Bearbeiter** (2020) Versicherungsvertragsgesetz, 4. Baskı, Nomos, (**Rüffer & Halbach & Schimikowski & Bearbeiter**, VVG -, Rn. -).
- Serozan**, Rona (2016) İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Hâluk & **Altop**, Atilla (1993) Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Ünan**, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C. I, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Ünan**, Samim & **Atamer**, Yeşim, 'Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement': Wandt, Manfred & Ünan, Samim (Editörler) (2012) Transparency in Insurance Law, 1. Baskı, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, s. 65-88.
- Yavaşı**, Mahmut (2019) Kara Taşıtları Sigortaları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yazıcıoğlu**, Emine (2010) Sigorta Aracıları Hukuku 1, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Yazıcıoğlu**, Emine, 'Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü': Ünan, Samim & Yazıcıoğlu, Emine (Editörler) (2018), Sigorta Hukuku Sempozyumları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Yazıcıoğlu**, Emine & **Şeker Ögüz**, Zehra (2020) Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Yeşilova Aras**, Ecehan (2015), 'Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 447-470.
- Yetiş Şamlı**, Kübra (2016), 'Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m.1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Cevdet Yavuz'a Armağan, S: 22, C: 3, s. 2977-3004.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZ REKABET SUÇU^(*)

UNFAIR COMPETITION OFFENSE IN THE TURKISH PENAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL^(**)

Öz

Haksız rekabet fiilleri, esas itibarıyla rekabet içerisindeki teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer katılanların uyması gereken rekabet kurallarına aykırılık teşkil eden fiillerdir. Ticari rakiplere zarar verici, hukuk ve ahlaka aykırılık arz eden bu fiiller, hukuk sistemlerince bir yaptırıma bağlanmaktadır. Nitekim Türk Hukukunda bu fiillerin önemli bir kısmı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş, hukuki ve cezai bir yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere, farklı kanuni düzenlemelerle de haksız rekabet fiilleri Türk Hukuk Mevzuatında düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise, doğrudan bir haksız rekabet suçu tanımlanmamakla birlikte iftira, hakaret suç tanımları gibi genel ve tamamlayıcı suç tanımlarının somut olaya uygulanması mümkün görülmektedir. Şu halde bir haksız rekabet fiilinin somut olayda hangi suç tanımı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önem arz etmektedir.

Bu çalışma, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçu tanımının kanun tekniğine ve Türk Ceza Hukukunun temel prensiplerine uygunluk arz edip etmediğinin tespitini ve çözüm önerilerinin sunulmasını konu edinmektedir.

Anahtar Kelimeler

Haksız Rekabet, Dürüstlük Kuralı, Suç, Ceza.

Abstract

Unfair competition acts are essentially acts that violate the competition rules that the competing undertakings, consumers and other participants must comply with. These acts, which are harmful to commercial competitors and are against the law and morality, are subject to a sanction by the legal systems. As a matter of fact, a significant part of these acts in Turkish Law are regulated in the Turkish Commercial Code No. 6102 and are subject to a legal and penal sanction. In addition, unfair competition acts are regulated in the Turkish Legislation with different legal regulations, especially the Turkish Code of Obligations No. 6098. In the Turkish Penal Code No. 5237, on the other hand, although a direct crime of unfair competition is not defined, it seems possible to apply general and complementary crime definitions such as slander and insult to the concrete case. In this case, it is important whether an act of unfair competition will be evaluated within the scope of which crime definition in the concrete case.

This study focuses on determining whether the definition of unfair competition crime regulated in the Turkish Commercial Code complies with the legal technique and the basic principles of the Turkish Criminal Law and presenting solutions.

Keywords

Unfair Competition, Honesty Rule, Crime, Punishment.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 03.08.2022 / Kabul Tarihi: 11.12.2022).

^(**) Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, (hertugrul83@ahievran.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1372-2451).

Atıf/Citation: Ertuğrul, Hüseyin (2022) "Türk Ceza Hukukunda Haksız Rekabet Suçu", TFM, C: 8, S: 2, s. 409-427.

I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Rekabet kavramı, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin, kendileri ile aynı alanda iş gören diğer teşebbüslerden daha geniş bir tüketici kitlesine ulaşma maksadıyla, mal veya hizmet sunabilme yarışıdır. Bu yarışın hukuki sınırlar içerisinde kalması, hem ekonominin gelişmesine, hem tüketicinin haklarının korunmasına hem de üretim teknolojilerinin gelişmesine katkı sağlamaktadır.¹

İşte bu yarışın hukuki sınırlar içerisinde kalması, rekabetin haksız yapılması anlamına gelmektedir ki, bu da haksız rekabet olarak isimlendirilir. Şu halde haksız rekabet kavramı, teşebbüsler arasında yapılacak rekabetin belirlenmiş hukuk kurallarına göre yapılmamasını ifade etmektedir. Nitekim öğretilerde haksız rekabet kavramı, çoğunlukla ticari rakiplere zarar verici, onları ekonomik faaliyetlerden uzaklaştırıcı, edep ve ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırılık arz edici fiiller olarak ifade edilmiştir.² Bununla birlikte, ticari işlerde hukukun belirlediği kurallara uygun rekabet halleri, haklı bir rekabettir ve hukuka uygun addedilir.

Günümüz modern ekonomilerin temeli, rekabet serbestisi ilkesine dayanmaktadır. Ticari rekabet amacıyla ortaya konulan davranışların hukuk düzenine uygun bir biçimde denetlenmesi ve gerektiğinde bir yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Yoksa haksız rekabete karşı koyamayan ticari işletmeler için yıkıcı sonuçlar ortaya çıkacaktır.³

Esasen dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanmasında hem ticari işletmelerin, hem de buldukları pazara katılan müşteri ve tedarik edenlerin payı vardır ve sağlanan bu ortam hepsinin yararınadır. Dolayısıyla haksız rekabet fiili çoğunlukla rakip ticari işletmeler tarafından icra edilse de,

bu fiile müşteriler ve tedarik edenler gibi başkalarının da katılması mümkündür.⁴

Şu halde haksız rekabet hukuku, serbest rekabet düzeninin sağlanmasını ve tacirlerin, ticari işletmelerin, müşterilerin ve diğer ekonomik birliklerin ortak menfaatlerinin korunmasını sağlamaktadır. Bu yöndeki kanuni düzenlemeler rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını sağlamakta ve bu hakkın kötüye kullanılmasını engelleme amacı taşımaktadır. Haksız rekabetle mücadelede hukuk davaları marifetiyle tazminat sorumluluğunun sağlanması yeterli olmamakta, kanun metnine ceza hükümlerinin konulması yoluna da gidilmektedir.⁵

II. TÜRK HUKUK MEVZUATINDA HAKSIZ REKABET KURUMU

19. yüzyılda sanayi devrimi sonrası, liberal ekonomi ve açık pazar politikaları tüm dünyada gelişmeye başlamış, bu dönemde ticari mallar makineleşmenin de etkisiyle seri bir şekilde üretilip ülke pazarlarına sunulmuştur. Aynı veya benzer malları üreten rakip firmaların artması, mallarda ve ticari unvanlarda taklidin çoğalması mağduriyetlere sebep olmuş ve ülkeler haksız rekabeti önlemeye yönelik kanuni düzenlemeler yapmaya başlamıştır. İşte bu mağduriyetleri önlemek, ticari alanda dürüstlük ve doğruluğu hâkim kılmak ve rekabeti meşru bir zemine oturtmak amacıyla haksız rekabet düzenlemeleri hukuk sistemlerinde yerini almıştır.⁶

Haksız rekabet kurumu, Türk Hukuk Mevzuatında ilk olarak 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda⁷ düzenlenmiştir. Kanununun 56 ila 65. maddeleri arasında düzenlenen haksız rekabet kurumu, kanunda "*aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü su-*

¹ **Kaplan**, Ahmet Galip (2020) Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri, 1. Baskı, Ankara, Onikilevha, s. 29; **Erdil**, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 26.

² **Özel**, Çağlar & **Özdemir**, Semih Sırrı (2017), 'Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel S: 11, C: 9, s. 193; **Arslan**, Çetin & **Özdemir**, Didar (2016) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu' International Conference on Eurasian Economies, Session 3B: Hukuk, Beykent University Press, s. 268.

³ **Özel & Özdemir**, s. 203.

⁴ **Dinç**, Serhan (2020) Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 2. Bası, Ankara, Seçkin, s. 16; **Pekdincer**, Remzi Tamer (2020) Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, 1. Bası, Ankara, Adalet, s. 20; **Kaplan**, s. 35.

⁵ **Ülgen**, Hüseyin, **Helvacı**, Mehmet, **Kendigelen**, Abuzer, **Kaya**, Arslan, **Nomer Ertan**, Füsün (2020) Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Oniki Levha, s. 526.

⁶ **Arkan**, Sabih (2004), 'Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 22, s. 5 vd.

⁷ Bu kanun, 29.06.1956 tarihinde kabul edilmiş ve 09.07.1956 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bilahare 2011 tarihli TTK'nın 1533. maddesiyle ilga edilmiştir.

iistimalidir” şeklinde tanımlanmıştır (TTK m.56/1). Maddelerin devamında ise, hangi fiillerin haksız rekabet olarak değerlendirileceği örnek olarak belirtilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır (TTK m.57-65).

6102 sayılı TTK’da⁸ ise, haksız rekabet kurumu, Kanununun 54 ila 63. maddeleri arasında düzenlenmiş ve doğrudan bir haksız rekabet tanımı yerine dolaylı bir haksız rekabet tanımı yapılmıştır. Kanununun 54. maddesinin 2. fıkrasında, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” denilerek ticari işlerde, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasında hukuka aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar, haksız rekabet kavramı içerisine alınmıştır. Esasen bunu da tam olarak madde metni ifade edememiştir. Madde metnine baktığımızda, “*ticari uygulamalar*” ibaresini “*ile*” bağlacıyla ayırması, aldatıcı ve dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan bağımsız başlı başına ticari uygulamalar haksız rekabet sayılır gibi bir manaya sebebiyet vermektedir. Oysa madde metninde kastedilen ticari uygulamaların ve davranışların aldatıcı ve dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır ki, bu durumda haksız rekabet söz konusu olacaktır.

Şu halde mülga TTK haksız rekabeti, “*aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali*” olarak tanımlamışken (m.56/1); 6102 sayılı TTK ise, haksız rekabeti tanımlamamış, hükümlerinin amacını, “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” olarak ifade etmiş (m.54/1) ve “*aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*”ı haksız rekabet saymıştır (m.54/2).

Aynı şekilde mülga TTK, “*iktisadi rekabet*” kavramıyla haksız rekabeti açıklarken; 6102 sayılı TTK, bu kavramı anlam ve içeriğini belirsiz ve hukuki bulmayarak kullanmamıştır. Böylece mülga TTK’da “*suiistimal*”de bulunan anlam ağırlığı, yeni TTK’da “*dürüstlük kuralı*”na yüklenmiştir.

Keza 6102 sayılı TTK, mülga TTK’da yer verilmemiş bazı haksız rekabet hallerini de düzenlemiştir.

Bunlar, karşılaştırmalı reklam, saldırgan satışlar, müşteriye ek edimlerle yanıltma, bilgi gizleme yoluyla yanıltma, bazı tüketici haklarının ihlali, sözleşmeyi ihlale teşvik, başkalarının iş gücünden haksız yararlanma ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak genel işlem şartı kullanmaktır.⁹

Özetle 6102 sayılı TTK, mülga TTK’ya göre haksız rekabet kavramını geniş tutmuş ve daha çok fiili haksız rekabet kavramı içerisinde mütalaa etmiştir. 6102 sayılı TTK’nın haksız rekabet hükümleri mülga TTK’nın sadeleştirilmiş şeklinde önemli ölçüde benzerlik gösterse de, arz etmeye çalıştığımız hususlarda farklılık göstermektedir.

Türk Hukuk Mevzuatında, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin, öncelikle genel norm mahiyetinde olarak, 6102 sayılı TTK’da ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda¹⁰ yer aldığını ifade etmek gerekir. TTK’da yer alan hükümler, tacirler arasında belirli rekabet ihlallerine uygulanacakken; TBK’da yer alan hükümler ise, tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabet hallerine uygulanacaktır. Esasen haksız rekabet TTK’da tacirler arasında haksız kazanç sağlamada bir haksız fiil görünümündeyken; TBK’da bir borç kaynağı olarak haksız fiil şeklinde düzenlenmiştir.¹¹ Gerçekten de TBK’nın “haksız rekabet” başlıklı 57. maddesinde, şu şekilde genel bir düzenleme mevcuttur:

“Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.”

Görüleceği üzere, TTK’nın 54-63. maddeleri arasında yer alan haksız rekabet hükümleri saklı tutularak, TBK’nın 57. maddesinin genel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. TBK m.57, TTK’daki düzenlemelere göre, uygulama alanı oldukça sınırlıdır.

⁹ Dinç, s. 14.

¹⁰ Bu kanun, 11.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp bilahare 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Özel & Özdemir, s. 193.

⁸ Bu kanun, 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş ve 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp bilahare 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

lıdır. Özellikle öğretmen, doktor gibi tacir olmayan meslek mensupları arasında, TTK kapsamında değerlendirilemeyen haksız rekabet halleri açısından uygulama alanı bulması mümkündür. Bu bağlamda tüzel kişi tacirler bakımından bir adi iş sahasından ve tüketici sıfatından söz edilemez.¹²

Bu düzenlenmelerin dışında, haksız rekabet fiillerini düzenleyen özel kanuni düzenlemeler de mevcuttur. Bunlardan ilki, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dur.¹³ Bu Kanun, TTK'ya göre özel nitelikte bir kanun olduğundan hüküm bulunmayan hallerde öncelikle TTK'da yer düzenlemelerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu kanunla, ticari piyasada rekabeti bozucu birleşmelerin ve devralmaların önüne geçilmek istenmiş ve açılacak davalar düzenlenmiştir (m.7, m.58).

Haksız rekabet fiillerini düzenleyen bir diğer özel düzenleme, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'dur.¹⁴ Bu kanunla, ithalatta dumping¹⁵ ve sübvansiyondan¹⁶ doğan haksız rekabet hallerinde ortaya çıkan zarar, bu malları Türkiye'ye ithal edecek kişiden Kanunun 7. maddesinde öngörülen ek vergilerle alınarak karşılanması söz konusu olacaktır. Burada ileriye yönelik bir koruma söz konusu olduğundan, soruşturmanın yapılması sırasında ortaya çıkan zararlar koruma kapsamına girmemektedir. Ayrıca, dumpingli ithalattan sadece belirli bir üretim dalı değil, belirli üreticiler de zarar görebilir. Bu durumda, TTK'nın 58. maddesinde düzenlenmiş olan tespit, men, eski hale iade, maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir.¹⁷

Bir diğer düzenleme, ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'dur. Bu Kanun, marka, patent, tasarım haklarının korunması teminat altına almak için haksız rekabet sayılabilecek belirli fiilleri suç olarak yaptırıma bağlanmıştır (m.30).¹⁸

Son olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda¹⁹ yer alan haksız rekabet niteliğindeki düzenlemeye değinmek gerekir. Kanunun 83 ve 84. maddelerinde, fikir ve sanat eserlerine yönelik haksız rekabet konusu düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle, fikir ve sanat eserlerinin karışıklığa yol açacak şekilde çoğaltılması haksız rekabet sayılmıştır. Hatta eser mahiyetinde olmasa da, fotoğraf ve resimler de, haksız rekabet koruması altına alınmıştır. Ayrıca fiili işleyen tacir olmasa da haksız rekabet sayılacağı, her iki maddede açıkça ifade edilmiştir (m.83/3, m.84/2). Şu halde fikir ve sanat eserleri hakkında haksız rekabet fiilini işleyen eğer bir tacir değilse, TBK hükmü uygulanacakken (m.48); fiili işleyen tacir ise, TTK hükümleri uygulanacaktır (m.54 vd.).

III. DÜRÜSTLÜK KURALI BAĞLAMINDA HAKSIZ REKABET

Haksız rekabet kurumunun amacı, dürüstlük kuralları bağlamında hâkim bir rekabeti tesis etmektir.²⁰ Dürüstlük kurallarının ne olduğu, 22.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 08.12.2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp bilahare 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifade edilmiştir. Özel hukuk ilişkilerinde genel bir norm niteliğinde olan bu kurala göre; *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır."*

Bu genel ilkeyle kişiler, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü olmaktadır. Fakat TMK'nın 2.

¹² **Nomer**, Ertan & **Nomer**, Füsün (2016) Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha, İstanbul, s. 93; **Özel & Özdemir**, s. 194.

¹³ Bu kanun, 07.12.1994 tarihinde kabul edilmiş ve 13.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Bu kanun, 14.06.1989 tarihinde kabul edilmiş ve 01.07.1989 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp bilahare 01.10.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Dumping, bir malın Türkiye'ye ihrac fiyatının, benzer malın normal değerinin altında olmasıdır (3577 s. Kanun, m.2/1(a)).

¹⁶ Sübvansiyon, menşe veya ihracatçı ülkenin fayda sağlayan, doğrudan veya dolaylı mali katkısını veya GATT 1994'ün XVI. maddesi çerçevesinde herhangi bir gelir veya fiyat desteğidir (3577 s. Kanun, m.2/1(b)).

¹⁷ **Özdamar**, Mehmet & **Ermene**, İbrahim (2007), 'Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat' FMR, S: 3, C: 7, s. 45.

¹⁸ Bu kanun, 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 191. maddesiyle; 24.06.1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.06.1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁹ Bu kanun, 05.12.1951 tarihinde kabul edilmiş ve 13.12.1951 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁰ **Kaplan**, s. 34.

maddesinde ifade edilen dürüst davranış kuralları ile TTK'nın ifade ettiği dürüstlük kuralları her zaman örtüşmeyebilmektedir. Çünkü TMK'da düzenlenen dürüstlük kuralları bir hukuki sözleşmeye dayalı, var olan güvenle ilgilidir. Rekabet hukukunda ise, bu anlamda her zaman bir taraf mevcut olmayabilmektedir. TTK'da dürüstlük kuralı, haksız rekabet fiillerinin tespitinde belirleyicilik arz etmekte, haksız rekabetin ana unsurunu oluşturmaktadır. Piyasada yer alan tüm aktörlerin, dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bunun ihlali halinde, ticari güven ve rekabet ortamı bozulacağından haksız rekabet söz konusu olabilecektir.

TTK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasında, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine olan, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Kanun "dürüst" ve "bozulmamış" rekabeti tanımlamasa da, dürüst rekabetten kastedileni ahlak ve adap kurallara uygun rekabet olarak anlamak gerekir; bozulmamış rekabetten kastedileni ise, hilesiz rekabet olarak anlamak gerekir.

TTK'nın 54. maddenin 2. fıkrasında ise, müşterilerin iki gruba ilişkilerini etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir. Müşterilerle ilişki içerisinde olan bu iki grup, madde metninde "rakipler" ve "tedarik edenler" olarak ifade edilmiştir. Esasen bu düzenleme, haksız rekabete ilişkin temel bir ilkeyi ortaya koymaktadır. İlkenin ana unsuru, dürüstlük kurallarıdır. Gerçekten de, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar, rekabetin temel kurallarına zarar vermekte ve haksız rekabeti ortaya çıkarmaktadır. Başka bir ifadeyle haksız rekabetin temelinde, ticari alandaki rekabetin dürüstlük kuralları çerçevesinde işletilme düşüncesi yer almaktadır.²¹

IV. HAKSIZ REKABET SUÇU

TTK'nın "Ticari İşletme" başlıklı Birinci Kitabının, "Haksız Rekabet" başlıklı Dördüncü Kısımının 54-63. maddeleri arasında haksız rekabet kurumu düzenlenmiştir. Haksız rekabet suçu ise, kanunun 62. maddesinde düzenlenmiştir.

A. SUÇUN KANUNİ TANIMI

TTK'nın 62. maddesinde haksız rekabet suçu, tek fıkra halinde şu şekilde tanımlanmıştır:

"(1) a) 55'inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kim-seleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56'ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar."

Görüleceği üzere, TTK'nın 62. maddesinin (a) bendinde düzenlenen fiil, aynı kanunun başka bir maddesi olan 55. maddesinde atfı yapılmak suretiyle belirlenmiştir.²² Kanunun 55. maddesinde ise, altı seçimlik hareket düzenlenmiştir ki, bu seçimlik ha-

²² II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar
MADDE 55 - (1) Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek,

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

²¹ **Özbalçık**, Ozan Can (2019) TTK md.62/1-B, C, D Kapsamında Haksız Rekabet Suçları, 1. Bası, Ankara, Seçkin, s. 60.

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,
6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirme esas olur,
7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,
8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,
9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,
10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,
11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,
12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formleri kullanmak.

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yönelmek,
2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,
3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelmek,
4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yönelmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,
2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak,
3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranış olur.

rekabetlerin dördü de, kendi içerisinde örnekleme yoluyla toplam yirmi bir alt bende ayrılmıştır. Nitece de, Kanunun 55. maddesinde düzenlenen seçimlik haksız rekabet fiillerine ilaveten, doğrudan 62. maddede düzenlenen haksız rekabet suçunun üç seçimlik hareketiyle birlikte değerlendirildiğinde, haksız rekabet suçunu oluşturan toplam dokuz seçimlik hareket ve altında toplam yirmi dört alt seçimlik hareket mevcuttur. Bu haliyle Türk Ceza Mevzuatında düzenlenen başka bir kazistik suç tanımı mevcut değildir.

Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen fiillerin, tahdidi değil tadadi olması, yani sınırlı sayıda olmayıp örnekleme şeklinde gösterilmesi, Türk Ceza Hukukunun temel prensiplerinden “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine ve “belirlilik” ilkesine aykırılık arz etmektedir. Çünkü suç tanımları, başka bir maddeye havale veya atıf suretiyle düzenlenemez, bu şekilde içeriği doldurulamaz. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında şu düzenleme yer almaktadır:

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.”

Bu ilke gereği, suç teşkil eden fiilin bütün unsurlarının kanunla tanımlanmış ve açıkça gösterilmiş olması gerekir. Esasen suç tanımlarının açık ve seçik olması gereği, yine ceza hukukunun temel ilkelerinden birini teşkil eden ve güvence fonksiyonunun bir parçası olan “belirlilik ilkesi”ni ifade etmektedir. Bu şekilde hangi insan davranışlarının suç olduğunun kanun metninden açık bir şekilde anlaşılabilir olması, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınabilmesi açısından önem arz etmektedir.²³ Bu bakımdan, haksız rekabet fiillerini

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan, veya
2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

²³ Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Seçkin, s. 58; Özgenç, İzzet (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, Seçkin, s. 132.

suç olarak tanımlayan TTK'nın 62. maddesinin 55. maddesine atıf yapması, "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"ne ve sayılan seçimlik hareketlerin örnekleme yoluyla sayılarak ucu açık bırakılması da "belirlilik ilkesi"ne aykırılık arz etmektedir.²⁴

Problem arz eden diğer bir husus ise, Kanunun 55. maddesinde yer alan düzenlemesidir. Maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, "*dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;*" denilerek alt bentler halinde alt seçimlik hareketler sayılmıştır. İzlenen bu yol, diğer alt bentlerde de mevcuttur. Yani haksız rekabet suçunu oluşturan fiillerin ne olduğu, diğer hukuki aykırı davranışlar denilerek belirsizleştirilmiş ve "özellikle" denilerek kıyas yapmaya açık bir halde genişletilmiştir. Hemen ifade edelim ki, bu düzenlemede, "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"ne ve "belirlilik ilkesi"ne aykırı olmakla birlikte, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan "kıyas yasağı"na da aykırı düşmektedir. Çünkü kıyas yasağını düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinin 3. fıkrası "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*" demek suretiyle, açıkça düzenlenmemiş bir suç normunun benzer fiillerle genişletilerek yorumlanmasını da yasaklamış durumdadır.

Esasen TTK'nın 62. maddesinin gerekçesinde, konuyla ilgili şu şekilde bir açıklama yapılmıştır:

"özellikle' ibaresinden sonra sayılan fiillere aykırılık halinde ceza söz konusu olabilecek ve maddede doğrudan sayılmayan ancak haksız fiil oluşturabilecek diğer hallere aykırılık durumunda ise ceza verilmeyecek(tir)."

Bu açıklamayla, ceza hukukunun temel ilkelere, özellikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali problemine bir çözüm getirilmek istenmiştir. Bu husus öğretilerde haklı olarak eleştirilmektedir.²⁵ Çünkü ulaşılmak istenen netice doğru olmakla birlikte, yön-

temin hatalı olması ve madde gerekçelerinin yorum aracı olmaktan öteye gidemeyeceği dikkate alındığında adli merciler için bir bağlayıcılık getirememesi, madde metninde yer alan ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil eden problemi çözmeyecektir.

B. KORUNMAK İSTENEN HUKUKİ DEĞER

TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçuyla korunmak istenen hukuki değerle ilgili olarak öğretilerde birbirine yakın olsa da farklılık arz eden görüşler bulunmaktadır. Özdemir'e göre, haksız rekabet suçuyla korunan hukuki değer, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamı iken;²⁶ Arslan'a göre, korunan hukuki değer dürüst rekabet ortamı, dürüstlüğü aykırı davranış ve uygulamalar ile zarara uğrayan rakiplerin ticari itibar ve saygınlığı ve tüketici ve müşterilerin ilgili haklarıdır.²⁷ Gürkaynak'a göre ise, ekonomik etkinliğin korunması yoluyla toplumsal refahtır.²⁸ Aydın'a göre ise, katılanların ticari itibar ve saygınlığı, tüketici ve müşterilerin haklarıdır.²⁹ Kanaatimizce haksız rekabet suçuyla korunan hukuki değer, zarara uğrayanların ticari itibarı, saygınlığı ve tüketici haklarıdır.

C. HAKSIZ REKABET SUÇUNUN UNSURLARI

Suçun unsurları; tipik haksızlık (maddi, manevi unsurlar) ve hukuka aykırılık unsuru başlıkları altında incelenmektedir.

1. Maddi Unsur

Bir suçun maddi unsurları; fiil, fail, mağdur, suçun konusu, netice ve illiyet bağı olmak üzere altı gruba ayrılmaktadır.³⁰ Eğer söz konusu suç neticesiz bir suçsa, netice ve illiyet bağı incelenmemektedir.

a. Fiil

Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu somut olarak dış dünyada tezahür eden insan davranışı-

²⁴ Arslan & Özdemir, s. 269; Okuyucu Ergün, Güneş (2013) 'Yeni Türk Ceza Kanununda Öngörülen Haksız Rekabet Suçunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 29, s. 152 vd.

²⁵ İtişgen, Rezzan (2016), 'Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 122, s. 339.

²⁶ Özel & Özdemir, s. 197.

²⁷ Arslan & Özdemir, s. 269.

²⁸ Gürkaynak, Gönenç (2003) "Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması", Ankara, Rekabet Kurumu, s. 5.

²⁹ Aydın, Hüseyin (2008) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları' (Türü: Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 79.

³⁰ Özgenç, s. 179; Koca & Üzülmüş, s. 112.

dır.³¹ TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçu, ifade ettiğimiz üzere dört bent halinde düzenlenmiştir. Bu fiilleri, haksız rekabet suçunun seçimlik hareketi olarak değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla bu bentlerde yer alan herhangi bir fiilin işlenmesi durumunda, haksız rekabet suçu tamamlanmış olacaktır.³² Öğretide bir görüşe göre, TTK'nın 55 ve 62. maddesinde düzenlenen fiillerin hepsi, ayrı birer haksız rekabet suçudur. Çünkü söz konusu maddelerde düzenlenen fiillerin hepsinin ayrı birer konusu vardır.³³ Esasen bir suçun seçimlik hareketi, suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak gösterilen, herhangi birinin işlenmesiyle suçun tamamlanmış olduğu fiillerdir. Eğer suçun konusu farklılık arz ederse, artık ayrı bir suç tipinin düzenlendiğini kabul etmek gerekecektir.³⁴ Fakat kanaatimizce TTK'nın 55 ve 62. maddelerinde düzenlenen tüm fiillerde, haksız rekabet suçunun konusu, dürüst ve bozulmamış ekonomik rekabet olduğundan, bu fiillerin seçimlik hareket olduğu kabul edilmelidir. Konunu tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, konunun nesnel olarak aynı olmasıdır.³⁵ Mesela TTK'nın 62. maddesinde ifade edilen bir tacir, madde metninin (b) bendine göre, kendi iş ürünleriyle ilgili yanıltıcı bilgi verirken ya da (c) bendine göre, rakip firmanın ticari sırlarını ele geçirmek için işçilerini aldatırken aynı nesnel konu olan içinde bulunduğu ekonomik rekabeti bozmaktadır. Şu halde TTK'nın 55 ve 62. maddelerinde düzenlenen fiilleri, haksız rekabet suçunun seçimlik hareketi olarak değerlendirmek gerekir.

i. TTK m.55/1'de Yer Alan Seçimlik Haksız Rekabet Fiilleri

TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasında, altı bent halinde haksız rekabet suçunun seçimlik hareketleri niteliğinde fiiller sayılmıştır. Bu fiiller, "dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer

hukuka aykırı davranışlarda bulunmak", "sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek", "başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak", "üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek", "iş şartlarına uymamak" ve "dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak"tır.

- *Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlarda bulunmak (TTK m.55/1(a))*

Bu seçimlik hareket düzenlenirken metnin sonuna "özellikle" denilerek on iki alt seçimlik hareket halinde örneklendirilmiştir.³⁶ Özetle bu seçimlik

³⁶ Bu on iki alt seçimlik hareket şu şekilde ifade edilmiştir:

"a) *Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;*

1. *Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,*
2. *Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,*
3. *Paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,*
4. *Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,*
5. *Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,*
6. *Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karene olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,*
7. *Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,*
8. *Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,*
9. *Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,*
10. *Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işleme ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,*
11. *Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,*

³¹ **Özgenç**, s. 179.

³² **Erdoğan**, Yavuz (2013), 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu' İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Nisan, s. 433; **Arslan & Özdemir**, s. 270.

³³ **Baştürk**, İhsan (2011), 'Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 6, C: 1, s. 110; **İtişgen**, s. 338; **Özbalçık**, s. 83.

³⁴ **Koca & Üzülmöz**, s. 123.

³⁵ **Özgenç**, s. 186.

hareketlerde, ticari piyasada mesela rakip firmaları kötülemek, onlar hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgilerde bulunmak, hak edilmeyen meslek adları ve sembollerini kullanmak, bu ve benzeri fiillerle müşterileri yanıltmak veya aldatmak fiilleri yer almaktadır. Bu fiillerin herhangi birinin işlenmesi haksız rekabet suçunu oluşturacaktır.

Kanun koyucu, ilk seçimlik hareket olarak kötüleme fiilinin, yanlış, yanıltıcı veya incitici açıklamalarla işlenebileceğini ifade etmiştir (TTK m.55/1(a-1)). Şu halde kötüleme niteliği taşıyan bir beyan, gerçek bile olsa haksız rekabet suçunun işlendiğini kabul etmek gerekecektir.³⁷ Mesela rakip işletme sahibini incitmek için psikolojik tedavi gördüğünden bahisle, psikolojik hasta diye tüketicilere incitecek şekilde tarif ve tavsif etmek haksız rekabet suçunu oluşturacaktır.³⁸ Burada tüketicilerin işlenen fiille yanıltılmış olması gerekmektedir.³⁹

Aynı şekilde kişinin kendi şahsı, işletmesi ve mal ve hizmetleri hakkında da yanlış, yanıltıcı bilgiler vermek veya bu şekilde üçüncü kişiyi rekabette avantajlı hale geçirmek haksız rekabet suçunun ayrı bir seçimlik hareketi niteliğindedir (TTK m.55/1(a-2)). Yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek kişinin hak etmediği şekilde övülmesi şeklinde olabileceği gibi, paylaşılması gereken bilgilerin açıklanmaması şeklinde de olması mümkündür.⁴⁰ Sigortasız işçi

çalıştırmak da, aynı şekilde haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Çünkü sigortasız işçi çalıştırmak, sigortalı işçi çalıştıran işletmelere karşı, ucuz emek gücünden ve düşük maliyetten yararlanarak bir avantaj sağladığından haksız rekabet suçunu oluşturacaktır.⁴¹

Keza kişinin herhangi bir paye, diploma, meslek adı, sembol veya ödüle sahip olmasa da, sahipmiş gibi hareket etmesi veya bu izlenimi vermesi de ayrı bir haksız rekabet suçunun seçimlik hareketi olarak düzenlenmiştir (TTK m.55/1(a-3)). Madde metninde sayılan hususlar örnek olarak sayıldığından bunlarla sınırlı da değildir. Dolayısıyla kişide sahipmiş gibi bir seviye, değer, kalite veya bir yetenek var olduğunu gösteren veya bu izlenimi veren açıklamalar haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Örneğin olmadığı halde, kendini yeminli mali müşavir diye topluma tanıtmaya veya bir avukatın ilan levhasına olmadığı halde “uzlaştırmacı” ya da “arabulucu” diye yazdırması haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Öğretide katıldığımız görüşe göre, bu açıklamaların bir ticari meslek veya faaliyetle ilgili olması gerekir.⁴² Açıkça gerçek dışı olduğu belli ifadeler ise, haksız rekabet suçu niteliğinde değildir. Örneğin “Babanın Yeri”, “Kebabçılar Kralı” gibi ifadeler, açıkça doğru olmadığı ortada olduğundan haksız rekabet suçunu oluşturmayacaktır.

Haksız rekabet suçunu oluşturan bir diğer seçimlik hareket de, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyet ve işleri ile karıştırılmaya yol açacak yöntemlere başvurmaktır (TTK m.55/1(a-4)). Burada kişi karıştırmaya yol açacak hareketlerde bulunmaktadır. Örneğin, marka, ticaret unvanı gibi işaret ve amblemlerin taklit edilmesi haksız rekabet suçunu oluşturacaktır, bunun tespitinin de, bir bilirkişi marifetiyle yapılması gerektiği kanaatindeyiz.⁴³

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formleri kullanmaktadır.”

³⁷ Kaplan, s. 39; Dinç, s. 39; Kaynak, s. 80.

³⁸ “Gazetelere verilen ilanlarla, davacı şirketin ortakları arasında yabancı pay sahiplerinin bulunduğu, davalının gerekmediği halde, davacı şirketin bu yönü üzerinde durarak, davacı tarafca üretilip pazarlanan ürünün milli olmadığına vurgu yaptığı ve bu şekilde davacı ürünü kötülediğinin değerlendirilmemesi TTK’nın 56 ve devamı maddelerine aykırıdır” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.07.2012, E: 2010/4223, K: 2012/11591). (Dinç, s. 39).

³⁹ Erdil, s. 92.

⁴⁰ “yakıtta %7’ye varan indirim şeklinde yaptıkları reklamlardaki “ye varan” ibaresinin panolarda okunmayacak kadar küçük yazıldığını, reklama bakıldığında tüketiciler tarafından doğrudan tüm ürünlerde “%7 oranında indirim” yapıldığı şeklinde algılandığı ... mahkemece haksız rekabetin önlenmesine karar verilmesi gerekirken ... davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.01.2015, E: 2014/1273, K: 2015/421). (https://www.sinerjimevzuat.com.tr, s.e.t: 1.08.2022).

⁴¹ Kaplan, s. 41.

⁴² Özdemir, Semih (2013) Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, 1. Bası, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, s. 29; Dinç, s. 58.

⁴³ “... “KİM” ibaresinin, davacı markası “BİM” sözcüğü yönünden iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususunda mahkemece bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya gerekli görülürse yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucu çerçevesinde karar verilmesi gerekir” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.10.2021, E: 2018/1162, K: 2021/14057). (https://www.sinerjimevzuat.com.tr, s.e.t: 1.08.2022).

Aynı şekilde kendi iş, ürün ve hizmetleri ile ilgili, yanlış ve yanıltıcı açıklamalar, başkasının iş, ürün ve hizmetleriyle karşılaştırmak şeklinde yapılıyorsa mesela bu şekilde tüketicilere reklamlar sunuluyorsa, haksız rekabet suçunun ayrı bir seçimlik hareketini oluşturacaktır (TTK m.55/1(a-5)). Bu seçimlik hareketle, haksız rekabet suçunun oluşabilmesi için rakip marka veya ürüne bir atıf yapılmalıdır. Bir karşılaştırma yapılmısa da, gerçeğe uygun olmayan ifadeler kullanılmışsa, haksız rekabet suçu işlenmiş sayılmalıdır. Örneğin “ürünümüz piyasadaki diğer tüm dengi ürünlerden daha kaliteli ve ucuzdur” şeklindeki ifadelerin haksız rekabet suçunu oluşturacağı kanaatindeyiz. Fakat bir bilimsel araştırma, bir kuruluşun incelemesi ve bir inceleme sonucu, bu sonuca ulaşılmış ve bu şekilde tüketiciye reklam yapılırsa, mesela “A kurumunun incelemesi sonucu ürünümüz, dengi ürünler arasında en kaliteli ürün seçilmiştir” ifadesinin haksız rekabet suçunu oluşturmayacağı kanaatindeyiz.⁴⁴ Burada ortalama bir anlayışa sahip tüketici açısından, işlenen fiilinin yanıltıcı veya yanlış bir beyan içerdiğini anlama imkânının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁵

- Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek (TTK m.55/1(b))

Bu seçimlik hareket de madde metninde, dört ayrı alt seçimlik harekete ayrılmıştır.⁴⁶ Bu düzenlemelerin

⁴⁴ Aynı yönde açıklamalar için bkz.: **Kaplan**, s. 43; Erdil, s. 98. Farklı yönde açıklamalar için bkz.: **Aslan**, Adem, ‘Marka, Haksız Rekabet ve Tüketici Hukukunda Süperlatif Reklamlar’: Tekin, Memiş (Editör) (2014) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 1. Bası, Ankara, Yetkin, s. 62.

⁴⁵ “Şikayet dilekçesi ekinde marka tescil belgelerine göre sanığın kullandığı markanın, orta düzeyde algılama yeteneğine sahip bir kişi tarafından ilk bakışta iltibas oluşturmayacağıının anlaşılacağı gözetildiğinde Cumhuriyet Savcılığının kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılma...” (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 20.11.2011, E: 2018/13555, K: 2011/17766). (**Kaynak**, s. 114). “... yazılı eylemlerin “dürüstlük kuralına” aykırı bir haksız rekabet durumu oluşturduğu, davanın kullandığı ilan ve reklamların müşterilerin göz, kulak ve zihinlerinde yaptığı etki bakımından kolaylıkla karşı taraf ile bağ kurmasına yol açabilecek nitelikte olması ve “teamülün kabul ettiği toleransı” aşması halinde haksız rekabet halinden bahsedilebileceği...” (YHGK, 20.04.1994, 11-965/252) (**Kaynak**, s. 77).

⁴⁶ Bu dört alt seçimlik hareket şu ifade edilmiştir: “b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle; 1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

ortak özelliği, ticari bir çıkar sağlamak amacıyla geçerli bir sözleşmenin sona erdirilmesine çalışılmasıdır.”⁴⁷

Bu seçimlik hareketlerde, ticari yönde haksız bir fayda el edebilmek için üçüncü kişilerin sözleşmelerini ihlale veya sona erdirmeye yönlendirme söz konusudur. Fakat buradaki sözleşme ihlalinin ticari rakipler veya tedarikçilerle müşteriler arası ilişkileri etkilemesi gerekmektedir.⁴⁸

Yargıtay, davacı vekili iken vekâletten ayrılıp davalı vekili olunmasını haksız rekabet fiili olarak saymamaktadır.⁴⁹ Kanaatimizce somut olaya göre farklı değerlendirmek mümkündür. Eğer davacı vekiline, davalı taraf veya bir üçüncü kişi tarafından vekâlet sözleşmesine aykırı hareket edilmesi teklif edilmiş ve bu yüzden vekâlet sözleşmesi sona erdirilmişse haksız rekabet suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu madde metninde, işçilerin, vekillerin veya diğer çalışanların, kendi işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarının ifşa edilmesi veya ele geçirilmesi için yönlendirilmesini haksız rekabet suçunun ayrı bir seçimlik hareketi olarak düzenlemiştir (TTK m.55/1(b-3)). Esasen işçilerin kendi işverenlerinin üretim ve iş sırlarını kendi yararına kullanması mümkün olmadığı gibi, başkalarına da açıklamamalıdır. Nitekim TBK’da bu husus özel olarak düzenlenmiş ve işçilerin sır saklama yükümlülüğü açıkça ifade edilmiştir (TBK, m.396/4). Şu halde üçüncü kişinin, işverenin ticari sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmek için bir işçiyi yöneltmeye yönelik hareketleri haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Burada suçun tamamlanması için, ticari sırların ele geçirilmiş olması gerekmemekte,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.”

⁴⁷ **Kaplan**, s. 48.

⁴⁸ **Dinç**, s. 92.

⁴⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.04.2013, E: 2010/6722, K: 2013/7470, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, s.e.t: 1.08.2022).

yönlendirmeye bile suç tamamlanmış sayılacaktır. Esasen burada üçüncü kişi, işçiyeye fiili işlemesi için azmettirmede bulunmaktadır. Yani kanun koyucu azmettirme fiilini haksız rekabet suçunun seçimlik hareketi olarak düzenlemiştir.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Madde metninde ifade edilen üretim ve iş sırrının, somut olaya göre, kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Çünkü “üretim ve iş sırrı”; iş ve işyeri için her türlü gizli bilgiyi içine alan, imalat ve ticari sırları da kapsayan ve işverenin gizli tutma iradesiyle menfaatlerini korumaya matuf sırları ifade eden bilgilerdir.⁵⁰ 5237 sayılı TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği suçunun kanuni tanımında yer alan “özel hayat” ibaresi ise, kişinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, başkalarından gizlediği kısımdır.⁵¹ Şu halde işverenin özel hayatının gizliliğini ihlal niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin ifşa edilmesi durumunda, mesela eşiyeye ilgili yaşadığı problemler yüzünden yatırımını erteleyeceği bilgisini yazdığı günlüğün işçisi tarafından ele geçirilmesi durumunda, haksız rekabet suçunun değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu bilgi, hem özel hayata ilişkin, hem de ticari sır niteliğindedir. Haksız rekabet suçunu düzenleyen TTK'nın 62. maddesi de, “fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” dikkate alınacaktır. TCK'da düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun üst sınırı, haksız rekabet suçunun üst sınırından fazla olduğundan, somut olayda TCK m.134 uygulama alanı bulacaktır.

Keza üçüncü kişinin yönlendirmesi üzerine, işçiyeye işverenin özel telefon konuşmasını gizlice dinleyip duyduğu üretim ve iş sırlarını ifşa etmesi de, TCK'da ayrı bir suç tanımı olan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır (TCK, m.132). TCK'daki bu özel hükmün üst sınırı da, haksız rekabet suçunun kanuni tanımında yer alan üst sınırdan fazla olduğundan, TTK m.62 gereği, öncelikle uygulanacaktır. Aynı şekilde üre-

tim ve iş sırrı ifşa edilirken TCK'da düzenlenen kişisel verilerin ifşa edilmesi suçunun da somut olayda işlenmiş olabilmesi mümkündür. Mesela üçüncü kişinin isteğiyle işçinin işverenden habersiz gizli bir şekilde, işverenin bilgisayarından temin ettiği ticari sırları bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alması kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturacaktır (TCK m.135). Bu durumda da haksız rekabet suçundan değil, üst sınırı daha yüksek olan TCK m.135'ten dolayı bir cezai sorumluluk söz konusu olacaktır.

Şu halde, (TTK m.55/1(b-3)'te düzenlenen işçiyelerin, vekillerin veya diğer çalışanların, kendi işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarının ifşa edilmesi veya ele geçirilmesi için yönlendirilmesi fiilinin, TCK'da düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal, haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişisel verilen kaydedilmesi suçlarından birini oluşturması daha mümkün gözükmektedir. Başka bir ifadeyle, TTK, m.55/1(b-3)'te düzenlenen haksız rekabet suçunun seçimlik hareketinin, TCK'da düzenlenen benzer suç tiplerine göre somut olayda uygulama alanı bulması oldukça sınırlı gözükmektedir.

- *Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma (TTK m.55/1(c))*

Bu seçimlik hareket de madde metninde, üç ayrı alt seçimlik harekete ayrılmıştır.⁵² Bu düzenlemelerde bir menfaat elde etmeye yönelik yetkisiz bir şekilde bir mal, hizmet veya iş ürünlerinin kullanılması söz konusudur. Örneğin bir çalışanın işletmesinin müşteri listesini izinsiz bir şekilde rakip işletmeye aktarması haksız rekabet suçunu oluşturacaktır.⁵³

- *Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TTK m.55/1(d))*

Bu seçimlik hareket, madde metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “*özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele*

⁵⁰ **Yeşiltepe**, Salih Önder (2006), ‘Ticari Sır-İş Sırrı’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan Özel Sayısı 2004-2006, S: 1-3, C: XII, s. 406 vd.

⁵¹ **Koca**, Mahmut, **Üzülmez**, İlhan (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Adalet, s. 498; **Tezcan**, Durmuş & **Erdem**, Mustafa Ruhan & **Önok**, R. Murat (2014) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Bası, Ankara, Seçkin, s. 559.

⁵² Bu üç alt seçimlik hareket şu şekilde ifade edilmiştir:

“c) *Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;*
1. *Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,*
2. *Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak,*
3. *Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlamaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.”*

⁵³ **Dinç**, s. 103.

geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrenildiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

Esasen benzer bir fiil, TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (b-3) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre ticari sırların ele geçirilmeye ve ifşa edilmeye çalışılması, haksız rekabet suçunu oluşturan bir seçimlik harekettir. TTK m.55/1(d)'de ise, öğrenilen ticari sırların kendi yararına bir ticari politikaya dönüştürülmesi, uygulanması veya bir başkasına verilmesi ayrı bir haksız rekabet fiili olarak nitelendirilmiştir. Şu halde mesela rakip firma tarafından ticari sırların ele geçirilip bir başkasına aktarılması halinde, birbirini tamamlayan bu iki seçimlik hareket de, somut olayda söz konusu olabilecektir. Bu durumda, iki haksız rekabet suçundan değil, iki seçimlik hareketten ikisinin de işlenmesinden bahisle, tek bir haksız rekabet suçunun işlenmiş sayılması ve bu iki seçimlik hareketin varlığının temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

- *İş şartlarına uymamak (TTK m.55/1(e))*

Bu seçimlik hareket, madde metninde şu şekilde ifade edilmiştir: “*özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”*

Bu düzenlemeyle, kanun veya sözleşmeyle yükümlülük arz eden belirli iş şartlarına uyulmaması fiilleri, haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Örneğin faaliyet açısından gerekli olan ruhsat ve izinlerin alınmaması, iş yeri açılış ve kapanış saatlerine uyulmaması, iş sağlığının veya çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerin ihlal edilmesi iş şartlarına uymamayı ifade eden birer haksız rekabet suçu niteliğinde fiillerdir.⁵⁴

- *Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak (TTK m.55/1(f))*

Bu seçimlik hareket, madde metninde iki ayrı alt seçimlik harekete ayrılmıştır.⁵⁵ Burada bir sözleşmede kararlaştırılmış dürüstlük kurallarına aykırı

genel işlem şartlarının kullanılması hali, haksız rekabet fiili olarak ifade edilmiştir. Örneğin bu yönde bir şartın kararlaştırılması mesela kanunla belirlenmiş zaman aşımı süresinin daraltılması için bir hüküm konulması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁵⁶

Genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken ileride benzer sözleşmelerde kullanabilmek amacıyla önceden tek taraflı hazırlanmış, sözleşme hükümleridir.⁵⁷ Esasen dürüstlük kurallarına aykırı bu genel işlem şartları kullanmak TBK'nın 25. maddesine aykırılık teşkil etmekte ve bu maddeler hükümsüz sayılmaktadır. Çünkü çoğunlukla genel işlem şartları, güçlü ticari işletmelerin önceden hazırladıkları ve tüketiciler için ağır şartları ihtiva eden, dürüstlüğü aykırı, yanlış veya yanıltıcı maddeler içermektedir. İşte kanun koyucu dürüstlük kurallarına aykırı bu şartların hükümsüz sayılmasını düzenlememiş, ayrıca bu şartların kullanılmasını haksız rekabet saymıştır.⁵⁸ Eğer bu şartlar, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmiyorsa, hükümsüzlük müeyyidesiyle ve haksız rekabet nitelendirilmesiyle karşılaşmayacağı ortadadır.⁵⁹

Sözleşme metninde hazırlanan bu genel işlem şartlarının haksız rekabet suçu teşkil edebilmesi için, tüketicinin bu sözleşmeyi kabul etmesi dolayısıyla imzalamış olması gerekir. Çünkü madde metninde suçun tamamlanması için, şartların kullanılmasını aramıştır. Şu halde, tüketicie bu şartları içeren sözleşmenin önerilmesi, reklamının yapılması bu suçta teşebbüs niteliğinde sayılmalıdır.

ii. Kendi İcap ve Tekliflerinin Rakiplerininkine Tercih Edilmesi için Kişisel Durumu, Ürünleri, İş Ürünleri, Ticari Faaliyeti ve İşleri Hakkında Kasten Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Vermek Fiili (TTK m.62/1-b)

Bu düzenlemeyle rakip firmaların iş, mal ve hizmetlerinin kalite ve niteliği bakımından daha iyi durumda olduğu izlenimi verecek fiillerin önüne geçerek rekabet ortamındaki haksız manipülasyon-

⁵⁴ Kaplan, s. 51; Özel & Özdemir, s. 199.

⁵⁵ Bu iki alt seçimlik hareket şu şekilde ifade edilmiştir: “f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

⁵⁶ Kaplan, s. 129.

⁵⁷ Kaynak, s. 213.

⁵⁸ Kaplan, s. 52.

⁵⁹ Erdil, s. 299.

nun önüne geçilmek istenmiştir. Esasen benzer bir düzenleme TTK, m.55/1(a-2)'de mevcuttur. Burada ise, “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” haksız rekabet sayılmıştır. TTK m.62/1-b'de farklı olarak suça amaç unsuru eklenmiştir. Yani kişi, kendi işletmesi hakkında verdiği yanlış bilgileri, rakip firmalara tercih edilmek için vermiş olmalıdır. Özel kastla işlenebilecek bu fiil, TTK m.55/1(a-2)'ye göre, daha sınırlı uygulama alanı bulacaktır. Esasen TTK m.62/1-b'de yer alan bu düzenleme olmasaydı da, failin TTK, m.55/1(a-2)'ye göre, haksız rekabet suçundan cezalandırılması yoluna gidileceğinden, bu düzenlemenin bir boşluğu doldurmayan gereksiz bir hüküm olduğunu söylemek de mümkündür.⁶⁰

iii. Çalışanları, Vekilleri veya Diğer Yardımcı Kimseleri, Çalıştırmanın veya Müvekkillerinin Üretim veya Ticaret Sırlarını Ele Geçirmelerini Sağlamak İçin Aldatmak Fiili (TTK m.62/1-c)

Bu düzenlemeyle, bir işverenin, vekilin veya çalıştırmanın, çalıştırmanın veya müvekkillerinin aldatılması suretiyle başkasının yararına üretim ve ticaret sırlarının ele geçirilmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Esasen benzer bir haksız rekabet fiili de, TTK m.55/1(b-3)'te yer almaktadır. Bu düzenlemede, “İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek” denilerek benzer bir haksız rekabet fiili ifade edilmiştir. Aslında burada da, işçilerin veya çalışanların kendi işveren veya vekillerinin üretim ve ticaret sırlarını ele geçirmek için bir yöneltme söz konusudur, fakat bunun aldatma seviyesinde olması gerekmemektedir.

Örneğin başka bir işletmede eski çalışanıyla irtibata geçen bir işveren, çalışanına hatır ilişkisini kullanarak şirketindeki ticari sırları öğrenmesi TTK m.55/1(b-3)'teki fiili; bunu çalışanını aldatarak ticari sırların kendisine verilmesi gerektiğine ikna etmesi de, TTK m.62/1-c'deki fiili oluşturarak haksız rekabet suçu işlenmiş sayılacaktır.

Şu halde TTK, m.62/1-c'de fail gerçek amacını gizleyerek çalışanları aldatmak suretiyle işverenlerinin üretim ve ticaret sırlarını ele geçirmeye yönlendirmesi söz konusu iken; TTK, m.55/1(b-3)'te böyle bir aldatma şart olmamakla birlikte aynı zamanda çalışanların elde ettiği bu sırları ifşa etmesi de haksız rekabet suçunu oluşturmaktadır. Netice itibarıyla TTK m.55/1(b-3)'in daha kapsayıcı bir haksız rekabet fiili olduğunu söylemek mümkündür.⁶¹ Kanaatimizce söz konusu benzer düzenlemelerin, ayrı maddelerde değil, tek bir seçimlik hareket altında düzenlenmesi kanun tekniğine daha uygun olacaktır.

iv. Çalıştırınlar veya Müvekkillerden, İşçilerinin veya Çalışanlarının ya da Vekillerinin, İşlerini Gördükleri Sırada Cezayı Gerektiren Bir Haksız Rekabet Fiilini İşlediklerini Öğrenip de Bu Fiili Önlemek veya Gerçeğe Aykırı Beyanları Düzeltmemek Fiili (TTK m.62/1-d)

Bu düzenlemeyle işverene, vekalet verene ya da benzer bir konumda olanlara; işçilerinin, çalışanlarının veya vekillerinin yaptıkları işler sırasında haksız rekabet niteliğindeki fiillerini önleme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket etmek, mesela haksız rekabet fiilini işleyen işçinin bu fiilini önlememesi de işveren açısından haksız rekabet suçunu oluşturacaktır. Burada çalışanın işleyeceği haksız rekabet fiili, TTK'nın 55 ve 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet fiillerinden biri olmalıdır. Ayrıca işlenen bu fiilin işveren veya müvekkilin öğrenmiş olması ve bu fiili önlememesi veya düzeltmemesi gerekir. Esasen böyle bir düzenleme olmasaydı da, işveren açısından daha genel bir suç tanımı olan ve TCK'da düzenlenen “suçu bildirmeme suçu”nun işlenmiş sayılacağını belirtmek gerekir (TCK, m.278).

b. Fail

Fail, suçun kanuni tanımında yer alan fiili işleyen kişidir ve her suçta bir fail bulunmak zorundadır.⁶² 5237 sayılı TCK sisteminde, bir suçun faili ancak bir gerçek kişi olabilmektedir. Başka bir ifadeyle tüzel kişiler bir suçun faili olamamakta, ancak suçtan zarar gören olabilmektedir.⁶³ Dolayısıyla TTK'nın 62.

⁶⁰ Kaynak, Ali Osman (2020) İçtihatlı, Uygulamalı Örnekleriyle Haksız Rekabet Suçu ve Soruşturma Usulü, 1. Bası, Ankara, Yetkin, s. 216; İtişgen, s. 340; Özbalçık, s. 94.

⁶¹ Kaynak, s. 218; Özbalçık, s. 218.

⁶² Koca & Üzülmüş, s. 112; Özgenç, s. 212.

⁶³ Özgenç, s. 213; Koca & Üzülmüş, s. 112.

maddesinde ifade edilen haksız rekabet suçunun faili, herhangi bir gerçek kişidir. Burada özel bir faillik vasfı da aranmamaktadır.

Ayrıca TTK'nın 63. maddesinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre,

“Tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenirse 62'nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir.” denilmektedir. Bu durumda haksız rekabet suçunun bir ticari şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili yetkili organlarının üyelerinin ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. Meğer ki, bu suçun işlenmesine katılmamış olsunlar. Örneğin haksız rekabet suçunun işlenmesi yetkili kurul kararıyla söz konusu olmuşsa, bu karara olumlu oylarıyla katılanların müşterek fail sıfatıyla veya somut olaya göre şerik sıfatıyla suça katılmaları söz konusu olabilecektir.⁶⁴

c. Mağdur

Mağdur, kendisine karşı suç işlenen, suçun konusunun ait olduğu kişidir.⁶⁵ Türk Ceza Hukuku sisteminde fail gibi mağdur da ancak bir gerçek kişi olabilmektedir. Doğrudan bir mağdur gösterilemeyen suçlarda ise, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes kabul edilmelidir.⁶⁶ Katıldığımız görüşe göre, haksız rekabet suçunun mağduru, geniş anlamda toplumu oluşturan herkesken; dar anlamda tüketici ve müşterilerdir. Zarara uğrayan tüzel kişiler ise, bu suçun suçtan zarar görenidir.⁶⁷

d. Suçun Konusu

Suçun konusu, üzerinde suçun meydana geldiği insan veya herhangi bir eşyadır.⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, haksız rekabet fiillerinin konusu, dürüstlük ilkesine aykırı yöntem ve uygulamalara karşı

emek ilkesi uyarınca, emeğin korunmasıdır.⁶⁹ TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçunun konusu ise, katıldığımız görüşe göre, ticari rekabete katılanların oluşturduğu ekonomik rekabet düzenidir.⁷⁰

e. Neticce

TTK'nın 62. Maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçunu teşkil eden fiillerin bir kısmı neticeli bir kısmı neticesiz suçlardır. Örneğin TTK m.55'te ifade edilen müşterinin yanıltılmasıyla oluşan fiillerin işlenmesiyle (m.55/1(a)-7,9) oluşan haksız rekabet suçu neticeli bir suçtur. Diğer fiillerle oluşan haksız rekabet suçu ise neticesiz bir suçtur. Arslan ve Özdemir'e göre ise haksız rekabet suçu tüm seçimlik hareketleriyle neticesiz bir suç görünümündedir.

f. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, neticenin bir unsur olarak yer aldığı suç tanımlarında söz konusudur. Yani fiil, failin eseri sonucu gerçekleşmişse, illiyet bağı mevcuttur demektir. Şu halde müşterinin yanıltılmasıyla oluşan haksız rekabet suçunda fiilin yanıltılmaya elverişli olup olmadığı incelenmesi gerekmektedir. Burada uygun bir illiyet bağı kurulabiliyorsa, haksız rekabet suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.⁷¹

2. Manevi Unsur

5237 sayılı TCK'nın kastı düzenleyen 21. maddesinde kural olarak suçların kasten işlenebileceği ifade edilmiştir. Esasen kast, TCK'nın 21. maddesinde kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutularak doğrudan ve olası kast şeklinde düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye göre kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek hayata geçirilmesidir (m.21/1). Bu tanımlamayla kanunda açıkça belirtilmese de doğrudan kast anlatılmaktadır. Olası kast ise, failin suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi öngörmesine ya da tahmin etmesine karşın yine de hareketini gerçekleştiriyorsa, yani neticeyi kabulleniyorsa söz konusudur (m.21/2). Taksir ise, kişiden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilememesi halidir (m.22/2). Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (m.22/1). Yani kasten

⁶⁴ Arslan & Özdemir, s. 270.

⁶⁵ Koca & Üzülmmez, s. 114; Özgenç, s. 223.

⁶⁶ Özgenç, s. 223; Koca & Üzülmmez, s. 114.

⁶⁷ Tohma, İsmail (2019), 'Haksız Rekabette Ceza Davalarında 6762 Sayılı Mülga TTK ile 6102 Sayılı TTK'nın Karşılaştırılması' GSI Artletter, Winter, s. 106; Arslan & Özdemir, s. 270.

⁶⁸ Koca & Üzülmmez, s. 116; Özgenç, s. 219.

⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.05.2002, E: 1998/4-350, K: 2002/354; Dinç, s. 64.

⁷⁰ Arslan & Özdemir, s. 269.

⁷¹ Özgenç, s. 191; Koca & Üzülmmez, s. 132.

sorumluluk kural iken, taksirli sorumluluk istisnadır. TTK'da haksız rekabet suçu bakımından taksirle sorumluluk düzenlenmediğinden, haksız rekabet suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur, doğrudan veya olası kastla işlenmesi mümkündür.⁷²

Keza bir suçun manevi unsuru olarak failin belli bir amaç veya saikle hareket etmesi de söz konusu olabilmektedir. Özel kast olarak da ifade edilen amaç unsurunu, suçun kanuni tanımında yer alan "... amacıyla, ... amacı için, ... saikiyle" ibarelerinden anlamak mümkün olabileceği gibi, düzenlenen fiilin bir amaca yönelik olduğu ifade ediliyorsa da, amaç unsurunu görmek mümkündür. Nitekim TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçunun bazı seçimlik hareketlerinde amaç unsurunun aranmakta olduğunu görmekteyiz (TTK m.55/1(a-3), (a-5), (b-1), (b-2), m.62/1-b, 1-c).

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen bir fiilin hukuk düzeni ile çatışma içerisinde olup kınanabilir olmasını ifade etmektedir. Ceza hukuku anlamda hukuku aykırılıktan bahsedilebilmesi için fiilin tipe uygun olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinden birinin somut olayda bulunmamasıdır.⁷³ Katıldığımız bir görüşe göre ise, bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, onun hukukun temel ilkelerine, ahlak ve etik kurallara aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.⁷⁴

TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçunun hukuka aykırılık unsuru, dürüst ve bozulmamış ticari rekabette dürüstlük kuralına aykırı, yanlış, yanıltıcı hareket edilmesidir (TTK m.55/1(a)). Öğretide hukuka uygunluk nedenleri arasında hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁷⁵

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Bir suçun özel görünüş şekilleri, teşebbüs, iştirak, içtima başlıkları altında incelenmektedir. Bu konularda TTK'da özel bir düzenleme bulunmadığından TCK'nın genel hükümleri söz konusu olacaktır.⁷⁶

E. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA REJİMİ

TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçu, şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir (m.62/1). Şikayet hakkını kullanabilecekler ise, yine TTK'nın 56. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, müşteriler, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek herkesin şikayet hakkı bulunmaktadır (TTK m.56/1). Şikayet hakkına sahip olanların, bu hakkı fiilin ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı ay içinde kullanması gerekmektedir (TCK m.73).

Şikayet hakkına sahip olanlarla ilgili özel düzenleme dışında, TTK'da haksız rekabet suçu bakımından özel bir düzenlemesi bulunmadığından ceza muhakemesi hukukunun soruşturma ve kovuşturma rejimi için geçerli olan genel hükümleri bu suç için de söz konusu olacaktır.⁷⁷

F. YAPTIRIM REJİMİ

TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçunun yaptırımı iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak ifade edilmiştir. TCK m.49/1'e göre ise, süreli hapis cezası kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az olamayacağından, haksız rekabet suçu için bir hapis cezası verilecekse bunun bir aydan iki yıla kadar hükmedilmesi mümkündür.

Keza haksız rekabet suçunda verilecek cezanın adli para cezası olması da mümkündür. 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağa tekabül etmektedir. TTK'nın 62. maddesinde bir adli para cezası miktarı gösterilmediğinden bunun beş gün ile yedi yüz otuz gün arası olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda, bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacağından (TCK m.61/9), haksız rekabet suçu için verilebilecek adli para cezasının alt sınırı

⁷² Arslan & Özdemir, s. 270.

⁷³ Özen, Mustafa (2021) Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s. 228.

⁷⁴ Özgenç, s. 316.

⁷⁵ Erdoğan, s. 449; Aydın, s. 91.

⁷⁶ Arslan & Özdemir, s. 272.

⁷⁷ Arslan & Özdemir, s. 272.

rının otuz gün, üst sınırının ise yedi yüz otuz gün olduğunu söylemek mümkündür.

Haksız rekabet suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, mesela bir ticari şirket adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları yani gerçek kişi cezalandırılacaktır (TTK m.63/1). Aslında TTK'da böyle bir düzenleme olmasaydı da, haksız rekabet suçunun işlenmesinde ticari şirketin ilgili temsilcileri için işlenmiş bir suç söz konusu olacaktı. Bununla birlikte, TTK'nın 63. maddesinde yer alan "Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir." hükmü yerinde olmuştur. Zira TCK m.60/4 gereğince, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için bu konuda açık hüküm bulunmalıdır.⁷⁸ Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri ise, TCK'nın 60. maddesine göre, iznin iptali ve müsadere'dir. Fakat bu tedbirlerin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmemesi mümkündür (TCK m.60/3).

TTK'nın 62. maddesinde sayılan haksız rekabet filleri, "daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde" söz konusu olabilecektir (m.62/1). Yani tali ve tamamlayıcı bu düzenleme gereği, TTK'nın 55 ve 62. maddesinde yer alan fiillerinin işlenmesi, başka bir suç tanımını oluşturuyorsa ve bu suç tanımını TTK m.62'de öngörülen cezadan daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa artık haksız rekabet suçundan değil, ilgili suçtan hüküm kurulup ceza verilmesi yoluna gidilecektir. Eğer söz konusu fiil, başka bir suç oluşturmakla birlikte, o suçun yaptırımını 62. maddeye göre daha hafif bir yaptırım gerektiriyorsa, bu durumda 62. maddede yer alan ilgili haksız rekabet suçundan dolayı bir ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin rakip firmanın ürünleri hakkında bir söylenti çıkarılması halinde haksız rekabet suçu yerine iftira suçundan (TCK m.267) bir cezaya hükmedilmelidir. Çünkü iftira suçunun kanuni tanımında yer alan üst sınır daha yüksektir.

V. SONUÇ

Dürüst, bozulmamış ve gerçek bir rekabetin sağlanması amacıyla 6102 sayılı TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçunun kanuni tanımına yönelik uygulama ve öğretide tartışma konusu olan tespit, eleştiri ve önerilerimizi şu şekilde maddeler halinde toplamak mümkündür.

Öncelikle 6102 sayılı TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçu tanımı, düzenlenişi itibarıyla kazuistik bir düzenleme mahiyetindedir. Dahası Türk Ceza Mevzuatında daha ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmış başka bir suç tanımı da mevcut değildir. Bir suç tanımını düzenlenirken, maddi unsuru olarak fiilin açık ve seçik bir şekilde ortaya konulması gerekir ki, ceza hukukunun temel ilkeleri tezahür edebilsin. Fakat haksız rekabet suçunu düzenleyen TTK'nın 62. maddesi aynı kanunun 55. maddesine atıf yaparak seçimlik hareketleri belirlemesi ve her seçimlik hareketin de kendi içerisinde alt seçimlik hareketlere ayrılması ve bunların da birer örnek kabilinden sayılıp benzerlerinin fiil içerisine alınması, haksız rekabet fiilinin açık seçik ortaya konulamamasına sebebiyet vermektedir. Şu halde haksız rekabet suçu tanımı, ceza hukukunun temel ilkelerinden suçta ve cezada kanunilik ilkesine, belirlilik ilkesine aykırılık arz etmektedir. Keza sayılan hareketlerin diğer hukuka aykırı hareketlere örnek olarak sayılması ve bunu "özellikle" kelimesine müteakip yapılması, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kıyas yasağına da aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucu her ne kadar TTK'nın 62. maddesinin gerekçesinde, sadece 'özellikle' ifadesinden sonra belirtilen suçlara ceza verilebileceğini ifade etmiş olsa da, madde gerekçeleri, yorum için başvuru kaynaklardan biri olup bir kanuni düzenleme olmadıkça, kanun metni gibi bir bağlayıcılık sağlamayacaktır.

İkinci olarak, TTK'nın 62. maddesinde ve 1. fıkrasının (a) bendinin yaptığı atıfla 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabet fiillerinin hepsinin haksız rekabet suçunun seçimlik hareket olduğu kabul edilmelidir. Çünkü suçun konusu tekse, işlenen suç da tektir. Bu fiillerin işlenmesiyle de, haksız rekabet suçunun konusu, dürüst ve bozulmamış ekonomik rekabet olduğundan, bu fillerin seçimlik hareket olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁸ İtişgen, s. 364; Arslan & Özdemir, s. 272.

Burada dikkat edilmesi gereken husus da, aynı zamanda söz konusu fiillerin başka bir suç tanımını oluşturup oluşturmadığıdır. Mesela bir tacir hakkında aldatıcı, yanlış ve yanıltıcı bilgiler verilmesi, mesela hakaret (TCK, m.125) veya iftira (TCK, m.267) suçunun da oluşmasını mümkün kılabilir. Bu gibi durumlarda, TTK'nın 62. maddesinde yer alan "fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde" ibare gereği daha ağır cezayı gerektiren suç dikkate alınacaktır. Örneğin rakip firmanın ürünleri hakkında domuz yağı ürünleri satıyor diye söylenti çıkarılması halinde haksız rekabet suçu yerine iftira suçundan bir cezaya hükmedilmelidir. Çünkü iftira suçunun kanuni tanımında yer alan üst sınır daha yüksektir. Esasen bu durumda fiil ticaret hukuku anlamında haksız rekabet niteliğindedir ve TTK'da düzenlenen özel hukuktan doğan davaların açılması yine mümkündür. Çünkü burada fail TTK hükümleri gereği kusurludur ve bir tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁷⁹ Fakat ceza hukuku açısından hükmedilecek ceza, haksız rekabet suçu olarak değil, iftira suçu hükümleri gereği söz konusu olmalıdır.

Öte yandan bir fiilin, haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde, ortalama bir anlayışa sahip bir tüketicinin, işlenen fiilin mesela yanıltıcı veya yanlış bir beyan içerdiğini anlama imkânının olup olmadığının adli mercilerce değerlendirilmesi gerekmektedir. Açıkça anlaşılan gerçeğe aykırı bilgilerin haksız rekabet suçunu oluşturmadığının kabulü gerekmektedir.

Üçüncü olarak, TTK'nın 63. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenirse 62'nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır" ifadenin gereksiz bir hüküm olduğu kanaatindeyiz. Çünkü böyle bir hüküm bulunmasaydı da, eylem ve işlemleriyle haksız rekabet suçunun işlenmesinde kastı bulunan kişilerin fail olarak sorumlulukları söz konusu olacaktı. Çünkü TCK sisteminde, ancak gerçek kişiler suçun faili olabilmektedir.

Dördüncü olarak, TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçunun seçimlik hareketleri tespit edilirken

farklı maddelerde benzer, birbirine çok yakın haksız rekabet fiilleri düzenlenmiştir, aynı seçimlik hareketin benzer şekilde ifadesi başka bir bentte yer alması kanun tekniğine de uygun düşmemektedir. Mesela, TTK'nın 62. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenlemenin çok yakın versiyonu, 55. maddesinin 1. fıkrasının (a-2) bendinde de yer almaktadır. Keza TTK m.62/1(c) ile TTK m.55/1(b-3) de aynı şekilde benzerlik göstermektedir. Bu düzenlemelerin tek bir seçimlik hareket şeklinde, birlikte düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Aynı şekilde, (TTK m.55/1(b-3)'te düzenlenen işçilerin, vekillerin veya diğer çalışanların, kendi işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarının ifşa edilmesi veya ele geçirilmesi için yönlendirilmesi fiilinin, TCK'da düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal, haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişisel verilen kaydedilmesi suçlarından birini oluşturmadan uygulama alanı bulunması mümkün gözükmemektedir.

Son olarak, TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet suçunun tanımının, şu şekilde veciz ve açık bir şekilde düzenlenmesinin kanun tekniğine daha uygun olacağı kanaatindeyiz:

"(1) Fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığı takdirde, dürüst ticari rekabeti bozmaya yönelik aldatıcı veya yanıltıcı davranışlarda bulunan bir kimseye, iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir."

Bu şekilde bir düzenlemeyle, örnekleme yoluyla haksız rekabet teşkil eden fiillerin sayılmasına gerek kalmayacaktır. Somut olaya göre mahkeme, haksız rekabet suçunun oluşup oluşmadığını tespit edecektir. Özellikle zamanın ve ekonomik şartların değişmesiyle ihtilaf arz eden hususların varlığı halinde, yüksek mahkemenin vereceği içtihatlarla madde metninde bir kanun değişikliğine gerek kalmadan suçun kanuni tanımının kapsam ve uygulama alanının ortaya konulabileceği kanaatindeyiz.

⁷⁹ Arslan & Özdemir, s. 270.

KAYNAKÇA

- Arkan**, Sabih (2004), 'Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 22, s. 5-20.
- Arslan**, Çetin & **Özdemir**, Didar (2016) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu' International Conference on Eurasian Economies, Session 3B: Hukuk, Beykent University Press, s. 268.
- Aslan**, Adem, 'Marka, Haksız Rekabet ve Tüketici Hukukunda Süperlatif Reklamlar': Tekin, Memiş (Editör) (2014) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Ankara, Yetkin, s. 45-92.
- Aydın**, Hüseyin (2008) 'Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları' (Türü: Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Baştürk**, İhsan (2011), 'Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki - Cezai Sonuçları' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 6, Cilt: 1, s. 79-112.
- Dinç**, Serhan (2020) Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 2. Bası, Ankara, Seçkin.
- Erdoğan**, Yavuz (2013), 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu' İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Nisan, s. 421-461.
- Erdil**, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Bası, Ankara, Seçkin.
- Gürkaynak**, Gönenç (2003) Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Ankara, Rekabet Kurumu.
- İtişgen**, Rezzan (2016), 'Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 122, s. 337-368.
- Kaplan**, Ahmet Galip (2020) Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri, 1. Bası, Ankara, Onikilevha.
- Kaynak**, Ali Osman (2020) İçtihatlı, Uygulamalı Örnekleriyle Haksız Rekabet Suçu ve Soruşturma Usulü, 1. Bası, Ankara, Yetkin.
- Koca**, Mahmut & **Üzülmez**, İlhan (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, Ankara.
- Koca**, Mahmut & **Üzülmez**, İlhan (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Ankara, Adalet.
- Nomer**, Ertan & **Nomer**, Füsün (2016) Haksız Rekabet Hukuku, On İki Levha, İstanbul.
- Okuyucu Ergün**, Güneş (2013) 'Yeni Türk Ceza Kanununda Öngörülen Haksız Rekabet Suçunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 29, s. 149-155.
- Özbalçık**, Ozan Can (2019) TTK md.62/1-B, C, D Kapsamında Haksız Rekabet Suçları, 1. Bası, Ankara, Seçkin.
- Özdamar**, Mehmet & **Ermeneç**, İbrahim (2007), 'Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat' FMR, S: 3, C: 7, s. 41-73.
- Özdemir**, Semih Sırrı (2013) Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, 1. Bası, Ankara, Onikilevha.
- Özel**, Çağlar & **Özdemir**, Semih Sırrı (2017), 'Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: 11, C: 19, s. 189-206.
- Özen**, Mustafa (2021) Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara, Adalet.
- Özgenç**, İzzet (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara, Seçkin.
- Penkdiñer**, Remzi Tamer (2020) Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, 1. Bası, Ankara, Adalet.
- Tezcan**, Durmuş & **Erdem**, Mustafa Ruhan & **Önok**, R. Murat (2014) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Bası, Ankara, Seçkin.
- Tohma**, İsmail (2019), 'Haksız Rekabette Ceza Davalarında 6762 Sayılı Mülga TTK ile 6102 Sayılı TTK'nın Karşılaştırılması' GSI Articleler, Winter, s. 97-114.
- Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kendigelen**, Abuzer & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, Füsün (2020) Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Onikilevha.
- Yeşiltepe**, Salih Önder (2006), "Ticari Sır-İş Sırrı" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı 2004-2006, S: 1-3, C: XII, s. 403-421.
- TTK'nın 54 ve 62. maddesinin gerekçeleri ve ilgili Yüksek Mahkeme Kararları, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=1186>, s.e.t. 01.08.2022.

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.*

İFLAS SINIRINA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ^(*)

BOARD OF DIRECTORS' FIDUCIARY DUTY IN THE VICINITY OF INSOLVENCY

Dr. Onur KALKAN^(**)

Öz

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü, ortaklığın finansal durumunun bozulması ve iflas sınırına yaklaşması halinde üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur. Zira, anonim ortaklık finansal sıkıntı içerisine girdiğinde, pay sahiplerinin yanı sıra, alacaklıların da yönetim kurulu üyelerine karşı hukuki sorumluluk iddialarının gündeme gelmesi olasıdır.

Anonim ortaklığın finansal durumunun sağlıklı olduğu aşamada yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü pay sahiplerinin menfaati çerçevesinde yerine getirilecektir. İflas halinde ise, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığa olan hak ve yükümlülükleri alacaklılar da dâhil olmak üzere bütün menfaat sahiplerini kapsar. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüklerinin anonim ortaklık iflas sınırında olduğunda, pay sahiplerinden alacaklılara doğru yön değiştirip değiştirmeyeceği hususunun incelenmesi önem arz eder. Zira, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştı-

ğında, söz konusu yükümlülüklerin pay sahipleri yerine yalnızca alacaklılara karşı yerine getirilip getirilmeyeceği veyahut her iki tarafa karşı da yerine getirilmesi hususu Türk hukukunda düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Anılan husus özellikle anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında ortaklık yöneticilerinin ticari risk alma eğiliminin artmasına bağlı olarak hukuki sorumluluk iddiaları bakımından tartışmalıdır. Çalışmamızda anonim ortaklık iflas sınırında iken, yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının değerlendirilmesinde iş adamı kararı ilkesinin ne şekilde uygulanabileceği değerlendirilecektir. Bu bağlamda, çalışmamızda, Alman, İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinin konuya bakış açısına yer verilerek, hukukumuz bakımından iflas sınırındaki anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İflas Sınırı, Borca Batıklık, Sermayenin Korunması İlkesi, Sadakat Yükümlülüğü, İş Adamı Kararı İlkesi.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.01.2022 / Kabul Tarihi: 14.09.2022).

^(**) Sermaye Piyasası Kurumu, Başuzman Hukukçu, (onur.kalkn@spk.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-7780-6796).

Atıf/Citation: Kalkan, Onur (2022) "İflas Sınırına Yaklaşan Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü", TFM, C: 8, S: 2, s. 429-449.

Abstract

Fiduciary duties owed by board members of a joint stock company is a vital issue that is to be discussed in the event that a joint stock company is financially distressed and in the vicinity of insolvency. Thus, when a joint stock company is in financial straits, it is likely that creditors as well as stockholders file their claims against board members stemming from their legal liabilities.

Once a joint stock company is in a healthy financial position, fiduciary duties of board members are to be administered by taking shareholders' interest into account. In the case of an insolvency, the scope of rights and liabilities of board members covers stakeholders including creditors as well. When a joint stock company is navigating in zone of insolvency, it is of great importance to examine the issue of whether the fiduciary duties of board members are owed to creditors rather than stockholders shifting its direction from the latter to the former. Yet, when a joint stock company is on the verge of insolvency, whether

the joint stock company owes above mentioned duties merely to its creditors instead of the joint stock company's stockholders or owes them to both parties is not laid out in Turkish Law. Aforementioned issue is a matter of concern that is to be necessarily emphasized in terms of claims of civil liability depending on the board members' inclination to indulge in excessive financial risk once the joint stock company is approaching insolvency. This study discusses whether the business judgment rule is applicable or not during the evaluation of financial decision of the board members once a joint stock company is in the zone of insolvency. In this context, this study addresses legal mechanisms of German, UK and US Laws regarding the issue at hand and attempts to draw up a framework for duties of board members of joint stock companies in the zone of insolvency.

Keywords

Vicinity of Insolvency, Overindebtedness, Capital Maintenance rule, Fiduciary Duty, Business Judgment Rule.

I. GİRİŞ

Anonim ortaklık faaliyetlerinin yürütümünde yönetim kurulu üyeleri, pay sahiplerinin menfaatlerinin maksimizasyonu temelinde ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde görevlerini icra etmelidir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü, ortaklığın menfaatleri çerçevesinde hareket etmesini gerektirir. Anonim ortaklık iflas sınırında (*vicinity of insolvency, zone of insolvency*) iken gerçekleştirilen işlemler nedeniyle alacaklılar tarafından da yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği öne sürülmek suretiyle hukuki sorumluluk yoluna başvurulması, üzerinde tartışılması gereken öğeleri içerisinde barındırır.

Hukukumuz bakımından konu ele alındığında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md.376 hükmünün amacına bakıldığında, anılan maddenin birinci fıkrası ile pay sahiplerinin; ikinci ve üçüncü fıkraları ile alacaklılar ve üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyucu tedbirlerin yönetim kurulunca alınması gerekli olup, söz konusu madde hükmü emredici mahiyettedir.¹ Anılan madde hükmüyle iflas işlemlerinde aşırı erteleme engellenmesi hedef-

lenmiş olup, mevcut ve potansiyel alacaklıların haklarının korunması ön planda tutulur. Vurgulamak gerekir ki, anonim ortaklık alacaklılarının korunmasına ilişkin önlemlerin ortaklık malvarlığının korunması kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.²

Yönetim kurulunun, sermayenin korunması ilkesi bağlamında, sermaye kaybı³ durumunda gerekli işlemlerin yapılmasında, sermayenin artırılması ve azaltılmasına ilişkin konularda sadakat yükümlülüğü söz konusudur.⁴ Buna ilaveten, iş adamı kararı ilkesi sayesinde yönetim kurulu üyelerine tanınan koruma alanının sınırını, icra ve iflas hukuku ile ticaret hukuku perspektifinden değerlendirme yapılmak suretiyle belirlemek, hukuk yargılamasına konu edilecek uyumsuzluk süreçleri bakımından kritik önemi haizdir.

² **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 260.

³ Sermaye kaybı finansal durumun bozulma türlerinden yalnızca biri olup, anonim ortaklığın finansal durumunun bozulduğundan bahsedilebilmesi için sermayenin kısmen veya tamamen kaybı şart değildir (**Rüzgaresen**, Cumhuriyet (2011) İflas Sebepleri, Ankara, Adalet, s. 624).

⁴ **Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2018) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 159-165.

¹ **Türk**, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel, s. 107; **Sayhan**, İsmet (2016) Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, Yetkin, s. 49.

Anonim ortaklığın iflase yaklaşması halinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinde meydana gelmesi muhtemel değişiklikleri ele almadan evvel, iflas sınırı kavramının ele alınması önem arz eder. Anonim ortaklığın faaliyetlerini iflas sınırında iken sürdürdüğü evrede, ortaklığın muhtemelen ödeme gücü bulunmakta olup, ortaklığın iflas halinde bulunduğunu doğrudan söylemek mümkün değildir.⁵

II. İFLAS SINIRI KAVRAMI

Anonim ortaklığın iflas sınırında olması, basiretli bir yöneticinin ortaklığın finansal sıkıntı⁶ içerisinde olduğu bir dönemde iflas olasılığını öngörebilmesidir.⁷ İflas sınırında olunmasına ilişkin parametrelerin tanımlanması zor ve sınırlarının belirlenmesi güçtür. İflas sınırı kavramı son yıllarda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin tartışmaları ve hukuki sorumluluk iddialarını beraberinde getirmiştir. Son dönemde UNCITRAL Çalışma Grubu tarafından iflase yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri üzerinde durulmuştur.⁸ Söz konusu Çalışma Grubu tarafından anonim ortaklığın iflase yaklaştığı halde yönetim kurulu üyelerince alacaklıların haklarının da -zararlarının minimuma indirilmek suretiyle- korunması gerektiği ifade edilmiştir.⁹ Esas sermayenin alarm sinyali fonksiyonunu ortaya koyan 13 Aralık 1976 tarih ve 77/91/AET sayılı İkinci Yönerge¹⁰ (Second Council Directive) md.17/1 ile Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 14 Haziran 2017

tarih ve 2017/1132 (AB) sayılı Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine İlişkin Yönergesi (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 Relating to Certain Aspects of Company Law*) md.58/1, esas sermayenin ticari kararlar nedeniyle kaybı ihtimalini göz önünde tutarak kaleme alınmış olup, alarm için kritik eşiği esas sermaye oluşturur.¹¹ Hukukumuzda ise konunun benzer şekilde TTK md.376 hükmü ile düzenleme altına alındığını söylemek mümkündür.

Alman hukukunda bir anonim ortaklığın iflase yaklaştığını ortaya koyan durumlar kanunda belirlenen oranda sermaye kaybının genel kurula bildirilmesiyle başlamakta olup, aşamalı olarak üç şekilde belirlenmiştir.¹² Birincisi, önemli ölçüde yıllık zararları (*substantial annual losses*) olan anonim ortaklıklar iflasın eşiğinde şirketler olarak değerlendirilir.¹³ Anılan değerlendirme uyarınca zarara dair eşik yıllık bilançodaki sermayenin yarısına eşittir. İkincisi, bir anonim ortaklık vadesi gelmiş ödemelerini gerçekleştirmediği takdirde ortaklığın iflase yaklaşması olasıdır. Son olarak, borca batıklık durumu anonim ortaklığın iflase yaklaştığının somut bir göstergesidir.¹⁴

Benzer şekilde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 178'inci maddesinin birinci fıkrası, iflas tabi olan borçluların, içerisinde buldukları kötü ekonomik durum sebebiyle, aciz halinde olduklarını bildirerek, yetkili mahkemeden iflâslarını isteyebileceklerini hükme bağlamıştır. Bu düzenleme, borçlunun kendi iflasını talep edebilmesi borçlunun ve alacaklıların menfaati nazara alınarak kabul edilmiştir.¹⁵

Anonim ortaklıklar bakımından kanun koyucu, ödeme güçlüğü halinin üst sınırı olarak, borçlunun

⁵ **Smit**, Imogan (2016) The Application of the Business Judgment Rule in Fundamental Transactions and Insolvent Trading in South Africa: Foreign Precedents and Local Choices, Master Thesis, Faculty of Law of the University of the Western Cape, s. 67.

⁶ Finansal sıkıntı kavramı; aciz halinde olma, temerrüt, borca batıklık ve iflas gibi birbirleriyle ilişkili birçok kavramı içerisinde barındıran bir süreci ifade eder (**Bilir**, Hakan (2015) "Finansal Sıkıntının Tanımı ve Piyasa Odaklı Çözümleri: Borç Yapılandırma, Varlık Satışı ve Yeni Sermaye Enjeksiyonu", Sosyo Ekonomi, Cilt: 3, Sayı: 9, Sayı: 1, s. 23).

⁷ **Mottocks**, Ron (2008) Zone of Insolvency, New Jersey, Wiley, s. 87.

⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, "Directors' Obligations in the Period Approaching Insolvency" Working Group V, New York, 15-19 April 2013 (web: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/807/89/PDF/V1380789.pdf?OpenElement>, erişim tarihi: 10.05.2022).

⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, s. 17.

¹⁰ Mülga "The Formation of Public Limited Liability Companies and the Maintenance and Alteration of Their Capital (77/91/EEC)".

¹¹ **Mülazimoğlu**, Mehmet (2020) Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, On İki Levha, s. 100.

¹² **Klappstein**, Verena (2013) "Directors' Duties and Liability in Germany", Study on Directors' Duties and Liability, LSE Enterprise, s. 346.

¹³ **Wood**, Justin (2007) "Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan", Penn State International Law Review, Volume: 26, No: 1, s. 155.

¹⁴ **Noussia**, Kyriaki & **Durdenic**, Katarina (2019) "The Financial Crisis Ten Years On: Creditors' Protection in Insolvency Law", Journal of International Banking Law and Regulation, Volume: 34, Issue: 9, s. 333.

¹⁵ **Kırtıloğlu**, Serhat (2009) İflas Davası, Ankara, Adalet, s. 56.

mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi, daha açık bir ifadeyle borca batıklığı bir ölçüt olarak benimsemiştir. Anonim ortaklık, belirlenen noktaya gelinceye kadar, finansal durumunda meydana gelecek her türlü bozulma, ortaklığın aciz halinde olduğunu gösterir. Ancak, söz konusu bozulmaya rağmen, borçlu borca batık hale gelmedikçe, iflâsını talep etmesi opsiyonel nitelik taşır.¹⁶ Şayet, ortaklığın tüm aktif muaccel olsun olmasın ortaklığın borçlarını karşılamaya yetmez hale gelirse, alacaklıların menfaatleri tehlikeye girmiş olduğundan söz konusu durum, borca batıklık adı altında ayrı bir iflâs sebebi olarak kabul edilmiş ve alacaklıların korunması amacıyla borçlunun iflâsını istemesi zorunlu hale getirilmiştir.¹⁷

III. ŞİRKET MENFAATİ KAVRAMI

Şirket menfaati, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün temel kavramıdır. Yönetim kurulu üyelerinin hangi tür işlem ve faaliyetlerinin sorumluluğuna neden olacağını bilmesi ve hukuk mahkemelerinin sorumluluk davalarında kusuru saptayabilmesi bakımından şirket menfaatinin belirlenmesi önem arz eder. Burada üzerinde durulması gereken konuyla ilişkili teoriler, pay sahipleri teorisi ve kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında menfaat sahipleri teorisidir. Doktrinde *Homburger'e* göre, şirket menfaati kavramında, ortaklık alacaklılarının da menfaatinin dikkate alınması gerekli olup, yönetim kurulu kararının üçüncü kişiler bakımından da katlanılabilir olması gereklidir.¹⁸

Alman hukukunda menfaat sahipleri teorisi uyarınca, şirket menfaatine hareket edilmesi hususu ortaklığın faaliyetlerinden etkilenebilecek tüm tarafların menfaatlerini kapsar.¹⁹ İngiliz hu-

kukunda ise, şirket menfaatlerinin odağında pay sahipleri bulunmakta olup, iflâsa yaklaşan ortaklıklar bakımından alacaklılar da bu kapsamda değerlendirilir.

