

# TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2023 Haziran Cilt: 4 Sayı: 1



**İmtiyaz Sahibi** Prof. Dr. Ertuğrul Recep ERBAY Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

**Editör**  
Dr.Öğr.Üyesi Gülşah Sinem AYDIN  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

**Editörler**  
**Baş Editör**  
Dr.Öğr.Üyesi Fatih SERBEST  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

**Editör**  
Dr.Öğr.Üyesi Gülçin ÇAM  
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal  
Üniversitesi)

**Editör Yardımcısı** Ar. Gör. Serra Koç

Ar. Gör. Burak Saygılı Ar. Gör. Burak Uzman

**Teknik Asistan** Abdurrahman ÖZDEMİR

### Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ertuğrul Recep ERBAY (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Seda Şehriban GÜNGÖR (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

### Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)  
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)  
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)  
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)  
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)  
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)  
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)  
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)  
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)  
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)

### İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>  
E-mail: [nkuhukuk@nku.edu.tr](mailto:nkuhukuk@nku.edu.tr)  
Tel: 0282 252 62 10

### Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.  
E-mail: [grafik2@armoninuan.com](mailto:grafik2@armoninuan.com)  
Tel: 0216 540 36 11

## NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) “DergiPark” sistemi üzerinden iletmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler ‘Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri’ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

## NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar "Microsoft Word" programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

### I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

#### A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

##### 1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

###### a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atıf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) sayfasında almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atıf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atıf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna "Kaynakça" başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

### Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)  
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, 'Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları'  
(2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124  
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)  
Söğütlü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)

## NKUHUKUK ATIF KURALLARI

### 1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

### 2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

### 3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

### 4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

### 5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.  
**Örnek:** Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

### 6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

#### Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

#### Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

**7. Editörlü Kitap:** Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

**Örnek:**

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleyen ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

**8. Dergi Makaleleri:** Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

**Örnek:**

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

**9. Armağan Makaleleri:** Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

**Örnek:**

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

**10. Yayınlanmamış Tezler:** Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

**Örnek:**

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

**11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler:** Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

**Örnek:**

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

**12. Websiteleri ve Bloglar:** Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

**Örnek:**

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumlulugu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

**13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması:** Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

**Örnek:**

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayınevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

**14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması:** Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

**Örnek:**

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

**15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;**

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.

**16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf:** Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

**Örnekler:**

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

AYM, E. 2020/33, K. 2020/16, 25.06.2020

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>>

- Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

**Örnekler:**

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.





## NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.

## EDİTÖRLER KURULUNDAN

Değerli Okuyucular,

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin beşinci sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu ve heyecanını yaşıyoruz. Sizlerin katkısı ile yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı bir şekilde yayın hayatına devam etmesi ve TR Dizin denetimlerine tabi olmasının haklı gururunu yaşıyoruz.

Bu sayımızda, özel hukukun çeşitli dallarına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli farklı konulara ilişkin 5 makale yer almaktadır.

Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza ve Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize şükranlarımızı sunarız.

Son olarak, Dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını dileriz.

Editörler Kuru Adına

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST

## İÇİNDEKİLER

- Hakemlerin Seçimi: Hakemlerin Uyruklarına İlişkin Herhangi Bir Kısıtlama Var mı? Nurdin Jivraj V Sadruddin Hashwani Davasının Eleştirel Bir Analizi.....1-20***  
*Dr. Ayşe Tuğba Özkarslıgil*
- Sinema Eseri Sahipleri Birliğinin Hukuki Niteliği.....21-45***  
*Araş. Gör. Zülal Tunçel*
- Adi Ortaklık Çerçevesinde Eksik (Sakat) Ortaklık Doktrini.....47-67***  
*Av. Muhsin İshak Dinç*
- Irak Hukukunda Ticari İsimlere İlişkin Hukuki ve Cezai Koruma.....69-83***  
*Dr. İsmail Karabaş*
- Zarar Sigortalarında Dain-i Mürtehin Kaydı ve Dain-i Mürtehinin Muvafakatinin Dava Şartı Olarak Görülmesi Kapsamında 11. HD., E. 2016/15065 K. 2017/7332 T. 18.12.2017 Sayılı Kararın İncelenmesi.....85-108***  
*Araş. Gör. Muammer Fatih Öztürk*

## CONTENTS

***Choice of Arbitrators: Any Restrictions on the Nationality of Arbitrators? A Critical Analysis of the Nurdin Jivraj V Sadruddin Hashwani Case.....1-20***

*Dr. Ayşe Tuğba Özkarslıgil*

***The Legal Nature of the Association of Cinematographic Works'***

***Authors.....21-45***

*Res. Asst. Zülal Tunçel*

***The Doctrine of Defective Partnerships Pursuant to Civil-Law Partnership ....47-67***

*Attn. Muhsin İshak Dinç*

***Legal And Criminal Protection Regarding Trade Names In Iraq Law.....69-83***

*Dr. İsmail Karabaş*

***Examination of the Decision No. 11th HD, E. 2016/15065 K. 2017/7332 T. 18.12.2017 on the Loss Payee Clause and the Consent of the Loss Payee as a Litigation***

***Condition in Damage Insurances.....85-108***

*Res. Asst. Muammer Fatih Öztürk*



*NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023(1), 1-20*

DOI 10.51562/nkuhukuk.2023411

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

*Başvuru:13.05.2023*

*Kabul:30.06.2023*

## **NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

### **ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE**

# **CHOICE OF ARBITRATORS: ANY RESTRICTIONS ON THE NATIONALITY OF ARBITRATORS? A CRITICAL ANALYSIS OF THE NURDIN JIVRAJ V SADRUDDIN HASHWANI CASE**

*Dr. Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL \**

## **ABSTRACT**

The fundamental essence of international arbitration lies in the presence of an arbitral tribunal that is characterized by impartiality, independence, and neutrality. Impartiality and independence of arbitrators are associated with avoiding any direct affiliation or bias towards either party, while neutrality pertains to the arbitrator's nationality. The principal question in *Jivraj v Hashwani* case is to determine the limits on party autonomy in the selection of arbitrators. In particular, *Jivraj v Hashwani* case raised the issue of whether a requirement for an arbitrator to be a member of a particular religious community was discriminatory and thus unlawful. As is seen from this case, the English Court of Appeal ruled that including a religious requirement in an arbitration clause is unlawful and renders the clause null and void. The Supreme Court of the United Kingdom overturned the English Court of Appeal's decision and upheld the freedom of parties to specify their arbitrators. Supreme Court decision in *Jivraj v Hashwani* provided some clarity on issues such as employment, nationality, and retroactivity when contracts were governed by United Kingdom law. This article investigates boundaries of party autonomy in appointing arbitrators.

**Keywords :** Arbitration, Choice of Arbitrator, Arbitration Agreement, The Nationality of Arbitrators, Arbitration Clause

---

\* Lecturer Ph.D., Bursa Uludag University School of Law, [atozkarsligil@uludag.edu.tr](mailto:atozkarsligil@uludag.edu.tr) ORCID:0000-0003-2897-6534

# HAKEMLERİN SEÇİMİ: HAKEMLERİN UYRUKLARINA İLİŞKİN HERHANGİ BİR KISITLAMA VAR MI? NURDİN JIVRAJ V SADRUDDİN HASHWANI DAVASININ ELEŞTİREL BİR ANALİZİ

*Dr. Ayşe Tuğba ÖZKARSLIGİL\*\**

## ÖZ

Uluslararası tahkimin temel özü, tarafsızlık, bağımsızlık, ve nötrlük ile karakterize edilen bir tahkim mahkemesinin varlığında yatmaktadır. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, taraflardan herhangi birine karşı herhangi bir doğrudan ilişki veya ön yargıdan kaçınmakla ilişkilendirilirken, nötrlük hakemin uyuşuyla ilgilidir. Jivraj v Hashwani davasında temel soru, hakemlerin seçiminde tarafların özerkliğinin sınırlarını belirlemektir. Özellikle, Jivraj v Hashwani davası, bir hakemin belirli bir dini cemaatin üyesi olma şartının ayrımcılık ve dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığı konusunu gündeme getirdi. Bu davada görüldüğü gibi, İngiliz Temyiz Mahkemesi, tahkim şartına dini bir koşul eklenmesinin hukuka aykırı olduğuna ve tahkim şartını hükümsüz kıldığına karar vermiştir. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin kararını bozarak tarafların hakemlerini seçme özgürlüğüne karar verdi. Yüksek Mahkeme kararı, İngiliz hukukuna tabii sözleşmeler için vatandaşlık, istihdam, ve yasaların geçmişe yürümesi gibi konularda bir miktar netlik sağlamıştır. Bu makale hakem seçiminde tarafların özerkliğini incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler :** Tahkim, Hakem Seçimi, Tahkim Sözleşmesi, Hakemlerin Uyuşu, Tahkim Şartı

---

\* Öğr. Gör. Dr, Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi [atozkarsligil@uludag.edu.tr](mailto:atozkarsligil@uludag.edu.tr), ORCID:0000-0003-2897-6534

### **Genisletilmiş Özet**

Uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerin hemen hemen tamamına yakınında tahkim kaydına yer verilmektedir ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kabul edilmektedir. Tahkimin tercih edilmesinin en önemli nedenlerinden birisi hakemlerin tarafsız, bağımsız ve nötr olmaları gerekliliğidir. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, taraflardan herhangi birine karşı doğrudan bir ilişki veya ön yargıdan kaçınmakla ilişkilendirilirken, nötrlük hakemin uyuşmazlığı ile ilgilidir. Uluslararası tahkimde bir hakem heyetinin oluşturulması, tahkimin ilk ve en önemli adımlarından biridir. Her ne kadar taraflar hakemlerini seçmekte özgür olsalar da tahkim yargılaması için bir tahkim mahkemesinin uygun şekilde oluşturulması konusunda önde gelen kurumsal kurallar ve ulusal yasalar ayrıntılı hükümler içermektedir.

Makaleye konu olan dava, Nurdin Jivraj ve Sadruddin Hashwani arasındaki tartışmalı tahkim şartını içeren bir Joint Venture (“ortak girişim”) sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmenin 8. Maddesinde, taraflar arasındaki herhangi bir ihtilafın, İsmaili Cemaatinin saygıdeğer üyeleri ve topluluk içinde yüksek mevkie sahibi olması gereken üç hakem tarafından karara bağlanması gerektiğini belirten bir tahkim şartı bulunmaktadır. Sözleşme aynı zamanda İngiliz yasalarına tabii olacağı kararlaştırılmıştır. Taraflar, Joint Venture sözleşmesini (“JVS”) 1988 yılında, sözleşmenin başlangıç tarihinden yedi yıl sonra, feshettiler ve varlıkların paylaşımı konusunda uyuşmazlıkları çözülmesi için, üç İsmaili Cemaat üyesi hakem olarak atandı. Ancak hakem heyeti, taraflar arasındaki tüm sorunları çözemediği için ihtilaf bir süre daha devam etti. Daha sonra, 2008 yılında, Bay Hashwani yeni bir tahkim yargılaması başlatmak için İsmaili Cemaatinin bir üyesi olmayan Sir Anthony Colman’ı hakem olarak atadı. Bay Jivraj, Sir Anthony Colman’ın hakem olarak atanmasının aralarındaki JVS’ne göre geçersiz olduğunu iddia ederek İngiltere Ticaret Mahkemesi’nde dava açtı. Bunun üzerine, Bay Hashwani, JVS’nin çalışanları işleri ile ilgili olarak din ve inanç temelinde ayrımcılığa maruz kalmaktan koruyan İstihdam Eşitliği (Employment Equality) (Religion and Belief) Regulations 2003’ü (“mevzuat”) ihlal ettiğini iddia etti. İngiliz Temyiz Mahkemesi, hakemlerin mevzuatın amaçları doğrultusunda işçi/çalışan olduğuna ve hakemlerin İsmaili Cemaatinin üyeleri olma şartının, bu mevzuattaki ayrımcılık yasağına aykırı olduğuna karar verdi. Bu tahkim şartı, maddeden ayrılamaz olduğundan, bütün madde tümüyle geçersiz sayıldı. Birçok tahkim kurumu, Milletlerarası Ticaret Odası gibi, hakemlerin uyruklarına ilişkin kısıtlamaları kabul ettiğinden, mahkemenin kararı uluslararası tahkim dünyasında çok

büyük bir yankı uyandırdı. Çünkü, bu karar, yüzlerce benzer tahkim şartının, bir gecede uygulanamaz hale gelme ihtimaline neden oldu. Fakat, İngiliz Temyiz Mahkemesinin bu kararı, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından bozularak, tarafların hakemlerini seçme özgürlükleri olduğuna karar verildi.

Jivraj v Hashwani davası, birçok tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundaki şüpheyi ortadan kaldırdığı için önemli bir davadır. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin İsmaili Cemaati lehine karar vermesi tarafların anlaşma yaparken ki özgürlükleri açısından da önemlidir. Bu mahkeme kararı, taraflara tercihlerine, dini inançlarına, uyruklarına veya etnik kökenlerine göre hakem atama özgürlüğünü destekler niteliktedir. Yüksek Mahkeme kararı, İngiliz Hukukuna tabii sözleşmeler için vatandaşlık, istihdam ve yasaların geçmişe yürümesi gibi konularda bir miktar netlik sağlamıştır. Nitekim bireyler, hukuka aykırı olmadıkça tahkim anlaşması hükümlerinin belirlenmesinde seçme özgürlüğüne sahip olmalıdır ve mahkemeler yasa dışı ayrımcılığa karşı bireylerin din özgürlüğü ve kişisel tercihleri ile kamu yararını dengelemelidir.



## INTRODUCTION

Commercial arbitration primarily uses International Law, meaning that participants generally have different cultures and legal arrangements. Since parties have different nationalities, one party usually does not rely on the legal system of the adverse party. Therefore, appointing a third arbitrator from a different country with a different nationality is important and necessary to ensure the neutrality of the arbitration tribunal<sup>1</sup>. However, it is possible to appoint an arbitrator with the same nationality as one of the parties. From this point of view, there is always a risk that an arbitrator, who shares the same nationality with one of the parties, could approach the issue from that one party's perspective. Since “arbitrators in international disputes must be independent and impartial”<sup>2</sup>, this situation can cause several problems. As Tirado and Thomas put, “[p]arties to international arbitration often desire that sole arbitrator or chairman be a national from a neutral country to reassure the participants of the arbitrator's neutrality”<sup>3</sup>. *Nuridin Jivraj v Sadruddin Hashwani*<sup>4</sup> (“*Jivraj v Hashwani*”) case raised the issue of whether a requirement for an arbitrator to be a member of a particular religious community was discriminatory and thus unlawful. In this respect, the principal question in *Jivraj v Hashwani* case is whether the parties are indeed free to choose their own arbitrator. As is seen from *Jivraj v Hashwani* case, the United Kingdom's (“UK”) Supreme Court upheld the freedom of parties to specify their arbitrators<sup>5</sup>. According to the UK Supreme Court’s decision in *Jivraj v Hashwani*, some important points should be mentioned regarding impartiality: 1) The decision removes uncertainty about whether the arbitrators are employees; 2) if they are employees, then the matter of nationality of arbitrators and thus anti-discrimination provision of an arbitration clause is key; 3) issue of severability of an arbitration clause.

This article critically analyses the following issues: (i) the judgments of the courts, facts, and decisions in *Jivraj v Hashwani* as a case study; (ii) the implements of the case, accordingly, whether the arbitrators are employees, in this case, whether the requirement for all arbitrators

---

<sup>1</sup> Sarosh Zaiwalla, ‘Are Arbitrators not human? Are they from Mars? Why Should Arbitrators Be A Separate Species?’ (2011) 28 *Journal of International Arbitration* 273, 282

<sup>2</sup> William W. Park, ‘Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent’ (2009) 46 *San Diego Law Review* 629, 639

<sup>3</sup> Joe Tirado and James Thomas, ‘Jivraj v Hashwani? Discrimination Law Applied to the Appointment of Arbitrator’ (2011) 16 *IBA Arbitration News* 72

<sup>4</sup> *Nuridin Jivraj v Sadruddin Hashwani* [2010] *EWCA Civ* 712

<sup>5</sup> Maurice Kenton, ‘UK: Freedom to Choose’ (*Mondaq*, 16 August 2011) <<https://www.mondaq.com/uk/arbitration-dispute-resolution/142068/freedom-to-choose>> accessed 13 March 2023

to be members of the Ismaili community was applicable for the purpose of a genuine occupational requirement, and then nationality of the arbitrators, and the severability and retroactivity doctrine of arbitration clause; and (iii) the validity of the arbitration provisions.

## **I. PROCEDURAL HISTORY**

### **A. COMMERCIAL COURT (FIRST INSTANCE)**

#### **1. Facts**

On 29 January 1981, two businessmen, Nurdin Jivraj and Sadruddin Hashwani, entered into a joint venture which invested in real property around the world. They concluded a written joint venture agreement (“the JVA”). Article 8 of their agreement contained an arbitration clause stating, “in the event of any dispute between them, that dispute should be determined by three arbitrators, all of whom were required to be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community”<sup>6</sup>. The Ismaili community is a part of the Shia branch of Islam and the leaders of this community are the Aga Khan. The arbitration clause also specified that the third arbitrator would be the President of the Aga Khan National Council for the United Kingdom. Article 9 of their agreement contains that “it is expressly governed by English law”<sup>7</sup>.

In 2008, Mr. Jivraj and Mr. Hashwani had a dispute under the JVA. The JVA provided for arbitration in the event of any disputes and accordingly Mr. Hashwani appointed Sir Anthony Colman as his arbitrator under Article 8, informed Mr. Jivraj, and gave him seven days to appoint his own arbitrator. However, Mr. Jivraj appealed to the Commercial Court arguing that Sir Antony was an inappropriate arbitrator because he was not a member of the

---

<sup>6</sup> Judgment Given On 27 July 2011 Heard on 6 and 7 April 2011,

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0170-judgment.pdf> accessed 13 March 2023

The JVA was established to make investments in real estate around the world. By article 9 it is expressly governed by English law. Article 8 provides, so far as material, as follows:

“(1) If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8(5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the HH Aga Khan National Council for the United Kingdom for the time being. All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community.

(2) “The arbitration shall take place in London and the arbitrators' award shall be final and binding on both parties.”

<sup>7</sup> Ibid

Ismaili Community. Mr. Hashwani, the other party, argued that this requirement was discriminatory and thus unlawful under the UK's Equality Act 2010.<sup>8</sup>

## **2. The decision of the Commercial Court**

Mr. Hashwani's argument during this appeal was that this clause in the agreement requiring the arbitrator to be a member of the Ismaili community was invalid for several reasons. First, the anti-discrimination provisions contained in the Employment Equity (Regulation and Belief) Regulations 2003 (now incorporated into the Equality Act 2010) (the "Regulations"); second, the Human Rights Act 1998<sup>9</sup>, or the public policy at common law<sup>10</sup>. Justice David Steel J rejected Hashwani's argument and held that the clause did not contain unlawful discrimination for any of these reasons, and that arbitration agreements were not employment contracts and arbitrators were not employees under the Regulations<sup>11</sup>. Therefore, the Regulations did not apply and the requirement for the arbitrator to be a member of the Ismaili community was valid. Even if arbitrators were "employees" for the purposes of the legislation, Justice Steel was prepared to find that the requirement that the arbitrators be members of the Ismaili community was a genuine occupational requirement ("GOR")<sup>12</sup>. Justice Steel also held that, if this clause were invalid, then the whole arbitration clause would be void. Mr. Hashwani appealed this decision.

## **B. THE COURT OF APPEAL**

### **1. Facts**

The Court of Appeal accepted Mr. Hashwani's assertions that (i) the issues of whether the arbitrators were employees, (ii) whether the requirement for all arbitrators to be members of the Ismaili community was applicable for the purpose of a genuine occupational requirement and (iii) whether the whole arbitration agreements were void<sup>13</sup>.

### **2. Decision of the Court of Appeal**

---

<sup>8</sup> UK Equality Act 2010, s 9(1)(b)

<sup>9</sup> Human Right Act 1998, art.14

<sup>10</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 5

<sup>11</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 14; Laurence Rabinowitz, 'Arbitration and Equality: *Jivraj v Hashwani*' (2011) 12 *Business Law International* 119,126

<sup>12</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 14, 15, 16

<sup>13</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 15-17

In July 2010, the English Court of Appeal held that “an arbitrator was an employee” who works under the contract “to do any work” under the Regulations<sup>14</sup>. There are five important points determined by the Court of Appeal. Firstly, an arbitration agreement cannot indicate that a specific religion clause for arbitrators. Being a member of the Ismaili community was not a GOR for the job. Secondly, the GOR exception could not save the arbitration clause. Third, an arbitrator is an employee of the parties. Fourth, if arbitration agreements contain a religion clause for the arbitrators, the whole arbitration clause would be void. Importantly, both the Commercial Court and Court of Appeal agreed that if the arbitration clause is unlawful in terms of religious requirements, then the whole agreement will be void.

## **C. UK SUPREME COURT**

### **1. Facts**

The case eventually made its way to the UK Supreme Court, which was requested to consider whether the requirement for the arbitrator to be a member of the Ismaili branch of Shia Islam was discriminatory under the Equality Act 2010. In this respect, the issues are whether the arbitrator was an employee within the meaning of the Regulations, and thus whether the arbitration provision was valid.

### **2. Decision of the Supreme Court**

The Supreme Court held that the relationship between the parties and the arbitrator is not akin to the relationship between an employer and an employee<sup>15</sup> hence arbitrators are not subject to the discrimination law. In addition, the Supreme Court decision upheld the general principle of the Arbitration Act of 1996 that “parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary for the public interest”<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 17

<sup>15</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4) para 40 Relationship between the parties and arbitrators not a contract of the employment, Supreme Court held that “although he renders personal services which he cannot delegate, he does not perform those services or earn his fees for and under the direction of the parties... He is rather in the category of an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the parties who receive his services... The arbitrator is in critical respects independent of the parties. His functions and duties require him to rise above the partisan interests of the parties and not to act in, or so as to further, the particular interests of either party... He is in no sense in a position of subordination to the parties; rather the contrary.”

<sup>16</sup> Arbitration Act 1996, 1 General Principles (b)

## II. IMPLICATIONS

### A. WHAT IS AN EMPLOYEE? ARE ARBITRATORS EMPLOYEES?

#### 1. Are Arbitrators not Human? Are They from Mars<sup>17</sup>?

This question was important because if arbitrators would be considered as employees, then they could be subject to the discrimination law of employees. Since a contract exists between the arbitrators and the parties, this relationship seems like arbitrators are employees of the parties.

If there is such an “employment” contract, it would be one in which<sup>18</sup>:

1. the “employer” cannot give instructions as to how the “employee” is to work or what outcome he is achieve<sup>19</sup>;
2. the “employer” cannot remove the “employee” without an order of the court<sup>20</sup>;
3. the employee is immune from suit<sup>21</sup>;
4. the “employee” owes a duty to act fairly and equally to all his “employers”<sup>22</sup>.

The definition of employment in section 83 of the Equality Act of 2010 is:

*“employment under a contract of employment, a contract of apprenticeship or a contract personally to do work”<sup>23</sup>*

At first instance, the Commercial Court held that the relationship between the parties and the arbitrator was not a contract of employment. Justice Steel determined that arbitrators' role was akin to that of a judge in dispute resolution. However, a judge does not have a contract with the parties<sup>24</sup>. Justice Steel emphasized the nature of arbitral appointment, and the role of arbitrators. “Appointment of an arbitrator is not like appointing an accountant, architect or lawyer. Indeed, it is not like anything else”<sup>25</sup>.

---

<sup>17</sup> Zaiwalla (n 1) 273

<sup>18</sup> Paul Cowan, ‘Are Arbitrators Employees?’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 25 May 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/paulcowan/> > accessed 13 March 2023

<sup>19</sup> Ibid

<sup>20</sup> Ibid

<sup>21</sup> Ibid

<sup>22</sup> Ibid

<sup>23</sup> Equality Act 2010 (s) 83

<sup>24</sup> Matthew Gearing, ‘Jivraj v Hashwani: A Pro-Choice, Corrective Ruling from the Supreme Court’, (*Kluwer Arbitration Blog*, 22 September 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/09/22/jivraj-v-hashwani-a-pro-choice-corrective-ruling-from-the-supreme-court/> > accessed 13 March 2023

<sup>25</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, *Commercial Arbitration*, (2<sup>nd</sup> edn., LexisNexis Butterworths 1989) 223

The Court of Appeal looked at differently and stated that “the precise nature of the relationship between the arbitrator and the parties to dispute is irrelevant”<sup>26</sup>. Furthermore, according to the Court of Appeal appointing an arbitrator is “no different from instructing a solicitor to deal with a particular piece of legal business, such as drafting a will, consulting a doctor about a particular ailment or an accountant about a tax return”<sup>27</sup>. There was a contract “personally to do any work” between the parties and the arbitrators and thus arbitrators are employees under the regulations. The Court of Appeal followed a case's opinion which is the *Advocate General Maduro v Firma Feryan NV*<sup>28</sup>.

The Supreme Court held that an arbitrator's role is not “naturally described as one of the employments at all”<sup>29</sup>. While Supreme Court was deciding on definition of the employee, the court focused on the case law from the European Court of Justice which had considered the definition of “worker” for the purposes of the EC Treaty, and the European Union legislation deriving from the Treaty<sup>30</sup>. The definition was best set forth in the case of *Allenby v Accrington and Rossendale College*<sup>31</sup> which stated that “there must be considered as a worker a person who, for a certain period of time, performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration... it is clear from that definition that the authors of the Treaty did not intend that the term “worker” within the meaning of Article 141(1) EC should include independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who received the services”<sup>32</sup>.

The issue of whether the nature of the relationship between the arbitrators and the parties was a contractual one<sup>33</sup>. “The English Court has said that it has found it impossible to divorce

---

<sup>26</sup> *Jivraj v Hashwani* (n 4)

<sup>27</sup> *Ibid* para 16

<sup>28</sup> *Advocate General Maduro in Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v Firma Feryn NV* (case C-54/07) [2008] I.C.R. 1390; Zaiwalla, (n 1) “The Advocate General’s opinion in that case was that the directive must be understood in the framework of a wider policy to foster conditions for a socially inclusive labour market and to ensure the development of democratic and tolerant societies which allow the participation of all persons irrespective of racial or ethnic origin. The EU Directive principles to combat discrimination towards any providers of services on the basis of race, sex, religion or any of the other grounds covered by the Directive”.

<sup>29</sup> *Jivraj v Hashwani* (2011) UKSC 40 (27 July 2011) Judgment, para 23

<sup>30</sup> Ms Philippa Charles and Micheal D. Regan, ‘UK Supreme Court Exempts Arbitrator Selection Criteria from Anti-Discrimination Legislation’, (*Lexology*, July 2011) < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=94bfebd6-4d77-4561-884a-23b3f1345b91> > accessed 14 March 2023

<sup>31</sup> *Allenby v Accrington and Rossendale College*, Case C-256/01

<sup>32</sup> Charles and Regan (n 30)

<sup>33</sup> Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd, *ibid* 25, They focused on the contractual analysis and noted: “it seems legitimate to regard the office of arbitrator as involving some degree of permanent status: and this prompts the

the contractual and status considerations and that: in truth the arbitrator's rights and duties flow from the conjunction of those two elements"<sup>34</sup>.

I agree with the Supreme Court's decision. In my view, arbitrators cannot be called as an employee. Parties do not have a right to control over arbitrators and their decisions. Although, there is a contract between the parties and the arbitrators, it is a sui-generis contract and thus the relationship between them is a sui-generis.

## 2. Genuine Occupational Requirement

One of the issues in *Jivraj v Hashwani* is whether an arbitration agreement including a statement that all arbitrators must have a particular religious belief is discriminatory under employment regulations. The Equality Act 2010 section 9(1)(b) prohibits discrimination based on "nationality and national origins"<sup>35</sup>. The regulations would apply if the arbitrators were considered employees of the parties. An exception is provided in the regulations if the religion or belief is found to be a genuine occupational requirement<sup>36</sup>. The question is whether the arbitrators are employees that had already concluded. Supreme Court held that arbitrators are not employees within the meaning of the regulations<sup>37</sup>. However, even if they were employees, then the GOP would apply in this case. Thus, it is not important whether the genuine occupational requirement exception applies. However, it had argued in front of the court. Court deliberated that whether the appointment of a religious arbitrator could be considered to be a GOP. The Regulations prohibit religion discrimination in employment which provides that, "being of a particular religion or belief is a genuine and determining occupational requirement"<sup>38</sup>. Being Ismaili is not a genuine occupational requirement in this case.

---

idea that status alone is all that is needed by way of theoretical underpinning for the mutual rights of the arbitrator and the parties. The Court would simply assert, essentially on grounds of public policy, that certain rights and duties are conferred on the arbitrator by the very fact of his having assumed that office."

<sup>34</sup> Matthew Gearing and Angeline Welsh, 'The Relationship Between Arbitrators And Parties: Is The Pure Status Theory Dead And Buried' (*Kluwer Law International*, 17 June 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/06/17/the-relationship-between-arbitrators-and-parties-is-the-pure-status-theory-dead-and-buried/> > accessed 14 March 2023

<sup>35</sup> UK Equality Act 2010, s 9(1)(b)

<sup>36</sup> Cowan (n 18)

<sup>37</sup> *Nurdin Jivraj v Sadruddin Hashwani* (n 4)

<sup>38</sup> The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, Exception for Genuine Occupational Requirement 7 (2) (b)

The Regulations implemented the EU Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000<sup>39</sup>, which stated that general framework for the purpose of discrimination as regard employment and occupation, not only on the ground of religion or belief, but also disability, age and sexual orientation<sup>40</sup>. The EU Council Directive applies equally to not only the UK, it applies to all the EU countries<sup>41</sup>. This directive is very broad and practically, if arbitrators were employees, many restrictions would apply.

## **B. THE NATIONALITY OF ARBITRATORS**

### **1. “Restrictions on The Nationality of Arbitrators - Is This Discrimination”<sup>42</sup>?**

*The Jivraj v Hashwani* case has been criticized for creating a loophole for discrimination in the appointment of arbitrators. There is a suitable explanation for the arbitrator's nationality for the arbitration setting “[I]t is because of its supposed implications: by an instinctive reaction, parties will generally assume without much further thought that a prospective arbitrator is likely, or even bound, to share his country's ideology and common values, if any”<sup>43</sup>. The nationality of arbitrators is controversial subject. Some argued that arbitrators with the same nationality as the one party might not be impartial, and others said that arbitrators with the same nationality of the parties provide that parties can trust in the process<sup>44</sup>.

Many international commercial arbitration agreements contain nationality requirements. Some arbitration agreements contain that an arbitrator or the chairman of the arbitral tribunal should be a different nationality of the parties to the dispute. Institutional arbitration rules and national law contain limitations on the nationality of sole arbitrators<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> EU Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000

<sup>40</sup> Ibid

<sup>41</sup> Ibid

<sup>42</sup> Kate Knox and Rachael Cooper, ‘Restrictions on The Nationality of Arbitrators - Is This Discrimination’, (*International Arbitration Newsletter*, 2010)

<sup>43</sup> Pierre Lalive, ‘On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration’ (1984) *Swiss Essays on International* 23

<sup>44</sup> Loukas A. Mistelis, *Concise International Arbitration* (2<sup>nd</sup> edn, Kluwer Law International 2015) 97

<sup>45</sup> Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Volume II International Arbitral Procedures* (vol 2 Kluwer Law International, 2014) 1440



## 2. Institutional Arbitration Rules of Nationality

As noted above, almost all institutional rules contain provisions on the nationality of an arbitrator that sole arbitrators, or the chair in a panel of three, must have a different nationality from the parties. It is necessary for the neutrality of arbitration. Further, arbitrators should be impartial and independent.

The United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Rules<sup>46</sup> Article 6(7) provide that:

*“The appointing authority shall have regard to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties”.*

UNCITRAL rules state that the nationality of the arbitrator “shall consider” different from the parties’ nationality. The rules use the word “consider” which means it is not mandatory but instructive. Therefore, parties could appoint an arbitrator who is of the same nationality with the parties.

The London Court of International Arbitration (“LCIA”) Rules<sup>47</sup> of the Article 6(1) provide that:

*“Where the parties are of different nationalities, a sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal shall not have the same nationality as any party unless the parties who are not of the same nationality as the proposed nominee all agree in writing otherwise”.*

The LCIA rules say that the arbitrator may not have the same nationality with the parties unless the parties agree in writing.

The International Chamber of Commerce (“ICC”) Rules<sup>48</sup> of Arbitration of the Article 9(5) provide that:

*“The sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal shall be of a nationality other than those of the parties. However, in suitable circumstances and provided that neither*

---

<sup>46</sup> UNCITRAL Arbitration Rules 2010, Designating and Appointing Authorities

<sup>47</sup> The London Court of International Arbitration Rules, Nationality of Arbitrators and Parties

<sup>48</sup> The International Chamber of Commerce Rules, Appointment and Confirmation of the Arbitrators

*of the parties objects within the time limit fixed by the Court, the sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national.”*

The ICC rules provide that except in “suitable circumstances” and no party objects, a sole arbitrator and the chair of a tribunal shall not be from a country of any of the parties. Thus, it is possible for a party to waive an objection to having a sole arbitrator or chair of the tribunal who shares the nationality of a party in a proper case<sup>49</sup>. The ICC rules also say that parties can appoint their arbitrator in limited time, if they fail, then neutral arbitrators are appointed by the ICC court. Moreover, appointing an arbitrator is subject to confirmation by the court. ICC rules Article 9(1) states that:

*“The Court shall consider the prospective arbitrator’s nationality, residence and other relationships with the countries of which the parties or the other arbitrators are nationals and the prospective arbitrator’s availability and ability to conduct the arbitration in accordance with these Rules.”*<sup>50</sup>

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration<sup>51</sup> Article 11(1) provides that:

*“No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties”*

The International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution (“ICDR”)<sup>52</sup> of the Article 6(4) provide that:

*“In making such appointments, the administrator, after inviting consultation with the parties, shall endeavor to select suitable arbitrators. At the request of any party or on its own initiative, the administrator may appoint nationals of a country other than that of any of the parties”.*

The ICDR rules say that parties may appoint arbitrators which is the nationality different from the parties. This rules' language is permissive, not mandatory.

---

<sup>49</sup> Omar E. Garcia- Bolivar, ‘Comparing Arbitrator Standards of Conduct in International Commercial, Trade and Investment Disputes’ (Nov 2005-Jan 2006) Dispute Resolution Journal 76, 80

<sup>50</sup> ICC rules, Article 9(1)

<sup>51</sup> The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Appointment of Arbitrators

<sup>52</sup> The International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution, Appointment of Arbitrators

The International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”)<sup>53</sup> of the Article 39 provide that:

*“The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.”*

According to the ICSID, the majority of arbitrators must not be the same nationality of the parties. Article 39 does not exclude national arbitrators, and it only states that they must not form the majority of the tribunal.

