

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

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

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

Ulusal Endeksler: ULAKBİM TR Dizin ve ASOS INDEX

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

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

National Indexes: ULAKBİM TR Index, ASOS Index

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



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

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





ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

TFM

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

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,

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

We invite you to submit your

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

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

TFM

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

C. 9 • S. 2 • Aralık 2023



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

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

Sahibi/Owner

Prof. Dr. Yücel ACER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)

Editör Yardımcıları/Assistant Editors

Arş. Gör. Halil İbrahim AKCAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule İŞİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/Editorial Board

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

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

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

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

Yayın Tarihi/Date of Publication : Aralık 2023/December 2023
Yayın Türü/Publication Type : Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical
İletişim Bilgileri/Contact Information : Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Keçiören/ANKARA-TÜRKİYE
Elektronik Ağ/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>
E-posta/E-mail : tfm@ybu.edu.tr
Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/ : <http://www.dergipark.org.tr/tfm>
Article Submission and Author Guidelines

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

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

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

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

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

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

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD^(*)

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

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

EDİTORYAL

TFM, 2015 yılında ticaret ve fikri mülkiyet hukuku için bir uluslararası akademik platform olma fikriyle yayın hayatına başladı ve bu sayı ile birlikte 9. yılını tamamlamış oldu. Artık arşivimizde ticaret ve fikri mülkiyet sahasında seçkin çalışmalar ile dolu 18 sayı yer alıyor. Amacımız hukuk literatürüne, hukuk uygulamasına ve en nihayetinde hukukun nihai hedefi olan adalet ve hakkaniyetin hayat bulmasına katkı sunmaktır. Bu çizgide, ilk sayımızdan bu yana bizi yalnız bırakmayan, yazı ve fikirleriyle destek olan herkese teşekkür ediyoruz.

Ülkeler için ekonomik bağımsızlığın önemi tartışılmazdır. Ticaret hayatını düzenleyen kuralların bağımsız olarak şekillenmesi de aynı önemi haizdir. Teknolojik gelişmelerin dünyayı bir birim haline getirmiş olması bu gerçekliği değiştirmemektedir. İnsan ve eşyanın doğasındaki ortak yönler nedeniyle birtakım kurum ve kuralların farklı toplumlarda veya farklı zamanlarda aynı şekilde işlemesi kaçınılmazdır. Borçlar hukuku başta olmak üzere, geçmişten bu yana dünya üzerindeki birçok hukuk sisteminin temel alanlar için öngördüğü çözümlerin aynı olması bunların doğasındaki benzerlik veya bir tür temel kod yeknesaklığından kaynaklanmaktadır.

Günümüz uluslararası ticaret hukukunun yeknesak kurallarının temelinde, ülkelerin değil, uluslararası ticareti ağırlıklı olarak kontrol eden aktörlerin her ülkede farklı bir ulusal hukuk ile karşılaşmak istememesi ve bu nedenle özgün ulusal hukuklara karşı çekimser olması yatmaktadır (*Jürgen Basedow, (2003), Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Integration - General Report, Uniform Law Review, 1/2 33*). Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında başta ticaret hukuku olmak üzere hukuk alanında Batı'dan alınan kanunların önemli bir yer tutması, Tanzimat'tan hemen sonra Batı'dan kanun alma geleneğinin ticaret kanunu ile başlaması, sanayi ve teknoloji alanındaki konumu sebebiyle bu alanda acil yasal düzenlemeye ihtiyacı olmadığı halde bu geleneğin fikri ve sınai mülkiyet hakları alanını düzenleyen marka, patent ve telif haklarına ilişkin mevzuatla devam etmesi dikkat çekicidir.

Bulduğumuz yıl Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. yılıdır. Ticaret hukuku alanındaki ilk kanunun, Osmanlı Devleti tarihinde bir kırılma noktası olan 1839 tarihli Tanzimat'ı müteakip Fransa'dan 1850 tarihinde alınmasının üzerinden iki asra yakın, Cumhuriyet'in kuruluşunu müteakip yapılan hukuk reformu ve bu kapsamda Batı'dan alınan kanunların üzerinden yaklaşık bir asır geçmiştir. Kanunlar insan ve toplumun aynasıdır. Ancak bir toplum içinde, onun tarih ve kültüründen süzülen kurallar, o toplumun sorunlarına çare üretebilir. Bu nedenle kanun yapma süreçlerinde ülke ve toplumun gerçeklik ve ihtiyaçlarının çok iyi analiz edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Hukuk uygulamasının bu alandaki akademik çalışmalar bakımından büyük kıymeti haiz olduğu tartışmasızdır. Zira her dosya ve her karar, hukukun hayata yansımına dair onlarca tecrübe içermektedir. Bu nedenle, ticaret ve fikri mülkiyet hukuku sempozyumlarına bulduğumuz yılda "yargı kararları" temasıyla devam ettik.

Bu usule yargı ve sektör uygulaması ile iş birliği içinde devam etmek ve TFM'de yerel ve uluslararası uygulamayı özlü bir şekilde yansıtan ve bunlar için öneriler içeren çalışmalara yer ayırmak istiyoruz.

En içten saygılarımızla,

TFM

EDITORIAL

TFM started its publication life in 2015 with the idea of becoming an international academic platform for commercial and intellectual property law, and with this issue, it has completed its 9th year. Our archive now includes 18 issues full of distinguished works in the field of commerce and intellectual property. Our aim is to contribute to the legal literature, legal practice and finally to the realisation of justice and equity, which is the ultimate goal of law. In this line, we would like to thank everyone who has not left us alone since our first issue and who has supported us with their articles and ideas.

The importance of economic independence for countries is indisputable. The independent rulemaking regulating the commercial life is of the same importance. The fact that technological developments have turned the world into a unit does not change this reality. It is inevitable that some institutions and rules will function in the same way in different societies or at different times due to the common aspects in the nature of human beings and goods. The fact that the solutions envisaged by many legal systems in the world since the past, are the same for the basic areas especially in the law of obligations, is due to the similarity in their nature or a kind of basic code uniformity.

In the basis of the uniform rules of today's international commercial law lies the fact that not countries, but the actors who predominantly control international trade do not want to encounter a different national law in each country and therefore abstain from unique national laws (*Jürgen Basedow, (2003), Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Integration - General Report, Uniform Law Review, 1/2 33*). It is noteworthy that in the last century of the Ottoman Empire, the laws taken from the West in the field of law, especially in the field of commercial law, occupied an important place; that the practice of adaptation of laws from the West started with the commercial law immediately after the Tanzimat; and that this practice continued with the legislation on trademarks, patents and copyrights regulating the field of intellectual and industrial property rights, although there was no urgent need for legal regulation in this field due to its position in the field of industry and technology.

It is the 100th anniversary of the Republic of Türkiye. Nearly two centuries have passed since the first law in the field of commercial law was obtained from France in 1850 following the Tanzimat of 1839, which was a breaking point in the history of the Ottoman Empire, and nearly a century has passed since the legal reform following the establishment of the Republic and the laws adapted from the West within this scope. Laws are the mirror of human and society. Only the rules filtered from the history and culture of a society can produce solutions to the problems of that society. For this reason, it is of great importance to analyse the reality and needs of the country and society very well in law-making process.

It is indisputable that the practice of law is of great value in terms of academic studies in this field. Because each file and each decision contain dozens of experiences regarding the reflection of law on life. For this reason, we have continued the symposiums on commercial and intellectual property law with the theme of "judicial decisions" in this year.

We would like to continue in this way, in co-operation with the judicial and industrial practice, and to lay place in the TFM for studies that succinctly reflect local and international practice and include suggestions for them.

With our best regards,

TFM

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

TAASARRUF FİNANSMAN SİSTEMİ - İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ BİR İNCELEME

SAVING FINANCE SYSTEM - A COMPARATIVE REVIEW WITH ISLAMIC LAW

Doç. Dr. Artaç AYDIN - Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK 163

OLAĞANÜSTÜ DÖNEMLERDE YAPILAN FAHİŞ FİYAT ARTIŞLARININ HAKSIZ REKABET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF EXTREME PRICE INCREASES DURING PERIODS OF EXTRAORDINARY IN TERMS OF UNFAIR COMPETITION LAW

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL 177

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK MARKA HUKUKU DOKTRİNİ VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DÜRÜST KULLANIM SAVUNMASININ KOŞULLARINA İLİŞKİN BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

SOME OBSERVATIONS AND EVALUATIONS REGARDING THE CONDITIONS OF THE HONEST USE DEFENSE IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION AND TURKISH TRADEMARK LAW DOCTRINE AND JUDICIAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ 199

ROTTERDAM KURALLARI VE OTONOM GEMİLER ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

SOME THOUGHTS REGARDING AUTONOMOUS SHIPS AND THE ROTTERDAM RULES

Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER 219

TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMELERİNDE GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

DETERMINATION OF THE COMPETENT COURT IN CHARGE FOR INTERMEDIATION CONTRACTS FOR THE PURCHASE AND SALE OF DERIVATIVE INSTRUMENTS

Dr. Sefa ER..... 233

BANKA KREDİ YETKİLİLERİNİN KREDİ İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE KARAR AŞAMALARINDA YER ALMA YASAĞI

PROHIBITION OF PARTICIPATION BANK CREDIT OFFICIALS IN EVALUATION AND DECISION-MAKING STAGES OF CREDIT TRANSACTIONS

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLIŞOY - Arş. Gör. Gökay AĞIRBAŞ 255

HAYAT SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE LEHTAR ATANMASINA İLİŞKİN YORUM KURALI

RULE OF INTERPRETATION REGARDING THE APPOINTMENT OF BENEFICIARIES IN LIFE INSURANCE CONTRACTS

Doç. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ - Dr. Öğr. Üyesi Aysel ÇAKIR 269

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL KURUL KARARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN YÖNETİM KURULUNCA ALINAN KARARLARA VE BU KARARLARA DAYANILARAK YAPILAN İŞLEMLERE ETKİSİ

THE EFFECT OF THE INVALIDITY OF THE GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION ABOUT THE ELECTION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF A JOINT-STOCK COMPANY ON THE DECISIONS TAKEN BY THE BOARD OF DIRECTORS AND THE TRANSACTIONS MADE ON THE BASIS OF THESE DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Funda ÖZDİN 285

TAASARIMLARA İLİŞKİN YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

APPLICABLE LAW IN DISPUTES CONCERNING DESIGNS WITH FOREIGN ELEMENTS

Dr. Abdurrahman Hamza TÜZGEN 307

A CRITICAL ASSESSMENT OF THE SUBCONSCIOUS COPYING DOCTRINE

BİLİNÇALTI KOPYALAMA DOKTRİNİNİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Esra ÜNAL YEŞİLYURT..... 327

TTK m. 1429/1 KAPSAMINDA SİGORTA ETTİRENİN VEYA SİGORTALININ HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU BULUNDUKLARI KİŞİLERİN TESPİTİ

DETERMINATION OF PERSONS FOR WHOSE ACTS THE POLICYHOLDER OR THE INSURED ARE LEGALLY RESPONSIBLE PURSUANT TO ARTICLE 1429/1 OF THE TCC

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL..... 339

YARGITAY KARARLARI/DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Y. HGK, E. 2022/11-63, K. 2023/722, T. 26.11.2020 364

Y. HGK, E. 2022/11-385, K. 2023/881, T. 08.09.2021 375

Y. 11. HD, E. 2022/261, K. 2023/3737, T. 18.11.2021 383

Makaleler

Articles

TASARRUF FİNANSMAN SİSTEMİ - İSLAM HUKUKU İLE MUKAYESELİ BİR İNCELEME^(*)

SAVING FINANCE SYSTEM - A COMPARATIVE REVIEW WITH ISLAMIC LAW

Doç. Dr. Aytaç AYDIN^(**)
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(***)

Öz

Tasarruf finansman şirketlerinin temelini 1775’lerde kurulan yapı tasarruf sandıklarına kadar götürmek mümkündür. Ülkemizde faizsiz finansman ihtiyacının karşılanması amacı ile 1990’lı yıllarda müstakil kanuni bir düzenleme olmaksızın kendine özgü bir sistem olarak başlayan uygulamalar, zamanla toplum nezdinde konvansiyonel bireysel finansman araçlarına alternatif, faizsiz bir finansman sistemi olarak gelişmiştir. Sistem, yaklaşık otuz yıllık bir uygulama sonunda yasal düzenlemeye kavuşarak bu konudaki faaliyetlerin “tasarruf finansman şirketleri” tarafından yapılacağı bir sisteme geçilmiştir.

Tasarruf finansman şirketi; tasarruf finansman sözleşmesi ile müşterilerine konut, çatılı iş yeri veya taşıt edindirmek üzere faizsiz finansman esaslarına uygun finansman kullandıran, onlara ait birikmiş tasarrufları yöneten, bu kapsamda yaptığı organizasyon hizmetleri için bir ücret almaya hak kazanan bir anonim şirket türüdür. Tasarruf finansman şirketleri normal finansman şirketlerinden

farklı olarak sadece üç alan (konut, çatılı iş yeri veya taşıt) ile sınırlandırılmıştır.

Tasarruf finansman şirketi sözleşme çerçevesinde yaptığı işlemleri dört başlıkta toplamak mümkündür: Müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarının faizsiz finans esasına göre yönetimi, tasarruf tutarını geri ödeme, finansman kullanıma yükümlülüğü ve organizasyon işlemleri.

Çalışmamızda tasarruf finansman faaliyeti kavramı incelendikten sonra tasarruf finansman faaliyetleri ve bu faaliyetlerin kapsamı ile tasarruf finansman sözleşmesi ele alınmış, bu kapsamda öngörülen tasarruf finansman işlemlerinin İslam hukuku açısından değerlendirmesi yapılarak tasarruf finansmanının kanunda belirlenen üç alan ile sınırlı kalmaksızın genişletilebileceği önerisi sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku, Tasarruf Finansman Şirket, Elbirliği Sistemi, Tasarruf Finansman Şirketi İşlemleri, Faizsiz Finansman Esası.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 19.03.2023 / Kabul Tarihi: 13.09.2023).

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, (ofisaytac@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9016-5711).

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

Atıf/Citation: Aydın, Aytaç & Bozgeyik, Hayri (2023), “Tasarruf Finansman Sistemi - İslam Hukuku ile Mukayeseli Bir İnceleme”, TFM, C: 9, S: 2, s. 163-176.

Abstract

The foundation of savings finance companies can be traced back to the “construction savings funds” laid in 1775. The system, which started as a civilian initiative in the 1990s with a unique system and without an independent legal regulation in order to meet the need for interest-free financing in our country, has developed as an alternative interest-free financing system to the conventional financial system within the society. The system has been legally regulated after nearly thirty years of practice, and a system in which the activities in this regard will be carried out by “savings finance companies” has been adopted.

Savings finance company; It is a company that gives the customer the right to use financing to own a house, roofed workplace or vehicle with a savings financing agreement, has the right to manage the accumulated savings of the customer, to repay and to provide financing, and to collect organizational fees, and operates on the basis of interest-free financing. Saving finance companies are limited to only three

areas (housing, roofed workplace or vehicle acquisition) unlike normal finance companies. Savings financing companies are limited to only three areas (housing, roofed workplace or vehicle) unlike normal financing companies.

It is possible to collect the transactions carried out by the savings finance company within the framework of the contract under four headings: Management of the customer’s accumulated savings on the basis of interest-free finance, repayment of the savings amount, obligation to provide financing, and organizational transactions. In our study, after revealing the nature of savings finance companies, the legal nature and transactions of the company are analyzed in terms of Islamic law, and it is suggested that the savings finance field can be expanded without being limited to three areas.

Keywords

Islamic Law, Saving Finance Company, Cooperation System, Saving Finance Company Transactions, Interest-Free Finance Basis.

GİRİŞ

Tasarrufa dayalı finansman uygulaması temelinin yapı tasarruf sandıklarına dayandığı, yapı tasarruf sandıkları uygulaması başlangıcının ise 1775 yılına kadar gittiği, bu alandaki ilk uygulamaların İngiltere’de başladığı ve 19. yüzyılda diğer ülkelerde yaygınlaştığı kabul edilmektedir¹. Tasarruf sandığı uygulamasında kişi, ihtiyaç duyduğu krediyi sağlamak için önce tasarruf yapmakta ve bunu belli bir hesaba düzenli olarak ödemekte, bu hesaptaki tasarruf miktarı belirli bir miktara ulaştığında ise belli bir finansmandan yararlanma hakkına sahip olmaktadır².

Ülkemizde konut edinme uzun bir zamandan beri genellikle banka kredileri üzerinden olmuştur. Bir yandan konut kredilerinde uygulanan yüksek faiz oranları, diğer yandan orandan bağımsız bir şekilde toplumun önemli bir kesiminin faizden uzak durma yaklaşımı sebebiyle ihtiyaç sahipleri bir alternatif finansman metodu arayışına girmiş, neticede

konut ve araç finansmanı konusunda bir faizsiz finansal sistem olan tasarruf finansmanı doğmuştur.

Tasarruf finansmanı, ülkemizde önceleri fiili bir uygulama olarak özellikle 1990’lı yıllardan itibaren bir kanuni düzenlemesi olmaksızın, bireysel konut ve araç edinme konusunda kendine özgü bir sistem olarak ortaya çıkmış³, zaman içinde bu alanda konvansiyonel finansal sisteme önemli bir alternatif haline gelmiştir⁴.

Türkiye’de tasarruf finansman şirketleri ile ilgili düzenleme 6361 sayılı kanunda yapılan değişikliklerle mevzuata girmiştir. Öncesinde “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” olan kanunun adı, 07.03.2021 tarihinde yapılan değişiklikle “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” olmuş⁵ (TFK) ve kanuna tasarruf finansman şirketlerine ilişkin hükümler derç edilmiştir.

¹ Kılıç, Selim (2007), ‘Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye’deki Uygulamaları’ Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, S: 1, C: 14, s. 236.

² Koç, İlker (2021), Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi ve Risk Modelleri https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/8789/Kitap-Konut_Finansmani_s.pdf, s.e.t. 10.10.2022.

³ Birsin, Mehmet & Ötegeçeli, Hatice (2019), ‘Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhi Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler’, Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, S: 1, C: 10, s. 80.

⁴ Beybur, Mustafa & Çetinkaya, Murat (2021), ‘Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemine Jak Bankacılık ve Karz-ı Hasen Sistemi Önerisi’ The Journal of Social Science, S: 9, C: 5, s. 269-281.

⁵ 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu”nun ismi 4/3/2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanunun 20 nci maddesiyle güncellenmiştir.

Bu değişikliğin ardından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) Kanun'da kendisine tanınan yetkiye dayanarak 7.04.2021'de "Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik" (TFY) ile tasarruf finansman şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerini düzenlemiştir. Tasarruf finansmanına dair yapılan bu değişiklikle halkın konut, iş yeri ve taşıt sahibi olması için bir alternatif finansman usulü düzenlenmiştir.

Düzenlemenin konut finansmanı açısından sosyal devlet politikasının uzantısı olarak Anayasa'nın 57. maddesinde yer alan düzenlemeye dayandığı kabul edilebilir. Bilindiği üzere, yetkili organları, ekonomik, sosyal, kültürel vb. ihtiyaçların etkisi ile oluşan kamuoyu beklentisini karşılamak üzere hukuki düzenleme yapmaya sevk eden çeşitli sosyolojik sebepler söz konusu olabilmektedir. 6361 Sayılı Kanunda yapılan değişikliğin de bu anlamda bir sosyolojik ihtiyaçtan doğduğu kabul edilebilir.

Literatürde tasarrufa dayalı finansal sistemleri çeşitli açılardan inceleyen çalışmalar bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı faizsiz finans esasına uygun çalışan finansal modeli incelemektedir. Ülkemizde 2021 yılında yasal düzenlemeye kavuşan tasarruf finansman şirketlerine ilişkin literatürün ise henüz başlangıç aşamasında olduğunu söylemek mümkündür. Konunun hem ekonomi, hem İslam hukuku ve hem de pozitif hukukun bir alanı olması bakımından ticaret hukuku açısından birlikte ele alınması önem arz etmektedir.

Çalışmamızda İslam hukukuna göre; 6361 Sayılı Kanun çerçevesinde tasarruf finansman şirketinin hukuki niteliği, şirket sözleşmesi kapsamındaki işlemlerin İslam hukukuna uygunluğu ve sadece üç alan (konut, çatılı iş yeri veya taşıt) ile sınırlı olan şirket faaliyetlerinin daha geniş alanlara yayılmasının mümkün olup olmadığı sorularına cevap aranacaktır. Bu çerçevede öncelikle 6361 Sayılı Kanun çerçevesinde tasarruf finansman kavramı incelenecek, daha sonra tasarruf finansman faaliyetleri ve bu faaliyetlerin kapsamı ile tasarruf finansman sözleşmesi ele alınacak, son olarak bu sözleşme kapsamında öngörülen tasarruf finansman işlemlerinin İslam hukuku açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. TASARRUF FİNANSMANI

Tasarruf finansmanı, sadece bu amaçla faaliyet göstermek üzere kurulan şirketler tarafından yürütülen ve müşterilerinin yaptığı tasarrufları fon havuzunda değerlendirerek onlara belli konularda kaynak sağlama esasına dayalı, kendine özgü bir finansman modelidir. Bu model 1990'lı yıllardaki "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi" olarak adlandırılan uygulamanın güncel halini ifade etmektedir⁶.

Tasarruf finansman şirketi (TFK 5; TFY 3), müşteriye ait tasarrufları bir organizasyon yapısı içinde yönetme, bunları geri ödeme ve sözleşmeye uygun olarak finansman kullandırma konusunda faaliyet göstermek üzere kurulan bir anonim şirket türüdür. Şirket, müşterilerine tasarruf finansman sözleşmesi çerçevesinde belli konularda faizsiz finansman usulüne uygun finansman kullandırmakta ve müşterilerinin birikmiş tasarruflarını yönetmektedir. Şirket, belli hallerde bunları geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğüne tabi olup yaptığı işlere karşılık bir organizasyon ücretine de hak kazanmaktadır⁷.

Tasarruf finansman şirketlerinin ayırıcı nitelikte iki özelliği söz konusudur. Bunlardan birincisi faizsiz finansman esaslarına göre çalışması (TFK 39/A,1; 39/B 3), ikincisi ise finanse edilen mal ve hizmetlerin bu şirketlerde sınırlı olarak (*tadadi*) sayılmış olmasıdır (TFK 39/A, 1; TFY 16).

Tasarruf finansman şirketleri, aynı kanunda düzenlenmiş olan finansman şirketlerinden temel noktalarda ayrılmaktadır. Her iki şirket türünün kavramsal benzerliği nedeniyle aşağıda finansman şirketi kısaca açıklanacaktır.

⁶ **Birsin & Ötegeçeli**, s. 85-112; **Ergüven**, Murat (2019), 'Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi İçin İslami Finans İlkelerine Uygun Model Önerisi' (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 18; **Ergüven**, Murat & **Kaya**, Feridun (2020), 'Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma' Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S: 4, C: 5, s. 755-769; **Kabakcı**, Burçin, Konya Ticaret Odası (2020), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi (TDFFS)'; <https://www.kto.org.tr/d/file/tasarrufa-dayali-faizsiz-finansman-sistemi.pdf>, s.e.t. 10.10.2022.

⁷ **Polat**, İsrail (2021), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans (Elbirliği) Sisteminin Fikhi Analizi' (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 13-23.

6361 Sayılı Kanunu'nda finansman şirketleri için de yapılmış yasal bir tanım yer almamaktadır. Finansal Kurumlar Birliği finansman şirketini, “gerçek ve tüzel kişilere her türlü mal ve hizmet alımı için finansman sağlama amacıyla faaliyet göstermek üzere kurulan şirket türü” şeklinde tanımlamaktadır (TFK 39)⁸.

Finansman şirketleri, gerçek veya tüzel kişiler tarafından satın alınan mal veya hizmet bedellerini, bunların teslim veya temini karşılığında, satın alan kimse nam ve hesabına satıcıya ödeme yaparak kredilendirmekte (TFK 39/2)⁹, bu kredi miktarını ise, üzerinde anlaştıkları faiz oranı ile geri almaktadırlar.

Aynı kanunda düzenlendiği ve kavramsal olarak benzer olduğu halde, tasarruf finansman şirketleri ile finansman şirketleri arasında önemli farklar vardır. Finansman şirketleri her türlü mal veya hizmetin finansmanını sağlarken, tasarruf finansman şirketleri sadece konut, çatılı iş yeri veya taşıt finansmanı yapabilmektedir. Tasarruf finansman şirketlerinin en belirgin özelliği ise faizsiz finansman usulüne uygun faaliyet göstermeleridir.

II. TASARRUF FİNANSMAN FAALİYETLERİ

A. GENEL OLARAK

Tasarruf finansman faaliyeti, *faizsiz finansman esaslarına uygun olarak, bir sözleşme kapsamında, önceden belirlenen şartlar altında konut, çatılı iş yeri veya taşıt finansmanı için müşteri tarafından önce belirli süre tasarruf edilmesi, sonrasında ise tasarruf finansman şirketi tarafından bu müşteriye belli bir finansmanın kullandırılması ve ve aynı zamanda bu kapsamda toplanan tasarrufların yönetilmesine dair bütün faaliyetleri* kapsamaktadır (TFK 3/1-1).

Buna göre bir tasarruf finansman faaliyetinde;

- Tasarruf sahibi ile tasarruf finansman şirketi arasında bir sözleşmenin mevcut olması,
- Bu sözleşmenin konut, çatılı iş yeri veya taşıtın edinimine ilişkin olması,
- Edinim için önceden belli şartların belirlenmiş olması,

- Bu kapsamda özellikle tasarruf sahibinin belirli bir süre tasarrufunun söz konusu olması,
- Tasarruf sahibine bir finansman kullandırılması,
- Tasarruf finansman şirketi ile tasarruf sahibi arasındaki hukuki ilişkiler ile şirket tarafından toplanan tasarrufların yönetiminin faizsiz finansman esaslarına tabi olması gerekmektedir.

Kanunda tasarruf finansman faaliyeti kapsamında yapılması ve yapılmaması gereken çeşitli faaliyetlerin belirlendiği görülmektedir (TFK 39/B).

B. TABİ OLDUĞU İLKELER

1. Faizsiz Finansman Esaslarına Tabi Olması

Tasarruf finansman faaliyeti, faizli işlem olmaksızın İslam hukuk kuralları ile örtüşen alternatif yöntemler kullanarak finansmana faizsiz olarak erişimi mümkün kılmaktadır. Burada, günümüzde yaygın olarak kullanılan faiz esaslı finansman sistemlerine mukabil; emek, sermaye ve risk paylaşımı esasına dayalı alternatif bir finansman modeli görülmekte, tasarruf finansman şirketlerinin ise topladığı tasarrufları yine alternatif yöntemleri kullanarak yine faizsiz bir şekilde yönetmesi kullandırması öngörülmektedir.

Müşterilere ait tasarrufların bir araya gelmesi ile oluşan fonların hangi faizsiz yatırım araçlarında değerlendirileceği ile usul ve esaslar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüştür (TFK 39/B f. 4).

2. Fon Havuzu Hesaplarının Ayır Tutulması

Tasarruf finansman şirketleri bakımından tasarruf fon havuzu temel bir kavramdır. Bu havuz, şirketin fon kaynaklarını topladığı ve yönettiği bir hesap olup *belli bir dönemde şirket nezdinde birikmiş müşteri tasarrufları ve yine müşterilerin kullandıkları finansmanlar için yaptıkları geri ödeme tutarların toplamından, tahsisat olarak verilmiş tutarlar ile tasarruf geri ödemelerinin düşülmesinden sonra kalan tutardan* oluşur (TFK 3, f. 1 m bendi). Şirket bu havuzun hesaplarını diğer hesaplardan ayrı tutmak zorundadır (TFK 39/B). Bu şart havuz hesaplarının faizden arındırılması için koruyucu bir şart olarak değerlendirilebilir.

⁸ **Finansal Kurumlar Birliği**, Finansman Şirketleri Nedir? www.fkb.org.tr/sectorler/finansman, s.e.t. 10.10.2022.

⁹ **Finansal Kurumlar Birliği**, Finansman Şirketleri Nedir? www.fkb.org.tr/sectorler/finansman, s.e.t. 10.10.2021.

Tasarruf fon havuzu, şirketin finansal yapısını, risk yönetimini ve faaliyetlerini etkileyen önemli bir unsurdur. Dolayısı ile tasarruf finansman şirketlerinin fon havuzunda toplanan fonları İslam hukukuna uygun olarak dikkatli bir şekilde yönetmesi ve ilgili yasal düzenlemelere uyması zorunludur.

Tasarruf Finansman Kanunu, tasarruf fon havuzu varlıklarının, şirketler tarafından müşterileri ile yapmış oldukları tasarruf finansman sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülükleri dışında başka amaçlarla kullanılmasını yasaklamaktadır (TFK 39/B f. 3). Tasarruf fon havuzu varlıklarının hapis hakkı, alacağın devir ve temlik veya takasa konu edilmesi yahut rehn edilmesi veya teminat gösterilmesi de yine aynı yasak kapsamında yer almaktadır. Söz konusu varlıkların, kamu alacakları dâhil şirket borçları için haczedilmesi, üzerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulması veya iflas masasına dâhil edilmesi de kanunen yasaklanmıştır. Müşterilerin şirket ile yapmış oldukları tasarruf finansman sözleşmelerinden kaynaklanan alacakları bu yasakların haricinde tutulmuştur.

3. Tasarruf Finansman Planlarının Bağımsız Olması

TFK, tasarruf finansman planlarının her müşteri veya müşteri grubu için birbirinden bağımsız düzenlenmesini öngörmektedir (TFK 39/B, f. 1; TFK 3 f. 1 b. l). Bireysel tasarruf müşterilerinin, sözleşmede tespit edilen finansman tutarını talep edebilmek için, önceden belirlenmiş bir vadeye kadar tasarruflarda bulunarak bu tasarruflarını şirketin tasarruf fon havuzuna yatırması öngörülmüştür. Gruplar şeklinde yapılan tasarruflarda ise, müşteriler için peşinatlı veya peşinatsız ödeme planları ve buna göre gruplar oluşturulmakta, bu gruplar arasında yapılacak çekilişle tasarruf dönemleri belirlenmektedir. Gruplar için yapılan tasarruf planlarında teslimatın ne zaman yapılacağı, grup için tasarruf finansman şirketi tarafından belirlenmiş olan vadeler esas alınarak belirlenmektedir (TFK 39/B f. 1)¹⁰.

Tasarruf finansman planlarında bireysel müşteri bazı tarifede belirlenen süre sonunda finansman elde edilirken grup tasarruflarında müşterilerinin tahsisat tarihleri ve grup için öngörülen toplam ay sayısı üzerinden yapılan çekilişe göre finansman elde edilmiş olmaktadır.

Bireysel tasarruflarda olarak müşteri sözleşme sonrası tahsisatın zamanını net olarak bilir. Bu finansman planında tahsisat genellikle vade ortasında ya da daha erken olabilmektedir. Grup tasarruf planlarında ise müşteriler, kendilerine uygun finansman tutarı ve aylık ödeyecekleri taksit miktarına göre belli sayıda kişilerden oluşan uygun bir grup içine yer alırlar. Sonra noter huzurunda kura ile finansman tutarını teslim alacağı tarih tespit edilerek havuzda toplanan para her ay müşterilere belli sıraya göre teslim edilir. Bir grup üyesi sırası gelmeden vade ortasında finansman ödemesini alması da mümkündür¹¹.

Tasarruf finansman planlarında tahsisat alınabilmesi için; bireysel tasarruflara bağlı sözleşmelerde, müşterinin en az %40 tasarruf yapması ve sözleşme süresinin 2/5'inin geçmiş olması zorunludur. Grup tasarruflarında ise, çekilişte çıkmayan müşterilerin tahsisat alabilmeleri için, ödeme yapılacak tarih itibarıyla sözleşme tutarları toplamının yüzde kırkı oranında bir ödemenin şirkete ait tasarruf fon havuzu hesabına aktarılmış olması ve grup için belirlenmiş olan toplam süresinin asgari beşte ikisinin tamamlanmış olması gerekir (TFY 17, 21 f. 2 ve 3)¹².

III. TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMESİ

Tasarruf finansman sözleşmesi, bu sözleşmenin tarafı olan şirket ile müşterisi arasındaki hukuki ilişki ile bu ilişkiden doğan hak ve borçları düzenlemektedir (TFK 39/A ve 39/B). Kanun, tasarruf finansman sözleşmesini "*belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için müşteriye finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükü*

¹⁰ Selvi, Nurtaç Endes (2021), 'Tasarruf Finansman Sözleşmesi' Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C. 4, s. 444; Gülerci, Altan Fahri (2022) 'Tasarruf Finansman Anonim Şirketlerinin Hukuki Yapısı, Faaliyetleri ve Bu Şirketlerde Menfaat Sahiplerinin Korunması' S: 3, C: 30, s. 1003; Deniz, Hande, Hukuk Sistemimizde Yeni Bir Sözleşme: Tasarruf Finansman Sözleşmesi, www.okan.edu.tr/hukuk/sayfa/8058/hukuk-sistemimizde-yeni-bir-sozlesme-tasarruf-finansman-sozlesmesi/, s.e.t. 21.04.2023.

¹¹ Öztürk, Muammer Fatih, (2022), '6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açından İncelenmesi' Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 10, s. 144; Gülerci, s. 1003, 1026.

¹² Gülerci, s. 1026; Selvi, s. 458.

kümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen sözleşme” şeklinde tanımlamaktadır (TFK 39/A). Aşağıda bu sözleşmenin unsurları kısaca ele alınacaktır.

A. TARAF LARI

Sözleşmenin bir tarafında tasarruf finansman şirketi, diğer tarafında ise aynı zamanda şirketin müşterisi konumunda olan gerçek veya tüzel kişi yer alır.

B. KONUSU

Tasarruf finansman sözleşmesi karşılıklı edimler içeren bir sözleşmedir. Sözleşmenin konusu, müşterinin belli bir plan dahilinde yaptığı tasarrufları şirkete getirmesine mukabil, şirketin de onun ihtiyaç duyduğu, sözleşmede kararlaştırılmış olan konut, çatılı iş yeri veya taşıt finansmanını sağlamasıdır. Bu anlamda sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen (*snallagmatik*) bir sözleşme olduğunu belirtmek gerekir.

C. ŞEKLİ

Tasarruf finansman sözleşmesinin yazılı olması gerekir. Sözleşmenin yüz yüze veya mesafeli akdedilmesi mümkündür. Sözleşmenin her halükârda müşterinin kimliğinin doğrulanmasını mümkün kılacak yöntemlerle yapılması gerekir (TFK 39/A f. 2).

Kanun, Kurul’un bu konuda izin vermesine bağlı olarak, sözleşmenin bir bilişim veya elektronik haberleşme aracı üzerinden yapılmasına da imkân tanımaktadır. Bu halde sözleşmenin mesafeli akdedilmiş olması veya olmaması mümkündür.

Sözleşme mesafeli olarak yapılsın veya yapılsın, müşterinin belli süre içinde cayma hakkının kullanması mümkündür. Kanun müşteriye, imzalanmasını müteakip on dört günlük süre içinde sözleşmesinden cayma imkânı tanımıştır. Cayma hakkını kullanabilmesi için müşterinin herhangi bir gerekçe göstermesine gerek yoktur. Müşteri aynı zamanda bu hakkı kullanmasına mukabil herhangi bir cezai şart ödemek zorunda da değildir.

Cayma hakkını kullanan müşteriye, organizasyon ücreti dâhil şirkete ödediği bütün tutar on dört gün içinde ödenir. Süre, bozucu yenilik doğrudan bir hak olan cayma kararının şirkete bildirilmesinden itibaren başlar (TFK 39/A f. 3).

D. HÜKÜMLERİ

Kanun, tasarruf finansman sözleşmelerinde bulunması gereken asgari içeriği detaylı olarak düzenlemiştir. Sözleşme serbestisi ilkesi ile birlikte, sözleşme muhteviyatının bu şekilde detaylı belirlenmiş olması hukuk güvenliği açısından önem taşımakta ve muhtemel belirsizlikleri önleme işlevi görmektedir.

Sözleşmenin içeriğinde öncelikle konusuna ve tarafların bu sözleşme ile varmak istedikleri amaca uygun bazı kayıtların yer alması gerekir. Buna göre, müşterinin şirkete ödeyeceği tutar, şirket tarafından yapılacak finansmanın vadesi ve miktarı ile şirketin bu kapsamda hak kazanacağı organizasyon ücretinin sözleşmenin asgari içeriğinde yer alması gerekir.

Sözleşmenin asgari içeriği bunlardan başka taraflarca öngörülen gelir, maliyet ve masraflar ile müşteri için tasarruf etme, şirket için ise finansman kullandırma dönem ve koşullarının yer alması gerekir. Son olarak sözleşmenin, müşteriye birikimlerinin iade süre ve şartları ile temerrüt, cayma hakkının kullanılması, sözleşmenin sona ermesi, tarafların fesih hakları, sözleşmeden doğan hakların mirasçılara intikali ile üçüncü kişilere devrine ilişkin hükümler içermesi gerekir (TFK 39/A b. 5).

E. HAK VE BORÇLAR

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, iki tarafı için de hak ve borçlar söz konusudur. Kanunda, tasarruf finansman sözleşmesi kapsamında şirketlerin taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olduğuna özellikle vurgu yapılması dikkat çekicidir (TFK 39/A f. 5).

Sözleşme, şirket tarafından tek taraflı olarak feshedilemez. Ancak, müşterinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi bunun dışındadır.

Müşteriye ise sözleşmeyi, sözleşmede belirtilen tasarruf dönemi bitinceye kadar kullanabileceği tek taraflı bir fesih hakkı tanınmıştır.

Sözleşmenin müşteri tarafından feshi halinde şirketin tasarruf bedeli toplamını, organizasyon bedeli hariç, müşteriye altı ay içinde iade etmesi gerekir.

IV. TASARRUF FİNANSMAN İŞLEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Tasarruf finansman işlemleri, tasarruf finansman şirketi ile müşteri arasında, tasarruf finansman sözleşmesine dayalı olarak yapılan hukuki işlemlerdir. Tasarruf finansman şirketleri, finansman esaslarına göre faaliyet göstermek üzere öngörülen bir sermaye şirketi olduğundan söz konusu şirketler tarafından yapılan işlemlerin İslam hukuku açısından incelenmesi önem arz etmektedir.

İslam hukukunda görülen şirket çeşitleri içinde tasarruf finansman şirketleri ile hukuki nitelik olarak birebir örtüşen bir şirket tipi bulunmamaktadır. 6361 Sayılı Kanun, tasarruf finansman şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulmasını öngörmektedir (TFK 5). Bu şirket türü de, İslam hukukunda düzenlenen bir şirket türü değildir. Ancak bu tür şirketin iki ve daha fazla kişi tarafından kurulduğunda İslam hukukuna göre kurulabilir olduğuna dair bir problem bulunmamaktadır. “İki ve daha fazla kişi tarafından kurulması” kaydını getirmemizin sebebi, İslam hukukunda şirket olabilmek için en az iki kişinin şart koşulmasıdır¹³. Aslında tek kişi ile kurulan “anonim şirket” için “şirket” kelimesinin kullanılması kelimenin etimolojisi ile çelişmektedir. Zira, şirket “ortaklık” anlamındadır ve bir ortaklık en az iki gerçek ya da tüzel kişi ile kurulabilir. İslam hukukunda tek kişi ile yürütülen ticari faaliyetler “gerçek kişi” ile yürütülen ticari faaliyetler kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak tasarruf finansman şirketi “anonim şirket” olarak ister tek kişi isterse de daha fazla kişi tarafından kurulmuş olsun iş ve işlemlerini yürütmek bakımından İslam hukukuna uygunluğu söz konusudur. Zira Kanun kapsamında yapılan iş ve işlemler tek gerçek kişi ya da tüzel kişiliğe sahip anonim şirket ile de gerçekleştirile İslam hukuku açısından bir problem söz konusu değildir.

Kanun’un tasarruf finansman şirketlerini faaliyet konusu ve yapabilecekleri/yapamayacakları açısından sınırlandırmış olmasının İslam hukuku açısından ifade ettiği anlam incelendiğinde; bir kısım sınırlandırmaların gerekli olduğu, ancak bir kısmının ise İslam hukuku ile ilgili bir anlam ifade etmediği görülmektedir. İslam hukuku açısından gerekli olan sınırlandırmalar, İslam hukukunda fasit şart¹⁴ kapsamında faiz şartı içerebilecek durumları düzenleyen kısımdır. Bu çerçevede; tasarruf finansman sözleşmesinin ve tasarruf finansman faaliyetinin faizsiz finansman esaslarına göre gerçekleştirilebileceğine dair düzenlemeler (TFK 39A f. 1, 39/B f. 3 ve 4) İslam hukukuna uygunluk bakımından gereklidir. Ancak Kanun’da yer alan diğer sınırlandırmalar (TFK 9); konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi ile sınırlandırma, tasarruf finansman sözleşmelerinin dışında finansman sağlanamaması, üçüncü taraflara borç verilememesi, ortaklık payı edinmemesi, banka izlenimi oluşturacak ifade ve deyimleri ve “katılım” ibaresini kullanamaması, vd. İslam hukuku bakımından zorunlu olmayan, ancak müşterinin haklarını korumak ve maslahatını gerçekleştirmek için destekleyici nitelikte konulmuş sınırlandırmalar olarak yorumlanabilir.

Tasarruf finansman şirketini müstakil olarak değerlendirdiğimizde; iki ya da daha fazla kişi tarafından kurulan bir anonim şirket olduğu takdirde bu şirketi bir akit şirketi olarak değerlendirmek mümkündür. İslam hukukunda en az ikinci bir kişi olmaksızın şirketten bahsedilemez. Akit şirketi birden fazla kişinin sermaye olmaya uygun olan imkânlarını belirli ölçüler içinde birleştirerek kazanç sağlamak, elde edilen kârı belirli usule göre paylaşmak üzere gerçekleştirdikleri ortaklıklardır¹⁵. Akit şirketi kendi içinde altı farklı şekilde kurulabilmek-

¹³ **İbn Manzûr**, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (1990), Lisânü'l-Arab, 1. Baskı, Beyrut, Dâru Sâdir, C: 10, s. 448; **Zühayli**, Vehbe (1989), el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletuh, Dimaşk, 3. Baskı, Dâru'l-fikr, C: 4, s. 792-793; **Kâsânî**, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed (1986), Bedâ'î'uş-şanâ'î fi tertîbî'ş-şerâ'î (7 Cilt), Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, C: 6, s. 56.

¹⁴ İslam hukukunda fasit şart; “tek taraflı yarar sağlayan, bedellerin belirsizliği sebebiyle çekişmeye yol açan, hukuk düzeninin yasakladığı bir şeyi içeren, sözleşmenin muhtevasına ve yapısal amaçlarına, yerleşik uygulamalara aykırı olan şartlardır.” Faiz, müşahhas iktisadi bir değere karşılık olmaksızın tek taraflı yarar sağlayan bir şart olarak değerlendirilir. (**Yaman, Ahmet & Çalış, Halit** (2018), İslam Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Bilay Yayınları, s. 294).

¹⁵ **Serahsî**, Şemsü'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed (1989), el-Mebsût, Daru'l-Ma'rife, Beyrut, C: 11, s. 151; **Kâsânî**, C: 6, s. 56; **Bilmen**, Ömer Nasuhi (t.y.), Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu, Bilmen yayınevi, C: 7, s. 79; **Zühayli**, C: 4, s. 796.

tedir¹⁶. Söz konusu sözleşmenin bunlar arasında yer alan, sermaye ağırlıklı ortaklık olan, mal şirketinin (şirket-i emval) “inan şirketi” tipi ile uyumlu olduğu kabul edilebilir¹⁷. Bu şirket çeşidinde taraflar karşılıklı olarak sermaye koyar, hak ve yetkiler tarafların istedikleri şekilde düzenlenebilir¹⁸.

İnceleme konumuz, doğrudan ve tek başına tasarruf finansman şirketlerinin kendisi değil, bu şirketler ile müşterileri arasındaki sözleşmeler kapsamında yer alan hukuki işlemlerdir.

Tasarruf finansman şirketi ile müşterisi arasındaki tasarruf finansman sözleşmesini İslam hukukundaki isimsiz akitler kapsamında kurulan bir “iş görme sözleşmesi” olarak nitelemek mümkündür¹⁹. Tasarruf finansman şirketinin akit şirketi kapsamında kurulabilme imkânı olmakla beraber bu şirket ile müşteri arasında gerçekleştirilen sözleşmenin bir akit şirketi²⁰ olduğunu ifade etmek mümkün görülmemektedir. Bu sözleşme ile tasarruf finansman şirketinin yürüttüğü iş/işlemler için emeği karşılığı müşteriden belirli bir ücreti aldığını görüyoruz.