Bu çerçevede, Kıta Avrupası şirketler hukukunun temel hedeflerinden biri farklı menfaat sahipleri arasında uyum ve uzlaşmanın sağlanması olup, alacaklıların korunması amacıyla alacaklılar ile ortaklık ve pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmalarında ortaklık alacaklıları lehine çözüm getirilmeye çalışılmaktadır.²⁰ Amerikan hukuku bakımından konu incelendiğinde, düzenlemelerde esas olarak ortaklık pay sahipleri ile ortaklık yöneticileri arasındaki menfaat çatışmalarının ön planda olduğu, alacaklıların korunması kavramının odak teşkil etmediği görülür.²¹

Hukukumuzda şirket menfaati kavramı, her ne kadar TTK'da tanımlanmamış olsa bile, TTK md.437/3 düzenlemesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere menfaatler çatışmasında öncelikli korunması gereken menfaat olarak karşımıza çıkar. Anonim ortaklıkta sermaye kaybının 1/2 oranında olması halinde, finansal durumdaki bozulmanın alacaklıların haklarını elde etmesini tehdit eder boyutta olmadığı değerlendirilerek pay sahiplerinin menfaati ön planda tutulur.²² Ortaklığın borca batık olması halinde ise bu durum farklılık arz eder. Borca batık bir anonim ortaklıkta da pekâlâ ortaklığın hukukî mevcudiyetini devam ettirme, pay ve borçlanma aracı sahiplerinin, işçilerin ve yöneticilerin menfaatleri bir arada bulunur. Ancak alacaklılar borca batıklık halinde, menfaat önceliği sıralamasında şirketin de önüne geçer. Buna ilave-ten, anonim ortaklığın borca batık olması halinde ortaklığın yeniden yapılandırılması amacıyla şirket menfaatinin korunması ve şirketin varlığını devam ettirmesi adına TTK md.377'de yer verilen konkordato düzenlemesi önem arz eder.²³

¹⁶ **Kalss**, Susanne & **Adensamer**, Nikolaus & **Oelkers**, Janine (2006) "Director's Duties in the Vicinity of Insolvency - a Comparative Analysis with Reports from Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden", Legal Capital in Europe, Germany, de Gruyter Recht, s. 115.

¹⁷ **Sayhan**, s. 59.

¹⁸ **Ayan**, Özge (2013) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet s. 49.

¹⁹ **Keay**, Andrew (2015) "The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency", International Insolvency Review, Volume: 24, Issue: 2, s. 140-141.

²⁰ **Eryiğit**, Harun (2020) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, On İki Levha, s. 233.

²¹ **Eryiğit**, s. 235.

²² **Türk** (1999), s. 108.

²³ **Sulu**, Muhammet (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, On İki Levha, s. 58.

IV. ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Sadakat yükümlülüğü geniş kapsamlı bir yükümlülük olup, söz konusu yükümlülüğün özen borcunu da içerisinde barındıran bir üst kavram olduğu öncelikle vurgulanmalıdır.²⁴ Sadakat yükümlülüğünün yönetim kurulu üyeleri bakımından kabul edilmesinin ana nedeni, anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında güven ilişkisi temelinde hizmet veya vekâlet sözleşmesinin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, hizmet ve vekâlet gibi güven temeline dayanan sözleşmelerden, özen yükümlülüğünü de kapsayan, daha geniş kapsamlı bir sadakat yükümlülüğü doğar.²⁵ Anılan yükümlülük, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin menfaatini nazara alarak iş ve eylemlerini yerine getirmesini, ortaklık menfaatini kendi menfaatinin dahi üstünde tutarak karar almasını gerektirir.

Sadakat yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerinin iş ve işlemlerinde kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerini değil; salt şirket menfaatlerini temel almalarını gerektirir.²⁶ Yönetim kurulu üyelerinin TTK md.369 hükmü kapsamındaki sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının mevcudiyeti halinde,²⁷ TTK md.553'te düzenlenen sorumluluk davası ile karşılaşması olasıdır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin TTK md.553 gereğince sorumluluğunun doğması bakımından hukuka aykırı ve kusurlu davranışlarından kaynaklanan bir nedenle ortaklığı/alacaklıları/pay sahiplerini zarara uğratmaları gerekir.²⁸

TTK md.369 hükmünde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün alacaklısı ortaklık tüzel kişiliği

olmakla birlikte, ortaklık alacaklıları ve pay sahiplerinin de münferiden anılan yükümlülüğünün ihlali neticesinde uğradıkları doğrudan veya dolayısıyla zararların²⁹ tazminini ilgili yönetim kurulu üyelerinden talep etmesi mümkündür.³⁰

B. ANONİM ORTAKLIK İFLAS SINIRINDA İKEN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaati ile uyumlu şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunur. Burada üzerinde tartışılması gereken husus, iflase yaklaşan ortaklıklarda şirket menfaati kavramının nasıl belirleneceği ve menfaat sahiplerinin çıkarlarının ne ölçüde nazara alınması gerektiğidir. Doktrinde, anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde, alacaklılara karşı sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğrayıp uğramayacağı hususu tartışmalıdır. Nitekim *Keay*, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık alacaklılarının menfaatlerini gözetme yükümlülüklerine dair odak değişiminin hangi andan itibaren başlaması gerektiğine ilişkin belirlemenin tam olarak yapılmasının *common law* yaklaşımının tartışmalı konularından biri olduğunu vurgulamıştır.³¹ *Micheler*'e göre, İngiliz hukukunda anonim ortaklık aciz haline yaklaştığında, ortaklığın menfaatleri pay sahiplerinden ziyade alacaklıların kolektif menfaati haline gelir.³² Alman ve Amerikan hukukundaki hâkim görüşe göre ise, anonim ortaklık yöneticilerinin sadakat yükümlülüğünün ortaklığın iflase yaklaşması durumunda değişikliğe uğramayacağı yönündedir.³³

²⁹ Anonim ortaklığın uğradığı doğrudan zarar alacaklılar yönünden dolaylı zarar teşkil eder. Zira, ortaklığın malvarlığında eksilmeye yol açan davranış alacaklıların alacak haklarını elde edip etmemesine etki edebilir (**Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 128).

³⁰ **Sevi**, s. 117.

³¹ **Keay**, s. 151.

³² **Micheler**, Eva (2010) "Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach", Cambridge Law Journal, Volume: 69, Issue: 1, s. 163 dn 47.

³³ **McCormack**, Gerard & **Keay**, Andrew & **Brown**, Sarah (2017) "Directors' Liability and Disqualification", European Insolvency Law, United Kingdom, Elgar, s. 28; **Callison**, J. William (2007) "Why a Fiduciary Duty Shift to Creditors of Insolvent Business Entities is Incorrect as a Matter of Theory and Practice", Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 442.

²⁴ **Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat, s. 70; **Sevi**, Ali Murat (2021) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin, s. 35.

²⁵ **Çamoğlu**, s. 70.

²⁶ **Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin Uygulanması (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta, s. 191.

²⁷ TTK md.369 hükmü kapsamında sadakat yükümlülüğünün yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra, genel müdür gibi yönetimle üst düzey yöneticilerin de tabii olduğu bir yükümlülük olduğu özellikle belirtilmelidir.

²⁸ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 187-188.

İngiliz hukukunda anonim ortaklık yöneticilerinin yükümlülüklerinin tanımı ve kapsamının anonim ortaklık iflasa yaklaştığında değişikliğe uğradığı görülür.³⁴ Genel olarak sadakat yükümlülüğü, iflas sınırına yaklaştıkça pay sahibi temelli bakış açısından daha fazla alacaklı temelli bir düzleme oturur.³⁵ Alman hukukunda anonim ortaklıkların geneli toplu bir pay sahipliği yapısında (*concentrated ownership structures*) olup, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin iflas sürecini başlatma yükümlülüğü bulunur. Amerikan hukukunda ise ortaklık yöneticilerinin anonim ortaklık değerinin maksimize edilmesi çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü söz konusudur.³⁶ Bu yönüyle Alman hukukunda konuya ilişkin düzenlemenin Amerikan hukukuyla karşılaştırıldığında alacaklıları koruyucu hükümler içeren bir bakış açısına sahip olduğunu söylemek mümkündür.³⁷

Konumuz bakımından önem arz eden husus ise, riskli faaliyetler veya yanlış yatırımlar sonucunda finansal durumu kötüleşen ortaklığı kurtarmak adına iflasa yaklaşan ortaklığın daha riskli yatırımlara yönelmesidir.³⁸ Kredi kurumları tarafından borçlunun yeni borç almasını engelleyecek mahiyetteki kredi sözleşmesi hükümleriyle yeni borçlanmama taahhüdü alınması mümkün olsa dahi, borçlunun olağan ticari faaliyetlerinde söz konusu korumanın mevcut olduğunu söylemek güçtür.³⁹ Anılan halde ortaya çıkması muhtemel sorun ortaklığın toplam borç tutarında meydana gelecek artış neticesinde eski alacaklıların muhtemel bir iflas durumunda beklenen teminatları yeni alacaklılar ile paylaşmak durumunda kalmasıdır.⁴⁰

³⁴ Keay, s. 141.

³⁵ Gurrea-Martínez, Aurelio (2021) "Towards an Optimal Model of Directors' Duties in the zone of Insolvency: an Economic and Comparative Approach", *Journal of Corporate Law Studies*, Volume: 21, Issue: 2, s. 391.

³⁶ Gurrea-Martínez, s. 391.

³⁷ Engert, Andres & Feldman, Reid & Huff, Pamela L. & McKenzie-Skene, Donna W. (2007) "Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies - Comparative & International Perspectives", *Journal of Business & Technology Law*, Volume: 1, Issue: 2, s. 316.

³⁸ Mülazımoğlu, s. 80.

³⁹ Gürel, Murat (2022) Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, *İstanbul, On İki Levha*, s. 89.

⁴⁰ Eryiğit, s. 244.

Öte yandan, hukukumuzda, anonim ortaklığın ödeme gücü içerisinde bulunduğunu gösteren emarelerin ortağa çıkması halinde, yönetim kurulu emareleri görmezden gelerek, ara bilanço düzenlemekten imtina edemez. Kanunkoyucunun yönetim kuruluna yüklediği görev TTK md.369 hükmünde öngörülen sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir.⁴¹

Bu kapsamda, Türk ve Alman hukukunda, İngiliz hukukundan farklı olarak, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin esas yükümlülükleri değişik göstermez. Buna ilaveten, ortaklığın iflasa yaklaşması halinde, söz konusu ülke hukuklarında pay sahipleri ve alacaklıların bilgilendirilmesini teminen yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü bulunduğundan söz etmek mümkündür.⁴²

V. BORCA BATIKLIK VE ANONİM ORTAKLIK HAKKINDA İFLAS KARARI VERİLMESİ HALİNDE YÖNETİM KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

A. GENEL OLARAK

TTK md.376 düzenlemesi yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında bulunmakta olup, anılan madde hükmü gereğince yönetim kurulunun yükümlülükleri sermaye kaybı şüphesi ile birlikte başlar.⁴³ Yönetim kurulu esasen finansal durumdaki gelişmeleri devamlı olarak izlemek zorunda olup, ortaklığın finansal durumunda herhangi bir bozulma olması halinde kanunda öngörülen işlemleri ve tedbirleri eksiksiz şekilde yerine getirmelidir.⁴⁴ Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, İİK md.179 ile TTK md.376 yakından ilgilidir.⁴⁵

Sermaye şirketlerinden olan anonim ortaklıklarda, ortaklığın sorumluluğunun sermayesi ile sınırlı

⁴¹ Çelik, Aydın (2021) *Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı*, İstanbul, Ötüken, s. 382.

⁴² Gerner-Beuerle & Paech & Schuster, s. 214.

⁴³ Türk (1999), s. 217. Atalay'a göre, borca batıklık şüphesi, borçların tamamen ödenemeyeceği yönünde bir tereddüt veya olay ile ortaya çıkacaktır (Atalay (1996), s. 51. dn. 349). Borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin varlığına dair açıklamalar için bkz. Sayhan, s. 61-63.

⁴⁴ Altaş, Soner (2011) "Esas Sermayesi Karşılıksız Kalan veya Borca Batık Olan Limited Şirketlerde Müdürlerin Görevleri ve Sorumlulukları", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 106, s. 3965.

⁴⁵ Üstündağ, Saim (2009) *İflas Hukuku*, 8. Basi, İstanbul, s. 62.

olması ve alacaklıların pay sahiplerine başvuramaması nedeniyle, pasifin aktiften fazla olma durumu, doğmuş bir borcun ödenmemesini kapsayan genel iflas halinin istisnasını oluşturan özel bir iflas sebebi olarak İİK'da düzenlenmiştir.⁴⁶

Borca batıklık durumunun, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, riskin erken teşhisi komitesinin raporlarından yönetim kurulunun incelemesi neticesinde ortaya çıkarılması mümkündür. Böyle emareler bulunmakta ise, yönetim kurulu hem işletmenin devamı esasına göre hem de aktiflerin olası satış değerleri üzerinden bir ara bilanço çıkartmalıdır. Bu suretle, ortaklığın varlıklarının olası satış değerlerine göre oluşturulan bilanço, yönetim kurulunun ortaklığın iflâsını talep edip etmeyeceğine yönelik kararın oluşumunu sağlayacaktır. Doktrinde, borca batıklığın tespiti için mutlaka bir bilançoya ihtiyaç olmadığı; yönetim kurulunun ortaklığın finansal yapısındaki bozulmayı muhasebe kayıtlarından da ortaya çıkarabileceği ileri sürülmüştür.⁴⁷

Öte yandan, ortaklığın iflâsının açılması üzerine yönetim kurulunun temsil yetkisi sınırlandırılmış olmakla birlikte, iflas kararı ile birlikte ortaklığın tasfiyesi halinde de yönetim kurulu ortaklığın organı olarak mevcudiyetini korur.⁴⁸ Ancak, iflâsın açılması üzerine yönetim kurulunun birtakım yetkileri iflas idaresine geçer. Anılan halde, yönetim kurulunun temsil yetkisi TTK md.534 hükmü çerçevesinde iflas idaresi tarafından temsil edilmediği durumlar için geçerlidir.

⁴⁶ **Ercan**, İsmail (2019) Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 877-878.

⁴⁷ Söz konusu görüş Öçal Akar tarafından savunulmuştur. Aktarım için bkz. **Rüzgaresen**, s. 564. Halka açık anonim ortaklıkların faaliyetlerinin yürütümünde finansal raporlama ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri vasıtasıyla ortaklığın finansal durumunun belirlenerek sermaye kaybı veyahut borca batıklığın tespiti, halka kapalı anonim ortaklıklarla karşılaştırıldığında alacaklılar bakımından daha erişilebilir haldedir. Zira, halka açık ortaklıklar tarafından Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı ilke kararı çerçevesinde, TTK'nın 376'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Şirket'in aktiflerinin gerçeğe uygun değerleri esas alınmak üzere bir ara dönem bilançosu (TTK md.376 Bilançosu) hazırlanması gerekli olup, anılan bilançonun Kamuyu Aydınlatma Platformunda yayımlanması gereklidir.

⁴⁸ **Pekcanitez**, Hakan (1991) Anonim Ortaklıkların İflâsı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s. 64.

B. BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİNDE BULUNULMASI

TTK md.376/1-2 düzenlemesi gereğince, sermaye kaybı halinde finansal durumu bozulan ortaklıkların daha erken dönemde tedbir alması, sermayenin korunması ilkesi gereği kabul edilmiştir.⁴⁹ Aynı şekilde, TTK md.376/3 hükmü sermayenin korunması ilkesinin bir sonucudur. Anılan madde kapsamında, borca batıklık nedeniyle asliye ticaret mahkemesine başvurma ve ortaklığın iflâsını isteme yükümlülüğü, TTK md.376/3 ve İİK md.179 hükümleri gereğince yönetim kuruluna tanınmış bir yetki olup, murahasalara bırakılamaz.⁵⁰ Yönetim kurulu anılan konudaki iradesini bir karara dayandırmalıdır.⁵¹

Borca batıklık bildirimini yönetim kurulu bakımından kanuni bir yükümlülüğün ifası mahiyetinde olup, yönetim kurulunun yaptığı söz konusu bildirim, iflâsa ilişkin bir talebi de içerir.⁵² Yargıtay ise konuya ilişkin olarak, kanunen öngörülen sonuçların doğması bakımından borca batıklık bildirimini yeterli görerek ayrıca iflas talebinde bulunulmasını aramamıştır.⁵³ Borca batıklık bildiriminde bulunulması üzerine iflas hukuku kapsamında alacaklıların bir bütün olarak menfaatlerinin korunması amaçlanır.⁵⁴ Borca batıklık durumunun tespit edilmesi-

⁴⁹ **Toraman Çolgar**, Emek (2021) "TTK md.376/II Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması", Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar & Abdurrahman Kayıklık, İstanbul, On İki Levha, s. 9. *Trevor v Whitworth* davasında sermayenin korunması ilkesi açık bir biçimde ilk defa ortaya konulmuştur. Mahkemenin konuya ilişkin kararında, şirket sermayesinin yönetim kurulunun hatalı kararları neticesinde kayba uğraması neticesinde şirket ile işlem yapan alacaklıların korunmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Şöyle ki, sınırlı sorumluluk ilkesinin ortaklık alacaklıların menfaatlerine karşı dengelenmesi amaçlanmıştır (**Eryiğit**, s. 60).

⁵⁰ **Atalay**, Oğuz (1996) Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s. 66. Aynı yönde bkz. **Türk** (1999), s. 280.

⁵¹ **Atalay**, Oğuz (2006) Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, İzmir, Güncel, s. 46; **Kayar**, İsmail (1997) Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, Mimmoza, s. 170.

⁵² **Kuru**, Baki (2016) "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı", Makaleler, İstanbul, Arıkan, s. 625-626.

⁵³ Yargıtay 19. HD, 22.12.2005 tarih ve 2005/9265, 2005/12878 K. sayılı kararı (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁵⁴ **Türk** (1999), s. 230.

ne rağmen mahkemeye bildirim ihmal edilmesi durumunda, yönetim kurulunun TTK md.553/1 hükmü gereği hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür.⁵⁵ Borca batıklık bildiriminin gecikmeli şekilde yapıldığına dair iddialar genellikle anonim ortaklığın iflası halinde gündeme gelmekte olup, bu halde pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkı iflas idaresince kullanılır.

İİK bakımından borçlunun finansal durumunun bozuk olduğu dönemlerde alacaklıları zarara uğratmak isteyebileceğinden veya alacaklılardan bir kısmının menfaatlerini ön planda tutabileceğinden şüphe edilebilir.⁵⁶ İİK md.178/3 kapsamında, alacaklılar bakımından bir koruma mekanizması olarak borca batıklık halinde borçlu derhal iflasını talep etmek zorundadır. Şayet iflasını istememesini müteakip ortaklık bir yıl içerisinde iflas ederse, borçlu İİK md.310/10 gereğince taksiratlı müflis sayılır.

Öte yandan, yönetim kurulunun bildirim yapma yükümlülüğü, borca batıklık halinin fiilen gerçekleştiği tarihten değil, yönetim kurulunun borca batıklık halinin gerçekleştiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren başlar.⁵⁷

VI. İFLASA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İŞADAMI KARARI İLKESİNİN BİRLİKTE İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK

İşadamı kararı ilkesinin uygulanması, yönetim kurulunun vereceği kararlarda takdir yetkisinin sınırlarını belirleyerek yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünü somutlaştırır.⁵⁸ Bu suretle, yönetim kurulu üyelerine iş adamı kararı ilkesinin sağladığı koruma ile makul riskleri üstlenebilmesi imkânı sağlanmıştır. Hukukumuzda TTK md.369 düzenleme-

sinin gerekçesinde, iş adamı kararı ilkesinin tedbirli yönetici ölçüsünün belirlenmesinde uygulanabilecek bir kriter olarak nazara alındığı görülmüştür.⁵⁹

İş adamı kararı ilkesinin uygulanma şartlarını (i) ortaklığa dair ticari bir karar bulunması (ii) ticari kararın alınmasından önce yeterli araştırmanın yapılmış olmasına bağlı olarak konu hakkında bilgilenmiş olma (iii) karar verenlerin yapılan işlemde herhangi bir menfaatlerinin bulunmaması ve (iv) şirket menfaatleri çerçevesinde hareket edildiği kanaatine sahip olunması şeklinde sıralamak mümkündür.⁶⁰

Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin iş adamı kararı ilkesi temelindeki savunma imkanından yararlanabilmesi bakımından yönetim kurulu üyeleri süreç üzerine odaklanmış yönetim borcu kapsamında takdir yetkisini özenle kullanmalı; sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmemeli ve emredici bir hükmü veya somut içerikli bir normu ihlal etmemiş olmalıdır.⁶¹

İş adamı kararı ilkesinin bir diğer önemli işlevi de usul hukukuna ilişkin olup, anılan ilke yönetim kurulu üyelerinin karar alırken bağlılık ve özen yükümlülüklerini yerine getirerek, çıkar çatışması içine girmeden ve iyi niyetle hareket etmiş olduklarını karene olarak kabul eder.⁶²

B. AMERİKAN HUKUKUNDA

Amerikan hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinin öncelikle ortaklık, ikinci derecede pay sahiplerine karşı olduğu kabul edildiğinden, iş adamı kararı ilkesinin kural olarak zarar gören üçüncü kişilerin, ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı açtığı davalarda uygulanma-

⁵⁵ **Sayın**, Hediye Bahar (2015) Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, On İki Levha, s. 151.

⁵⁶ Erdönmez'e göre, kanunkoyucu borçlunun borca batık durumda iken hukuki işlem gerçekleştirmesi zarar verme kastına işaret eden güçlü bir emare kabul edilir (**Erdönmez**, Güray (2019) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul, Vedat, s. 193).

⁵⁷ **Atalay** (2006), s. 29.

⁵⁸ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 268; **Sevi**, s. 25.

⁵⁹ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 2. Tekinalp'e göre, işadamı kararı ilkesinin TTK'da açıkça düzenlenmeksizin yalnızca Gerekeç'e söz konusu kuruma atıfla yetinilmesinin temel sebebinin; ilkenin gelişiminin ve somutlaştırılmasının yargı kararlarına bırakılması düşüncesinden kaynaklanmaktadır (**Tekinalp**, Ünal (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul, Vedat, n. 16-74).

⁶⁰ **Göktürk**, Kürşat (2011) "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 214-220; **Gürel**, s. 146.

⁶¹ **Solak**, Mutlucan (2019) İş Adamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku'nda Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

⁶² **Hacımahmutoğlu**, Sibel (2014) The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cilt: 30, Sayı: 4, s. 125.

sı söz konusu olmaz.⁶³ Buna ilaveten, Amerikan hukukunda anonim ortaklığın iflas durumunda olması halinde, iş adamı kararı ilkesinin bu aşamada da uygulanma alanı bulabileceğinden hareketle, yönetim kurulu üyelerinin görevlerine devam etmemeleri yönünde bir yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmelidir.⁶⁴

1. Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications Co. Kararı

Amerikan hukukunda iş adamı kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak Delaware Chancery Mahkemesi (*The Delaware Court of Chancery*), *Credit Lyonnais Bank Nederland v Pathe Communications Co.* kararında⁶⁵ ortaklığın iflasa yaklaştığı hallerde yönetim kurulu üyelerinin salt pay sahiplerinin menfaatleri kapsamında sorumluluğunun bulunmadığına; alacaklılar ve işçiler de dahil olmak üzere anonim ortaklığa karşı yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.⁶⁶ Dolayısıyla, anılan mahkeme kararıyla menfaat sahipleri kapsamına alacaklılar da dahil edilerek yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün sağladığı hukuki korumadan yararlanmaya başlamıştır.⁶⁷

Öte yandan, Delaware Chancery Mahkemesi tarafından 2004 yılında verilen *Production Resources Group v. NCT Group* kararında,⁶⁸ *Credit Lyonnais Bank Nederland v Pathe Communications Co.* kararı

gözden geçirilerek, yönetim kurulu üyelerine karşı sadakat yükümlülüğünden kaynaklanabilecek iddiaların daima ortaklığa ait olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında sadakat yükümlülüğünün tarafı alacaklılara doğru değişmemekle birlikte, yöneticilerin göz önünde bulundurulacağı menfaatlerin kapsamı genişler.⁶⁹ Anılan mahkeme kararları incelendiğinde, iflas sınırına yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin yeterince açık olmamasına bağlı olarak, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ne zaman kişisel sorumluluk iddialarıyla karşı karşıya kalabileceklerini öngörmelerinin kolay olmadığını söylemek mümkündür.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin iflasın yaklaştığı bir evrede aldıkları kararlar ve işlemleri nedeniyle üzerinde tartışılması gereken kritik soru, iflasın ön aşamasında yer alan görev ve yükümlülükler ile iş adamı kararı ilkesinin uygulandığı yöneticilerin 'normal' takdir yetkisi arasındaki ilişki ile ilgilidir. İflas tasfiyesinden kaçınmanın makul bir olanağının bulunmaması kavramı, açık bir biçimde yönetim kurulu üyeleri için takdire bağlı hareket alanına açık olan bir standarda işaret eder. Şöyle ki, objektif kriterlere dayanan ve katı bir şekilde uygulanan bir standardın, yöneticileri aşırı riskten kaçınmaya ve karlı projelerden kaçınmaya sevk etmesi olasıdır. Anılan türdeki projeler makul bir şekilde nitelendirilebildiği müddetçe, sadece riskli projelerde yer alınması nedeniyle (pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri açısından) sınırlı sorumluluk ilkesi ortadan kaldırılamaz.⁷⁰ Kaldı ki, anonim ortaklık iflas tasfiyesine girse dahi iş adamı kararı ilkesinin uygulanma koşullarında değişikliğe gidilmez.⁷¹

⁶³ **Küçük**, Damla (2021) "Anglo Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Özen ve Sadakat Yükümlülüklerinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Üç Testin Kısa Bir Takdimi", Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 617.

⁶⁴ **Milman**, David (2013) *Governance of Distressed Firms*, Massachusetts, Elgar, s. 133.

⁶⁵ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communs. Co.* - Civil Action No. 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 (Ch. Dec. 30, 1991) (web: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-credit-lyonnais-bank-nederland-n-v-pathe-communs-corp>, erişim tarihi: 14.05.2022).

⁶⁶ **Demott**, A. Deborah (1992), "Directors' Duty of Care and the Business Judgment Rule: American Precedents and Australian Choices", *Bond Law Review*, Volume: 4, Issue: 2, s. 138-139.

⁶⁷ **Alces**, Kelli A. & **Ribstein**, Larry E. & **Schwartz**, Alan & **Sepe**, Simone M. (2007) "Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies" -Theory and Policy, *Journal of Business & Technology Law*, Volume: 1, No: 2, s. 297.

⁶⁸ *Production Resources Group v NCT Group*, 863 A.2d 772 (Del. Ch. 2004) (web: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=92000>, erişim tarihi: 10.07.2022).

⁶⁹ **Wood**, s. 148; **McGovern**, Bruce A. (2002) "Fiduciary Duties, Consolidated Returns, and Fairness", *Nebraska Law Review*, Volume: 81, Issue: 1, s. 197.

⁷⁰ Dünya Bankası tarafından yayımlanan "*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*" başlıklı çalışmada, iflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim yükümlülüklerine ilişkin olarak, uygulanacak hukukun şirket yeniden yapılandırmasını ve makul risklerin alınmasını teşvik ederken aynı zamanda sorumlu şirket davranışını desteklemesi gerektiği ifade edilmiştir (The World Bank (2021) *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, s. 18) (web: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 13.07.2022).

⁷¹ **Alces & Ribstein & Schwartz & Sepe**, s. 293.

2. North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla Kararı

Credit Lyonnais kararından sonraki süreçte mahkemeler nezdinde iflas sınırının yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerini ne zaman ve nasıl etkilediğini belirlemede tereddüt hasıl olmuştur. Delaware Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Delaware*) -*Credit Lyonnais* kararından on altı yıl sonra- *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* kararı ile, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinde iflas sınırından ziyade ortaklığın iflası halinde değişimin söz konusu olduğunu açık bir biçimde hükme bağlamıştır.⁷²

Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, alacaklı sıfatıyla davacının, iflas etmiş veya iflas sınırında iken iş ve işlemlerine devam eden ortaklık yöneticilerine karşı doğrudan zarar nedeniyle taleplerinin reddi yönündeki istemlerini kabul etmiştir. Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklığın iflas sınırına yaklaşması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinin alacaklıları da içerecek şekilde genişletilmesinin yerinde olmayacağını, söz konusu yükümlülüğün ortaklığın pay sahiplerine karşı olduğu yönünde karar tesis etmiştir. Buna bağlı olarak, ancak ortaklığın iflası ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün kapsamının değişikliğe uğrayacağını söylemek mümkündür. Buna ilaveten, Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklığın iflası halinde, alacaklılara atfedilen hakların yönetim kurulu üyelerine karşı dolaylı zararlara dayanılarak açılan davaları (*derivative action*) kapsadığını belirtmiştir.⁷³

⁷² North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla - 930 A.2d 92 (Del. 2007), (web: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-n-am-catholic-educ-programming-found-inc-v-gheewalla>, erişim tarihi: 14.05.2022). **Ward**, Christopher & Hirsch, Emil & **Bartels**, Todd & **Donaldson**, R. Montgomery & **Spake**, Robert & **Vine**, Jarrett (2015) "The Creeping Business Judgment Rule", American Bankruptcy Institute, s. 651.

⁷³ **Lazarus**, Lewis H. & **James**, Morris (2010) "Insolvency and Fiduciary Duties: Advising Directors and Officers When the Company Cannot Pay Its Bills", American Bar Association, Business Law Section, s. 5. (web: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/09/inside-buslaw-insolvency-201009.authcheckdam.pdf>, erişim tarihi: 12.07.2022). Aynı şekilde Delaware Yüksek Mahkemesi, *Quadrant Structured Pro-*

Bu kapsamda *Gheewalla kararı* ile birlikte, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık iflas sınırında iken almış olduğu kararların değerlendirilmesinde iş adımı kararı ilkesinden yararlanılması açısından yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin değişikliğe uğrayıp uğramayacağı ve iflas sınırı kavramlarına ilişkin tartışmalar sona ermiştir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin ortaklığa karşı olduğu; alacaklıların ancak ortaklığın iflası ile birlikte söz konusu yükümlülüklerin lehdarı haline geleceğini söylemek kanaatimizce mümkündür.

C. İNGİLİZ HUKUKUNDA

Anonim ortaklığın teknik olarak müflis konumunda olması halinde, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin şirket stratejilerinin odak noktasında değişikliğe gidilmesi gereklidir. Nitekim, anılan süreçte, şirket menfaatlerinin maksimize edilmesi yerine ortaklık malvarlığının korunmasına odaklanılmalıdır.

İngiliz hukukunda benimsenen *wrongful trading* kuralı⁷⁴ ile, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın faaliyetlerinin iflas ile sonuçlanacağını öngörmesi halinde, potansiyel kayıpların minimuma indirilmesi bakımından yönetim kurulu üyeleri tarafından alacaklar lehine gerekli adımların atılması gereklidir.⁷⁵ Bu bağlamda, İngiliz hukukunda *wrongful trading* kuralı ile yönetim kurulu üyelerine açık uçlu yükümlülükler öngörülmüş olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerince verilen kararın rasyonelliğinin değerlendirilmesinde ardıl (*ex-post*) yaklaşım söz konusudur.⁷⁶

ducts Company, Ltd. v Vertin davasında, anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün alacaklılara karşı bulunmadığı, anılan evrede yalnızca pay sahiplerinin dolaylı zararlar nedeniyle sorumluluk davası (*derivative action*) açılabilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir (**Smit**, s. 63).

⁷⁴ Amerikan hukukunda ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bağlamında mahkemelerce *wrongful trading* kuralının bir türü olarak benimsenen iflasın derinleştirilmesi (*deepening insolvency*) kuralı bulunmaktadır. Anılan kural ile anonim ortaklıkların ömrünün yapay olarak uzatılması, malvarlığının kaybı ve borçluluğun artması nedenleriyle ortaklık ve ortaklık alacaklıları bakımından yararlı görülmez (**Bitė**, Virginijus & **Mogenytė**, Vilija & **Mulevičienė**, Salvija (2022) "Civil Liability of a Company Director in the Vicinity of Insolvency: The Lithuanian Approach", *European Business Organization Law Review*, Volume: 23, Issue: 2, s. 465).

⁷⁵ **Gurrea-Martínez**, s. 379.

⁷⁶ **Spindler**, Gerald (2006) "Trading in the Vicinity of Insolvency", *European Business Organization Law Review*, Volume: 7, Issue: 1, s. 349. İngiliz hukukunda, şartların oluşması halinde borçlu

D. ALMAN HUKUKUNDA

Anglo-Sakson hukuku ile Kıta Avrupası hukukunda alacaklıların korunması bakımından *ex-ante* olarak yasal sermaye gereksiniminin (*legal capital requirement*) hukukiliği açısından farklı bakış açıları söz konusudur. Anglo-Sakson hukukunda, Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak, iflas sınırında iken alacaklıların menfaatinin gözetilmesi bakımından yönetim kurulu üyelerine yükümlülük atfedilirken *ex-post* yaklaşımın benimsendiği genellikle görülür.⁷⁷

Alman hukukunda iflas sınırına yaklaşıldığı durumlarda, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için *ex-ante* iş adamı kararı ilkesi kabul edilmiş olup, *Spindler*'e göre anılan yaklaşımın Amerikan mahkemeleri tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür.⁷⁸ Bu nedenle, gerekli bilgi toplama ve iletişim ile iç kontrol sistemlerine ilişkin standartlar, yöneticilerin anonim ortaklığın finansal sıkıntı içerisinde olduğu durumlarda yönetim kurulu üyelerinin iş ve işlemlerinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynar. Bununla birlikte, Alman hukukunun Amerikan hukukuna kıyasen, iflas sınırına yaklaşıldığında alınması gereken aksiyonlar açısından anonim ortaklık yöneticileri, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından daha açık ve öngörülebilir bir sistem ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.⁷⁹

Alman hukukunda ortaklığın ödeme aczi içerisinde düşmesi neticesinde iflas sürecini başlatma yükümlülüğü bulunur. Buna ilaveten, Alman hukukunda, İngiliz hukukundaki gibi "*wrongful trading*" kavramıyla ifade edilmemesine ve somut bir düzenleme bulunmamasına karşın "*wrongful trading*" prensibi de kabul edilmiştir.⁸⁰ Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklık iflas sınırında bulunsadahi yükümlülüklerinde değişiklik söz konusu olmaz.

tarafından iflas davası açılmasına ilişkin bir yükümlülük öngörülmeğe ziyade, 1986 tarihli İflas Kanunu (Insolvency Act, Section 214) uyarınca, ortaklık yöneticilerinin ortaklığın iflasına sebep olacak şekilde hatalı ticaret yapmaktan doğan şahsi sorumluluğu (*wrongful trading liability*) kapsamında yöneticilerin ortaklığın faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle zararın artmasına yol açıldığı takdirde sorumluluğu bulunur (**Kalss & Adensamer & Oelkers**, s. 122).

⁷⁷ **Noussia & Durdenic**, s. 336.

⁷⁸ **Spindler**, s. 350.

⁷⁹ **Wood**, s. 167.

⁸⁰ **Bité & Mogenyhtë & Mulevičienė**, s. 465-466.

Alman hukukunda iş adamı kararı ilkesinin⁸¹ varlığına vurgu yapan, mahkemelerin yönetim kurulu kararları üzerinde yerindelik denetimi yapmasını engelleyen ve yönetim kurulunun takdir alanını koruyan ilk karar 1979 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Herstatt Bank* kararıdır. Söz konusu kararda, yönetim kurulunun kusursuz gecikme halleri dışında, ortaklığın finansal durumunda bozulma söz konusu ise, iflas isteme veya konkordato talebinde bulunmak konusunda karar vermekte takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir.⁸² Anılan karara göre, makul bir yöneticinin göstereceği özen derecesinde hareket eden ve karar veren yönetim kurulu; alacaklılar, çalışanlar ve pay sahiplerinin menfaatleri ve ortaklığın geleceği bakımından yerinde olan kararı verecektir. Yönetim kurulunun söz konusu özen kıstasına uygun şekilde hareket etmesi durumunda mahkeme ancak sınırlı bir denetim yapabilecektir.⁸³ Mahkeme, makamlarınca incelemeye konu edilen yönetim kurulu kararının objektif olarak doğruluğuna ilişkin olamayacağı, ancak günün koşullarına göre gerçekçi bir karar olup olmadığının incelenebileceği yönünde karar tesis etmiştir.⁸⁴

E. TÜRK HUKUKUNDA

Anonim ortaklıklar hukukunda ortaklığın yükümlülükleri ve yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumlulukları arasındaki fark açık bir biçimde karakterize edilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın finansal açıdan sağlıklı olduğu dönemde alacaklılara ve diğer üçüncü taraflara değil yalnızca ortaklığa karşı sorumlulukları bulunur. Bununla birlikte, anonim ortaklık iflas sınırında iken yönetim kurulu üyelerinin iş adamı kararı ilkesi çerçevesinde verdiği kararların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşım somut bir biçimde hükme bağlanmamıştır.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2010/9-32, K: 2010/104, T: 24.02.2010 sayılı kararında, "*İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.*" şeklinde karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁸² **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 21.

⁸³ **Göktürk**, s. 222.

⁸⁴ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 21.

Yönetim kurulu üyeleri, alacaklıların zarar görmesine kasten sebep olduklarında veya iflas işlemlerini zamanında başlatılmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde haksız fiilin koşulları gerçekleştiği takdirde sorumlu olurlar. Dolayısıyla, anonim ortaklık finansal sıkıntı içerisine girdiği takdirde, bu kuralda değişiklik söz konusu olmaz. Zira, yönetim kurulu üyeleri anonim ortaklığın likidite durumunu ve genel anlamda finansal durumunu dikkatlice gözlemlemekle yükümlüdür. Şayet borca batıklık hali gerçekleşmiş ise, iflas talebiyle derhal asliye ticaret mahkemesine başvuruda bulunulmalıdır. Yönetim kurulu üyeleri tarafından süresi içerisinde borca batıklık bildiriminde bulunulmaması halinde ise hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi muhtemeldir. Burada temel amaç, yönetim kurulu tarafından anonim ortaklığın iflasın eşliğinde olduğunu alacaklılardan gizlenmemesi suretiyle mevcut ve potansiyel alacaklıları korumaktır.

İşadamı kararı ilkesi kapsamında kanun ve esas sözleşmeye aykırılık şartının değerlendirilmesi bağlamında TTK md.376/3 uyarınca düzenlenen bilançodan aktiflerin, ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, ortaklığın iflasını isteme yükümlülüğüne aykırı davranılması hususunun mahkemelerce tespiti güç değildir.⁸⁵ Zira, kanun gereğince atfedilen bir yükümlülüğünün varlığı halinde, yönetim kurulunun takdir hakkından bahsedilemeyecektir. Bu noktada, yönetim kurulunun anonim ortaklığın devamı amacıyla konkordato talebinde bulunması halinde, söz konusu talep mali açıdan ıslah olanağının bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmeyi de içermelidir.⁸⁶

Öte yandan, iflase yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının değerlendirilmesinde iş adamı kararının ne şekilde yorumlanacağı hususu belirsizlik arz etmekte olup, anılan hususun açıklığa kavuşturulması yönetim kurulu üyelerine hukuki sorumluluk atfedilebilmesi bakımından belirleyicidir.⁸⁷ İş adamı kararı ilkesi bağlamında, ortaklık yönetimine dair kararların riskli ve sonuçlarının önceden tam olarak belirle-

nemeyen kararlar olduğu gerçeği dikkate alınmakla birlikte, ortaklık yönetim kurulu üyelerince rasyonel bir bakış açısıyla riskli yatırımlara ilişkin karar verilmelidir. Bu sebeple, anonim ortaklığın aciz halinden kaçınmasının mümkün olmadığı öngörülebilir olduğu andan itibaren, yönetim kurulunun iş adamı kararı ilkesine uymayarak olağan faaliyetleri kapsamı dışında yeni borç ilişkisi tesisi nedeniyle doğan zarardan sorumlu olduklarına dair açık hükmün varlığı alacaklıların haklarının korunması bakımından yararlı olacaktır.

Son olarak, Türk hukukunda iflase yaklaşan anonim ortaklıklarda iş adamı kararının ilkesinin uygulanmasına bakıldığında, Alman hukukuna paralel şekilde, anonim ortaklık yönetim kurulunca alınan bir kararın veya yapılan işin başarılı olma olasılığının ve rasyonel olup olmadığının tespiti yönünden kararın alındığı tarih nazara alınarak belirleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

F. DEĞERLENDİRME

İflase yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin ülkelerce farklı şekilde modellendiğini söylemek mümkündür. Türk hukuku bakımından konu ele alındığında ise, iflase yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün içeriğinde değişiklik olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerine genel kurulun toplantıya çağırılması veya koşulların varlığı halinde İİK md.280 gereğince alacaklıların zararına hareket edilmemesi bakımından yapılacak tasarruflara yönelik kısıtların bulunması gibi ilave yükümlülüklerinin atfedildiğini söylemek mümkündür.

Bu çerçevede, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında Türk ve Alman hukuklarında yönetim kurulu üyelerinin iflas davası açma yükümlülüğü; İngiliz hukukunda *wrongful trading* kuralı çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü bulunur.⁸⁸ Amerikan hukuku bağlamında konu ele alındığında ise, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın teknik olarak iflas durumunda bulunsada dahi ortaklığın menfaatine hareket etme yükümlülüğü mevcuttur. Zira, Amerikan

⁸⁵ Bozkurt Yaşar (2015), s. 190; Sevi, s. 310.

⁸⁶ Bozkurt Yaşar (2015), s. 159.

⁸⁷ Bozkurt Yaşar (2015), s. 278.

⁸⁸ Gerner-Beuerle, Carsten & Paech, Philipp & Schuster, Philipp Edmund (2013) Study on Directors' Duties and Liabilities, London, s. 14 (web: <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>, erişim tarihi: 02.07.2022).

hukukunda iflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin şirket değerini maksimize etme yükümlülüğü bulunur.⁸⁹

VII. İFLASA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI DURUMUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak TTK md.553 hükmü ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.49 hükmü kapsamında hukuki sorumluluğun koşulları belirlenmiştir.⁹⁰ Kanunkoyucu tarafından anonim ortaklığa verilen zararların tazmin talebinin ileri sürülmesi bakımından iflas öncesi ve iflas sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş iken, paysahiplerine ve alacaklılara verilen doğrudan zararların tazmini yönünden söz konusu talebi bir ayrıma tabi tutulmamıştır.⁹¹

A. SORUMLULUĞUN KAYNAĞI

1. Doğrudan Zararlar Bakımından

Anonim ortaklığın veya pay sahibinin ya da alacaklının malvarlığında doğrudan bir değer eksilmesi yahut malvarlığında oluşması beklenen değer artışının meydana gelmemesi şeklinde ortaya çıkan zarar doğrudan zarar teşkil eder.⁹² Alacaklıların doğrudan uğradıkları zararlara örnek olarak bilançonun doğruluğuna güvenerek ortaklığa kredi açmak gösterilebilir (TTK md.336 vd.).⁹³ Benzer şekilde, TTK md.376 hükmü gereğince yönetim kurulu tarafın-

dan ihmal veya kasıt neticesinde yerine getirilmesi gereken görevlerin/işlemlerin yapılmamasına bağlı olarak alacaklıların ortaklıkla gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle doğrudan zarara uğraması söz konusu olur. Burada belirtmek gerekir ki, alacaklıların zararının söz konusu sıfatlarının bir sonucu olması gerekir.⁹⁴

Hukukumuzda TTK md.553/1 hükmü ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esası belirlenmiştir.⁹⁵ Buna göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem ortaklığa ve pay sahiplerine hem de ortaklığın alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Anılan hükümde yer alan “*verdikleri zarar*” ibaresi kavramsal olarak “*doğrudan zararı*” ifade eder.⁹⁶ Doğrudan zarara ilişkin davalarda talep sonucu, davacı paysahibi veya alacaklının kendisine yönelik tazmin hükmüne yönelir.⁹⁷

⁹⁴ Akdağ Güney, s. 88-89.

⁹⁵ Anılan madde hükmü gereğince, yönetim kurulu üyelerinin her türlü kusurundan sorumlu olmaları, Amerikan hukukunda öngörülen yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin “*ağır ihmal*” şartını hukuk sistemimiz bakımından uygulanmasını yoksun bırakmaktadır (Bozkurt Yaşar (2015), s. 268).

⁹⁶ Tekinalp, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 389. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.11.2011 tarih ve E. 2011/1593, K. 2011/7756 sayılı kararında, “... Kural olarak anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri şirket adına yaptıkları işlemlerden dolayı kişisel olarak sorumlu tutulamaz iseler de TTK'nın 336'ncı maddesi hükmü uyarınca şirket alacaklıları, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın kendilerine verilmesi suretiyle sorumluluk davası açabilirler. Bu halde yönetim kurulu üyeleri ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına karşı kusursuz olmadıklarını ispat etmedikçe müteselsilen sorumlu olurlar. (Emsal Yarg. 11 H.D. 10.07.2006 T., 2005/8034 E. 2006/8210 K., 23.2.1989 T. 1989/4114 E. 1989/1057 K.) Somut olayda da, alacaklı davacı, davalı şirketin sözleşme uyarınca yapması gereken imalatı yapmadığını, sonradan düzenlenen ek protokol ile edimi ifa edemeyecekleri halde bunu gizleyerek imalat bedeli kadar teminat çekini de vermek suretiyle sözleşmenin ifa edileceği izlenimi vererek zarara uğratıldığını belirterek davalı şirket yöneticilerinin de sorumlu tutulmak suretiyle alacak talebinde bulunmuştur. Davalı şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından TTK'nın 306 ve 338. maddelerinde belirtilen sorumluluklarının bulunmadığına ilişkin somut bir delil sunulmamış olmasına göre davanın bu davalılar yönünden de kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁹⁷ Özekes & Seven & Meriç, s. 43.

⁸⁹ Gurrea-Martínez, s. 387.

⁹⁰ Sevi, s. 225-226. TBK md.49 düzenlemesi ile haksız fiil sorumluluğu düzenlenmekle birlikte, TBK md.114, II ve TTK md.1 düzenlemeleri gereği söz konusu madde hükmü yönetim kurulu üyelerinin sözleşmesel sorumluluk hallerine de uygulanır (Bozkurt Yaşar (2015), s. 186).

⁹¹ Özekes, Muhammet & Seven, Vural & Meriç, Nedim (2021) Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m.549 vd.) Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Kapsamında, İstanbul, On İki Levha, s. 84; Köprücü, Üstün (2022) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası, Ankara, Seçkin, s. 114.

⁹² Yasaman, Hamdi (2013) “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 104.

⁹³ Akdağ Güney, Necla (2008) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat, s. 89.

TTK md.553/1 hükmüne dayanılarak, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı fiilleri, ortaklığı zarara uğratmaksızın alacaklılara doğrudan doğruya zarar verdiğinde, zarara uğrayan kişilerin zarar gören sıfatıyla dava açma hakları bulunur. Anılan halde, yönetim kurulu üyelerinin fiilleri neticesinde anonim ortaklığın zarar görmüş olup olmaması unsuru alacaklılar tarafından açılacak doğrudan zararlar dayanan davalar bakımından önem arz etmez.⁹⁸ Kaldı ki, anonim ortaklığın zamanında borca batıklık bildiriminde bulunmaması neticesinde yeni sözleşmeler akdetmesi anonim ortaklığın yararına da olabilir.

Hukukumuzda, yönetim kurulu üyeleri ile alacaklılar arasında sözleşmesel bir ilişkinin varlığından söz edilemeyeceğinden davanın hukuki mahiyetinin sözleşmeye dayandığını söylemek mümkün değildir. Bu halde, açılacak davanın hukuki mahiyetinin TBK md.49'da düzenlenen haksız fiil olduğunun kabulü gerekir.⁹⁹ Doktrinde yapılan bu ayırım sadece ispat yükü bakımından önem arz eder.¹⁰⁰

2. Dolaylı Zararlar Bakımından

TTK md.555 düzenlemesinde anonim ortaklığın uğradığı zararları ortaklığın ve her bir pay sahibinin isteyebileceği, pay sahiplerince tazminatın ancak ortaklığa ödenmesinin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ortaklık alacaklılarının pay sahipleri gibi ortaklığın uğramış olduğu zararların giderilmesini talep ettikleri dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla davaların hukuki dayanağı konusunda doktrindeki hakim görüş, davacıların sözleşmeye aykırılığa dayanabileceği yönündedir.¹⁰¹

Dolaylı zararda ortaklığın doğrudan, pay sahipleri ve alacaklıların ise dolaylı olarak zarara uğraması söz konusudur.¹⁰² Alacaklıların dolaylı zararlar için dava açma hakkı incelendiğinde, anonim ortaklığın

faaliyetlerine devam ettiği ve iflas kararı verilmediği müddetçe, alacaklılar tarafından doğrudan uğradıkları zararlar¹⁰³ haricinde yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılmaz.¹⁰⁴ Buna ilaveten, iflas halinde, sorumluluk davası açmak isteyen alacaklı iflas idaresine bildirimde bulunmalıdır.¹⁰⁵ İflas idaresi, anılan davayı açmaktan imtina ettiği takdirde, alacaklılar tarafından TTK md.556 hükmü gereğince elde edilecek tazminat önce dava açan alacaklının alacaklarının ödenmesine tahsis olunur.¹⁰⁶

B. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI HALİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

İflas halinde ileri sürülebilecek taleplerin temelini, yönetim kurulu üyelerinin iflas talebini zamanında mahkemeye intikal ettirseydi, alacaklıların uğradığı zararın daha az olacağı iddiası oluşturur. Bu tür uyuşmazlıklarda, davanın temelini iflas kararının verilmesi ile yönetim kurulunun ortaklığın finansal durumunu bildiği veya bilmesi gereken dönem arasında zararın artması iddiası oluşturur.¹⁰⁷ Vurgulamak gerekir ki, hukuki sorumluluğun doğması için ayrıca bildirim geciktirilmesi ile zarar arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi gerekli olup, anılan durumun ispatı çoğu halde güçtür.¹⁰⁸

Anonim ortaklığın finansal durumunun bozulması neticesinde iflas davasının zamanında açılması yönetim kurulunun alacaklılara karşı yerine getirmesi gereken en önemli yükümlülüğü olup, Alman

⁹⁸ **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, Vedat, s. 447; **Akdağ Güney**, s. 90; **Özkes & Seven & Meriç**, s. 88.

⁹⁹ **Poroy** & **Tekinalp** & **Çamoğlu**, s. 445; **Yasaman**, s. 105; **Akdağ Güney**, s. 90; **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 246-247; **Mülazimoğlu**, s. 271.

¹⁰⁰ **Çamoğlu**, 153.

¹⁰¹ Konuya ilişkin doktrindeki farklı görüşler için bkz. **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 245-246.

¹⁰² **Bahtiyar**, Mehmet (2016), Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 393.

¹⁰³ Doğrudan zarar kavramını, yönetim kurulu üyesinin bir davranışını sonucunda pay sahiplerinin veya alacaklıların malvarlığının söz konusu davranışa bağlı olarak doğrudan bir değer eksilmesi malvarlığındaki muhtemel değer artışının gerçekleşmemesi şeklinde ifade etmek mümkündür (**Teoman**, Ömer (2021), Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 16: 2014-2020, İstanbul, On İki Levha, s. 242).

¹⁰⁴ **Tunik**, Danie E. (1999) Directors Liability in case of Insolvency, Switzerland, Kluwer Law, s. 364.

¹⁰⁵ Anonim ortaklığın iflası üzerine tasfiye sürecinde ortaklığın organları varlığını devam ettirir. TTK md.534 gereğince, temsil yetkisi ortaklığın iflas idaresince temsil edilmediği hususlar bakımından muhafaza edilir (**Karaman Coşgun**, Özlem (2015) Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, Adalet, s. 52).

¹⁰⁶ **Yasaman**, s. 110.

¹⁰⁷ **Tunik**, s. 360.

¹⁰⁸ **Türk** (1999), s. 302.

hukukunda gecikmiş iflas başvurusu yapılması haksız fiil olarak değerlendirilir.¹⁰⁹ Burada, ortaya çıkan zarara dair hesaplama yapılır iken, anonim ortaklığın iflas talebinde bulunması gerektiği anda alacaklılarına ödemesi gerekli varsayımsal tutar ile realitede ödenen tutar arasında karşılaştırma yapılır.¹¹⁰

Diğer taraftan, borçlu ortaklığın yeniden canlanma amacıyla yüksek riskli işlemlerde bulunması durumunda, alacaklılar tarafından yönetim kurulu üyelerinin TTK md.369 hükmünü ihlal ettikleri gerekçesiyle hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Bu konuda değerlendirme yapılırken somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması ve genellemelerden kaçılması yerinde olacaktır. Kanaatimizce, yüksek risk içeren işlemlerin ortaklığa yüksek getiri sağlaması dolaylı olarak alacaklının da menfaatine olmakla birlikte, iş adamı kararı ilkesinin yönetim kurulu üyelerine sağladığı koruma alanının azaltılması ve söz konusu işlemin bir bütün olarak değerlendirilmesi önem arz eder. Zira, ortaklık iflasa yaklaştıkça yönetim kurulunun karar verilen ortaklık alacaklılarının da menfaatlere göz önünde tutulmalıdır.¹¹¹ Bu bağlamda, anonim ortaklığın finansal durumunun bozukluğunun derecesi ile yönetim kurulunun alacaklıların menfaatlerinin ne ölçüde nazara alınması gerektiği birbiriyle ilişkilidir.¹¹²

Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından borca batıklık şüphesi ile mahkeme tarafından iflas davasının esası hakkında karar verilmesi arasındaki süreçte, her ne kadar yönetim kurulunca yapılacak iş ve işlemlerin temelinde anonim ortaklık menfaatleri öncelikle dikkate alınacak olsa dahi, iş adamı kararı ilkesi çerçevesinde takdir hakkı bulunan yönetim kurulunca alınan kararların -ortaklığın iflastan kurtarılmasına yönelik somut ve ikna edici bir projeksiyon ortaya konulamaması halinde- aşırı riskli olmaması gereklidir. Zira, riskli kararlar gözetim ve denetime olan ihtiyacı artırmakta olup,¹¹³ iş adamı

kararı ilkesinin sağladığı koruma alanı yönetim kurulunca alınan kararlar makul olduğu müddetçe risk taşıyabileceği realitesi ile sınırlıdır.

TTK md.376/3 hükmü gereğince asliye ticaret mahkemesine başvurulmaz ise, sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK md.553 hükmüne başvurularak sorumluluk davası açılması gündeme gelir. Bu noktada, anonim ortaklık yönetim kurulunca alınan kararın hedeflediği faydanın ve buna bağlı olarak riskin parasal büyüklüğünün, iş adamı kararı olarak nitelendirilmesi üzerinde etkisi bulunmamaktadır.¹¹⁴ Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde ise, TTK md.376 düzenlemesinde öngörülen yükümlülüklerin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmemesi halinde, iş adamı kararı olarak nitelendirme yapılması mümkün değildir.

TTK md.376 düzenlemesi ile yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırma, borca batıklık şüphesi varsa ara bilanço çıkarma ve mahkemeye bildirimde bulunma gibi çeşitli görev ve yetkiler verilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve bildirimlerin yapılmaması halinde, yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu TTK md.553 kapsamında söz konusu olabilecektir.¹¹⁵ Bunun yanında, hukuki sorumluluk TTK md.369 çerçevesinde özen yükümlülüğü ve TTK md.375/1-e çerçevesinde üst gözetim yükümlülüğü kapsamında da doğabilecektir.¹¹⁶

Ayrıca, alacaklıların haklarının korunması bakımından hukukumuzda alternatif olarak İİK md.277-284 düzenlemelerinde alacaklılara iptal davası açma hakkı tanınmıştır.¹¹⁷ Anılan düzenlemeler

¹¹⁴ Sevi, s. 305.

¹¹⁵ Bozdoğan, Abdülkadir (2021) Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Ankara, Yetkin, s. 137.

¹¹⁶ Türk, Ahmet (2016) "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 82; Kayar, İsmail (2012) "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 649.

¹¹⁷ Kuru, Baki (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, Adalet, s. 1396-1397. Erdönmez'e göre, borçlunun borca batık olması ve finansal durumunun kötü olduğunun farkında olması iptal davasında borçlunun zarar verme kastının varlığını ispata tek başına yeterli değildir (Erdönmez, s. 192).

¹⁰⁹ Freund, Heinz Joachim (1999) Directors' Liabilities in Case of Insolvency, Editör: Anker Sorensen, United Kingdom, Kluwer Law, s. 285; Bité & Mogenyté & Mulevičienė, s. 464.

¹¹⁰ Mülazımoğlu, s. 267.

¹¹¹ Honds, Julia (2006) Directors' Duties in the context of Insolvency, Germany, Grin, s. 23.

¹¹² Honds, s. 23.

¹¹³ Hacimahmutoğlu, s. 132.

kapsamında ortaklığın mallarına haciz konulması muhtemel veya iflase yaklaşan borçlunun, ortaklığın malvarlığını alacaklılardan kaçırmak saikiyle şüpheli tasarruflarda bulunulmasına karşı alacaklılara dava açma hakkı tanınmıştır.¹¹⁸

Buna ilaveten, konumuz bakımından yönetim kurulu üyelerinin fiilleri nedeniyle hukuki sorumluluklarının yanı sıra, cezai sorumluluklarının da doğması olasıdır. Nitekim, İİK md.345/a düzenlemesinde¹¹⁹ yönetim kurulu üyelerinin ve tasfiye memurlarının ortaklığın borca batıklık durumunda bulunması halinde, bu durumu mahkemeye bildirmez ve ortaklığın iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargıtay kararlarında söz konusu suçun şartlarının oluşup oluşmadığının tespit edilmesi için İİK md.179 ve TTK md.376'da öngörülen koşullarda ortaklığın aktif ve pasif durumunun saptanması neticesinde ortaklığın iflasının istenmesi şartlarının doğup doğmadığının tespit edilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.¹²⁰

¹¹⁸ İİK hükümleri çerçevesinde açılacak iptal davası (a) borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmesi ve (b) borçlunun alacaklılardan birisi veya bazılarının diğerlerine kayırılması sebeplerine dayanmaktadır (Erdönmez, s. 9).

¹¹⁹ Borca batıklığı bildirmeme suçu şikâyete bağlıdır. İİK md.345/a hükmü "İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179'uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir.

¹²⁰ Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, E: 2013/14404, K: 2014/4777, T: 21.04.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022). Yargıtay'ın konuya ilişkin kararında, "İİK'nin 345/a maddesindeki suçun oluşabilmesi için, aynı Kanununun 179 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376. (6762 Sayılı TTK'nın 324.) maddesinde öngörülen koşullarda şikâyet tarihi itibarıyla şirketin aktif ve pasif durumu belirlenerek, sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle, öncelikle borçlu şirkete ait ticari defterler, kayıtlar ve banka hesapları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp, kesinleşmiş icra takip dosyalarının borçları da pasife dahil edilerek, sonucuna göre hukuki durumunun takdiri gerekirken, mahkemece şikâyet tarihi olan 3.8.2007 tarihi itibarıyla mevcut durumu tespit etmeyen sadece 31.12.2006 ile 31.12.2007 tarihleri arasındaki durumu gösteren bilanço esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde şikâyet hakkının düşürülmesi kararı verilmesi isabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmele hükmün istem gibi BOZULMASINA, 30.12.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi." şeklinde karara varılmıştır. bkz. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, E: 2013/12268, K: 2013/13770, T: 30.12.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2020).

Son olarak, TTK md.557/1 hükmüyle, zarara neden olan üyelerin kusurlarına ve durumun gereklerine göre sorumlu tutulmasında "durumun gerekleri" kavramı BK md.51 ve 52'de düzenlenmiş olan tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olan kusurun derecesi dışındaki bireysel indirim nedenlerinin anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda uygulanması anlamına gelir. Bu indirim nedenlerine örnek olarak; zarara neden olan yönetim kurulu kararının genel kurul tarafından onaylanması veya zarar gördükleri iddiasıyla dava açanların ortaklığın finansal durumunun bozulduğunu ve ortaklığın iflas aşamasında olduğunu bildikleri halde bu durumu ilgililerden gizlemek suretiyle ortaklığın zarara uğramasında olduğu gibi, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun bulunması halleri verilebilir.¹²¹

VIII. SONUÇ

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü şirket menfaatleri doğrultusunda hareket edilmesini gerektirmekte olup, anılan yükümlülüğün iş adamı kararı ilkesi ışığında yorumlanması gereklidir. Türk hukukunda iflas sınırına yaklaşıldığı evrede yönetim kurulunca yapılan iş ve işlemler bakımından, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin yapılacak değerlendirmede *ex-ante* iş adamı kararı ilkesi benimsenmiştir.

Anonim ortaklığın finansal durumunun bozulması halinde, yönetim kurulunun TTK md.376/I-II hükümleri gereğince genel kurulu toplantıya çağırma; TTK 376/III hükmü gereğince borca batıklık şüphesi halinde ara bilanço hazırlama ve borca batıklığın tespiti halinde mahkemeye bildirim yüküm-

¹²¹ Ördem, Yılmaz (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül İlkesi, Ankara, Seçkin, s. 164-165. Zarar gören tarafın zararın doğmasında şahsen kusurlu olması halinde ise, zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyesinin yükümlülüğünün hafiflemesi veya tamamıyla kalkması mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, davacı alacaklılarının, şirketin mali-ekonomik durumunun iyi olmadığı, borca batık ve iflasın eşiğinde olduğunu bilmelerine rağmen anılan hususu gizleyerek şirketin icraatlerine devam etmeleri gerektiği yönünde davalıları ve şirketi teşvik etmek suretiyle ikna etmiştir. Bu yönde hareket **ederek şirket hakkında önceden açılması gerekli iflası engelledikleri ve bu zararın oluşumundan bizatihi sorumlu oldukları gerekçesiyle tazminat taleplerinin reddine** karar vermiştir (Akdağ Güney, s. 264).

lülüğü bulunur. Dolayısıyla, sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun TTK md.376 hükmünde yer verilen emredici mahiyetteki görevlerini yerine getirmesi gerekli olup, anılan hükme aykırılık halinde yönetim kurulu üyeleri tarafından iş adamı kararı ilkesi savunma olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla hukukumuzda anonim ortaklıkların iflasa yaklaştığı evrede yönetim kurulu üyelerine alacaklıların menfaatlerine gözetmeye ilişkin bir yükümlülük atfedilmemiş olmakla birlikte, ortaklığın finansal sıkıntı içerisinde bulunduğu dönemde kanunda belirlenen görevlerin zamanında yerine getirilmemesi halinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna başvurulmasına imkan tanınmıştır.

Anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde, alacaklılara karşı sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğrayıp uğramayacağı hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüşe göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğramayacağı yönündedir. Ancak, söz konusu yükümlülüklerin kapsamı anonim ortaklık iflas tasfiyesine girdiği takdirde değişikliğe uğrayacak olup, anılan halde yönetim kurulu üyeleri ortaklığın malvarlığını tüm alacaklıların menfaatine korumakla yükümlüdür.

Öte yandan, anonim ortaklığın faaliyetlerine devam ettiği ve hakkında iflas kararı verilmediği müddetçe, alacaklılar tarafından uğradıkları doğrudan zararlar haricinde yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılmaz. Diğer bir ifadeyle, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda, anonim ortaklık yönetim kurulunun işlemleri nedeniyle zarara uğramasa dahi alacaklıların uğradıkları doğrudan zararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri tarafından iflas davasının zamanında açılması alacaklıların menfaatine olup, gecikmiş iflas başvurusu yapılmasını haksız fiil olarak değerlendirmek mümkündür.

Bu kapsamda, anonim ortaklıklar bakımından işletmenin sürekliliği açısından faaliyetlerini sürdürdüğü evre ile iflas sınırı açısından bir ayırım yapılması gereklilik arz eder. Anonim ortaklığın ödeme gücünün yerinde olduğu aşamada iş adamı kararı ilkesi yönetim kurulu üyelerine bir girişimci gibi faaliyet gösterme alanı tanımakta iken, iflasa yak-

laşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri bakımından TTK md.376 düzenlemesi ile birtakım yükümlülükler öngörüldüğü ve koşulların varlığı halinde İİK md.280 gereğince alacaklıların zararına hareket edilmemesi bakımından yapılacak tasarruflara yönelik kısıtlar getirildiği görülür. Dolayısıyla, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri, sadakat yükümlülüğünü şirket menfaatleri doğrultusunda kullandığı ve kanunen öngörülen görev ve yükümlülükleri zamanında yerine getirdiği takdirde, iş adamı kararı ilkesinin sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

Bununla birlikte, borca batıklık halinin tespit edilmesi ile mahkeme tarafından iflas davasının esası hakkında karar verilmesi arasındaki süreçte, iş adamı kararı ilkesinin sağladığı korumadan yönetim kurulunun yararlanabilmesi açısından alınan kararların aşırı riskli olmaması kanaatimizce gereklidir. Zira, iş adamı kararı ilkesi gereğince yönetim kurulunca alınan kararlar makul olduğu müddetçe risk taşıyabileceği kabul edilmekte olup, ortaklığın iflastan kurtarılmasına yönelik somut ve ikna edici bir projeksiyon ortaya konulamaması halinde, iflasa yaklaşan ortaklıklar bakımından öngörülebilir risklerin alınmaması yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunu beraberinde getirecektir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2008) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat.
- Alces**, Kelli A. & **Ribstein**, Larry E. & **Schwartz**, Alan & **Sepe**, Simone M. (2007) “Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies”, Theory and Policy, Journal of Business & Technology Law, -Theory and Policy, Volume: 1, No: 2, s. 291-311.
- Altaş**, Soner (2011) “Esas Sermayesi Karşılıksız Kalan veya Borca Batık Olan Limited Şirketlerde Müdürlerin Görevleri ve Sorumlulukları”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 106, s. 3961-3967.
- Atalay**, Oğuz (1996) Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
- Atalay**, Oğuz (2006) Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İzmir, Güncel.
- Ayan**, Özge (2013) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet.
- Bahtiyar**, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Bilir**, Hakan (2015) “Finansal Sıkıntının Tanımı ve Piyasa Odaklı Çözümleri: Borç Yapılandırma, Varlık Satışı ve Yeni Sermaye Enjeksiyonu”, Sosyo Ekonomi, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 9-24.
- Bitė**, Virginijus & **Mogenytė**, Vilija & **Mulevičienė**, Salvija (2022) “Civil Liability of a Company Director in the Vicinity of Insolvency: The Lithuanian Approach”, European Business Organization Law Review, Volume: 23, Issue: 2, s. 455-479.
- Bozdoğan**, Abdülkadir (2021) Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Ankara, Yetkin.
- Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2018) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 137-168.
- Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamlı Kararı İlkesinin Uygulanması (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta.
- Callison**, J. William (2007) “Why a Fiduciary Duty Shift to Creditors of Insolvent Business Entities is Incorrect as a Matter of Theory and Practice”, Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 431-453.
- Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat.
- Çelik**, Aydın (2021) Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı, İstanbul, Ötügen.
- Demott**, A. Deborah (1992) “Directors’ Duty of Care and the Business Judgment Rule: American Precedents and Australian Choices”, Bond Law Review, Volume: 4, Issue: 2, s. 133-144.
- Engert**, Andres & **Feldman**, Reid & **Huff**, Pamela L. & **McKenzie-Skene**, Donna W. (2007) “Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies - Comparative & International Perspectives”, Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 313-333.
- Ercan**, İsmail (2019) Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Erdönmez**, Güray (2019) Alacaklılara Zarar Verme Kasıtıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul, Vedat.
- Eryiğit**, Harun (2020) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, On İki Levha.
- Freund**, Heinz Joachim (1999) Directors’ Liabilities in Case of Insolvency, Editor: Anker Sorensen, United Kingdom, Kluwer Law, s. 271-290.
- Gerner-Beuerle**, Carsten & **Paech**, Philipp & **Schuster**, Edmund Philipp (2013) Study on Directors’ Duties and Liabilities, London (web: <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>, erişim tarihi: 02.07.2022).
- Göktürk**, Kürşat (2011) “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamlı Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 207-247.
- Gurrea-Martínez**, Aurelio (2021) “Towards an Optimal Model of Directors’ Duties in the zone of Insolvency: an Economic and Comparative Approach”, Journal of Corporate Law Studies 2021, Volume: 21, Issue: 2, s. 365-395.
- Gürel**, Murat (2022) Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha.
- Hacımahmutoğlu**, Sibel (2014) The Business Judgment Rule: İşadamlı Kararı mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı mı?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cilt: 30, Sayı: 4, s. 97-145.
- Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Honds**, Julia (2006) Directors’ Duties in the context of Insolvency, Germany, Grin.

- Kalss, Susanne & Adensamer, Nikolaus & Oelkers, Janine** (2006) "Director's Duties in the Vicinity of Insolvency - a Comparative Analysis With Reports From Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden", *Legal Capital in Europe*, Germany, de Gruyter Recht, s. 113-143.
- Karaman Coşgun, Özlem** (2015) *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Ankara, Adalet.
- Kayar, İsmail** (2012) "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 643-658.
- Kayar, İsmail** (1997) *Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya, Mimoza.
- Keay, Andrew** (2015) "The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency", *International Insolvency Review*, Volume: 24, Issue: 2, s. 140-164.
- Klappstein, Verena** (2013) "Directors' Duties and Liability in Germany", *Study on Directors' Duties and Liability*, LSE Enterprise, s. 326-354.
- Kırca, İsmail & Şehirli Çelik, Feyzan Hayal & Manavgat, Çağlar** (2013) *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırtıoğlu, Serhat** (2009) *İflas Davası*, Ankara, Adalet.
- Köprücü, Üstün** (2022) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, Ankara, Seçkin.
- Kuru, Baki** (2016) "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası", *Makaleler*, İstanbul, Arıkan.
- Kuru, Baki** (2013) *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara, Adalet.
- Küçük, Damla** (2021) "Anglo Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Özen ve Sadakat Yükümlülüklerinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Üç Testin Kısa Bir Takdimi", *Tüzel Kişilik Pencerelerinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 615-640.
- Lazarus, Lewis H. & James, Morris** (2010) "Insolvency and Fiduciary Duties: Advising Directors and Officers When the Company Cannot Pay Its Bills", *American Bar Association, Business Law Section* (web: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/09/inside-buslaw-insolvency-201009.authcheckdam.pdf>, erişim tarihi: 12.07.2022).
- McCormack, Gerard & Keay, Andrew & Brown, Sarah** (2017) "Directors' Liability and Disqualification", *European Insolvency Law*, United Kingdom, Elgar, s. 24-64.
- McGovern, Bruce A.** (2002) "Fiduciary Duties, Consolidated Returns, and Fairness" *Nebraska Law Review*, Volume: 81, Issue: 1, s. 170-282.
- Micheler, Eva** (2010) "Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach", *Cambridge Law Journal*, Volume: 69, Issue: 1, s. 151-185.
- Milman, David** (2013) *Governance of Distressed Firms*, Massachusetts, Elgar.
- Mülazımoğlu, Mehmet** (2020) *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, İstanbul, On İki Levha.
- Noussia, Kyriaki & Durdenic, Katarina** (2019) "The Financial Crisis Ten Years On: Creditors' Protection in Insolvency Law", *Journal of International Banking Law and Regulation*, Volume: 34, Issue: 9, s. 325-337.
- Ördem, Yılmaz** (2017) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül İlkesi*, Ankara, Seçkin.
- Özekes, Muhammet & Seven, Vural & Meriç, Nedim** (2021) *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m.549 vd.) Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Kapsamında*, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez, Hakan** (1991) *Anonim Ortaklıkların İflası*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
- Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin** (2019) *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul, Vedat.
- Rüzgaresen, Cumhuri** (2011) *İflas Sebepleri*, Ankara, Adalet.
- Sayhan, İsmet** (2016) *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertenilmesi*, Ankara, Yetkin.
- Sayın, Hediye Bahar** (2015) *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, İstanbul, On İki Levha.
- Sevi, Ali Murat** (2021) *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Ankara, Seçkin.
- Smit, Imogan** (2016) *The Application of the Business Judgment Rule in Fundamental Transactions and Insolvent Trading in South Africa: Foreign Precedents and Local Choices*, Master Thesis, Faculty of Law of the University of the Western Cape.
- Solak, Mutlucan** (2019) *İş Adamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku'nda Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Spindler, Gerald** (2006) "Trading in the Vicinity of Insolvency", *European Business Organization Law Review*, Volume: 7, Issue: 1, s. 339-352.

- Sulu**, Muhammet (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, On İki Levha.
- Tekinalp**, Ünal (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul, Vedat.
- Tekinalp**, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Vedat.
- Teoman**, Ömer (2021) Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 16: 2014-2020, İstanbul, On İki Levha.
- The World Bank (2021) Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (web: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 13.07.2022).
- Toraman Çolgar**, Emek (2021) “TTK md.376/II Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar & Abdurrahman Kayıklık, İstanbul, On İki Levha, s. 1-46.
- Tunik**, Danie E. (1999) Directors Liability in case of Insolvency, Switzerland, Kluwer Law.
- Türk**, Ahmet (2016) “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 63-112.
- Türk**, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel.
- Mottocks**, Ron (2008) Zone of Insolvency, New Jersey, Wiley, s. 87.
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, “Directors’ Obligations in the Period Approaching Insolvency” Working Group V, New York, 15-19 April 2013 (web: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/807/89/PDF/V1380789.pdf?OpenElement>, erişim tarihi: 10.05.2022).
- Üstündağ**, Saim (2009) İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul.
- Ward**, Christopher & **Hirsch**, Emil & **Bartels**, Todd & **Donaldson**, R. Montgomery & **Spake**, Robert & **Vine**, Jarrett (2015) “The Creeping Business Judgment Rule”, American Bankruptcy Institute, s. 637-673.
- Wood**, Justin (2007) “Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan”, Penn State International Law Review, Volume: 26, No: 1, s. 139-168.
- Yasaman**, Hamdi (2013) “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 97-112.

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.*

SINAI MÜLKİYET KANUNUNUN 155. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE ÖNCEKİ HAKKIN ETKİSİ^(*)

THE EFFECT OF EARLIER RIGHTS WITHIN ARTICLE 155 OF THE LAW ON INDUSTRIAL PROPERTY

Elnur KARİMOV^(**)

Öz

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 155. maddesinin 1. fıkrası önceki tarihli hak sahibinin açmış olduğu tecavüz davalarında sonraki tarihli marka, patent veya tasarım hakkı sahibinin kendi sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri sürmesini engellemektedir. Sınai mülkiyet hukukunda öncelik ve gerçek hak sahipliği ilkelerinin bir yansıması olan bu kuralla birlikte, sonraki tarihli hak sahibi tecavüz davasında artık salt mutlak hakkına dayanamamaktadır. Nitekim, daha önce patentler için kabul edilen bu sistem artık marka ve tasarım hakkı sahiplerine de uygulanmaktadır. Makalede, genel hatlarıyla tescil, öncelik ve gerçek hak sahipliği ilkeleri ile tescilin işlevleri, maddi incelemeli ve itiraza dayalı incelemeli başvuru sistemleri irdelenmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, önceki tarihli marka ve tasarım ve patentin sonraki tarihli haklara etkisindeki farklar, Yargıtay ve Avrupa Adalet Divanı kararları ışığında açıklanmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili hükmünün beraberinde getirdiği sorunlar öğretici görüşleri ışığında tartışılmıştır. Makalede sonraki hak sahiplerine karşı açılan tecavüz davalarında tescil sisteminin yapısının ve bu yapı içerisinde üçüncü kişilerin yerinin göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmuştur. Sonraki tarihli başvuru sahiplerine karşı açılan tecavüz davalarında 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifinin 18. maddesindeki benzer savunmalardan yararlanma imkânı üzerine Türk marka hukuku özelinde öneride bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Sınai Mülkiyet Hakları, Öncelik İlkesi, Önceki Haklar, Sonraki Haklar, Tecavüz.

Abstract

Article 155(1) of the Industrial Property Law of the Republic of Turkey prevents an intervening trademark, patent, or design holder from raising their rights as a defense in the infringement proceedings initiated by the right holder with an earlier date. Under this rule originating from the principles of priority and genuine rights in industrial property law, the intervening right holder can no longer rely on absolute rights as a valid defense. The system which was previously applied to patent rights is now applicable to trademark and design rights as well. This article provides an overview of the principles of registration, priority and genuine ownership of rights, and the functions of registration, as well as the substantive and objection-based examination application systems. It explains the differences in the effect of trademark, design, and patents with an earlier date before the Turkish Industrial Property Law in the light of the decisions of the Turkish Supreme Court and the European Court of Justice. It discusses the problems caused by the said provision of the Turkish Industrial Property Law with reference to the legal doctrine. The article argues the necessity of taking into account during infringement proceedings against an intervening right-holder the structure of the registration system and the role of third parties. The article proposes enabling similar defenses of Article 18 of European Union Trademark Directive No 2015/2436 in Turkish trademark practice.

Keywords

Industrial Property Rights, Principle of Priority, Earlier Rights, Intervening Rights, Infringement.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 02.06.2022 / Kabul Tarihi: 02.11.2022).

^(**) Kyushu University Graduate School of Law, LLD (Doctoral Program in Law) Student, (karimov.elnur.712@s.kyushu-u.ac.jp, ORCID ID: 0000-0003-1997-7076).

Atıf/Citation: Karimov, Elnur (2022) "Sınai Mülkiyet Kanununun 155. Maddesi Çerçevesinde Önceki Hakkın Etkisi", TFM, C: 8, S: 2, s. 451-470.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) daha önce sınai mülkiyet haklarını ayrıyırı düzenleyen kanun hükmünde kararnameyi yürürlükten kaldırarak bir araya getirmiştir. SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*”¹

Önceki tarihli haklar, tescilli haktan daha önceki rüçhan² veya başvuru tarihli haklardır. SMK'ya kadar tecavüz davalarında patent dışındaki sınai mülkiyet haklarından tasarım³ veya tescilli markanın kullanımı marka hakkına tecavüz teşkil etmemekteydi.⁴ Bu yüzden, önceki başvuru veya rüçhan tarihli tescilli hak sahibi marka veya tasarım sahibine karşı tecavüz davası açıldığında tescilli hak savunmasıyla karşılaşmaktaydı.⁵ Yalnızca 551 sayılı Mülga Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (PatKHK) 78. maddesi-

nin “*patent sahibi patentini kendi patentinden daha önceki rüçhan tarihine sahip olan patent sahiplerinin açmış olduğu patente tecavüz davasında bir savunma gerekçesi olarak ileri süremez*”⁶ hükmü sonraki patent sahibinin tescilli hak savunmasına başvurmasını engellemekteydi.

Öğreti ve mahkeme kararlarında yer alan eleştirilerin bir anlamda sonucu olan⁷ SMK'nın yeni düzenlemesi bir taraftan önceki tarihli hak sahibinin mutlak hakkını sonraki tescilli hak sahibi dahil, herkese karşı ileri sürebilmesine izin verirken, diğer taraftan, hakkın tescile dayalı kullanımının tecavüz olarak nitelendirilmesinin önünü açmıştır.

Makalenin amacı SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının teklik ve öncelik ilkeleri açısından yol açabileceği sorunları tespit etmek ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ışığında çözüm önerilerinde bulunmaktır. Makalede, ABAD kararlarında farklı inceleme sistemleri olarak bilinen maddi incelemeli (*substantive examination*) ve itiraza dayalı incelemeli (*objection-based examination*) sistem arasındaki farkların Türkiye'de uygulanan marka, patent ve tasarım başvuru inceleme sistemleri için geçerliliği tartışılmıştır.

Maddi incelemeli sistem, başvurunun tescil kararı verilmeden önce yetkili kurum tarafından hem şekli şartlar hem de üçüncü kişilerin itirazları açısından incelendiği, başvuruya dair olumlu veya olumsuz kararın başvurunun maddi yönden incelenmesi sonucunda verildiği sistemdir. Bir bakımdan, maddi incelemeli sistemde de itiraza dayalı inceleme yürütülmeğe de yetkili kurum başvuruyu üçüncü kişilerin itirazlarına açmadan önce hem şekli hem de esasları açısından inceler. SMK'nın marka ve patent için öngördüğü sistem maddi incelemeli sistemdir. Marka başvurusu kurum tarafından SMK'nın 15. maddesi uyarınca şekli ve 16. maddesi uyarınca mutlak ret nedenleri açısından incelendikten sonra Bülten'de yayımlanır, tescil kararından önce SMK'nın

¹ 10.01.2017 Tarih ve 29944 Sayılı Resmî Gazete.

² **Bozgeyik**, Hayri (2007), 'Markalarda Rüçhan Hakları' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 7, s. 51.

³ **Bilgin**, Servet Batuhan (2018), '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Tasarım Hukukuna Getirilen Yenilikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 20, s. 41-43.

⁴ **Merdivan**, Fethi, 'Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanılmama Defi': Feyzan Hayal Şehirli Çelik (Editör) (2017) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 484; **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2011), 'Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar, Yeni bir Ufuk' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 12, s. 39-69.

⁵ Markalara dair bazı kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T: 16.11.1995, E: 1995/7491, K: 1995/8600 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.02.2002, E: 2001/9120, K: 2002/896 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 09.06.2008, E: 2007/5812, K: 2008/7630 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 26.09.2012, E: 2010/15277, K: 2012/14351 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 21.01.2013, E: 2012/90, K: 2013/1110 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 30.05.2016, E: 2015/10970, K: 2016/5893 (Kazancı İçtihat Bankası); Tasarımlarla ilgili bazı kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, T: 05.04.2007, E: 2005/14054, K: 2007/5387 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 26.01.2009, E: 2007/11867, K: 2009/639 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 17.05.2010, E: 2008/13865, K: 2010/5486 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.05.2015, E: 2014/9772, K: 2015/6365 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 30.05.2016, E: 2015/10857, K: 2016/5915 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmî Gazete.

⁷ **Deniz**, Poyraz (2017) 'Yeni Sınai Mülkiyet Kanununda Tescile Dayalı Kullanım Savunması ve İhlal Davaları', IPR Gezgini, <https://bit.ly/3h4b9g6>, s.e.t. 01.06.22; **Özer**, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 27-28; **Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), 'Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 20, s. 85.

17. maddesi uyarınca üçüncü kişilerin itirazlarına sunulur. Yalnız itirazın bulunmaması veya inceleme sonucunda reddedilmesi halinde tescil hakkında karar kabul edilir.

Aynı şekilde, yetkili kurum, patent başvurusunu SMK'nın 95. maddesi uyarınca şekli ve 96. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kısmen esasları (patentlenebilir buluş olup olmadığı) açısından inceledikten sonra Bülten'de yayımlar ve başvuruyu SMK'nın 97. maddesinin 3. fıkrası uyarınca üçüncü kişilerin patent verilebilirliğine ilişkin görüşlerine sunar. İncelemenin sonunda patent verilmesi hakkında karar kabul edilirse, üçüncü kişiler SMK'nın 99. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu karara da altı ay içinde itiraz edebilir.

Buna karşılık, itiraza dayalı incelemeli sistemde yetkili kurum başvuruyu şekli açıdan resen inceledikten sonra tescil hakkında veya aksine karar vermekte, tescil durumunda üçüncü kişiler belirli bir süre zarfında yayımlanan *tescile* itiraz edebilmektedir. SMK'nın tescilli tasarımlar için öngördüğü sistem itiraza dayalı sistemdir. Kurum SMK'nın 64. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tasarım başvurusunun şekli ve tasarımın yeniliği açısından inceledikten sonra, daha üçüncü kişilerin itirazlarına geçmeden tasarımı sicile kaydeder. Üçüncü kişiler yalnız bundan sonra SMK'nın 67. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üç ay içerisinde *tescil kararına* itiraz edebilirler. Marka ve patent için öngörülen maddi incelemeli sistemden farkı üçüncü kişilerin başvuru inceleme aşamasında etkisiz olmaları, yine de hak tescil yoluyla kazanıldıktan sonra itiraz edebilmeleridir. Makalenin izlediği yöntem açısından her iki sistemde üçüncü kişilerin rolü önem arz etmektedir. Makale aşağıdaki şekilde sınırlandırılmıştır:

İkinci bölümde tescilin işlevleri, öncelik ve gerçek hak sahipliği ilkelerine değinilmiş, tescilli hak savunmasına Türk ve Alman doktrinindeki yaklaşımlar tartışılmıştır.

Üçüncü bölümde SMK'dan önce ve sonra önceki tarihli hakların etkisi ve önceki tarihli hakların farklı sınai mülkiyet haklarına etkisi tartışılmıştır.

Sonuç bölümünde makalenin ulaştığı sonuçlar ve SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının neden olabileceği sorunlara dair çözüm önerilerimiz sunulmuştur.

II. ÖNCEKİ HAKLARIN ETKİSİNE TEORİK YAKLAŞIMLAR

A. Sinai Mülkiyet Hukukunda Tescil

1. Tescil İlkesi

Fikir ve sanat eserleri hukukundan farklı olarak, sınai mülkiyet hukukunda marka, patent ve tasarım gibi bazı sınai mülkiyet unsurlarına tanınan koruma, kural olarak, tescile tabidir.⁸ Örneğin, SMK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasındaki "*bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir*", 44. maddenin 1. fıkrasındaki "*bir ürüne ilişkin coğrafi işaret koruması bu Kanun çerçevesinde tescil yoluyla elde edilir*" gibi hükümlerde bu kural açıkça beyan edilmiştir. Sinai mülkiyet hukuku tescilsiz, sadece kullanıma dayalı hak kazanımını bazı özel durumlarda tanısa da başvuru sahibi hiçbir ön kullanıma gerek duymaksızın marka, tasarım veya buluşunu tescil edebilir. Yine tescil ile birlikte, hak sahibi sınai mülkiyet unsuru üzerinde mutlak hakka sahip olmaktadır.⁹

Marka hukukunda ise bir işaretin seçilerek sicile tescili, işaretin marka olarak korunması ve tescil ettiren marka sahibinin gerçek hak sahibi olarak tanınması için yeterlidir.¹⁰ Bu durumda tescil kurucu etkiyi haizdir.¹¹ Türk Patent ve Marka Kurumu'nun (TPMK) yaptığı tescil, sonuçları özel hukuk alanında doğan bir idari işlemdir.¹²

⁸ **Arslanlı**, Halil (1954) *Fikri Hukuk Dersleri II*, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 30; **Suluk**, Cahit (2015), 'Sinai Mülkiyet Hukukunda Tescil "Güvenli Liman" mıdır?' *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, No: 1, s. 404; **Schindler**, Gösta (2009) *Grenzer der "Dinglichen Aufspaltbarkeit" Urheberrechtlicher Nutzungsrechte: Ein Beitrag zur Neuorientierung des Urhebervertragsrechts*, 1. Baskı, Berlin, Lit Verlag, s. 102; **Gack**, Kathrin (2014) *Markenrecht: Rechtliche Aspekte der Markenführung ein Leitfaden für Unternehmer*, <https://bit.ly/3cAnh4M>, s.e.t. 02.06.22.

⁹ **Tekinalp**, Ünal (2012) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 14; **Karahan**, Sami & **Suluk**, Cahit & **Saraç**, Tahir & **Nal**, Temel (2015) *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 183-184; **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2018), 'Sinai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-' *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, No: 2, C: 34, s. 34.

¹⁰ **Gün**, Buket (2019) *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 182.

¹¹ **Kaya**, Arslan & **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Füsün (2021) *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 498.

¹² **Ayoğlu**, Tolga (2007), 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması', *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, No: 1, C: 7, s. 44-45.

Bununla birlikte, önceki hak sahipliğine dayanarak gerçek hak sahipliği iddiasında bulunan davacı, tescille elde edilen hak sahipliğinin aksini ispatlayabilir.¹³ Gerçek hak sahipliği, SMK'da marka, tasarım ve patent için çeşitli düzenlemelerde öngörülmüştür. Örneğin, gerçek hak sahibi haricindeki kişilerin kendi adına gerçekleştirdiği tescil, SMK'nın 111. maddesinde patentler, 71. maddesinde ise tasarımlar için gasp olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, SMK'nın 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, önceki tarihli başvuru sahibi, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, başvuru veya rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir markayı ticaret sırasında kullanan kişi ve 4. fıkrası uyarınca ise, tanınmış marka sahibi¹⁴ gerçek hak sahibidir. Dolayısıyla, tescilli haktan önceki marka, tasarım veya patent konusu üzerinde gerçek hak sahibinin hakları tescil ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir.

SMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da gerçek hak sahipliği müessesesi terk edilmemiştir.¹⁵ Her ne kadar yeni sistem sağlanan korumayı tescile bağlasa da SMK'nın 6. maddesinin 3. fıkrası "*başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir*" diyerek markayı daha önceden kullanan kişiyi gerçek hak sahibi olarak korumayı sürdürmektedir. Yine de burada tescilsiz markanın kullanımını sonucunda tescilli marka ile aynı düzeyde korunan bir *haktan* değil, marka başvurusunda bulunarak öncelikli olarak markasını tescil ettirme ve/veya aynı veya benzer başvurulara karşı itiraz aşamasında, aynı veya benzer tescillere

hükümsüzlük davasında gerçek hak sahipliğini ileri sürebilme *imkanından*¹⁶ söz edilebilir. Bu yorum, SMK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasındaki "*bu Kanunla sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edilir*" hükmüyle de örtüşecektir.

2. Tescilin İşlevleri

Sınai mülkiyet hukukunda tescil, işlevleri nedeniyle önemlidir. Özellikle, patent ve tasarım hukuku açısından tescil, hakkın konusunu kamuya açıklayarak sonraki bilimsel ve teknolojik gelişmelere kapı açmakta, üçüncü kişileri kendi faaliyetlerinde tescilli hakkın korunma kapsamını göz önünde bulundurmaya teşvik etmektedir.¹⁷ Tescil, bu işlevini hak sahibinin sınai mülkiyet üzerinde herkese karşı ileri sürülebileceği mutlak hakkını koruyarak yerine getirmektedir.¹⁸ Sadece belirli kişiler için sonuç doğuran nispi haklardan farklı olarak, mutlak bir hakkın tescil yoluyla alenilik kazanması gerekmektedir.¹⁹

Ayrıca, tescil, kazanılan hakların kaydının tutulmasına hizmet etmektedir. Birden fazla kişi aynı veya yakın tarihlerde aynı buluş, faydalı model veya tasarımı meydana getirebilir ya da markayı kullanmaya başlayabilir. Ancak SMK'nın 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiği markaların birlikte var olabileceği durumlar haricinde,²⁰ teklik ilkesi gereğince, aynı veya benzer buluş, faydalı model, tasarım veya marka birkaç farklı kişinin adına tescil edilemez. SMK, teklik ilkesini hayata geçirmek için ise öncelik ilkesini benimsemiş, aynı veya benzer sınai mülkiyet unsurunu konu alan çoklu başvuruların

¹³ **Merdivan**, Fethi, 'Marka Hakkına Tecavüz Davası Tescilli Marka veya Marka Tescil Başvurusu Bulunduğu Savunması ve Yargıtay Uygulaması Marka Hakkının Kapsamı': **Şenocak**, Kemal & **Rohe**, Matthias & **Yarayan**, Ali & **Ay**, Başar (Editör) (2014) Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları, İnönü Üniversitesi, s. 372.