The American Arbitration Association (“AAA”) International Rules<sup>54</sup> of Rule 16 provide that:

*“Where the parties are nationals of different countries, the AAA, at the request of any party or on its own initiative, may appoint as arbitrator a national of a country other than that of any of the parties. The request must be made before the time set for the appointment of the arbitrator as agreed by the parties or set by these rules”.*

The World Intellectual Property Organization (“WIPO”)<sup>55</sup> Arbitration Rules of the Article 20 provide that:

*(a) An agreement of the parties concerning the nationality of arbitrators shall be respected.*

*(b) If the parties have not agreed on the nationality of the sole or presiding arbitrator, such arbitrator shall, in the absence of special circumstances such as the need to appoint a person having particular qualifications, be a national of a country other than the countries of the parties.*

In sum, parties may agree on the arbitrators' nationality. They are free to choose an arbitrator whose nationality is the same as either or both parties'. Although many Institutional Arbitration rules provide nationality restrictions, which require the arbitrators' nationality to differ from both parties', there are some exceptions. Some Institutional rules provide exceptions

---

<sup>53</sup> The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Section 2 Constitution of the Tribunal

<sup>54</sup> The American Arbitration Association International Rules, Nationality of Arbitrator

<sup>55</sup> The World Intellectual Property Organization Arbitration Rules, Nationality of Arbitrators

such as “suitable circumstances” (“ICC”) or “special circumstances such as the need to appoint a person having particular qualifications” (“WIPO”) or unless otherwise agreed by the parties (UNCITRAL Model Law). Practitioners and parties must decide whether arbitrators should be of different nationality than those of the parties for the transparency of the arbitration process. Some arbitral rules have no rule for the nationality of the arbitrator e.g., the China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”), the Swiss Rules of International Arbitration<sup>56</sup>.

### **C. SEVERABILITY OF THE ARBITRATION CLAUSE**

The severability clause means that each part of a contract is independent and capable of surviving even if a court finds a different part of the contract unenforceable<sup>57</sup>. In other words, if an agreement contains an invalid clause, its arbitration clause never came into force and it is invalid as a whole.<sup>58</sup> In *Jivraj v Hashwani*, the Commercial Court and the Court of Appeals applied the doctrine of severance to the arbitration agreement and thereby invalidated it. The courts' invalidation meant that if the requirement that arbitrators be Ismaili were void, then the rest of the arbitration agreement could not stand and was thereby also void. Thus, under these courts' interpretation, the arbitration agreement was made to “stand or fall as a whole.”

### **D. RETROACTIVITY DOCTRINE - CAN LAWS APPLY RETROACTIVITY?**

In *Jivraj v Hashwani*, Mr. Hashwani argued that the arbitration agreement's requirement for arbitrators to be members of the Ismaili community had become void in 2003 by virtue of the Regulations. Mr. Hashwani said that this provision of the arbitration agreement was a violation of the Regulations, and Human rights act and thus the regulations should apply retroactively. The Court rejected this request. The reason is the Regulations did not exist in 1981, when JVA's arbitration clause was written. At that time, the parties did not dispute this issue, and after the Regulations cannot retroactively affect it because of the retroactivity doctrine.

---

<sup>56</sup> Ilhyung Lee, ‘Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)’ (2007) 31 *Fordham International Law Journal* 603

<sup>57</sup> Van Lindberg, *Intellectual Property and Open Source: A Practical Guide to Protecting Code* (O’Reilly Media Inc., 2008) 144

<sup>58</sup> W. Michael Reisman, et. al., *International Commercial Arbitration Cases, Materials and Notes on the Resolution of the International Business Disputes* (1<sup>st</sup> edn, Foundation Press 1997) 665,666

Following the Supreme Court decision, any further appeal about nationality or religion and belief in an agreement governed by English Law could be a breach of the Regulations. Hence, the Regulations could have a retroactive effect on many agreements drafted before 2003, so such agreements should be checked for compliance<sup>59</sup>.

### **III. VALIDITY OF THE NATIONALITY PROVISION IN THE CONTEXT OF JIVRAJ**

Parties generally include provisions in their agreements from arbitral institutional rules such as the ICC or LCIA for the expertise and neutrality they offer. Parties believe that the provisions are necessary to prevent bias<sup>60</sup>. These institutional rules generally provide that arbitrators may not have the same nationality as either party. Indeed, it is recommendable. In *Jivraj* there were not ICC- or LCIA- type clauses. *Jivraj* also could affect gender or experience discriminations. For instance, an arbitration clause could contain a provision requiring arbitrators to be someone with no fewer than five-years' experience or all arbitrators must be male. Therefore, courts may no longer consider these provisions "occupational requirements"<sup>61</sup>.

### **CONCLUSION**

*Jivraj v Hashwani* case is significant as it has removed the shadow of doubt about the validity of many arbitration agreements. The Supreme Court's decision in favor of the Ismaili tribunal is also important for the freedom of the parties when they make an agreement. The UK Supreme Court decision supports and gives the parties the freedom to appoint an arbitrator based on their preferences, religious beliefs, nationality, or ethnic background. Surprisingly, however, holding may be at odds with the English law. Indeed, individuals should have the right to freedom of choice in determining their arbitration agreement provisions, unless it is unlawful. Courts should balance individuals' freedom of religion and personal preferences with public interest against unlawful discrimination.

---

<sup>59</sup> Herbert Smith Freehills, 'Court of Appeal Holds Religious Criteria for Appointment of Arbitrators Unlawful' (*Herbert, Smith, Freehills Arbitration Notes*, 23 June 2010) < <https://hsfnotes.com/arbitration/2010/06/23/court-of-appeal-holds-religious-criteria-for-appointment-of-arbitrators-unlawful/> > accessed 17 March 2023

<sup>60</sup> Joe Tirado and James Thomas, 'Jivraj v Hashwani-Discrimination Law Applied to The Appointment of Arbitrators' (2011) 16 IBA Arbitration News 72

<sup>61</sup> Ibid

The decision has been seen as potentially allowing parties to exclude arbitrators on the basis of their religion, race or gender. This is particularly problematic as arbitrators play a critical role in resolving disputes and should be selected on the basis of their expertise and impartiality rather than their personal characteristics. This is a crucial issue and significant problem for the rest of Europe. Because the issue of whether arbitrators are employees has already been decided, this does not mean the same problem would not arise in another European Union (EU) country. Commentators argue that this decision has wider implications, which affect not only the agreements governed by English law, but also the contract governed by any state in the EU.

Supreme Court decision in *Jivraj v Hashwani* provided some clarity on issues such as employment, nationality, retroactivity, and severance when contracts were governed by UK law. Nevertheless, the same issues may arise in any other jurisdiction and the outcome is highly unpredictable and depends on a specific legal regime. For instance, arbitrators might be found to be employees and all restrictions apply to them accordingly in France; however, the Turkish court may give the opposite interpretation. From that perspective, drafters should be aware of and implement enforceable mechanisms in agreements to avoid doubt.

## REFERENCES

- Advocate General Maduro in Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v Firma Feryn NV (case C-54/07) [2008] I.C.R. 1390
- Allenby v Accrington and Rossendale College, Case C-256/01
- Bolivar, O E G, 'Comparing Arbitrator Standards of Conduct in International Commercial, Trade and Investment Disputes' (Nov 2005-Jan 2006) *Dispute Resolution Journal* 76,80
- Charles P and Micheal D R, 'UK Supreme Court Exempts Arbitrator Selection Criteria from Anti-Discrimination Legislation', (*Lexology*, July 2011) < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=94bfebd6-4d77-4561-884a-23b3f1345b91> > accessed 14 March 2023
- Cowan P, 'Are Arbitrators Employees?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 25 May 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/paulcowan/> > accessed 2023
- Gearing M, 'Jivraj v Hashwani: A Pro-Choice, Corrective Ruling from the Supreme Court', (*Kluwer Arbitration Blog*, 22 September 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/09/22/jivraj-v-hashwani-a-pro-choice-corrective-ruling-from-the-supreme-court/> > accessed 13 March 2023
- Gearing, M and Angeline W, 'The Relationship Between Arbitrators And Parties: Is The Pure Status Theory Dead And Buried' (*Kluwer Law International*, 17 June 2011) < <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/06/17/the-relationship-between-arbitrators-and-parties-is-the-pure-status-theory-dead-and-buried/> > accessed 2023
- Herbert S F, '*Court of Appeal Holds Religious Criteria for Appointment of Arbitrators Unlawful*' (*Herbert, Smith, Freehills Arbitration Notes*, 23 June 2010) < <https://hsfnotes.com/arbitration/2010/06/23/court-of-appeal-holds-religious-criteria-for-appointment-of-arbitrators-unlawful/> > accessed 17 March 2023
- Human Right Act 1998, < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> > accessed 13.03.2023
- Kenton M, 'UK: Freedom to Choose' (*Mondaq*, 16 August 2011) < <https://www.mondaq.com/uk/arbitration-dispute-resolution/142068/freedom-to-choose> > accessed 13 March 2023
- Lee I, 'Practice and Predicament: The Nationality of the International Arbitrator (With Survey Results)' (2007) 31 *Fordham International Law Journal* 603
- Lindberg V, *Intellectual Property and Open Source: A Practical Guide to Protecting Code* (O'ReillyMedia Inc., 2008) 144
- Mustill J M and Boyd S C., *Commercial Arbitration*, (2<sup>nd</sup> edn., LexisNexis Butterworths 1989)

Nuridin Jivraj v Sadruddin Hashwani [2010] EWCA Civ 712

Park W W, 'Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent' (2009) 46 San Diego Law Review 629, 639

Rabinowitz L, 'Arbitration and Equality: Jivraj v Hashwani' (2011) 12 Business Law International 119,126

Reisman W M et. al., *International Commercial Arbitration Cases, Materials and Notes on the Resolution of the International Business Disputes* (1<sup>st</sup> edn, Foundation Press 1997) 665,666

The American Arbitration Association International Rules, Nationality of Arbitrator, last reached 10.03.2023. < [https://adr.org/sites/default/files/Commercial\\_Rules\\_Web.pdf](https://adr.org/sites/default/files/Commercial_Rules_Web.pdf) > accessed 10 March 2023

The International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution, Appointment of Arbitrators, < <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994> > accessed 10 March 2023

The International Chamber of Commerce Rules, Appointment and Confirmation of the Arbitrators, <[https://library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE\\_ARB\\_EN\\_9.htm?11=Rules&l2=Arbitration+Rules](https://library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_ARB_EN_9.htm?11=Rules&l2=Arbitration+Rules) > accessed 9 March 2023

The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Section 2 Constitution of the Tribunal, <<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partachap04.htm>> accessed 9 March 2023

The London Court of International Arbitration Rules, Nationality of Arbitrators and Parties, <[https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules/2020.aspx#Article%206](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules/2020.aspx#Article%206) > accessed 9 March 2023

The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Appointment of Arbitrators, <[http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) > accessed 9 March 2023

The World intellectual Property Organization Arbitration Rules, Nationality of Arbitrators, <<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#comp2> > accessed 12 March 2023

Tirado J and Thomas J, 'Jivraj v Hashwani? Discrimination Law Applied to the Appointment of Arbitrator' (2011) 16 IBA Arbitration News 72

Zaiwalla S, 'Are Arbitrators not human? Are they from Mars? Why Should Arbitrators Be A Separate Species?' (2011) 28 Journal of International Arbitration 273, 28





## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## SİNEMA ESERİ SAHİPLERİ BİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş. Gör. Zülal TUNÇEL \*

### ÖZ

Sinema eserleri nitelikleri gereği çok sayıda kişinin katkısıyla meydana gelmektedir. Sinema eserine katkıda bulunan kişilerden yalnızca yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve canlandırma tekniğiyle meydana getirilmiş eserlerde animatör eser sahibi olarak kabul edilmiştir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrasında söz konusu kişilerin sinema eserinin birlikte sahibi olduğu ifade edilmiştir. Ancak Kanun'da sinema eseri sahipleri birliğinin hukuki niteliği açıkça düzenlenmemiştir. Birlikte eser sahipliğinin müşterek eser sahipliği ve iştirak halinde eser sahipliği olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Doktrinde sinema eseri üzerindeki birliğin, birlikte eser sahipliği türlerinden hangisine dahil olduğu konusunda görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Bu birliğin müşterek eser sahipliği niteliğinde olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, iştirak halinde eser sahipliği niteliğinde olduğunu ileri sürenler de mevcuttur. Ayrıca sinema eseri sahipleri birliğinin, müşterek eser sahipliği ve iştirak halinde eser sahipliğinin sentezinden oluşan *sui generis* (kendine özgü) bir nitelik arz ettiğini savunan üçüncü bir görüş de bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sinema Eseri, Sinema Eseri Sahipliği, Birlikte Eser Sahipliği, Müşterek Eser Sahipliği, İştirak Halinde Eser Sahipliği

\* Arş. Gör., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD/ Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, [ztuncel@nku.edu.tr](mailto:ztuncel@nku.edu.tr), ORCID 0000-0001-7455-9374



## THE LEGAL NATURE OF THE ASSOCIATION OF CINEMATOGRAPHIC WORKS' AUTHORS

*Arş. Gör. Zülal TUNÇEL\*\**

### ABSTRACT

Cinematographic works are produced by their nature with the contribution of many people. Only the director, the original music composer, the script writer, the dialogue writer and the animator in the works that are created with the animation technique are accepted as the author. It is regulated in the 3rd paragraph of Article 8 of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846 that the persons mentioned are the collaborative authors of the cinematographic works. However, the regulation does not clarify the legal status of an association composed by cinematographic works' authors. There are two types of collaborative authorship recognized in Turkish law, these are joint authorship and collective authorship. In the doctrine, there is no consensus on which of the collaborative authorship type corresponds to the cinematographic works' authors association. While there are those who argue that this association is a joint authorship of works, there are also those who argue it is a collective one. There is also a third opinion which claims that the association of cinematographic works' authors has a *sui generis* status, a synthesis of joint and collective authorship.

**Key Words:** Cinematographic Work, Authorship of Cinematographic Work, Collaborative Authorship, Joint Authorship, Collective Authorship

---

\* Arş. Gör., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD/ Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, [ztuncel@nku.edu.tr](mailto:ztuncel@nku.edu.tr), ORCID 0000-0001-7455-9374

### **Extended Summary**

The central term of the Intellectual and Artistic Works Law is work. According to the law, not every intellectual and artistic product is considered a work. Only those products that have the characteristics of their author and are included in one of the categories of science-literature, music, fine art or cinematographic works are considered as a work under the Intellectual and Artistic Works Law. The person who creates a work, in the defined meaning, is called the author of the work. The author holds certain rights and authorities over the work. The work might be created by a single person or by multiple people. In this aspect, a cinematographic work differs from other categories of intellectual and artistic works. In most cases a cinematographic work requires the participation of multiple people because of its nature and complex structure. Thus, article 8/3 of the law numerates the authors of a cinematographic work; the director, the original music composer, the script writer, the dialogue writer, and the animator in cases where the animation technique is used. The article also states that these people are the collaborative authors of a cinematographic work. This statement, however, raises a legal problem, what kind of a collaborative authorship does this collaboration entail? There are two types of collaborative authorships recognized in Turkish law: Joint authorship and collective authorship. However, the law remains silent as to which of these authorships apply to the association created by the authors of a cinematographic work. The determination of the type of the collaborative authorship is significant as it dictates which provisions and articles of the law would be applicable to the association of the authors of a cinematographic work.

In joint authorship, more than one author creates works independently of each other, and then combine these works into one with the will to create a joint work. In this type of authorship, each author has the right to dispose of the part he has created. However, the rights on the whole work must be used jointly.

In the case of collective authorship, multiple authors must create a single work together. Contrary to joint authorship, here, it is not possible to separate the parts that make up the work without spoiling the integrity of the work. An attempt to separate a work of this nature into multiple parts would end up creating pieces that do not have the status of a work, as it is defined in the law, hence, practically destroying the initial work. Ownership rights belong to the association of the collective authors not the authors individually.

In the doctrine, there is no consensus on which of the collaborative authorship type corresponds to cinematographic works' authors association. While there are those who argue that this association is a joint ownership of works, there are also those who argue it is a collective one. There is also the third opinion which claims that an association of cinematographic works' authors has a *sui generis* (specific) status, which is a synthesis of joint and collaborative authorships. According to the first opinion, since a script and an original music can be separated from a film and constitute independent works themselves, it can be argued that the initial work, the film, is the product of a joint authorship and the relevant provisions and articles apply to it. The jurists who argue for the second opinion, claim that a cinematographic work, a film, is the combination of the elements into one integral and specific product rather than different works being put together. Hence, they maintain that the provisions of collective authorship needs to be applied to the cinematographic authorship.

According to the third opinion, which we agree with, the fact that the contributions made to the cinematographic work merge with each other and form an inseparable whole is similar to the collective authorship. On the other hand, the possibility of evaluating a script and an original music independently of a cinematographic work makes it closer to the joint authorship.

For this reason, the collaboration on the cinematographic work should be understood as a *sui generis*. In this collaboration, since all the collaborative authors of the work have a common will to create a film together, each of them should be considered as the author of the whole film. In this regard, unless there is an agreement to the contrary between the collaborative authors of the film, the rights over the film should be exercised together.

## GİRİŞ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK)<sup>1</sup> temel kavramı eserdir. Söz konusu Kanunu'na göre meydana getirilen her fikir ve sanat ürünü değil; sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eseri kategorilerinden birine dahil olan fikir ve sanat ürünleri eser olarak nitelendirilmektedir (FSEK m. 1/B-a). Bir eseri meydana getiren kişi ise eser sahibi olarak adlandırılmakta ve eser üzerinde birtakım hak ve yetkilere sahip olmaktadır. Eserin tek kişi tarafından meydana getirilmesi halinde eser sahibinin, dolayısıyla eser üzerindeki haklara sahip olan kişinin belirlenmesi nispeten kolaydır. Bu durumda, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi için gerekli olan hususiyetin izafe edilebildiği kişi eser sahibi kabul edilir<sup>2</sup>. Bununla birlikte eser, her zaman tek bir kişi tarafından meydana getirilmeyebilir. Eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi halinde birlikte eser sahipliğinden bahsedilir.

Birlikte eser sahipliğinin iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki FSEK m. 9'da düzenlenen müşterek eser sahipliği, ikincisi m. 10'da düzenlenen iştirak halinde eser sahipliğidir. Bazı yazarlar, bu iki hal dışında sinema eseri sahipliğini de birlikte eser sahipliği başlığı altında incelemektedir. Gerçekten sinema eserlerinin pek çok unsurdan oluşan karmaşık yapıları, bu eserlerin -çoğunlukla- birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesini zorunlu kılar<sup>3</sup>. Nitekim FSEK m. 8/3'te sinema eseri sahiplerinin, eserin "birlikte" sahibi olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu birlikteliğin müşterek eser sahipliği niteliğinde mi yoksa iştirak halinde eser sahipliği niteliğinde mi olduğu açık değildir. Bu itibarla çalışmamızda sinema eseri sahipleri birliğinin hukuki niteliği açıklanmaya çalışılacaktır. Sinema eseri sahipliğinin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için, sinema eserlerine ilişkin genel özelliklerin göz önünde bulundurulması faydalı olacaktır. Bu nedenle aşağıda öncelikle sinema eseri ve sinema eseri sahipliği hususlarına genel hatlarıyla değinilecek, ardından birlikte eser sahipliği türleri incelenerek sinema eseri sahipliğinin bu türlerden hangisine dahil olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır. Son olarak sinema eseri sahipleri birliğine uygulanacak hükümler incelenerek çalışma sonuçlandırılacaktır.

---

<sup>1</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi 05.12.1951, RG. 13.12.1951, S. 7981

<sup>2</sup> Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser Sahipliği (2. baskı, Adalet Yayınevi 2012) 186

<sup>3</sup> K. Emre Gökyayla, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (2. baskı, Yetkin Yayınları 2001) 212; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 256

## I. SİNEMA ESERLERİ

### A. GENEL OLARAK ESER KAVRAMI

FSEK m. 1/B-a hükmüne göre eser; “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*”dir.

Söz konusu hükme göre, bir fikri ürüne eser niteliği kazandıran ilk unsur hususiyettir. Doktrinde hususiyet kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>4</sup>. Kanaatimizce hususiyet, eser sahibinin yaratıcılığının ve üslubunun<sup>5</sup> esere yansıtılmasıdır. Ancak hususiyetin varlığı için sıradan olanın üstünde bir yaratıcılık yeterli sayılmalı, bunun üst düzeyde olması aranmamalıdır<sup>6</sup>.

Bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için gerekli olan ikinci unsur, FSEK’te belirtilen dört eser kategorisinden birine dahil olmaktır. Bu eser kategorileri sınırlı sayı ilkesine tabi olup ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerinden ibarettir. Bu nedenle var olan eser türlerinden başka bir eser türü oluşturmak mümkün değildir<sup>7</sup>. Bununla birlikte kanunda her kategori altında ayrıca belirtilen eserler örnek olarak sayılmıştır. Bu nedenle herhangi bir kategori altında sayılmamakla birlikte, bir kategorinin ayırıcı özelliklerini taşıyan fikri ürünün, o kategoriye dahil edilmesi mümkündür<sup>8</sup>.

Doktrinde bir fikri ürünün eser niteliği kazanabilmesi için bu unsurlara ek olarak, belirli bir düzeye kadar tamamlanması, yani objektif olarak algılanabilmesi gerektiği de ifade edilmiştir<sup>9</sup>. Gerçekten sahibinin düşünce dünyasında kalan bir fikri ürünün dış dünyaya tezahür etmeden “eser” olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sahibinin hususiyetini

---

<sup>4</sup> Doktrindeki görüşler ve hususiyet konusunda detaylı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet’ (2009) 25(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi <<https://jurix.com.tr/article/6638>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2023.

<sup>5</sup> Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 105

<sup>6</sup> Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan Kitabevi 2008) 96; Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser (3. baskı, Turhan Kitabevi 2007) 273; Mustafa Ateş, ‘Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği’, Tekin Memiş (edt), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (On İki Levha Yayıncılık 2009) 80

<sup>7</sup> Tekinalp (n 5) 114; Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2012) 38; Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (7. baskı, Turhan Kitabevi 2021) 120

<sup>8</sup> Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri (Sulhi Garan Matbaası 1954) 12; Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (2. baskı, Sevinç Matbaası 1981) 45; İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1971) s. 17; Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3. baskı, Yetkin Yayınları 2009) 55; Tekinalp, (n 5) 114; Bozbel, (n 7) 38; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku (6. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 39

<sup>9</sup> Mustafa Reşit Belgesay, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi ( M. Sıralar Matbaası,1956) 14; Bozbel, (n 7) 35; Suluk, Karasu ve Nal, (n 8) 43-44; Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi (On İki Levha Yayıncılık 2021) 9

taşıyan ve kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olan fikri ürünün aynı zamanda belli bir düzeye kadar tamamlanmış olması da gerekmektedir<sup>10</sup>.

## **B. SİNEMA ESERİNİN TANIMI VE SİNEMA ESERİ OLARAK NİTELENDİRİLME ŞARTLARI**

Sinema eseri FSEK'in 5. maddesinde *“her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi”* olarak tanımlanmıştır. Sinema eserleri kısaca, sinema tekniği kullanılarak meydana getirilen ve sahibinin özgün ve yaratıcı emeğini içeren eserler olarak tanımlanabilir<sup>11</sup>.

FSEK'in 5. maddesine göre, bir eserin sinema eseri olarak nitelendirilebilmesi için birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bunlardan en önemlisi hareketli görüntüler dizisinin varlığıdır. Nitekim doktrinde, sinema eserini diğer eser türlerinden ayıran en belirgin unsurun birbirini izleyen film karelerinin yapay bir canlılık oluşturması, yani görüntünün hareketlilik kazanması olduğu ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Ancak bir eserin sinema eseri vasfı taşıması için hareketli görüntüler dizisine sahip olması tek başına yeterli değildir, hareketli görüntülerin aynı zamanda gösterime elverişli ve birbiriyle ilişkili olması gerekmektedir.

Hareketli görüntülerin yanı sıra, sinema eserinin diğer eser türlerinde olduğu gibi belli bir seviyeye kadar tamamlanması ve sahibinin hususiyetini taşıması olmazsa olmaz unsurlardır. Sinema eserlerinde hususiyet; sahnelerin kompozisyonu, sıralanması, sinema tekniğinin kullanılışı gibi sinema sanatına ilişkin hususlarda kendini gösterir<sup>13</sup>. Sinema eserlerinin meydana getirilmesinde pek çok kişinin emeğinin bulunması, sinema eserlerinde hususiyetin

---

<sup>10</sup> Belgesay, (n 9) 14; Öztan, (n 6) 89-90; Ateş, 'Eser' (n 6) 31-32; Kılıçoğlu, (n 7) 122; Suluk, Karasu ve Nal (n 8) 43-44

<sup>11</sup> Ayiter, (n 8) 61; Bozbel, (n 7) 60; Ateş, 'Eser' (n 6) 261; Banu Bilge Sarihan, 'Sinema Eserleri'(2022) 5 (1), NEÜHFD 92, 97 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2222845>>

<sup>12</sup> Arslanlı, (n 8) 26-27; Öztrak, (n 8) 29; Naci Kinacıoğlu 'Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği'(1998) Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, 209, 210; Erel, (n 8) 73; Ateş, 'Eser' (n 6) 266; Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Seçkin Yayıncılık 2003) 69-70; Ateş, 'Sinema' (n 6) 72-73; Arzu Genç, 'Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması' (2003) Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, 249,257; Yalçın Tosun, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları (On İki Levha Yayıncılık 2009) 68; Saliha Sera Kadıgil, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eserlerinde Hak Sahipleri' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010) 108; Pınar Sür, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eser Sahipliğinden Doğan Haklar' (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2012) 27-28; Hande Gül Küçükkaya, Sinema Eseri Üzerindeki Mali Haklar (İktisadi Araştırmalar Vakfı İktisadi İşletmesi 2015) 12; Sarihan, (n 11) 96-97

<sup>13</sup> Arslanlı, (n 8) 28; Öztrak, (n 8) 30; Erel, (n 8) 74; Tosun, (n 12) 77; Ayça Akkayan Yıldırım, '4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Sinema Eser Sahipliği' (2001) Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 1,8; Erdil, (n 9) 29; Küçükkaya, (n 12) 10; Sür, (n 12) 30

belirlenmesini güçleştirmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, sinema eserlerinde, eser sahiplerinin yanında; oyuncu, figüran, ışıkçı, kameraman gibi sinema eserine katkıda bulunan herkesin fikri yaratıcılığının bulunması gerekirken<sup>14</sup>, diğer bir görüşe göre Kanun'da eser sahibi olarak belirtilen kişilerin hususiyetlerinin bulunması yeterlidir<sup>15</sup>. Kanaatimizce FSEK'te sinema eseri sahibi olabilecek kişilerin sınırlı şekilde sayılması karşısında sinema eserine katkı sağlayan herkesin hususiyetinin aranması isabetli değildir. Bu nedenle sinema eserlerinde yalnızca sahiplerinin hususiyetinin bulunması yeterli sayılmalıdır. Aksinin kabulü Kanun'da eser sahibi olarak belirtilmeyen kişilerin de eser sahibi kabul edilmesine neden olacaktır<sup>16</sup>.

## II. SİNEMA ESERİ SAHİPLERİ

### A. GENEL OLARAK ESER SAHİBİ KAVRAMI

FSEK m. 1/B-b ve m. 8/1'e göre eser sahibi, eser meydana getiren kişidir. Bu itibarla, bir eseri fikri çabasıyla meydana getiren ve ona hususiyetini yansıtan kişi eser sahipliği statüsüne sahip olmaktadır<sup>17</sup>. Eser meydana getiren kişi, eseri meydana getirdiği anda başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın eser sahipliği statüsünü kazanır. Eser yaratma, maddi fiil olduğundan bu yönde bir iradenin varlığı gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar dahi hususiyet ihtiva eden bir eser meydana getirmeleri halinde eser sahibi sayılır<sup>18</sup>.

### B. SİNEMA ESERİ SAHİPLERİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN YÖNTEMLER

Diğer eser türlerinden farklı olarak sinema eserleri yüzlerce kişinin katkısıyla meydana gelmektedir. Sinema eserinin meydana gelme sürecinde yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı, özgün müzik bestecisi, animatör, yapımcı, oyuncu, kameraman, sesçi, makyöz, kostümcü gibi pek çok kişinin emeği bulunmaktadır. Sinema eserine katkıda bulunan bu kişilerden hangilerinin eser sahibi sayılacağını tespit edebilmek için iki yöntem geliştirilmiştir<sup>19</sup>. Olay yöntemi olarak adlandırılan ilk yöntemde her bir olay tek tek

<sup>14</sup> Erel, (n 8) 73; Beste Bulut, Sinema Eserlerinde Hak Sahipliği (Seçkin Yayıncılık 2020) 48

<sup>15</sup> Ateş, 'Eser' (n 6) 271; Ateş, 'Sinema' (n 6) 78-79, Tosun, (n 12) 74; Akkayan Yıldırım, (n 13) 7-8; Genç, (n 12) 260; Ali Yaşasın, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eserleri Üzerindeki Hak Sahipleri' (2016) 12 (47) FSHD, 887, 909. Tekinalp bu hususu sinema eserlerinde hususiyet; "*yönetmenin -varsa özgün müzik bestecisinin- senaryo ve diyalog yazarının hususiyetlerinin bileşkesidir.*" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Tekinalp, (n 5) 127.

<sup>16</sup> Ateş, 'Eser' (n 6) 271. Ateş, 'Sinema' (n 6) 79.

<sup>17</sup> Ayiter, (n 8) 90; Öztrak, (n 8) 43; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 3; Akkayan Yıldırım, (n 13) 12

<sup>18</sup> Ayiter, (n 8) 90; Erel, (n 8) 86; Tekinalp, (n 5) 149; Öztan, (n 6) 235-236; Cem Baygın, 'Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler' (2002) Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, 145,146; Ateş, 'Eser' (n 6) 99 vd; Ateş, 'Hakların Kapsamı' (n 12) 78; Bozbel, (n 7) 77; Levent Yavuz, Türkay Alıca ve Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (Yetkin Yayınları 2013) 191; Suluk, Karasu ve Nal, (n 8) 74; Kılıçoğlu, (n 7) 181

<sup>19</sup> Kınacıoğlu, (n 12) 216



değerlendirilmekte ve yaratıcılık ilkesine göre karar verilmektedir<sup>20</sup>. Buna göre, bir sinema eserine yaratıcı katkıda bulunan herkes sinema eseri sahibi kabul edilmektedir. Ancak bu yöntem, çok sayıda kişinin katkısıyla meydana getirilen sinema eserlerinde, eser sahipliğinin tespitini güçleştirebilmektedir<sup>21</sup>.

Kategori yöntemi olarak adlandırılan ikinci yöntem, *hukuki güven ve istikrar ilkesinin* gereği, fikri çabada bulunan kişilerden belirli bir kategoriye dahil olanların (örneğin yapımcı, yönetmen, senarist gibi) eser sahibi kabul edilmesine dayanır<sup>22</sup>. Bu yöntemde sinema eseri üzerindeki hakları kullanacak kişiler net olarak belirlenmekte, böylece eser sahipliğine ilişkin muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmektedir<sup>23</sup>.

FSEK m. 8/3'te sinema eseri sahipleri; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve canlandırma tekniğiyle meydana getirilmiş eserlerde animatör olarak sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir. Bu bakımdan Türk hukukunda olay yönteminin değil, kategori yönteminin tercih edildiği söylenebilir<sup>24</sup>.

### **C. FSEK m. 8/3 HÜKMÜNE GÖRE SİNEMA ESERİ SAHİPLERİ**

Sinema eserleri -çoğunlukla- yüzlerce kişinin katkısıyla meydana gelen özgün eserlerdir. Sinema eseri, pek çok kişinin ortak katkısıyla oluşturulmuş bir düşünce ürünü olduğundan, sinema eserlerinde eser sahibinin belirlenmesi hususu uzun yıllar doktrinde ciddi bir sorun olarak ele alınmıştır<sup>25</sup>. FSEK'te sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümler, doktrindeki eleştiriler doğrultusunda birden fazla kez değiştirilmiştir.

FSEK'in ilk halinde sinema eseri sahibi; eseri imal ettiren kişi, yani yapımcı olarak belirlenmiştir. Sinema eserinin meydana gelmesinde hiçbir yaratıcı katkısı bulunmayan yapımcıya sinema eseri sahipliği tanıyan bu düzenleme, "*eser sahibi, onu meydana getirendir*" kuralına aykırılık teşkil ettiği için doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> Kınacıoğlu, (n 12) 216; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 260; Gökyayla, (n 3) 213; Genç, (n 12) 268; Kadıgil, (n 12) 108

<sup>21</sup> Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 260

<sup>22</sup> Kınacıoğlu, (n 12) 216; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 260; Genç, (n 12) 268-269

<sup>23</sup> Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 260

<sup>24</sup> Kınacıoğlu, (n 12) 216; Genç, (n 12) 269; Kadıgil, (n 12) 108

<sup>25</sup> Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*, (3. baskı; Beta Yayıncılık 2004) 183

<sup>26</sup> Eleştiriler için bkz. Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (Güney Matbaacılık 1984) 82-83; Ahmet Kılıçoğlu 'Fikri Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi' (1994) S. 3 TBB Dergisi, 325, 327 < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19943-946> > Erişim Tarihi 25 Nisan 2023; Genç, (n 12) 268-269

1995 yılında yürürlüğe giren 4110 sayılı Kanun<sup>27</sup> ile sinema eserlerinde eser sahipliği statüsü yapımcıdan alınarak eser üzerinde yaratıcı katkısı bulunan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarına tanınmıştır<sup>28</sup>.

2001 yılında 4660 sayılı Kanun<sup>29</sup> ile söz konusu hüküm tekrar değiştirilerek 1995 yılındaki düzenlemeyle yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı olarak belirlenen sinema eseri sahiplerine diyalog yazarı ve -canlandırma tekniğiyle yapılmış bir sinema eseri varsa- animatör eklenmiştir. Söz konusu düzenleme hala yürürlükte olup sinema eseri sahipleri arasında artık yapımcı yer almamaktadır. Ancak düzenlemeye FSEK Ek m. 2/4 ile sınırlama getirilmiş ve sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanacağı belirtilmiştir<sup>30</sup>.