¹⁶ Akit şirketi çeşitleri; 1) İnan şirketi tipi mal şirketi, 2) Mufâvada şirketi tipi mal şirketi, 3) İnan şirketi tipi emek şirketi, 4) Mufâvada şirketi tipi emek şirketi, 5) İnan şirketi tipi itibar (vücûh) şirketi, 6) Mufâvada şirketi tipi itibar (vücûh) şirketi. **Serahsî**, C: 11, s. 151-154; **Kâsânî**, C: 6, s. 56-57; **Mevsîlî**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (1951), el-Ihtiyar li ta'lîli'l-muhtâr (5 Cilt), Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul, C: 3, s. 12-13; **Zuhayli**, c: 4, s. 796-834; **Yaman & ÇalıŖ**, s. 334-336; **Bilmen**, C: 7, s. 79-100;

¹⁷ Mal şirketi: Birden fazla şahsın sermayelerini birleŖtirip kazanç sağlamak ve ortakların belirledikleri orana göre paylaşmak üzere yaptıkları ortaklıktır. Mal şirketinin hak ve yetki eŖitlięi olmayan tipine “inan şirketi” denir. (**Serahsî**, C: 11, s. 151-154; **Bilmen**, C: 7, s. 79-100; **Kâsânî**, C: 6, s. 56-57; **Mevsîlî**, C: 3, s. 12; **Zuhayli**, c: 4, s. 796-834; Mecelle, 1329, 1332; **Yaman & ÇalıŖ**, s. 335-336).

¹⁸ **Kâsânî**, C: 6, s. 57; **Zuhayli**, C: 4, s. 796; **Bilmen**, s. 81, 87.

¹⁹ *İsimsiz akit*; konu ve gayelerine uygun birer ismi ve kanun tarafından belirlenmiŖ aslı hükümleri olmayan, insanlar ihtiyaç ve gayelerine göre icat edilip İslam hukukunun genel prensipleri içinde uygulama alanı bulan akitlerdir. **Karaman**, Hayreddin (1989), “Akid”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/akid>, s.e.t. 10.10.2022; **ÇalıŖ**, Halit, ‘Borçlar Hukuku’: Türcan, Talip, (Editör) (2017) İslam Hukuku El Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Grafiker yayınları, s. 436.

²⁰ **Serahsî**, Şemsü'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed (1989), el-Mebsût, Daru'l-Ma'rife, Beyrut, C: 11, s. 151; **Kâsânî**, C: 6, s. 56; **Bilmen**, Ömer Nasuhi (t.y.), Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu, Bilmen yayınevi, C: 7, s. 79; **Zuhayli**, C: 4, s. 796; **Yaman & ÇalıŖ**, s. 335-336; **Kahveci**, Nuri (2015), Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli), 1. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları, s. 279-283.

Bu sözleşmeyi, müşteri ile şirket arasında konusu “emek” olan ve iki tarafa da borç yükleyen bir “iş görme sözleşmesi” olarak değerlendirmek daha uygundur²¹.

İslam hukuku açısından tasarruf finansman şirketi ve işlemlerinin değerlendirilmesinde öncelikle tasarruf finansman şirketi ve müşteri arasında gerçekleşen sözleşme esas alınacaktır. 6361 Sayılı Kanunda tasarruf sahibi (müşteri) karşısında sözleşmenin diğer tarafının anonim şirket şeklinde kurulması gereken bir tüzel kişi olması öngörölmüş olmakla birlikte İslam Hukuku açısından başka bir şirket türü veya tüzel kişi ya da gerçek kişi de olabilecektir.

B. İSLAM HUKUKU AÇISINDAN

Tasarruf finansman sözleşmesi kapsamındaki işlemler İslam hukuku açısından aŖaęıda dört aşamalı olarak değerlendirilecektir.

1. İn'ikâd Şartları Açısından

İslam akit teorisi gereği İslam hukukunda bir şirket sözleşmesinin Ŗu üç unsuru içermesi gerekmektedir: Taraflar, rıza beyanı (icap-kabul) ve akdin konusu²². Tasarruf finansman sözleşmesi bu şartların tamamını taşımaktadır.

Taraflar; müşteri (tasarruf finansmanı kullanan kişi) ile bu konuda belirlenmiş olan organizasyonu gerçekleŖtiren müşteriye finansman sağlayan tasarruf finansman şirkettir.

Tarafların irade beyanı (icap-kabul) 6361 Sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” ve “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkındaki Yönetmelik” hükümlerine uygun olarak hazırlanan sözleşmeye göre imzaladıkları belge ile gerçekleŖmektedir.

Akdin konusu; şirket açısından, konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimini sağlama kapsamında müşteriyi bilgilendirme, biriken tasarruf tutarını faizsiz

²¹ **Yenisey**, Kübra Doğan, ‘İŖ Hukukunun Konusu ve Uygulama Alanı’: Aydın, Ufuk & KocabaŖ, Fatma (Editörler) (2018) Bireysel İŖ Hukuku, EskiŖehir, 1. Baskı, EskiŖehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 13, 49.

²² **Zuhayli**, C: 4, s. 92; **Karaman**, Hayrettin (2014), Mukayeseli İslam Hukuku (3 Cilt), 9. Baskı, İstanbul, İz yayıncılık, C: 2 s. 66-67; **Yaman & ÇalıŖ**, s. 292-297; **Kahveci**, s. 107-118.

finansman esaslarına göre yönetme ve tahsisatı ödeme; müşteri açısından ise, şirketi doğru bilgi ile bilgilendirme, "tahsisat"ı kabul etme, finansmanı geri ödeme, teminat gösterme, organizasyon ücreti ödeme ve sigorta ödemedir.

2. Sıhhat Şartları Açısından

İslam hukukunda sıhhat şartları kapsamında sözleşmede; bilinmezlik (*cehalet*), haksız kazanca yol açacak derecede belirsizlik (*garar*), ikrah, fasit şart ve faiz bulunmaması gerekir²³. Taraflar arası yapılan sözleşme incelendiğinde tarafların hakları ve sorumlulukları niza çıkmayacak derecede açıklıkla ortaya konulmuş olup yukarıda ifade edilen sıhhat şartlarını içerdiği görülmektedir. Özellikle sıhhat şartlarının sonucusu ile ilgili olarak kanunda *tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerinin faizsiz finansman ilkelerine uygun olması gerektiği* (TFK 39/B f. 3) düzenlenerek sistem faiz uygulamalarından arındırılmıştır. Kanun gereği fon havuzunda biriken finansmanın faizsiz finansman esaslarına göre işletilmesi ve nemalandırılması gerekmektedir. Dolayısı ile kanundaki şartları taşıyan bir sözleşmede İslam hukukunun öngördüğü sıhhat şartları açısından bir problem görülmemektedir.

3. Nefâz Şartları Açısından

İslam hukukunda bir sözleşmenin yapıldıktan sonra hüküm ve sonuçlarının doğmasını engelleyen bir durumun bulunmaması, yani nefâz (*yürürlük*) şartlarına sahip olması da gerekir. Sözleşmenin yapılması konusundaki yetki eksikliği veya sözleşmenin konusu üzerinde üçüncü şahısların haklarının bulunması halinde bu şartlar eksiktir²⁴. Sözleşme kurulmakla birlikte hukuki bütün sonuçlarının doğmasını engelleyen bir durum var ise askıda bir sözleşme (*mevkuf*) söz konusu olur. Örneğin, yetkisiz temsilci (*fuzulî*) tarafından ya da eksik fiil ehliyeti olan kişi tarafından gerçekleştirilen sözleşme, nefâz şartı eksik olduğu için askıdadır²⁵. Tasarruf finansman sözleşmesi de akdedildikten sonra ifa aşaması

söz konusu olduğunda, yani taraflardan her bir diğer taraftan, sözleşmeden doğan edimini ifa etmesini talep ettiğinde, sözleşme nefâz şartları açısından da incelenecek ve bu açıdan herhangi bir engel yoksa hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.

4. Lüzûm Şartları Açısından

İslam hukukunda yapısı itibariyle bağlayıcı olan bir sözleşmenin muhayyerlik hakkının bulunmaması lüzum (*bağlayıcılık*) şartıdır²⁶. Diğer bir ifade ile akdin bağlayıcılığı, taraflarından herhangi biri ya da her ikisinin, tamamlandıktan sonra akdi tek başına akdi feshedememesi ve tarafların akitten kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirme mecburiyeti olarak ifade edilebilir.

Lüzûm şartları açısından hem tasarruf finansman şirketinin "şirket akdi" hem de tasarruf şirketi ile tasarruf sahibi arasında söz konusu olan "tasarruf finansman akdi" değerlendirmeye konu olabilir. Konu, tasarruf finansman şirketini oluşturan "şirket akdi" açısından incelendiğinde, öncelikle İslam hukukunda şirket akdinin bağlayıcılığının tartışılmalı olduğu görülmektedir. Şirket akitlerinin bağlayıcı olmadığını ifade eden hukukçular olduğu gibi taraflara karşılıklı borç yükleyen şirket sözleşmesinin bağlayıcılığı olduğu görüşünü benimseyen hukukçular da vardır²⁷. Biz ikinci görüşü tercih ediyoruz. Zira piyasanın istikrarı ve sağlıklı yürütülebilmesi için bu görüş daha uygundur.

Tasarruf finansman şirketi ile tasarruf sahibi arasında söz konusu olan "tasarruf finansman akdi" incelendiğinde şirket için bağlayıcı fakat müşteri için bağdalayıcı olmadığı görülür. 6361 Sayılı Kanun da sözleşmeyi şirketin feshetme hakkının bulunmamasına karşın müşterinin istediği zaman feshedebileceğini öngörmektedir (TFK 39/A f. 4)²⁸.

5. Konusu Açısından

Tasarruf finansman şirketlerinin taraf olduğu tasarruf finansman sözleşmelerinin konusu tasarruf finansman işlemleridir. Bu işlemler; müşteriye ta-

²³ Karaman, C: 2, s. 163, 254; Yaman & Çalış, s. 292-297, Kahveci, s. 140.

²⁴ Apaydın, H. Yunus, 'Mevkuf' (2004), TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mevkuf-akit>, s.e.t. 10.10.2022.

²⁵ Mevsili, C: 2, s. 17; Mecelle, m. 112; Karaman, C: 2, s. 249; Yaman & Çalış, s. 297, 306.

²⁶ Karaman, C: 2, s. 61; Yaman & Çalış, s. 305-306.

²⁷ Ceylan, Hadi Ensar (2017), 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı' (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 214-215.

²⁸ Birsin & Ötegeçeli, s. 100.

sarrufları karşılığında ihtiyaç duyduğu finansmanın ona kullandırılması ve buna ilişkin faaliyetlerin organizasyonundan oluşmaktadır.

Şirketin, tasarruf finansman sözleşmesinden en az bir gün önce; sözleşme hükümleri, sözleşmede öngörülen asgari tutarlar, tasarruf dönemi ve finansman vadesi ile bunlara ilişkin koşulları, müşterinin cayma ve fesih hakkı konusunda müşteriyi bilgilendirmesi gerekmektedir (TFY 16 f. 5).

Tasarruf finansman şirketlerinin tasarruf sahipleriyle yaptığı sözleşmeler üzerine tasarruf fon havuzunda topladığı tasarruf fonunu faizsiz yatırım araçlarında kullanarak yönetmesi esastır. Tasarruf fon havuzunda toplanan tutarların faizsiz yatırım araçlarında değerlendirilmesi sonucu elde edilen getirinin sözleşmeye uygun olarak müşterilerin tasarruf birikimlerine veya ihtiyat fonuna eklenmesi gerekir (TFY 23 f. 1 ve 2).

Tahsisatı ödeme zamanı geldiğinde sözleşmede kararlaştırılan finansman tutarı, müşterinin edindiği mal bedeli olarak satıcıya ödenir. Böylece müşteri için kanunda belirtilen konut, çatılı iş yeri veya taşıt finansmanı gerçekleştirilmiş olur. Sözleşmede yatırım neticesi getiri sağlanması kararlaştırılmış ise, elde edilen getiri müşterinin tasarruf birikimine eklenir. Şirket yerine getirdiği işlemler karşılığı olarak belirli bir organizasyon ücreti alır (TFK m. 3 f. 1 j bendi).

Tasarruf finansman sözleşmesi, içinde birden fazla sözleşmenin unsurlarını barındıran bir özelliğine sahiptir. Şirket müşteri tarafından kendisine verilen ücretleri vekâleten finansman havuzunda toplayarak müşteri adına nemalandırır. Planlanan zaman geldiğinde müşterisine tahsisat ödemesi yapan şirket finansman havuzundan ona belli bir miktar borç vermiş gibi değerlendirilebilir. Hem finansman havuzunda biriken paranın değerlendirilmesi, hem de tahsisatın ödenmesi karşılığında herhangi bir faizin yer almaması, kanunda öngörülen “faizsiz finansman esaslarına göre faaliyet gösterme” şartını yerine getirmektedir.

Kanuni düzenleme yapılmadan önce belirli bir sosyal ihtiyacın karşılanması için kurgulanan ve uygulamada “elbirliği sistemi” olarak da adlandırılan²⁹

bu sistemin uygulayıcıları, yaptıkları işlemleri “yardımlaşmak isteyen kişileri belli bir organizasyon dahilinde bir araya getiren ve sisteme katılan bu kişilerden topladıkları fonları belli bir usul dahilinde onlara geri veren, yardımlaşma esasına dayalı bir şirket yapısı olarak tanımladıkları görülmektedir³⁰. Bu tanımda yer alan “yardımlaşma” unsuru, müşteriler birbirlerini tanımadıkları için eleştiriye açık olsa da, kişileri bir araya getiren hususun birbirini tanımaktan ziyade düşük masrafla faizsiz finansmana ulaşmak olması nedeniyle bunun bir yardımlaşma olduğu kabul edilebilir. Zira kooperatif şirket örneğinde ortaklar belirli ekonomik menfaatlerini korumak ve geliştirmek için bir araya geldiği gibi burada da tasarruf sahiplerinin finansmana kolay ve ucuz bir şekilde ve aynı zamanda faizden korunarak ulaşmak şeklinde tanımlanabilecek ortak menfaatleri için tasarruf finansman şirketiyle yaptıkları işlemler de bir nevi birbirleriyle yardımlaşma olarak kabul edilebilecektir.

Tasarruf finansman şirketi ile tasarruf sahibi arasındaki sözleşmenin İslam hukuku açısından hukuki niteliği konusunda aşağıdaki görüşler öne çıkmaktadır³¹:

- İstisna veya selem akdi görüşü
- İvaz şartlı hibe ve karz görüşü
- Eksilen ortaklık görüşü.

Kanaatimizce her üç görüş de sözleşmenin hukuki niteliğini tam olarak yansıtmamaktadır. Zira bu finansman şirketinde müşteriler belirli bir dönem tasarrufta bulunmak (finansman havuzuna para yatırmak) zorundadır. Bu para şirket tarafından faizsiz finansman araçları kullanılarak nemalandırılmakta ve aynı zamanda bu havuzdan diğer müşterilerden sırası gelenin tahsisatı yapılmaktadır. Dolayısı ile bu dönem (finans havuzuna para yatırılan dönem) bir karz işlemi gibi işlemektedir. Müşteri için tahsisat yapıp satıcıya para ödendiğinde ise müşteriye kredi verilmiş ve

²⁹ Birsin & Ötegeçeli, s. 85, 87; Gülerci, s. 1001, 1003.

³⁰ Birsin & Ötegeçeli, s. 100; Gürel, Ali & Erkuş Şule (2020), ‘Elbirliği (Faizsiz Konut Edindirme) Finans Sistemi ve Muhasebeleştirilmesi’, İstanbul Journal of Social Sciences, www.istjss.org/resim/2020_fall_28_2.pdf, s.e.t. 10.10.2021; Şu an için uygulayıcı aktif kuruluşların sayısı altıdır. (BDDK, Tasarruf Finansman Şirketleri, www.bddk.org.tr/Kurulus/Liste/89, s.e.t. 10.10.2022.

³¹ Birsin & Ötegeçeli, s. 100-109.

vade sonuna kadar müşteri ödediği miktarda borcu azalarak bir ortaklık ilişkisi içine girmiş olmaktadır. Dolayısı ile bu işlemleri, müşterinin finansman havuzuna ödeme yaptığı dönemde karz ve tahsisat aldıktan sonra da “eksilen ortaklık (el-müşâreketu’l-mütenâkisa)” olarak değerlendirmek daha uygundur.

Sözleşmenin konusunun konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi olmak üzere üç tür işlem ile sınırlandırılması (TFY m. 16) konusuna gelince, söz konusu sınırlamanın kanun yapma tekniği açısından bir tercih olduğu söylenebilir. Kanun değişikliği ile bu kapsamın genişletilmesi mümkündür.

İslam hukuku açısından bu üç edinim için uygun olan işlemlerin diğer mütekevvin (dinin ve hukukun meşru saydığı) mallar için de uygun olmaması için bir sebep görünmemektedir. Bu nedenle konunun, örneğin üretim sektöründe ihtiyaç duyulan makine teçhizat vb. genişletilmesi mümkündür. Bu tür bir sınırlandırma belki hükümetler tarafından toplum maslahatı gözetilerek getirilmiş olabilir ancak meşru iş ve işlem olduğu sürece başka mallar için de kullanılabilir. İslam hukukuna açısından bakıldığında, tasarruf finansman sözleşmeleri için konut, çatılı işyeri veya taşıt edindirme şeklinde belirlenen konuların farklı malları da kapsayacak şekilde genişletilmesi mümkündür.

İlerleyen süreçte, özellikle bireysel veya ticari alanda ilgili tarafların taleplerine bağlı olarak mevcut yasal düzenlemedeki sınırlamanın ortadan kaldırılarak, sözleşme konularının farklı mal ve hizmetleri de kapsayacak şekilde genişleyebileceğini öngörmek mümkündür. Zira tasarruf finansmanı, konvansiyonel finansman usullerine alternatif ve İslam hukuku ile uyumlu finansman arayışında olan bireysel ve ticari müşteriler için ciddi bir finansman yöntemi olma kapasitesine sahiptir. Örneğin bu amaçla ticari makine ve teçhizatın finansmanına imkân verilmesi, finansmana ulaşmakta zorluk çeken girişimci için üretime katkıda isabetli bir tercih olarak yeni kapıların açılmasına, bu da dolaylı olarak üretim ve istihdama katkı sunulmasına katkı sağlayacaktır.

SONUÇ

Tasarruf finansman şirketleri, 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu” ile mevzuata girmiş, şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri ise “Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik” ile düzenlemiştir.

Mevzuatta, tasarruf finansman şirketlerinin, müşterileri ile faizsiz finansman esaslarına göre konut, çatılı işyeri veya taşıt edindirmek üzere tasarruf finansman sözleşmeleri düzenleyeceği, bu kapsamda, müşteriye ait birikmiş tasarrufları bir sözleşme çerçevesinde yönetme, geri ödeme, finansman kullandırma ve organizasyon işlemlerini gerçekleştirecekleri öngörülmüştür.

Tasarruf finansman şirketi ile tasarruf sahibi arasındaki “tasarruf finansman sözleşmesi”, şirketin feshetme hakkının bulunmayan, buna karşı müşterinin istediği zaman feshedebileceği, bu nedenle şirket için bağlayıcı olmasına karşı, müşteri için bağdalayıcı olmayan bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu sözleşmeyi, müşteri ile şirket arasında konusu “emek” olan ve iki tarafa da borç yükleyen bir “iş görme sözleşmesi” olarak değerlendirmek daha uygundur.

Kanun’un tasarruf finansman şirketlerini faaliyet konusu ve yapabilecekleri/yapamayacakları açısından sınırlandırmış olması İslam hukuku açısından tahlil edildiğinde, tasarruf finansman sözleşmesinin ve tasarruf finansman faaliyetinin faizsiz finansman esaslarına göre gerçekleştirilebileceğine dair düzenlemeler zorunlu, diğer sınırlandırmalar; konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi ile sınırlandırma, tasarruf finansman sözleşmelerinin dışında finansman sağlanamaması, vd. İslam hukuku bakımından müşterinin maslahatına hizmet eden, ancak zorunlu olmayan sınırlandırmalardır.

Tasarruf finansman faaliyetinin, sadece konut, çatılı işyeri veya taşıt finansmanını kapsayacağı şeklindeki mevcut yasal düzenleme kanun koyucunun bir tercihi olmakla birlikte, bunun gerek bireysel gerekse ticari alandaki başka ihtiyaçların finansmanını da kapsayacak şekilde genişletilmesi mümkündür. Böylece tasarruf finansman sistemi, konvansiyonel finansman araçlarının yüksek maliyet ve ağır şart-

larına karşı özellikle ticaret ve sanayi sektörleri için önemli bir alternatif finansman kaynağı haline gelebilir.

Tasarruf finansman şirketleri İslam hukuku açısından, “isimsiz akitler” kapsamında kurulan “akit şirketinin” çeşitleri arasında yer alan “inan şirketi” kapsamında değerlendirilebilir.

Tasarruf finansman şirketi tarafından yapılan işlemleri İslam hukuku açısından, müşterinin finansman havuzuna ödeme yaptığı dönemde karz,

taahhüt aldıktan sonra ise “eksilen ortaklık” (*el-müşâreketu'l-mütenâkisa*) şeklinde değerlendirmek mümkündür. Şirket, yaptığı bu işlemler karşılığında ücret almaya hak kazanmaktadır.

Kural olarak böyle bir genişletmenin önünde İslam hukuku açısından da bir engel yoktur. Bu konuda sadece tasarruf finansman şirketinin esas sözleşmesi ile şirketin müşteri ile yaptığı tasarruf finansman sözleşmesinin İslam akit teorisine uygunluğu esas olacaktır.

KAYNAKÇA

- Apaydın**, H. Yunus, (2004), 'Mevkuf', TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mevkuf--a-Kit>, s.e.t. 10.10.2021.
- BDDK**, Tasarruf Finansman Şirketleri, www.bddk.org.tr/Kurulus/Liste/89, s.e.t. 10.10.2021.
- Beybur**, Mustafa & **Çetinkaya**, Murat (2021), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemine Jak Bankacılık ve Karz-İ Hasen Sistemi Önerisi' The Journal of Social Science, S: 9, C: 5, s. 269-281, DOI: 10.30520/tjsosci.880196.
- Bilmen**, Ömer Nuhu (t.y.), Hukuk-ı İslamiyye ve İstila-hat-ı Fıkhiyye Kamusu (8 Cilt), Bilmen yayınevi.
- Birsin**, Mehmet & **Ötegeçeli**, Hatice (2019), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fikhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler', Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, S: 1, C: 10, s. 85-114.
- Ceylan**, Hadi Ensar (2017), 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı' (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çalış**, Halit, 'Borçlar Hukuku': Türkan, Talip, (Editör) (2017) İslam Hukuku El Kitabı, 6. Baskı, Ankara, Grafiker yayınları.
- Deniz**, Hande, Hukuk Sistemimizde Yeni Bir Sözleşme: Tasarruf Finansman Sözleşmesi, www.okan.edu.tr/hukuk/sayfa/8058/hukuk-sistemimizde-yeni-bir-sozlesme-tasarruf-finansman-sozlesmesi/, s.e.t. 21.04.2023.
- Ergüven**, Murat & **Kaya**, Feridun (2020), 'Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma' Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S: 4, C: 5, s. 755-769. DOI: 10.29106/fesa.803808.
- Ergüven**, Murat (2019), 'Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi İçin İslâmî Finans İlkelerine Uygun Model Önerisi' (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Finansal Kurumlar Birliği**, Finansman Şirketleri Nedir? www.fkb.org.tr/sectorler/finansman, s.e.t. 10.10.2021.
- Gülerci**, Altan Fahri (2022), 'Tasarruf Finansman Anonim Şirketlerinin Hukuki Yapısı, Faaliyetleri ve Bu Şirketlerde Menfaat Sahiplerinin Korunması' Selçuk üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 30, s. 999-1042.
- Gürel**, Ali & **Erkuş Şule** (2020), 'Elbirliği (Faizsiz Konut Edindirme) Finans Sistemi ve Muhasebeleştirilmesi', İstanbul Journal of Social Sciences, www.istjss.org/resim/2020_fall_28_2.pdf, s.e.t. 10.10.2021.
- İbn Manzûr**, Ebü'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (1990), Lisânü'l-Arab, 1. Baskı, Beyrut, Dâru Sâdir.
- Kabakcı**, Burçin, Konya Ticaret Odası (2020), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi (TDFFS)', <https://www.kto.org.tr/d/file/tasarrufa-dayali-faizsiz-finansman-sistemi.pdf>, s.e.t. 10.10.2022.
- Kahveci**, Nuri (2015), Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli), 1. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları.
- Karaman**, Hayreddin (1989), "Akid", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/akid>, s.e.t. 10.10.2022.
- Karaman**, Hayrettin (2014), Mukayeseli İslam Hukuku (3 Cilt), 9. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık.
- Kâsânî**, Alâüddin Ebü Bekr b. Me'sûd b. Ahmed (1986), Bedâ' i' u's-şanâ' i' fi tertibiş-şerâi' (7 Cilt), Daru'l-kütübül-ilmiyye, Beyrut.
- Kılıç**, Selim (2007), 'Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye'deki Uygulamaları' Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi, S: 1, C: 14, s. 230-246.
- Koç**, İlker (2021), Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi ve Risk Modelleri https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/8789/Kitap-Konut_Finansmani_s.pdf, s.e.t. 10.10.2022.
- Mevsilî**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (1951), el-İhtiyar li ta'lîli'l-muhtâr (5 Cilt), Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul.
- Öztürk**, Muammer Fatih, (2022), '6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açından İncelenmesi' Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 10, s. 139-169.
- Polat**, İsrâfil (2021), 'Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans (Elbirliği) Sisteminin Fikhî Analizi' (Yüksek Lisans), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.
- Selvi**, Nurtaç Endes (2021), 'Tasarruf Finansman Sözleşmesi' Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 4, s. 441-467.
- Serahsî**, Şemsü'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed (1989), el-Mebsût (30 Cilt), Daru'l-Ma'ri-fe, Beyrut.
- Yaman**, Ahmet & **Çalış**, Halit (2018), İslam Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Bilay Yayınları.
- Yenisey**, Kübra Doğan, 'İş Hukukunun Konusu ve Uygulama Alanı': Aydın, Ufuk & Kocabaş, Fatma (Editörler) (2018) Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Zühayli**, Vehbe (1989), el-Fikhu'l-İslâmî ve edilletuh (9 Cilt), 3. Baskı, Dimaşk, Dâru'l-fikir.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

OLAĞANÜSTÜ DÖNEMLERDE YAPILAN FAHİŞ FİYAT ARTIŞLARININ HAKSIZ REKABET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

EVALUATION OF EXTREME PRICE INCREASES DURING PERIODS OF EXTRAORDINARY IN TERMS OF UNFAIR COMPETITION LAW

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Emin BİNGÖL^(**)

Öz

Bu çalışma olağanüstü dönemler sonrasında yapılan fahiş fiyat artışlarına özgülenmiş olup, olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının yalnızca haksız rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu uğurda, ilk olarak hangi dönemlerin olağanüstü dönem olduğu ve yapılan fiyat artışlarının ne zaman fahiş fiyat artışı olarak nitelendirileceği değerlendirilmiştir. Ardından, fahiş fiyat artışlarına ilişkin Türk hukukunda yapılan düzenlemeler ile mukayeseli hukukta olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları ile mücadele yöntemleri kısaca açıklanmıştır. Son bölümde ise belirli şartlar altında, olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarına haksız rekabet hukukunun enstrümanları ile müdahale edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu anlamda TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarına uygulanabileceği kanaatine varılmıştır. Zira olağanüstü dönemlerde, toplumu oluşturan bireylerin birbirlerine yardım etmek yerine, zor durumda olan kimsele- rin bu durumundan faydalanarak aşırı menfaat devşirmesi, dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Fahiş Fiyat Artışı, Haksız Rekabet, Olağanüstü Dönem, Dürüstlük Kuralına Aykırılık.

Abstract

This study is dedicated to excessive price increases following a period of emergency and aims to evaluate excessive price increases during periods of emergency only from the point of view of unfair competition law. For this purpose, it first evaluates which periods are considered as emergency periods and when the price increases are considered as exorbitant price increases. Subsequently, the provisions of Turkish law on price increases and the methods of combating price increases during periods of emergency in comparative law are briefly explained. In the last section, it is concluded that under certain conditions, exorbitant price increases in emergency periods can be dealt with using the instruments of unfair competition law. In this sense, it has been concluded that the provisions of the TCC on unfair competition can be applied to exorbitant price increases during emergency periods. This is because, in times of emergency, it is incompatible with the rule of honesty for the individuals who make up society to take advantage of those who are in a difficult situation, instead of helping each other.

Keywords

Price Gouging, Unfair Competition, Period of Emergency, Breach of Good Faith.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 04.09.2023 / Kabul Tarihi: 15.11.2023).

^(**) İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (mebingol@medipol.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7176-636X).

Atıf/Citation: Bingöl, Muhammet Emin (2023), "Olağanüstü Dönemlerde Yapılan Fahiş Fiyat Artışlarının Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", TFM, C: 9, S: 2, s. 177-197.

I. GİRİŞ

Tüm dünyayı etkilediği gibi Türkiye'yi de etkileyen COVID-19 salgını ile yakın zamanda yaşanan ve ülkemizdeki büyük bir bölgeyi etkileyen yıkıcı deprem sonrasında tedarikçiler / satıcılar tarafından, felaketlerin muhatabı olan kimseler bakımından ihtiyaç niteliğindeki ürünlerde yapılan fiyat artışları, toplumda büyük bir tepki toplamıştır. Bilindiği üzere, liberal sistemlerde kural olarak ürün ya da hizmetlerin fiyatları, piyasada ve arz ve talebe göre, ilgili ürün ya da hizmeti sunan kişi tarafından serbestçe belirlenir. Arzın düştüğü ya da arzın sabit kaldığı durumlarda talebin artması gibi sebeplerden ötürü ilgili ürün ya da hizmetin fiyatının artması mümkün olmakla birlikte, serbest piyasa ekonomisinin söz konusu olduğu yerlerde bazı fiyatların haksız / fahiş veya adil olmayan fiyat olarak nitelendirildiği ve bu fiyatlara müdahale etmeye yönelik önlemler alındığı görülmektedir. Bu çerçevede ülkemizde de COVID-19 döneminde yapılan fiyat artışlarına yönelik kamu idaresi tarafından düzenlemeler öngörülmüştür.

Avrupa'da özellikle COVID-19 döneminde tartışılmaya başlanan bu durum, Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle Katrina Kasırgası'ndan sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmış, *price gouging* olarak tanımlanan ve felaket dönemleri sonrasında yapılan fahiş fiyat artışları sosyolojik, etik ve hukukî açıdan birçok incelemeye konu olmuştur. Bununla birlikte Türk hukukunda ise, fahiş fiyat artışlarına yönelik çalışmalar son dönemlerde yapılmaya başlamış, sınırlı olan bu çalışmaların çoğu, felaket / olağanüstü dönemler ile sınırlandırılmamış, genel itibarıyla satıcı / tedarikçiler tarafından yapılan fahiş fiyat artışları hukuken değerlendirilmiştir. Bu çalışma ise, yalnızca olağanüstü dönemler sonrasında yapılan fahiş fiyat artışlarına özgülenmiştir. Yine eldeki çalışmada, olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının yalnızca haksız rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu uğurda, ilk olarak hangi dönemlerin olağanüstü dönem olacağı ve yapılan fiyat artışlarının ne zaman fahiş fiyat artışı olarak nitelendirileceği değerlendirilecektir. Ardından, fahiş fiyat artışlarına ilişkin Türk hukukunda yapılan düzenlemeler ile mukayeseli hukukta olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarıyla mücadele yöntemleri kısaca açıklana-

cak; söz konusu düzenlemelerin hukuka uygunluğu ile sonuçları ise ayrıca değerlendirilmeyecektir. Son bölümde ise olağanüstü dönemlerde fahiş fiyat artışlarına haksız rekabet hukukunun enstrümanları ile müdahale edilip edilemeyeceği irdelenecektir. Bu anlamda hem tüketici mevzuatında hem de Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") öngörülen haksız rekabet hâllerinin yapılan fahiş fiyat artışlarına uygulanabilirliği, doktrinde daha önce yapılan çalışmalar da göz önünde tutularak değerlendirilecektir.

II. OLAĞANÜSTÜ DÖNEM VE FAHİŞ FİYAT ARTIŞI KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

Eldeki çalışma kapsamında, olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet hukuku bakımından incelenmesi planlanmaktadır. Bu çerçevede hem "olağanüstü dönem" hem de "fahiş fiyat artışı" kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

"Olağanüstü dönem" kavramına yönelik herhangi bir tanım bulunmamakla birlikte olağanüstü dönemin piyasayı ve ürün veya hizmetlerin sunumunu ciddi bir şekilde etkileyebilecek, toplumun bir kitlesini doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyen objektif sebepler sonucunda oluşan süreç olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu anlamda salgın hastalık, deprem, yangın, sel ve savaş gibi hâller sonrasında oluşan sürecin olağanüstü dönem olarak nitelendirilmesi gerekmekte ve bu gibi hâller sonrasında yapılacak fahiş fiyat artışları, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Nitekim aşağıda¹ daha detaylı izah edilecek olan Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği'nde ("HFDK Yönetmeliği") de "*olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlar...*" ibaresi kullanılmış, bunlar dışında kalan ve olağan olarak nitelendirilebilecek dönemlerde fahiş fiyat artışlarına müdahale edilmemesi esası benimsenmiştir². İlgili hükümde geçen, "ekonomik dalgalanma" ve "diğer acil durumlar" ifadeleri, hükmün uygulama alanını oldukça genişletmeye ve HFDK Yönetmeliği'nde öngörülen yaptırımların birçok olaya uygulanmasına sebebiyet ver-

¹ Bkz. a.ş. II.

² **Özkan**, Ahmet Fatih (2023), 'Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Fahiş Fiyatlarla Mücadele Edilebilir Mi?' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 25, s. 100-101.

meye elverişlidir. Kanaatimizce, her türlü ekonomik dalgalanmanın ya da acil durumun piyasadaki fiyatlara müdahale ettirmeyi gerektirecek şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu anlamda hükümde geçen her iki ifade de dar yorumlanmalıdır. Hemen ifade etmek gerekir ki, bu çalışmadaki anlamı çerçevesinde olağanüstü dönemlerde fahiş fiyat artışları bakımından değerlendirme yapılabilmesi için, Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hâl³ ilanına kanaatimizce gerek bulunmamaktadır. Zira “olağanüstü dönem”, “olağanüstü hâlden” farklı olarak, olağan rejimde meydana gelen sıra dışı hâlleri de bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim COVID-19, bu durumun en tipik örneğidir. Söz konusu salgın hastalık dönemi de yarattığı sıra dışı durum sebebiyle bu çalışma anlamında olağanüstü bir dönem iken Cumhurbaşkanı tarafından “olağanüstü hâl” ilan edilmediği için, Anayasal anlamda olağan rejim kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada kullanıldığı anlamıyla “olağanüstü dönem” kavramı, “olağanüstü hâl” kavramından farklıdır.

Benzer şekilde fahiş fiyata ilişkin olarak da doktrinde genel kabul gören bir tanım bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel itibarıyla fahiş fiyatın, adil fiyat olarak nitelendirilebilecek bir fiyat seviyesinin üstünde belirlenen fiyat olarak tanımlanması mümkündür⁴. Bu kapsamda hangi fiyatın adil fiyat olduğunun tespiti zaruridir. Klasik iktisatçılar adil fiyatı belirlerken maliyete dayalı teoriyi esas almakta iken, neo-klasik iktisatçılar ise adil fiyatın tam rekabetçi bir piyasadaki arz ve talep ile ilişkili olarak belirlenebileceğini ve bir ürün ya da hizmetin adil fiyatının, onun rekabetçi fi-

yatı olduğunu ifade etmektedir⁵. Yine fahiş fiyat tespit edilirken, tespite konu ürün ya da hizmet ile kullanım ve amaç bakımından benzer nitelikte olan diğer ürün veya hizmetlerle kıyas yapmak, fiyatları belirleyen temel kriterlerden bazıları olan hammadde fiyatları, döviz kurları gibi hususları dikkate almak suretiyle maliyet / kâr dengesini irdelemek yöntemlerine de başvurulabileceği dile getirilmektedir⁶. Yukarıda anılan HFDK Yönetmeliği’nde fahiş fiyat artışına ilişkin olarak; “(o)lağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil olmayan artışı” şeklinde bir tanıma yer verilmiştir⁷. Söz konusu tanımdan yola çıkılarak, aşırı ve adil olmayan artışların, fahiş fiyat artışı olarak belirlendiği ve yapılan fahiş fiyat artışının, hem aşırı hem de adil olmadığı durumlar ile sınırlandırıl-

³ Anayasa’nın 119. maddesinde olağanüstü hâl olarak; “... savaş, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması...” gösterilmiştir.

⁴ Şahin, Eda (2019), ‘Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi? Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelerinin Yeni İstikameti’ TFM, S: 1, C: 5, s. 91; Pinar, Hamdi & Türkoğlu, Özlem, ‘Türk Hukukunda Fiyat Artışlarının Denetlenmesi ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu’: Özkorkut, Korkut & Aydoğan, Gökhan & Coşkun, Pinar Başak & Özden, Ece & Korkmaz, Gülce & Özkan, Zeynep (Editörler) (2022) Prof. Dr. Zühtü Aytaç’a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 844.

⁵ Evans, David & Padilla, Atilano J. (2005), ‘Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules’ Journal of Competition Law and Economics, S: 1, C: 97, s. 100; Şahin, s. 92.

⁶ Nitekim bu yönde bkz. Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁷ İlgili tanım, muğlak olması, ilgili Kurula geniş bir takdir yetkisi tanınması ve serbest piyasanın dinamiklerine aykırılık gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmiştir. Gündoğdu, Gökmen & Cantürk, Barış, Korona Virüs Salgını Çerçevesinde İhdas Edilen Yeni Bir Kurum Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, Lexpera 02.06.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salginini-cercevesinde-ihdas-edilen-yeni-bir-kurum-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu/> s.e.t. 16.08.2023.

Söz konusu tanım ile fahiş fiyatın anlamına ilişkin belirsizliğin giderilmediği yönünde bkz. Gemalmaz, H. Burak Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı, Lexpera 28.09.2023, <https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirliligi/> s.e.t. 12.11.2023. Fahiş fiyat değerlendirmesi yapılırken, söz konusu hükümlerin serbest piyasa ekonomisine müdahale niteliğinde istisnai bir düzenleme niteliğinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

diği anlaşılmaktadır⁸. Doktrinde bir görüş tarafından, aşırılık ölçütünün, piyasa koşullarına ve ürün fiyatını etkileyen unsurlara göre belirlenebileceği; adil fiyatın ise, temel ürünlerin fiyatının kamu otoritesi tarafından belirlenmesine yönelik bir kavram olduğu ve adil olmayan fiyat ile piyasadaki koşullar ile açıklanamayan ve herhangi bir haklı sebep olmaksızın öngörülen fiyatların kastedildiği belirtilmiştir⁹. Dolayısıyla, hükme göre, piyasadaki koşulların değişmesi sebebiyle fiyat artışı yapılması hukuka uygundur. Yine maliyetlerde¹⁰ bir artış olmamasına rağmen, fiyatın artırılması aşırı nitelikte değilse, ilgili hüküm çerçevesinde fahiş fiyat artışından bahsedilemez. Benzer şekilde maliyetlerin arttığı durumlarda, maliyetlerin arttığı ölçüde ve / veya maliyetleri aşan ve fakat aşırı nitelikte olmayan fiyat artışları da haksız olarak nitelendirilemez¹¹.

III. FAHİŞ FİYAT ARTIŞLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, bu çalışmanın amacı olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi olduğu için, bu başlık altında yer verilen düzenlemelerin hukuka uygunluğu ile sonuçları ayrıca incelenmeyecek olup, yalnızca Türk hukukunda hâlihazırda yürürlükte olan ve yakın zamanda ilga edilen düzenlemelere kısaca yer verilecektir.

Türk hukukunda fahiş fiyata ilişkin yakın tarihe kadar herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte 31 Ağustos 2018'de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin ekinde yer alan 18 bent hâlinde ör-

neklendirilen ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ("TKHK") 62. maddesinin 4. fıkrasında her hâlde haksız ticari uygulama olarak kabul edilen uygulamalara 19. bent olarak; "(g)irdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyor-muş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak" hâli eklenmiştir. Bununla birlikte söz konusu bentte, haksız ticari uygulamanın varlığı bakımından "fahiş fiyat artışı" bir şart olarak öngörülmemiş olup hükümde belirtilen hâller kapsamında yapılan her türlü artış, haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir¹². Buna karşılık söz konusu düzenleme 01.02.2022 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte ilga edilmiş ve yerine herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir¹³.

Doğrudan fahiş fiyat uygulamalarının yasaklanmasına yönelik Türk hukukunda öngörülen ilk yasal düzenlemenin, 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Ek 1. maddenin 1. fıkrası olduğu ifade edilebilecektir. Nitekim ilgili hüküm; "(ü)retici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş fiyat artışı yapılmaz." şeklindedir¹⁴. Yine 7244 sayılı Kanun ile fahiş

¹² Özkan, s. 97.

¹³ Hükümün ilga edilmesinin ölçüsüz bir şekilde artan fiyatların önlenmesi amacı ile bağdaşmayacağı, çünkü ilgili düzenleme ile salt fahiş fiyatlar ile değil aynı zamanda fahiş nitelikte olmayan haksız ticari uygulamaların da yasaklandığı ve son olarak hükümün uygulama alanının herhangi bir sınırlandırmaya tâbi olmasının hükümün etki alanının mevzuattaki diğer düzenlemelere göre daha geniş bir şekilde belirlendiği hususları hakkında bkz. Karasu & Özdemir, s. 6.

¹⁴ İlgili hükümün, devletin piyasaya müdahale şekli itibarıyla eleştiriye açık olduğu, serbest piyasa ekonomisinin tabii bir uzantısı olan fiyat belirleme özgürlüğünün kısıtlandığı, fahiş fiyat kavramından ne anlaşılmasına yönelik somut bir kriter getirmemesi sebebiyle belirsizliğe yol açtığı ve zamansal uygulamasının belirsiz olduğu yönünde bkz. Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

Yine hükme ilişkin değerlendirme için ve ilgili düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu yönünde ayrıca bkz. Söyler, Ya-

⁸ Karasu, Rauf & Özdemir, Semih Sırrı (2022), 'Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 26, s. 7.

⁹ Aynı görüş tarafından hükümde adil fiyat kavramına yer verilmesinin gerekçesi, girdi maliyetleri ve kurlarda yaşanan yükselmeler sebebiyle oluşan yüksek fiyat artışlarının yasak kapsamına girmesinin engellenmesi şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Karasu & Özdemir, s. 7.

¹⁰ Maliyet artışının subjektif bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği yönünde bkz. Karasu & Özdemir, s. 8.

¹¹ Tüm bu ihtimallere ilişkin açıklamalar için bkz. Karasu & Özdemir, s. 7.

fiyat ile mücadele edilmesi için Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu ihdas edilmiştir¹⁵.

Fahiş fiyatlarla mücadeleye yönelik bir diğer yasal düzenleme de Fiyat Etiketleri Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. İlgili Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde, fiyat etiketinde yer verilmesi gereken hususlar arasında, malın satış fiyatı ve birim fiyatının uygulanmaya başlandığı tarih ile üretim yeri Türkiye olan mallar için Bakanlıkça tespit ve ilan edilen şekil, logo veya işaret / yerli üretim logosu da sayılmıştır. Yine Ticaret Bakanlığı tarafından Fiyat Etiketinde Yerli Üretim Logosu Kullanımına İlişkin Tebliğ de yayımlanmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile birlikte, etiketlerde ilgili ürün fiyatının en son değişikliği uğradığı tarih, tüketicinin bilgisine sunulmaktadır. Söz konusu düzenlemenin fahiş fiyat artışları bakımından önemi ise, yapılan denetimlerde fiyat değişikliği tarihleri kontrol edilerek, fiyatların değiştiği tarihlerdeki döviz kurlarındaki artışlara göre yapılan fiyatların fahiş olup olmadığının tespitini kolaylaştırmaktır¹⁶. Benzer şekilde yerli üretim logosu da aynı amaca hizmet etmekte ve yerli üretim logosu taşımayan ürünler bakımından döviz kurları kaynaklı olarak yapılan fiyat artışları makul kabul edilebilecek iken yerli üretim logolu ürünler açısından yapılan fiyat artışları izah edilemeyecek ve idare tarafından bu artışların fahiş olup olmadığı daha kolay bir şekilde tespit edilebilecektir. Görüleceği üzere, Fiyat Etiketleri Yönetmeliği ile getiri-

sin (2021) 'Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması' İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 1, C: 79, s. 245. İlgili hüküm ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kuruluna ilişkin detaylı değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Pınar & Türkoğlu**, s. 871 vd.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, GK, E. 2020/56 K. 2023/108, T. 1.6.2023 sayılı kararı ile 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Ek 1. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "... düzenlemeler yapmak, ..." ibaresinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olması sebebiyle iptaline karar vermiştir. Söz konusu kararı değerlendiren **Gemalmaz**, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulunun yeni düzenleme yapılına kadar herhangi bir düzenleme yapmasından kaçınması gerektiğini belirtmiştir. Yine **Gemalmaz**, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulunun düzenleme yapma yetkisini kaldırılması ile paralel olarak bu düzenlemeler uyarınca denetim yapması ve idari para cezası kesmesinin de herhangi bir dayanağının kalmadığını ifade etmiştir. **Gemalmaz**, H. Burak Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı, Lexpera 28.09.2023, <https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirligi/> s.e.t. 12.11.2023.