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Kaya & Ülgen & Helvacı & Nomer Ertan**, s. 498; **Arslan**, İbrahim (2008), 'Tescilsiz Markaların Korunması' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 1, C: 16, s. 32-33.

¹⁵ **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 420; **Merdivan**, Fethi (2020), '6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu: Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (Marka)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, s. 24.

¹⁶ Önceki tarihli hakkın kullanımına dayanan hukuki koruma olduğu yönünde görüş ile karşı. **Güneş**, İlhami (2015) Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 131; **Çakır**, Aytuğ Ceyhan & **Özboyacı**, Alper & **Demirkapı**, Ertan (2021), 'Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 7, s. 44.

¹⁷ **Şehirli Çelik**, Tescilin Anlamı, s. 38; **Şehirli Çelik**, Tecavüz Davası, s. 42.

¹⁸ **Engin-Deniz**, Egon (2010) Markenschutzgesetz und Weitere Kennzeichenrechtliche Bestimmungen: Kommentar, 2. Baskı, Verlag Österreich, s. 60.

¹⁹ **Yang**, Lili (2019)'Die Rechtsmissbräuchliche Markenmeldung: Ein Vergleich zwischen Chinesischem und Deutschem Recht' (Doktorarbeit), Universität zu Marburg, s. 24.

²⁰ **Gün**, s. 182.

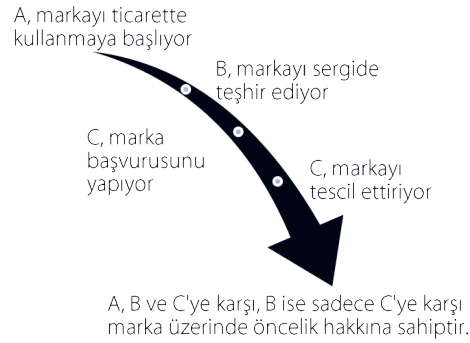
önüne geçmeyi amaçlamıştır.²¹ Öncelik ilkesi, aynı veya benzer başvurulardan sadece önceki başvuru veya rüçhan tarihine sahip başvurunun tesciline müsaade etmekte, böylece markalar özelinde, sonraki işaretin tescili ile önceki marka sahibine deşebileceği zararı önlemeye hizmet etmektedir.²²

Marka hakkının kullanımla değil, tescille kazanıldığı sistemlerde tescil, daha ziyade, yapay bir oyun alanı oluşturmaktadır. Bu yapay alan içerisinde herkes belirli işaretleri seçerek tescil yoluyla mutlak hak kazanabilmektedir. Bu zaman ön kullanıma gerek duymayan tescil sisteminin neden olabileceği su-iistimal hallerini önlemek amacıyla kötü niyetli başvurular reddedilmektedir. SMK'nın 6. maddesinin 9. fıkrasında kötü niyetle yapılan marka başvuruları ret nedeni olarak düzenlenmiştir.

3. Öncelik İlkesi

Fikri ve sanat eserleri hukukunda birden fazla kişinin aynı anda aynı veya benzer eseri vücuda getirmesine nazaran, sınai mülkiyet hakları alanında birden fazla kişinin aynı veya benzer buluş, faydalı model veya tasarımı meydana getirmesi, aynı veya benzer işareti seçmesi veya ticaret sırasında kullanmaya başlaması daha olasıdır. SMK, bu türden mükerrer tescillere karşı sınai mülkiyet hukukunun temel ilkelerinden sayılan öncelik ilkesini benimsemiştir.

Öncelik ilkesi gereğince, aynı veya benzer sınai mülkiyet üzerinde birden fazla kişi hak sahibi ise, daha önceki başvuru veya rüçhan tarihine sahip olan ya da marka açısından, markayı daha önce ticarete kullanan kişinin sırasıyla tesciline, başvurusuna veya kullanımla elde ettiği gerçek hak sahipliğine öncelik verilecektir. İki aynı veya benzer tescilden, daha önceki başvuru veya rüçhan tarihine sahip olan, öncelik hakkına sahip olacaktır. Çünkü koruma tarihi tescil değil, başvuru tarihinden hesaplanmaktadır. Ayrıca, iki aynı veya benzer marka başvurusundan, başvuru konusunu daha önceki tarihte kullanan kişi öncelik hakkından faydalanacaktır.²³ (Grafik 1)



Grafik 1. Farazi Bir Marka Üzerinde Öncelik Hakkının Etkisi

Öncelik ilkesinin uygulama alanı sadece tescil başvurusu ve başvuruya itiraz ile sınırlı kalmayıp tescilden sonraki aşamalarda hükümsüzlük davalarını da kapsamaktadır. SMK'nın 25. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; önceki tarihli tescilli hak sahibi, SMK'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine dayanarak tescilli markanın, SMK'nın 77. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak tescilli tasarımın ve SMK'nın 138. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendine dayanarak patentin hükümsüzlüğünü talep edebilir. Buna rağmen, bazen önceki tarihli hak sahibinin sessiz kalması veya idari süreçte başvuruya itirazının reddedilmesi üzerine, aynı veya benzer patent konusu, tasarım veya markanın birden fazla kişi adına tescili gerçekleştirilmektedir. Özellikle, tescilden sonra önceki tarihli hak sahibinin hükümsüzlük davası açmaması halinde sınai mülkiyet hukukunda teklik ilkesi zedelenebilmekte, tescilli markanın işlevleri zayıflatılmaktadır.²⁴

B. Tescilli Hak Savunması

1. Mutlak Hakka Dayalı Savunmanın Kökeni

Roma hukukunda mülkiyet hakkını kullanma serbestisine getirilecek sınırlamalar konusunda görüş birliği mevcut değildi.²⁵ Bir taraftan, malikin eşyayı, menfaat elde etmeden başkalarına zarar verme amacıyla kullanması yasaklanmış (*aemulatio yasası*),²⁶ diğer taraftan, *aemulatio* fiilini yasaklayanlara

²⁴ Gül, s. 104.

²⁵ Wiedmann, Elke (2002) 'Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht' (Doktorarbeit), Universität Konstanz, s. 5-6.

²⁶ Riccobono, Salvatore (1939), 'La Teoria Dell'Abuso di Diritto Nella Dottrina Romana' *Bullettino Dell' Istituto di Diritto Romano*, C: 5 (Çeviren: Umur, Ziya (1957)'Roma Doktrininde Hakkın Suistimali Nazariyesi' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, No: 1-4, C: 22), s. 350.

²¹ Şehirli Çelik, Tecavüz Davası, s. 48-49.

²² Torremans, Paul (2019) *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 9. Baskı, Oxford University Press, s. 440.

²³ Gül, İbrahim (2017), 'Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması' Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 13, C: 7, s. 101.

karşı “*kendi hakkını kullanan kimseye zarar vermez*” (*quisuoiureutiturneminemlaedit*) ilkesi ileri sürülmüştür.²⁷ *Gaius*, *Paulus* ve *Ulpianus*’un kaleme aldığı bazı eşdeğer ilkeler aşağıdaki şekildedir:

- 1) Kendi hakkını kullanan suiniyetle hareket etmiş sayılmaz. (*Nullusvideturdolofacere, quisuoiureutitur*)
- 2) Ancak yapmaya hakkı olmadığı şeyi yapan başkasına zarar ıka etmiş olur. (*Nemodamnumfacit, nisiquidfecit, quodfacereiusnonhabet*)
- 3) Hakkımı kullanmış olduğum yerde sana hiçbir zarar vermiş değilim. (*Nequedamnumtibidari in ea re in quaiuremeousussum*)²⁸

Roma hukukunda eşyalar için kabul edilen yukarıdaki ilkelerle sınai mülkiyet hukukundaki tescilli hak savunmasının ortak yanı hakkın mutlak niteliğinde gizlidir. Ancak sınai mülkiyet hukukunda tescilli hak savunması sadece hakkın niteliği değil, tescil süreciyle de bağlantılı olarak okunmalıdır. Sınai mülkiyet hakkının tescil başvurusu yapıldıktan sonra başvurunun mutlak ret nedenleri açısından incelenmesi, bültende yayınlanarak üçüncü kişilerin itirazlarına sunulması ve tescil edilmesi hak sahibine mutlak hak kazandırmaktadır.²⁹ Bir diğer ifadeyle, hakkın kendisinden ziyade, tescil süreci hakka mutlak nitelik kazandırır. Başvuru sürecinde önceki tarihli hak sahipleri sessiz kalıp itirazda bulunmadıkça, hak sahibi tescil sayesinde mutlak hak elde etmektedir.

Makalenin ilerleyen bölümlerinde sonraki hak sahibinin gerçekleştirdiği kullanıma bağlanan sonuçlarda tescil sürecinin göz önünde bulundurulması açısından tescil sisteminin hakkın niteliğine etkisi üzerinde durulacaktır.

2. Türk Hukuk Öğretisindeki Yaklaşımlar

Türk hukuk öğretisinde bazı yazarlar,³⁰ SMK’dan önce tescile biçilen mutlak değeri farklı sınai mülkiyet unsurları için eleştirirken, bazıları,³¹ tescil

hukuka aykırı olmadığı sürece gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuka aykırılık oluşturmayacağını savunmuştur. Özellikle, öğretide iyiniyetli marka sahibinin gerçekleştirdiği faaliyetlerin tescilli hakkına dayanması sebebiyle haksız rekabet oluşturmayacağı görüşü³² dikkat çekmektedir. Bu görüşün mefhumu muhalifindenmarka sahibinin kötü niyetinin haksız rekabetin oluşması açısından farklı bir sonuca neden olabileceği çıkarılabilir. Yine de buradaki iyiniyetin tescilde mi yoksa ilgili faaliyetlerde mi aranacağını açığa kavuşturmak gerekir. Kanaatimizce, markalar özelinde, marka sahibinin tescilde kötü niyetli olmaması tescile dayalı hak kullanımının marka hakkına tecavüz veya haksız rekabet oluşturduğu yönündeki taleplere karşı savunma olarak ileri sürülebilmelidir.

Tasarım hukukunda tescilli hak savunması tazminat sorumluluğu açısından tartışılmıştır. Bir görüşe göre, tescilli olduğu dönemdeki kullanımın tazminat sorumluluğu doğurmayacağı halde, tasarım başvurularına uygulanan itiraza dayalı incelemeli sistem mağdur üreten mekanizmaya dönüşecektir.³³ Diğer yazarlar da sonraki hak sahibinin kullanımından tazminat sorumluluğunun doğabileceğini,³⁴ fakat tescil dönemindeki kullanımla ilgili tazminat sorumluluğunun doğması için titiz bir incelemenin gerektiğini savunmuştur.³⁵

Markalarla ilgili görüşlerde³⁶ marka sahibinin niyetine açıkça vurgu yapıldığı görülmektedir. Kanaatimizce de sonraki tarihli sınai mülkiyet hakkı sahibinin tescilli hakkına güvenerek gerçekleştirdiği kullanıma karşı açılan tecavüz davalarında tescil, kötü niyetle yapılmadıkça, savunma gerekçesi olarak ileri sürülebilmelidir. Kanaatimiz, marka, tasarım ve patent başvurularına uygulanan güncel tescil sistemi ve bu sürece üçüncü kişilerin, aynı zamanda, önceki tarihli hak sahibinin etki etme imkanları ile uyumludur. Şöyle ki, yukarıda açıkladığımız üzere,

³² **Kaya**, s. 185.

³³ **Karahan & Suluk & Saraç & Nal**, s. 83; Tazminat sorumluluğunun doğması için zararın oluşması konusunda bkz. **Oğuzman**, Kemal & **Öz**, Turgut (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: II, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 114; **Tandoğan**, Haluk (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 252.

³⁴ **Abacioğlu Viskuşenko**, s. 85.

³⁵ **Şehirli Çelik**, Tescilin Anlamı, s. 87.

³⁶ **Çolak**, s. 418-419; **Kaya**, s. 185.

²⁷ **Gül**, s. 81.

²⁸ **Riccobono**, s. 352.

²⁹ **Gül**, s. 92-93.

³⁰ **Çolak**, s. 418-419; **Karahan & Suluk & Saraç & Nal**, s. 87; **Merdivan**, Tecavüz Davası, s. 375.

³¹ **Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 185; **Arkan**, Sabih (1998) Marka Hukuku, C: II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 165.

SMK, marka ve patent başvurularına maddi inceleme, tasarım başvurularına ise itiraza dayalı inceleme sistemi uygulamaktadır. Uygulanan sistemlerde önceki hak sahiplerinin dahil olduğu üçüncü kişiler marka ve patentin konusuyla başvuru aşamasında, tasarım konusuyla tescilin yayımlanmasından sonra tanışmakta ve esasa (markada mutlak ve nispi ret nedenlerine, patentte patent verilebilirlik şartlarına, tasarımda yenilik ve ayırt edicilik ve diğer şartlara dair) dair itirazlarda bulunabilmektedirler. Ayrıca, marka ve patent başvuruları yetkili kurumun şekli ve kısmen esasa dair incelemesinden geçmektedir. Eş deyişle, tescil edilen marka ve tasarım hakkı ve patent, yetkili kurum ve üçüncü kişilerin etkin rol oynadığı inceleme sisteminin bir ürünüdür. Bu yüzden, önceki hak sahiplerinin itirazlarının³⁷ ve yetkili kurumun esasa dair incelemelerinin süzgecinden geçmiş sonraki hak sahibinin tescilli hakkın kullanımını savunması, tecavüz davalarında sadece kötü niyetli tescil argümanı ile çürütülebilir.

3. Alman Hukukundaki Yaklaşımlar

Alman hukukunda tescilli hak savunmasının kökleri *Reich* mahkemesi dönemine kadar uzamaktadır. O dönemde sonraki tescilli marka hakkını kötüye kullanan hak sahipleri lehine verilen kararlar tescilli hak savunmasına dayanmaktaydı.³⁸ Örneğin, *Van Houten davasında*,³⁹ *Reich* mahkemesi sırf resmi tescille dayanarak başvuru sahibinin niyetini dikkate almamış, tescile mutlak değer atfetmiştir. Ancak zamanla kötü niyetli tescile dayanan tescilli hak savunmasının etkisi mahkeme kararlarında zayıflatılmıştır.⁴⁰

Sonraki dönemde önceki tarihli markanın sonraki tarihli ticaret unvanına etkisi öğretide tartışılmış,⁴¹ 1958 tarihli *Colonia* kararında Alman Federal Mahkemesi “*kullanılmama nedeniyle iptal edilmedikçe, henüz kullanılmayan önceki markanın kullanılan sonraki firma veya işletme adı üzerinde öncelik hakkının olduğunu*”⁴² kabul etmiştir. Buna

rağmen, Federal Mahkeme önceki tarihli markanın sonraki tarihli *marka* üzerinde aynı etkiyi oluşturmasının önüne geçmiştir. Federal Mahkeme, 1960 tarihli *Dreitannen* kararında “*prensip olarak, işareti mevcut koruma kapsamının dışındaki işaretleri ortadan kaldırmak için kullanıldığı durumlarda korunan işarete dayanma her zaman tescilli hakkın suiistimali etkisi doğurabilir*”⁴³ diyerek önceki tarihli hakkın benzer etkisini suiistimal olarak değerlendirmiştir. Bu kararıyla, Federal Mahkeme, kötü niyetin (işareti sırf diğer işaretleri ortadan kaldırmak için kullanma niyetinin) varlığı durumunda tescilli marka savunmasını kabul etmemiştir.

Günümüzde Alman öğretisinde hukuki belirlilik ve öncelik ilkesi gereğince, marka sahibinin, mutlak hakkını ileri sürerek aynı veya benzer işaret üzerinde başvuru veya rüçhan tarihinden önce elde edilen marka hakkına zarar veremeyeceği savunulmuş, bu yaklaşımın 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifinin (Direktif)⁴⁴ Önsözünün 17. başlığı ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRIPs) 16. maddesinin 1. fıkrasının amacıyla örtüşeceği eklenmiştir.⁴⁵ Bir diğer ifadeyle, markayı daha önce tescil ettiren kişi, öncelik ilkesi gereğince, o markanın yegâne tescilli sahibi olarak kabul edilmekte, tescilli olsun ya da olmasın, sonraki markalara karşı tecavüz davası açılabilmektedir.⁴⁶

III. ÖNCEKİ HAKLARIN ETKİSİNE UYGULAMADAKİ YAKLAŞIMLAR

A. Önceki Patent Etkisi

SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının ortadan kaldırdığı tescilli hak savunmasını mülga Pat-KHK'nın⁴⁷ 78. maddesindeki “*patent sahibi patentini kendi patentinden daha önceki rüçhan tarihine sahip*

⁴³ *Dreitannen Entscheidung* (1960) Bundesgerichtshof, <https://bit.ly/2U5Xl8w>, s.e.t. 02.06.22.

⁴⁴ Directive No 2015/2436 of the European Parliament and of the European Council to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks (2015) OJ L 336/1.

⁴⁵ **Eckardt**, Bernd & **Klett**, Dieter & **Schwartzmann**, Rolf & **Yung**, Ingo (2019) *Wettbewerbsrecht*, 6. Baskı, C.F.Müller, s. 426.

⁴⁶ **Gack**, s. 27; Türk hukukundaki ilgili tespit ile karşı. **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2019), ‘SMK m.155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler’ *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, No: 2, C: 35, s. 70-71.

⁴⁷ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmî Gazete.

³⁷ TPE'nin tescil işlemlerine itiraz prosedürü ve itiraz edebilecek üçüncü kişiler konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Ayoğlu**, s. 22.

³⁸ **Wiedmann**, s. 55.

³⁹ *Van Houten Entscheidung* (1886) Reichsgericht, RGZ 18, 93, 96.

⁴⁰ **Wiedmann**, s. 56.

⁴¹ **Yang**, s. 46.

⁴² *Colonia Entscheidung* (1958) Bundesgerichtshof, GRUR 544, 547.

olan patent sahiplerinin açmış olduğu patente tecavüz davasında bir savunma gerekçesi olarak ileri süremez” hükmü sadece sonraki tarihli patentler için yasaklamaktaydı. SMK’dan önceki dönemde marka, tasarım ve diğer sınai mülkiyet haklarının tescile dayalı kullanımının hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağı sorusunu mülga PatKHK dışındaki kanun hükmünde kararnamele yanıtı bırakmıştı.

Hem önceki hak hem de ona etki eden sonraki sınai mülkiyet hakkı bir mutlak haktır. Bu nedenle, ikilemin gerek önceki gerekse de sonraki hakkın lehine çözülmesi sonucunda mutlak haklardan biri işlevini kaybedecektir. Bir yandan, aynı veya benzer sınai mülkiyet unsuru üzerinde iki ayrı sınai mülkiyet hakkının birlikte var olması, eş deyişle, önceki tarihli hak sahibinin tecavüz davası açamaması, mutlak hakkın etkisini zayıflatmaktadır. Öte yandan, önceki tarihli hak sahibinin açtığı tecavüz davası kabul edilirse, sonraki tarihli hak sahibinin tescille elde ettiği mutlak hak etkisini kaybedecektir.

Hem mülga PatKHK’nın 78. maddesi hem de SMK’nın 155. maddesinin 1. fıkrası ikinci ihtimali tercih etmiş, önceki tarihli hak sahibinin tecavüz davası açmasına izin vermekle kalmamış, sonraki hak sahibinin tescilli hakkına dayanmasının önüne geçmiştir. SMK’nın 155. maddesinin 1. fıkrasından farklı olarak, mülga PatKHK’nın 78. maddesi ‘daha önceki rüçhan tarihi’ diyerek başvuru tarihinden bahsetmemiştir. Kanaatimizce, orada ‘rüçhan tarihi’ kaynak metinden çeviri hatası olup, burada patent sahibinin uluslararası başvuru veya sergilerde teşhir yoluyla elde ettiği süreye bağlı⁴⁸ rüçhan hakkı değil, başvuru veya rüçhan tarihine dayanarak talep edebileceği öncelik hakkı (*right of priority*) kastedilmekteydi. Nitekim, SMK’da bu eksik giderilmiş, 155. maddenin 1. fıkrasında başvuru tarihini de eklemek suretiyle bir öncelik hakkına vurgu yapılmıştır.

Mülga PatKHK’nın 78. maddesi sadece buluşlara değil, 166. madde uyarınca faydalı modellere de uygulanmaktaydı. Nitekim, Yargıtay, faydalı model sahibinin tescilli hak savunmasını mülga PatKHK m.78’e dayanarak reddetmiş, bu uygulamaya SMK’dan sonra da sadık kalmıştır.⁴⁹

⁴⁸ **Bozgeyik**, s. 82.

⁴⁹ Yargıtay 11. HD, T: 25.02.2014, E: 2012/13497, K: 2014/3531 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 16.04.2018, E: 2016/9785, K: 2018/2773 (Kazancı İçtihat Bankası).

B. Önceki Markanın Etkisi

1. Türk Marka Uygulamasındaki Yaklaşımlar

Gerek Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanunun Hükmünde Kararname (MarKHK),⁵⁰ gerekse de daha önceki 551 sayılı Markalar Kanunu⁵¹ dönemine ait Yargıtay kararlarında tescilli bir markanın sicildeki haliyle kullanımının marka hakkına tecavüz veya haksız rekabet oluşturmayacağı kabul edilmekteydi.⁵² Yalnız marka hükümsüz kılındıktan sonra işaret kullanımdan kaldırılmazsa, sonraki kullanım tecavüz veya haksız rekabet olarak nitelendirilebilmekteydi.⁵³ Markanın tescilli olduğu dönemde hak sahibinin markayı iyi yoksa kötü niyetle tescil ettirip kullanması tescilli hak savunmasının ileri sürülmesi açısından engel teşkil etmemekteydi.

SMK’dan önceki dönemde Yargıtay, koruma süresinin başvuru tarihinden başlaması gerekçesiyle başvurunun olumlu sonuçlanması halinde, sonraki marka başvurusundan tescile kadarki kullanımı da hukuka uygun kullanım saymaktaydı.⁵⁴ Yargıtay, bir kararında hükümsüz kılınan markanın, marka daha sicilden terkin edilmeden kullanımını menetse de,⁵⁵ tescilli markanın kullanımını önceki marka hakkına tecavüz saymamış, hukuka uygun kullanım süresini geniş yorumlamıştır.

⁵⁰ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmî Gazete.

⁵¹ 12.03.1965 Tarih ve 11951 Sayılı Resmî Gazete.

⁵² Yargıtay 11. HD, T: 16.11.1995, E: 1995/7491, K: 1995/8600 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.02.2002, E: 2001/9120, K: 2002/896 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 09.06.2008, E: 2007/5812, K: 2008/7630 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 26.09.2012, E: 2010/15277, K: 2012/14351 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 21.01.2013, E: 2012/90, K: 2013/1110 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 30.05.2016, E: 2015/10970, K: 2016/5893 (Kazancı İçtihat Bankası); Bu konuda ayrıca bkz. **Merdivan**, Kullanma Defi, s. 484; **Şehirli Çelik**, Temel Varsayımlar, s. 68.

⁵³ Yargıtay 11. HD, T: 16.11.1995, E: 1995/7491, K: 1995/8600 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.02.2002, E: 2001/9120, K: 2002/896 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 30.05.2016, E: 2015/10970, K: 2016/5893 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁴ Yargıtay 11. HD, T: 21.01.2013, E: 2012/90, K: 2013/1110 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 09.06.2008, E: 2007/5812, K: 2008/7630 (Kazancı İçtihat Bankası).

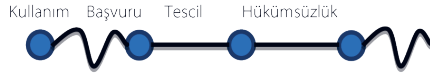
⁵⁵ Yargıtay 11. HD, T: 26.09.2012, E: 2010/15277, K: 2012/14351 (Kazancı İçtihat Bankası).

Aşağıdaki çizelelerde, SMK'dan önceki ve sonraki dönemde tescilin, markanın kullanımının hukuka uygunluğu üzerindeki etkisi görselleştirilmiştir. Söz konusu senaryolarda markanın tescil

başvurusunun olumlu sonuçlandığı varsayılmış, hukuka uygun kullanım **düz**, marka hakkına tecavüz ise **dalgalı** çizgiyle temsil edilmiştir.



Grafik 2. SMK'dan Önce Markalar İçin Tescil - Hükümsüzlük İlişkisi



Grafik 3. SMK'dan Önce Markalar İçin Marka Başvurusu - Hükümsüzlük İlişkisi



Grafik 4. SMK'dan Sonra Markalar İçin Tescil - Hükümsüzlük İlişkisi

Kanaatimizce, Yargıtay'ın ilgili dönemde markanın başvuru tarihinden tescile kadarki kullanımını da (**Grafik 3**) hukuka uygun kullanım sayması isabetli olmamıştır. Her ne kadar pozitif hukuk açısından markanın koruma süresinin başvuru tarihinden başladığına şüphe yoksa da mülga MarKHK bu korumayı başvuru sahibinin başvuru tarihinden tescile kadarki dönemde uğradığı hak ihlallerine karşı savunma olarak öngörmüştü. Örneğin, başvuru yapıldıktan sonra üçüncü kişiler başvurunun hala tescil aşamasına gelmediğine güvenerek başvuru konusu markayı izinsiz kullanıp haksız kazanç elde edebilirler. Ancak marka korumasının başvuru tarihinden hesaplanacağını bilen üçüncü kişiler başvuru sahibinin tescilden sonra kendilerine karşı açacağı ihlal davasından çekinip başvuru konusunu izinsiz kullanmazlar. Koruma süresinin başvuru tarihinden başlaması da bu amaca hizmet eder. Yoksa başvuru sahibinin tescille sonuçlanacağı kesin olmayan bir başvuruya dayanarak önceki marka sahibinin hakkını ihlal edecek şekilde markasını kullanması, (başvuru tescille sonuçlansa bile) hukuka uygun kullanım olarak değerlendirilmemelidir. Başvuru sahibinin beklenen tescile güvenerek önceki marka sahibinin hakkına tecavüzünü hukuk düzeni koruyamaz (meşrulaştırılmaz).⁵⁶

⁵⁶ **Merdivan**, Tecavüz Davası, s. 378.

2. Avrupa Birliği Marka Uygulamasındaki Yaklaşımlar

Avrupa Birliği'nde önceki marka sahibinin sonraki markaya karşı hükümsüzlük davası açmadan tecavüz davası açabileceğini kabul edilmiştir.⁵⁷ ABAD, özellikle, 207/2009 sayılı Mülga Avrupa Birliği Topluluk Markası Tüzüğü'nün 9. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak tescilli marka sahibinin, marka hakkını sonraki tescil tarihli markalar dahil olmak üzere, herkese karşı ileri sürebileceğini belirtmiştir.⁵⁸ Tüzüğü'nün 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "marka sahibi, markasının rıza göstermediği tüm üçüncü kişiler tarafından ticaret sırasında kullanımını engelleme hakkına sahiptir".⁵⁹ Buradan hareketle, ABAD'a göre, önceki marka sahibinin tecavüz davası açmadan hükümsüzlük davasının sonucunu beklemeye zorlanması Tüzüğü'ne ona tanıdığı marka korumasını önemli ölçüde zayıflatacaktır.⁶⁰ ABAD'a göre, topluluk markaları için uygulanan maddi incelemeli sistemde bile, önceki tarihli marka sahibinin tescile

⁵⁷ **Torremans**, s. 476.

⁵⁸ Federation Cynologique Internationale v. Federacion Canina Internacional de Perros de Pura Raza, European Court of Justice, C-561/11, 21.02.13,§51.

⁵⁹ Codified Version of the Council Regulation No 207/2009 on the Community trade mark (2009) OJ L 78/1.

⁶⁰ Federation Cynologique Internationale, §51.

itiraz etmemesi veyahut itirazın reddedilmesi gibi durumlarda önceki tescilli markaya tecavüz edilecek (aynı veya benzer) işaretin tescili olasıdır.⁶¹ Bu yüzden, önceki marka sahibi sonraki markaya karşı tecavüz davası açabilmeli, önceki marka sahibinin tecavüz davası açması onu hükümsüzlük davası açma hakkından veya diğer ön kontrol mekanizmalarını kullanma imkanından menetmemelidir.⁶²

ABAD'ın görüşleri Direktif dolayısıyla SMK'nın yeni düzenini etkilemiştir. Ancak Direktif uyarınca, önceki tescilli marka sahibi sonraki tescilli markanın kullanımını her zaman yasaklayamaz. Nitekim, Direktifin 18. maddesinin 1. fıkrası önceki marka sahibinin kullanımı yasaklama hakkını bazı koşullara bağlamıştır ki, bu koşullara SMK'da rastlanmaktadır. Şöyle ki, *“sonraki tescilli marka 8. madde, 9. maddenin 1. veya 2. fıkrası veya 46. maddenin 3. fıkrası uyarınca hükümsüz kılınamaz nitelikteyse, marka sahibi tecavüz davasında sonraki tescilli markanın kullanımını yasaklayamaz”*.

Direktifin koyduğu sınırları anlamak için, 18. maddenin 1. fıkrası atfı yapılan diğer hükümlerle birlikte okunmalıdır. Öncelikle, Direktifin 8. maddesiyle birlikte okunduğunda; marka sahibi sonraki tescilli markanın kullanımını o halde yasaklayabilir ki, sonraki marka Direktifin 8. maddesi uyarınca hükümsüz kılınabilir nitelikte olsun. Direktifin 8. maddesi uyarınca:

Önceki markaya dayanarak açılan hükümsüzlük davası, eğer aşağıdaki sebeplerin herhangi birinden ötürü sonraki markanın başvuru veya rüçhan tarihinde olumsuz sonuçlanacaktıysa, hükümsüzlük davasının açıldığı tarihte de olumsuz sonuçlanacaktır:

- a) önceki marka 4. maddenin 1. fıkrasının (b), (c) veya (d) bendine göre hükümsüz kılınabilir nitelikte olup 4. maddenin 4. fıkrası uyarınca kullanım sonucu ayırt edicilik nitelik kazanmamışsa;
- b) hükümsüzlük davası 5. maddenin 1. fıkrasının (b) bendine dayanarak açılmış ve önceki marka 5. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi anlamında karıştırılma ihtimalini ortaya koyacak düzeyde ayırt edici hale gelmemişse;

- c) hükümsüzlük davası 5. maddenin 3. fıkrasının (a) bendine dayanarak açılmış ve önceki marka 5. maddenin 3. fıkrasının (a) bendi anlamında itibar kazanmamışsa.

Önceki tarihli marka sahibinin Direktifin 18. maddesinin 1. fıkrası gereğince dikkat etmesi gereken hususlar 8. maddeyle sınırlı değildir. Direktifin 18. maddesinin 1. fıkrası ile 9. maddesinin 1. fıkrası birlikte okunduğunda, eğer önceki tarihli marka sahibi birbirini izleyen beş yıl boyunca sonraki markanın kullanımına sessiz kalmışsa, sonraki markanın tescili kötü niyetli olmadıkça, sonraki markayı hükümsüz kıldırılmaz ve tecavüz davasında sonraki markanın kullanımını yasaklayamaz. Direktifin 18. maddesinin 1. fıkrası ile 46. maddesinin 2. fıkrası birlikte okunduğunda ise, eğer sonraki tarihli markanın *başvuru veya rüçhan tarihinde* önceki tarihli marka, *o tarihten* önceki beş yıl içerisinde kullanılmamış olması nedeniyle hükümsüz kılınacak nitelikteydiyse, tecavüz davasında sonraki markanın kullanımını yasaklayamaz.

Dolayısıyla, önceki tarihli marka sahibinin sonraki tescilli markaya karşı tecavüz davası açmasına Direktifte yasal olarak izin verilse de önceki tarihli marka sahibi salt mutlak hakkına güvenmemeli, sonraki markanın tescilli hak savunmasını defedebilmek için aşağıdaki özellikleri bulundurduğundan emin olmalıdır:

- 1) sonraki tarihli markanın başvuru veya rüçhan tarihinde önceki marka ayırt edicilikten yoksun olması esasıyla hükümsüz kılınabilir bir işarettten oluşmamalı;
- 2) sonraki tarihli markanın başvuru veya rüçhan tarihinde önceki marka karıştırılma ihtimalini destekleyecek düzeyde yeterli ayırt ediciliğe ulaşmış olmalı;
- 3) sonraki tarihli markanın başvuru veya rüçhan tarihinde önceki marka gereken düzeyde itibara ulaşmış olmalı;
- 4) birbirini izleyen beş yıl boyunca sonraki tarihli markanın kullanımına önceki marka sahibi sessiz kalmış olmamalı (sonraki tarihli markanın tescili kötü niyetli olmadıkça); ve
- 5) sonraki tarihli markanın başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıl içerisinde önceki marka kullanılmış olmalıdır.

⁶¹ Federation Cynologique Internationale, §42-43.

⁶² Federation Cynologique Internationale, §48.

Kanaatimizce, Avrupa Birliği'nin güncel marka hukuku önceki ve sonraki hak sahipleri arasında denge kurmayı başarmıştır. Bir yandan, öncelik ilkesine sadık kalınarak önceki hak sahibinin mutlak hakkını hükümsüzlük talebinin sonuçlanmasını beklemeden tecavüz davasında ileri sürmesine izin verilmiştir. Diğer yandan, Direktif, maddi incelemeli sistemde sonraki markanın başvuru veya rüçhan tarihindeki durumu göz önünde bulundurmuş, o tarihte ayırt ediciliğin bulunmaması veya markayı kullanmaması nedeniyle sessiz kalmış önceki marka sahiplerini tecavüz davası tarihinde de mutlak hakkın gücünü esnetmiştir. Ayrıca, tecavüz davası tarihinden önce birbirini izleyen beş yıl boyunca sonraki markanın kullanımına sessiz kalmış önceki tarihli marka sahibini de unutmamıştır. Böylece, tescilli hak savunmasını zayıflatsa da sonraki hak sahibine yeni savunma gerekçeleri tanınmıştır. Direktifin sonraki tescilli hak sahibine tanıdığı bu imkânın arkasında hukuki belirlilik ilkesi ve kanuni yollarla elde edilen hakları koruma amacı durmaktadır.⁶³

Gerçekten de tescil sürecini takip eden, başvurunun incelenmesi aşamasında önceki tarihli marka sahibinin nispi ret nedenine dayanan itirazlarıyla karşılaşmayan veya itirazların reddedilmesi üzerine markası tescil edilen sonraki hak sahibinin kazanımı korunmalıdır. Tecavüz davası tarihinde yürütülen incelemede sonraki marka tescilinin başvuru veya rüçhan tarihindeki durumunun dikkate alınması isabetlidir. Bundan başka, sonraki tescilli hak, sadece kötü niyetli olduğu takdirde, savunma gerekçesi olarak kabul edilmemelidir. Hak sahibinin kötü niyeti ise, Yargıtay'ın bir kararda belirttiği gibi "*tescillin diğer markanın tanınmışlığından ve ayırt edicilik gücünden, reklam değerinden haksız yararlanmaya yönelik olup olmadığı*"⁶⁴ incelenerek saptanmalıdır.

C. Önceki Tasarımın Etkisi

1. Türk Tasarım Uygulamasındaki Yaklaşımlar

Yargıtay'ın SMK'dan önce tasarımlarla ilgili görüşü, genel olarak, tescilli hakkın kullanımının tecavüz

oluşturmayacağı yönünde olsa da⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kötü niyetli tasarım sahiplerinin tasarımlarına karşı hükümsüzlük davasının açılacağı ve mülga 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (TasKH-K)⁶⁶ 45. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, hükümsüzlüğün geriye etkisi nedeniyle, tasarım sahibinin kendi ihmali ve kötü niyetinden kaynaklanan zararların giderilmesi için tazminatla yükümlü kılınabileceğini belirtmiştir.⁶⁷

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, T: 26.01.2009, E: 2007/11867, K: 2009/639 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 17.05.2010, E: 2008/13865, K: 2010/5486 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.05.2015, E: 2014/9772, K: 2015/6365 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 30.05.2016, E: 2015/10857, K: 2016/5915 (Kazancı İçtihat Bankası); Yargıtay 11. HD, T: 05.04.2007, E: 2005/14054, K: 2007/5387 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁶ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmî Gazete.

⁶⁷ Yargıtay 11. HD'nin tescilli tasarımın kullanımının tecavüz oluşturmayacağı yönündeki bir kararına [Yargıtay 11. HD, T: 17.05.2010, E: 2008/13865, K: 2010/5486 (Kazancı İçtihat Bankası)] ve bozma ilamına karşı Ankara 2. Fikri ve Sinai Haklar Mahkemesi'nin direnmesiyle dava Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş, Kurul direnme kararını bozmuş, Yargıtay 11. HD'nin tasarım belgesi sahibinin kendi tasarımının kullanımının tecavüz teşkil etmeyeceği görüşünü [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 17.10.2012, E: 2012/11-236, K: 2012/714 (Legalbank Veri Tabanı)] onamıştır. Söz konusu davada Ankara 2. Fikri ve Sinai Haklar Mahkemesi tescilli tasarım sahibinin tasarımını kullanımını "*554 sayılı KHK'nin yürürlüğe konulmasından yaklaşık 2 yıl sonra adına tescil ettirip yine öteden beri bu ürünü üreten davacıya karşı şekli anlamda tasarım hakkı sahipliğinden doğan zahiri haklarını ileri sürmesi*" şeklinde yorumlamış, o kadar ki, tescilli tasarım sahibinin "*harcı alem biçimi taşıyan pis su kelepçesini kendisine ait olmadığını ve bir tasarım olarak korunmasının mümkün olmadığını bilerek adına tescil ettirmesi*" diyerek tasarım hakkının kötüye kullanılmasından bahsetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından sonra, davacı karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Bunu takiben, Kurul, bozma kararını kaldırmış, diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyayı Yargıtay 11. HD'ye geri göndermiştir. Ancak Kurul, bu sefer [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 27.03.2013, E: 2013/11-209, K: 2013/399 (Kazancı İçtihat Bankası)] daha önceki kararında katıldığı tescilli hakkın kullanımının tecavüz teşkil etmeyeceği görüşünü değiştirmiştir. Kurulun kararını takiben, ilk derece mahkemesinin kararının Yargıtay 11. HD tarafından onanmasıyla 24 Ekim 2014 tarihinde hüküm kesinleşmiştir. Hukuk Genel Kurulu, hükümsüzlüğüne karar verilen tasarımın tescilli olduğu dönemdeki kullanımını açık şekilde tecavüz olarak nitelendirmese de, tasarım sahibini tasarımını kullanmak suretiyle davacı tarafa mail olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü kılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013 tarihli kararından yaklaşık iki yıl sonra verdiği bir kararında [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 27.05.2015, E: 2013/11-2356, K: 2015/1440 (Kazancı İçtihat Bankası)] tescilli tasarımın hükümsüzlüğüne mahkeme tarafından hükmedilmediği sürece, davacının haksız rekabet hükümlerine dayanarak hak iddia edemeyeceğini belirtmiş, davalının bu anlamda tescilli hak savunmasını kabul eden görüşüne geri dönmüştür. Buna rağmen, Kurul, tasarım tescillerinde uygulanan itiraza dayalı incele-

⁶³ **International Trademark Association** (2013) 'Comments on the Proposed Revisions to the EU Community Trade Mark Regulation and Trade Marks Directive', <https://bit.ly/3m5546P>, s.e.t. 02.06.22.

⁶⁴ Yargıtay 11. HD, T: 07.01.2014, E: 2013/16215, K: 2014/217 (Kazancı İçtihat Bankası).

Kurulun, tasarım sahibinin maddi incelemeli sistemin reddedeceği fakat itiraza dayalı inceleme sayesinde tescile kavuşan tasarım başvurusunu kötü niyet veya ihmâl göstergesi olarak görmesi, hatta tasarım sahibini bu hakkını kullanarak üçüncü kişilere sebep olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü kılması isabetli olmamıştır. 2013 tarihli kararında⁶⁸ Kurulun basiretli bir tacirin piyasada yaygın olan bir tasarımı tescil ettirmesini dürüstlük kuralının ihlali olarak yorumlaması da dürüstlük kuralının fazla geniş yorumundan ibarettir.

Her ne kadar Kurul tasarım sahibinin tasarımı kullanmasını tecavüz olarak nitelendirmese de tasarımın hükümsüzlüğüne bağladığı sonuçlarla, özellikle, tasarım sahibini tazminatla yükümlü kılarak kullanım fiiline tecavüzle aynı sıraya koymuştur. Ayrıca, itiraza dayalı incelemeli sistemde, kötü niyet incelemesi yapılmaksızın, başvuran kişinin doğrudan kötü niyetli olarak kabul edilmesi ve tazminat sonucu doğurması adil bir yaklaşım değildir. Zira, kötü niyet ve ihmâlâ değinen mülga TasKHK'nın 45. maddesinin 2. fıkrası tasarım sahibine atıfta bulunduğundan, bu hüküm aynı zamanda başvuru sahibinin kötü niyeti ve ihmâlî gibi okunamaz. Tacirin piyasada yaygın olan bir tasarımı tescil ettirmesi kötü niyetli başvuru olarak ele alınıp başvuru esnasında incelenebilecekken, itiraza dayalı incelemeli sistemde böyle bir olanağın bulunmamasından başvuran sorumlu tutulmamalıdır. Kurulun basiretli tacirin dikkat ve özeniyle ilgili görüşü tescil belgesi sahiplerini tehlikeli bir duruma sokacağı, tescilli hükümsüz kılınan birçok tacirin özen göstermemesi gerekçesiyle yüklü tazminat talepleriyle karşılaşacağı ve sinai mülkiyet sistemine güveni sarsacağı sebebiyle haklı olarak eleştirilmiştir.⁶⁹

Kanaatimizce, tescile kadar kötü niyet incelemesini içermeyen inceleme sistemi (halihazırda tasarım

meli sistemin maddi incelemeli sistemden faydalı olduğunu ve incelemesiz sistemin 27 Mart 2013 tarihli kararında belirttiği olası sorunlarının mülga TasKHK'nın 43. maddesinde düzenlenen tasarımın hükümsüzlüğü ve 45. maddesi uyarınca, hükümsüzlüğün etkisi hükümleriyle aşılabileceğini savunmuştur. Önceki karardan farklı olarak, Kurul, tescilli tasarım hakkının tecavüz davasında savunma gerekçesi olarak ileri sürülmesini "*sistemi mağdur üreten mekanizmaya dönüştüren*" bir olgu olarak değil, hükümsüzlük davası yoluyla çözülebilecek bir engel olarak görmüştür.

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 27.03.2013, E: 2013/11-209, K: 2013/399 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁹ **Suluk**, s. 421.

başvurularına uygulanan itiraza dayalı incelemeli sistem) değişmedikçe, bu durumun suçlusu başvuru sahibi değil, sistemin kendisi ve tescilden sonra itiraz imkânı bulunan üçüncü kişilerin ihmâlidir. Çünkü itiraza dayalı incelemeli sistemde dahi üçüncü kişiler süreçten tamamen izole edilmemiştir. Ayrıca, başvuru sahibi tasarımın önceki tarihli tasarımlarla benzer olup olmadığına emin olmayabilir, başvuruda bulunarak benzerlik incelemesinin sonucuna göre hareket etmeyi arzu edebilir. Marka ve patent başvuruları için başvuruya itiraz müessesesi başvurunun hem mutlak hem de nispi ret nedenleri açısından incelenmesini amaçlamaktadır. Tasarımda ise başvurunun değil, mutlak ret nedenlerine dayanan incelemeden sonra tescil edilip yayımlanan tasarıma itiraz söz konusudur. Yine de üçüncü kişiler tescil edilmiş ve yayımlanmış tasarıma karşı itirazda bulunabilirler. Bilhassa, SMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra üçüncü kişilerin yayıma itirazları, 68. maddenin 5. fıkrası uyarınca, tescilli tasarımın hükümsüzlüğüyle sonuçlanabilir.

2. Avrupa Birliği Tasarım Uygulamasındaki Yaklaşımlar

Tescilli topluluk tasarımının sonraki tasarımlara etkisini tartışan ABAD, öncelik ilkesine ve 6/2002 sayılı Avrupa Birliği Topluluk Tasarımı Tüzüğü'nün⁷⁰ 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca önceki hak sahibinin mutlak hakkına dayanarak, bu hakkın tescilli hak sahiplerine karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.⁷¹ İtiraza dayalı incelemeli sistemde önceki tescillerin nispi ret nedeni olarak ele alınması ve itiraz üzerine etki doğurabilmesine dikkat çekilmiştir.⁷² Tasarım tescillerinde başvurunun önceki tescillerinin kapsamına girip girmediği resen incelenmediğinden, aynı veya benzer başvuruların tescili mümkün olabilmektedir. ABAD, sonraki hak sahibinin niyetinin önemli olmadığını, tescille kazanılan hakların nesnel niteliği haiz olup başvuru sahibinin öznal davranışıyla ilişkilendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁷³

⁷⁰ Council Regulation No 6/2002 on the Community Designs (2002) OJ L 3/1.

⁷¹ Celaya Empananza y Galdos Internacional SA v. Proyectos Integrales de Balizamiento SL, European Court of Justice, C-488/10, 16.02.12, §38.

⁷² Celaya Empananza y Galdos Internacional, §38.

⁷³ Celaya Empananza y Galdos Internacional, §55.

Marka, patent ve tasarıma üçüncü kişiler itiraz edebildiğinden (tasarımlarda itiraz *tescilin* yayımından sonra gerçekleşse de), tescilli hak savunmasının ABAD'ın öngördüğü haliyle tamamen etkisiz hale getirilmesi yerinde olmayacaktır. Tasarım hukukunda önceki hak sahiplerinin yayımlanmış tasarım tesciline itirazıyla hükümsüzlük davası arasındaki fark, itirazın patent ofisi tarafından incelenmesi ve olumlu sonuçlandırıldığı takdirde, tasarım tescilinin hükümsüzlüğüyle sonuçlanmasıdır. Buna karşılık, hükümsüzlük davası mahkemede karara bağlanmaktadır. Kuşkusuz, tescil başvurusuna itirazda bulunmama hak sahibinin tescilden sonra dava açma hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak itiraz üzerine incelenen bir başvurunun tescilinden, tescil sahibinin kazanımları korunmalıdır. Tecavüz davasında tescili savunma gerekçesi olarak ileri süren hak sahibi bu hakkı incelemeyen muaf bir şekilde elde etmemekte, aksine, genellikle, haftalar, aylar süren başvuru, yayım ve itirazların incelenmesi gibi çok aşamalı bir sürecin sonucunda kazanmaktadır. Önceki tarihli gerçek hak sahipleri marka veya patentte başvuruya, tasarımda ise tescile itirazda bulunabilir. İlgili patent ofisi itirazı kabul ederse, marka veya patent başvurusu reddedilir, tasarım ise hükümsüz kılınır. Başvuru ve tescil sürecinde bu itirazlarla karşılaşmayan veya itiraz üzerine patent ofisinin haklı bulunduğu sonraki tarihli hak sahibinin tescile dayanarak gerçekleştirdiği kullanımı tecavüz olarak nitelendirmek bu yüzden uygun olmayacaktır.

Kanaatimizce, önceki tarihli hak sahibi sadece kötü niyetli marka, tasarım veya patent sahibinin kullanımını tecavüz davası aracılığıyla engelleyebilmeli ve bu davada kötü niyetin ispatlanmasıyla tescilli hak savunması ortadan kalkmalıdır. ABAD, tasarım hakkına tecavüz edenin niyetini aramanın basit ve etkin olması arzulan sistem karmaşık hale getireceğini belirtmiştir.⁷⁴ Yine de sistemin basit ve etkin olmasından çok, hakkaniyete hizmet etmesi için sonraki hak sahibinin üçüncü kişilerin itirazlarına açık sürecin sonunda elde ettiği tescilli hakkını kullanması sadece kötü niyetli olduğu halde tecavüz olarak nitelendirilmelidir. Kötü niyetin varlığı durumunda marka, tasarım veya patenti hükümsüz kıldırılmadan da tecavüz davası önceki hak sahibinin lehine sonuçlanabilir.

⁷⁴ Opinion of AG Mengozzi, *Celaya Emparanza y Galdos International SA v. Proyectos Integrales de Balizamiento SL*, European Court of Justice, C-488/10, 16.02.12, §48.

D. Önceki Hakların Etkisinin Güncel Sorunları

1. Önceki Hak Sahipleri ve Hakların Kapsamı

SMK, tescilli hak sahibinin salt tescil nedeniyle sahip olduğu bazı avantajları sınırlamıştır. SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasındaki tescilli hak savunmasından başka, önceki tescilli hak sahipleri açısından SMK'nın 29. maddenin 2. fıkrasıyla getirilen tecavüz davasında sonraki hak sahibinin kullanmama defini ileri sürme imkânı buna örnek olabilir.⁷⁵

SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrası daha önce sadece patent hukukunda açık şekilde düzenlenen tescilli hak savunması yasağını marka ve tasarımlara uygulanacak şekilde genişletmiştir. Bu hüküm önceki hak sahiplerine sonraki tescile karşı hükümsüzlük davası açmadan doğrudan tecavüz davası açma imkânı sağlamıştır. Kuşkusuz, tescilli hak savunmasıyla karşılaşmadan doğrudan açılan tecavüz davası otomatik olarak sonraki tescili hükümsüz kılmayacağından, ayrıca hükümsüzlük davası açılmalıdır. Ancak daha önce tecavüz davası açabilmek için hükümsüzlük davası uygulamada bir gereksinim haline gelmişken, şimdi önceki hak sahibinin seçimi haline gelmiştir. Bu açıdan, birden fazla aynı veya benzer marka, tasarım veya patent konusunun (taraflar kendi aralarında anlaşmadığı sürece) piyasada birlikte var olması mümkün olmuştur ki,⁷⁶ bu durum SMK'nın oluşturmaya çalıştığı sistemle bağdaşmamaktadır.

SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasında önceki ve sonraki hak sahiplerinin kim olduğu açık olmayıp yorum gerektirmektedir. Marka, tasarım ve patent sahiplerinin yanı sıra, SMK'nın 145. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, SMK'da patent için öngörülen hükümler faydalı modeller hakkında uygulanabileceğinden, hükmün faydalı modellere de uygulanabilecektir.⁷⁷ Patent ve faydalı model tescille kazanılan birer hak olduğundan, önceki ve sonraki patent sahiplerinin tescilli hak sahibi olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

⁷⁵ **Çağlar**, Hayrettin (2017), '6769 Sayılı Sinai Mülkiyet Kanununa göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin MarkHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 1, C: 21, s. 11-12.

⁷⁶ **Gün**, s. 185.

⁷⁷ **Şehirli Çelik**, Temel Varsayımlar, s. 79.

Buna karşılık, SMK, tescilsiz tasarımlara da belirli düzey dekoruma sağladığından,⁷⁸ tescilsiz tasarımların 155. maddenin 1. fıkrasının uygulama alanına girip girmediği tartışılmalıdır. İlgili hükümden sonraki tarihli marka, patent veya tasarım sahibinin savunma gerekçesi olarak ileri sürdüğü sınai mülkiyet hakkının tescilli bir hak olduğu açıktır.⁷⁹ Nitekim, sonraki tarihli hak sahibi tecavüz davasında tescil başvurusunu savunma gerekçesi olarak ileri süremez, çünkü tescil başvurusu başvuru sahibine herkese karşı ileri sürülebilir mutlak hak kazandırmaz. Sonraki tarihli hak sahiplerinden farklı olarak, ilgili hükümde önceki hak sahipleri için geçen “*daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahipleri*” ifadesi önceki hakkın tescilli olup olmaması sorusuna neden olmuştur.

Sınai mülkiyet hukuku sınai mülkiyet haklarını tescil yoluyla koruyan bir sistem kurmayı amaçlamış,⁸⁰ tescilsiz tasarımlara tanınan koruma belirli sınırlar çerçevesinde bırakılarak tescilli tasarımlara tanınan korumayla eşit tutulmamıştır.⁸¹ Tescilsiz marka veya tasarım sahibi gerçek hak sahibi olduğu varsayımda sonraki tarihli tescilli marka veya tasarım sahibine karşı hükümsüzlük davası açabilecekse de tecavüz davası açarak tazminat elde etmesi kanunun kurmayı amaçladığı tescilli haklar sistemini zedeleyecektir. Ayrıca, hükümde başvuru tarihinden söz edilmesi marka, tasarım ve patentte korumanın başvuru tarihinden başlanmasıyla ilişkili olup bu ifadeyle önceki başvuru tarihine sahip olan fakat hakkını tescil ettirmemiş hak sahiplerine tecavüz davası açma olanağı tanımak amaçlanmamıştır. Sonraki tarihli tescilli bir hakkın kullanımını yasaklayan SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasındaki önceki ve sonraki tarihli hak sahipleri dar yorumlanmalı, hükümden sadece *tescilli* hak sahipleri anlaşılmalıdır.⁸² Bu yüzden, tescilsiz tasarım sahipleri SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasındaki önceki hak sahiplerinden sayılmamalıdır.

⁷⁸ Bilgin, s. 41.

⁷⁹ Şehirali Çelik, Temel Varsayımlar, s. 80.

⁸⁰ Şehirali Çelik, Tescilin Anlamı, s. 86; Marka hukukunda da tescilsiz markalara doğrudan değil, dolaylı bir koruma sağlandığı yönünde görüş ile karşı Arslan, s. 43.

⁸¹ Tescilsiz tasarımların tescilli tasarımlarla aynı koruma şartlarına tabi tutulması gerektiği yönünde görüş ile karşı Bilgin, s. 42.

⁸² Şehirali Çelik, Tescilin Anlamı, s. 81.

2. Tecavüz Davasının Ardından Sonraki Hakkın Niteliği

SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının sebep olduğu bir diğer tartışma konusu, önceki hak sahibinin sonraki hak sahibine karşı sadece tecavüz davası açıp hükümsüzlük davası açmadığı takdirde önceki tarihli hak sahibi lehine sonuçlanan dava sonrasında sonraki hak sahibinin mutlak hakkının niteliğidir. Davayı kaybeden sonraki hak sahibi, tazminata ilaveten kullanımı önleme talebi de ileri sürülmüşse, marka, patent veya tasarımını, doğal olarak, kullanmayacak, lakin hükümsüzlük davasının açılmadığı varsayımda sicilde hak sahibi olarak görünmeye devam edecektir. Üstelik, davacı önceki hak sahibi sadece tazminat talebini ileri sürmüşse, hükümsüzlük davasının açılmadığı varsayımda sonraki hak sahibi hakkını kullanmaya devam edebilecektir. Mutlak yenilik ilkesini⁸³ kabul eden patent hukuku özelinde önceki tarihli patentin mevcudiyeti sonraki tarihli patentin yeni olmadığı anlamına gelecektir. Bu durumda sonraki tarihli patentin hükümsüz kılınmaması sadece önceki tarihli patente tecavüz açısından değil, aynı zamanda yeni olmayan bir buluş için patent sahibine mutlak hakkın tanınması gibi sınai mülkiyet hukukunun amacıyla bağdaşmayan bir sonuçta yol açacaktır.

SMK öncesi uygulama önceki hak sahiplerini sonraki marka veya tasarıma karşı hükümsüzlük davası açmaya zorlamaktaydı. Böylece, “önceki hak - sonraki hak” sorunu mahkeme kararıyla bir tarafın lehine çözülmekte, birlikte var olma halleri azalmaktaydı. Dolayısıyla, teklik ilkesinin üzerinde kurulmuş sınai mülkiyet hukukunda denge sağlanmaktaydı. Buna karşılık, SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının sayesinde önceki hak sahibinin sonraki tescilli hükümsüz kıldırılmadan sürekli tecavüz davası açabileceği bir durum meydana gelmiştir. Üstelik, SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasının önceki tarihli hak sahipleri tarafından suiistimal edilebilecek bir düzenlemeye dönüşebilir. Tecavüz davasını kaybetmiş sonraki hak sahibinin marka, tasarım veya patenti hükümsüz kılınmadıkça, sınai mülkiyet hakkını aktif olarak kullanmasa da üçüncü kişilere karşı ileri sürdüğü

⁸³ Şehirali Çelik, Fezvan Hayal (2017), ‘Patent Verilebilirlik Değerlendirmesinde “Önceki Tarihli Başvurular” Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 3, s. 104.

durumlar ortaya çıkabilir. Sonraki tarihli hak sahibi önceki tarihli hakka tecavüz etmemek için marka, tasarım veya patenti kullanmaktan kaçınsa da kendisi üçüncü kişilere karşı hak ileri sürerek tazminat talebinde bulunabilecek midir? Bu tür uygulamaya yönelik sorunların önüne geçmek için önceki tarihli hak sahipleri tecavüz davasının yanında hükümsüzlük talebini de ileri sürmeye teşvik edilmelidir.

Hem önceki hem de sonraki tescilli hakların birlikte var olma ihtimali, önceki tarihte tescil edilmiş fakat sonraki markanın başvuru veya rüçhan tarihinde kullanılmamış markanın sahibinin açtığı tecavüz davası sonucunda gerçekleşebilir. 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifinin 18. maddesine dayanan bir görüşe göre, eğer önceki marka sahibi sonraki markanın başvuru veya rüçhan tarihinde (kendi markasını kullanmaması sebebiyle) kullanmama defii ile karşılaşmamak için sonraki markaya karşı haklarını ileri sürmemişse, markasını kullanmaya başladıktan sonra sonraki markanın kullanımını engelleyemeyecektir.⁸⁴ Sinai mülkiyet tescillerinde uygulanan sistemlerde önceki tarihli hak sahiplerinin başvuruya dair nihai kararının verilmesindeki rolü dikkate alınır, önceki hak sahibinin sonraki sinai mülkiyet hakkının kullanımını yasaklama yetkisi bu durumda sınırlandırılabilir.

3. Önceki Hakların Farklı Fikri ve Sinai Mülkiyet Hak Sahiplerine Etkisi

SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasında önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açtığı tecavüz davalarında önceki hakların etkisini düzenlerken "hak sahibi" kavramı tercih edilmiştir. Mülga PatKHK'da ise önceki tarihli patentlerin etkisi düzenlenmekteydi. Mevcut düzenleme geniş yorum müsaait olduğundan, önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip haklarını ileri sürebilecek hak sahipleri açığa kavuşturulmalıdır.

SMK'dan önce tescilli marka savunması sadece önceki marka veya tasarım sahiplerine karşı ileri sürülen bir savunmadan ibaretti. Bununla birlikte, öğretilde tescilli marka savunmasının diğer sinai mülkiyet hakkı sahiplerine karşı da ileri sürülebileceği savunulmuş,⁸⁵ ticaret unvanları açısından Yargıtay uygulaması

bu yönde gelişmiştir.⁸⁶ Öte yandan, Yargıtay, ticaret unvanı ve marka⁸⁷ ve tescilli tasarım ve marka⁸⁸ arasındaki uyumsuzluklarda bu hakların birbirine üstünlüğü veya önceliğinin bulunmadığını belirtmiştir.

Yine de Yargıtay'ın SMK'dan önceki dönemde açık düzenlemeye tabi tutulmayan tescilli marka veya tasarım savunmasını önceki ticaret unvanı veya tasarımlara uygulanacak şekilde geniş yorumlaması SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasından bağımsız şekilde değerlendirilmelidir. SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrasında *rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinden söz edildiğinden, öncelikle, fikri hukukta eser sahibi bu kategoride değerlendirilemez.*

Diğer hak sahiplerine gelince, SMK'nın, 155. maddenin 1. fıkrası haricinde diğer hak sahipleri için kullandığı dil dikkate alınmalıdır. Örneğin, SMK'nın 45. maddesinin 5. fıkrasında "*diğer sinai mülkiyet hakları*" ifadesi tercih edilmiştir. Nitekim, amaç sadece marka, patent veya tasarım hakkı sahibinin değil, diğer hak sahiplerini de uygulama alanına dahil etmek olsaydı, 155. maddenin 1. fıkrasında 'hak sahipleri' yerine 'diğer sinai mülkiyet hakkı sahipleri' kullanılabilirdi. Bu yüzden, daha önceki rüçhan veya başvuru tarihli haklarını marka, patent veya tasarım hakkı sahibine karşı ileri sürebilecek hak sahipleri, sırasıyla, marka, patent veya tasarım hakkı sahibidir. Aksi halde, koruma konusu aynı olsa bile, önceki tasarım sahibinin başvuru sürecinde rol almadığı sonraki tarihli marka sahibine karşı tecavüz davası açabilmesi sonraki hak sahiplerini beklenmedik ölçüde zor duruma sokabilir. Son olarak, sonraki hak sahibinin hakkını kullanmasını engelleyen bu hüküm, bir mutlak hak üzerinde etki doğurması sebebiyle mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır.

IV. SONUÇ

SMK'dan önce Yargıtay, sonraki tarihli marka ve tasarımların konu olduğu tecavüz davalarında tescilli hak savunmasının gereğinden fazla geniş yorum-

⁸⁴ Gün, s. 188-189.

⁸⁵ Güneş, s. 61.

⁸⁶ Şehirli Çelik, Temel Varsayımlar, s. 67.

⁸⁷ Yargıtay 11. HD, T: 09.02.2004, E: 2003/6408, K: 2004/1002 (Kazancı İçtihat Bankası); Ticaret unvanının hukuka uygun kullanımının marka hakkına tecavüz sayılmadığı yönündeki tespit için bkz. Çakır Özboyacı & Demirkapı, s. 46.

⁸⁸ Yargıtay 11. HD, T: 22.03.2010, E: 2008/12036, K: 2010/3153 (Kazancı İçtihat Bankası).

lamıştır. Yargıtay'ın sonraki tarihli marka hakkına karşı açılan tecavüz davalarında başvuru tarihinden önceki ve başvurudan tescil tarihine kadarki kullanımı tecavüz olarak nitelendirmek için başvurunun olumsuz sonucunu beklemesi ve başvuru olumlu sonuçlandığı takdirde, bu dönemlerdeki kullanım için açılan tecavüz davasını reddetmesi isabetsiz olmuştur. Yargıtay tasarımlara yönelik davalarda tescilli hak savunmasının uygulanabilirliğini farklı kararlarda farklı yorumlamıştır.

Uygulanan tescil sistemi ne kadar titiz olursa olsun, önceki tarihli sınai mülkiyet hakkına rağmen, aynı veya benzer marka, tasarım, faydalı model veya buluşun tescil edilmesi olası bir durumdur. O yüzden, SMK, kanuni düzenlemeyle sorunun önüne geçmek yerine, soruna çözüm getirmelidir. Kanaatimizce, bu tür "önceki hak - sonraki hak" ikileminin çözülmesi için kanunun öngördüğü tescil süreci ve bu süreçte üçüncü kişi konumunda olan önceki hak sahiplerinin yeri de göz önünde bulundurulmalıdır. SMK'da marka ve patent başvurusu için maddi incelemeli, tasarım başvurusu için ise itiraza dayalı incelemeli sistem benimsenmiştir. Her iki sistemde tescilden önce veya sonra üçüncü kişiler ilgili başvuru veya tescile itiraz ederek sürece katkıda bulunabilirler.

Üçüncü kişilerin izole edilmediği başvuru inceleme sürecini başarılı bir şekilde tamamlayan sonraki hak sahibi önceki hak sahibinin açtığı tecavüz davasında, kötü niyetli⁸⁹ olmadıkça, tescilli hak savunmasını ileri sürebilmelidir. Kuşkusuz, markanın hükümsüzlüğünün talep edilmesi için sonraki marka sahibinin kötü niyetli olması gerekmez. Üstelik, marka hakkına tecavüzden kötü niyet olmadan da söz edilebilir, zira kusur olmadan da haksız fiil oluşabilecektir.⁹⁰ Burada sonraki hak sahibinin gerçekleştirdiği kullanımda haksız fiilin şartları açısından

tecavüzün bulunup bulunmadığı değil, sınai mülkiyet başvurularına uygulanan tescil sisteminin şartları göz önünde bulundurularak sonraki hak sahibinin tescilli hak savunmasına dayanabilmesi ve kötü niyetli olmadıkça hakkın tescilli olduğu dönemdeki kullanımdan sorumlu tutulmaması savunulmaktadır. Çünkü sonraki hak sahibi, başvuru sürecinde önceki hak sahibinin itirazlarının reddedildiği veya hiçbir itirazda bulunmadığı durumda tescilli hakkına güvenerek sınai mülkiyetini kullanmış olabilir. Bundan başka, önceki tarihli hak sahibinden haberdar olsa bile, sonraki hak sahibi marka, tasarım veya buluşunun benzerliğinden emin olmayıp bu incelemenin sonucunu görmek için başvuruda bulunabilir. Başvuru olumlu sonuçlandığı takdirde, tescilli hakkına güvenerek sınai mülkiyet hakkını kullanabilir. Tescilli hakkına dayanan kullanımının hukuka uygun olduğuna inanan ve bu doğrultuda marka, tasarım veya patente yatırım yaparak gelir elde eden sonraki hak sahibinin başvuru ve inceleme sisteminin açıkları yüzünden cezalandırılması uygun düşmeyecektir. Sonraki hak sahibinin tescilli hak savunması, tescilli dönemdeki kullanıma tecavüzün sonuçlarını bağlamadan önce, sonraki hak sahibinin başvuru konusunu tescil ettirip kullanmasındaki niyetinin ve üçüncü kişilerin başvuru aşamasındaki durumunun dikkate alınması şeklinde uygulama alanı bulabilir.

Bu açıdan, SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrası iki tescilli hak sahibi arasında önceki tarihli hak sahiplerini, sonraki hak sahibinin niyetine bakmaksızın, güçlü ve suiistimale müsait bir konuma koymuştur. Hükmün temelinde öncelik ilkesi yatsa da bu ilke tescilin oluşturduğu güveni ortadan kaldıracak derecede geniş yorumlanmamalı, önceki ve sonraki tarihli hak sahipleri arasında denge sağlanmalıdır. Nitekim, makalemizde sunduğumuz çözüm önerisi de SMK'nın ilgili hükmünün tamamen ortadan kaldırılmasına değil, sonraki hak sahibinin hak ve menfaatleri ile dengeli bir hale getirilmesine hizmet etmektedir. Sonraki tarihli tescilli hak sahibi, kötü niyetli olmadıkça, tescil sisteminin eksikliklerinin veya önceki tarihli hak sahiplerinin sessizliğinin bedelini ödememelidir. Bunun için SMK'nın 155. maddesinin 1. fıkrası "*kötü niyetli* marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin

⁸⁹ Üçüncü kişilerin kötü niyetli marka başvurularına itiraz edebilmesi konusunda ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 427-428; Beklenen mevzuat değişikliği için kötü niyet kavramının yerine, kasit veya ağır ihmal veya her ikisi için "ağır kusur" kavramının daha uygun olacağı konusunda bkz. **Suluk**, s. 421; Fikri hukuk açısından kazancın iadesi davasında kusurun aranması gerektiği konusunda ayrıca bkz. **Arslanlı**, s. 221.

⁹⁰ **Oğuzman & Öz**, s. 3, 14; **Eren**, Fikret (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 558-559; Kusur aramayan durumlarda haksız fiilin bulunamayacağı yönünde bkz. **Tandoğan**, s. 4.

açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sinai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez” şeklinde değiştirilebilir veya uygulamada bu şekilde uygulanabilir. Şüphesiz, önceki tarihli hak sahibinin hükümsüzlük davası açma yetkisi her zaman saklıdır.

2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifinin 18. maddesindeki düzenleme önceki marka hakkı - sonraki marka hakkı uyumsuzluklarında bozulan dengeyi kurmak açısından önerilebilir. Önceki hak sahibinin sonraki başvuruya itiraz etmemesi onun ilerde tecavüz veya hükümsüzlük davası açmasına engel değildir. Ancak önceki tarihli hak sahibi sinai mülkiyet hakkını sonraki tarihli hakkın başvuru veya rüçhan tarihinde kullanmaması veya hakkın konusunun ayırt edicilikten yoksunluğu nedeniyle itiraz etmemişse, o zaman tecavüz davası tarihinde de sonraki tarihli hak sahibine karşı mutlak hakkını ileri sürememelidir. Aynı şekilde, tecavüz davası tarihinde önceki tarihli hak sahibi sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrayarak sonraki tarihli tescili hükümsüz kıldırılmazsa, tecavüz davasında da hakkını ileri sürememelidir. Markalar açısından bu öneri kötü niyetle ilgili yukarıdaki önerimize ek olarak değerlendirilebilir. Sonraki tarihli hakkın başvuru veya rüçhan tarihindeki durumu canlandırması ve sorunu tarafların o zamanki konumuna göre çözmesi açısından isabetli bulduğumuz bu düzenlemeye SMK’nın 155. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması zamanı uygun düştüğü ölçüde başvurulabilir.

Son olarak, SMK’nın 155. maddesinin 1. fıkrası, sonraki tarihli hak sahipleri açısından kullanımı yasaklama suretiyle bir mutlak hakka sınırlama getirdiğinden⁹¹ dar yorumlanmalıdır. Bu anlamda daha önceki rüçhan veya başvuru tarihli haklarını marka, patent veya tasarım hakkı sahibine karşı ileri sürebilecek hak sahipleri, sırasıyla, tescilli marka, patent veya tasarım hakkı sahibi olarak kabul edilmelidir.

⁹¹ Marka hakkına getirilen sınırlamalar konusunda ayrıca bkz. **Arkan**, s. 131.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), 'Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 20, s. 55-86.
- Arkan**, Sabih (1998) Marka Hukuku, C: 2, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Arslan**, İbrahim (2008), 'Tescilsiz Markaların Korunması' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 1, C: 16, s. 29-46.
- Arslanlı**, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Ayoğlu**, Tolga (2007), 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 7, s. 13-47.
- Bozgeyik**, Hayri (2007), 'Markalarda Rüçhan Hakları' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 7, s. 49-83.
- Bilgin**, Servet Batuhan (2018), '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Tasarım Hukukuna Getirilen Yenilikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 20, s. 33-53.
- Çağlar**, Hayrettin (2017), '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin MarkHKK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 1, C: 21, s. 3-19.
- Çakır**, Aytuğ Ceyhun & **Özboyacı**, Alper & **Demirkapı**, Ertan (2021), 'Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 7, s. 37-67.
- Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Deniz**, Poyraz (2017) 'Yeni Sınai Mülkiyet Kanununda Tescile Dayalı Kullanım Savunması ve İhlal Davaları', IPR Gezgini, <https://bit.ly/3h4b9g6>, s.e.t. 01.06.22.
- Eckardt**, Bernd & **Klett**, Dieter & **Schwartzmann**, Rolf & **Yung**, Ingo (2019) Wettbewerbsrecht, 6. Baskı, C.F.Müller.
- Engin-Deniz**, Egon (2010) Markenschutzgesetz und Weitere Kennzeichenrechtliche Bestimmungen: Kommentar, 2. Baskı, Verlag Österreich.
- Eren**, Fikret (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Gack**, Kathrin (2014) Markenrecht: Rechtliche Aspekte der Markenführung ein Leitfaden für Unternehmer, <https://bit.ly/3cAnh4M>, s.e.t. 02.06.22.
- Gül**, İbrahim (2017), 'Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması' Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 13, C: 7, s. 81-115.
- Gün**, Buket (2019) Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Güneş**, İlhami (2015) Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- International Trademark Association** (2013), 'Comments on the Proposed Revisions to the EU Community Trade Mark Regulation and Trade Marks Directive', <https://bit.ly/3m5546P>, s.e.t. 02.06.22.
- Karahan**, Sami & **Suluk**, Cahit & **Saraç**, Tahir & **Nal**, Temel (2015) Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınları.
- Kaya**, Arslan & **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Füsün (2021) Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Merdivan**, Fethi (2020), '6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu: Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği (Marka)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, s. 20-42.
- Merdivan**, Fethi, 'Marka Hakkına Tecavüz Davası Tescilli Marka veya Marka Tescil Başvurusu Bulunduğu Savunması ve Yargıtay Uygulaması Marka Hakkının Kapsamı': **Şenocak**, Kemal & **Rohe**, Matthias & **Yarayan**, Ali & **Ay**, Başar (Editör) (2014) Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları, İnönü Üniversitesi, s. 361-380, (Kısaltılmışı: Tecavüz davası).
- Merdivan**, Fethi, 'Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Defi': **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (Editör) (2017) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 483-522, (Kısaltılmışı: Kullanmama Defi).
- Oğuzman**, Kemal & **Öz**, Turgut (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: II, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Özer**, Fatma (2017) Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Riccobono**, Salvatore (1939), 'La Teoria Dell'Abuso di Diritto Nella Dottrina Romana', *Bullettino Dell' Istituto di Diritto Romano*, C: 5 (Çeviren: Umur, Ziya (1957) 'Roma Doktrininde Hakkın Suistimali Nazariyesi', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 22, No: 1-4), s. 350-397.

- Schindler**, Gösta (2009) Grenzer der “Dinglichen Aufspaltbarkeit” Urheberrechtlicher Nutzungsrechte: Ein Beitrag zur Neuorientierung des Urhebervertragsrechts, 1. Baskı, Berlin, Lit Verlag.
- Suluk**, Cahit (2015), ‘Sinai Mülkiyet Hukukunda Tescil “Güvenli Liman” Mıdır?’ Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, No: 1, s. 403-430.
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (2011), ‘Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir Mi? Yeni Bir Karar, Yeni bir Ufuk’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 12, s. 39-69, (Kısaltılmışı: Tecavüz davası).
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (2017), ‘Patent Verilebilirlik Değerlendirmesinde “Önceki Tarihli Başvurular” Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, No: 1, C: 3, s. 103-117.
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (2018), ‘Sinai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, No: 2, C: 34, s. 33-90, (Kısaltılmışı: Tescilin anlamı).
- Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal (2019), ‘SMK m.155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, No: 2, C: 35, s. 63-102, (Kısaltılmışı: Temel varsayımlar).
- Tandoğan**, Haluk (2010) Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Torremans**, Paul (2019) Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, 9. Baskı, Oxford University Press.
- Wiedmann**, Elke (2002), ‘Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht’ (Doktorarbeit), Universität Konstanz.
- Yang**, Lili (2019), ‘Die Rechtsmissbräuchliche Markenmeldung: Ein Vergleich zwischen Chinesischem und Deutschem Recht’ (Doktorarbeit), Universität zu Marburg.

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.*

SOYUT RENK MARKALARINDA TEK RENK MARKA TESCİLİNİN RENK KOMBİNASYONLARINA GÖRE DAHA ELVERİŞLİ OLMASI: MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

REGISTRATION OF SINGLE COLOUR TRADEMARKS IS MORE CONVENIENT THAN COLOUR COMBINATIONS IN ABSTRACT COLOUR TRADEMARKS: AN EVALUATION WITHIN THE FRAMEWORK OF COURT DECISIONS

Muhammet Burak ÖZÇELİK^(**)

Öz

Renk markalarının bir türü olarak tasnif edilen soyut renk markalarının, teknolojik gelişmelerle birlikte ticari hayatta önemli bir yere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle insan beyninin nörolojik yapısının bir sonucu olarak renklerin tüketicileri yönlendirici etkisini dikkate alan teşebbüsler, ticari işleriyle özdeşleştiğini düşündükleri renkleri marka başvuru konusu yapmaktadırlar. İlgili fikri mülkiyet otoriteleri ile Mahkemeler ise huzurlarına gelen soyut renk markalarına ilişkin olarak; renklerin tüketici nezdinde algılanma kapasitesinin sınırlı olduğu dikkate alınmakta ve soyut renklerin fikri mülkiyet hukukunun doğal bir sonucu olan bir kişinin tekeline bırakılması hususunda imtina edilmektedir. Bu durumun üstesinden gelmek arzusu içinde bulunan teşebbüsler ise soyut tek bir rengi değil birden fazla rengi bir araya getirerek renk

kombinasyonlarını marka konusu yapmakta ve işaretlerini marka olarak güvence altına almak istemektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan Red Bull ve Alken-Maes kararları doğrultusunda soyut renk markası konusu işaret değerlendirilirken ayırt edicilik unsuru ile açıklık ve kesinlik unsurlarının tek renk markaları ile renk kombinasyonlarında, işaretin taşınması gereken asli unsurlara farklı bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek yerindedir. Dolayısıyla gerek otoritelerce yapılan incelemelerde gerekse mahkemeler nezdinde getirilen yorumda soyut renk markalarında tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli ve kolay olduğu hususunu açık şekilde ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

Renk Markası, Soyut Renk, Ayırt Edicilik, Red Bull, Alken-Maes.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.07.2022 / Kabul Tarihi: 10.10.2022).

^(**) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İnternet Daire Başkanlığı, Avukat, LLM, (ozcelikburakk@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8430-3361).

Atıf/Citation: **Özçelik**, Muhammet Burak (2022) "Soyut Renk Markalarında Tek Renk Marka Tescilinin Renk Kombinasyonlarına Göre Daha Elverişli Olması: Mahkeme Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", TFM, C: 8, S: 2, s. 471-490.

Abstract

It is noteworthy that abstract colour trademarks, which are classified as colour trademarks, play a significant role in commercial life because of technological advancements. The attractive effects of colour on consumers, particularly as a result of the neurological structure of the brain, have led businesses to file trademark applications for colours that are like the colours of businesses. Considering the limited perception capacity of colours by consumers, the relevant intellectual property authorities and courts refrain from leaving abstract colours to the monopoly of one individual concerning the abstract colour trademarks that come before them. This is a natural consequence of intellectual property law. Businesses seek to overcome this issue by combining over one colour, but not a single

abstract colour, to create the subject of the trademark and want to secure their signs as trademarks.

Based on Red Bull and Alken-Maes case laws, which constitute the subjects of this study, courts take a different approach regarding the distinctiveness, precision, and durability elements in single colour trademarks and colour combinations. Based on this framework, both the examinations conducted by the authorities and the interpretations made by the courts clearly disclose that the registration of single-colour trademarks is more convenient and basic than the registration of colour combinations in abstract colour trademarks.

Keywords

Colour Trademark, Abstract Colour, Distinctiveness, Red Bull, Alken-Maes.

I. GİRİŞ

İnsanın nörolojik yapısı gereği renkler birtakım duygu ve düşüncüleri insan hareketleri içine aşılayabilir. Bu hâl göz önüne alındığında, teşebbüsler, ticari hayatta artık gelenekselden uzaklaşmakta, renklerin insan üzerindeki etkisinden faydalanmak maksadıyla renklerin farklı şekilde kullanımını barındıran markaları tescil konusu yapmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan Red Bull ve Alken-Maes kararları, tek renk ve renk kombinasyonu şeklinde tescil edilmek istenen iki farklı marka konusu işaretin gerek ilgili marka otoritelerince yapılan incelemede gerekse mahkemeler nezdinde yapılan değerlendirmede soyut tek tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha kolay olduğu hususunu açık şekilde ortaya koyan emsal niteliğini haiz iki karardır.

Kararlar doğrultusunda soyut renk markası kapsamında işaretler değerlendirilirken mahkemelerce farklı bir tutum benimsendiğini söylemek yerindedir. Zira ayırt edicilik unsuru ile açıklık ve kesinlik unsurlarının tek renk markaları ile renk kombinasyonlarında işaretin taşınması gereken asli unsurlar açısından farklı testlere tabi tutulmaktadır.

II. ABAD T-101/15 VE T-102/15 SAYILI BİRLEŞTİRİLEN RED BULL KARARI

A. Olay

T - 101/15 sayılı dosyaya ilişkin olarak;

Red Bull GmbH, Avrupa merkezli enerji içeceği üreticisi bir şirkettir. 15 Ocak 2002 tarihinde Red

Bull GmbH, Avrupa Birliği sınırları içinde aşağıdaki görselin marka olarak tescil edilebilmesi için Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'ne (**ABFMO**) başvuru yapmıştır. Söz konusu marka iki rengin “*per se*” kombinasyonu olarak tescil edilmiştir.



Söz konusu marka Nice Sınıflandırmasına göre 32. Sınıfta enerji içecekleri altında tescil edilmiştir. Marka tescilinden sonra 11 Ekim 2004 tarihinde korumanın RAL kodlama sistemine göre 5002 kodunda gösterilen mavi rengi ile RAL kodlama sistemine göre 9006 kodunda gösterilen gümüş renginden ibaret olduğu ve renklerin oranının yaklaşık olarak %50 - %50 olarak bir araya geldiğini belirtir açıklamalar tarifnameye eklenmiştir.

20 Eylül 2013 tarihinde Optimum Mark bahse konu marka hakkında, aşağıda sayılan gerekçelerle Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi önünde hükümsüzlük talebinde bulunmuştur:

¹ İşaret aynı zamanda TÜRKPATENT nezdinde tescilli 2014/03556 başvuru numaralı ve 2013/90293 başvuru numaralı Red Bull'a ait renk kombinasyonu markasıdır.

- a) Grafikselsel olarak bir markanın gösterimi; net, kesin, bağımsız, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve objektif olmalı ve renkler önceden belirlenmiş ve tekdüze bir şekilde birleştirilerek sistematik olarak düzenlenmelidir.
- b) Tescil konusu işaretin açıklamasında yer alan iki rengin yaklaşık olarak %50- %50 bir araya gelmesi, çok sayıda farklı kombinasyonun korunmasına neden olmakta ve tüketiciler nezdinde de her bir alışverişte ürün üzerindeki işaretlerin aynı marka olduğuna dair kesinlik ortadan kalkmaktadır.

T - 102/15 sayılı dosyaya ilişkin olarak;

Tescil konusu marka da yukarıda bahsedilen marka ile aynı olup Nice Sınıflandırmasında 32. Sınıf Enerji İçecekleri altındadır. Farklılık ise marka tarifnamesinde iki rengin eşit oranda ve birbirine bitişik şekilde, yan yana (*mere juxtaposition*) uygulandığı yazmaktadır.

B. Süreç

Söz konusu iki markaya ilişkin olarak Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Dairesi iddiaları inceleyerek bahse konu markaların hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Dairece, soyut veya sınırlar olmadan belirtilen iki veya daha fazla rengin yan yana yerleştirilmesi ABAD'ın Heidelberger kararında öngörüldüğü üzere 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m.4 (Yürürlük 2017/1001 sayılı Birlik Marka Tüzüğü m.4) çerçevesinde açıklık ve kesinlik unsurlarını sağlamamaktadır. Zira bir satın alma işleminde, tüketici nezdinde belirli bir renk kombinasyonunun algılanmasına veya hatırlanmasına izin vermeyen, çok sayıda farklı kombinasyon ile markayı oluşturmaya imkân tanıyan bir tescil söz konusudur. Bunlara ek olarak, yetkili makamların ve rakiplerin, itiraz edilen markaların sahibine sağlanan korumanın kapsamını bilme imkanları da bulunmamaktadır. Dairenin bu değerlendirmelerinden sonra Red Bull, ofis nezdinde kararlara itiraz etmiş ve her iki itiraz da söz konusu markaların;

- a) Kullanıma dayalı tanınırlık kazanmasının AB Marka Tüzüğü'nde sayılan şartlardan muaf tutulacağı anlamına gelmediği, markanın kesin, tutarlı ve anlaşılabilir olması gerektiği,

- b) Soyut renk markalarının tescil edilmesi mümkün olmakla birlikte gereklilikleri yerine getirmek adına tarifnamedeki açıklamanın zorunlu olabileceği,
- c) Heidelberger kararında olduğu gibi AB Marka Tüzüğü'nde yer alan şartların sağlanabilmesi için renk kombinasyonlarının, ilgili renklerin önceden belirlenmiş, sistematik bir düzen içinde olması gerektiği, gerekçeleriyle reddedilmiştir. Ofis tarafından itirazların reddedilmesi sonrası, Red Bull söz konusu kararların iptali için iptal davası ikame etmiş ve uyuşmazlık ABAD huzuruna gelmiştir.

C. ABAD'ın Değerlendirmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı uyuşmazlık konusunu olayı incelerken ilk olarak, AB marka hukukunu düzenleyen uyuşmazlık tarihinde yürürlükteki 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü (*Tüzük*) ve ilgili içtihatlar kapsamında bir renk veya renk kombinasyonunun marka olabilmesi için 3 şartın sağlanması gerektiğine işaret etmiştir. İlk şart olarak marka konusunun bir işaret olması gerekir. İkinci şart işaretin grafikselsel olarak sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilir olması gerekliliğidir. Son şart ise işaretin, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edici niteliği haiz olması gerekir. Kararda bir işaretin marka olabilmesi için aranan şartların renk veya renk kombinasyonları için de aranması gerektiği hususu da tekrar vurgulanmıştır.

Mahkeme marka konusu işaretlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini belirttiikten sonra renk markalarına ilişkin olarak birtakım tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre renkler esas itibarıyla nesnelere basit birer özelliğidir. Ticaretin ilgili alanlarında da renkler ve renk kombinasyonları, genellikle çekici oldukları için veya dekoratif yönlerinden ötürü kullanılır ve başka türlü bir anlam ifade etmezler. Ancak, bir ürün veya hizmetle ilişkili olarak kullanıldığında, renklerin veya renk kombinasyonlarının bir işaret olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla tescil edilmek istenen renklerin veya renk kombinasyonlarının ticari hayatta rekabeti haksız şekilde engellemek amacıyla kötüye kullanılmaması için bir işaret haline gelmeleri gerekir. Bu etkinin gös-

terilebilmesi için, sicilde gösterilen işaretin, açık ve kesin, bağımsız, kolay erişilebilir, anlaşılır, süreklilik arz eden ve objektif bir işaret olması gerekir.

Mahkeme, Tüzükten ve yerleşik içtihatlardan hareketle bir soyut renk markasının hangi nitelikleri haiz olması gerektiğinden bahsettikten sonra önündeki uyumsuzlukta konunun nasıl ele alınması gerektiğini izah etmiştir. Bu kapsamda dava konusu markalar mavi ve gümüş renklerinin %50-%50 oranıyla dikey olarak bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. Markaların açıklamasında ise renklerin birbirine bitişik şekilde, yan yana uygulandığı belirtilmiştir. Dava konusu markaların, söz konusu iki rengin çok sayıda farklı kombinasyonunu da koruma altına alıp almadığı sorusu gündeme gelmiştir. Mahkemeye göre, iki rengin bitişik şekilde yan yana bir araya getirilme ifadesi, iki veya daha fazla rengin doğrudan yan yana gelmesine işaret etse dahi, mutlaka renklerin sistematik bir düzen teşkil edeceği anlamına gelmemektedir. Zira renkler “yaklaşık %50-%50” veya “eşit oran” içinde kalsa ve renkler “yan yana” dizilse bile, “bir araya getirme” farklı biçimlerde olabilir ve renklerin çeşitli sayıda farklı dizilişine yol açabilir. Dolayısıyla, aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, mehz AB hukukunda özellikle de Heidelberger kararında öngörülen “sistematik veya yeknesak düzen/dizilim” şartının sağlandığına dair yeterli görüş ABAD nezdinde oluşmamıştır.

ABAD’ın kararında kısaca şu tespitler yapılmıştır:

- Teşebbüsler, idari otoriteler ve kamu nezdinde 3. kişinin tescil ile kazanmaya çalıştığı hakkın sınırlarının öngörülebilir olması gerekir. Dolayısıyla işaretin açık, kesin ve devamlı olarak aynı algıyı koruması gerekir.
- Renkler, tüketicilerin belirli bir renk kombinasyonunu veya renk düzenini algılamasına veya anımsamasına izin verecek şekilde önceden belirli ve yeknesak bir biçimde tescil edilebilir.
- Dava konusu olayda olduğu üzere, yalnızca iki rengin yan yana kullanılacağı belirtilmesi yeterince kesinlik doğurmamaktadır. Zira bu gösterim çok sayıda farklı kombinasyon kullanımına izin verir.

- Genellikle, marka açıklamaları marka tescili için zorunlu unsur olmasa da eğer bir açıklama eklenmişse, açıklama artık markanın tescil edilen görselinin bir parçası haline gelir. Dolayısıyla Red Bull’un açıklamasında bulunan eşit oranda ve yaklaşık olarak ibareleri de uyumsuzluk konusu markanın bir parçasıdır.
- İki rengin bir araya gelmesi hususunda sistematik olma ile açıklık ve kesinlik unsurlarına aykırılık, yalnızca renklerin birbirine olan oranlarının belirtilmemesinden değil aynı zamanda düzlemde duruşlarının farklı şekilde olabileceğinden de kaynaklanabilir. Renklerin sistematik özel düzenlemesi bunu gerektirir. Zira olay özetinde söz konusu renkler dikey olarak birbirlerine eşit oranda ve bitişik şekilde tescil edilmekle birlikte Red Bull, işaret konusu renkleri ürünlerinde tescil edildiği şekliyle dikey pozisyonda hiç kullanmamıştır.

Netice itibarıyla ABAD yukarıda sayılan gerekçelerle Heidelberger kararında öngörülen “sistematik veya yeknesak düzen/dizilim” şartının sağlandığına dair iddiayı kabul etmemiş ve Red Bull’un taleplerini reddetmiştir.