### III. SİNEMA ESERİ SAHIPLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

FSEK m. 8/3 hükmüne göre yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve canlandırma tekniğinin kullanıldığı hallerde animatör sinema eserinin birlikte sahibidir. Söz konusu hükümde sinema eseri sahiplerinin eserin birlikte sahibi olduğu belirtilmişse de bu birlikteliğin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, sinema eseri üzerindeki birliğin birlikte eser sahipliği türlerinden hangisine dahil olduğu hususunda açıklık bulunmamaktadır.

Birlikte eser sahipliğinin iki türü bulunmaktadır. Bunlar doktrinde toplu mülkiyet rejimine benzetilmiş; ilk tür, müşterek mülkiyete kıyasen “*müşterek eser sahipliği*”, ikinci tür, iştirak halinde mülkiyete kıyasen “*iştirak halinde eser sahipliği*” olarak isimlendirilmiştir<sup>31</sup>. Sinema eseri sahipleri birliğinin, birlikte eser sahipliği türlerinden hangisine dahil olduğunun tespiti, bu birliğe uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır. Zira müşterek eser sahipliğine uygulanacak hükümler ile iştirak halinde eser sahipliğine uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır. Bu itibarla sinema eseri sahipleri birliğine uygulanacak hükümler ve sinema eseri üzerindeki hakların ne şekilde kullanılacağı, birliğin hukuki niteliğine göre farklılık arz edecektir. Konunun öneminden dolayı aşağıda

---

<sup>27</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 4110, Kabul Tarihi:07.06.1995, RG. 12.06.1995, S. 22311

<sup>28</sup> Tosun, (n 12) 249.

<sup>29</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 4630, Kabul Tarihi: 21.02.2001, RG. 03.03.2001, S. 24335

<sup>30</sup> FSEK ek m. 2/4 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin 29/12/2011 tarih ve E. 2010/73, K. 2011/176 sayılı kararı ile “diyalog yazarı ve animatörler” yönünden iptal edilmiştir. Bkz. RG. 17.03.2012, S. 28236

<sup>31</sup> Arslanlı, (n 8) 67 vd.; Öztrak, (n 8) 43 vd.; Öztan, (n 6) 257 vd.; Erel, (n 8) 89; Gökyayla, (n 3) 203 vd.; Tosun (n 11) 38-39

öncelikle birlikte eser sahipliği türleri incelenecek, ardından sinema eseri sahipleri birliğinin bu türlerden hangisine dahil olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır.

## A. BİRLİKTE ESER SAHİPLİĞİ TÜRLERİ

### 1. Müşterek Eser Sahipliği

#### a. Genel Olarak

Birlikte eser sahipliğinin ilk türü müşterek eser sahipliğidir. Müşterek eser sahipliği doktrinde ortak eser sahipliği<sup>32</sup> paylı eser sahipliği<sup>33</sup>, bağlı eser sahipliği<sup>34</sup> gibi farklı şekillerde isimlendirilmektedir. Müşterek eser sahipliği FSEK'in 9. maddesinde "Eser sahiplerinin birden fazla oluşu" başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrası "Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır." şeklindedir.

Tekinalp, m.9/1'deki "birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri" ifadesini eleştirmektedir. Yazar müşterek eserin birlikte meydana getirilmediğini, aksine her eser sahibinin kendi kısmını bağımsız olarak meydana getirdikten sonra bu kısımların birleştirildiğini ileri sürmektedir<sup>35</sup>. Gerçekten müşterek eser sahipliğinde, birden fazla eser sahibi, birbirlerinden bağımsız olarak eser meydana getirmekte, daha sonra bu eserleri müşterek eser oluşturma iradesiyle birbirine bağlamaktadır<sup>36</sup>. Örneğin bir fikri mülkiyet hukuku kitabının fikir ve sanat eserleri hukuku ve sınai mülkiyet hukuku bölümlerinin farklı kişiler tarafından yazılması ya da bir şarkının söz ve müziğinin farklı kişiler tarafından meydana getirilmesi halinde müşterek eser sahipliği gündeme gelir

---

<sup>32</sup> Tekinalp, (n 5) 150; İlhami Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (4. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 117 vd.; Şirin Aydıncık, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (Arıkan Yayınları 2006) 113 vd.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu (n 7) 206 vd

<sup>34</sup> Ayiter, (n 8) 98-99; Ceren Demirel, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği (Savaş Yayınevi 2017) 28 vd.

<sup>35</sup> Tekinalp, (n 5) 150

<sup>36</sup> Arslanlı, (n 8) 72; Erel, (n 8) 93; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 18) 204; Ateş, 'Hakların Kapsamı' (n 12) 81; Suluk, Karasu ve Nal, (n 8) 74; Furkan Derdiman 'Birlikte Eser Sahipliklerinde Sona Erme ve Birlikten Ayrılma' (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası, 8, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3033344>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2023

## b. Müşterek Eser Sahipliğinin Unsurları

Müşterek eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için *birden fazla eser sahibinin bulunması* gerekmektedir<sup>37</sup>. Bununla birlikte doktrinde, aynı eser sahibine ait bağımsız eserlerin bir araya getirilmesiyle de müşterek eserin gündeme geleceği ileri sürülmüştür<sup>38</sup>. Ancak kanaatimizce böyle bir yorumun kabulü mümkün değildir. Zira FSEK m. 9 ve 10 hükümleri, birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki hakların ne şekilde kullanılacağını belirleyebilmek için öngörülmüştür.

Müşterek eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için *tamamlanmış birden fazla eserin bulunması* gerekir. Bu eserler en geç müşterek eser oluşturma iradesiyle bir araya getirileceği ana kadar tamamlanmış olmalıdır<sup>39</sup>. Müşterek eser, birden fazla bağımsız eserin bir araya gelmesiyle oluştuğu için, her bir kısmın sahibinin *hususiyetini* taşıması gerekir<sup>40</sup>.

Eser sahiplerinin tamamladıkları eserleri müşterek eser oluşturma hususunda *ortak iradeyle* bir araya getirmeleri gerekmektedir<sup>41</sup>. Bir araya getirilen her bir kısım bağımsızlığını sürdürmeye devam etmekte, dolayısıyla her bir kısım diğerlerinden ayrı olarak değerlendirilebilmektedir<sup>42</sup>. Bu noktada ayrılan kısımların eserin bütününe göre değer kaybetmesi önem arz etmemektedir<sup>43</sup>. Önemli olan müşterek eseri oluşturan kısımların ayrı olarak değerlendirilmeye elverişli olmasıdır.

## c. Müşterek Eser Sahipliğinin Hüküm ve Sonuçları

Müşterek eser sahipliğinde, her bir eser sahibi meydana getirdiği kısım üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Müşterek eser sahiplerinden her biri, kendi kısmı üzerindeki mali ve manevi hakları bizzat kullanabilir<sup>44</sup>. Bununla birlikte, eserin bütünü üzerindeki hakların eser sahiplerinin tamamı tarafından kullanılması gerekmektedir<sup>45</sup>. Bu kapsamda müşterek eser

---

<sup>37</sup> Arslanlı, (n 8) 72; Erel, (n 8) 93; Tekinalp, (n 5) 150; Gökyayla, (n 3) 209; Evrim Atasoy, Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları (2013) 0(2) FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 35 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/73020>> Erişim Tarihi 25 Nisan 2023

<sup>38</sup> Öztan, (n 6) 269-270

<sup>39</sup> Erel, (n 8) 93; Atasoy, (n 37) 35

<sup>40</sup> Arslanlı, (n 8) 72; Ayiter, (n 8) 98; Öztrak, (n 8) 48; Yarsuvat, (n 26) 85; Atasoy, (n 37) 36

<sup>41</sup> Ayiter, (n 8) 98; Gökyayla, (n 3) 209; Suluk, Karasu ve Nal, (n 8) 74; Derdiman, (n 36) 8

<sup>42</sup> Ayiter, (n 8) 99; Yarsuvat, (n 26) 84-85; Öztan, (n 6) 269; Erel, (n 8) 93; Tekinalp, (n 5) 151; Suluk, Karasu ve Nal, (n 8) 74; Güneş, (n 32) 120

<sup>43</sup> Ayiter, (n 8) 99

<sup>44</sup> Ayiter, (n 8) 99; Öztrak, (n 8) 49; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 199; Erel, (n 8) 94; Tekinalp, (n 5) 151; Bozbel, (n 7) 92; Erdil, (n 9) 51; Kılıçoğlu (n 7) 208; Güneş, (n 32) 117-118; Aydıncık, (n 32) 114-115; Derdiman, (n 36) 7

<sup>45</sup> Öztrak, (n 8) 49; Erel, (n 8) 94; Bozbel, (n 7) 92; Erdil, (n 9) 51; Aydıncık, (n 32) 114

sahiplerinden her birinin, hem kendi meydana getirdiği kısım üzerinde, hem de müşterek eser üzerinde eser sahibi sıfatıyla hak ve yetkilere sahip olduğu söylenebilir<sup>46</sup>.

FSEK m. 9/2 hükmüne göre “*Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır.*” Müşterek eser sahipleri yaptıkları bir sözleşme ile eserin bütününde değişiklik yapma veya eserin bütününün yayınlanması hususunda nasıl bir yol izleyeceklerini kararlaştırmış olabilirler. Eser sahipleri arasında böyle bir sözleşme bulunmaması halinde m. 9/2 gereği, eserin bütününün değiştirilmesi veya yayınlanması için eser sahiplerinin birlikte karar vermesi gerekir<sup>47</sup>. Başka bir ifadeyle bir eser sahibi, eserin bütünü üzerinde sonuç doğuracak iş ve işlemler için diğer eser sahiplerinin de iznini almak zorundadır<sup>48</sup>. Eser sahiplerinden birinin (veya birkaçının) yapılacak işleme haklı bir neden olmaksızın izin vermemesi halinde, diğer eser sahipleri yargı yoluna başvurabilir. Kanun, izin vermeyen eser sahiplerine karşı mahkemeye başvurma hakkını eserin bütününün değiştirilmesi veya yayınlanması ile mali hakların kullanılması bakımından öngörmüştür. (FSEK m. 9/2) Öte yandan eser sahiplerinin kendilerine ait kısımların değiştirilmesi, yayınlanması ve bu kısımlar üzerindeki mali hakların kullanılması hususlarında diğer eser sahiplerinin iznini alma mecburiyetleri bulunmamaktadır.

Eser sahiplerinden her biri, müşterek eserin kendisine ait kısmı üzerindeki mali hakkının ihlal edilmesi halinde hukuki yollara başvurma hakkına sahiptir. Böyle bir durumda diğer eser sahiplerinin davaya onay vermesine veya davaya dahil olmalarına gerek yoktur<sup>49</sup>. Müşterek eserin bütününe yönelik hak ihlali halinde ise eser sahiplerinden her birinin tek başına gerekli önlemleri alıp almayacağı hususu FSEK’te düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda Erel, FSEK m. 10/2 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve ortak menfaatlere ya da eserin bütününe yönelik tecavüzlerde, eser sahiplerinden her birinin tek başına hareket edebileceğini<sup>50</sup>; Ateş ise TMK m. 693/3’te müşterek mülkiyet için öngörülen “*Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.*” hükmünün müşterek eser sahipliğine kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmüştür<sup>51</sup>. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)<sup>52</sup> müşterek mülkiyete ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde müşterek eser

<sup>46</sup> Tekinalp, (n 5) 150-151; Atasoy, (n 37) 38; Derdiman, (n 36) 7

<sup>47</sup> Erel, (n 8) 94; Tekinalp, (n 5) 151; Kılıçoğlu (n 7) 223; Atasoy, (n 37) 37

<sup>48</sup> Ateş, ‘Eser Sahipliği’ (n 2) 199

<sup>49</sup> Erel, (n 8) 94; Atasoy, (n 37) 38

<sup>50</sup> Erel, (n 8) 94

<sup>51</sup> Ateş, ‘Eser Sahipliği’ (n 2) 201

<sup>52</sup> Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi 22.11.2001, RG. 08.12.2001, S. 24607

sahipliğine uygulanabileceğinden<sup>53</sup> eserin bütününe yönelik bir ihlal halinde FSEK m. 10/2 hükmünden ziyade TMK 693/3 hükmü kıyasen uygulanmalıdır.

Müşterek eser sahipliğinde, bağımsız olarak değerlendirilmeye elverişli olan kısımlar, sahiplerinin iradeleri doğrultusunda bir araya getirilmiş olduğundan, her bir kısım için koruma süresi ayrı ayrı işler<sup>54</sup>. Nitekim sürelerin düzenlendiği 26. maddede “*Bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma süreleri birbirine tabi değildir.*” hükmünün müşterek eserler bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir. (FSEK m. 26/3)

## 2. İştirak Halinde Eser Sahipliği

### a. Genel Olarak

Birlikte eser sahipliğinin ikinci türü iştirak halinde eser sahipliğidir<sup>55</sup>. Doktrinde birlikte eser sahipliğinin bu türü, eser sahipleri arasındaki birlik<sup>56</sup>, elbirliği eser sahipliği<sup>57</sup> gibi farklı şekillerde isimlendirilmiştir. Bu çalışmada iştirak halinde eser sahipliği terimi tercih edilmiştir.

FSEK m. 10/1 hükmüne göre “*Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir.*” İştirak halinde eser sahipliğinde, müşterek eser sahipliğinden farklı olarak eser sahiplerinin diğerlerinden bağımsız olarak meydana getirdiği bir kısım bulunmamakta, tüm eser sahipleri birlikte çalışarak ayrılmaz bir bütün teşkil eden bir eser meydana getirmektedir<sup>58</sup>. Örneğin birden fazla heykeltıraşın bir heykeli birlikte meydana getirmesi, birden fazla mimarın bir mimari projeyi birlikte çizmesi gibi hallerde iştirak halinde eser sahipliği söz konusu olur.

### b. İştirak Halinde Eser Sahipliğinin Unsurları

İştirak halinde eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için öncelikle bir eseri meydana getiren *birden fazla eser sahibinin bulunması* gerekmektedir<sup>59</sup>. Tek bir eser sahibi tarafından meydana getirilen eserlere FSEK m. 10 hükmünün uygulanması mümkün değildir.

<sup>53</sup> Tekinalp, (n 5) 151; Erdil, (n 9) 51

<sup>54</sup> Arslanlı, (n 8) 73; Atasoy, (n 37) 37

<sup>55</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Demirel, (n 34)

<sup>56</sup> Tekinalp, (n 5) 152

<sup>57</sup> Kılıçoğlu (n 7) 208 vd.; Güneş, (n 32) 120 vd

<sup>58</sup> Öztan, (n 6) 259; Erdil, (n 9) 53; Güneş, (n 32) 120

<sup>59</sup> Arslanlı, (n 8) 67-68; Ayiter, (n 8) 100; Erel, (n 8) 89; Tekinalp, (n 5) 152; Gökyayla, (n 3) 204; Atasoy, (n 37)

İştirak halinde eser sahipliğinde birden fazla eser sahibinin *eseri birlikte meydana getirmesi* gerekmektedir. Zira iştirak halinde eser, eser sahiplerinin birlikte fikri çaba yürütmesi neticesinde ortaya çıkar<sup>60</sup>. Buna ek olarak, eserin birlikte meydana getirilmesine yönelik *ortak bir iradenin bulunması* gerekir<sup>61</sup>. Böyle bir iradenin bulunmaması halinde, iştirak halinde eser sahipliğinden bahsedilemez.

İştirak halinde eser sahipliğinin var olabilmesi için gerekli olan bir diğer unsur, *eser sahiplerinin esere hususiyetini yansıtması*dır. Bu nedenle sadece eseri meydana getirmek için fikri çabada bulunan kişiler, eser sahipleri arasındaki birliğe dahil olabilir<sup>62</sup>. Eser sahiplerinin esere sağladığı fikri katkının niteliği ya da yoğunluğu önem arz etmemektedir. Önemli olan eserin onu meydana getiren herkesin hususiyetini az ya da çok yansıtabilmesidir<sup>63</sup>.

İştirak halinde eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için meydana getirilen *eserin ayrılmaz bir bütün oluşturması* gerekir. Müşterek eser sahipliğinin aksine burada, eseri meydana getiren parçaların eserin niteliği bozulmadan ayrılması mümkün değildir<sup>64</sup>. “Eserin ayrılması” ile kastedilen eserin maddi olarak parçalara ayrılması değil, ayrılan parçaların eser niteliğine sahip olmaması ve iktisadi olarak değerlendirmeye elverişli olmamasıdır<sup>65</sup>. Bununla birlikte eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi, eser sahiplerinin hususiyetlerinin de ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği anlamına gelmemektedir. Eser sahiplerinden her birinin hususiyeti uzman bilirkişiler tarafından eserin bütünü içinde ayırt edilebilir<sup>66</sup>. Ancak hususiyet taşıyan kısımların bağımsız eser sayılmayacağı ve tek başlarına değerlendirilemeyeceği unutulmamalıdır.

### c. İştirak Halinde Eser Sahipliğinin Hüküm ve Sonuçları

İştirak halinde eser sahipliğinde eser, birden fazla kişi tarafından birlikte meydana getirildiği için, eser sahipliği statüsü, tek tek eseri meydana getiren kişilere değil, eser sahiplerinin oluşturduğu birliğe aittir<sup>67</sup>. FSEK m. 10/2 hükmüne göre söz konusu birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Bununla birlikte TBK'nın adi şirkete ilişkin hükümlerinin iştirak halinde eser sahipliğine ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde -kıyasen-

<sup>60</sup> Ayiter, (n 8) 100; Öztan, (n 6) 259-260; Atasoy, (n 37) 40

<sup>61</sup> Arslanlı, (n 8) 68; Erel, (n 8) 90; Gökyayla, (n 3) 205; Atasoy, (n 37) 40-41; Derdiman, (n 36) 11

<sup>62</sup> Bozbel, (n 7) 94

<sup>63</sup> Erel, (n 8) 90; Ateş, ‘Eser Sahipliği’ (n 2) 209; Bozbel, (n 7) 94; Gökyayla, (n 3) 205-206; Derdiman, (n 36) 11

<sup>64</sup> Öztan, (n 6) 261; Erel, (n 8) 89; Tekinalp, (n 5) 152; Bozbel, (n 7) 95; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 18) 206; Atasoy, (n 37) 42

<sup>65</sup> Ayiter, (n 8) 100; Erel, (n 8) 89; Bozbel, (n 7) 95; Gökyayla, (n 3) 204; Atasoy, (n 37) 43-44 Buna karşın Arslanlı’ya göre, eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi ifadesi ile kastedilen, hususiyetin ayrılmaz bir bütün oluşturmasıdır. bkz. Arslanlı, (n 8) 68

<sup>66</sup> Ayiter, (n 8) 100; Erel, (n 8) 89-90; Güneş, (n 32) 120; Atasoy, (n 37) 43

<sup>67</sup> Öztan, (n 6) 262-263; Erel, (n 8) 90; Gökyayla, (n 3) 206; Atasoy, (n 37) 44

uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Ayrıca adi şirket hükümlerinde boşluk bulunan hallerde TMK'nın iştirak halinde mülkiyete ilişkin hükümleri de kıyasen uygulanır<sup>69</sup>.

İştirak halinde eser sahipleri arasında bir sözleşme bulunması halinde, öncelikle sözleşme hükümleri uygulanır. Taraflar arasında sözleşme bulunmaması halinde, eser sahipleri arasındaki ilişkiye FSEK'te yapılan atıf dolayısıyla adi şirket hükümleri (kıyasen) uygulanır. Bu halde, eser sahiplerinin birliğe katılmaları, karar nisabı, telif ücretinin bölüşümü gibi hususlarda eşitlik prensibi uygulanmalıdır<sup>70</sup>. Aynı şekilde iştirak halinde eser sahipliği, oybirliğiyle alınacak kararlarla yönetilir<sup>71</sup>. Burada müşterek eser sahipliğinde olduğu gibi yalnızca eserin bütününün değiştirilmesi, yayınlanması ve mali hakların kullanılması bakımından değil, tüm işlemler için birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır<sup>72</sup>. Eser sahiplerinden herhangi biri yapılacak işleme haklı sebep bulunmaksızın izin vermezse, diğer eser sahipleri mahkemeye başvurabilir (FSEK m. 10/2).

FSEK m. 10/2'nin son cümlesinde hakların korunması bakımından özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, eser sahiplerinden her biri, birliğin menfaatlerinin korunması için tek başına hareket edebilir ve gerekli önlemlerin alınmasını sağlayabilir. Eserin izinsiz işlenmesi, korsan baskı yoluyla çoğaltılarak yayımlanması gibi birliğe tecavüz hallerinde eser sahiplerinden her biri tek başına ihtiyati tedbir alınmasını talep etme ve dava açma yetkisini haizdir. Bununla beraber dava sonucunda elde edilen menfaatler birliğe ait olmakta, bu sebeple eser sahiplerinden herhangi biri menfaatler üzerinde tek başına tasarrufta bulunamamaktadır<sup>73</sup>. Nitekim Yargıtay'a intikal eden bir olayda aynen şu ifadelerle yer verilmiştir. *"FSEK. 10.madde hükmü uyarınca," Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi onu vücuda getirenlerin birliğidir."* Eser sahipleri aralarında yaptıkları bir sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkları sürece ,birliğe katılmaları, kâr ve zarardaki payları Borçlar Kanunu'nun 521. ve 523. maddelerine kıyasen birbirine eşittir. Telif ücretlerinin nasıl bölüşüleceği ve eser üzerindeki hakların kullanılması ve gerekli karar nisabı konularında da yine aksi kararlaştırılmadıkça Borçlar Kanunu'nun 523. ve 524. madde hükümleri uygulanacaktır. Eser sahiplerinden her biri , esere ve birliğin ortak çıkarlarına yönelik olarak dışarıdan meydana gelecek tecavüzlerde tek başına harekete yetkilidir. Özellikle

<sup>68</sup> Arslanlı, (n 8) 69; Ayiter, (n 8) 101; Bozbel, (n 7) 95-96; Erel, (n 8) 90; Ateş, 'Hakların Kapsamı' (n 12) 83; Gökyayla, (n 3) 206; Erdil, (n 9) 53; Aydınçık, (n 32) 116; Derdiman, (n 36) 11

<sup>69</sup> Gökyayla, (n 3) 207; Erdil, (n 9) 53

<sup>70</sup> Arslanlı, (n 8) 69; Erel, (n 8) 91; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 217; Gökyayla, (n 3) 207

<sup>71</sup> Öztrak, (n 8) 51; Erel, (n 8) 91; Tekinalp, (n 5) 154; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 18) 208; Kılıçoğlu (n 7) 209; Atasoy, (n 37) 45

<sup>72</sup> Kılıçoğlu (n 7) 209

<sup>73</sup> Arslanlı, (n 8) 70; Erel, (n 8) 92; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 220; Aydınçık, (n 32) 117; Atasoy, (n 37) 47



*ihiyati tedbir talep etmek , hukuk ve ceza davaları ile tazminat davası açmak hususunda her eser sahibinin birliği temsil yetkisi vardır. (FSEK m. 10/2) Ancak açılan dava sonucunda hükmedilecek tazminat tutarı üzerinde hiç bir eser sahibi tek başına tasarruf edemez.”<sup>74</sup>*

FSEK m. 10/3 hükmü uyarınca, bir eserin meydana getirilmesi için sağlanan katkı, teknik hizmet ya da detaylardan ibaretse, esere katkıda bulunan kimsenin iştirak halinde eser sahipliği birliğine dahil olması mümkün değildir. Zira bu kişiler, eserin meydana getirilmesi için herhangi bir fikri çabada bulunmamaktadır. Örneğin, bilimsel bir eserin hazırlanması için belge araştırması yapmak ya da bir güzel sanat eserinin meydana getirilmesine fikir vererek yardımcı olmak esere yaratıcı katkı sağlamayacağından iştirak halinde eser sahipliğine yol açmaz<sup>75</sup>.

FSEK m. 26/6'ya göre iştirak halinde eser sahipliğinde koruma süresi, eser sahiplerinden son sağ kalanının ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlar.

---

<sup>74</sup>Yar. 11. HD, E. 2002/2751, K. 2002/6456, 24.06.2002 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2002-2751-k-2002-6456-t-24-06-2002> >

<sup>75</sup> Ayiter, (n 8) 101; Erel, (n 8) 90; Gökyayla, (n 3) 205; Atasoy, (n 37) 49. Nitekim Yargıtay da esere sağlanan katkının yaratıcı çaba içermemesi halinde, katkı sağlayan kişinin eser sahibi sayılmayacağı görüşündedir: “Ortak eserden söz edebilmek için, "eserin birden fazla kimsenin yaratıcı ortak çabası ve katkılarıyla meydana gelmesi" gerekir. Çaba ve katkıların az veya çok olması önemli değildir; yeterki "yaratıcı çaba ve katkı bulunsun (Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, s: 100). Bu nedenle çaba ve katkının nicelikli değil nitelikli olması gerekir. Sırf yol gösterme veya yardım etmek ortak eser için yeterli olamaz. Bir sanat eserinin yaratılması için" onun şekillenmesine eylemli olarak yaratıcı çaba ile katılmak" gerekir. Bir eserin yaratılmasına yardımın söz konusu olması halinde ise; çaba, yaratıcı olmamakla yaratıcı çabaya bağımlı olarak görülmektedir. Bir teknik ressamın kendisine verilen çizmesi, bir profesörün yazacağı bilimsel eser için asistanın bibliyografyaya malzeme toplaması, heykeltraşın yardımcısının kendine verilen modele göre bronz kalıbını hazırlaması veya taşblok yontması gibi hallerde ortak eserden söz edilemez (Ayiter, age., s. 101). Nitekim FSEK. nun 10/III. maddesinde bu "bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar iştirakli esas teşkil etmez" şeklinde açıklanmıştır. Bu durumda yapılan yardım, bir vekalet veya eser sözleşmesi ilişkisini ortaya koyar. Olayımızda, davacıların davalı Erdoğan'ın eserinin hazırlanmasında yaratıcı çaba katkıların bulunmadığı, ancak eserin yaratılmasına yardım ettikleri anlaşılmaktadır. Davacı Zarfif, eser için Devlet arşivlerinde tarama yaparak buldukları belgeleri zaman zaman tercüme de yaparak yazar Hamit'e göndermiştir; diğerleri de Hamit'in hazırladığı yazıları daktilo etmek ve belge toplamak gibi yardımlarda bulunmuşlardır. Davacılar, esere kendilerinin de yaratıcı çabalarının katkılarının bulunduğunu kanıtlayamamışlardır. Aslında davacıların eserin meydana gelmesinde kendi çaba ve katkılarının "yaratıcı çaba olduğu yolunda bir iddiaları da yoktur. Nitekim, davacı Zarfif'in davalı Erdem'e yazdığı 29 Kasım 1986 günlü mektupta ki "... kitabı birlikte yazdık diyemezler. Yardım ediyorlardı, yardımları da şöyle idi; Hamit Bey bütün zamanını gecesini gündüzünü harcayarak kısım kısım kaleme aldığı notları bir araya getirip tamamladığı bahisleri daktiloya çekmek; belgeleri Hamit Beyin isteği ve tavsiyesi olmasa idi, ben neden, niçin inceleyecek ve bulduklarımın fotokopilerini gönderecektim; fikir ve düşünce yalnız Hamit Beyindir..." şeklindeki açıklamaları da katkının yaratıcı olmayıp yardım şeklinde olduğunun kabulünün doğru olduğunu göstermektedir." (Yar. 4. HD, E. 1991/5141, K. 1992/11254, 22.10.1992, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-1991-5141-k-1992-11254-t-22-10-1992> >)

## B. SİNEMA ESERİ SAHİPLERİ BİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

FSEK m. 8/3 hükmünde sinema eseri sahiplerinin, eserin birlikte sahibi olduğu ifade edilmiş ancak bu birliğin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, konunun doktrinde tartışılmasına sebep olmuş, bu kapsamda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Sinema eseri üzerindeki birlik, bir görüşe göre müşterek eser sahipliği niteliğindedir, diğer görüşe göre iştirak halinde eser sahipliği niteliğindedir. Doktrinde üçüncü bir görüş, sinema eseri sahipleri birliğinin *sui generis* nitelikte olduğunu ileri sürmektedir.

### 1. Müşterek Eser Sahipleri Görüşü

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir eserin kısımlara ayrılması ve bu kısımların iktisaden değerlendirilmesi mümkünse müşterek eser sahipliği söz konusu olmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, müşterek eser sahipliğinin bu özelliğinden hareket ederek sinema eseri sahipleri birliğinin müşterek eser sahipliği niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir<sup>76</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre, senaryo ve özgün müziğin sinema eserinden ayrılması ve bağımsız bir varlık teşkil etmesi mümkün olduğu için, sinema eseri müşterek eser niteliği taşımakta ve sinema eseri sahipleri, müşterek eser sahipliği statüsüne sahip olmaktadır.

### 2. İştirak Halinde Eser Sahipli Görüşü

Doktrinde, sinema eserini oluşturan unsurların bir bütün teşkil ettiği düşüncesinden hareketle, sinema eseri sahipleri arasındaki birliğin iştirak halinde eser sahipliği niteliğinde olduğu öne sürülmektedir<sup>77</sup>. Bu görüşe göre, sinema eserleri müzik, resim, diyalogların kompozisyonundan meydana gelmekte ve sinema eserini oluşturan tüm unsurlar birbiriyle kaynaşarak ayrılmaz bir bütün teşkil etmektedir<sup>78</sup>. Bir sinema eserinin yapımında emek sarf

<sup>76</sup> Eugen Ulmer, *Urheber-und Verlagsrecht* (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969) 137; Heinrich Hubmann, *Urheber-und Verlagsrecht* (München und Berlin 1959) 94. (Aktaran Naci Kınacıoğlu s. 212-213)

<sup>77</sup> Ayiter, (n 8) 62-63; Öztan, (n 6) 255-256; Ateş, 'Eser Sahipliği' (n 2) 268-269; Bozbel, (n 7) 81; Kılıçoğlu (n 7) 215; Tosun, (n 12) 311; Küçükkaya, (n 12) 23; Büşra Şahin, *Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (Yetkin Yayınları 2018) 132; Levent Yavuz, 'Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği' (2013) 8 (78) *Terazi Hukuk Dergisi*, 14,19; Ömer Günaydın, 'Sinema Eserlerinde Karakterler ve Korunması' (2017) 12 (128) *Terazi Hukuk Dergisi* 98, 100 < <https://www.jurix.com.tr/article/7589>> Erişim Tarihi, 08 Haziran 2023; Bulut, (n 14) 85; Sür, (n 12) 74. Yaşasın'a göre, 10. maddenin son fıkrasında sinema eserlerine yönelik getirilen sınırlama, sinema eseri üzerindeki sahipliğin iştirak halinde eser sahipliği olduğunu göstermektedir. Bkz. Yaşasın, (n 15) 916

<sup>78</sup> Ayiter, (n 8) 62; Öztan, (n 6) 255; Bozbel, (n 7) 81; Tosun, (n 12) 312; Küçükkaya, (n 12) 23; Şahin (n 76) 132

eden kişilerin katkıları birbirinden bağımsız olmadığı için, sinema eseri, çeşitli eserlerden meydana gelen bir karışım (müşterek eser) olarak nitelendirilemez<sup>79</sup>.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, sinema eserini oluşturan müzik ve senaryonun, sırasıyla musiki eseri ve ilim-edebiyat eseri olarak korunması mümkün olup, bu durum sinema eserinin bir bütün olarak korunmasına hanel getirmez<sup>80</sup>. Tosun, filme çekilen senaryonun filmin ayrılmaz bir parçası haline geldiğini, zira yönetmenin senaryodaki ayrıntılara uygun olacak şekilde, senaryo yazarıyla istişarede bulunarak filmi çektiğini, bu nedenle sinema eserinin ortak bir fikri çabayla meydana geldiğini ileri sürmektedir. Yazar'a göre filme çekilen senaryo, ilk halinden farklılaşmakta, başka bir niteliğe bürünerek sinema eserinin ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir<sup>81</sup>. Yazar, benzer bir yorumun özgün müzik için de yapılabileceğini ileri sürmektedir<sup>82</sup>.

### 3. Sui Generis (Kendine Özgü) Eser Sahipliği Görüşü

Doktrinde sinema eseri sahipleri birliğinin, müşterek eser sahipliği ve iştirak halinde eser sahipliğinin sentezinden oluşan *sui generis* nitelikte olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, sinema eserine sağlanan katkıların birbiriyle kaynaşarak ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi iştirak halinde eser sahipliğine, senaryo ve özgün müziğin sinema eserinden bağımsız olarak değerlendirilme imkanı bulunması müşterek eser sahipliğine benzemekte, bu nedenle sinema eseri üzerindeki birlik *sui generis* nitelik arz etmektedir<sup>83</sup>.

Sinema eserleri; hareketli görüntüler, müzik ve diyalogların kompozisyonundan oluşan fikir ve sanat ürünleridir<sup>84</sup>. Sinema eserlerinde tüm unsurlar birbiriyle iç içe geçerek ayrılmaz bir bütün teşkil etmekte<sup>85</sup>, bu unsurlardan birinin bile eksikliği, meydana getirilen eserin sinema eseri olma niteliğini zedelemektedir. Bu yönüyle sinema eseri sahipleri birliğinin, iştirak halinde eser sahipliğine benzediği söylenebilir.

İştirak halinde eser sahipliğini müşterek eser sahipliğinden ayıran en önemli unsurlardan biri eserin kısımlara ayrılamaması, daha açık bir ifadeyle ayrılan kısımların eser

---

<sup>79</sup> Ayiter, (n 8) 62

<sup>80</sup> Ayiter, (n 8) 63; Tosun, (n 12) 312 vd.

<sup>81</sup> Tosun, (n 12) 312-313

<sup>82</sup> Tosun, (n 12) 313

<sup>83</sup> Erel, (n 8) 95; Akkayan Yıldırım, (n 13) 18-19; Genç, (n 12) 269; Kadıgil, (n 12) 125 vd; Ali Yaşar, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği (On İki Levha Yayıncılık 2011) 182, 186

<sup>84</sup> Erel, (n 8) 73; Kınacıoğlu, (n 12) 212; Ateş, 'Eser' (n 6) 257; Akkayan Yıldırım, (n 13) 9; Gökyayla, (n 3) 103; Genç, (n 12) 257.

<sup>85</sup> Ayiter, (n 8) 62-63; Akkayan Yıldırım, (n 13) 9; Ateş, 'Eser' (n 6) 272

olarak değerlendirilmeye elverişli olmamasıdır. Bu yönüyle sinema eseri sahipleri birliği iştirak halinde eser sahipliğinden ayrılmaktadır. Zira sinema eserini oluşturan senaryonun ilim edebiyat eseri, özgün müziğin ise musiki eseri olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>86</sup>. Bu itibarla senaryo yazarı ve özgün müzik bestecisi; sinema eseri sahipliğinden başka sırasıyla, ilim edebiyat eseri sahipliği ve musiki eseri sahipliğinden doğan haklardan faydalanma imkanına sahiptir. Bu yönüyle sinema eseri sahipleri birliği, müşterek eser sahipliğine benzemektedir.

Özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının, sinema eseri sahipliğinin yanı sıra kendi meydana getirdikleri eserlerin de sahibi sayılması, sinema eseri sahipleri birliğini müşterek eser sahipliğine yakınlattırır da yönetmenin konumu bu noktada duraksamaya yol açmaktadır. Zira sinema eserlerinde senaryo, diyalog, dekor, müzik gibi ögeler arasında uyum ve birlik sağlayan yönetmenin sinema eserine katkısı sinema eserini oluşturan diğer unsurlarla iç içe geçmektedir. Bu nedenle senaryo ve özgün müziğin aksine, yönetmenin yaratıcı katkısı sinema eserinden ayrı olarak değerlendirilmeye elverişli değildir<sup>87</sup>. Bu durum, sinema eseri sahipleri birliğini iştirak halinde eser sahipliğine yaklaştırmaktadır<sup>88</sup>.

Görüldüğü üzere sinema eseri üzerindeki birlik, hem müşterek eser sahipliğinin hem de iştirak halinde eser sahipliğinin özelliklerini bünyesinde barındırmakta ancak her ikisine de tam olarak benzememektedir. Bu itibarla, sinema eseri sahipleri birliğini *sui generis* bir birlik olarak değerlendiren görüşe katılmak daha uygun görünmektedir.

### C. SİNEMA ESERİ SAHİPLERİ BİRLİĞİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yukarıda izah edildiği üzere, sinema eseri sahipleri birliği, *sui generis* bir birliktir. Bu birlikte, tüm eser sahiplerinin sinema eseri meydana getirme hususunda ortak iradesi bulunduğu için, sinema eseri sahiplerinden her biri, sinema eserinin tamamı üzerinde hak sahibi sayılmalıdır<sup>89</sup>. Doktrinde bu belirlemeden hareketle, TMK'nın 629 vd. maddelerinde düzenlenen iştirak halinde mülkiyet hükümlerinin, sinema eseri sahipleri birliğine uygulanabileceği belirtilmiştir<sup>90</sup>. Bu kapsamda her ne kadar FSEK m. 10/2'de iştirak halinde eser sahipliğine adi şirket hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmişse de sinema eserlerinin kendine özgü yapısına uygunluğundan ötürü, adi şirket hükümleri ve iştirak halinde mülkiyet

<sup>86</sup> Erel, (n 8) 95; Akkayan Yıldırım, (n 13) 19; Genç, (n 12) 269; Kadıgil, (n 12) 127

<sup>87</sup> Öztan, (n 6) 256; Erel, (n 8) 95; Akkayan Yıldırım, (n 13) 19; Genç, (n 12) 269; Kadıgil, (n 12) 125; Yaşar, (n 83) 182

<sup>88</sup> Kadıgil, (n 12) 126-127

<sup>89</sup> Ayiter, (n 8) 101; Erel, (n 8) 73; Akkayan Yıldırım, (n 13) 19

<sup>90</sup> Akkayan Yıldırım, (n 13) 19, dn.59

hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde sinema eseri sahipleri birliğine uygulanabilmelidir<sup>91</sup>.

Bu kapsamda, sinema eseri sahipleri arasında aksi yönde bir anlaşma olmaması halinde, sinema eseri üzerindeki hakların birlikte kullanılması gerekmektedir<sup>92</sup>. Örneğin sinema eseri üzerindeki mali hakların yapımcıya devredilebilmesi için tüm eser sahiplerinin birlikte hareket etmesi gerekir<sup>93</sup>. Eser sahiplerinden birinin hukuki işleme müsaade etmemesi halinde FSEK m. 10/2 hükmü kıyasen uygulanabilmelidir. Gökyayla konuyu telif haklarının devri kapsamında ele almış, eser sahiplerinden birinin mali hakların devrine haklı bir sebep olmaksızın izin vermemesi halinde FSEK m. 9/2 ve m. 10/2 hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmüştür<sup>94</sup>. FSEK m. 9/2'nin mali hakların devri bakımından uygulanma kabiliyeti olsa da kanaatimizce sinema eseri sahipleri birliğine yalnızca FSEK m. 10/2 hükmü kıyasen uygulanabilmelidir. Zira, FSEK m. 9/2'de yalnızca eserin bütününün değiştirilmesi, yayınlanması ve mali hakların kullanılması bakımından mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır. Oysa FSEK m. 10/2'de böyle bir sınırlama yapılmadan tüm işlemler için mahkemeye başvurma imkanı sağlanmıştır. Bu kapsamda örneğin eser sahiplerinden birinin manevi hak niteliği ağır basan<sup>95</sup> cayma hakkının kullanılmasına izin vermediğini düşünelim<sup>96</sup>. Bu olaya FSEK m. 9/2 hükmü uygulanırsa, diğer eser sahipleri cayma hakkının kullanılması için mahkemeye müracaat edemeyecektir. Zira cayma hakkı, eserin bütününün değiştirilmesi veya yayınlanmasıyla ilgili olmadığı gibi, mali hakların kullanılmasıyla da ilgili değildir. Sonuç olarak, sinema eseri sahiplerinden birinin yapılacak bir işleme izin vermemesi hainde, diğer eser sahipleri FSEK m. 10/2 uyarınca mahkemeye müracaat edebilir. Mahkemenin vereceği karar, haklı bir sebep olmaksızın izin vermeyen kişinin izni yerine geçer<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> Akkayan Yıldırım, (n 13) 19; Genç, (n 12) 269-270; Küçükkaya, (n 12) 23-24; Yaşar, (n 83) 187

<sup>92</sup> Akkayan Yıldırım, (n 13) 19-20; Aydıncık, (n 32) 119; Kadıgil, (n 12) 129

<sup>93</sup> "5846 sayılı FSEK. 8. maddesi uyarınca sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidirler. Mahkemece davacı O. A. 'ın davalılardan P. K. ile birlikte yönetmen sıfatıyla eser sahiplerinden birisi olduğu kabul edildiğine göre aynı Kanununun 10. maddesi uyarınca davacının izni alınmaksızın davalı T. U. Ltd. Şti. 'ne mali haklarının devrine ilişkin sözleşme FSEK 54. maddesi hükmü gereğince geçersiz olup, adı geçen şirket tarafından davalı P. Film Ltd. Şti. 'ne yapılan devirde FSEK 49. maddesine aykırılık oluşturur." (Yar. 11. HD, E. 2011/2099, K. 2013/4469, 07.03.2013, < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2011-2099-k-2013-4469-t-07-03-2013> >)

<sup>94</sup> Gökyayla, (n 3) 214

<sup>95</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Başak Bak Tezgel, 'Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma (FSEK m. 58)' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016)

<sup>96</sup> İştirak halinde eser sahipliğinde, cayma hakkının kullanılabilmesi için oybirliğinin gerektiği yönünde bkz. Demirel (n 34) 145

<sup>97</sup> Gökyayla, (n 3) 214

Sinema eserine haksız bir saldırı halinde yine FSEK m. 10/2 hükmü kıyasen uygulama alanı bulacaktır<sup>98</sup>. Sinema eserinin izinsiz işlenmesi ya da çoğaltılması gibi hallerde eser sahiplerinden her biri, tek başına hukuki yollara başvurabilir. Ancak dava sonucunda elde edilen menfaatler sinema eseri sahipleri birliğine ait olacağından, eser sahiplerinden hiçbiri bu menfaatler üzerinde tek başına hak sahibi olamaz.

FSEK m. 10/3'te yer alan “*Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez.*” hükmü sinema eserleri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, teknik ekip olarak adlandırılabilirler kameraman, ışıkçı, ses teknisyeni, dekor sorumlusu, kostüm sorumlusu, saç ve makyaj sanatçısı gibi kişiler sinema eseri sahibi olarak nitelendirilemez. Zira bu kişilerin sinema eserine katkısı yaratıcı nitelik arz etmemekte, teknik hizmet ve yardım düzeyinde kalmaktadır.

Sinema eserinin bütünü üzerindeki işlemler için eser sahiplerinin tamamının iştiraki gerekmektedir. Bununla birlikte özgün müzik ve senaryonun sinema eserinden bağımsız olarak tasarrufa konu edilmesi mümkündür<sup>99</sup>. FSEK m. 9 hükmü uyarınca özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının sırasıyla özgün müzik ve senaryo üzerinde hukuki işlemde bulunabilmesi için diğer eser sahiplerinin izni gerekli değildir. Ancak buradaki ölçü sinema eserinin olumsuz etkilenmemesidir<sup>100</sup>. Örneğin özgün müziğin CD olarak piyasaya sürülmesi sinema eserinin bütünlüğüne zarar vermeyecek; ancak bu müziğin başka bir sinema eserinde kullanılması sinema eserinin değerinde azalmaya yol açabilecektir<sup>101</sup>. Bu takdirde FSEK m. 9 değil, m. 10 hükmü uygulanmalıdır<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Gökyayla, (n 3) 215; Kadıgil, (n 12) 129

<sup>99</sup> Erel, (n 8) 95; Ateş, ‘Sinema’ (n 6) 111

<sup>100</sup> Ateş, ‘Sinema’ (n 6) 111

<sup>101</sup> Ateş, ‘Sinema’ (n 6) 111

<sup>102</sup> ibid 111

## SONUÇ

Sinema eserleri, diğer eser türlerinden farklı olarak çok sayıda unsurun bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. Bu durum, sinema eserlerinin genellikle birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesini gerektirir. Nitekim, FSEK m. 8/3'te yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve canlandırma tekniğinin kullanıldığı hallerde animatör sinema eserinin “birlikte” sahibi olarak kabul edilmiştir. Ancak FSEK'te sinema eseri üzerindeki birliğin hukuki niteliği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde sinema eseri üzerindeki birliğin, müşterek eser sahipliği, iştirak halinde eser sahipliği ve *sui generis* eser sahipliği niteliğinde olduğu yönünde üç görüş bulunmaktadır. Sinema eserlerinde tüm unsurların ve tüm yaratıcı katkıların iç içe geçerek kaynaşmış bir bütün teşkil etmesi iştirak halinde eser sahipliğine, özgün müzik ve senaryonun bağımsız olarak değerlendirilebilmesi müşterek eser sahipliğine benzemektedir; bu itibarla sinema eseri sahipleri birliği *sui generis* nitelik arz etmektedir. Sinema eseri meydana getirme hususunda tüm eser sahiplerinin ortak iradesi bulunduğu için, sinema eseri sahipleri birliğine FSEK m. 10 hükmü uyarınca adi şirket hükümleri, bu hükümlerde boşluk bulunması halinde ise TMK'nın iştirak halinde mülkiyete ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Ancak sinema eserlerinin kendine özgü yapısı gereği, bu hükümlerin sinema eseri sahipleri birliğine kıyasen uygulanacağını kabulü gerekir. Bu kapsamda sinema eseri sahiplerinden her biri, sinema eserinin tamamı üzerinde hak sahibi olacak ve sinema eseri üzerindeki haklar eser sahiplerinin tamamının iştirakiyle kullanılacaktır. Bununla birlikte, FSEK m. 9 uyarınca özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı, meydana getirdikleri özgün müzik ve senaryoyu sinema eserinin bütününe olumsuz etkilememek kaydıyla diğer eser sahiplerinin iştiraki olmadan değerlendirebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Akkayan Yıldırım A, '4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Sinema Eser Sahipliği' (2001) Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı
- Arslanlı H, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri (Sulhi Garan Matbaası 1954)
- Atasoy E, Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları (2013) 0(2) FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 29-56 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/73020>>
- Ateş M, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, (2. baskı, Adalet Yayınevi 2012)
- Ateş M, 'Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği', Tekin Memiş (edt), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, (On İki Levha Yayıncılık 2009)
- Ateş M, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Seçkin Yayıncılık 2003)
- Ateş M, Fikri Hukukta Eser (3. baskı, Turhan Kitabevi 2007)
- Aydıncık Ş, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri (Arıkan Yayınları 2006)
- Ayiter N, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (2. baskı, Sevinç Matbaası 1981)
- Bak Tezgel B, 'Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma (FSEK m. 58)' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016)
- Baygın C, 'Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler' (2002) Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, 145-174
- Belgesay MR, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi (M. Sıralar Matbaası 1956)
- Beste Bulut, Sinema Eserlerinde Hak Sahipliği (Seçkin Yayıncılık 2020)
- Beşiroğlu A, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, (Beta Yayıncılık 2004)
- Bozbel S, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Bozgeyik H, 'Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet' (2009) 25(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 170-222 <<https://jurix.com.tr/article/6638>>
- Demirel C, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği (Savaş Yayınevi 2017)
- Derdiman F, 'Birlikte Eser Sahipliklerinde Sona Erme ve Birlikten Ayrılma' (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası, 1-31 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3033344>>
- Erdil E, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kısa Şerhi (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (3. baskı, Yetkin Yayınları 2009)



- Genç A, 'Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması' (2003) Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, 249-288
- Gökyayla E, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi (2. baskı, Yetkin Yayınları 2001)
- Günaydın Ö, 'Sinema Eserlerinde Karakterler ve Korunması' (2017) 12 (128) Terazî Hukuk Dergisi, 98-100 <<https://www.jurix.com.tr/article/7589>>
- Güneş İ, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (4. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Kadıgil SS, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eserlerinde Hak Sahipleri', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010)
- Kılıçoğlu A 'Fikri Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi' (1994) S. 3 TBB Dergisi, 325-345 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19943-946>>
- Kılıçoğlu A, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (7. baskı, Turhan Kitabevi 2021)
- Kınacıoğlu N 'Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği' (1998) Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, 209-219
- Küçükkaya HG, Sinema Eseri Üzerindeki Mali Haklar, (İktisadi Araştırmalar Vakfı İktisadi İşletmesi 2015)
- Öztan F, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan Kitabevi 2008)
- Öztrak İ, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1971)
- Sarıhan BB, 'Sinema Eserleri' (2022) 5 (1), NEÜHFD 92-121 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2222845>>
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, Fikri Mülkiyet Hukuku (6. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Sür P, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eser Sahipliğinden Doğan Haklar' (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2012)
- Şahin B, Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmeleri (Yetkin Yayınları 2018)
- Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. baskı, Vedat Kitapçılık 2012)
- Tosun Y, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları (On İki Levha Yayıncılık 2009)
- Yarsuvat D, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları (Güney Matbaacılık 1984)
- Yaşasın A, 'Sinema Eserleri ve Sinema Eserleri Üzerindeki Hak Sahipleri' (2016) 12 (47) FSHD, 887-928
- Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (Yetkin 2013)
- Yavuz L, 'Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Sinema Eseri Ve Eser Sahipliği' (2013) 8 (78) Terazî Hukuk Dergisi, 14-20



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# ADİ ORTAKLIK ÇERÇEVESİNDE EKSİK (SAKAT) ORTAKLIK DOKTRİNİ

Av. Muhsin İshak DİNÇ\*

## ÖZ

Türk Borçlar Kanunu'na göre adi ortaklık, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşmesel ilişkidir. Kanun koyucu tarafından TBK md. 620 vd. maddelerinde temel ortaklık tipi olarak düzenlenen adi ortaklığın kurulması istisnai haller haricinde herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak ortaklar arasında kurulan sözleşmenin emredici hükümlere veya istisnai şekil şartlarına aykırılığı nedeniyle geçersiz hale gelmesi bazı sorunları da beraberinde getirecektir. Eğer sözleşme hükümsüz ise, hükümsüzlüğün hukuki sonucunun ortaklık bakımından geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Kanun tarafından hükümsüzlüğe ilişkin getirilen düzenlemeler ise esas olarak şirketler hukukunun gereksinimlerini karşılamamaktadır. Çalışmamızda, adi ortaklık ilişkileri ile sınırlı kalmak üzere, eksik (sakat) ortaklık doktrininin tarihçesi ile Alman hukukunun konuya bakış açısı kapsamlı ve karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Adi Ortaklık, Eksik Ortaklık, Ortaklık Sözleşmesi, Hükümsüzlük, Hukuki Görünüşe Haklı Güven İlkesi

\* Avukat, Tezli Yüksek Lisans Mezunlu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, muhsindinc@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9700-2456



## THE DOCTRINE OF DEFECTIVE PARTNERSHIPS PURSUANT TO CIVIL LAW PARTNERSHIP

Attn. Muhsin İshak DİNÇ\*

### ABSTRACT

According to the Turkish Code of Obligations, a civil-law partnership is a contractual relationship in which two or more persons undertake to combine their labour and property to achieve a common purpose. The establishment of a civil-law partnership, which is regulated by the legislator as the basic partnership type in Article 620 ff. of the TCO, is not subject to any form requirement, except in exceptional cases. However, the invalidity of the contract between the partners due to the violation of the mandatory provisions or exceptional form conditions will also bring some problems. If the contract is null and void, the question arises as to whether the legal consequence of the invalidity is valid for the partnership. On the other hand, the regulations on invalidity brought by the law do not meet the requirements of company law. In our study, the history of the defective partnership doctrine and the perspective of German law on the subject will be discussed comprehensively and comparatively, limited to civil-law partnership relations.

**Keywords:** Civil-law Partnership, Defective Partnership, Partnership Agreement, Nullity, Prima Facie Liability

---

\* Attorney at Law, LLM Graduate, PhD Candidate in Private Law, Galatasaray University, Enstitute of Social Sciences, muhsindinc@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9700-2456

## GİRİŞ

İki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri adi ortaklık bir sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşmesel ilişki, ortakların iradelerinin diğer ortakların tümüne yöneltilmesiyle ve tüm ortakların irade beyanlarının diğer ortaklara ulaşmasıyla kurulmuş olur. Sözleşmesel ilişkinin kurulmasıyla birlikte adi ortaklık meydana gelir. Elbette bir adi ortaklık ilişkisinin hukuken geçerli olmasından söz edebilmek için aranacak diğer bir husus ise sözleşmenin oluşumunda herhangi bir geçersizlik veya iptal edilebilirlik sebebinin bulunmamasıdır. Adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi niteliği ve üçüncü kişilerle işlem yapabilme ihtimali göz önüne alındığında adi ortaklık sözleşmesindeki bir eksiklik nedeniyle gündeme gelebilecek geçersizlik sonucunu kısıtlama zorunluluğu doğmaktadır. Bu zorunluluk adi ortaklık ilişkisi gibi süreklilik arz eden borç ilişkilerinde ortakların, üçüncü kişiler nezdinde yarattığı hukuki görünüşe haklı güvenin korunması gerekliliğidir.

Eksik (sakat) ortaklık doktrini (*die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft*) hukuken geçersiz olarak kurulmuş bir adi ortaklığın geçersizliğinin sonuçları ile ilgilendir. Doktrinin konusu, geçersizliğe ilişkin emredici hukuk kurallarının uygulanması neticesinde hükümsüz kalacak olan adi ortaklık sözleşmesidir<sup>1</sup>. Burada bir örnek vermek gerekirse, bir adi ortaklık için bir ortağın katılma payı olarak maliki bulunduğu bir taşınmazın mülkiyetini getirmeyi taahhüt etmesi halinde, TMK m. 706/1 gereğince resmi şekle aykırılık o adi ortaklık sözleşmesini de geçersiz hale getirecektir. Eğer bu katılma payı ana sözleşmenin bir parçası olarak temel öneme sahipse, örneğin, ortakların bu katkı payı olmaksızın sözleşmeyi yapılmayacakları açıkça anlaşılırsa, TBK m. 27/II gereğince sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz hale gelecektir.

Adi ortaklık sözleşmesi tümüyle geçersiz ise, sözleşmelerin geçersizliğine uygulanacak hukuki esasların adi ortaklık sözleşmesi bakımından uygulanması ve sonuçlarını doğurması sorunu ortaya çıkar. Örneğin, ortaklar hâlihazırda üçüncü kişilerle sözleşmeler imzalamışsa, sözleşme tarafı olan şirketin geçersizliğinin üçüncü kişiler nezdinde ne gibi etkileri olabileceği sorunu ortaya çıkar. Bunun yanında geçersizlik nedeniyle ortaklar arasında da sorunlar çıkabilir. Ortaklık sona ermişse örneğin şirketin tasfiyesi, tasfiye payının dağıtımı gibi ortaklar arasındaki hukuki ilişkilerin nasıl çözümleneceği ayrı bir sorun teşkil edecektir. İşte, eksik (sakat) ortaklık doktrini adi ortaklığın

---

<sup>1</sup> Werner Flume, 'Gesellschaft und Gesamthand' (1972) 136 Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 177, 179; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık* (Yetkin Yayınları 2008) 119; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşmesi İlişkileri* (4th edn, Vedat Kitapçılık, 2016) 6064; Walter Fellmann and Karin Müller, *Berner Kommentar Die einfache Gesellschaft Art. 530-544 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Die einzelnen Vertragsverhältnisse* (Stämpfli 2006) Art. 530 N. 414.

hükümsüzlüğünün bu sonuçlarını, ortaklık sanki geçmişte geçerliymiş gibi varsayarak, hafifletmeye çalışır. Çalışmamızın odak noktası ise bu doktrinin tarihsel gelişimi, şartları ve sınırlarından ibarettir.

## I. GENEL OLARAK

### A. EKSİK (SAKAT) ORTAKLIK DOKTRİNİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hukuki bir eksiklikten dolayı geçersiz olan ancak yine de geçerli kabul edilen bir ortaklığa ilişkin eksik (sakat) ortaklık doktrinin kökeni Fransız şirketler hukukunda 17. yüzyıla kadar uzanmaktadır<sup>2</sup>.

Bu kurama duyulan ihtiyacın temeli, bazı ortakların kriz zamanlarında ortak oldukları ortaklıklarda kendilerini hissedar olarak değil, şirket alacaklısı olarak göstermelerine dayanıyordu. Bunun arkasındaki temel güdü ise, alacaklıların, tasfiyeden arta kalan kazancın dağıtımında hak sahibi olan ortaklara göre daha öncelikli bir şekilde ve ortaklık zararlarına katılmaksızın alacaklarını alabilmeleri<sup>3</sup>. Bu da kendilerini alacaklı olarak gösteren ortakların kriz dönemlerindeki mevduat riskini ortadan kaldırmaktaydı.

Ortakların gerçek durumlarını bu şekilde gizlemelerini engellemek amacıyla 1673 yılında Fransa kralı *XIV. Louis*, ortakların şirket hissedarlar listelerine kaydedilmesi zorunluluğunu getirdi ve bunun ihlal edilmesi halinde ise şirketin butlanına karar verileceğine ilişkin bir kraliyet emri yayınladı<sup>4</sup>. Bu düzenlemede ortaklığın hükümsüzlüğü, ortakların gerçek durumlarını gizlemesini engellemek amacıyla getirilen bir yaptırımdı. Kraliyetin bu düzenlemesine şüphe ile yaklaşan hukuk bilgini *Savary*, bir yaptırım olarak ortaklığın hükümsüzlüğünün mantıklı olup olmadığını veya bu yaptırımın sonuçlarının getirilen düzenlemenin amaçladığı korumayı sağlayıp sağlamadığı sorunu ile ilgilendi. *Savary*'a göre söz konusu yaptırım sonucunda alacaklıların tatmin edilmesi ile ortakların tasfiyeden arta kalan kazancı paylaşması arasındaki ilişki bu şekilde fiilen ortadan kalkmaktaydı. Kendini alacaklı olarak gösteren ortaklar, artık hükümsüzlük nedeniyle ortaklığın geçerli olması durumunda olacaklarından daha iyi bir konuma sahip oluyorlardı<sup>5</sup>. *Savary*, bu durumu engellemek

<sup>2</sup> August Schiebe, Die Lehre von den Handels-Gesellschaften, Nach französischen Quellen mit Berücksichtigung der gesetzlichen Verfügungen in einigen Ländern, namentlich des gemeinen preußischen und österreichischen Rechts (2nd edn, Otto August Schulz 1845) 98; Jürgen Oechsler, 'Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht' (2008) 34 Neue Juristische Wochenschrift, 2471-2472.

<sup>3</sup> Schiebe, (n 2) 97; Oechsler, (n 2) 2472.

<sup>4</sup> Ordonnance de 1673, 'Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail' Titre 4, Art. 2, 6 (Unicas, 2016) [http://webuser.unicas.it/salamone/index\\_htm\\_files/Ordonnance%201673.pdf](http://webuser.unicas.it/salamone/index_htm_files/Ordonnance%201673.pdf) accessed 04.01.2023; Schiebe, (n 2) 98.

<sup>5</sup> Schiebe, (n 2) 97; Christoph Palzer, 'Kartellbefangene Gesellschaftsverträge: Anwendungsfall der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft?' (2012) 41 (5) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 631, 634.

amacıyla ortaklığın sadece geçmiş için geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna vardı. *Savary*'ın bu yorumu Fransız hukukunda “societe de fait” (*fili şirket*) doktrinini ortaya çıkarmıştır<sup>6</sup>.

Prusya Devletleri Umumî Kanunu (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten- ALR*) m. 617 II 8 uyarınca bir ortaklık sözleşmesinin akdedilmesi yazılı şekli gerektiriyordu. Yazılı şekil şartının karşılanmaması, ALR m. 170 I 17'ye göre ortaklığın hükümsüzlüğüne yol açmaktaydı<sup>7</sup>. Hükümsüzlüğe ilişkin bu sonuç, Prusya Yüksek Mahkemesinin (*Das Preußische Obertribunal*) verdiği bir karar ile yalnızca ortaklığın alacaklılarını korumak amacıyla kısmen hafifletildi. Bu karara göre eğer ortaklık üçüncü kişilere ilan edildiyse iyi niyetli üçüncü kişiler hükümsüzlükle ilgili sonuçların olumsuz etkilerinden korunmalıydı<sup>8</sup>. Mahkeme devam eden kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.

1 Ocak 1900'de yürürlüğe giren Alman Ticaret Kanunu'nda (*Handelsgesetzbuch*) ve Medeni Kanun'da (*Bürgerliches Gesetzbuch*) da ortaklık sözleşmeleri için geleceğe etkili hükümsüzlüğe ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir<sup>9</sup>. Alman ortaklıklar hukukunda, şahıs şirketlerinin geçerliliğinin geçmişe yönelik korunmasına ilişkin hukuki adımlar daha sonraları atılmaya başlanmıştır. Ancak hâlihazırda Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da bu soruna ilişkin doğrudan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>10</sup>. Türk hukukunda buna ilişkin bir düzenleme TTK md. 353'de anonim şirketin butlanına ya da yokluğuna karar verilemez şeklinde kendine yer edinmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*) de birkaç kararında benzer konularla ilgilenmiş ancak verdiği kararlar daha çok ortakların sorumluluklarına ve katkı payını talep haklarına yönelmiştir<sup>11</sup>.

Bir ortaklığın hem iç ilişkide hem de dış ilişkide geçmişteki geçerliliğinin tanınmasını sağlayan ilk karar 1940 yılında Alman İmparatorluk Mahkemesinin dönüm noktası niteliğindeki kararıydı<sup>12</sup>. Mahkeme, tüzel şirketlerden farklı olarak adi ortaklıkların kendi tüzel kişiliğine sahip olmadığını,

<sup>6</sup> Schiebe, (n 2) 98; Oechsler, (n 2) 2472 vd.

<sup>7</sup> ‘Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 01.06.1794, Erster Theil’ (Opinio Juris) <https://opiniojuris.de/quelle/1622> accessed 02.01.2023, 117 § 170 ARL: Der Zweck der Verbindung, und das Verhältniß der Verbundenen bey und zur Erlangung desselben, müssen allemal, ohne Unterschied des Gegenstandes, durch einen schriftlichen Vertrag, bey Strafe der Nichtigkeit, festgesetzt werden. “Birliğin amacı ve ortakların bu amaca yönelik ilişkileri, her zaman, amacı ne olursa olsun, yazılı bir sözleşme ile belirlenmelidir.”

<sup>8</sup> Claudia Pörnig, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft - ein Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht verbindendes Konzept, (Humboldt-Univ., Berlin, 1998) 28; Rüdiger Servos: Die Personenhandelsgesellschaften und die stille Gesellschaft in den Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen vom ALR bis zum ADHGB, (Köln 1984) 20.

<sup>9</sup> Carsten Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturänderungen, (Mohr Siebeck 2002) 65; Pörnig, (n 8) 31 ff.

<sup>10</sup> Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band 1, Grundlagen, (C.H.Beck, München, 1980) 150.

<sup>11</sup> Carsten Schäfer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz (8th edn, C.H.BECK 2020) § 705 BGB Rn. 324.

<sup>12</sup> RG, Urteil v. 13.11.1940, Az. II 44/40 (Staatsbibliothek-Berlin 04.01.2023) <https://rgz.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/165%2Frgre165028193>; Schäfer, (n 11) § 705 Rn. 324; Wiedemann, (n 10) § 3 I 2, 150 ff.

ancak elbirliği mülkiyet nedeniyle tüzel kişilerdeki malvarlığına benzer bir şekilde şahıs şirketlerinde de "Şirket malvarlığının bağımsızlaşması" ("*Verselbstständigung des Gesellschaftsvermögens*")'nın mevcut olduğuna işaret etti. Diğer yandan mahkeme, şirket kuran ve ortak olarak hareket etmeyi kendisine görev edinen ortakların ortaklık anlaşmasının fiilen ifa edildiği süre boyunca üçüncü kişiler tarafından ortak olarak kabul edilme ve bu şekilde muamele görmeyi talep etme ve böylece karşılıklı ortaklık ilişkilerinde *-hukuken geçerli olan bir tüzel kişilikte olduğu kadar-* ortak olarak kabul edildiğini bilme hakkına sahip olmaları gerektiğine değindi<sup>13</sup>. Mahkemeye göre ortaklar, ortaklık sözleşmesindeki bir noksanlık nedeniyle ortaklık sıfatının her zaman sorgulanabilir olması riski altında olmamalıydı. Bu açıdan bakıldığında eksik (sakat) ortaklığın mahkeme kararlarında ele alınmasının başlangıç noktası, iç ilişkilerde ortakların korunmasıydı. İmparatorluk Mahkemesi daha sonraki kararlarında da istikrar ve ticarete güvenin korunması hususlarına atıfta bulunularak eksik (sakat) ortaklık doktrininin uygulanması kabul edilmiştir.<sup>14</sup>

Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof – BGH*) 1951 tarihli bir kararı ile sermaye şirketlerinin durumundan farklı olarak, şahıs şirketlerinde eksik (sakat) ortaklık doktrininin uygulanmasını bazı yönlerden kısıtlamıştır. Buna göre, hükümsüz olan bir ortaklık sözleşmesi, eğer genel halkın veya bireylerin korunmaya değer önemli menfaatleriyle çatışıyorsa, ortaklığın geçmişe yönelik olarak ayakta tutulması da mümkün değildir<sup>15</sup>. 1964 yılına kadar BGH'nin tarafların bir şirket varmışçasına hareket etmeleri nedeniyle fiili şirket (*faktische Gesellschaft*) oluşmuş varsayılacağına ilişkin kararları mevcuttur<sup>16</sup>. Ancak BGH, 1964 tarihli kararı ile fiili şirket görüşünden dönerek, eksik (sakat) ortaklık doktrininin uygulanmasının mutlaka bir sözleşmenin varlığını gerektirdiği ve fiili şirket doktrininin Alman hukukuna uygun olmadığını açıklığa kavuşturulmuş oldu<sup>17</sup>.

Türk hukuku açısından bakıldığında ise aralarında herhangi bir ortaklık bağı bulunmadığı halde fiilen ortakmış gibi hareket edilmesi halinde bir ortaklığın varlığından söz edilemeyecektir. Kanunun adi ortaklık için aradığı şartlardan bir tanesi de sözleşmesel bağıdır. Taraflar arasında herhangi bir irade

<sup>13</sup> RG, Urt. v. 13.11.1940, Az. II 44/40 (Staatsbibliothek-Berlin 04.01.2023) <https://rgz.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/165%2Frgre165028193>; Schäfer, (n 9) 74.

<sup>14</sup> RG, Urt. v. 13.10.1933, Az. III110/33 Staatsbibliothek-Berlin 03.07.2023) <https://rgz.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/142%2Frgre142017098>; Schäfer, (n 9) 72.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 24. 10. 1951 - II ZR 18/51 Neue Juristische Wochenschrift (1952) 3, 97 ff.; Georg Wiesner, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (Verlagsgesellschaft Recht u. Wirtschaft 1980) 35; Walter Stimpel, 'Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum. Gesellschaftsrecht' (1973) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1973, 73, 100; Schäfer, (n 11) § 705 Rn. 324; Wiedemann, (n 10) 151.

<sup>16</sup> Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (4th edn, Heymanns 2002) § 6 I, 138.

<sup>17</sup> BGH-Urteil v. 05.03.1964, Az. II ZR 208/61, (Prinz Law 04.01.2023) [https://www.prinz.law/urteile/bgh/II\\_ZR\\_208-61](https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_208-61).

beyanı veya iradeyi ortaya koyacak bir davranış bulunmadığı hallerde bu unsur eksik olduğundan artık bir adi ortaklığın varlığından da söz edilemeyecektir<sup>18</sup>.

## B. ORTAKLIĞIN GEÇMİŞE ETKİLİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN GETİRDİĞİ SORUNLAR

Eksik (sakat) ortaklık doktrinin tarihsel gelişimde de değinildiği üzere, şirketin hükümsüzlüğünün geçmişe etkili olmaması pratik bir ihtiyaçtan ortaya çıkmaktadır. Burada temel amaç ortaklığın hiç var olmamış sayılmasının istenmeyen sonuçlarını bertaraf etmektir. Bunun arka planında ise geriye etkili hükümsüzlüğün sonuçlarının adi ortaklık sözleşmesine uygun olmamasıdır. Hükümsüzlük sonucunun sınırlandırılması öncelikle yukarıda bahsi geçen mahkeme kararlarından farklı olarak esasen dış ilişkide gereklidir. Çünkü ortaklıklar kuruldukları andan itibaren yasal ve ticari işlemlerde aktif olacak şekilde tasarlanmışlardır. Eğer ortaklık geçmişe etkili olarak geçersiz sayılırlarsa, sanki o ortaklık hiç var olmamış gibi ele alınacaktır. Ancak bu, yasal bir belirsizlik yaratmakta ve ticaret hayatında ekonomik süreci bozmaktadır<sup>19</sup>. Türk hukukunda da buna benzer olarak “butlanın ikincilliği ilkesi” gösterilebilir. Türk Ticaret Kanunu md. 447’de yer alan butlan sebeplerinin sınırlı sayıda sayılmamasına rağmen doktrinde, bu maddede dışında kalan genel kurul kararlarının bâtil olup olmadığını, TTK md. 445’de düzenlenen iptal nedenlerinin daha genel nitelikte bir emredici hüküm olması gerekçesi ile sadece istisnai durumlarda butlan yaptırımına gidilmesini savunulmuştur<sup>20</sup>. Bu görüşün temelinde de hukuk güvenliği yer almaktadır.