¹⁶ **Özkan**, s. 98.

len düzenlemeler doğrudan fahiş fiyatı yasaklamaya yönelik olmayıp, yapılan fahiş fiyatlarının kolayca tespit edilmesine yöneliktir. Ancak bu hükümlerin dolaylı olsa da yine fahiş fiyat artışlarının önlenmesine yönelik olduğunu ifade etmek mümkündür.

Fahiş fiyat artışlarına yönelik son yasal düzenleme, bir üst başlıkta anılan HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan hükümdür. Yukarıda kısaca belirtildiği üzere, ilgili hükmün uygulama alanı olağanüstü dönemler ve *beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlar* gibi bazı ürün türleri ile sınırlandırılmıştır¹⁷. Dolayısıyla bu ürünler dışında kalan ve genel itibarıyla lüks tüketim kapsamında yer alabilecek ürün ve hizmetlere yönelik yapılan fiyatlar, hükmün uygulama alanı içerisine girmemektedir¹⁸. Yani bu ürünler bakımından herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın yapılan fahiş fiyat artışları, hüküm çerçevesinde aykırılık oluşturmayacaktır¹⁹.

Ticaret Bakanlığı tarafından yakın bir zamanda yapılan bir duyuruda²⁰, Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından 2023 yılının ilk altı ayında 369 firmaya 152.820.477,5 TL ceza verildiği açıklanmıştır. Bakanlık tarafından yapılan duyuruda, 6 Şubat 2023 tarihinde Kahramanmaraş merkezli olarak 10 ilde yaşanan deprem sonrası acil ihtiyaç niteliğindeki malzemelere yönelik e-ticaret pazaryerlerinde fahiş fiyat artışı yaptığı tespit edilen 353 firmaya da idari para cezası kesildiği belirtilmiştir. Yine aynı duyurunun devamında, temel gıda ve ihtiyaç maddelerinde fahiş fiyat artışlarına yönelik yapılan denetimlerde üç markete, fahiş fiyat artışı yapmış olmaları sebebiyle idari para cezasının kesildiği belirtilmiştir.

Bakanlık tarafından yapılan duyurudan, olağanüstü dönemlere yönelik HFDK Yönetmeliği kapsamında e-ticaret pazaryerlerindeki satıcılara yaptırım uygulandığı görülmekle birlikte, marketlere verilen idari para cezalarının olağanüstü dönem çerçevesinde verilip verilmediği anlaşıl(a)mamaktadır. Bu anlamda Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından olağan bir dönemde HFDK Yönetmeliği'nin 3.

¹⁷ Hükme ilişkin geniş değerlendirme için bkz. **Karasu & Özdemir**, s. 5 vd.

¹⁸ Nitekim bu yönde bkz. **Karasu & Özdemir**, s. 11.

¹⁹ **Karasu & Özdemir**, s. 11.

²⁰ <https://ticaret.gov.tr/haberler/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yilin-ilk-yarisinda-152-8-milyon-lira-ceza-kesti>, s.e.t. 18.08.2023.

maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde çerçevesinde idari para cezası verilmişse, ilgili idari para cezasının HFDK Yönetmeliği'ne aykırı olduğunun ifade etmek gerekir. Ek olarak, deprem döneminde yapılan fiyat artışlarının HFDK Yönetmeliği'nde belirtilen temel ihtiyaçlara yönelik olup olmadığı da duyurudan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla satıcılar tarafından yapılan fiyat artışları temel ihtiyaçlara ilişkin değilse uygulanan yaptırımın HFDK Yönetmeliği'ne aykırılık teşkil edebileceğini belirtmek gerekir.

IV. MUKAYESELİ HUKUKTA OLAĞANÜSTÜ DÖNEMLERDE FAHİŞ FİYAT ARTIŞLARI İLE MÜCADELE

AB ve ABD hukuklarında, olağanüstü dönemlerde fiyat artışları ile mücadele edilirken farklı enstrümanlara başvurulmaktadır. Bu anlamda başvuru enstrümanların başında rekabet hukuku, tüketici hukuku ve fahiş fiyatların önlenmesine yönelik olan ve kural olarak idari para cezası öngören hukukî düzenlemeler (*anti-price gouging laws*) gelmektedir. OECD ülkelerinde ve AB'de özellikle COVID-19 salgını döneminde yapılan fahiş fiyat artışları ile rekabet hukuku çerçevesinde mücadele edilmeye çalışılmıştır²¹. Bu an-

lamda ürün ve hizmetler bakımından fahiş fiyat uygulanması, rekabet hukuku anlamında hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde ele alınmaktadır²². Buna karşılık ABD'de, fahiş fiyatlar bakımından başlı başına federal düzeyde rekabet hukukunun uygulanması söz konusu olmayıp birçok eyalette fahiş fiyat konulması yasaklayan ve buna aykırılık durumunda yaptırım öngören hukukî düzenlemeler (*anti-price gouging laws*) bulunmakta ve hatta COVID-19 döneminin Başkanı olan Trump tarafından stokçuluğu (*hoarding*) ve fahiş fiyat artışını önlemek için tasarlanmış bir yürütme emri (*executive order*) imzalanmıştır²³.

Bilindiği üzere, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma ("ABİDA")'nın 102. maddesi çerçevesinde, üye devlet rekabet otoritelerinin, hakim durumdaki teşebbüslerin pazardaki güçlerini tüketicileri doğrudan zarara uğratabilecek şekilde kullanmaları durumunda, ilgili teşebbüse yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Bu anlamda AB'de sömürücü davranışlara ilişkin yasaklar, yalnızca hakim durumdaki teşebbüsler için geçerlidir. Bu sebepten ötürü, rekabet otoriteleri, olağanüstü dönemlerinde potansiyel fahiş fiyat artışları ile rekabet hukuku çerçevesinde mücadele edebilmek için, hakimiyet kavramını esnetmeye çalışmaktadır. Bu anlamda; (i) ilgili pazarı dar tanımlama; (ii) *ABG Oil* davasında olduğu gibi, aşırı fiyat uygulayan teşebbüsü geçici olarak hakim durumda kabul etmek, (iii) kolektif hakimiyet kavramına dayanmak ve (iv) bir teşebbüsün aşırı fiyatlandırma yapabildiği durumlarda, söz konusu teşebbüsün başlı başına hakim konumda olduğunu kabul etmek gibi yöntemlerle hakimiyet kavramı esnetilmektedir. Yine AB rekabet hukuku uygulamasında fiyatların ne zaman fahiş olarak nitelendirileceğine yönelik de somut vakalar özelinde birçok test ve kriter belirlenmiştir²⁴.

²¹ Doktrinde bir görüş tarafından, tarihsel olarak AB Komisyonu'nun ve ülke rekabet otoritelerinin, fiyatlandırma serbestisinin piyasaları temizleme, giriş ve yeniliği teşvik etme konularında oynadığı önemli rolü kabul edildiği ve teşebbüslerin fiyatlandırma tercihlerine yönelik müdahale etmek konusunda isteksiz davrandıkları belirtilmiş ve bu nedenle fahiş fiyat uygulanması gerekçesi ile rekabet hukuku ihlali vakalarına nadiren rastlandığı belirtilmiştir. Ancak bununla birlikte COVID-19'dan önce bile AB'de genel itibarıyla fahiş fiyat uygulanması sebebiyle sömürücü davranışa dair son uyumsuzluklar ilaç sektöründe olmuştur. Bu yönde bkz. **Cary**, George S & **Dolmans**, Maurits & **Hoffman**, Bruce & **Graf**, Thomas & **Brannon**, Leah & **Pepper**, Richard & **Mostyn**, Henry & **Lazda**, Alexis R.B. & **Haynes**, Savannah & **Georgieva**, Kristi & **Przerwa**, Jan, 'Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities' e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin s. 2.

Türk hukukunda da bir görüş tarafından, tüketici refahını etkileyen fiyat artışları bakımından rekabet hukuku kurallarının uygulanabileceği, bununla birlikte fahiş fiyatlara ek olarak Rekabet Kanunu'nda öngörülen kuralların da ihlal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık, Rekabet Kanunu'nda öngörülen usulî yükümlülükler, hakim durumun kötüye kullanılmasının şartlarının çok ağır olması ile Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinin uygulanma şartlarının ispatının güçlüğü, caydırıcılık bakımından birtakım zorlukların bulunması ve durdurma, tespit, önleme gibi diğer yaptırımların Rekabet Kanunu'nda öngörülmemiş olması sebepleriyle, rekabet hukukunun kısa vadede etkin bir mücadele için yeterli olamayacağı belirtilmiştir. Bu yönde bkz. **Kesici**, Buğra & **Sorkun**, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrüman-

ları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçekleşen-fiyat-artistarına-rekabet-ve-haksız-rekabet-hukuku-enstrümanları-ile-ne-şekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

²² **Cary & diğerleri**, s. 2.

²³ **Cary & diğerleri**, s. 3.

²⁴ COVID-19 döneminde fahiş fiyatlarla üye devletler tarafından yoğun bir şekilde mücadele edilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (CMA), tüketicilerin salgın sırasındaki haksız ticarî uygulamaları bildirmeleri için bir form oluşturarak ahlaki değerleri hiçe sayan işletmelerin salgından yararlanarak fiyatların şişirmelerine engel olunacağına dair bir duyuru yayınlamıştır. Yine İtalya'da Amazon ve eBay'e karşı, de-

Üye devlet rekabet otoriteleri, fahiş fiyat uygulamaları ile mücadele edebilmek için rekabet hukukunu, tüketici mevzuatı veya haksız ticari uygulamalara ilişkin kurullarla paralel olarak uygulama niyetinde olduklarını belirtmişlerdir. Nitekim Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi (“CMA”), teşebbüslerin yapılan uyarılara yanıt vermemesi hâlinde, ilgili teşebbüslere hem rekabet hukukunu hem de tüketicinin korunmasına dair kurulları uygulayacağını belirtmiştir²⁵.

Yukarıda kısaca ifade edildiği üzere ABD’de ise meseleye bakış, AB’ye göre daha farklıdır ve nispeten Türk hukukunda durum ile Amerikan hukukundaki durum birbirine benzemektedir. Washington, New York ve Kaliforniya dahil olmak üzere birçok eyalette, olağanüstü hâl ilanı edilmesi gibi belirli dönemlerde yapılan aşırı fiyat artışlarını hedef alan düzenlemeler bulunmaktadır²⁶. Söz konusu düzenlemelerde genel itibarıyla, “aşırı fiyat artışı”, fiyatların “makul” veya “adil” olarak kabul edilenden daha yüksek bir seviyeye çıkarılması olarak tanımlanmaktadır²⁷. Ayrıca yukarıda bahsedilen AB’deki yaklaşımdan farklı olarak, söz konusu düzenlemeler, hakim konumda olsun ya da olmasın her teşebbüs bakımından geçerlidir²⁸.

zenfektan ve maske fiyatları sebebiyle rekabet soruşturmaları açıldığı duyurulmuştur. İspanyol Rekabet Otoritesi de cezaize hizmetleri pazarındaki fiyatlandırmaya yönelik bir soruşturma başlatmıştır. Üye devletler tarafından alınan önlemler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Cary & diğerleri**, s. 2-3.

²⁵ **Cary & diğerleri**, s. 5.

²⁶ ABD’deki bazı eyaletlerin yasal düzenlemeleri ya sadece olağanüstü hâl ilan edildiğinde yürürlüğe girmekte ya da olağanüstü hâl durumlarında söz konusu düzenlemelerin kapsamı genişletmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Zwolinski**, Matt (2008), ‘The Ethics of Price Gouging’ Business Ethics Quarterly, S: 3, C: 18, s. 349; **Cary & diğerleri**, s. 3-4; **Levitan**, Julia (2022), ‘Price Gouging, the Amazon Marketplace, and the Dormant Commerce Clause’ Columbia Journal of Law and Social Problems, S: 3, C: 55, s. 377-378.

²⁷ Bununla birlikte Amerikan hukukunda hangi fiyatın adil olmayan bir fiyat olduğuna dair belirlenmiş tek tip ölçü bulunmamaktadır. Söz gelimi New Jersey ve Oklahoma gibi birçok eyalet, adil olmayan fiyat artışı için, önceki fiyatlardan %10’luk bir artış ölçütü olarak kabul etmektedir. Florida’da ise ilgili ürün için piyasada öngörülen ortalama fiyatı “büyük ölçüde” aşan fiyatın adil olmayan bir fiyat olduğu benimsenmektedir. Yine belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda fahiş fiyat artışlarına ilişkin düzenlemelerin konusu olan ürün ve hizmetlerin türüne ilişkin de bir yeknesaklık da bulunmamakta, her bir eyalet özelinde ürün ve hizmetler farklılık göstermektedir. İlgili hususlarda bkz. **Cary & diğerleri**, s. 4.

²⁸ Amerikan hukukunda olağanüstü dönemlerde fiyatlara bu şekilde müdahale edilmesinin destekleyen birçok yaklaşım olduğu gibi fiyatlara müdahale eden düzenlemelerin, tüketicilere

V. FAHİŞ OLARAK NİTELENDİRİLEN FİYAT ARTIŞININ HAKSIZ REKABET TEŞKİL ETMESİ

A. TÜKETİCİ MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE

Daha önce kısaca değinildiği üzere²⁹, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin ekinde yer alan ve 18 bent hâlinde örneklendirilen ve TKHK’nin 62. maddesinin 4. fıkrası anlamında her hâlde haksız ticari uygulama olarak kabul edilen hâller bulunmaktadır. Söz konusu durumlara ek olarak 2018’de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte 19. bent olarak; “(g)irdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal veya hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak” hâli eklendiği, bununla beraber, düzenlemenin 01.02.2022 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte ilga edildiği belirtilmiştir³⁰.

Bu anlamda ilk olarak, tüketici mevzuatında “haksız ticari uygulama” olarak nitelendirilen hâllerin, teknik anlamda haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ardından ilga edilen hüküm özelinde, hükmün yürürlükte olduğu dönemde ve hükmün yürürlükten kaldırılmasından sonraki dönemde, fahiş fiyat artışları bakımından tüketiciler özelinde haksız rekabetin oluşup oluşmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

TKHK’nın 62. maddesi; “(b)ir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde

yarardan çok zarar getireceğini düşünen yaklaşımlar da bulunmaktadır. Nitekim detaylı görüşler için bkz. **Zwolinski**, s. 354; **Wilson**, Debra (2014), ‘Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies: Competition Law Issues following Natural Disasters’ Canterbury Law Review, S: 1, C: 20, s. 59 vd.; **Njegovan**, Nikola & **Ristic**, Bojan (2022), ‘The Anatomy of Price Gouging: A Regulatory or Competition Law Antidote’ Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, S: 2, C: 70, s. 386 vd.

²⁹ Bkz. yuk. II.

³⁰ Bkz. yuk. II.

bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır.” şeklindedir. Yine Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yapılan haksız ticari uygulamalar tanımı da TKHK'da yapılan tanımla aynıdır. Bu anlamda Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 29, 30 ve 31. maddelerinde yer alan hususlar ile Ticari Reklam Yönetmeliği'nde ek olarak düzenlenen aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir.

Tüketici mevzuatında yer verilen haksız ticari uygulamaların TTK'da düzenlenen haksız rekabet ile ilişkisi ise, doktrinde çok sınırlı olarak incelenmiştir³¹. Tüketici mevzuatı ile öngörülmüş olan haksız ticari uygulamaların temel amacı, tüketicilerin bu şekilde uygulamalardan korunması iken TTK'da öngörülmüş olan haksız rekabet hükümlerinin korumak istediği hukukî menfaat, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır (TTK m. 54/I). Bu anlamda TTK'daki hükümlerin amacı daha geniştir ve tüketicileri koruma hedefini de içine almaktadır. Nitekim hükümde geçen “bütün katılanlar” ibaresinin kapsamına tüketicilerin menfaatinin de gireceği ve ilgili hükümlerin tüketiciler bakımından da uygulama alanı bulacağı açıktır³².

Yine TTK'da haksız rekabete ilişkin hem genel bir tanıma hem de özel haksız rekabet hâllerine yer verilmiştir. Bu çerçevede bir uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediği tespit edilirken önce TTK'nın 55. maddesinde düzenlenen özel hâllerin varlığı araştırılacak olup söz konusu uygulama bu hâllerden birine girmiyorsa, TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrasında yer alan genel tanıma göre değerlendirilir.

dirme yapılacaktır³³. Kanaatimizce tüketici mevzuatında öngörülen haksız ticari uygulamaların, tıpkı TTK'nın 55. maddesinde düzenlenen özel hâller gibi muamele görmesi gerekmektedir. Böylece, kanun koyucu tarafından Ticari Reklam Yönetmeliği'nde özel olarak dürüstlük kuralına aykırı olduğu öngörülen hâllerin, ayrıca bir araştırma yapılmaksızın, haksız rekabet olduğunun da kabul edilmesi gerekir³⁴. Zira ilgili uygulamalar, hem müşterileri / tüketicileri etkilemekte hem de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Öyle ki doktrinde bir görüş haksız ticari uygulamayı, “haksız rekabetin tüketicilere karşı gerçekleştirilen ve mağduru tüketici olan dürüstlük kuralına aykırı davranış şekli” olarak tanımlamaktadır³⁵. Bununla beraber haksız rekabet hukuku bakımından tüketici mevzuatındaki düzenlemelerin idari yaptırımlar dışında uygulama alanı bulamayacağına ve TTK'nın haksız rekabete ilişkin uygulama kabiliyetine sahip olan tek kanun olduğuna dair doktrinde bir görüşün de bulunduğunu ifade etmek gerekir³⁶. İlgili görüşe göre, sayılan haksız ticari uygulamaların bir kısmı zaten TTK'nın 55. maddesinde sayılan hâllere de örnek teşkil etmekle birlikte, 15. bentte yer alan haksız uygulama gibi TTK'nın 55. maddesinin kapsamına girmeyen durumlarda ayrıca haksız rekabete dair genel hüküm olan TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁷.

Benimsemiş olduğumuz görüş çerçevesinde, Ticari Reklam Yönetmeliği'nde sayılan özel hâller, aynı zamanda haksız rekabet olarak da kabul edildiği için, mülga hükmün yürürlükte olduğu dönemde,

³¹ **Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2021) Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara, BTHAE Yayınları, s. 230-231; **Topçuoğlu**, Metin (2016), ‘Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar’ TAAD, Y. 7, S: 24, s. 16–17; **Özer**, Işık (2016), ‘Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Hükümlerin İncelenmesi’ Legal Hukuk Dergisi, S: 165, C: 14, s. 4807; **Ceylan**, Ebru (2020), ‘Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri’ Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 8, S: 15, s. 130 vd.

³² **Bozer & Göle**, s. 234; **Özer**, s. 4807; **Ceylan**, s. 130.

³³ **Bozer & Göle**, s. 237; **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer-Ertan**, N. Füsün (2022) Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 347.

³⁴ **Özer**, s. 4807; **Ceylan**, s. 130. Haksız ticari uygulama örneklerinin haksız rekabetin izdüşümü niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Kesici**, Buğra & **Sorkun**, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçekleşen-fiyat-artistarına-rekabet-ve-haksız-rekabet-hukuku-enstrümanları-ile-ne-şekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

³⁵ **Topçuoğlu**, s. 25-26.

³⁶ **Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan**, s. 345. Söz konusu görüşe ilişkin değerlendirmeler ve karşı görüş için bkz. **Özer**, s. 4808.

³⁷ **Bozer & Göle**, s. 237; **Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan**, s. 347.

yapılan fahiş fiyat artışlarının tüketiciler nezdinde haksız rekabet teşkil ettiğini belirtmek gerekir. Bu anlamda her ne kadar ilgili hükmün uygulama alanı, doğrudan olağanüstü dönemler ve fahiş fiyat artışları ile sınırlandırılmamış olsa da hükmün olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş artışları bakımından da uygulanacağı açıktır. Zira hükümde söz konusu artışın olağan dönemlerde yapılması durumlarında dahi haklı bir gerekçe olmaksızın yapılan her türlü artış haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmiştir. Bu yüzden eldeki konu bakımından, en azından hükmün yürürlükte olduğu dönemde Ticari Reklam Yönetmeliği'nin ekinde yer alan bu hükme aykırı bir şekilde yapılan fiyat artışlarının aynı zamanda haksız rekabet de teşkil ettiğinin ve tüketici mevzuatında öngörülen idari yaptırımlara ek olarak TTK'da yer verilen yaptırımların da uygulanabileceğinin tespiti için yapılması gerekir³⁸.

Buna karşılık daha önce ifade edildiği üzere, söz konusu düzenleme 01.02.2022 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile birlikte ilga edilmiş ve hüküm yerine herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda, artık açık bir hüküm olmadığı için, ilgili değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih olan 01.03.2022 tarihinden sonra yapılan haksız fiyat artışlarının doğrudan haksız rekabet olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Yani yapılan haksız fiyat artışlarının haksız rekabet teşkil edip etmediğinin aynı zamanda TTK'nın 54. ve maddeleri kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Çünkü Ticari Reklam Yönetmeliği'nde öngörülen hâller tıpkı TTK'nın 55. maddesinde öngörülen özel hâller gibidir ve bir uygulama bunların kapsamına sokulabiliyorsa, artık ayrıca TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrası anlamında

bir inceleme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla 19. bendin yürürlükten kaldırılmasının sonucu da, herhangi bir araştırmaya gerek olmaksızın yapılan fahiş fiyat artışlarının doğrudan haksız ticari uygulama sayılamayacak olması ve bunun neticesinde haksız rekabet olarak da nitelendirilememesidir. Bu anlamda ilgili bendin ilga edilmesi, söz konusu durumlarda artık hiçbir şekilde haksız ticari uygulamanın oluşmayacağı sonucunu da doğurmamaktadır. Eklemek gerekir ki yapılan fiyat artışının tüketici mevzuatındaki genel tanım çerçevesinde haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmesi de mümkündür.

B. TTK ÇERÇEVESİNDE

Yukarıda çok kısa bir giriş yapıldığı üzere, TTK'nın 54. ve devamı hükümlerinde haksız rekabet hükümleri düzenlenmiş ve haksız rekabetin amacının dürüst ve bozulmamış bir rekabet olduğu hüküm altına alınmıştır. Yine belirtildiği üzere, TTK'da, özel haksız rekabet hâlleri ile genel haksız rekabet hükmü öngörülmüştür. Herhangi bir ticari uygulamanın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi ile haksız rekabetin hüküm ve sonuçlarının uygulanabilmesi için, ilk olarak söz konusu uygulamanın özel haksız rekabet hâlleri içerisinde olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapılmaktadır³⁹. Değerlendirmeye konu uygulamanın özel hâllerin bünyesinde bulunmadığı durumlarda artık inceleme, genel hüküm çerçevesinde yapılacaktır.

Olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet açısından incelenmesi konusunda da kural olarak aynı sistematik takip edilebilecektir. Belirtilmelidir ki doktrinde fahiş fiyat artışlarına yönelik yapılan çalışmalarda değerlendirilmelerin tamamı özel hâllere odaklanılarak yapılmıştır. Bununla birlikte kanaatimizce genel hüküm çerçevesinde de bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁰.

1. TTK m. 55 Bakımından

TTK'nın 55. maddesi, haksız rekabet teşkil eden ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu kanun koyucu tarafından peşinen kabul edilen fiil ve uygulamaları

³⁸ Nitekim haksız ticari uygulamaların varlığı durumunu aynı zamanda haksız rekabet olarak da nitelendiren Özer de aynı sonuca ulaşarak, haksız ticari uygulamaya maruz kalan tüketicilerin, TTK'daki hükümler çerçevesinde zararların tazmini dahil diğer hukuki yollara başvurabileceğini belirtmiştir. Özer, s. 4838.

TTK'nın yalnızca ticari işlerden kaynaklanan haksız rekabet hâllerine uygulanabilir olmasına ilişkin önerinin yalnızca olması gereken hukuk (*de lege feranda*) değer taşıdığı yönünde bkz. Bahtiyar, Mehmet (2023) Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 177. Adi işlerden kaynaklanan haksız rekabet hâllerine de TTK'nın uygulanacağı yönünde bkz. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, T. 11.12.2018, E. 2017/117, K. 2018/1833 (Karar için bkz. www.lexpera.com, s.e.t. 16.08.2023.

³⁹ Arkan, Sabih (2022) Ticari İşletme Hukuku, 28. Baskı, Ankara, BTHAE Yayınları, s. 354; Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 347; Bozer & Göle, s. 238; Bahtiyar, s. 180.

⁴⁰ Karş. Eryürek, Güzel (2021) Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 111-112; Özkan, s. 115.

gösteren özel bir hüküm niteliğindedir⁴¹. Bu anlamda ilgili hükümde altı ana başlık hâlinde toplam 21 özel haksız rekabet hâli teşkil eden davranış ve uygulamaya yer verilmiştir. Ancak bu hâller TTK'da örnek mahiyetinde sayılmış olup TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren başka hâller de haksız rekabet olarak nitelendirilebilecektir⁴².

Bu başlık altında olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları bakımından TTK'nın 55. maddesinde sayılan tüm hâller değil, doktrinde fahiş fiyat artışlarının kapsamına girip giremeyeceği tartışılan özel hâller açısından değerlendirmeler yapılacaktır. Doktrinde ise, fahiş fiyat artışları bakımından TTK'da düzenlenen iki özel duruma odaklanılmıştır⁴³.

a. Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamalarla Kendisini ya da Üçüncü Kişiyi Rekabette Avantajlı Duruma Getirmek

Doktrinde fahiş fiyatlar bakımından odaklanılan ilk hüküm; 1. fıkranın (a) bendinin 2. kısmında yer alan, gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarla kendisini veya üçüncü kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmektir⁴⁴. "*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*" hükmünden de anlaşabileceği üzere, fiyatlara ilişkin olarak gerçeğe aykırı ve yanıltıcı beyanlarda bulunulması da ilgili bent kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. İlgili hüküm çerçevesinde haksız rekabet teşkil eden hususlar; müşterilerin ilgili ürün ya da hizmeti satın alma konusundaki kararını etkileyen gerçeğe aykırı açıklamalar ile doğru olsa dahi yanlış bir izlenim yaratan beyanlardır⁴⁵. Dolayısıyla bu bent kapsamında haksız rekabette bahis için, bir açıklamanın var olması zaruridir. Herhangi bir açıklama olmaksızın gündeme gelen bir durumun, salt bu hüküm çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendi-

rilmesi mümkün değildir. Fahiş fiyatlar bakımından değerlendirme yapan yazarlar, girdi maliyetinden etkilenmemiş olmasına rağmen bu şekilde bir itiba yaratan ya da fiyatların yükseliş sebeplerine dair yanıltıcı açıklamalar yapılmasının bu bent kapsamında haksız rekabet teşkil edebileceğini ifade etmektedir⁴⁶. Yine kendi ürün ya da hizmetlerinin fiyatlarının ucuz, mâkul olduğu veya diğer satıcıların ürün ya da hizmetlerinden daha kaliteli olduğu izlenimini yaratan açıklamaların da bu hüküm çerçevesinde haksız rekabet teşkil edeceği ifade edilmektedir⁴⁷.

Gerçekten yukarıda dile getirilen durumlarda TTK'nın ilgili bendi çerçevesinde haksız rekabet oluşacağı aşikârdır. Zira TTK m. 55/1/(a)-2 çerçevesinde haksız rekabetin şartları⁴⁸; i) bir açıklamanın mevcut olması, ii) bu açıklamanın kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkilerine dair olması ve iii) açıklamanın gerçek dışı ya da yanıltıcı olmasıdır ve söz konusu durumlarda bu şartların tamamı bulunmaktadır. Ancak bu gibi hâllerde haksız rekabet teşkil eden husus, olağan ve / veya olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışı değil, yapılan açıklamanın bizatihi kendisidir. Yani herhangi bir açıklamanın olmadığı durumlarda yapılan fahiş fiyat artışlarının ilgili hüküm çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Oysaki eldeki konu bakımından önem arz eden husus, olağanüstü bir dönemde fiyatlarda fahiş olarak nitelendirilebilecek bir artışın yapılması durumunun başı başına TTK anlamında haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğidir. Dolayısıyla tek başına fahiş fiyat artışı yapılması, ilgili hükmün kapsamına sokulamamaktadır. Bu çerçevede, olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışının bizatihi kendisinin TTK m. 55/1/(a)-2 çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

⁴¹ Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 351.

⁴² Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 351.

⁴³ Fahiş fiyat artışları açısından inceleme yapan bir yazar, haksız rekabete ilişkin özel hâllerde "fiyat" ibaresinin geçtiği tüm hâllere dair değerlendirmeler yapmıştır. Söz konusu değerlendirmeler için bkz. Özkan, s. 103 vd.

⁴⁴ Karasu & Özdemir, s. 15; Özkan, s. 105.

⁴⁵ Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 353.

⁴⁶ Karasu & Özdemir, s. 15. Bununla beraber söz konusu görüş, bu şekilde açıklamaların ilgili bent kapsamına gireceğine belirttikten sonra aynı zamanda TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrasında yer alan unsurlar çerçevesinde de bir değerlendirme yapmıştır. Fakat daha önce de belirtildiği üzere, özel bir hâlin kapsamına giren bir ticari uygulama / davranış açısından ayrıca genel hüküm çerçevesinde bir inceleme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Nitekim bu yönde açıkça bkz. Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 347.

⁴⁷ Eryürek, s. 90; Özkan, s. 106.

⁴⁸ Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 353.

b. İş Şartlarına Uymamak

i. Genel Açıklamalar ve Doktrindeki Görüşler

Doktrinde fahiş fiyatlar bakımından dikkat çekilen diğer hüküm; 1. fıkranın (e) bendinde düzenlenen iş şartlarına uymamaktır⁴⁹. Hüküm; “(i)ş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.” şeklindedir. Bu anlamda, mevzuat ile getirilen ya da sözleşmeyle üstlenilen veya doğrudan bir mesleğe yönelik olan iş şartlarına uyulmaması, dürüstlük kuralına aykırı olarak kabul edilmiştir⁵⁰.

Hüküm çerçevesinde değerlendirme yapılabilmesi için, ilk olarak “iş şartı” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği saptanmalıdır. Doktrinde genel olarak iş şartının, bütün iş hayatını içinde barındıran ve rakipler de dâhil olmak üzere herkes bakımından geçerli olan tüm hukukî düzenlemeler olduğu ifade edilmektedir⁵¹. Bununla birlikte doktrinde bir görüş tarafından, genel nitelikte kanun ve yönetmeliklerin kapsamının çok geniş olduğu ve bu sebeple bunlara uymamanın hükümde düzenlenen iş şartlarına uymamak kapsamında değerlendirilerek haksız rekabet olarak nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir⁵². Hükümün mehası niteliğinde olan İsviçre Haksız Rekabet Karşı Federal Kanunu’nun 7. maddesi; “(ö)zellikle, kanun veya sözleşme ile rakiplere de dayatılan ya da mesleki veya ilgili bölgede alışılmış olan çalışma koşullarına uymayan herkes haksız davranmış olur.” şeklindedir⁵³. Bu anlamda söz konusu hükümde geçen “çalışma koşulları” ibaresi, İsviçre hukukunda dar yorumlanmakta ve salt iş hukuku mevzuatına aykırı uygulamalar hüküm kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilmektedir.

⁴⁹ Karasu & Özdemir, s. 15; Özkan, s. 109.

⁵⁰ Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 371; Bozer & Göle, s. 255; Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet (2021) Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 386.

⁵¹ Bozer & Göle, s. 255.

⁵² Poroy, Reha & Yasaman, Hamdi (2022) Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 437.

⁵³ Hükümün Almanca hâli ise; “Unlauter handelt insbesondere, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind.” şeklindedir.

Diğer iş şartı olarak nitelendirebilecek hususlara aykırılık bakımından ise genel haksız rekabet hükmü çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılmaktadır⁵⁴. Konu, Alman hukukunda Alman Haksız Rekabet Kanunu’nun §3’ünde düzenlenmiş olmakla birlikte, ilgili hükmün içeriği Türk ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemelerden farklılık arz etmektedir. İlgili hüküm; “(p)iyasa katılımcılarının çıkarına olacak şekilde piyasa davranışlarını düzenlemeyi de amaçlayan bir kanun hükmünü ihlal eden ve bu ihlalin tüketicilerin, diğer piyasa katılımcılarının veya rakiplerin çıkarları üzerinde muhtemel olarak önemli bir olumsuz etki yaratmasına sebep olan herhangi bir kişi haksız hareket etmiş sayılır.” şeklindedir⁵⁵. Bu anlamda Alman hukukunda iş şartlarına aykırılık çerçevesinde haksız rekabetin varlığından bahis için, piyasayı davranışlarını düzenlemeyi hedefleyen bir kanun hükmünün varlığı ile bunun ihlâl edilmesi şarttır⁵⁶.

Her iş şartına aykırı davranışın aynı zamanda haksız rekabet teşkil edip etmediği hususunda da doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüş tarafından, iş şartı kavramının geniş yorumlanması sebebiyle, bunun haksız rekabetin amacı çerçevesinde değerlendirilmesi ve iş şartına aykırı davranış haksız rekabet teşkil etmesi için, ayrıca rekabet ilişkisinin de etkilenmiş olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷. Buna karşılık diğer görüş, kanun

⁵⁴ Jung, Peter (2016) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SHK - Stämpflis Handkommentar, 2. Baskı, Bern, Staempli Verlag, Art. 7, Nr. 2; Loacker, Leander D. (2018), UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich, DIKE Verlag, Art. 7, Nr. 33; Heizmann, Reto (2021) Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Baskı, Zurich, Orell Füssli Verlag, Nr. 6.

⁵⁵ Hükümün Almanca hâli ise; “Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.” şeklindedir.

⁵⁶ Benzer yönde bkz. Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artistarına-rekabet-ve-haksız-rekabet-hukuku-enstrümanları-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/>, dn. 18, s.e.t. 16.08.2023.

⁵⁷ Arıcı, M. Fatih, ‘Haksız Rekabet ve Yargıtay Kararları’: Kendigelen, Abuzer & Çonkar, M. Halil & Zengin, İbrahim Çağrı & Kesici, Buğra & Tokcan, F. Pelin & Sönmez, Numan Sabit (Editörler)

koyucunun başlı başına iş şartlarına uyulmamasını haksız olarak nitelendirdiğini ve dolayısıyla TTK'nın 54. maddesi çerçevesinde ayrı bir incelemeye gerek olmadığını ifade etmiştir⁵⁸.

Fahiş fiyat artışlarının iş şartlarına uyulmaması çerçevesinde haksız rekabet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda özel olarak inceleyen yazarlar arasında ise görüş birliği bulunmamaktadır. Bu husustaki ilk görüş, yukarıda anılan Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Ek 1. maddenin 1. fıkrası ve HFDK Yönetmeliği'nden yola çıkarak, ilgili hükümlerin iş şartı oluşturduğunu belirtmektedir⁵⁹. Dolayısıyla bu görüşe göre, bu hükümlerin ihlal edilmesi TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi çerçevesinde haksız rekabet oluşturmaktadır. Söz konusu görüşe göre, hükümde "kanun" şeklinde ifade bulan ibare, yalnızca teknik anlamıyla kanun olmayıp, genel olarak mevzuatın bütününe içermektedir⁶⁰. Bu anlamda HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında ortaya konan ve TTK anlamında "iş şartı" olarak nitelendirilmeye elverişli esasları ihlal eden fiyatlama davranışlarının, doğrudan haksız rekabet teşkil ettiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, HFDK Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirme yapılmalı ve artış yapılan ürün ya da hizmetin temel ihtiyaçlara yönelik olması, artışın herhangi bir haklı gerekçeye dayanmaması ve dönemin olağanüstü nitelikte bir dönem olması şartları aranmalıdır⁶¹.

Aksi görüş ise, Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Ek 1. maddenin 1. fıkrasının TTK anlamında iş şartı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁶². HFDK Yönetmeli-

ğindeki düzenlemenin iş şartı olarak değerlendirilmesine yönelik olarak ayrıca inceleme yapmayan bu görüş, Ek m. 1/1 hükmünün, basit bir muğlak bir düzenleme olması nedeniyle iş şartı olarak nitelendirilmekten çok uzak olduğunu ve fiyatların serbest piyasa ekonomilerinden arz ile talebe göre biçimlenmesi karşısında fiyatlamaya yönelik olarak bütün piyasa açısından geçerli genel bir iş şartından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir⁶³. Dolayısıyla bu görüş, fahiş fiyat artışlarının TTK bakımından haksız rekabet teşkil etmesi için, fiyat tarifeleri özelinde bir değerlendirme yapılması gerektiği, bununla birlikte genelde fiyat tarifelerinde belirlenen fiyatın altında satışların yasaklandığı ve haksız rekabet olarak kabul edildiği ve fahiş fiyatın sorun teşkil ettiği temel ürünler bakımından çoğunlukla herhangi bir fiyat tarifesinin bulunmadığı gerekçeleriyle, ilgili hükümün fahiş fiyat artışları ile mücadele bakımından etkin bir koruma sağlayamayacağını ileri sürmüştür⁶⁴.

Bu konuda değerlendirme yapan son görüş ise, doğrudan her iki yönde de açık bir kanaat belirtmeden incelemeler yapmıştır⁶⁵. Buna göre, Ek m. 1/1'in, kanun koyucu tarafından idari alanda sonuç doğuracak ve idari para cezasının söz konusu olduğu bir düzenleme olduğunun ileri sürülebileceğini, buna karşılık hem TTK'da hem de Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da bir sınırlama olmaması sebebiyle, idari yaptırımın varlığının aynı zamanda haksız rekabet hükümlerine engellenemeyeceğinin de ileri sürülebileceği ifade edilmiştir⁶⁶. Dolayısıyla hükmün bir iş şartı olarak yorumlanabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, iş şartlarına

(2018) Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 13-14; aynı yönde **Bektaş**, İbrahim (2018), 'Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü' BATİDER, S: 3, C: 34, s. 285.

⁵⁸ **Nomer-Ertan**, N. Füsün (2016) Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 343.

⁵⁹ **Karasu & Özdemir**, s. 16.

⁶⁰ **Karasu & Özdemir**, s. 16.

⁶¹ **Karasu & Özdemir**, s. 16.

⁶² **Özkan**, s. 118. Nitekim mehzar niteliğindeki Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanun'un 7. maddesinde geçen "iş şartları" ifadesi ile işçilerin çalışma hayatına ilişkin şartların kastedildiği, bu yüzden Yargıtayın daha geniş kabulü sonucunda fiyat tarifelerine aykırılığın dahi iş şartlarına aykırılık çerçevesinde haksız rekabet

teşkil ettiği kabulünün dahi eleştiriyeye açık olduğu yönünde yine bkz. **Özkan**, s. 119.

⁶³ **Özkan**, s. 118.

⁶⁴ **Özkan**, s. 118-119.

⁶⁵ **Kesici**, Buğra & **Sorkun**, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artistlarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁶⁶ **Kesici**, Buğra & **Sorkun**, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artistlarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

aykırılığın doğrudan haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğine dair tartışmalarda benimsenen görüş çerçevesinde, fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet teşkil edip etmediği tespit edilecektir⁶⁷.

ii. Değerlendirme

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, kanaatimizce Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ek m. 1/1, bir iş şartı olarak değerlendirilmemelidir. Zira ilgili hükümde genel geçer bir şekilde fahiş fiyat artışları yasaklanmış ve iş şartı olarak nitelendirilmeye elverişli herhangi bir kriter öngörülmemiştir. Bu anlamda söz konusu hükümde, iş hayatını düzenleyen bir normun varlığından bahis dahi güçtür. Çünkü ilgili hükümde, doktrinde bir görüş tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere, fahiş fiyat artışı, herhangi bir kritere bağlanmadan soyut ve genel bir şekilde yasaklanmaktadır. Aksi bir yorum, zaten çok geniş yorumlanan TTK m. 55/1-(e)'nin, yasaklayıcı normlara aykırı her türlü davranışın aynı zamanda haksız rekabet olarak da nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Buna karşılık, HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının ise iş şartı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda sadece belirli tür ürünler bakımından ve belirli dönemlerde yapılan haksız fiyat artışlarını yasaklayan ilgili normun, söz konusu ürünler ve dönem özelinde işletmeler bakımından genel bir iş şartı olduğu kabul edilmelidir. HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. Fıkrası ile, olağanüstü dönemlerde temel ihtiyaç ürünlerini satan işletmelerin tâbi olduğu fiyatlama davranışı belirlenmiştir. Yani iş hayatını düzenleyen ve rakipler de dahil herkes bakımından geçerli bir düzenleme söz konusudur. Bu anlamda hükmün, bir yönetmelikle düzenlenmesi de TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde yer alan "kanun" ifadesi karşısında, kanaatimizce herhangi bir farklı sonuca ulaştırmayacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, hükümde geçen ifadede yalnızca teknik anlamıyla kanun kastedilmemekte, genel itibarıyla mevzuata bir gönderme bulunmaktadır⁶⁸. Nitekim

öğretide ve yargı uygulamasında iş şartlarına uyulmamasına örnek olarak gösterilen uygulamaların büyük bir çoğunluğu, ikincil düzenlemeler sonucunda oluşturulan iş şartlarıdır⁶⁹.

İkinci olarak, HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrası iş şartı olarak kabul edildikten sonra, buna aykırılığın haksız rekabet teşkil etmesi için ayrıca TTK'nın 54. maddesinde yer alan haksız rekabetin amacı doğrultusunda ayrıca bir inceleme yapıp yapılmaması gerektiğine yönelik de bir değerlendirme yapılmalıdır. Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Yani bir uygulamanın HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının getirdiği kriterlere aykırı olduğunun tespit edilmesi sonrasında, ayrıca söz konusu uygulamanın rekabet ilişkisini etkileyip etkilememesine bakılmamalıdır. Zira TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde öngörülen sistematik de bu yorumu gerektirir. Zaten bu çalışmada da fahiş fiyat artışına yönelik olarak daha dar bir iş şartı yaklaşımı benimsenmiş olduğu için, aksi fikrin amaçsal olarak haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanının daraltılmasına yönelik yaklaşımı ile örtüşmeyen bir sonuç da doğmamaktadır⁷⁰. Bu noktada da en büyük önemi arz eden husus, yapılan artışın fahiş olup olmadığının tespitidir. Zira artışın haksız rekabet olarak kabul edilmesi, fahiş olması ön şartına bağlıdır. Fahiş fiyat artışına ilişkin tespit ise, yukarıda yer verilen kriterler göz önünde tutularak teknik bir inceleme sonucunda belirlenmelidir⁷¹. Bu anlamda bir felaketin hemen ardından ilk kez ürünlerinin satışını yapan bir işletmecinin de fiyatlamaya yönelik belirsizliğin muhatabı olduğunun ve mevzuatta geçen "haksız" ya da "fahiş" kavramlarına nasıl karşılık vereceğini tahmin edemeyecek ve ekonomik faaliyetlerini buna göre planlayamayacak durumda bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekmektedir⁷².

Gelinen noktada, olağanüstü dönemlerde temel ihtiyaç ürünlerinde yapılan fahiş fiyat artışlarının iş şartlarına aykırılık gerekçesiyle kategorik olarak haksız rekabet olarak nitelendirilmesi ve TTK'da öngörülen haksız rekabete ilişkin hüküm ve sonuçların

⁶⁷ Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁶⁸ Bkz. yuk. IV, B, 1, b.

⁶⁹ Özkan, s. 109-110.

⁷⁰ İlgili görüş için bkz. Arıcı, s. 13-14; Bektaş, s. 285.

⁷¹ Bkz. yuk. I.

⁷² Karş. Zwolinski, s. 350.

uygulanması mümkündür. Bu anlamda söz konusu aykırılıklar bakımından ayrıca idari yaptırımların uygulanabiliyor olması, haksız rekabetin sonuçlarının doğmasına engel değildir. Her iki düzenlemede yer alan yaptırımlar kümülatif olarak uygulama alanı bulacaktır. Bunun için de öncelikli olarak fahiş fiyat artışı yapıldığının ve yapılan fahiş artışın olağanüstü bir dönemde temel ihtiyaç ürünlerine ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir.

Ancak yukarıda belirtildiği üzere, HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı olağanüstü dönem ve temel ihtiyaç niteliğindeki ürünler ile sınırlandırıldığı için, olağanüstü dönemlerde diğer (temel ihtiyaç olarak nitelendiril(e)meyen) ürün ya da hizmetlere ilişkin yapılan fahiş fiyat artışlarının TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Hâl böyle iken, bu tür ürün ya da hizmetler için değerlendirmenin haksız rekabete ilişkin genel hüküm çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde olağan dönemlerde temel ihtiyaç niteliğinde bir ürün veya hizmet olup olmadığı fark etmeksizin yapılan fahiş fiyat artışları bakımından HFDK Yönetmeliği bir iş şartı olarak kabul edilmeyecektir. Yine olağan dönemler bakımından uygulama alanı bulabilecek olan Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ek m. 1/1 de tarafımızca bir iş şartı olarak kabul edilmediğinden, olağan dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları açısından herhangi bir iş şartının var olmadığı sonucuna ulaşılmalı ve haksız rekabete ilişkin değerlendirme, TTK'nın 54. maddesi çerçevesinde yapılmalıdır. Bununla birlikte bu çalışmadaki incelemeler yalnızca olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarına hasredildiği için, olağan dönemlerde yapılan artışlar bakımından bu çalışmada ayrıca bir değerlendirme yapılmayacaktır.