III. BELÇİKA YÜKSEK MAHKEMESİ’NİN ALKEN-MAES MAVİ BİRA KARARI

A. Olay

Alken-Maes,² Heineken grubuna ait Belçika merkezli 1960’lı yıllardan beri bira üretimi yapan bir şirkettir. 1960’lı yılların başından itibaren ürünlerini koyu mavinin farklı bir tonunu kullanarak pazarlamaya başlamıştır. Alken-Maes’in ürünlerini pazara servis ediş şekli aşağıdaki şekildedir:



² Brüksel Temyiz Mahkemesi, T: 21.10.2013, 2012/AR/1999 (Belçika Yüksek Mahkemesi Veri Tabanı, <http://jure.juridat.just.fgov.be>); Kararın İngilizce değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz.: **Muyldermans**, Jeroen (2014), ‘The Belgian Beer Battle: The Scope of Protection Afforded to Colour Marks’ *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, S: 4, C: 9, s. 265-267.

Alken-Maes 2006 yılında, Pantone renk paletinde 2478C ile gösterilen koyu mavi rengini, Nice Sınıflandırması 32. sınıfta yer alan biralar için tescil ettirmiştir. Tescil konusu soyut renk markası aşağıdaki şekildedir.



InBev Belgium adlı şirket ise dünyanın en büyük bira üreticilerinden olan Anheuser-Bush InBev'in bir iştiraki olarak Belçika'da faaliyetlerini yürütmektedir. 2012 yılında düşük alkol oranına sahip ürünlerinin tasarımı ile birlikte "JUPILER BLUE" olan adını "BLUE BY JUPILER" olarak değiştirmiştir. InBev Belgium'un biralar üzerindeki tasarım değişikliği sonucu ürünler pazarda aşağıdaki şekilde yer almıştır:



Gelişmeler üzerine Alken-Maes tanınmış ve tescilli bir Benelüks markasına sahip olduğu, InBev Belgium'un pazara sürdüğü yukarıda görseli bulunan biraların tescilli marka hakkını ihlal ettiği iddiasıyla InBev Belgium aleyhine dava ikame etmiştir. Brüksel Mahkemesi Alken-Maes'in iddialarını yerinde bulmuş ve BLUE BY JUPILER biralarının reklamcılık ve pazarlama hususlarında marka hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. InBev Belgium ise esas itibarıyla Alken-Maes adına tescilli markanın ayırt edicilikten yoksun olduğu gibi Benelüks ülkeleri çevresinde de kullanım yoluyla ayırt edici niteliği kazanamadığı dolayısıyla hükümsüz kılınması gerektiği savunmasıyla karara itiraz etmiştir.

B. Süreç

İlk derece mahkemesi olarak Brüksel Ticaret Mahkemesi, Alken-Maes'in marka hakkına tecavüze ilişkin iddialarına karşılık, InBev Belgium'un dava konusu markanın hükümsüz olduğu iddialarını incelerken, renklerin kendi başına ayırt edici niteliğe sahip olmadığını ancak kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme ilk olarak Alken-Maes'in tescilli markasının, marka hakkının unsurlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin inceleme yapmıştır. Tescil konusuna benzer renkler tüketici ile iletişime geçmek için özünde az bir etkiye sahip olduğu hâlde, bazı durumlarda renklerin, bir mal veya hizmetin menşeinin "alameti farikası" olabileceği olasılığının göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Değerlendirmelerden sonra Mahkeme, dava konusu olaya ilişkin olarak sunulan delilleri incelemiş ve markanın Belçika'da ikamet eden tüketiciler arasında %60 gibi bir tanınırlığa sahip olduğunu ve dolayısıyla kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığını kabul etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme ayrıca oldukça tartışmalı bir mesele olmakla birlikte maddede incelenmeyecek bir husus olan, markalarda kullanım yolu ile ayırt ediciliğin kazanılmasında coğrafi sınırlara ilişkin olarak Alken-Maes biraları için kullanılan soyut renk markasının yalnızca Belçika sınırları içinde tanınır olmasına rağmen, markanın Benelüks çerçevesinde kullanım yoluyla ayırt ediciliğe sahip olduğuna hükmetmiştir.

Yukarıdaki yapılan değerlendirmeler doğrultusunda Belçika Ticaret Mahkemesi, Fikri Mülkiyet Hakkında Benelüks Anlaşması³ (FMBA), Korumanın Kapsamı başlıklı;

- FMBA m.2.20.1.a.: Markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması.
- FMBA m.2.20.1.c.: Benelüks bölgesinde bir itibara sahip olan markanın, tescil edildiği mal veya

³ FMBA, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda Devletleri arasında hem marka hukukunu hem de tasarım hukukunu sistematik ve şeffaf bir şekilde yöneten ve tek bir sözleşme yeknesak hale getirmeyi amaçlamayan bir anlaşmadır. Anlaşma metni için bkz.: Benelux Office for Intellectual Property, Benelux Convention on Intellectual Property, <https://www.boip.int/uploads/inline/BOIP%20BCIP%20EN.pdf>, s.e.t. 14.07.2022.

hizmetlere benzemeyen mallar veya hizmetler için markayla aynı veya benzer bir işaret kullanmaktan gerekli neden olmaksızın, markanın ayırt edici niteliğinden veya itibarından haksız yarar elde edecek veya zarar verecek şekilde kullanılması.

şeklinde ifade edilen hükümleri çerçevesinde, kullanımı engellemeye ilişkin hükümleri esas alarak InBev aleyhine karar tesis etmiştir. Kararda Mahkeme, soyut renk markasına ilişkin inceleme yaparken açıklık ve kesinlik unsuru hakkında detaylı bir değerlendirme yapmamış; esas itibarıyla kullanım yoluyla ayırt edicilik hususunu incelemiştir. Karar neticesinde InBev konuyu yüksek mahkemeye taşımıştır.

C. Belçika Yüksek Mahkemesinin Değerlendirmesi

Brüksel Temyiz Mahkemesi, FMBA m.2.1. ve devam hükümleri ile Benelüks Fikri Mülkiyet Ofisinin Redde İlişkin Kılavuzu⁴ çerçevesinde marka konusu işaret olan mavi rengin ayırt ediciliğine ilişkin değerlendirmenin ilk tescil anında incelendiği ve gereken ölçüde ayırt edici niteliğe sahip olduğuna karar verildiği ve dolayısıyla tescil edilebildiği sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme FMBA m.2.20.1.a kapsamında yaptığı değerlendirmede, ilk derece mahkemesinin aksine ihlâl bulunmadığına hükmetmiştir. Zira InBev'in kullanmış olduğu işaret içinde kullanılan rengin, ihlâl konusu markada yer alan renge nazaran önemli ölçüde daha açık bir mavi tonu olup birkaç mavi tonunun bir arada kullanılmasıyla oluştuğunu değerlendirmiştir.

Yüksek Mahkeme FMBA m.2.20.1.c. hükmü kapsamında yaptığı değerlendirmede ise Alken-Maes'e ait olan mavi renkli bira markasının kullanımının yoğunluğu, coğrafi erişimi ve kullanım süresi gibi hususların yanı sıra, Alken-Maes'in markasını tanıtmak için yaptığı tanıtım harcamalarının kapsamı ile tüketici nezdinde ürün ile marka arasında kurulan ilişkiyi değerlendirmiş ve markanın Benelüks

bölgesinde bir itibara sahip olduğunu tespit etmiştir. Tespit sonrasında InBev'in kullanımının "markanın ayırt edici niteliğinden veya itibarından haksız yarar elde edecek veya zarar verecek" kullanım olup olmadığını incelemiş ve InBev tarafından mavi renk kullanımının markanın ayırt edici niteliğini azalttığı zira zamanla, mavi rengin ortalama bira tüketicileri tarafından, Alken-Maes'in ürettiği belirli bir biranın aksine, genel olarak biraya atıfta bulunacak şekilde anlaşılacağına kanaat getirmiştir.

Sonuç itibarıyla, yukarıda bahsedilenler çerçevesinde Yüksek Mahkeme, Alken-Maes'e ait geçerli bir markanın varlığına ve bu kapsamda marka hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ayırt ediciliğin yoksunluğunun ispat yükünün InBev üzerinde bulunduğunu, ancak InBev'in iddia ve beyanlarının gerekli ispat standardını karşılamadığını dolayısıyla markanın geçerli şekilde tescil edildiğini kabul etmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanılmadığı iddiasını da ilk derece mahkemesi kararını gerekçe göstererek değerlendirmeye gerek görmemiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

Yukarıda incelenen yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere soyut renk markalarında tek renk markaların tescilinin renk kombinasyonlarına göre daha kolay olduğunu söylemek mümkündür. Zira tek renk markalarının özellikle düzlemde yer alacağı biçimin sicilde gösteriminde renk kombinasyonlarına nazaran daha farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Makalenin esas itibarıyla amaçladığı husus da soyut renk markalarının tescilinde tek renk markalar ile çeşitli renk kombinasyonlarından oluşan markalar için ortaya çıkan bu yaklaşımdır. Konunun değerlendirilmesi için özellikle soyut tek renk ve renk kombinasyonları markalarında açıklık ve kesinlik unsuru ile ayırt edicilik unsurları incelenmesi yerindedir.

A. Marka Hakkı

Sınai mülkiyet hakları arasında yer alan marka hakkı, diğer sınai mülkiyet hakları gibi sahibine mutlak ve tekeli bir yetki verir. Tekelci yetki sayesinde marka konusu işaretin üçüncü kişilerce izinsiz kullanımı engellenmiş olacaktır. Bir başka deyişle, marka hakkının sağladığı tekeli yetki, esasen sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasının ön-

⁴ Benelux, Office for International Property, Guidelines on Examination of Absolute Grounds, <https://www.boip.int/en/ip-professionals/regulations-policy/refusals/guidelines>, s.e.t. 15.07.2022.

lenmesine yarayan ve aynı etkileri olan mutlak bir hakktır.⁵ Mutlak haklar, herkes tarafından ihlâl edilmeye müsait olmaları sebebiyle hak sahibinin, ihlâl eden herkese karşı ileri sürebileceği, hakkına saygı gösterilmesini isteyebileceği haklardandır.⁶

Gayri maddi olan ve herkesin kullanımına açık olan bir işaretin, sicile tescil talebinde bulunan kişiye mutlak ve tekeli bir koruma sağlaması, marka hakkının esaslı kullanım nedenlerinden biridir.⁷ Dolayısıyla mutlak ve tekeli korumanın kapsamının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda marka olabilecek işaretlerin belirli nitelikleri haiz olması gerekir. Niteliklerin sınırını aşar şekilde bir yorum getirilmesi, özellikle soyut renk markalarında belirli bir renk veya renk kombinasyonunun haksız yere bir kişinin tekeline bırakılması anlamına gelir ve şüphesiz ticari hayatta ağır sonuçlara yol açar.⁸ Ortaya çıkabilecek ağır sonuçların önüne geçebilmek için SMK, marka hakkı kapsamında nelerin işaret olabileceği düzenlemiştir.

Tescile konu işaretler SMK m.4'te;

“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere markalar bir sözcükten veya şekilden oluşabileceği gibi sadece bir ses veya renkten de meydana ge-

lebilir. Marka hakkı kapsamında işaret, tüketici nezdinde marka hakkı sahibi kişiyi anımsatan bir araçtır. Söz konusu işaretin beş duyudan herhangi biriyle algılanabilmesi yeterlidir.⁹ Örneğin Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7'ye göre bir sesin marka hukuku kapsamında işaret olarak değerlendirilmesi mümkün olup sicilde notaların dizilimi veya elektronik bir kayıt ile gösterilebilir.

Elbette marka olacak işaretler sınırsız değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu m.4'te marka olabilecek işaretlerin sınırları, öncelikle söz konusu işaretin sicilde gösterilebilir olması, daha sonra işaretin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edici olması ve nihayetinde açık ve kesin olarak anlaşılması şartlarıyla belirlenmiştir. SMK m.5 kapsamında ise tüketiciler ile diğer teşebbüslerin dolayısıyla toplumun menfaati gözetilerek mutlak ret nedenleri düzenlenmiştir.¹⁰ Mutlak ret nedenleri çerçevesinde TÜRK PATENT, herhangi bir itiraz veya talebe bağlı kalmaksızın işareti inceleyecek ve hükümde sayılan mutlak ret nedenlerinin varlığına kanaat getirdiği halde işaretin tescil talebini reddedecektir. Dolayısıyla SMK m.5 b) bendi yine ayırt ediciliğe ilişkin olarak herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin tescil talebinin reddedilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

B. Renk Markaları

Renkler, SMK m.4 kapsamında marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasındadır. Renklerin tescil edilmesinde kanunen bir engel bulunmadığı gibi herhangi bir sınıflandırma da öngörülmemiştir. Öğretide ise renk markalarında işaret değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidilmiştir:¹¹

- a) Somut renk markalarında renk, tescil konusu işaretle birlikte bir sınıra kavuşur. Bir şekil, amblem veya logonun üzerinde kullanılan renk, o işaret üzerinde somutlaşır. İki boyutlu markaların yanı sıra üç boyutlu markalar için de üç boyutlu şekil üzerinde renk somutlaşabilir. Benzer hallerde renkler, üç boyutlu şekiller ile

⁵ **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 11.

⁶ *“... dar kapsamda ise marka hakkının, gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklardan biri olduğu söylenebilir. Zira markanın maddi bir varlığı yoktur; marka üzerine konulduğu eşyadan farklı olarak soyut bir varlıktır ve ticari işletmenin gayrimaddi malvarlığı içinde yer almaktadır.... Marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler veren ve gayrimaddi bir nitelik arz eden sinai mülkiyet hakkıdır.”* Karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 11.05.2016, E: 2014/697, K: 2016/607 (Kazancı Veri Tabanı).

⁷ **Karan**, Hakan & **Kılıç**, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 30.

⁸ **Yasaman** s. 378-380.

⁹ **Çolak**, s. 24; **Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 30.

¹⁰ **Karasu & Suluk & Nal**, s. 161.

¹¹ **Uzunallı**, Sevilay (2019) Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 44-46.

birlikte, logo, amblem, ürün paketleri gibi diğer işaretlerle sınırlandırılarak karşımıza çıkar.



12



13

- b) Soyut renk markalarında ise renk bir işaret içinde veya üç boyutlu bir tasarım üzerinde somutlaşmış değildir.¹⁴ Genellikle tescil konusu rengi, marka hakkı sahibinin ürün paketlerinde, işletme ve tesislerinde veya araçlarında kendisini hatırlatacak ve ürün veya hizmetlerin aidiyetini vurgulayacak şekilde kullanımına rastlarız. Bu halde işaret, tek renk veya çeşitli renklerin kombinasyonu olarak belirli bir şekil veya işaret içinde sınırlandırılmadan kullanılmaktadır.¹⁵ Soyut renkler ancak bir rengin kendisi ya da başka renklerle bir kombinasyonu oluşturmak suretiyle veya diğer işaretlerle bir araya gelerek marka konusu işareti oluşturabilir.¹⁶ Bir başka deyişle, tek renk veya renk kombinasyonları belirli bir konuya bağlanmış olarak marka hukuku kapsamında işaret sayılabilir.¹⁷

C. Soyut Renk Markaları

Türk hukukunda, kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma bir tarafa bırakıldığında soyut renklerin tek başına marka olarak tescil edilemeyeceği görüşünün hâkim olduğunu söylemekte yarar vardır. Zira renkler tek başlarına marka konusu olabilecek işaretlerin sahip olması gereken ayırt edici niteliği haiz değildir.¹⁸ Bizim de katıldığımız görüşe göre bir şekil üzerinde somutlaşmamış renkler, bir mal veya hizmet ile özdeşleştikleri veya o mal veya hizmeti anımsattıkları halde, ayırt edici nitelik kazandığı için marka olarak tescil edilebilir.¹⁹ Bir mal veya hizmet ile özdeşleşmeden anlaşılan husus ise marka konusu işaret ile söz konusu mal veya hizmet kapsamında marka sahibinin özdeşleşmedir. Zira bu husus ancak kullanım yolu ile ayırt edicilik neticesinde gerçekleşecektir.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarını incelediğimizde de soyut renklerin, kullanım yolu ile ayırt edicilik hususu da dahil olmak üzere, tek başına tescil edilemeyeceği kabul edilmektedir. Renklerin bağımsız olarak marka niteliğini haiz olmayıp bir kişinin tekeline bırakılmayacak kadar kıymetli olduğu görüşü hakimdir. Örneğin bir kararında;²⁰ "... renklerin ancak özel bir şekil verilmek, kombinasyon yaratmak, çizgi yahut resimle birleştirilmek kaydıyla tescili söz konusu olabilir" demektedir. Güncel tarihli kararlarında ise bu katı yaklaşımını esnetmiştir. Örneğin bir kararında;²¹ "*Dairemizin yerleşik kararlarında ve soyut renk marka olarak soyut ayırt edicilik vasfına sahip olmaması (11.H.D.07.01.2021 tarih ve 2010/7855-2012/273) nedeniyle kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması hali saklı kalmak kaydıyla,*

¹² Tanınmış marka olarak kabul edilen Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisi T/03119 başvuru numaralı renk ve logonun kombinasyonundan oluşan Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tescilli "ebay" markası.

¹³ TÜRKPATENT nezdinde Kuru Kahveci Mehmet Efendi ibareli 2008/03631 başvuru numaralı üç boyutlu marka.

¹⁴ Eroğlu, Sevilay (2003), 'Soyut Renk Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 110-112.

¹⁵ Doğan, Beşir Fatih (2005), 'Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği (Soyut Renkler)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 4, C: 5, s. 39-41.

¹⁶ Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan, s. 30-31.

¹⁷ Kudrjavceva, Jekaterina (2012), 'Issues Surrounding Registration of Colour Trade Marks' RGSL Research Papers, S: 1, C: 9, s. 14-30.

¹⁸ Çolak, Uğur, s. 78.; Karan & Kılıç, s. 37.

¹⁹ Tekinalp, Ünal (2013) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 334.

²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.03.1997, E: 1996/8650, K: 1997/1586 (Kazancı Veri Tabanı).

²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.10.2018, E: 2016/14700, K: 2018/5881 (Kazancı Veri Tabanı); Yargıtay güncel tarihli bir kararında da eski katı görüşünü devam ettirmiş ve kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılması halinden bahsetmeden, "... yerleşik uygulamalarına göre, kural olarak tabiatla sınırlı sayıda bulunan soyut renklerin veya renk adlarının tek başına marka olarak tescilleri mümkün değildir. Bununla birlikte, renk adlarının başka unsurlarla birlikte marka olarak tescil edilmeleri ise mümkündür. Bu gibi durumlarda ise markalarda yer alan renk adları yönünden markaların ayırt edicilik özelliklerinin düşük olduğu kabul edilmelidir." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Karar için bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K: 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).

marka olarak tescili mümkün değildir.” Şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Görüldüğü üzere kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıldığı halde, soyut renklerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir.

Nitekim mehaz Avrupa Birliği hukukunda da soyut renk markaları, Türk hukukuna benzer şekilde ele alınmıştır. ABAD nezdinde yerleşik hale gelen içtihatlar göre, soyut renk markaları, üç boyutlu markalar, pozisyon markaları gibi markaların tescil talebinin reddedilme gerekçeleri kamu yararı kapsamında değerlendirilmektedir.²² Kamu yararına ilişkin değerlendirme AB mevzuatında açıkça düzenlemiş değilse de amacı, tescil konusu işaretin tekelleşme potansiyelini sınırlamaktır.²³ Elbette marka hakkı doğasında mutlak ve tekeli bir hak sağlamak amacındadır. Ancak tekelleşme, pazarda hizmet veren diğer kişilerin faaliyetlerini engelleyecek veya gelişimin ve yenilikçiliğin önünü kesecek nitelikte olmamalıdır. Dolayısıyla renklerin sınırlı mevcudiyeti, “*belirli hizmetler veya mallar için az sayıda ticari marka tescilinin mevcut tüm renk yelpazesini tüketebileceği*” sebebiyle renk markalarında ayırt edicilik kriteri büyük önem arz etmektedir.²⁴

D. Soyut Renk Markalarında Tescil Konusu İşaretlerin Sınırları

Marka kapsamında işaret ile soyut renk markalarının işaret kapsamında değerlendirilmesi yapıldıktan sonra soyut renk markalarında işaretlerin sınırları çerçevesinde ayırt edicilik ile açıklık ve kesinlik unsurlarının incelenmesi gerekir.

1. Ayırt Edicilik Unsuru

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için sahip olması gereken en önemli unsurlardan biri ayırt edicilik unsurudur.²⁵ Zira marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yaraması sebebiyle, işaretin ayırt edici olma niteliğini haiz olması onun

asli unsurlarındandır.²⁶ Dolayısıyla markanın ayırt edicilik işlevini yerine getirebilmesi için tescil konusu işaretin ayırt edicilik unsurunu sağlaması gerekir.

Ayırt edicilik unsurunu soyut veya somut olmak üzere iki şekilde ele almak mümkündür. Soyut ayırt edici nitelik SMK m.4'te “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması*” şeklinde düzenmiş ve SMK m.5/1/a kapsamında da mutlak ret nedeni olarak sayılmıştır. Somut ayırt edici nitelik ise SMK m.5/1/b'de “*herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” şeklinde mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır.²⁷

Soyut ayırt edicilik esas itibarıyla bir işaretin tescil konusu mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayırabilecek kapasiteyi haiz olması demektir.²⁸ Dolayısıyla bahsi geçen işaretin tescil edilebilmesi için genel anlayışta işaretin bir ürün veya hizmeti temsil kabiliyetinin varlığı gerekir.²⁹ Soyut renklerin de diğer işaretlerde olduğu gibi mal ve hizmetlerin temsili, tanıtımı gibi hususlar açısından soyut ayırt edicilik niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir.³⁰

Somut ayırt edicilik ise, tescil konusu işaretin, tescil edilmek istendiği mal veya hizmetlerdeki diğer mal veya hizmetler ile arasındaki ayırt ediciliktir. Bu doğrultuda söz konusu işaret, tescile konu mal veya hizmetler için ayırt edici bir nitelik ifade etmiyorsa veya söz konusu mal veya hizmetlerin kullanım amacını belirtiyorsa ya da mal veya hizmet hakkında bilgi verici

²² Meyveli içeceklerin yerleştirileceği bez poşetlere ilişkin olarak bkz.: Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.01.2006, C-173/04, Si-Si-Werke/OHIM Kararı (CURIA Veri Tabanı).

²³ **Fhima**, Ilinah (2017), ‘The Public Interest in European Trade Mark Law’ Intellectual Property Law Quarterly, S: 4, s. 318.

²⁴ **Ramírez-Montes**, César (2020), ‘The Elusive Distinctiveness of Trade Dress in EU Trademark Law’ Emory International Law Review, S: 1, C: 34, s. 277-365.

²⁵ **Uzunalli**, s. 47.

²⁶ **Doğan**, Beşir Fatih (2006), ‘Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanımı Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu (Ayırt Edicilik Sorunu)’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 3, C: 6, s. 40.

²⁷ **Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), ‘Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 1, C: 20, s. 55-86.

²⁸ **Doğan**, Ayırt Edicilik Sorunu, s. 18-20.

²⁹ Örneğin, ABAD nezdinde görülen bir uyumsuzlukta “Create Delightful Human Environments” ifadeli sloganın İngilizce’de günlük dilde, dilbilgisi kurallarıyla çelişmeyen sıradan bir anlam taşıması ve esas itibarıyla tüketicilerin söz konusu mal veya hizmeti satın aldıktan sonra mutlu şekilde yaşayacaklarına ilişkin genel bir mesaj verdiği gerekçesiyle ayırt edici niteliği bulunmadığından bahisle marka başvurusunun reddine ilişkin karar itirazı reddedilmiştir. Karar için bkz.: Avrupa Birliği Adalet Divanı, 13.05.2020, T-49/19, View Inc Kararı (CURIA Veri Tabanı).

³⁰ **Doğan**, Soyut Renkler, s. 41-42; **Şenocak**, Kemal (2003) Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 90-92; **Abacıoğlu Viskuşenko**, s. 61-63.

nitelikteyse somut ayırt ediciliğe sahip olmadığı kabul edilir.³¹ Dolayısıyla özellikle bir malın özgün yapısından kaynaklı şekilleri içeren markalar tescil edilemez. Örneğin kural olarak, standart bir kapı kolu şeklinin Nice Sınıflandırması 6. Sınıf çerçevesinde kapılar ve pencereler sınıfı için ayırt ediciliğinin bulunmadığı kabul edilir. Soyut renk markalarına ilişkin olarak ise mal veya hizmetin doğal renginin o mal veya hizmet için ayırt edici niteliği haiz olmadığı kabul edilmelidir. Örneğin su ile özleşmiş mavi rengin, su ürünleri için tescili talebinde, somut ayırt edicilikten söz edilemeyecektir. Zira bu durumun doğal sonucu, marka olarak kullanılacak işaretin ayırt edici gücü zayıflığıdır.

Soyut renklerin marka kapsamında işaret olarak ayırt edicilik unsuru değerlendirilmesi yapılrken mehaz hukukta kılavuz niteliğini haiz iki karara değinmekte fayda vardır. Bu kararlar ilk olarak Libertel³² ve onu takiben Farbe Orange³³ kararlarıdır.

2003 tarihli Libertel kararı ABAD'ın soyut renk markalarının per se ayırt ediciliğinin bulunmadığına ilişkin bir kabulün yapılamayacağını ortaya koymuştur. Karar kapsamında ABAD soyut renklerin marka olarak tescil edilebilmesi için somut ayırt ediciliği haiz olmaları gerektiğini ve ayırt ediciliğin de genellikle kullanım yoluyla gerçekleştiğini ifade etmiştir.

Adalet Divanı, Libertel kararını takiben Farbe Orange kararı ile soyut renk markalarının tescilinin diğer işaretlere göre daha zor olmasına ilişkin ortaya çıkan soru işaretlerini gidermiştir. Farbe Orange kararında taraf olan KWS Saat, tek renk markaları çerçevesinde ayırt edici karakter değerlendirmesi yapılırken, mahkemelerce, diğer işaretlerde aranan ilkelerin uygulanması gerektiği ve renk markalarına sözcük veya işaret markalarında aranan ölçüden daha katı ölçüler getirilmemesi gerektiğini savunmuştur. ABAD iddiayı değerlendirirken, mülga 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m.7/1/b hükmünün (Yürürlük 2017/1001 sayılı Tüzük m.7/1/b) ayırt edicilik unsurunu düzenlerken işaretler arasında herhangi bir ayırım gözetmediğini ancak markanın hitap ettiği kitlenin markayı algılama

şeklinin, soyut tek renk markalarında, sözcük veya işaret markaları ile aynı olmadığına hükmetmiştir. Hedef kitle, kelime veya işaretleri, ürünlerin ticari menşei ni tanımlayan işaretler olarak algılamaya alışmış olsa da işaretin, ürünlerin dış görünümünün bir parçasını oluşturduğu durumlarda aynı şey mutlaka geçerli değildir. Dolayısıyla ABAD, renk eşyanın dış görünümünün bir parçası olarak kullanıldığında, rengin kendi başına kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabileceğini değerlendirmiştir. Bununla birlikte, soyut renk markaları söz konusu olduğunda, istisnai durumlar hariç olmak üzere (özellikle markanın talep edildiği mal veya hizmetlerin sayısının çok sınırlı olduğu durumlar) önceden herhangi bir kullanım olmaksızın ayırt ediciliğinin bulunmayacağına karar vermiştir.

a. Ayırt Ediciliğın Tespit Edilmesi

İşaretin ayırt edici niteliği tespit edilirken ölçünün ne olacağına ilişkin olarak, işaretin kullanılmak istendiği çevrede ayırt edici olması gerekir.³⁴ Nitekim Yargıtay'ın bir kararında;³⁵

“... markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken, markaların görsel, işitsel ve kavramsal unsurları, tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerin yönelik olduğu ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısına göre ve bir bütün olarak karşılaştırmaya tabi tutulmalı, ayrıca her bir somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.”

şeklinde hüküm tesis edilerek, ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısının esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak şüphesiz söz konusu tüketici kitlesi son tüketici olarak algılanmamalı ve o ürün pazarında üretici, dağıtıcı veya satıcı olarak farklı kanal veya seviyelerde rol alan kişileri de kapsamalıdır. Mehaz hukuk çerçevesinde de ABAD, hedef kitleyi “ilgili toplum düzeyi” olarak belirlemekte ve ürünün hitap ettiği toplumu dikkate almaktadır.³⁶ Dolayısıyla ayırt ediciliğinin varlığının olup olmadığı değerlendirilirken esas alınacak ölçüt, hitap edilen ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısıdır. Bir başka deyişle, bu çevrenin önemli bir bölümünün söz konusu işareti ayırt edici kabul etmesi

³¹ Karasu, Rauf (2007), ‘Ses Markaları’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 2, C: 7, s. 29-59.

³² Avrupa Birliği Adalet Divanı, 06.05.2003, C-104/01, Libertel Kararı (CURIA Veri Tabanı).

³³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 21.10.2004, C-447/02, Farbe Orange Kararı (CURIA Veri Tabanı).

³⁴ Eroğlu, s. 98.

³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K: 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).

³⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 03.12.2003, T-16/02, TDI Kararı (CURIA Veri Tabanı).

gerekir.³⁷ Hitap edilen çevrenin “önemli bir bölümü” ise hitap edilen çevrenin yalnızca nicelik bir başka deyişle sayı itibarıyla çokluğu değil aynı zamanda nitelik itibarıyla da değerlendirilmesidir. İlaç sektörü örnek olarak verilecek olursa, tüketici kitlesine oranla eczacı ve doktor sayısı nicelik olarak daha az olmasına rağmen meslekleri itibarıyla “önemli ölçü” değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınması gerekir.³⁸

b. Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik meselesinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin yoğun kullanımı neticesinde toplum nezdinde bir itibara sahip olması ve mal veya hizmet ile o işaret arasında ayırt edici nitelikte bir bağ kurulması durumudur. Öyle ki SMK m.5/2 kapsamında bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa, markanın tescili ayırt edicilik kapsamında mümkün hale gelmektedir. Nitekim AB hukuku çerçevesinde de Max-Planck Enstitüsü'nün AB Marka Sisteminin İşleyişine ilişkin çalışmasında kullanım yoluyla ayırt ediciliğin özellikle soyut renk markaları kapsamında değerlendirilirken kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş; değerlendirme yapılırken ise markanın hitap ettiği pazarda, çoğunluk nezdinde ayırt edilebilme ispat edildiği halde ayırt ediciliğin kullanım yoluyla kazanıldığına işaret edilmiştir.³⁹

Hem Türk hem de mehz AB marka hukukunda, kullanım yolu ile ayırt edicilik değerlendirilmesi yapılırken ayırt ediciliğin kazanılıp kazanılmadığına dair izlenecek yola ilişkin bir yöntem düzenlenmemiştir. Ancak öğretici ve yargı içtihatları doğrultusunda birtakım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar kısaca, işaretin belirli bir süre ve yoğun şekilde kullanılmış olması, tanıtım ve reklam faaliyetlerinin yürütülmesi ve esas itibarıyla kullanım neticesinde ilgili pazarda işaret ile o mal veya hizmetin özdeşleşmiş olması şeklindedir.⁴⁰ Dolayısıyla tescil konusu işaretin genel

anlayıştan ayrılarak artık işletmenin bir parçası dolayısıyla markası halini alması gerekir.⁴¹

Mehaz AB hukukunda da soyut renk markalarında ayırt edicilik konusuna ilişkin önemli bir karar olan Louboutin kararında⁴² ABAD, ayakkabı tabanına uygulanan kırmızı rengin önceleri estetik kaygıyla yapıldığını söylemiş, daha sonra ise marka konusu işaretin, özellikle kadın tüketiciler arasında tercihlerini önemli derecede etkiler hâle geldiğini, Louboutin tarafından pazara sürülen ayakkabılara asli bir değer kattığını, zira taban renginin, müşterilerin ürünü satın alıp almama kararını büyük ölçüde etkilediğine karar vermiştir. Dolayısıyla markanın mal üzerinde kullanılacağı yer, dolayısıyla pozisyonun gösterilmesi, soyut renk markalarında kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılmasına yeni bir yaklaşım getirmiştir.⁴³

2. Açıklık ve Kesinlik Unsuru

Açıklık ve kesinlik ölçüsü, SMK m.4'te bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için öngörülen bir diğer şarttır.⁴⁴ Madde metninde, “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma*” şeklinde yer alan bu unsurda esas itibarıyla amaç, tescil konusu işaretin zaman içinde bozulmadan değişmeden muhafaza edilebilir olmasını ve marka tescil başvurusu yapacak olan diğer kişilerin sicilde yapacakları araştırmada neyin tescilli olduğunu kolaylıkla anlayabilecek durumda olmasını ifade eder.⁴⁵ Dolayısıyla üçüncü kişiler, işaretin sicilde gösterildiği hali ile markanın sınırlarını anlayabileceği gibi uyumsuzluk halinde de mahkeme, markanın koruma kapsamını belirleyebilecektir. Bu unsur, mehz AB hukukunda da yetkili makamların ve kamunun

³⁷ **Fhima**, Ilinah (2014), 'Introducing Reality into Trade Mark Law' Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 8, C: 9, s. 689-690.

³⁸ **Eroğlu**, Sevilay, s. 97-99.

³⁹ Max-Planck Institut, Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, s. 147, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf, s.e.t. 18.07.2022.

⁴⁰ **Çolak**, s. 35.

⁴¹ **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, s. 83.

⁴² Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.06.2018, C-163/16, Christian Louboutin/Van Haren Kararı (CURIA Veri Tabanı).

⁴³ Aynı yönde bkz. **Pınar**, Hamdi, Kırmızı Taban: Rengin Mallarda Kullanıldığı Yüzey ve Soyut Rengin Tescili Tartışmasına İlişkin ABAD Louboutin Kararı ve Karar Şerhi, www.hamdipinar.blogspot.com, s.e.t. 23.04.2020.

⁴⁴ **Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Yıldız**, Burçak & **İmirlioğlu**, Dilek (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 26-27.

⁴⁵ **Yasaman**, Hamdi & **Kartal**, Pınar Memiş & **Ayoğlu**, Tolga & **Yusufoğlu**, Fülürya & **Yüksel**, Sinan H. & **Yasaman**, Zeynep (2021) Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 111-119.

anlayacağı ölçüde açıklık ve kesinlik olarak hüküm altına alınmıştır.⁴⁶ Nitekim ABFMO tarafından yayınlanmış olan kılavuzda⁴⁷ işaretlerin yetkili makamların ve halkın, açık ve kesin, koruma konusunu belirlemesine izin verecek şekilde tescilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Açıklık ve kesinlik ölçüsünün daha net incelenmesi için ABAD tarafından verilen Shield Mark kararına⁴⁸ değinmekte fayda vardır. Söz konusu kararda bir ses markası olarak müzik notalarının “E, D#, E, D#, E” şeklinde sıralı biçimde tescil edilmesi talep edilmiştir. ABAD ise böyle bir gösterimin açık ve kesinlik unsurunu sağlamadığını, zira melodinin esasını oluşturan notaların, hangi perde, vurgu veya ne kadar süre ile çalındığının marka tescil talebinde gösterilmediğini tespit etmiş ve melodinin anlaşılması ve buna bağlı olarak markanın kendisini tanımlamasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Esas itibarıyla bu konudaki temel yaklaşım, marka hakkının, sahibine tanıdığı mutlak ve tekeli yetkinin ticari hayatta teşebbüsler aleyhine ağır sonuçlar doğurabilecek olması sebebiyle önem arz etmektedir. Zira marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilir olması üçüncü kişilerin de ticari faaliyetlerini sağlıklı şekilde yürütebilmesini sağlayacaktır.

Soyut renk markaları konusunda da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Tescil konusu renk veya renk kombinasyonlarının sınırlarının açık ve kesin şekilde belirlenmesi gerekir. Geline aşamada, ABAD kararları doğrultusunda açıklık ve kesinlik ile ayırt edicilik unsurları değerlendirilirken, tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli hale geldiğini belirtmek gerekir. Bu yoruma nasıl erişildiği konusuna gelmek için öncelikle ABAD nezdinde soyut renk markalarında açıklık ve kesinlik unsuruna ilişkin olarak bir rehber

niteliğini haiz olan Heidelberger kararına⁴⁹ değinmekte fayda vardır.

Heidelberger kararı, tartışmanın tescil konusu işaret olarak soyut renk kombinasyonları çerçevesinde yapılması nedeniyle dikkat çekicidir. Almanya merkezli bir şirket olan Heidelberger, özellikle ürün ve hizmetlerinin ambalaj ve etiketlerinde kullandığı kurumsal renkleri olan mavi ve sarı renklerini marka olarak tescil etmek maksadıyla Alman Patent ve Marka Ofisi'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuru konusunu ise yapııştırıcılar, çözücüler, vernikler, boyalar gibi bir dizi inşaat malzemesi için yapmış ve kabul gören tüm renk paletlerine göre de renk kodlarını belirtmiştir. Söz konusu marka açıklaması ise “başvurulan marka, başvuru sahibinin akla gelebilecek her biçimde, özellikle ambalaj ve etiketlerde kullanılan kurumsal renklerinden oluşur.” şeklindedir. Tescil konusu işaretin grafiksel gösterimi şu şekildedir:



Başvuru, Alman Patent ve Marka Ofisi tarafından ayırt edicilik unsurunun yokluğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Heidelberger, bu red kararının iptali maksadıyla dava ikame etmiş ve netice itibarıyla temyiz aşamasına kadar gelen uyuşmazlıkta, Alman Federal Patent Mahkemesi ABAD'a;

- Renk kombinasyonlarının per se marka olarak tescil edilip edilemeyeceği ve;
- tescil edildiğinin kabulü halinde koşulların ne olduğu,

⁴⁶ 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m.4 kapsamında bahse konu husus işaretin “Avrupa Birliği Marka Sicilinde, yetkili makamların ve kamunun, marka sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin bir şekilde belirlemesini sağlayacak şekilde temsil edilmesi” şeklinde açık bir biçimde düzenlenmiştir.

⁴⁷ Marka Rehberi, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1935303/1789896/trade-mark-guidelines/chapter-3-non-distinctive-trade-marks--article-7-1--b--eutmr-,s.e.t.18.07.2022>.

⁴⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 27.11.2003, C-283/01, Shield Mark BV/Joost Kist Kararı (CURIA Veri Tabanı).

⁴⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24.06.2004, C-49/02, Heidelberger Bauchemie Kararı (CURIA Veri Tabanı).

sorularını ön karar başvurusu yapmıştır. Divan ilk soruya, renk kombinasyonlarının, direktif ve tüzükte öngörülen işaret olma şartını sağladığı halde marka olarak tescil edilebileceğini belirtmiş ve söz konusu işaretin aynı zamanda ayırt edici niteliği haiz, sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebilir olması gerektiğine işaret etmiştir. Açıklık ve kesinlik unsuru değerlendirilirken marka açıklamasında yer alan “akla gelebilecek her biçimde” ibaresini de dikkate almış ve pazarda hizmet veren diğer teşebbüslerin, markanın sınırlarını bilemeyeceğini belirtmiştir. Zira yetkili makam değerlendirme yaparken, sistematik olarak bir araya getirilmiş ve yeknesak bir işareti gözetmelidir. Öyle ki, inceleme yapılırken marka konusu işaretin herhangi bir şekilde kullanılması dahil, davanın tüm ilgili koşulları dikkate alınarak yapılmalı, tescil talep edilen konularla aynı türden mal veya hizmetleri pazarlayan diğer tacirler için renklerin bulunabilirliğini gereksiz şekilde kısıtlamamaya yönelik kamu yararı da dikkate alınmalıdır. Dava konusu marka tescil işleminde, şekil veya görsel bir sınır olmaksızın iki veya daha fazla rengin yan yana gelmesi veya iki veya daha fazla rengin “akla gelebilecek her biçimde” kullanılabilirliğine dair açıklama yapılmasının, söz konusu renklere ilişkin amacı aşan genişlikte bir kullanım alanını hak sahibine tanıdığı olacağı mahkemece hüküm altına alınmıştır.

Karar kapsamında renk kombinasyonlarının marka tescil işleminde işaret olarak değerlendirilmesi yapılırken, marka tescil başvurusu sahibinin tescil istemi konusu işaretin sınırlarının, kullanım şekli, çerçevesi ve boyutlarının belirli, açık ve kesin şekilde gösterilmesi gerekir. Bu doğrultuda marka açıklamaları da büyük önem arz etmektedir. Netice itibarıyla renk kombinasyonlarının marka korumasından yararlanabilmesi için özellikle üçüncü kişilere karşı hak iddiaları da dikkate alınarak tescil konusu işaretin tescil edildiği şekliyle kullanılıyor olması gerekir.

E. Red Bull ve Alken-Maes Kararlarının Değerlendirilmesi

Çalışmanın hareket noktasını oluşturan Alken-Maes ve Red Bull kararları, teşebbüslerin geleneksel marka türlerinden uzaklaştıkları gerçeği göz önüne alındığında, soyut renk markalarının sınırları açısından yol gösterici niteliktedir. Bahsi geçen kararlar ile birlikte temel tartışılması gereken husus

soyut renk markalarının içecek pazarında uygulanmış şeklindeki sınırlar ve bu sınırlamaların ele alınış şeklidir. Marka konusu işaretlerin tescil talebi her iki olayda da Nice Sınıflandırması 32. Sınıfa göre yapılmıştır. Bunun yanı sıra, her ne kadar soyut renk markasına ilişkin davalar farklı mahkemeler huzurunda yürütülmüş olsa da kararın tesis edildiği kaynak hükümler yeknesak haldedir. Dolayısıyla soyut renk markalarında tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarının tesciline kıyasla daha kolay olduğuna ilişkin iddiamızı incelenirken, sorunun kaynağının mahkemece getirilen yorum mu yoksa kararlara dayanak teşkil eden düzenlemeler mi olduğu müşahhas şekilde incelenmiş olacaktır.

Red Bull kararlarında kısaca soyut iki rengin bir kombinasyon şeklinde tescili istenmiş ancak renklerin yaklaşık olarak %50-%50 olarak yan yana kullanımı açıklık ve kesinlik unsuru için yeterli görülmemiştir. Kararda önem arz eden bir diğer husus ise, işaret için kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanılması tek başına yeterli değildir. Zira mahkeme, gümüş ve mavi renklerinin Red Bull nezdinde söz konusu ürün ve hizmet pazarında ayırt edicilik kazandığını kabul etmiş ancak buna rağmen tescili istenen şeklin açık ve kesin olmadığını dolayısıyla marka kapsamında bir işaret olamayacağına karar vermiştir. Burada mahkemenin yaptığı incelemede, tescil konusunda %50-%50 yan yana ifadesi incelenmiş ve tescil konusu renk kombinasyonunun ürünler üzerinde farklı şekillerde yan yana gelebileceği değerlendirilmiştir. Mahkeme inceleme yaparken Red Bull’un dava zamanı ürün ve hizmetlerini de dikkate almış ve mevcut durumda dahi tescil edildiği şekliyle kullanılmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla marka korumasının sınırlarının açık ve kesin olmadığına kanaat getirmiştir.



Karardan anlaşıldığı üzere Divan, Red Bull ürünlerindeki renklerin birbirine bitişik ve dikey şekilde tescil edildiği haliyle kullanımını aramıştır.

Alken-Maes kararında da durum benzer şekilde ilerlemiş ancak Belçika Yüksek Mahkemesi, tescil konusu soyut renk markasının tek renk olması sebebiyle Red Bull kararında yer alan değerlendirmeyi yapma gereği görmemiştir. Bu kararda tek renk olarak mavi renginin soyut olarak tescili istenmiş ve değerlendirmede yalnızca tescil konusu renk için ayırt edicilik unsurunun incelenmesi yeterli görülmüştür. Soyut tek renk markalarına ilişkin uyumsuzluklara ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde bu yaklaşımın içtihat halini aldığı söylenebilir. Şöyle ki soyut renk kombinasyonlarına ilişkin uyumsuzluklar değerlendirilirken, renklerin ürünler üzerinde kullanımı ayrıntılı şekilde incelenmekte ve Red Bull kararında olduğu gibi sicilde gösterilen renk ile ürün üzerinde farklılık olduğu durumda açıklık ve kesinlik unsurunun ihlâl edildiği kabul edilmektedir. Halbuki tek renk markalarına ilişkin uyumsuzluklarda, soyut tek rengin ürün üzerindeki kullanım şekli incelenirken sicilde gösterilen hali ile kıyas edilememektedir. Burada açıklık ve kesinlik unsuru kapsamında yapılan değerlendirmede esas incelenen hususlardan biri, işaretin kullanıldığı nesne veya obje üzerinde örneğin ürün ambalaj veya broşürleri üzerinde ağırlıklı unsurun tescil konusu soyut tek rengin olması gerektiğidir.⁵⁰ Bir diğer unsur ise, ürünler üzerinde kullanılan renk tonlarının farklı ancak birbirine yakın olduğu hallerde açıklık ve kesinliğe menfi bir etkisi olduğu şeklinde değerlendirilmemektedir.⁵¹ Zira birbirine yakın tonlar ortam ışığı ile dahi aynı renge işaret edebilecektir. Dolayısıyla birbirine yakın renk tonlarının Alken-Maes kararında incelendiği gibi, ürünler üzerinde ağırlıklı olarak kullanılması halinde bir sorun bulunmamaktadır.



Yukarıda tek renk markalarına ilişkin açıklamalarla aynı doğrultuda olacak şekilde, Alken-Maes kararında da mahkeme, tescil konusu soyut rengin bira ürünleri içinde ayırt edicilik kazandığını kabul etmiş ancak sicilde gösterilen şekilde açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanıp sağlanmadığını yalnızca tescil konusu soyut rengin ürün üzerinde ağırlıklı kullanılıp kullanılmadığıyla sınırlı tutmuştur. Bu kapsamda mavi renginin ağırlıklı olduğu herhangi bir kullanımın açıklık ve kesinlik unsuruna aykırı düşmeyeceği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde ABAD'ın Sparkassen Rot kararında⁵² da yapılan incelemede soyut kırmızı renginin finansal işlerde tescili söz konusu olmuştur. Kararda açıklık ve kesinlik unsuru, rengin ağırlıklı kullanımı kapsamında bir değerlendirmeye sınırlı tutularak ayırt edicilik unsurunun tüketici nezdindeki karşılığına dair inceleme yapılmıştır.

Bilindiği üzere farklı sembol, yazı veya şekiller ile birlikte ağırlıklı olarak bir rengin kullanıldığı hallerde de ABAD söz konusu rengin soyut tek renk olarak ayırt edicilik kazanabileceğini kabul etmiştir.⁵³ Örneğin *Specsavers'a karşı ASDA* kararında⁵⁴ ABAD, dava konusu topluluk markasının renkli olarak tescil edilmediği ancak sahibinin onu belirli bir renkte yaygın olarak kullandığı öyle ki toplumun önemli bir bölümü nezdinde söz konusu renk ile marka sahibinin özdeşleştiği dolayısıyla kullanım yolu ile ayırt ediciliğin bu kapsamda da değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla soyut tek rengin diğer işaretlerle kullanımı halinde soyut tek rengin, marka hukuku kapsamında işaret vasfını yitirmediği gibi aksine rengin diğer işaretler ile birlikte baskın kullanımı halinde kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabileceği kabul edilmektedir.

⁵⁰ Marka konusu işaretin doğrudan ürün ambalaj veya paketleri üzerinde kullanılması esas itibarıyla müşterilerin ürünü diğer ürünlerden ayırt etmeye hizmet etmektedir. **Bozgeyik**, Hayri (2019), 'Marka Hakkının Korunması' 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha s. 96.

⁵¹ **Okutan Nilsson**, Gül (2003), 'Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 1-2, C: 23, s. 579-598.

⁵² Avrupa Birliği Adalet Divanı, 19.06.2014, Birleştirilen Dosyalar C-217/13 ve C-218/13, Sparkassen Rot Kararı (CURIA Veri Tabanı).

⁵³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.04.2013, C-12/12, Collosum/Levy Strauss Kararı (CURIA Veri Tabanı).

⁵⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.07.2013, C-252/12, Specsavers/Asda Kararı, (CURIA Veri Tabanı).

SMK m.4 çerçevesinde bir işaretin marka olabilmesi için, sicile bakıldığında açık ve kesin olarak markanın sınırlarının anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun, marka konusu işaretin tescil edilebilmesi için sicildeki gösterimini esas almıştır. Elbette sicildeki gösterim üzerinden yapılan incelemede, soyut tek rengin, dikey veya yatay yönelimleri, kapladığı alan gibi hususların incelenme imkânı yoktur. Zira tek bir rengin dikey veya yatay yöneliminin olma imkânı bulunmamakta, kapladığı alan sicilde gösterebilme açısından her şekilde %100 oranına sahip olmaktadır.⁵⁵ Soyut tek renk marka başvuru sahibinin, marka konusu işaretin açık ve kesinliği ile ayırt edici niteliğini artırıcı açıklamalar eklemesi halinde ise, yukarıda yer alan mahkeme kararları doğrultusunda soyut tek rengin kullanımı incelenecek ve sicilde tescil edildiği açıklamalara uygun şekilde kullanılmadığı halde açıklık ve kesinlik unsuru yerine getirilmediğinden bahisle marka başvurusu reddedilecektir. Bu yönde bir yaklaşımda, renk kombinasyonlarının marka olarak kabulünün, tek rengin kabulüne nazaran daha zor olduğu ortadadır.

İnsan gözüyle algılanabilecek renklerin sınırlı sayıda olduğu ve dolayısıyla renklerin, kişilerin tek eline haksız yere bırakılmasının ticari hayatta olumsuz sonuçlara yol açacağı göz önüne alındığında, soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarının tesciline nazaran daha zor olması beklenirken pratik anlamda kolaylaşmış bulunmaktadır. Zira her ne kadar teoride renk kombinasyonlarının ayırt ediciliğinin tek renk markalara nazaran daha fazla olacağı ve renklerin sınırlı sayıda olduğu düşünüldüğünde birden fazla rengin bir araya gelerek bir işaretin oluşturulmasının ticari hayat için daha uygun düşeceği düşünülse de renk kombinasyonları için tek başına ayırt edicilik unsuru yeterli görülme-yecek aynı zamanda açık ve kesin olarak sicilde gösterildiği şekliyle ürünlerde kullanılması gerekecektir.

Buradan çıkarılacak bir diğer sonuç ise renk kombinasyonları ile ayırt edicilik ne kadar arttırılırsa, marka korumasının sağlanması o kadar zorlaşmakta veya zorluğun giderilmesi adına marka kapsamı oldukça özele indirgenerek kapsamın da-

raltılması gerekmektedir. Red Bull kararındaki yaklaşım benimsendiğinde, örneğin üç rengin soyut olarak tescil talebi incelendiğinde her rengin marka konusu işarete; kapladığı alanın boyutları, şekilleri, dikey veya yatay yönelimleri gibi hususlar incelenecek ve tek renkte olduğu gibi bir koruma elde etmek isteyen kişi bu üç renkte gerçekleştirebilecek her bir kombinasyon için ayrı ayrı tescil talep edecek ve her bir tescil talebi nezdinde ayırt edicilik unsurunun da sağlanabilmesi için ürün, paket, ambalaj, tanıtım gibi hususlarda her bir kombinasyon için tüketici nezdinde tanıtım ve farkındalığa ilişkin harcamalar yapmak durumunda olacaktır. Bu durumun nasıl aşılacağı ise belirsizdir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere Heidelberger kararında da marka başvurusuna konu açıklamada “... başvuru sahibinin akla gelebilecek her biçimde...” ibaresi ile kombinasyonların ürün veya hizmet üzerinde gösteriminin önüne geçmeye çalışılmış ancak ABAD açıklık ve kesinlik unsuru sağlanmadığı gibi soyut renk kombinasyonlarının önceden belirlenmiş, sistematik bir şekilde bir araya gelmesi gerektiği ve ürünlerde de bu şekilde kullanılabileceğinden hareketle açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanmadığını hüküm altına almıştır. Ancak Heidelberger kararı ve ardından Red Bull kararı incelendiğinde, Alken-Maes kararında bahsi geçen soyut renk markalarına ilişkin yukarıda tespit ettiğimiz hususlar geçerliliğini korur şekilde devam etmektedir.

Birleşik Krallık ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 5 Temmuz 2022 tarihli güncel Cadbury / Nestle⁵⁶ kararı da bu konuda önemli tespitlere yer vermiştir. Cadbury 15 Ekim 2004 tarihinde Pantone renk paletinde 2685C rengine karşılık gelen mor rengi soyut renk markası olarak tescil başvurusunda bulunmuştur.

⁵⁵ Rengin uygulanacağı yere ilişkin bir sınırlama getirildiğinde dahi, uygulandığı yer bakımından yerin tamamına uygulanacağı anlaşılmaktadır.

⁵⁶ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 05.07.2022, [2022] EWCA Civ 1174, Cadbury/Nestle İki Kararı, (Bailli Veri Tabanı).



Yukarıda yer alan marka başvurusuna konu işaretin tarifnamesinde açıklama olarak “*Malların ambalajının tüm görünen yüzeyine uygulanan veya tüm görünen yüzeyine baskın renk (predominant colour) olarak uygulanan, başvuru formunda gösterildiği gibi omr renk (Pantone 2685C)*” ifadelerine yer verilmiştir. Hukuki uyumsuzluk neticesinde huzuruna gelen başvuruyu değerlendiren İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, kararında, “baskın” ifadesinin markanın sadece mor renkten değil mor rengin diğer renklere veya diğer unsurlara nazaran daha baskın olduğu işaretleri de içerek şekilde tanımlanmasına imkân verdiği dolayısıyla marka hukuku kapsamında işaret olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁷ Bu kararı takiben Cadbury aynı renk kodu ile aynı işarete ilişkin olarak 3 farklı başvuruda bulunmuş ancak her bir başvurunun tarifnamesinde farklı açıklamalara yer vermiştir.

- 3019361 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede “*ürün ambalajına uygulanan başvuru formunda gösterildiği gibi mor renk (Pantone 2685C)*” (361 numaralı başvuru);
- 3019362 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede “*ürün ambalajının tüm görünür yüzeyine uygulanan başvuru formunda gösterildiği gibi mor renk (Pantone 2685C)*” (362 numaralı başvuru);
- 3025822 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede ise “*başvuru formunda gösterilen mor renk (Pantone 2685C)*” (822 numaralı başvuru) ifadelerine yer vermiştir.

Yukarıda özetlenen başvurular sonrasında Nestle itirazlarını sunmuş ve uyumsuzluk nihayetinin

de tekrar İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi huzuruna gelmiştir.

- 361 numaralı başvuru için Mahkeme detaylı bir değerlendirme yapmamakla birlikte Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (BKMO) tarafından verilen tarifnamede yer alan ifadenin marka konusu işaretin kullanım alanını sınırlamadığı gerekçesiyle itirazın kabulüne ilişkin kararını doğru bulduğunu ifade etmiştir. Zira marka tarifnamesinde yer alan ifade, ambalajın görünür yüzeyinin ne kadarına mor uygulanmış olması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama içermemektedir.
- 362 numaralı başvuru için ise Mahkeme, BKMO’nun, itirazın reddine ve marka başvurusunun tesciline ilişkin olarak verdiği kararı hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede “tüm görünür yüzeye” uygulanan soyut rengin sakıncalı bir sonuca varmadığına kanaat getirmiştir.
- Son olarak 822 numaralı başvuru için ise BKMO’nun, itirazın kabulü ile tescil başvurusunun reddine ilişkin kararını hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede Libertel kararı doğrultusunda, soyut renklerin herhangi bir sınır gösterilmeden per se işaret olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir.

Cadbury / Nestle 2 kararı kapsamında özellikle “baskın” gibi ifadelerin belirsizliğe neden olacağı; ancak soyut renklerin tek başına tescilinin mümkün olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Dolayısıyla soyut renk tek başına tescil edilebilirken soyut rengin herhangi bir şekilde sınırlandırılması söz konusuysa bunun açık ve kesin olarak, başkaca bir ihtimale vücut vermeyecek şekilde yapılması gerekir. Dolayısıyla renk kombinasyonları kapsamında yapılacak tescil başvurularının da tek bir kullanım şekli dikkate alınarak yapılması gerekir.

Son olarak soyut renk markalarına ilişkin olarak, yukarıda bahsi geçen ABAD kararları göz önüne alındığında, çeşitli renk kombinasyonları kullanılarak ayırt ediciliğin artırıldığı soyut renk kombinasyonlarında tescilin, soyut tek renk markalarına göre daha zor olduğu değerlendirilmektedir. Bu durumun bertaraf edilebilmesi için ise soyut tek renk marka-

⁵⁷ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 04.10.2022, [2013] EWHC 1671 (Ch), Cadbury/Nestle Bir Kararı, (Bailli Veri Tabanı).

larının ürün veya hizmet kapsamında kullanımları için daha sıkı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

Çalışmanın konusunu oluşturan Alken-Maes ve Red Bull kararları, teşebbüslerin geleneksel marka türlerinden uzaklaştıkları gerçeği göz önüne alındığında, soyut renk markalarının ayırt edicilik ile açıklık ve kesinlik unsurları açısından yol gösterici niteliktedir. Bu kararlar esas itibarıyla soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli ve kolay olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kararlar çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede, sanılanın aksine, soyut renklerin tek renk olarak tescili talebi halinde bir kişinin tekeline bırakılması hususunun, renk kombinasyonlarında açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanamaması sebebiyle daha kolay olduğu görülmektedir. Zira renk kombinasyonlarına ilişkin sicilde bir gösterim yapılıyorsa, teşebbüslerin ayırt ediciliğinin ispatı hususunda tıpkı sicilde gösterdikleri şekliyle işareti kullanmaları gerekmektedir. Aksi halde renk kombinasyonunun başvurusu somut başvuru kapsamında ayırt edicilik kazanılmadığı gerekçesiyle veya uygulama ile başvuru konusu işaretin birbiriyle uyumlu olmaması halinde açıklık ve kesinlik unsurlarının sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilecektir. Tek renk markalarında ise ürün üzerinde ağırlıklı kullanımın yeterli görülmesi sebebiyle rengin ayırt edicilik unsurunu sağlaması yeterli görülmektedir.

Bahse konu içtihatlar kapsamında soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına nazaran daha elverişli ve kolay olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), 'Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 1, C: 20, s. 55-86.
- Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 03.12.2003, T-16/02, TDI Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 06.05.2003, C-104/01, Libertel Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.01.2006, C-173/04, Si-Si-Werke/OHIM Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.06.2018, C-163/16, Christian Louboutin/Van Haren Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 13.05.2020, T-49/19, View Inc Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.07.2013, C-252/12, Spec-savers/Asda Kararı, (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.04.2013, C-12/12, Collosum/Levy Strauss Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 19.06.2014, Birleştirilen Dosyalar C-217/13 ve C-218/13, Sparkassen Rot Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 21.10.2004, C-447/02, Farbe Orange Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24.06.2004, C-49/02, Heidelberger Bauchemie Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 27.11.2003, C-283/01, Shield Mark BV/Joost Kist Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Yıldız**, Burçak & **İmirlioğlu**, Dilek (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Benelux Office for Intellectual Property, Benelux Convention on Intellectual Property, <https://www.boip.int/uploads/inline/BOIP%20BCIP%20EN.pdf>, s.e.t. 14.07.2022.
- Benelux, Office for International Property, Guidelines on Examination of Absolute Grounds, <https://www.boip.int/en/ip-professionals/regulations-policy/refusals/guidelines>, s.e.t. 15.07.2022.
- Bozgeyik**, Hayri (2019), 'Marka Hakkının Korunması' 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Brüksel Temyiz Mahkemesi, 21.10.2013, 2012/AR/1999 (JUportal Veri Tabanı, <http://juportal.be>, s.e.t. 15.07.2022.
- Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Doğan**, Beşir Fatih (2005), 'Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği (Soyut Renkler)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 4, C: 5, s. 37-64.
- Doğan**, Beşir Fatih (2006), 'Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanımı Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu (Ayırt Edicilik Sorunu)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 3, C: 6, s. 18-42.
- Eroğlu**, Sevilay (2003), 'Soyut Renk Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 95-166.
- Fhima**, Ilinah (2014), 'Introducing Reality into Trade Mark Law' Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 8, C: 9, s. 684-691.
- Fhima**, Ilinah (2017), 'The Public Interest in European Trade Mark Law' Intellectual Property Law Quarterly, S: 4, s. 311-329.
- İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 05.07.2022, [2022] EWCA Civ 1174, Cadbury/Nestle İki Kararı, (Bailii Veri Tabanı).
- İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 04.10.2022, [2013] EWHC 1671 (Ch), Cadbury/Nestle Bir Kararı, (Bailii Veri Tabanı).
- Karan**, Hakan & **Kılıç**, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Karasu**, Rauf (2007), 'Ses Markaları' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 2, C: 7, s. 29-59.
- Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan.
- Kudrjavceva**, Jekaterina (2012), 'Issues Surrounding Registration of Colour Trade Marks' RGSL Research Papers, S: 1, C: 9, s. 1-65.
- Marka Rehberi, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1935303/1789896/trade-mark-guidelines/chapter-3-non-distinctive-trade-marks--article-7-1--b--eutmr->, s.e.t. 18.07.2022.
- Max-Planck Institut, Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, s. 147, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf, s.e.t. 18.07.2022.

- Muyldermans**, Jeroen (2014), ‘The Belgian Beer Battle: The Scope of Protection Afforded to Colour Marks’ *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, S: 4, C: 9, s. 265-267.
- Okutan Nilsson**, Gül (2003), ‘Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı’ *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S: 1-2, C: 23, s. 579-598.
- Pınar**, Hamdi, Kırmızı Taban: Rengin Mallarda Kullanıldığı Yüzey ve Soyut Rengin Tescili Tartışmasına İlişkin ABAD Louboutin Kararı ve Karar Şerhi, www.hamdi-pinar.blogspot.com, s.e.t. 23.04.2020.
- Ramírez-Montes**, César (2020), ‘The Elusive Distinctiveness of Trade Dress in EU Trademark Law’ *Emory International Law Review*, S: 1, C: 34, s. 277-365.
- Şenocak**, Kemal (2003) *Soyut Renk Markaları*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Tekinalp**, Ünal (2013) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Uzunallı**, Sevilay (2019) *Marka Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.10.2018, E: 2016/14700, K. 2018/5881 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K. 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.03.1997, E: 1996/8650, K. 1997/1586 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.01.2012, E: 2010/7855, K. 2012/273 (Lexpera Veri Tabanı).
- Yasaman**, Hamdi & **Kartal**, Pınar Memiş & **Ayoğlu**, Tolga & **Yusufoğlu**, Fülürya & **Yüksel**, Sinan H. & **Yasaman**, Zeynep (2021) *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I*, 1. Baskı, 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.*

“TEFECİLİK” SUÇU (TCK m.241) AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ^(*)(**)

INTRA-GROUP LOAN TRANSACTIONS FROM THE POINT OF VIEW OF THE “USURY OFFENCE” (TPC Art.241)

Dr. Öğr. Üyesi Funda ÖZDİN^(***)

Öz

Tüzel kişilerin, doğrudan ya da ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para verme işlemlerini, açık bir düzenleme (m.2) ile *tefecilik suçu dışında bırakan* 90 sayılı KHK, 13.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile tamamıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6361 sayılı Kanun’da, tüzel kişilerin söz konusu ödünç işlemlerini açıkça tefecilik suçu kapsamı dışında bırakan (90 sayılı KHK m.2 benzeri) herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, grup içi ödünç işlemlerinin TCK m.241 hükmü anlamında “tefecilik suçu” kapsamına girip girmeyeceği hususunda bir belirsizliğe yol açmıştır. Şöyle ki, TCK m.241’de tefecilik suçunu meydana getiren fiilin “*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek*” olarak tasvir edilmiş olması dolayısıyla, *faiz karşılığı* gerçekleşen her bir grup içi ödünç işlemi, tefecilik suçu

kapsamına girme riski ile karşı karşıyadır. Oysa ki, Türk özel hukuk sisteminde şirketlerin para ödünç sözleşmesi yapmalarına hukuki bir engel bulunmadığı gibi; çeşitli kanuni düzenlemeler gereği şirketler, verdikleri ödünç karşılığında -emsallerine uygun oranda- faiz talep etme yükümlülüğü altındadırlar. Nitekim grup şirketleri, grup içi ödünç işlemlerinde faiz alınmaması halinde bu yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle yaptırıma uğrama; faiz alınması halinde ise TCK m.241 uyarınca tefecilik suçu kapsamında yargılanma tehlikesiyle karşı karşıyadırlar. Bu çalışmada ise, emsallerine uygun faiz karşılığı gerçekleşen grup içi ödünç işlemlerinin, birçok açıdan TCK m.241’de düzenlenen tefecilik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği, ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tefecilik Suçu, Kazanç, Faiz, Grup İçi Ödünç İşlemleri, Cash Pooling.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 11.04.2022 / Kabul Tarihi: 04.08.2022).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

^(***) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (funda.ozdin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4071-1814).

Atıf/Citation: Özdin, Funda (2022) “Tefecilik Suçu (TCK m.241) Açısından Grup İçi Ödünç İşlemleri”, TFM, C: 8, S: 2, s. 491-510.

Abstract

Decree-Law No. 90, which excludes credit transactions by legal persons with other legal persons with whom they have a direct or indirect partnership relationship from the usury offence, was completely repealed by Law No. 6361 on Financial Leasing, Factoring and Financing Companies, which entered into force on 13.12.2012. However, Law No. 6361 contains neither a positive nor a negative provision on whether the aforementioned loan transactions fall under the offence of usury. This has led to uncertainty as to whether intra-group loan transactions will fall under the “crime of usury” as defined by the Turkish Penal Code Art.241. According to Article 241, the crime of usury is lending money to another person for profit. Therefore, there is a risk that intra-group credit transactions with interest fall within the scope of usury

offences as defined in TCK m.241. However, according to the general provisions of Turkish law, it is allowed to give loans with interest. Due to various legal provisions, companies are obliged to charge market interest rates for the loans they grant. Group companies therefore run the risk of being sanctioned under these regulations if interest is not charged on intra-group lending transactions. If, on the other hand, interest is charged, group companies are at risk of prosecution under the usury provisions of TCK m.241. The study attempted to show in detail that intra-group loan transactions realized against market interest rates in many respects do not fall under the offence of usury regulated in TCK m.241.

Keywords

Usury Crime, Profit, Interest, Intra-Group Loan Transactions, Cash Pooling.

I. GİRİŞ

Cumhuriyet tarihinde tefecilik eylemine ilişkin ilk düzenleme, 08.06.1933 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ile yapılmıştır.¹ 2279 sayılı Kanun 06.10.1983 tarih ve 90 sayılı KHK'nın kabul edilmesi ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.² 90 sayılı KHK'da tefecilik eylemi “Tefecilik Sayılan İşlemler” başlığını taşıyan 9'uncu maddede ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış ve cezai yaptırıma tabi kılınmıştır.³ Ancak Kararnamenin 2. maddesinde *tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri* halinin, söz konusu KHK hükümlerinin uygulama alanına girmediği açık bir şekilde belirtilmek suretiyle, adı geçen ödünç işlemleri açıkça tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu istisnai düzenleme sayesinde, ortaklık ilişkisi içinde bulunan ticaret şirketleri

arasında gerçekleşen para ödünçü işlemleri uzun yıllar tefecilik suçu kapsamına girme riski olmaksızın sorunsuz bir şekilde gerçekleşmiştir. Ne var ki, 90 sayılı KHK'nın 13.12.2012 tarihinde 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu⁴ (m.52) ile yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, ortaklık ilişkisi içinde bulunan ticaret şirketleri arasında gerçekleşen para ödünçlerini tefecilik suçu dışında tutan istisnai düzenleme de ortadan kalkmıştır. Bu durum, grup şirketleri arasında gerçekleşen ödünç ilişkilerinin TCK. m.241 hükmü anlamında “tefecilik” suçu kapsamına girip girmeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir.

Şirketler açısından uzun zamandır süregelen bu belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla, 30.11.2018 tarihli 2/1369 esas numaralı Kanun Teklifi'nin⁵ 63. maddesinde, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na aşağıdaki maddenin eklenmesi teklif edilmiştir:

“Ödünç Para Verme

Ek madde 1) 6102 sayılı Kanununun 195'inci maddesi hükümleri çerçevesinde şirketler topluluğunu oluşturan şirketler, birbirlerine uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.”

¹ İlgili düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İnci, Z. Özen (2017) Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 82 vd.

² 90 sayılı KHK 6.10.1983 tarih ve 18183 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, KHK'nın 16. maddesi ile 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununu yürürlükten kaldırılmıştır.

³ Bu suça, esasen 90 sayılı KHK'nın 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununun (ÖP-VİK) 17. maddesindeki ceza hükmü uygulanmaktaydı. Her ne kadar ÖP-VİK'in diğer tüm hükümleri 90 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olsa da, ceza hükmüne ilişkin 17. maddenin, Kararname'nin kanunlaşmasına kadar yürürlükte kalacağı belirtilmişti. Anılan 90 sayılı KHK'nın kanunlaşmaması dolayısıyla, söz konusu ÖP-VİK m.17 uzun yıllar uygulama alanı bulmuştur.

⁴ 13.12.2012 tarih ve 28486 sayılı Resmi Gazete.

⁵ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (E.T. 01.03.2022).

İlgili madde gerekçesi ise şu şekilde kaleme alınmıştır: “Madde ile, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa ek madde eklenmek suretiyle *taçir tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermesi halinde suç isnadı ile karşılaşmasının önüne geçilmesi ve bu mahiyetteki ödünç para verme işlerinin yapılabilmesi amaçlanmaktadır...*”⁶

Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme ile 90 sayılı KHK’nın 2. maddesine benzer bir istisnai düzenlemenin 6361 sayılı Kanun’a eklenmesi ve böylece grup içi ödünç işlemlerinin açık bir düzenleme ile tefecilik suçu dışında bırakılması amaçlanmıştır. Ne var ki, Teklif’in bu maddesi “*madde ile öngörülen düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi amacıyla*” Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından Teklif metninden çıkarılmıştır.⁷ Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinin TCK m.241 uyarınca tefecilik suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu, hala güncelliğini korumaktadır.

Çalışmanın başlığında yer alan *grup içi ödünç işlemleri* ile ifade edilmek istenen, grup üyesi şirketler arasında münferit olarak gerçekleşen ya da merkezi bir sistem üzerinden vuku bulan ödünç para verme işlemleridir. Zira grup içi ödünç işlemleri, doğrudan grup şirketleri arasında veya hakim şirket ile bir grup şirketi arasında münferit bir para ödünç sözleşmesi temelinde gerçekleşebileceği gibi; grup hakiminin yönetimi altında kurulan bir merkezi nakit denkleştirme (“cash pooling”) sistemi kapsamında da vuku bulabilir. İlkinde bir grup şirketinin ya da hakim şirketin, münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde diğer bir grup şirketine ödünç para vermesi; ikincisinde ise ödünç işlemlerinin grup hakiminin doğrudan veya dolaylı olarak yönetimi altında yürütülen özel bir hesap (havuz hesabı) üzerinden merkezi olarak gerçekleşmesi durumu söz konusudur. Çalışmada esas itibarıyla belirtilen bu haller temel alınmış ve buna yönelik açıklamalar yapılmıştır.

II. TEFEÇİLİK SUÇU (TCK m.241)

A. GENEL OLARAK

Tefecilik eylemi, 2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez ceza kanunu kapsamında bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.⁸ TCK m.241/1’de tefecilik suçu “*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verme*” eylemi olarak nitelendirilmiş ve eylemi yapan kişi için *iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası* öngörülmüştür. 90 sayılı KHK’da ise tefecilik eylemi, “*ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde ödünç para verme işlerine devam edilmesi*” olarak tanımlanmıştır(r). Dikkat edilecek olursa, 90 sayılı KHK uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için, eylemin *süreklilik* taşıması ve *meslek olarak icra edilmesi* şartları aranmaktayken; TCK m.241 düzenlemesinde bu niteliklere yer verilmemiş ve yalnızca *kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi* tefecilik suçunun oluşması açısından yeterli görülmüştür.

Bu farklılık, 90 sayılı KHK ile 5237 sayılı TCK’nın aynı zamanda yürürlükte buldukları süre zarfında, TCK m.241 anlamında tefecilik suçunun oluşması açısından 90 sayılı KHK’da eyleme ilişkin ifade edilen süreklilik ve meslek edinmiş olma şartlarının dikkate alınıp alınmayacağı hususunda tartışmalara ve görüş ayrılıklarına neden olmuştur.⁹ Nitekim 90 sayılı KHK’nın 13.12.2012 tarihinde 6361 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmasıyla beraber, bu tartışmanın hukuki bir önemi kalmamış; tefecilik eylemi artık buna ilişkin tek düzenleme olan TCK m.241 kapsamında ele alınmaya başlanmıştır. Çalışmanın konusunu oluşturan grup içi ödünç işlemlerine ilişkin inceleme de, TCK m.241 düzenlemesi temelinde ele alınacaktır.

Tefecilik suçu gerçek kişiler tarafından işlenebileceği gibi, suçun bir tüzel kişi bünyesinde işlenmesi de mümkündür.¹⁰ TCK m.20/2’de açık olarak belirtil-

⁶ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (s. 15), (E.T. 01.03.2022).

⁷ Plan ve Bütçe Komisyonu’nun söz konusu (olumsuz) görüşü için bkz.: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss37.pdf>, (s. 28), (E.T. 01.03.2022).

⁸ İnci, s. 101.

⁹ Bu süre zarfında yapılan tartışmalara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: İnci, s. 146 vd.

¹⁰ İnci, s. 129 vd.

diği üzere, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamakta; ancak kanunda öngörülmüş olması halinde bunlar hakkında güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilmektedir. Nitekim kanun koyucu, TCK'nın 242. maddesinde tefecilik suçunu da kapsayacak şekilde, söz konusu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını açık bir şekilde ifade etmiştir. Dolayısıyla, bir tüzel kişi bünyesinde TCK m.241 anlamında tefecilik suçunun işlenmiş olması halinde, TCK m.242 uyarınca söz konusu tüzel kişi hakkında TCK m.60'ta düzenlenmiş olan güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Buna göre, tefecilik suçunun bir ticaret şirketi bünyesinde işlenmiş olması durumunda, ilgili şirket hakkında TCK m.60 uyarınca *iznin iptali ve müsadere* yaptırımları gündeme gelecektir.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Tefecilik suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Nitekim gerek Yargıtay kararlarında gerekse Türk ceza öğretisinde çoğunlukla suçun kanundaki düzenleme yerinden hareket edilerek, tefecilik suçunun genel olarak *topluma ve kamuya ait değerleri* korumayı hedeflediği belirtilmekte ve bu bağlamda suçun ihdası ile korunan hukuki değer *serbest rekabet mekanizması ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin* sağlanması suretiyle *kamu güvenliğinin korunması* olduğu ileri sürülmektedir.¹¹ Diğer yandan tefecilik

suçuyla toplumsal değerlerin yanı sıra, bireysel menfaatlerin de korunma altına alındığını, dolayısıyla tefecilik suçunun birden çok hukukî değeri koruyan *karma* bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürülen görüş taraftarları da bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca, bir yandan hukuka aykırı çeşitli davranışlarla serbest piyasa ekonomisi ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin bozulması engellenerek kamu kaynakları korunmak istenmiş; diğer taraftan ise tecrübesizlik, basiretsizlik, bilinçsizlik veya içinde bulunduğu zor durum nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin malvarlığı gibi bireysel menfaatler korunmak istenmiştir.¹² Diğer yandan, tefecilik suçuyla korunan hukuksal değer *sözleşme serbestisi/özgürlüğü* olduğu, zira burada kişilerin acil kredi bulma gereksinimlerinden kaynaklanan mağduriyetlerinin kötüye kullanılması sonucu serbest iradeyle sözleşme yapma özgürlüklerinin zedelendiği de ileri sürülen görüşler arasındadır.¹³

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Suçun Maddi Unsuru

TCK m.241'de tefecilik suçunun eylem unsuru *kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek* olarak tanımlanmıştır. Daha önce ifade dildiği üzere, 90 sayılı KHK'nın 9'uncu maddesi uyarınca tefecilikten bahsedilebilmesi için ise, eylemin *süreklilik* taşıması ve *meslek* olarak icra edilmesi şartları aranmaktaydı. Dolayısıyla, suçun oluşumu bakımından ödünç para verme eyleminin süreklilik arz etmesi gerekmektedir, tek bir ödünç para verme eylemi tefecilik olarak kabul edilmemektedir.¹⁴ TCK m.241 düzenlemesinde ise suç meydana getiren eyleme ilişkin 90 sayılı

¹¹ Bu yönde bkz.: **Özbek**, Veli Özer (2010), 'Tefecilik Suçu (TCK m.241)'; CHD, S. 14, s. 31; **Bardakçı**, Ahmet Haşim (2020) Tefecilik Suçu, TAAD, Yıl. 11, S. 41 (Ocak), s. 625; **İnci**, s. 117 **Köken**, Enes (2016), 'Tefecilik Suçu', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, s. 79 vd.; **Arslan**, Çetin & **Azizağaoğlu**, Bahattin (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım, s. 1003; **Parlar**, Ali & **Hatipoğlu**, Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 4, Ankara, Seçkin, s. 3463; **Parlar**, Ali (2011), Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, s. 17; **Bilge**, Burak (2017), Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet, s. 72. "Tefecilik suçuyla korunan hukuki yarar, ekonomik kuralların ve serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması ve kamu güvenliğinin korunmasıdır..." YCGK, T: 26.04.2016, E: 2014/118, K: 2016/208; YCGK, T: 12.05.2015, E: 2014/655, K: 2015/152; YCGK, T: 24.11.2020, E: 2018/31, K: 2020/477; YCGK, T: 3.10.2017, E: 2016/781, K: 2017/373, (Kaynak: "HukukTürk" online veri tabanı).

¹² **Özbek**, Veli Özer & **Doğan**, Koray & **Bacaksız**, Pınar (2021), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 939; **Özbek**, Tefecilik, s. 31; **Arslan**, Çetin (2014) Tefecilik Suçu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı. 1, s. 30; **Parlar** & **Hatipoğlu**, s. 3463; **Parlar**, s. 17. Görüşün eleştirisi için bkz.: **İnci**, s. 116.

¹³ **Meran**, Necati (2013), Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 20; **Günay**, Erhan (2014), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 26.

¹⁴ Bu dönemde Yüksek mahkeme de tefeciliğin, sürekli ve sistemli bir şekilde faiz (çıkart) karşılığı ödünç para verme eylemi olduğuna dikkat çeken kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre suçun oluşması için, failin birden fazla kişiye sürekli ve sistematik olarak faiz karşılığı ödünç para vermesi ve suçu meslek itihaz etmiş olması gerekmektedir. İlgili Yargıtay kararları ve ayrıntılı açıklamaları için bkz.: **İnci**, s. 146, dn. 389 ve 390'daki kararlar.

KHK’da belirtilen bu özellikler terkedilmiş, yalnızca -kazanç elde etmek amacıyla- *ödünç para verilmesi* tefecilik suçunun oluşması açısından yeterli görül- müştür. Dolayısıyla TCK m 241 düzenlemesi uya- rınca başkasına *bir kez* dahi olsa ödünç para vermek, tefecilik suçunun eylem unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli olacaktır.

Kanun koyucu tefecilik suçu açısından ayrıca failin amacına da önem atfetmiş ve suçun ancak *kazanç elde etmek amacıyla* işlenebileceğini ifade etmiştir. Buna göre tefecilik suçunda failin ama- cı, ödünç para verme eyleminden *bir kazanç, bir menfaat elde etmeye yönelik* olmalıdır.¹⁵ Dolayısıyla tefecilik suçunun oluşabilmesi için ödünç para verme eylemi tek başına yeterli olmamakta; ayrıca eylemin kazanç elde etme amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, ödünç para verme eylemi gerçekleşse dahi, kazanç sağlama amacı olmadığı sürece tefecilik suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.¹⁶

2. Suçun Manevi Unsuru

Tefecilik suçu *kasten* işlenebilen bir suçtur.¹⁷ Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, suçun oluşması açısından öngörülen kazanç elde etme amacı, ceza hukuku doktrinde tefecilik suçunun *özel kast* ile iş- lenebilecek bir suç olup olmadığı tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda “*kazanç elde etme amacı*” ibaresinden yola çıkan bazı yazarlar, tefecilik suçun- nun *özel kastla* işlenebileceğini savunmaktadırlar.¹⁸ Diğer bazı yazarlar ise suç için genel kastın yeterli olacağını,¹⁹ kazanç elde etme amacının ilgili suçun temel şekline ilişkin bir manevi unsur olarak düzen-

lendiğini,²⁰ dolayısıyla da tefecilik suçunun bir *amaç suçu* olduğunu²¹ ileri sürmüşlerdir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Genel olarak hukuka aykırılık, yapılan eylemin hukuk düzeni tarafından uygun görülmemesi, ilgili fiile izin verilmemiş olması anlamına gelmektedir.²² Bir eylemin hukuka aykırılığının belirlenmesinde hukuk sisteminin bütünü, yani tüm hukuk kaideleri göz önünde bulundurularak karar verilmektedir.²³ Bu nedenle, bir davranışın kanunda belirtilen suç tipine bire bir uyması, suçun oluşması için tek başına yeterli kabul edilmemekte; buna ek olarak söz konusu davranışı hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olup olmadığı da ayrıca araştırılmaktadır.²⁴ Zira söz konusu fiil her ne kadar suça ilişkin bütün unsurları içerse de, somut olayda bir hukuka uygunluk halinin var olması, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta ve eylemin suç olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır.²⁵ Dolayısıyla tefecilik suçunun oluşup oluşma- dığının belirlenmesinde de, somut olay koşullarında ödünç para verme eylemini hukuka uygun hale ge- tiren bir sebebin olup olmadığı ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanu- nu’nun 24 ilâ 26. maddeleri arasında; kanunun hük- münün yerine getirilmesi (TCK n. 24/1), görevin ifası (TCK n. 24/2), meşru savunma (TCK m.25), ilgilinin rızası (TCK m.26/2) ve hakkın kullanılması (TCK m.26/1) olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu sayılanlar arasında tefecilik suçu bakımından orta- yaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebebi genel olarak, “hakkın kullanılması”dır. Nitekim ceza huku- ku doktrinde, faiz karşılığı ödünç para verme ko- nusunda özel düzenlemeler ile yetkilendirilmiş olan kurum ve kuruluşların ilgili mevzuatlarına uygun bir şekilde gerçekleştirdikleri ödünç işlemlerinin,

¹⁵ Arslan, s. 38; Bilge, s. 112 vd.; Meran, Necati (2010), ‘Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Karar- namenin Uygulanması’, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 51, s. 111; Bilge, s. 23.

¹⁶ Meran, Ekonomik Suçlar, s. 33; Meran, Tefecilik, s. 111; Parlar & Hatipoğlu, s. 3464; Birtek, Fatih (2009), ‘Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)’, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 53-54, s. 37; İnci, s. 169 vd.; Bardakçı, s. 653.

¹⁷ Arslan, s. 38; İnci, s. 169; Bardakçı, s. 653; Birtek, s. 37.

¹⁸ Özbek, Veli Özer (2021), Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin, s. 928 vd.; Özbek, Tefecilik, s. 37; Parlar & Hatipoğlu, s. 3464; Meran, Tefecilik, s. 111; Meran, Ekonomik Suçlar, s. 33; Günay, Erhan, s. 47; Parlar, s. 23; Bardakçı, s. 653; İnci, s. 169 vd. ile dn. 451’de sayılan yazarlar.

¹⁹ Birtek, s. 37 vd; Bilge, s. 115.

²⁰ Özgenc, İzzet (2010), ‘Tefecilik Suçu’, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, C. XIV, s. 553; Bilge, s. 115.

²¹ Özgenc, Tefecilik, s. 553.

²² Özgenc, İzzet (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin, s. 303; Koca Mahmut & Üzülmöz İlhan (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 264.

²³ Özgenc, Genel Hükümler, 2021, s. 303; Koca & Üzülmöz, s. 264.

²⁴ Koca & Üzülmöz, s. 266.

²⁵ Özgenc, Genel Hükümler, s. 311.

TCK m.26 anlamında hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla tefecilik suçu kapsamı dışında tutulması gerektiği kabul edilmektedir.²⁶ Bu bağlamda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından belirli bir bedel (ivaz) karşılığında kredi verilmesi, hukuk düzeni tarafından kabul gören ekonomik bir faaliyet olarak kabul edilmekte ve bu işlemlerin TCK'nın 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunu oluşturmayacağı ifade edilmektedir.²⁷

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla beraber, bu aşamada kısaca belirtelim ki, ödünç verme eyleminin Türk özel hukuk mevzuatında bir sözleşme türü olarak düzenlenmiş olması dolayısıyla (TBK m.386-392); söz konusu düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ödünç işlemlerinin de hukuksal olarak uygun olduğu kabul edilmelidir.²⁸

III. "AMAÇ" UNSURU AÇISINDAN FAİZ KARŞILIĞI GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

A. GENEL OLARAK: "KAZANÇ ELDE ETME" AMACI

Daha önce de belirtildiği üzere, TCK m.241 hükmü anlamında bir tefecilik suçunun varlığından bahsedilebilmesi için, ödünç para verme eyleminin *kazanç elde etme* amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.²⁹ Görüldüğü üzere Türk hukukunda tefecilik suçunun oluşması bakımından failin *amacına* önem atfedilmiş ve kazanç elde etmek amacıyla yapılmamış olan ödünç para verme eylemleri suç kapsamı dışında tutulmuştur. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu başlı başına ödünç para verme eylemini değil, yalnızca ödünç para verme eyleminin bir menfaat sağlama, kanunun deyişiyle bir kazanç elde etme güdüsüyle gerçekleştirilmiş olması halini cezalandırmıştır. Dolayısıyla hükmün uygulanma alanının belirlenmesi

açısından, hangi hallerde failin bu yönde bir amacının olduğu; daha somut bir ifadeyle, hangi kriterlerin gerçekleşmiş olması halinde ödünç para verme eyleminin kazanç elde etme amacına yönelik olduğu hususunun belirlenmesi son derece önemlidir.

Kanaatimce suçun oluşumu açısından kazanç elde etme amacının var olup olmadığı hususu, failin subjektif koşulları değil, **objektif ölçüler** dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bir başka ifadeyle, kazanç elde etme amacının olup olmadığı hususunda ödünç para veren kişinin içinde bulunduğu koşullar ve buna bağlı olarak (muhtemel) duyguları değil, hangi olguların madde düzenlemesi, yani tefecilik suçu açısından "kazanç" olarak nitelendirilmesini gerektiren ölçüde/ağırlıkta olduğu hususu üzerinde yoğunlaşmalıdır. Zira failin amacını tespit etmek her zaman çok kolay olmayacaktır. Nitekim somut olay koşullarında failin amacı, yardım etmeye yönelik olabileceği gibi, yardım etmenin yanı sıra ayrıca kazanç elde etme amacına yönelik de olabilecektir. Dolayısıyla, her ne kadar madde metninde yalnızca borç para verenin amacına ve bu bağlamda subjektif olarak kazanç elde etmeyi amaçlayıp amaçlamadığına yönelik -yani failin psikolojik durumunu işaret eden- bir ifade kullanılmış olsa da; hükmün, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan asıl gaye dikkate alınarak, objektif kriterler ortaya konulacak şekilde yorumlanması amaca daha uygun olacaktır.³⁰ Bu ise hiç kuşkusuz, hükümde yer alan *kazanç* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklanmasını gerektirmektedir.

Madde metnine bakılacak olduğunda, kazanç kavramına ilişkin olarak *niteliksel* ya da *niceliksel* herhangi bir açıklama yapılmadığı görülmektedir. Kelime anlamı itibarıyla ele alındığında kazanç; yarar, çıkar, kâr olarak tanımlanmaktadır.³¹ Caza hukuku doktrininde, tefecilik suçunun TCK'da düzenleniş yeri ve bu itibarla suç ile korunan hukuksal değer

²⁶ **Özgenç**, Tefecilik, s. 553; **İnci**, s. 163; **Baytaz**, Abdullah Batuhan (2020), 'Tefecilik Suçu', YBHD, Yıl. 5, Sayı. 2, s. 166; **Birtek**, s. 40; **Arslan & Azizağaoğlu**, s. 1004; **Arslan**, s. 39 vd.; "... İzin alınarak faiz karşılığında ödünç para verilmesi eylemi suç olmayacaktır..." YCGK, T: 12.05.2015, E: 2014/655; K: 2015/152.

²⁷ **Özgenç**, Tefecilik, s. 553; **Birtek**, s. 40; **Arslan**, s. 40; **Yenidünya**, Caner (2013), 'Tefecilik Suçu (TCK m.241)' Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 15. **Baytaz**, s. 166.

²⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz.: III., A.

²⁹ Bkz.: II., C., 1 ve 2.

³⁰ Karş. **İnci**, s. 179. Yazar, mevcut düzenlemede suçun manevi unsuru bakımından özel kastın aranmasının yerinde olmadığını, zira kazanç elde etmek şeklindeki özel kastı belirlemenin ve ceza hukukunun failin amacı ile meşgul olmasının her zaman doğru ve adaletli sonuçlar vermeyeceğini ileri sürerek; olması gereken hukuk açısından failin elde ettiği veya elde etmeyi amaçladığı kazancın *açıkça oransız* olmasına ilişkin bir koşulun madde metninde suçun maddi unsuru olarak dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

³¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.12.2021).

ekonomik nitelikli olduğu göz önünde bulundurularak, maddede ifade edilen kazancın *ekonomik nitelikli çıkarları* kapsadığı ifade edilmektedir.³² Nitekim kavramsal açıdan bakıldığında, verilen ödünç para karşılığında talep edilen **faizin** (ya da faiz olarak adlandırılmamakla beraber ek bir ödemenin) kişiye ekonomik nitelikli bir çıkar sağlayacağı ve dolayısıyla faizin genel olarak *kazanç* kavramı içinde değerlendirilebileceği açıktır.