Ortaklığın geçmişe dönük hükümsüzlüğü aynı zamanda ortaklık içi ilişkilerde de zorluklara yol açabilir. Örneğin ortakların getirdiği katılma paylarının durumu ve hükümsüzlüğün bunlar üzerindeki etkileri sorun teşkil eder. Ortak, geçersiz ortaklık sözleşmesine rağmen belirli bir malvarlığını ortaklığa katılma payı olarak getirirse, ortaklık hükümsüz olduğu için, mülkiyeti devredebilecek bir ortaklık bulunmadığından bu durum belirsizliklere yol açacaktır. Başka bir örnek ise adi ortaklığa katılım payı olarak emeğini getiren ortağın, ortaklığın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden sonra tasfiye aşamasında getirilen emeğin nasıl ele alınacağı sorunudur. Ayrıca, şirket varlıklarının ortaklar arasındaki dağılımı hususu da karmaşıktır. Bu yalnızca katkı paylarının dağıtılmasını değil aynı zamanda kârın dağıtılmasında da sorun çıkarır. Sözleşmenin geçersizliği

<sup>18</sup> Barlas, (n 1) 60; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, (8th edn, Dora Basım 2021), 30; Fulya İlçin Gönenç, Roma Hukuku’nda Şirket Akdi, (Der Yayınları, 2004) 141; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku, (2nd edn, Sevinç Matbaası 1973) 60; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku I, (15th edn, Vedat Kitapçılık 2021) 22; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (7th edn, Adalet Yayınevi 2021) 13.

<sup>19</sup> Schäfer, (n 9) 71 ff.

<sup>20</sup> Rauf Karasu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2012, C.18, S.2, 324; Pulaşlı, (n 18) 362.



nedeniyle ortaklık sözleşmesi ve burada yer alan kâr payı dağıtım hükümleri artık uygulanamayacağından, kâr payının sahiplerine dağıtılmasının da izlenecek yol belirsizdir. Alman hukukunda bu sorun sebepsiz zenginleşme hükümleri ile çözülmeye çalışılmışsa da, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kâr payının dağıtılması zordur. Çünkü şirketin varlıklarıyla elde edilen kârların ortaklar arasında nasıl ve hangi oranda dağıtılması gerektiği de net değildir<sup>21</sup>.

### C. EKSİK (SAKAT) ORTAKLIK DOKTRİNİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Eksik (sakat) ortaklık doktrini, tarihsel gelişimin gösterdiği gibi, pratik bir ihtiyaç nedeniyle ortaya çıkmıştır. Doktrinin asıl amacı, tamamlanmış hukuki işlemleri, alacaklıları ve ortakları korumaktır. Bu nedenle doktrinin hukuki temelleri ancak daha sonraları oluşmuştur ve bu temeller halen tartışmalıdır<sup>22</sup>.

#### 1. Hükümsüzlüğün Sonuçlarının Sınırlandırılması

Eksik (sakat) ortaklık doktrininin gerekçelendirilmesi konusunda daha önceleri hâkim olan görüş, hükümsüzlüğün sonuçlarının ortaklıklar bakımından sınırlandırılmasına ilişkin görüştür. Görüşün temelleri büyük ölçüde *Lobedanz*<sup>23</sup> ve *Hueck*<sup>24</sup> tarafından oluşturulmuştur. Bu görüşe göre, ortaklıklarda hükümsüzlüğe ilişkin sonucunun azaltılması/hafifletilmesi gerekmekte ve bu nedenle öncelikle ortaklık sözleşmesinin ve ikincil olarak ilgili ortaklıklar hukuku düzenlemelerinin uygulanması gerekir<sup>25</sup>. Gerekçe olarak ise kanun koyucunun, ortaklıklarda hükümsüzlüğün kabul edilemez sonuçlar doğuracağını öngörmemiş olması gösterilmiştir<sup>26</sup>. Yazarlara göre, şirketi tamamen hükümsüz olarak kabul etmek yerine, şirketi feshederek sözleşmeden doğan kusuru ileri sürmek daha uygun bir çözüm olacaktır. Tasfiyenin ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, şirketler hukukuna özgü tasfiye hükümlerine göre yapılması gerekir.

<sup>21</sup> Dieter Schwab, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz (5th edn, C.H.BECK 2009) § 818 Rn. 36.

<sup>22</sup> Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost, Lutz Strohn and Johannes Wertenbruch, Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: §§ 1-342e (4th edn, C.H.Beck 2020) § 105 Rn. 308; Schäfer, (n 9) 120 ff.

<sup>23</sup> Gerhard Lobedanz, Der Einfluss von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitritts-geschäfte (Junker u. Dünnhaupt 1938) 45-55.

<sup>24</sup> Alfred Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt (4th edn, Walter de Gruyter 1971) § 7 III 1 a, b, 82-87.

<sup>25</sup> Hueck, (n 24) § 7 III 1 a, b, 82-87; Wiesner, (n 15) 54.

<sup>26</sup> Schäfer, (n 11) § 705 Rn. 349.

## 2. Dış İlişkide Hukuki Görünüşe Haklı Güven Nedeniyle Sorumluluk

Ortaklığın hükümsüzlüğünün sonuçlarının sınırlandırılması teorisi ile ilgili sorunlar göz önüne alındığında, eksik (sakat) ortaklık doktrinini dış ilişkilerde mevcut yasal bir sorumlulukla değiştirme çabaları mevcuttu. Bu düşünceyle ortaya çıkan başka bir görüşe göre, ortaklık içi ilişkilerde eksik (sakat) ortaklık doktrinin uygulanması için herhangi bir hukuki gerekçe bulunmamaktadır. Bunun yerine daha çok ortaklığın dış ilişkilerdeki hukuki sorumluluğuna genel ilkelerin uygulanması gerektiği savunulmuştur<sup>27</sup>. İç ilişkide ya sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalı ya da elbirliği mülkiyetin ortaya çıktığı durumlar nedeniyle sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı talepler yeniden şekillendirilmeliydi. Ancak, daha önce de açıklandığı gibi, hukuki sorumluluk, iç veya dış ilişkideki sorunları içerik olarak dogmatik ve inandırıcı bir şekilde çözememektedir. Öte yandan dış ilişkide sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması ne metodolojik olarak ne de kamunun ve ortaklığın geçerliliğine güvenen alacaklıların meşru menfaatleri açısından uygun düşmektedir. Bu nedenle ortaklar dış ilişkide üçüncü kişilere karşı hukuki görünüşe haklı güven nedeniyle (*Rechtsscheinhaftung*) nedeniyle sorumlu olmalıdır<sup>28</sup>.

## 3. Ortaklık Sözleşmelerinin Çifte Karaktere Sahip Olması

Eksik (sakat) ortaklık doktrinine ilişkin olarak literatürde ağırlıklı olarak savunulan görüş ise ortaklık sözleşmelerinin çift karakterli bir yapıya sahip olduğudur. *Flume*'un öncüsü olduğu bu görüşe göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerle ortaklık sözleşmesi karşılaştırıldığında ortaklık sözleşmesinin bunlardan farklı olarak kendine has özellikleri vardır<sup>29</sup>. *Flume*'a göre, bir ortaklık sözleşmesinin biri borçlar hukukuna dayalı tarafı, diğeri ise organizasyon yaratan sosyal hukuksal tarafı olmak üzere çift karakteri vardır<sup>30</sup>. Bu, bir ortaklık sözleşmesini edim değişimini amaçlayan sıradan bir mübadele sözleşmesinden ayırır. Ortaklar arasındaki ilişkiler yalnızca sözleşmesel niteliktedir. Ortaklık sözleşmesi ve ortakların ortaklığa karşı ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan doğan hak ve yükümlülükleri ise kişisel niteliktedir. Kişisel yükümlülükler temelinde ortaya çıkan organizasyon yapısı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin geçersizliğine ilişkin hükümlerin

<sup>27</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (C.H.Beck 1971-Unveränderter Nachdruck 1981) 120 ff.; Jürgen Rödig, *Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag* (De Gruyter 1972) 61 ff.; Hansjörg Weber, *Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft* (Duncker&Humboldt 1977)159 ff.

<sup>28</sup> Rödig, (n 27) 59-65; Joachim Schulze-Osterloh, *Das Prinzip der Gesamthänderischen Bindung* (C.H.Beck 1972) 272-275; Weber (n 27) 94-104.

<sup>29</sup> Flume, (n 1) 179; Şener, (n 1) 119; Barlas, (n 1) 64; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 N. 414.

<sup>30</sup> Peter Ulmer, 'Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg?' (1978) *Festschrift für Werner Flume*, Bd. II 301, 311; Wiesner, (n 15) 82; Barlas, (n 1) N. 129-130.

uygulanması makul değildir<sup>31</sup>. Çünkü hükümsüzlük veya fesih sebepleri, organizasyonel ilişkilere göre değil iki taraflı hukuki işlemlere göre düzenlenmiştir. Sadece organizasyonel ilişki ile ilgili olmayan talepler için bir istisna vardır. Ortakların bireysel hak ve talepleri ve birbirlerine karşı yükümlülükleri, örneğin kârın dağıtımını gibi hususlar hükümsüzlüğün hukuki sonuçlarından etkilenmeye devam edecektir<sup>32</sup>.

## II. EKSİK (SAKAT) ORTAKLIK DOKTRİNİN UYGULANMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLARI

Eksik (sakat) ortaklık doktrininin uygulanması, bir şirketin “eksik” olarak kurulmuş olmasını, yani ortaklık sözleşmesinin genel hükümler uygulandığında hükümsüzlüğe yol açan bir eksiklik içermesini gerektirir. Tümüyle geçersiz bir ortaklık sözleşmenin bulunması ve sözleşme hükümlerinin fiilen uygulanmaya başlanması halinde eksik (sakat) ortaklık kuralları uygulama alanı bulur. Öğretide bu iki şart üzerinde bir görüş birliği vardır.<sup>33</sup> Öte yandan, eksik (sakat) ortaklığın geçerli olarak tanınması için aranan diğer bir husus ise ortaklık sözleşmesinin geçersizliğinin genel kamunun veya bireylerin korunmaya değer önemli menfaatleri ile çatışmamasıdır<sup>34</sup>.

### A. GEÇERSİZ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

Sözleşme, adi ortaklığın temeli ve unsurlarından bir tanesidir. Adi ortaklık sözleşmesi ile ortaklar arasında bir ortaklık ilişkisi kurulmakta, ortakların birlikte çalışmalarını ve müşterek amaca ulaşılması sağlanmaktadır. Eksik (sakat) ortaklığa ilişkin kuralların uygulanması için birinci ve temel şart, tarafların kendi irade beyanlarına dayanarak geçersiz de olsa bir ortaklık sözleşmesini akdetmesidir<sup>35</sup>. Yukarıda da değinildiği üzere sadece kişilerin ortakmışçasına hareket etmesini ortaklığın kurulması için yeterli gören fiili şirket (*faktische Gesellschaft*) doktrini artık geçerli değildir. Bir hukuki ilişkiye dayanmayan tamamen kişilerin ortakmışçasına hareket etmesi nedeniyle ortaya çıkan fiili şirkete eksik (sakat) ortaklığa ilişkin kuralların uygulanmasının haklı bir gerekçesi de

<sup>31</sup> Ulmer, (n 30) 312.

<sup>32</sup> Ulmer, (n 30) 312.

<sup>33</sup> Markus Roth, Beck'sische Kurz Kommantare, Band 9, Handelsgezetzbuch, Klaus J. Hopt/Adolf Baumbach, (39th edn, 2020 München) § 105 BGB, Nr. 79; Schmidt, (n 16) 147; Julius von Staudinger and Stefan Habermeier, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 705-740 (Sellier / de Gruyter 2003) § 705 Rn. 64-65; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530, Nr. 680; Barlas, (n 1) N.118-119.

<sup>34</sup> Roth, (n 33) § 105 BGB, Nr. 75; Schmidt, (n 16) 147.

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 28. 11. 1953 - II ZR 188/52 (Hamburg) (1954) 6 Neue Juristische Wochenschrift 231; Walther Hadding and Erik Kießling, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 11/1, Schuldrecht 9/1: §§ 705-758 BGB (13th edn, Kohlhammer 2011) § 705 Rn. 72; Staudinger and Habermeier, (n 33) § 705 Rn. 65.

bulunmaz<sup>36</sup>. Ancak kişilerin bir şirket görünümü yaratması halinde, hukuki görünüme haklı güven nedeniyle sorumluluk ilkesi gereğince iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması düşünülebilir. Çünkü fiili şirket durumunda kişiler kurumsal bir ilişki istemedikleri konusunda hemfikir olduklarından, onları şirket içi ilişkilerde şirketler hukuku kurallarına tabi kılmak için bir sebep yoktur. Bunun temelinde de tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları yani hukuki işlemin muvazaalı olarak kurulmuş olmasıdır. Türk hukukunda da benzer bir düzenleme TTK m. 27/II'de yer almaktadır. Ancak maddede yer alan düzenleme bir ticari işletmenin varlığına ilişkin üçüncü kişilerde oluşan hukuki görünüşü koruma amacı gütmemektedir.

Tarafların bir ortaklık ilişkisi kurma iradelerini içeren bu ortaklık sözleşmesinin aynı zamanda geçersiz olması gerekir. Geçersizliğin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlikten kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir. Önemli olan sözleşmenin tamamen geçersizliği sonucuna varılan bir halin mevcut olmasıdır<sup>37</sup>. Bu geçersizlik kanuna veya genel ahlaka aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi hata, hile veya tehdit gibi irade sakatlıkları nedeniyle iptal edilebilirlikten veya ehliyet eksikliği, şekil eksikliği veya baştaki hukuki imkânsızlıktan da kaynaklanabilir<sup>38</sup>. Bir ortaklık sözleşmesinin yalnızca münferit hükümlerinin hükümsüzlüğü tüm ortaklık sözleşmesinin geçersizliğine yol açmaz. Bu halde, eksik (sakat) ortaklık doktrinini uygulanmayacak ve söz konusu hükmün geçersizliği nedeniyle meydana gelen sözleşme boşluğu sözleşmenin yorumu yoluyla doldurulacaktır<sup>39</sup>. Elbette TBK m. 27/II-2'de belirtilen bir halin mevcudiyeti sözleşmenin tamamen geçersizliğine yol açabilecektir.

## 1. Kesin Hükümsüzlük Sebepleri

Ortaklık sözleşmesinin kesin hükümsüzlük sebebi içerip içermediği genel hükümlere göre tespit edilir. Ortaklarca ortaklık sözleşmesinde belirtilen amaç veya fiilen izlenen şirket amacı hukuka aykırı, ahlaka aykırı veya konu bakımından imkânsız ise ortaklık sözleşmesi geçersizdir. Aynı sonuç, ortaklık sözleşmesi hukuka aykırı olan amacın kendisi içermese de bu amacı onu takip etme zorunluluğu içermesi halinde de geçerlidir. Ortakların ortaklık amacının hukuka aykırı olduğunun

<sup>36</sup> Johann Kindl, Gesellschaftsrecht (2nd edn, Nomos 2019) 141; Barlas, (n 1) N.118-119.

<sup>37</sup> Barlas, (n 1) 73; Şener, (n 1) 96 vd; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırcı, Şirketler Hukuku Cilt 1: Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri, (1st edn, Onikilevha 2021) Nr. 141.

<sup>38</sup> Ulrich Bälz, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV (3th edn, C.H.Beck 2009) § 100, Rn. 135 ff.

<sup>39</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 52.

farkında olup olmamaları önemli değildir<sup>40</sup>. Ortaklık sözleşmesindeki hükümsüzlük sebebinin başlangıçta mevcut olmaması, ancak daha sonra ortaya çıkması halinde de sözleşme hükümsüzdür<sup>41</sup>. Türk hukuk açısından bakıldığında bu kesin hükümsüzlük sebepleri ehliyetsizlik, şekil noksanlığı, muvazaa, kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık ve imkânsızlık hallerinde gündeme gelebilecektir<sup>42</sup>.

Adi ortaklık sözleşmesinin kesin hükümsüz hale geldiği hallerden bir tanesi de sözleşmenin mutlak muvazaalı olarak yapılması halidir. Eğer adi ortaklık sözleşmesi mutlak muvazaalı olarak yapılmışsa adi ortaklık sözleşmesi hüküm doğurmayacak ve kesin hükümsüz olacaktır<sup>43</sup>. Ancak sözleşme eğer nispi muvazaa şeklinde yapılmışsa ve tarafların gizlemek istediği işlem kanunun öngördüğü şekil ve esas şartları taşıyorsa, adi ortaklık sözleşmesi tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu sürece geçerli olarak kabul edilecektir<sup>44</sup>. Muvazaalı adi ortaklık sözleşmesine doktrinde verilen örneklerden bir tanesi, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının başka bir kişiyle bu işyerini işletmek amacıyla adi ortaklık kurması halidir<sup>45</sup>. Eğer kiracı, bu adi ortaklık sözleşmesini sadece kira konusu taşınmazı diğer ortağa kullandırma/devir amacıyla yapmışsa görünüşteki sözleşme muvazaa nedeniyle geçersiz hale gelecektir.

## 2. İptal Edilebilirlik

Adi ortaklık sözleşmesi kurulurken ortakların irade beyanlarının oluşumunda yanıltma, aldatma veya korkutma nedeniyle bir sakatlık mevcut olmamalıdır. Ortaklık sözleşmesi de ortaklardan bir tanesinde meydana gelecek irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir. İrade sakatlığı mevcutsa artık ortaklık sözleşmesi tek taraflı olarak bağlayıcı değildir. İptal edilebilirlik sebepleri ortaklık sözleşmesinin akdedildiği tarihteki olgularla ilgilidir. Hükümsüzlük sebeplerinden farklı olarak iptal edilebilirlik sebepleri ya baştan vardır ya da yoktur. Ancak, fesih sebeplerinin daha sonra ortaya çıkması halinde, haklı nedenle fesih gündeme gelebilir<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 52.

<sup>41</sup> Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 N 673 ff.

<sup>42</sup> Karayalçın, (n 18) 63; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (n 18) 57; Barlas, (n 1) 72; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I (11th edn, Vedat Kitapçılık 2013) 140.

<sup>43</sup> Oğuzman ve Öz, (n 42) 135.

<sup>44</sup> Şener, (n 1) 79 vd.

<sup>45</sup> Şener, (n 1) 82 vd.; Ahmet Ayar, Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, (Filiz Kitapevi, 2019) 28.

<sup>46</sup> Lukas Handschin and Reto Vonzun, Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (4th edn, Schulthess 2009) Art. 530 N 2.

İptal edilebilirlik sebebi olarak ilk akla gelen husus hata nedeniyle oluşan irade sakatlığıdır. Ortakların kişisel özellikleri konusundaki hata, ortaklar arasında özel bir güven ilişkisi gerektiren adi ortaklıkta önem taşıyan bir husustur<sup>47</sup>. Bunun haricinde yanıltma ve tehdit de bir iptal edilebilirlik sebebi olarak gösterilebilir. Eğer adi ortaklık sözleşmesi iki kişi arasında yapılmışsa sözleşmenin TBK m. 39 gereğince sona erdirilmesi gerekecektir<sup>48</sup>. Ancak adi ortaklık sözleşmesi birden fazla ortak arasında kurulmuşsa doktrindeki hâkim görüşe göre TBK m. 27/II uygulama alanı bulabilecektir<sup>49</sup>. Buna göre, ortaklık sözleşmesi iradesi sakatlanan ortak tarafından iptal edilir ve bu ortak olmaksızın ortaklık sözleşmesinin diğer ortaklar arasında akdedilmeyeceği sonucuna varılıyorsa artık o adi ortaklık sözleşmesi tamamen hükümsüz hale gelecektir<sup>50</sup>. Sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü sonucuna varılan hallerde ise eksik (sakat) şirket doktrini uygulama alanı bulacak ve ortaklık ileriye etkili olarak sona erecektir<sup>51</sup>. Ancak eğer adi ortaklık sözleşmesinin yorumundan, iptal edilebilirlik sebebini ileri süren ortak olmasaydı dahi diğer ortakların yine de bu sözleşmeyi yapacağı sonucuna ulaşılabilirse, “sübjektif kısmi hükümsüzlük” söz konusu olacaktır ve adi ortaklık sözleşmesi diğer ortaklar arasında varlığını sürdürecektir<sup>52</sup>.

Ancak gabin hususunda birkaç farklılık mevcuttur. Acil bir durumdan, karşı tarafın deneyimsizliği veya dikkatsizliğinden yararlanılarak ortaklık sözleşmesinin kurulduğu iddia edilmişse ve edim ile bedel arasında bariz bir orantısızlık varsa, ortaklık sözleşmesine itiraz edilmesi gündeme gelebilir<sup>53</sup>. Ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklı olarak ortaklık sözleşmesinde edim ile bedel arasında uyumsuzluk olup olmadığının tespiti daha zordur. Çünkü hukuki düzenlemeler taraflara kendi iç ilişkilerini şekillendirmede büyük bir hareket alanı bırakmaktadır. Bu nedenle ortaklar arasındaki dengesizlik şirketler hukukunun izin verdiği çerçevede ise gabinden söz edilemeyecektir<sup>54</sup>. Türk hukukunda da gabine ilişkin hükümlerin sadece ortaklardan birinin getirdiği katılım payı ile kazanca ortaklığı arasında bariz ve ciddi bir farklılık olduğu durumlarda uygulanabileceği yönünde görüş mevcuttur<sup>55</sup>. TBK md. 28'e göre gabinin varlığından söz edebilmek için ise öncelikle karşılıklı edimler içeren bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalıdır. Ancak adi ortaklık

<sup>47</sup> Handschin and Vonzun, (n 46) Art. 530 N 273.

<sup>48</sup> Oğuzman ve Öz, (n 42) 125 vd.

<sup>49</sup> Karayalçın, (n 18) 65; Soysal Özenli, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, (Kazancı Hukuk Yayınları 1988) 42, Şener, (n 1) 79; Barlas, (n 1) 72-73.

<sup>50</sup> Karayalçın, (n 18) 65; Şener, (n 1) 79; Barlas, (n 1) 72-73.

<sup>51</sup> Barlas, (n 1) 74; Şener, (n 1) 78 vd; Karayalçın, (n 18) 65.

<sup>52</sup> Schäfer, (n 11) §705, Rn. 54; Hueck, (n 24) 77; Karayalçın, (n 18) 65; Barlas, (n 1) N. 140.

<sup>53</sup> Barlas, (n 1) 72; Karayalçın, (n 18) 63.

<sup>54</sup> Handschin and Vonzun, (n 46) Art. 530 / V. - VI. N 277.

<sup>55</sup> Y. Ümit Doğanay, Adi Şirket Akdi, Akdin unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü (Kutulmuş Matbaası 1968) 90; Karayalçın, (n 18) 63; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (n 18) 57; Barlas, (n 1) 72; Oğuzman ve Öz, (n 42) 140.

ilişkisinde ortakların getirdikleri katılım paylarının eşit olmaması bir aşırı yararlanma teşkil etmez. TBK md. 28'in uygulama alanı bulabileceği hal, arslan payı ortaklığının yani ortakların getirdiği katılım payı ile kazanca katılım arasında büyük bir dengesizliğin mevcut olduğu hal olarak örnek gösterilebilir<sup>56</sup>.

## B. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN FİLEN UYGULANMAYA BAŞLANMIŞ OLMASI

Eksik (sakat) şirketin kuruluştaki mevcut eksikliklere rağmen geçerli olarak kabul edilmesinin ikinci ön koşulu, ortaklık sözleşmesi hükümlerinin fiilen uygulanmaya başlanmış olmasıdır. Sözleşmenin uygulanmaya başlanması sadece hazırlık işlemleri kapsamında da olsa, ortaklığın ortakların onayı ile üçüncü kişilere karşı faaliyetlerine başlamasıyla gerçekleşir<sup>57</sup>. Ticaret şirketlerinden farklı olarak adi ortaklıkta bu durum ticaret siciline kayıt ile bağlı değildir. Bunun yanında, bazı hallerde ortakların yalnızca iç ilişkiyi etkileyen eylemleri de sözleşmenin fiilen uygulanması olarak nitelendirilebilir. Özellikle, katkı paylarının ifası yoluyla bir elbirliği mülkiyeti oluşmuşsa, bu eksik (sakat) ortaklığa ilişkin kuralların uygulanması için yeterlidir<sup>58</sup>.

## C. KORUNMAYA DEĞER BAŞKACA MENFAATLERİN ÖNCELİK TAŞIMAMASI

Olumsuz bir önkoşul olarak, ortaklığın hükümsüzlüğünün ileri sürüldüğü ana kadar geçerli olarak kabul edilmesi için, genel kamunun veya tarafların korunmaya değer belirli ve daha ağır basan menfaatleriyle çakışmaması gerekir<sup>59</sup>. Ortaklığın hukuken yasaklanmış veya ahlaka aykırı amaçlara hizmet etmesi ve geçmişe etkililik nedeniyle kamunun çıkarlarını zedeleyerek hukuk sisteminde çelişkilere yol açacak olması halinde, eksik (sakat) ortaklık ilkelerinin uygulanmaması gerekir<sup>60</sup>. Bu nedenle eksik (sakat) ortaklık ancak hukuk sisteminin ortaklığın varlığını hukuken yasaklayarak engellemek istememesi ve bu nedenle de geriye dönük hükümsüzlüğü zorunlu kılmaması durumlarında uygulama alanı bulur.

<sup>56</sup> Doğanay, (n 55) 90; Ayar, (n 45) 30.

<sup>57</sup> BGH-Urteil v. 13.11.1940, Az. II 44/40 (Staatsbibliothek-Berlin 04.01.2023) <https://rgz.staatsbibliothek-berlin.de/judgments/165%2Frgre165028193>; Schäfer, (n 9) 157 ff.; Peter Ulmer, *Handelsgesetzbuch Großkommentar / begr. von Hermann Staub: Bd. 2: §§ 105 – 237* (4th edn, De Gruyter 2004) § 705, Rn. 331; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 698.

<sup>58</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 331; BGH-Urteil v. 12.05.1954 - II ZR 167/53 (Prinz Law 04.01.2023) [https://www.prinz.law/urteile/bgh/II\\_ZR\\_167-53](https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_167-53); Roth, (n 33) § 105 BGB, Nr. 75; Schmidt, (n 16) 147; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530, Nr. 680; Barlas, (n 1) 73; Karayalçın, (n 18) 65; Şener, (n 1) 78 vd.

<sup>59</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 351 ff.; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 699.

<sup>60</sup> Hueck, (n 24) § 7 III 4a; Ulmer, (n 57) § 705, Rn. 334; Wiesner, (n 15) 130 ff.

Ayrıca, bazen de hukuken öncelik taşımayan ancak yine de kişilerin korunmaya menfaatleri bu doktrinin uygulanmasına engel olabilir. Bu hallerde, eksik (sakat) ortaklık teorisinin tamamen reddedilmesi yerine sadece korunmaya değer menfaati olan kişinin ortaklık dışında tutulması yeterli olacaktır<sup>61</sup>. Doktrindeki hâkim görüşe göre özellikle korunmaya layık olan ve menfaatleri geçersiz bir ortaklığın hukuken geçmişe yönelik olarak geçerli bir şekilde tanınmasından üstün gelenler yasal olarak ehliyetsiz ve sınırlı ehliyete sahip gerçek kişilerdir. Bu görüşe göre, ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetlilerin eksik (sakat) ortaklık teorisi nedeniyle geriye etkili olarak sahip olacakları ortak sıfatlarından dolayı herhangi bir zarara uğramaması gerektiği kabul edilmektedir. Gerçekten de özel olarak korunmaya değer bir menfaatin bulunması durumunda bu menfaate tanınan ayrıcalık gereği geçersizliğin kanuni koşullarından ayrılmak mümkün değildir<sup>62</sup>.

Bu ihtimalde kalan ortaklar arasındaki ilişkinin nasıl devam edeceği hususu tartışmalıdır. Literatürün bir bölümü, ortaklığın yalnızca geri kalan ortaklar arasında kurulmuş olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur<sup>63</sup>. Aksi görüşteki yazarlar ise ortaklık sözleşmesindeki geçersizliğin aslında bu ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli küçüğün katılımı nedeniyle doğduğu düşüncesinden yola çıkarak, ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetli küçüğün de ortak olarak sözleşmeye katıldığını ancak bunların ortaklığın hükümsüzlüğü nedeniyle doğacak dezavantajlı yasal sonuçlardan muaf tutulması gerektiğini de düşünmektedir<sup>64</sup>.

### III. EKSİK (SAKAT) ORTAKLIK DOKTRİNİN SONUÇLARI

#### A. GENEL OLARAK

Eksik (sakat) ortaklık ilkelerinin uygulanmasına ilişkin ön koşullar yerine gelmişse ortaklık hem iç ilişkide hem de dış ilişkide ortaklık sözleşmesindeki geçersizlik sebebi ileri sürülünceye kadarki süre için geçmişe yönelik olarak geçerli sayılacaktır<sup>65</sup>. Bu nedenle geçersizlik sebebi ileriye sürülene dek, iç ilişkide ortaklarca yapılan anlaşmalar geçerlidir. Ortakların hak ve yükümlülükleri her ne kadar geçersiz olsa da ortaklık sözleşmesine dayanmaktadır ve ortakların sadakat yükümlülüğü devam

<sup>61</sup> Hueck, (n 24) § 7 III 4c; Ulmer, (n 57) § 105, Rn. 335ff.

<sup>62</sup> Barlas, (n 1) 141.

<sup>63</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 335 ff; Jens Koch, Gesellschaftsrecht (12th edn, C.H.Beck 2021) §5 Rn. 18.

<sup>64</sup> Friedrich Kübler and Heinz-Dieter Assmann: Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen (6th edn, C.F.Müller 2006) §26 IV 4.

<sup>65</sup> Ulmer, (n 57) § 705, Rn. 343; Wiesner, (n 15) 122; Barlas, (n 1) N. 118 ve N.141; Şener, (n 1) 96 vd; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 708.



eder<sup>66</sup>. Sözleşmeye aykırı davranan ortaklar, ortaklık ve diğer ortaklar nezdinde doğacak zararlardan sorumlu tutulabilecektir. Burada tek istisna, ortaklığın iç ilişkilerinde var olan bir düzenlemenin kısmi geçersiz olması ve bu geçersizliğin ortaklık sözleşmesinin tümünde bir etki doğurmayacak olması halinde, her ne kadar ortaklık geçerli sayılacak olsa da bu kısmi geçersizlik dikkate alınmayacaktır<sup>67</sup>.

Eksik (sakat) ortaklık teorisinin getirdiği bu sonuçlar, ortaklık sözleşmesinin tamamen hükümsüzlüğüne yol açmayacak olan kısmı için etkili olmayacaktır. Çünkü kısmi geçersizlik hallerinde ortaklığın geçmişe yönelik geçerliliğini sağlama amacıyla hareket etmek yersizdir. Kısmi geçersizlik hallerinde sözleşmeyi yorumu ve tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanması daha iyi sonuçlar verecektir<sup>68</sup>. Sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle ortaklık sona ererse ortaklığın genel hükümlere göre tasfiyesi gerekir<sup>69</sup>.

## B. ÖZEL DURUMLAR

### 1. Yeni Ortağın Katılması

Mevcut bir adi ortaklığa yeni ortağın katılması için TBK m. 632/I gereğince mevcut tüm ortakların rızası gereklidir. Ortaklığa kabul sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi ortaklıklar hukukuna ilişkin emredici hükümlere ve temel ilkelere aykırı olmamalıdır. Bu sözleşmenin kurulması sırasında da yukarıda ele alınan kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik sebepleri gerçekleşmiş olabilir. İşte bu hallerde de fiilen uygulanmaya başlanmış geçersiz ortaklık sözleşmesine uygulanan kurallar aynı şekilde geçersiz fakat icrasına başlanmış olan ortaklığa kabul sözleşmesine de uygulanacaktır<sup>70</sup>. Ortaklık sözleşmesi hem iç hem de dış ilişkide fiilen icra ediliyorsa yeni ortak alınmasına ilişkin sözleşmenin ayrıca fiilen icra edilip edilmediği önem taşımaz<sup>71</sup>. Böylelikle ortaklığa kabul geçersiz olduğu halde sözleşme fiilen uygulanmaya başlanmışsa ve kamu yararı veya zayıf durumdaki kişilerin menfaatinin korunması gerekmiyorsa, geçersizlik kural olarak iç ve dış ilişkide ileriye etkili sonuç doğuracaktır<sup>72</sup>. Benzer şekilde, eksik (sakat) bir ortaklığa geçerli şekilde yeni ortak alınması ihtimalde de yeni ortak, sakat ortaklıkta ortak sıfatını kazanmış olur<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Schäfer, (n 11) §705 Rn. 354.

<sup>67</sup> Hadding and Kießling (n 35) §105 Rn. 83; Hueck, (n 24) § 7 III 2a; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 709.

<sup>68</sup> Ulmer, (n 57) § 705, Rn. 344; Wiesner, (n 15) 124.

<sup>69</sup> Hadding and Kießling, (n 35) §105 Rn. 78; Staudinger and Habermeier, (n 33) §705 Rn. 67; Hueck, (n 24) 92; Wiesner, (n 15) 128; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 717.

<sup>70</sup> Hueck, (n 24) 99; Schäfer, (n 11) §705, Rn. 379; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 721; Kendigelen ve Kırcı, (n 37) Nr. 14.

<sup>71</sup> Schäfer, (n 9) 311; Schäfer, (n 11) §705, Rn. 380; Fellmann and Müller, (n 1) Art. 530 Rn. 721.

<sup>72</sup> Hueck, (n 24) 99; Schäfer, (n 11) §705, Rn. 379.

<sup>73</sup> Hueck, (n 24) 99.

## 2. Ortaklıktan Çıkma/Çıkarılma

Adi ortaklığa yeni ortağın katılmasında olduğu gibi ortaklardan birinin kendi isteğiyle çıkması veya diğer ortakların oybirliğiyle aldıkları karar neticesinde çıkarılmasına ilişkin sözleşmeler kesin hükümsüz veya iptal edilebilir olabilir. Burada önemli olan husus ortağın çıkarılmasındaki geçersizliğin ortaklık organizasyonu ile ilgili olması gerektiğidir<sup>74</sup>. Bunun haricinde ortaklıktan çıkma üzerine ilgili ortağa ödenecek tasfiye payı ve diğer ödemeler bu kapsamda değildir. Çünkü bu hallerde geçersizlik nedeni ortaklıklar hukuku kapsamındaki çıkma/çıkarılmayı etkilememektedir. Eğer geçersizlik ortaklık organizasyonun etkiliyor ise, sözleşme geçersiz olduğu halde fiilen uygulanmaya başlanmışsa ve kamu yararı veya zayıf durumdaki kişilerinin menfaatinin korunması gerekmiyorsa, geçersizlik kural olarak iç ve dış ilişkide ileriye etkili sonuç doğuracaktır<sup>75</sup>.