2. TTK m. 54/2 Bakımından

a. Genel Açıklamalar

TTK'nın 54. maddesinin ilk fıkrasında haksız rekabetin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirlenmiştir. Haksız rekabet hükümleri ile rekabet ortamının "dürüst" olması hedeflenmekte ve dürüst rekabet ortamı kavramı ise, ticari uygulamaların ah-

laka ve dürüstlük kuralına uygun olması şeklinde ifade edilmektedir⁷³. Bu anlamda doktrinde bir görüş tarafından da ifade edildiği üzere, rekabet ortamındaki bir davranış, -netice olarak piyasayı etkilemeye ya da ilgili işletmenin müşterilerinin artmasına veya rakiplerinin müşterilerinin azalmasına sebebiyet vermese dahi- dürüstlük kuralına ya da ahlaka aykırı ise, yine de haksız rekabet gerçekleşecektir⁷⁴.

Hükümün ikinci fıkrası ise; "(r)akipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır." şeklindedir. Söz konusu hükümden yola çıkarak haksız rekabetin üç unsuru olduğu belirtilmektedir⁷⁵: i) ticari nitelikte bir davranış ya da uygulama, ii) davranışın / uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması ve iii) rakipler arasındaki ilişkinin ya da tedarikçiler ile müşteriler arasındaki ilişkinin etkilenmesi. Bu anlamda haksız rekabetten bahis için; rekabet ilişkisinin varlığı, fiili gerçekleştirenin yarar sağlaması ya da fiilin muhatabının zarara uğraması gerekmektedir⁷⁶.

Olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları, TTK'nın 54. maddesinin her iki fıkrasında belirtilen amaç ve tanım hükümleri çerçevesinde ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁷. Bu değerlendirme, eldeki çalışma bakımından özellikle olağanüstü dönemlerde temel ihtiyaç niteliğinde olmayan ürün / hizmetlerde yapılan fahiş fiyat artışları açısından önem arz etmektedir. Zira temel ihtiyaç niteliğindeki ürün /

⁷³ Arkan, s. 353; Bozer & Göle, s. 235; Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 345; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 372.

⁷⁴ Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 346; aynı hususları iki unsur şeklinde veren için bkz. Bozer & Göle, s. 235. Buna karşılık üç unsurun var olduğunu, bunlardan birinin davranış ya da uygulamanın zarar veya zarar tehlikesine sebebiyet verilmesi olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, s. 179.

⁷⁵ Bozer & Göle, s. 235; Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 346.

⁷⁶ Arkan, s. 353; Ülgen & Helvacı & Kaya & Nomer-Ertan, s. 350; Ayhan & Çağlar & Özdamar, s. 373-374; davranış ya da uygulamanın zarar veya zarar tehlikesine sebebiyet vermesi gerektiği yönünde bkz. ve karş. Bahtiyar, s. 179..

⁷⁷ Buna karşılık doktrinde fahiş fiyat artışlarının TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrası anlamında haksız rekabet oluşturmayacağı ve fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet oluşturabilmesinin ancak TTK'nın 55. maddesinde sayılan özel hâllere dahil olması durumunda mümkün olabileceği yönünde bkz. Özkan, s. 115. Benzer yönde bkz. Eryürek, s. 111-112.

hizmetler bakımından HFDK Yönetmeliği'nin ilgili hükmü bir iş şartı olarak kabul edildiği için, haksız rekabete ilişkin özel hüküm öncelikli olarak uygulanacaktır. Bununla birlikte, bir an için söz konusu hükmün iş şartı olarak nitelendirilemeyeceğinin kabulü durumunda, bu kısımda yapılan değerlendirmeler, temel ihtiyaç niteliğindeki ürün / hizmetlerde olağanüstü dönemde yapılan fahiş fiyat artışları bakımından da geçerli olacaktır.

İşletmeciler tarafından ürün veya hizmetlerde yapılan fiyat artışları bakımından yukarıda anılan tanım maddesinden çıkan ilk unsur olan, ticari nitelikte bir uygulamanın / davranışın bulunduğu aşîkârdır. Yine yapılan fiyat artışları ile hem tüketiciler hem de rakipler etkilenmektedir. Dolayısıyla fiyat artışlarının haksız rekabet olarak nitelendirilmesi bakımından önem arz eden husus, dürüstlük kuralına aykırı bir uygulamanın / davranışın tespitidir. Yani fiyatların fahiş olarak artırılması, tek başına, kural olarak, fiyat tespitine yönelik uygulamanın haksız rekabet olduğu anlamına gelmez⁷⁸. Bunun sebebi ise, serbest piyasa sisteminde aktörlerin piyasaya sundukları ürün veya hizmetlerin fiyatlarını belirlemede sahip oldukları serbestidir. Bu çerçevede TTK'da da salt fiyata yönelik olarak bir haksız rekabet hâli de öngörülmemiştir⁷⁹. Belirtildiği üzere, ilgili uygulamanın aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırılığının saptanması gerekmektedir. Olağan dönemlerde bu tespitin yapılması, serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu sistemler açısından zor olabilir. Bununla birlikte çalışmanın inceleme alanını genişletmemek adına, olağan dönemlerde yapılan fahiş artışlarının kategorik bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmenin mümkün olmadığını belirtmekle yetinelim⁸⁰.

b. Fiyat Artışı Gerçekleştirilen Dönemin Olağanüstü Olmasının Dürüstlük Kuralına Aykırılık Bakımından Yapılan Değerlendirmeye Etkisi

Ticari nitelikte bir uygulama olan fiyat artışlarının haksız rekabet teşkil edip etmediği, dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına göre tespit edilecektir. Dürüstlük kuralına aykırılık bakımından ise kural olarak genel hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır⁸¹. Bununla birlikte, eldeki konu açısından özellikle fiyat artışının fahiş olması ile söz konusu artışın olağanüstü bir dönemde yapılması durumlarının dürüstlük kuralına aykırılık değerlendirmesi açısından ayrı bir önem arz ettiği kanaatindeyiz.

Bilindiği ve bu çalışmada da sıklıkla dile getirildiği üzere, serbest piyasa ekonomilerinde kural olarak fiyat piyasada arz ve talebe göre belirlenir ve bu anlamda işletmeciler, piyasaya sundukları ürün ya da hizmetlerin fiyatlarını belirleme serbestisine sahiptir⁸². Ne var ki bu serbesti, sınırsız nitelikte değildir. Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde devlet tarafından, zayıf tarafı korumak⁸³, belirli bazı piyasaları regüle etmek gibi birtakım saiklerle ürün ya da hizmetlerin fiyatlarına müdahale edilmektedir. Benzer şekilde, dürüstlük kuralı ve ahlaka aykırılık gibi soyut normlar da fiyatı belirleme özgürlüğünü sınırlandırabilir. Bu anlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") öngörmüş olduğu temel ilkelerden biri olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, işletmecilerin fiyat belirleme özgürlüğü bakımından da uygulama alanı bulabilir.

Konu bu çerçevede ele alındığında, deprem, sel, salgın hastalık gibi felaketlerin söz konusu olduğu dönemlerde, belirli tip ürün ya da hizmetlere ihtiyaç kaçınılmaz ve acil nitelikte olabilmektedir. İlgili ürünlere / hizmetlere bu şekilde bir ihtiyacın bulunduğu esnada, maddi olarak ilgili fiyatların artmasına (veya satıcının artış yaptığı kadar artmasına) sebep olabilecek nitelikte bir durum bulunmamasına rağmen

⁷⁸ Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artistarına-rekabet-ve-haksız-rekabet-hukuku-enstrumanları-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁷⁹ Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerçeklesen-fiyat-artistarına-rekabet-ve-haksız-rekabet-hukuku-enstrumanları-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁸⁰ Aksi yönde bkz. Eryürek, s. 111-112; Özkan, s. 115.

⁸¹ Karş. Bozer & Göle, s. 236.

⁸² Bu gerekçelerle fahiş fiyat artışlarının genel hüküm çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilemeyeceği, fahiş fiyat artışının haksız rekabet olabilmesi için ek birtakım şartları ihtiva etmesi gerektiği yönünde bkz. Eryürek, s. 111-112; Özkan, s. 115.

⁸³ Nitekim benzer yönde bkz. Pınar & Türkoğlu, s. 868.

men fiyatların fahiş olarak artırılması durumunun dürüstlük kuralına hatta giderek ahlaka aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira olağanüstü olarak nitelendirilen böyle dönemlerde, toplumu oluşturan bireylerden azami kâr / menfaati elde etmek yerine, bir araya gelerek, birbirlerine yardım etmeleri beklenir⁸⁴. Buna aykırı bir şekilde, zor durumda olan kimselerin bu durumundan faydalanılarak aşırı menfaat devşirilmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 28. maddesinde düzenlenen aşırı yararlanma (gabin) düzenlemesi en temelde sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlama olarak görülmektedir⁸⁵. Öyle ki kişilerin zayıf durumda kalmasından faydalanılarak edimler arasında oransızlık yaratılması hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır. Söz konusu düzenlemenin temelinde zayıf tarafın zayıflığından menfaat devşirilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması yatmaktadır⁸⁶. Bu anlamda yukarıda yapılan tartışma çerçevesinde aslında kanun koyucu, aşırı yararlanmaya ilişkin düzenleme ile kişilerin zor durumda kalmasını bir fırsat olarak kullanılmasını yasaklamış ve giderek sözleşmeyi iptal sebebi olarak öngürmüştür. Bu yüzden, eldeki çalışma açısından da olağanüstü bir durumun var olduğu durumlarda fahiş fiyat uygulandığının tespit edilmesi hâlinde, artık söz konusu fiyat uygulamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade etmek gerekir. Yani bir üst başlıkta belirtilen ve olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışı uygulamalarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı sorusuna olumlu yanıt vermek

ve haksız rekabete ilişkin genel hükümde sayılan tüm şartların kural olarak olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları bakımından gerçekleştiğini belirtmek gerekir. Ancak böyle durumlarda da haksız rekabete ilişkin hüküm ile yaptırımların uygulama alanı bulabilmesinin ön koşulu, ilgili ürün ya da hizmetlerde "fahiş" bir fiyat artışının bulunduğu ortaya konabilmesidir. Bu anlamda fiyatlarda yapılan her türlü artışın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Herhangi bir mâkul gerekçe olmaksızın ve olağanüstü dönemin şartları içinde bulunan insanlardan faydalanmak amacıyla yapılan yüksek miktardaki artışların, dürüstlük kuralına aykırı fiyat uygulaması olduğu sonucuna varılması mümkündür.

Bu noktada olağanüstü dönemlerde söz konusu fiyatlar ile alışveriş yapan kimseleri zaten TBK'nın aşırı yararlanma hükmünün koruması karşısında aynı zamanda haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulmasına gerek olmadığı akla gelebilir. Ancak her iki düzenlemenin korumak istediği hukukî yararların farklı olması bir yana, özellikle aşırı yararlanma bakımından gerekli olan edimler arası dengesizlik ile fahiş fiyatlamının her zaman birbirine paralel olmayacak olması, aşırı yararlanma için öngörülen hak düşürücü sürenin haksız rekabet bakımından öngörülen zamanaşımı sürelerinden daha kısa olması, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde zarar gören dışındaki kimselerin de belirli taleplerde bulunma imkânının varlığı, haksız rekabette edimler arası farkın giderilmesinden ziyade maddi ve manevi tazminat davası açma olanaklarının bulunması gibi gerekçelerle TBK'nın 28. maddesinin varlığına rağmen olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları bakımından haksız rekabet hükümleri yine de uygulama alanı bulabilmelidir.

C. OLAĞANÜSTÜ DÖNEMLERDE YAPILAN FAHİŞ FİYAT ARTIŞLARININ HAKSIZ REKABET OLARAK NİTELENDİRİLMESİNİN SONUÇLARI

Olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışlarının haksız rekabet olarak kabul edilmesinin sonucu, bundan zarar görenlerin TTK'nın 56. maddesinde öngörülen, tespit, önleme ve şartlarının bulunması durumunda tazminat gibi yaptırımlara başvurulabilmesidir. Bu anlamda ticaret ve sanayi

⁸⁴ Nitekim bu yönde bkz. **Sandel**, Michael (2020) Justice: What's the Right Thing to Do?, New York, Farrar, Straus and Giroux (Çeviren: Kocaoğlu, Mehmet (2020) Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir, 8. Baskı, Ankara, Felix Kitap), s. 27.

⁸⁵ İlgili tartışmalar ve görüşler için birçokları yerine bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip & **Hatemi**, Hüseyin & **Serozan**, Rona & **Arpacı**, Abdulkadir (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 479.

⁸⁶ **Kocayusufpaşaoğlu & Hatemi & Serozan & Arpacı**, s. 480. Nitekim Yargıtayın eski tarihli bir kararı; "Günümüzün sosyal anlayışı toplumda güçsüz olanın güçlüye karşı belirli ölçüler içinde korunması doğrultusundadır. BK.nun 21. maddesinde yer alan "gabin" müessesesi de yukarıda belirtilen anlayışla sıkı uyum hâlinindedir." şeklindedir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T: 30.01.1979, E: 13268, K: 999. Karar için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu & Hatemi & Serozan & Arpacı**, s. 481, dn. 4e.

odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da (TTK m. 56/3) çerçevesinde tazminat dışındaki talepleri ileri sürebilecektir. Tüketiciler ve işletmeden işletmeye yapılan satışlar bakımından tacirler / esnafılar ise ayrıca zararlarının varlığı ile fahiş fiyat uygulamasını gerçekleştiren kişilerin kusurunu ispatlamak suretiyle maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir⁸⁷. Bu anlamda maddi tazminat bakımından, fahiş fiyat ile haksız rekabet uygulaması olmasaydı oluşacak fiyat arasındaki fark ile fahiş fiyat uygulamasından kaynaklanan başka zararlar var ise bu zararların talep edilmesi mümkündür⁸⁸.

VI. SONUÇ

Bu çalışmada özetle, aşağıdaki sonuç ve kanaatlere ulaşılmıştır:

Olağanüstü dönem ve fahiş fiyat artışı kavramları, serbest piyasaya az müdahale edilmesini sağlayacak şekilde dar yorumlanmalıdır.

Tüketici mevzuatında öngörülen haksız ticari uygulamaların, tıpkı TTK'nın 55. maddesinde düzenlenen özel hâller gibi muamele görmesi gerekmektedir. Böylece, kanun koyucu tarafından Ticari Reklam Yönetmeliği'nde özel olarak dürüstlük kuralına aykırı olduğu öngörülen hâller, aynı zamanda haksız rekabet de teşkil etmektedir. Dolayısıyla mülga 19. bentte yer alan hükmün yürürlükte olduğu dönemde, yapılan haksız fiyat artışları, tüketiciler nezdinde haksız rekabettir.

Eldeki konu bakımından önem arz eden husus, olağanüstü bir dönemde fiyatlarda fahiş olarak nitelendirilebilecek bir artışın yapılması durumunun başlı başına TTK anlamında haksız rekabet teşkil

edip etmeyeceğidir. Gerçeğe aykırı veya yanıltıcı beyanlar ile haksız rekabet (TTK m. 55/1/(a)-2) durumunda haksız rekabet teşkil eden husus, olağan ve/veya olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışı değil, yapılan açıklamanın bizatihi kendisi olduğu için, herhangi bir açıklamanın olmadığı durumlarda yapılan fahiş fiyat artışlarının ilgili hüküm çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla tek başına fahiş fiyat artışı yapılması, TTK m. 55/1/(a)-2'nin kapsamına sokulamamaktadır.

Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ek m. 1/1, bir iş şartı olarak değerlendirilmemelidir. Aksi bir yorum, zaten çok geniş yorumlanan hükmün, yasaklayıcı normlara aykırı her türlü davranışın aynı zamanda haksız rekabet olarak da nitelendirilmesine sebebiyet verecektir. Buna karşılık, HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrası ise iş şartı olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda bir uygulamanın HFDK Yönetmeliği'nin getirdiği kriterlere aykırı olduğunun tespit edilmesi sonrasında, ayrıca söz konusu uygulamanın rekabet ilişkisini etkileyip etkilememesine bakılmamalıdır. Zaten bu çalışmada da fahiş fiyat artışına yönelik olarak daha dar bir iş şartı yaklaşımı benimsenmiş olduğu için, aksi fikrin amaçsal olarak haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanının daraltılmasına yönelik yaklaşımı ile örtüşmeyen bir sonuç da doğmamaktadır. Bu noktada da en büyük önemi arz eden husus, yapılan artışın fahiş olup olmadığıdır. Bu anlamda bir felaketin hemen ardından ilk kez ürünlerinin satışını yapan bir işletmecinin de fiyatlamaya yönelik belirsizliğin muhatabı olduğunun ve mevzuatta geçen "haksız" ya da "fahiş" kavramlarına nasıl karşılık vereceğini tahmin edemeyecek ve ekonomik faaliyetlerini buna göre planlayamayacak durumda bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

HFDK Yönetmeliği'nin uygulama alanı olağanüstü dönem ve temel ihtiyaç niteliğindeki ürünler ile sınırlandırıldığı için, olağanüstü dönemlerde diğer (temel ihtiyaç olarak nitelendiril(e)meyen) ürün ya da hizmetlere ilişkin yapılan fahiş fiyat artışlarının TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Hâl böyle iken, bu tür ürün ya da hizmetler için değerlendirmenin haksız rekabete ilişkin genel hüküm çerçevesinde

⁸⁷ Bununla birlikte tüketicilerin tazminat davası açmasının ve bu davadan bir sonuç almasının son derece teorik olduğu yönünde karış. **Kesici**, Buğra & **Sorkun**, Furkan, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salginini-doneminde-gercekle-sen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstru-manlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.

⁸⁸ **Karasu & Özdemir**, s. 19.

yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde olağan dönemlerde temel ihtiyaç niteliğinde bir ürün veya hizmet olup olmadığı fark etmeksizin yapılan fahiş fiyat artışları bakımından HFDK Yönetmeliği'nin 3. maddesinin 1. fıkrası bir iş şartı olarak kabul edilmeyecek ve haksız rekabete ilişkin değerlendirme, TTK'nın 54. maddesi çerçevesinde yapılacaktır.

Deprem, sel, salgın hastalık gibi felaketlerin söz konusu olduğu dönemlerde, belirli tip ürün ya da hizmetlere ihtiyaç kaçınılmaz ve acil nitelikte olabilmektedir. İlgili ürünlere / hizmetlere bu şekilde bir ihtiyacın bulunduğu esnada, maddi olarak ilgili fiyatların artmasına sebep olabilecek nitelikte bir durum bulunmamasına rağmen fiyatların fahiş olarak artırılması durumunun dürüstlük kuralına hatta giderek ahlaka aykırı olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira olağanüstü olarak nitelendirilen böyle dönemlerde, toplumu oluşturan bireylerden azami kâr / menfaati elde etmek yerine, bir araya gelerek, birbirlerine yardım etmeleri beklenir. Buna aykırı bir şekilde, zor durumda olan kimselerin bu duru-

mundan faydalanılarak aşırı menfaat devşirilmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu, aşırı yararlanmaya ilişkin düzenleme ile kişilerin zor durumda kalmasını bir fırsat olarak kullanılmasını yasaklamış ve giderek sözleşmeyi iptal sebebi olarak öngürmüştür. Bu yüzden, eldeki çalışma açısından da olağanüstü bir durumun var olduğu durumlarda fahiş fiyat uygulandığının tespit edilmesi hâlinde, artık söz konusu fiyat uygulamasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak böyle durumlarda da haksız rekabete ilişkin hüküm ile yaptırımların uygulama alanı bulabilmesinin ön koşulu, ilgili ürün ya da hizmetlerde “fahiş” bir fiyat artışının bulunduğu ortaya konabilmesidir. Bu anlamda fiyatlarda yapılan her türlü artışın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, aşırı yararlanma hükmünün varlığına rağmen olağanüstü dönemlerde yapılan fahiş fiyat artışları bakımından haksız rekabet hükümleri yine de uygulama alanı bulabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Arıcı, M. Fatih**, 'Haksız Rekabet ve Yargıtay Kararları': Kendigelen, Abuzer & Çonkar, M. Halil & Zengin, İbrahim Çağrı & Kesici, Buğra & Tokcan, F. Pelin & Sönmez, Numan Sabit (Editörler) (2018) Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Bahtiyar, Mehmet** (2023) Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 177. Adi işlerden kaynaklanan haksız rekabet hâllerine de TTK'nın uygulanacağı yönünde bkz. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, T. 11.12.2018, E. 2017/117, K. 2018/1833 (Karar için bkz. www.lexpera.com, s.e.t. 16.08.2023).
- Bektaş, İbrahim** (2018), 'Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü' BATİDER, S: 3, C: 34.
- Bozer, Ali & Göle, Celal** (2021) Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara, BTHAE Yayınları.
- Cary, George S & Dolmans, Maurits & Hoffman, Bruce & Graf, Thomas & Brannon, Leah & Pepper, Richard & Mostyn, Henry & Lazda, Alexis R.B. & Haynes, Savannah & Georgieva, Kristi & Przerwa, Jan**, 'Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: The cases pursued by EU and national competition authorities' e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin.
- Ceylan, Ebru** (2020), 'Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri' Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 8, S: 15.
- Eryürek, Güzel** (2021) Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Evans, David & Padilla, Atilano J.** (2005), 'Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules' Journal of Competition Law and Economics, S: 1, C: 97.
- Gemalmaz, H. Burak** Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yetkilerinin Girişim Özgürlüğü ve Mülkiyet Hakkına Aykırılığı, Lexpera 28.09.2023, <https://blog.lexpera.com.tr/haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu-yetkilerinin-girisim-ozgurlugu-ve-mulkiyet-hakkina-aykirligi/> s.e.t. 12.11.2023.
- Göndoğdu, Gökmen & Cantürk, Barış**, Korona Virüs Salgını Çerçevesinde İhdas Edilen Yeni Bir Kurum Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu, Lexpera 02.06.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgini-ni-cercevesinde-ihdas-edilen-yeni-bir-kurum-haksiz-fiyat-degerlendirme-kurulu/> s.e.t. 16.08.2023.
- Heizmann, Reto** (2021) Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Baskı, Zurich, Orell Füssli Verlag, Nr. 6.
- Jung, Peter** (2016) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SHK - Stämpfli Handkommentar, 2. Baskı, Bern, Staempfli Verlag, Art. 7, Nr. 2.
- Karasu, Rauf & Özdemir, Semih Sırrı** (2022), 'Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 26.
- Kesici, Buğra & Sorkun, Furkan**, Covid-19 Döneminde Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilir? Lexpera 08.05.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne-sekilde-mudahale-edilebilir/> s.e.t. 16.08.2023.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip & Hatemi, Hüseyin & Serozan, Rona & Arpacı, Abdulkadir** (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Loacker, Leander D.** (2018), UWG Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich, DIKE Verlag, Art. 7, Nr. 33.
- Njegovan, Nikola & Ristic, Bojan** (2022), 'The Anatomy of Price Gouging: A Regulatory or Competition Law Antidote' Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, S: 2, C: 70.
- Nomer-Ertan, N. Füsün** (2016) Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Özer, Işık** (2016), 'Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Hükmülerin İncelenmesi' Legal Hukuk Dergisi, S: 165, C: 14.
- Özkan, Ahmet Fatih** (2023), 'Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Fahiş Fiyatlarla Mücadele Edilebilir Mi?' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 25, s. 100-101.
- Pınar, Hamdi & Türkoğlu, Özlem**, 'Türk Hukukunda Fiyat Artışlarının Denetlenmesi ve Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu': Özkorkut, Korkut & Aydoğan, Gökhan & Coşkun, Pınar Başak & Özden, Ece & Korkmaz, Gülce & Özkan, Zeynep (Editörler) (2022) Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Poroy, Reha & Yasaman, Hamdi** (2022) Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Sandel, Michael** (2020) Justice: What's the Right Thing to Do?, New York, Farrar, Straus and Giroux (Çeviren: Kocaoğlu, Mehmet (2020) Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir, 8. Baskı, Ankara, Felix Kitap).

- Söyler**, Yasin (2021) 'Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması' İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 1, C: 79.
- Şahin**, Eda (2019), 'Tüketiciler İçin İyi Haber Mi Kötü Haber Mi? Aşırı Fiyat Uygulamalarında AB Mahkemelelerinin Yeni İstikameti' TFM, S: 1, C: 5.
- Topçuoğlu**, Metin (2016), 'Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar' TAAD, Y. 7, S: 24.
- Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer-Ertan**, N. Füsün (2022) Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Wilson**, Debra (2014), 'Price Gouging, Construction Cartels or Repair Monopolies: Competition Law Issues following Natural Disasters' Canterbury Law Review, S: 1, C: 20.
- Zwolinski**, Matt (2008), 'The Ethics of Price Gouging' Business Ethics Quarterly, S: 3, C: 18.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK MARKA HUKUKU DOKTRİNİ VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DÜRÜST KULLANIM SAVUNMASININ KOŞULLARINA İLİŞKİN BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER^(*)

SOME OBSERVATIONS AND EVALUATIONS REGARDING THE CONDITIONS OF THE HONEST USE DEFENSE IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION AND TURKISH TRADEMARK LAW DOCTRINE AND JUDICIAL DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ^(**)

Öz

Marka hakkı, mutlak nitelikte, herkese karşı ileri sürülebilien, sahibine işaret üzerinde tekel hakkı sağlayan güçlü malvarlığı haklarından biridir. Ancak bir işaretin belirli bir kimsenin tekeline verilmesi, potansiyel sonraki kullanıcıların işaret seçimine ilişkin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Dolayısıyla, korumanın kapsamının sadece marka sahibinin menfaatlerinin dikkate alınarak belirlenmesi, piyasadaki diğer aktörlerin devre dışı kalmasına, serbest ve haklı rekabetin zedelenmesine ve hatta ortadan kalkmasına sebep olacaktır. Bu sebeple, belirli hâllerde marka sahibi yerine üçüncü kişilerin menfaatlerine üstünlük tanınması gerekir. SMK m. 7/5, mehzaz 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi (m. 14) ve 2015/2424 sayılı Tüzük ile değişikliğe uğrayan 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü'ne (m. 14) paralel şekilde aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin hangi şartlar altında dürüst kullanım olarak kabul edilebileceği hususuna önemli ölçüde açıklık getirmektedir. Ancak yine de hükmün lafzı bazı soruları cevapsız bırakmaktadır. Nitekim dürüst kullanımın bir itiraz mı yoksa bir savunma sebebi olarak mı değerlendirilmesi gerektiği, “*dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanım*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı, hükümde sayılan hâllerin tahdidi mi yoksa örnekleyici nitelikte mi olduğu ve dürüst kullanımın sadece SMK m. 7/1'de yer alan tecavüz hâlleri ile sınırlı olarak mı dikkate alınabileceği bunlardan bazılarıdır.

Anahtar Kelimeler

Dürüst Kullanım, Savunma Sebebi, Ticaret ve Sanayiye İlişkin Konulardaki Dürüst Uygulamalar, Markasal Kullanım.

Abstract

Trademark right is one of the strong property rights that is absolute, can be asserted against anyone, and provides the owner with a monopoly right over the sign. However, the monopolization of a sign by a particular person restricts the freedom of potential subsequent users to choose a sign. Therefore, determining the scope of protection only by taking into account the interests of the trademark owner will lead to the exclusion of other actors in the market and to the damage or even the disappearance of free and fair competition. Therefore, in certain circumstances, the interests of third parties should prevail over those of the trademark owner. Article 7/5 of the IPC, in line with the predecessor EU Trademark Directive 2015/2436 (Art. 14) and EU Trademark Regulation 207/2009 (Art. 14), as amended by Regulation 2015/2424, clarifies the conditions under which an act that actually constitutes infringement may be considered as bona fide use. Nevertheless, the wording of the provision leaves some questions unanswered. As a matter of fact, whether honest use should be considered as an objection or a defense, what should be understood from the expression “honest use” and “use in the ordinary course of commercial life”, whether trademark use is necessary within the scope of the provision, whether the cases listed in the provision are exhaustive or exemplary, and whether honest use can only be considered limited to the cases of infringement under Article 7/1 of the IPL.

Keywords

Honest use, Defence, Honest Practices in Industrial and Commercial Matters, Use as Trademark.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.08.2023 / Kabul Tarihi: 20.10.2023).

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (gbuyukkilic@marmara.edu.tr; ORCID ID: 0000-0002-3484-7002).
Atıf/Citation: Büyükkılıç, Gül (2023), “Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TFM, C: 9, S: 2, s. 199-217.

I. GİRİŞ

Marka hakkı, mutlak nitelikte, herkese karşı ileri sürülebilen, sahibine işaret üzerinde tekel hakkı sağlayan güçlü malvarlığı haklarından biridir. Marka koruması, sadece mal/hizmetlerin tüketicilerce ayırt edilebilmesini sağlayacak yaratıcı ibarelerin sahiplerini değil, aynı zamanda orijinal mal/hizmeti tercih edebilmeleri bakımından tüketicileri ve daha geniş ölçekte rekabet piyasasının sağlıklı ve istikrarlı bir şekilde işleyebilmesi bakımından toplumu koruyucu nitelik taşır.

Ticari hayatın gereklilikleri, markaya sağlanan mutlak korumanın bazı hâllerde esnetilmesini gerekli kılar. Nitekim, bir işaretin belirli bir kimsenin tekeline verilmesi, potansiyel sonraki kullanıcıların işaret seçimine ilişkin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Öte yandan koruma kapsamının sadece marka sahibinin menfaatlerinin dikkate alınarak belirlenmesi, piyasadaki diğer ekonomik aktörlerin devre dışı kalmasına, serbest ve haklı rekabetin zedelenmesine ve hatta ortadan kalkmasına sebep olur. İşte bu sebeptir ki, ilgili tüm tarafların menfaatleri arasında dengenin sağlanması ve bu çerçevede belirli hâllerde marka sahibi yerine üçüncü kişilerin menfaatlerine üstünlük tanınması gerekir.

Konuya ilişkin temel düzenleme, marka tesicilinden doğan hakların istisnalarına ilişkin SMK m. 7/5'tir. Hüküm, mehz AB Marka Direktifi (m. 14)¹ ve AB Marka Tüzüğü'ne (m. 14)² önemli ölçüde benzer olup, marka hakkına tecavüz iddiasıyla karşı karşıya kalan kimsenin hangi koşullar altında meşru kullanım sınırlamasını geçerli olarak ileri sürebileceğine önemli ölçüde açıklık getirmektedir. Ancak SMK m. 7/5'nin lafzı sınırlamaya ilişkin bazı soruları cevapsız bırakmaktadır. Nitekim meşru kullanımın hukuki niteliği, "dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanım" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu çerçevede hükmün TMK m. 2 karşısındaki durumu, "ticari hayatın olağan akışı" kavramının neyi ifade ettiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı bunlardan bazılarıdır.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki meşru kullanım, somut olay bazında bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu durum bir yandan farklı tür uyumsuzluklarda hakkaniyete uygun kararlar verilebilmesi için gerekli esnekliği sağlarken, diğer yandan konuya ilişkin net bir çerçevenin çizilmesini zorlaştırır³.

Bu çalışmada meşru kullanım sınırlamasına ilişkin tespit edebildiğimiz belirsizliklere Avrupa Birliği ve Türk marka hukuku doktrini ve yargı kararları ışığında açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede, ilk olarak sınırlandırmanın amacı ve konuya ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmiş, ardından meşru kullanım sınırlaması kavram ve hukuki nitelik açısından incelenmiş, sonrasında sınırlamanın koşulları tespit edilerek konuya ilişkin tartışmalı hususlar değerlendirme konusu yapılmış ve meşru kullanıma ilişkin bazı kriterlerin tespitiyle konuya bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır⁴.

II. AMAÇ

SMK kapsamında tescilli marka sahibi, markasını tescil kapsamındaki mal/hizmetlerde tekeli biçimde kullanma, bu kapsamda ekonomik olarak değerlendirme, dava veya dava dışındaki hukuki taleplere konu etme ve hatta dilerse bu hakkı sona erdirmeyi kapsayan güçlü ve geniş bir korumaya sahiptir. Tescil konusu yapılabilecek işaretler de SMK m. 4'te sınırlandırılmamış ve ayırt edici olmak ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işaretin marka olarak tescil edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede tescilli marka sahibine sağlanan korumanın makul sınırlar içerisinde kalmasını sağlayan düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyacın bir gereği olarak kabul edilen SMK m. 7/5'in madde gerekçesinde buna ilişkin bir ifade yer almamakta ise de mehz AB Marka Direktifi (m. 27) ve Tüzüğü'nün (m. 21) Açıklayıcı

¹ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 336/1, 23.12.2015 (AB Marka Direktifi/AB Direktifi/Direktif).

² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, OJ L 154/1, 16.06.2017 (AB Marka Tüzüğü/AB Tüzüğü/Tüzük).

³ **Mazzone**, Jason (2009), 'Administering Fair Use' William & Mary Law Review, S: 51, C: 2, s. 400; **Bracha**, Oren (2007), 'Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property' Texas Law Review, S: 85, s. 1857.

⁴ 'Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' konusu Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu'nda sözlü bildiri olarak sunulmuştur. Bu çalışma, bildiri kapsamında belirtilenlerin yanı sıra konuya ilişkin birçok farklı sorun ve öneriyi de ihtiva etmektedir.

Notlarında bir markanın sağladığı münhasır hakların, marka sahibine, üçüncü şahıslar tarafından adil bir şekilde ve dolayısıyla sınai ve ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olarak seçilen işaretlerin kullanımını yasaklama hakkı vermemesi ve hükmün başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam anlamıyla saygı gösterilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede sonuç olarak meşru kullanım sınırlamasıyla markaya sağlanması gereken makul koruma alanını aşan bir tekel hakkı verilmesinin önüne geçilmesinin, böylece marka sahibinin işaret üzerindeki tekel hakkı ile işaretin serbestçe kullanımına ilişkin kamu yararı arasındaki dengenin sağlanmasının amaçlandığını söylemek mümkündür⁵.

III. HUKUKİ DÜZENLEMELER

Meşru kullanımın yer aldığı ilk düzenleme 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Anlaşması⁶ m. 10 mükerrer 2 olup, söz konusu hükümde haksız rekabet hâlleri dürüst uygulamalara aykırılık üzerinden tanımlanmış ve ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin bir diğer uluslararası düzenleme TRIPs m. 17'dir⁷. Bu hüküm uyarınca, “*Üye ülkeler,*

marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerini dikkate almak kaydıyla, tanımlayıcı terimlerin dürüst kullanımı gibi bir markanın sağladığı haklara sınırlı istisnalar getirebilirler.”

Anayasa'nın 90/5'in maddesi gereği, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde*” olduğundan, iç hukukta gerek Paris m. 10 mük.2 gerekse TRIPs m. 17 hükümlerine başvurmak mümkündür.

Meşru kullanım, AB Marka Direktifi ve AB Marka Tüzüğü'nde (m. 14) “Markanın hukuki sonuçlarına ilişkin sınırlamalar” (“*Limitations of the effects of trademark*”) başlığı altında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, ticaret sırasında olmak kaydıyla gerçek kişilerin⁸ kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan hâllerde markanın kullanılması marka sahibince önlenemeyecek durumlar olarak düzenlenmiş, ikinci fıkrasında ise ilk paragraftaki düzenlemenin yalnızca üçüncü taraf kullanımının sınai veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması halinde geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır.

Türk marka hukukunda markanın meşru kullanımına ilişkin ilk düzenleme mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁹ (556 sayılı KHK) 12. maddesidir. “Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna” başlıklı bu maddede, dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmalari şartıyla üçüncü kişilerin, ad ve adreslerini, ürün veya hizmetlerle ilgili cins, kalite miktar, kullanım amacı,

de Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, Apr. 15, 1994, 33 I.L.M. 81, 1197 (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) (TRIPs) (https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm) s.e.t. 09.08.2023.

⁵ **Tekinalp**, Ünal (1998), 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması' Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s. 636 (Üçüncü Kişi); **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022), 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 2, C: 22, s. 1117 vd.; **Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2022) Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 209-210. Meşru kullanımın amaçsal yorumuna ilişkin ayrıca bkz. **Goodyear**, Micheal P. (2020), 'Fair Use, the Internet Age, and Rulifying the Blogosphere' The Law Review of the Franklin Pierce Center for International Property, S: 61, s. 6; **Leval**, Pierre N. (1990) 'Toward a Fair Use Standard' Harvard Law Review, S: 103, C: 5, s. 1136; **Madison**, Michael J. (2005), 'Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform' Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, S: 23, C: 2, s. 392; **Wang**, Ji & **He**, Tianxiang (2019), 'To Share is Fair: The Changing Face of China's Fair Use Doctrine in the Sharing Economy and Beyond' Computer Law & Security Review, S: 35, C: 1, s. 27; **Zelechowski**, Lukasz (2018), 'Invoking Freedom of Expression and Freedom of Competition in Trade Mark Infringement Disputes: Legal Mechanisms for Striking a Balance' ERA Forum, s. 117-118.

⁶ Paris Convention for the Protection of Industrial Property (as amended on September 28, 1979). Bkz. Paris Sözleşmesi'nin Türkçe'ye çevirisi, 20.11.1975 Tarih ve 15148 Sayılı Resmi Gazete.

⁷ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade

⁸ Karş. (mülga) First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ L 040, 11.02.1989 (89/104 sayılı Birinci Konsey Direktifi) m. 6. (89/104 sayılı Direktif'ten farklı olarak AB Direktifi ve Marka Tüzüğü'nde üçüncü kişinin adının veya adresinin belirtildiği durumların hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi, üçüncü kişinin gerçek kişi olduğu haller ile sınırlı tutulmuştur).

⁹ 27.06.1995 Tarih ve 22326 Sayılı Resmi Gazete.

değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmişti. AB Marka Direktifi ve Tüzüğü'nde ki anlam netliğinin KHK'da bulunmaması sebebiyle hüküm SMK'da aslına uygun biçimde yeniden kaleme alınmıştır. Nitekim SMK m. 7/5 uyarınca,

“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

SMK m. 7/5, KHK'dan farklı olarak aksesuar ve yedek parçalarda kullanım istisnasını ihtiva etmektedir. Yine KHK'dan farklı olarak, kullanımın “dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olması” yerine “dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olması” şartı getirilmiştir. SMK hükmü mehz AB düzenlemelerine lafzen oldukça yakındır. Ancak Direktif ve Tüzük m. 14/1'de “ticaret sırasında kullanım” koşuluna yer verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu kullanımların sınai veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması aranmıştır. Öte yandan madde başlığında SMK'dan farklı olarak “istisna” (*exception*) değil “sınırlama/sınır” (*limitation*) ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir¹⁰.

IV. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK

Kanunkoyucu SMK m. 7'de markanın tesciliyle beraber sahibine sağladığı hakları sıralandıktan sonra, hükmün son fıkrasında bir kullanımın hangi hâllerde ve hangi koşullar çerçevesinde marka hakkına dayanılarak engellenemeyeceğini kaleme almıştır. Bu çerçevede dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı

içinde olmak kaydıyla hükümde sayılan üç istisnai halden birine giren bir durum marka hakkına dayanılarak engellenememektedir.

Doktrinde SMK m. 7/5 hükmü için “dürüst kullanım” veya “dürüstçe kullanım” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ancak dürüst kullanım, hükümdeki istisnai kullanım halleri için getirilen bir kriterdir. Diğer bir ifadeyle somut olaya konu bir durumun önce hükümdeki istisnalar kapsamına girip girmediği tespit edilmeli, istisna kapsamında olması halinde de dürüst kullanım kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere “dürüst kullanım”ın hükmün tamamını içine alacak şekilde bir üst başlık ifadesi olarak kullanılması yerinde değildir¹¹. Bu çerçevede, hükümdeki sayılan hâllerin dürüst kullanım halleri değil “istisnai haller” olarak ifade edilmesi ve SMK m. 7/5 hükmü için “meşru kullanım” üst başlığının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz¹².

Bu başlık altında değinilmesi gereken önemli bir husus, meşru kullanımın mahkemece re'sen nazara alınacak olmasıdır. Diğer bir ifadeyle somut olayın koşulları çerçevesinde dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden uyumsuzluk konusu kullanımın meşru olduğu mahkemece tespit edilebiliyorsa, ileri sürülmemiş olsa dahi meşru kullanım dikkate alınmaktadır. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin bir kararında meşru kullanımın marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna oluşturacağından bahisle “... marka sahibi aynı K.H.K.nin 9 ve 61. maddelerine dayalı önleme hakkını ileri süremeyecek olup, 556 Sayılı K.H.K.nin 12. maddesinin mahkemelerce re'sen dikkate alınması gereklidir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir¹³. Bir başka kararında “... davalının, davacı adına tescilli markayı kullanım şeklinin 556 Sayılı KHK'nın 12. maddesine göre dürüst kullanım kapsamında kalıp kalmadığı tartışılıp değerlendirilerek ulaşılabacak sonuç

¹⁰ AB mevzuatına paralel şekilde “sınırlama/sınır” ifadesinin kullanımının daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Konuya ilişkin gerekçelendirme için bkz. IV. Kavram ve Hukuki Nitelik.

¹¹ Pınar, Hamdi (2020), ‘Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikâyet Siteleri’ Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 36, C: 2, s. 157, dn. 70.

¹² “Hukuka uygunluk sebebi” teşkil ettiği yönünde bkz. Yasaman, Hamdi (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C: 2, Ankara, On İki Levha (Şerh), s. 1774; “Hukuka uygun kullanım savunması” ifadesi için bkz. Çolak, Uğur (2023) Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 844; “Hukuka uygun kullanım halleri” ifadesi için bkz. Çolak, s. 847.

¹³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.05.2011, E: 2009/14167, K: 2011/6513 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken bu yönden değerlendirme yapılmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁴. Ancak konuya ilişkin uyumsuzlukların çoğunda meşru kullanım iddiasında bulunulduğunu, dolayısıyla mahkemece re’sen bir değerlendirme yapılmasına gerek kalmadığını da belirtmek gerekir¹⁵.

Maddenin içeriğini ifade etmesi açısından “istisna” kavramının ne derece yerinde olduğu da sorulanması gereken bir diğer husustur. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere mehaz AB Direktif ve Tüzüğü’nün madde başlığında SMK’dan farklı olarak “istisna” (*exception*) yerine “sınırlama/sınır” (*limitation*) kavramının kullanımı tercih edilmiştir. Marka hakkına bağlanan hukuki sonuçları sınırlandırıcı etkisi sebebiyle meşru kullanımının bir istisnadan ziyade sınırlayıcı etkiye sahip özel bir durum olduğunun kabulü hukuken daha yerinde olacaktır. Gerçekten de meşru kullanımın olduğu bir durumda aslında marka hakkına dayanılarak engellenebilecek eylemler marka sahibi tarafından önlenememekte, yani marka sahibine sağlanan korumanın kapsamı sınırlanmaktadır. Bu çerçevede SMK m. 7’nin başlığının AB düzenlemelerine paralel olarak “Marka tescilinden doğan hakların sınırı” (*Limitation of the effects of an EU trade mark*) olarak değiştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

V. DÜRÜSTÇE VE TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE KULLANIM

A. GENEL OLARAK

SMK m. 7/5’te dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya

eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan hâllerde markanın kullanılması marka sahibince önlenemeyecek durumlar olarak sayılmıştır. Bu hükümden yola çıkarak meşru kullanım sınırlamasından bahsedebilmek için; üçüncü kişi kullanımının

- Dürüstçe olması
- Ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması
- Hükümde sayılan hâllerden birine girmesi gerekir.

Bu koşullara ilişkin detaylı açıklamalara geçmeden önce şunu hatırlatmak gerekir ki, SMK’dan farklı olarak mehaz AB düzenlemelerinde kullanımın dürüstçe olması ayrı bir koşul olarak değil, “ticaret ve sanayiye ilişkin konularda dürüst uygulamalar” şeklinde tek bir koşul şeklinde kaleme alınmıştır. Doktrinde haklı olarak dürüst kullanım ile ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanımın ayrı koşullar olmadığı, bu durumun tercüme hatasından kaynaklandığı ve söz konusu ifadenin “ticari hayatın olağan akışında dürüst kullanım” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶. Bu bağlamda, SMK’da yer alan “dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun kullanımlar” ifadesi “ticari hayatın olağan akışına uygun dürüst kullanımlar” şeklinde yorumlanmalıdır. Çalışmanın bu başlığı altında, hüküm kapsamındaki “dürüstlük”ün TMK m. 2 karşısındaki durumu, “ticari hayatın olağan akışı” kavramından ne anlaşılması gerektiği, hüküm kapsamında markasal kullanımın gerekli olup olmadığı ve meşru kullanım ilişkin kriterler üzerinde durulacaktır.

B. TMK M. 2 KARŞISINDAKİ DURUM

TMK m. 2/1 uyarınca herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dürüstlük kuralı sadece sözleşmelerin yorumunda ve borçların ifasında değil, özel hukukun tüm alanlarında ve hatta kamu hukuku alanında da uygulama imkânına sahip olan bir temel hukuk

¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.11.2017, E: 2016/4389 K: 2017/6336. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.10.2020, E: 2020/90 K: 2020/3985; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.10.2019, E: 2018/5072, K: 2019/6194; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.06.2013, E: 2011/10052, K: 2013/12932 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ Örneğin bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.09.2022; E: 2021/4214, K: 2022/6274 T. 26.9.2022; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.10.2017, E: 2016/3606, K: 2017/5841; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.02.2016, E: 2015/3156, K: 2016/1383; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.02.2014, E: 2012/15244, K: 2014/2618, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 14.10.2014, E: 2013/13627, K: 2014/15505, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 16.12.2003, E: 2003/5564, K: 2003/11974, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 640.

ilkesidir¹⁷. SMK m. 7/5'nin "dürüstlük"ü ihtiva etmesi, hüküm kapsamında dürüstlük ile TMK m. 2 anlamındaki dürüstlük kuralının birbiri karşısındaki durumunun değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Doktrinde bir görüş, maddede yer alan "dürüstçe" ifadesinin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralını değil, daha çok ticari teamülü ifade ettiğini savunmakta, ancak dürüst kullanımın kapsamının yorumlanmasında sadece ticari teamüllerin dikkate alınmasının hükmün uygulama alanını daraltacağını, bu sebeple ticari teamüllerin yanı sıra TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁸.