Ancak tefecilik suçu özelinde üzerinde durulması gereken asıl husus, ödünç karşılığı talep edilen **faiz oranının** ve dolayısıyla elde edilen **miktarın**, tefecilik suçunda aranan “kazanç” olgusunun meydana gelmesi açısından herhangi bir öneminin bulunup bulunmadığıdır. Acaba ödünç karşılığı talep edilen faiz oranı/miktarı, elde edilen değer TCK m.241 anlamında bir “kazanç” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususunun belirlenmesinde herhangi bir rol oynayacak mıdır? Yukarıda da değinildiği üzere, TCK m.241 metninde buna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamış olmakla beraber, ceza hukuku doktrininde genel olarak kabul edilen görüş, paranın geri ödenmesine kadar geçen süredeki muhtemel değer kaybının giderilmesine yönelik olarak -faiz ya da başka bir ad altında- ek ödeme talep edilmesinin, tefecilik suçu anlamında “kazanç” ve dolayısıyla “kazanç elde etme amacı” olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir.³³ Zira bu görüş uyarınca **faizin piyasa koşullarına uygun olması** halinde, amaç kazanç elde etmek değil, paranın değerinin korunmasıdır. Dolayısıyla kişinin, verdiği paranın enflasyon karşısında değer kaybetmemesi amacıyla enflasyonla orantılı faiz istemesi durumunda, kazanç elde etmek amacıyla hareket etmediği kabul edilmelidir.³⁴ Düzenlemenin lafzından yola çıkan

aksi görüş taraftarlarına göre ise, madde metninde kazancın miktarına ilişkin herhangi bir belirlemede bulunulmamış olması dolayısıyla, kazanç miktarının çok düşük ya da yüksek olması suçun (amaç unsurunun) oluşumu açısından bir önem taşımamaktadır.³⁵ Bu görüş uyarınca, verilen ödünç karşılığında faiz alınması halinde -faiz oranı çok düşük olsa dahi- kazanç elde etme amacı ve dolayısıyla tefecilik suçu gerçekleşmiş olacaktır.

Gerçekten de hükümde, ödünç karşılığı elde edilen menfaate ilişkin herhangi bir niceliksel belirleme ve sınırlama yapılmaksızın yalnızca *kazanç* ifadesinin kullanılmış olması, ilk etapta ödünç karşılığı elde edilen en ufak bir ekonomik karşılığın dahi (örn. 1 TL), kazanç olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Ancak, ödünç para verme ve karşılığında belirli oranlarda faiz talep etme fiilinin, Türk özel hukuk sisteminde geçerli bir sözleşmesel ilişki olarak kabul edilmiş olduğu göz önünde bulundurulacak olduğunda; hükmün lafzına dayalı böyle bir yorumun, aynı hukuk sistemi içinde çatışan düzenlemelerin varlığına sebebiyet vereceği açıktır. Şöyle ki, ödünç para verme fiili/işlemi, Türk özel hukuk sisteminde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 386 ile 392’nci maddeleri arasında, “Tüketim Ödünç Sözleşmesi” yan başlığı altında bir sözleşme türü olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ödünç para verme fiili, Türk özel hukuk sistemi kapsamında tarafların özgür iradesine tabi kılınmış olan, fiilin meşruluğunun kanuni düzenlemeler ile açıkça teyit edildiği, kişilerin diledikleri takdirde gerçekleştirebilecekleri hukuka uygun bir eylemdir. Dahası, Türk kanun koyucusu ödünç para veren tarafa, faiz isteme hakkı dahi tanımıştır (TBK m.387). Bu bağlamda TBK m.387’de

³² İnci, s. 172.

³³ Arslan, s. 36; Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku, s. 925; Özbek & Doğan & Bacaksız, s. 947; Özbek, Tefecilik, s. 37, Parlar & Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, (2007), sh. 1692; Parlar, s. 20; Bardakçı, 653; Baytaş, s. 166.

³⁴ Yargıtay’ın, suçun oluşup oluşmayacağına belirlenmesinde verilen borç para karşılığında talep edilen “karşılığın miktarına göre değerlendirilme yapılması gerektiği” şeklinde anlaşılması mümkün bir kararı için bkz.: Y. 5.CD., 11.07.2018, E. 2016/2533, K. 2018/5275 (Lexpera): “... mağdurlardan ...’ın sanıktan borç para aldığını karşılığında fındık verdiğini, ...’ın sanıktan 1,5 ton fındık aldığını karşılığında 5.000 TL. meblağlı senet verdiğini beyan etmesi karşısında; adı geçen mağdurların sanıktan borç para aldıkları tarihte aldıkları para miktarı ile kaç kilo fındık alabildikleri ve sani-

ğâ verdikleri fındık bedelleri de tespit edilip vade tarihi de dikkate alınarak ödedikleri fark yüzdesine göre tefecilik suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılıp, ... değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken ...”

³⁵ Yenidünya, Caner (2013), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’ Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 20: “... ödünç verilen paraya karşılık talep edilen yahut alınan ‘faiz’, hangi gerekçe ile olursa olsun ve hangi oranda bulunursa bulunsun (örneğin, enflasyonun altında) kazanç elde etme amacını ortaya koyan bir davranıştır.”. Ayrıca bu yönde İnci, s. 176, ancak yazar aynı zamanda mevcut düzenlemeyi eleştirmekte ve madde metninin yalnızca açıkça oransız, yani aşırı kazancın suç kapsamına dahil edilecek şekilde değiştirilmesi gerektiğini savunmakta ve buna ilişkin olarak madde metninin değiştirilmesine yönelik önerilerde bulunmaktadır. bkz. 177 vd.

ödünç sözleşmesi “ticari olan” ve “ticari olmayan” şeklinde ikiye ayrılmış, ticari para ödünçünde taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceği (f.1); ticari olmayan para ödünçü sözleşmesinde ise ancak taraflarca kararlaştırıldığı takdirde *faiz* istenebileceği (f.2) açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, yalnızca bir kimseye ödünç para verme eylemi değil, aynı zamanda karşılığında faiz talep edilmesi fiili de geçerliliği Türk özel hukuk sisteminde açık bir şekilde kabul edilen, genel hükümler kapsamında her türlü tartışmayı ortadan kaldıracak şekilde kanuni temele kavuşturulmuş olan (TBK m.386, 387), kişilerin diledikleri zaman gerçekleştirebilecekleri hukuka uygun eylemlerdir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, özel hukuk sistemimizde para ödünçü karşılığında istenebilecek olan faiz oranı tarafların serbest iradelerine bırakılmamış, buna ilişkin sınırlandırıcı bir düzenleme getirilmiştir. Bu bağlamda TBK m.88’in ilk fıkrasında, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği; hükmün ikinci fıkrasında ise sözleşmesel faiz oranının birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiş. Buna göre sözleşmede belirlenecek olan faiz oranı, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile belirlenen üst sınırı aşamayacaktır. 3095 s. Kanun m.1/1 uyarınca kanunî faiz oranı, 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile (01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere) yıllık %9 olarak belirlenmiştir. TBK m.88/2 uyarınca, yıllık faiz oranı yürürlükteki mevzuat hükümlerine, yani 3095 s. Kanun’a göre belirlenecek olan yıllık faiz oranının %50 fazlasını aşamayacağına göre, istenebilecek olan faiz oranına ilişkin kanunî üst sınır %13.5’tir.

Belirtilen bu düzenlemeler göstermektedir ki, gerek ödünç para verme gerekse ödünç karşılığında -kanunda belirtilen oranları aşmamak kaydıyla- faiz talebi, Türk özel hukuk sisteminde tarafların özgür iradesine tabi kılınmış, geçerli bir sözleşmesel ilişki teşkil etmektedir. Dolayısıyla bir kişinin -mevzuata uygun oranda- faiz karşılığında ödünç para vermesi, kişinin, hukuk düzenince kendisine tanınmış olan bir hakkı kullanması anlamında gelmektedir.³⁶ Bu

hak, sözleşme özgürlüğü prensibinin bir görünümü olup (TBK m.26), Anayasa ile koruma altına alınmıştır (AY m.48). Nitekim bir fiile/işleme (“ödünç para verme”) aynı hukuk sistemi içinde bir yandan izin verme, diğer yandan cezalandırma şeklinde birbirine zıt iki farklı hukuki sonuç bağlanamayacağına göre, TCK m.241 hükmü anlamında “kazanç” kavramının belirlenmesinde, mantık kuralları gereği ödünç para verme eylemine ilişkin genel hükümler göz önünde bulundurulmalıdır.³⁷ Bu kapsamda, faiz talebine ilişkin belirlenen **üst sınır** (şu an için %13.5) objektif bir kriter olarak ele alınmalı ve üst sınırı geçen oranda faiz talebinin varlığı halinde, TCK m.241 hükmü anlamında “kazanç elde etme amacının” gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.³⁸ Aksi takdirde, aynı hukuk sistemi içinde bir yandan verilen ödünç karşılığında belirli sınırlar dahilinde faiz ve dolayısıyla -kelime anlamı itibariyle- kazanç elde edilmesine müsaade edilmesi, diğer yandan ise aynı eylemin tefecilik suçu kapsamında cezalandırılması gibi paradoksal bir durum ortaya çıkar ki; bunun, kaotik bir uygulamaya ve hukuk sisteminin bütünlüğünün bozulmasına neden olacağı açıktır. Nitekim Türk kanun koyucusunun da bu durumun/tehlikenin bilincinde olduğu fikrinden yola çıkılacak olduğunda, her ne kadar madde lafzına gereği gibi yansıtıl(a)mamış olsa da, TCK m.241’deki “**kazanç**” ifadesi ile kanun koyucunun, faiz oranına ilişkin **kanunî üst sınırı aşan oranda elde edilen ekonomik menfaati** kastettiği sonucuna varılabilecektir. Nitekim bu denklem uyarınca, TCK m.241’de yer alan “kazanç” ifadesi, ödünç karşılığı elde edilen -istisnasız- her maddi değeri kapsar şekilde geniş anlamı itibariyle dikkate alınamayacağı gibi; failin kazanç elde etme amacının olup olmadığı da, failin somut olay koşullarında sahip olduğu duygusal ve düşünsel (sübjektif) durumu baz alınarak belirlenemeyecektir. Burada objektif bir kriter olarak talep edilen faiz oranı (ya da talep edilen ek ödeme miktarı) dikkate alınmalı ve bu bağlamda talep edilen faizin **kanunî üst sınırı aşması** halinde, TCK m.241 düzenlemesi anlamında bir **kazanç** elde etme amacının bulunduğu kabul edilmelidir.

³⁶ Buna ilişkin olarak ayrıca bkz.: IV., A.

³⁷ Bu yönde ayrıca bkz.: **Arslan**, s. 36, 40; **Bilge**, s. 119 vd.

³⁸ Bu yönde ayrıca bkz.: **Bilge**, s. 119 vd.

Ancak bu noktada **ticari ödünç sözleşmeleri** özel olarak ele alınmalıdır. Zira, TTK m.8/1’de, ticari işlerde **faiz oranının serbestçe** belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre ticari olan ödünç sözleşmelerinde TBK m.88 hükmü ile getirilen sınırlama uygulanmaksızın, verilen ödünç karşılığında talep edilen faiz oranı kural olarak taraflarca serbestçe belirlenebilecektir.³⁹ Dolayısıyla, faiz oranına ilişkin belirlenmiş olan üst sınır yalnızca ticari olmayan ödünç ilişkilerinde uygulama alanı bulacak, ticari ödünç sözleşmelerinde ise kazanç sağlama amacının olup olmadığını belirlemede bir kriter olarak kabul edilemeyecektir. Peki bu durumda, ticari ödünç sözleşmelerinde kazanç sağlama amacının bulunup bulunmadığı hangi kritere göre belirlenecektir? Farklı bir ifadeyle, acaba ticari ödünç işlemlerinin -TTK m.8/1 uyarınca- faiz oranına ilişkin kanuni sınırlamadan muaf olması, ticari ödünç işlemlerinin faiz oranına bakılmaksızın otomatik olarak TCK m.241 uygulaması dışında kalmasını mı sağlayacaktır? Tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan gaye ve suçun bir ticaret şirketi bünyesinde de işlenebilecek olması göz önünde bulundurulduğunda, bu soruya olumlu ce-

vap verilmesi mümkün değildir. Kanaatimce ticari ödünç sözleşmeleri açısından da objektif bir kriter uygulanmalı ve ödünç karşılığı talep edilen faizin/miktarın **emsallerine kıyasla aşırı** ya da **orantısız** olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda piyasa koşulları dikkate alınmalı ve mutad faiz oranını aşan miktarlarda faiz taleplerinin, kazanç sağlama amacına yönelik olduğu kabul edilmelidir. Belirtildiği üzere bu yorum tarzı, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenmesinin altında yatan gaye ile de uyum içindedir. Zira hüküm ile cezalandırılmak istenen ödünç karşılığında herhangi bir karşılık talep edilmiş olması değil; talep edilen karşılığın -ticari olmayan ödünç işlemlerinde- kanuni sınırın üstünde olması ve dolayısıyla *hukuka aykırı bir gelir* elde edilmiş olmasıdır. Ticari ödünçlerde ise her ne kadar talep edilebilecek faiz oranına ilişkin kanuni bir sınırlama bulunmasa da, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenleme sebebi göz önünde bulundurulacak olduğunda, ticari ödünç sözleşmeleri açısından da kural olarak **“emsallerine uygunluk”** kriteri aranmalı ve emsallerine oranla aşırı faiz talepleri, TCK m.241 anlamında kazanç olarak nitelendirilmelidir. Ancak özellikle belirtilmelidir ki, somut olay koşullarında verilen ödünç karşılığında emsallerinin üzerinde faiz talep edilmesini haklı kılan özel hallerin bulunması durumunda, faizin/elde edilen miktarın emsallerinin üzerinde olması, TCK m.241’in uygulanmasını gerektiren bir kazanç olarak değerlendirilmemelidir.⁴⁰

B. GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİNİN AMACI: “FİNANSAL DESTEK SAĞLAMA”

“Şirketler grubu” ya da “şirketler topluluğu” gibi ifadelerle adlandırılan yapılar, çeşitli hakimiyet araçlarının fiilen uygulanması neticesinde veya sözleşmesel temelde meydana gelen hukuki oluşumlardır. Grup şirketleri hukuki açıdan bakıldığında her ne kadar birbirinden bağımsız birer şirket olarak varlıklarını sürdürseler de, gruba dahil olmak suretiyle ekonomik bir birliğin parçası haline gelirler. Zira birden fazla şirketin grup çatısı altında bir araya gelmesi ve bir bakıma grup hakimi tarafından belirlenen ortak politikalara tabi olmaları neticesinde, ekonomik bir sinerji açığa çıkar. İşte bu durum, grup şirketlerini her

³⁹ Doktrinde TBK m.88 (ve m.120)’de öngörülen faiz oranına ilişkin kanuni sınırlamaların, ticari işlerde de uygulanabilir nitelikte emredici düzenlemeler olduğu yönünde aksi görüşler bulunmakla beraber; ağırlıklı olarak savunulan görüş, TTK m.8/1 düzenlemesinin özel hüküm olduğu, dolayısıyla ticari işlerde faiz orana ilişkin söz konusu sınırlamaların uygulanmayacağı yönündedir. Bu yönde özellikle bkz.: **Göktürk**, Kürşat (2015), ‘Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi’, GÜHFD, C. XIX, S. 2, s. 39, 43; **Yücesoy Yılmaz**, Yasemin (2019), ‘Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması’, TBB Dergisi (140), s. 318 vd.; **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Fusun (2019), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 98 vd.; **Orbay Ortaç**, Nurdan (2014), ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz’, ABD, S. 2, s. 126; **Yağcı**, Kürşad (2013), ‘Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği’, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 432 vd. ve ayrıca s. 431 dn. 31’de belirtilen yazarlar. **Aksi görüş** için bkz.: **Aydoğdu**, Murat (2011), ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’, DEÜHFD, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 95 vd. **Yargıtay** kararlarında ise yeknesak bir uygulama olmayıp, her iki görüş yönünde de verilmiş kararlar bulunmaktadır. Yargıtay’ın ticari işlerde faizin oranını belirlemede TBK m.88 ve 120 hükümlerinin uygulanması yönünde verdiği kararlara örnek olarak bkz.: Y.13.HD, T: 13.1.2014, E: 2013/21286, K: 2014/182 (www.lexpera.com.tr). Ticari işlerde TBK m.88 ve 120 hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde ise bkz.: YHGK, T: 15.5.2015, E: 2013/6-2249, K: 2015/1362. Söz konusu karar ve buna benzer diğer Yargıtay kararları için bkz.: **Yücesoy Yılmaz**, s. 316 vd., dn. 51.

⁴⁰ Grup içi ödünç işlemlerinde karşılaşılabilecek bu gibi istisnai durumlar için bkz.: III, B.

şeyden önce finansmana ulaşma imkanı açısından herhangi bir gruba ait olmayan (grup dışı) şirketlere kıyasla daha avantajlı bir konuma getirir. Şöyle ki, klasik şirket yapılanmalarında (grup dışı şirketlerde), ihtiyaç duyulan sermayeye ulaşılabilmesi açısından *iç kaynaklar* ya da *dış kaynaklar* olmak üzere yalnızca iki imkan söz konusudur. Grup üyesi şirketlerde ise, bu imkanların yanı sıra *grup içi (dış) kaynak* olarak adlandırabilecek olan üçüncü bir finansman kaynağı gündeme gelir. Grup yapılanmalarına özgü bu finansman kaynağı, yukarıda belirtildiği üzere grup üyelerinin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları ekonomik birlikten ve sinerjiden doğar. Grup hakimi, grup içi oluşan ekonomik potansiyeli/sinerjiyi hem grubun bütünü hem de her bir grup şirketi açısından optimal şekilde yönlendirmeyi/yönetmeyi amaçlar. Buna yönelik olarak da bir yandan grup içi nakit birikiminin en kârlı şekilde değerlendirilmesine, diğer yandan ise finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin bu ihtiyacının kredi kuruluşlarından sağlanması yerine, doğrudan grup içi kaynaklardan en az maliyetle giderilmesine yönelik politikalar benimser.

Grup içi nakit birikim ve ihtiyaçlarının en iyi şekilde yönetilmesi ve koordine edilmesi, şirket gruplarında çoğunlukla *cash management* (nakit yönetimi) adı verilen bir sistem kapsamında gerçekleştirilir. En basit tanımıyla *cash management*, işletme ekonomisi kapsamında geliştirilmiş olan, şirket topluluklarının kısa süreli finans yönetiminde rol oynayan ve bu anlamda topluluk kasasının yönetiminde uygulanacak önlemleri de kapsayan bir nakit yönetim sistemidir.⁴¹ Söz konusu sistem kapsamında bir yandan grubun bütününe diğer yandan ise her bir grup üyesinin menfaatleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, grup içi (kısa vadeli) finansman birikim ve ihtiyaçlarının en iyi şekilde organize edilmesine ve grup içi kaynakların maksimum fayda sağlayacak şekilde yönetilmesine ilişkin politikalar belirlenir. İşte, grup şirketlerinde bu bağlamda en çok karşılaşılan yöntem, finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin

grup içi oluşan nakit birikiminin kullanılması suretiyle, grup içi kaynaklardan giderilmesidir.

Grup içi nakit birikiminin bir grup içi finansman kaynağı olarak kullanılması, bir yandan grup içi (kısa vadeli) likidite birikiminin en kârlı şekilde değerlendirilmesini, diğer yandan ise finansmana ihtiyaç duyan grup şirketlerinin grup içi kaynaklardan en az maliyetle fonlanmasını sağlar. İşletme ekonomisi açısından bakıldığında, işin mantığı şu şekilde özetlenebilir: Belirli zamanlarda bazı grup şirketleri nakit fazlalığına sahipken, bazıları ise tam aksine nakit açlığı çekebilir. Bu gibi durumlarda nakde ihtiyaç duyan grup şirketleri yüksek faiz oranları karşılığında kredi kurumlarından kredi temin etmek zorunda kalırken; nakit fazlası olan grup şirketleri ise bunu genellikle önemli bir getirisi olmayan, düşük faizler karşılığında kredi kuruluşlarında değerlendirmek zorunda kalırlar. Nakit fazlası olan grup şirketlerinin nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerine ödünç vermesi halinde ise, bu şirketlerin bankalardan yüksek faiz karşılığında kredi almalarına gerek kalmaz ve böylece nakde ihtiyaç duyan şirket, bu ihtiyacını dışarıdan (kredi kurumlarından) karşılaması halinde ödeyeceği -yüksek- faiz miktarı ile grup içi temin ettiği borç para miktarı için ödeyeceği faiz arasındaki fark kadar kâra geçer.⁴² Böylece finansmana ihtiyaç duyan grup şirketi, dahil olduğu ekonomik birliğin nakit yönetim sistemi ve bu bağlamda özellikle grup içi ödünç politikası sayesinde, kredi kuruluşlarına oranla *daha avantajlı koşullarda* sermayeye ulaşabilir. Dolayısıyla grup şirketleri, finansmana ulaşma imkanı ve koşulları açısından herhangi bir gruba ait olmayan (grup dışı) şirketlere kıyasla çok daha avantajlı bir konuma sahiptirler.

Grup içi ödünç işlemleri, doğrudan grup şirketleri arasında münferit para ödünç sözleşmeleri temelinde gerçekleştirilebileceği gibi, grup hakimi yönetimi altında kurulan bir merkezi sistem kapsamında da gerçekleştirilebilir. İlk durumda bir grup şirketinin, münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde bir diğer grup şirketine ödünç para vermesi durumu söz konusudur. İkinci durumda ise, ödünç işlemlerinin grup hakiminin yönetimi (ve/veya denetimi) altında işletilmekte olan bir merkezi hesap üzerin-

⁴¹ Ayrıntılı açıklama için bkz.: **Özdin**, Funda (2018), *Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung*, Berlin, Duncker & Humblodt, s. 40 vd.; **Özdin**, Funda (2012), "Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§57/1/c.3 AktG, §30/1/c.2 GmbHG)", [⁴² **Özdin**, *Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht*, s. 57 vd.; **Özdin**, *Cash Pooling ve Alman Hukuku*, s. 7.](http://www.arslanlibilimarsivi.com/yazar-detay/Funda%20%20C3%96zdin, s. 2 vd.</p>
</div>
<div data-bbox=)

den gerçekleşmesi hali söz konusudur. *Cash pooling* olarak adlandırılan bu uygulama, gelişmiş ülkelerde grup şirketlerinin vazgeçilmez nakit yönetim enstrümanlarından birisi halinde gelmiş olan, bir grup içi finansman yöntemidir. En basit haliyle özetlemek gerekirse, cash pooling grup şirketlerinin nakit fazlalığının merkezi bir hesaba havale edildiği; nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerine ise bu merkezi hesaptan otomatik olarak aktarım yapıldığı bir grup içi nakit denkleştirme işlemidir.⁴³ Cash pooling sisteminin amacı, grup şirketlerinin ihtiyaç duydukları nakdin yine grup içi kaynaklardan *düşük maliyetlerle* temin edilmesi ve böylelikle grubun sahip olduğu toplam likiditenin maksimum fayda sağlayacak şekilde kullanılması suretiyle, grup şirketlerinin *finansman maliyetinin minimum düzeye indirilmesidir*. Söz konusu sistemin işleyişi kısaca şu şekildedir: Grubun anlaşmalı olduğu bir kredi kuruluşunda, grup hakiminin yönetim ve kontrolünde “havuz hesabı” da denebilecek olan bir merkezi hesap oluşturulur. Söz konusu bu havuz hesabı ile sisteme dahil olan grup şirketlerinin banka hesapları arasında -genellikle her iş günü sonunda- denkleştirme yapılmak suretiyle grup şirketlerinin hesapları sıfırlanır. Söyle ki, günün sonunda hesabı artıda bulunan grup şirketlerinin sahip oldukları nakit havuz hesabına aktarılırken, hesabı ekside bulunan grup şirketlerine ise havuz hesabından nakit aktarımı yapılır ve netice itibarıyla günün sonunda tüm grup şirketlerinin hesapları sıfırlanır. Böylece havuz hesabına nakit aktarım yapan grup şirketleri grup hakimine ödünç para verirken, hesabına nakit aktarımı yapılan grup şirketleri ise havuz hesabından, yani grup hakiminden ödünç para almış olurlar. Kısacası, söz konusu sistem kapsamında ödünç alışverişi, merkezi hesap/havuz hesabı üzerinden grup hakimi ve grup şirketleri arasında karşılıklı ve otomatik olarak gerçekleşir.

Ödünç para verme işlemi ister münferit olarak grup şirketleri arasında, isterse merkezi olarak cash pooling uygulaması kapsamında gerçekleştirilmiş olsun; her iki ihtimalde de ödünç verilirken kazanç elde etme gayesiyle değil, nakde ihtiyaç duyan grup şirketine *finansal destek verme* ve sonuç olarak nakde ih-

tiyaç duyan grup şirketleri açısından *finansman maliyetlerinin düşürülmesi* amacıyla hareket edilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, grup hakimi, grup içi oluşan ekonomik birikim ve sinerjiyi hem grubun bütünü hem de her bir grup şirketi açısından optimal şekilde yönetmeyi amaçlar. Bu doğrultuda grup hakimi, nakit fazlalığı olan grup şirketlerinden nakde ihtiyacı olan grup şirketlerine bankalara oranla daha düşük kredi oranları karşılığında ödünç verilmesini temin eder. Kredi koşulları, borcun münferit ödünç sözleşmeleri temelinde doğrudan bir grup şirketi tarafından ya da merkezi olarak cash pooling uygulaması kapsamında verilmiş olması fark etmeksizin, topluluğun genel politikası kapsamında grup hakimi tarafından belirlenir ve bu koşullar -yukarıda belirtildiği üzere- kredi kurumlarına kıyasla gerek faiz oranı gerekse maliyetler açısından çok daha düşük olmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere burada amaç, grup içi nakit birikiminin, nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin finansman ihtiyacının en az maliyetle giderilmesini sağlayacak şekilde değerlendirilmesidir. Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde, esasen ödünç para verenin değil, *ödünç para alan tarafın kazanç elde etmesi gayesiyle* hareket edilmektedir. Çünkü verilen para ödünç karşılığında talep edilen faiz oranı başta olmak üzere, grup içi borçlanma koşulları neredeyse her zaman kredi kuruluşları tarafından talep edilen faiz ve diğer koşullara oranla çok daha elverişli olmaktadır. Hatta uygulamada hakim şirket ya da kredibilitesi yüksek olan bir grup şirketi, (cash pooling uygulaması kapsamında ya da ondan tamamen bağımsız olarak) kredi kuruluşlarından kredi temin edip, bunu aynı şartlarla (ve bazen komisyon) karşılığında diğer grup şirketlerine ödünç olarak da verebilmektedir. Bu uygulamada da amaç yine nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin, piyasaya oranla daha az maliyetlerle ihtiyaç duydukları nakde ulaşmalarının sağlanmasıdır. Zira, hakim şirket ya da kredibilitesi yüksek olan bir grup şirketi, sahip olduğu yüksek pazarlık yapma gücü sayesinde nakde ihtiyacı olan grup şirketine oranla çok daha düşük faiz oranı ve maliyetler karşılığında kredi temin edebilecektir. Nitekim bu avantajlı durum, nakde ihtiyaç duyan grubun şirketinin ödemek zorunda kalacağı faiz oranına olumlu yansıtacak; krediyi kendisinin almış olması haline kıyasla katlanacağı masraflar azalacaktır. Sonuç olarak, gerek cash pooling sistemi üzerinden merkezi olarak gerek-

⁴³ Cash pooling sistemine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht, s. 45 vd. Türkçe açıklamalar için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling ve Alman Hukuku, s. 4 vd.

se münferit bir ödünç sözleşmesi temelinde herhangi bir grup şirketten faiz karşılığı borç alan grup şirketi, kredinin bir bankadan alınmış olması ihtimaline kıyasla çok daha kazançlı bir ödünç ilişkisi içine girmiş olacaktır.

Bu aşamada ayrıca belirtmek gerekir ki, borç veren şirket mutlaka *emsallerine uygun oranda bir faiz talep etmek zorundadır*. Bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak ifade edileceği üzere, ödünç işlemlerinde faiz talebi, muhtelif kanuni düzenlemeler ile şirketlere getirilmiş olan hukuki bir zorunluluktur.⁴⁴ Dolayısıyla grup içi borçlanmalarda faiz talebi kazanç elde etme amacından değil, emsallere uygun faiz alınması yönündeki mevcut kanuni düzenlemelerden, başka bir ifadeyle kanuni zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Ancak bu noktada özellikle değinilmesi gereken husus, *emsallerine kıyasla daha yüksek oranda* faiz talep edilmesi halinde, TCK m.241 anlamında bir kazanç elde etme amacından bahsedilip bahsedilemeyecek olduğudur. Bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere, her ne kadar ticari ödünçlerde talep edilebilecek faiz oranına ilişkin kanuni bir sınırlama bulunmasa da, tefecilik eyleminin bir suç tipi olarak düzenlenme sebebi göz önünde bulundurulacak olduğunda, ticari ödünç sözleşmeleri açısından da kural olarak “*emsallerine uygunluk*” kriteri aranmalı ve emsallerine oranla aşırı faiz talepleri, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirecek bir kazanç olarak nitelendirilebilmelidir. Özet olarak, ticari ödünç sözleşmeleri açısından ödünç karşılığı talep edilen karşılığın/faizin emsallerine kıyasla *aşırı* ya da *orantısız* olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmalı; bu bağlamda kural olarak piyasa koşulları dikkate alınmalı ve mutlak faiz oranını aşan miktarlarda faiz taleplerinin, kazanç sağlama amacıyla yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Ancak bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, grup içi ödünç işlemlerinde ve özellikle de cash pooling sistemi üzerinden gerçekleşen ödünç işlemlerinde, emsalleri aşan oranda faiz talebini haklı kılan bazı istisnai durumlar ortaya çıkabilir. Grup içi likiditenin cash pooling sistemi kapsamında merkezi şekilde yönetimi, grup şirketlerine genellikle piyasa koşullarına kıyasla daha az maliyetle nakde ulaşma imkanı sağlasa da, söz konusu sistem aynı zamanda

grup şirketleri açısından duruma bağlı olarak bazı ek maliyetlerin doğmasına da sebep olabilir. Zira her şeyden önce cash pooling sisteminin kuruluşu ve yönetimi için özel yazılım (software) gibi bazı teknik ekipmanlar gerekebilir. Bunun yanı sıra, piyasaları ve ilgili finansal piyasa ürünlerini iyi tanıyan ve grubun büyüklüğüne bağlı olarak sınır ötesi finansal piyasalar hakkında bilgi sahibi, yüksek nitelikli, uzman personelden oluşan profesyonel bir finansal yönetim ekibine de ihtiyaç duyulabilir. Nitekim sistemin kuruluşu ve yönetimi için gerekli olan tüm bu ihtiyaçlar, yüksek bir maliyeti de beraberinde getirebilir.⁴⁵ Dolayısıyla bazı münferit hallerde, cash pooling sistemi kapsamında verilen ödünçlerde faiz oranının emsallerinin üzerine çıkabilmesi mümkündür. Ancak buradaki fark kazanç elde etme amacından değil, cash pooling sisteminin işleyişine bağlı olarak gündeme gelen bazı ek masraflardan kaynaklanmakta olup; bu gibi hallerde faiz oranının emsallerini aşmış olması, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirecek bir durum olarak değerlendirilemez. Yine somut olay koşullarında, mali durumu sebebiyle kredi kuruluşlarından kredi alma imkanı olmayan ya da aşırı yüksek maliyetler karşılığında kredi alabilecek olan bir grup şirketine, hakim şirket ya da bir diğer grup şirketi tarafından veya cash pooling sistemi kapsamında emsallerine kıyasla yüksek oranda borç verilmesi halinde de, borç veren şirketin kazanç sağlama amacından bahsedilemeyecektir. Zira burada faiz oranının emsallerine oranla yüksek olmasının sebebi, mali çöküş içinde bulunan söz konusu grup şirketine finansal destek sağlanması neticesinde üstlenilen riskin yüksek olmasıdır. Sonuç olarak, grup içi ödünç işlemlerinde talep edilen faiz oranının emsallerine kıyasla yüksek olması, ancak somut olay koşullarında bunu haklı kılan sebeplerin yokluğu halinde, TCK m.241’in uygulanmasını gerektirebilecek bir kazanç olarak nitelendirilebilir.

⁴⁴ Bkz.: IV., B., 2.

⁴⁵ Cash pooling sistemi, her ne kadar grup şirketleri açısından büyük avantajlar sağlasa da, bazı riskleri ve olumsuz sonuçları da beraberinde getirmektedir. Buna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: **Özdin**, Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht, s. 64 vd.

IV. “HUKUKA AYKIRILIK” UNSURU AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Daha önce ilgili başlık altında da belirtildiği üzere, tefecilik suçu bakımından ortaya çıkabilecek olan hukuka uygunluk sebebi genel olarak “hakkın kullanılması”dır. Nitekim faiz karşılığı ödünç para verme konusunda özel düzenlemeler ile yetkilendirilmiş olan kurum ve kuruluşların, ilgili mevzuatlarına uygun bir şekilde gerçekleştirdikleri ödünç işlemleri bu kapsamda değerlendirilmekte ve tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmaktadır.⁴⁶ Ancak kanaatimce bunun yanı sıra, tefecilik suçu bakımından hakkın kullanılması niteliğinde olan ve dolayısıyla hukuka uygunluk hali olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer durum ise, ödünç verme fiiline ilişkin düzenlemelere uyulmak suretiyle gerçekleştirilmiş olan ödünç işlemleridir.⁴⁷ Bir başka ifadeyle, Türk hukuk sisteminin kabul etmiş ve belirlemiş olduğu şartlar kapsamında taraflar arasında kurulmuş olan bir ödünç ilişkisi, hukuk düzenince bu konuda kişilere tanınmış olan ödünç verme hak ve yetkisinin kullanılması, yani TCK m.26/1 anlamında “hakkın kullanılması” olarak nitelendirilmeli ve tefecilik suçu kapsamı dışında tutulmalıdır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ceza hukukunda bir eylemin *hukuka aykırılığının* ya da *uygunluğunun* belirlenmesinde sadece ilgili hukuk disiplini değil, hukuk sisteminin bütünü, yani hukuk sistemi içindeki tüm düzenlemeler göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir.⁴⁸ Buna göre, örneğin bir eylemin ceza hukuku disiplini açısından hukuka aykırı, medeni hukuk disiplini bakımından ise hukuka uygun olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁴⁹ Bu nedenle, bir davranışın kanunda belirtilen suç tipine bire bir uyması, suçun oluşması için tek başına yeterli kabul edilmemekte; buna ek olarak söz konusu davranışı hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olup olmadığı da ayrıca araştırılmaktadır.⁵⁰

⁴⁶ **Özgenç**, Tefecilik, s. 553; **İnci**, s. 163; **Baytaş**, s. 166; **Birtek**, s. 40; **Arslan & Azizağaoğlu**, s. 1004; **Arslan**, s. 39 vd.; “... İzin alınarak faiz karşılığında ödünç para verilmesi eylemi suç olmayacaktır...” YCGK, Tarih: 12.05.2015, Esas No: 2014/655; Karar No: 2015/152.

⁴⁷ Bu yönde ayrıca bkz.: **Arslan**, s. 39 vd.; **Bilge**, s. 118 vd.

⁴⁸ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 303; **Koca & Üzülmöz**, s. 264.

⁴⁹ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 303.

⁵⁰ **Koca & Üzülmöz**, s. 266.

Nitekim Türk hukuk sisteminde ödünç para verme fiili, gerek genel düzenlemeler gerekse şirketlere özgü birçok münferit kanuni düzenleme kapsamında geçerli ve hukuka uygun bir sözleşmesel ilişki olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda yalnızca ödünç para verme eylemi değil, aynı zamanda karşılığında faiz talep edilmesi de yine ilgili kanuni düzenlemeler kapsamında ödünç verene tanınan bir *hak* ve hatta bazen ödünç veren açısından bir *yükümlülük* olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olduğu üzere, ilgili mevzuata uyulmak suretiyle gerçekleştirilen grup içi faiz karşılığı ödünç işlemleri, kanaatimce hem TCK m.26/1 hem de TCK m.24/1 uyarınca TCK m.241’in uygulanmasına engel teşkil eden “hukuka uygun” işlemlerdir.

B. GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİNDE “HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ” OLUŞTURAN KANUNİ DÜZENLEMELER

1. Genel Hükümler (TBK m.386 vd.)

Ödünç para verme eylemi, Türk Borçlar Kanunu’nda bir sözleşme tipi olarak düzenlenmiş olup (TBK m.386-392), tarafların özgür iradesine tabi hukuka uygun bir eylem teşkil etmektedir.⁵¹ Hatta Türk kanun koyucusu, ödünç para veren tarafa karşılığında -belirli bir oranı aşmayacak şekilde (TBK m.88, 3095 sayılı Kanun)- faiz isteme hakkı dahi tanımıştır (TBK m.387). Dolayısıyla bir kişinin bir başka kişiye -mevzuata uygun faiz oranları karşılığında- ödünç para vermesi halinde, kanun tarafından sözleşme özgürlüğü kapsamında tanınmış olan bir *hakkın kullanılması* (TCK m.26/1) durumu söz konusu olmakta; bu da tefecilik suçunun oluşabilmesi açısından bulunması gereken hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Zira aksinin kabulü halinde, faiz karşılığı ödünç para verme eylemi, TBK m.386 vd. hükümleri anlamında *hukuka uygun* bir fiil teşkil ederken; TCK m.241 düzenlemesi anlamında tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi gereken *hukuka aykırı* bir eylem olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu ise hiç kuşkusuz, hukuk sisteminin mantıksal bütünlüğünü bozan bir çelişki meydana getirecektir.

Bu itibarla, bir kişinin -mevzuata uygun oranda- faiz karşılığında ödünç para vermesi, hukuk düzeninin kişiye bu konuda tanıdığı hakkın kulla-

⁵¹ Bkz.: III., A.

nilması olarak nitelendirilmeli ve ancak kanun tarafından belirlenmiş olan üst sınırı aşan miktarlardaki faiz taleplerinde hukuka aykırılık unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.⁵² Ticari ödünç niteliğini haiz grup içi ödünç işlemlerinde ise, emsallerine uygun faiz oranları karşılığında yapılan grup içi ödünç işlemleri hakkın kullanılması olarak değerlendirilmeli; emsallerine kıyasla aşırı faiz taleplerinde ise - somut olayda bu talebi haklı kılabilecek bir sebep olmadığı sürece- hukuka aykırılık unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.⁵³

2. Şirketlere Özgü Düzenlemeler (TTK m.358, 202; SerPK m.21; KVK m.13)

Bir önceki başlık altında ifade edilen genel hükümler dışında, faiz karşılığı grup içi ödünç işlemleri açısından *hukuka aykırılığı ortadan kaldıran* ve tefecilik suçunun uygulanmasına engel olan şirketlere özgü düzenlemeler de bulunmaktadır. Farklı kanunlar kapsamında ihdas edilmiş olan bu düzenlemeler ile, bir yandan şirketlerin ödünç para verme hakkı vurgulamakta (TTK m.358), diğer yandan ise şirketlere açık bir şekilde ödünç karşılığında faiz talep etme *yükümlülüğü* getirilmektedir (TTK m.202, SPK m.21, KVK m.13). Faiz talep etme yükümlülüğü, şirketler hukuku açısından bakıldığında *malvarlığının korunması ilkesinden*; vergi hukuku açısından ise *vergi kaybının önlenmesi ihtiyacından* kaynaklanmaktadır. Nitekim -aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olduğu üzere- söz konusu düzenlemeler, emsallerine uygun grup içi ödünç işlemleri açısından hem TCK m.26/1 (*hakkın kullanımı*) hem de TCK m.24/1 (kanun hükmünün yerine getirilmesi) anlamında hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadırlar.

- (i) Bu bağlamda ele alınması gereken düzenlemelerden ilki, anonim ve (TTK m.644/b uyarınca) limited şirketlerin ortaklarına ödünç para verme koşullarının düzenlendiği **TTK m.358** hükmüdür. Söz konusu hükümde, pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan *vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe* ve *şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça* şirkete borçlanama-

yacakları dile getirilmiştir. Söz konusu hüküm, anonim ve limited şirketlerin pay sahiplerine ödünç para verebilme şartlarını düzenlemenin yanı sıra, konumuz açısından bakıldığında aynı zamanda şirketlerin ödünç para verme hak ve yetkisinin teyit edildiği şirketler hukukuna özgü bir düzenlemedir. Şöyle ki, ilk kez 6102 sayılı TTK ile mevzuata dahil olan TTK m.358, kanunlaşma sürecinde önemli bir değişikliğe uğratılmış ve tasarıdaki ilk hali terkedilerek bugünkü halini almıştır. TTK m.358'in değiştirilmemiş olan ilk metninde, şirketin pay sahiplerine para ödünç vermesi adeta yasaklanmıştı. Ancak sonradan madde metni 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve şirketin pay sahiplerine ödünç para vermesinin önünde -prensip olarak- bir engel bulunmadığı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.⁵⁴ Dolayısıyla madde- nin ilk haline yapılan bu müdahale, kanun koyucunun şirketin ortaklarına borç para verme hakkını özel olarak vurgulaması ve işlemin yapılabilirliğini şirketler hukuku bağlamında özel olarak teyit etmesi olarak yorumlanmalıdır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, TTK'da ticaret şirketlerinin genel olarak ödünç para vermelerini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla genel hükümler (TBK m.386 vd.), -faiz oranına ilişkin kanuni sınırlama hariç (TTK m.8/1)- tüm ticaret şirketleri açısından da uygulama alanı bulacaktır. TTK m.358 hükmü ise, şirketlerin ödünç para verme hakkını zımni olarak teyit eden ve bu anlamda grup içi ödünç işlemlerinin -genel hükümlere ek olarak- şirketler hukukuna özgü hukuki dayanağını ve bu itibarla tefecilik suçu açısından TCK m.26/1 anlamında hukuka uygunluk sebebi oluşturan bir kanuni düzenlemedir.

- (ii) Grup içi ödünç işlemleri açısından öncelikli olarak uygulama alanı bulacak olan ve bu aşamada özellikle dile getirilmesi gereken bir diğer düzen-

⁵² Bu yönde ayrıca bkz.: **Arslan**, s. 36, 40; **Bilge**, s. 119 vd.

⁵³ Emsallerini aşan oranda faiz taleplerini haklı kılabilecek nedenlere ilişkin olarak bkz.: III., B.

⁵⁴ TTK m.358'in ilk hali ve 6335 sayılı Kanun sonrasındaki hali arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı açıklama ve hükmün yeniden düzenlenmesi bağlamında *de lege ferenda* bir öneri için bkz.: **Özdin**, Funda (2021), 'Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m.480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu-Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak', MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, Onikilevha, s. 105 vd.

leme ise **TTK m.202** hükmüdür. Şirketler topluluğu hukukunda sorumluluk meselesinin ele alındığı TTK m.202’de, hakim şirketin bağlı şirketler üzerinde sahip olduğu hakimiyeti, bağlı şirketleri **kayba** uğratmamak ya da bir kayıp meydana gelmesi halinde söz konusu kaybın kanunda belirtildiği şekilde giderilmesi şartıyla uygulamasına müsaade edilmiştir (TTK 202/1-a). Dolayısıyla TTK 202/1-a uyarınca, grup içi gerçekleşen ödünç işlemlerinde ödünç veren şirketin kayba uğramaması ya da uğradığı kaybın kanunda belirtildiği şekilde giderilmesi gerekmektedir.

TTK m.202/f.1 anlamında *kayıp* kavramı, yalnızca somut olarak gerçekleşmiş olan malvarlığı azalması olarak değil, malvarlığında meydana gelecek olan artmanın veya kârın engellenmesinin de kapsama dahil edildiği geniş bir alanı kapsamaktadır.⁵⁵ Bu açıdan bakıldığında grup içi ödünç işlemlerinde, faizsiz ya da emsallerine oranla düşük faiz karşılığı ödünç para verilmesi durumunda, bir yandan bağlı şirket malvarlığı enflasyon oranı kadar değer kaybına uğrayacak, diğer yandan malvarlığının paranın bir kredi kuruluşunda değerlendirilmesi halinde alınacak olan ücret kadar artması önlenmiş olacak ve neticede bağlı şirket hakim şirkete verdiği meblağ karşılığında, kredi kuruluşundan alacak olduğu toplam faiz ücreti kadar bir kayba uğrayacaktır.⁵⁶ Ayrıca bu durumda bağlı şirketin söz konusu meblağı bir bankada değerlendirseydi elde edeceği faiz miktarının, yani kârının tamamının (olması gerekenden daha az bir faiz alınması durumunda ise bir kısmının) sermayenin korunması ilkesine aykırı bir şekilde hakim şirkete aktarılması hali de gündeme gelecektir. Neticede grup şirketlerinin faizsiz ya da düşük faizle para ödünç vermesi durumunda, (emsalleriyle kıyaslandığında) yoksun kalınan meblağ kadar bir kayıp ortaya çıkacaktır.⁵⁷ Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde, borç veren şirketin kayba uğramaması açısından, ödünç veren grup şirketinin **emsallerine uygun bir faiz** talebinde bulunması gerekmektedir.

Bu, TTK m.202/f.1 düzenlemesi ile öngörülen kanuni bir zorunluluk olup; faiz talebi açısından TCK m.24 (*kanun hükmünün yerine getirilmesi*) hükmü uyarınca tefecilik suçunun uygulanmasına engel olan bir hukuka uygunluk sebebi meydana getirmektedir.

(iii) Burada değinilmesi gereken bir diğer düzenleme, halka açık ortaklıklarda malvarlığının ilişkili kişilere aktarılmasının engellenmesi amacıyla hizmet eden **SerPK m.21**’dir (“Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı”).⁵⁸ Söz konusu hükümde ana hatlarıyla, halka açık ortaklıklar (ve kolektif yatırım kuruluşları) ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının çeşitli işlemler vasıtasıyla ilişkili kişilere kazanç aktarmaları yasaklanmış ve yaptırma tabi kılınmıştır. Hükümde kazanç aktarımının emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı şartlar içeren iş ve işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği belirtilerek; bunun, kârın veya malvarlığının azalması yahut kârın veya malvarlığının artmasının engellenmesi şeklinde aktif ya da pasif davranışlarla ortaya çıkabileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla grup içi gerçekleşen ödünç işlemlerinin SerPK m.21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmemesi açısından, ödünç karşılığında **emsallerine uygun oranda bir faiz** talep edilmesi gerekmektedir.⁵⁹ Faizsiz ya da emsallerine oranla düşük faiz karşılığı ödünç para verilmesi durumunda ise, TTK m.202’ye ilişkin açıklamalar kapsamında ifade edildiği üzere, örtülü şekilde bir kazanç aktarımı yapılmış olacaktır. Buna bağlı olarak da ödünç veren şirket açısından, örtülü kazanç aktarımına bağlanan hukuki, cezai ve idari yaptırımlar gündeme gelecektir (SerPK m.21/4, 94, 110). Dolayısıyla, grup içi ödünç işlemlerinde emsal-

⁵⁵ **Özdin**, Funda (2020), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu’ Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, İstanbul, Onikilevha, s. 70 vd. ve ayrıca s. 70 dn. 39’da belirtilen diğer yazarlar.

⁵⁶ **Özdin**, Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu, s. 71.

⁵⁷ **Özdin**, Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu, s. 71.

⁵⁸ SerPK m.21 düzenlemesi uyarınca örtülü kazanç aktarımı yasasına ilişkin ayrıntılı açıklama için özellikle bkz.: **Kaya**, Arslan (2014), Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, s. 193 vd.; **Günay**, Ece Deniz (2018), Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Onikilevha, s. 5 vd.; **Duran**, Arif (2021), Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İstanbul, Onikilevha, s. 157 vd.

⁵⁹ Gerek Sermaye Piyasası Kurulu gerekse Yargıtay kararlarında, *emsallerine göre düşük faiz* oranı ile hâkim şirkete veya grup şirketlerine ödünç verilmesi işlemi, anılan hüküm kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmektedir. Bu yöndeki kararlar için bkz.: **Duran**, s. 255 vd.

lerine uygun faiz talebi, sermaye piyasası hukuku yönünden de ödünç veren şirketin uymakla yükümlü olduğu bir kanuni zorunluluk olup; TCK m.24 anlamında bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir.

- (iv) Grup içi ödünç işlemlerinde emsallerine uygun oranda faiz talebi, vergi hukuku açısından da bir zorunluluktur. Zira **5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) 13. maddesi** uyarınca, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri faiz oranı üzerinden borç vermeleri halinde, kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilmektedir. Nitekim verilen ödünç karşılığında emsallerine kıyasla düşük oranda faiz alınması ya da hiç faiz alınmaması suretiyle (transfer fiyatlandırması yoluyla) örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarı, dağıtılmış kâr olarak kabul edilmekte ve vergiye tabi kılınmaktadır (KVK m.13/6). Dolayısıyla yukarıda ifade edilen düzenlemelerin yanı sıra, vergi hukuku açısından da grup içi ödünç işlemlerinde faiz talep edilmesi ve ayrıca talep edilen faizin **emsallerine uygun olması** gerekmektedir.

V. "KORUNAN HUKUKİ DEĞER" AÇISINDAN GRUP İÇİ ÖDÜNÇ İŞLEMLERİ

Türk ceza hukuku doktrininde, TCK m.241 düzenlemesi ile korunan hukuki değer ne olduğu hususunda farklı görüşlerin bulunduğu; ancak gerek Yargıtay gerekse çoğunluk tarafından suçun ihdası ile serbest piyasa ekonomisinin ve ekonomik yaşamın güvenilirliğinin bozulmasının engellenerek, kamu kaynaklarının korunmasının amaçlandığının kabul edildiği ifade edilmiştir.⁶⁰ Gerçekten de gerek tefecilik suçunun Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği yer gerekse suçun düzenleniş şekli ve dolayısıyla unsurları dikkate alındığında, TCK m.241 düzenlemesi ile korunan hukuksal değer, bireysel menfaatlerden ziyade genel olarak ekonomik hayatın güvenli bir şekilde işlemesi ve bu bağlamda hem kamu otoritesinin hem de kamu güvenliğinin sağlanması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira dikkat edilecek olursa, madde metninde tecrübesizlik, basiretsizlik veya içinde bulunulan zor durum nedeniyle tefeciden ağır ko-

şullarda borç almak zorunda kalan kişilerin bireysel menfaatlerinin zedelendiğine ya da sözleşme özgürlüklerinin kısıtlandığına dikkat çeken ve bu menfaatlerin korunduğunu gösteren bir ifade yer almamaktadır. Bu bağlamda daha çok faiz karşılığı ödünç verme işlerinin izin verilen kişi veya kurumlarca yapılmasının sağlanması suretiyle *kayıt dışı ekonominin önlenmesi* ve böylece özellikle *devletin vergi kaybına uğramasının önüne geçilmesi* ve sonuç olarak *kamu otoritesinin tesis edilmesinin* amaçlandığı görülmektedir. Nitekim bu açıdan değerlendirilecek olduğunda, grup içi ödünç işlemlerinde, tefecilik eyleminin bir suç olarak düzenlenmiş olması ile korunmak istenen söz konusu menfaatleri zedeleyen herhangi bir aykırılığın varlığından bahsetmek son derece zordur. Zira grup içi ödünç işlemleri, şirketler muhasebesinin kurları gereğince kayıt altına alınmakta ve elde edilen faiz şirketin vergiye tabi kazancına dahil edilmektedir. Bu sebeple burada devletin gözetimi ve denetimi olmaksızın, yani kayıt dışı gerçekleşen bir ödünç işleminin varlığından söz edilemeyecektir. Bu açıdan ele alındığında, grup içi ödünç işlemlerinde devletin vergi kaybına uğraması ve kamu otoritesinin sarsılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Diğer yandan, doktrinde çeşitli yazarlarca savunulduğu üzere, suçun ihdası ile basiretsizlik veya içinde bulunulan zor durum nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin bireysel menfaatlerinin korunduğu düşünülse dahi; grup içi ödünç işlemlerinde ödünç alan taraf bir ticaret şirketi olacağı için, söz konusu ödünç işlemlerinde korunmaya muhtaç böyle bir menfaatin varlığından bahsedilemez. Zira ticaret şirketleri, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olup (TTK m.18/2); tecrübesizlik, basiretsizlik veya aşırı yararlanma (TBK m.28) gibi sebeplere dayanamazlar.

Sonuç olarak, grup içi ödünç işlemlerinde TCK m.241 düzenlemesi ile korunmak istenen hukuki değer, zedelenmesi ve dolayısıyla hükmün uygulanmasını gerektiren bir hukuki menfaat ihlali söz konusu değildir.

VI. SONUÇ

Yapılan açıklamalar göstermektedir ki, emsallerine uygun faiz oranları karşılığında gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemleri, *de lege lata* TCK m.241

⁶⁰ Bkz.: II., B.

hükmü kapsamında değerlendirilemez. Özetle belirtmek gerekirse:

- (i) Her şeyden önce, grup içi ödünç işlemlerinde tefecilik suçunun uygulanabilmesi için gerekli olan amaç unsuru, yani **kazanç elde etme amacı gerçekleştirilmemektedir**. Zira, grup içi ödünç işlemlerinde amaç TCK m.241 anlamında kazanç elde etmek değil, nakde ihtiyacı olan grup şirketlerine *finansal destek* sağlamaktır. Ödünç karşılığında faiz talep edilmiş olması da yine kazanç sağlama amacından değil, çeşitli kanuni düzenlemelerle şirketlere getirilmiş olan *emsallerine uygun oranda faiz talep etme yükümlülüğünden* kaynaklanmaktadır. Ancak talep edilen faizin (piyasa koşullarına göre belirlenecek olan) emsallerine kıyasla *aşırı* ya da *orantısız* olması halinde, TCK m.241 anlamında kazanç sağlama amacının gerçekleştiği söylenebilecektir. Kural bu olmakla beraber, somut olay koşullarında verilen ödünç karşılığında emsallerinin üzerinde faiz talep edilmesini haklı kılan hallerin bulunması durumunda ise, bu talebin TCK m.241 anlamında kazanç sağlama amacına yönelik olmadığı; burada TCK m.26/1 anlamında bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu kabul edilmelidir.
- (ii) Diğer yandan, ödünç para verme ve karşılığında mevzuata uygun oranlarda faiz talebi, gerek genel hükümler gerekse şirketlere özgü münferit düzenlemeler kapsamında, geçerli ve hukuka uygun bir sözleşmesel ilişki teşkil etmektedir. Dahası şirketler ve vergi hukukuna özgü bazı münferit düzenlemeler, ticaret şirketlerini verdikleri ödünçler karşılığında emsallerine uygun oranda faiz talep etmeyle *yükümlü* kılmaktadır. Dolayısıyla ilgili mevzuata uyulmak suretiyle gerçekleştirilen grup içi faiz karşılığı ödünç işlemleri, genel olarak TCK m.26/1 anlamında **hakkm kullanılması**, emsallerine uygun faiz talebi açısından ise TCK m.24/1 anlamında **kanun hükmünün yerine getirilmesi** olarak değerlendirilmesi gereken eylemlerdir. Bu itibarla emsallerine uygun faiz karşılığı gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemlerinde, tefecilik suçunun uygulanması için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

- (iii) Son olarak, grup içi ödünç işlemlerinde TCK m.241 düzenlemesi ile **korunan hukuki menfaatin zedelenmesi gibi bir durum söz konusu değildir**. TCK m.241 düzenlemesi ile esas itibariyle *kayıt dışı ekonominin önlenmesi* ve böylece özellikle *devletin vergi kaybına uğramasının önüne geçilmesi* ve sonuç olarak *kamu otoritesinin tesis edilmesi* amaçlanmaktadır. Grup içi ödünç işlemleri ise şirket muhasebesi kuralları çerçevesinde kayıt altına alınmakta ve her şeyden önce elde edilen faiz, şirketin vergiye tabi kazancına dahil edilmektedir. Bu sebeple burada devletin gözetimi ve denetimi olmaksızın gerçekleşen (kayıt dışı) bir nakit akışı bulunmamaktadır. Dolayısıyla grup içi ödünç işlemlerinde devletin vergi kaybına uğraması ve kamu otoritesinin sarsılması gibi bir durum söz konusu değildir.

Ancak, her ne kadar belirtilen sebeplerden ötürü emsallerine uygun faiz oranları karşılığında gerçekleştirilen grup içi ödünç işlemlerinin, *de lege lata* TCK m.241 hükmü kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşü savunulsa da; bu konudaki belirsizliğin bütünüyle ortadan kaldırılması ve grup içi ödünç işlemlerinin tefecilik suçu kapsamına girme riski olmaksızın gerçekleştirilebilmesi açısından, ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketler arası ödünç işlemlerini açık bir şekilde tefecilik suçu dışında bırakan özel bir düzenleme yapılması **de lege ferenda** önerilmektedir. Özellikle kredi kuruluşlarından nakit temin etmenin gittikçe ağır şartlara bağlandığı ve zorlaştığı şu günlerde, grup içi nakit birikiminin grup şirketleri açısından alternatif bir finansman kaynağı olarak kullanımının engellenmesi, Türk ticari hayatı açısından olumsuz bir durumdur. Nakde ihtiyaç duyan grup şirketlerinin, grup içi ekonomik sinerjiden/birikimden düşük maliyetler karşılığı faydalanabilecek olmalarına rağmen, kredi kuruluşlarından yüksek maliyetler karşılığında nakit temin etmek zorunda bırakılmaları, işletme ekonomisi açısından anlaşılabilir bir durum değildir. Doğrudan ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketler arası gerçekleşen mevzuata uygun ödünç ilişkileri, esasen tıpkı aile bireyleri arasında gerçekleşen ödünç ilişkilerinde olduğu gibi, finansal destek sağlama amacına hizmet etmektedir. Ortaklık ilişkisi içinde bulunan şirketlerin hukuka uygun şekilde birbirlerini finansal açıdan desteklemelerine engel olmak, uzun vade-

de Türk şirketlerinin rekabet etme gücünü düşüre-
ceği gibi, makro boyutta Türk ekonomisi açısından
da olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca dışarıdan
kredi temin edemeyecek derecede mali çöküş içinde
bulunan bir (ilişkili) şirkete borç vermek suretiyle,
söz konusu şirketi tekrar ekonomiye kazandırmak
için destekte bulunmak isteyen bir şirketi tefecilik
suçu riskiyle karşı karşıya bırakmanın, mantıklı bir
açıklaması olamaz. Dolayısıyla, ilişkili şirketler ara-
sı ödünç işlemlerinin tefecilik suçu kapsamı dışında
tutulmasına yönelik özel bir düzenleme yapma ge-
reği ortadadır. Ancak yapılan düzenleme, yalnızca
TTK m.195 anlamında şirketler topluluğu oluşturan
şirketler arası ödünç ilişkilerini değil, doğrudan
ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan
tüm ticaret şirketleri arasında gerçekleşen ödünç iş-
lemlerini kapsayacak genişlikte kaleme alınmalıdır.
30.11.2018 tarihli 2/1369 esas numaralı Kanun Tek-
lifi'nin 63. maddesi ile 6361 sayılı Kanun'a eklenmek
istenen madde metnine bakıldığında, burada yalnızca
bir şirketler topluluğu çatısı altında bulunan
şirketler arası gerçekleşen ödünç işlemlerinin konu
alındığı görülmektedir.⁶¹ Ancak kanaatimce, olması
gereken hukuk açısından 6361 sayılı Kanun'a eklen-
mesi gereken madde metni, yalnızca bir şirketler
topluluğuna/gruba dahil şirketler arası gerçekleşen
ödünç işlemlerini değil, aynı zamanda bir şirketler
topluluğuna/gruba dahil olmayan, ancak doğrudan
ya da dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulunan
şirketler arası gerçekleşen ödünç işlemlerini de kap-
sar genişlikte kaleme alınmalıdır. Buna uygun ola-
rak da, söz konusu madde metninin şu şekilde ifade
edilmesi *de lege ferenda* önerilmektedir:

***“Tacir tüzel kişiler, doğrudan ya da ortak veya
iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık
ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere,
faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun ola-
rak ödünç para verebilirler.”***

⁶¹ “Ödünç Para Verme: Ek madde 1) 6102 sayılı Kanununun **195’inci maddesi** hükümleri çerçevesinde **şirketler topluluğunu oluşturan şirketler**, birbirlerine uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.” Ayrıca bkz.: I (Giriş).

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin** (2014), ‘Tefecilik Suçu’, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, s. 25-47.
- Arslan, Çetin & Azizağaoğlu**, Bahattin (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayın ve Dağıtım.
- Aydoğdu Murat** (2011), ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’, DEÜHFD, C. 12, S. 1, Y. 2010, s. 85-136.
- Bardakçı**, Ahmet Haşim (2020), ‘Tefecilik Suçu’, TAAAD, Yıl. 11, S. 41, s. 623-682.
- Baytaz**, Abdullah Batuhan (2020), ‘Tefecilik Suçu’, YBHD, Yıl. 5, S. 2, s. 139-174.
- Bilge**, Burak (2017), Faizin Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Adalet Yaynevi.
- Birtek**, Fatih (2009), ‘Tefecilik Suçu (T.C.K. m.241)’, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 25-42.
- Duran**, Arif (2021), Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İstanbul, Onikilevha.
- Göktürk**, Kürşat (2015), ‘Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi’, GÜHFD, C. XIX, S. 2, s. 3-44.
- Günay**, Ece Deniz (2018), Sermaye Piyasası Hukuku’nda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, Onikilevha.
- Günay**, Erhan (2014), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- İnci**, Z. Özen (2017), Tefecilik Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kaya**, Arslan (2014), Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21), İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 193-204.
- Koca**, Mahmut & **Üzülmez**, İlhan (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Köken**, Enes (2016), ‘Tefecilik Suçu’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, s. 77-102.
- Meran**, Necati (2010), ‘Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu ve 90 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanması’, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 51, s. 103-113, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Meran**, Necati (2013), Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, (Atf: ‘Ekonomik Suçlar’).
- Orbay Ortaç**, Nurdan (2014), ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz’, ABD, S. 2, s. 117-134.
- Özbek**, Veli Özer (2010), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’, CHD, S. 14, s. 29-39, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Özbek**, Veli Özer (2021), Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin, (Atf: ‘Ekonomi Ceza Hukuku’).
- Özbek**, Veli Özer & **Doğan**, Koray & **Bacaksız**, Pınar (2021), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özdin**, Funda (2012), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§57/I/c.3 AktG, §30/I/c.2 GmbHG)’, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/yazar-detay/Funda%20%C3%96z-din>, (Atf: ‘Cash Pooling ve Alman Hukuku’).
- Özdin**, Funda (2018), Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht unter den Aspekten von Kapitalerhaltung und -aufbringung, Berlin, Duncker & Humblodt, (Atf: ‘Cash Pooling im deutschen und türkischen Konzernrecht’).
- Özdin**, Funda (2020), ‘Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu’, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 19 Haziran 2019, İstanbul, On İki Levha, s. 51-118, (Atf: ‘Cash Pooling ve Bağlı Şirket Yönetim Kurulu’).
- Özdin**, Funda (2021), ‘Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m.480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu-Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak’, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 85-121.
- Özgenç**, İzzet (2010), ‘Tefecilik Suçu’, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, C. XIV, s. 543-553, (Atf: ‘Tefecilik’).
- Özgenç**, İzzet (2021), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin, (Atf: ‘Genel Hükümler’).
- Parlar**, Ali (2011), Türk Ceza Hukukunda Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara, Bilge.
- Parlar**, Ali & **Hatipoğlu**, Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt. 4, Ankara, Seçkin.
- Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2019), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Yağcı**, Kürşad (2013), ‘Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m.8 ve TTK m.9) Bakımından Uygulanabilirliği’, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 421-437.
- Yenidünya**, Caner (2013), ‘Tefecilik Suçu (TCK m.241)’, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 2, S. 6, s. 3-27.
- Yücesoy Yılmaz**, Yasemin (2019), ‘Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması’, TBB Dergisi (140), s. 303-330.

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.*

PAY SAHIPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK VE TAHKİM^(*)(**)

MEDIATION AND ARBITRATION IN THE RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM SHAREHOLDER AGREEMENTS

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed SULU^(***)

*İki kişi anlaşmadan birlikte yürüyebilir mi?
Amos 3:3, İncil*

Öz

Pay sahipleri sözleşmesi, ortaklar arasında akdedilen, ortaklıktaki mevcut haklar ve menfaatler dengesini değiştirmeyi amaçlayan ve nihai olarak ortaklığın stratejik yönelimini belirleyen bir sözleşmedir. “Hissedarlar/Ortaklar sözleşmesi”, “Havuz sözleşmesi”, “Centilmenlik sözleşmesi” veya “Oy sözleşmesi” gibi isimlerle de adlandırılan bu sözleşmelerde genel olarak; ortaklığın organlarına ve yönetim teşkilatına, opsiyon haklarına, pay devir sınırlamalarına, rüçhan haklarına, rekabet yasağına, kâr dağıtımına, yatırım politikalarına, ortaklığın hesaplarının düzenli olarak incelenerek gerektiğinde fonlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin uygulamadaki sayısı, Türk Ticaret Kanunu m.340 ve m.579’da şirket sözleşmeleri için öngörülmuş olan kısıtlamalardan sonra artmıştır. Yine TTK m.480’deki tek borç ilkesi de anonim ortaklık pay sahiplerine korporatif düzlemde sermaye koyma borcu dışında ilave borçların yüklenilmesine engel olmaktadır. Ayrıca pay sahiplerinin ticari sır mahiyetindeki bilgilerini gizli tutma istekleri de bu sözleşmelere gösterilen ilgiyi artırmaktadır. Atipik bir borçlar

hukuku sözleşmesi olan pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, şirket tüzel kişiliğinin bünyesi dışında ortaya çıktığından, başka bir deyişle korporatif nitelikte olmadıklarından, kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri alana taalluk etmekte ve böylece ilgili uyuşmazlıklar tahkime ve arabuluculuğa elverişli olabilmektedir. Pay sahiplerinin aralarındaki girift ve çok yönlü menfaat ilişkilerini düzenleyen bu sözleşmeler, uygulamada pek çok uyuşmazlığa sebep olmaktadır. Ortaklıklar, her ne kadar bu sözleşmelerin tarafı olmasa dahi, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan çoğu zaman etkilenmektedir. Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile arabuluculuk ve tahkim kurumlarının karşılıklı pozisyonlarının incelenmesi, ticaret hukuku, borçlar hukuku ve usul hukuku gibi farklı disiplinlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ayrıca bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı çalışmada çözüm aranacak sorunlardandır.

Anahtar Kelimeler

Pay Sahipleri Sözleşmesi, Tahkim, Arabuluculuk.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 31.12.2021 / Kabul Tarihi: 25.07.2022).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 25.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

^(***) İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (msulu@29mayis.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9634-2272).
Atıf/Citation: Sulu, Muhammed (2022) “Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk ve Tahkim”, TFM, C: 8, S: 2, s. 511-528.

Abstract

The shareholders' agreement is a contract concluded between the partners, which aims to change the existing balance of rights and interests in the partnership and ultimately determines the strategic direction of the partnership. In these agreements, which are also called as "Shareholders/Partners agreement", "Pool agreement", "Gentleman's agreement" or "Voting agreement", in general; There are regulations regarding the organs and management organization of the partnership, option rights, share transfer restrictions, preference rights, non-competition, profit distribution, investment policies, regularly examination of the accounts of the partnership and funding it when necessary. The number of these contracts in practice increased after the restrictions foreseen for company contracts in Turkish Commercial Code Art.340 and 579. Again, The single debt principle in TCC Art.480 also prevents the joint stock company shareholders from incurring additional debts other than the corporate capital investment debt. In addition, the desire of the shareholders to keep their trade secret information confidential increases the interest shown

GİRİŞ

Pay sahipleri sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü'nün sınırlandırıldığı şirketler hukukundan daha serbest bir alan olan borçlar hukukuna doğru geçişi amaçlayan atipik bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile, pay sahiplerinin tamamı veya bir kısmı, birbirlerine karşı yapma, yapmama veya verme gibi taahhütler üstlenirler. Sözleşmenin tarafları, bu sözleşme ile anonim ortaklıkta kural olarak kabul edilen haklar sistemini ve menfaatler dengesini değiştirmeyi amaç edinirler. Türk Ticaret Kanunu m.340 ve m.579'da şirket sözleşmeleri için öngörülmüş olan kısıtlamalar ile pay sahiplerinin korporatif düzlemde ihtiyaçlarına ve amaçlarına göre sözleşmesel düzenlemeler yapmaları önemli ölçüde engellenmiştir. Çeşitli avantajları ve dezavantajları olan bu iki hüküm genel itibariyle "çelik korse" olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca TTK m.480'deki tek borç ilkesi de anonim ortaklık pay sahiplerine sermaye koyma borcu dışında ilave borçların yüklenilmesine engel olmaktadır.

Kanun koyucu, TTK m.336'nın gerekçesinde de belirttiği gibi "pay sahipleri sözleşmesini ... şirketler hukukunun saçağının dışında tutma"yı amaçlamakta ve TTK m.480'in gerekçesinde pay sahipleri sözleş-

to these agreements. Since the disputes arising from the shareholders' agreement, which is an atypical agreement of law of obligations, arise outside the body of the company's legal entity, in other words, they are not of a corporate nature, as a rule, they belong to the area on which the parties can dispose freely, and thus the related disputes can be suitable for arbitration and mediation. These agreements, which regulate the intricate and multifaceted interest relations between the shareholders, cause many conflicts in practice. Although partnerships are not a party to these agreements, they are often affected by the disputes arising from these agreements. The examination of disputes arising from shareholders' agreements and the mutual positions of mediation and arbitration institutions requires the evaluation of different disciplines such as commercial law, law of obligations and procedural law. In addition, whether the disputes arising from these contracts are within the scope of mandatory mediation is one of the problems to be resolved in the study.

Keywords

Shareholders Agreement, Arbitration, Mediation.

mesini "esas sözleşme düzenine ve kanuna hükmeden veya ikisine de birden bertaraf eden bir düzen yaratan" bir sözleşme olarak görmektedir. Buna rağmen uygulamada pay sahipleri sözleşmesine gösterilen ilginin artarak devam ettiği müşahede edilmektedir. Pay sahiplerinin aralarındaki girift ve çok yönlü menfaat ilişkilerini düzenleyen bu sözleşmeler, uygulamada pek çok uyuşmazlığa sebep olmaktadır. Anonim ortaklıklar hukukundaki emredici düzenlemelerden, borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğüne geçişi amaç edinen pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin bazı hallerde geçersiz sayılması veyahut uygulanabilme kabiliyetine sahip olmaması ikilemi dikkate değerdir.

Pay sahiplerinin birbirlerine karşı vermiş oldukları taahhütlerin ihlal edilmesinin sonuçları yine pay sahipleri üzerinde doğacaktır. Ne var ki, bu sözleşmelerin şirket bakımından bağlayıcılığı bulunmasa dahi, dolaylı olarak şirketi önemli ölçüde etkiledikleri açıktır. Üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği, genel özellikleri ve borçlar hukuku ile ticaret hukuku disiplinleri arasında konumlandığı yer temel hatları ile irdelenecektir.

Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar genel itibariyle farklı menfaat ilişkilerini

barındıran, girift ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklar olarak kabul edildiklerinden dolayı ilgili sözleşmelerde tahkim şartına yer verildiğine sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu sözleşmelerden doğan ihtilafların tahkime elverişli ve uygun olup olmadığı çalışmanın ikinci bölümünde incelenecek hususlardır.

Hukukumuzda konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat taleplerini içeren ticari uyuşmazlıklarda dava şartı haline getirilerek uygulamada yerleşmesinin amaçlandığı arabuluculuk kurumunun, pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ne ölçüde katkı sunabileceği de çalışmanın son bölümünde incelenecektir. Yine pay sahipleri sözleşmesinden doğan davalar bakımından arabulucuya başvurunun bir dava şartı olup olmadığı da bu bölümde cevap aranacak sorulardandır.

Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile arabuluculuk ve tahkim kurumlarının karşılıklı pozisyonlarının incelenmesi, ticaret hukuku, borçlar hukuku ve usul hukuku gibi farklı disiplinlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Çalışmada bu değerlendirme yapılırken karşılaştırmalı hukuktan, güncel yargı kararlarından ve uygulama örneklerinden faydalanılacaktır.

I. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, GENEL ÖZELLİKLERİ VE BORÇLAR HUKUKU İLE TİCARET HUKUKU DİSİPLİNLERİ ARASINDA KONUMLANDIĞI YER

Anonim ortaklığın pay sahipleri arasında akdedilen pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliğini ve özelliklerini saptamadan evvel pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetini sorgulamakta fayda vardır. Sözleşme ve her şirket türünde yoğunluğu değişse de *affectio societatis* (müşterek amaç uğrunda çalışma ve bu amaca aykırı fiillerden kaçınma) bir ortaklığı meydana getiren unsurlardandır. Teorik anlamda, TTK m.331’de belirtilen ekonomik amacın gerçekleşmesi için bir araya gelen pay sahipleri, şirkete sermaye getirerek özkaynak sağlamaları sebebiyle en önemli menfaat gruplarından biridir. Pay sahipleri arasında, “ortaklık” kavramından neşet eden özel hukuki bağ mevcuttur.¹ Bunun yanında di-

ğer tüm ortaklık türlerinde olduğu gibi, anonim ortaklıkların temelinde de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme bulunmaktadır.² İşte bu sözleşmedir ki, anonim ortaklık pay sahiplerini birbirine hukuken bağlar.³ Kanunda ve esas sözleşmede belirli ölçüde çizilen bu hukuki ilişkinin sınırlarını sözleşme serbestisi altında daha da netleştirmek isteyen pay sahiplerinin uygulamada “pay sahipleri sözleşmesi”, “hissedarlar/ortaklar sözleşmesi”, “havuz sözleşmesi” (“*shareholders agreement*”, “*aktionärbindungsverträge*”, “*pactes d’actionnaires*”, “*poolvertrag*”) veya “centilmenlik sözleşmesi” olarak adlandırılan sözleşmeler düzenlediklerine şahit olunmaktadır. Bu sözleşmeler, herhangi bir kanunda düzenlenmemiş, korporatif⁴ nitelik taşımayan, pay sahiplerinin hem birbirlerine hem de ortaklığa karşı olan hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ve nihai olarak ortaklığın stratejik yönelimini belirleyen metinlerdir. Her ne kadar korporatif düzlemde ortaya çıkmasa da, bu metinlerin etkileri şirket düzeninde yoğun bir şekilde hissedildiğinden dolayı İsviçre doktrininde pay sahipleri sözleşmesi için esas sözleşmeye nispetle “ayın görünmeyen yüzü” benzetmesi yapılmaktadır.⁵

Pay sahipleri sözleşmesi, imzacılarının rızası ile kabul edilmiş olduğundan ve bu kişileri şahsi olarak sorumluluk altına soktuğundan dolayı TTK m.480/1’deki “tek borç ilkesi”ne aykırılık teşkil etmez.⁶

² Akın, Murat Yusuf (2002) Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş. lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, İMKB Yayınları, s. 139 vd.

³ Kuşkusuz bir şirkete ortak olmakla pay sahipleri arasında doğrudan bir hukuki ilişki oluşmaz. Fakat pay sahiplerinin -genellikle- ekonomik kader birliği içerisinde bulunmaları, çeşitli yasal imkanlar ile diğer pay sahiplerinin menfaatlerini etkileme gücüne sahip olmaları bu kişilerin birbirlerine karşı üçüncü kişi olmalarını da engellemektedir. Ayrıca şirket sözleşmesi ve Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi de pay sahipleri arasındaki özel hukuki bağın tesisi için yeterlidir. Bkz. Akın, s. 141.

⁴ “Korporatif” (ing. “*corporative*”, fr. “*corporatif*”, alm. “*korporativ*”) terimi, “şirket ile ilgili” anlamında olup, şirket tüzel kişiliğinin organizasyonel yapısı ile ilgili olan ve etkilerini doğrudan ticaret hukuku alanında doğuran iş ve işlemleri nitelendirmektedir. Ayrıca bkz. Eminoğlu, Cafer (2021), ‘Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri’, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Der-gisi, S: 2, C: 7, s. 278.

⁵ Forstmoser, Peter (2011) Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 1. Baskı, Basel, Schultess, s. 235.

⁶ Okutan Nilsson, Gül (2004) Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 40-41.

¹ Nomer, N. Füsün (1999) Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 62-63.

Tek borç ilkesi pay sahipliği statüsü ile ilgili olduğundan, pay sahiplerinin kişisel olarak ve serbest iradeleri ile ve pay devri ile bir başkasına geçmeyecek borçların altına girmeleri pekâlâ mümkündür. Bu sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki ilkelere aykırı olmadığı müddetçe taraflarını bağlayıcı mahiyet arz ederler. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesinin, kendisine taraf olmayan pay sahipleri ve şirket bakımından herhangi bir bağlayıcılığı olmaz. Pay sahipleri sözleşmesi, TTK m.354'te ticaret siciline tesilin olumlu etkisinden yararlanacak hususlardan sayılmadığından dolayı her nasılsa ticaret siciline tescil edilse dahi, kendisine taraf olmayan şirkete ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.⁷ Bu sözleşmeler, süreli olarak akdedilebileceği gibi ekonomik anlamda kelepçeleme sözleşmesi⁸ mahiyetinde olmadıkları takdirde süresiz veya kişinin hayatı boyunca geçerli olmak üzere de akdedilebilir.⁹

Pay sahiplerinin, özellikle kapalı tip anonim ortaklıkların yönetimindeki etkisi yadsınamaz.¹⁰ Kurumsal yönetim anlayışının ülkemizdeki çoğu ortaklıkta halen tam olarak yerleşmediği, çoğu anonim

ortaklıkta yönetim kurulu farklı kişilerden oluşsa dahi perde arkasında ortaklığı asıl yöneten kişilerin pay sahipleri olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda pay sahipleri arasındaki şahsi uyumsuzluk ve ihtilafların ortaklığı yönetilemez hale getirebileceği anlaşılabilir. İşte pay sahipleri sözleşmesinin akdedilmesi ile güdülen amaçlardan en önemlisi, anonim ortaklığın hukuki ve ekonomik bakımdan pay sahiplerinin müşterek iradeleri doğrultusunda devamlılığının teminidir.

Sözleşme özgürlüğünü TBK ve TMK'da olduğundan daha fazla sınırlayıp anonim ortaklıklara "çelik korse" giydirdiği gerekçesi ile eleştirilen¹¹ TTK m.340'taki emredici hükümler ilkesinin Kanunda kabul edilmesindeki amaç; bir taraftan borç, diğer taraftan organizasyon sözleşmesi niteliğine sahip olan¹² esas sözleşmenin yalnızca onu hazırlayan kurucular bakımından değil, ileride ortaklığa dahil olacak pay sahipleri ve ortaklıkla ilişkiye girecek üçüncü kişiler gibi sözleşmenin tarafı ol(a)mayan kişiler bakımından da hukuki etki doğurmasıdır.¹³ Hakikaten, bir taraftan her bir anonim ortaklığın farklı yapıları doğrultusunda farklı düzenlemelere ihtiyaç gösterme ihtimali, öte yandan anonim ortaklıkların pay sahiplerinin dışında pek çok kişiyi etkileme gücü olduğundan dolayı tüm ilgililerin himaye edilmesi ihtiyacı bir dilemma oluşturmaktadır. TTK m.340'ta anonim ortaklıklardaki esas sözleşmesinin, TTK m.579'da ise limited ortaklıklardaki şirket sözleşmesinin ancak Kanunda açıkça belirtilen hususlar bakımından Kanundan sapabileceğinin öngörülmesinden bu yana uygulamada pay sahipleri sözleşmesinin sayısının daha da arttığı gözlemlenmektedir. Kapalı anonim ortaklıklarda ve limited ortaklıklarda, ortaklığa sermaye getirerek bu sermayenin riskini üstlenen kişilerin çoğu halde, ortaklığın yönetimine ilgisiz kalmadıkları bilinmektedir. Pay

⁷ "...ortaklar arasında imzalanan 15.10.2010 tarihli sözleşmenin sadece tarafı olan ortakları bağlayacağı, şirket tüzel kişiliği bakımından bağlayıcı olmadığı, her ne kadar alınan karar taraflar arasındaki sözleşme hükmüne aykırı ise de, şirket organı olan genel kurulda alınan kararların geçerliliği bakımından ortaklar arasındaki harici sözleşmenin değil, şirket sözleşmesinin esas alınması gerektiği, ortaklar arasındaki sözleşme hükmünün çoğunluk ilkesini bertaraf edici nitelikte olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.10.2016, E: 2016/1275, K: 2016/8000 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021). Ayrıca şirket pay sahipleri tarafından imzalanan pay sahipleri sözleşmesinin pay sahiplerinin tamamının oyu ile esas sözleşmeye aktarılması halinde de sicilin olumlu etkisinden yararlanılamayacağı yönünde bkz. **Okucu Taftalı**, İpek (2018) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 118.

⁸ Kelepçeleme sözleşmelerinin niteliği hakkında bkz. **Ünal**, Akın (2017) Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 101 vd.

⁹ İsviçre Federal Mahkemesi eski bazı kararlarında (bkz. BGE 48 II 442) süresiz veya ömür boyu kaydı ile imzalanan pay sahipleri sözleşmesini geçersiz sayarken, sonraki kararlarında (bkz. BGE 106 II 226) bu görüşünden dönmüştür.

¹⁰ Pay sahiplerinin ortaklığın yönetimine katılmasının faydalarına ilişkin bkz. **Bebchuk**, Lucian Arye (2005) 'The Case for Increasing Shareholder Power' Harvard Law Review, S: 118, C: 3, s. 865 vd.

¹¹ **Moroğlu**, Erdoğan (2009), Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 141-142.

¹² **Akdağ Güney**, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 280-281.

¹³ Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. **Karasu**, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 313 vd. Ayrıca bkz. **Kendigelen**, Abuzer (2020) 'Pay Sahipleri Sözleşmesi', Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C: XV, 2017-2018, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 76, (Mütalaa).

sahiplerinin bu hususta başvurdukları enstrümanlardan en önemlisi pay sahipleri sözleşmesidir. Bu sözleşme, anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının, birbirleri veya üçüncü kişiler ile aralarındaki hukuki ilişkiyi ve anonim ortaklığın tâbi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdedilmektedir.¹⁴ Sonuç itibarıyla pay sahipleri sözleşmesi, ortaklığın ihtiyaca göre kişiselleştirilmesine de hizmet etmektedir.

Bunun yanında henüz ortaklıkta pay sahipliği mevkiini elde etmemiş fakat ortaklığın payını almayı düşünen kişilerin de bu sözleşmeye taraf olması pekâlâ mümkündür.¹⁵ Anonim ortaklığın bizatihi kendisinin bu sözleşmeye taraf olup olamayacağı ise tartışmalıdır.¹⁶ Kanaatimizce ortaklık diğer borçlar hukuku sözleşmelerine taraf olabileceği gibi pay sahipleri sözleşmesine de taraf olabilir. Fakat kanun koyucunun emredici hükümler ile düzenlediği konulara aykırı bir sözleşme hükmünün kabulünün ortaklık üzerinde herhangi bir etkisi olmaz.¹⁷ Bu bağlamda kanunun belirli organlara devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetki olarak verdiği bir hususta pay sahipleri sözleşmesinde düzenleme yapılmış olması ve ortaklığın bu düzenlemeye imza atmış olmasının hukuki bir karşılığı olmaz.¹⁸ Zira henüz yetkili organda bir karar alınmış değildir. Söz gelimi, kârın dağıtımı ile ilgili ortaklığı bağlayıcı bir pay sahipleri sözleşmesine hukuken itibar edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu konuda münhasıran karar vermesi gereken organ genel kuruldur ve henüz genel kurulda bir karar iradesi ortaya çıkmamıştır.¹⁹ Pay sahipleri sözleşmesi, esas sözleşmenin aksine anonim ortaklık tüzel kişiliğinin temel yapısı ve normatif düzeni ile ilgili değildir. Bu sözleşme, sadece kendisine taraf olanları ve bu kişilerin mirasçılarını

borçlar hukuku anlamında bağlar. Başka bir deyişle, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümler, esas sözleşmenin sağladığı yaptırım gücüne sahip olmamakta ve şirketler hukukunun öngördüğü yaptırımlara bağlanmamaktadır.²⁰ Tüm pay sahiplerinin ve ortaklığın, pay sahipleri sözleşmesini imzalaması da bu sonucu değiştirmez. Ortaklığın tüzel kişiliği ve organları bu sözleşme ile korporatif anlamda bağlı tutulamaz, zira ortaklık pay sahiplerinden ayrı bir kişiliğe sahiptir.²¹

Her borç sözleşmesinde olduğu gibi pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliğini tespit etmek adına tarafların edim yükümlülüklerine bakmak kaçınılmazdır. Tarafların pay sahipliği haklarını kullanmak adına karşılıklı birbirlerine taahhütlerde buldukları pay sahipleri sözleşmelerinin iki taraflı borç sözleşmesi olarak kabulü gerekirken, pay sahipliği haklarının kullanılması ile ortak bir amacın gerçekleştirilmesinin hedeflendiği durumlarda ise pay sahipleri sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi kimliğini taşıdığı kabul etmek gerekecektir.²² Bu itibarla, sözleşmede öngörülen edimlerin irdelenmesi önem arz eder. Ayrıca, uygulamadaki pay sahipleri sözleşmelerinde sıklıkla rastlanılan, sözleşmenin adi ortaklık meydana getirmeyeceğini belirten hükümlerin TBK m.19 kapsamında taraflar arasında bir adi ortaklığın meydana gelip gelmediği hususunda tek belirleyici olmayacağını hatırlamakta fayda vardır.²³

¹⁴ **Okutan Nilsson**, 4; **İnce**, Salih Tayfun (2019) Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 75.

¹⁵ **Okutan Nilsson**, 75.

¹⁶ Pay sahipleri sözleşmesinin ortaklık üzerindeki etkisi hususunda detaylı açıklamalar için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 277 vd.

¹⁷ **Okutan Nilsson**, 118.

¹⁸ **Yüksel**, Sinan H., 'Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim': Akıncı, Ziya & Yasan Tepetaş, Candan (Editörler) (2018) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 142-143.

¹⁹ **Okutan Nilsson**, s. 314.

²⁰ **Okutan Nilsson**, s. 112.

²¹ **Karasu**, s. 196-197; **Okutan Nilsson**, s. 277 vd.

²² **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019), Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 94; **Okutan Nilsson**, s. 79-80; **Yüksel**, Sinan (2003) 'Paysahipleri Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 57. Bir diğer görüşe göre, özellikle birleşme ve devralma işlemleri sırasında imzalanan pay sahipleri sözleşmesinin her durumda adi ortaklık sözleşmesi mahiyetinde kabul edilmesi sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Bkz. **Esin**, İsmail G. (2020) Birleşme ve Devralmalar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 286 vd. Pay sahipleri sözleşmesinin adi ortaklık hükümlerine tâbi olduğu ve tarafların sözleşmede adi ortaklık hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırdıkları hallerin yalnızca TBK m.620 vd.ndeki yedek hukuk kurallarının uygulanmamasına özgü olabileceği yönünde bkz. **Barlas**, Nami (2016) Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 118 vd. İsviçre hukukunda da pay sahipleri sözleşmesinin adi ortaklık meydana getirdiği kabul edilmektedir. Bkz. **Forstmoser**, s. 235.

²³ **Yüksel**, Tahkim, s. 146. ayrıca bkz. **Akyol**, Şener (2010), Sözleşmenin Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 11 vd. Bu hususta bir sözleşme hükmü önerisi için bkz. **Esin**, s. 296.

Kanunun ilgili hükmüne göre, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınması gerekmektedir. Pay sahipleri sözleşmesinin bizatihi kendisinden kaynaklanan usuli problemler ve hükümlerinin uygulanmasından doğabilecek sorunlar, uygulamada ortaklığın feshini dahi gerektirebilecek önemli uyuşmazlıklara sebebiyet verebilmektedir. Bu bakımdan pay sahipleri sözleşmesinin hükümlerinin ve bu hükümlerden doğacak uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceğine ilişkin düzenlemenin dikkatle hazırlanması önem arz eder.²⁴

Kanun koyucunun sermaye unsurunu ön planda tutarak dizayn ettiği anonim ortaklıklarda, diğer ortaklıklara nazaran daha zayıf bir sadakat yükümlülüğünün mevcudiyeti, özellikle az ortaklı kapalı tip anonim ortaklıklar bakımından bazı sorunları beraberinde getirir.²⁵ Bu sorunların bertaraf edilmesi ve nihai kertede ortaklıkta oluşacak menfaat çatışmalarının önlenmesi²⁶ amacıyla pay sahipleri arasında şahıs unsurunu ön plana alan pay sahipleri sözleşmelerinin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Bu sözleşmeler, bünyesindeki özel hükümlerin bir şekil şartını gerektirmesi hali istisna olmak üzere, herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir (TBK m.12). Pay sahiplerinin, esas sözleşmenin ve anonim ortaklıklar hukukunun kanunla düzenlenmiş katı yapısından, kendi tâbi olmak istedikleri iç düzeni oluşturma arayışlarının bir sonucu olan pay sahipleri sözleşmesine hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde ihtiyatla yaklaşıldığı görülmektedir.²⁷ Hakikaten pay sahipleri sözleşmesi ile oluşturulmaya çalışılan ortaklık iç düzeni, kanun koyucunun amaçladığı ve emredici kurallarla oluşturduğu düzenden pek çok noktada farklılaşabilmektedir. Bununla birlikte yetki gaspı oluşturmayan ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan pay sahipleri sözleşmesi geçerli ve

taraflarını bağlayıcıdır.²⁸ Borçlar hukuku sözleşmesi olarak bu sözleşmedeki hükümlerin geçerliliği, TMK ve TBK kapsamındaki genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Bunun yanında, pay sahipleri sözleşmesi, anonim ortaklığın merkezi ekseninde oluşturulduğu için geçerlilik denetimi yapılırken genel hükümlere ilaveten; TTK hükümleri, anonim ortaklığın temel nitelikleri ve anonim ortaklığa hâkim ilkeler de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁹ Nitelik itibarıyla borçlar hukukunun bir parçası olan pay sahipleri sözleşmesi, içerik itibarıyla ortaklıklar hukukunu ilgilendirmektedir. Pay sahipleri sözleşmesini disiplinler arası bir sözleşme haline getiren durumlardan en önemlisi de budur.