## SONUÇ

Adi ortaklık ilişkisi, diğer ortaklık türlerinden farklı olarak kişi unsurunun daha çok ağır bastığı ve sermaye unsurunun kişi unsuruna nazaran daha arka planda kaldığı bir ortaklık yapısına sahiptir. Adi ortaklığın bu özelliği, tarihsel süreçte, ortakların üçüncü kişilere karşı bu yapıyı kötü niyetli şekilde kullanmaları ile tartışma konusu olmuştur. Özellikle eksik (sakat) ortaklık doktrinin kökeni olan Fransız hukukunda, bazı ortakların kriz zamanlarında ortak oldukları ortaklıklarda kendilerini hissedar olarak değil, şirket alacaklısı olarak göstermeleri ve bu düzenlemeye uymamaya ortaklığın butlanı yaptırımını getirilmesi, adi ortaklığın geçmişe ve geleceğe yönelik hükümsüzlüğünün hukuki güvenlik açısından yerinde olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirmiştir. Öyle ki, ortaklıkların geçmişe etkili olarak geçersiz sayılması nedeniyle o ortaklık hiç var olmamış gibi ele alınmakta ve bu da yasal bir belirsizlik yaratmakta ve ticaret hayatında ekonomik süreci bozmaktaydı.

Eksik (sakat) ortaklık doktrini, yasal bir belirsizlik ortadan kaldırma ve ticaret hayatında ekonomik süreci düzenlemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu nedenle doktrinin temelleri daha sonradan oluşmuştur. Doktrinindeki bazı yazarlar ortaklıklarda hükümsüzlüğe ilişkin sonucunun azaltılması/hafifletilmesi gerekmekte olduğunu ve bu nedenle öncelikle ortaklık sözleşmesinin ve ikincil olarak ilgili ortaklıklar hukuku düzenlemelerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak karşı görüşteki yazarlar ortaklık içi ilişkilerde eksik (sakat) ortaklık doktrinin uygulanması için

<sup>74</sup> Schäfer, (n 11) §705, Rn. 383.

<sup>75</sup> Schäfer, (n 11) §705, Rn. 383.

herhangi bir hukuki gerekçe bulunmadığını ve bu nedenle bu sınırlandırmanın sadece dış ilişkide geçerli olması gerektiğini savunmuştur. Literatürdeki baskın görüş ise, bir ortaklık sözleşmesinin biri borçlar hukukuna dayalı tarafı, diğeri ise organizasyon yaratan sosyal hukuksal tarafı olmak üzere çift karakteri vardır. Fakat hükümsüzlük veya fesih sebepleri, organizasyonel ilişkilere göre değil iki taraflı hukuki işlemlere göre düzenlenmiştir. Bu nedenle kişisel yükümlülükler temelinde ortaya çıkan organizasyon yapısı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin geçersizliğine ilişkin hükümlerin uygulanması makul değildir.

Eksik (sakat) ortaklık doktrini, geçersizlik hallerinin tümünde uygulama alanı bulmaz. Öncelikle bir ortaklığın eksik olarak kurulmuş olması, yani ortaklık sözleşmesinin genel hükümler nedeniyle hükümsüzlüğe yol açan bir eksiklik içermesini gerekir. Tümüyle geçersiz bir ortaklık sözleşmenin bulunması ve sözleşme hükümlerinin fiilen uygulanmaya başlanması halinde eksik (sakat) ortaklık kuralları uygulama alanı bulur. Bunun yanında, eksik (sakat) ortaklığın geçerli olarak uygulanabilmesi için ortaklık sözleşmesinin geçersizliğinin genel kamunun veya bireylerin korunmaya değer önemli menfaatleri ile çatışmaması aranmaktadır. Eğer ortaklık, hukuken yasaklanmış veya ahlaka aykırı amaçlara hizmet etmesi halinde geçmişe etkililik nedeniyle kamunun çıkarlarını zedeleyerek hukuk sisteminde çelişkilere yol açacak ise, eksik (sakat) ortaklık doktrini uygulanmayacaktır.

Eksik (sakat) ortaklık ilkelerinin uygulanmasına ilişkin şartlar mevcut ise ortaklık hem iç ilişkide hem de dış ilişkide ortaklık sözleşmesindeki geçersizlik sebebi ileri sürülünceye kadarki süre için geçmişe yönelik olarak geçerli sayılacaktır. Bu durum mevcut bir adi ortaklığa yeni ortağın katılması veya mevcut bir ortağın adi ortaklıktan çıkması veya çıkarılması halinde de uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu hallerde de geçersizliğin ortaklık organizasyonunu etkilemesi, sözleşme geçersiz olduğu halde fiilen uygulanmaya başlanmış ve kamu yararı veya zayıf durumdaki kişilerinin menfaatinin korunması gerekmiyor olması aranacaktır.

**KAYNAKÇA**

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 01.06.1794, Erster Theil (Erişim Tarihi: 02.01.2023) <https://opiniojuris.de/quelle/1622>.

Ayar A, Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler (Filiz Kitapevi, 2019).

Bälz U, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV (3th edn, C.H.Beck 2009)

Barlas N, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşmesi İlişkileri (4th edn, Vedat Kitapçılık 2016).

Bilgili F ve Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (8th edn, Dora Basım 2021).

Canaris C, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (C.H.Beck Nachdruck 1981).

Doğanay Y, Adi Şirket Akdi, Akdin unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü (Kutulmuş Matbaası 1968).

Ebenroth C, Boujong, K., Joost, D. and Strohn, L., Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: §§ 1-342e (4th edn, C.H.Beck 2020).

Fellmann W and Müller K, Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Stämpfli 2006).

Flume W, “Gesellschaft und Gesamthand” (1972) 136 Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 177.

Hadding W and Kiessling E, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 11/1, Schuldrecht 9/1: §§ 705-758 BGB (13th edn, Kohlhammer 2011).

Handschin L and Vonzun R, Zürcher Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (4th edn, Schulthess 2009).

Hueck A, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: Systematisch Dargestellt (4th ed., Walter 1971).

İlçin Gönenç F, Roma Hukuku’nda Şirket Akdi (Der Yayınları, 2004).

Jürgen R, Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag (De Gruyter 1972).

Karasu R, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi” (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 311.

Karayalçın Y, Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku- A. Giriş-Adi Şirket Ticaret Şirketleri (2nd edn, Sevinç Matbaası 1973).

Kendigelen A ve Kırca İ, Şirketler Hukuku Cilt 1: Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri, (1st edn, Onikilevha 2021).

Kindl J, Gesellschaftsrecht (2nd edn, Nomos 2019).

Koch J, Gesellschaftsrecht (12th edn, C.H.Beck 2021).

Kübler F and Assmann H, Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen (6th edn, C.F.Müller 2006).

Lobedanz G, Der Einfluss von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittseschäfte (Junker u. Dünnhaupt 1938).

Oechsler J, “Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht” (2008) 34 Neue Juristische Wochenschrift, 2471.

Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I (11th edn, İstanbul 2013).

Ordonnance de 1673, ‘Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail’ Titre 4, Art. 2, 6 (Unicas, 2016) [http://webuser.unicas.it/salamone/index\\_htm\\_files/Ordonnance%201673.pdf](http://webuser.unicas.it/salamone/index_htm_files/Ordonnance%201673.pdf) accessed 04.01.2023.

Özenli S, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar (Kazancı Hukuk Yayınları 1988)

Palzer C, ‘Kartellbefangene Gesellschaftsverträge: Anwendungsfall der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft?’ (2012) 41 (5) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 631.

Pörnig C, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft - ein Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht verbindendes Konzept (Humboldt-Univ. 1998).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku I (15th edn, Vedat, 2021).

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (7th edn, Adalet Yayınevi 2021).

Rödiger J, Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag (De Gruyter 1972).

Roth M, Beck’sische Kurz Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch, Klaus J. Hopt/Adolf Baumbach (39th edn, 2020 München).

Schäfer C, Die Lehre vom fehlerhaften Verband Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturänderungen (Mohr Siebeck 2002).

Schäfer C, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz (8th edn, C.H.BECK 2020).

Schiebe A, Die Lehre von den Handels-Gesellschaften, Nach französischen Quellen mit Berücksichtigung der gesetzlichen Verfügungen in einigen Ländern, namentlich des gemeinen preußischen und österreichischen Rechts (2nd edn, Otto August Schulz 1845).

Schmidt K, Gesellschaftsrecht (4th edn, Heymanns 2002).

Schulze-Osterloh J, Das Prinzip der Gesamthänderischen Bindung (C.H.Beck 1972).

Schwab D, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz (5th edn, C.H.BECK 2009).

Şener O H, Adi Ortaklık (Yetkin Yayınları 2008).

Servos R, Die Personenhandelsgesellschaften und die stille Gesellschaft in den Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen vom ALR bis zum ADHGB (Köln 1984).

Stimpel W, 'Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum. Gesellschaftsrecht' (1973) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 73.

Ulmer P, 'Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg?' (1978) Festschrift für Werner Flume Bd. II 301.

Ulmer P, Handelsgesetzbuch Großkommentar / begr. von Hermann Staub: Bd. 2: §§ 105 – 237 (4th edn, De Gruyter 2004)

von Staudinger J and Habermeier S, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 705-740 (Sellier / de Gruyter 2003).

Weber H, Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (Duncker&Humbolt 1977).

Wiedemann H, Gesellschaftsrecht, Band 1, Grundlagen (C.H.Beck 1980).

Wiesner G, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (Verlagsgesellschaft Recht u. Wirtschaft 1980).



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# IRAK HUKUKUNDA TİCARİ İSİMLERE İLİŞKİN HUKUKİ VE CEZAI KORUMA

Arş. Gör. İsmail KARABAŞ\*

## ÖZ

Irak hukukunda ticari isimlerin korunması konusu ele alınırken öncelikle ticari isimlerin kapsamının ne olduğu, hangi alanlarda kullanıldığı ve tacir ne işine yaradığına değinilmelidir. Ticari isim kullanan tacirlerin sahip hakların ne olduğu, bu hakları nasıl kullanabileceği, tescile bağlı olarak ticari isme yönelik ihlallerin nasıl önlenip zararın ne şekilde karşı taraftan talep edilebileceği hususları; Irak hukukunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde çalışmada anlatılacaktır. anlatılacaktır. Hukuki ve cezai koruma yollarının hem ulusal hem de uluslararası boyutu irdelenerek korumanın hangi şekilde yapılacağı, nasıl ve ne kadar etkili olabileceği tartışıldıktan sonra ticari isimlerin korunmaya çalışılmasında esas alınacak unsurlar ve eleştiriler çalışmada yer alacaktır. Bu suretle mevcut ihlallerin karşılık bulduğu koruma yanında cezai işlemlerle birlikte bu ihlallere sebep olan kişi ve durumların ileride yaşanacak daha büyük sorunlara sebep vermeden önüne geçmek adına korumaya ilişkin yasal düzenlemelerin kuvvetlendirilmesi için önerilerde bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Ticaret Hukuku, Ticari İsimler, İsimlerin Korunması, Ticaret Unvanı, Haksız Rekabet

\* Arş. Gör., Mosul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, karabasismail84@gmail.com ORCID 0000-0003-2826-2398



## LEGAL AND CRIMINAL PROTECTION REGARDING TRADE NAMES IN IRAQ LAW

*Arş. Gör. İsmail KARABAŞ \*\**

### ABSTRACT

When dealing with the protection of commercial names in Iraqi law, first of all, it should be mentioned what the scope of commercial names is, in which areas they are used and what they do for the merchant. What rights are owned by traders using commercial names, how they can use these rights, how to prevent violations of the trade name depending on the registration and how the damage can be claimed from the other party; it will be explained in the study within the framework of the regulations in Iraqi law. After examining both the national and international dimensions of legal and penal protection methods, how the protection will be done, in which way and how effective it can be is discussed, the elements and reviews that will be taken as a basis in trying to protect trade names will be included in the study. In this way, suggestions will be made to strengthen the legal regulations on protection in order to prevent the people and situations that cause these violations, together with the protection that the existing violations are met with, before they cause bigger problems in the future.

**Key Words:** Commercial Law, Trade Names, Protection of Trade Names, Company Law, Unfair Competition

---

\* Lecturer Ph.D., Ankara Yıldırım Beyazıt University, School of Law, karabasismail84@gmail.com ,  
ORCID 0000-0003-2826-2398



### **Extended Summary**

Commercial life; It directed the traders to use remarkable expressions in order to distinguish their businesses, goods and services from other traders. The brand that establishes a link between the goods and services and the commercial enterprise, the trade name, which is an identity that distinguishes the merchant from other merchants, and the business name used to distinguish the enterprises are the most frequently used ones.

Trade name, brand and trade name used in many places such as packaging, labels, signboards, advertisements, websites, various commercial documents in order to gain superiority and profit in commercial activities; It has become one of the basic elements of commercial life. It is a fact of commercial life that people who want to take advantage of the same or similar signs use or try to use the same or similar signs even though they are not entitled due to the positive image created by the trade names. The use of the same or a similar sign by others; It causes the traders and customers who carry out commercial activities depending on the sign to be misled, and the rights of the trader who has a sign to be violated. The use of trade names against the rules of honesty in this way provides an unfair benefit to the user and harms the trademark owner economically.

Various regulations have been made in order to protect the trade names against the damage to be incurred by the right holder in case of illegal registration and unregistered use by someone else. With the protection provided to the right holder, it is aimed to prevent malicious acts against the trademark, title or trade name and to protect the labor and investment of the right holder. At the same time, the protection in question; It serves to prevent unfair competition in commercial life by preventing the deception of people who will buy products or services, and thus to realize the purpose of public interest.

An important part of the violations in question; It arises from the use of the trade name instead of the brand, and the use of the brand instead of the trade name and trade name. As a result of such uses, there is a danger of confusion between the trade name used as an identity by the trader and the brand that aims to promote a good or service.

Tacir addresses its customers with its brand that represents its products. A product brand of high financial value, with a remarkable reputation and publicity worldwide. One can be named as a well-known brand. A well-known brand can also be defined as an institution whose reputation transcends national borders, with a great reputation among consumer groups around the world. The registration of the trademark is essential and if it is registered by the owner, it has the advantages and protection. In other words, as long as the trademark is registered, it can demand legal and penal protection for the damage caused by its imitation.

In other words, the protection of a well-known trademark is essentially realized by registration. The protection of the registered trademark is regulated by some laws as mentioned in this thesis. This issue has been reinforced with the rights provided by the registered trademark, the consequences that may arise from unfair use, and the international agreements and contracts subject to this protection.

## GİRİŞ

Kişiler, ticari faaliyetlerinde kârlılıklarını artırmak ve mevcut ticari varlıklarını korumak için marka ve ticaret unvanı gibi ayırt edici isim ve işaretler kullanırlar. Marka ve ticari isimler, ticari hayattaki önemleri sebebiyle birçok ihlale konu olmaktadır. Örneğin söz konusu ihlallerin önemli bir kısmı, ticari ismin ayırt edici kısmının marka içerisinde, markanın ise ticari ismin içerisinde kullanılması ve bu şekilde tescilinden kaynaklanır. Bunun sonucunda, taciri ve doğal olarak işletmeyi ayırt eden ticari ismi ile işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt eden markanın birbirine karıştırılma tehlikesi oluşur. Karıştırılma tehlikesi oluşması durumunda marka ve isim sahibine, işaret üzerindeki menfaatlerini güvence altına almak adına birtakım haklar tanınmıştır. Bu hakların kullanılması sonucunda, işaret üzerinde yatırım ve emeği bulunan hak sahibinin kişisel menfaati ve yanılması engellenen ilgili kişilerin toplumsal menfaatleri korunur. Aşağıda 1985 tarihli ve 6 sayılı “*Ticari İsimler Kanunu*” (*Kanun El Esma Ticariyye, Irak Ticari İsimler Kanunu*) (Bundan sonra ITİK olarak adlandırılacaktır.) göre ticari isimler için öngörülen farklı koruma türlerini ele alacağız.

### 1. Hukuki Koruma Yöntemleri

ITİK; 11 ve 12. maddelerinde birtakım hukuki koruma yöntemleri belirlemiştir. Kanun koyucu; 11. maddede ticari ismin belirli hallerde ilgililerce yapılacak talep, mahkeme kararı veya tescil müdürlüğünce re’sen sicilden silinmesi ilgili düzenlemelere yer vermişken 12. maddede ise ticari isme yönelik ihlaller karşısında zarar görenlerin mahkemeden talep edebileceği talepleri düzenlemiştir.

#### 2.1. Ticari İsmi Silinmesi

Irak kanun koyucu, ticari ismi ticaret sicilinden silme yetkisini esasen ticari isim tescil müdürlüğüne vermiştir. Tescil müdürlüğünde bu yetki, tescil memurlarınca kullanılmaktadır. ITİK m. 11’de ticari ismin sicilden silinme halleri aşağıdaki gibi düzenlemiştir:

*‘Ticari İsim Tescil Müdürlüğü, aşağıdaki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde ticari ismin sicilden silinmesine karar verebilir<sup>1</sup>:*

*1- Tescilin; kanun, yönetmelik, yönerge gibi düzenlemelere aykırı yapılması hali,*

---

<sup>1</sup> Sader Rani (2006), Fikri Mülkiyet Hukukunda Hukuki, Yayınlar (2006) 63

2- Yetkili mahkeme kararının bulunması hali,

3- Ticari ismin, tacir tarafından 5 yıl süreyle kullanılmaması hali.'

Bu doğrultuda sicil memuru, bu nedenlere dayalı olarak tescilden ticari isim silme işlemini yapabilir. İTİK'e göre, ticari ismin kanuna aykırı olduğu tespit edilirse ticari isim tescil memuru, ticari ismi re'sen sicilden silmekle yükümlü kılınmıştır<sup>2</sup>. Bunun yanı sıra 3. kişilerce de bu nedenlere dayalı olarak ticari ismin silinmesi için talepte bulunulabilmektedir.

Sicil müdürlüğünce re'sen veya üçüncü kişilerce yapılan başvuru üzerine ticari ismin sahibinin kesintisiz beş yıl boyunca ticaret faaliyeti gerçekleştirmediğinin kanıtlanması ve ticari isim sahiplerinin kendilerine verilen azami süresi içinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan form aracılığı ile ticari ismi kullandıklarını ve tescilin korunmasını içeren isteklerini iletmemeleri halinde sicil müdürlüğü ticari ismin kaldırılmasına karar verir. İTİK m. 9/B fıkrası hükmünce Ticari isim sahipleri, bu karar raporlandıktan veya öğrendikleri tarihten sonraki 60 gün içinde en yüksek hukuk mahkemesi olan Temyiz Mahkemesine başvurabilirler<sup>3</sup>. Silme işlemine ilişkin kararın yayınlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde temyize başvurulmalıdır. Aksi halde temyiz talebi reddedilir. İlgili karar İTİK m. 11/A-3 bendince gazetede yayınlanır ve temyiz süresi bu tarihten itibaren başlar<sup>4</sup>.

Üçüncü kişiler, ticari ismin adına tescil edilen tacir tarafından 5 yıl boyunca kullanılmadığını iddia ederek tescilin silinmesini isteyebilecekleri gibi ticari ismin hukuka aykırı olarak tescil edildiğini iddia ederek de başvuru yapabilirler. Söz konusu başvuru tescil müdürlüğüne yapılır ve müdürlük her iki tarafın da görüşlerinin alınmasını teminen adına tescil yapılan tacirden de görüş ister. Tescil müdürlüğü, silme talebine ilişkin kararını tarafların dinlenmesinin tamamlandığı tarihten itibaren en fazla 30 gün içinde vermek zorundadır. Tescil müdürlüğü, bu kararı ile sicildeki kaydı silme talebini kabul veya reddeder. Müdürlük, kararı taraflara bildirir. Söz konusu karar, İTİK'in 11. maddesinin C fıkrası uyarınca Temyiz Mahkemesine itiraza tabidir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Akram Yamalki ve Bassem Muhammed Salih (1983) Ticaret Hukuku İkinci Bölüm, Bağdat Üniversitesi Yayınları (1983) 220

Abdul Azim Hassan 54

<sup>3</sup> " ويجوز الطعن بهذا القرار لدى محكمة العدل العليا خلال ستين يوماً من تاريخ تبليغه أو العلم به ، وفي جميع الأحوال لا تقبل الدعوى بعد " مرور سنة على تاريخ هذا الشطب

<sup>4</sup> Abd Kadir Al Atir, Ticaret Hukuku 28

<sup>5</sup> Hussein Kamel, Ticari Şirketler, Basım ve Yayıncılık için Dar Al-Kutub, Musul (1990) 280

Ticari ismin tescilinin hukuka aykırı olduğunun tespiti ayrıca mahkemede görülen ihlal davalarında tespit edilir. Mahkeme, davalının ticari ismi haksız bir şekilde kullandığını tespit etmesi halinde tescilin hukuka aykırı olduğuna karar verir. Bu yöndeki mahkeme kararına karşın tescil müdürlüğü re'sen veya ilgilinin başvurusu üzerine tescilin silinmesi işlemi gerçekleştirir.

Ticari bir isim, başka bir ticari isme benzerse ve bunlardan herhangi biri halk arasında iltibasa uyandırabileceği ölçüde başka bir kişiye aitse kanuna aykırı sayılmaktadır. Aynı şekilde ticari isim; tanınmış bir markaya benzerse üçüncü tarafların bu isme sahip taciri, marka sahibi ile karıştıracığı için haksız bir kullanım ortaya çıkacak ticari ismin hukuka aykırı tesciline dayanılarak talepte bulunulabilecektir. Ayrıca ticari isim, tacir harici bir şahsın ad ve soyadından oluşuyorsa ve şahsın kendisinin veya mirasçılarının rızası olmaksızın tacirin adına tescil edilmişse de tescil kanuna aykırı olarak nitelendirilecektir<sup>6</sup>. Ticari isim; ticaretin türü, önemi ve büyüklüğü konusunda tüketiciyi yanıltıyorsa veya onayları olmadan bilinen kuruluşların adlarını içeriyorsa isim hakkında müdürlük tarafından sicilden silme kararı alınacaktır.

ITİK'in 6. maddesi uyarınca, ticari ismin Arapça olarak tescil edilmesi gerekmektedir. Söz konusu kural, Iraklı tacirler tarafından Irak'ta kurulmuş şirketler için geçerli olup aksi halin tespiti müdürlük tarafından ticari ismin sicilden silinmesine neden olacaktır. Irak sınırları dışında kayıtlı yabancı şirket, tacir veya karma sermayeli şirketlere ait ticari isimler, yabancı dilde kaydedebilir.

Bu şekilde tescil müdürlüğü; kendisinin yapmış olduğu değerlendirmeler neticesinde re'sen, ilgili 3. kişilerce yapılan başvurular neticesinde talep üzerine ve mahkeme kararına istinaden olmak üzere 3 farklı şekilde ticari ismin sicilden silinmesine ilişkin olarak karar vermektedir<sup>7</sup>. Yetkili mahkemenin kararına dayanarak ticari isimlerin kaldırılmasında tescil müdürü kendi başına veya talep üzerine mahkemenin kararını yerine getirir.

---

<sup>6</sup> Bkz. Ticari isimler kanunu md. 6/B/H , Ticari İsimler Kanunu md. 11/A/1 Fevzi, Muhammed Sami Ticaret Hukuku Şerh 170

<sup>7</sup> Ahmed Bessam, Ticaret Hukuku 100.

## 2.2. Ticari İsmi İhlalinin Önlenmesi

İTİK'in 12/A maddesinde şu ifadeler yer almaktadır; *"Ticari ismin ihlalini önlemek için bu davanın duruşması sırasında ticari ismin sahibi ihlale uğramış olan ismine ilişkin<sup>8</sup>;*

*1-İhlalin durdurulması,*

*2-İhlal ile ilgili her türlü mal veya malzemenin nerede bulunursa bulunsun tedbir amaçlı toplanılması,*

*3- İhlal ile ilgili delillerin muhafazası."*

talebiyle yetkili mahkemeye başvurabilir. Aynı maddenin B fıkrasının birinci bendinde şu ifadeler yer almaktadır; *"Hak sahibi, iddiasını ortaya atmadan önce, bu maddenin A fıkrasında öngörülen prosedürlerden herhangi birini kabul etmeli ve buna ilişkin parasal teminatı yatırmak sureti ile mahkemeye başvurmalıdır. Bu başvuruya ilişkin ancak ticari isimde hak ihlali meydana gelmişse, ihlal gerçekleşmese bile gerçekleşmesi yakınsa, ihlal telafisi olmayan zararlara yol açabilecekse, ihlalinin delillerinin kaybolma veya yok olma şüphesi var ise hızlıca işlem yapılır<sup>9</sup>."*

Aynı maddenin B fıkrasının ikinci ve üçüncü bendinde ise *"İsim hak sahibi, mahkemenin başvurusuna verdiği yanıtın itibaren sekiz gün içinde iddiasını kanıtlayacak belgeleri sunmazsa, bu konuda yapılan işlemler hükümsüz kabul edilir ve mahkemenin kararını kendisine tebliğ edildiği veya kararı öğrendiği tarihten itibaren 10 gün içinde İstinaf Mahkemesi'ne itiraz etme hakkı vardır."* hükmü yer almaktadır<sup>10</sup>.

Ayrıca aynı maddenin B fıkrasının dördüncü bendinde ise *"Davalı, davacının talebinde haklı olmadığını, mahkemece iddiayı içeren dilekçe kendine tebliğinden itibaren bu fıkranın (2) numaralı bölümünde öngörülen süre içinde iddiasını ortaya koymadığını ispatlarsa uğradığı zararların tazminini talep eder."* hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hükümler doğrultusunda davalı, davacının talebinde haklı olmadığını kanıtlarsa uğradığı zararın tazminini talep edecektir. Davacı açısından ticari ismin, ticari dürüstlüğe aykırı bir biçimde kullanılması ve mahkemece belirlenen teminatı yatırması yeterlidir. Hak sahibi,

<sup>8</sup> Fevzi Muhammed, Ticaret Kanunu (Daru Sekafe, Amman, 1999) 165

<sup>9</sup> Zidin Salah, Ticari Hukuk (Kültür Yayın Dağıtım Evi, Kahire, 2007) 66

<sup>10</sup> Semiha Alkalyubi, Şirketler Hukuku, (Al Nasir Kitabevi, Kahire, 2005) 90

tescilli ticari ismin korunması için haksız rekabet hükümlerine de başvurabilir ancak bu durumda zararını veya zarar tehlikesini ispat etmelidir.

Tescil edilmemiş ticari isim ise sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadır. Tescilsiz kullanılan ticari ismin korunmasında özellikle İTİK m. 12'ye istinaden haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmektedir. Örneğin, *'başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan işlemler yapmak'* haksız rekabet oluşturur. Ayrıca *'başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak'* şeklinde birtakım örnekler de sayılmıştır. Ticari ismin üzerindeki hakkın, haksız rekabet hükümlerine göre korunmasında hak sahibi, zararını veya zarar tehlikesini ispat etmelidir<sup>11</sup>.

Kanun koyucu, *"ticari ismin ihlali önlemek için"* başlıklı hükümlerle ihlale uğradıktan sonra tacir tarafından talep edilebilecek üç farklı hak belirlemiştir<sup>12</sup>. Buna göre tacir; ihlalin durdurulması, ihlal ile ilgili herhangi bir mal veya malzemenin mevcut olduğu her yerde bu işlemlerin sona erdirilmesi ve ihlal ile ilgili delillerin muhafaza edilmesi şeklinde üç hakkı yerel mahkemeden talep edebilir. Mahkeme söz konusu talepleri değerlendirerek ihlalin tespitinden sonra kararını verecektir.

Mahkemenin ihlali tespit sürecinde yaşanabilecek zararların önlenmesi için tacire, İTİK m. 12/A ile ihlale konu iş ve işlemler hakkında ihtiyati tedbir için yetkili mahkemeye başvuru hakkı tanınmıştır. Mahkemeden ihtiyati tedbir kararının istenebilmesi için belirli şartların bulunması gerekmektedir. İhtiyati tedbir şartlarından en önemlisi, davacı tacirin mahkemece belirlenecek nakdi bir meblağı teminat olarak ödemesidir.

Bilindiği gibi geciktirilmesi tehlikeli veya önemli bir zarara neden olacak durumlarda, ihtiyatî tedbir kararı ile tehlikenin veya zararın önlenmesi amaçlanmaktadır. Haksız rekabet oluşturan bir fiilin gerçekleşmesi halinde de ihtiyatî tedbir kararı, dava kadar önem taşımaktadır. Haksız rekabet davası açılana veya sona erene kadar haksız rekabete neden olan davranışın geçici olarak önlenmesi veya bilirkişi incelemesine kadar haksız rekabet fiilinin durdurulması amacıyla ihtiyatî tedbir kararı talep edilebilmektedir. Ticaret isminin korunması amacıyla dava

---

<sup>11</sup> AlQalyubi, Semiha, Ticaret Hukuku, Arap Rönesans Evi, (Baskısız, Kahire, 1999) 153

<sup>12</sup> AlQalyubi, Semiha, Sımai Mülkiyet, Arap Rönesans Evi, Kahire Üniversitesi Basın ve Üniversite Kitabı, (Baskısız, 2000) 80

açabilecek kişiler; ihtiyatî tedbir kararı talep ederek bilirkişi incelemesine veya delillerin toplanmasına kadar ismin ticarî işlemlerde, basılı kâğıtlarda, reklâmlarda kullanılmasını ve hatta devredilmesini önleme imkânına sahiptirler.

İhtiyatî tedbir, kural olarak rehinle temin edilmemiş muaccel para alacakları hakkında istenebilir. Alacaklı genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemeye ihtiyatî tedbir istemiyle başvurduğunda mahkeme, alacağın bu nitelikleri taşıyıp taşımadığıyla sınırlı olarak inceleme yapar. Koşulların oluştuğu kanısına varan mahkemenin ihtiyatî tedbir kararı vermesi zorunludur ve mahkemenin bu konuda takdir yetkisi yoktur. Mahkeme ihtiyatî tedbire karar verdiği takdirde, kararla birlikte alacaklıdan uygun bir teminat göstermesini de ister. Öyle ki, çoğu kez borçlunun bilgisi bile olmadan yaklaşık ispatla ihtiyatî tedbir kararı elde eden kimse, gerçek alacaklı olmayabilir<sup>13</sup>.

ITİK m. 12/A-2 bendinde mahkemeye davacının talebi üzerine ticari isme olan halihazırdaki saldırının önlenmesi için davalının mallarına ihtiyati tedbir uygulama yetkisi verilmiştir. ihtiyati tedbir talebi, ihlale ilişkin olarak yargılama sürecinde sadece ihlale konu iş ve işlemlerin durdurulması amacıyla istenmemektedir. Ayrıca tacir, yargılama sürecinde ihlal sürecine ilişkin delillendirme işlemi için de ihtiyati tedbir talep edebilmektedir. Irak Medeni Kanunu, hakkında ihtiyati tedbir kararı alınan mal, iş ve işlemler üzerinden delil toplanmasına imkan sağlamaktadır. Bu şekilde ihtiyati tedbir<sup>14</sup>; esas olarak davaya konu ihlalin, bir an önce durdurulması ve yargılama sürecindeki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla açılmaktadır. Ayrıca, ihtiyati tedbir dava konusu ihlale delil olacak maddi bir gerçeğin tespit edilmesi amacıyla talep edilebilir. Çünkü belirli maddi gerçeklerin ortaya konması için detaylı araştırma ve inceleme gerekmektedir. Bu özünde bir kanıt arama durumu olarak kabul edilir. Delillerin işlevi gerçekleri kanıtlamaktır. Ancak ihtiyati tedbir yoluyla toplanan delillerin incelenmesi için tacirce dava açılmamışsa ihlale ilişkin dava açılması gerekmektedir. ITİK uyarınca, *'acil meseleler hakimi, aşağıdaki hususlarda hakkın kökenine hâlel getirmeksizin geçici olarak karar verebilir. Ancak acil olarak kanıtları değerlendirmek için davayı açması gerekmektedir.'* hükmünü barındırmaktadır<sup>15</sup>.

Kanun koyucu, davalıya ihlale ilişkin mahkemenin ihtiyati tedbir kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde istinafa başvurma hakkı tanımıştır. Bu durumda İstinaf

---

<sup>13</sup> Sad Moasheri, Sınai Mülkiyet Hakları Umman Mevzuatının Aldığına Kıyasla (Yeni Üniversite House, 2016) 130

AlQalyubi Semiha, Ticaret Hukuku (2014) 155

<sup>14</sup> Aldin Salah, Ulusal ve Uluslararası Markalar (2. Baskı, Kültür, Kahire, 2014) 52

<sup>15</sup> Hassan Moh, Marka Hukuku, (1. Baskı, Dar Irak, 2016) 88



Mahkemesi kategorik olarak karar vermektedir. Davalı tarafından davacının ihtiyati tedbir için yaptığı başvuruda haklı olmadığını veya İTİK'in 12. maddesinin B fıkrasının 2. bendinde belirtilen süre içinde iddiasına ilişkin delillerini sunmadığını ispatlanması halinde davalı, uğradığı zarar için tazminat talep edebilir. Bunun haricinde davalı, davanın sonucunda davacının haklı olmadığını kanıtlaması halinde de uğradığı zarar için tazminat talep edebilir. Kanun koyucu, İTİK m.13'te ticari ismin ihlaliyle ilgili anlaşmazlıklar için İlk Derece Mahkemelerini görevlendirmiştir<sup>16</sup>. Mahkemenin ticari ismin ihlali olduğunu tespit etmesi durumunda vereceği karar; esas olarak ihlale konu ticari ismin kullanımının sona erdirilmesidir<sup>17</sup>. Mahkeme ayrıca ticari ismin ihlalinde kullanılan veya ihlale sebep olan davalının mal varlığındaki eşyalara el konulmasına ve eşyaların imhasına karar verebilir.

### 2.3. Yer ve Zaman Yönünden Hukuki Koruma

Gerçek veya tüzel kişi farketmeksizin kişilerin ticari isimleri, devletin tüm topraklarında korunur. İTİK'e uygun olarak tescil edilen bir ticari ismin üzerindeki hukuki koruma, tacirin dönem sonunda ve her beş yılda bir olmak üzere sicildeki ticari ismi kullandığını bildirmesi halinde ilgili 3. kişilerin taleplerine karşı devamlılığını korur. Yerel mahkeme olan İlk Derece Mahkemesi (*Bidaye Mahkemesi*), ticari ismin ihlaliyle ilgili olarak ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıklarda görevli mahkemedir.