Bir diğer görüş AB Direktif'indeki "in accordance with honest practices in industrial or commercial matters" ibaresinin "sıma ve ticari konulardaki dürüst uygulamalara uygun" anlamına geldiğini, buna göre ticari veya teknik bir zorunluluk olmadığı halde, sadece başkasının markasıyla iltibas yaratma amacı güdüyor ise, bu durumda dürüstçe bir kullanımdan söz edilemeyeceğinden bahisle SMK m. 7/5 anlamında "dürüstlük"ün daha dar anlamda ve ticari teamüllere uygun dürüst kullanım olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹. Aynı yöndeki bir diğer görüş, dürüst teamüllere uygunluğun istisnaların sınırını tayin ettiğini, hükmün doğru anlaşılması için uyumsuzluğa konu durumun önce istisnalar kapsamına girip girmediğinin, istisna kapsamında olması halinde de dürüst teamüllere uygun olup olmadığının tespiti ardından bahse konu kullanımın hukuka uygun olup olmadığının belirlenebileceğini ifade etmektedir²⁰.

Diğer bir görüş dürüstçe kullanımın, genel iyiniyet kurallarına aykırı olmayan kullanımları ifade ettiğini savunmaktadır²¹. Benzer yönde bir diğer görüş

ise, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralları ile SMK 7/5'te kullanılan dürüstlük kavramı arasında bir genellik-özellik ilişkisinin var olduğunu ve SMK 7/5 anlamındaki ticari dürüstlük kurallarının yorumunda ticari alandaki teamüllerin yanı sıra genel hüküm olan TMK 2. maddeden de yararlanılabileceğini savunmaktadır²².

Bir başka görüş ise markanın serbest piyasadaki rekabet ve tekel ortamına etkisi nazara alındığında, yorum aracı olarak haksız rekabet anlamında dürüst ticaret (*fair dealing*) ölçütünün de kullanılmasının yararlı olacağını savunmaktadır²³.

ABAD, konuya ilişkin kararlarında meşru kullanım sınırlamasından, marka sahibinin meşru menfaatlerine ilişkin olarak dürüst bir biçimde hareket edilmesinin anlaşılması gerektiğini ifade ederek, Direktif ve Tüzük m. 14 anlamında "dürüstlük"ü genel anlamda iyiniyet kurallarına uygunluk değil de dar anlamda ticari teamüllere uygunluk şeklinde yorumlamaktadır²⁴. Nitekim Mahkeme'nin taraf markaları arasında bir ticari bir bağlantı olduğu izleniminin verilmediği, markanın değerini etkilemeyen, markayı kötülemeyen, markanın tanınmışlığından haksız olarak yararlanmayan, markanın tanınmışlığına ve ayırt edici karakterine zarar vermeyen kullanımların dürüst olarak değerlendirmesi de bu yaklaşımın izlerini taşımaktadır²⁵.

²² **Yasan**, Mustafa (2013), 'TTK M. 52'ye Göre 'Ticari Dürüstlüğe Aykırılık' Şartının İncelenmesi' Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, C: 2, s. 215, **Çamlıbel Taylan**, Esin (2001) Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 62.

²³ **Rüzgar**, Eser (2013) Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 70.

²⁴ *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH*, 07.01.2004, C-100/02 (Gerolsteiner Brunnen kararı) para. 24 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-100/02>) s.e.t. 09.08.2023. *Bayerrische Motorenwerke AG (BMW) & BMW Nederland BV v. Deenik*, (Case C-63/97), 23.02.1999 (BMW kararı), para. 61. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-63/97>) s.e.t. 09.08.2023. *Anheuser-Busch Inc. V. Budějovický Budvar, národní podnik*, 16.11.2024, C-245/02, para. 76. (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-245/02>) s.e.t. 09.08.2023.

²⁵ *The Gillette Company & Gillette Group Finland Oy v. LA-Laboratoires Ltd Oy*, 17.03.2005, C-228/03 (Gillette kararı), para. 49 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-228/03>) s.e.t. 09.08.2023. Tescilli bir araba markanın aynısının minyatür oyuncak versiyonlarında kullanılmasının, orijinal arabaların birebir reproduksiyonları olduğundan bahisle dürüst kullanım olmadığı yönünde bkz. *Adam Opel AG v. Autec AG*, 25.01.2007, C-48/05, para. 44-45 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-48/05>) s.e.t. 09.08. 2023.

¹⁷ **Oğuzman**, Kemal & **Barlas**, Nami (2016) Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 265.

¹⁸ **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Arkan (Fikri Mülkiyet), s. 452.

¹⁹ **Çolak**, s. 846.

²⁰ **Pınar**, s. 157, dn. 70.

²¹ **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C: I, Ankara (Marka), s. 132; **Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arkan Basım Yayıncılık, s. 244; **Bozgeyik**, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 124; **Çiçekçi Ercan**, Çiğdem (2013), 'Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım' Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, s. 256.

Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında çoğu kez zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla markanın kullanılmasının dürüst kullanım kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmektedir²⁶. Öte yandan bir üst başlıkta ifade edildiği üzere, Yüksek Mahkeme dürüst kullanımın re'sen nazara alınması gerektiğini ifade etmekte ve hatta bu hususta bir değerlendirme yapılmamasını bozma sebebi olarak kabul etmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı dürüst kullanımın TMK m. 2'nin özel bir görünümü olduğu yönündeki yaklaşımı destekler nitelikte mi olduğu sorusu akla gelebilir. Ancak objektif hukuk kuralı mahiyetindeki ticari örf ve adet de re'sen nazara alınması gerektiğinden, bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerekir.

Öte yandan dikkat etmek gerekir ki, dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olanlar TMK m. 2/1'de "herkes" olarak ifade edilmiştir. Eşdeyişle, TMK kapsamında dürüstlük kuralı hakkın sahibini özne almaktadır²⁷. Buna karşılık SMK m. 7/5, marka sahibinin üçüncü kişilerce markasının meşru kullanımına engel olamayacağı koşulları düzenlemektedir. Dolayısıyla marka hukukunda söz konusu olan meşru kullanım sınırlamasında marka sahibi değil, üçüncü kişilerin kullanımları esas alınmaktadır²⁸. Nitekim ABAD de -yukarıda ifade edildiği üzere- konuya ilişkin önemli bir kararında hükümdeki "dürüst uygulamalar" ibaresinin üçüncü kişinin marka sahibinin meşru menfaatleriyle ilgili olarak dürüstçe hareket etme konusundaki yükümlülüğüne işaret ettiğini vurgulamıştır²⁹.

Ticari teamül olarak yerleşen bir uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması hayatın olağan akışına aykırıdır. Dolayısıyla ticari teamül kıstası özünde dürüstlük kuralına uygun kullanım kriterini de barındırmaktadır. Ancak ticari teamül sınırlamasından bağımsız olarak genel nitelikteki dürüstlük kuralının kıstas olarak kabul edilmesi marka hak-

kına gereğinden fazla müdahale edilmesi ve menfaatler dengesinin marka sahibi aleyhine bozulması anlamına gelecektir. Böyle bir müdahale ise ancak kanunkoyucunun buna açıkça izin vermesi halinde mümkün olabilir. Bu çerçevede, SMK m. 7/5 anlamında "dürüstlük"ün kural olarak sınai ve ticari konularla sınırlı tutulması, ancak hükmün amaçsal yorumuyla bu sınırı aşan istisnai durumların da dürüst kullanım değerlendirmesine konu olabileceği düşünülmektedir.

C. TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE KULLANIM

Meşru kullanım sınırlamasını düzenleyen SMK m. 7/5'te, dürüstçe kullanımın aynı zamanda "ticari hayatın olağan akışı içerisinde" olması aranmaktadır. Bu noktada ilk olarak, "hayatın olağan akışı içerisinde olma" kavramının incelenmesi gerekir. Doktrinde hayatın olağan akışını "*hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar*" olarak ifade edilmektedir^{30,31}. Buna paralel olarak, "ticari hayatın olağan akışı içerisindeki davranışlar" da ticari hayatta yapılması alışılgağelmiş,

³⁰ **Alangoya**, Y. (2004), 'Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı' Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 528, dn. 32; **Uyar**, Talih (2014), 'İİK'nın 280. Maddesi Kapsamında İptale Tâbi Kimi Tasarruflar' Ankara Barosu Dergisi, S: 2014/3, s. 429; **Demir**, Abdullah (2008), 'Yargıtay İçtihatlarındaki "Hayatın Olağan Akışı" Kriteri ve İslam Hukukundaki "Zahiri Hal Delili"' Terazi Hukuk Dergisi, S: 28, C: 3, s. 130. Ayrıca bkz. **Erzeybek**, Hakan (2022) 'Hayatın Olağan Akışına Aykırılık Kavramının İspat Hukuku Açısından Durumu' Yargıtay Dergisi, S: 48, C: 3, s. 915-917.

³¹ Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere hayatın olağan akışı fiili bir karineye vücut vermektedir ve bunu aksini iddia edenin iddiasını ispatlamak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 25.03.2015, E: 2013/2238, K: 2015/1062 ("*...hukuk sistemimizde hayatın olağan akışının fiili karine olarak kabul gören bir ispat vasıtası olduğu, fiili karine denen yaşam deneyi kurallarının tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilirlik derecesi hakkında, hakim in kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleri olduğu (Bilge Umar/Ejder Yılmaz: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 165 vd. 174 ve 60 vd.), hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükünün hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşeceği (Prof. Dr. Baki Kuru: Hukuku Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 2011) kabul edilmelidir...*") (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.02.2022, E: 2020/1058, K: 2022/758 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.09.2003, E: 2003/1717, K: 2003/7742 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ **Antalya**, Gökhan & **Topuz** Murat (2019) Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Seçkin, Ankara, s. 511.

²⁸ **Yaman**, Özlem (2019) 'Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi' (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 51.

²⁹ *BMW* kararı, para. 61.

ticari hayatın aktörlerince gerçekleştirilmesi olağan davranışlar şeklinde açıklanabilir³².

Mehaz AB Marka Direktif ve Tüzüğü'nde (m. 14), SMK m. 7/5'ten farklı olarak dürüst kullanımın "sınai veya ticari konulara ilişkin olması" şartı aranmaktadır. Bu noktada SMK'da geçen "ticari hayat" ile mehaz düzenlemedeki ifadenin kapsam olarak birbirinden farklı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Nitekim KHK'da mehaz Direktif ve Tüzük'teki ifade kullanılmış iken SMK'da farklı olarak "ticari hayat" ifadesinin tercih edilmesi bilinçli bir tercihin ürünü olarak yorumlanabilir. Gerçekten de Türk Dil Kurumu "ticaret"i "*ürün, mal vb. alım satımı; tecim*", "sanayi"yi ise "*Ham maddeleri işlemek, enerji kaynaklarını yaratmak için kullanılan yöntemlerin ve araçların bütünü; işleyim, uran, endüstri*" şeklinde tanımlamıştır³³. Dolayısıyla söz konusu ifadeler lafzen yorumlandığında, "ticaret ve sanayiye ilişkin/ticari veya sınai konular" ifadesinin "ticari hayat" ifadesine nazaran kapsam olarak daha geniş olduğu söylenebilir. Ancak hükmün amacı ve "ticari hayatın olağan akışı içerisinde olma"nın anlamı dikkate alındığında, her iki hükümde kullanılan ifadelerin birbirine paralel olduğunu söylemek hukuken daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira ticari hayatın olağan akışı içerisindeki dürüst bir kullanım ile ticaret ve sanayiye ilişkin konulardaki dürüst uygulamalar arasında bir farklılığın olduğunu söylemek için makul bir gerekçe bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunkoyucunun bu yönde bir yaklaşımı benimsediğine işaret eden doktrinel veya içtihadi bir veriye de rastlanmamaktadır. Öte yandan şu da bir gerçektir ki sınai ve ticari konular çoğu zaman örtüşmektedir. Yine de olası anlam karmaşalarını önlemek adına SMK m. 7/5'teki "ticari hayat" ifadesinin mehaz düzenlemeye paralel şekilde, "ticaret ve sanayiye ilişkin/ticari veya sınai konular" şeklinde revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Öte yandan ABAD'ye göre "ticari kullanımlar"dan anlaşılması gereken, markanın özel bir konu için değil, ticari avantaj sağlamak amacıyla kullanılması

dır³⁴. Dolayısıyla hükmün uygulanması bakımından belirleyici olan kullanımın özel kullanım sınırını aşmadığıdır. Bu çerçevede, bir markanın, eğitim-öğretim faaliyetleri, sanatsal çalışma gibi ticari olmayan amaçlar dahilinde serbestçe kullanımı mümkündür³⁵. AB Marka Direktifi (m. 27) ve Tüzüğü Açıklayıcı Notlarında da (m. 21) bir markanın üçüncü şahıslar tarafından sanatsal ifade amacıyla kullanımın aynı zamanda sınai ve ticari konulardaki dürüst uygulamalara uygun olduğu sürece adil olarak değerlendirilmesi ve düzenlemenin başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam saygı gösterilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öyleyse örneğin sanatsal bir faaliyette kullanım, ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak uyumsuzluk konusu markanın ayırt ediciliğinden veya itibarından haksız kazanç elde edilmesine olanak sağlıyorsa serbest bir kullanım söz konusu olmayacak ve ticari nitelikteki bu kullanımın dürüst olduğundan bahsedilemeyecektir³⁶.

D. MARKASAL KULLANIM

Markasal kullanım, doktrinde "*bir işaretin, bu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin köken itibarıyla diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılardan anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması*" olarak tanımlanmaktadır³⁷.

³⁴ Google France SARL and Google Inc. V. Louis Vuitton Malletier SA, 23.03.2010, C-236/08, para. 50 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08>) s.e.t. 09.08.2023; Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed, 12.11.2002, C-206/01, para. 40 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-206/01>) s.e.t. 09.08. 2023.

³⁵ **Khobragade**, Jagdish Wamanrao & **Anson**, C.J. (2022), 'Fair Use Provisions under the Indian Copyright Act: Awareness Among Librarians of Colleges and Universities in Maharashtra' Journal of Intellectual Property Rights, S: 27, s. 9.

³⁶ **Senftleben**, Martin (2022), 'Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defences in EU Trademark Law' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 53, s. 571; **Bohaczewski**, Michal (2020), 'Conflicts between Trade Mark Rights and Freedom of Expression Under EU Trade Mark Law: Reality or Illusion?' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 51, s. 860. Doktrinde adil kullanım hakkının ifade özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu ve bu nedenle anayasal bir hak olarak değerlendirileceği durumlar olduğu yönünde bkz. **Reid**, Amanda (2019), 'Safeguarding Fair Use Through First Amendment's Asymmetric Constitutional Fact Review' William & Mary Bill of Rights Journal, S: 28, C: 1, s. 40.

³⁷ **Arkan**, Sabih (2000), 'Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?' Banka ve Ticaret Hukuku Der-

³² "Ticari iş ile iştiğal edenlerin zihninde o yönde bir hukuk kuralı mevcuttuğu gibi sürekli olarak gerçekleştirilen ticari alışkanlıklar, ticari örf ve adet olarak tanımlanabilir." **Sulu**, Muhammed (2022), 'Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler' İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9, C: 1, s. 2227.

³³ (<https://sozluk.gov.tr>) s.e.t. 09.08.2023.

Markanın temel fonksiyonu ayırt edicilik/kaynak göstermek olmakla beraber günümüzde markanın bu tarihi fonksiyonlarından ziyade reklam ve iletişim fonksiyonlarının daha ön planda olduğu yadsınmayacak bir gerçektir. Bu çerçevede kanaatimizce markasal kullanım, başta mal/hizmetin kaynağını göstermek olmak üzere yatırım, iletişim ve reklam gibi markanın türlü fonksiyonlarına hizmet edecek şekildeki kullanımları ifade eder³⁸. Dolayısıyla sadece markanın temel fonksiyonu olan kaynak gösterme/ayırt edicilik değil, diğer fonksiyonlarının yerine getiren kullanımlar da markasal kullanım kapsamına girer.

Bir üst başlıkta kullanımın ticari olması durumunda meşru kullanımdan bahsedilemeyeceği ifade edilmişti. Peki ticari kullanımdan anlaşılması gereken markasal kullanım mıdır? Diğer bir deyişle meşru kullanımdan bahsedebilmek için kullanımın markasal olmaması mı gerekmektedir?

Markaya tecavüzün söz konusu olabilmesi için markasal kullanımın gerekli olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hakim görüş, hükümde sadece "kullanım" ifadesine yer verildiğinden, ayrıca bu kullanımın niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmadığından marka hakkın tecavüz bakımından markasal kullanımın gerekli olmadığı yönündedir³⁹. Diğer görüş ise marka hakkına tecavüzden bahsedebilmek için markasal kullanımın gerekli olduğunu, ancak işaretin mal veya ambalaj üzerinde kullanılmasının zorunlu tutulmaması ge-

rektiğini⁴⁰, markasal kullanımın sınırının kaynak göstermenin yanı sıra reklam ve iletişim fonksiyonlarını da kapsayacak şekilde geniş tutulması gerektiğini savunmaktadır⁴¹.

Yargıtay istikrarlı bir şekilde üçüncü kişinin kullanımının markasal nitelikte olmamasını meşru kullanımın koşullarından biri olarak kabul etmektedir⁴². Nitekim davacı markasının davalının reklam kataloglarında ve mobilyaları üzerinde başkaca herhangi bir tanıtıcı işarete yer verilmeksizin kullanıldığı bir uyumsuzlukta, söz konusu kullanımın "... piyasaya sunulan ürünün diğer teşebbüslerce sunulan ürünlerden ayırt edilmesini sağlama yani markasal kullanım amacına yöneldiği..."nde bahisle meşru kullanım olarak kabul edilemeyeceğini gerekçe göstererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁴³. Bir diğer kararında da davacının inhisari lisans hakkı sahibi

gisi, S: 20, C: 3, (Markasal), s. 5, dn. 1; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433. Bu çerçevede bir markasal kullanımdan bahsedebilmek için malların ve hizmetlerin üstüne veya ambalajına koymak suretiyle markanın piyasaya sunulması gerektiği yönünde bkz. **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s. 455.

³⁸ **Arkan**, Markasal, s. 5, dn. 1; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433; **Dirikkan**, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin, s. 277. "Markasal bir kullanımdan söz edilebilmesi için, sulandırma, markanın reklam gücü ve tanınmışlığından haksız yararlanma veya markanın kaynak gösterecek şekilde kullanılması gereklidir." **Çolak**, s. 601, 897. Ayrıca bkz. **Senftleben**, 578; **Jacques**, Sabine (2016), 'A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke' European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 477-478.

³⁹ **Arkan**, Markasal, s. 5; **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 643; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 433; **Yasaman**, Şerh, s. 1783; **Yasaman**, Hamdi (2005) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 310; **Kaya**, s. 240; **Bozbel**, 456; **Çiçekçi Ercan**, s. 267;

⁴⁰ **Çolak**, s. 601; **Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, Yetkin, s. 117.

⁴¹ **Çolak**, s. 601.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2021, E: 2020/2187, K: 2021/2143 ("Söz konusu istisna hükmünden yararlanabilmek için üçüncü kişilerin kullanımının markasal kullanım mahiyetinde olmaması ve dürüstlük kuralları içerisinde ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir."). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.10.2020, E: 2020/90, K: 2020/3985; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K: 2019/2021, T: 12.03.2019, E: 2017/5444; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K: 2019/2735, T: 08.04.2019, E: 2018/727; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.11.2017, E: 2016/3414, K: 2017/6430; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 30.10.2017, E: 2016/3606, K: 2017/5841; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 11.2.2016, E: 2015/3156, K: 2016/1383; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 14.02.2014, E: 2012/15244, K. 2014/2618; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 14.10.2014E: 2013/13627, K. 2014/15505; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 06.03.2014. E: 2013/15291, K. 2014/4255, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 13.06.2012, E: 2012/11-155, K: 2012/376; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.03.2019, E: 2017/5444, K: 2019/2021; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.04.2019, E: 2018/727, K: 2019/2735; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 31.05.2017, E: 2016/454, K: 2017/3242; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 12.04.2017, E: 2015/13410, K: 2017/2082; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 09.12.2015, E: 2015/6080, K: 2015/13276; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 04.03.2015, E: 2014/18190, K: 2015/2910; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.05.2014, E: 2014/708, K: 2014/9675; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.03.2014, E: 2013/15291, K: 2014/4255 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yüksek Mahkemece markaya tecavüzün söz konusu olabilmesi bakımından markasal kullanımın varlığı aranmakla birlikte markasal kullanım kavramının dürüst kullanım istisnası bağlamında yorumlanmasında bazı problemler olduğu yönünde bkz. **Bozkurt**, Burcu (2020) Markanın Dürüst Kullanımı (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 59-60.

⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 23.05.2019, E: 2017/4940, K: 2019/4104 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olduğu markasının ve logosunun davalı işletmenin tanıtımında markasal ve baskın mahiyet arz edecek şekilde kullanıldığından bahisle SMK m. 7/5 kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁴.

Şunu da belirtmek gerekir ki Yargıtay konuya ilişkin çoğu kararında, doktrindeki ikinci görüşe paralel olarak, uyumsuzluğa konu kullanımın tanıtıcı/açıklayıcı mahiyette olduğu durumlarda markasal kullanım olmadığı ve meşru kullanımın bulunduğu karar vermektedir. Nitekim davacıya ait “Thermoset” ibaresinin, davalıya ait “Nazen” markasının yanında kullanımının meşru olduğu iddiasının değerlendirildiği bir davada Yüksek Mahkeme, “*“Thermoset” kelimesinin mutfak malzemesi üretiminde ilgili ürünlerin cinsini belirtmek için kullanılması 556 Sayılı KHK 12. maddesi kapsamında bir kullanım olarak değerlendirileceği, davalının Thermoset ibaresini Nazen markasının yanında kullandığı bu kullanımlarda kırılmaz mutfak malzemesini nitelendirmek için thermoset ibaresine yer verildiği internet sitesinde ve tanıtım evrakında da kelime anlamına ilişkin açıklamalarda bulunarak kullanımın ürünlerin cinsini belirtmek amacıyla olduğu, bu kullanımın dürüst kullanım olduğu, bu nedenle davacının asıl markası olan “NAZEN” ibaresinin yanında thermoset ibaresinin kullanılması markasal kullanım olmadığı ve dürüstlük kapsamında kaldığı gerekçesiyle...*” yerel mahkemenin kararını onamıştır⁴⁵. Yine bir başka kararda, davacı taraf markasının davalı taraflarca bir program adı olarak kullanıldığı ve markasal kullanım olarak yorumlanamayacağı gerekçesiyle söz konusu kullanımın dürüst, dolayısıyla meşru kullanım kapsamında olduğuna kanaat etmiştir⁴⁶.

⁴⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 31.05.2017, E: 2016/454, K: 2017/3242, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.09.2019, E: 2018/602 K: 2019/5186 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 30.05.2017, E: 2016/590 K: 2017/3189. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 25.01.2021, E: 2020/1500 K: 2021/392 (“*Bölge Adliye Mahkemesince, dosya üzerinden yapılan istinaf incelemesinde; davalının davacının marka tescillerinden önce ilk kez Mart 2011 tarihinde www.blogger.com ve www.twitter.com sitelerinde “Sebi Bebi” ibaresini kullandığı tespit edilmiş, davalının, davacının markalarının tescilli olduğu sınıflardaki herhangi bir ürüne ilişkin ticari satış yapmaksızın kullanıcı olarak davacının rakiplerine ait kozmetik ürünler hakkındaki tecrübelerine yer vermekten ibaret eyleminin markasal kullanım kapsamında kalmadığı... gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir.*”). Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.04.2021, E: 2020/2025, K: 2021/3873; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.11.2017, E: 2016/3414, K: 2017/6430 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

SMK m. 7/5 lafzında “kullanım”dan bahsedilmekte, bu kullanımın niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemektedir⁴⁷. Kanaatimizce -bir üst başlıkta detaylarına yer verildiği üzere- sonraki kullanımın ticari olmaması gerekir, ancak ticari olmama mutlak olarak markasal olmama anlamına gelmemektedir. Elbette çoğu zaman bir işaretin markasal kullanımı ticari bir amacın göstergesidir. Ancak bu mutlak bir kural olmayıp, kullanımın zorunluluk arz ettiği durumlar bundan ayrı tutulmalıdır. Öte yandan ticari bir kullanımın da mutlaka markasal olması gerekmez. Markasal olmayan muhtelif kullanım şekilleri de ticari bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet edebilir. Bu çerçevede Yargıtay’ın genel kabulü çerçevesinde kullanımın markasal olduğu her durumu otomatik olarak ticari (ve dolayısıyla meşru olmayan) kullanım olarak nitelendirip meşru kullanım sınırlamasının kapsamı dışında bırakmak istisnai durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Kaldı ki meşru kullanım, aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin SMK m. 7/5’teki koşullar çerçevesinde marka sahibince engellenememesini ifade etmektedir. Marka hakkı kapsamında engellenebilecek fiilleri düzenleyen SMK m. 7/1-3 hükümleri incelendiğinde bunların birçoğunun -çifte aynılık durumu, karıştırılma ihtimali, tanınmış markanın itibarından veya ayırt ediciliğinden haksız yararlanma gibi- markasal kullanımı ihtiva ettiği görülmektedir. O hâlde bir yandan tecavüz teşkil etmesi markasal kullanımı gerektiren bir fiilin, ancak markasal olmayan kullanımlarının meşru olduğunun kabul edilmesi hükmün düzenleniş tarzına aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak, meşru kullanım sınırlamasında dikkat edilmesi gereken kullanımın markasal değil, ticari olup olmadığıdır. Ancak somut bir uyumsuzlukta markasal ve ticari kullanım örtüşebilir. Böyle bir ihtimâlde bir işaretin markasal kullanımının münhasıran hak sahibine ait olması gerektiğinin dikkatten kaçırılmaması, bu çerçevede markasal kullanımların SMK m. 7/5 kapsamında kabulü hususunda temkinli davranılması ve sadece markasal kullanımın zorunluluk teşkil ettiği istisnai durumlarla sınırlı olarak bu tür kullanımlara izin verilmesi gerekir. Zira aksi du-

⁴⁷ Mülga 556 sayılı KHK’da da meşru kullanım sınırlaması bakımından markasal olmama değil, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılmama şartı öngörülmüştü. Eşdeyişle, markasal olmakla birlikte dürüst kullanıma aykırı bir hal meşru kullanım sınırlaması kapsamında değerlendirilememekteydi.

rumda da marka sahibinin hakları gereğinden fazla sınırlanacak ve bu sefer de hüküm orantısız şekilde üçüncü kişi lehine uygulanmış olacaktır.

Bu noktada markasal kullanım değerlendirilmesinin markanın geleneksel fonksiyonu olan ayırt etme/kaynak gösterme fonksiyonu çerçevesinde mi yoksa iletişim, reklam gibi fonksiyonları da içine alacak şekilde mi yapılması gerektiği hususunun da değerlendirilmesi gerekir. Zira markasal kullanımın geniş yorumlanması üçüncü kişilerin hareket özgürlüğünü daraltıcı bir etkiye sahip olacaktır.

Yargıtay markasal kullanımın tespitinde daha çok kaynak gösterme/ayırt edicilik fonksiyonunu esas almaktadır. 2014 tarihli bir kararında markasal kullanımı şöyle açıklamıştır: “*Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işaret olduğundan markasal kullanımdan söz edebilmek için de işaretin, ilgili bulunduğu mal veya hizmet ile bağlantıyı gösterecek biçimde ve işleve uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Örneğin, bir ticaret markasının, piyasaya sürülen malın veya ambalajının üzerine konulması ya da bir hizmet markasının, ilgili olduğu hizmetin sunulması sırasında kullanılması bu kapsamda bulunmaktadır*”⁴⁸. Esasen Yüksek Mahkeme’nin bu

yaklaşımının markasal kullanımları otomatik olarak meşru kullanım kapsamında dışında bırakan yaklaşımını dengeler nitelikte olduğu söylenebilir. Zira bir yandan meşru kullanımın sınırı olarak markasal olmama şartını getirerek üçüncü kişilerin hareket alanını daraltırken, diğer yandan markasal kullanımı kaynak gösterme/ayırt etme fonksiyonuyla sınırlı değerlendirerek taraf menfaatleri arasında denge sağlamaktadır.

Kanaatimiz markasal kullanım olan istisnai hâllerin de SMK m. 7/5 kapsamında değerlendirilebileceği yönünde olduğundan, markasal kullanımın da sadece geleneksel fonksiyonu olan ayırt etme/kaynak göstermeyle sınırlı olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Zira günümüzde marka geleneksel fonksiyonlarından iletişim ve reklam fonksiyonlarıyla ön plandadır. Diğer bir ifadeyle, işaretin ticari olarak kullanılması ayırt etme/kaynak göstermeden ziyade iletişim ve reklam fonksiyonlarında söz konusu olmaktadır. O hâlde markasal kullanımın dar bir şekilde yorumlanması ticari kullanımları devre dışı bırakmaya çalışan meşru kullanım sınırlamasının özülü çelişen bir tablo yaratacaktır. Sonuç olarak, markasal kullanımın sadece kaynak gösterme fonksiyonuyla sınırlı olarak düşünülmesi, reklam, iletişim, garanti, kalite gibi markanın diğer fonksiyonları da bu bağlamda değerlendirme konusu yapılması gerektiği düşünülmektedir⁴⁹.

E. MEŞRU KULLANIMA İLİŞKİN KRİTERLER

SMK m. 7/5’te istisnai kullanım hâlleri, gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 28.03.2014, E: 2013/16785, K: 2014/6143. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2021, E: 2020/2187, K: 2021/2143 “... mobilya ürünleri üzerinde ise “KUPA” şeklini markasal olarak kullandığı, ayrıca davalı kataloglarında gerek açıklama, gerekse mobilya üzerinde başkaca hiçbir tanıtıcı işarete yer verilmediği dikkate alındığında davalı yan kullanımlarının mobilya ürününün modelini belirtmekten ziyade, piyasaya sunulan ürünün diğer teşebbüslerce sunulan ürünlerden ayırt edilmesini sağlama yani markasal kullanım amacına yöneldiği ve kullanımın markasal kullanım mahiyetinde olduğunun kabulü gerekirken Dairemizin anılan Bozma İlamına yanlış anlam verilerek bu kullanımın dürüst ticari kullanım mahiyetinde olduğu, şeklindeki hatalı değerlendirmeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, ve davaçı yararına bozmayı gerektirmiştir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Markasal kullanım hallerine örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 19.01.2022, E: 2020/5953, K: 2022/397 “...556 Sayılı KHK 9/2 e maddesinde düzenlenen “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmadığı halde işaretin aynısını veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanması şeklinde markasal kullanım olduğu...”; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.02.2022, E: 2020/7011, K: 2022/1123 (“... marka hakkına dayanılarak dava açılmasının markasal kullanım olmadığı...”); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.04.2022, E: 2020/7921 K: 2022/2933 (“... müvekkil “Iz beybi” markasını 35. sınıfta yer alan satış hizmetlerine uygun bir biçimde yalnızca fiziki olarak yürüttüğü satış hizmetlerinde kullanmasının markasal kullanım kapsamında olduğu.”) (Kazancı İçtihat Bilgi

Bankası); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.04.2015, E: 2014/19022, K: 2015/4558 (“... Kot pantolonların iç kısmında yer alan bir ibarenin, mağaza çalışanlarının ürünleri takibi ve sınıflandırılması için model ismi olarak kullanılması markasal kullanım oluşturamaz...”.) **Bektaş, İbrahim & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk** (edt.) (2015) Yargıtay Kararları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 31, C: 2, s. 435-436.; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 19.12.2014, E: 2014/13947, K: 2014/20114 (“... Faturalarda yer almayan ürünün teknik özelliklerini belirten bir ibarenin sadece şirket içi yazışmalarda kullanılması, markasal kullanım sayılmaz...”.) (**Bektaş & Gürel & Tekin**, s. 280).

⁴⁹ **Senftleben**, 578; **Jacques**, Sabine (2016), ‘A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke’ European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 477-478.

hâller şeklinde sıralanmıştır. SMK 7/5-(b) bendindeki “... diğer niteliklerine ilişkin açıklamalar...” ve (c) bendindeki “... özellikle aksesuar, yedek parça...” ifadelerinden hükümde örnekleyici sayım ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki mülga KHK döneminde de mehz düzenleme olan 89/104 sayılı AB Direktifi’nde yer alıp KHK’da yer verilmeyen aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça istisnasının, (b) bendi kapsamında yorumlanabileceği, dolayısıyla bunların sınırlı sayıda olmadığı belirtilmekteydi⁵⁰.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, istisnai kullanım hâllerinin hükümdenkilerle sınırlı olmadığına işaret etmiştir. Şöyle ki “Corian” ve “Monteli” markalı akrilik esaslı malzemelerin işlenerek monte edilmesi amacıyla yapılan sözleşmenin haksız (olduğu iddia edilen) feshi sonrası, davacı tarafça satın alınan markalı ürünlerin satışının yapılabilmesi için internet sitesinde markaların kullanılmış olmasının dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanım kapsamında değerlendirildiği bu davada SMK m. 7/5’in (KHK m. 12), “... tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından markasal kullanımının dürüstlük kuralınca haklı görülebileceği diğer hâlleri zikretmediği, somut olayda davacının sözleşmenin feshinden önce aldığı Corian ve Montelli markalı malları yeniden ticaret mevkiine koyması makul ve kabul edilebilir bir davranış olduğu...”ndan bahisle somut uyumsuzlukta kullanımın meşru kullanım olduğuna hükmetmiştir⁵¹. Benzer şekilde ABAD de 2005 tarihli bir kararında, tıraş bıçaklarının yedek parça sayılıp sayılmayacağı sorusuna cevaben, hükümdeki istisna kapsamının yedek parça ve aksesuarla sınırlı olmadığını, maddede sayılanların örnek mahiyetinde olduğunu belirtmiştir⁵².

⁵⁰ **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 643-644. Aynı yönde bkz. **Yasaman**, Şerh, s. 1783-1784; **Kaya**, Arslan & **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 310.

⁵¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 26.09.2022, E: 2021/4214, K: 2022/6274 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵² *Gillette* kararı, para. 32. Aynı yönde bkz. **Yasaman**, Şerh, s. 1784. Dürüst kullanım hallerine kanunda yer verilmesinin yerinde olmadığı, zira bu yaklaşımın diğer kullanımların hariç tutulduğu düşüncesine yol açabileceği, ticaretin ve teknolojinin hızlı gelişiminin getirdiği sirkülasyona mahkemelerin daha iyi ayak uydurabilmesi ve her somut olayı dürüst kullanım çerçevesinde her açıdan kolayca inceleyebilmesi için kanunda örneksene yapılmaması gerektiği yönünde bkz. **Parchomovsky**, Gideon & **Goldman**, A. Kevin (2007), ‘Fair Use Harbors’, *Virginia Law Review*, S: 93, C: 6, s. 1486.

Bu yaklaşım hükmün amacıyla da bağdaşır niteliktedir. Zira aksi yönde bir kabul, hükümde sayılmamakla beraber, uygulamada karşılaşılabilecek ve hükümdeki koşulları sağlayan diğer istisnai kullanım hâllerinin kapsam dışı kalmasına sebep olarak üçüncü kişilerin hareket alanının hükmün özüyle bağdaşmayacak şekilde daralmasına sebep olacaktır. Ancak şunu da önemle belirtmek gerekir ki, hükmün (b) ve (c) bentlerinde sınırlayıcı sayım ilkesinden sapılmış ise de, SMK m. 7/5-a,b ve c’nin tamamı bakımından bu durumun kabulü, yani maddenin bütünüyle örnekleyici olarak tanzim edildiği şeklinde bir yorum yapılmaması gerekir⁵³. Nitekim böyle bir yorum istisnai nitelikteki bir hükmün dar yorumlanması ilkesiyle tezat bir tablo oluşturur.

Bu başlık altında, ayrı bir çalışmayı gerektirecek kapsamda olduğundan hükümdeki istisnai kullanım hâllerine değinilmemiş, sadece doktrin ve uygulamaya yol göstermesi açısından meşru kullanıma ilişkin bazı kriterlerin tespitine odaklanılmıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere meşru kullanıma ilişkin ilk hukuki düzenleme olan Paris Sözleşmesi’nde, haksız rekabet meşru kullanım üzerinden tanımlanarak, ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. AB düzenlemelerinde de Paris Sözleşmesi’ndeki bu yaklaşımın esas alındığı ve üçüncü kişi kullanımının ancak haksız rekabet teşkil etmemesi halinde meşru kullanım kapsamında kabul edilebileceği, diğer bir ifadeyle haksız rekabetin meşru kullanımın sınırını oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Meşru kullanım koşullarının daha iyi anlaşılması için ABAD’nin konuya ilişkin kararları da yol gösterici olacaktır. Meşru kullanım sınırlamasını ilk olarak 1999 tarihli *BMW* kararında yorumlamış olup, bu kararda Mahkeme, “ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara uygun olma” ifadesinin üçüncü kişinin, marka sahibinin meşru menfaatleri bakımından dürüst şekilde hareket etme yükümlülüğünü kapsadığına işaret etmiştir⁵⁵.

⁵³ Bu gerekçeyle şikâyet sitelerini bu kapsama dahil etmek yine de mümkün olmadığı yönünde bkz. **Pınar**, s. 156.

⁵⁴ Orijinal metinde “honest use” (dürüst kullanım) ifadesi tercih edilmiştir [**Bently**, Lionel & **Sherman**, Brad (2018) *Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, s. 1064.]

⁵⁵ *BMW* kararı, para. 61. Kararda ticari hayatta dürüst kullanıma bir diğer örnek olarak, Hukuk Sözcüsünün görüşünde (para. 54) yer

2004 yılında verdiği *Gerolsteiner Brunnen* kararında ABAD, “ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara uygun olma” kavramına ilişkin *BMW* kararındaki açıklamayı tekrar ettiğinden sonra, somut bir olayda meşru bir kullanımın bulunmadığının kabulü için, üçüncü kişinin kullandığı işaret ile marka arasında belirli düzeyde benzerlik olmasının gerektiğini, ancak sadece işitsel anlamda benzerliğin tek başına yeterli olmayacağını, markanın ürün üzerinde kullanılma biçimi de dahil olmak üzere somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶.

ABAD'nin meşru kullanım sınırlamasına ilişkin en kapsamlı kararı ise 2004 tarihli *Gillette* kararıdır. Bu kararında Mahkeme *BMW* (para. 61) ve *Gerolsteiner Brunnen* (para 24) kararlarına atıfla “dürüst kullanım”ın marka sahibinin meşru menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü ifade ettiğini belirttikten sonra⁵⁷, dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanımın söz konusu olamayacağı bazı hâllere değinmiştir. Bunlar;

- Üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimi yaratılması⁵⁸,
- Markanın ayırt ediciliğinden veya tanınmışlığından haksız yararlanılması⁵⁹,
- Markanın itibarının zedelenmesine veya kötülenmesine yol açılması⁶⁰,
- Üçüncü kişinin mallarını markalı bir ürünün taklidi gibi sunulmasıdır⁶¹,

alan ifadeler de dikkat çekicidir. Görüşte, bir tacirin *BMW* otomobillerinin bakım ve onarımını yapma konusunda uzman olması halinde, bu yetkinliğini *BMW* markasını kullanmadan müşterilerine uygulamada iletmeceğini söylemektedir. Bu ifade ticari hayatın olağan akışı içerisinde dürüst kullanım ifadesinin uygulama açısından bir örneğini taşımaktadır (*BMW* kararı, para. 60).

⁵⁶ *Gerolsteiner Brunnen* kararı, para. 24.

⁵⁷ *Gillette* kararı, para. 41. Mahkeme aynı paragrafta, bu yükümlülüğün orijinal markayı taşıyan ürünlerin yeniden satışının reklam konusu yapılması durumunda yeniden satıcıya yüklenen yükümlülük ile benzer olduğuna da işaret etmiştir. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 61; *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV*, 04.11.1997, Case C-337/95, para. 45 (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-337/95>) s.e.t. 09.08.2023.

⁵⁸ *Gillette* kararı, para. 42. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 51.

⁵⁹ *Gillette* kararı, para. 43. Aynı yönde bkz. *BMW* kararı, para. 52.

⁶⁰ *Gillette* kararı, para. 44.

⁶¹ *Gillette* kararı, para. 45.

Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, AB uygulamasına paralel olarak, üçüncü kişi kullanımının taraflar arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimini uyandırması⁶², markanın tanınmışlığından ve/veya itibarından haksız olarak yararlanma amacıyla kullanılması⁶³, markanın itibarını zedelenmesine veya kötülenmesine yol açılması⁶⁴, üçüncü kişinin mallarının markalı ürünün taklidi gibi sunulması⁶⁵ vb. durumların dürüst kullanım kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmiştir.

Doktrinde de bir görüş, Yargıtay kararlarına paralel olarak, markanın sahip olduğu tanınmışlıktan ve/veya itibardan haksız yararlanılmasını, bu durumdan kaçınması mümkün iken gerekli özenin gösterilmemesini, ticari veya teknik bir zorunluluk olmadığı hâlde sırf başka bir markayla itibar yaratma amacıyla markanın aynısının veya benzerinin kullanılmasını ticari hayatın olağan akışı içerisinde dürüst kullanım şartına aykırılık teşkil eden hâllere örnek olarak göstermektedir⁶⁶.

⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 16.12.2015, E: 2015/13409, K: 2015/13557 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay başka bir kararında da, “metro istasyonunun hemen girişinde bulunan iş yerinde davacıya ait “M+logo şekli” unsurlu markayı hiçbir gereklilik olmadığı halde oldukça büyük bir tabelada ve “M... Market” ibaresiyle birlikte kullandığı, söz konusu tabelada, markada yer alan şekil unsurunun herhangi bir tanımlayıcı ibareye yer verilmediği, esasen davalının bu kullanımı nedeniyle, sanki davalıya ait işletmenin davacı şirkete bağlı bir işletme imiş gibi imaj ve intiba uyandırdığı” gerekçesiyle dürüst kullanım kapsamının dışında kaldığına karar vermiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 07.10.2019, E: 2018/5072, K: 2019/6194; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bir diğer kararında, Renault ad, amblem ve diğer işaretlerini kullanan bir otomobil tamircisinin yetkili servis izlenimi vermesi nedeniyle dürüst kullanım kapsamında olmadığına karar vermiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2010, E: 2008/11844, K: 2010/2510; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 06.03.2014, E: 2013/15291, K: 2014/4255; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.01.2011, E: 2009/7086, K: 2011/196 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 11.05.2016, E: 2014/697, K: 2016/607 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.06.2016, E: 2015/10989, K: 2016/6891 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶ **Tekinalp**, Üçüncü Kişi, s. 641. Ticari hayatın olağan akışına uygun olan durumlara örnek olarak ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 11.10.2022, E: 2021/3207, K: 2022/6883 (“... davalıların iş yeri tabela ve kartvizitlerinde esas ve öne çıkan unsurun “Pırlanta Kuyumculuk” ibaresi olduğu, “...&...” ibaresinin ise iş yerinin işletenlerin veya sahiplerin kim olduğunu açıklamak babında tabela ve kartvizitlerde yer aldığı, görsel manada öne çıkartılmadığı, açıklanan bu durum karşısında davalıların iş yeri tabela ve kartvizitlerinde yer alan; “Pırlanta Kuyumculuk ...&...” şeklindeki bu kulla-

Diğer bir görüş ise meşru kullanım sınırlaması bakımından getirilen iltibas yaratma, haksız yararlanma gibi kriterleri, tecavüz hâllerinin birer tekrarı olması gerekçesiyle eleştirmektedir⁶⁷. Bu görüşü savunanlar, ortaya koyulan bu kriterlerin zaten marka hakkına tecavüz sayılan hâller olduğunu, bu sebeple tecavüz sayılan hâllerde dahi üçüncü kişiye ayrıca bir dürüst kullanım savunması hakkı verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, dürüstlüğün tespitinde ölçüt olarak üçüncü kişinin işareti kullanırken ortaya koyduğu iyiniyet ve bilgi seviyesi, üçüncü kişiye ait mal veya hizmeti tanımlamak üzere tescilli marka yerine kullanılabilir alternatif işaretlerin varlığı ve kullanımın gereklilik düzeyi ile üçüncü kişinin tescilli marka ile karışıklığı önlemek için gösterdiği çabanın belirleyici olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Yine meşru kullanım değerlendirmesinde kullanım amacına da dikkat edilmesi gerekir⁶⁹. Eğer üçüncü kişilerin kullanımı tescilli markanın itibarından yararlanmaya veya ona zarar vermeye yönelik olursa bu kullanım dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu durumda marka sahibi söz konusu kullanımları marka hakkının ihlali gerekçesiyle engelleyebilir⁷⁰. Bunların yanı sıra kullanımın dönüştürücü olup olmadığı⁷¹ ve kamu yararı

taşıyıp taşımadığı⁷² hususlarının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Başka bir görüş ise marka hakkının ihlal edilmediği ile dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanımın var olup olmadığına ilişkin tespitlerin iç içe geçtiğini ve bu durumun uygulamada karışıklık yaratma potansiyelini de beraberinde getirdiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, dürüst kullanımın, tecavüz oluşturan koşullardan tamamen bağımsız olarak incelenebilmesi neredeyse imkânsızdır. Ancak istisnai olarak tecavüzün daha net olduğu durumlarda dürüst kullanımın tespitinin daha derin ve istisnanın amacını koruyucu bir şekilde değerlendirilmesi gerekir⁷³.