II. GENEL İTİBARIYLA PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR

TTK m.340 hükmü başta olmak üzere, kanundaki sıkı şartlar anonim ortaklık pay sahiplerinin sözleşmesel temele ve irade serbestisine dayanan hukuki ilişkilere girmelerini teşvik eder. Zira pay sahipliği haklarının ne şekilde kullanılacağı ve ortaklığın işleyişine ilişkin sair hükümlerin esas sözleşmeye yazılması bazen mümkün olmaz, bazen de yazılması aleniyet sağlayacağından dolayı amaçlanan yarardan daha fazla zarara sebep olur. Bununla birlikte pay sahipleri sözleşmesi de hem usuli hem de içerik bakımından uygulamada pek çok uyuşmazlığa konu olmaktadır. Ortaklığın finansmanı ve yönetimi, kâr payının hesaplanıp dağıtılması, organlardaki kilitlenmelerin çözülmesi, payların devri ve opsiyon hakları, şirketin sona ermesi ve ortaklar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü pay sahipleri sözleşmesinin içeriğine ilişkin uyuşmazlıklara verilebilecek örneklerdir. Pay sahipleri sözleşmesinin var olup olmadığına, sözleşmenin tamamen veya kısmen geçersizliğine dair veyahut uyuşmazlığın sözleşmeden mi yoksa sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden mi

²⁴ **Kessler**, Robert A. (1967), 'Drafting a Shareholders' Agreement for a New York Close Corporation' Fordham Law Review, C. 35, s. 625 vd.

²⁵ **Akbay**, Direnç (2019), 'Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler' İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 2, C: 77, s. 701.

²⁶ **Thomas**, Katherine Reece & **Ryan**, Chris (2009), The Law and Practice of Shareholders' Agreements, 3. Baskı, Lexis Nexis, s. 1.

²⁷ **Yılmaz**, Gülşah (2018), Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 14.

²⁸ Kamu düzenine, esas sözleşmenin emredici hükümlerine ve şirket menfaatine aykırı olmaması şartı ile pay sahipleri sözleşmesinin geçerli olduğuna dair 2004 tarihli bir Fransız Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007472179/>.

²⁹ **Okutan Nilsson**, 115 vd.; **Eren**, Erkan (2021), 'Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi "Kanuna Karşı Hile" Olarak Değerlendirilebilir Mi?' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2021/1, s. 1031.

doğduğuna ilişkin tartışma ise pay sahipleri sözleşmesinden doğan usuli uyuşmazlıklara örnek olarak verilebilir.

Uygulamada anonim ortaklık pay sahipleri arasındaki ihtilafın pay sahipleri sözleşmesinden mi, yoksa sözleşme dışı bir ilişkiden mi doğduğu arasında ciddi soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Taraflar, aralarındaki tüm hukuki ilişkilerini pay sahipleri sözleşmesinde düzenlememiş olabilirler. Kaldı ki tarafların tüm ihtimalleri, doğabilecek tüm uyuşmazlıkları önceden tasavvur edip sözleşmeye aktarması hayatın olağan akışına da aykırıdır. Fakat ortada bir pay sahipleri sözleşmesi mevcut ise, taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkların ilgili sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartına tâbi olduğuna ve davanın usulden reddinin gerektiğine ilişkin hatalı yorumlar yapılabilir. Pay sahipleri arasındaki uyuşmazlığın tam olarak hangi hukuki sebepten kaynaklandığının tespiti bu tür usuli aksaklıkların olmasının önüne geçecektir. Taraflar arasında pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanmayan bir uyuşmazlığın çözülmesi için devlet yargısına başvurulmasının engellenmesi, Anayasa ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ihlali mahiyetindedir.

III. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM

Genel itibarıyla farklı menfaat ilişkilerini barındırdıkları, girift ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkları doğurdıkları için pay sahipleri sözleşmelerinde tahkim şartına yer verildiğine sıklıkla rastlanılmaktadır. Özel hukuk alanına ilişkin uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız hakemler eliyle bir yargılama sonucunda kesin ve tarafları bağlayıcı bir şekilde çözümüne tahkim denir.³⁰ Özel yargı veya tahkim, devlet yargısı olmayan dönemlerde ortaya çıkmış ve devlet yargısından sonra da varlığını sürdürmüştür.³¹ Bazı dezavantajlarının olmasına rağmen tahkim ile çoğu durumda hukuki uyuşmazlıkların daha hızlı, etkili ve gizlilik içerisinde çözüldüğü görülmektedir. Tahkimin yapısında barındırdığı serbestlik ve güven un-

surları bu durumun başlıca sebebidir.³² Hususen şirket organlarındaki kilitlenmeyi ve geçici nitelikteki anlaşmazlıkları gidermek için seri tahkim hükümlerinden işlevsel bir şekilde yararlanmak önem arz eder.³³

Günümüzde pek çok anonim ortaklık, pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıklarının uzun süreler devam etmesi nedeniyle potansiyellerini gerçekleştirilememekte ve ticaret hayatı da bir şekilde bu durumdan etkilenmektedir. Pay sahipleri sözleşmeleri özelinde pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yöntemi ile kısa sürede çözümlenmesi ortaklıktaki tüm menfaat gruplarının faydasına olmaktadır. Öte yandan devlet yargısının üzerindeki yük de ülkemizde adalet erişim hususunda engel teşkil etmektedir. Bunun yanında, uzun süren yargılamalarda şirketlerin ticari sırları bir şekilde ifşa olmakta ve şirketler büyük zararlar görmektedir. Ticaret hayatının ve hukukunun üzerine inşa olduğu hızlilik, güvenlik ve kolaylık sac ayakları tahkim kurumunun bünyesinde mündemiçtir.

İlk Medeni Kanunumuz olarak kabul edilebilecek Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin 1790. maddesi de tahkimi; "*uyuşmazlık taraflarının, husumet ve davalarının sonuçlandırmak için rızaları ile bir başka kimseyi hâkim kabul etmelerinden ibaret*" olarak nitelendirmektedir. Yine Mecelle'nin 1841. maddesi ancak *özel hukuka ilişkin mal davalarında tahkimin caiz* olduğunu vurgulamaktadır. İlk Ticaret Kanunumuz olan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'in 40 ilâ 52. maddeleri arasında detaylı bir şekilde zorunlu tahkim kurumu düzenlenmiştir. Bahsi geçen Kanunun 40. maddesine göre, "*şirket maslahatından dolayı beyn-es-şüreka vaki olan her türlü muaraza mümeyyizler ma'rifetiyle rü'yet ve faslolunur.*" Görüldüğü üzere Osmanlı kanun koyucusu şirket ortakları arasındaki hukuki uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde değil, bağımsız ve tarafsız hakem veya mümeyyiz adı verilen kişilerce çözümlen-

³⁰ **Pekcanitez Usûl** (2021), Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 2593; **Akıncı**, Ziya (2021), Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 5.

³¹ **Karayağın**, Yaşar (1998), 'Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 19, s. 3.

³² **Helvacı**, Mehmet, 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler': Ulusoy, Erol & Yıldırım, Aslı (Editörler), II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "TAHKİM", TMSF, 14 Şubat 2009, İstanbul, s. 180.

³³ **Altay**, Sıtkı Anlam, 'Tahkimde Sözleşmesel Ortak Girişimler': Akıncı, Ziya & Yasan Tepetaş, Candan (Editörler) (2018), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 126. Seri tahkim yargılamasının avantajları için bkz. **Aydoğmuş**, Ayşe Yasemin (2021), 'Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları' Public and Private International Law Bulletin, S: 41, C: 1, s. 295 vd.

mesine ilişkin açık bir hüküm kabul etmiştir. Bununla birlikte o dönemde, ortaklar arasındaki çekişmeler, şirketin işleyişine ve yapısına etki edecek durumda ise davanın tahkimde değil ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiğine ilişkin kanaat hakimdir. Ortığın şirketten çıkarılması talepli uyuşmazlıklar bu duruma örnektir.³⁴ Hakemlerin ortaklar arasında vermiş olduğu kararlar ise nihai kerte ticaret mahkemesince tasdik edilerek icra edilmekteydi. Hakem kararının usule veya esasa ilişkin önemli bir hata içermesi halinde ise ilgili karar ticaret mahkemesince iptal edilmekte ve yeni hakemler tayin edilmekteydi.³⁵ Ortaklar arasındaki uyuşmazlıkların çoğunlukla şirketin muhasebesi ile ilgili olması ve muhasebesel evrak ile defterlerin mahkemece incelenmesinin uzun sürmesi zorunlu tahkimin kabul edilmesinin temel gerekçesidir.³⁶ Bu bilgiler ışığında son dönem Osmanlı şirketler hukukunun tahkim hususunda mevcut sisteme nazaran daha gelişmiş düzenlemeler barındırdığından söz etmek hatalı olmayacaktır.

Günümüze gelindiğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddelerine göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıkların dışındaki özel hukuk uyuşmazlıkları tahkime elverişlidir. Başka bir deyişle, taraflar girip girmemekte serbest olduğu çoğu hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklarının çözümünün de ne şekilde ve kimler marifetiyle gerçekleştirileceğine aynı taraflar serbestçe karar verebilir. Bu bağlamda, miras, aile veya ceza hukukundan doğan pek çok uyuşmazlık bakımından tahkime başvurulamayacağını belirtmek gerekir. Uyuşmazlıkların tahkim aracılığı ile çözümlenmesi için taraflar arasında ya tahkim sözleşmesinin bulunması veya tahkim şartının taraflar arasındaki bir sözleşmeye dercedilmesi gerekmektedir.³⁷

³⁴ **Kenanoğlu**, M. Macit (2005), Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Lotus Yayınevi, s. 103.

³⁵ **Kenanoğlu**, s. 104. Şayet taraflar, tahkim yargılaması başlandıktan evvel hakemlere "kompromoso" adı verilen senet verilerse hakem kararının iptali veya değiştirilmesi için ticaret mahkemesine başvuramamaktaydılar. Bu senetler, tarafların hakem kararını tamamen ve itirazsız bir şekilde kabul edeceklerine dair bir irade beyanı mahiyetindeydi. Bkz. **Kenanoğlu**, s. 104.

³⁶ **Kenanoğlu**, s. 102.

³⁷ **Akıncı**, s. 8.

Anonim ortaklıklara ilişkin mevzuatımızda tahkimi açıkça kabul eden veya dışlayan bir hükme tesadüf edilmemektedir. Anonim ortaklığa ilişkin uyuşmazlıkların bir kısmı tahkime elverişlidir. Pay sahipleri sözleşmeleri bakımından meseleye yaklaşıldığında, uygulamadaki çoğu sözleşmede tahkim şartına yer verildiği görülmektedir. İlgili tahkim şartlarının geçerli olup olmaması hususunda ise "taraf iradelerine tâbi olup olmama" kriteri ilk irdelenilecek husustur. İkinci olarak ise tarafların tereddüde mahal bırakmayacak şekilde, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim aracılığı ile çözümlenmesi için anlaşmalarıdır.³⁸

TTK m.340 karşısında esas sözleşmeye tahkim şartının konulup konulamayacağına ilişkin problemler de meselenin bir başka boyutudur. Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların pek çoğunun çözüm yeri olarak tahkim işaret edilmekle birlikte,³⁹ pay sahiplerinin ortaklığa karşı açtıkları davaların çoğu durumda zorunlu olarak devlet yargısında görülmesi neticesinde paralel yargılama problemlerine sıklıkla tesadüf edilmektedir. TTK m.340'ın olması gereken hukuk bakımından yerindeliği⁴⁰ bir tarafa, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceğine ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 697n⁴¹ hükmünün bir benzerinin hukumuzda da kabulü faydalı olacaktır.⁴² Zira az önce belirtildiği gibi, ortaklık ile pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ortaya çıkan paralel

³⁸ **Akıncı**, s. 8; **Nomer**, Ergin & **Eksi**, Nuray & **Öztekin Gelgel**, Günseli (2013), Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 1 vd.

³⁹ Tahkimin devlet mahkemeleri yerine tercih edilme nedenleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Çelebi**, Ali Ergin (2016), Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 69 vd.

⁴⁰ **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013), Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 176 vd.

⁴¹ Bundesblatt Nr. 31 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2020/5573.pdf>), (s.e.t. 25.12.2021).

İlgili Kanun maddesi 30.06.2020 tarihinde İsviçre Federal Meclisi'nde kabul edilmiş olup hükmün 2023 yılında yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

⁴² Bir pay sahipleri sözleşmesi türü olarak oy sözleşmelerine TTK m.340 karşısında esas sözleşmede yer verilemeyeceği, ayrıca esas sözleşmenin oy sözleşmesi yapılmasını yasaklayamayacağı yönünde bkz. **Moroğlu**, Erdoğan (2015), Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 33-34.

yargılamaların önüne geçilebilmesinin yollarından biri, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebilmesidir. İsv.BK m.697'n hükmüne göre; “1) Esas sözleşme, şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların İsviçre’de oluşturulan bir hakem kurulu tarafından çözümleneceğini öngörebilir. Esas sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça şirket, organlar, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartı ile bağlıdır. 2) Tahkim yargılaması Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. kısmına tâbidir. Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki 18.12.1987 Tarihli Federal Kanunun 12. kısım hükümleri uygulanmaz. 3) Esas sözleşme, özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak usulü düzenleyebilir. Hakem kararının hukuki sonuçları ile doğrudan etkilenebilecek kişilerin yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerini, hakem kurulunun oluşturulmasını ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini düzenler.” Anonim ortaklığın kuruluşundaki esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmediği takdirde sonradan esas sözleşmeye bir tahkim şartının dercedilmesi İsv.BK’nın 704. maddesine göre, sermayenin en az üçte ikisinin temsil edildiği genel kuruldaki oyların çoğunluğunu gerektirmektedir.

Esas sözleşmeler, değiştirilmesi nitelikli çoğunluk gerektiren metinler olmaları hasebiyle uzun süreler boyunca anonim ortaklık politikasında süreklilik ve hukuki işlem güvenliğine hizmet ederler.⁴³ Anonim ortaklığın en temel metni olan esas sözleşme; yalnızca pay sahiplerini değil, pek çok menfaat grubunu ilgilendirdiğinden dolayı kanun koyucu bu metnin içeriğinin serbestçe belirlenmesini uygun görmemiş ve TTK m.340’ta esas sözleşmede nelerin bulunabileceğini emredici hükümler ile düzenlediğini vurgulamıştır.⁴⁴ Ne var ki, esas sözleşmede bulunmasına rağmen şirket tüzel kişiliğine özgü olmayan, şekli esas sözleşme hükümlerinin de varlığı söz konusu olabilmektedir. Bu tip hükümler, ancak esas sözleşmeye imza koyanlar arasındaki borçlandırıcı sözleşmeye konu edilmiş hükümler olarak değerlendirilir. Esas sözleşmeye dercedilmiş bir tahkim şartının maddi (gerçek) anlamda bir esas sözleşme hükmü niteliği teşkil edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, anonim ortaklık esas

sözleşmesinde yer alan tahkim şartı, pay satın alarak sonradan anonim ortaklığa katılan pay sahipleri bakımından da bağlayıcıdır. Zira esas sözleşme, ortaklığın temel statüsünü belirlemektedir.⁴⁵ Yine bazı yazarlar, esas sözleşmenin tüm ortakları bağlayıcı mahiyeti⁴⁶ ve ticaret sicilinin bildirici etkisi⁴⁷ gibi gerekçeler ile esas sözleşmedeki tahkim şartının pay müktesipleri bakımından da geçerli olacağı sonucuna varmaktadır. Ayoğlu’na göre ise, tahkim özü itibarıyla korporatif düzleme ait bir mekanizma değildir. Ayrıca sözleşmeye dayalı ve iradi bir alternatif çözüm yöntemi olması sebebiyle esas sözleşmedeki tahkim şartının kabulü sırasında olumsuz oy kullanan pay sahiplerinin ve müstakbel pay sahiplerinin tahkim şartı ile bağlı olduklarını kabul etmek makul değildir.⁴⁸ Kanaatimizce de esas sözleşmedeki tahkim şartının kabulüne olumlu oy vermemiş olan pay sahiplerini de bu şart ile bağlı tutmak tahkimin iradi niteliğine uygun düşmez. Elbette esas sözleşmedeki korporatif mahiyetteki hükümler,⁴⁹ tüm pay sahiplerini ve yöneticileri bağlayıcı mahiyettedir. Fakat zorunlu tahkim gibi yasal istisnalar ayrı tutulmak üzere, tahkim gibi taraf iradesinin kurucu unsur olarak büyük önem arz ettiği bir hukuki kurum bakımından farklı sonuca varmak gerekir. Kaldı ki tahkim şartına ilişkin esas sözleşme hükmünü tüzel kişiliğe ilişkin,

⁴⁵ Helvacı, s. 190.

⁴⁶ Bahtiyar, Mehmet (2001), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 211.

⁴⁷ Huysal, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 296-297; Kayıklık, Abdurrahman (2020), ‘Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 36, s. 161. Yazar, ayrıca pay sahiplerinin maddi hukuk kapsamında sahip oldukları hakların nasıl kullanılacağına ilişkin şirketler hukuku düzeninin tamamen dışında görülmesinin mümkün olmadığı kanaatinde. bkz. Kayıklık, s. 160.

⁴⁸ Ayoğlu, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 69-70. Aynı yönde bkz. Akın, Murat Yusuf (2014), Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 105 (Bağlam); Esen, Emre (2008), Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 136.

⁴⁹ Korporatif uyuşmazlıklar da, şirketler hukukundan doğan, şirket yapısına, işleyişine ilişkin uyuşmazlıklar ile şirket ve pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar olarak tanımlanabilir. Bkz. Erdem, H. Ercüment, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’: Özdemir Kocasakal, Hatice & Balkar, Süheyla (Editörler) (2020), Tahkim Anlaşması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 7.

⁴³ Akdağ Güney, Kuruluş, s. 279.

⁴⁴ Kendigelen, Mütalaa, s. 76.

objektif bir norm görünümü arz etmediğinden dolayı da gerçek (maddi) esas sözleşme hükmü⁵⁰ olarak kabul etmek uygun olmayacaktır. Bunun yanında, esas sözleşmesel tahkim şartını kabul etmeyen pay müktesiplerinin TTK m.493/1'deki "kaçış klozu" kullanılarak şirkete kabul edilmeyerek tüm ortakların tahkime tâbi olabileceklerini savunan görüş⁵¹ her zaman amaçlanan sonucu vermeyebilir. Özellikle yönetim kurulunu kontrol eden pay sahibinin tek bir payını bir üçüncü kişiye devrettikten sonra yeni pay müktesibine satın alma teklifini sunmaması ve ilgili kişinin pay sahibi olması ile devlet mahkemesinde dava açabilmesi pekâlâ mümkündür.⁵²

Esas sözleşmede doğrudan bir tahkim şartına yer verilmeden, tahkim şartının düzenlendiği bir pay sahipleri sözleşmesine göndermede bulunulduğunda ise ilgili hükmün yine şekli anlamda (gerçek olmayan) bir esas sözleşme hükmü olduğu sonucuna varılmalı ve hem atıfta bulunulan pay sahipleri sözleşmesinin hem de tahkim şartının yalnızca esas sözleşmenin imzacıları veya tadilinde olumlu oy kullananlar bakımından hüküm doğuracak bir borç sözleşmesi mahiyetinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁵³ Kanaatimizce esas sözleşmede düzenlenen tahkim şartı ve atıf yapılan pay sahipleri sözleşmesi ile tüm ortakların bağlandığını ileri sürmek anonim ortaklıktaki tek borç ilkesine aykırılık tartışmalarını da gündeme getirecektir.⁵⁴

Borçlar hukuku sözleşmesi olan pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan hemen her uyuşmazlık kural olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve üzerinde sulh olabilecekleri konulardan olduğu için tahkime elverişlidir.⁵⁵ Nitekim

uygulamada da bu tür sözleşmelerin çoğunluğunda uyuşmazlık çözüm yeri olarak tahkime işaret edilmektedir.⁵⁶ Zira özellikle orta ve büyük ölçekli anonim ortaklıkların pay sahipleri kendi aralarındaki uyuşmazlığı, ilgili alandaki ticari örf ve adeti bilen, uzmanlaşmış kişiler marifetiyle, daha hızlı ve gizlilik içerisinde çözümlenmeyi amaç edinirler.

Pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çoğunun tahkimde çözümlenmesi karşısında ortakların şirkete karşı açtıkları davalar, esas sözleşmesel tahkimin kabul edilmemesinden kaynaklanan sebeplerden dolayı çoğu zaman zorunlu olarak mahkemeye gitmekte ve bu durum da çok sayıda paralel yargılama sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, 28.10.2021 tarihinde İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nde tescil edilerek 01.11.2021 tarihli 10441 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilen esas sözleşmesel tahkim şartı bu sorunları ortadan kaldırmaya dönük ilk adım olarak nitelendirilebilir. İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nce tescil edilmesi uygun görülen esas sözleşme hükmü şu şekildedir: "*Pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında, Türk Ticaret Kanunu'ndan, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Uyuşmazlıklar İstanbul Tahkim Merkezi tarafından belirlenecek tek hakem tarafından çözüme bağlanır. Hakem, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmaz-*

⁵⁰ Gerçek/gerçek olmayan esas sözleşme hükümlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 95 vd.

⁵¹ **Ayoğlu**, s. 73-74.

⁵² Örnek için bkz. **Kayıklık**, s. 162.

⁵³ Pay sahiplerinin tek borç ilkesi dışında başkaca borçları üstlendikleri esas sözleşme hükümlerinin korporatif nitelikte olmayıp bir borç sözleşmesi olarak geçerli kabul edileceği ilk olarak bir Alman İmparatorluk Mahkemesi'nde kabul edilmiştir. RGZ 26, 86.

⁵⁴ Tek borç ilkesi ve pay sahipleri sözleşmesi arasındaki ilişkiler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 21 vd. ve 113.

⁵⁵ Amerikan Delaware Mahkemesi Mitsubishi Motors Corp. v. Soller Chrysler-Plymouth, Inc. kararında tahkime elverişli konuların kapsamına ilişkin bir tereddüdün tahkime elverişlilik yönünde

çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/>, (s.e.t. 20.12.2021).

⁵⁶ Uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolunun tahkim olduğu yönünde bkz. **Şanlı**, Cemal (2019), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 319. Bu tip uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebep, tarafların yabancı oldukları bir yerel hukuk sisteminin muhtemel olumsuz etkilerinden korunmak ve aşına oldukları ticari örf, adet ve teamüller ile ihtilafı halletmektir. Bkz. **Kırkebeoğlu**, Nagehan (2006), 'Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1, C: 64, s. 277-278 ve 90 numaralı dipnot.

liğa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kurallarını da uygulamakla yetkili ve görevlidir. Tahkim yeri İstanbul'dur. Tahkim dili Türkçedir." Ticaret siciline tescil edilen ilk esas sözleşmesel tahkim şartı olarak kabul edilen bu metnin hem pay sahipleri arasındaki yatay ilişkide hem de pay sahipleri ile ortaklık arasındaki dikey ilişkide geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, çalışmada daha önce belirtilen esas sözleşmeye imza koymayan veya esas sözleşme değişikliğinde olumlu oy kullanmayan pay sahiplerine tahkim şartının teşmil ettirilip ettirilemeyeceğine ilişkin problemlerden⁵⁷ dolayı tahkim şartının bağlayıcılığına ilişkin; "İşbu hüküm uyarınca hakem tarafından verilen karar, tahkim yargılamasına taraf veya müdahil olup olmadıklarına bakılmaksızın şirket, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri için bağlayıcıdır. Şirket, işbu tahkim şartını devlet mahkemelerinde açılan tüm davalar bakımından ileri sürer." şeklindeki tescil talebini, kanaatimizce de haklı olarak, İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü kabul etmemiştir.

Yine İstanbul Ticaret Odası, 24.11.2021 tarihinde üyelerine gönderdiği elektronik posta ile şirket esas sözleşmelerinde kullanılabileceğini önerdiği şu örnek tahkim şartını paylaşmıştır: "Türk Ticaret Kanunu, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ("İTOTAM") Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Uyuşmazlıklara İTOTAM Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlığa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kuralları uygulanacaktır. Uyuşmazlık tek hakem/üç hakemden oluşan hakem kurulu tarafından çözüme bağlanacaktır. Tahkim yeri İstanbul'dur. Tahkim dili Türkçedir." Görüldüğü gibi bu örnek tahkim şartı da sicile tescil edilen ilk tahkim şartı gibi hem pay sahipleri arasındaki yatay ilişkide hem de pay sahipleri ile ortaklık arasındaki dikey ilişkide uygulanabilirliği hedeflemektedir.

Ayrıca Türkiye'nin çeşitli yerlerindeki pek çok ticaret odası da örnek tahkim şartlarını üyelerine duyurmaya ve internet sitelerinde yayınlamaya başlamıştır. Bununla birlikte, örnek tahkim şartlarının ve ticaret sicili uygulamasının esas sözleşmeye imza koymayan veya esas sözleşme değişikliğine olumlu oy vermeyen ve tahkim şartını da kabul etmeyen pay sahiplerine karşı ne ölçüde etkili olacağı tartışmasının, İsviçre Borçlar Kanunu m.697n/1'dekine benzer bir hükmün hukukumuzda da kabulüne kadar varlığını sürdürmesi beklenmektedir.

IV. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

A. GENEL OLARAK

Taraflar arasında uzun vadeli, süregiden bir hukuki ilişki varsa tarafların birbirlerine devlet mahkemelerinde veya tahkimde dava açmaları genellikle bu ilişkiyi tahrip eder. Tarafların süreklilik arz eden hukuki ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda, dışarıdan dayatılan bir sonuç yerine kendi çözümlerini bulmaları daha etkili ve kalıcıdır. İşte tam da bu noktada; tarafları bir araya getiren, tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren ve nihai kerte de tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi getiren tarafsız kişilerce yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, kanaatimizce ticari uyuşmazlıkların ve pay sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir yöntem olabilir. Dışarıdan dayatılan bir sonucun icra edilmesi yerine, uyuşmazlığın taraflarının çözümlerini kendilerinin buldukları bir sulh müzakeresi süreci olmasından dolayı arabuluculuğun pay sahipleri sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için önemli bir kurum olacağı kanaatindeyiz. Arabuluculuk yönteminin temelinde müzakere ve iletişim süreci bulunmaktadır.⁵⁸ Arabuluculuk süreci, uyuşmazlığın taraflarının bizatihi sağlayamadıkları sağlıklı iletişim ortamına tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi olan arabulucu yardımı ile ulaşmalarını hedeflemektedir. Bu itibarla arabulucu, taraflar ara-

⁵⁷ Tahkim anlaşmasının/şartının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle şirketteki menfaat gruplarına teşmili hususunda ki tartışmalar için bkz. **Çelebi**, s. 126 vd.

⁵⁸ **Atalı**, Murat & **Erdoğan**, Ersin (2020), 'Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu' Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 207.

sındaki uyuşmazlığı çözmekle değil, tarafların çözümlerine yardımcı olmakla yükümlüdür.⁵⁹

Ülkemizde diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olduğu gibi arabuluculuğa da ciddi tereddütlerle yaklaşıldığı yadsınamaz bir durumdur. Son dönemlerde, tahkim kurumu üzerindeki tereddüt ve kaygıların arabuluculuk kurumuna yöneldiği gözlenmektedir. Özellikle taraflar arasında malî açıdan önemli eşitsizliklerin söz konusu olduğu arabuluculuk süreçlerinin özgür ve rahat bir ortamda devam ettirilmesinin zorluğu aşıkardır.⁶⁰ Buna mukabil, arabuluculuk anlayışının ve sisteminin ülkemizde yerleşmesi ile birlikte şirket ortakları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun devlet veya tahkim yargılamasından çok daha işlevsel olacağı kanaatindeyiz. Zira arabuluculuk, geçmiş yargılamaktan ziyade geleceği birlikte inşa etmeyi amaç edinen menfaat temelli bir çözüm sürecidir. Ticaret hayatındaki hızlılık, kolaylık ve güvenlik ihtiyaçları, kendilerini ticari uyuşmazlıkların çözümü sürecinde de gösterir.

Elverişlilik hususunda tahkim için yapılan açıklamalar, arabuluculuk bakımından da geçerlidir. Tarafların sulh olabilecekleri, sulh anlaşmasının içeriğini serbestçe kararlaştırabilecekleri tüm özel hukuk ilişkileri arabuluculuğa elverişlidir. Dolayısıyla her somut uyuşmazlık kendi özelinde bu kriter ile değerlendirilmelidir.⁶¹ Doktrinde kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmektedir.⁶² Hakikaten sadece uyuşmazlığın iki tarafını değil, genel olarak toplumun bütününe etkileme kabiliyetine sahip olgular kamu düzeni ile ilgilidir ve taraflar bu olgular üzerinde serbestçe tasarruf edebilme iktidarına sahip değildir.⁶³ Hemen belirtmek gerekir ki kanaatimizce

kamu düzeni⁶⁴ mefhumunun takdire açık, değişken ve soyut bir kavram olması sebebiyle kamu düzeni bağlamındaki elverişlilik incelemesinin dikkatle yapılması gerekir.⁶⁵ Genel itibarıyla, toplumun temel yapısını ve temel menfaatlerini korumak amacıyla konulan kuralların kamu düzenine ilişkin kurallar olduğu ifade edilir.⁶⁶ Taşınmazın aynına ilişkin,⁶⁷ aile hukukuna ve şahsın hukukuna ilişkin pek çok uyuşmazlığın, iflas davalarının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle tarafların iradelerine tâbi olmadığı hakkında ise genel bir uzlaşma mevcuttur.

B. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN İHTİYARİ ARABULUCULUK KAPSAMINDA ÇÖZÜMÜ

İhtiyari arabuluculuk, kanuni bir zorunluluk olmasına rağmen mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın yargıya başvurmadan önce çözümlenip bir anlaşma belgesine kavuşturulması amacı ile yürütülen arabuluculuk sürecidir. Mevzuat hükümlerine göre usulüne uygun başvurunun bulunduğu, arabuluculuk görüşmelerinin yapıldığı ve geçerli bir tutanak düzenlendiği ihtiyari arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmada yer alan hususlar hakkında dava yoluna başvurulması mümkün olmaz.⁶⁸ Hiç kuşkusuz, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin

üzere, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 12.12.1990, E: 1990/3-527, K: 1990/627 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021).

⁵⁹ **Atalı & Erdoğan**, s. 207; **Ekmekçi**, Ömer & **Özekes**, Muhammet & **Atalı**, Murat & **Seven**, Vural (2019), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 19; **Tanriver**, Süha (2020), Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 96.

⁶⁰ **Tanriver**, s. 29-30.

⁶¹ **Eminoğlu**, s. 280.

⁶² **Eminoğlu**, Cafer & **Erdoğan**, Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 48 vd.; **Ekmekçi & Özekes & Atalı & Seven**, s. 51.

⁶³ Yargıtay'a göre, "... Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun az önce sözü edilen kararında belirtildiği

⁶⁴ "Kamu düzeni" kavramının temel özellikleri ve tanımlanmasının zorluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Atasoy**, Kemal (2020), Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 24 vd.

⁶⁵ Bu hususta bkz. **Eminoğlu**, s. 276-277.

⁶⁶ **Edis**, Seyfullah (1983), Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 149.

⁶⁷ Tarafların kendi iradeleri ile taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliği yapabilecekleri gerekçesi ile farklı görüşte bkz. **Erdoğan**, Ersin & **Erzurumlu**, Nurbanu (2016), Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, 1. Baskı, İstanbul, SETA Yayınları, s. 14.

⁶⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T: 9.7.2020, E: 2019/6378, K: 2020/4619 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021); Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, T: 11.11.2020; E: 2019/2990, K: 2020/1173 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021). Arabuluculuk sonunda

genel sebeplere dayanılarak arabuluculuk anlaşma belgesinin hükümsüzlüğü ileri sürülebilir.⁶⁹

İhtiyari arabuluculuk faaliyeti neticesinde imzalanan anlaşma belgesinin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ("HUAK") 18. maddesindeki etkiye sahip olabilmesi için süreci yürüten arabulucunun HUAK m.2/1-a'da tanımlandığı üzere Adalet Bakanlığı'nca düzenlenen arabulucular siciline kayıtlı olan gerçek kişi olması lazım gelir.

Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan ihtilafların ihtiyari arabuluculuk kapsamında çözülmesi meselesinin tahkimden ayrı özellik arz eden bir durumu mevcut değildir. Dolayısıyla yukarıda tahkim ile ilgili yapılan açıklamalar ihtiyari arabuluculuk için de geçerlidir. Bununla birlikte, ihtiyari arabuluculukta tahkimden farklı olarak yargılama yapılmadığı ve kaybedenin olmadığı bir sonucun amaçlandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkimden daha elverişli ve işlevsel olduğundan söz edilebilir. Tarafların dava baskısı veya başka bir zorunluluk altında olmadan iradi ve ihtiyari bir şekilde arabuluculuk yöntemi ile pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarını çözme yoluna girmelerinin, müşterek menfaat temelli çözüme ulaşmalarında ve ilişkililerinin devamında daha etkili olması beklenir.

C. Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk Kapsamında Çözümü

Türk Ticaret Kanunu'na 7155 sayılı Kanun ile eklenen 5/A hükmü uyarınca, 2019 yılının başından itibaren *konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri* bakımından açılacak ticari davalardan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak kabul edilmiştir.⁷⁰ Pay sahipleri sözleşmelerinde şayet bir tahkim şartı bulunmuyor ise, bu

varılan anlaşma ve hukuki niteliği hakkında bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, Melis (2019), 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2019/1, s. 344 vd.

⁶⁹ **Özbek**, Mustafa (2006), 'Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması', Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 463.

⁷⁰ İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 36. kısmında, davacı veya davalı tarafından yapılan teklifin diğer tarafça reddedilmesi ve sonuçta elde edilen hükmün daha aleyhe olması halinde yargılama giderlerinin diğer tarafa yükleneyeceği öngörülmüştür. İngiliz hukukundaki arabuluculuğu düşünme ödevinin hukukumuz

sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların genel yetkili mahkemelerde, yani asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerekecektir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, borçlar hukuku sözleşmeleri mahiyetinde olduklarından dolayı pay sahipleri sözleşmelerinden doğan davalar kural olarak TTK m.4'teki ticari dava kapsamı içinde mütalaa edilmezler. Bununla birlikte, pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlık doğrudan korporatif mahiyette veya TTK'da düzenlenen bir hususu ilgilendiriyor ise burada mutlak ticari davadan bahsetmek gerekecektir. Ayrıca, pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlık, her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili bir hususa taalluk ediyorsa, burada da bir nisbi ticari davadan söz etmemiz gerekir. Bu türden bir ihtilafta bir miktar paranın ödenmesi talep ediliyorsa dava açmadan önce arabulucuya başvurmak bir dava şartıdır.⁷¹

Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların kayda değer bir kısmı aynen ifa talepli olarak ortaya çıkmaktadır. Tarafın aynen ifa ile birlikte tazminat talebinde de bulunduğu hallerde, başka bir deyişle HMK m.110 bağlamında bir dava yığılmasının olduğu hallerde arabuluculuk süreci dava şartı olmaktan çıkar.⁷² Zira davadaki talepler birbirinden ayrılamaz ve dava yığılması hallerinde davacının talepleri arasında zorunlu arabuluculuğa tâbi olmayan bir husus varsa tüm talepler bakımından doğrudan mahkemede dava açılabilir.⁷³

bakımından da faydalı olabileceği yönünde bkz. **Erdoğan & Erzurumlu**, s. 43.

⁷¹ **Narbay**, Şafak & **Akkuş**, Muhammed (2020), 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, s. 307 vd.

⁷² Dava şartı arabuluculuk bakımından her talebin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yaşar Coşkun**, Sevdâ & **Göncü Döner**, Munise Seray (2020), 'Davaların Yığılması ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz', Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1-4, s. 112 vd.

⁷³ "...Somut olayda, 6100 sayılı HMK'nın 110. maddesiyle düzenleme altına alınan "davaların yığılması" durumu söz konusu olup, uyuşmazlık, verilen paranın tahsili ve ortak olmadığının tespiti olmak üzere iki ayrı dava içermektedir. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tahsil davası arabuluculuğa tabi ise de, geçerli bir ortaklık ilişkisinin kurulmadığının tespitine ilişkin dava, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir. Bu durumda, arabuluculuğa tabi olmayan bir dava ile birlikte açılan tahsil davası da arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağından

Anonim ortaklığın kuruluşu aşamasında ortaklıkla, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan belgeler TTK m.336'da kuruluş belgeleri olarak nitelendirilmiştir. Aynı hükme göre bu belgelerin sicil dosyasına konulması ve birer nüshalarının ortaklık tarafından beş yıl süre ile saklanması gerekmektedir. Bu hususta anonim şirket henüz kurulmadan akdedilen pay sahipleri sözleşmelerinin kuruluş belgesi olarak kabul edilip bu sözleşmelerden doğan tüm uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olması gerektiği gibi bir düşünce akla gelebilir. Bu yorum, kanun maddesinin hem metnine hem de gerekçesine aykırıdır. Pay sahipleri sözleşmelerini kuruluş belgesi olarak kabul etmek, kanun koyucunun pay sahipleri sözleşmelerini "kuruluşun ve şirketler hukukunun saçağının dışında" tutmayı amaçlayan iradesine ters düşer. Dolayısıyla bu sözleşmeler, TTK'daki "kuruluş belgeleri"nin içinde mütalaa edilerek mutlak ticari davalara konu edilemezler.

Anonim ortaklığın gerçek (maddi) anlamdaki esas sözleşme hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, esas sözleşme TTK'da "öngörülen hususlardan" olduğu için, TTK m.4/1/a uyarınca tarafların niteliğine bakılmaksızın mutlak ticari davaya vücut verirler. Pay sahipleri sözleşmesi ise, hem TTK'da düzenlenen hem de TTK m.4/1'de⁷⁴ belirtilen hususlardan olmadığından dolayı bunlardan doğan uyuşmazlıkların ancak her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olmak kaydı ile ticari dava olarak kabul edilmesi mümkün olur. Bu noktada, uyuşmazlığın bir

tarafının bir ticaret şirketi olduğu hallerde yalnızca diğer taraf için değerlendirme yapılması yeterli olacaktır. Zira bilindiği üzere, ticaret şirketlerinin ticari olmayan bir faaliyet yürütebilmeleri teorik olarak mümkün değildir. TTK m.16'da belirtilen, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıf, dernek veya bazı kamu tüzel kişilerinin de tüzel kişi tacir sayıldığını ve bunların hiç şüphesiz ticari olmayan adı alanlarının da bulunabileceği göz önünde bulundurulduğunda, nisbi ticari davanın belirlenmesinde işlemin bir tarafında tüzel kişi tacirin olması sadece diğer tarafı değerlendirmeye yeterli gelmez.⁷⁵

Sonuç olarak, pay sahipleri sözleşmesi, esas sözleşme gibi ticaret hukuku sözleşmesi mahiyetinde olmadığından kendisinden doğan uyuşmazlıkların ticari davaya dönüşmesi ve alacak talepli olması halinde dava şartı arabuluculuğa tâbi olması için uyuşmazlık ya tüm tarafların ticari işletmesi ile ilgili olmalıdır ya da uyuşmazlık aynı zamanda TTK m.4/1/a-f kapsamındaki mutlak ticari dava oluşturulan bir karakterde olmalıdır.⁷⁶ Eğer bu minvalde ticari davaya vücut veren bir pay sahipliği sözleşmesi mevcut ise ve uyuşmazlık bir miktar paranın ödenmesi talepli ise arabuluculuk sürecinin tüketilmesi bir dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna ilaveten, pay sahipleri sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma iktidarına sahip oldukları sürece, ihtiyari arabuluculuğa elverişli olduğundan sistematik arabuluculuk teknikleri ile çözüme kavuşturulabilir.

Uygulamada ciddi tereddütlere ve problemlere sebebiyet veren ticari davanın belirlenmesi hususunda, son yıllarda bir de dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmama meselesinin eklenmesi uygulamacıları zora sokmaktadır. Bu iki problemin üstüne, pay sahipleri sözleşmesi gibi bazı hukuk metinlerinin disiplinler arası oluşları sebebiyle uygulamada bu ihtilafların nerede ve nasıl çözümleneceği sorusuna cevap bulmak bir hayli güçleşmektedir. Ticaret hayatımızın ve hukukumuzun sağlıklı gelişebilmesi için

aksi yöndeki mahkeme gerekçesi isabetli görülmemiştir.."Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.02.2020, E: 2020/197, K: 2020/1578 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021). "6102 Sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince konusu bir miktar alacak ve tazminat olan davalar yönünden arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Somut olayda davacının; her ne kadar markaya tecavüzün tespiti, ref'i ve haksız rekabete dayalı olarak ticaret unvanının kısmen iptali talepleri mevcut ise de, aynı zamanda maddi ve manevi tazminat talepleri de mevcuttur. Tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğa tabidir. Davacının diğer talepleri de aynı iddiadan kaynaklanmakta olup tüm talepler yönünden davacı haklarının ihlalini ve tecavüzün varlığını ispatlamalı ve neticeten; uyuşmazlığın bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir." İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, T: 07.10.2019, E: 2019/1868, K. 2019/2012 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi) (Erişim Tarihi: 20.11.2021).

⁷⁴ TTK m.4/1-c'de sayılan bu hallerden birçoğunun taciri ve ticari işletmeyi ilgilendirmediği halde mutlak ticari dava sayılmasının hatalı ve zararlı olduğu yönünde bkz. **Domaniç**, Hayri (1988), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları, s. 23.

⁷⁵ Krş. **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, Füsün (2021), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 137.

⁷⁶ **Eminoğlu & Erdoğan**, s. 215. Ayrıca bkz. **Demirkol**, Berk (2012), 'Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 9, s. 857'deki 17 numaralı dipnot.

bu meseleleri olabildiğince basitleştirmek gerekmektedir. Aksi halde kişilerin Anayasa'da güvence altına alınmış hak arama özgürlükleri ihlal edilmektedir. Bu itibarla öncelikle ticari dava tanımının basitleştirilip netleştirilmesinin,⁷⁷ akabinde de pay sahipleri sözleşmesinin belli ölçüde kanuni düzenlemeye kavuşturulmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Bir ticaret ortaklığındaki pay sahiplerinin tamamı veya bir kısmı, kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, ortaklık tüzel kişiliği ile karşılıklı pozisyonları ve ortaklığın tâbi olacağı hukuki düzen ile stratejik planı belirlemek amacı ile pay sahipleri sözleşmesi adı verilen borçlar hukuku sözleşmeleri akdedebilirler. TTK m.340 ve m.579'da şirket sözleşmeleri için öngörülmuş olan kısıtlamalar ve gizlilik ihtiyacı gibi sebepler günümüzde pay sahipleri sözleşmelerine olan yönelimi artırmaktadır. Bununla birlikte pay sahiplerinin aralarındaki girift ve çok yönlü menfaat ilişkilerini düzenleyen bu sözleşmeler, uygulamada pek çok uyuşmazlığa sebep olmaktadır.

Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar genel itibariyle farklı menfaat ilişkilerini barındıran ve uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklar olarak kabul edildiklerinden dolayı ilgili sözleşmelerde uyuşmazlık çözüm yeri olarak genellikle tahkime işaret edildiği görülmektedir. Pay sahipleri sözleşmelerinden doğan hemen her uyuşmazlık, tarafların sulh olabilecekleri, başka bir deyişle üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olduğundan tahkime elverişlidir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlığın uzman hakemler eliyle, gizlilik içerisinde ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi kuşkusuz devlet yargısı üzerindeki ağır yükü de hafifletecektir. 2021 yılı itibariyle İsviçre Federal Mahkemesi bir yılda yaklaşık dört yüz dava dosyasını karara bağlar iken, Yargıtay'ımızın sadece 11. Hukuk Dairesi yaklaşık dokuz bin dosyayı karara bağlamakla uğraşmaktadır. Hal böyle

iken dahi, tahkim kurumunun İsviçre'de daha çok teşvik edildiği olgusu üzerine düşünmek gerekir.

Tarafların sulh olabilecekleri, sulh anlaşmasının içeriğini serbestçe kararlaştırabilecekleri tüm özel hukuk ilişkileri gibi pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişlidir. Zira arabuluculuk, tarafların sulhe yönelik müzakere ettiği ve tarafsız bir üçüncü kişinin bu süreci kolaylaştırmak için yer aldığı bir müzakere sürecinden ibarettir. Dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmama hususunda ise pay sahipleri sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın önce niteliğine, ardından da taraflarının niteliğine bakmak gerekecektir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlık aynı zamanda TTK m.4/1/a-f bağlamında mutlak ticari dava oluşturacak bir uyuşmazlık ise ve bir miktar paranın ödenmesi ve/veya tazminat talep ediliyorsa dava açılmadan önce arabulucuya gitmek dava şartı olacaktır. Aynı zamanda mutlak ticari dava oluşturacak bir uyuşmazlık söz konusu değil ise, uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakmak gerekecektir. Bu minvalde diğer ticari uyuşmazlıklarda olduğu gibi -hatta interdisipliner niteliği gereği diğerlerinden daha çok ihtiyaçla- pay sahipleri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri ile çözülmesi noktasında ticari davanın tanımı sadeleştirilip netleştirilmeli ve pay sahipleri sözleşmeleri belli ölçüde yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Kanundaki gerekçenin aksine, pay sahipleri sözleşmesi artık günümüzde yalnızca borçlar hukuku alanına hapsedilecek, 'şirketler hukukunun saçağının dışında' tutulabilecek mahiyette değildir.

⁷⁷ Ticari davaların belirlenmesinde uyuşmazlığın ticari işletme ile ilgili olması kıstası yerine uyuşmazlığın türüne, başka bir deyişle uyuşmazlığın ticari bir işten doğup doğmadığına bakmak gerektiği kanaatindeyiz. Bkz. **Kırca**, İsmail (2017), 'Nispi Ticari Davaya Dair' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 1, C: 33, s. 57. Domaniç de ticari davaların tayini için TK m.4 dışında birçok unsura ve hususen mantık ölçülerine de bakmak gerektiği görüşündedir. **Domaniç**, s. 23.

KAYNAKÇA

- Akbay**, Direnç (2019), 'Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler' İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 2, C: 77, s. 697-74.
- Akdağ Güney**, Necla (2014), Anonim Şirketlerde Kuruluş, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akın**, Murat Yusuf (2002), Şirketler Hukukunda ve Özelikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, İMKB Yayınları.
- Akın**, Murat Yusuf (2014), Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, (Bağlam).
- Akıncı**, Ziya (2021), Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akyol**, Şener (2010), Sözleşmenin Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Altay**, Sıtkı Anlam, 'Tahkimde Sözleşmesel Ortak Girişimler': Akıncı, Ziya & Yasan Tepetaş, Candan (Editörler) (2018), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Atalı**, Murat & **Erdoğan**, Ersin (2020), 'Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu' Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 205-221.
- Atasoy**, Kemal (2020), Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Aydoğmuş**, Ayşe Yasemin (2021), 'Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları' Public and Private International Law Bulletin, S: 41, C: 1, s. 287-327.
- Ayoğlu**, Tolga (2018), Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Bahtiyar**, Mehmet (2001), Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Barlas**, Nami (2016), Adı Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Bebchuk**, Lucian Arye (2005), 'The Case for Increasing Shareholder Power' Harvard Law Review, S: 118, C: 3, s. 833-914.
- Çelebi**, Ali Ergin (2016), Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Demirkol**, Berk (2012), 'Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları' Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 9, s. 851-883.
- Domaniç**, Hayri (1988), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul, Temel Yayınları.
- Edis**, Seyfullah (1983), Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Ekmekçi**, Ömer & **Özekes**, Muhammet & **Atalı**, Murat & **Seven**, Vural (2019), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Eminoğlu**, Cafer (2021), 'Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri', Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 2, C: 7, s. 271-291.
- Eminoğlu**, Cafer & **Erdoğan**, Ersin (2020), Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Erdem**, H. Ercüment, 'Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği': Özdemir Kocasakal, Hatice & Balkar, Süheyla (Editörler) (2020), Tahkim Anlaşması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan**, Ersin & **Erzurumlu**, Nurbanu (2016), Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, 1. Baskı, İstanbul, SETA Yayınları.
- Eren**, Erkan (2021), 'Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi "Kanuna Karşı Hile" Olarak Değerlendirilebilir Mi?' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2021/1, s. 1013-1046.
- Esen**, Emre (2008), Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Esin**, İsmail G. (2020), Birleşme ve Devralmalar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Forstmoser**, Peter (2011), Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 1. Baskı, Basel, Schultess.
- Helvacı**, Mehmet, 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler': Ulusoy, Erol & Yıldırım, Aslı (Editörler), II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "TAHKİM", TMSF, 14 Şubat 2009, İstanbul.
- Huysal**, Burak (2010), Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- İnce**, Salih Tayfun (2019), Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Karasu**, Rauf (2015), Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karayalçın**, Yaşar (1998), 'Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 19, s. 3-52.

- Kayıklık**, Abdurrahman (2020) 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 36, s. 133-176.
- Kenanoğlu**, M. Macit (2005), Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Lotus Yayınevi.
- Kendigelen**, Abuzer (2020), 'Pay Sahipleri Sözleşmesi', Hukukî Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), C: XV, 2017-2018, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, (Mütalaa).
- Kessler**, Robert A. (1967), 'Drafting a Shareholders' Agreement for a New York Close Corporation' Fordham Law Review, C. 35, s. 625-676.
- Kırca**, İsmail (2017), 'Nispi Ticari Davaya Dair' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 1, C: 33, s. 55-61.
- Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013), Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırkbeşoğlu**, Nagehan (2006), 'Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1, C: 64, s. 259-290.
- Moroğlu**, Erdoğan (2009), Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Değerlendirme ve Öneriler, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Moroğlu**, Erdoğan (2015) Oy Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Narbay**, Şafak & **Akkuş**, Muhammed (2020), 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 44, s. 301-334.
- Nomer**, Ergin & **Ekşi**, Nuray & **Öztekin Gelgel**, Günseli (2013), Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Nomer**, N. Füsün (1999), Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Okucu Taftalı**, İpek (2018), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Okutan Nilsson**, Gül (2004), Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları.
- Özbek**, Mustafa (2006), 'Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması', Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 441-502.
- Pekcanitez Usûl** (2021), Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019), Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şanlı**, Cemal (2019), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Tanrıver**, Süha (2020), Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Taşpolat Tuğsavul**, Melis (2019), 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2019/1, s. 333-379.
- Thomas**, Katherine Reece & **Ryan**, Chris (2009), The Law and Practice of Shareholders' Agreements, 3. Baskı, Lexis Nexis.
- Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, Füsün (2021), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ünal**, Akın (2017), Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yaşar Coşkun**, Sevda & **Göncü Döner**, Munise Seray (2020), 'Davaların Yiğilmesi ve Terditli Davalar Açısından Ticari Dava Şartı Arabuluculuk: Mahkeme Kararları Üzerinden Bir Analiz', Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1-4, s. 89-117.
- Yılmaz**, Gülşah (2018), Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yüksel**, Sinan (2003), 'Paysahipleri Sözleşmeleri' (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yüksel**, Sinan H., 'Pay Sahipleri Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim': Akıncı, Ziya & Yasan Tepetaş, Candan (Editörler) (2018), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

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.*

FİKRİ VE SİNAİ MÜLKİYET HAKLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE’DE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN BULUŞLARIN TİCARİLEŞTİRİLMESİ SÜRECİNDE KARŞILAŞILAN ENGELLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ^{(*)(**)}

OBSTACLES AND SOLUTIONS ENCOUNTERED DURING THE COMMERCIALIZATION PROCESS OF INVENTIONS IN HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS IN TURKEY WITHIN THE FRAMEWORK OF INTELLECTUAL INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS

Doç. Dr. Özkan ŞAHİN^(***)
Yasemin BAYKAL^(****)

Öz

Bu çalışma, Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi sürecinde karşılaşılan mevzuat kaynaklı engellerin tespiti ile tespit edilen engellerin kaldırılması için çözüm önerisi sunmak amacıyla yapılmıştır. Çalışmada fikri ve sınai mülkiyet hakları konusunda kavramsal çerçeve ortaya koyulmuştur. Ayrıca istatistiki verilerin de incelenmesiyle Türkiye’de ve dünyada yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşların ticarileştirilme süreçleri ve uygulamaları ele alınmıştır. Yapılan araştırma sonucunda, söz konusu alandaki engeller tespit edilmiş olup, bu engellerin büyük çoğunun Türkiye’de yer alan kanuni düzenlemelerdeki eksiklikler ve belirsizliklerden kaynaklandığı belirlenmiştir. Belirlenen engel ve belirsizliklerin çözüme kavuşturulması amacıyla mevcut düzenlemelerde değişiklikler yapılmasına ve ek yasal düzenlemeler getirilmesine yönelik çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Yükseköğretim Kurumu, Buluş, Sınai Mülkiyet Hakları, Ticarileşme, Fikri Mülkiyet Hakları.

Abstract

This study was carried out in order to provide a solution proposal for the determination of the obstacles arising from the legislation and the removal of the obstacles encountered in the commercialization process of the inventions made in higher education institutions in Turkey. For this purpose, the study has been put forward within the scope of the commercialization processes and practices of the inventions realized in higher education institutions in Turkey and in the world, by examining the statistical data obtained by putting forward the conceptual framework on intellectual and industrial property rights. As a result of the research, the obstacles in this area have been identified, and it is seen that most of these obstacles arise from the deficiencies and uncertainties in the legal regulations in Turkey. It was concluded that it would be beneficial to introduce additional legal regulations by the legislator in order to resolve the obstacles and uncertainties mentioned, and to introduce explanatory regulations about the issues that contain uncertainty, and solutions were offered in order to remove some of the obstacles.

Keywords

Higher Education Institution, Invention, Industrial Property Rights, Commercialization, Intellectual Property Rights.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 11.03.2022 / Kabul Tarihi: 16.09.2022).

^(**) Bu makale Yasemin Baykal’ın Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Girişimcilik Anabilim Dalı Yüksek Lisans tezinden türetilmiştir.

^(***) Düzce Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Uluslararası Ticaret ve Finansman Bölümü, (ozkansahin@duzce.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5341-1274).

^(****) Düzce Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, (yasemnbaykal@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5648-1665).

Atıf/Citation: Baykal, Yasemin & Özkan, Şahin (2022) "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşların Ticarileştirilmesi Sürecinde Karşılaşılan Engeller ve Çözüm", TFM, C: 8, S: 2, s. 529-542.

I. GİRİŞ

Küreselleşmenin hızlanması ve dünya ekonomisinin uğradığı dönüşüm ile ülkeler arasındaki rekabette artış gözlenmektedir. Rekabet içerisinde bulunan ülkelerin, rekabet güçlerini artırarak ve sürekli bir yapıyla buluşturarak vatandaşlarının refah seviyesini artırmaları gündeme gelmektedir. Rekabet güçlerinin artırılması noktasında firmalar, uzmanlaştıkları alanlarda yüksek katma değerli ürün ve hizmet sunmaları sonucu rakiplerine üstünlük sağlayabileceklerdir. Yüksek katma değerli ürün üretimi, yüksek kazanç elde edilerek ekonomik gelişmeyi artırmayı kolaylaştıran bir yoldur.¹

Yüksek katma değerli ürünlerin ortaya çıkması durumunda ise fikri ve sınai mülkiyet hakları ile koruma altına alınmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu alandaki korumanın artışı ile iktisadi hayatta yer alan belirsizlikler kalkarak teknolojiye bilgi akışı ivme kazanmakta ve girişimcilerin teşviki ile ekonomik büyümede süreklilik elde edilmektedir.²

Yüksek teknoloji ürün üretiminin gelişmiş olduğu ülkelerde fikri ve sınai mülkiyet haklarıyla ilgili yasal düzenlemelerin ve korumaların da kapsamlı ve detaylı olduğu görülmektedir. Söz konusu buluşlar üretimde çarpan etkisi yaparak ülke ekonomisinin gelişimine etkili değer sağlamaktadır.

Gelişmiş birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de fikri ve sınai mülkiyet haklarıyla ilgili hukuki düzenlemelerle çalışanların gerçekleştirdiği buluşlar ve yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların hukuki koruma altına aldığı görülmektedir. Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlarda gerekli başvuruların yapılması ve devamı prosedürün izlenmesi sonucu buluş üzerinde yükseköğretim kurumu hak sahibi olur ve sonrasında ticarileştirme süreci uygulama bulur. Ürünün ticarileştirilmesi sonucunda yükseköğretim kurumlarının elde ettiği gelir ile ülke ekonomisini geliştirici dönütlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bilim üretim merkezlerinden olan yükseköğretim kurumlarında birçok

araştırmacı çalışmakta olup Türkiye için yüksek öneme sahip bilimsel ve çağdaş faaliyetler gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşların ticarileşme potansiyelleri yadsınamaz olup, söz konusu ticarileşme sürecinin buluşun yaratıcısı olan araştırmacı ve buluşun hak sahibi haline gelen yükseköğretim kurumu bakımından ülke menfaatlerinin ve ekonomisinin yararına minimum süre içerisinde neticelenip maksimum fayda ve ekonomik kazançla ulaşılması mümkün kılınmalıdır. Bu bağlamda, yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşların önemi göz ardı edilemez niteliktedir. Yükseköğretim kurumlarında katma değeri yüksek ürün üretimi için gerekli olan teknolojik gelişmelerin buluş aşamasına gelmesinden sonraki aşamalarda etkin bir patent tescili ve ticarileştirme sürecinin yürütülmesi bu kapsam da önemli bir rol oynayacaktır.

Araştırmanın ana problemi; “Fikri ve sınai mülkiyet hakları çerçevesinde Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşların ticarileştirilmesi sürecinde karşılaşılan engeller nelerdir?” biçiminde belirlenmiştir. Bu kapsamda araştırmanın temel amacı, fikri ve sınai mülkiyet hakları çerçevesinde Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi sürecinde karşılaşılan engelleri tespit etmek ve bu engellere çözüm önerileri sunmaktır. Çalışmanın alt amacı ise çalışma konusundaki engellere çözüm önerileri sunulması sonucunda ticarileştirilen buluş sayısının artmasının sağlanmasıdır. Nitel araştırma yöntemiyle araştırma konusu bütüncül bir biçimde ele alınmıştır. Yapılan araştırmada nitel araştırma yöntemlerinden belge (doküman) inceleme yöntemi tercih edilmiştir. Belgelerin inceleme sürecinde genel tarama ile alan yazında tespitler yapılmış ve yasa ve yönetmelik maddeleri incelenmiştir.

Araştırmada betimsel araştırma modeli tercih edilmiştir. Bu model ile elde edilen veriler tam olarak tanımlanmaktadır. Araştırma yönteminin yapılan araştırmaya uygun seçildiği varsayılmaktadır. Araştırmanın amacı doğrultusunda verilerin toplanmasında dokümanlardan yararlanılmıştır. Görüşme tekniğinin kullanılması ve web sitelerinin taranması sonucu analiz yapılarak veriler elde edilmiştir. Ayrıca, araştırma yapılırken resmi istatistiklerden de faydalanılmıştır. Toplanan verilerin analizinde betimsel analiz kullanılmıştır.

¹ **Karaaslan, Ahmet & Tuncer, Güner** (2010), ‘Uluslararası Rekabet Gücünün Artırılmasında Temel Devlet Politikaları’ Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 26, s. 42.

² **Ata, Ahmet Yılmaz & Şahbaz, Ahmet** (2013), ‘Mülkiyet Hakları ile Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişki; AB Ülkeleri Üzerine Ampirik Bir İnceleme’ Sosyoekonomi Dergisi, S: 20, C: 20, s. 169.

II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE ALMAN HUKUKUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Amerikan hukuk sistemindeki yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlara ilişkin düzenlemeler birçok ülkenin hukuk sistemini etkilemiştir. SMK’da ki çalışanların buluşları ve yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar üzerindeki hak sahipliğine ilişkin düzenlemeler üzerinde ise Alman hukuku etkilidir. Bu sebeple bu kısımda Amerikan ve Alman hukuk sisteminde yer alan düzenlemelere değinilecektir.³

1. Amerikan Hukukuna Göre Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar Üzerindeki Hak Sahipliği

Amerikan hukuk sisteminde üniversitelerdeki teknoloji politikalarıyla alakalı çok sayıda yasal değişikliğe 80’li yıllarda gidildiği bilinmektedir. Şöyle ki; bu değişikliklerden en önemlileri, Bayh-Dole Yasası, Stevenson-Wydler Yasası ve Federal Teknoloji Transferi Yasası’dır. Bayh-Dole Yasası’nın amacı; rekabet ve girişimcilik alanında serbesti sağlanarak küçük ölçekli işletmelerin ve kâr amacı gütmeyen kurumların ortaya çıkardığı buluşların desteklenmesidir.⁴

Ancak, Bayh-Dole Yasası’nda yalnızca devletin desteklediği araştırmaların sonucu olarak ortaya koyulan buluş durumunda hak sahipliği müessesesinin düzenleme bulduğu, üniversite öğretim elemanlarının araştırmalarının devlet destekli olmaması halinde patent üzerindeki hak sahipliğinin üniversitelerinin kendi politikaları ve çalışanların buluşları hakkındaki genel hükümlere göre belirleneceği görülmektedir.⁵

2. Alman Hukukuna Göre Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar Üzerindeki Hak Sahipliği

Alman hukuk sisteminde İşçi Buluşları Hakkında Kanunda öğretim elemanları tarafından ortaya

koyulan buluşlar serbest buluş olarak tanımlanmış olmakla birlikte 2002 yılında kanun değişikliğine gidilmiştir. Yapılan değişiklik sonucu “Hochschul-lehrerprivileg” adındaki kavram ile öğretim elemanlarının yaptığı buluşlar hizmet buluşu olarak tanımlanmıştır. Yapılan değişiklik ile öğretim elemanlarının buluşları hakkında işçi buluşlarına ilişkin kanuni düzenlemelere benzer bir hukuki rejim uygulanmakla birlikte Alman Anayasası’nda yer alan bilim özgürlüğü kapsamında bir takım farklı düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu farklı düzenleme içeriklerinde öğretim elemanının yayın yapmadan önce üniversiteyi bilgilendirmesi yükümlülüğü ve araştırmacının yayın yapmama özgürlüğünü koruyucu hükümler getirilmiştir.⁶ Bunun yanında 2002 yılında yapılan değişiklik sonucu, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluş sonucu yükseköğretim kurumu hak isteyebilecek ve buluştan elde edilen gelirin %30’u da buluş sahibine ait olacaktır.⁷

3. Türkiye’de Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlar Üzerindeki Hak Sahipliği

6769 sayılı SMK ve 29/09/2017 tarihli, 30195 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik ile Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar hakkındaki usul ve esaslar belirlenmiştir. İlgili yönetmelik ile yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlara ilişkin bildirim yükümlülüğü, hak sahipliği, başvuru yapılması, itiraz işlemleri ve buluştan elde edilen gelirin paylaşımına ilişkin hususlar hakkında düzenlemeler yapılmıştır.

a. Buluş Kavramı

Buluş, beşerî bir gereksinim sonucu oluşan sorunla fikri ürün ile getirilen çözümdür. Bu çözüm, teknik alana girmekle birlikte uygulanabilir bir öğreti ile getirilmelidir.⁸ SMK madde 82’ye göre bir buluşun patent kapsamında korunabilmesi için buluşun yenilik unsuru taşıması, buluş basamağına sahip ol-

³ Polater, Salih (2019) Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 41.

⁴ Özden Merhacı, Selin (2015), ‘Amerika Birleşik Devletleri Bayh-Dole Yasası ve Türk Hukukunda Öğretim Elemanlarının Buluşlarına İlişkin Bir Değerlendirme’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 64, s. 431.

⁵ Polater, s. 42.

⁶ Özden Merhacı, s. 416.

⁷ Polater, s. 41.

⁸ Polater, s. 25.

ması, sanayiye uygulanabilir olması, Sınai Mülkiyet Kanunu madde 82/2'de belirtilen buluş niteliğinde sayılmayan konu ve faaliyetlerden olmaması ve Sınai Mülkiyet Kanunu madde 82/3'de belirtilen patent verilemeyecek buluşlardan olmaması gerekmektedir.

b. Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluş Kavramı

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 3. maddesi, c bendinde yükseköğretim kurumu kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: “c) (Değişik birinci paragraf: 29/6/2001- 4702/1 md.) Yükseköğretim Kurumları: Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır.

(Değişik: 3/4/1991- 3708/1 md.) Yüksek teknoloji enstitüsü, özellikle teknoloji alanlarında yüksek düzeyde araştırma, eğitim- öğretim, üretim, yayın ve danışmanlık yapan, kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip bir yükseköğretim kurumudur.”

SMK'nın 121. maddesinin 1. fıkrası ile Yükseköğretim Kanununda sayılan yükseköğretim kurumları dışında Milli Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'na bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşların da yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluş niteliğinde olacağı hüküm altına alınmıştır.

c. Buluş Yapanın Bildirim Yükümlülüğü ve Hak Talebi

SMK'nın 121. maddesinin 2. fıkrasında, yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda bir buluş gerçekleştirildiğinde buluşu yapanın buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin yükseköğretim kurumuna bildirmekle yükümlü olduğu ve patent başvurusu yapılmışsa da yükseköğretim kurumuna başvuru yapıldığına dair bildirim yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Yine, ÇBY'nin 29. maddesinin 1. fıkrasında, yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalış-

malar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşların, buluşu yapan tarafından yazılı olarak ve geciktirmeksizin yükseköğretim kurumu tarafından belirlenen ilgili birime bildirileceği, yükseköğretim kurumu böyle bir birim belirlemediyse yükseköğretim kurumu tarafından belirlenene kadar buluş bildirimini rektörlüğe yapılacağı ve ilgili birimin buluşun gizliliğine ilişkin her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca ÇBY'nin 29. maddesinin 2. fıkrası gereği, buluş bildiriminde buluşun konusunun, teknik problemin, bu problemin çözümünün ve buluşun nasıl gerçekleştirildiğinin açıklanması ile buluşun daha iyi açıklanması bakımından gerekli diğer bilgi ve belgelerin de sunulması gerekmektedir. Bunun yanında buluşun serbest buluş niteliğinin olup olmadığının ve gerekçelerinin de sunulması gerekmektedir. ÇBY'nin 29. maddesinin 3. fıkrasında, buluşun birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu bildirim birlikte yapılabileceği, yapılacak bildirimde buluşu yapanların adlarının ve buluş üzerindeki katkı paylarının belirtileceği yer almaktadır. Aksi takdirde katkı paylarının eşit olacağı kabul edileceği belirtilmektedir. ÇBY'nin 29. maddesi 4. fıkrası, buluşun farklı yükseköğretim kurumundaki kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, buluşu yapanların buluş bildirimini kendi yükseköğretim kurumlarına ayrı ayrı yapacakları yönündedir. Yine, aynı maddenin 5. fıkrası gereği, buluşu yapan kişilerin, buluşu kendi yükseköğretim kurumları dışında farklı yükseköğretim kurumlarının imkânlarını da kullanarak gerçekleştirmiş olmaları durumunda buluşu yapan kişilerin buluş bildirimini kendi yükseköğretim kurumlarına ve imkânlarından yararlanan yükseköğretim kurumlarına ayrı ayrı yapmak yükümlülükleri bulunmaktadır.

ÇBY madde 29/6,7,8 ile yükseköğretim kurumunun ilgili biriminin, buluş bildirimini kaydedeceği ve bildirim kendisine ulaştığı tarihi, bildirimde bulunan kişi veya kişilere geciktirmeksizin ve yazılı olarak bildireceği, buluş bildiriminin eksik yapılması halinde yükseköğretim kurumunun, bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde eksikliklerin giderilmesini buluşu yapana bildireceği, aksi halde, buluş bildirimi usulüne uygun yapılmış sayılacağı, buluşu yapanın, yedinci fıkra uyarınca yapılan bildirimde belirtilen eksiklikleri, bildirim

kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde gidereceği, aksi takdirde buluş bildiriminin usulüne uygun olarak yapılmamış sayılacağı ve buluş bildiri mi yeniden yapılacağı belirtilmektedir.

Ayrıca, ÇBY madde 30 gereği, yükseköğretim kurumuna bildirim yapılmaksızın patent başvurusu yapılması halinde, başvuru yapıldığına ilişkin bildirim, patent başvurusuna ait tüm bilgi ve belgelerle birlikte patent başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde buluşu yapan tarafından yükseköğretim kurumuna yapılması (başvuru bildirimi) gerekmektedir.

SMK madde 121/3 uyarınca, yükseköğretim kurumunun buluş üzerinde hak sahipliği talebinde bulunması durumunda, patent başvurusu yapmakla yükümlü olduğu, aksi takdirde buluşun serbest buluş niteliği kazanacağı belirtilmektedir. Yine, ÇBY madde 31’de hak sahipliği talebiyle ilgili düzenleme yer almaktadır. Buna göre; Yükseköğretim kurumu, 29’uncu veya 30’uncu maddeler uyarınca yapılan bildirim üzerine buluşla ilgili olarak hak sahipliği talep edebilir. Yükseköğretim kurumu, hak sahipliği talebine ilişkin kararını, buluş veya başvuru bildiriminin yükseköğretim kurumuna ulaştığı tarihten itibaren dört ay içinde buluşu yapana yazılı olarak bildirmek zorundadır. Aksi takdirde buluşun serbest buluş olduğu kabul edilir.

Hak sahipliği talebine ilişkin karar tarihinden itibaren buluş üzerindeki tüm haklar yükseköğretim kurumuna geçmiş olur. Başvuru yükümlülüğüne ilişkin ÇBY madde 32’de de düzenleme yer almaktadır. Bu madde uyarınca; 29’uncu madde kapsamında yapılan buluş bildirimi üzerine yükseköğretim kurumu; 31’inci maddeye göre hak sahipliği talebinde bulunmuşsa hak sahipliği talebine ilişkin karar tarihinden itibaren dört ay içinde, buluşu yapan ile yükseköğretim kurumunun anlaşmaları halinde karar tarihinden itibaren en geç altı ay içinde patent başvurusunda bulunmak zorundadır. Aksi takdirde buluş, serbest buluş niteliği kazanır. Yükseköğretim kurumu hak sahipliği talebine ilişkin kararını patent başvurusuyla birlikte Kuruma sunar. 30’uncu madde kapsamında patent başvurusu yapılmışsa ve yükseköğretim kurumu 31’inci maddeye göre hak sahipliği talebinde bulunmuşsa yükseköğretim kurumu patent başvurusunun kendi başvurusu olarak kabul edilmesini ve işlem görmesini, hak sahipliği talebine

ilişkin kararı da ekleyerek birinci fıkrada belirtilen süre içinde Kuruma bildirir. Aksi takdirde buluşun serbest buluş olduğu kabul edilir. Kurum, yükseköğretim kurumunun hak sahipliğine ilişkin kararının Kuruma bildirim tarihi itibarıyla başvuru sahibi değişikliğini Sicile kaydeder. Buluşu yapan, hak sahipliği yükseköğretim kurumuna geçen buluşla ilgili yapılan patent başvurusuna ilişkin tüm bilgi ve belgeleri ve buluşa ilişkin patent alınması ve devamındaki süreçlerde ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri yükseköğretim kurumuna verir. 29’uncu maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında belirtilen şekilde bildiri mi yapılan buluşlar için farklı yükseköğretim kurumları tarafından birlikte başvuruda bulunulur. Hak sahipliği paylaşımı, ilgili yükseköğretim kurumları arasında yapılacak sözleşme ile belirlenir. Yükseköğretim Kurumu hak sahipliği talebinde bulunmuşsa söz konusu buluşun yabancı bir ülkede de korunması için başvuruda bulunabilir. Yükseköğretim kurumu, buluşu yapanın talebi üzerine patent almak istemediği yabancı ülkeler için buluşu serbest bırakmak ve bu ülkelerde buluşu yapana patent almak için talepte bulunma imkânını sağlamakla yükümlüdür. Buluşun serbest bırakılması, rüçhan hakkı süresinin geçirilmemesi açısından makul bir süre içinde yapılır.

d. Buluşun Buluşu Yapana Bedelsiz Olarak Devri

SMK madde 121/6 ile buluşun buluşu yapana devri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; yükseköğretim kurumunun başvurudan veya patent hakkından vazgeçmek istemesi veya buluşun, patent başvurusu yapıldıktan sonra serbest buluş niteliği kazanması halinde, yükseköğretim kurumu öncelikle buluşu yapana başvuru veya patent hakkını devralmasını teklif eder. Buluşu yapanın teklifi kabul etmesi durumunda haklar devredilir. Bu durumda yükseköğretim kurumu, buluşu yapana patent alınması ve korunması için gerekli olan belgeleri verir. Yükseköğretim kurumu, başvuru veya patent hakkını buluşu yapana devretmesi durumunda inhisari nitelikte olmayan kullanım hakkını uygun bir bedel karşılığında saklı tutabilir. Buluşu yapanın teklifi kabul etmemesi durumunda patent başvurusu veya patent üzerindeki tasarruf yetkisi yükseköğretim kurumuna ait olur.

Yine hakkın devri konusunda ÇBY madde 34/1 ile yükseköğretim kurumunun, başvurudan veya patent hakkından vazgeçmek istemesi durumunda Kurum nezdinde vazgeçme talebinde bulunmadan önce başvuru veya patent hakkını devralmasına ilişkin teklifini buluşu yapana bildireceği, buluşu yapanın, bu konuda kendisine yapılan bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde cevap vermezse veya teklifi kabul etmezse patent başvurusu veya patent üzerindeki tasarruf yetkisi yükseköğretim kurumuna ait olacağı ve yükseköğretim kurumunun patent başvurusu veya patent hakkından vazgeçebileceği belirtilmektedir. Ayrıca, buluşu yapanın teklifi kabul etmesi durumunda haklar buluşu yapana bedelsiz olarak devredilir. Buluşu yapan başvurunun veya patentin kendi adına kaydedilmesi talebini Kuruma bildirir. Devir işleminin Sicile kaydedilmesine ilişkin olarak Kanunun 148'inci maddesi hükmü uygulanır. Bu durumda yükseköğretim kurumu, hak sahipliği değişikliğine konu buluşla ilgili patent alınması ve korunması için gerekli olan bilgi ve belgeleri buluşu yapana verir. ÇBY madde 34/2 gereği buluşun patent başvurusu yapıldıktan sonra serbest buluş niteliği kazanması durumunda başvuru veya patent üzerindeki haklar buluşu yapana bedelsiz olarak devredilir. Ayrıca, ÇBY madde 33 uyarınca buluşun serbest buluş olarak ileri sürülmesi durumunda yükseköğretim kurumu tarafından belirlenen ilgili birimin, itirazın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde itiraza ilişkin kararını vermesi gerekmektedir. Aksi durumda buluş, serbest buluş niteliğini kazanacaktır.

e. Makul Bir Bedel Ödeme Yükümlülüğü

SMK madde 115/3'te işverenin hizmet buluşu üzerinde tam hak talep etmesi halinde, çalışanın makul bir bedelin kendisine ödenmesini işverenden isteyebileceği ve işverenin hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep etmesi durumunda, işverenin buluşu kullanması hâlinde, çalışanın makul bir bedelin kendisine ödenmesini isteme hakkının doğacağından bahsedilmektedir.

ÇBY madde 8/2'de de kısmi hak talebine dayanarak işverenin buluşu kullanması halinde çalışanın, buluştan faydalanma karşılığı olarak işverenden kendisine bedel ödemesini isteme hakkının doğacağı belirtilmektedir.

f. Yükseköğretim Kurumlarında Buluştan Elde Edilen Gelirin Paylaşımı

SMK madde 121/8'de buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve buluşu yapan arasındaki paylaşımı konusunda düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereği; buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve buluşu yapan arasındaki paylaşımı, buluşu yapana gelirin en az üçte biri verilecek şekilde belirlenir. Buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu hissesi ilgili yükseköğretim kurumu bütçesine öz gelir olarak kaydedilir ve başta bilimsel araştırmalar olmak üzere yükseköğretim kurumunun ihtiyaçlarının karşılanması için kullanılır.

Yine, ÇBY madde 35/2 buluştan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve buluşu yapan arasındaki paylaşımın, buluşu yapana gelirin en az üçte biri verilecek şekilde belirleneceğini belirtmektedir.

g. Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşların Ticarileştirilmesi ve Ekonomik Gelişim Açısından Önemi

Teknoloji geliştirme ve üretim süreçlerinde yenilik getirebilme kabiliyetinin uluslararası mecrada önemli bir güç haline geldiği çağımız dünyasında ticaretteki rekabetin odağında geçmişin aksine hammadde ve mamul mal değil teknolojide yenilik getirme, geliştirilen teknolojileri güncel hale getirme ve günümüz ihtiyaçlarına cevap verecek teknik nitelikte hizmet yaratma yer almaktadır.⁹ Diğer bir deyişle, günümüzde ekonominin temelini büyük oranda teknoloji ve bilginin oluşturduğu görülmektedir. Bu sebeple bilginin önemine ve üretimine etkide bulunan alt etkenlerin de irdelenmesini zorunluluk arz etmektedir. Bilginin, üretim süreçlerindeki öneminin artması sonucunda ekonomik bir değer olarak varlık göstermesi ile birlikte bilginin mülkiyete konu edilmesi, fikri mülkiyet hakları kavramını günümüz teknolojisinde üretimin önemli bir etkeni haline getirmiştir.¹⁰ Bunun yanı sıra iş yöntemleri ve ticari

⁹ **Atakul**, Ahmet (2007) 'Teknoloji Transferinin Uluslararası İlişkilerdeki Yeri' (Yüksek Lisans), Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 2-3.

¹⁰ **Demir**, Caner (2015) 'Küresel Fikri Mülkiyet Hakları Politikalarının Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerde Farklılaşan Etkilerinin Analizi: Kuzey- Güney - Doğu Modeli' (Doktora), Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1.

sırların da öneminde artış yaşanmaktadır. İş ortakları ve rekabet halindeki kuruluşlar fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması amacı ile hukuki yollara başvurumaktadırlar. Fikri ve sınai mülkiyete getirilen koruma ile şirkete uzmanlık bilgisi ve yöntem bilgisi kazandırılarak şirketin rekabet gücünde artışa gidilebilecektir. Ayrıca, fikri ve sınai mülkiyete konu olan şirket varlıklarının bilinçli kullanımı sonucu lisans sözleşmeleri ile şirkete devamlı gelir kaynağı da oluşturulabilecektir.¹¹

Fikri mülkiyet hakları, buluş sahiplerinin buluş üzerindeki haklarını korunma altına alarak buluşun ticarileşmesi açısından öneme sahiptir. Hem buluş sahibinin haklarını koruyarak yeni buluşlar bakımından teşvik görevi görür hem de buluşun ticarileşmesini sağlamak yoluyla ekonomik gelişmeye katkı sağlar. Bu nedenle fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet haklarının önemi hem uluslararası düzeyde hem de ulusal düzeyde giderek artmaktadır.¹² Fikri ve sınai mülkiyet haklarının faydası iki yönlü gerçekleşir. Yeniliği ortaya çıkarana bireysel fayda sağlarken bu yenilik ile topluma da toplumsal fayda sağlanmaktadır.¹³ Bu kapsamda, yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar ile nitelikli ve katma değeri yüksek buluşların ortaya çıkma potansiyeli çok yüksektir. Yükseköğretim kurumlarında gerçekleşecek buluşların ticarileşmesi ile de Ar-Ge çalışmalarına kaynak aktarımı yapılmak suretiyle yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilecek buluş sayısının artmasını sağlayacak bir döngü oluşturulabilecektir. Bu şekilde de ekonomide katma değer yaratılabilecektir. Türkiye’de son yıllarda üniversite yönetimlerinde sınai mülkiyet hakları konusundaki farkındalıkta yükseliş görülmesi, sınai mülkiyet haklarıyla ilgili dersler ve yüksek lisans programlarının açılması, akademik yükselme kistaslarında patent başvurusunda bulunmanın etkili hale gelmesi ve teknoloji transfer ofislerinin artması ile patent sayı-

larında yükselme görülmektedir. Türkiye’de patent tescillerinin yıllara göre dağılımı incelendiğinde; 2010 yılı toplam patent tescil sayısının 5510 olduğu, 2021 yılı toplam patent tescil sayısının ise 12566’ya ulaşmış durumda olduğu görülmektedir.¹⁴ SMK’nın yürürlüğe girmesi ile daha nitelikli bir sürece girilmiştir.

III. BULGULAR VE YORUM

Yapılan araştırmanın yöntemi seçilirken araştırma amacı ile araştırma problemi göz önünde bulundurularak alan yazındaki benzer çalışmalarda kullanılan nitel araştırma yöntemi seçilmiştir. Çalışma konusunun hukuk alanında olması nedeniyle doğası gereği nitel araştırma yöntemi uygulanması gerekmektedir. Nitel araştırma yöntemiyle araştırma konusu bütüncül bir biçimde ele alınmıştır. Yapılan araştırmada nitel araştırma yöntemlerinden belge (doküman) inceleme yöntemi tercih edilmiştir. Elde edilen belgeler incelenirken genel tarama ve içerik çözümlemesi yapılarak mantık yöntemleri olan tümevarım ve tümden gelim yöntemlerinden de yararlanılmıştır. Belgelerin incelemesinde genel tarama ile alan yazında tespitler yapılmış ve yasa ve yönetmelik maddeleri incelenmiştir.

Araştırmada betimsel araştırma modeli tercih edilmiştir. Bu model ile elde edilen veriler tam olarak tanımlanmaktadır.

Araştırmanın evreni, Türkiye’deki ve dünyadaki fikri ve sınai mülkiyet hakları mevzuatı olarak belirlenmiştir. Araştırmanın örnekleme ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik ve 2021 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’dur.

Araştırmanın amacı doğrultusunda verilerin toplanmasında dokümanlardan yararlanılmıştır.

Araştırma için elde edilen verilerin, araştırmanın problemine çözüm sağlayacak biçimde tümevarımsal olarak çözümlenmesi sağlanmıştır. Toplanan verilerin analizinde betimsel analiz kullanılmıştır.

¹¹ https://www.emo.org.tr/ekler/67a26d87265ea39_ek.pdf, s.e.t. 25.02.2022.

¹² **Toker Köse**, Meltem (2018) ‘Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Patent’in İktisadi Boyutu ve Türkiye Örneği’ (Yüksek Lisans), Hitit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 30.

¹³ **Yaşgül**, Yaşar Serhat (2009) ‘Fikri Mülkiyet Haklarının Yükselişinde Gelişmekte Olan Ülkelerin Uyguladıkları Stratejilerin Küresel Politik Ekonomi Yönünden Analizi-İlaç Sektörü Örneği’ (Doktora), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 14.

¹⁴ <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-istatistik>, s.e.t. 05.09.2022.

Yapılan araştırmada elde edilen bulgulardan olan Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi sürecinde karşılaşılan başlıca engeller; yükseköğretim kurumlarındaki iş yükü, buluşların pazarlanmasında yaşanan sorunlar, şirketleşme konusunda yönlendirme ve destek konusundaki yetersizlik, fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet haklarıyla alakalı destek mekanizması yetersizliği, sanayinin talep yetersizliği ve mevzuattaki sorunlar olarak sıralanabilir. Bunun yanında buluş sahipleri danışmanlık, yatırımcı bulma, fon bulma, pazar araştırması, lisanslama, sözleşme yönetimi ile fikri ve sınai mülkiyet hakları konusunda desteğe ihtiyaç duymaktadırlar. Ayrıca, ilgili kanunlarda da belirsizlik ve yetersizlik bulunması ile süreçlerin uzun ve karmaşık yapısı nedeniyle buluşların ticarileştirilmesi süreçlerinde olumsuzluklar görülmektedir. Bununla birlikte, akademik yükselme kriterlerinin ticarileşme konusunda yeterli seviyede bulunmaması da araştırmacılar bakımından motivasyon kaybına neden olmaktadır.¹⁵

Türkiye’de 2017 yılında, 6769 Sayılı SMK’nın yürürlüğe girmesiyle bir takım yararlı değişiklik ile alanda gelişme yaşansa da uygulamada yukarıda açıklanan nedenler ile mevzuatta yer alan belirsizlik ve çelişkiler sebebiyle yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilme süreçlerinde birçok engelle karşılaşılmaktadır. Bu doğrultuda, hukuki düzenlemelerde yer alan eksiklik ve belirsizliğin söz konusu engelleri doğurduğu görülmektedir. Bu engellerden ilki, süresi içerisinde buluş bildirimini yapılmış, patentlenebilir olan ve ticari potansiyelinin bulunduğu karar verilen buluşlarda patent başvurusunun üniversite tarafından yapılması sonucunda patentin üniversiteye ait olması nedeniyle lisanslama ve ticarileştirme sürecinde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri gereğince kamu ihalesi sürecinin uygulanması zorunluluğudur. Bu noktada uzun bürokratik işlemler sonucu ticarileştirme sürecinde aksamalar meydana gelmektedir. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun hükümleri gereği büyük oranda açık ihale yapılması gerekliliği mevcuttur. Bu durum özellikle üniversite-sanayi iş birliği sonucu ortaya çıkan buluşlarda sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bir işletmenin aynı veya nakdi desteği ile ortaya çıkan

buluşlarda da hak sahipliği üniversitenin olmaktadır. Buluşun ticari haklarının kullanımı için üniversitenin 2886 sayılı Kanuna göre ihaleye çıkması ve en yüksek teklifi veren isteklinin uhdesinde kalmak üzere buluşun haklarını devretmesi gerekmektedir. Bu noktada buluşun geliştirilmesi aşamalarında destek olan firmanın ihaleyi alamaması üniversite-sanayi iş birliğini kısıtlayan, firmaları teşvik etmekten çok firmaların isteksiz olmasını doğuran bir engel olarak belirmektedir.

Bir diğer engel, devlet üniversitelerinde gerçekleştirilen buluşların patent başvuru masraflarının karşılanacağı kaynak ve bütçe kalemi noktasındaki belirsizliktir. Bahsi geçen ücretlerin yükseköğretim kurumlarının idari işler bütçesinden ödenmesi halinde kurumun avans kapatma dönemlerinde sorunlar yaşanmaktadır. Şöyle ki; yapılan başvuru ödemeleri sonucu TÜRKPATENT tarafından faturaların birkaç ay sonra yükseköğretim kurumuna gönderilmesi avans kapatılması sürecinde soruna yol açmaktadır. Yükseköğretim kurumlarındaki patentlerin yıllık ücretleri ile farklı resmi ücret ödemeleri sonucunda da faturaların yükseköğretim kurumuna TÜRKPATENT tarafından gönderilme sürecinde sıkıntılar yaşanmaktadır. Yine, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kasım ve mart ayları arasında kamu harcamalarının kapatılması nedeniyle yıllık ücretler konusunda problemler ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bütçe sınıflandırmasında “E.06.03-Gayri maddi hak alımları” bütçe kodu yer almakta ise de söz konusu bütçe kodu gayri maddi hakların satın alınmasına veya kiralanmasına ilişkin olup başvuru masraflarına ilişkin değildir.

Ayrıca, yükseköğretim kurumunun buluş üzerinde hak sahipliğinde bulunmayarak strateji gereği buluşu ticari sır olarak saklayarak ticarileştirmek istemesi durumunda belirsizlik mevcuttur. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu çalışan buluşlarına ilişkin düzenleme içeren madde 116/2’nin yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşlar için uygulanmadığı görülmektedir. SMK madde 116/2;

“(2) İşverenin hizmet buluşu için Kuruma ilk başvuru yükümlülüğü;

a) Hizmet buluşunun serbest buluş niteliği kazanması,

¹⁵ Kalkınma Bakanlığı 10. Kalkınma Planı, 2018.

b) Çalışanın, buluşu için başvuru yapılmamasına rıza göstermesi,

c) İşletme sırlarının korunmasının başvuru yapmamayı gerektirmesi,

hâllerinden en az birinin gerçekleşmesiyle ortadan kalkar.” şeklindedir (SMK madde 116/2).

Bunun yanında, SMK’da yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşlar ve kamu projesi kapsamında gerçekleşen buluşlar ayrı olarak düzenlenmiştir. Ancak, yükseköğretim kurumlarının kamu projesinde yer alması sonucu gerçekleştirilen buluşlar için uygulanması gereken süreç hakkında düzenleme bulunmadığı görülmektedir.

Yine, yükseköğretim kurumlarında herhangi bir buluşun birden çok kişi tarafından beraberce yapılması durumunda hak sahipliğinin dağıtımı esasları hakkında belirsizlik bulunmaktadır. Şöyle ki; ÇBY madde 29/3; “Buluş birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmişse bu bildirim birlikte yapılabilir. Bildirimde buluşu yapanların adları ve buluş üzerindeki katkı payları belirtilir. Aksi takdirde katkı paylarının eşit olduğu kabul edilir.” şeklinde ise de buluşu yapan kişilerin buluş üzerindeki katkı paylarının ne şekilde belirlenmesi gerektiği konusunda düzenleme yer almamaktadır. Mevzuattaki eksiklik nedeniyle uygulamada birlik sağlanamamakta ve buluş yapanların haklarının ihlali sonucu doğmaktadır.