## 2. Cezaî Koruma Yöntemleri

Ticari ismi bir başkası tarafından haksız olarak kullanılan kişinin, tekel hakkına dayanarak isminin korunmasını talep etmesi ve bu talebin haklı görülmesi halinde, davalıya uygulanacak herhangi bir cezaî yaptırım bulunmadığı gibi davacının ayrı bir ceza davası açması da söz konusu değildir. Buna karşılık kişinin, ticari isminin bir başkası tarafından kullanılmasının haksız rekabet oluşturduğu gerekçesine dayanarak hukuk davası açması neticesinde haklı görünmesi halinde kişinin davalıyı şikâyet etme ve davalının cezalandırılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Ceza davasının söz konusu olabilmesi için, ticari ismi iltibasa neden olacak şekilde kullanan davalının, bu davranışı kasten gerçekleştirmiş olması koşulu aranmaktadır<sup>18</sup>. İTİK; ticari ismin tescilsiz, izinsiz kullanımı gibi bazı durumları birtakım cezaî müeyyidelere bağlamıştır.

<sup>16</sup> " تختص محكمة البداية بالنظر في اي نزاعات تنشأ بخصوص التعدي على الاسم التجاري "

<sup>17</sup> Zidin Salah, (n 9) 111

<sup>18</sup> Sad Moasheri, (n 13) 130

### 3.1. Ticari İsmi Tescil Edilmemesi

ITİK'in 4. maddesinin A fıkrasında *"ticari isim kullanmak isteyen herkesin bu Kanun hükümlerine göre seçtiği ismi tescil etmesi"* şartı düzenlenmiştir. ITİK'in 15. maddesinin A fıkrasında ise *"Ticari ismini kaydettirmeden kullananlar, en az 100 dinar para cezası ile cezalandırılır ve kullanımın tekrarlanması durumunda ceza iki katına çıkarılır."* hükmü yer almaktadır. Ayrıca, birden fazla ticari isim kullanıp bu durumu bildirmeyen tacir için de ITİK m. 4 uyarınca tescil edilmeme haline ilişkin olarak verilen para cezasının 2 katına çıkarılacağı öngörülmüştür<sup>19</sup>.

### 3.2. Ticari İsmi Kanuna Aykırı Kullanımı

Ayrıca ITİK'e göre; *'Bu kanun hükümlerine aykırı olarak başka bir şahsa ait ticari ismi kullanmak'* ve *'Kendisine ait olan bir ticari ismi kamuoyunu yanıltmaya veya bu kanun hükümlerini ihlal eder şekilde kullanmak'* fiilleri suç olarak tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Söz konusu suçları işleyenlerin müeyyideleri ise ITİK'in 15. maddesinin B fıkrasında *'500 dinardan az ve her biri için 1.500 dinardan fazla olmamak üzere para cezası'* olarak belirlenmiştir<sup>21</sup>.

### 3.3. Ticari İsimler Hakkında Yanlış Bilgi Verme

Gerçek veya tüzel kişi tacir tarafından bir ticari isim oluşturulması durumunda söz konusu isim ITİK hükümlerine uygun olarak tescil edilmeli ve tescil memuru tarafından talep edilen bilgileri doğru şekilde müdürlüğe bildirmelidir. Tacirin ticari isminin tescili üzerine ticari ismiyle ilgili herhangi bir maddi ayrıntıyla ilgili yanlış beyanda bulunması durumunda tacir dolandırıcılık ve haksız rekabet<sup>22</sup> fiili gerçekleştirdiği kabulüyle karşılaşacak, tacire adli para cezası ya da üç ayı geçmeyen bir süre için hapis cezası veya her ikisi ceza birlikte verilecektir.<sup>23</sup>

Tescil memuru, herhangi bir kişiye sicile kaydedilen verilerin gerçekliğine uygunluğunu veya herhangi bir değişikliği tespit etmek için gerekli gördüğü birtakım ayrıntılar vermesini emredebilir<sup>24</sup>. Bu kişi, vermesi gereken herhangi bir ayrıntıyı vermemesi veya herhangi bir maddi ayrıntı hakkında yanlış bilgi vermesi durumunda üç ayı geçmeyen bir süre hapis veya

<sup>19</sup> AlQalyubi, Fikri Mülkiyet Hukuku, 815

<sup>20</sup> Muhammed Tanrı, Kısa Sinai ve Ticari Mülkiyet Hakları, (Arap Rönesans Evi, 2016) 76

<sup>21</sup> Muhammed Tanrı, (n 20) 78

<sup>22</sup> Jack Youssef Al-Hakim, (1993) Ticaret Hukuku, (Press, Suriye, 1993) 55

<sup>23</sup> Ticaret alanında yasa ve yönetmeliklere aykırı eylem ve uygulamaları yasaklayıp meydana gelmesi durumunda bu eylem ve uygulamaları bastırmaktır.

<sup>24</sup> Sadon Amiri (2000) Ticaret Hukuku, (7. Bası, Beta Yayınları, Bağdat, 2000) 116

para cezasına maruz kalır<sup>25</sup>. Tacir, ticari isimle ticaret yapmayı bırakırsa tescil memuru bu konuda ticaretin terkinden tarihinden itibaren bir ay içinde bilgilendirilmek zorundadır. Aksi takdirde tacire para cezasını uygulanır. Tescil memuru, söz konusu bildirim beklemek zorunda değildir. Tacirin ticareti terk ettiği tescil müdürlüğüne başka bir yol ve sebeple tespit edilirse, tescil memuru, ticari ismi re'sen silme yetkisine sahiptir<sup>26</sup>.

### **3.4. Cezai Korumanın Kapsamına Girmeyen Durumlar**

ITİK'in 4. maddesi ile belirlenen koşulları dikkate alan tacirin, tacir gerçek kişiye tacirin adından ve soyadından oluşabileceği; diğer hallerde dikkat çekici ve hayali kelimelerden isteğe bağlı olarak seçilecek bir ticari isim belirlenebileceği açıktır. Tacirin ticari ismini kanuna aykırı oluşturması ve tescil ettirmesi durumunda ITİK tarafından sağlanan cezai korumadan yararlanması mümkün değildir.

İki tacirin aynı ticari ismin kullanılması durumu her zaman haksız rekabete yol açtığı söylemez. Şöyle ki tacirlerin farklı alanlarda birbirine benzemeyen bir ticaretle meşgul olmaları durumunda kötüniyetli olmayan tacirler, işletmelerinin faaliyetlerinde aynı ticari ismi kullanabilir. Ancak tacirlerin, iki işletmenin müşterileri arasında iltibasa neden olmasını ve tarafların zarar görmesini makul zeminde önlemeleri gerekmektedir.

### **3.5. Yer ve Zaman Yönünden Cezai Koruma**

Ayrıca ITİK'e göre gerçek kişi tacir ile tüzel kişi tacirlerin sahip oldukları ticari isimler, yer bakımından ayrı değerlendirilmiştir. Gerçek kişilere ait olan ticari isim için öngörülen cezai koruma, tescilin yapıldığı tescil müdürlüğünde bulunan sicilin yetkin olduğu yer bakımından kısıtlanır<sup>27</sup>. Örneğin Bağdat Ticari İsim Tescil Müdürlüğünde tacirin ticari işi ile ilgili olarak kayıtlı bulunan bir ticari ismin, tescilin yapıldığı kayıt ofisinin dışındaki bir ofis olan Musul Ticari İsim Tescil Müdürlüğünde kayıtlı bir ticari ismin hakkını ihlal etmesi durumu; cezai kısıtlamaya uymadığı için ismi korumak için ilgili kişi şikâyet edilemeyecek veya hakkında cezalandırılma talebinde bulunulamayacaktır. ITİK'e uygun olarak tescil edilen bir ticari ismin cezai koruma kapsamı, tacirin dönem sonunda ve her beş yılda bir olmak üzere sicildeki ticari ismi kullandığını bildirmesi halinde ismin üzerindeki cezai koruma süresiz olarak uzamış olur. ITİK hükümlerine göre ticari isme saldırı olması halinde dava, yetkili ilk derece ceza

---

<sup>25</sup> Ticari İsimler Kanunu, m.15

<sup>26</sup> Alatir, Abd Kadir, (1999) Ticaret Hukuku Şerh, (Dar Segafe, Amman, 1999) 150

<sup>27</sup> Alatir, Abd Kadir, (n 26) 150

mahkemesine görülür. Davacının tazminat istemeye başvurmayı tercih etmesi halinde tazminat davası da aynı mahkeme huzurunda görülür<sup>28</sup>.

### 3. SONUÇ

Ticari isim, fikri ve sınai haklar kapsamında maddi olmayan bir hak olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu hak, kanun koyucu tarafından çıkarılan İTİK ile hukuki güvence alınmıştır. Ticari isim hakkının ihtiyari olmasına karşın tacirin almış olduğu ticari isme yönelik haklardan faydalanması için İTİK'e ticari ismini tescil ettirmesi şarttır. Bununla birlikte bir ticari ismin tescil edilebilmesi için sicile kayıtlı olmayan bir isim olması (yenilik unsuru), kamu düzenine, ahlaka ve kanunlara aykırı olmaması (yasallık unsuru) gerekmektedir. Bu şekilde tescil edilmesi halinde kayıt unsuru da tamamlanmış olacaktır. Ticari ismin tescil işlemi, tescil müdürlüğüne gerçekleştirilir. Tescil edilen ticari isim, tacirin talebi üzerine sonradan değiştirilebilir. Tescil memuru, ticari isimle ilgili talepleri inceleyerek kanuna uygun olanların sicile kabulüne aykırı olanların reddine karar verir. Tescil müdürlüğünün red kararlarına karşı kanun yolu açıktır. Sicile tescil, ticari ismin hak sahipliği bakımından kurucu unsurdur.

Ticari isim, münhasır bir haktır. Sicile tescil edilen ticari isim, sahibine tekel hakkını da kazandırmaktadır. Ticari isim; İTİK hükümlerince korunmaktadır. Ticari isim; ihtiyati tedbir kararı alınarak ticari isme yönelik saldırıların önlenmesi ve hukuka aykırı olarak tescil edilen ticari isimlerin sicilden silinmesi yöntemleri ile hukuki olarak koruma altına alınmıştır. Aynı zamanda İTİK, hak ihlaline sebebiyet veren kişiler için birtakım cezai müeyyideler de belirlemiştir. Ayrıca ticari isme yönelik ihlaller, genel hükümler çerçevesinde haksız rekabet kapsamında da önlenmekte ve zararlar failden istenebilmektedir. Hali hazırda söz konusu cezai hükümlerin aktif olarak uygulanmadığı görülmekle birlikte; onun yerine ticari ismi hukuka aykırı kullanan tacirler, Irak Ticaret Kanunu'nun 38. maddesince görevini ihlal eden tacire kesilen ceza miktarı olan 1.000 dinardan fazla olmamak üzere kesilen para cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Alatir, Abd Kadir, Ticaret Hukuku Şerh, (Dar Segafe, Amman, 1999) 150

<sup>29</sup> Zidin Salah, Ticari Hukuku (2007), 49

## **KAYNAKÇA**

Abd Kadir A, Ticaret Hukuku Şerhi (Dar Segafe 1999)

Akram, Yamalki ve Bassem Muhammed Salih Ticaret Hukuku İkinci Bölüm (Bağdat Üniversitesi Yayınları 1983)

Al Atir A K, Ticaret Hukuku

Amiri S, Ticaret Hukuku , (7. Bası, Beta Yayınları, Bağdat, 2000)

AlQalyubi S, Ticaret Hukuku, (Baskısız, Arap Rönesans Evi, 1999)

AlQalyubi S , Sınai Mülkiyet (Baskısız, Arap Rönesans Evi, Kahire Üniversitesi Basın ve Üniversite Kitabı, 2000)

AlQalyubi S, Şirketler Hukuku, (Al Nasir Kitabevi 2005)

Kamel H, Ticari Şirketler, (Basım ve Yayıncılık için Dar Al-Kutub 1990)

Moasheri S, Sınai Mülkiyet Hakları Umman Mevzuatının Aldığına Kıyasla (Yeni Üniversite House, 2016)

Moh H, Marka Hukuku, (1. Baskı, Dar Irak 2016)

Mohamed Saleh B, Ahmed Wali A Ticaret Hukuku, (Bilgelik Evi, Bağdat, 1984)

Muhammed F, Ticaret Kanunu (Daru Sekafe, Amman, 1999)

Rani S, Fikri Mülkiyet Hukukunda Hukuki Yayınlar (2006)

Salah A, Ulusal ve Uluslararası Markalar (2. Baskı, Kültür, 2014)

Salah Z, Ticari Hukuk (Kültür Yayın Dağıtım Evi, 2007)

Tanrı M, Kısa Sınai ve Ticari Mülkiyet Hakları, (Arap Rönesans Evi, 2016)

Youssef Al-Hakim J, Ticaret Hukuku, (Press, Suriye, 1993)



## NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

### ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# ZARAR SİGORTALARINDA DAIN-İ MÜRTEHİN KAYDI VE DAIN-İ MÜRTEHİNİN MUVAFAKATININ DAVA ŞARTI OLARAK GÖRÜLMESİ KAPSAMINDA 11. HD., E. 2016/15065 K. 2017/7332 T. 18.12.2017 SAYILI KARARIN İNCELENMESİ

*Arş. Gör. Muammer Fatih ÖZTÜRK\**

### ÖZ

Zarar sigortaları sözleşmelerinde bankalar, uygulamada sıklıkla dain-i mürtehin olarak belirlenmekte ve böylelikle bankanın sigorta tazminatı üzerinde öncelikli hak sahibi olması amaçlanmaktadır. Bankanın sigorta tazminatı üzerinde öncelikli hak sahibi olduğu düşüncesinden hareket eden Yargıtay dain-i mürtehin kaydına usul hukuku ve sigorta hukuku bakımından bir takım hukuki sonuçlar bağlamaktadır. Çalışma kapsamında ele alınan hukuki sorun, dain-i mürtehinin (rehinli alacaklı olan bankanın) rehin konusu malın maliki ile sigorta şirketi arasındaki davaya muvafakat göstermemesi durumunda davada izlenmesi gereken yolun ne olacağı, başkaca bir ifadeyle sigortalının aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı, dain-i mürtehinin muvafakatının dava şartı niteliğinde olup olmadığıdır. Özetle bu çalışmada, dain-i mürtehin sıfatına sahip bankanın sigorta tazminatı alacaklısının karşısında öncelikli hak sahibi olup olmadığı ve sigortacıya karşı açılan davaların görülmesinde bankanın onayının gerekip gerekmediği bir Yargıtay kararı özelinde incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Zarar Sigortaları, Dain-i Mürtehin, Davaya Muvafakat, Aktif Dava Ehliyeti, Dava Şartı

\* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, , fatihozturk@sakarya.edu.tr, Orcid No: 0000-0001-5252-3119



**EXAMINATION OF THE DECISION NO. 11TH HD, E. 2016/15065 K.  
2017/7332 T. 18.12.2017 ON THE LOSS PAYEE CLAUSE AND THE  
CONSENT OF THE LOSS PAYEE AS A LITIGATION CONDITION  
IN DAMAGE INSURANCES**

*Res. Asst. Muammer Fatih ÖZTÜRK\*\**

**ABSTRACT**

In loss insurance contracts, banks are frequently designated as the loss payee in practice, and thus, it is aimed that the bank has a priority right over the insurance indemnity. The Court of Cassation, acting on the idea that the bank has a priority right over the insurance indemnity, attributes certain legal consequences to the the loss payee clause in terms of procedural law and insurance law. The legal problem addressed within the scope of this study is the procedure to be followed in the event that the loss payee (the bank, which is the pledged creditor) does not consent to the lawsuit between the owner of the pledged property and the insurance company, in other words, whether the insured has an active capacity to sue, and whether the consent of the dain-i mürtehini is a condition of the lawsuit. To summarize, this study will examine whether the bank, which has the title of loss payee, has a priority right against the insurance claim creditor and whether the bank's consent is required in the trial of the lawsuits filed against the insurer, based on a decision of the Court of Cassation.

**Key Words:** Damage Insurances, Loss Payee, Consent to Suit, Active Litigation Capacity, Litigation Requirement

---

\* Research Assistant., Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, fatihozturk@sakarya.edu.tr, Orcid No: 0000-0001-5252-3119

### **Extended Summary**

In our case; the plaintiff insured four of his hazelnut gardens on 17/02/2014 and two of them on 24/02/2014 to Agricultural Insurances Pool Management Inc. through Ziraat Bank Agency within the scope of crop insurance. After the occurrence of the damage due to the frost event, a notification was made to Ziraat Bank, which is the agent of TARSİM, and while the bank made damage assessment and compensation payment for the four gardens insured on February 17, the bank made neither damage assessment nor compensation payment for the two hazelnut gardens insured on February 24. Thereupon, this lawsuit was filed and the plaintiff requested the payment of compensation for the two hazelnut gardens, and as a result of the trial, the court of first instance accepted the lawsuit. 11th Court of Cassation HD, on the other hand, stated that the insurance policy contains loss payee clause in favor of the relevant branch of Ziraat Bank, that the right to claim compensation from the insurance primarily belongs to the relevant branch, that the plaintiff, who is the insured, will only have the right to claim compensation by obtaining the consent of the bank (loss payee), and therefore, the local court, The court reversed the decision of the local court with a majority of votes, arguing that it would be unlawful to enter into the merits of the dispute in writing without considering this aspect, which is related to the existence of the plaintiff's active party capacity (hostility) and which should be taken into consideration by the court ex officio. In the dissenting opinion, which disagrees with the majority opinion, it is argued that there is no legal regulation supporting the view that "the plaintiff does not have an active capacity to sue" put forward by the majority, that the lack of the consent of the limited real right holder will prevent the payment of the insurance compensation to the insured only, and that it should be decided to pay the insurance compensation to the insured, and that it should be stipulated in the paragraph of judgment that the consent of the limited real right holder should be ensured during the payment.

The legal problem examined within the scope of this study is the procedure to be followed in the event that the loss payee clause (usually banks) does not consent to the lawsuit between the owner of the pledged property and the insurance company, in other words, whether the insured has an active capacity to sue, and whether the consent of the loss payee clause is a condition of the lawsuit. In such disputes, the Court of Cassation has consistently ruled that the consent of the loss payee clause is a condition of the lawsuit and that the lawsuit should be dismissed procedurally in the absence of consent.



In its various decisions, the Court of Cassation associates the absence of this consent with the absence of active party capacity, active capacity to sue, party capacity or active capacity to sue. However, none of these points can legally correspond to the consent of the loss payee. The reason why the Court of Cassation considers the consent of the loss payee as a condition of the lawsuit in its established jurisprudence may be considered as preventing the pledged creditor from losing its rights. However, in practice, there will be no such loss of rights, and this approach of the Court of Cassation -especially when the loss payee wishes to give conditional consent- mostly harms the loss payee itself. In addition to these situations, the conditional consent approach also opens the door to some abusive and malicious approaches. As a result, the Court of Cassation's decision and its other decisions that have been stabilized, which consider the consent of the owner of the limited right in rem as a condition of the lawsuit, is not an accurate opinion.

## I. KARAR METNİ

*Taraflar arasında görülen davada ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 04/02/2016 tarih ve 2015/66-2016/160 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:*

*Davacı vekili, müvekkilinin fındık bahçelerinden dört adetini 17/02/2014 tarihinde ... Ziraat Bankası Acenteliği aracılığı ile Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi A.Ş.'ye sigortalanmış olduğunu, yine müvekkilin dava konusu olan 220 ada 5 parseldeki fındık bahçesini 8044,55 TL sigorta bedeli olarak...poliçe numarası ile 180 ada 23 parseldeki fındık bahçesini 7905,00 TL sigorta bedelli ... numaralı poliçe numarası ile 24/02/2014 tarihinde ... Ziraat Bankası Acenteliği aracılığı ile Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi A.Ş. ile sigortalandığını, 2014 yılı Mart ayının 29-30-31 tarihinde ...'nun yüksek kesimlerinde görüldüğü gibi müvekkilinin bahçelerinin bulunduğu bölgede de don olayı görüldüğünü ve fındık ağaçlarının %100 hasar görmesine neden olduğunu, hasar ihbarının Ziraat Bankasına yapıldığını, yetkililerce dava konusu olmayan dört parselde hasar tespiti yapılarak %63 miktarındaki tazminatın müvekkiline ödendiğini, hasar ödemesi yapılan parseldeki taşınmazların müvekkile ait hasar bedeli ödenmeyen taşınmazlarla bitişik olduğunu, bu taşınmazlarla ilgili hasar tespiti yapılmadığı gibi her hangi bir ödeme yapılmadığını, hasar ödemesi yapılmayan poliçelerle ilgili herhangi bir kusuru bulunmadığını iddia ederek ödenmeyen 3602769, ... numaralı poliçelerle ilgili %63 hasar ödemesi olan 10.048,00 TL'nin hasar ödeme tarihinden itibaren davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.*

*Davalı vekili, dain-i mürtehin muvafakati alınmadığından davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını, davalının sigortalının 29-30-31 Mart 2014 tarihinde don hadisesi nedeni ile süresi içerisinde hasar ihbarı yapılmadığını, hasarın oluştuğuna dair tespit yapılmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.*

*Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının davaya konu ... ve ... poliçe numaralı 2 adet taşınmaz ve ödemesi yapılan 4 adet taşınmaz için poliçe düzenlediği, acenteye hasar ihbarını yaptığı, hasar ihbarının Tarım Sigortaları poliçelere ait ihbarın Merkezine aktarılması işlemi sırasında davaya konu ... ve ... numaralı aktarılmamasında davacının kusuru bulunmadığı, don hasarının belirli bir bölgede lokal olarak meydana gelmeyeceği, şirket eksperleri tarafından % 100 oranında hasar meydana geldiği tespit edilen ve ödemesi yapılan 180 ada 22 numaralı parsel sınır olan davaya konu 180 ada 23 ile 220 ada 5 numaralı parsellerde de aynı oranda don hasarı meydana geldiğinin kabul edileceği, poliçede belirtilen sigortalı üründe % 100 oranında bir don hasarının meydana gelmesi halinde don teminatı için yazılı olan sigorta bedelinin % 63 olacağı gerekçesiyle hesaplanan 10.048,00 TL tazminat bedelinin diğer ödemelerin yapıldığı tarih olan 17/09/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.*

*Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.*

*1-Dava, Bitkisel Ürün Sigortası poliçesinden kaynaklanan hasar tazminatı istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir. Davanın dayanağını oluşturan sigorta poliçesinde, T.C. Ziraat Bankası A.Ş./... yararına “Dain-i Mürtehin” kaydı bulunmaktadır. Bu durumda anılan banka şubesinin sigortalı emtia üzerinde rehin hakkı bulunduğundan, sigortadan tazminat talep etme hakkı da öncelikle ona ait olup, sigortalı ancak lehine rehin verilen alacaklının açık muvafakatini almak şartıyla ve kendi menfaati de zedelendiği takdirde tazminat isteme hakkına sahiptir. Buna göre mahkemece, dava ve talep hakkına sahip dava dışı bankanın anılan şubesinden alınmış, açılan davaya muvafakat veya icazetleri olduğuna dair gerekli belgeyi sunması için davacı tarafa süre verilmesi ve bu usulü eksiklik tamamlandığı takdirde işin esasına girilmesi gerekirken, davacının aktif taraf sıfatının (husumet) varlığına ilişkin olan ve mahkemece re’sen göz önünde bulundurulması gereken bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde uyuşmazlığın esasına girilerek anılan poliçeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.*

*2-Bozma neden ve şekline göre davalı vekilinin uyuşmazlığın esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.*

*SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek olmadığına, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 18/12/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.*

#### *KARŞI OY*

*Taraflar arasında düzenlenen 24.02.2014 – 29.08.2014 başlangıç – bitiş tarihli, ... ve ... nolu Devlet Destekli Bitkisel Ürün Sigortası Poliçesi, Ziraat Sigorta A.Ş'nin acentesi olan Ziraat Bankası ... Şubesi tarafından düzenlenmiş, poliçeyi tanzim eden acente, poliçede dain mürtehin olarak gösterilmiştir.*

*Dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Medeni Kanunu 879/1. ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1456. maddesi gereğince, rehin hakkı sahibinin kayıtsız ve şartsız davaya muvafakati halinde sigorta tazminatının sigortalıya ödeneceği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır.*

*Uyuşmazlık, rehin hakkı sahibinin davaya muvafakat etmemesi durumunda nasıl bir yol takip edileceğine ilişkindir.*

*ASayın çoğunluk, bu halde davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı görüşünde ise de çoğunluk görüşünü destekleyen hiçbir yasal düzenleme mevcut değildir.*

*TMK 879 ve TTK 1456 maddesi, sınırlı ayni hak sahibinin muvafakatinin bulunmamasını, sigorta tazminatının sigortalıya sadece ödenmesine engel görmüştür ki bu durumda mahkemece yine sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesine karar verilmeli, hüküm fıkrasında ayrıca ödeme esnasında sınırlı ayni hak sahibinin muvafakatinin sağlanması hüküm altına alınmalıdır.*

*Mahkemece davanın kabulüne karar verilmekle birlikte TMK 879 ve TTK 1456 maddesi hükümleri göz ardı edildiğinden hüküm fıkrasına “ödeme esnasında sınırlı ayni hak sahibinin muvafakatinin sağlanması” ibaresinin eklenmek suretiyle hükmün*

*düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin sayın çoğunluk görüşüne karşıyım.*

## II. OLAYIN ÖZETİ

İncelemeye tabi tuttuğumuz uyuşmazlıkta, davacı taraf fındık bahçelerinden dört tanesini 17/02/2014 tarihinde, iki tanesini ise 24/02/2014 tarihinde bitkisel ürün sigortası kapsamında Ziraat Bankası Acenteliği aracılığı ile Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi AŞ'ye sigortalamıştır. 29-30-31 Mart 2014 tarihlerinde davacının bahçelerinin bulunduğu bölgede don olayı görülmüş ve bu don olayı, davacının fındık ağaçlarının %100 oranında hasar görmesine neden olmuştur. Bunun üzerine davacı Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi AŞ'nin acentesi olan Ziraat Bankası'na ihbarda bulunmuştur. Yetkililerce dava konusu olmayan diğer dört parselde hasar tespiti yapılarak %63 miktarındaki tazminatın davacıya ödenmiş olmasına karşın 24/02/2014 tarihinde sigortalanan iki fındık bahçesi için hasar tespiti yapılmadığı gibi herhangi bir ödeme de yapılmamıştır. Bunun üzerine zarara uğrayan davacı işbu davayı ikame ederek 24/02/2014 tarihinde sigortalanan iki fındık bahçesi için de tazminat ödemesinin davalı Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi AŞ'den tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı ise dain-i mürtehinin muvafakati alınmadığından davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını, süresi içerisinde hasar ihbarı yapılmadığını, hasarın oluştuğuna dair tespit yapılmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

## III. MERCİLERİN ÇÖZÜMÜ

### A. YEREL MAHKEME

Yerel mahkeme hem ödemesi yapılan 4 adet taşınmaz için hem de dava konusu olan 2 adet taşınmaz (fındık bahçesi) için poliçe düzenlendiği ve acenteye hasar ihbarı yapıldığını tespitle, hasar ihbarının acenteye ilgili merkeze aktarılması işlemi sırasında davaya konu yerlerin aktarılmamasında davacının herhangi bir kusurunun bulunmadığı ve don hasarının lokal nitelikte olmadığı ve diğer iki fındık bahçesinin şirket eksperince tespit edilen ve ödemesi yapılan fındık bahçelerine komşu olmasından ötürü aynı oranda hasarın varlığını kabulleyerek hesaplanan tutarda tazminat bedelinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar vermiştir.

## B. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

Yerel mahkeme kararının davalı tarafından temyiz edilmesiyle yüksek mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta özel daire davanın temelini oluşturan sigorta poliçesinde Ziraat bankasının ilgili şubesi lehine dain-i mürtehin kaydı bulunduğu, mezkur şubenin sigortalı emtia üzerinde rehin hakkı bulunduğundan ötürü sigortadan tazminat talep etme hakkının öncelikle ilgili şubeye ait olduğu, sigortalı konumunda olan davacının ancak bankanın (dain-i mürtehinin) muvafakatini alarak tazminat isteme hakkının olacağını, bundan ötürü de yerel mahkemenin, bankanın şubesince verilecek olan muvafakat sonrasında davanın esasına girmesi gerektiği, aksi takdirde davacının aktif taraf sıfatının (husumet) varlığına ilişkin olan ve mahkemece re'sen göz önünde bulundurulması gereken bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde uyuşmazlığın esasına girilmesinin hukuka aykırı olacağını ileri sürerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

## C. KARŞI OY

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararına katılmayan üye karşı oy yazısında özetle TMK m.879/1 ve TTK m.1456 gereğince, rehin hakkı sahibinin kayıtsız ve şartsız davaya muvafakati halinde sigorta tazminatının sigortalıya ödeneceği hususunda herhangi bir şüphe bulunmadığı, bununla birlikte bu halde çoğunlukça ileri sürülen "*davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı*" görüşünü destekleyen hiçbir yasal düzenlemenin de mevcut olmadığını savunmuştur. Çoğunluk görüşüne muhalefet eden üyeye göre; TMK 879 ve TTK 1456 maddeleri, sınırlı aynı hak sahibinin muvafakatının bulunmamasını sigorta tazminatının sigortalıya sadece ödenmesine engel görmüştür. Bu durumda mahkemece yine sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesine karar verilmesi, bununla birlikte hüküm fıkrasında ödeme esnasında sınırlı aynı hak sahibinin muvafakatının sağlanmasının ayrıca hüküm altına alınması gerekmektedir. Bundan ötürü de kararın hüküm fıkrasına "*ödeme esnasında sınırlı aynı hak sahibinin muvafakatının sağlanması*" ibaresinin eklenmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

#### IV. HUKUKİ SORUN

İncelemeye tabi tuttuğumuz uyuşmazlıkta, çözülmesi gereken hukuki sorun dain-i mürtehinin (rehinli alacaklının) rehin konusu malın maliki<sup>1</sup> ile sigorta şirketi arasındaki davaya muvafakat göstermemesi durumunda davada izlenmesi gereken yolun ne olacağı, başkaca bir tabirle sigortalının “aktif dava ehliyetinin” bulunup bulunmadığı, dain-i mürtehinin muvafakatının “dava şartı” niteliğinde olup olmadığıdır. Buna ilave olarak her ne kadar inceleme konusu kararda tartışma konusu yapılmamış olsa da Yargıtay’ın sırf poliçede dain-i mürtehin olarak belirtilmiş olan kişiyi sigorta üzerinde öncelikli hak sahibi olarak kabul etmesi tartışılabilir diğer bir problem olarak ileri sürülebilir.

#### V. DÂİN-İ MÜRTEHİNE DAİR BAZI TEORİK AÇIKLAMALAR

##### A. KAVRAM

Çözümü gereken hukuki sorunlara dair değerlendirmeye geçmeden önce dain-i mürtehin kaydına ilişkin kısa bir açıklama yapmak isabetli olacaktır.

Uygulamada kredi kuruluşları verdikleri kredilere ilişkin sözleşmelerde, kredi borçlusunun sigorta yaptırmasını ve sigorta poliçesinde de kredi kuruluşlarının dain-i mürtehin olarak belirtilmesini hüküm altına almaktadırlar<sup>2</sup>. Dain-i mürtehin kaydı “*dayin-i mürtehin*” ya da “*dain ve mürtehin*” olarak da ifade edilebilmektedir. Dain ve mürtehin kelimeleri Arapça asıllı kelimeler olup sırasıyla anlamları “borç veren kimse (yani alacaklı)” ve “rehin alan kimse” şeklindedir. Bu iki kelimedenden oluşan terkip ise, borç veren ve verdiği bu borca karşılık olarak rehin alan kimse, diğer bir tabirle rehinli (rehin sahibi) alacaklı kimse anlamına gelmektedir.

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği’nin m.4/1-a hükmünde ise dain-i mürtehin terimi “*kredinin geri ödenmeme riskini ortadan kaldırmak amacıyla yaptırılan sigortalarda, riskin gerçekleşmesi üzerine ödenecek*

<sup>1</sup> Aynı zamanda bu kişi sigorta ettiren sıfatına sahip olup sigortalı olarak da isimlendirilebilir.

<sup>2</sup> Serap Amasya, ‘Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Hukuki Etkisi’ (2021) 16 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1415, 1426



olan tazminat tutarından birinci derecede alacaklı olan gerçek veya tüzel kişi” olarak ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da dain-i mürtehin terimini “rehin alacaklısı” ve “sigorta yaptıran kişiye vermiş olduğu bir borç ya da kredi nedeniyle ödenecek tazminattan birinci derecede alacaklı olan ve bu durumunun poliçede belirtildiği gerçek ya da tüzel kişi” olarak ifade etmiştir<sup>3</sup>.

## B. İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

İncelemeye tabi tuttuğumuz kararda da geçtiği üzere rehinli alacaklının sigorta tazminatı üzerindeki hakkı noktasında ilgili hükümler TMK m.879<sup>4</sup> ve TTK m.1456<sup>5</sup> hükümleridir.

TMK’nın “*Sigorta tazminatı üzerinde hak*” kenar başlıklı 879.maddesine göre: “*Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ödenebilir.*”

<sup>3</sup> Yar. HGK, E.2017/11-91, K.2018/924, 18.04.2018, Amasya, (n 2)1428–1429

<sup>4</sup> TMK m.879 hükmü, uygulamada özellikle TTK m.1456’nın yürürlüğünden önceki dönemde kıyasen taşınır rehinine de uygulanmıştır. Örneğin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 15.11.2017 tarihli ve E.2016/19369 K.2017/10554 sayılı kararında da “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. ( TMK 683. Mad. ) Ancak kişiye mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkiler, mülkiyet hakkı sahibi ve yasalar tarafından sınırlanabilir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun da 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1456. Maddesi kapsamında bir düzenleme olmaması ayrıca taşınır rehini ile ilgili olarak ... tazminatı üzerinde rehin hakkı sahibinin hakları açısından bir düzenleme olmaması karşısında taşınmaz rehini ile ilgili olarak rehin hakkı sahibinin ... tazminatı üzerindeki hakları başlığı ile düzenlenmiş olan 879. Maddesi yerleşik ... Kararları ile kıyasen uygulanmıştır. Buna göre rehinli aracın uğramış olduğu zararlar sebebiyle malik tarafından talep edilen ... tazminatlarında TMK 879. maddesine dayanarak rehin hakkı sahibinin muvafakati istenmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu rehin hakkı sahiplerinin ... tazminatı üzerindeki haklarını 1456. Maddede özel olarak düzenleyerek bu konudaki bir boşluğu gidermiştir.*” denilerek bu husus ifade edilmiştir.