Kanaatimizce tecavüz teşkil eden bir eylemi otomatik olarak dürüst (ve dolayısıyla meşru) kullanım kapsamı dışında tutmak hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim meşru kullanım kuralı olarak tecavüz teşkil eden ve bu sebeple marka sahibince hukuken önlenebilecek bir fiilin, kanunun aradığı şartları taşımak kaydıyla yasak kapsamı dışına çıkmasını sağlayan bir sınırlamadır. O hâlde kullanımın dürüstlüğü değerlendirilirken, genel olarak tecavüz teşkil eden bir hâl olmaması şeklinde bir kriterin belirlenmesi hükmün özüyle çelişecektir. Zira SMK m. 7/5 düzenlemesi zaten tecavüz teşkil eden bir fiilin söz konusu olduğu hâllerde uygulama alanı bulmaktadır. Öte yandan yukarıda zikredilen örneklerin, tecavüz teşkil etmekle beraber daha çok sonraki kullanıcının niyetini ön plana alarak verilmiş örnekler olduğunun da gözden kaçırılmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle söz konusu örneklerin dürüst kullanım kapsamında kabul edilmemesinin kullanıcının niyetiyle bağlantılı olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, karıştırılma ihtimâli, haksız yararlanma gibi marka hakkına tecavüzün belirgin olduğu durumlarda otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında

nımının yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ticari hayatın olağan akışına uygun dürüstçe kullanım dahilinde...") (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 03.06.2015, E: 2015/2358, K: 2015/7637 ("...davacının markası kullanılarak ve markanın hemen yanında ürünün orijinal ve %100 garantili olduğu yönünde bir açıklamaya yer verilerek 2.150,00 TL'lik iPhone 5S telefonun 75,00 TL'ne satıldığı yönündeki satış sunma ve reklam eyleminin aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmekte olup, piyasa fiyatının yaklaşık %3-4 oranında bir fiyata böyle bir telefonun satılması mümkün olmadığı, bunun dürüst ticari hayatın olağan akışıyla bağdaşmadığı...") (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷ **Yap**, Po Jen (2008) 'Honestly, Neither Celine Nor Gilette is Defensible!' European Intellectual Property Review, S: 30, s. 289.

⁶⁸ **Yap**, s. 292. Ayrıca bkz. **Kur**, Annette: 'Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective': **Calboli**, Irene & **Senftleben**, Martin (2018) The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives, Oxford University Press, s. 105.

⁶⁹ **Liu**, Jairul (2019), 'An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law', Stanford Technology Law Review, S: 22, C: 1, s. 185.

⁷⁰ **Yılmaz**, H. (2015) Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna (Tür: Türk Patent ve Marka Kurumu Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2015).

⁷¹ **Ginsburg**, Jane C. (2020), 'Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?' Singapore Journal of Legal Stu-

dies, S: 265, s. 266; **Lee**, Edward (2018), 'Fair Use Avoidance in Music Cases' Boston College Law Review, S: 59, C: 6, s. 1879; **Reiser**, Benjamin (2020), 'Anything You Can Use, I Can Use Better: Examining the Contours of Fair Use as an Affirmative Defense for Theatre Artists, Creators, and Producers', Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, S: 30, C: 3, s. 929; **Victor**, Jacob (2021), 'Utility-Expanding Fair Use' Minnesota Law Review, S. 105, s. 1898.

⁷² **Leval**, s. 1111.

⁷³ **Kur**, s. 105 vd.

değerlendirmemek ve kullanımın meşru olup olmadığını, üçüncü kişinin niyeti, amacı, karışıklığa sebebiyet vermeyi önleyici önlemler alıp almadığı gibi kriterler çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme neticesinde tespiti gerekir.

VI. SONUÇ

SMK kapsamında tescilli markaya sağlanan kapsamlı koruma, üçüncü kişilerin belirli koşullar dahilinde marka hakkına konu işareti serbestçe kullanabilmeleri gerekliliğini de ortaya çıkarmaktadır. Paris Sözleşmesi'nde, bu gerekliliğin bir sonucu olarak, ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara aykırı olan her türlü rekabet davranışının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bir diğer uluslararası düzenleme olan TRIPS'te ise üye ülkelerin marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerini dikkate almak kaydıyla markanın sağladığı korumanın kapsamına sınırlamalar getirebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Ülkemizde ilk olarak 556 sayılı KHK'nın "Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna" başlıklı 12. maddesinde, dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmalari şartıyla üçüncü kişilerin, ad ve adreslerini, ürün veya hizmetlerle ilgili cins, kalite miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmişti. Karşılık düzenleme olan SMK m. 7/5, KHK'dan farklı olarak aksesuar ve yedek parçalarda kullanım istisnasını ihtiva etmektedir. Yine KHK'dan farklı olarak, kullanımın "dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olması" yerine "dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olması" şartı getirilmiştir. SMK hükmü mehz AB düzenlemelerine lafzen oldukça yakındır. Ancak Direktif ve Tüzük m. 14/1'de "ticaret sırasında kullanım" koşuluna yer verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu kullanımların sınai veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olması aranmıştır. Öte yandan madde başlığında, SMK'dan farklı olarak "istisna" (*exception*) değil "sınırlama/sınır" (*limitation*) ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir⁷⁴.

Hüküm, ticari hayatın olağan akışı içerisindeki dürüst uygulamalara uygun olmak kaydıyla belirli bazı istisnai hallerin marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceğini düzenlemekte olduğundan, diğer bir ifadeyle "dürüst kullanım" maddenin üst başlığı değil, maddenin uygulanabilme koşullarından biri olduğundan, doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla kullanılan "dürüst kullanım" ifadesi yerine, "meşru kullanım" ifadesinin kullanılması gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan yine hükümde sadece istisnai kullanım halleri değil, aynı zamanda bu hallerin hangi durumda meşru kullanım teşkil edeceği düzenlendiğinden, hükmün muhtevasını tam anlamıyla yansıtabilmesi bakımından SMK'daki "istisna" ifadesi yerine mehz düzenlemeye paralel olarak "sınırlama" ifadesinin kullanılmasının hukuken daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra hüküm lafzen yorumlandığında kullanımın "dürüst" ve "ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması" iki ayrı koşulmuş gibi bir anlam çıkmakta ise de gerek hükmün amacı gerekse mehz düzenlemeler dikkate alınarak "dürüstçe" ve "ticari hayatın olağan akışı içinde olma" ayrı bir şart olarak değil, "ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı olmamak" şeklinde yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

SMK m. 7/5 anlamında ticari ve sınai konulardaki dürüst kullanımlardan anlaşılması gereken "ticari teamül" olup, hükmün yorumlanmasında somut olayın koşulları çerçevesinde TMK m. 2'den de faydalanmak gerekir. Yoksa söz konusu düzenleme TMK m. 2'nin özel bir görünümü niteliğinde değildir. Elbette dürüstlük kuralı kanundan doğan tüm hakların kullanılmasında uygulanması gereken temel bir ilkedir. Dolayısıyla SMK m. 7/5'ten doğan hakların kullanılmasında da bu ilkenin gözetilmesi esastır. Ancak TMK kapsamında dürüstlük kuralı hakkın sahibini özne almakta iken, marka hukuku bağlamında dürüst kullanımda marka sahibi değil üçüncü kişilerin kullanımı ve meşru kullanım sayılabilecek eylem ve işlemler merkeze alınmaktadır. Bu farklılıktan bağımsız olarak SMK m. 7/5'in uygulanmasında ticari teamül sınırlamasından bağımsız olarak genel nitelikteki dürüstlük kuralının kıstas kabul edilmesi marka hakkına gereğinden fazla müdahale edilmesi anlamına gelecektir ki böyle bir müdahale ise ancak kanunkoyucunun buna açıkça izin vermesi halinde mümkün olabilir.

⁷⁴ AB mevzuatına paralel şekilde "sınırlama/sınır" ifadesinin kullanımının daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Konuya ilişkin gerekçelendirme için bkz. IV. Kavram ve Hukuki Nitelik.

SMK m. 7/5'in lafzından hükmün uygulanabilmesi bakımından markasal kullanımın gerekli olmadığı yönünde bir tespit bulunmak mümkün değildir. Temel olarak işaretin mal/hizmetlerde kullanımını ifade eden markasal kullanım münhasıran hak sahibine ait olmalıdır. Ancak bu durum, markasal kullanımın söz konusu olduğu hâllerde meşru kullanımın otomatik olarak devre dışı kalacağı şeklinde yorumlanmamalı ve markasal kullanımın zorunluluk teşkil ettiği istisnai durumlarla sınırlı olarak bu tür kullanımların da meşru kullanım olarak kabulü mümkün olmalıdır. Zira meşru kullanım istisnasının amacı, üçüncü kişilerin başkasına ait işareti kullanmalarına izin vererek ticari hayatın sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Ancak bu kuralın mutlak olarak kabul edilmesi ve markasal kullanımın olduğu bir durumun otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında bırakılması istisnai hâllerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Kaldı ki meşru kullanım, aslında tecavüz teşkil eden bir eylemin SMK m. 7/5'teki koşullar çerçevesinde marka sahibince engellenmemesini ifade etmektedir. Marka hakkı kapsamında engellenebilecek fiilleri düzenleyen SMK m. 7/1-3 hükümleri incelendiğinde bunların birçoğu markasal kullanımı ihtiva ettiği görülmektedir. Dolayısıyla bir yandan tecavüz teşkil etmesi markasal kullanımı gerektiren bir fiilin, ancak markasal olmayan kullanımlarının meşru olduğunun kabul edilmesi hükmün düzenleniş tarzına aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan şu da önemlidir ki sadece kaynak gösterme değil, iletişim, reklam, garanti gibi markanın diğer fonksiyonlarının kullanılması da markasal kullanım kapsamında değerlendirildiğinden, bu nitelikteki kullanımların istisnasız meşru kullanımın kapsamı dışında bırakılması, SMK m. 7/5 hükmünün orantısız şekilde marka sahibi lehine yorumlanması anlamına gelecektir.

SMK 7/5-(b) bendindeki "... diğer niteliklerine ilişkin açıklamalar..." ve (c) bendindeki "... özellikle aksesuar, yedek parça..." ifadeleri kullanılarak örnekleyici sayım ilkesi benimsenmiştir. Örnekleyici sayım, hükümde sayılmamakla beraber uygulamada karşılaşılabilecek başkaca meşru kullanım hâllerinin kapsam dışı kalmasını ve bu sayede üçüncü kişilerin hareket alanının hükmün özünü bağdaşmayacak şekilde sınırlanmasına da engel olması açısından önemlidir. Bu çerçevede SMK m.7/5 hükmünde yer

alan sayımların sınırlı olmadığı, ticaret hayatının olağan akışı içerisinde meşru kullanım sınırları kapsamında kaldığı sürece, sayılanlar dışında kullanımların da bu istisna kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak bu yaklaşım, maddenin bütünüyle örnekleyici olarak tanzim edildiği şeklinde bir yoruma müsaade etmemelidir⁷⁵. Nitekim böyle bir yorum istisnai nitelikteki bir hükmün dar yorumlanması ilkesiyle tezat bir tablo oluşturur.

Son olarak meşru kullanım olarak değerlendirilebilecek hâller bakımından genel bir çerçeve çizmek mümkündür. Üçüncü kişinin tüketiciler nezdinde iki işletme arasında bağlantı bulunduğu izlenimini yaratma veya markanın itibarından ve/veya ayırt ediciliğinden yararlanma amacıyla olduğu sonucuna varılabildiği durumlarda meşru kullanımdan bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak iltibas veya haksız yararlanmanın olduğu her durum üçüncü kişinin amacının da bu yönde olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, tecavüz teşkil eden bir eylem otomatik olarak meşru kullanım kapsamı dışında bırakılmamalı, somut olayın tüm verileri ve meşru kullanım sınırlamasının amacı ışığında kullanımın meşru olduğunu savunan kimsenin iyi niyetli olup olmadığı, bu bağlamda kullanımın ilgili tüketici kitlesi nezdinde karıştırmaya sebep olup olmadığı hususundaki somut bilgisi veya bilme ihtimali gibi hususlar da dikkate alınarak yapılmalıdır.

⁷⁵ Bu gerekçeyle şikâyet sitelerini bu kapsama dahil etmek yine de mümkün olmadığı yönünde bkz. **Pınar**, s. 156.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Y.** (2004), ‘Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı’ Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, s. 521-531.
- Antalya, Gökhan & Topuz Murat** (2019) Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), Ankara.
- Arkan, Sabih** (2000), ‘Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 20, C: 3, s. 5-13 (Markasal).
- Arkan, Sabih** (1997) Marka Hukuku, C: I, Ankara (Marka).
- Bektaş, İbrahim & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk** (edt.) (2015) Yargıtay Kararları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 31, C: 2.
- Bently, Lionel & Sherman, Brad** (2018) Intellectual Property Law, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Bilge, Mehmet Emin** (2014) Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, Yetkin.
- Bohaczewski, Michal** (2020), ‘Conflicts between Trade Mark Rights and Freedom of Expression Under EU Trade Mark Law: Reality or Illusion?’ International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 51, s. 856-877.
- Bozbel, Savaş** (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin.
- Bozgeyik, Hayri** (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Bozkurt, Burcu** (2020) Markanın Dürüst Kullanımı. (Tür: Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bracha, Oren** (2007), ‘Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property’ Texas Law Review, S: 85, s. 1799-1869.
- Calboli, Irene & Senftleben, Martin** (2018) The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives, Oxford, Oxford University Press.
- Çamlıbel Taylan, Esin** (2001) Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, Seçkin.
- Çiçekçi Ercan, Çiğdem** (2013), ‘Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım’ Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, s. 249-271.
- Çolak, Uğur** (2023) Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Demir, Abdullah** (2008), ‘Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı” Kriteri ve İslam Hukukundaki “Zahiri Hal Delili” Terazi Hukuk Dergisi, S: 28, C: 3, s. 129-133.
- Dirikkan, Hanife** (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, Seçkin.
- Erzeybek, Hakan** (2022) ‘Hayatın Olağan Akışına Aykırılık Kavramının İspat Hukuku Açısından Durumu’ Yargıtay Dergisi, S: 48, C: 3, s. 913-936.
- Ginsburg, Jane C.** (2020), ‘Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?’ Singapore Journal of Legal Studies, S: 265, s. 265-294.
- Goodyear, Micheal P.** (2020), ‘Fair Use, the Internet Age, and Rulifying the Blogosphere’ The Law Review of the Franklin Pierce Center for International Property, S: 61, s. 1-37.
- Jacques, Sabine** (2016), ‘A Parody Exemption: Why Trademark Owners Should Get the Joke’ European Intellectual Property Review, S: 38, C: 8, s. 471-482.
- Karasu, Rauf & Suluk, Cahit & Nal, Temel** (2022) Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kaya, Arslan** (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Basım Yayım.
- Kur, Annette**: ‘Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective’: **Calboli, Irene & Senftleben, Martin** (2018), The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives, Oxford University Press.
- Khobragade, Jagdish Wamanrao & Anson, C.J.** (2022), ‘Fair Use Provisions under the Indian Copyright Act: Awareness Among Librarians of Colleges and Universities in Maharashtra’ Journal of Intellectual Property Rights, S: 27, s. 7-15.
- Lee, Edward** (2018), ‘Fair Use Avoidance in Music Cases’ Boston College Law Review, C: 6, S: 59, s. 1874-1931.
- Leval, Pierre N.** (1990), ‘Toward a Fair Use Standard’ Harvard Law Review, S: 103, C: 5, s. 1105-1136.
- Liu, Jairul** (2019), ‘An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law’ Stanford Technology Law Review, S: 22, C: 1, s. 163-241.
- Madison, Michael J.** (2005), ‘Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform’ Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, S: 23, C: 2, s. 391-418.
- Mazzone, Jason** (2009), ‘Administering Fair Use’ William & Mary Law Review, S: 51, C: 2, s. 395-437.
- Nomer Ertan, Nedret Füsün** (2022), ‘Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 22, C: 2, s. 1117-1136.
- Oğuzman, Kemal & Barlas, Nami** (2016), Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Parchomovsky, Gideon & Goldman, A. Kevin** (2007), ‘Fair Use Harbors’, Virginia Law Review, S: 93, C: 6, s. 1483-1532.

- Pınar**, Hamdi (2020) ‘Haksız Rekabet ve Marka Hukuku Açısından Dijital Ekonominin Yeni Bir İş Modeli: Şikâyet Siteleri’, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, S: 36, C: 2, s. 121-161.
- Reid**, Amanda (2019), ‘Safeguarding Fair Use Through First Amendment’s Asymmetric Constitutional Fact Review’, William & Mary Bill of Rights Journal, S. 28, C: 1, s. 23-44.
- Reiser**, Benjamin (2020), ‘Anything You Can Use, I Can Use Better: Examining the Contours of Fair Use as an Affirmative Defense for Theatre Artists, Creators, and Producers’ Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, S: 30, C: 3, No. 3, s. 873-934.
- Rüzgar**, Eser (2013) Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Senftleben**, Martin (2022), ‘Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defences in EU Trademark Law’ International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 53, s. 567-603.
- Sulu**, Muhammed (2022), ‘Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler’ İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9, C: 1, s. 217-238.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Arkan (Fikri Mülkiyet).
- Tekinalp**, Ünal (1998), ‘Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması’ Prof. Dr. Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul, s. 633-644 (Üçüncü Kişi).
- Uyar**, Talih (2014), ‘İİK’nın 280. Maddesi Kapsamında İptale Tâbi Kimi Tasarruflar’ Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 414-448.
- Ülgen**, Hüseyin & **Kaya**, Arslan & **Helvacı**, Mehmet & **Nomer Ertan**, Nedret Füsün (2022) Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Victor**, Jacob (2021), ‘Utility-Expanding Fair Use’ Minnesota Law Review, S: 105, s. 1887-1946.
- Wang**, Ji & **He**, Tianxiang (2019), ‘To Share is Fair: The Changing Face of China’s Fair Use Doctrine in the Sharing Economy and Beyond’ Computer Law & Security Review, S: 35, C: 1, s. 15-28.
- Yaman**, Özlem (2019) ‘Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi’ (Tür: Yüksek Lisans Tezi) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Yap**, Po Jen (2008), ‘Honestly, Neither Celine Nor Gilette is Defensible!’ European Intellectual Property Review, S: 30, s. 286-293.
- Yasaman**, Hamdi (2005) Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Makaleler).
- Yasaman**, Hamdi (2021) Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara, On İki Levha (Şerh).
- Yasan**, Mustafa (2013), ‘TTK m.52’ye Göre ‘Ticari Dürüstlüğe Aykırılık’ Şartının İncelenmesi’ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, C: 2, s. 191-227.
- Yılmaz**, H. (2015), Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna (Tür: Türk Patent ve Marka Kurumu Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi), Ankara 2015.
- Zelechowski**, Lukasz (2018), ‘Invoking Freedom of Expression and Freedom of Competition in Trade Mark Infringement Disputes: Legal Mechanisms for Striking a Balance’ ERA Forum s. 117-118.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ROTTERDAM KURALLARI VE OTONOM GEMİLER ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER^(*)

SOME THOUGHTS REGARDING AUTONOMOUS SHIPS AND THE ROTTERDAM RULES

Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER^(**)

Öz

Seyrüsefer ve gemi inşa teknolojisindeki son gelişmeler neticesinde tam veya yarı otonom gemilerin yakın bir gelecekte yaygın şekilde kullanıma geçmesi muhtemel görünmektedir. Bu türden yeni tip gemilerin kullanımı sebebiyle ortaya çıkacak en önemli meselelerden biri ise mevcut hukuki düzenlemelerin otonom ve yarı otonom gemilere ne ölçüde uygulanabilir olduğudur. Genellikle hukuki düzenlemelerin denizcilik endüstrisindeki teknolojik gelişmeleri epey gecikmeli olarak takip ettiği göz önünde bulundurulursa, yeni tip gemilerin, en azından ilk aşamada, mevcut hukuki düzenlemelere tabi olması kuvvetle muhtemel görünmektedir. Ancak mevcut düzenlemelerin uzun yıllardır kullanılagelen konvansiyonel gemilere ve bu gemilerin tabi olduğu hukuki ihtiyaçlara göre kaleme alındığı dikkate alınır, bu gemilere göre büyük farklılıklar gösteren yeni tip gemilerin mevcut hükümler

ile uyumu hakkında bir takım soru işaretleri bulunduğu kabul etmek gerekir. Söz konusu hukuki düzenlemelerden biri de kısmen veya tamamen deniz yoluyla yük taşınması konulu sözleşmeleri düzenleyen mevcut hukuki rejimlerin yerini alarak bu alanda ihtiyaç duyulan yeknesaklığı sağlamak amacıyla kaleme alınarak 2009'da imzaya açılan Rotterdam Kurallarıdır. Her ne kadar Konvansiyonun hükümleri detaylı analizlerle ele alınmış olsa da bu hükümlerin yeni tip gemilere uygunluğu üzerinde fazlaca durulan bir konu değildir. Bu sebeple, bu çalışmada Rotterdam Kuralları'nın otonom ve yarı otonom gemilere ne derecede uygun olduğu hususunun ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Navlun Sözleşmesi, Rotterdam Kuralları, Otonom Gemiler, Kumanda Merkezi, Taşıyanın İfa Yardımcıları

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 17.08.2023 / Kabul Tarihi: 09.11.2023).

Bu makale, 2 Haziran 2023 tarihinde III. Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi'nde sunulan "Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler" isimli tebliğin genişletilmiş halidir.

Bu çalışma, yazarın araştırmacı olarak görev aldığı "Otonom Gemilerin Kullanımının Türkiye Denizcilik Sektöründe Ortaya Çıkaracağı Hukuki Problemlerin ve Buna İlişkin Çözüm Yollarının Araştırılması" başlıklı ve 220K072 no'lu TÜBİTAK 1001 projesi ile ilgili faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmiştir.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, (selimciger@sdu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7546-7612).

Atıf/Citation: Cİğer, Selim (2023), "Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler", TFM, C: 9, S: 2, s. 219-232.

Abstract

Technological developments in navigation and ship building techniques mean that the remote controlled vessels or wholly or partially autonomous vessels will be a reality in near future. Amongst the many questions these new ships pose is the suitability of the existing legal regulations governing maritime commerce. Considering that the law tends to lag behind the technological developments within the shipping industry, it is highly probable that these new ships will be subject to application of the rules regulating the carriage of goods by sea presently, at least in the early stages of their adoption. The apparent issue is that most of these rules are drafted entirely in adherence with the conventional ships and their needs. Understandably, there are valid concerns regarding these existing legal frameworks and their suitability to govern the remotely controlled or autonomous ships. One such legal regime is the Rotterdam Rules: drafted and opened to signature in

about a decade ago, the international convention governing international carriage of goods wholly or partially by sea seeks to replace the existing legal frameworks presently applicable and achieve much needed uniformity by offering a modern and comprehensive alternative. Although there exist some doubts on whether such ambitions are still realistically attainable due to considerable criticism the Convention has received over the past years, an aspect that is not immediately obvious is the compatibility of this new regime with the new type of vessels. Therefore, it is the aim of this paper to explore to what extent the Rotterdam Rules are apt to govern related legal problems concerning the use of remote controlled or autonomous vessels.

Keywords

Carriage of Goods by Sea, Rotterdam Rules, Autonomous Ships, Remote Control Center, Carrier's Subcontractors.

I. GİRİŞ

Yeni tip gemiler ile hali hazırda deniz ticaretinde kullanılan konvansiyonel gemiler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu bakımdan yeni tip gemilere mevcut hukuki düzenlemelerin uygulanması hususunda pek çok soru işaretinin mevcut olduğu bilinmektedir. Rotterdam Kuralları başta taşıyanın sorumluluğu olmak üzere navlun sözleşmeleri ile ilgili pek çok hususu düzenleyen bir uluslararası sözleşme olarak kaleme alınmış ve 2009 yılında imzaya açılmıştır. Henüz yürürlüğe girmemiş olsa da özellikle benzer hususları düzenleyen Lahey, Lahey - Visbi ve Hamburg Kuralları'na göre çok daha yakın bir tarihte kaleme alınmış olması sebebiyle navlun sözleşmelerine, özel olarak da tarifeli sefer taşımacılığı ve kısmen deniz yolu ile gerçekleştirilen yük taşıma sözleşmelerine, uygulanacak modern ve çağın gereklerine uygun bir hukuki rejim tesis etmeyi taahhüt etmektedir. 2000'lerin başında konvansiyonun hazırlık çalışmalarının başlamasından kaleme alınışına kadar geçen yaklaşık on yıllık süre içerisinde otonom gemilerin henüz yakın tarihte uygulamaya geçebileceği fikrinin mümkün görünmediğini, dolayısıyla Konvansiyon kaleme alınırken bu tür yeni tip gemilerin ihtiyaçlarına ilişkin özel düzenleme yapılmasının Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarında gündeme gelmediğini işaret etmek gerekir. Bu sebeple Rotterdam Kuralları'nın otonom veya yarı

otonom gemiler için özel düzenlemeler getirmek veya bu tür gemilerin kullanımından dolayı ortaya çıkabilecek hukuki sorunlara çözüm getirmek gibi bir iddiaya sahip olmadığı açıktır. Yine de söz konusu Konvansiyon'un yerini almayı teklif ettiği uluslararası konvansiyonlara göre en modern hukuki metin olduğu göz önünde bulundurulursa, yeni tip gemilere uygulanma kabiliyetinin incelenmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

İşte bu düşünceler doğrultusunda bu çalışmada, Rotterdam Kuralları'nın yeni tip gemilere uygunluğu ana hatlarıyla ele alınacaktır. Bu bağlamda, Rotterdam Kuralları'nın mevcut durumu ve yeni tip gemilere ilişkin genel bir değerlendirmeyi müteakiben, Konvansiyon'un otonom ve yarı otonom gemilere uygulanması bakımından dikkate değer noktalar üzerinde durulması hedeflenmektedir. Bu doğrultuda, Konvansiyon'un çizdiği hukuki çerçevenin yeni tip gemilere ilişkin olarak sunduğu avantajlar ve dezavantaj olarak değerlendirilebilecek yönleri incelenecek ve çalışma Rotterdam Kuralları'nın taşıdığı çağa uygunluk iddiasının yeni tip gemiler odağında ne ölçüde geçerli olduğu üzerine bir değerlendirme ile sona erecektir.

II. ROTTERDAM KURALLARI

Bilindiği üzere, Rotterdam Kuralları, ya da resmi adıyla Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Ulusla-

rarası Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, deniz yoluyla yük taşıma konulu sözleşmelere uygulanacak kuralları uluslararası düzeyde yeknesaklaştırmak amacıyla kaleme alınmış bir milletlerarası antlaşmadır¹. Konvansiyon, taşıyan ve taşıtan arasındaki hukuki ilişkileri geniş kapsamlı olarak düzenlemenin yanı sıra, taşıma senetleri, yükün teslimi, taşıma esnasında yük üzerindeki tasarruf hakları gibi kısmen ya da tamamen deniz yoluyla ifa edilecek yük taşıma sözleşmelerine ilişkin çeşitli meselelere dair hükümler de getiren kapsamlı bir hukuki rejim teşkil etmektedir. Her ne kadar başlangıçta Rotterdam Kuralları, Uluslararası Deniz Ticaret Odası (International Chamber of Shipping), Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (The Baltic and International Maritime Council - BIMCO) ve Dünya Denizcilik Konseyi (the World Shipping Council) gibi denizcilik sektörünün önemli aktörleri sayılabilecek örgütlerin açık desteğini alarak azımsanmayacak bir ilgiye mazhar olduysa da zaman içerisinde Konvansiyon'a ilişkin bu olumlu tutumun değiştiği söylenebilir. Gerçekten de, Konvansiyon metninin imzaya açılmasını izleyen süreçte, pek çok yazar tarafından Rotterdam Kuralları hükümlerinin neredeyse tamamına yakını ağır eleştirilere uğramış, birçok maddenin müphem ve karmaşık olduğu, uygulamada bu hükümlerin yeknesak şekilde uygulanmasının zor olacağı şeklinde görüş bildirilmiştir². Konvansiyon'un kaleme

alınmasından bu yana geçen on beş yıla yakın sürenin sonunda söz konusu eleştirilerin karar vericiler nezdinde etkili olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Zira, Rotterdam Kuralları'na ilk yıllarda gösterilen ilginin zamanla azaldığı açık olduğu gibi, pek çok müellif tarafından Konvansiyon'un Lahey ve Lahey - Visbi Kuralları'nın yerini almak hedefinde başarısızlığa ulaştığı da sık sık ifade edilmektedir³. Esasen, hâlihazırda Rotterdam Kuralları'na sadece beş ülkenin taraf bulunduğu göz önünde bulundurulursa, bu görüşlerde gerçeklik payı olduğunu kabul etmek gerekir⁴.

Yine de Rotterdam Kuralları'nın tamamen kadük hale geldiğini söylemek için henüz erken olduğu kanaatindeyiz⁵. Bunun için birkaç sebep saymak mümkündür: Birinci sebep, Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girmemesi halinde bile gelecekte uygulama alanı bulmak ihtimali bulunmasıdır. Gerçekten de yürürlüğe girmeyi başaramasa bile, Rotterdam Kuralları'nın, doğrudan atıf yoluyla veya hukuk seçimi vasıtasıyla sözleşmeye uygulanması söz konusu olabilir⁶. Benzer şekilde, Rotterdam Kuralları'nın yürürlüğe girmese bile milli hukuka etki etmesi ihtimali de vardır. Zira, uluslararası konvansiyon hükümlerinin sıklıkla model kanun işlevi gördüğü vakidir. 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun hazırlanma sürecinde taraf olmamıza rağmen Hamburg Kuralları hükümlerinin bazı

¹ Konvansiyon hakkında geniş bilgi için bkz. **Ciğer**, Selim (2021) On Yılın Ardından Rotterdam Kuralları, İstanbul On İki Levha Yayınları; sorumluluk sistemi için bkz. **Kara**, Hacı (2018) Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık; Türkçe çevirisi için bkz. **Süzel**, Cüneyt & **Damar**, Duygu (2010), 'Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)' BATİDER, S:2, C:26, 149.

² **Alcantara**, Jose M. & **Hunt**, Frazer & **Johansson**, Svante O. & **Oland**, Barry & **Pysden**, Kay & **Ramberg**, Jan & **Schmitt**, Douglas G. & **Tetley**, William & **Vidal**, Julio (2010), 'Particular Concerns With Regard to the Rotterdam Rules' Cuadernos de Derecho Transnacional, S: 2, C: 2, s. 5; 'Declaracion De Montevideo', 22 October 2010, <https://comitemaritime.org/work/rotterdam-rules/>, s.e.t. 05.05.2023; **Diamond**, Anthony (2009), 'The Rotterdam Rules' Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, s. 445; **Nikaki**, Theodora & **Soyer**, Barış (2012), 'New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive and Efficient, or Just Another One for the Shelves' Berkeley Journal of International Law, S: 2, C: 30, s. 303; **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, 54-57.

³ **Hailey**, Roger (2011), 'Legal Experts Urge Brussels to Redraft Rotterdam Rules' Lloyd's List, <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL026812/Legal-experts-urge-Brussels-to-redraft-Rotterdam-Rules>, s.e.t. 05.05.2023; **Soyer**, Barış (2020), 'Another Nail in the Coffin? Rotterdam Rules One for the Shelves?' The Official Blog of the Institute of International Shipping and Trade Law, <https://iistl.blog/2020/01/14/another-nail-in-the-coffin-rotterdam-rules-one-for-the-shelves/>, s.e.t. 05.05.2023; **Fuglevåg**, Ingar (2020), 'The Rotterdam Rules - Another nail in the coffin?' Simonsen Vogt Wiig, <https://svw.no/en/insights/the-rotterdam-rules-another-nail-in-the-coffin>, s.e.t. 13.08.2022; **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, 71.

⁴ Bu ülkeler, İspanya, Togo, Kongo, Kamerun ve Benin'dir, bkz. UNCITRAL, 'Status: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008) (the "Rotterdam Rules")' (Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu Hukuki Statüsü), https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status, s.e.t. 01.05.2023; **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, 52.

⁵ **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, 67.

⁶ **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, 71.

kanun maddelerine kaynak teşkil etmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁷. Bu bağlamda, Rotterdam Kuralları'nın kapsamlı hükümlerinin kodifikasyon çalışmalarında model kanun olarak esas alınması ihtimal dahilindedir. Bu durum yakın gelecekte yeni tip gemilerin yaygınlaşması ile birlikte oluşacak otonom ve yarı otonom gemilere yönelik düzenleme yapılması ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda daha da muhtemel görünmektedir. Son olarak, şu an için zayıf bir olasılık da olsa, Rotterdam Kuralları'nın gelecekte yürürlüğe girmesi ihtimalini tamamen yok saymak mümkün değildir. Gerçekten de halihazırda Konvansiyon'a taraf bulunan beş ülkeden başka Norveç, İsveç, Danimarka ve Hollanda gibi ülkelerin de Rotterdam Kuralları'na taraf olmak için hazırlıkta oldukları bilinmektedir⁸. Hatta Hollanda ve Danimarka'da söz konusu hazırlıklar hayli ileri seviyededir ve esasen bu ülkeler Konvansiyon'a taraf olmak için gerekli iç hukuk sürecini büyük ölçüde tamamlamışlarsa da nihai karar için diğer ülkelerin tutumu beklenmektedir. Dolayısıyla ABD⁹ veya Çin gibi ülkelerin Konvansiyon'a katılma kararı alması durumunda Rotterdam Kuralları'nın gecikmeli de olsa yürürlüğe girmesi söz konusu olabilir¹⁰. Bu sebeplerden dolayı Konvansiyon hükümlerinin yeni tip gemilere uygulama kabiliyetinin değerlendirilmesinde yarar bulunduğu kanaatindeyiz.

III. OTONOM GEMİLER

Doktrininde henüz üzerinde ittifak edilmiş bir tanım bulunmasa da¹¹ otonom gemi kavramının, ana

hatlarıyla, sofistike seyir yardımcıları ve yapay zeka marifetiyle, kısmen veya tamamen, kendi kendine seyrüsefer gerçekleştirebilen gemileri ifade ettiğini söylemek mümkündür¹². Bilindiği üzere, IMO otonom gemileri 4 temel kategoride tasnif etmektedir:

- 1) Otomatik işlem kabiliyeti ve karar alma desteğine sahip gemi
- 2) Uzaktan kontrol edilen ve mürettebata sahip gemi
- 3) Uzaktan kontrol edilen mürettebatsız gemi
- 4) Tam otonom gemi¹³

Bu sınıflamadan da anlaşılacağı üzere otonom gemi terimi, tamamen otonom olmayan gemileri de kapsayacak şekilde yeni tip gemileri ifade eden genel bir kavram olarak kullanılmaktadır ve kategoriler arasında farklar bulunmaktadır. Bu türden gemilerin halihazırda deniz ticaretinde kullanılmakta olan konvansiyonel gemilere göre esas farkları yeni tip gemilerin mürettebatsız şekilde sefer yapmaları (kategori 3 ve 4) ve uzaktan kontrol vasıtasıyla (kategori 2 ve 3) veya yapay zeka marifetiyle (kategori 4) yönetilmesi olarak işaret edilebilir¹⁴. Bu durum, konvansiyonel gemiler için kaleme alınmış mevcut deniz ticaret hukuku mevzuatının yeni tip gemilere uygulanması bakımından kaçınılmaz olarak bir takım sorunlar teşkil etmektedir. Gerçekten de, geminin mürettebatsız ola-

⁷ TTK 1178. madde Gerekeşi, bkz. TBMM '1178 ilâ 1192 nci Maddelele İlişkin Genel Açıklamalar - Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324); (TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96), 354 vd.; Hamburg Kurallarından uyarlanarak kaleme alınan hükümlere örnek olarak bkz. md. 1178(2); md. 1178(5); md. 1191; **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, 78.

⁸ **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, 57-60.

⁹ Her ne kadar ABD'nin Konvansiyon'a taraf olma sürecinde herhangi bir gelişmeden bahsetmek mümkün olmasa da, denizcilik sektöründeki etkili grupların Konvansiyon'a verdikleri destek devam etmektedir, bkz. **Farrell**, David J. (2022), 'Opinion: To Support U.S. Interests, Ratify UNCLOS and Rotterdam Rules' The Maritime Executive, <https://maritime-executive.com/editorials/opinion-to-support-u-s-interests-ratify-unclos-and-rotterdam-rules>, s.e.t. 27.07.2023.

¹⁰ **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, 63-64.

¹¹ Bkz. **Kara**, Hacı 'Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar' (2020), SDÜHFD S: 1, C: 10, s.20 vd. : **Çiğer**, Selim, 'Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan - TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme': **İlgin**, Sezer & **Sözer**, Bülent (Editörler)

(2021), 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 467-468; **Yılmaz**, Mustafa (2022) Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 40-43; bu konuda güncel bir inceleme için bkz. **Ecemiş Yılmaz**, Hatice Kübra (2023), 'Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları' SÜHFD, S: 1, C: 31, s. 432 vd.

¹² Krş. **Sözer**, Bülent (2020), 'Self-Steering Ships' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 19, s. 1347-1348.

¹³ "IMO Regulatory Scoping Exercise for the use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)", özet ve detayları için bkz. <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, s.e.t. 01.05.2023.

¹⁴ Öte yandan IMO'nun da tasnifte işaret ettiği üzere gemi kategorilerinin saf haliyle uygulamaya geçmesinden ziyade, kategoriler arasında bir geçişim olacağı örneğin 3 ve 4. Kategorilerin beraber işleyeceği örneklerin de mevcut olacağı öngörülmektedir, **Çiğer**, Kaptan, 470; bu çalışmada otonom gemi kavramının çoğu zaman dar anlamda tam otonom gemiyi ifade ettiği düşüncesiyle tam otonom gemi statüsünde bulunmayan ve buradaki örnekte olduğu gibi değişen seviyede otonomiye sahip gemileri ifade etmek için yarı otonom gemi kavramı kullanılmaktadır, krş. **Kara**, Yapay Zeka, 23.

rak sefer yapması, geminin gemi dışında bir merkezde bulunan personel tarafından yönetilmesi ve geminin yüksek seviyede otonomi vasıtasıyla seyir gerçekleştirdiği hallerde geminin sevk ve idaresinde görev alan insan/insanlardan bahsetmenin zorluğu, gemide bulunan mürettebat tarafından yönetilen gemiler ve mürettebatın fiil ve ihmallerine bağlanan sonuçları konu alan mevcut hükümlerin yeni tip gemilere uygulamasını güçleştirmektedir. Bu bakımdan mevcut hükümlerin bazıları ancak oldukça geniş bir yorum çerçevesinde uygulama kabiliyetine sahip iken, bazılarının ise yeni tip gemilere uygulanamaz nitelikte olduğunu işaret etmek gerekir¹⁵.

Her ne kadar yeni tip gemilere uygulama kabiliyeti bakımından navlun sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin nispeten daha az sorunlu bir alan olduğu ifade edilebilirse de¹⁶, bu tip sözleşmeler bakımından tarafların hak ve yükümlülükleri, sorumlulukları, sorumluluktan kurtulma sebepleri, sorumluluğun sınırlandırılması ve yardımcı şahısların sorumluluğu gibi hususlara ilişkin düzenlemelerin incelenmesinde isabet olduğu değerlendirilmektedir. Aşağıdaki kısımda mesele Rotterdam Kuralları bağlamında ele alınacaktır.

IV. ROTTERDAM KURALLARI VE OTONOM GEMİLER

Yukarıda da ifade edildiği gibi Rotterdam Kuralları kısmen veya tamamen deniz yolu ile yük taşımamı konu alan taşıma sözleşmelerine uygulanacak son derece kapsamlı bir hukuki rejim getirmektedir. Bu bağlamda konunun incelenmesine, Rotterdam Kuralları'nın otonom gemiler vasıtasıyla ifa edilen yük taşıma sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ile başlamak isabetli olacaktır. Öncelikle Rotterdam Kuralları'nın Lahey, Lahey - Visbi ve Hamburg Kuralları'nda da olduğu gibi otonom ve yarı otonom gemilere uygulanmasının önünde kategorik bir engel olmadığını işaret etmek gerekir¹⁷. Gerçekten de

Konvansiyon'un tanımlar kısmında, Madde 1(25)'de yer alan gemi tanımı yeni tip gemileri de kapsayabilecek kadar geniş şekilde kaleme alınmıştır¹⁸. Ayrıca, ne Konvansiyon'un uygulama hükümlerinde ne de diğer maddelerinde geminin tipiyle ilgili bir sınırlama bulunmaktadır. Dolayısıyla selefi sayılabilecek konvansiyonlarda olduğu gibi, Rotterdam Kuralları bakımından da yük salimen varma yerine ulaştığı sürece kullanılan geminin tipinin ya da eski veya yeni olmasının önemli olmadığı söylenebilir¹⁹.

Öte yandan, sefere elverişlilik yükümlülüğü bakımından geminin özelliklerinin önem arz edileceğine işaret etmek gerekir. Çünkü yeni tip gemilerin çalışma esasları uyarınca bu gemilerin teknik özellikleri²⁰, gerek uzaktan kontrol veya denetim kabiliyetine ilişkin olarak gerekse de siber risklere karşı alınması gereken tedbirler açısından²¹ sefere elverişlilik hususunda konvansiyonel gemilere göre daha farklı standartlar gerekeceği açıktır. Rotterdam Kuralları Madde 14 bu açıdan incelendiğinde otonom ve yarı otonom gemilere ilişkin özel bir düzenleme içermemektedir ancak bu durumun şaşırtıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, Rotterdam Kuralları da, aynı Lahey ve Lahey - Visbi Kuralları'nda olduğu gibi, sefere elverişlilik yükümlülüğüne ilişkin genel bir çerçeve çizmektedir, fakat geminin sefere elverişli sayılması için gerekli kabul edilecek teknik hususlar özel düzenlemeler ile somutlaşacaktır²². Her yeni teknolojinin yaygınlaşma sürecinde olduğu gibi

¹⁸ Krş. Lahey, Lahey - Visbi Kuralları, 1(d).

¹⁹ **Stevens**, Goodbye Crew, 149.

²⁰ **Stevens**, Frank, 'Seaworthiness and Good Seamanship in the Age of Autonomous Vessels': **Ringbom**, Henrik, & **Røsæg**, Erik & **Solvang**, Trond (Editörler) (2020) *Autonomous Ships and the Law*, Abingdon & New York, Routledge, s. 245.

²¹ **Sözer**, Bülent, 'Seaworthiness: In the Context of Cyber-risks or 'Cyberworthiness': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2021) *Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector*, Abingdon & New York, Routledge, s. 99-110; **Dean**, Paul & **Clack**, Henry & **Ainley Astrid**, 'Autonomous Systems: Cyber Risks and Seaworthiness': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2022) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, Londra, Informa Law from Routledge, s. 40-54.

²² Bu bağlamda SOLAS ve STCW hükümleri ilk akla gelen örneklerdendir, bkz. **Aladwani**, Talal (2011), 'Effect of Shipping Standards on Seaworthiness' *European Journal of Commercial Contract Law (EJCCCL)*, S: 2, C: 3, s. 34-35; ayrıca bkz. **Cömert**, Venüs (2022) *Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.19 vd.

¹⁵ Örnekler için bkz. **Çiğner**, Kaptan, 476 vd; **Yılmaz**, 99 vd.

¹⁶ **Stevens**, Frank, 'Carrier Liability for Unmanned Ships: Goodbye crew, Hello Liability?': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2020) *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, s. 161.