Son olarak, Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluşlarda hak sahipliği konusuna yer veren mevzuat hükümleri incelendiğinde yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen hizmet buluşları hakkında SMK madde 113’de, SMK madde 121’de ve ÇBY madde 28’de yer alan düzenlemelerin çelişkili oldukları görülmektedir. SMK madde 121; “(...) (10) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir (...)” hükmü gereği ÇBY’nin düzenlendiği ancak Yönetmeliğin bazı hususlarda Kanun ile çelişkili olduğu tespit edilmiştir. Şöyle ki; yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen hizmet buluşu tanımı SMK madde 113 ile SMK madde 121/1 birlikte ele alınarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, SMK madde 113’te yer alan çalışan buluşlarına ilişkin hizmet buluşu tanımı şu şekildedir: “(1) Çalışanın, bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu

idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş, hizmet buluşudur.”

SMK m.121/1’e göre:

“2547 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan yükseköğretim kurumları ile Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı’na bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlar için, özel kanun hükümleri ve bu madde kapsamında ki düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümler uygulanır.”

ÇBY madde 28’de yer alan yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlara ilişkin tanım ise şu şekildedir:

“(1) Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar, 2547 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan yükseköğretim kurumları ile Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı’na bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlardır. Buluşu yapanın yükseköğretim kurumunda edindiği deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak gerçekleştirilen buluşlar bu kapsama girer. Bu buluşların dışında kalan buluşlar bu Kısım kapsamında serbest buluş olarak kabul edilir.” şeklindedir.

İki hüküm incelendiğinde yönetmelikte bir buluşun yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluş olarak kabul edilebilmesi için;

- Buluşun yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilmesi gerektiği,
- Buluşu yapanın yükseköğretim kurumunda edindiği deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. SMK madde 121’e bakıldığında da bir buluşun yükseköğretim kurumunda gerçekleşen buluş olarak kabul edilmesi için; yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

SMK'ya göre buluşun buluşu yapanın yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilmesinin buluşun hizmet buluşu olarak kabul edilmesi için yeterli olduğu açıkça görülmekte iken ÇBY buna aykırı olarak buluşu yapanın yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirilmesinin yanında buluşu yapanın yükseköğretim kurumunda edindiği deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak gerçekleştirilmesi şartını aramaktadır. Ayrıca, bir buluşun yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen buluş olabilmesi için SMK, yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucu ortaya çıkması gerektiğini belirtirken ÇBY yükseköğretim kurumlarının araç ve gereçlerini kullanarak veya yükseköğretim kurumlarının deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleştirilen buluşların hizmet buluşu olarak kabul edileceğini belirtmektedir. ÇBY buluşu yapanın büyük ölçüde yükseköğretim kurumunun deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleştirilmesi şartının hüküm altına almamış, büyük ölçüde olmasa da yükseköğretim kurumunun deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleştirilen buluşların hizmet buluşu olarak kabul edileceğini belirtmektedir.

IV. SONUÇ

Bu bölümde, yapılan araştırmanın amacı kapsamında elde edilen bulgular sonucu belirlenen engellere getirilen çözüm önerileri ile birlikte sonraki dönem araştırmacılara yönelik getirilen önerilere de yer verilmektedir.

Bulgular bölümünde açıklandığı üzere Türkiye'de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi sürecinde birtakım engeller bulunduğu görülmektedir. Tespit edilen engeller arasında fikri ve sınai mülkiyet hakları mevzuatındaki çelişki ve belirsizliklerin önemli yer tuttuğu görülmektedir. Türkiye'de 2017 yılında 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun yürürlüğe girmesi ile bir takım yararlı değişiklik ile alanda gelişme yaşansa da uygulamada yukarıda açıkladığımız nedenler ile mevzuatta yer alan belirsizlik ve çelişkiler sebebiyle yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilme süreçlerinde birçok engelle karşılaşmaktadır. Bu doğrultuda, hukuki düzenlemelerde yer alan eksiklik ve belirsizliğin söz konusu

engelleri doğurduğu görülmektedir. Bulgular bölümünde belirtildiği üzere yapılan çalışma sonucunda altı adet engel tespit edilmiş olup altı engelle de çözüm önerisi getirilmiştir.

Bunlardan ilki, süresi içerisinde buluş bildirimini yapılmış, patentlenebilir olan ve ticari potansiyelinin bulunduğu karar verilen buluşlarda patent başvurusunun üniversite tarafından yapılması sonucunda patentin üniversitenin kamu malı haline gelmesi nedeniyle lisanslama ve ticarileşme sürecinde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri gereğince kamu ihalesi sürecinin uygulanması zorunluluğudur. Her biri gayri maddi mülkiyet hakkı olan buluşların kendilerine özgü ticarileştirilme süreci doğabileceği göz önünde tutularak, bu engellerin kaldırılması amacıyla ilgili hükümlere yasa koyucu tarafından istisna hükümleri koyulması üniversite-sanayi iş birliğini artıracak önlemler arasındadır. Devlet üniversitelerinde gerçekleşen buluşların devredilmesi, kiralanması veya lisans verilmesi sürecinde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmasının zorunlu tutulmaması amacıyla söz konusu kanunlara istisna hükümleri eklenmesi faydalı olabilecektir. Eklenilecek istisna hükümleri; "Gayri maddi mülkiyet hakkı olma özellikleri nedeniyle ve her bir buluşun nevine has usulle ticarileştirmesi gerekliliğinden, Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmelerine yönelik her türlü devir, kiralama veya lisans verme işleri için (Yükseköğretim Kurulunun görüşünü almak şartıyla) işbu kanunda belirtilen ihale usullerinin uygulanması zorunlu değildir. Belirtilen işlerin yapılmasına ilişkin esaslar ilgili bakanlıklarca müştereken hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir." şeklinde düzenlenebilir. Belirtilen süreçlerin sağlıklı işleyişini sağlamak ve her bir farklı buluşun kendisine özgü şekilde ticarileştirilmesini sağlamak amacıyla buluşun gerçekleştirildiği üniversite tarafından uygulanacak metotlarla işletilmelidir.

İkinci engel, yükseköğretim kurumunun buluş üzerinde hak sahipliğinde bulunmayarak strateji gereği buluşu ticari sır olarak saklayarak ticarileştirmek istemesi durumunda ortaya çıkacak belirsizliktir. Bu konuda da Kanun'a ek hüküm getirilerek belirsizliğin ortadan kaldırılması faydalı olacaktır. İlgili Kanun'a

belirtilen şekilde bir hüküm getirilebilir; “Tüzel kişi tacir olmayan Yükseköğretim kurumunun hizmet buluşu için Türk Patent ve Marka Kurumu’na başvuru yapma yükümlülüğü, yükseköğretim kurumunun ticari sırların korunmasının başvuru yapmamayı gerektirmesi gereğiyle ortadan kalkar.”

Üçüncü engel, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar ve kamu projesi kapsamında gerçekleştirilen buluşlar ayrı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen yükseköğretim kurumlarının kamu projesinde yer alması sonucu gerçekleştirilen buluşlar için uygulanması gereken süreç hakkında düzenleme bulunmamasıdır. Konuyu açıklayıcı hükmün düzenlenerek SMK’ya eklenmesi ile eksiklik giderilebilir. İlgili kanuna şu şekilde bir ek düzenleme getirilebilir; “Yükseköğretim kurumlarının kamu destekli projelerde yer alması sonucu ortaya çıkan buluşlar hakkında kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar hakkındaki kanun hükümleri esas alınır.”

Dördüncü engel, devlet üniversitelerinde gerçekleştirilen buluşların patent başvuru masraflarının karşılanacağı kaynak ve bütçe kalemi noktasındaki belirsizliktir. Bu sorunun çözümü için öncelikle yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar hakkında başvuru ödemelerine ilişkin olarak ayrı bir bütçe kalemi oluşturulabilir. “Gayri maddi mülkiyet hakları başvuru giderleri” adı altında bir bütçe kodu oluşturularak patent başvuru masraflarının oluşturulan kod üzerinden karşılanması sağlanabilir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (II) Sayılı Cetvel’de yükseköğretim kurulu, üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitülerinin özel bütçeli idarelerden olduğu belirtilmektedir; “(II) SAYILI CETVEL (Değişik: 22/12/2005-5436/12 md.) ÖZEL BÜTÇELİ İDARELER A) YÜKSEKÖĞRETİM KURULU, ÜNİVERSİTELER VE YÜKSEK TEKNOLOJİ ENSTİTÜLERİ (...). 2021 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu “E” işaretli cetveli 44. madde hükmü ise; “Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin bütçelerinin “03.04.60.01-Beyiye Aidatları” ile “03.04.70.01-Mahkeme Harç ve Giderleri” ekonomik kodlarından yapılması gereken giderler, ödenek gönderme belgesi aranmaksızın muhasebe yetkilileri tarafından ödenir ve gerekli ödenek ilgili kurum tarafından Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesinin 99-

41.32-01-09.09 tertibinde yer alan özellikli giderlerin karşılanmasına ilişkin ödenekten talep edilir.” şeklindedir. Söz konusu hükme “Gayri maddi mülkiyet hakları başvuru giderleri” ekonomik kodundan yapılması gereken giderlerin eklenmesi sağlanarak ödenek gönderme belgesi aranmaksızın ilgili kurum muhasebe yetkililerince ödemenin yapılması gerçekleştirilebilir. Belirtilen madde; “Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin bütçelerinin “03.04.60.01-Beyiye Aidatları”, “03.04.70.01-Mahkeme Harç ve Giderleri” ve “03.04.... - Gayri maddi mülkiyet hakları başvuru giderleri” ekonomik kodlarından yapılması gereken giderler, ödenek gönderme belgesi aranmaksızın muhasebe yetkilileri tarafından ödenir ve gerekli ödenek ilgili kurum tarafından Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesinin 99-41.32-01-09.09 tertibinde yer alan özellikli giderlerin karşılanmasına ilişkin ödenekten talep edilir.” şeklinde değiştirilebilir. Bu sayede devlet üniversitelerinde gerçekleştirilen buluşların patent başvuru masrafları için “Gayri maddi mülkiyet hakları başvuru giderleri” bütçe tertibinden yapılacak harcamalar, ödenek beklenilmeksizin gerçekleştirilerek yıl içerisinde bu kalemden ödenek talebinde bulunulmaması sağlanabilir. Bu bütçe tertibinde oluşan ödenek üstü harcamaların ödeneği yılsonu itibarıyla ilgili kurum Strateji Geliştirme Daire Başkanlığınca karşılanabilir. Bu değişiklik, devlet üniversitelerinde gerçekleştirilen buluşların patent başvuru masraflarının karşılanacağı kaynak ve bütçe kalemi belirsizliğini önlemeye yardımcı olabilecektir.

Beşinci engel, yükseköğretim kurumlarında bir buluşun birden fazla kişi tarafından ortak olarak yapılması durumunda hak sahipliğinin dağıtımı esasları hakkında belirsizlik bulunmasıdır. İlgili yönetmeliğe katkı payı belirlenmesine dair form eklenerek belirtilen şekilde hüküm eklenebilir; “Buluşu yapanların hak sahipliğinin belirlenmesinde iş bu yönetmelik ekinde yer alan katkı payı belirlenmesi formu uyarınca tespit edilen oran dikkate alınır. Bu forma esas olarak ise buluşun yapılması sürecine katkı sağlayan kişilerin buluşa olan katkılarının raporları yer almalıdır.”

Son olarak altıncı engel; yükseköğretim kurumlarında gerçekleşen hizmet buluşları hakkında hükümlere yer veren SMK madde 113, SMK madde 121 ve ÇBY madde 28’de yer alan düzenlemelerin

çelişkili olmasıdır. Yönetmelik ile kanun arasında çelişki bulunması durumunda her ne kadar üst hukuk normu olan kanunun uygulanması gerekmekte ise de mevzuatta ve uygulamada bütünlüğün sağlanabilmesi için söz konusu çelişkilerin giderilmesi yararlı olabilecektir. Kanunla çelişen yukarıda belirtilen yönetmelik maddesinin değiştirilmesi ile çelişkili ifadenin ortadan kaldırılması uygulamada birlik ve bütünlük sağlanması açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle ÇBY madde 28/1'in "Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar, 2547 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan yükseköğretim kurumları ile Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'na bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlardır. Buluşu yapanın yükseköğretim kurumunda edindiği deneyim ve çalışmalara dayanarak veya yükseköğretim kurumunun araç ve gereçleri kullanılarak gerçekleştirilen buluşlar bu kapsama girer. Bu buluşların dışında kalan buluşlar bu Kısım kapsamında serbest buluş olarak kabul edilir." şeklindeki hükmünün "2547 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan yükseköğretim kurumları ile Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'na bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlar için, özel kanun hükümleri ve bu madde kapsamındaki düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümler uygulanır." şeklinde SMK'ya uygun olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Bu noktada ticarileştirme sürecindeki mevcut sorunların çözümü için yasa koyucu tarafından gerekli ek yasal düzenlemeler yapılması ve aynı zamanda yükseköğretim kurumları tarafından da kolaylık sağlayıcı uygulamalara yönelme sağlanması ile alan açılması faydalı olacaktır.

Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi süreçlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için ilgili birimlerin kurulması ve gerekli desteklerin verilmesi sağlanabilir. Ancak bu yapının oluşturulmasında uluslararası standartlar gözetilirken Türkiye'deki yükseköğretim kurumlarının özellikleri ve ihtiyaçları da göz ardı

edilmemelidir. Yükseköğretim kurumları ile fikri ve sınai mülkiyet hakları türleri için en uygun modeller oluşturularak destek mekanizmalarıyla da destelenmesinin sağlanması faydalı olacaktır.

Hazine ve Maliye Bakanlığı'na, yükseköğretim kurumlarınca fikri ve sınai mülkiyet hakları masraflarının sorunsuz ve devamlı şekilde ödenmesinin sağlanması amacıyla öneri sunularak bu konuda olumlu sonuca ulaşılabilir.

Türkiye'de yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşların ticarileştirilmesi sürecindeki mevzuat kaynaklı engeller bu çalışma ile ortaya konulmuş olup çözüm önerileri sunulmuştur. Sonraki dönemde araştırmacıların, uluslararası alanda yükseköğretim kurumlarının ticarileştirme süreçlerine ilişkin yapılaşmalarını ve modüllerini kapsamlı şekilde inceleyerek ulusal ihtiyaçlar doğrultusunda ülkemiz yükseköğretim kurumları yapısına en uygun modülün ortaya koyulması amacıyla analiz yapımlarının toplumsal yarar sağlayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ata**, Ahmet Yılmaz & **Şahbaz**, Ahmet (2013), ‘Mülkiyet Hakları ile Ekonomik Büyüme Arasındaki İlişki; AB Ülkeleri Üzerine Ampirik Bir İnceleme’ Sosyoekonomi Dergisi, S: 20, C: 20, s. 161-180.
- Atakul**, Ahmet (2007) ‘Teknoloji Transferinin Uluslararası İlişkilerdeki Yeri’ (Yüksek Lisans), Atılım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Demir**, Caner (2015) ‘Küresel Fikri Mülkiyet Hakları Politikalarının Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerde Farklılaşan Etkilerinin Analizi: Kuzey- Güney - Doğu Modeli’ (Doktora), Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1.
- Karaaslan**, Ahmet & **Tuncer**, Güner (2010), ‘Uluslararası Rekabet Gücünün Artırılmasında Temel Devlet Politikaları’ Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 26, s. 23-45.
- Özden Merhacı**, Selin (2015), ‘Amerika Birleşik Devletleri Bayh-Dole Yasası ve Türk Hukukunda Öğretim Elemanlarının Buluşlarına İlişkin Bir Değerlendirme’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 64, s. 405-434.
- Özkan**, Yavuz (2016) ‘Fikri Mülkiyet Haklarının Haczi’ (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Parlakıldız**, Fatma Merve & **Güvel** Enver Alper (2015), ‘Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi’ Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi, S: 4, C: 8, s. 29-39.
- Soyak**, Alkan (2005) ‘Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ’ler Açısından Önemi’ Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S: 1, C: 1, s. 11-30.
- Tanrıverdi**, Suna (2007) ‘Fikri Mülkiyet Haklarının Ekonomik Temelleri ve Ekonomiye Yansımaları’ (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yerlikaya**, Hande (2018) ‘Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki Kapsamında Patent’ (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- https://www.emo.org.tr/ekler/67a26d87265ea39_ek.pdf, s.e.t. 25.02.2022.
- <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/commonContent/History>, s.e.t. 25.02.2022.
- <https://www.patentraporu.com/>, s.e.t. 10.04.2022.
- <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-istatistik>, s.e.t. 05.09.2022.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA YANSIMA YOLUYLA ZARAR^(*)(**)

DAMAGES BY REFLECTION IN THE LEGAL RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANY

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE^(***)

Dr. Öğr. Üyesi Emre KÖROĞLU^(****)

Öz

Anonim şirketler hukukunda yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin sorumlulukları kabul edilmiştir. Bu sorumluluk, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin kanun ya da esas sözleşme gereğince kendilerine düşen bir yükümlülüğü ihlâl etmelerine dayanmaktadır. Bu ihlâlin neticesinde şirket zarara uğrayabilir. Şirketin yanında pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının da zarara uğraması söz konusu olabilir. Aynı zamanda, şirketin zararının pay sahipleri ve alacaklıları da etkilemesi mümkündür. İşte bu halde, pay sahipleri ve alacaklılar açacakları sorumluluk davasıyla hükmedilecek tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilirler.

Pay sahipleri ve alacaklıların şirketin doğrudan uğradığı zararlarından etkilenmeleri öğretide doğrudan ve doğrudan olmayan zararlar ayrımını yaratmıştır. Doğrudan olmayan zararlar konusunda öğretide yaygın olarak dolaylı zararlar terimi kullanılmaktadır.

Bu çalışmada, pay sahiplerinin ve alacaklıların şirketin doğrudan uğradığı zararlar konusundaki hukukî konumu, borçlar hukukunun temel prensipleriyle karşılaştırılarak tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Sorumluluk, Doğrudan Zararlar, Dolaylı Zararlar, Yansıma Yoluyla Zararlar.

Abstract

The law of joint stock companies acknowledges the responsibilities of board members and managers. This responsibility is based on the violation of an obligation by members of the board of directors and management in accordance with the regulations or the articles of association constitutes. As a result of this violation, the company may suffer losses. Shareholders and creditors may also suffer losses in addition to the company. At the same time, the company's failure may have an impact on its shareholders and creditors. In this instance, the corporation's shareholders and creditors may seek reimbursement from the company through a liability action.

The theory distinguishes between direct and indirect losses due to the fact that the company's direct losses effect its shareholders and creditors. When discussing indirect damages, the term "indirect damages" is frequently used.

The legal position of the owners and creditors in relation to the company's direct losses is discussed in this study by comparing it to the basic principles of the law of obligations.

Keywords

Joint Stock Company, Board of Directors, Liability, Direct Damages, Indirect Damages, Damages by Reflection.

(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 29.12.2021 / Kabul Tarihi: 30.11.2022).

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi tarafından 25.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Ticaret Hukukunda Disiplinlerarası Yaklaşım'da sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

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

(****) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (emre.koroglu@ogu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4293-2749).

Atıf/Citation: Yüce, Aydın Alber & Köroğlu, Emre (2022), "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar", TFM, C: 8, S: 2, s. 543-554.

I. GİRİŞ

Borçlar hukukunun genel hükümlerine göre, hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat talepleri, sadece zarara yol açan fiilden doğrudan etkilenen kişilerce ileri sürülebilir.¹ Zarara yol açan fiilden yansımaya yoluyla zarar gören kişi hukuka aykırı fiilin failine doğrudan başvuramaz.² Özellikle, doğrudan zarar gören kişinin alacaklıları, borçlularının malvarlıklarının azalması dolayısıyla alacaklarının tehlikeye düştüğünden bahisle böyle bir başvuru imkânına sahip olduklarını ileri süremezler.³

Anonim şirketler hukukunda ise, yukarıda değinilen kuralın aksi geçerlidir. TTK m.553 hükmü uyarınca, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde; şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. TTK m.555/1 hükmüne göre ise, şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler. TTK m.556/1 hükmüne göre, zarara uğrayan şirketin iflası hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını *şirket alacaklıları da* haizdir. Oysa, şirket yöneticilerinin, kanun ya da esas sözleşme hükümlerine göre yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülüklerin ihlâlinden doğan zararlardan öncelikle ve doğrudan şirket zarar görür.⁴ Pay sahiplerinin gördükleri zararlar, şirketin malvarlığındaki azalma sebebiyle payların değerinin düşmesinden ileri gelen yansımaya yoluyla zararlardır.⁵ Şirket alacaklılarının uğradığı zararlar ise, şirketin malvarlığının azalması sebebiyle, artık alacakları için daha az miktarda karşılık bulunmasından doğar.⁶ Bu zararlar doğrudan zarar olmayıp; yansımaya yoluyla zararlar kategorisindedir.

Genel hükümlere göre yansımaya yoluyla zarara uğrayan kişilere, zarara yol açan fiilin failine doğrudan başvurma imkânı istisnai olarak tanınmış iken; TTK bu imkânı doğrudan sağlamıştır. Konunun borçlar hukuku ve ticaret hukuku boyutunun bulunması ve kanun koyucunun neden bu şekilde bir tercihte bulunduğu tartışılması, anonim şirketlerde sorumluluğa dair hukukî rejimin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

II. YANSIMA YOLUYLA ZARAR KAVRAMI VE BU ZARARLARIN TAZMİNİ

Doktrinde zarar bir kişinin malvarlığında rızasına aykırı olarak meydana gelen azalma olarak tanımlanmakta olup, zarar söz konusu olmasa idi, kişinin malvarlığının arz edeceği durum ile zarara bağlı mevcut durum arasındaki farktan oluşmaktadır.⁷ Zarar doktrin tarafından “*fiili zarar*”, “*yoksun kalınan kar*”, “*doğrudan zarar*”, “*dolaylı zarar*”, “*yansımaya yoluyla zarar*”, “*menfi zarar*”, “*müşpet zarar*” gibi çeşitli açılardan sınıflandırılmalarına tabi tutulmaktadır.⁸ Çalışmamızda, inceleme konumuzu oluşturması sebebiyle “yansımaya yoluyla zarar” kavramı ve bu zarar ile yakın ilişkisinin bulunması dolayısıyla “doğrudan zarar” ve “dolaylı zarar” kavramları hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişinin, bu fiilin sonucunda araya eklenen başka bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır.⁹ Örneğin, başka bir araçla kaza yapan motorlu araç sürücüsünün aracında meydana gelen zararlar onun açısından doğrudan zarardır.¹⁰

¹ **von Tuhr**, Andreas & **Peter**, Hans (1984) Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, Zürich, Schulthess Verlag, s. 432 vd.; **Suter**, Claudia (2010) Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 295, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag, s. 66.

² **von Tuhr & Peter**, s. 432 vd.

³ **von Tuhr & Peter**, s. 432 vd.

⁴ **Suter**, s. 67.

⁵ **Suter**, s. 67.

⁶ **BGE 122 III 176, 190,7-b, 8.3.1996**, swisslex.ch, E.T. 1.7.2021.

⁷ **Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, M. Turgut (2017) Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 39, N. 113; **Çakırca**, Seda İrem (2012) Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 11 vd.

⁸ Bu zarar çeşitleri ile ilgili açıklamalar için bkz. **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 593 vd., N. 1633 vd.; **Çakırca**, s. 24 vd.

⁹ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 596, N. 1645; **Oğuzman & Öz**, s. 43, N. 126; **Çakırca**, s. 67; **Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Haluk & **Altop**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 565; **Hatemi**, Hüseyin (1998) Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 50, N. 15; **Gümüş**, Mustafa Alper (2021) Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 458; **Antalya**, O. Gökhan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, s. 96.

¹⁰ Benzer örnek için bkz. **Gümüş**, s. 458; **Hatemi**, Hüseyin & **Gökayla**, Emre (2021) Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 139, N. 3.

Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin ortaya çıkarılmış olduğu doğrudan zarara bağlanan ek bir sebebin sonucunda kişinin uğradığı zarardır.¹¹ Örneğin yukarıdaki örneğimize devam edecek olursak, ilgili araç sürücüsü kaza dolayısıyla ayrıca bir de hastanede tedavi edilmişse, hastane masrafları ile hastanede kaldığı günlerde elde edemediği kazanç kayıpları dolaylı zararları teşkil etmektedir.¹²

Yansıma yoluyla zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin yanında üçüncü bir kişinin de bu fiil sebebiyle uğramış olduğu zarardır.¹³ Örneğin, yine yukarıdaki örneğimize devam edecek olursak, ilgili kazada bir de araç sürücüsünün eşi vefat etmiş olsaydı, araç artık eşinin desteğinden yoksun kalacağı için, onun bu kapsamda uğramış olduğu zararlar yansıma yoluyla zarar teşkil etmektedir.

Doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayrımı aslında illiyet bağına dayalı olarak yapılan bir ayırmadır.¹⁴ Bu sebeple olduğu için sadece zarar verici fiile maruz kalan kişi bundan etkilenmektedir.¹⁵ Yansıma yoluyla zararda ise, zarar verici fiilden doğrudan veya dolay-

lı olarak etkilenen kişinin yanında ek olarak başka bir kişi daha etkilenmekte ve aynı zarar verici fiilden birden fazla kişinin etkilenmesi durumu ortaya çıkmaktadır.¹⁶ Diğer bir deyişle yansıma yoluyla zararın varlığına sebep olan şey illiyet bağı olmayıp, söz konusu hukuka aykırı fiilin maruz kalan kişinin dışında üçüncü kişilere de etki ederek, onların üzerinde yeni bir zarar doğurucu etki meydana getirmesidir.

Yansıma yoluyla zararda tazminat talebinde bulunacak olan hukuka aykırı fiil dolayısıyla zarar gören üçüncü kişidir. Ancak yansıma yoluyla zararda, üçüncü kişinin uğramış olduğu zarar herhangi bir hukuki varlığı ihlal edilmeksizin ortaya çıkmaktadır.¹⁷

Yansıma yoluyla zararda, her üçüncü kişinin yansıma yoluyla zarara uğradığını ileri sürerek zararlarının tazmini talebinde bulunması mümkün değildir. Üçüncü kişinin yansıma zarara uğrayıp, tazminat talep edebilmesi için, hukuka aykırı fiile doğrudan maruz kalan kişi ile aralarında özel bir ilişkinin bulunması gerekmektedir.¹⁸ Buradaki özel ilişki sözleşmeye dayalı¹⁹ veya dayalı olmayan²⁰ ekonomik bir ilişki olabileceği gibi, akrabalık gibi yakınlığa dayanan bir ilişki de olabilir.²¹

Yansıma zararın tazmin edilebilmesi için zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunmasının yanı sıra hukuka aykırılık unsurunun da söz konusu olması şarttır.²²

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine bakıldığında (TBK m.49 vd.) tazminat isteme hakkının kural olarak sadece hukuka aykırı fiil sonucu malvarlığında doğrudan veya dolaylı bir zarar ortaya çıkan kişiye ait olduğu görülmektedir. Bu çerçevede temelde üçüncü kişiler, yani yansıma

¹¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 596, N. 1645; Oğuzman & Öz, s. 43, N. 126; Gümüş, s. 458; Çakırca, s. 68; Antalya, s. 96; Kılıçoğlu, Ahmet (2017) Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 391; Ayrıca bkz. Eren, Fikret (1975) Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 79.

¹² Benzer örnek için bkz. Hatemi & Gökyayla, s. 139, N. 3; Gümüş, s. 458.

¹³ Otfinger, Karl & Stark, Emil W. (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Schulthess Verlag, s. 93 vd., N. 72 vd.; Rey, Heinz (2008) Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, s. 83, N. 354; Huguenin, Claire (2019) Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, s. 571, N. 1873; Hatemi, s. 50-51, N. 17; Hatemi & Gökyayla, s. 139, N. 4; Oğuzman & Öz, s. 43, N. 127; Gümüş, s. 458; Çakırca, s. 68; Antalya, s. 97; Özel, Çağlar (2001) 'Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 50, s. 82 vd.; Baysal Başak (2019) Haksız Fiil Hukuku, BK m.49-76, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 183, N. 2.248; Topuz, Murat (2020) İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 118, 120.

¹⁴ Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 565; Antalya, s. 96; Gümüş, s. 458.

¹⁵ Furrer, Andreas & Müller-Chen, Markus (2018) Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2018, s. 313, N. 54.

¹⁶ Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 562; Çakırca, 74.

¹⁷ Furrer & Müller-Chen, s. 312, N. 49.

¹⁸ Rey, s. 83, N. 354.

¹⁹ Örneğin, A'nın sebep olduğu bir kazada yaralanan olan şarkıcı B'nin konsere gidememesi sebebiyle, konseri organize eden C'nin bilet paralarını seyircilere iade etmek zorunda kalması halinde C açısından yansıma yoluyla zarar vardır.

²⁰ Örneğin, A'nın uğramış olduğu kaza sebebiyle aile hukukundan doğan bakım ve yardım borçlarını yerine getirememesi durumunda, onun yakınları yansıma yoluyla zarara uğramaktadır.

²¹ Gümüş, s. 459.

²² Çakırca, s. 69; Topuz, s. 118.

yoluyla zarar görenler, bu hususta zarar veren kişiden herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz.²³ Bununla birlikte Kanun koyucu bazı durumlarda üçüncü kişilerin de tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmekte ve buna ilişkin hükümlere yer vermektedir.²⁴ Örneğin, TBK m.53/b.3'te düzenlenen kazanç kaybı zararı şeklinde ortaya çıkan destekten yoksun kalma zararı bir yansıma yoluyla zararlıdır ve tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, yansıma yoluyla zarar istisnai nitelikte bir zarar türüdür. Kanun koyucunun ancak açık bir hükme yer verdiği durumlarda üçüncü kişilerin de yansıma yoluyla zararlarını talep edebilirler.²⁵

III. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A. TEMEL İLKELER

Anonim şirketler hukukunda hukukî sorumluluk, borçlar hukukunun genel hükümlerindeki hukukî sorumluluğa benzer bir biçimde tespit edilmektedir.²⁶ Buna göre hukukî sorumluluğun şartları; hukuka aykırı bir fiilin bulunması, bu hukuka aykırı fiilin kusurla işlenmesi, kusurlu hukuka aykırı fiil ile bir zararın ortaya çıkması ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulabilmesidir.²⁷

Sayılan şartlardan hukuka aykırılık şartı, anonim şirketler hukukuna göre tespit edilirken; diğer şartlar borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilir.²⁸

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) hukukî sorumluluk m.549 vd. hükümlerinde²⁹ düzenlenmektedir. Söz konusu hükümlerde anonim şirkete ve pay sahiplerine karşı olan sorumluluk sözleşmeler hukukundan kaynaklanmaktadır.³⁰ Zarara uğrayan şirketin iflâsı halinde şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilir (TTK m.556).³¹ Alacaklıların sorumluluk davası ise temelde haksız fiile ya da sözleşmeye dayanmaktadır.³²

TTK'da kabul edilmiş sorumluluk sisteminin bir diğer özelliği de kişisel sorumluluğun benimsenmiş olmasıdır.³³ Dolayısıyla, hukuka aykırı fiil sonucu gerçekleşen zarardan organ olarak değil; ancak bireysel olarak sorumluluk esası geçerlidir.³⁴ Mutlak teselsül anlayışı yerine farklılaştırılmış teselsül anlayışının geçerli olması da bunun bir göstergesidir (TTK m.557).

onenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, §72, N. 2; CHK OR, **Binder & Roberto**, Vorbemerkungen zu Art.752-763, N. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2013; **4A_127/2013, Erw. 3**; swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; Urteil der I. Zivilabteilung i.S. X. AG gegen A., B. und C. AG (Berufung), **BGE 132 III 342, Erw. 4.1, Dat. 10.1.2006**; swisslex.ch, E.T. 28.6.2021.

²³ **Huguenin**, s. 571, N. 1873; **Schwenzer**, Ingeborg & **Fountoulakis**, Christiana (2020) Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, s. 97, N. 14.20.

²⁴ **Rey**, s. 84, N. 360; **Schwenzer & Fountoulakis**, s. 97, N. 14.20.

²⁵ **Oftinger & Stark**, s. 95, N. 74; **Furrer & Müller-Chen**, s. 312, N. 50; **Hatemi**, s. 50, N. 15-16, s. 51, N. 17; **Gümüş**, s. 459; **Baysal**, s. 184, N. 2.250.

²⁶ **Druey**, Jean Nicolas & **Druey Just**, Eva & **Glanzmann**, Lukas (2015) Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, §14, N. 2.

²⁷ **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 Verlag, §18, N. 359; **Forstmoser**, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur & **Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Stämpfli Verlag, §36, N. 3; **Bauen**, Mar & **Bernet**, Robert (2007) Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht, Zürich, Schulthess Verlag, s. 190, N. 548; **Akeret** Fabian (2018) Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag, s. 9; **Guhl** Theo & **Koller**, Alfred & **Schnyder**, Anton K. & **Druey**, Jean Nicolas (2000) Das Schweizerische Obligati-

²⁸ **Guhl & Koller & Schnyder & Druey**, §72, N. 3; **Druey & Druey Just & Glanzmann**, §14, N. 2.

²⁹ Karş. OR Art.753 vd. ve AktG §46-§53.

³⁰ **Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel**, §36, N. 36; **Druey & Druey Just & Glanzmann**, §14, N. 9.

³¹ Karş. OR Art.757 ve AktG §93/5.

³² Yansıma yoluyla zararlara ilişkin alacaklı talepleri sözleşmeye aykırılık esaslarına göre ileri sürülür (**Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, N. 606). Buna karşılık, alacaklıların doğrudan doğruya uğradıkları zararların tazmini için açılacak davalar haksız fiil temellidir (**Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, N. 611). Öğretide **Pulaşlı**, her iki ihtimalde de uğranılan zararların tazmininin sözleşmesel bir ilişkinin ihlâline dayanacağını ifade etmektedir (**Pulaşlı**, Hasan (2015) Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 2047, N. 74.).

³³ İsviçre hukuku açısından bkz. CHK OR, **Binder & Roberto**, Vorbemerkungen zu Art.752-763, N. 2.

³⁴ **Forstmoser**, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur (2007) Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, §16, 573; CHK OR, **Binder & Roberto**, Vorbemerkungen zu Art.752-763, N. 2.

Anonim şirketlerde hukukî sorumluluğun, genel hükümlere nazaran bazı farklılıkları vardır. Bu farklılıklar şunlardır:³⁵ 1- Şirketin uğradığı zararlar için şirket dışındaki kişilerin de (pay sahipleri ve alacaklılar) doğrudan dava açabilmesi, 2- Şirketin içindeki idarî pozisyonlarına ve zararın ortaya çıkmasındaki etkilerine bakılmaksızın birden fazla kişinin birlikte dava edilebilmesi, 3- Dava masraflarının karşılanması konusunda, davacı lehine kolaylıkların kabul edilmiş olması. Özellikle yukarıdaki üçüncü madde, davacı pay sahiplerinin dava sonucunda hükmedilebilecek tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilmeleri (TTK m.555/1)³⁶ açısından önemlidir. Zira davacı pay sahibi ödenecek tazminattan ancak dolaylı olarak ve sermayedeki katılım oranına göre faydalanabilecektir. Öyleyse, dava masraflarının karşılanması bakımından davacılar lehine düzenlemeler (TTK m.555/2)³⁷ kabul edilmesi doğaldır.³⁸

B. HUKUKÎ SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

1. Zarar

a. Genel Olarak

Zarar, şirketin mevcut malvarlığı durumu ile hukuka aykırı fiil olmasaydı bu malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktır.³⁹ Bu anlamda aktiflerdeki eksilme, pasiflerdeki artış ya da yoksun kalınan kazanç zarar demektir.⁴⁰

Anonim şirketlerde sorumluluk bakımından öncelikli şart bir zararın ortaya çıkmasıdır.⁴¹ Ancak zarar miktarının kesin olarak belirli olması şart değildir; belirlenebilir bir nitelik taşıması da yeterlidir.⁴² Yani zararın tam olarak tespit edilemediği durumlar-

da da sorumluluk davası açılabilir.⁴³ Nitekim TBK m.50 hükmü buna izin vermektedir. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyebilmektedir. Zararın ortaya çıkmasında, sorumlu kişilerin bir menfaat elde edip etmemesinin ya da en azından bir menfaat elde etme niyetini taşıyıp taşıyamamalarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁴

Şirket yönetimini esas sözleşmeye göre ya da fiili olarak edilen bulunduran kişilerin, kanun ya da esas sözleşmeye göre yerine getirmekle yükümlü oldukları, özellikle sadakat ve özen yükümlülüklerinin ihlâli şirketin zarara uğraması için tek başına yeterli olabilir.⁴⁵ Örneğin, yönetimle görevli kişilerin bir işletmenin devralınması sürecinde yeteri kadar özenli davranmayıp, söz konusu işletmeyi değerinden daha fazla ödemek suretiyle devralmalarında şirketin zarara uğradığına kuşku yoktur.⁴⁶

b. Yansıma Yoluyla Zarar ve Doğrudan-Dolaylı Zarar Terimleri Arasındaki İlişki

Anonim şirketler hukukuna dair literatüre bakıldığında, hukukî sorumlulukta dava hakkı meselesinin yaygın olarak *doğrudan-dolaylı zarar kavramlarıyla* ifade edildiği görülmektedir.⁴⁷ Ancak, hukukî olarak sorumlu kişilerin kanun veya esas sözleşme hükümlerine aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı şirketin gördüğü zarar, pay sahipleri ve alacaklılar açısından dolaylı zarar değildir. Daha önce de temas edildiği üzere, dolaylı zarar hukuka aykırı fiilin ortaya çıkarmış olduğu doğrudan zarara bağlanan ek bir sebebin sonucunda kişinin uğradığı zarardır. Yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin yanında üçüncü bir kişinin de bu fiil sebebiyle uğramış olduğu zarardır. Bundan dolayı, pay sahipleriyle şirket alacaklılarının

³⁵ Druey & Druey Just & Glanzmann, §14, N. 18, 19, 20.

³⁶ Karş. OR Art.756/1.

³⁷ Karş. (yürürlükten kalkmış olan) OR Art.756/2 hükmü. Konu ile ilgili yürürlükteki hüküm için bkz. ZPO Art.107/1, b ve f bentleri.

³⁸ Druey & Druey Just & Glanzmann, §14, N. 20.

³⁹ Bauen & Bernet, s. 196, N. 561; Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 58; Ayrıca bkz. Eren, Borçlar Hukuku, s. 587, N. 1623, s. 588, N. 1624.

⁴⁰ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 58.

⁴¹ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 57; Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet (2019) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 482.

⁴² Bu konuda ayrıca bkz. Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 57.

⁴³ Eren, Borçlar Hukuku, s. 604, N. 1661.

⁴⁴ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 60.

⁴⁵ von der Crone, Hans Caspar (2020) Aktienrecht, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, §21, N. 1846.

⁴⁶ von der Crone, §21, 1846.

⁴⁷ Söz konusu kullanım için örnek olarak bkz. Özkes, Muhammet & Seven, Vural & Meriç, Nedim (2021) Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s 42; Bahtiyar, Mehmet (2021) Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 389; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 486.

şirketin zarara uğramasından ötürü uğradıkları zararlar yansıma yoluyla zarar olarak nitelendirilmelidir.⁴⁸

Doğrudan ve yansıma yoluyla zarar ayrımı, sorumluluk davasının açılması bakımından ve aktif dava ehliyeti açısından önemlidir.⁴⁹ Pay sahipleri veya alacaklılar, uğradıkları doğrudan zararlar için sorumlu kişilerle dava açabilir ve bu dava sonucunda hükmedilebilecek tazminat kendilerine ödenir.⁵⁰ Ancak, yansıma yoluyla zararlar şirketin doğrudan zararları olduğu için açılacak davada tazminat ancak şirkete ödenebilir.⁵¹

Doğrudan zarar, sorumluluğa sebep olan yapma ya da yapmama şeklinde bir fiilin doğrudan doğruya sorumluluk davası açan kişinin malvarlığında sebep olduğu eksilme, pasiflerde artış ya da bir kazançtan yoksun kalmadır.⁵² Şirketin malvarlığındaki eksilmeleri sebebiyle uğradığı zararlar doğrudan zarar niteliği taşır. Aynı şekilde, yalnızca pay sahipleri ve alacaklıların malvarlığı üzerinde etki doğuran zararlar da doğrudan zararlardır.⁵³ Örneğin, yönetim organının rüçhan haklarını haklı bir sebep olmaksızın kaldırması durumunda pay sahipleri direkt zarara uğramış olurlar.⁵⁴

Yansıma yoluyla zararın varlığında ise, sorumluluk doğuran hukuka aykırı fiil sebebiyle gerçekleşen zarar davacının (örneğin şirket alacaklısının) değil, doğrudan şirketin malvarlığında ortaya çıkmaktadır.⁵⁵ Burada şirket alacaklısının yansıma yoluyla zararını doğuran olgu, şirketin malvarlığındaki eksilme sebebiyle, artık bu kişinin (şirketten olan) alacağının tam olarak karşılanamıyor olmasıdır.⁵⁶ Anonim şirketler hukukunun doğrudan doğruya alacaklıları korumayı hedefleyen bir hükmüne aykırı bir hukukî işlem (örneğin bir yönetim kurulu kararı) varsa, gerçekleşen zarar alacaklının doğrudan zara-

rıdır.⁵⁷ Aynı hukukî işlem şirket paylarının değerini düşürecek etkiye de sahipse, bu kez (şirketin doğrudan zararı yanında) pay sahibinin elinde bulundurduğu payların değerinin düşmesi sebebiyle uğradığı yansıma yoluyla zararlar ortaya çıkar.⁵⁸

2. Kanun ya da Esas Sözleşme Gereğince Yerine Getirilmesi Gerekli Bir Yükümlülüğün İhlâli

Hukukî sorumluluğun diğer şartı, hukuken sorumlu tutulan (yönetim kurulu üyesi ya da denetçi gibi) bir kişinin kanun ya da esas sözleşme uyarınca muhatap olduğu yükümlülükler aykırı davranmasıdır.⁵⁹ Bu yükümlülüklerin neler olduğu konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, TTK içerisinde ilgili birçok konu içinde dağınık olarak yönetim kurulunun görev ve yetkileriyle yükümlülüklerine dair belirlemeler bulunmaktadır. Bu konuda yol gösterici hükümlerden biri, yönetim kurulunun devredilemez yetkilerini sıralayan TTK m.375 hükmüdür. Devredilemez yetkilerin başka kişi ya da kurullara veya yönetim kurulunun oluşturduğu komite veya komisyonlara devredilmesi bu anlamda şirkete ya da pay sahiplerine (veya alacaklılara) doğrudan ya da dolaylı olarak zarar verebilecek bir kusur olacaktır.

Alacaklılar açısından kanunî ya da esas sözleşmeye dayalı bir yükümlülüğün ihlâlinin sorumluluk sebebi teşkil etmesi, ihlâl edilen normün münhasıran alacaklıları koruması halinde mümkündür.⁶⁰ Bunun aksine, sadece şirketi ya da pay sahiplerini koruyucu bir kanun ya da esas sözleşme hükmünün ihlâli, alacaklılar açısından sorumluluk davası açmak için yeterli olmaz.⁶¹ Yükümlülüğün ihlâli sebebiyle zarar gören kişinin, zararın ortaya çıkmasına rızası varsa, yine sorumluluk düşer.⁶²

⁴⁸ Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 392-393.

⁴⁹ **Bauen & Bernet**, s. 196, N. 561.

⁵⁰ **Bauen & Bernet**, s. 197, N. 562.

⁵¹ **Bauen & Bernet**, s. 197, N. 562.

⁵² **Böckli**, §18, N. 361.

⁵³ **von der Crone**, §21, 1848; **Druey & Druey Just & Glanzmann**, §14, N. 97.

⁵⁴ **von der Crone**, §21, N. 1850.

⁵⁵ **BGE 122 III 176, 190, Erw. 7-b, Dat. 8.3.1996**, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021; **Druey & Druey Just & Glanzmann**, §14, N. 98.

⁵⁶ **BGE 122 III 176, 190, Erw. 7-b, Dat. 8.3.1996**, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

⁵⁷ **BGE 125 III 86, 88, Erw. 3-a, Dat. 11.12.1998**, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

⁵⁸ **BGE 131 III 306, 310, Erw. 3.1.1, Dat. 9.11.2004**, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021; **Bauen & Bernet**, s. 197, N. 561.

⁵⁹ **BGE 110 II 391, 394, Erw. 2, Dat. 10.04.1984**, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; **Böckli**, §18, N. 361; **Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel**, §36, N. 70.

⁶⁰ **BGE 110 II 391, 395, Erw. 2-b, Dat. 10.04.1984**, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021.

⁶¹ **BGE 110 II 391, 395, Erw. 2-b, Dat. 10.04.1984**, swisslex.ch, E.T. 28.6.2021; **Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel**, §36, N. 73.

⁶² **Bauen & Bernet**, s. 200, N. 585.

3. Kusur

Hukukî sorumluluk için gerekli kusur kasıt ya da ihmâl derecesinde olabilir.⁶³ Buna göre, anonim şirketlerde sorumluluğun kabul edilebilmesi için hafif kusurun varlığı dahi yeterlidir.⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre⁶⁵ kusur, zarar veren kişinin kendi eyleminin (zarara uğrayan için) zarar verici olabileceğinin bilincinde olmasıdır. Karara göre burada, zarar verici niteliğin öngörülebilmesi yeterli olup; bu niteliğin kesin olarak bilinir olması aranmaz. Zarar veren kişiden beklenen dikkat ve özene göre, bu kişinin somut zarar tehlikesinin farkında olması yeterlidir. Bu anlamda, hukuken sorumlu kişinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği kesin olarak tespit edilebiliyorsa kusur da var demektir.⁶⁶

Ayrıca, kusurun varlığı için ayırt etme gücü yeterli olup; hukukî işlem ehliyetinin bulunması zorunlu değildir.⁶⁷ Bu açıdan kusur, gerçekleştiği zaman bakımından dikkate alınmalıdır. Bunun aksine, sorumluluğun tartışıldığı tarihteki koşullar esas alınarak geriye dönük değerlendirme yapılmamalıdır.⁶⁸

4. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı ile kastedilen, kanun ya da esas sözleşme gereğince yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlâl edilmesinin somut zarara yol açmasıdır.⁶⁹ Diğer bir deyişle, anonim şirket organlarının kanun ya da esas sözleşme hükümlerine göre üstlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemeleri ile şirketin (veya pay sahipleri ya da alacaklıların) uğradığı zararlar arasında doğrudan bir bağlantı bulunmalıdır.⁷⁰

Öğretide “uygun” sözcüğü bilinçli olarak kullanılmaktadır. Çünkü, hukuka aykırı fiil ve zarar ara-

sındaki her türlü illiyet bağı değil ancak zarara sebep olmaya elverişli, uygun illiyet bağı esas alınır.⁷¹ Bu doğrultuda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre⁷² anonim şirketlerde sorumluluk alanında uygun illiyet bağı, kanun ya da esas sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesi gerekli bir yükümlülüğün ihlâlinin, hayatın olağan akışı ve genel yaşam tecrübelerine göre gerçekleşen zararın ortaya çıkmasına elverişli olmasını ve zarar ile zarara yol açan olgu arasında hâkim nezdinde kesin bir bağlantının bulunmasını gerekli kılar. Buna karşılık, hukuka aykırı davranış olmasaydı dahi zarar gerçekleşecek idiyse uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez.⁷³ Zarara, üçüncü kişinin fiilinin yol açması durumunda da illiyet bağı kesilir.⁷⁴ İlliyet bağının bulunmadığı durumlarda da sorumluluktan söz edilemez.⁷⁵

IV. SORUMLULUK DAVASINDA ŞİRKET DIŞINDAKİ DAVACILAR

A. GENEL OLARAK

Anonim şirketlerde hukuki sorumluluk davası açabilecek kişi öncelikle şirketin kendisidir (TTK m.555/1). Pay sahipleri ve şirket alacaklıları da bu davayı açabilirler. Şirket iflâs etmemişse alacaklılar sorumluluk davası açamaz. İflâs halindeki şirkette de dava açma yönündeki istem öncelikle iflâs idaresi tarafından ileri sürülür. İflâs idaresinin sorumluluk davası açmaması halinde pay sahipleri veya alacaklıların sorumluluk davası açmaları gündeme gelir (TTK m.556).

B. PAY SAHİPLERİ

1. Dava Hakkının Hukukî Dayanağı

Şirketin uğradığı zararların tazminini isteme hakkı pay sahiplerine TTK m.555/1 hükmüyle tanınmıştır. Bununla beraber, şirketin zararı pay sahibinin yansıma yoluyla zararı olduğundan, aynı hükümle pay sahibinin tazminatın ancak şirkete ödenebilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir. Şirke-

⁶³ von der Crone, §21, N. 1856; Eren, Borçlar Hukuku, s. 647, N. 1774.

⁶⁴ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 75; Bauen & Bernet, s. 201, N. 587.

⁶⁵ BGE 99 II 176, 179, Erw. C-1, Dat. 18.9.1973, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

⁶⁶ Bauen & Bernet, s. 201, N. 587.

⁶⁷ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 78.

⁶⁸ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 79.

⁶⁹ Böckli, §18, N. 416; Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 91.

⁷⁰ Böckli, §18, N. 416; von der Crone, §21, N. 1855.

⁷¹ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 92; Oftinger & Stark, s. 110-111, N. 15; Eren, Borçlar Hukuku, s. 610, N. 1683; BGE 89 II 232, relevancy.bger.ch, E.T. 04.07.2021.

⁷² BGE 113 II 52, 57, Erw. 3-a, Dat. 7.4.1987, swisslex.ch, E.T. 29.6.2021.

⁷³ Forstmoser & Meier-Hayoz & Nobel, §36, N. 94.

⁷⁴ Böckli, §18, N. 423.

⁷⁵ Böckli, §18, N. 417.

tin iflâs durumunda olmaması halinde pay sahibi sorumluluk davasını serbestçe ikame edebilir. Şirketin iflâs durumunda olması pay sahibinin sorumluluk davası açma hakkını kısıtlar. Zira TTK m.556/1 ve 2 hükümlerine göre iflâs halinde açılacak sorumluluk davasında, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkı *öncelikle* iflâs idaresine aittir. İflâs idaresi sorumluluk davasını açmadığı takdirde bu kez her pay sahibi sorumluluk davasını açabilir.

2. Dava Hakkının Olgusal Dayanağı

Pay sahiplerinin, şirketin uğradığı zararlar için sorumluluk davası açabilmesinin gerekçesi, bu kişilerin şirketin doğrudan uğradığı zararlardan etkilenmesidir. Pay sahiplerinin şirketin uğradığı zararlardan etkilenmesinin sebebi, şirkete yatırım yapmış olmalarıyla bağlantılıdır. Örneğin şirket yöneticilerinin kanun ya da esas sözleşme hükümlerine aykırı davranışları sonucu şirketin zarara uğraması, şirketin malî durumunun kötüleşmesine yol açar. Şirketin malî durumunun kötüleşmesi de pek çok durumda şirketin paylarının borsa değerinin ya da şirket payları borsada işlem görmüyorsa piyasa değerinin düşmesi anlamına gelir. Ayrıca, şirketin zarara uğraması kârlılığı düşürür. Bu da pay sahiplerinin giderek düşen oranlarda kâr payı elde etmeleri anlamına gelir. Kâr payındaki düşüş likiditedeki azalmadan ileri gelebileceği gibi; şirketin, uğradığı zararlar sebebiyle artık yeni yatırımlar yapabilme kabiliyetinden yoksun kalmasından da ileri gelebilir.

C. ALACAKLILAR

1. Dava Hakkının Hukukî Dayanağı

Anonim şirket alacaklılarının dava açma hakkı, pay sahiplerinin dava açma hakkı ile benzerlik gösterir. Ancak, pay sahiplerinin iflâs dışında da dava açma hakkı bulunurken; TTK m.556 hükmünden anlaşıldığı kadarıyla alacaklıların dava açma hakkı ancak iflâs halinde ortaya çıkar. Bu halde dahi sorumluluk davası neticesinde tazminatın şirkete ödenmesini yönündeki istem öncelikle iflâs idaresi tarafından ileri sürülür. TTK m.556/2 hükmü uyarınca, iflâs idaresi böyle bir davayı açmaz ise, bu takdirde alacaklıların sorumluluk davası açarak sorumlulardan (şirkete ödenecek) bir tazminat talebinde bulunması mümkün hale gelir.

2. Dava Hakkının Olgusal Dayanağı

Şirket alacaklılarına şirketin uğradığı zararlar için sorumluluk davası açma hakkının tanınmasının gerekçesi, şirketin doğrudan zarara uğramasıyla alacaklıların menfaatlerinin dolaylı olarak tehlikeye düşmesidir. Şirketin zarara uğraması neticesinde malî durumu kötüleşir. Mali durumu kötüleşen şirket, borçlarını ödeyebilme kabiliyetini yitirebilir. Sonuç olarak şirket alacaklıları, alacaklarını tahsil edemez ve bu kişiler de yansıma yoluyla zarara uğramış olur. Şirket alacaklılarına dava hakkı tanınmasıyla birlikte, (iflâs idaresinin sorumluluk davası açmadığı hallerde) bu kişiler kendi menfaatlerinin tehlikeye düşmesini engelleme imkânına kavuşmuş olurlar. TTK m.556/1 hükmünden de anlaşıldığı üzere alacaklıların açacağı sorumluluk davası sonucunda muhtemel tazminat şirkete ödenir. Şirketin malî durumunun bu suretle kısmen ya da tamamen iyileşmesiyle birlikte şirket alacaklıları da alacaklarını tahsil etme olanağına kavuşurlar.

V. SORUMLULUK DAVASINDA GENEL HÜKÜMLERDEN SAPILMASININ SEBEP VE FONKSİYONLARI

A. GENEL OLARAK

Yukarıda detaylarıyla temas edildiği üzere, borçlar hukukunun genel kaidelerine göre, yansıma yoluyla zarar gören kişinin, zarara sebep olan kişiye doğrudan başvurması mümkün değildir. Ancak, yine, daha evvel açıklandığı üzere, anonim şirketler hukukunda yansıma yoluyla zarar gören pay sahibi ve şirket alacaklılarının, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı hareket ederek şirketi zarara uğratan kişilere karşı sorumluluk davası açma hakkı vardır. Her ne kadar bu dava sonunda hükmedilecek tazminat tutarı şirkete ödenecek olsa da bu kişilere genel hükümlerin aksine dava hakkı tanınmasının gerekçesi ve işlevi bulunmalıdır. Aşağıda, söz konusu kişilere dava hakkı tanınmasının temellerine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

B. DAVA HAKKININ KULLANILMASINDAN KAÇINILMASINDAN DOĞABİLECEK RİSKLERİ BERTARAF ETMEK

Olası bir hukukî sorumluluk halinde, ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi konusunda öncelikle şirke-

tin hak sahibi olması doğaldır. TTK m.555/1 hükmünde de bu doğal sonuca temas edilmiş ve “şirket” davacı olarak ilk zikredilen kişi olmuştur. Ancak, şirkete dava hakkı tanınması her durumda kanun koyucu tarafından istenen sonucu sağlamayabilir. Çünkü dava açma yönündeki şirket iradesi, birçok durumda zaten bu zararlara yol açan kişilerin aktif işlem ve eylemleriyle belirginleşebilir. Örneğin yönetim kurulu, bir faaliyet dönemi sonucundaki başarısız iktisadi girişimler sebebiyle şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesi sebebiyle sorumluluk davası açmak için bir yönetim kurulu kararı almalıdır. Böyle bir yönetim kurulu kararının alınması hemen hemen tüm olasılıklarda çok zordur. Çünkü, zarara sebep olan kişilerle sorumluluk davası açılması yönünde karar alacak kişiler aynıdır. Bu durum, aslında muhakkak açılması gerekli bir sorumluluk davasının açılmasını geciktirebilir.

İşte, bu ve benzeri hallerde şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesini temin etmek için pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına dava hakkı tanınmıştır. Aslında bu tespit, TTK m.556/1 ve 2 hükümlerine dayanılarak da yapılabilir. Zira bu hükümlerde, şirketin iflâsı halinde tazminatın şirkete ödenmesi isteminin *öncelikle* iflâs idaresi tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir. Bunun gerçekleşmemesi halinde, şirket zararlarının tazmin edilmesini sağlamak için pay sahipleri ve şirket alacaklılarına aynı hak tanınmıştır.

C. PAY SAHİPLERİNİN KORUNMASI

Anonim şirketlerde sorumluluk davalarında pay sahiplerine dava hakkı tanınmasının bir diğer gerekçesi, pay sahiplerinin haklarının muhafaza edilmesidir. Borçlar hukukunun genel hükümlerinin uygulanmasının tatmin edici bir çözüm tarzı sağladığı durumlarda, haksız fiil failinin hukuka aykırı fiilinin tüm sonuçlarından dolayı sorumlu tutulması yerinde ve adalete görülmeyebilir. Ancak, anonim şirketlerde sorumluluk bakımından, şirket ve şirkete ortaklık bağıyla bağlı olan kişilerin yansıma yoluyla zarar görmesi durumunda konunun genel hükümlerle aynı düzlemde ele alınması haklı değildir. Çünkü şirket ortaklarının kaderi şirketin kaderine bağlıdır. Şirketin malî durumundaki bir kötüleşme ya da iyileşmenin ortakların da ekonomik konumunda sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Oysa genel hükümlerin uygulanmasıyla çözülebilen bir hukukî uyumsuzlukta durum

böyle olmayabilir. Genel hükümlere tabi uyumsuzlukların mutlaka başka kişilere etkisinin olacağı söylenebilir. Dolayısıyla, her haksız fiil mutlaka bir yansıma yoluyla zarara sebep olamaz. Zaten önceden böylesine kesin bir belirlemenin yapılması ve haksız fiil failinin fiilinin önceden kestirilemeyecek tüm sonuçlarından sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Bununla beraber, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulunun aslında verimli olmadığı açıkça belli olan bir yatırıma yönelerek şirketi zarara uğratmasının pay sahiplerinin malvarlığında yansıma yoluyla zarara yol açacağı her durumda kuşkusuzdur. Çünkü anonim şirketin paylarından müteşekkil sermayesi, ortaklarının malvarlığı unsurlarının bir parçasıdır. Sorumluluk davasında hükmedilecek tazminatın ancak şirkete ödenebilmesi de bu olgunun bir sonucudur.

D. ŞİRKET ALACAKLILARININ KORUNMASI

Kanun koyucu, anonim şirket alacaklılarının dava haklarının kullanılmasını pay sahiplerine nazaran biraz zorlaştırmıştır. Öncelikle, iflâs hali dışında şirket alacaklılarının sorumluluk davası açma hakkı bulunmamaktadır. İflâs halinde dahi öncelikle iflâs idaresi inisiyatif olarak sorumluluk davası ikame etmelidir. Sadece, iflâs idaresinin sorumluluk davası açmaması halinde alacaklıların aktif dava ehliyeti ortaya çıkar. Bunun sebebi, şirketin malvarlığındaki eksilmenin alacaklılarının iktisadî durumunu da tehlikeye düşürmesidir. Ancak, özellikle dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki o da şirketin malvarlığındaki her türlü eksilmenin mutlaka alacaklıların haklarını zedelemeyeceğidir. Kanun koyucu da bu hususu göz önüne alarak; ancak şirketi iflâsa sürükleyecek derecede gerçekleşmiş zararların (iflâs idaresinin sorumluluk davası açmaması ihtimalinde) alacaklılara bir söz hakkı tanyacak olduğunu hüküm altına almıştır. Dolayısıyla, şirketi yönetenlerin hukukî sorumluluğa dair hükümleri ihlâl ederek şirkete verdikleri her zarar şirket alacaklılarının yansıma yoluyla zarara uğrayacağı anlamına gelmez. Anlaşılmaktadır ki kanun koyucu, şirketin iflâs hali dışında olduğu durumlarda zarar gerçekleşmiş olsa dahi alacaklıların yansıma yoluyla bir zarara uğramış olmayacakları kabulüne sahiptir. Bu sebeple iflâs hali dışında, şirket alacaklılarının şirketin uğradığı zararlar için dava açamaması sonucunu doğuran hükmün gerekçesi daha iyi anlaşılmaktadır.

VI. SONUÇ

TTK m.1'den de anlaşıldığı üzere, TTK, TBK ve TMK ayrılmaz bir bütündür. Dolayısıyla, borçlar hukuku ve medenî hukukun genel prensipleri uygun düştikleri ölçüde ticaret hukuku ilişkilerine de uygulanır. Ancak, dikkat edilmesi gereken husus, genel hükümleri ticaret hukukuna dair uyumsuzluklara uygulanırken ticaret hukukuna has ilkelerin dikkate alınması gerektiğidir. Bunun anlamı, genel hükümlerin ticarî uyumsuzluklara uygulanırken bazı değişikliklerle uğrayabileceğidir.

Anılan nitelikteki değişiklikler somut olay düzeninde gerçekleşebileceği gibi; mevzuat düzeyinde de gerçekleşebilir. Kanun koyucu da bu gereklilik doğrultusunda, anonim şirketlerde sorumluluk alanında genel hükümlerden sapmıştır. Zira genel hükümlere tabi bir uyumsuzlukta yansımaya yoluyla zarara uğramak, zarara uğrayana sorumlu kişiye başvuru hakkı vermezken; anonim şirketlerde kurallar ve uygulama aksi yönde gelişmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin kanun ya da esas sözleşme hükümleri uyarınca yerine getirmeleri gereken bir yükümlülüğün ihlali neticesinde şirketin zarara uğraması, pay sahipleriyle alacaklıların da (yansımaya yoluyla) zarara uğradıkları anlamına gelebilir. Sorumluluk hukukunun genel prensipleri uyarınca pay sahipleriyle alacaklılara dava hakkının tanınmaması, pay sahipleriyle şirket arasındaki özgü hukukî ilişkinin göz önünde tutulmamış olması demektir. Fakat kanun koyucu, anonim şirketlere dair temel ilkeleri dikkate alarak TTK m.555 ve m.556 hükümlerini sevk etmiş ve bu kişilere de anonim şirket yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açma imkânını tanımıştır.

Söz konusu imkânın tanınması, ilk olarak şirketin kendisinin menfaatlerinin korunması için gereklidir. Çünkü şirket adına sorumluluk davası açacak olan kişiler, çoğunlukla bu zarara sebep olan kişilerdir. Bu halde, şirketin uğradığı zararların tazmin edilmesi için sorumluluk davası açılmasından kaçınılabılır. Bu davanın açılması ya da açılmış bir davanın etkili olarak yürütülmesi sekteye uğrayabilir.

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davalarında, yansımaya yoluyla zarar gören pay sahipleriyle alacaklılara da dava hakkı tanın-

ması, bu kişilerin hukukî menfaatlerinin korunması açısından önemlidir. Gerçekten, özellikle pay sahiplerinin sırf yansımaya yoluyla zarara uğramaları sebebiyle dava hakkından mahrum bırakılmaları hem şirketin hem de bu kişilerin menfaatlerinin korunması açısından bir imkânsızlık anlamına gelir. Şirketi yönetenlerin dava açmaktan kaçındıkları bir ihtimalde pay sahiplerinin, özel bir hukukî ilişki ile bağlı oldukları şirketin zararlarının (yine şirkete ödeme yapılmak üzere) tazmin edilmesini talep edebilmeleri kanun koyucunun hukukî sorumluluğa dair hükümlerin yarattığı sistematığe de uygundur.

KAYNAKÇA

- Akeret**, Fabian (2018) Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag.
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2019) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Bahtiyar**, Mehmet (2021) Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Bauen**, Marc & **Bernet**, Robert (2007) Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht, Schulthess Verlag, Zürich.
- 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 Verlag.
- von der Crone**, Hans Caspar (2020) Aktienrecht, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.
- Çakırca**, Seda İrem (2012) Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Druey**, Jean Nicolas & **Druey Just**, Eva & **Glanzmann**, Lukas (2015) Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, 11. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Forstmoser**, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur (2007) Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.
- Forstmoser**, Peter & **Meier-Hayoz**, Arthur & **Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht Bern, Stämpfli Verlag.
- Furrer** Andreas & **Müller-Chen** Markus (2018) Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Guhl**, Theo & **Koller**, Alfred & **Schnyder**, Anton K. & **Druey**, Jean Nicolas (2000) Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Gümüş**, Mustafa Alper (2021) Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi.
- Hatemi**, Hüseyin (1998) Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi.
- Hatemi**, Hüseyin & **Gökyayla**, Emre (2021) Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 5. Baskı, Filiz Kitabevi.
- Huguenin** Claire (2019) Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Oftinger**, Karl & **Stark**, Emil W. (1995) Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage, Schulthess Verlag.
- Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, M. Turgut (2017) Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Özkes**, Muhammet & **Seven**, Vural & **Meriç**, Nedim (2021) Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Rey**, Heinz (2008) Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. überarbeitete und ergänzte Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Roberto**, Vito & **Trüeb**, Hans Rudolf (Hrsg.) (2016) Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art.530-771 OR - VegüV, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich Schulthess Verlag. (Anılış: CHK OR, Yazar, Art. -, N. -).
- Schwenzer**, Ingeborg & **Fountoulakis**, Christiana (2020) Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.
- Suter**, Claudia (2010), Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 295, Zürich/St. Gallen, Dike Verlag.
- von Tuhr**, Andreas & **Peter**, Hans (1984), Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, Zürich, Schulthess Verlag.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Kitap Tanıtımları

Book Reviews

ÇAKIR ÇELEBİ, FATMA BETÜL: TASARIM HUKUKUNDA EŞDEĞER PARÇA İSTİSNASI, ADALET YAYINEVİ, ANKARA 2022

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(*)

Öz

Kitap, birleşik ürünlerin must match nitelikteki parça tasarımlarının Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında nasıl korunduğunu incelemektedir. Must match parçalar, birleşik ürünün orijinal görünümünün bozulmaması için muhakkak belirli bir şekilde tasarlanması gereken parçalardır. Konuyu özellikle otomotiv sektörü açısından ele alan yazar, söz konusu parçaların korunmasının, konusu sadece bunların üretilmek olan sektöre ve özellikle tüketicilere olan etkilerini hukuki perspektiften ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Birleşik Ürün Parça Tasarımı, Eşdeğer Parça İstisnası, Must Match Parça Tasarımı, Onarım Sınırlaması-Onarım Klozu, Yedek Parça Tasarımı.

Çalışma, birleşik ürünlerin *must match* nitelikteki parça tasarımlarının 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) çerçevesinde nasıl korunduğu ve korunması gerektiği hususlarını incelemektedir. Yazar, *must match* parçaları, birleşik ürünün orijinal görünümünün bozulmaması için muhakkak belirli bir şekilde tasarlanması gereken birleşik ürün parçaları olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, *must match* parça tasarımlarının korunması durumunda, yan sanayi, koruma süresi boyunca bu parçaları üretemeyecek, tüketicinin tek seçeneği de birleşik ürün üreticisi tarafından piyasaya sürülen yedek parçayı satın almak olacaktır. Yazar bu durumun satış sonrası pazarda orijinal üretici lehine bir tekel hakkının doğmasına ve bu nedenle de parça fiyatlarının tüketici aleyhine yüksek olmasına sebep olacağını ifade etmektedir.

Must match parçalar SMK m.59/4 uyarınca, piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl boyunca korunmaktadır. Ancak SMK m.59/5'e göre, Bakan-

Abstract

The book examines how must match part designs of combined products are protected under the Industrial Property Law. Must match parts are parts that must be designed in a certain way so that the original appearance of the combined product is not impaired. The author, who deals with the subject especially in terms of the automotive sector, deals with the effects of the protection of the said parts only on the sector where they are produced, and especially on the consumers, from a legal perspective.

Keywords

Complex Product Part Design, Equivalent Part Exception, Must Match Part Design, Repair Clause, Spare Part Design.

lık tarafından yayımlanacak listede yer alacak olan eşdeğer parçalar için üç yıllık tasarım korumasının kaldırılacağı öngörülmektedir. Böyle bir listenin hâlâ yayımlanması nedeniyle yazar, mümkün olan en kısa sürede must match parça tasarımlarına tanınan üç yıllık korumanın bir kanun değişikliği ile tamamen kaldırılması gerektiğini, bunun mümkün olmaması halinde ise tüm birleşik ürün sektörlerini ve görünen tüm yedek parçaları kapsayacak bir eşdeğer parça listesi yayımlanması gerektiğini ifade etmektedir.

Günümüzde kullanılan ve günlük hayatta vazgeçilmez hale gelen otomobil, bilgisayar, cep telefonu, beyaz eşya gibi birçok ürün birleşik ürün niteliğindedir. Bu ürünler bozulduklarında veya herhangi bir nedenle zarara uğradıklarında hemen yenileri ile değiştirilmemekte, ilk olarak onarımları yolu tercih edilmektedir. Zira bu, tüketici için çoğu zaman o ürünü yenilemekten çok daha az maliyetlidir.

Birleşik ürünlerin en çok bozulan ve zarara uğrayan parçaları *must match* nitelikte olanlardır. Bu

^(*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
(hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

nedenle, bu parça tasarımlarına ilişkin hukuki düzenlemeler ülke ekonomilerini etkileyebilecek niteliktedir. Tek başına otomotiv sektörü düşünüldüğünde dahi bu hukuki düzenlemelerin ülke ekonomileri üzerindeki etkileri kolayca anlaşılacaktır. Bu çerçevede, yazar tarafından *must match* parça tasarımlarının korunmasına ilişkin SMK'da yer alan hukuki düzenlemeler ve bunların uygulanma şartları karşılaştırılmalı hukuk dikkate alınarak incelenmiştir. Bu incelemelerden sonra, yazar tarafından *must match* parça tasarımlarının korunup korunmaması gerektiğine ilişkin kanaat ortaya konulurken, yalnızca hukuki gerekçelere değinilmemiş, aynı zamanda Türkiye'nin özellikle otomotiv sektöründeki pozisyonu da göz önünde bulundurulmuştur.

Yazara göre, *must match* parça tasarımlarının *satış sonrası pazar* olarak adlandırılan birleşik ürünün bakım ve onarımı için gereken servis, aksesuar ve parçaların bulunduğu pazarda korunması durumunda tasarım korumasının amacı aşılmış olacaktır. Zira satış sonrası pazarda, orijinal parçadan farklı tasarımdaki *must match* yedek parça, birleşik ürünün görünümünü bozacağından tüketici tarafından tercih edilmeyecektir. Bu durum da yazara göre, *must match* parça tasarımlarına tanınan korumanın, parçanın kendisine, yani ürüne tanınması anlamına gelecektir.

Yazar, *must match* parça tasarımlarının satış sonrası pazarda korunmasının diğer bir sakıncasının tasarım hakkı sahibinin koruması süresi boyunca, bu pazarda hâkim durumda olması nedeniyle rekabetin sınırlandırılması ve hatta ortadan kalkması *tehlikesi* olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu durum tüketicinin uzun yıllar boyunca birleşik ürün üreticisine bağımlı olmasına neden olacak, tüketici fiyat, kalite, kullanılan malzeme gibi konularda hiçbir seçenek özgürlüğüne sahip olmadan, ürünün görünümünü bozmamak amacıyla, birleşik ürün üreticisi tarafından üretilen yedek parçayı almak zorunda kalacaktır.

Türkiye otomotiv sektöründe henüz kendi markasıyla üretim yapan bir ülke olmamakla birlikte gelişmiş bir yedek parça sanayiine (*yan sanayi*) sahiptir. Bu nedenle, yazara göre, *must match* parçaların satış sonrası pazarda korunması yönündeki tercih, yalnızca yabancı şirketlerin menfaatlerini korumaya hizmet edecek, Türk üreticiler tarafından *must match* parçaların yan sanayi olarak isimlendirilen alternatifleri üretilemeyecektir.

Konuya ilişkin ilk düzenleme olan, SMK m.59/4'de yer alan ve yazar tarafından onarım sınırlaması olarak adlandırılan bu düzenleme ile belirli şartların gerçekleşmesi durumunda *must match* parça tasarımlarının satış sonrası pazarda yalnızca *üç yıl* korunacağı öngörülmüştür. Yazara göre, söz konusu düzenlemenin üç yıllık korumayı kaldırarak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Yazar, üç yıllık mevcut koruma nedeniyle tüketici, sigorta şirketleri, Türk yan sanayi sektörü ve nihayet Türk ekonomisinin zarara uğradığını ifade etmektedir. SMK m.59/4'e ilişkin olarak yazar tarafından ifade edilen diğer bir değişiklik önerisi de düzenlemenin kapsamının Avrupa Birliği'ndeki gelişmeler çerçevesinde görünen tüm yedek parça tasarımlarını kapsayacak şekilde değiştirilmesidir.

Bu çerçevede yazar, SMK m.59/4'ün "*Birleşik ürün parçalarının, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve parçaların kaynağı konusunda uygun şekilde bilgi verilmesi şartıyla kullanılması tasarım hakkının ihlali sayılmaz.*" şeklinde değiştirilebileceğini ifade etmektedir.

Must match parça tasarımlarının korunmasına ilişkin Türk hukukundaki ikinci düzenleme ise SMK m.59/5'tir. Yazar tarafından *eşdeğer parça istisnası* olarak adlandırılan bu düzenleme uyarınca, "*Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yayımlanan eşdeğer parçaların dördüncü fıkra kapsamında ve tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl içinde kullanımı tasarım hakkının ihlali sayılmaz.*" Düzenleme ile SMK m.59/4'te düzenlenmiş olan onarım sınırlamasına bir istisna getirilerek, sınırlama kapsamında olup Bakanlık tarafından yayımlanacak listede yer alacak olan eşdeğer parçalar için üç yıllık tasarım koruması ortadan kaldırılmış, yukarıda da değinildiği üzere hala böyle bir liste yayımlanmamıştır. Yazar, ülke ekonomisi için son derece önemli olan bir konunun Bakanlık tarafından yayımlanacak olan listeye bırakılmış olmasının isabetli olmadığını, bir kanun değişikliği ile SMK m.59/4'te yer alan üç yıllık korumanın tamamen kaldırılması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede, yazar tarafından, mümkün olan en kısa sürede kanun değişikliğinin yapılması gerektiği, bu mümkün olmazsa hem sektör hem de parça bazında geniş kapsamlı, kanun değişikliği ile aynı sonucu doğurmaya elverişli bir eşdeğer parça listesinin yayımlanması gerektiği ifade edilmektedir.

ÇOLAK, UĞUR: TÜRK PATENT HUKUKU, ADALET YAYINEVİ, ANKARA 2022

Mahmut Esad ÖZEK^(*)

Öz

Fikri mülkiyet literatüründe bir başvuru eseri niteliği taşıyan eserde, araştırmacılar, uygulayıcılar ve öğrencilere, karşılaştırmalı hukuk bağlamında, maddi ve şekli patent hukuku, patent yargılaması ve bu alandaki uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili ayrıntılı bilgiler sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Patent Hukuku, Teknik Karakter, Patent Başvurusu, Patent Yargılaması.

Sanayi devrimlerinin ve serbest piyasa ekonomisine dayalı ekonomik sistemin hukuk dünyasına kazandırdığı iki önemli hukuk dalından ilki rekabet, ikincisi ise fikri mülkiyet hukukudur. Rekabet hukuku serbest piyasa ekonomisinin teminatı olarak teşebbüsler arasındaki ekonomik davranışların piyasa aksaklığı oluşturmaması için gerekli kuralların neler olması ve nasıl uygulanması gerektiği ile ilgilienmektedir. Fikri mülkiyet hukukunun içinde sayılan patent hukuku ise teşebbüsler arasında rekabetin yeniliğe dayalı olduğu ve teşebbüslerin rekabetlerini yenilik yapma motivasyonu ile sürdürmelerini teminen yeniliğin korunması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bu bağlamda patent hukuku buluş yapan mucitlerin fikri sermaye ve çabalarının heba edilmemesi için, buluşlarının topluma açıklanması karşılığında 20 yıllık bir tekel hakkının bahşedilmesine ilişkin hak ve sorumlulukları incelemektedir.

Patent hukuku görece yeni bir hukuk dalı olmasına rağmen ortaya konulan kural setleri, içtihat hukuku ile oluşturulan doktrinler önemli seviyede ay-

Abstract

The book, which is a reference work in the intellectual property literature, provides researchers, practitioners and students with detailed information on substantive and formal patent law, patent proceedings and dispute resolution methods in this field in the context of comparative law.

Keywords

Patent Law, Technical Character, Patent Application, Patent Litigation.

rıntı barındırmaktadır. Bu ayrıntılara hâkim olmak ve patent hukuku konusunda uzman olmak için ise patent hukukunun uygulama ve teoriyi birleştiren eserlerden öğrenilmesi şarttır. Uğur Çolak'ın meslek hayatında uzun süre iştigal ettiği fikri mülkiyet hukukundaki deneyimleri ile Avrupa Patent Mahkemesinde ifa ettiği inturn hakimlik esnasındaki tecrübesinin bir meyvesi olarak ortaya koyduğu Türk Patent Hukuku (*Adalet Yayınevi, Ankara 2022, 1291 sayfa, ISBN 978-625-8092-49-3*) isimli eser yakın bir zaman önce okuyucuları ile buluştu. Patent hukuku ve faydalı model hukuku ile ilgili olan kitapta neredeyse tüm ana konulara değinilmekte, ayrıca karşılaştırmalı hukukta yapıtaş olabilecek içtihatlarla da ayrıntılı bir şekilde yer verilmektedir. Bunun yanı sıra eser, patent hukuku ile ilgili alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından tahkim ve arabuluculuk konularını da ihtiva etmektedir. Kitap bu hali ile patent hukukunda uygulayıcıların, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanabilecekleri kaynak eser olarak karşımızda durmaktadır.

Patent hukukunda kapsamlı bir eser vermenin bazı zorlukları olduğu aşikardır. Bu zorlukların başında kaynakların yeterli çeşitlilikte olmaması gelmektedir. Zira patent hukuku ülkemiz açısından hala genç

^(*) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu; Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programı, (mahmutesad.ozek@btk.gov.tr, ORCID ID: 0000-0003-0941-8940).

bir hukuk dalı olarak nitelenebilecek bir konumdadır ve bu alan teknoloji kavramı ile birlikte sürekli gelişim ve değişim içinde olup bu alanda hızlı güncellenen kaynaklara ihtiyaç duyulmaktadır. İkincisi patent hukukunun, teknolojinin özellikle bilgisayar bilimleri ve biyoteknolojik buluşlar gibi oldukça farklı mühendislik ve bilim dallarında yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik konularında mevzuatı ve içtihatları hazmetmiş olmayı gerektirmesidir. Üçüncüsü ise, patent hukukunda fikri mülkiyet hukukunda olduğu gibi ülkesellik prensibi olmasına rağmen, verilecek kararlar, Avrupa Patent Ofisi ve dünyanın geri kalanından çok fazla ayrılmayacağı ve birbirlerine bir nevi bağımlılık ilişkisi olduğundan karşılaştırmalı hukuka da hakimiyeti gerektirmesidir. Bu zorluklar göz önünde bulundurularak esere tekrar bakıldığında iki buçuk sene gibi bir zamanda bu külliyette bir eserin vücuda getirilmesi ve Türk hukukuna kazandırılması taktire şayandır.

Kitaptaki ilk iki bölüm patent hukukuna giriş mahiyetinde olup, patent hukukunun önemi ve süljeleri hakkında bilgi vermektedir. Bu bağlamda birinci bölümde patent hukukunun tarihçesi, konusu, fonksiyonları ile başlayarak patent hukukunun ortaya çıkışı, amacı ve niçin patent korumasına ihtiyaç duyulduğuna ilişkin okuyucunun aklına gelmesi gereken sorulara cevap vermektedir. Bu cevaplar içerisinde patent hukukunda temel bir öneme sahip olan patent hukukuna kaynaklık eden uluslara arası antlaşmalar da bu bölümde incelenmektedir. Kitabın ikinci bölümde ise patent hukukunun uygulayıcılarından Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Avrupa Patent Ofisi, Türk Patent ve Marka Kurumu, Fikri ve Sınai Haklar İhtisas Mahkemeleri ile patent vekilleri hakkında bilgiler verilmektedir. Kitabın üçüncü bölümü buluş başvurusuna ayrılarak buluş özeti, tarifname, istemler ve çizimlerden oluşan ve uygulamada tarifname takımı olarak bilinen başvuru belgelerine yer verilerek bu belgelerin oluşturulmasında kullanılan istem yazım teknikleri ile ilgili farklı yaklaşımlarda dikkate alınarak ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir.

Kitabın dördüncü bölümde patent hukukunun merkezinde bulunmasına rağmen, teknolojik gelişmenin gerisinde kalınmamasını teminen, patent mevzuatı ve patent ofisleri tarafından tanımlanmayan, ancak araştırmacılar için bir o kadar tanımlanmaya

muhtaç olan buluş kavramı incelenmektedir. Buluş sayılmayan konular, buluş sayılsa dahi kamu yararı gerekçeleri ile patent verilemeyecek, patentlenebilirliğin istisnaları hakkında yapılan açıklamalar ile buluş kavramının hem özelde hem de genel kapsamda sınırları çizilerek okuyucuya bu bölümde aktarılmıştır.

Kitabın beşinci bölümü patent hukukunun ana hatlarını oluşturan teknik karakter, yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik kavramlarına ayrılmıştır. Bu kavramlar yine karşılaştırmalı hukukundaki içtihat ile Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlarla zenginleştirilerek anlatılmaktadır. Teknik karakter kavramı Avrupa Patent Ofisi tarafından buluş kavramının temelini konulmasına rağmen esasında mühendislik ve bilim felsefesi ile ilgili bir kavram olduğu için genellikle okuyucu için soyut kalmasına rağmen eserde Avrupa Patent Ofisinin yaklaşımı ve kullandığı ölçütlere yer verilerek konu somutlaştırılmaktadır. Patentlenebilirlik şartları içerisinde sayılan bu konulara ilave olarak, patentin kamuoyuna yeterince açıklanması ve teknik sorunun çözümüne ilişkin makul açıklamalar gibi gereklilikler de bu bölümde yer almaktadır.

Kitabın altıncı bölümü patent başvuru süreçlerine kapsamında şekli patent hukukuna ayrılmıştır. Burada doğrudan Türk Patent ve Marka Kurumuna başvuru ile Patent İşbirliği Antlaşması ve Avrupa Patent Antlaşması yolları izlenerek yapılabilecek patent başvuruları incelenmekte ve patent verilebilirlik ile ilgili alınan Türk Patent ve Marka Kurumu kararlarına karşı başvurulabilecek dava yolları hakkında bilgi verilmektedir.

Yedinci bölümde ise maddi patent hukuku konuları incelenmekte ve bu kapsamda patent hakkı, hak sahipliği ve bu kapsamdaki başvuru yolu olan patent gasp davasına değinilmektedir. Sekizinci bölüm çalışan buluşlarına ayrılmış, dokuzuncu bölümde ise ek ve gizli patentler anlatılmıştır.

Kitabın onuncu bölümde patentin ekonomik kıymetlerinden birini teşkil eden patent lisans sözleşmeleri anlatılmaktadır. Ayrıca zorunu lisans, patentin miras yolu ile intikali, patentin haczi, teminat olarak gösterilmesi ve rehni de dahil olmak üzere patentin konu olduğu diğer hukuki işlemler bu bölümde irdelenmektedir.

On birinci bölümde patentin korunması kapsamında patent hakkına tecavüz konusu ele alınmaktadır. Burada literal (birebir) tecavüz ve uygulamada fonksiyonellik tecavüzü olarak da bilinen eşdeğer tecavüz ayırımına gidilerek, eşdeğerlik doktrini ve tecavüz oluşturan eylemler ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

Patent hukukunda maddi hukuk kısmının yanında yargılamaya ilişkin kısmında özellikle uygulamayı bakış açısı ve tecrübesi önemlidir. Bu açıdan, eserin on iki ve on üçüncü bölümleri bu anlamda patent hakkına tecavüz durumunda açılacak davalar dahil başvuru yolları, buna karşılık ihlal yargılamalarında davalının yapabileceği savunmalar on iki alt başlığa ayrılarak incelenmesi oldukça kıymetlidir.

Kitabın ön dördüncü bölümü menfi tespit davalarına ayrılmıştır. Kitabın metodolojisinde patent ile ilgili son bölüm olan on beşinci bölüm patentin sona ermesine ayrılarak, burada patentin hükümsüzlüğü ve diğer sona erme halleri anlatılmaktadır. Ayrıca, kitapta faydalı modellere ayrı bir başlık altında incelenmiş ve kitabın on altıncı bölümünde faydalı modeller ile ilgili bilgilere yer verilmiştir. Bunun yanından kitapta on yedinci bölüm olarak özellikle patent hukuku kapsamında önemli bir yeri olan birliklilik müessesine değinilmektedir.

Patent hukukunda ülkesellik prensibi geçerli olmasına rağmen Avrupa Patent Sözleşmesine taraf olan ülkeler için Avrupa Patent Ofisi kararları da bağlayıcılık unsuruna sahiptir. Bu ve bunun yanındaki diğer nedenlerden ötürü patent hukuku diğer ülkeler ve ülke üstü kuruluşlar tarafından verilen kararlarla da ilgilenmek durumundadır. Nitekim kitabın on sekizinci bölümü Avrupa Patent Ofisi ile eşzamanlı yürüyen Türk hukukundaki patent yargılamaları konusu incelenmiş, on dokuzuncu bölüm patent hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak tahkim ve arabuluculuk kurumlarına ayrılmıştır. Yirminci bölüm ise patent hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında bilgiler verilmiştir.

Yargıtay Kararları

Decisions of the Court of
Cassation

T.C.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2020/5300

KARAR NO : 2021/868

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ: Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi

TARİHİ : 31.01.2018

NUMARASI : 2017/432-2018/23

DAVACI : G. Makine İmalat Mon. ve Müh. San.
Tic. A.Ş.

DAVALI : D. G.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Taraflar arasında görülen davada Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 31.01.2018 gün ve 2017/432 - 2018/23 sayılı kararı bozan Daire'nin 09.10.2019 gün ve 2018/2146 -2019/4679 sayılı kararı aleyhinde davacı vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği de anlaşılmış olmakla, dosya için düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalının davacı aleyhine kambyo takibi başlattığını, takibe konu senede ekli G. A.Ş.'ne izafe edilen ciro imzasının ve kaşesinin yer aldığı kağıt parçasının, keşideci ve onun firması olan H. Mühendislik Ltd. Şti. ve G. A.Ş. arasında daha önce yapılmış olan ve karşı tarafta kalan sözleşme nüshasından kesilerek alonj gibi çek yaprağının alt kısmına eklenerek G. A.Ş.'nin de ciro silsilesine dahil edilmeye çalışıldığını, davaya konu çekin keşidecisi ve G. A.Ş.'den önce gelen cirantaların iş hacimleri itibarıyla çeki keşide ve ciro edecek durumda olmadıklarını, D.G.'nin boşandığı eşi B.G. ve yönetim kurulu üyeliği yaptığı G. A.Ş.'den haksız menfaat temin etmek, şirketi cebri icra ve haciz baskısı altına alarak ekonomik yönden zor durumda bırakmak ve bu durumdan faydalanmak için H.G. ile işbirliği yaptığını, G. A.Ş. ve D.G. arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmadığını bildirerek Karşıyaka 4. İcra Müdürlü-

ğü'nün 2011/1352 esas sayılı icra takibine konu edilen 08.02.2011 keşide tarihli H.G. tarafından keşide edilen 6.000.000,00 TL bedelli çekten dolayı davacı şirketin borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, kambyo senetlerinin sebepten ari olduğunu, bu çekin davalının eski kayınpederi tarafından söz verilen ve istekleri doğrultusunda boşanmanın gerçekleşmesi halinde daha sonra ödenecek bedel karşılığı verildiğini, çekte davalının sadece alonj üzerinde imzasının bulunduğunu, davalının bu çekin verilmesi nedeniyle mağdur olup dolandırıldığını, bu çek nedeniyle maddi ve manevi tazminat davaları açmadığı gibi çocuğunun velayetini de davacının oğluna bıraktığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne dair verilen kararın, taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesince davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.

Bu kez davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Dava, dava konusu çeki sonradan eklenen alonjun sahtecilik yoluyla oluşturulduğu iddiasına dayalı olarak açılan menfi tespit davasıdır.

Menfi tespit davalarında ispat yükü kural olarak davalı alacaklıdır. Davalı, alacaklı olduğunu takip ve dava konusu çek ile ispat etmek istemektedir. Dava konusu takip dayanağı çek incelendiğinde, H.G. tarafından H. Mühendislik Endüstriyel Sist. Kons. İmal. Montaj İnş. San. Tic. Ltd. Şti. lehine 08.02.2011 tarihinde keşide edildiği, lehtar tarafından birinci cirosu yapılarak daha sonra H.G., H.B.G., E. Çelik Kons. Mühendis İnşaat Mühendislik Makina İnşaat ve Turizm ve Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve H. Bayram Gül beyaz ciroları ile çekin arkasındaki alanın dolduğu, çeki bir alonj eklendiği ve bu alonj üzerinde yalnızca davacının cirosu ile davalının bankaya ibraz için attığı imza ve muhatap bankanın çekin karşılıksız olduğunu gösteren keşide tarihiyle aynı günde yazılmış tespit imzalarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının cirosu, çek ile alonjun birleştiği çizgiden uzakta ve sadece alonj üzerinde yer almaktadır.

Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesi Adli Belge İnceleme Şube No: 2701 tarafından düzenlenen 11.04.2014 tarihli raporda “... Alonj bölümünde G. Makine İmalat Montaj ve Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. içerikli kaşe izinin ve söz konusu şirket adına siyah mürekkepli kalem ile atılmış imzanın çek yüzeyi ile temas etmemesi ...” olgusuna işaret edilmiştir.