<sup>5</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndan önce dain-i mürtehinin (rehinli alacaklının) malik menfaatini koruma altına alan sigortadan yararlanması gemi ipoteği ve sivil hava araçları ipoteği gibi bazı özel düzenlemeler dışında sadece TMK m.879’da taşınmaz rehni için benimsenmişken TTK m.1456 ile hem diğer rehinli alacaklılara hem de bütün sınırlı aynî hak sahiplerine sigorta tazminatı üzerinde hak tanınmıştır. Sinan Misili, ‘Türk Hukukunda Sınırlı Aynî Hak ile Takyit Edilmiş Malın Sigortalanması ve Sigortacının Sınırlı Aynî Hak Sahiplerine Karşı Borçları’(2015) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı 619–621

TTK'nın 1456.maddesinin ilk üç fıkrasına göre ise: “(1) Sınırlı aynı hak ile takyit edilmiş bir mal üzerindeki, malike ait menfaat sigortalandığı takdirde, kanunda aksi öngörülmemişse, sınırlı aynı hak sahibinin hakkı sigorta tazminatı üzerinde de devam eder.

(2) Sigortacıya, mal üzerinde sınırlı aynı hak bulunduğu bildirildiği takdirde, aynı hak sahiplerinin izni bulunmadıkça, sigortacı sigorta tazminatını sigortalıya ödeyemez. Aynı hakkın sicille alenileştiği veya sigortacının bunu bildiği durumlarda bildirim gerek yoktur. Sigortalı menfaate konu malın tamiri veya eski hâline getirilmesi amacıyla ve teminat gösterilmesi şartıyla, tazminat sigortalıya ödenebilir.

(3) İkinci fıkra hükmüne aykırı hareket eden sigortacı, sınırlı aynı hak sahipleri ödemeye sonradan yazılı onay verdikleri takdirde, bunlara karşı sorumluluktan kurtulur.”

İlgili hükümler kapsamında, rehinli alacaklının rehin hakkı sigorta tazminatı üzerinde devam etmekte olup rehne konu mal üzerinde rehin hakkının olduğu sigortacıya bildirildiği veya rehin hakkının sicille alenileştiği ya da sigortacının rehin hakkını bildiği durumlarda rehin hakkı sahibinin muvafakati olmadıkça sigortacı sigorta tazminatını sigortalıya ödeyemeyecektir. Muvafakat olmadan ödemesi durumunda ise rehin hakkı sahibine karşı sorumluluğu devam edecektir. Bu noktada mal sigortalarını konu edinen sigorta sözleşmelerinde “*dain-i mürtehin kaydının*” bulunması, mal üzerindeki rehinin sigortacıya bildirilmesi amacına matuf olduğunu ifade edebiliriz.

## VI. DEĞERLENDİRMEMİZ

Uyuşmazlığa dönecek olursak, hukuki sorun olarak tespit ettiğimiz ve sigortalı<sup>6</sup> ile sigortacı arasında olan ve sigorta tazminatını konu edinen davalarda, dain-i

---

<sup>6</sup> Sigorta sözleşmesinin taraflarını, sigortacı ve sigorta ettiren oluşturur. Sigorta sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülükler, sigorta ettiren üzerindedir. Sigortalı ise rizikonun gerçekleşmesinden olumsuz etkilenecek ve sigorta sözleşmesi ile sigortalanabilir menfaati sigorta teminatı altına alınmış kişidir. Sigorta ettiren ile sigortalı çoğunlukla aynı kişidir. Olayımızda da olduğu gibi kişi fındık bahçelerini donma rizikosuna karşı sigorta ettirmiş olması halinde bu kişi sigorta ettiren ve bundan faydalanan kişi anlamında sigortalıdır. Dolayısıyla bizim olayımızda sigorta ettiren, sigortalı ve sınırlı aynı hakkın konusu olan malın maliki aynı kişi olup uyuşmazlıkta davacı konumdadır Rayegân Kender, Türkiye’de

mürtehin konumunda olan kişinin davaya muvafakatinin olup olmamasının yürütülen dava açısından durumunun ne olacağı şeklinde ifade edeceğimiz sorun özelinde şunları ifade edebiliriz:

Dain-i mürtehin konumunda olan kişinin davaya muvafakatinin olup olmaması konulu hukuki uyuşmazlıklar ekseriyet itibariyle Yargıtay 11. ve 17. Hukuk Daireleri'nin kararlarına konu olmuştur. İncelemeye tabi tuttuğumuz kararda da olduğu gibi Yargıtay istikrarlı bir şekilde dain-i mürtehinin davaya muvafakatini bir “*dava şartı*” olarak yorumlamakta ve sigorta konusu malın maliki tarafından sigortacı aleyhine açılan sigorta tazminatına ilişkin davalarda sınırlı aynı hak sahibinin (rehinli alacaklının/dain-i mürtehinin) muvafakati bulunmadığı veya bu şart sonradan tamamlanmadığı takdirde davanın esasına girilmeyerek davanın usulen reddi gerektiğine hükmetmektedir<sup>7</sup>.

İnceleme konusu kararda da özel daire “*...mahkemece, dava ve talep hakkına sahip dava dışı bankanın anılan şubesinden alınmış, açılan davaya muvafakat veya icazetleri olduğuna dair gerekli belgeyi sunması için davacı tarafa süre verilmesi ve bu usulî eksiklik tamamlandığı takdirde işin esasına girilmesi gerekirken, davacının aktif taraf sıfatının (husumet) varlığına ilişkin olan ve mahkemece re'sen göz önünde bulundurulması gereken bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde uyuşmazlığın esasına girilerek anılan poliçeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş...*” demiş olup her ne kadar da dairece dava şartı nitelemesi yapılmamış olsa da,

---

Hususi Sigorta Hukuku (17th edn, Onikilevha Yayıncılık 2021) 247–248, 252–253; Misili (n 6) 625–627

<sup>7</sup> Tamer Bozkurt, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (13<sup>th</sup> edn, Yetkin Yayınları 2022) 252; Mustafa Halil Çonkar, ‘Sınırlı Aynı Hak Sahibinin İzninin (TK 1456/2) Malikin Sigorta Tazminatının Tahsili Talebiyle Açacağı Davaya Etkisi Meselesi -Yargıtay’ın Dava Şartı Yorumuna İlişkin Bir Değerlendirme-’ in Kaya Arslan and others (eds), Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - IV - (Tebliğler - Tartışmalar) 23 Ekim 2020 (Onikilevha Yayıncılık 2021) 214

Söz konusu kararlardan bazıları için bakınız: Yar. 11. HD, 2016-4008/685, 09.02.2017 <<https://www.lexpera.com.tr>>, Yar. 11. HD, 2015-13835/1979, 10.04.2017 <<https://www.lexpera.com.tr>>, Yar. 11. HD, 2015-14804/2419, 25.04.2017 <<https://www.lexpera.com.tr>>, ; Yar. 17.HD, 2011-2129/293,19.01.2012 <https://www.lexpera.com.tr>> Yar. 17. HD, 1998/6148 02.05.2013 ; Yar. 17. HD, 21385/18226, 11.12.2014, Yar. 17. HD, 2513/6156, 23.05.2016; Yar 17. HD, 2018-2734/47, 14.01.2019; Yar. 17. HD, 2019-3400/2423, 02.03.2020 <<https://www.lexpera.com.tr>>

muvafakat eksikliğinin usulî bir eksiklik olarak nitelendirilmesi, bu eksikliğin mahkemece resen göz önünde bulundurulması gereken bir durum olduğu ve bu usulî eksikliğin giderilmediği takdirde işin esasına girilmemesi gerektiğinin ifade edilmesi dikkate alındığında özel dairenin görüşünün bu yönde olduğunu ifade etmek zor olmayacaktır. Nitekim 11. Hukuk Dairesi'nin benzer olayda verdiği bir başka kararlarında “*Davacının aktif taraf sıfatının (husumet) varlığına ilişkin bu hususun dava şartı olması nedeniyle mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir*”<sup>8</sup> diyerek bu dava şartı nitelemesini açıkça yapmıştır.

Malum olduğu üzere dava şartları HMK m.114'te diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklı tutulmak suretiyle sayılmıştır. Ancak olayımızda dava şartı olarak ileri sürülen “*aktif taraf sıfatının (husumet) varlığı*” hususunun ise dava şartı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira aktif taraf sıfatı maddi hukuka ilişkin bir kavram olup bir dava şartı olarak kabul edilmemektedir<sup>9</sup>. Bundan ötürü de taraf sıfatının varlığı hakkında bir sonuca varabilmek için davanın esasına girilmesi mecburi olacaktır. Dolayısıyla da dain-i mürtehinin muvafakatinin aktif taraf sıfatına dair olması sebebiyle dava şartı olduğunu ileri sürmek yerinde olmayacaktır.

Karşı oy yazısında ise (her ne kadar çoğunluk kararında “*aktif taraf sıfatı*” olarak ifade edilmiş olmasına rağmen) “*Sayın çoğunluk, bu halde davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı görüşünde ise de...*” denilerek muvafakatinin olup olmamasını “*aktif dava ehliyeti*” ile bağdaştırılmıştır. Ancak dava ehliyeti HMK m.51'de “*dava ehliyeti medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir*” şeklinde ifade edilmiş olup bu ehliyet fiil ehliyetine karşılık gelecektir<sup>10</sup>. İlgili kararda davacının fiil ehliyetine ilişkin bir tartışma olmayıp dava ehliyetinin konumuzla bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Birbirinden farklı anlamlara gelen kavramların Yargıtayca aynı husus için kullanılması noktasında Yargıtay'ın bu durumun nitelendirilmesi noktasında titiz

<sup>8</sup> Yar. 11. HD., E. 2015/13835 K. 2017/1979 T. 10.4.2017 <<https://www.lexpera.com.tr>>

<sup>9</sup> Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku (1<sup>st</sup> edn. Yetkin Yayınları 2017) 122

<sup>10</sup> ibid 119–120

davranmadığı ve kavramları özensiz kullandığı<sup>11</sup> ifade edilebilir. Nitekim dain-i mürtehinin muvafakatının dava şartı olarak kabul eden diğer bir daire olan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, kararlarında dava şartı niteliğinin gerekçesi olarak “*taraf (husumet) ehliyeti*”, “*aktif dava ehliyeti*”<sup>12</sup>, “*aktif husumet ehliyeti*” ifadeleri kullanılmıştır<sup>13</sup>.

Öğretide *Müderrişoğlu*’na göre<sup>14</sup> eğer muvafakat verilmezse davacının “dava açma sıfatı” bulunmamış olacağından mahkemenin “davayı aktif dava ehliyeti (husumet)” yokluğundan reddetmesi gerekir. Bu ret kararı dava şartı yokluğu nedeniyle ret kararı ile karıştırılmakta olup dava şartı olan dava ve taraf ehliyeti hak ve fiil ehliyetlerine karşılık gelmektedir. “*Aktif ya da pasif dava ehliyetleri*” ise davanın taraflarının dava konusu hakla bir bağlarının bulunduğu anlamına gelen sıfat yokluğudur ve sıfat yokluğundan verilen kararlar usulden değil esastan verilen kararlardır. Bu görüşe göre muvafakat olmadan açılan davaların yine reddedilmesi gerekecek ancak bu ret kararı usulî bir ret kararı olmayıp davanın esastan reddedilmesi niteliğinde olacaktır. Ancak bize göre, bu görüşe de katılmak pek mümkün değildir. Zira kanun kapsamında her ne kadar rehinli alacaklıya sigorta tazminatı üzerinde bir öncelik hakkı verildiği iddia edilebilir olsa da<sup>15</sup> rehinli malın maliki ve sigortalı konumunda olan kişi sigorta tazminatı üzerinde asıl alacak sahibidir<sup>16</sup>. Davanın

<sup>11</sup> İbrahim Uğur Satıcı, ‘Mal Sigortası Sözleşmesinde Malike Ait Menfaatin Sınırlı Ayni Hak İle Sınırlandırılması’ (2022) Terazi Hukuk Dergisi 61, 170

<sup>12</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 10.10.2016 tarihli ve E.2016/8904, K.2016/8733 sayılı kararında: “*Bankanın sigorta ettirilen araç üzerinde rehin hakkı ve mürtehin kaydının devam ettiği müddetçe, davacı sigortalı araç sahibinin açtığı davaya kayıtsız şartsız muvafakat verilmesi gerekir, aksi halde sigortalı araç sahibinin dava açma hakkının ve aktif dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekir.*”

<sup>13</sup>Yar. 17. HD, 2016-10089/4088, 17.04.2017; Yar. 17. HD, 8904/8733,10.10.2016; Yar. 17. HD, 2016-8198/2012, 27.02.2017; Yar. 17. HD, 1304/1992,17.02.2014; Yar. 17. HD, 2015-9368/290,13.01.2016; Yar. 17. HD, 2016-2580/8271, 27.09.2016; Yar. 17. HD, 2019- 1760/3242 08.06.2020 <<https://www.lexpera.com.tr>>

<sup>14</sup> Ümit Müderrişoğlu, *Kasko Sigortası* (1<sup>st</sup>, Seçkin Yayıncılık 2020) 53–54

<sup>15</sup> Mustafa Ünlütepe, ‘Sınırlı Ayni Hak Sahiplerinin Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları’ (2019) 9 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151, 173; Satıcı (n 12) 67. Yargıtay içtihatları da bu yöndedir. Örneğin: Y.17. HD, 15.11.2017 tarihli ve E.2016/19369, K.2017/105554 sayılı kararı.

<sup>16</sup> Oğuzhan Ünsal, ‘Sigortalı Eşyalar Üzerinde Rehin Hakkı’ (Yüksek Lisans, Hacettepe Üniversitesi 2021) 120

husumet/sıfat yokluğundan reddi bu kişinin söz konusu sigorta tazminatının alacaklısı olmadığı anlamına gelebilecektir.

Öğretide *Çonkar ve Ünsal*, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarında geçen “*aktif taraf sıfatı*” kavramının “*dava takip yetkisi*” anlamında kullanılmış olmasının imkân dahilinde olduğunu ileri sürmüştürler<sup>17</sup>. Zira HMK m.114/1-e’de “*dava takip yetkisine sahip olunması*” dava şartları arasında sayılmıştır. HMK m.53 gereğince, dava takip yetkisi talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olup bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Tasarruf yetkisinin kesin olarak belirlenmesi ancak davanın esasına girilmesi ile mümkün olacağından HMK m.114/1-e anlamında dava şartı olan dava takip yetkisinin varlığı için dava konusu hak ya da hukuki ilişkinin tarafı olduğunu iddia etmek esasen yeterli olacaktır<sup>18</sup>. Bu noktada dava takip yetkisi umumiyetle dava konusu hakkın sahibi veya maddi hukuk ilişkisinin tarafına ait olmaktadır. Bununla birlikte HMK m.53’teki ihtirazî kayıt uyarınca bazen dava takip yetkisi maddi ilişkinin tarafı olmayan kimselere ait olabilir ve bu takip yetkisi türü öğretide bağımsız dava yetkisi ya da dava yetkinliği olarak isimlendirilmektedir<sup>19</sup>. Bağımsız dava takip yetkisi asıl hukuki ilişkinin tarafı olmayan kimsenin, çıkarı bulunmasından dolayı o ilişkiden hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki asıl hak sahibinin üçüncü kişiyi ilgilendiren bir davayı açma konusundaki ihmali nedeniyle üçüncü kişiye tanınabilmektedir. Ancak Yargıtayın kararlarında asıl hak sahibi olan malik harekete geçmiş olmasına rağmen, asıl hak sahibi malikin davanın tarafı olması engellenmektedir. Bu nedenle de öğretide *Çonkar ve Ünsal*’a göre ve bizim de katıldığımız görüşe göre bu hususta dava takip yetkisinin yokluğuna dayalı bir dava şartı eksikliğinden bahsetmek mümkün değildir<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *Çonkar* (n 8) 222; Sıfat kavramının Yargıtay tarafından dava takip yetkisi yerine kullanıldığı kararlar için bkz.: Hakan Pekcanitez and Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, vol 1 (15th edn, Onikilevha Yayıncılık 2017) 613 vd.; *Ünsal* (n 16) 114

<sup>18</sup> Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 17) 594–595, 617; *Çonkar* (n 8) 222

<sup>19</sup> Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 17) 596; *Çonkar* (n 8) 222.

<sup>20</sup> Daha geniş malumat için bkz.: *Çonkar* (n 8) 223–224; Yine daha kapsamlı değerlendirme için bkz.: *Ünsal* (n 16) 114–120

Yargıtay'ın TTK m. 1456 hükmündeki muvafakat şartını, diğer kanunlarda saklı tutulan dava şartı olarak kabul ettiği ileri sürülebilir. Ancak bu ihtimal de pek mümkün gözükmemektedir. Zira dava şartı olarak kabul edilen diğer düzenlemelerde ya dava şartı açıkça zikredilmiş ya da başka bir yoruma izin vermeyecek netlikte ifadeler kullanılmıştır<sup>21</sup>.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarında dain-i mürtehinin iznini, dava şartı olarak görmesinin sebebi, rehinli alacaklının hak kaybı yaşamasının önüne geçmek olarak düşünülebilir. Ancak bu şekil bir düşünce de isabetli olmayacaktır. Zira, sigorta tazminatı, muvafakat alınmadan sigortalıya ödense bile rehinli alacaklının yaşayacağı herhangi bir hak kaybı olmayacaktır. Zira TTK m.1456/2-3 hükümlerine bakacak olursak muvafakat olmadan sigortalıya ödeme yapan sigorta şirketinin dain-i mürtehinine karşı sorumluluğu devam edecektir. Böyle bir durumda sınırlı aynî hak sahibinin (olayımızda dain-i mürtehin olan bankanın) başvuru üzerine sigortacı ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalacaktır<sup>22</sup>. Yargıtayın dava şartı yaklaşımı, rehinli alacaklının hak kaybının önüne geçilmesi şöyle dursun bazen rehinli alacaklıya zarar vermektedir. Çünkü bizce ilgili hüküm ifa aşamasına ilişkin bir düzenleme olup Yargıtay'ın dava şartı yorumu ifa aşamasına geçilmesine engel olmaktadır. Örnek olarak dain-i mürtehinin şartlı muvafakat verdiği, diğer bir tabirle davanın yürütülmesine muvafakat verip dava sonucu ödenecek sigorta tazminatının rehinli alacaklı olarak kendisine ödenmesini talep ettiği hallerde bu muvafakat kabul edilmemektedir.

Yargıtay'ın dava şartı yaklaşımı olayımızda da kısmen olduğu şekliyle bazı suiistimal ve kötü niyetli yaklaşımlara kapı aralamaktadır. Bunlardan ilki, sigortacı ile sınırlı ayni hak sahibinin ortak ekonomik menfaatlere sahip tüzel kişilikler olduğu durumlardır<sup>23</sup>. Bu durumlarda sigortacı şirket aleyhine açılan davaların önünü kesmek

---

<sup>21</sup> Çonkar (n 8) 224–225

<sup>22</sup> Misili (n 6) 651, 665; Çonkar (n 8) 225; Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku* (2011) 106. "... sigortalıya ödenmeden önce rehinli alacaklının muvafakati alınmalıdır. Hasar bedelinin sigortalı malın tamaratı için harcanmış olması kuralı değiştirmez. Buna aykırı hareket eden sigorta şirketi sorumludur. ; 11. HD, E. 2007/9766, K. 12901, 17.11.2008 (Kazancı İçtihat)

<sup>23</sup> Çonkar (n 8) 228

için dain-i mürtehin konumunda olan kişi Yargıtay'ın dava şartı yorumunu kullanarak sigortalı mal sahibi ile sigortacı şirket arasındaki davayı baştan engelleyebilmektedir. Olayımızda da benzer bir durum bulunmaktadır. 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu hükümleri uyarınca kurulan Tarım Sigortaları Havuzunun çalışma usul ve esaslarını belirlemek amacıyla yayımlanan Tarım Sigortaları Havuzu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te (m.13), Tarım Sigortaları Havuzu'nun (TARSİM), tüm iş ve işlemlerinin, bu Havuz'a katılan sigorta şirketlerinin, eşit hisseler ile ortak olduğu, bir İşletici Şirket tarafından yürütüleceğini emretmektedir. Olayımızda davalı konumunda olan Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi A.Ş.'nin yirmi beş hissedarından biri, diğer bir tabirle yüzde dört hissedarı Ziraat Sigorta'dır. Ayrıca olayda da görüldüğü üzere dain-i mürtehin konumunda olan Ziraat Bankasının ilgili şubesi davacı ile Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi A.Ş. arasında akdedilen sözleşmenin acentesi konumundadır. Dolayısıyla dava şartı yorumu sigortalının sigorta tazminatına ulaşması noktasında adaletsiz sonuçlara sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Bizim incelemeye tabi tuttuğumuz olay dışında, müşterisine kredi kullandıran bankalarla bağlantısı olan, onlarla aynı ekonomik grupta bulunan sigorta şirketleri varlığı bilinmektedir. Bankalar kredi kullandırırken kendileri ile aynı ekonomik grupta olan sigorta şirketlerinin acentesi olarak sigorta akdi yapmaktadırlar. Yargıtay kararına yansımış ve incelemeye tabi tuttuğumuz olayla neredeyse birebir benzer bir olayda yerel mahkeme Ziraat Bankasınca davaya muvafakat verilmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı yönünde görüş ileri sürmüştü ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.9.2017 tarihli ve E. 2017/3273 K. 2017/4502 sayılı kararında "*Dava, Devlet Destekli Bitkisel Ürün Sigorta Poliçesi'ne dayalı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, yukarıda da özetlendiği şekilde poliçede dain-i mürtehin olarak görülen T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü ... /... Şubesi'nin davacının kredi riskinin devam etmesi nedeniyle davaya muvafakat edilmediğini bildirmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu belirtilerek işin esasının incelenmesine geçilmiş ise de, Dairemizin yerleşik uygulamaları uyarınca poliçede dain-i mürtehin olarak görünen bankanın rehin hakkı bulunduğundan, sigortadan tazminat talep etme hakkı da öncelikle ona ait olup, sigortalı ancak lehine rehin verilen alacaklının açık muvafakatini almak şartıyla ve kendi menfaati de zedelendiği takdirde tazminat isteme*



*hakkına sahip olur (14.06.2010 gün ve 2009/430-6814 E.K., 12.10.2012 gün ve 2011/8534-16045 E.K., 08.03.2013 gün ve 2012/4175-4580 E.K.). Bu itibarla, somut uyuşmazlıkta adı geçen bankanın davaya açıkça muvafakat etmediği yönündeki beyanı nazara alınarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yanılığılı değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”* diyerek yerel mahkemenin isabetli kararını bozmuştur.

Tüm bu açıklamaların ışığı altında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararındaki ve Yargıtayın istikrar kazanmış diğer kararlarında sınırlı aynî hak sahibinin iznini/muvafakatini dava şartı olarak görmesi isabetli bir görüş değildir. İlgili karara katılmayan daire üyesinin yazdığı karşı oy gerekçesinde de vurgulandığı<sup>24</sup> üzere izin/muvafakat hususunun dava şartı olarak görmek yerinde değildir. Bu üyeye göre TMK m. 879 ve TTK m. 1456 maddeleri, sınırlı ayni hak sahibinin muvafakatinin bulunmamasını, sigorta tazminatının sigortalıya sadece ödenmesine engel görmüştür<sup>25</sup> ki bu durumda mahkemece yine sigorta tazminatının sigortalıya ödenmesine karar verilmeli, hüküm fıkrasında ayrıca ödeme esnasında sınırlı ayni hak sahibinin muvafakatinin sağlanması hüküm altına alınmalıdır.

Bize göre de TTK m. 1456 hükmü, sigorta şirketini uyarmakta ve ona eğer sınırlı aynî hak sahibinin iznini almadan sigortalıya ödeme yaparsan bu ödeme sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, sınırlı aynî hak sahibine karşı sorumluluğun devam eder demektir<sup>26</sup>. Bu açıdan bu izin durumunu dava şartı görmek mümkün değildir.

*Çonkar*'a göre ise TTK m. 1456'daki izin şartı, ancak sigorta konusu malın maliki ile sigortacı arasındaki nizanın halli (uyuşmazlığın çözümü) sonrasında gündeme gelecektir. *Çonkar* bu durumlarda mahkeme kararının hüküm kısmında

---

<sup>24</sup> İlgili üye dairesinin aynı konudaki diğer kararlarına da muhalefet etmiştir. Bkz.: Yar. 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2018/5654 K. 2019/286 T. 14.1.2019; E. 2017/1017 K. 2018/6230 T. 11.10.2018; E. 2017/3273 K. 2017/4502 T. 19.9.2017; E. 2016/1770 K. 2017/4529 T. 19.9.2017; E. 2015/14804 K. 2017/2419 T. 25.4.2017; E. 2016/4008 K. 2017/685 T. 09.02.2017; E. 2016/4498 K. 2017/712 T. 09.02.2017; E. 2015/15226 K. 2016/7424 T. 22.09.2016; E. 2015/15673 K. 2016/5720 T. 25.5.2016; E. 2015/15726 K. 2016/1380 T. 11.2.2016; E. 2015/14372 K. 2016/175 T. 13.1.2016; 2014/17480 K. 2015/12327 T. 19.11.2015 sayılı kararları. <<https://www.lexpera.com.tr>>

<sup>25</sup> Samim Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II (1st edn, Onikilevha Yayıncılık 2016) 54; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (4th edn, Yetkin Yayınları 2020) 252

<sup>26</sup> Mustafa Çeker, Sigorta Hukuku (12th edn, Karahan Kitabevi 2015) 149

herhangi bir kayıt olmadan “*davacıya ödenmesine*” şeklinde karar verilmesinde bir sakınca görmemektedir<sup>27</sup>.

Ünsal’a göre sigorta tazminatı üzerinde rehin hakkı devam ediyor olsa da malik, hala hak sahibi konumundadır ve tasarruf yetkisini de haizdir. Bu çerçevede bir kişinin sahibi olduğu hakkı dava yoluyla talep edemeyeceğini öne sürmek Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan “*hak arama hürriyetine*”, HMK. m. 27’de düzenlenmiş olan “*hukuki dinlenilme hakkına*” aykırılık teşkil eder<sup>28</sup>. Ünsal da karşı oy yazarı üye ile aynı fikirde olup bu durumlarda davanın esasına girilip “*rehinli alacaklının onayının olması koşuluyla sigorta tazminatının malike ödenmesine*” şeklinde hüküm kurulması gerekmektedir<sup>29</sup>.

Hukuki sorun olarak dile getirdiğimiz diğer bir problem, karara da yansıyan ve uygulamada da sık görülen bir durum olan poliçede dâin-i mürtehin kaydının olduğu durumlarda sigorta tazminatı üzerinde dâin-i mürtehinin hak sahibi olduğu kabul edilmekte ve ödeme ona veya onun muvafakati ile sigorta ettirene yapılmaktadır. Bununla birlikte dâin-i mürtehin kaydı “kurucu” nitelikte herhangi bir işleve sahip olmayıp yalnızca açıklayıcı niteliktedir. Poliçede bir kişinin dâin-i mürtehin olarak belirtilmesi, o kişi lehine ne sigorta konusu eşya üzerinde ne de sigorta alacağı üzerinde rehin hakkı meydana getirmez. Sigorta konusu eşya üzerinde rehin ancak kanunun öngördüğü biçimde kurulabilir<sup>30</sup>.

Ünan, ülkemizde uzun süredir poliçede “dâin-i mürtehin” olarak gösterilen kişi lehine sürdürülen ve bu kişiye mutlak bir biçimde hak tanıyan uygulamanın yerinde olmadığını ve en kısa zamanda değişmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Rehin hakkının gerçekte var olup olmadığını veya rehin hakkının mevcut olduğu durumlarda tehlikeye düşüp düşmediğini araştırmadan rehinli alacaklı (dâin-i mürtehin) olduğu kabul edilen kişiye ödeme gerçekleştirmesi yine Ünan’a göre doğru görünmemektedir<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Çonkar (n 8) 242–248

<sup>28</sup> Ünsal (n 16) 120

<sup>29</sup> ibid 121

<sup>30</sup> Ünlütepe (n 15) 172; Ünan (n 25) 57. Örnek olarak taşınmazlarda tapu kütüğüne tescille (TMK m.856/1), taşınırlarda eşyanın teslimle (TMK m.939/1), bir sicile tescili zorunlu olan taşınırlarda ilgili sicile tescille (TMK m.940/2) rehin kurulacaktır.

<sup>31</sup> Ünan (n 25) 57–58; Amasya (n 3) 1429–1430

TTK m. 1456 hükmünden de anlaşılacağı üzere malike ait menfaat sigortalanmaktadır. TTK m. 1456'da malik çıkarını korumak üzere yaptırılmış sigortada, sınırlı ayni hak sahibinin yasa gereği sigortalı sayılacağını öngörmemiştir. Diğer bir deyişle burada sınırlı ayni hak sahibi lehine yapılmış sayılan bir sigorta söz konusu değildir. Sınırlı ayni hak sahibi sigortalı sıfatıyla değil ayni hak sahibi sıfatıyla, sigorta parası aynî hakkın kapsamına dahil olduğu için sigortacıdan ödeme alacaktır<sup>32</sup>. Doktrinde Ünsal bu noktada, Yargıtay kararlarında yer bulan, “sigorta tazminatını talep etme hakkının öncelikle rehinli alacaklıya ait olduğuna” ilişkin ifadeye de katılmanın mümkün olmadığını, bu tür uyuşmazlıklarda malik lehine yapılan bir sigorta sözleşmesinden doğan tazminat alacağının söz konusu olduğunu, rehinli alacaklının ise söz konusu tazminat alacağı üzerinde bir “rehin hakkı” olduğunu, rehinli alacaklının rehinin paraya çevrilmesinin talep edildiği haller dışında malikin rızasını almaksızın sigorta tazminatı alacağının kendisine ödenmesini isteyemeyeceğini, aksi takdirde malikin menfaatinin sigortalandığı haller ile rehinli alacaklının menfaatinin sigortalandığı haller arasında herhangi bir fark kalmayacağını ileri sürmüştür<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Ünan (n 25) 43; Amasya (n 3) 1431

<sup>33</sup> Ünsal (n 16) 122

## SONUÇ

Çalışma kapsamında inceleme konusu yapılan hukuki problem, dain-i mürtehinin (genellikle bankaların) rehin konusu malın maliki ile sigorta şirketi arasındaki davaya muvafakat göstermemesi durumunda davada izlenmesi gereken yolun ne olacağı, diğer bir ifadeyle sigortalının aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı, dain-i mürtehinin muvafakatının dava şartı niteliğinde olup olmadığıdır. Bu tarz uyuşmazlıklarda, Yargıtay'ın müstekar bir biçimde dain-i mürtehinin muvafakatini dava şartı olarak gördüğü ve muvafakat verilmemesi halinde davanın usulen reddedilmesi gerektiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir.

Dava şartı özelinde Yargıtay çeşitli kararlarında bu muvafakatın yokluğunu aktif taraf sıfatı (husumet), aktif dava ehliyeti, taraf (husumet) ehliyeti ya da aktif husumet ehliyeti yokluğu ile ilişkilendirdiği görülmektedir. Ancak bu noktalardan hiçbiri hukuki olarak dain-i mürtehinin muvafakatine karşılık gelemeyecektir.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarında dain-i mürtehinin muvafakatini, dava şartı olarak görmesinin sebebi, rehinli alacaklının hak kaybı yaşamasının önüne geçmek olarak düşünülebilir. Ancak, pratikte böyle bir hak kaybı olmayacağı gibi, Yargıtay'ın bu yaklaşımı -özellikle dain-i mürtehinin şartlı muvafakat verilmek istendiğinde- çoğunlukla dain-i mürtehinin kendisine zarar vermektedir. Bu durumlara ilave olarak, dava şartı yaklaşımı bazı suiistimal ve kötü niyetli yaklaşımlara da kapı aralamaktadır.

Netice olarak Yargıtayın inceleme konusu yapılan karar ve istikrar kazanmış diğer kararlarında sınırlı aynî hak sahibinin muvafakatini dava şartı olarak görmesi isabetli bir görüş değildir.

## Kaynakça

- Amasya S, ‘Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Hukuki Etkisi’ (2021) 16 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1415
- Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (4th edn, Yetkin Yayınları 2020)
- Bozkurt T, Sigorta Hukuku Ders Kitabı (13th edn, Yetkin Yayınları 2022)
- Çeker M, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku (2011)
- Çeker M, Sigorta Hukuku (12th edn, Karahan Kitabevi 2015)
- Çonkar MH, ‘Sınırlı Ayni Hak Sahibinin İzninin (TK 1456/2) Malikin Sigorta Tazminatının Tahsili Talebiyle Açacağı Davaya Etkisi Meselesi -Yargıtay’ın Dava Şartı Yorumuna İlişkin Bir Değerlendirme-’ in Kaya Arslan and others (eds), Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu- IV - (Tebliğler - Tartışmalar) 23 Ekim 2020 (Onikilevha Yayıncılık 2021)
- Kender R, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku (17th edn, Onikilevha Yayıncılık 2021)
- Kuru B, Medenî Usul Hukuku (1st edn. Yetkin Yayınları 2017)
- Misili S, ‘Türk Hukukunda Sınırlı Ayni Hak İle Takyit Edilmiş Malın Sigortalanması ve Sigortacının Sınırlı Ayni Hak Sahiplerine Karşı Borçları’, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015)
- Müderrişoğlu Ü, Kasko Sigortası (1st edn. Seçkin Yayıncılık 2020)
- Pekcanitez H and Taş Korkmaz H, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, vol 1 (15th edn, Onikilevha Yayıncılık 2017)
- Satıcı İU, ‘Mal Sigortası Sözleşmesinde Malike Ait Menfaatin Sınırlı Ayni Hak ile Sınırlandırılması’ (2022) Terazi Hukuk Dergisi 61
- Ünan S, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt II (1st edn, Onikilevha Yayıncılık 2016)
- Ünlütepe M, ‘Sınırlı Ayni Hak Sahiplerinin Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları’ (2019) 9 Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151
- Ünsal O, ‘Sigortalı Eşyalar Üzerinde Rehin Hakkı’ (Yüksek Lisans, Hacettepe Üniversitesi 2021)



p-ISSN:2717-9621 - e-ISSN:2757-6752

LAW FACULTY JOURNAL OF TEKİRDAĞ NAMİK KEMAL UNIVERSITY