¹⁷ **van Hooydonk**, Eric (2014), 'The law of unmanned Merchant shipping - an exploration' *Journal of International Maritime Law*, S: 4, C: 20, s. 407-408; **Yılmaz**, 96.

otonom gemiler bakımından da zaman içerisinde ilgili standartların geliştirilerek kodifiye edilmesinin söz konusu olacağı söylenebilir²³. Dolayısıyla bu hususun kayda değer bir zorluk teşkil edeceğini söylemek güçtür. Daha esaslı sayılabilecek bir sorun ise sefere elverişlilik bağlamında geminin gereğince mürettebatlandırılması yükümlülüğüne ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Madde 14(b) uyarınca taşıyan gemiyi gereğince mürettebatlandırmak ve sefer boyunca bu durumu muhafaza etmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülüğün mürettebatsız olarak sefer yapacak otonom ve yarı otonom gemiler bağlamında nasıl yerine getirilebileceği hususu tartışmaya açıktır²⁴. Aynı konuyu düzenleyen diğer hukuki metinlere ilişkin yapılan değerlendirmelerde iki görüş ortaya çıkmıştır: Lafzi yorumu esas almak gerekirse yeni tip gemilerde söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkün değildir²⁵. İkinci görüş ise söz konusu yükümlülüğü somut şekilde belirli bir mürettebat sayısı ile ifade edilmediğini, aksine ölçünün geminin tipine ve özelliklerine göre farklılık gösterecek şekilde nispi bir değerlendirmeye tabi olduğunu dikkate alarak otonom veya yarı otonom bir geminin güvenli şekilde sevk edilmesi mümkün olmak kaydıyla gemi üzerinde hiç mürettebat bulunmasa da geminin sefere elverişli kabul edilebileceğini ileri sürmektedir²⁶. Rotterdam Kuralları Madde 14 (b)'de

geçen “...*properly crew...*” ifadesi de nispi bir ölçüye işaret ettiği gerekçesiyle, ikinci görüşü savunmak olanaklıdır. Dolayısıyla yeni tip bir geminin, üzerinde hiç mürettebat bulunmasa bile, kontrol merkezi personeli vasıtasıyla veya gemi bilgisayarı marifetiyle emniyetli şekilde seyrüsefer gerçekleştirmesi mümkün ise Rotterdam Kuralları bağlamında sefere elverişlilik yükümlülüğünü yerine getirildiği ileri sürülebilir. Ancak, daha önceki bir çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere, bu görüşün ikna ediciliği tartışmaya açıktır²⁷. Dolayısıyla, Rotterdam Kuralları'nın sefere elverişliliği ilişkin hükümlerinin yeni tip gemilere uyum açısından ideal olmadığını ifade etmek gerekir. Bu açıdan Rotterdam Kuralları Madde 14, esas itibarıyla tekrarı olduğu Lahey ve Lahey - Visbi Kuralları Madde III (1)'e göre önemli bir ilerleme teşkil etmemektedir. Öte yandan, sefere elverişliliği özel olarak düzenlemeyen Hamburg Kuralları'nda geminin mürettebatlandırılmasına ilişkin bir yükümlülük bulunmadığı için, Lahey, Lahey - Visbi ve Rotterdam Kuralları açısından yeni tip gemiler ve sefere elverişlilik bağlamındaki muhtemel problemlerin söz konusu olmayacağını işaret etmek gerekir²⁸.

Bununla beraber, Rotterdam Kuralları'nın Lahey ve Lahey - Visbi Kuralları'na göre yeni tip gemilere uyum bağlamında daha uygun sayılabilecek hükümleri olduğunu söylemek mümkündür. Buna verilebilecek ilk örnek, Rotterdam Kuralları'nın teknik kusur istisnası olarak da ifade edilen Lahey Kuralları Madde IV.2 (a) hükmünü barındırmıyor oluşudur. Anılan hüküm kaptan, kılavuz ve gemi adamları gibi taşıyanın adamlarının geminin sevk veya başkaca teknik yönetimine ilişkin kusurlarından doğan hasar veya ziyadan dolayı sorumlu olmayacağını düzenlemektedir²⁹. Bu hükmün yeni tip gemilerde uygulamasında birtakım problemler ortaya çıkacağı açıktır. Gerçekten de, eğer tam otonom bir gemi söz konusu ise, hasar veya ziyaa sebep olan hareket ile insan davranışı arasında herhangi bir ilişki³⁰ mevcut bulunmadığı için burada taşıya-

²³ **Stevens**, Good Seamanship, 245; **Yılmaz**, 224.

²⁴ TTK bağlamında bkz. **Çiğer**, Kaptan, 480-481.

²⁵ **Kampantais**, Nikolaus (2016) 'Seaworthiness in Autonomous Unmanned Cargo Ships' (Yüksek Lisans), Rotterdam Erasmus University, s. 43, www.researchgate.net/publication/311452364, s.e.t. 15.05.2023; **Tsimplis**, Michael & **Veal**, Robert (2017), 'The integration of unmanned ships into the lex maritima' Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, s. 320; **Sözer**, Bülent, 'Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri': **Süzel**, Cüneyt (Editör) (2019), Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 11.

²⁶ **Tsimplis & Veal**, 320; **Carey**, Luci (2017), 'All Hands off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships' CML Working Paper Series, 2017/6, s. 4, https://law.nus.edu.sg/cml/wp-content/uploads/sites/8/2020/04/011_2017_Luci-Carey.pdf, s.e.t. 15.05.2023; krş. **Baughen**, Simon & **Tettenborn**, Andrew, 'International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2021) Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework, Hart Publishing, s. 14; uzaktan kontrol edilen bir gemi bakımından kontrol merkezi personeli geminin mürettebatını oluşturacağı dolayısıyla yükümlülüğün bu şekilde ifa edilebileceği de ileri sürülmektedir, **Stevens**, Goodbye Crew, 152; krş. **Kampantais**, 46.

²⁷ **Çiğer**, Kaptan, 481.

²⁸ **Kampantais**, 47.

²⁹ Krş. TTK 1180.

³⁰ Fakat burada ürün sorumluluğu bağlamında gemiyi inşa edenlere veya geminin yazılım sistemini programlayanlara başvuru labileceği yönünde görüşlerin mevcut olduğunu işaret etmek gerekir, bkz: **Ulfbeck**, Vibe 'Autonomous ships and product li-

nın adamlarına ait bir kusurdan bahsetmek zaten mümkün değildir. Dolayısıyla bu halde söz konusu hükmün zaten uygulanamayacağını söylemek lazım gelir³¹. Öte yandan, eğer yarı otonom bir gemi söz konusu gemi karadaki kontrol merkezinden yönetilecek veya denetlenecektir dolayısıyla hasar veya zıya sebep olan hareket ile bir insanın kusurlu hareketi ile bağlantı kurulabilmesi muhtemeldir. Böyle bir durumda, kontrol merkezi personeli taşıyan adamı ise taşıyanın anılan muhtemel sorumsuzluk sebebinden yararlanması mümkündür. Ancak, Lahey Kuralları IV.2 (a)'nın kabul edilmiş sebebinin geminin seferdeyken taşıyanın kontrolünde bulunması olarak ifade edildiği³² göz önünde tutulursa, söz konusu hükmün devamlı olarak karadaki kontrol merkezi tarafından izlenen ve kumanda edilen yarı otonom gemiler bakımından uygulanmasının isabetli olduğunu savunmak güçtür³³. Kaldı ki, modern telekomünikasyon imkânlarının uzun süreden beri gemiyle taşıyan arasında devamlı bir bağlantı kurulmasına izin vermesi sebebiyle anılan istisna konvansiyonel ticaret gemileri bakımından dahi son derece tartışmalı bir hal almış, bu sebeple de ne Hamburg Kuralları'nda ne de Rotterdam Kuralları'nda bu hüküm kabul edilmiştir³⁴. Dolayısıyla bu hususta iki Konvansiyon'un da yeni tip gemilere uygulama kabiliyeti bakımından kayda değer bir avantajı olduğunu söylemek mümkündür.

ability under the EU directive Vibe Ulfbeck': **Ringbom**, Henrik, & Røsæg, Erik & **Solvang**, Trond (Editörler) (2021) *Autonomous Ships and the Law*, Oxon & New York, Routledge s. 145-154; **Tettenborn**, Andrew, 'Shipping Product liability goes high-tech': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2020) *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, s. 116-128.

³¹ Krş. **Yılmaz**, 249. (TTK bakımından)

³² Bkz. *Arthur Guinness, Son & Co (Dublin) Ltd v The Freshfield (Owners) (The Lady Gwendolen)* [1965] P 294, 330; **Yang**, Yin (2011) 'The Abolition of the Nautical Fault Exemption: To be or not to be' (Yüksek Lisans), Lund University, s. 20; ayrıca bkz. **Myburgh**, Paul (2007) 'Charting the Limits of Nautical Fault Exemption', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, s. 294

³³ Karşı görüş için bkz. **Ozdel**, Melis (2022), 'Reconceptualising the Nautical Fault Exception in the Fog of Emerging Technologies' *Industrial Law Journal*, S: 3, C: 51, s. 672-695.

³⁴ **Sturley**, Michael F. & **Fujita**, Tomotaka & **van der Ziel**, Gertjan J. (2010) *The Rotterdam Rules: the UN convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea*, 1. Bası, Londra, Sweet & Maxwell 2010, para. 5.076.

Rotterdam Kuralları'nın otonom ve yarı otonom gemilere uygulanması açısından başka bir avantajı ise taşıyanın ifa yardımcılarını için öngördüğü sorumluluk sistemidir. Yeni tip gemiler bakımından yukarıda da ifade edildiği gibi tam otonom gemilerde taşınan yük ile ilişkili olarak ortaya çıkan hasar ve zıya ile herhangi bir insan fiili arasında bağlantı kurulması güçtür. Ancak, yarı otonom gemilerin bir kontrol merkezi tarafından yönetileceği veya denetleneceği göz önünde bulundurulursa bu kişilere karşı doğrudan dava açılması ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla burada mesele taşıyanın adamlarına karşı taşıyanın dayanabileceği istisna ve sorumluluk sınırlarını dolanmak için açılan doğrudan davaları engellemek için kabul edilen Lahey - Visby Kuralları Madde IVbis hükmünün kontrol merkezi personeline uygulanıp uygulanmayacağı hususudur. Anılan hükme göre taşıyanın adam ve temsilcileri Lahey - Visby Kuralları'nın taşıyana sağladığı defi ve sorumluluk sınırlarından yararlanabilecektir fakat söz konusu koruma liman işçileri, fiili taşıyan gibi bağımsız yüklenici statüsünde sözleşmenin ifasına katılan ifa yardımcılarını kapsamaz³⁵. Bu bağlamda, maddedeki kimselerin gemi üzerinde görev yapması gibi bir şart bulunmadığı için bağımsız yüklenici konumunda olmadıkları takdirde kontrol merkezi personelinin bu hükümlerden yararlanması mümkün görünmektedir³⁶. Ancak, bir kontrol merkezinin birden çok sayıda gemiyi aynı anda yöneteceği³⁷ göz önünde bulundurulursa, pek çok halde kontrol merkezi personelinin bağımsız yüklenici konumunda bulunmasının kuvvetle muhtemel olacağı değerlendirilmektedir³⁸. Böyle bir durumda söz konusu personel

³⁵ Lahey - Visby Kuralları, Madde IVbis.2

³⁶ **Baughen**, Simon, 'Who is the master now? - Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2020) *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, s. 140; krş. **Williams**, Richard, 'Unmanned ships-a challenge to the current international regime regulating the carriage of goods?': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2021) *Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector*, Abingdon & New York, Routledge, s. 235.

³⁷ **Wright**, R. Glenn (2020) 'Unmanned and autonomous ships - An overview of Mass', Routledge, s. 95.

³⁸ Krş. **Amxilati**, Zoumpoulia 'The human element in autonomous shipping': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2022) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, Londra, Informa Law from Routledge, s. 119.

geminin sevk ve idaresinde görev almasına karşın ilgili hükümlerden yararlanamaz³⁹. Fakat Rotterdam Kuralları'nın taşıyanın ifa yardımcıları için getirdiği kapsamlı sorumluluk sistemi vasıtasıyla taşıyanın sahip olduğu korumadan yararlanabilecek kategorileri hayli genişletmektedir. Gerçekten de Konvansiyon'un 4. Maddesine göre, sözleşme veya haksız fiil fark etmeksizin hangi hukuki sebebe dayanırsa dayansın, yükün zıyaı, hasarı veya gecikmesi sebebiyle denizde ifa eden, kaptan, gemi adamları veya gemide çalışan herhangi bir kişi ya da taşıyanın veya denizde ifa edenin adamlarına karşı ileri sürülen bütün istemlerde, anılan kimseler taşıyanın Konvansiyon uyarınca dayanabileceği savunma veya sorumluluğun sınırlandırılması imkânı getiren tüm hükümlerden yararlanabilecektir. Ayrıca Rotterdam Kuralları'na göre, taşıyan, ifa eden⁴⁰, geminin kaptanı ve mürettebatı, taşıyanın veya ifa edenin adamlarının veya taşıyanın talebi ya da denetimi altında çalışan ve taşıyanın sözleşme uyarınca yükümlülüklerinin ifasında görev alan herhangi birinin kusurlarından dolayı sorumlu olduğu gibi bu kişilerin bir kısmı Konvansiyon'a göre bizzat sorumlu da olabilecektir⁴¹. Şöyle ki: Rotterdam Kuralları Madde. 1.7'de yükün yükleme limanına varması ile boşaltma limanından ayrılması arasındaki sürede taşıyanın yükümlülüklerini yerine getiren veya yerine getirmeyi taahhüt eden kişi olarak tanımlanan denizde ifa eden, Madde 19.1 şartlarını yerine getirmek kaydıyla, Konvansiyon uyarınca taşıyanın yükümlülükleri ve sorumluluklarına tabidir⁴². Buna karşılık, bu kimseler de taşıyanın Rotterdam Kuralları bağlamında sahip olduğu defi ve sorumluluk sınırlarından yararlanma hakkını haizdir⁴³. Dolayısıyla, denizde ifa eden bakımından aynı hükümlere söz konusu şahısların doğrudan sorumlu olduğu halleri düzenleyen 19. Madde uyarınca da dayanmak mümkün görünmektedir⁴⁴.

³⁹ **Baughen**, s. 140.

⁴⁰ RK Md. 1.6.

⁴¹ RK md. 18; **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, s. 22.

⁴² **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, s. 22.

⁴³ **Çiğer**, Rotterdam Kuralları, s. 22-23.

⁴⁴ Madde 19'da belirtilen şartların, denizde ifa eden bakımından Madde 4'te sunulan korumadan yararlanmak için ön şart olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar bulunduğu gibi, bkz. **Smeele**, Frank (2010) 'The maritime performing party in the Rotterdam Rules 2009' EJCL, S: 1/2, C: 2, s. 72, para. 121; **Bond**, Nicholas (2014) 'The Maritime Performing Party and the Scope of the Rotterdam Rules' ANZMLJ 95, S: 2, C: 28,

O halde burada temel soru kontrol merkezi personelinin "denizde ifa eden" olarak bu korumayı haiz olup olmadığıdır. Konuyla ilgili Williams Madde 4.1 (b) ve (c) bağlamında bir değerlendirmede bulunmuş, fakat Madde 4.1 (a) ve Madde 19 hükümlerini dikkate almamıştır. Bu bakımdan anılan yazarın kontrol merkezi personelinin denizde ifa eden kategorisine girmeyeceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır⁴⁵. Benzer şekilde van Hooydonk da, erken tarihli bir makalede, kontrol merkezi operatörünün sadece teknik hizmetler sağlaması halinde denizde ifa eden kategorisinde bulunmayacağını ifade etmektedir⁴⁶. Bununla beraber, yazarlar kontrol merkezi personelinin ne gibi görevler ifa edecekleri ve neden "denizde ifa eden" kategorisine girmeyeceği hususunda ayrıntılı değerlendirmede bulunmamaktadır. Esasen, burada ilk incelenmesi gereken "ifa eden" tanımıdır, zira "denizde ifa eden" anılan kategorinin alt sınıfıdır⁴⁷. RK Madde 1.6'ya göre "ifa eden", "taşıyanın taşıma sözleşmesi uyarınca yükün elden geçirilmesi, istifi, taşınması, muhafazası, bakımı, boşaltması ve teslimi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getiren veya bunu taahhüt eden ve taşıyan taraf ile ilgisi olmaksızın, taşıyanın istemi ile veya onun denetimi altında hareket eden kişi" olarak tarif edilmiştir. Kontrol merkezi personelinin temel fonksiyonu yeni tip gemilerde geminin uzaktan sevk ve idaresini sağlamaktır⁴⁸. Bu bağlamda, kontrol merkezi personelinin

s. 112-113, farklı görüşte yazarlar da bulunmaktadır, bkz. **Nikaki**, Theodora (2009) 'The Statutory Himalaya-Type Protection Under the Rotterdam Rules: Capable of Filling the Gaps?' JBL 403-421 s. 411. Hazırlık çalışmaları incelendiğinde bu sonucun "denizde ifa eden" kategorisine giren kimselerin yararlandığı hukuki savunmaların haiz oldukları sorumluluk karşılığı olarak düzenlenmesi gerektiği şeklindeki prensip ile uyumlu olduğu görülse de, incelenen mesele hakkında maddenin yorumuna etki edecek açıklıkta bir beyan bulunup bulunmadığı hususu nihai olarak tartışmaya açıktır, bkz. UNCITRAL, 'Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its nineteenth session' (A/CN.9/621), para 83, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/837/76/PDF/V0783776.pdf?OpenElement>, s.e.t. 31.07.2023; bkz. **Çiğer**, Selim (2015) 'Potential Impact of the Rotterdam Rules on Certain Aspects of the Carrier's Liability in English Law: A Critical Evaluation of the Convention's Treatment of Delay, Carrier's Sub-contractors and Multimodal Transport' (Doktora), University of Bristol, s. 172 vd.

⁴⁵ **Williams**, s. 235

⁴⁶ **van Hooydonk**, s. 420.

⁴⁷ **Atamer**, Kerim (2010) 'Construction Problems in the Rotterdam Rules regarding the Performing and Maritime Performing Parties' JMLC, S: 4, C: 41, s. 471.

⁴⁸ **Ringbom** et al, 9;

görevleri arasında geminin seyrüsefer icrası, gemi ve gemi sistemlerinin kontrol ve denetimi, yükün muhafazası gibi çeşitli iş ve işlemler bulunacağı söylenebilir. Her ne kadar yükleme ve boşaltma gibi yük işlemlerinin bazıları çok büyük ihtimalle limanda insan müdahalesini zorunlu kılacaksa da⁴⁹, özellikle yükün muhafazası ile ilgili bazı işlemlerin uzaktan da kontrol edilebileceği düşünülmektedir. Mesela, gemideki yükün havalandırılması veya muhafaza edileceği sıcaklığın ayarlanması gibi işlemlerin rutin şekilde uzaktan, kıyı kontrol merkezi personeli tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır⁵⁰. Sadece bu işlemlerin gerçekleştirilmesi bile kontrol merkezi personelinin RK md. 1.6 anlamında “ifa eden” kategorisinde değerlendirilmesi için yeterlidir. Bir “ifa eden”in RK md. 1.7 bağlamında “denizde ifa eden” sayılabilmesi için ise taşıyanın yükümlülüklerinden her hangi birisini geminin yükleme limanına varışı ile boşaltma limanından ayrılması arasındaki süre içerisinde ifa etmesi veya ifa etmeyi taahhüt etmesi gerekir. Kontrol merkezi geminin limanda ve denizde bulunduğu süreler boyunca geminin sevk ve idaresinden sorumlu kalmaya devam edecektir. Denizde ifa eden kategorisinde yer alacak bir ifa yardımcısının gemi üzerinde görev yapması gibi bir şart da aranmadığı göz önünde bulundurulursa, kontrol merkezi personelinin “denizde ifa eden” kategorisinde yer alması hususunda her hangi bir engel bulunmadığı, dolayısıyla da Konvansiyon bağlamında taşıyana tanınan savunma ve sorumluluğun sınırlandırılması imkânlarından yararlanmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir⁵¹. Dolayısıyla,

yeni tip gemiler bağlamında, Rotterdam Kurallarının mezkur hükümleri Lahey ve Lahey - Visbi Kurallarının sağladığı sınırlı korumaya kıyasla önemli bir ilerleme teşkil eder.

Son olarak, Rotterdam Kuralları'nın elektronik taşıma kayıtlarına ilişkin hükümlerine kısaca değinmek gerekir. Rotterdam Kuralları, deniz yolu ile yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen bir milletlerarası antlaşma bünyesinde ilk kez elektronik taşıma kayıtları ile ilgili düzenleme yapmakta ve böylece tarafların arzu etmesi halinde elektronik konişmento gibi tamamen dijital taşıma kayıtlarının kullanılabilmesine imkân tanımaktadır⁵². Bu bağlamda Konvansiyon elektronik taşıma kayıtlarının düzenlenmesi, münhasır kontrolü veya devredilmesi gibi işlemlerin

ilki bakımından yükün teslim ve tesellümünde kuvvetle muhtemel olarak limanda bulunan personelden yararlanılacağını dolayısıyla kontrol merkezi personelinin burada işlevinin sınırlı olabileceğini işaret etmek gerekir. Ancak her halükarda kontrol merkezi personelinin gemi limanda bulunduğu sırada yük operasyonları gerçekleştirilirken (örneğin rıhtıma yanaşma, yükleme vs.) gemiyi kontrol etmeye devam edeceği düşünülürse, 19.1(a) bendi bakımından anılan şartın yerine getirilebileceği düşünülmektedir. İkinci koşul bakımından, Madde 19.1(b) uyarınca (i) yükün ziyayı, hasarına veya gecikmesine sebep olan olayın yükün yükleme limanına varışı ile boşaltma limanından ayrılışı arasındaki sürede ve de (ii)ya yük denizde ifa edenin zilyetliğindeyken veya (iii)taşıma sözleşmesi uyarınca öngörülmuş faaliyetlerin ifasına iştirak etmek kaydıyla başka bir zaman diliminde gerçekleşmiş olması lazım gelir. Burada hem (i) hem de (ii) veya (iii)'ün beraber gerçekleşmesi gerekecektir. (ii). alt şart bakımından kontrol merkezi personelinin mi yoksa taşıyanın mı zilyet konumunda bulunduğu ulusal hukuka göre çözülmesi gereken bir sorundur, bu sebeple kontrol merkezi personelinin her halükarda bu şartı sağlaması mümkün olmayabilir. Ancak kontrol merkezinin rutin fonksiyonlarını icra ederken gerçekleşen zararlar bakımından (iii). alt şartın gerçekleşmesinin zor olmayacağı değerlendirilmektedir. Sonuç olarak, kontrol merkezi personelinin md. 19.1'de sayılan şartları yerine getirmesinin önünde engel olmadığı görüşündeyiz. Dolayısıyla kontrol merkezi personelinin fiillerinden dolayı taşıyana dava açılabilirliği gibi doğrudan bu kişilere de müracaat edilebilir ancak anılan taraflara savunma ve sorumluluğu sınırlama imkanı veren hükümlerin uygulanması bakımından bu iki durum arasında herhangi bir farklılık ortaya çıkmayacaktır.

⁴⁹ **Rolls Royce** AAWA Position Paper: Remote and Autonomous Ships - Next Steps, s. 67 <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf>, s.e.t. 05.05.2023

⁵⁰ **Stevens, 158; Soyer, B. & Tettenborn, A. & Leloudas, G.** 'Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study', s. 22-23 <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf>, s.e.t. 01.08.2023.

⁵¹ Şayet, yukarıda ifade edildiği gibi bkz. n. 44, Madde 19.1'deki şartların, denizde ifa eden kategorisindeki kimselerin RK'da taşıyana sunulan hukuki imkânlardan yararlanması açısından ön şart olduğunu savunan görüş kabul edilirse, kontrol merkezi personelinin anılan şartları da yerine getirmesi gerekir. Burada iki koşul mevcuttur: İlk olarak, 19.1(a) uyarınca denizde ifa edenin yükü Konvansiyon'a taraf devlet sınırları içinde taşınmak üzere teslim almış veya teslim etmiş olması ya da taraf devlet sınırları içinde yer alan bir limanda yükle ilgili faaliyet gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu şartlardan

⁵² **Sturley, Michael**, 'Can commercial law accommodate new technologies in international shipping?': **Soyer, Barış & Tettenborn, Andrew** (Editörler) (2020) *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, s. 32; **Çiğner**, Rotterdam Kuralları, 39.

geleneksel konişmentodaki ile aynı sonuçları doğuracağını öngörmekte⁵³, elektronik taşıma kayıtlarının kullanımına ilişkin usulü düzenlemekte⁵⁴ ve geleneksel konişmento ile elektronik taşıma kayıtlarının bir biri yerine ikamesine izin vermektedir⁵⁵. Dahası, Rotterdam Kuralları doğrudan elektronik taşıma kayıtlarının kullanımına olanak sağlayan düzenlemeler getirdiği gibi, yükün teslimine⁵⁶, tasarruf haklarına⁵⁷ ve hakların devrine⁵⁸ ilişkin açık hükümler getirerek hâlihazırda ulusal hukuka bırakılmış, dolayısıyla da farklı hukuk sistemlerinde değişen kurallara tabi, hukuki meselelere yeknesak bir hukuki çerçeve çizerek elektronik taşıma kayıtlarının yaygınlaşması ve etkin şekilde kullanımı için gerekli altyapıyı da hazırlamaktadır⁵⁹. Elektronik konişmentonun deniz ticaretinde kullanımının her geçen gün daha çok yaygınlaştığı⁶⁰ ve yeni tip gemilerin uygulamada yaygınlaşmasıyla birlikte elektronik konişmento gibi dijital taşıma kayıtlarına duyulan ihtiyacın daha da artacağı⁶¹ göz önünde bulundurulursa Rotterdam Kuralları'nın bu açıdan önemli bir avantajı bulunduğunu söylemek gerekir⁶².

⁵³ RK md. 8(b)

⁵⁴ RK md. 9

⁵⁵ RK md. 10.

⁵⁶ RK, 9. Bölüm

⁵⁷ RK, 10. Bölüm

⁵⁸ RK, 11. Bölüm

⁵⁹ **Sturley**, 33-34.

⁶⁰ Bkz. **Krebs**, Thomas (2023) 'Electronic transport documents-a new dawn?' LMCLQ, s. 82; gerçekten de denizcilik sektörü içinde de elektronik konişmento kullanımına ilişkin kayda değer bir ilgi olduğunu söylemek mümkündür. Maersk, MSC, CMA-CGM gibi düzenli hat taşımasında önde gelen şirketler 2030'a kadar tamamen elektronik konişmento kullanımına geçmeyi taahhüt etmektedir, bkz. <https://dcsa.org/100-percent-ebi/>, s.e.t. 04.08.2023; ancak kuşkusuz bu konudaki en önemli gelişme olarak Birleşik Krallık'ta tamamlanan kanunlaştırma süreci olarak işaret etmek gerekir: İngiliz hukuku bakımından elektronik konişmento gibi elektronik taşıma kayıtlarının kullanılmasının önünü açan The Electronic Trade Documents Act 2023, kısa bir süre önce kabul edilmiş ve 20 Eylül 2023'te yürürlüğe girmiştir, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/enacted/data.pdf>, s.e.t. 04.11.2023.

⁶¹ **van Hooydonk**, s. 419.

⁶² Nitekim Rotterdam Kuralları'nın en başarılı bulunan kısımlarının elektronik taşıma kayıtlarına ilişkin düzenlemeleri olduğunu da burada işaret etmek gerekir, bkz. **Ciğer**, Rotterdam Kuralları, s. 71.

V. SONUÇ

Bu çalışma ile incelenen soru, ana hatlarıyla, Rotterdam Kuralları'nın yeni tip gemiler ile ifa edilecek navlun sözleşmeleri için daha elverişli bir hukuki rejim öngörüp öngörmediğidir. Yukarıdaki analiz ışığında Rotterdam Kuralları hükümlerinin gemi tanımı ve sefere elverişlilik yükümlülüğü gibi bazı hususlar bakımından Lahey ve Lahey - Visbi Kuralları'ndan kayda değer bir farklılığı bulunmadığı görülmektedir. Öte yandan, Konvansiyon'un Lahey Kuralları Madde IV.2(a) bendinde düzenlenen sevk ve idare kusuruna yönelik istisnayı düzenlemiyor oluşu, ifa yardımcılarını sağladığı geniş korumanın yeni tip gemilerin işleyişinde görev alacak kontrol merkezi personeline de uygulanma olanağı bulunması ve özellikle de elektronik taşıma kayıtlarının kullanımı için çizdiği çerçeve hükümler ile yeni tip gemilere ve bu gemiler kullanılarak ifa edilecek yük taşımalarında uygulanacak hükümler bakımından mevcut hukuki rejime göre daha uygun sayılabilecek hükümler getirdiğini söylemek mümkündür.

Tabii, hemen ifade etmek gerekir ki bu durum büyük ölçüde tesadüfidir. Daha doğru bir deyişle, Rotterdam Kuralları'nın yeni tip gemilerin ihtiyaçlarına daha uygun bir rejim getirmesinin sebebi, Konvansiyon hükümlerinin özel olarak bu tip gemiler göz önünde bulundurulurken kaleme alınmış olmasından çok, 2000'li yıllarda hazırlanmış dolayısıyla da seleflerine kıyasla en modern hukuki rejim olması ile ilgili olduğunu vurgulamak lazım gelir. Yine de bunun Rotterdam Kuralları'nın hanesine yazılabilecek bir avantaj olduğunu kabul etmek gerekir. Yukarıda da değinildiği üzere Konvansiyon'un yakın gelecekte yürürlüğe girmesini olanaklı görünmemektedir. Bu çalışmada varılan sonuçların da bu durumda bir değişiklik yaratmasını beklemek gerçekçi değildir. Fakat, yeni tip gemilerin yaygınlaşma süreci ile paralel doğrultuda bu türden gemilerin ihtiyaçlarına uygun olarak, ulusal ve uluslararası düzlemde, pek çok hukuki düzenleme yapılması gerekeceği açıktır. Bu bağlamda, Rotterdam Kuralları hükümlerinin ileride bu amaçlarla gerçekleştirilecek kodifikasyon çalışmaları açısından kayda değer bir kaynak teşkil edebileceği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Aladwani**, Talal (2011), 'Effect of Shipping Standards on Seaworthiness' *European Journal of Commercial Contract Law (EJCCL)* C: 3, S: 2, ss. 33-45.
- Alcantara**, Jose M. & **Hunt**, Frazer & **Johansson**, Svante O. & **Oland**, Barry & **Pysden**, Kay & **Ramberg**, Jan & **Schmitt**, Douglas G. & **Tetley**, William & **Vidal**, Julio (2010), 'Particular Concerns With Regard to the Rotterdam Rules' *Cuadernos de Derecho Transnacional*, S: 2, C: 2, ss. 5-15.
- Amxilatı**, Zoumpoulia 'The human element in autonomous shipping': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2022) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, Londra, Informa Law from Routledge, ss. 114-126.
- Arthur Guinness, Son & Co (Dublin) Ltd v The Freshfield (Owners) (The Lady Gwendolen)* [1965] P 294, 330.
- Atamer**, Kerim (2010), 'Construction Problems in the Rotterdam Rules regarding the Performing and Maritime Performing Parties' *JMLC*, S: 4, C: 41, ss. 469-498.
- Baughen**, Simon & **Tettenborn**, Andrew, 'International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2021) *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Hart Publishing, ss. 7-24.
- Baughen**, Simon, 'Who is the master now? - Regulatory and contractual challenges of unmanned vessels': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2020) *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, ss. 129-161.
- Bond**, Nicholas (2014) 'The Maritime Performing Party and the Scope of the Rotterdam Rules' *ANZMLJ* 95, S: 2, C: 28, ss. 95-116.
- Carey**, Luci (2017), 'All Hands off Deck? The Legal Barriers to Autonomous Ships' *CML Working Paper Series*, 2017/6, ss. 1-31, https://law.nus.edu.sg/cml/wp-content/uploads/sites/8/2020/04/011_2017_Luci-Carey.pdf, s.e.t. 15.05.2023.
- Ciğer**, Selim (2021) *On Yılın Ardından Rotterdam Kuralları*, İstanbul On İki Levha Yayınları.
- Ciğer**, Selim, 'Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan - TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme': **İlgin**, Sezer & **Sözer**, Bülent (Editörler) (2021), *2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, ss. 463-498.
- Ciğer**, Selim (2015) 'Potential Impact of the Rotterdam Rules on Certain Aspects of the Carrier's Liability in English Law: A Critical Evaluation of the Convention's Treatment of Delay, Carrier's Sub-contractors and Multimodal Transport' (Doktora), University of Bristol.
- Cömert**, Venüs (2022) *Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Dean**, Paul & **Clack**, Henry & **Ainley Astrid**, 'Autonomous Systems: Cyber Risks and Seaworthiness': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2022) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, Londra, Informa Law from Routledge, ss. 40-54.
- Declaracion De Montevideo, 22 October 2010, <https://comitemaritime.org/work/rotterdam-rules/>, s.e.t. 05.05.23.
- Diamond**, Anthony (2009), 'The Rotterdam Rules' *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, ss. 445-536.
- Ecemiş Yılmaz**, Hatice Kübra (2023), 'Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları' *SÜHFD*, S: 1, C: 31, ss. 429-460.
- Farrell**, David J. (2022), 'Opinion: To Support U.S. Interests, Ratify UNCLOS and Rotterdam Rules' *The Maritime Executive*, <https://maritime-executive.com/editorials/opinion-to-support-u-s-interests-ratify-unclos-and-rotterdam-rules>, s.e.t. 27.07.2023.
- Fuglevåg**, Ingar (2020), 'The Rotterdam Rules - Another nail in the coffin?' *Simonsen Vogt Wiig*, <https://svw.no/en/insights/the-rotterdam-rules-another-nail-in-the-coffin>, s.e.t. 13.08.2022.
- Hailey**, Roger (2011), 'Legal Experts Urge Brussels to Redraft Rotterdam Rules' *Lloyd's List*, <https://lloyds-list.maritimeintelligence.informa.com/LL026812/Legal-experts-urge-Brussels-to-redraft-Rotterdam-Rules>, s.e.t. 05.05.2023.
- IMO** "IMO Regulatory Scoping Exercise for the use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)", özet ve detayları için bkz. <https://www.imo.org/en/Media-Centre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>, s.e.t. 01.05.2023.
- Kampantais**, Nikolaus (2016) 'Seaworthiness in Autonomous Unmanned Cargo Ships' (Yüksek Lisans), Rotterdam Erasmus University, www.researchgate.net/publication/311452364, s.e.t. 15.05.2023.
- Kara**, Hacı 'Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar' (2020) *SDÜHFD* S: 1, C: 10, ss. 17-47.

- Kara, Hacı** (2018) Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararların Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Krebs, Thomas** (2023), 'Electronic transport documents-a new dawn?' LMCLQ, ss. 82-91.
- Myburgh, Paul** (2007), 'Charting the Limits of Nautical Fault Exemption', Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, ss. 291-294.
- Nikaki, Theodora & Soyer, Barış** (2012), 'New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive and Efficient, or Just Another One for the Shelves' Berkeley Journal of International Law, S: 2, C: 30, ss. 302-348.
- Nikaki, Theodora** (2009), 'The Statutory Himalaya-Type Protection Under the Rotterdam Rules: Capable of Filling the Gaps?' JBL, ss. 403-421.
- Ozdel, Melis** (2022), 'Reconceptualising the Nautical Fault Exception in the Fog of Emerging Technologies' Industrial Law Journal, S: 3, C: 51, ss. 672-695.
- Rolls Royce** AAWA Position Paper: Remote and Autonomous Ships - Next Steps, <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf> s.e.t. 05.05.2023.
- Smeele, Frank** (2010), 'The maritime performing party in the Rotterdam Rules 2009' EJCCL, S: 1/2, C: 2, ss. 72-86.
- Soyer, B. & Tettenborn, A. & Leloudas, G.** 'Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study', <https://www.swansea.ac.uk/media/Remote-Control-and-Autonomous-Shipping-Final.pdf>, s.e.t. 01.08.2023).
- Soyer, Barış** (2020), 'Another Nail in the Coffin? Rotterdam Rules One for the Shelves?' The Official Blog of the Institute of International Shipping and Trade Law, <https://iistl.blog/2020/01/14/another-nail-in-the-coffin-rotterdam-rules-one-for-the-shelves/>, s.e.t. 05.05.2023.
- Sözer, Bülent** (2020), 'Self-Steering Ships' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 19, ss. 1345-1380.
- Sözer, Bülent**, 'Seaworthiness: In the Context of Cyber-risks or 'Cyberworthiness': **Soyer, Barış & Tettenborn, Andrew** (Editörler) (2021) Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector, Abingdon & New York, Routledge, ss. 99-110.
- Sözer, Bülent**, 'Teknolojik Gelişmelerin, Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcunun Kapsamına ve İçeriğine Etkileri': **Süzel, Cüneyt** (Editör) (2019), Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, ss. 1-12.
- Stevens, Frank**, 'Carrier Liability for Unmanned Ships: Goodbye crew, Hello Liability?': **Soyer, Barış & Tettenborn, Andrew** (Editörler) (2020) New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, ss. 148-161.
- Stevens, Frank**, 'Seaworthiness and Good Seamanship in the Age of Autonomous Vessels': **Ringbom, Henrik, & Røsæg, Erik & Solvang, Trond** (Editörler) (2020) Autonomous Ships and the Law, Abingdon & New York, Routledge, ss. 243-260.
- Sturley, Michael F. & Fujita, Tomotaka & van der Ziel, Gertjan J.** (2010) The Rotterdam Rules: the UN convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea, 1. Bası, Londra, Sweet & Maxwell 2010.
- Sturley, Michael**, 'Can commercial law accommodate new technologies in international shipping?': **Soyer, Barış & Tettenborn, Andrew** (Editörler) (2020) New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, ss. 22-35.
- Süzel, Cüneyt & Damar, Duygu** (2010), 'Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)' BATİDER, S: 2, C: 26, ss. 149-240.
- TBMM** "1178 ilâ 1192 nci Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar - Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324)", (TBMM Dönem: 23, Yasa Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96).
- Tettenborn, Andrew**, 'Shipping Product liability goes high-tech': **Soyer, Barış & Tettenborn, Andrew** (Editörler) (2020) New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Oxford & New York, Informa Law from Routledge, ss. 116-128.
- Tsimplis, Michael & Veal, Robert** (2017), 'The integration of unmanned ships into the lex maritima' Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, ss. 303-335.
- Ulfbeck, Vibe** 'Autonomous ships and product liability under the EU directive Vibe Ulfbeck': **Ringbom, Henrik, & Røsæg, Erik & Solvang, Trond** (Editörler) (2021) Autonomous Ships and the Law, Oxon & New York, Routledge, ss. 144-154.
- UNCITRAL**, 'Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its nineteenth session' (A/CN.9/621), para 83, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/837/76/PDF/V0783776.pdf?OpenElement>, s.e.t. 31.07.2023.

- van Hooydonk**, Eric (2014), 'The law of unmanned Merchant shipping - an exploration' *Journal of International Maritime Law*, S: 4, C: 20, ss. 403-423.
- Williams**, Richard, 'Unmanned ships-a challenge to the current international regime regulating the carriage of goods?': **Soyer**, Barış & **Tettenborn**, Andrew (Editörler) (2021) *Ship Operations: New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector*, Abingdon & New York, Routledge, ss. 221-237.
- Wright**, R. Glenn (2020) 'Unmanned and autonomous ships - An overview of Mass', Routledge.
- Yang**, Yin (2011) 'The Abolition of the Nautical Fault Exemption: To be or not to be' (Yüksek Lisans), Lund University.
- Yılmaz**, Mustafa (2022) *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu*, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Bu çalışma, yazarın araştırmacı olarak görev aldığı "Otonom Gemilerin Kullanımının Türkiye Denizcilik Sektöründe Ortaya Çıkaracağı Hukuki Problemlerin ve Buna İlişkin Çözüm Yollarının Araştırılması" başlıklı ve 220K072 no'lu TÜBİTAK 1001 projesi ile ilgili faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmiştir.

Yazar çalışmada kullanılan bazı kaynakların temin edilmesindeki katkılarından dolayı SDÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD'de görevli Ar. Gör. Muharrem ÖCAL'a teşekkürlerini sunmaktadır.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

Statement for Support and Appreciation If Any: This study has been produced within the scope of the activities related to the TUBITAK 1001 project titled "Legal Problems Relating to the Autonomous Vessels in Turkey and the Potential Solutions" and numbered "220K072".

The Author is grateful to Research Assistant Mr. Muharrem Öcal of Isparta SDU Faculty of Law Commercial Law Department for his help in accessing a number of sources used in this work.

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMELERİNDE GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ^(*)

DETERMINATION OF THE COMPETENT COURT IN CHARGE FOR INTERMEDIATION CONTRACTS FOR THE PURCHASE AND SALE OF DERIVATIVE INSTRUMENTS

Dr. Sefa ER^(**)

Öz

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmeleri, sermaye piyasasında türev araçların alım satımının yapılması için gerekli olan aracılık sözleşmelerini ifade etmektedir. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinin tarafları müşteri ve yatırım kuruluşu olmakla birlikte bunların nitelikleri ile aracılık faaliyetinin kapsamı sermaye piyasası mevzuatıyla düzenlenmeye çalışılmıştır. Türev araç piyasasının Türkiye’de yüksek bir işlem hacmine ve müşteri sayısına ulaşması ve özellikle bu işlemlerde risk faktörünün fazla olması taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda ciddi artışa neden olmuştur. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olsa da görevli mahkemenin belirlenmesi müşterinin tüketici olup olmadığına bağlıdır. Bu sözleşmelerde müşterinin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı yönünde öğreti ve uygulamadaki tartışmalar bu uyuşmazlıklarda görevli mahkeme sorununu ortaya çıkarmıştır. Özellikle uygulamada görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin verilen farklı kararlar gözetildiğinde bu durum, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacağı gibi adil yargılanma hakkının da ihlaline neden olabilecektir. Bu nedenle türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda müşterinin tüketici olup olmadığı ve bu çerçevede görevli mahkemenin tüketici mahkemesi mi yoksa asliye ticaret mahkemesi mi olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Türev Araç Alım Satımına Aracılık Sözleşmeleri, Aracılık Faaliyeti, Ticari Dava, Görevli Mahkeme.

Abstract

Contracts for the purchase and sale of derivative instrument refer to acting as an intermediary in the purchase and sale of derivative instruments in the capital market. The qualifications of the investor and investment firm that constitute the parties to the derivative instrument contract and the scope of the intermediary activity are regulated by the capital markets legislation. The fact that the derivative instrument market has reached a large transaction volume and number of investors in Turkey and the high risk factor has caused an increase in disputes between the parties. Although disputes arising from derivative instrument contracts are commercial litigation, it must be determined whether the investor is a consumer or not in order to determine the competent court. Discussions about whether the investor is a consumer in derivative instrument contracts in doctrine and practice have revealed the problem of the competent court. In particular, different decisions regarding the determination of the competent court will violate the principle of legal security and violate the right to a fair trial. For this reason, in disputes regarding derivative instrument contracts, it should first be determined whether the investor is a consumer or not, and thus, uniformity of practice regarding the competent court should be ensured.

Keywords

Contracts for the Purchase and Sale of Derivative Instrument, Brokerage Activity, Commercial Litigation, Competent Court.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 08.11.2023 / Kabul Tarihi: 09.12.2023).

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

Atıf/Citation: ER, Sefa (2023), "Türev Araç Alım Satımına Aracılık Sözleşmelerinde Görevli Mahkemenin Belirlenmesi", TFM, C: 9, S: 2, s. 233-253.

I. GİRİŞ

Sermaye piyasası, “birincil piyasa” ve “ikincil piyasa” şeklinde ifade edilen piyasalardan meydana gelmektedir. Birincil piyasada bir sermaye piyasası aracının ilk defa sermaye piyasasına sunulması söz konusu iken ikincil piyasada, önceden birincil piyasada sermaye piyasasına sunulmuş bir sermaye piyasası aracının alım satım işlemi yapılmaktadır¹. İkincil piyasalar aynı zamanda sermaye piyasası araçlarının belirli kurallar çerçevesinde ve merkezi bir ortamda alım satım işleminin yapıldığı düzenlenmiş piyasaları² (borsaları) ve borsada kayıtlı olmayan sermaye piyasası araçlarının el değiştirdiği tezgahüstü piyasaları³ ifade etmektedir. Türev araçlar da sermaye

piyasa araçları olduğundan ikincil piyasalarda (hem düzenlenmiş piyasalarda hem de tezgahüstü piyasalarda) alım satım işlemine konu olabilmektedir.

Sermaye piyasasında türev araç alım satımı yapılabilmesi için yatırımcı konumundaki müşterinin, işlem yapmaya yetkilendirilmiş bir yatırım kuruluşu ile alım satıma aracılık edilmesine yönelik çerçeve sözleşme yapması zorunludur. Müşterinin bu çerçeve sözleşme kapsamında verdiği emirlerle bireysel sözleşmeler kurulmakta ve bu bireysel sözleşmeler sayesinde ikincil piyasalarda işlem yapılabilmektedir⁴. Teknolojinin gelişmesi, internetin ve işlem yapılabilen elektronik platformların yaygınlaşması ve ayrıca türev araçlara ilişkin yüksek kazanç elde etme düşüncesinin oluşması, türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinin ülkemizde ciddi işlem hacmine ve müşteri sayısına ulaşmasına sebep olmuştur. Bu durum karşısında türev araçların işlem gördüğü hem düzenlenmiş hem de tezgahüstü piyasalarda Sermaye Piyasası Kurulunun (Kurul) gözetim ve denetimi artırılmıştır.

Kurul, türev araç piyasasının işleyişinde düzen sağlamak ve müşteri mağduriyetlerinin önüne geçmek amacıyla bir takım düzenlemeler yapmıştır. Bu kapsamda III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ⁵ (Yatırım Hizmetleri Tebliği) ile III-39.1 sayılı Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkın-

¹ **Ertuna**, Özcan (1982) Finansal Kurumlar, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 35; **Küçüksözen**, Cemal (1999) Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, s. 8-9; **Adıgüzel**, Burak (2023) Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s. 4; **Gökayla Demir**, Cemile (2001), 'Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satıma Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, s. 175-176.