6762 sayılı TTK'nın 730/4 maddesi yollamasıyla 595. maddesi (6102 sayılı TTK'nın 818/1-d maddesi yollamasıyla 683. maddesi) gereğince cironun, çek veya çeke bağlı olan alonj denilen bir kâğıt üzerine yazılması ve ciranta tarafından imzalanması gerekmektedir. Çekte alonj kullanımını halinde, muhatap bankanın çekin ibrazı üzerine çekin karşılıksız olduğunu gösteren tespit şerhinin de alonj üzerine yazılmasına bir engel bulunmamakta, hatta bu hususta bir zaruret bulunmaktadır. Kanunda, alonjun “çeki (poliçeye) bağlı” olması gerektiğinden söz edilmiş olup bu kavramın, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkesi kapsamında yorumlanması gerekmektedir. Bu çerçevede alonj kullanılmış bir çekte, alonjun bu çekiye bağlı ve çekle irtibatlı bir belge olduğu belirlenebilir olmalıdır. Çek ve alonj iki ayrı kâğıt parçası olup bunların sadece fiziken değil, hukuken de bir bütün halinde olmaları gerekmektedir. Ancak o zaman alonj ile hak sahibi olanlar bu haklarını güven içinde ileri sürebilirler.

Bir çekin keşidecisi çek yaprağı üzerinde imzaları olan lehtar ve cirantalar zaten bu çeki ödemekle yükümlü olduklarından, alonj ile hak sahibi olan hamile ödeme yaparak sorumluluktan kurtulacaklarından alonjun bu çekiye ait olması gerekliliği yönünden kural olarak fazla bir ihtilaf çıkması düşünülemez ise de, sadece alonj üzerinde cirosu bulunan bir ciranta, alonj üzerindeki kayıtlara göre hamil olan kişiye çek bedelini ödemek zorunda kaldığında, bu alonjun bu çekiye ait olduğunun belirli olması önem kazanır. Zira alonj üzerinde cirosu bulunan ciranta, çekteki miktarı ödemek zorunda kalmaktadır.

TTK'da alonj ile ilgili bir tanım yapılmamakta, ancak 6102 sayılı TTK'nın 683/1 maddesinde alonju oluşturacak belgenin kâğıt olması gerektiği belirtilmiştir. Alonju oluşturan kâğıdı, diğer kâğıtlardan ayıracak en önemli özellik alonjun, eklendiği senet ile arasındaki güçlü bağdan doğmaktadır. Bu bağ,

hem maddi bir bağ hem de iradi bir bağ olmalıdır. Alonj ile senet arasındaki maddi bağ, alonjun senetten tahrifat yapılmadıkça ayrılamayacak nitelikte senede sıkıca bağlanmasıdır. Alonj ile senet arasındaki iradi bağ ise, senede bağlanacak alonj üzerine söz konusu senet için alonj yoluyla işlem yapıldığının özel olarak belirtilmesiyle sağlanır. Yani alonju imzalararak taahhüt altına giren kişinin, taahhüdünü bu kâğıdın senetdeki miktarı ödemeyi üstlendiğini gösteren ve senedin eki niteliğindeki alonj olduğu iradesini de belirterek yazması ve imzalaması gerekir. Senetten başka bir kâğıt olan alonjun senetle olan bağını sağlamak için her iki kâğıt parçasına denk gelecek şekilde bir beyan veya imza ya da alonj üzerine senedin ayırt edici özelliklerini yazmak gibi değişik yöntemlerle iki ayrı kâğıt parçasının iradi olarak birleştirildiğinin gösterilmesi gerekir (Bakınız: Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 348; Vural Seven, “Kambiyo senetlerinde (Poliçe, Bono ve Çek) “Alonj””, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2017, s. 55-76; Hüsnü Turanlı, “Türk Hukukunda Alonj”, TFM 2017; 3(1), s. 123).

Alonjlu bir çek hukuk muhakemesi açısından bir belgedir. O halde bu belge HMK'nın 199. maddesinde belirtildiği gibi uyumsuzluk konusu vakıayı ispata elverişli olmalıdır. HMK'nın 207. maddesinde; senette çıkıntı, kazıntı ve silinti varsa ve ayrıca onaylanmamışsa bunların inkârı halinde göz önünde tutulamayacağı ve bu durum senedin geçerliliğine etkili olacak nitelikte ise senedin kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabileceği düzenlenmiştir. Bu maddenin manasından hareketle bir kişinin bir belgeden hukuken sorumlu olabilmesi için belge ile o kişi arasında sorumluluğu doğurmaya elverişli uygun bir nedensellik bağı bulunması gerektiği söylenebilir.

Somut olayda, davaya konu çek ile alonjun birleştiği yerde yukarıda açıklandığı şekilde çek ile alonj arasında iradi ve hukuki bir bağ kuracak şekilde herhangi bir yazı, imza veya işaret bulunmadığından ve çekin tanzim tarihi ile Banka'ya ibraz tarihinin aynı olması gibi somut olayın özellikleri de dikkate alınarak davalının bu çekiye dayalı olarak alonj üzerinde ilk cirosu bulunan davacıdan alacaklı olduğunu ispatlayamamış olduğundan menfi tespit davasının kabulüne ilişkin, sonucu itibarıyla doğru olan kararın gerekçesinin düzeltilerek onanması gerekirken Yar-

gıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi'nin 09.10.2019 gün, 2018/2146 esas ve 2019/4679 karar sayılı ilamı ile bozulduğu anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi'nin 09.10.2019 gün, 2018/2146 esas ve 2019/4679 karar sayılı bozma ilamının kaldırılmasına, HUMK. 438/son maddesi uyarınca hükmün gerekçesinin yukarıda açıklandığı şekilde değiştirilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
M. Bülent SELÇUK	A. ORHAN	Dr. A. ASLAN	M. TUNÇ	Z. ÖZBAĞ (M)

MUHALEFET ŞERHİ

1- Dava, dava konusu çeke sonradan eklenen alonjun sahtecilik yoluyla oluşturulduğu iddiasına dayalı açılan menfi tespit davasıdır. Bu tür davalarda ispat yükü kural olarak davalı alacaklıdır. Davalı, alacaklı olduğunu takip ve dava konusu çek ile ispat etmek istemektedir.

2- Kıymetli evrak, üzerinde taşıdığı hak ile ayrılmaz bir bütündür. Hakkın ileri sürülmesi ve devredilebilmesi için maddi varlığı oluşturan senede ihtiyaç vardır. Senedin içerdiği hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi başkalarına da devredilemez. Senedin taşıdığı hak, senet ile vücut bulduğu ve senetle mündemiç olduğundan kıymetli evrakla (senedin taşıdığı hak ile) ilgili tüm işlemlerin kambiyo senedi üzerinde yapılması gerekir. Kıymetli evrak tedavül amaçlı düzenlendiğinden tedavüle çıkan senetler, kanuni düzenlemelerle sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bunun nedeni, ticari hayatın güvene dayalı olması, güvenin korunmasıdır.

3- Türk Ticaret Kanunu'nda, cironun poliçe veya poliçeye bağlı olan ve "alonj" denilen kâğıt üzerine yazılması (TTK m.683/1), beyaz cironun (TTK m.683/2), aval şerhinin (TTK m.701/1) poliçe veya alonj üzerine yazılması öngörülmüş, mücbir sebep ortaya çıktığında poliçe hamili, mücbir sebepleri gecikmeksizin kendinden önce gelen kişiye ihbar etmekle ve bu ihbarı, altına tarih, yer ve imzasını da koyarak poliçeye veya alonja kaydetmekle yükümlü olup ayrıca mücbir sebebi gecikmeksizin kendi ci-rantasına ihbar etmeye ve bu ihbarı çeke veya alonja kaydedip, bunun altına, yerini ve tarihini yazarak

SONUÇ: Yukarıdaki açıklanan nedenlerle davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesi'nin 09.10.2019 gün, 2018/2146 esas ve 2019/4679 karar sayılı bozma ilamının kaldırılmasına, hükmün gerekçesinin DEĞİŞTİRİLEREK ONANMASINA, ödediği karar düzeltme harcının isteği halinde karar düzeltme isteyen davacıya iadesine, 04.02.2021 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

imzalamakla zorunlu tutulmuştur (TTK m.731). Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe; Poliçelerin cirosuna ilişkin 681 ila 690 maddeleri, ödememe halinde başvurma haklarına dair 713 ila 727 ve 729 ila 732 maddeleri ile avale ilişkin 700 ila 702 nci maddeler de bonolar hakkında uygulanır (TTK m.778). Poliçeye ait, ciro hakkındaki 683 ila 685 inci maddeler, avalin şekil ve hükümleri hakkındaki 701 ve 702 nci maddeler çek hakkında da uygulanır (TTK m.818).

4- Ciro, tam ve beyaz ciro olarak iki şekilde yapılmaktadır. Lehine ciro yapılan kişinin ciroda gösterilmesine gerek olmadığı gibi, ciro, cirantanın sadece imzasından ibaret olabilir. Bu şekildeki cironun "beyaz ciro" denir. Beyaz cironun poliçenin arkasına veya alonj üzerine yazılması gerekir (TTK'nın 683/2). Senedi beyaz ciro ile devralan kişi, bu senedi, kendi adına ya da diğer bir kişi adına doldurabilir, yeniden beyaz ciro ya da tam ciro ile devredebilir ya da beyaz ciroyu doldurmaksızın ve poliçeyi tekrar ciro etmeksizin poliçeyi başka bir kişiye verebilir (TTK m.684). Görüldüğü gibi, senedi beyaz ciro ile teslim alan kişinin senedi devretmek için ciro etmesi zorunlu değildir. Beyaz ciroda, lehine ciro yapılan kişinin gösterilmesi zorunlu olmayıp sadece ciro eden kişinin imzası yeterlidir. Bu durumda, beyaz ciroyla devralan kişi, hiç ciro etmeden de senedi devredebilir.

5- Türk Ticaret Kanunu'nun alonj üzerine beyaz ciro yapılmasına izin vermesi karşısında, alonj üzerine sadece imza atılarak ciro işlemi yapılabilir olması (TTK m.683/2), aslında irade beyanı ile imzanın farklı kâğıtlarda olduğu istisnai bir durum olduğundan bahsedilemez.

Alonj, arka yüzünde yer kalmadığı zaman, yapılacak işlemler için bono, çek veya poliçeye eklenen kâğıt parçası olup, alonj üstüne yapılacak işlemlerin hukuki açıdan senet üzerinde yapılan işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu kabul edilmelidir. Alonj, senedin arka yüzünün devamı/uzantısıdır. Kambiyo senedine ekli alonja atılan imza, ciro ve aval niteliğini kazanır.

Emre yazılı kambiyo senetlerinin devri ciro ve zilyetliğinin teslimi ile gerçekleşir. Giro, kural olarak senedin arka yüzüne yapılır, ancak yer kalmadığı takdirde arka yüzünün uzantısı olarak kabul edilen ve senede iliştilen alonj adlı kâğıda da yapılabilir. Hukuki olarak, "alonj" üzerine yapılacak işlemler, senet üzerine (özellikle arka yüzüne) yapılan işlemler ile aynı hükümlere tabidir. Dolayısıyla senedin arkasına yazılabilen tüm kayıtlar, bu bağlamda, ciro, aval, ihbar, ibraz şerhi işlemi alonj üzerine yazılabilir. Tam ve beyaz cirolarla senet tedavül edeceğinden müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan yetkili olduğu anlaşılan (senedi elinde bulunduran) kişi şeklen yetkili hamildir.

6- Hukuk Muhakemeleri Kanunu, senette çıkıntı, kazıntı ve silinti olmasını ve senedeki yazı veya imza inkarını özel olarak düzenlenmiştir.

Senedeki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkar halinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir (HMK m.207/1).

Alonj üzerinde imzası bulunan kişinin, başka bir işlemde bulunan imzasının kesilerek senede eklendiği, imzası bulunan kâğıdın kendi iradesi dışında senede eklendiği, imzasının üretildiği/çoğaltıldığı veya sahte olarak atılmış olduğunun iddia edilmesi, aslında senedeki kambiyo ilişkisine dâhil olunmadığından HMK m.208/1 anlamında sahtelik iddiasıdır. Kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki yazı veya imzayı inkar etmek istenirse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi halde belge, aleyhine delil olarak kullanılır (HMK m.208/1). Adi bir senedeki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamaz (HMK m.209/1). Resmi senet-

lerdeki yazı veya imza inkar edildiğinde, senedeki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınamaz (HMK m.209/2). Bu durumda ise, aradaki kambiyo ilişkisinin varlığından lehine hak çıkartan kambiyo senedi alacaklısı olduğundan Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereği ispat yükü onun üzerinde kalmaktadır (HMK m.190/1).

Alonj üzerindeki imzanın, başka bir işlemde bulunan imzasının kesilerek senede eklendiği (alonj yapıldığı) veya alonj üzerinde imzanın sahte olduğu, sahte olarak üretildiği/çoğaltıldığı iddia edildiğinde, kambiyo senedinin ayrılmaz bir parçası, senetle bir bütünlük oluşturmuş alonj üzerine ciro yapıldığını iddia eden kambiyo senedi alacaklısı (hamil) bu iddiasını kanıtlamalıdır.

7- Ayrıca başka bir işlemde bulunan imzanın kesilerek senede eklenmesi (alonj yapıldığı) veya alonj üzerinde imzanın sahte olması, sahte olarak üretilmesi/çoğaltılması halinde kâğıt üzerinde imzası bulunan kişinin alonj oluşturma ve ciro etme iradesi olamaz. Böyle bir iradenin olup olmadığına da tespitine gerek yoktur. Ortada sahte olarak üretilmiş kâğıt (alonj) ve imza vardır.

8- Sahtecilik iddiası, res'en cezai soruşturma ve kovuşturmayı gerektirir. Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır (TCK m.210). Kambiyo senekleri resmi belge hükmünde belgelerdir. Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m.204/1).

Sahte olduğu iddia edilen kambiyo senedi, kambiyo senetlerine mahsus takip yolu ile takip yapılması halinde icra müdürlüğünün suçta araç olarak kullanılması nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçu işlenmiş olur (TCK m.158/1-d).

9- Kanun Koyucu alonju, kanun ve ikincil düzenlemelerde/mevzuatta şekil şartına bağlamamıştır. Aksi halde belirli bir şekil öngörür bunu da geçerlilik şartı öngörebilirdi. Alonj dışında Kanun Koyucunun

öngördüğü, geçerlilik şekil şartları aynı kanun içinde düzenleme bulmuştur. Kıymetli evrakla ilgili düzenlemelerinde, maddi senet varlığı birden fazla parçadan oluşuyorsa bunun senet metninde belirtilmesini (açıklanmasını) zorunlu tutmuştur. Örneğin, bu durum nüshalarda görülebilir. Poliçe birbirinin aynı olmak üzere birden fazla nüsha olarak düzenlenebilir (TTK m.743/1). Bu nüshalara teselsül eden sıra numaraları konulur. Numaralar metne yazılır. Aksi takdirde nüshaların her biri ayrı bir poliçe kabul edilir (TTK m.743/2). Hamiline yazılı çekler hariç olmak üzere; bir ülkede düzenlenip de diğer bir ülkede veya aynı ülkenin denizaşırı bir kısmında ödenmesi şart olan ve aksine, bir ülkenin denizaşırı bir kısmında düzenlenip o ülkede ödenmesi şart olan ya da aynı ülkenin denizaşırı olan aynı kısmında yahut çeşitli kısımlarında düzenlenip ödenmesi şart olan her çek, birbirinin aynı olarak çeşitli nüshalar halinde düzenlenebilir. Bu nüshalar senet metninde teselsül eden sıra numaraları ile gösterilir. Aksi takdirde her nüsha ayrı bir çek sayılır (TTK m.813) hükümleri nazara alındığında Kanun Koyucu gerektiğinde maddi senet varlığının birden fazla olduğu hallerde, bunların birbiriyle ilişkili olduğunun senet metninden anlaşılması zorunlu tutmuştur.

Ayrıca kefalet sözleşmesinde olduğu gibi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağı, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesini şart koşmuştur (TBK m.583). Tüm bu hususlar nazara alındığında Kanun Koyucu gerektiğinde geçerlilik şartı olan şekli, ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

10- Alonj hususunda bir şekil şartı öngörülmemiş olması Kanun Koyucunun bilinçli tasarrufu olup bu hususta kanun boşluğundan da bahsedilemez. Alonjda yapılan işlemlerde imzanın yanında yazı ve ibare gibi şekil şartının öngörülmemiş olması, alonjun, senede fiziken bağlı olup senedin arka yüzünün ayrılmaz bir parçası olması buna etkili olmuştur.

11- Türk Ticaret Kanunu da “poliçeye bağlı olan” ifadesiyle alonjun senede maddi olarak bağlan-

ması gerektiğini vurgulamıştır (m.683/1). Kanun’da bu bağlılığın ne şekilde olacağı ise belirtilmemiştir.

Kanunda alonjun senede bağlı olduğu, özellikle fiziki bir bağlantının olduğu ifade edilmekte, alonjun, senede yapıştırılması, tutturulması kast edilmektedir. Böylece, poliçenin arka yüzü olarak kabul edilen alonj ile senedin arkasına yapılabilen işlemler zincirinde kopukluk yaşanmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Alonj, senetle sıkı bağ/ilişki olmasının ötesinde senedin arka yüzünün devamı dolayısıyla senedin ayrılmaz bir parçasıdır. Önemli olan alonjun, senetten tahrifat yapılmadan ayrılamayacak nitelikte sıkı bir şekilde bağlı olmasıdır. Ciro, aval işlemi yapılabilen, ihbar ve ibraz şerhi yazılabilen alonj, bağlandığı senetle fiziken ve hukuken bir bütünlük oluşturur.

12- Alonj ile senet arasındaki iradi bağ, senede bağlanacak alonj üzerine söz konusu senet için alonj yoluyla işlem yapıldığının özel olarak belirtilmesiyle sağlanacağı, yani alonju imzalayarak taahhüt altına giren kişinin, taahhüdünü bu kağıdın senetteki miktarı ödemeyi üstlendiğini gösteren ve senedin eki niteliğindeki alonj olduğu iradesini de belirterek yazması ve imzalaması gerektiği, senetten başka bir kağıt olan alonjun senetle olan bağını sağlamak için her iki kağıt parçasına denk gelecek şekilde bir beyan veya imza ya da alonj üzerine senedin ayırt edici özelliklerini yazmakla gibi değişik yöntemlerle iki ayrı kağıt parçasının iradi olarak birleştirildiğinin gösterilmesi gerektiği, aksi takdirde hukuki güvenlik kalmayacağı, sahtecilik olayları önlenemeyeceği gerekçesiyle alonjun varlığı açısından kanunda düzenlenmemiş bir geçerlik şartı getirilmesi uygun değildir.

Alonjun, senetle sıkı bağ olmasının ötesinde senedin arka yüzünün devamı dolayısıyla ayrılmaz bir parçası olup senetle bütünlük oluşturur. Sadece bağ veya derecelendirilmiş bağ yönünden bakıldığında taahhüdün bu kağıdın alonj olduğu iradesini de belirterek yazılması gibi fiziki bağın gerekliliği halinde, bu fiziki bağın tespiti gerekecektir. Her fiziki bağ peşinden tespit edilmeyi de gerektirir.

Eğer bu ilişki/bağın kurulabilmesi için alonj üzerine konulacak işaret, yazı, şerh vb. ibarelerin nelerden ibaret olacağı, alonj üzerinde imzaları bu-

lunan ciranta/lar, hamili ile birlikte hangi şahıslar tarafından nasıl konulacağı, üçüncü şahsın dahilinde ne olacağı, ayrıca alonj olduğunun tespitinin hangi şahıslar tarafından yapılacağı hep bir sorun oluşturacaktır. Tüm bu hususların tartışılmasına neden olacak, uyuşmazlıkları artıracaktır.

13- “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi” kanuni düzenlemeler için geçerlidir. Kanunda alonj yönünden geçerlilik şartı olarak kağıt olması gerektiği belirtilip bir şekil şartı öngörülmediği halde kanuni düzenleme dışında alonjun geçerliliği için şekil şartı öngörülmesi halinde bu ilkenin uygulanması mümkün olmayacak, uyuşmazlıkların azaltılmasına değil, artmasına sebebiyet verecektir. Kanuni veya ikincil düzenlemeler dışında getirilen şekil şartlarına uyulmadığında, senede eklenmiş alonjda özellikle ciro iradesiyle imzası bulunan cirantanın, getirilen şekle uygun olmadığından bahisle alonjun geçersizliğini kötü niyetli olarak ileri sürmesi halinde, alonj geçerlilik kazanmadığında yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkaracağı gibi getirilen şeklin, alonj üzerinde işlem sahiplerince kötü niyetli olarak ileri sürülmesi nedeniyle öncelikle müracaat sahibine ait hakların kaybına sebebiyet verecektir. Aynı şekilde kanuni düzenleme dışında getirilen şekil şartlarına uygun olmayan, ancak kanuni düzenlemeye uygun alonj halinde iyi niyetli hamil, alonj üzerinde imzası bulunan aval veya cirantaya müracaat hakkını kullanamayacaktır.

14- Alonj, bono, çek veya poliçeye, arkalarında işlem yapmak için yer kalmadığında yapılması gereken ciro, aval, mücbir sebep, ihbar ve ibraz şerh işlemi için eklenen/iliştirilen kağıttır. Çekte alonj kullanımını halinde, muhatap bankanın çekin ibrazı üzerine çekin karşılıksız olduğunu gösteren tespit şerhinin de alonj üzerine yazılmasına bir engel bulunmamaktadır. Alonj, hukukumuzda senedin arka yüzünün devamı niteliğinde bir kâğıt olarak nitelendirilmektedir.

Olması gerektiği belirtilen yazı gibi eksikliğin çekte ekli alonj üzerinde bulunması nedeniyle karşılıksızdır şerhi bulunan alonjun geçersiz sayılması halinde, müracaat hakları kullanılamaz hale gelecektir. Özellikle bankaya ibraz edilen çekin, eksiklik nedeniyle alonj vasfında sayılmadığından bahisle banka tarafından karşılıksız şerhi konulmaması halinde çek süresinde ibraz edilmemiş sayılacaktır.

Çek, TTK.nun 796. maddesinde belirlenen süre içinde muhatap bankaya ibraz edilmez ise, bu çekle artık müracaat hakkı kullanılamaz. Böyle bir çek, adi senede dahi dönüşmez. Bu durumdaki çek ancak, HMK.nun 202. maddesi anlamında yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge olup, davada temel ilişkiye dayanılmış ise, alacağın diğer yan delillerle kanıtlanması gerekir. Öte yandan, çeki ciro yoluyla elde eden hamilin keşideci ile aralarında bir akdi ilişki bulunmayacağına göre, temel ilişkiye dayalı olarak keşideciye karşı bir talepte bulunmasına da imkan yoktur.

Tüm bu nedenlerle uyuşmazlıklar azalmayacak, hak kayıpları ile birlikte uyuşmazlık çeşitlenerek çoğalacaktır.

15- Dava konusu takip dayanağı çek incelendiğinde, H.G. tarafından H. Mühendislik Endüstriyel Sist. Kons. İmal. Montaj İnş. San. Tic. Ltd. Şti. lehine 08.02.2011 tarihinde keşide edildiği, lehtar tarafından birinci cirosu yapılarak daha sonra H.G., H.B.G., E. Çelik Kons. Mühendis İnşaat Mühendislik Makine İnşaat ve Turizm ve Sanayi Ticaret Ltd. Şti. ve H. Bayram Gül beyaz ciroları ile çekin arkasındaki alanın dolduğu, çekte bir alonj eklendiği ve bu alonj üzerinde yalnızca davacının cirosu ile davalının bankaya ibraz için attığı imza ve muhatap bankanın çekin karşılıksız olduğunu gösteren şerhin bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının cirosu, çek ile alonjun birleştiği çizgiden uzakta ve sadece alonj üzerinde yer almaktadır.

Somut olayda iddia edildiği gibi başka bir işlemde imzası kesilerek alonj yapılması mümkündür. Alonju oluşturacak belgenin kâğıt olması gerektiği kanun belirttiğinden, senedi oluşturan belge dışında her türlü kâğıt, alonj olabilir. Beyaz ciro işlemlerinde sadece imzanın yeterli olduğu düşünüldüğünde imza atılabilecek kadar bir kâğıt parçası da senede eklenerek alonj olabilecektir. Özellikle sözleşme altında imzaların metinden bir kaç santim altında bulunması ve kesilerek alonj yapılması halinde sahteliğe konu imzadan önce birkaç beyaz ciro işlemi yapılabilir/yapmak mümkündür. Başka bir işlemde ki irade beyanını ihtiva eden imzanın kesilmek suretiyle bir senede ciro olarak eklenmesi suretiyle sahtecilik işlemi olarak kullanılabilir. İşlemin yapılması cezai ve hukuki sorumluluk doğurur. Ceza

soruşturması amacı maddi gerçeği bulmak olduğundan her türlü delille ispatlanabileceği gibi reşen her türlü araştırma ve inceleme yapılabilir. Sahtecilik iddiası reşen soruşturmaya konu olur. Basit şekilde yapılabilen bu sahteciliğin tespiti de mümkündür. Örneğin başka bir işlemdeki imzanın bulunduğu kağıt kesilerek alonj yapılması halinde alonj yapılan kağıttaki sahteliğe konu yapılan imza, senedin ön/arka yüzündeki yazı ve imza ile alonjdaki imza ve yazılardan eski olacağından bu konuda belge inceleme uzmanına, kağıt ve mürekkep analizi yaptırılarak teknik inceleme sonucunda bile sahtecilik kolaylıkla tespit edilebilir.

16- Kanun Koyucu özellikle imzadan ibaret beyaz ciroyu bile kabul ettiği halde, ispat kolaylığı sağlanması, sahteciliğin önünü geçilmesi, uyuşmazlıkların azaltılması öngörüsü ile (kanuni düzenleme veya kanunun izin verdiği mevzuat dışında geçerlilik şartı getirilemeyeceğinden) eldeki davaya konu çek ile alonjun birleştiği yerde, çek ile alonj arasında hukuki bir bağ kuracak şekilde herhangi bir yazı, imza ve işaret bulunmadığından bahisle değiştirilerek onanması yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

Zikrullah ÖZBAĞ Üye

Y.Y.Y N.B.Y
Karşılaştırıldı.
N.Ç.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

ESAS NO : 2019/(19)11-254
KARAR NO : 2022/584

**TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI**

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ: İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi
TARİHİ : 08.11.2018
NUMARASI : 2018/815-2018/955
DAVACI : A. C. San. ve Tic. A.Ş. vekili Av. Azize Öngünşen
DAVALILAR : 1-A. İ. E. 2- A. E. 3- İ. N. E. vekilleri Av. Uğur Burak Duru

1. Taraflar arasındaki “itirazın iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen davanın davalı A. İ. E. yönünden kabulüne, davalılar İ.N.E. ve A.E. yönünden reddine ilişkin karar davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HM-K)’nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’nun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun’la değişikliği öncesi hâliyle 438. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince direnme kararının temyiz incelemesinde duruşma yapılmayacağından davacı vekilinin duruşma talebinin reddine karar verilip dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; davalıların anne ve çocukları olup, davalılar A.İ.E. ve A. E.’nin, T. T. Donanım San. ve Tic. A.Ş. ile T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin ortakları olduğunu, T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin müvekkili şirketten ısıtma ve soğutma sistemleri satın aldığını, T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. ile bazı çeklerde keşideci olan T. T. Donanım San. ve Tic. A.Ş.’nin ticarî faaliyetinin bozulduğunu, davalıların T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin müvekkili şirkete olan her türlü borcunun 2.500.000 TL’lik kısmına kadar 28.10.2013 tarihli müteselsil kefalet senedi ile kefil olduklarını, müvekkili şirketin elinde T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. ve T. T. Donanım San. ve Tic. A.Ş. tarafından keşide edilen toplam 2.274.000,50 TL’lik çek bulunduğunu, bu çekler ile ilgili icra takipleri yapıldığını, İzmir 15. İcra Müdürlüğü’nün 2014/7036 E. sayılı dosyasında yapılan takibe davalıların itiraz ettiğini, itirazın haksız olduğunu ileri sürerek davalıların itirazının iptali ile takibin devamına, asıl alacağın %20’si oranında icra inkâr tazminatının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar Cevabı:

5. Davalılar vekili cevap dilekçesinde; müvekkillerinin davaya konu icra dosyasından muaccel olmuş ve istenebilir bir borcunun bulunmadığını, müteselsil kefile müracaat edebilmek için gerekli şartların oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 08.10.2015 tarihli ve 2014/1198 E., 2015/867 K. sayılı kararı ile; davacı ile dava dışı şirket arasında ticarî ilişki bulunduğu, dava dışı şirket borçlarının bir kısmının ödenmediği, davalıların da 28.10.2013 tarihli müteselsil kefalet senedi ile dava dışı şirketin her türlü borçlarının 2.500.000 TL’lik kısmı için kefil oldukları, belgenin beş yıl süreli olduğu, davalılar tarafından kefalet limiti ve kefalet tarihinin el yazısı ile senet metnine yazıldığı, ancak el yazısı ile olan beyanda müteselsil ya da benzeri bir ifadeye yer verilmediği, yalnızca senedin arka yüzünde davalılardan A.İ.E.’nin müteselsil

ibaresini içeren el yazısının bulunduğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 583/1. maddesi uyarınca yalnızca davalılardan A.İ.E.'nin verdiği kefaletin müteselsil kefalet hükmünde olduğu, diğer davalıların el yazılı beyanlarında müteselsil veya benzer ibare bulunmadığından adi kefalet hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği, davalı A.İ.E.'nin müteselsil kefalet hükümlerine göre dava konusu borçtan sorumlu olduğu, ancak TBK'nın 585/1. maddesine göre, adi kefalette alacaklının asıl borçluya başvurmadan kefile yönelmesi mümkün olmadığı için davacının asıl borçlu aleyhine yaptığı icra takibi semeresiz kalmadığı sürece diğer davalılardan borcun ifasını talep edemeyeceği, asıl borçlu şirketler hakkında kesin aciz belgesi alındığı takdirde bu davalılara başvurabileceği, icra dosyasında böyle bir belgeye rastlanılmadığı gerekçesiyle davalı A.İ.E. yönünden davanın kabulüne, itirazın iptali ile 432.500 TL asıl alacak, 3.619,97 TL işlemiş faiz toplamı 436.119,97 TL üzerinden takibin devamına, takibin devamına karar verilen bölüm üzerinden hesaplanacak %20 icra inkâr tazminatının bu davalıdan alınarak davacıya verilmesine, diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesinin 18.06.2016 tarihli ve 2016/2405 E., 2016/10936 K. sayılı kararı ile;

“... Temyize konu uyuşmazlık, 28.10.2013 tarihli “müteselsil kefalet senedi” başlıklı belge altında “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” kenar başlığı altında imzaları bulunan davalılar A.E. ve İ.N.E.'nin müteselsil kefil olup olmadıkları yönünde toplanmaktadır.

Mahkemece, adı geçen kişilerin kefalet sözleşmesinde kefalet limitini ve kefalet tarihini el yazıları ile yazmış olmalarına rağmen, “müteselsil kefil sözcüğünü el yazısı ile yazmadıklarından kefaletlerinin adi kefalet olarak kabulü gerektiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm oluşturulmuştur.

6098 sayılı TBK'nın 583/1. maddesine göre, “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belir-

tilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini, kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır”.

Belirtilen yasa hükmünde kefaletin geçerlilik şartları bu şekilde öngörülmüş ise de, 6102 sayılı TTK'nın 7. maddesinde ticari teselsül karinesi düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haciz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemiş ise müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez. (2) Ticari borçlara kefalet halinde hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de 1. fıkra hükmü geçerli olur”.

Somut olayda davalılar, dava dışı T. Ltd. Şti. ile davacı A. C. A.Ş. arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara 2.500.000 TL. limitle müteselsil kefil olarak kefalet senedini imzalamışlardır. Görüldüğü gibi, kefalet senedinde kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtildiği gibi, 6102 sayılı TTK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle ilişkin diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalılar A.E. ve İ.N.E.'nin kefaletlerinin de müteselsil kefalet niteliğinde olduğu kabul edilerek deliller bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, adı geçenlerin kefaletlerinin niteliğinin yorumlanmasında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” gerekçesiyle kararın bozulmasına, bozma nedenine göre davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

9. İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 08.11.2018 tarihli ve 2018/815 E., 2018/955 K. sayılı kararı ile; önceki kararın gerekçesi aynen tekrarlanmak suretiyle 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; 28.10.2013 tarihli “Müteselsil Kefalet Senedi” başlıklı belge altında “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” kenar başlığı altında imzaları bulunan davalılar A.E. ve İ.N.E.’nin müteselsil kefil olup olmadıkları, buradan varılacak sonuca göre mahkemece davalılar A.E. ve İ.N.E. yönünden davanın reddine dair verilen kararın yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü açısından öncelikle konuyla ilgili yasal düzenleme ve kavramların açıklanmasında yarar vardır.

13. Kefalet sözleşmesi, somut olaya uygulanması gereken TBK’nın 581. ilâ 603. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

14. Kefalet sözleşmesiyle kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi durumunda, söz konusu borçtan şahsen sorumlu olacağını taahhüt etmektedir (*Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 437*). Daha yalın bir anlatımla bu sözleşme ile kefil, borçlunun asıl borcu ifa edememesi riskini üzerine alır (*Özen, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 6*).

15. Kefalet sözleşmesi TBK’nın 581. maddesinde; “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.

16. Türk Borçlar Kanunu’nun 583/1. maddesinde, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacağı, kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesinin şart olduğu düzenlenmiştir.

17. Kefaletin türleri ise TBK’nın 585 vd. maddelerinde düzenlenmiş ve uyuşmazlık konusu müteselsil kefaletle ilgili olarak TBK’nın 586/1. maddesi; “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.” hükmünü içermektedir.

18.6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) “Teselsül karinesi” başlıklı 7. maddesi;

“(1) İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.

(2) Ticari borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.” hükmünü haizdir.

19. Adi işlerde birden fazla borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olması için bu yönde beyanlarının olması aranırken, ticarî hayatta hız, güven ve kredi düzeninin korunması gibi çeşitli sebeplerle TTK’nın 7/1. maddesinde kural olarak teselsül karinesine yer verilmiş, birlikte borç altına giren kişilerin kanun gereği müteselsil sorumluluğa tâbi tutulmaları esas kabul edilmiştir (*Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Ertan, Nomer Füsün N.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 68*).

20. Müteselsil sorumluluğun söz konusu olması için öncelikle sözleşmenin borçlu tarafında birden fazla gerçek ve/veya tüzel kişinin bulunması gerekir. Teselsül karinesi için işin, borç altına girenlerin tamamı yönünden ticarî iş niteliğini haiz olmasına gerek bulunmamaktadır. Borcun borçlulardan en az biri için ticarî, iş olması yeterli olup, müteselsil sorumluluk için birden fazla borçlunun, alacaklı veya alacaklılara karşı birlikte borç altına girmeleri gerekir.

21. İki veya daha fazla kimsenin, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî nitelikteki iş nedeniyle

le borç altına girmesi hâlinde, aralarında müteselsil sorumluluğun olması için dış ilişkiyi düzenleyen sözleşmede (alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede) aksi yönde bir hükmün olmaması gerekir. Sözleşmede müteselsil sorumluluğun kabul edilmediği yönünde bir düzenleme varsa borçlular sözleşmedeki düzenleme uyarınca borcun tamamından değil sadece kendi paylarına düşen kısımdan sorumlu olurlar. Borçluların yalnızca kendi aralarında, yani iç ilişkide kısmî sorumluluk öngörmüş olmaları ise müteselsil sorumluluğa engel teşkil etmez.

22. Görüldüğü üzere adi işlerde borçlular arasındaki teselsül, kural olarak ancak borçluların alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğunu beyan etmeleri hâlinde mümkün iken, ticarî işlerde iki veya daha fazla kimse içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî nitelikteki bir iş dolayısıyla alacaklıya karşı müştereken borç altına girerlerse, bu yönde bir irade açıklamaları olmasa dahi, kanunen müteselsilen sorumlu olurlar. Ticarî bir borç nedeniyle birden fazla borçludan her birinin borcun bir kısmından sorumlu olması ise, ancak alacaklı ile aralarındaki sözleşmede buna ilişkin açık bir hüküm olması hâlinde mümkündür (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, s. 70).

23. Ticarî bir borca, asıl veya müşterek borçlular yanında, ayrıca kefalet de verilmiş olabilir. Az yukarıda açıklanan teselsül karinesi, TTK'nın 7/2. maddesi uyarınca ticarî borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlular ile kefiller hem de kefillerin kendi arasındaki ilişkilerde de söz konusu olur.

24. Müteselsil kefalet karinesinin uygulanması için, borcun ayrıca kefil bakımından da ticarî olmasına gerek yoktur. Buna göre ticarî bir borca kefalet hâlinde, dış ilişkideki sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, yani müteselsil kefalet açıkça bertaraf edilmediği takdirde, kefiller borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olurlar. Eş söyleyişle kefilin birden fazla olması hâlinde gerek kefiller arasında gerekse kefillerle borçlular arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Dolayısıyla alacaklı bu durumda önce asıl borçluya başvurmak veya taşınmaz rehnini paraya çevirmek yoluyla takip yapmak zorunda olmaksızın alacağın tamamı için asıl borçlu ve kefillere başvurabilir. Ancak bu durumda kefil veya kefillerden temerrüt faizi istenebilmesi için, taahhüdün ye-

rine getirilmediğinin veya ödemenin yapılmadığının ihbar edilmesi gerekir. Müteselsil kefile ihbar gönderilmesi sadece onun takipten önce temerrüde düşürülmesi ile ilgili olup ihbarın yapılmaması, sorumlu olunan anapara için takibe engel değildir (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, s. 70, 71).

25. Ticarî olmayan borçlara kefalet hâlinde kefaletin müteselsil olması için sözleşmede bu yönde açık hüküm bulunması, yani kefilin “*müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmiş olması*” gerekirken ticarî işlere kefalet durumunda TTK'nın 7/2. maddesi ile, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece kefillerin borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı karine olarak kabul edilmiştir.

26. Öte yandan “*Genel Kanun - Özel Kanun*” ilişkisine de değinmekte yarar bulunmakta olup, kanun hükümlerinin içerdiği konular açısından her olaya veya herkese uygulanması mümkün olan kanunlar “*Genel Kanun*”, buna karşılık belirli olaylara veya belli durumlara uygulanan kanunlar ise “*Özel Kanun*” olarak tasnif edilmektedir.

27. Hukuk normları hiyerarşisinde aynı hususla ilgili farklı düzenlemeler içeren eşit hiyerarşik statüye paylaşılan normların var olması hâlinde mevcut olaya uygulanacak hukuk normları “*Genel Kanun - Özel Kanun*” ilişkileri göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Aynı olaya ilişkin iki kanun hükmünün çatıştığı bu durumlarda daha özel düzenlemeler içeren kanun hükümlerinin uygulanması esastır.

28. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalılar dosya içerisinde yer alan 28.10.2013 tarihli “*Müteselsil Kefalet Senedi*” başlıklı belgeyi, dava dışı T. Isıtma Soğutma İnşaat San. ve Tic. Ltd. Şti. ile davacı şirket arasındaki ticarî ilişkiden kaynaklanan her türlü borçlara 2.500.000 TL limitle müteselsil kefil olarak imzalamışlardır.

29. Söz konusu kefalet senedinde, kefaletin müteselsil kefalet olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu durumda TTK'nın 7. maddesinde düzenlenen ticarî teselsül karinesi uyarınca ticarî borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Her ne kadar “*müteselsil kefalet*” sözcükleri davalılar A.E. ve İ.N.E.'nin kendi el yazısı ile yazılmamış ise de, somut olaydaki ticarî iş kapsamındaki kefaletin müteselsil

kefalet olmadığına ilişkin aksine sözleşmede hüküm bulunmaması karşısında, TTK'nın 7/2. maddesinde ticarî işlerde müteselsil kefalet ile ilgili özel düzenleme nedeniyle, TBK'nın müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemeleri somut olaya uygulanamayacağından davalıların kefaletinin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekmektedir. Mahkemece davalılar A.E. ve İ.N.E.'nin verdiği kefaletin, bu davalıların kendi el yazılı beyanlarında müteselsil veya benzer ibare bulunmadığından adi kefalet hükmünde olduğu gerekçesiyle verilen direnme kararı yerinde değildir.

30. Hâl böyle olunca; 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 aykırıdır.

31. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,**

İstek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.04.2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Adem ALBAYRAK
Birinci Başkanvekili

Nurten ABACI UTKU

Hafize Gülgün VURALOĞLU

Nebahat ŞİMŞEK

Yakup ATA

Belkıs KARAKAŞ

Öznur KAKILLIOĞLU

Nesrin ŞENGÜN

Ahmet Hamdi GÜLER

Dr. Şanver KELEŞ

Fatma Feyza ŞAHİN

Gülfem SAYGILI

Hüseyin TUZTAŞ

Sevil KARTAL

Hatice KAMIŞLIK

Sevinç TÜRKÖZMEN

Battal YILMAZ

Fatma AKYÜZ

Zeki GÖZÜTOK

Ali Kemal ÜNSOY

Şahin ÇİL

**Karşılaştırıldı. S.K.
Yazı İşl. Md.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

ESAS NO : 2020/11-699
KARAR NO : 2022/1093

**TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI**

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ: Ankara Bölge Adliye Mahkemesi
20. Hukuk Dairesi

TARİHİ : 01.07.2020

NUMARASI : 2020/658-2020/574

DAVACILAR : 1-Kültür Hizmetleri A.Ş.
2- İstanbul Kültür Üniversitesi
vekilleri Av. Emine Artar Eltutan

DAVALILAR : 1-Türk Patent ve Marka Kurumu
vekili Av. Dilber Mine Somuncuoğlu
Tüzün
2- Metod Eğitim Kurumları A.Ş.
(Eski Unvan: Bilişim Eğitim Hiz-
metleri ve Tic. Ltd. Şti.)
vekili Av. Sadiye Çelik

1. Taraflar arasındaki “Türk Patent ve Marka Kurumu (Kurum) Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararının iptali ve marka hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesince verilen davalılar vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddine, davacılar vekilinin istinaf başvurusun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kabulüne dair karar, davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacılar vekili; müvekkillerinin “Kültür” esas ibareli birçok tescilli markalarının bulunduğu, davalı şirketin 2015/36239 sayılı “KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil” ibareli marka başvurusuna iltibas, benzerlik, tanınmışlık, gerçek hak sahipliği ve kötü niyet gerekçesi ile yaptıkları itirazlarının nihaî olarak YİDK kararıyla reddedildiğini, taraftar arasında 1992’den beri hukuksal ihtilaf bulunduğunu, mahkeme kararlarının müvekkilleri lehine olduğunu, davalı şirketin kötü niyetli olarak kanun boşluklarından yararlandığını, 1996’da hizmet markaları tescil edilmeye başlayınca, davalı şirketin iki adet marka tescili yaptırdığını, müvekkillerinin dava konusu ibarenin üstün ve gerçek hak sahibi olduğunu, marka başvurusunun açıkça kötü niyetli olduğunu, tescil talebinin müvekkillerinin markalarına yakınlaşma amacı taşıdığını, Kurum kararının kendi içerisinde çelişkili olduğunu ileri sürerek YİDK’nın 2016-M-11366 sayılı kararının iptaline, tescil edilmiş olması hâlinde davalı şirkete ait markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı Kurum vekili; kurum kararının usul ve yasaya uygun olduğunu, markalardaki “Kültür” ibaresinin eğitim ve öğretim hizmetleri bakımından ayırt ediciliğinin düşük olduğunu, bu sebeple markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (556 sayılı KHK) 8/4. maddesi koşullarının oluşmadığını, kötü niyetin ispat edilemediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

6. Davalı şirket vekili; davacı taraf lehine verilmiş bir yargı kararı bulunmadığını, müvekkilinin “KÜLTÜR” esas ibareli markalarını yıllardır tescilli olarak kullandığını, davacıların kötü niyetli olduğunu, taraf markaların farklı olduklarını, iltibasa neden olunamayacağını belirterek davanın reddini savunmuştur

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

7. Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 18.12.2017 tarihli ve 2017/5 E., 2017/483 K. sayılı kararı ile; davalı şirketin “KÜLTÜR YAYIN-

CILIK Özel Ders Defterim+Şekil ibareli marka başvurusu ile davacıların “KÜLTÜR” esas ibareli tescilli markaları arasında dava konusu edilen 2015/36239 sayılı markanın kapsamında yer alan 16. sınıftaki “tespihler” hariç tüm mal ve hizmetler yönünden biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel ve işitsel olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerliğin bulunduğu, ortalama düzeydeki alıcı kitlesinin, yukarıda belirtilen mal ve hizmetler yönünden markalar arasındaki farklılığı algılamayacağı, karıştırılma ihtimalinin bulunduğu, anılan mal ve hizmetler yönünden her iki markanın aynı bağlantılı bir işletme markaları olarak algılanabileceği, bu sebeple 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesindeki koşulların gerçekleştiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, dava konusu YİDK kararının dava konusu 2015/36239 sayılı davalı şirkete ait markanın kapsamında bulunan 16. sınıftaki “tespihler” hariç tüm mal ve hizmetler yönünden iptaline, dava konusu markanın 16. sınıftaki “tespihler” hariç tüm mal ve hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

8. İlk derece mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içerisinde taraf vekillerince istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

9. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesinin 14.02.2019 tarihli ve 2018/742 E., 2019/148 K. sayılı kararı ile; somut uyumsuzluk yönünden tartışılması gereken hususun davacılar tarafından davalı şirketin marka tescil başvurusuna, davalı Kurum nezdinde yapılan itiraz dilekçesinde dahi sunulan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ve devamındaki ilk derece mahkemesince verilen karara göre davalı şirketin başvurusunda kötü niyetli olup olmadığının belirlenmesi olduğu, İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 10.06.2010 tarihli ve 2010/60 E., 2010/116 K. sayılı kararını bozan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.05.2011 tarihli ve 2011/11-59 E., 2011/271 K. sayılı kararından sonra İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.03.2016 tarihli ve 2012/82 E., 2016/47 K. sayılı kararında açıkça, “*davalının markasal kullanımının en başından beri kötü niyetli olduğu*” gerekçesiyle davalı şirket adına tescilli 193134 ve 195160 numaralı markaların hükümsüzlüğüne karar verildiği, bu kararın da Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.04.2018 tarihli ve 2016/9432 E., 2018/2605 K.

sayılı kararıyla onandığı, bu suretle davalı şirket için hukuk dünyasında varlık kazanan “Kültür” esas unsurlu markalarını kullanmasının en başından beri kötü niyetli olduğu gerekçesinin işbu davada da davalı şirket başvurusu yönünden geçerli olmadığına söylenmesinin yargı kararları arasında çelişki oluşturacağı, bu durumda ilk derece mahkemesince, davalı şirketin 2015/36239 sayılı ve “KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil” ibareli marka tescil başvurusunun da kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davanın tamamen kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle davalılar vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddine, davacılar vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılarak davanın kabulüne, YİDK’nın 2016-M-11366 sayılı kararının tüm mal ve hizmetler yönünden iptali ile davalı şirkete ait 2015/36239 sayılı “KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil” ibareli markanın tüm mal ve hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

10. Bölge adliye mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı, süresi içerisinde davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

11. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.02.2020 tarihli ve 2019/2137 E., 2020/962 K. sayılı kararı ile; “... *Dava, marka tescil başvurusuna nisbi nedenlerle yapılan davacı itirazının reddine dair TPKM YİDK kararlarının iptali ile davalıya ait başvuru markasının hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.*

556 sayılı KHK 8/1-b maddesine göre, tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve önceki markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya ilişkilendirilebilecek ölçüde benzer ise markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilir ve önceki marka sahibinin itirazı halinde sonraki tarihli başvuru reddedilir.

Somut uyumsuzlukta, istinaf üzerine İlk Derece Mahkemesi kararını kaldıran Bölge Adliye Mahkemesince, taraflar arasında daha önce görülen yargılamaalarda davalının daha önceki “KÜLTÜR” esas unsurlu marka başvurularının kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davalıya ait “KÜLTÜR” ibareli markanın hükümsüz-

lüğüne karar verildiği ve kararın kesinleştiği, davalının bu davaya konu “şekil+KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defteri” unsurlu marka tescil başvurusunun da kötü niyetli olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle sonuca gidilmişse de, her bir yeni başvuruda başvuruya eklenen yeni unsurlar bakımından hem işaretsel olarak hem de tescil kapsamı bakımından bir bütün olarak başvuru markası ile itiraza mesnet markalar arasında marka tescil kapsamı itibarıyla 556 sayılı KHK 8/1-b kapsamında karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmekte olup, daha önce benzer ibareli marka başvurusu yapılması tek başına kötü niyetli marka başvurusu olarak değerlendirilemeyecek olduğu halde, hatalı değerlendirmeye hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bu nedenle hükmün davalılar yararına bozulması gerekmiştir...” gerekçesi ile karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

Direnme Kararı:

12. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesinin 01.07.2020 tarihli ve 2020/658 E., 2020/574 K. sayılı kararı ile önceki gerekçeye ek olarak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.05.2011 tarihli ve 2011/11-59 E., 271 K. sayılı kararından sonra İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.03.2016 tarihli ve 2012/82 E., 2016/47 K. sayılı, davalı şirketin markasal kullanımının en başında bu yana kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davalı şirket adına tescilli 193134 ve 195160 numaralı “Kültür” esas unsurlu markaların hükümsüzlüğüne dair verilen kararın kesinleştiği, aynı karara dayalı olarak yine davalı şirketin 2015/36230 sayılı “KÜLTÜR YAYINCILIK ONDAN KAÇMAZ” ibareli marka tescil başvurusuna, davacının “Kültür” esas unsurlu markalarına dayanılarak yaptığı itirazlarının reddine dair, davalı Kurumun 2016-M-9768 sayılı YİDK kararının iptali ve tescil edilmiş olması hâlinde diğer davalı markasının hükümsüzlüğü istemine ilişkin davada, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 18.07.2017 tarihli ve 2016/457 E., 2017/373 K. sayılı karar ile davalının dava konusu marka başvurusunun, 556 sayılı KHK’nın 35. maddesi kapsamında kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karara karşı davalılar vekillerinin istinaf itirazlarının, Dairelerince verilen 07.03.2019 tarihli ve 2018/835 E., 2019/261 K. sayılı karar ile aynı taraflar arasında görülüp sonuçlanan ve İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince verilen

29.03.2016 tarihli ve 2012/82 E., 2016/47 K. sayılı kararında açıkça, “davalının markasal kullanımının en başından beri kötü niyetli olduğu” gerekçesiyle davalı adına tescilli 1998/193134 ve 195160 numaralı markaların hükümsüzlüğüne karar verildiğinden ve bu kararın da Özel Dairenin 11.04.2018 tarihli ve 2016/9432 E., 2018/2605 K. sayılı kararı ile onandığından davalı şirket için hukuk dünyasında varlık kazanan “Kültür” esas unsurlu markalarını kullanmasının en başından beri kötü niyetli olduğu gerekçesinin, anılan davada da davalı şirket başvurusu yönünden geçerli olmadığı söylenmesinin, yargı kararları arasında çelişki oluşturacağı ve mümkün olmayacağı gerekçesiyle esastan reddedildiği, bu kararın da Özel Dairenin 14.01.2020 tarihli ve 2019/2209 E., 2020/351 K. sayılı ilamı ile onanarak kesinleştiği, anılan karardaki kötü niyetli marka başvurusuna dair gerekçesinin Özel Dairenin eldeki bozma kararından önceki bir başka kararı ile benimsendiği, taraflar arasındaki uyuşmazlığın geçmişinde ilk olarak davalı şirketin ticaret unvanında yer alan “KÜLTÜR” ibaresinin terkinine ve kullanılmasının men’ine karar verildiği, kararların kesinleştiği, ancak davalı şirketin bu kez unvanını 14.11.2000 tarihinde Özkültür Eğitim ve Ticaret Ltd. Şti., 17.12.2000 tarihinde de Özkültürlü Eğitim ve Ticaret Ltd. Şti. olarak değiştirdiği, yine 24.04.1998 tarihinde “KÜLTÜR DERSHANELERİ”, 24.06.1998 tarihinde de “KÜLTÜR” ibareli ve 1998/193134 ve 195160 numaralı markalarını tescil ettirmek için başvuruda bulunduğu, davalının “KÜLTÜR” sözcüğünü ticaret unvanında “ÖZKÜLTÜRLÜ” olarak yeniden kullanmasının ve “KÜLTÜR DERSHANELERİ” ile “KÜLTÜR” ibareli markalarını tescil ettirmeye çalışmasının kötü niyetli bir davranış olduğu hususlarının yargı kararları ile tespit edilerek kesinleştiği, aynı şekilde davalı şirketin 2015/36230 sayılı “KÜLTÜR YAYINCILIK ONDAN KAÇMAZ” ibareli marka tescil başvurusunun kötü niyetli olduğu hususunun da ilk derece mahkemesi ve kendi kararları ile kesinleştiği, bunun sonucunda davalı şirketin artık “Kültür” esas unsurlu marka tescil başvurusunda bulunmasının kötü niyetli olduğu, aksinin kabulünün Anayasa Mahkemesi kararları ile güvence altına alınan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil edeceği ve yargı kararları ile ulaşılan sonuçlar arasında çelişki yaratacağı, davalı şirketin dahi bu tespitlerden kaçabilmek için sürekli ticaret unvanını değiştirmekte ve “Kültür” esas unsurlu marka tescil başvuruları yap-

maya devam ettiği, davalı şirketin “Kültür” asıl unsurlu marka tescil başvurularının kötü niyetli sayılmasının yasal bir zorunluluk olduğu, dava konusu marka başvurusunda esas unsurun “Kültür” ibaresi olduğu, diğer unsurların ayırt edici niteliklerinin bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

13. Direnme kararı süresi içinde davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

14. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı şirketin, dava dışı önceki “Kültür” esas ibareli markasal kullanımlarının en başından itibaren kötü niyetli olduğunun kesinleşmiş mahkeme kararıyla tespit edilmiş olması karşısında, işbu dava konusu olan 2015/36239 sayılı “KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil” ibareli marka başvurusunun kötü niyetli bir başvuru olarak kabul edilip edilemeyeceği, buradan varılacak sonuca göre marka başvurusuna eklenen yeni unsurlar bakımından davalı şirkete ait marka başvurusu ile itiraza mesnet markalar arasında 556 sayılı KHK’nın 8/1-b maddesi kapsamında karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

15. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

16. Dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 556 sayılı KHK’nın 7. maddesinde bir marka tescil başvurusunun “mutlak ret nedenleri” düzenlenmiş iken; anılan KHK’nın 8. maddesinde ise markanın tescili ile ilgili “nispi ret nedenleri” düzenlenmiştir. Ancak 556 sayılı KHK’da kötü niyet açıkça bir tescil engeli olarak düzenlenmemiş; sadece 556 sayılı KHK’nın 35/1. maddesinde mutlak ve nispi ret nedenlerinin yanında, ayrıca itiraz nedeni olarak öngörülmüştür. Anılan madde “Tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurusunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.” hükmünü haizdir. Buna göre, bir marka başvurusunda mutlak veya

nispi ret nedenlerinin varlığı mevcut olmasa dahi marka başvurusu kötü niyetle yapıldığı takdirde ilgili kişiler marka başvurusuna itiraz edebileceklerdir.

17. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 35/1. maddesi gereğince kötü niyet itirazının ilgili kişiler tarafından ileri sürülmesi ve bu talebin Türk Patent ve Marka Kurumu (Kurum) tarafından ret veya kabul şeklinde karara bağlanması gerekmektedir. Görüldüğü üzere Kurum, kötü niyetli marka başvurusuna karşı re’sen hareket etmemekte, bu yönde yapılacak bir itiraz üzerine inceleme yapmaktadır. Bu nedenle kötü niyet itirazı, nispi veya mutlak ret nedenleri açısından değerlendirildiğinde, itiraz üzerine harekete geçilmesi nedeniyle nispi ret nedeni olarak kabul edilmelidir.

18. Tescil edilmiş bir markanın hükümsüzlük hâlleri 556 sayılı KHK’nın 42. maddesinde düzenlenmiş olup, 556 sayılı KHK’nın 42/1-a maddesinde aynı KHK’nın 7. maddesinde sayılan mutlak ret nedenleri; 42/1-b maddesinde ise aynı KHK’nın 8. maddesinde sayılan nispi ret nedenleri hükümsüzlük hâlleri arasında belirtilirken; kötü niyetli tescil, ayrı bir hükümsüzlük nedeni olarak sayılmamıştır. Ancak 556 sayılı KHK’nın 42. maddesinde düzenlenmemiş olsa da tescil başvurusunun kötü niyetle yapılmış olması hâli genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 2. maddesi gereğince kötü niyetin korunması söz konusu olmayacağından, başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak öğretisi ve uygulamada benimsenmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.07.2008 tarihli ve 2008/501 E., 2008/507 K. ve 17.06.2021 tarihli ve 2017/11-25 E., 2021/778 K. sayılı kararları). Nitekim bu benimseme, aynı zamanda 556 sayılı KHK’nın marka hakkının korunmasına ilişkin genel sistematiğine de aykırı düşmemektedir. Zira 556 sayılı KHK’nın 42/1-a maddesinde yer alan “Tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davalarının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.” hükmünden de anlaşılacağı üzere 556 sayılı KHK’nın amacı her hâlükarda kötü niyetli tescillerin önlenmesidir. Bununla birlikte 556 sayılı KHK’nın mehzarını oluşturan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Marka Yönergesi’nin 3/2 maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü’nün 51/1-b maddesinde de kötü niyetli marka

tescil başvurusu, mutlak ret ve hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, gerek öğretide ve uygulamada gerekse mukayeseli hukuk ve mehz Avrupa Birliği mevzuatında yer alan hükümler itibariyle; markalar hukukundaki ülkesellik ile başvuru ve tescilde öncelik ilkelerinin yanında ayrıca başvuru ve tescilde kötü niyetin himaye edilmemesine ilişkin temel ilkenin de aynen korunduğu anlaşılmaktadır.

19. Hemen belirtilmelidir ki; 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 6/9 maddesinde, kötü niyetle yapılan marka başvurularına itirazın nispi ret nedeni olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca hükümsüzlük hâllerinin düzenlendiği SMK'nın 25. maddesinde nispi ret nedenlerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda kötü niyetli tescil 556 sayılı KHK döneminde öğreti ve uygulama ile hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmiş iken SMK ile birlikte artık açıkça hükümsüzlük hâli olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

20. Öte yandan ne 556 sayılı KHK'da ne de SMK'da hangi hâllerde kötü niyetli marka başvurusunun söz konusu olduğu belirtilmiştir. Ancak genel olarak kötü niyetli marka başvurusu; hak sahibi olmadığını bilmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde tescil için başvuruda bulunulması veya başvurunun tescil ettirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda başvuru sahibinin markanın aynısının veya benzerinin bir başkası tarafından kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi hâli, kötü niyetin varlığında önem kazanmaktadır. Örneğin, gerçek hak sahibi olmamakla birlikte başkasının ticaretinde kullandığı tescilsiz bir işareti, kendisinin hak sahibi olmadığını bile bile tescili için başvuruda bulunan kimse kötü niyetli sayılacaktır. Yine başkası tarafından kullanılan bir markanın aynısını veya benzerini bilerek ve haklı bir neden olmaksızın sırf rakibini engellemek amacı taşıyan engelleme markaları kötü niyetli marka başvurusu olarak değerlendirmelidir. Ayrıca başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme ve marka ticareti yapmak ya da şantaja yönelik başvuruda bulunmak ve tescil ettirmek de kötü niyetli olarak kabul edilmelidir (*Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.07.2008 tarihli ve 2008/501 E., 2008/507 K. ve 17.06.2021 tarihli ve 2017/11-25 E., 2021/778 K. sayılı kararları*). Görüldüğü üzere kötü

niyetli marka başvurusu hâli her somut olay kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu kapsamda marka hükümsüzlüğü davalarında kötü niyet iddiası ileri sürülmüş ise TMK'nın 2. maddesi gereğince kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.

21. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı şirket tarafından 2015/36239 sayılı "KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil" ibareli marka başvurusunda bulunduğu, anılan marka başvurusuna ilişkin olarak davacılar tarafından karıştırılma ihtimali, tanınırlık, gerçek hak sahipliği, kötü niyet gerekçeleriyle "Kültür" esas unsurlu markalar mesnet gösterilerek yapılan itirazın nihaî olarak dava konusu YİDK kararıyla reddedildiği anlaşılmaktadır. YİDK karar gerekçesinde somut uyuşmazlık bakımından, dayanak olarak ileri sürülen mahkeme kararları ve deliller karşısında davalı şirketin marka başvurusunun kötü niyetli olduğuna dair kanaatin oluşmadığı belirtilerek dava konusu markanın tesciline karar verilmiştir. Bunun üzerine işbu davada da davacılar vekili tarafından aynı gerekçelerle kötü niyet itirazında bulunulmuştur.

22. Dava konusu davalı şirkete ait marka başvurusundaki "KÜLTÜR YAYINCILIK Özel Ders Defterim+Şekil" şeklindeki ibarede esas unsurunun "KÜLTÜR" ibaresi olduğu, anılan ibare dışındaki kelime ve şekil unsurlarının "KÜLTÜR" ibaresi yanında yardımcı unsur niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Direnme kararında bahsi geçen ve davacıardan Kültür Hizmetleri A.Ş. ile davalı arasında görülen İstanbul 1. Fikri ve Sınâi Haklar Hukuk Mahkemesinin 10.06.2010 tarihli ve 2010/60 E., 2010/116 K. sayılı kararını bozan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.05.2011 tarihli ve 2011/11-59 E., 2011/271 K. sayılı kararına uyularak verilen İstanbul 1. Fikri ve Sınâi Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.03.2016 tarihli ve 2012/82 E., 2016/47 K. sayılı kesinleşen kararında, davalı şirket adına tescilli ve "KÜLTÜR" esas unsurlu 193134 ve 195160 numaralı markaların, davalı şirketin markasal kullanımının en başından beri kötü niyetli olduğu gerekçeyle hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

23. Her ne kadar Özel Dairece, her bir yeni başvuruda başvuruya eklenen yeni unsurlar bakımından

hem işaretsel olarak hem de tescil kapsamı bakımından dava konusu marka ile itiraza mesnet markalar arasında marka tescil kapsamı itibarıyla 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi kapsamında karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğinden daha önce benzer ibareli marka başvurusu yapılmasının tek başına kötü niyetli marka başvurusu olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş ise de; dava konusu marka başvurusunun esas unsur olarak "KÜLTÜR" ibaresini içermesi, davacı tarafca kötü niyetli marka başvuru iddialarına dayanak olarak sunulan dosya kapsamındaki deliller, dava konusu başvuru markasındaki esas unsur olan "KÜLTÜR" ibaresinin yazım şeklinin, davalı şirkete ait olup İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.03.2016 tarihli ve 2012/82 E., 2016/47 K. sayılı kesinleşen kararıyla hükümsüzlüğüne karar verilen 193134 ve 195160 sayılı markalardaki esas unsur olan "KÜLTÜR" ibaresiyle benzerliği ve davalı şirketin "KÜLTÜR" esas unsurunu içeren markasal kullanımlarının en başından bu yana kötü niyetli olduğunun kesinleşmiş mahkeme kararıyla belirlenmiş olması karşısında davalı şirkete ait dava konusu marka tescil başvurusunun kötü niyetli bir başvuru olduğunun kabul edilmesi zorunludur. Zira kesinleşmiş mahkeme kararı ile davacıların hak sahibi oldukları tespit edilen "KÜLTÜR" ibaresinin dava ko-

nusu markada esas unsur olarak kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olup bu kapsamda davalı şirket tarafından gerçekleştirilen marka tescil başvurusunun iyi niyetli olduğu söylenemez.

24. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince, dosyada mevcut deliller kapsamında ve davalı şirketin "KÜLTÜR" esas unsurlu markasal kullanımlarının kötü niyetli olduğuna dair tespitler içeren kesinleşmiş mahkeme kararına dayalı olarak yapmış olduğu değerlendirme sonucunda dava konusu marka başvurusunun kötü niyetli olduğuna dair gerekçeyle vermiş olduğu direnme kararı yerindedir.

25. O hâlde, direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gerekmektedir.

IV. SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

Davalı Kurum vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

Dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, 29.06.2022 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

Adem ALBAYRAK
Birinci Başkanvekili

Nurten ABACI UTKU

Hafize Gülgün VURALOĞLU

Nebahat ŞİMŞEK

Yakup ATA

Belkıs KARAKAŞ

Öznur KAKİLLİOĞLU

Nesrin ŞENGÜN

Ahmet Hamdi GÜLER

Dr. Şanver KELEŞ

Fatma Feyza ŞAHİN

Hüseyin TUZTAŞ

Sevil KARTAL

Hatice KAMIŞLIK

Sevinç TÜRKÖZMEN

Battal YILMAZ

Fatma AKYÜZ

Şahin ÇİL

Karşılaştırıldı. MD.
Yz. İşl. Md.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

ESAS NO : 2019/11-795
KARAR NO : 2022/374

**TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI**

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ: Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi
TARİHİ : 29.03.2018
NUMARASI : 2018/114-2018/274

ASIL DAVADA

DAVACILAR : 1- H. K. 2- M.T.A.
vekil Av. Baha Cankut Sarıtaş

DAVALI : H.E.A. vekili Av. İlyas Zeybek

KARŞI DAVADA

DAVACI : H.E.A. vekili Av. İlyas Zeybek

DAVALILAR : 1-H. K. 2- M.T.A.
vekil Av. Baha Cankut Sarıtaş

1. Taraflar arasında karşılıklı görülen “ortaklıktan çıkarma, limited şirketin fesih ve tasfiyesi” davalarından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen asıl ve karşı davanın usulden reddine ilişkin karar, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı karşı davada davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Asıl Davada Davacılar İstemi:

4. Davacılar vekili; müvekkillerinden M.T.A.’nın davalı H.E.A. ile birlikte K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti’nin kurucu ortağı olduğunu, davalının aynı zamanda şirket müdürü olduğunu, diğer davacı H. K. ile birlikte ve müşterek imza ile temsil yetkisine sahip olduğunu, davalının şirkete

karşı olan özen ve bağlılık yükümlülüğü ile şirket esas sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal ettiğini, şirkete karşı rekabet yasağını da ihlal ettiğini, hiçbir şirket işini takip etmeyen davalının şirket işlerini sürdürülemez hâle getirdiğini, şirkete zarara uğrattığını ileri sürerek davalının şirket ortaklığından çıkarılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl Davada Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti’nin kurucu ortaklarının müvekkili ve davacılarından M.T.A. olduğu hususunun doğru olmadığını, müvekkilinin şirketin işlerini takip ettiğini, rekabet yasağının ihlal edilmediğini, ortaklıktan çıkarılmasına karar verilmesinin mümkün olmadığını, davacıların şirketin adresinde bulunmayıp şirket işleriyle ilgilenmediklerini, müvekkilinin Ankara 34. Noterliğinin 18.01.2013 tarihli vekâletnamesinde verilen yetkiler ile şirket işlerini yürüttüğünü, müvekkilinin üzerine düşen sorumluluğu ifa ettiğini, müvekkilinin işlemleri sayesinde şirketin uğraması muhtemel zararların önlendiğini, davacıların rekabet yasağına aykırı faaliyetler içerisinde olduklarını, çıkarma davasının şirket tarafından açılması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Karşı Davada Davacı İstemi:

6. Davacı vekili; asıl davayı kabul anlamına gelmemekle birlikte şirketin faaliyetine devam etmesinin fiilen imkânsız hâle geldiğini, şirketin kayıtlı adresinin kullanılmadığını, davalıların şirkete uğramadıklarını, karar almanın mümkün olmadığını, mutad iş ve işlemlerin yapılamadığını ileri sürerek K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı San. Ltd. Şti’nin fesih ve tasfiyesine karar verilmesini talep etmiştir.

Karşı Davada Davalılar Cevabı:

7. Davalılar vekili; davacı tarafından ileri sürülen iddiaların dayanaksız olduğunu, fesih şartlarının oluşmadığını, davacının davranışları nedeniyle toplantıların yapılamadığını, davacının kendi eylemleri nedeniyle şirketin feshini talebinin 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 2. maddesi kapsamında kabul edilemeyeceğini belirterek karşı davanın reddini savunmuş, 25.03.2015 tarihli cevap dilekçesinin ıslahıyla mevcut durumda şirketin ortaklık yapısı itibariyle davalı-karşı davacının ortaklıktan

çıkarılmasına ilişkin genel kurulu kararının alınmasının mümkün olmadığını, bu sebeple şirketin diğer müdür ve ortağı tarafından asıl davanın açıldığını, bu hâliyle asıl ve karşı davanın şirkete yönelik olarak açıldığını, karşı davacının şirketin feshine dair talebiyle ortaklıktan çıkmak istediğini zımnen kabul ettiğini, müvekkillerinin şirketin devamını istediklerini savunarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 636. maddesi uyarınca davalı-karşı davacının pay değerinin hesaplanarak ortaklıktan çıkarılmasını istemiştir.

Mahkeme Kararı:

8. Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 14.05.2015 tarihli ve 2014/644 E., 2015/374 K. sayılı kararı ile; TTK'nın 640/3 ve 636/3. maddeleri uyarınca haklı sebepler ile ortağın şirket ortaklığından çıkartılmasının ancak şirket tarafından talep edilebileceği, öte yandan şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilebilmesi için davanın şirket tüzel kişiliğine karşı açılması gerektiği gerekçesiyle asıl ve karşı davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekillerince temyiz isteminde bulunulmuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.09.2017 tarihli ve 2016/1685 E., 2017/4592 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 6102 sayılı TTK'nın 616/1-h maddesi gereğince şirketin bu davayı açabilmesi için Genel Kurul Kararının gerekmesine göre davacılar/karşı davalılar vekilinin tüm, davalı/karşı davacı vekilinin davacı/karşı davalı H.K.'ya (Doğru: M.T.A.) yönelik aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2-Karşı dava; limited şirket ortağının şirketin fesih ve tasfiyesi istemine ilişkindir. Her ne kadar mahkemece davanın şirkete karşı açılması gerektiği gerekçesiyle reddine karar verilmiş ise de davalı şirket ortağı tarafından limited şirketin diğer ortağı ve müdürüne karşı, karşı dava açıldığından karşı dava tarihinde şirket müdürü olan H.K.'nın pasif husumet ehliyeti bu-

lunmadığından H.K.'ya yönelik davanın reddi doğru ise de limited şirketin ortağı tarafından diğer ortağı olan M.T.A.'ya karşı da fesih davası yöneltildiğinden husumet eksikliğinin bulunmadığı gözetilerek karşı davanın esasının incelenmesi gerekirken karşı davalı M.T.A.'ya yönelik şirketin feshi davası yönünden de yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış davalı/karşı davacının karşı davalı M.T.A.'ya yönelik karşı davaya ilişkin temyiz itirazının kabulü ile karşı davaya ilişkin hükmün bozulması gerekmektedir...” gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

10. Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.03.2018 tarihli ve 2018/114 E., 2018/274 K. sayılı kararı ile önceki gerekçeye ek olarak; dava dışı K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı San. Ltd. Şti.'nin bir limited şirket olup tüzel kişilik ile hak ve fiil ehliyetine sahip olduğu, haklı nedenler ile limited şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin davanın ortaklık tüzel kişiliğine karşı açılması gerektiği, karşı davacının talebinin haklı nedenler ile dava dışı K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı San. Ltd. Şti.'nin fesih ve tasfiyesine yönelik olup dava konusu subjektif hakka uymakla yükümlü olanın bizzat şirket tüzel kişiliği olduğu, şirket ortaklarının bu hakka uyma yükümlülükleri olmadığı, davada davalı sıfatının (husumetin) dava dışı şirkete ait olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

11. Direnme kararı süresi içinde karşı davada davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

12. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ortakları davacı-karşı davalı M.T.A. ve davalı-karşı davacı H.E.A.'dan ibaret olan K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı San. Ltd. Şti.'nin fesih ve tasfiyesi istemiyle açılan karşı davada husumetin feshi istenen şirkete yöneltilmesinin gerekip gerekmediği, buradan varılacak sonuca göre mahkemece karşı davaya ilişkin verilen usulden ret kararının yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

14. Limited şirketin işletme amacının gerçekleştirilebilmesi için ortaklar arasında güven ilişkisinin varlığı, şirketin devamı için zorunludur. Şirketin amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan güven ilişkisinin zedelenmesi durumunda ortakların aynı şirket çatısı altında bir arada bulunmaları beklenebilir. Ayrıca bir ortağın payını devrederek ayrılma imkânının bulunmadığı yahut zor olduğu durumlarda güven unsurunun zedelenmesi ortaklık ilişkisinin nihayete erdirilmesi amacıyla limited şirketlerde de haklı sebeple fesih kurumu düzenlenmiştir.

15. Bu amaçla düzenlenen TTK'nın 636/3. maddesi uyarınca; haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.

16. Anılan hükme göre her ortak, haklı sebeplerin varlığı hâlinde limited şirketin feshini isteyebilecektir. Haklı sebepten ne anlaşılması gerektiği ise somut durumun ve ileri sürülen hususların niteliğine göre mahkemece takdir edilecek olup esasında dürüstlük kuralı temelinde ortaklık ilişkisinin devam ettirilemeyecek düzeyde zedelenmiş olması durumu, limited şirketin feshinin haklı nedenini oluşturur. Başka bir deyişle ortaklıktaki güven ilişkisinin ortadan kalkması veya ortaklığın devamının dürüstlük kuralı gereği ortaklar bakımından çekilmez hâle gelmesine neden olan olaylar, limited şirketin feshi için haklı neden olarak kabul edilebilirler. Zira hiçbir ortak, dürüstlük kuralı gereği kendisi için çekilmez hâle gelen bir ortaklık ilişkisini devam ettirmesi beklenemez. Haklı sebep kavramı, her somut olayın niteliğine göre farklı tanımları bünyesinde barındırır.

17. Limited şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin davada (fesih davasında) davacı sıfatı şirketin ortaklarına aittir. Bu kapsamda TTK'nın 636/3. maddesi kapsamında ancak pay defterine kayıtlı ortaklar limited şirketin haklı nedenle feshini mahkemeden isteyebilirler. Limited şirketin feshini isteyen davacının ortaklık sıfatının yargılama boyunca mevcut olması gerekir. Aksi durumda ortaklık sıfatını yitiren davacı, taraf sıfatını da yitirecektir. Bu durum yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen nazara alınır.

18. Limited şirketin fesih davasında davalı sıfatı kural olarak limited şirketin tüzel kişiliğine aittir. Zira feshi istenen limited şirket, açılacak davada kural olarak davalı olarak yer almalıdır.

19. Öte yandan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 30. maddesi "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" hükmünü haiz olup anılan hükümle amaçlanan; yargılamanın makul sürede tamamlanmasını sağlamaktır. Bu amaç; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi ile düzenleme altına alınan adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından olan "*yargılamanın makul bir süre içinde*" bitirilmesi ilkesine dayanmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), sözleşmenin tarafı devletlerin hukukî sistemlerini, AİHS şartlarına uyacak şekilde düzenlemekle görevli olduğunu belirtmiştir (AİHM, *Zimmerman ve Steiner-İsviçre*, 13 Temmuz 1983, 29. Paragraf). Anayasa'nın 141. maddesi ile de "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*" denilerek ve HMK'nın "*Usul Ekonomisi ilkesi*" başlıklı 30. maddesi de benzer hükümle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerektiğini açıkça düzenlenmiştir. Usul ekonomisi ilkesi, HMK'nın 30. maddesiyle düzenleme altına alınmış olup; uyuşmazlıkların en az giderle, en makul sürede ve en az emekle çözümü ve gereksiz yere dava açılmasının engellenmesi şeklinde açıklanmaktadır.

20. Bu kapsamda her ne kadar kural olarak limited şirketin TTK'nın 636/3. maddesi çerçevesinde haklı nedenlerle feshine ilişkin olarak açılan bir davada husumetin, feshi istenen şirketin tüzel kişiliğine karşı yöneltilmesi gerekir ise de; iki kişiden müteşekkil limited şirketin ortaklarının davacı ve davalı olarak yer aldığı davada, yukarıda açıklanan usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde taraf teşkilinin sağlanmış olduğunun kabul edilmesi gerekir. Başka bir deyişle iki ortaktan biri tarafından diğer ortağa karşı açılan, iki ortaktan müteşekkil limited şirketin feshine dair davada taraf teşkilinin sağlanmış olduğunun kabulü, Anayasanın 141. maddesi ve HMK'nın 30. maddesinde düzenlenen, yargılamanın en az giderle ve makul sürede bitirilmesi ile gereksiz yere dava açılma-

sının engellenmesine dair usul ekonomisi ilkesine uygun düşer.

21. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; karşı dava ile TTK'nın 636/3. maddesi kapsamında feshi istenen K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti.'nin ortaklarının karşı davacı H.E.A. ile karşı davalı Mehmet Tolga Avcı'dan ibaret olduğu, anılan tarafların K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti. nezdinde şirket sermayesi üzerinde yarı yarıya pay sahibi oldukları anlaşılmaktadır.

22. Her ne kadar mahkemece, K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti.'nin feshine ilişkin olarak karşı davacı tarafından diğer ortak olan karşı davalı Mehmet Tolca Avcıoğlu'na husumet yöneltilerek açılan karşı davada husumetin kural olarak dava konusu şirketin tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerektiğine dair kurala dayalı olarak usulden ret kararı verilmiş ise de; anılan şirketin tüm ortakları, karşı davacı ile karşı davalı M.T.A.'dan ibaret olup her iki ortanın da yer aldığı karşı davada husumet eksikliğinin bulunmadığının kabulü, yargılamanın en az giderle ve makul sürede bitirilmesi ile gereksiz yere dava açılmasının önlenmesine dair usul ekonomisi ilkesi gereği zorunludur. Aksinin kabulü, iki ortaktan ibaret olan limited şirketin ortaklarının tümünün taraf olarak yer aldığı fesih davasının mevcudiyeti yanında şirket tüzel kişiliğine karşı ayrı bir fesih davasının açılması sonucunu doğuracak olup böyle bir durum, HMK'nın 30. ve Anayasanın 141. maddelerinde ifade edilen usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple mahkemece, karşı davacı tarafından karşı davalı M.T.A. aleyhine açılmış olan K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti.'nin feshine ilişkin davada, taraf teşkilinin sağlandığı kabul edilerek işin esasına girilip hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.

23. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı Sanayi Ltd. Şti.'nin feshi istemiyle açılan karşı davada, ortakların kişiliğinden ayrı bir kişiliğe, hak ehliyeti ve fiil ehliyetine sahip şirkete husumetin yöneltilmesinin zorunlu olduğu, şirketin taraf ve dava ehliyetine haiz olduğu, bu sebeple hakkında açılan karşı davada taraf olarak yer alarak buna bağlı savunma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânının şirkete tanınması gerektiği, şirketin taraf olmadığı davada kişiliğini sona erdirecek biçimde feshine karar verilemeyeceği, organ sıfatını haiz olmayan ve menfaatleri her durumda şirket ile örtüşmeyen ortakların taraf olarak yer aldığı davada taraf teşkilinin sağlandığının söylenemeyeceği, bu nedenle direnme kararının onanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

24. Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

IV. SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

Karşı davada davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında belirtilen 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, 24.03.2022 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

Adem ALBAYRAK
Birinci Başkanvekili
Onama

Nurten ABACI UTKU

Nebahat ŞİMŞEK

Yakup ATA

Belkıs KARAKAŞ

Öznur KAKİLLİOĞLU

Nesrin ŞENGÜN

Ahmet Hamdi GÜLER

Dr. Şanver KELEŞ
Onama

Fatma Feyza ŞAHİN

Gülfem SAYGILI

Hüseyin TUZTAŞ
Onama

Sevil KARTAL

Hatice KAMIŞLIK

Sevinç TÜRKÖZMEN

Battal YILMAZ

Fatma AKYÜZ
Onama

Zeki GÖZÜTOK
Onama

Ali Kemal ÜNSOY

Karşılaştırıldı. S.K. Yazı İşl. Md.

KARŞI OY

Direnmeye konu olan Özel Daire ile Mahkeme arasındaki uyumsuzluk; ortakları davacı-karşı davalı M.T.A. ve davalı-karşı davacı H.E.A.'dan ibaret olan K. Enerji Lojistik Konut ve Yapı San. Ltd. Şti.'nin fesih ve tasfiyesi istemiyle açılan karşı davada husumetin feshi istenen şirkete yöneltilmesinin gerekip gerekmediği, buradan varılacak sonuca göre mahkemece karşı davaya ilişkin verilen usulden ret kararının yerinde olup olmadığı noktasındadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 636. maddede limited şirketin sona ermesi sebepleri ve sona ermenin sonuçları düzenlenmiş olup maddenin ikinci fıkrasında uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin şirketin feshini istemesi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinin müdürleri dinleyerek şirketin, durumunu

kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirleyeceği buna rağmen durum düzeltilmezse şirketin fesihine karar verileceği dördüncü fıkrada, fesih davası açıldığında mahkemenin taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabileceği beşinci fıkrada ise sona ermenin sonuçlarına anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir.

636. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere mahkeme tarafından mahkemenin taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alması mümkün olup alınabilecek bu önlemlerden birisi de şirkete kayyım tayin edilmesidir. Bu TMK 427. maddede gereğince yönetim kayyımı atanması olabileceği gibi organ yokluğu hâlinde Türk Medeni Kanunu 426. maddesi gereğince temsil kayyımı atanması da olabilecektir.

Türk Medeni Kanunu 47 madde ve devamında tüzel kişiler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği

insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hakları ve borçlara ehil oldukları (HMK 48/1 hak ehliyeti) tüzel kişilerin kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyeti kazanacakları (TMK 49 fiil ehliyeti), tüzel kişinin iradesinin organları aracılığıyla açıklanacağı, organların hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokacakları (TMK 50 fiil ehliyetinin kullanılması) hükümleri bulunmaktadır.

Ortakların kişiliğinden ayrı olarak kişiliğe sahip olan tüzel kişilerin feshinin istendiği durumlarda hak ehliyeti ve fiil ehliyetine sahip tüzel kişiye husumetin yöneltilmesi gerekir. Bir yandan ortakların kişiliğinden bağımsız ayrı bir kişiliği olduğu kabul edilirken diğer yandan kendisine husumet yöneltilmeksizin ortakların birbirlerine açacakları dava ile taraf teşkilinin sağlanmış olabileceği düşünülemez. Nitekim yerleşik uygulamalarda da limited şirketin feshi davasının şirkete karşı açılması gerektiği, hem diğer ortaklara hem de tüzel kişiye karşı açılan davalarda ortakların pasif husumet ehliyetinin bulunmadığı husumetin şirkete ait olduğu kabul edilmektedir. Husumetin şirkete yöneltilmeksizin sadece ortaklara davanın açıldığı hâllerde de maddi hukuk kuralları gözetildiğinde bu yerleşik uygulamadan ayrılmayı gerektirir bir neden ve kural bulunmamaktadır.

Husumeti belirleyen maddi hukuk kuralları aynı zamanda usule ilişkin kurallara da yansımış olup 6100 sayılı HMK 50/1 maddede medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların davada taraf ehliyetine sahip olduğu, HMK 51/1. maddede dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği, HMK 52. maddede ise medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların davada kanuni temsilcileri, tüzel kişilerin ise yetkili organları tarafından temsil edileceği düzenlenmiştir.

Feshine karar verilmesi istenen şirketin tüzel kişiliğine bağlı olarak taraf ehliyeti ve dava ehliyeti mevcut olduğundan hakkındaki bir davada taraf sıfatının kendine tanınması buna bağlı olarak savunmalarını yapabilmesi, şirkete hukukî dinlenilme hakkını kullanabilme imkânı tanınması zorunluluğu, maddi hukuk kurallarının ve medeni usul hukuku kurallarının da bir sonucudur. Bu en temel kurallara aykırı olarak şirketin taraf olmadığı bir davada hakkında karar verilip kişiliğini sona erdirecek

biçimde feshine karar verilebileceğinin düşünülmesi mümkün değildir.

Bir an için aksi düşünülse bile, şirketin menfaatleri ile şirketin feshini isteyenlerin menfaatleri her zaman birbiriyle örtüşmez. Örtüşmeyen bu menfaatler nedeniyle organ sıfatı bulunmayan ortakların şirketi temsil edebileceği ve tüm ortakların davada yer alması ile taraf teşkilinin sağlanmış sayılması gerektiği sonucuna varılamaz.

Örtüşmeyen menfaatlere örnek olarak TMK 612. madde hükmü örnek olarak verilebilir. Bu madde de şirketin kendi esas sermaye paylarının, sadece bunları alabilmek için gerekli tutarda serbestçe kullanabileceği öz kaynaklara sahipse ve alacağı payların itibari değerlerinin toplamı esas sermayenin %10'unu açmıyorsa iktisap edebileceği (TTK 612/1), şirket sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararı ile hükme bağlanmış olan bir şirketten çıkma ya da çıkarma dolayısıyla, esas sermaye paylarının iktisabı hâlinde 1. fıkradaki üst sınırın %20 olarak uygulanacağı, iktisap edilen ve %10'u aşan sermaye paylarının 2 yıl içinde elden çıkarılacağı veya sermaye azaltılması yoluyla itfa edileceği (TTK 612/2) hükme bağlanmıştır.

Örtüşmeyen menfaatlerle ilgili diğer bir örnek vermek gerekirse; TTK 636/3. fıkrada haklı sebeplere dayalı şirketin feshi istemlerinde mahkemenin istem yerine, davacı ortağı payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedilebileceği belirtilmiş olup ortakların iradesinden bağımsız olarak mahkemeye bazı önlemler alma yetkisi tanınmıştır.

Şirket menfaatleri sadece ortaklar nezdinde korunması gereken hak ve menfaatler içermeyip alacaklıların menfaatini de kapsayan daha geniş bir koruma alanını içermektedir. Bu nedenledir ki haklı sebeple şirketin feshi davalarında hâkim, ortakların taleplerinden bağımsız olarak şirketin varlığını sürdürmesini önceleyen önlemler alabilecektir. Şirketin taraf olarak yer aldığı haklı sebeple fesih (TTK 636/3) davasında hâkime bu kadar geniş yetki verilmiş iken, TTK 636/2. madde kapsamında açılan ve şirketin taraf olarak yer almadığı fesih davasında TTK 636/4 madde kapsamında alınabilecek etkili

önlemlere başvurulamamasına neden olabilecektir. Şirketin kendi durumunu verilen süre ile düzeltme imkânı da bulmak suretiyle ayrıca hâkimden madde kapsamında önlemlere hükmedilmesini isteyerek şirketin devamlılığını sağlaması, alacaklıların haklarını da koruyacaktır. Feshi istenen şirketi ve bunun yanında şirket alacaklılarını da koruyucu etkiye sahip olacak bu önlemlerin neler olabileceğinin belirlenmesi ve verildiğinde tam işlerlik kazanabilmesi de ancak şirkete husumet yöneltilmiş olması hâlinde tam olarak mümkün olabilecektir.

Ortakların kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olan şirketlerin, ortakların menfaatleri ile örtüşmeyen menfaatleri bulunduğu ve en azından örtüşmeyen menfaatlerini korumak amacıyla hareket etme ihtimali gözetildiğinde şirketten habersiz görülecek dava ile şirketin feshine karar verilebilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Ayrıca bu davalarda TTK 636/2. madde gereğince mahkeme, şirketin, durumunu Kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirleyip, buna rağmen durum düzeltilmezse, şirketin feshine karar verebileceğinden bu kural dahi şirketin davada yer alması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Mahkemenin davada taraf olarak yer almamış şirkete durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için süre verebileceğinden söz edilemeyeceği için süre verme şartının gerçekleşebilmesi için de bu zorunludur. Özellikle şirketin ortaklardan bazıları tarafından değil de organ sıfatını taşıyan ancak ortak sıfatı bulunmayan müdürler tarafından yönetildiği şirketlerde bu durum çok daha belirgin hâle gelmektedir.

Sadece ortaklar arasında görülen ve şirketin durumunun düzeltilmesi için süre verilmesinden elde edilmek istenen amaca hizmet edebilecek yönetim kayyımı atanması talebinde bulunmaksızın şirketin feshi isteğiyle açılıp sürdürülen bir davada, şirketin durumunun düzeltilmesi için tüm ortakların arzulu ve istekli olmayabilecekleri de düşünüldüğünde şirkete husumet yöneltilmesindeki zorunluluğunun varlığı da açıkça görülmektedir.

Organ yokluğuna dayalı açılan fesih davalarında şirketi temsil edecek bir organ bulunmadığı için husumetin ortaklara yöneltilmesinin yeterli olduğu sonucuna da varılmamalıdır. Zira organ yokluğu hâ-

linde aleyhine açılan davada şirkete temsil kayyımı atanmak suretiyle davanın görülebilmesini mümkün kılan düzenlemeler mevcut iken bu düzenlemelerin aksine olarak bu husus şirkete husumet yöneltilmesini haklı kılan bir sebep olarak görülemez.

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kuralarla birlikte somut direnmeye konu husus değerlendirildiğinde; ortaklardan biri tarafından diğer ortak aleyhine açılan davada, feshi istenen ve kendisine husumet yöneltilmesi zorunlu olan şirkete husumet yöneltilmediği, verilen süreye rağmen taraf teşkilindeki eksiklik tamamlanmadığı için davanın usulden reddine karar verilmiş olması yerindedir. Bu durumda direnme hükmünün onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan, şirket ortaklarının davada taraf olarak yer almasının yeterli olduğu kabul edilerek Özel Daire kararı gibi bozma yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Adem ALBARAK Zeki GÖZÜTOK
Birinci Başkanvekili Üye