² İkincil piyasalardaki faaliyetlerin gerçekleştiği düzenlenmiş en büyük piyasayı borsalar oluşturmaktadır. Borsalar, alım satıma konu malların fiziki olarak mevcut olmadığı, ancak bu malları herhangi bir şekilde temsil eden değerlerin alım satımının yapıldığı mekân ve zaman olarak merkezleşmiş sürekli pazarları belirtmektedir. Borsalar, işlem gören kıymetlere göre düzenlenmektedir. Bu kapsamda menkul kıymetlerin alım satımının yapıldığı menkul kıymetler borsası, ticarete konu malların alım satımının yapıldığı emtia borsası, para birimlerinin ticaretinin yapıldığı döviz borsaları, altın gibi kıymetli madenlerin ticaretinin yapıldığı kıymetli madenler ve kıymetli taşlar borsası, türev araç işlemlerinin yapıldığı vadeli işlem ve opsiyon borsası, düzenlenmiş piyasalara örnek olarak gösterilebilir. 6362 sayılı Kanun'un 138. maddesi ile kurulan Borsa İstanbul A.Ş. Pay Piyasası, Gelişen İşletmeler Piyasası, Borçlanma Araçları Piyasası, Vadeli İşlem ve Opsiyon Piyasası ile Kıymetli Madenler ve Taşlar Piyasası olmak üzere beş piyasa ile düzenlenmiştir. Borsa'da işlem yapma yetkisi olan borsa üyeleri birden fazla pazar ve piyasada faaliyet göstermek üzere yetkilendirilebilmektedir. Bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2019) Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 5; **Kırca**, İsmail (2000) Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 56; **Karslı**, Muharrem (2004) Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler, 4. Baskı, İstanbul, Alfa, s. 176; **Aydın**, Sema (2009) Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 12; **Ata**, Özlem (2020) Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satıma Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 38; **Küçüksözen**, s. 8.

³ Yatırım Hizmetleri Tebliğinin 3/n maddesinde tezgahüstü piyasa, “borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında kalan piyasalar” olarak tanımlanmıştır. Tezgahüstü piyasalarda sermaye piyasası araçlarının alım satım işlemlerinin gerçekleşti-

ildiği merkezi bir yer bulunmamaktadır. Ayrıca borsada işlem yapmak isteyen araçların muhakkak borsaya üye olmaları gerekirken tezgahüstü piyasalarda işlem yapmak için düzenlenmiş bir yer bulunmadığından böyle bir şart söz konusu değildir. Tezgahüstü piyasalarda arz ve talebin karşılaşması borsalardaki durumun aksine yetkili otoritelerce belirlenmemekte tarafların anlaşmalarına bağlı olmaktadır. Dolayısıyla borsada işlem yapma kapasitesinin sınırlı olması veya borsalarda işlem görme yeterliliği bulunmayan ve kaynak arayışı içerisinde olan kişilerin bu ihtiyaçlarına karşılık araması tezgahüstü piyasaları ortaya çıkarmıştır. Bu itibarla tezgahüstü piyasalarda kullanılan sözleşmeler, borsadaki sözleşmeler gibi standart sözleşmelerden oluşmamakta; tamamen tarafların karşılıklı iradelerine bağlı olarak bireyselleştirilmektedir. Bkz. **Memiş**, Tekin & **Turan**, Gökçen (2022) Sermaye Piyasası Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 182; **Yanlı**, Veliye (2005) Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 85; **Ünal**, Oğuz Kürşat (1997) Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım, s. 41; **Ata**, s. 41; **Bahtiyar**, s. 4; **Aydın**, s. 15.

⁴ **Töremiş**, Hatice Ebru (2022), Sermaye Piyasası Faaliyetleri Bağlamında Yatırımcının Tüketici Olarak Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 84; **Ata**, s. 342.

⁵ 11.07.2013 Tarih ve 28704 Sayılı Resmi Gazete.

da Tebliğ⁶ (Yatırım Kuruluşları Tebliği) uygulanmaya başlanmıştır. Özellikle çıkarılan bu tebliğlerle yatırım kuruluşlarına, tüm müşterilerini profesyonel ya da genel müşteri olarak sınıflandırma, bu sınıflandırmaya uygun olarak hizmet ve faaliyet sunma ve müşteri sınıflarına uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğu yüklenmiştir (Yatırım Kuruluşları Tebliği m. 30). Öte yandan yapılan düzenlemelerde yatırım kuruluşunun alım satım aracılığı faaliyetinin, emir iletimine aracılık, işlem aracılığı ve portföy aracılığı faaliyetlerinin tümünü birlikte ifade edeceği belirtilmiştir (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 10/(1)).

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinin gün geçtikçe artarak Türkiye’de yüksek bir işlem hacmine ve müşteri sayısına ulaşması nedeniyle taraflar arasındaki uyumsuzluklarda da ciddi oranda artış görülmektedir. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un⁷ (TKHK) yürürlüğe girmesiyle birlikte müşterinin bu sözleşmelerde ticari amaçla hareket edip etmediği ve dolayısıyla tüketici sıfatına sahip olup olmadığı hususu öğreti ve uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Özellikle öğretilerdeki tartışmaları bir yana bırakırsak türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda bölge adliye mahkemelerinin verdiği çelişkili kararlar mevcuttur⁸. Oysa görev gibi kamu düzenini ilgilendiren bir hususta kesin olarak karar veren bölge adliye mahkemelerinin kararları arasında uygulama birliğinin bulunması gerekir. Bu durumda görev hususunda ortaya çıkan belirsizliğin giderilebilmesi için türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin amacının ticari olup olmadığı hususu hem çerçeve sözleşmede hem de bireysel sözleşmede belirlenmesi gereken elzem bir konudur. Bu nedenle bu çalışmada aracı kurum ile müşteri arasında yapılan türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda görevli mahkemenin belirlenmesi için müşterinin, hem çerçeve sözleşme hem de bireysel sözleşme kapsamında tüketici olup olmadığı hususu incelenmiş; uygulamada görülen sorunlar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

⁶ 17.12.2013 Tarih ve 28854 Sayılı Resmi Gazete.

⁷ 28.11.2013 Tarih ve 28835 Sayılı Resmi Gazete.

⁸ Bu çalışmada yer verilen bölge adliye mahkemelerinin kararları ile Yargıtay kararlarına UYAP Bilişim Sistemi’nden ulaşılmıştır.

II. SERMAYE PİYASASI ARACI OLARAK TÜREV ARAÇ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Sermaye piyasası araçları, bir taraftan diğer tarafa fon aktarımının yapılmasını sağlayan ve taraflar arasında alacak veya ortaklık ilişkisi kuran araçlardır⁹. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun¹⁰ (SPK) 3/ş maddesinde sermaye piyasası araçlarının, “*menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını*” ifade ettiği belirtilmiştir. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ndan farklı olarak SPK’da türev araçlar ve yatırım sözleşmeleri sermaye piyasası aracı olarak ismen sayılmıştır. Böylece sermaye piyasası aracı kavramı, menkul kıymetleri¹¹, türev araçları, yatırım sözleşmelerini ve diğer sermaye piyasası araçlarını¹² kapsayan bir üst kavram olarak belirtilmiş; “diğer sermaye piyasası araçları” kavramı kullanılmak suretiyle de sermaye piyasası araçlarının sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmiştir¹³.

Türev araçlar, değerini kendisine konu edilen başka bir varlığın değerinden alan, finansal risklere karşı katlanılabilir maliyetlerle korunabilmeyi sağlayan finansal araçlar olarak tanımlanabilir¹⁴. Bu

⁹ **Koruyan**, Adil (2001) Sermaye Piyasası Taraflar Kurumlar İşlemler, 1. Baskı, s. 77; **Adıgüzel**, s. 19-20; **Ata**, s. 19; **Türemiş**, s. 37.

¹⁰ 30.12.2012 Tarih ve 28513 Sayılı Resmi Gazete.

¹¹ SPK’nın 3/1-o maddesinde menkul kıymetlerin, “*para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını; borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını*” ifade ettiği belirtilmiştir.

¹² Diğer sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve türev araçlar dışında kalan ve şartları Kurul tarafından belirlenen araçlardır. Böylece SPK’da ismen sayılmayan yeni finansal ürünlerin de sermaye piyasası aracı olarak SPK kapsamında denetimi amaçlanmıştır. Diğer sermaye piyasası araçları kavramının içerisine SPK’da da belirtildiği üzere “yatırım sözleşmeleri” de girmektedir.

¹³ **Turanboy**, Asuman, ‘6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Sermaye Piyasası Aracı ve Menkul Kıymet Kavramları’: Kırca, İsmail & Şit İmamoğlu, Başak (Editörler) (2019) Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 1286.

¹⁴ Benzer tanımlar için bkz. **Durbin**, Michael P. (2005) All About Derivatives: The Easy Way to Get Started, Fully Revised Second Edition, New York, s. 3; **Keskin**, Ayşe Dilşad (2008), ‘Hukuki Açısından Finansal Türev Araç Kavramı’, BATİDER, S: 4, C: 24, s. 125; **Bati**, Murat (2016), ‘Forward Sözleşmeler Vergiden Kaçınma

finansal araçların değerleri, kendisine konu edilen varlıkların piyasalarda gerçekleşen değerlerinden türetilmiş olmaları nedeniyle türev araç kavramı tercih edilmiştir¹⁵. Türev araçlar, piyasaların ihtiyacına ve konu edilen varlıkların çeşitliliğine göre farklılık göstermekte olup sınırlı sayıda değildir. Günümüzde en fazla çeşitliliğe ve büyüme potansiyeline sahip sermaye piyasası aracı da türev araçlardır¹⁶.

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 30/1-c maddesinde türev araçların alım satımına aracılık, sermaye piyasası faaliyetleri arasında sayılmış; ancak türev araç kavramı tanımlanmamıştır. SPK'nın 3/1-u maddesinde ise türev araçlar; menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleriyle değiştirme hakkı veren türev araçlar, değeri başka bir dayanak varlığın değerine bağlı türev araçlar, döviz ve kıymetli madenler ile Kurul tarafından belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemler olarak üç grupta sayılmıştır. Öte yandan Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 26. maddesinde; döviz, kıymetli maden, kıymetli taş, mal veya diğer varlıkların fiziki olarak alım satımı ile gerçek ve/veya tüzel kişilerin kendi aralarında bir yatırım kuruluşu aracılığı olmaksızın gerçekleştirdiği, ticari veya mesleki faaliyet sayılamayacak nitelikteki türev araç alım satım işlemlerinin türev araç işlemi kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

SPK'nın ifadesinden de anlaşılacağı üzere, türev araçlar sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp Kurul'un öngördüğü yeni türev araçlar üretilebilir. Bu kapsamda uygulamada yüzlerce farklı özellikte türev araç görülebilmekle birlikte, bu türev araçların temelini futures (vadeli işlem) sözleşmeleri ile forward sözleşmeleri oluşturmaktadır¹⁷. Bunların yanında opsiyon sözleşmeleri, swap sözleşmeleri, kaldıraçlı işlem sözleşmeleri (foreks) ve fark kontratları en çok kullanılan türev araç

türleridir¹⁸. Futures sözleşmeleri düzenlenmiş piyasalarda, opsiyon sözleşmeleri ve swap sözleşmeleri hem düzenlenmiş hem de tezgahüstü piyasalarda, forward sözleşmeleri, kaldıraçlı işlem sözleşmeleri ve fark kontratları ise tezgahüstü piyasalarda işlem görmektedirler.

B. TÜREV ARAÇ TÜRLERİ

1. Futures (Vadeli İşlem) Sözleşmeleri

Futures sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarından birine, standart nitelik ve miktardaki belirli bir varlığa ilişkin gelecekteki bir tarihte (vadede), tarafların sözleşme kuruluş tarihi ile belirledikleri fiyattan satın almak zorunluluğu yükleyen ve düzenlenmiş piyasalarda işlem gören sözleşmelerdir¹⁹. Futures sözleşmelerinin bir tarafında riskten korunmak isteyenler, diğer tarafında ise riskli işlemi gelir kaynağı olarak gören ve kâr elde etme amacıyla hareket edenler yer alır²⁰. Futures sözleşmeleri düzenlenmiş piyasalarda işlem gördükleri için fiyat dışında kalan unsurları standartlaştırılmış; tarafların sözleşmeden doğan karşılıklı edimlerinin ifası takas merkezleri aracılığıyla güvence altına alınmıştır²¹. Bu kapsamda özellikle döviz için yapılan futures sözleşmeleri, standart nitelik ve miktardaki dövizin, önceden belirlenmiş standart sözleşme şartlarına uygun olarak, belirlenen vadede alım satımının yapıldığı sözleşmelerdir²².

2. Forward Sözleşmeleri

Forward sözleşmeleri, satıcının taraflarca tespit edilen bir varlığı yine taraflarca tespit edilen vadede teslim edeceğini; alıcının ise söz konusu belirli tür ve

Aracı Mıdır?; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 65, s. 1218; **Yavilioğlu**, Cengiz & **Delice**, Güven (2006), 'Tezgahüstü Türev Piyasaları: Bir Değerlendirme', Maliye Dergisi, S: 151, s. 66; **Adıgüzel**, s. 137; **Memiş & Turan**, s. 67; **Ata**, s. 25.

¹⁵ **Erol**, Ümit (1994) Futures Piyasaları: Teori ve Pratik, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği, s. 22; **Penezoğlu**, Yusuf Gökhan (2004) Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı, s. 13.

¹⁶ **Ata**, s. 26-27.

¹⁷ **İnceoğlu**, Mehmet Murat (2004) Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 39.

¹⁸ **Kaygısız**, Timur Altay (2008) Tezgahüstü (OTC) Türev İşlemlerin Merkezi Takası, SPK Yeterlik Etüdü, s. 2; **Yavilioğlu & Delice**, s. 67; **Adıgüzel**, Burak (2017), '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 3, s. 4; **Bati**, s. 1218.

¹⁹ **Yıldırım Soysal**, Hanım (2018), 'Sermaye Piyasası Hukukunda Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 57; **Redhead**, Keith (1997) Financial Derivatives an Introduction to Futures Forwards Options and Swaps, 1st Edition, Pearson Education, s. 3; **Hull**, John C. (2017) Options, Futures and Other Derivatives, Ninth Edition, Pearson, s. 7; **Erol**, s. 1; **Penezoğlu**, s. 10.

²⁰ **Erol**, s. 3; **Ata**, s. 333; **Yıldırım Soysal**, s. 58.

²¹ **Akçaoğlu**, s. 23; **Penezoğlu**, s. 70; **Yıldırım Soysal**, s. 57.

²² **Akçaoğlu**, Ertuğrul (2002) Finansal Türev Ürünlerinin Vergilendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 26; **Penezoğlu**, s. 30-31; **Yıldırım Soysal**, s. 57.

miktardaki varlığı, tespit edilen vadede tespit edilen fiyat üzerinden teslim alacağını taahhüt ettiği sözleşmelerdir²³. Başka bir deyişle forward sözleşmelerinde finansal aracın veya ticari ürünün fiyatı ve miktarı bugünden sabitlenmekte, ancak sözleşmedeki edim belirlenen fiyat üzerinden ilerideki bir tarihte yerine getirilmektedir. Dolayısıyla forward sözleşmelerinin en önemli özelliği sözleşme kurulurken taraflarca belirlenen fiyat üzerinden tarafların yükümlülüklerini yerine getirecek olmalarıdır²⁴. Örneğin döviz için yapılan forward sözleşmelerinde döviz kurunun belirlenen tarihte ne olacağını taraflar bilmemekte; döviz kuru sözleşme tarihindeki piyasa koşulları ve tarafların finansal bilgisi çerçevesinde belirlenmektedir.

Forward sözleşmeleri esasen futures sözleşmelere benzetmekle birlikte, düzenlenmiş piyasalarda değil tezgahüstü piyasalarda işlem görmektedir. Bu nedenle forward sözleşmelerinde standart sözleşme formatı söz konusu olmamakta; malın kalitesi ve miktarı, sözleşmenin vadesi ve bedeli gibi hususlar taraflarca serbestçe belirlenebilmektedir²⁵. Öte yandan forward sözleşmelerinde sözleşmeye konu varlığı alma ya da satma amacıyla hareket edilirken futures sözleşmelerinde sözleşmeye konu varlığın değerinde meydana gelen değişimlerden kâr elde etmek amaçlanmaktadır. Ayrıca forward sözleşmelerinde vade sonunda sözleşmeye konu varlığın fiziki olarak teslimi esas iken futures sözleşmelerinde sözleşmeye konu varlığın fiziki olarak teslimine nadiren rastlanmaktadır; bununla birlikte forward sözleşmelerinde vadenin beklenmesi zorunlu iken futures sözleşmelerinde vadeden önce de sözleşmenin alım satımı yapılabilmektedir²⁶.

3. Opsiyon Sözleşmeleri

Opsiyon sözleşmeleri taraflardan birinin diğerine belirli bir varlığı kararlaştırılan fiyattan, belirli bir tarihte veya belirli bir dönem içinde alıp almamak ya da satıp satmamak konusunda seçimlik bir hak (op-

siyon hakkı) tanıdığı; karşılığında ise opsiyon primine hak kazandığı bir sözleşmedir²⁷. Örneğin döviz için yapılan opsiyon sözleşmelerinde, alıcı belirli bir para biriminin belirli bir miktarını, önceden tespit edilmiş bir döviz kurundan önceden tespit edilmiş bir tarihte alma veya satma hakkını elde etmektedir²⁸.

Opsiyon sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafında opsiyon alıcısı bulunurken diğer tarafında opsiyon satıcısı bulunur. Opsiyon sözleşmelerinde seçimlik hak sahibine belirli bir varlığı, belirlenmiş fiyat üzerinden gelecekteki bir tarihte alma hakkı sağlanıyorsa alım opsiyonu, satma hakkı sağlanıyorsa satım opsiyonu söz konusu olmaktadır²⁹. Seçimlik hak sahibi (opsiyon hakkı sahibi) seçimlik hakkını kullansa da kullanmasa da diğer taraf opsiyon primine hak kazanmaktadır. Örneğin alım opsiyonu satın alan birinin sözleşmeye konu varlığın fiyatının düştüğü bir durumda opsiyon hakkını kullanması zararına olacağından opsiyon hakkını kullanmamayı tercih edecektir. Şu hâlde opsiyon hakkı sahibi, kendisine tanınan süre içerisinde hakkını kullanmazsa, sadece diğer tarafa ödediği prim kadar zarar etmiş olmaktadır.

Opsiyon sözleşmeleri hem düzenlenmiş piyasalarda hem de tezgahüstü piyasalarda işlem görmektedir. Düzenlenmiş piyasalarda işlem gören opsiyon sözleşmeleri standart sözleşmelerden oluşurken; tezgahüstü piyasalarda işlem gören opsiyon sözleşmeleri ise standart yapıda olmayıp tarafların iradesi doğrultusunda farklı miktar, fiyat ve vadede düzenlenebilmektedir³⁰.

4. Swap Sözleşmeleri

Swap³¹ sözleşmeleri uluslararası piyasalarda mevcut olan faiz oranları ve döviz kurları kaynaklı risklerin en aza indirgenmesinde kullanılan, temel-

²³ **Arıkan**, Ahmet Naci (2003), 'Dövizde Dayalı Olarak Yapılan Forward İşlemlerinin İşleyişi ve Vergi Usul Kanunu Açısından Değerlemesi' Vergi Dünyası, S: 259, s. 55; **Anbar**, Adem & **Karabıyık**, Lale (2018) Sermaye Piyasası ve Yatırım Analizi, 2. Baskı, Bursa, Ekin, s. 93; **Ata**, s. 334.

²⁴ **Akçaoğlu**, s. 17; **Yıldırım Soysal**, s. 55.

²⁵ **Ata**, s. 335; **Erol**, s. 4; **Yıldırım Soysal**, s. 55.

²⁶ **Akçaoğlu**, s. 28; **Penezoğlu**, s. 70; **Ata**, s. 335.

²⁷ **Bak**, Başak (2009), 'Borsa Opsiyon Sözleşmeleri' Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 64, s. 40; **Kırca**, s. 1; **Akçaoğlu**, s. 28; **Uzunoğlu**, s. 48.

²⁸ **Kırca**, s. 41; **Uzunoğlu**, s. 80; **Yıldırım Soysal**, s. 65.

²⁹ **Kırca**, s. 37; **Akçaoğlu**, s. 30; **Penezoğlu**, s. 60; **Ata**, s. 336; **Yıldırım Soysal**, s. 65.

³⁰ **Ata**, s. 337.

³¹ Swap sözcüğü, İngilizce kökenli bir kelime olup değiş-tokuş, mübadele, trampa anlamına gelmektedir, Bkz. **Seyidoğlu**, Halil (1992) Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, 3. Baskı, Ankara, Güzem Can, s. 802.

de yatan işlemten bağımsız olarak dönemsel ödemelerin önceden kararlaştırılan tarihte, miktarda ve şartlarda değış tokuş edilmesi esaslı sözleşmelerdir³². Swap sözleşmelerindeki temel amaç, faiz oranları ve döviz kurları gibi fiyat iniş çıkışlarından kaynaklanan zararların en aza indirilmesidir³³.

Swap sözleşmeleri esasında futures ve forward sözleşmelerine benzemekle birlikte sadece tezgahüstü piyasalarda işlem gören, dolayısıyla tarafların ihtiyaçları ve iradelerine uygun şekilde oluşturulabilen bir yapıya sahiptir³⁴.

5. Kaldıraçlı İşlem Sözleşmeleri

Kaldıraçlı işlem sözleşmeleri, tezgahüstü piyasalarda işlem gören ve döviz piyasalarındaki fiyat değışimlerinin yahut iki ülke parasının birbirine ya da petrol, altın gibi emtia ve kıymetli madenlerin bir ülke parasına göre değerinin alım satımına konu olduğu sözleşmelerdir³⁵. Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 3/1-(g) maddesi gereğince kaldıraçlı işlemler, yatırılan teminat tutarı karşılığında, döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıkların kaldıraçlı olarak elektronik ortamda oluşturulmuş bir platformda alım satım işlemlerini ifade eder. Dolayısıyla kaldıraçlı işlem sözleşmeleri, yatırım amacıyla kullanılan, elektronik işlem platformları üzerinden yapılan, fiziki olarak teslimin söz konusu olmadığı, kaldıraç ve teminat gibi unsurları bünyesinde barındıran bir sözleşmedir³⁶. Bu sözleşmelerin amacı, zaman farkının fiyatlarda oluşturduğu değışimden kâr elde etmektir. Elektronik ortamda gerçekleşen kaldıraçlı işlemler nakit paranın aksine kaydı para ile yapılmakta ve işlem gerçekleştikten sonra oluşan kâr ya da zarar müşterinin hesabına nakit para olarak yansımaktadır³⁷.

Kaldıraçlı işlemler, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında ayrı bir sermaye piyasası faaliyeti olarak kabul edilmekte iken; SPK'nın 3/(1)-u maddesi ile türev araçlar kapsamına dâhil edilmiştir³⁸. Kaldıraçlı işlemlerinin türev araç olarak kabul edilmesi hem müşterilerin yatırımcının korunmasına dair düzenlemelerden yararlanmasını hem de sermaye piyasasında bu tür işlemlerin neden olduğu potansiyel risklerin Kurul tarafından daha iyi izlenmesini sağlamaktadır³⁹.

Tezgahüstü piyasa olan kaldıraçlı işlem piyasalarında müşteriler yer ve zaman sınırlaması olmaksızın hafta içi beş gün yirmi dört saat sürekli ve kesintisiz bir şekilde işlem yapılabilmektedir⁴⁰. Bu özelliğinin yanında kaldıraçlı işlem sözleşmelerinin hızla artmasının ve hareketlilik kazanmasının en önemli sebebi kaldıraç sistemidir⁴¹. Kaldıraç, aslında müşterilerin sahip olduğu sermaye ile doğrudan yatırım yaparak elde edilmesi mümkün olmayan ve sahip olunan sermayenin daha üstünde işlemler gerçekleştirilmesini sağlayan, buna karşılık yatırım üzerindeki potansiyel kazanç ya da kayıpların artırılmasına sebep olan finansal bir mekanizmadır⁴². Kaldıraç oranı ise işlem yapmak için aracı kurumun hesabına yatırılan teminat⁴³ tutarı karşılığında alınabilecek pozisyon tutarını gösteren bir orandır ve yatırımcının koyduğu teminat miktarının kaç katına kadar işlem yapılabileceğini

³² Keskin, Ayşe Dilşad (2008) Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 77; Yıldırım Soysal, s. 67; Penezoğlu, s. 9; Anbar & Karabıyık, s. 74; Ata, s. 337.

³³ Keskin, Swap, s. 45; Ata, s. 337.

³⁴ Keskin, Swap, s. 66.

³⁵ Altan, Mikail & Güzel, Fatih (2015), 'Forex Piyasasının Türkiye'deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri', Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S: 33, s. 207; Ata, s. 338.

³⁶ Ata, s. 338.

³⁷ Shilov, B. N. & Semenov, S. V. (2011) Forex Bilmeniz Gereken Her Şey, 1. Baskı, İstanbul, Scala (Çeviren: Abbak, Anıl), s. 13.

³⁸ Karacan, Ali İhsan & Erişir Karacan, Esra (2021) Sermaye Piyasası Araçları, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 395-396, Yazarlar, SPK ile kaldıraçlı alım satım işlemlerinin "türev araçlar" kapsamına dahil edilse bile bu işlemlerin "kumar ve bahis" niteliğinde olduğunu, neticede kaldıraçlı alım satım işlemlerinin sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmesinin uygun olmayacağını belirtmektedir. Aynı yönde Bkz. Karacan, Ali İhsan (2021) Sermaye Piyasasında Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Krediler ile Teminat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 184.

³⁹ Yıldırım Soysal, s. 69.

⁴⁰ Ata, s. 339.

⁴¹ Altan & Güzel, s. 206.

⁴² Temple, Peter (2009) CFDs Made Simple a Straightforward Guide to Contracts for Difference, 1st Edition, Great Britain, Harri-man House, s. 15.

⁴³ Futures ve opsiyon sözleşmelerinde olduğu gibi aracı kurumun hesabına teminat yatırma zorunluluğu, kaldıraçlı işlem sözleşmelerinde de bulunmaktadır. Teminat, kaldıraçlı işlem piyasasında kayıpların karşılığı olarak hesapta tutulan paradır. Başka bir deyişle teminat, kaldıraçlı işlem piyasasında işlem yapmaya başlamak ve işlemleri sürdürmek için gerekli olan sermayeyi ifade etmektedir. Bkz. Tuğlu, Ali (2010), 'Forex ve Forex İşlemlerinde Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi' Vergi Dünyası, S: 343, s. 63.

ifade etmektedir⁴⁴. Bu nedenle kaldıraç oranının da etkisiyle müşteri yatırdığı teminatın çok üzerinde kâr elde edebilmekte veya bütün teminatını kaybedebilmektedir. Kaldıraçlı işlem sözleşmelerinde müşteri, kullandığı elektronik platformun sınırları çerçevesinde hesabına yatırdığı teminatın belli bir katına kadar, kaldıraç oranından yararlanarak işlem yapmakta ve bunun neticesinde yüksek kâr olanağı elde etmekle birlikte hesabındaki tüm teminatını da kaybetme riskini göze almaktadır⁴⁵.

6. Fark Kontratları

Fark kontratları, fiziki olarak var olmayan bir varlığın değerinde pozisyonun açılması ve kapatılması arasında meydana gelen fiyat farkının taraflar (alıcı ve satıcı) arasında el değiştirdiği sözleşmelerdir⁴⁶. Fark kontratları, yüksek kaldıraç imkânı sunan, yatırılan teminat karşılığında büyük bedelli pozisyon olanak sağlayan, genellikle tezgahüstü piyasalarda işlem gören sözleşmelerdir⁴⁷.

Fark kontratları Türk hukukunda Yatırım Hizmetleri Tebliği'ne 01.14.2016 tarihinde eklenen 25/A-2 ve 3 maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre fark kontratları türev araç olarak kabul edilir ve tezgahüstü piyasada işlem gören fark kontratları hakkında Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin kaldıraçlı işlemlere ilişkin hükümleri uygulanır.

III. TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 26. maddesi gereğince, yatırım kuruluşları müşterileriyle işlem yapmaya başlamadan önce, sunulacak faaliyet ve hizmete ilişkin yazılı bir sözleşme yapmak zorundadır. Bu sözleşme, yatırım kuruluşu ile müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve bireysel sözleşmelerin esasını oluşturan bir çerçeve sözleşmedir⁴⁸. Bu sözleşmede yer verilmesi

gereken asgari hususlar Kurul tarafından belirlenmiştir. Çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve yatırım kuruluşları lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez (Yatırım Kuruluşları Tebliği m. 26/(5)). Hemen belirtmelidir ki çıkarılan tebliğler gözetildiğinde, türev araç alım satımına aracılık sözleşmesi yapılmasıyla birlikte yatırım kuruluşlarının müşterinin emirleri doğrultusunda iyi niyetle ifa, sır saklama, risk açıklama gibi bazı yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülükler vekâlet sözleşmesinin unsurları arasında yer aldığından yatırım kuruluşu ile müşteri arasında çerçeve sözleşmenin yapılmasıyla vekâlet ilişkisinin doğduğu söylenebilir⁴⁹.

Genel olarak çerçeve sözleşmeler ileride kurulacak bireysel sözleşmelere temel teşkil etse de bireysel sözleşme kurma yükümlülüğü doğurmamakta ve taraflara bireysel sözleşmeyi talep ve dava hakkı vermemektedir⁵⁰. Ancak Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 30/(5) maddesi gereğince, yatırım kuruluşları türev araçlardaki mevcut açık pozisyonların kapatılmasına ilişkin mevzuata uygun talepler hariç olmak üzere çerçeve sözleşmede bu konuda hüküm bulunması kaydıyla emir kabul etmeme hakkına sahiptir. Buna göre türev araç alım satımına aracılık çerçeve sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunması kaydıyla yatırım kuruluşlarına bireysel sözleşme yapmama hakkı tanınması mümkündür. Dolayısıyla çerçeve sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa yatırım kuruluşu bireysel sözleşme yapmak ve müşteri emrini gerçekleştirmek zorundadır. Bu zorunluluğun müşteri yönünden kabulü ise müşterinin alım satım emri vermeye zorlanması anlamına gelir ki, bu da sözleşme özgürlüğü ilkesi ile uyumsuzdur⁵¹.

Çerçeve sözleşmeler, tarafların aralarındaki hukuki ilişki uyarınca ileride yapılacak olan bireysel sözleşmelerin içeriğini önceden belirlemektedir⁵². Dolayısıyla çerçeve sözleşme ile bireysel sözleşmelerin

⁴⁴ **Yaslıdağ**, Beyhan (2014) *Forex Piyasası İşlemleri*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 37.

⁴⁵ **Şendur**, Yeşim (2017), 'Forex Piyasası Riskler' *İktisadi İdari ve Siyasi Bilim Dergisi*, S: 2, C: 2, s. 26.

⁴⁶ **Yıldırım Soysal**, s. 63.

⁴⁷ **Yıldırım Soysal**, s. 64.

⁴⁸ **Eren**, Fikret (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 214.

⁴⁹ **Penezoğlu**, s. 102; **İnceoğlu**, s. 172; **Ata**, s. 341.

⁵⁰ **Sümer**, Ayşe (2002) *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat*, 1. Baskı, İstanbul, Alfa, s. 87; **Antalya**, Gökhan (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: I*, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 170.

⁵¹ **Bak**, s. 58.

⁵² **Eren**, s. 214.

hukuki nitelikleri birbiriyle iç içe geçmiş durumdadır. Aksine çerçeve sözleşme ile bireysel sözleşmelerin hukuki niteliklerinin birbirinden farklı olduğunu ve ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini ileri sürmek çerçeve sözleşme kavramıyla bağdaşmayacaktır. Bu itibarla türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği belirlenirken çerçeve sözleşme ile bireysel sözleşmelerin birlikte değerlendirilmesi gerekir⁵³.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinin bir tarafında yatırım yapmak isteyen müşteri yer alırken; diğer tarafında yetkili yatırım kuruluşu yer almaktadır. Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 29. maddesine göre müşteri; yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler kapsamında yatırım kuruluşları tarafından hizmet sunulan tüm gerçek ve tüzel kişilerdir. Sermaye piyasasında hizmet sunulan kişilerin gerek ekonomik açıdan, gerekse bilgi ve tecrübe olarak birbirlerinden farklılıkları gözetildiğinde bu kişilere sağlanacak korumanın bunların bilgi ve tecrübelerine göre belirlenmesi için Yatırım Kuruluşları Tebliği ile müşterilerin sınıflandırılması yoluna gidilmiştir⁵⁴. Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 30. maddesi gereğince, yatırım kuruluşları, tüm müşterilerini profesyonel ya da genel müşteri olarak sınıflandırmak, bu sınıflandırmaya uygun olarak hizmet ve faaliyet sunmak ve müşteri sınıflarına uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.

Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 31/(1) maddesinde profesyonel müşterinin; kendi yatırım kararlarını verebilecek ve üstlendiği riskleri değerlendirebilecek tecrübe, bilgi ve uzmanlığa sahip müşteriye ifade ettiği belirtilmiştir; ayrıca profesyonel müşterinin belirlenmesi için gerekli kriterler aynı maddede sınırlı olarak sayılmıştır. Profesyonel müşteri tanımı kapsamına girmeyen müşteriler ise genel müşteri olarak kabul edilmiştir (Yatırım Kuruluşları Tebliği m. 31/(4)). Öte yandan Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 32/(1) maddesi gereğince genel müşterilerden anılan Tebliğ'in 32. maddesinde sayılan nitelikleri haiz olanlar, yazılı olarak talep etmeleri ve anılan maddede belirtilen şartlardan en az ikisini sağladıklarını tevsik etmeleri durumunda, yatırım kuruluşunun sunabileceği hizmet ve faaliyetlerden profesyonel müşteri sıfatıyla yararlanabilir. Dolayısıyla

“profesyonel müşteri” ve “genel müşteri” haricinde “talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilen müşteri” kategorisi oluşturulmuştur⁵⁵.

Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 4/1-(r) maddesi gereğince yatırım kuruluşu; aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade etmektedir. Türev araçların bir yatırım aracı olmasını sağlayan unsur bunların müşteriler arasında serbestçe el değiştirmesidir⁵⁶. Bu değişim ise yatırım kuruluşunun alım satım aracılığı etmesi sayesinde gerçekleşmektedir. Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 10/(1) maddesi gereğince alım satım aracılığı faaliyeti, bu Tebliğ'de tanımlanan ve SPK'nın 37/1 maddesinde yer alan emir iletimine aracılık, işlem aracılığı ve portföy aracılığı faaliyetlerinin tümünü birlikte ifade eder.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinde müşterinin karşısında yer alan yatırım kuruluşu ya işlem aracılığı faaliyetini ya da portföy aracılığı faaliyetini yürütmektedir. Yatırım kuruluşu emir iletimine aracılık faaliyetini yürütüyor ise bu sözleşmede müşterinin karşı tarafında yer almaz⁵⁷. Zira emir iletimine aracılık faaliyeti, sermaye piyasası araçlarına ilişkin müşteri emirlerinin gerçekleştirilmek üzere kısmi veya geniş yetkili bir yatırım kuruluşuna iletilmesini ve işlem akabetinin müşterilere bildirilmesi faaliyetini ifade eder (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 11/(1)-a). Buna göre emir iletimine aracılık faaliyeti neticede bir aracı acentelik faaliyeti olup bu yatırım kuruluşunun sözleşme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle emir iletimine aracılık faaliyetini yürüten yatırım kuruluşu müşteriden alınan emirlerin gerçekleştirilmesi bakımından sözleşmenin tarafı değildir; faaliyeti sadece emirlerin lehine faaliyet gösterdiği yatırım kuruluşuna iletilmesi ile sınırlıdır. Bu nedenle türev araç işlemleri için yetkili olan, emir iletimine aracılık faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu ile lehine faaliyet gösterilen yatırım kuruluşunun türev araç işlemleri için müşteri ile ayrı ayrı çerçeve sözleşme imzalamaları esastır. Ancak

⁵³ Yıldırım Soysal, s. 85; Ata, s. 347.

⁵⁴ Töremiş, s. 60.

⁵⁷ Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 12. maddesi gereğince, emir iletimine aracılık faaliyetinde bulunabilecek yatırım kuruluşları, Kuruldan izin almak kaydıyla aracı kurumlar ve kaldıraçlı işlemler hariç olmak üzere bankalardır.

⁵³ Aksi görüş için Bkz. İncooğlu, s. 144; Yıldırım Soysal, s. 101.

⁵⁴ Yıldırım Soysal, s. 87.

her iki yatırım kuruluşunun mutabakatı ve yetkilendirmesi ile emir iletimine aracılık ve işlem aracılığı faaliyetlerine ilişkin esaslara aynı sözleşmede yer verilmesi hâlinde tek çerçeve sözleşme yapılması mümkündür (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 14/b).

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinde müşterinin karşısında yer alan yatırım kuruluşunun portföy aracılığı faaliyetini yürütmesi durumunda müşterilerle yapılan işlemler yatırım kuruluşunun portföyünden karşılanmaktadır⁵⁸. Zira bu durumda portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu aynı zamanda piyasa yapıcı konumundadır⁵⁹. Dolayısıyla portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşları, müşteri kayıp yaşadığında kazanç elde etmekte ya da tam tersine müşteri kazanç elde ettiğinde kayıp yaşamaktadır. Başka bir deyişle portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşları, işlem aracılığı faaliyetine ek olarak, müşterilerin sermaye piyasası araçlarıyla ilgili alım veya satım emirlerini karşı taraf olarak yerine getirme faaliyeti göstermektedir (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 21/(1)). Bu durumda portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu aynı zamanda piyasa yapıcı konumunda olduğundan türev araç işlemlerinde bu araçları kendi adına ve hesabına satın almakta ve müşterilerine kendi adlarına ve hesaplarına satmaktadır. Böylece portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşları, bir komisyondan ziyade alım satım arasındaki fiyat farkından doğrudan yararlanmaktadır. Dolayısıyla portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu kendi kendisiyle alım satım işlemi yaptığında, çerçeve sözleşmedeki vekalet ilişkisinin yanında satım ilişkisi de doğmaktadır. Başka bir deyişle müşteri ile portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu arasında hem çerçeve sözleşme nedeniyle vekalet ilişkisi bulunmakta hem de vekilin kendi kendisiyle alım satım yapması nedeniyle satış ilişkisi bulunmaktadır⁶⁰.

⁵⁸ Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 22. maddesi gereğince portföy aracılığı Kuruldan izin almak kaydıyla; a) Aracı kurumlar tarafından sermaye piyasası araçları üzerinde, b) Yatırım ve kalkınma bankaları tarafından kaldıraçlı işlemler hariç olmak üzere sermaye piyasası araçları üzerinde, c) Yatırım ve kalkınma bankaları dışında kalan bankalar tarafından paylar, kaldıraçlı işlemler ile paylara dayalı türev araçlar hariç olmak üzere sermaye piyasası araçları üzerinde borsa mevzuatı hükümleri saklı kalmak üzere yapılabilir.

⁵⁹ **Strazisar**, Borut 'Rolling Spot Forex Trading Financial Problem or Ponzi?' (January 23, 2012), <http://ssrn.com/abstract=1990526>, s.e.t. 01.10.2023, s. 5.

⁶⁰ **Ünal**, s. 77.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinde müşterinin karşısında işlem aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşunun yer alması durumunda bu yatırım kuruluşu, piyasa yapıcı yatırım kuruluşu ile müşteri arasında aracılık faaliyeti yürütmektedir⁶¹. Zira işlem aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşları, emir iletimine aracılık faaliyetine ek olarak, müşterilerin sermaye piyasası araçlarıyla ilgili alım veya satım emirlerinin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına, portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu ile faaliyet göstermektedir (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 16/(1)). İşlem aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu emirleri portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşuna iletmek suretiyle gerçekleştirmeleri hâlinde; işlemlere başlamadan önce bu yatırım kuruluşu ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren yazılı bir sözleşme imzalaması ve müşterilere ait hesap ve işlemleri kendi nezdinde müşteri bazında izlemesi gerekir (Yatırım Hizmetleri Tebliği m. 19/(1)-c). Bu şekilde aracılık yapan kuruluşlar, yapılan işlemler için müşteriden portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşundan aldığı alım satım fiyat farkının içine yedirilmiş şekilde komisyon veya ücret almaktadır⁶². Yatırım kuruluşunun müşteri adına ve hesabına işlem yaptığı durumda işlem sonucunda ortaya çıkan hak ve borçlar doğrudan müşterinin hesabında doğmaktadır. Bu durumda müşteri ile işlem aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu arasındaki iç ilişkide vekalet sözleşmesi, dış ilişkide ise doğrudan temsil ilişkisi oluşmaktadır⁶³. Öte yandan yatırım kuruluşunun kendi adına ve müşteri hesabına işlem yaptığı durumda işlem sonucunda ortaya çıkan hak ve borçlar yatırım

⁶¹ Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 17. maddesi gereğince işlem aracılığı faaliyeti Kuruldan izin almak kaydıyla; a) Aracı kurumlar tarafından sermaye piyasası araçları üzerinde, b) Yatırım ve kalkınma bankaları tarafından kaldıraçlı işlemler hariç olmak üzere sermaye piyasası araçları üzerinde, c) Yatırım ve kalkınma bankaları dışında kalan bankalar tarafından paylar, kaldıraçlı işlemler ile pay endekslerine ya da paylara dayalı türev araçlar hariç olmak üzere sermaye piyasası araçları üzerinde yapılabilir.

⁶² **Yıldırım Soysal**, s. 29.

⁶³ **Ayhan**, Hatice Ebru (2008), 'Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali' (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 19; **Çetin**, Nusret & **Töremiş**, Ebru (2008), 'Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: 12, s. 92; **İnceoğlu**, s. 174; **Penezoğlu**, s. 125; **Yıldırım Soysal**, s. 130.

kuruluşu nezdinde doğmakta; yatırım kuruluşu sözleşme gereğince bu hak ve borçları müşteriye devretmeyi üstlenmektedir⁶⁴. Bu durumda ise müşteri ile işlem aracılığı faaliyeti yürüten aracı kurum arasındaki iç ilişkide komisyon sözleşmesi, dış ilişkide ise dolaylı temsil ilişkisi oluşmaktadır⁶⁵.

IV. TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

A. TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ DAVA NİTELİĞİ

Dava, bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veyahut da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kişinin (davacı) yargı organından hukuki koruma talep etmesidir⁶⁶. Davanın ticari dava olarak nitelenip nitelenmeyeceği ise sürat, güvenlik ve esneklik gerektiren ticari hayatın, ilgili uyuşmazlıkların çözümü bakımından ayrı bir uzmanlık gerektirmesi ve davanın daha sağlıklı yürütülmesi açısından önem arz etmektedir⁶⁷.

Hangi uyuşmazlıkların ticari dava kabul edileceği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁶⁸ (TTK) 4. maddesinde üç grup hâlinde belirlenmiştir. Buna göre tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari sayılan davalar (mutlak ticari davalar), ticari sayılması için en azından bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gereken davalar ve her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan davalar (nispi ticari dava) ticari dava olarak düzenlenmiştir⁶⁹. Nispi ticari davadan söz edilebilmesi için Kanun'da açıkça her iki tarafın da ticari işletmesinden bahsedildiği için her iki tarafın da tacir olması gerekir.

⁶⁴ Yıldırım Soysal, s. 131.

⁶⁵ Penezoğlu, s. 128; İnceoğlu, s. 174; Çetin & Töremiş, s. 94-95; Yıldırım Soysal, s. 130.

⁶⁶ Arslan, Ramazan & Yılmaz, Ejder & Taşpınar Ayvaz, Sema & Hanağası, Emel (2018) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 243; Deliduman, Seyithan & Oruç, Yakup (2012), 'Ticari Davalar' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 2, C: 18, s. 100.

⁶⁷ Arkan, Sabih (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 106.

⁶⁸ 14.02.2011 Tarih ve 27846 Sayılı Resmî Gazete.

⁶⁹ Arkan, s. 107.

Tarafların sıfatına ve işin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın TTK'nın 4/1 maddesinin a ilâ f bentleri arasında sayılan hususlardan doğan davalar mutlak ticari davalardır. Ayrıca TTK'nın 4. maddesinde sayılmamakla birlikte bazı özel kanunlarda ticari olduğu açıkça gösterilen uyuşmazlıklardan doğan davalar da mutlak ticari davadır⁷⁰.

TTK'nın 4/1-e maddesinde; "borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde" öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari dava olarak sayılmıştır. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerine konu türev araçlar, hem düzenlenmiş piyasa olan borsalarda hem de tezgahüstü piyasalarda işlem görmektedir. Tezgahüstü piyasalarda türev araçların alım satım işlemlerinin gerçekleştirildiği merkezi bir yer yoktur. Yatırım Hizmetleri Tebliği'nin 3/1-n maddesi gereğince tezgahüstü piyasa; borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri dışında kalan piyasaları ifade eder. Her iki piyasa arasındaki temel farklılık, borsalardaki türev araç alım satım işlemlerinin ilgili otorite tarafından sıkı bir şekilde denetim ve gözetim altında tutulması iken; tezgahüstü piyasalardaki türev araç alım satım işlemlerinin ise ilgili otorite tarafından daha esnek denetim faaliyetlerinden geçmesidir. Dolayısıyla tezgahüstü piyasalar TTK'nın 4/1-e maddesinde belirtilen borsalar içerisine girmese de "ticarete özgü diğer yerler" kapsamında yer almaktadır⁷¹. O hâlde yatırım kuruluşları tarafından sunulan aracılık hizmeti, ister düzenlenmiş piyasalarda isterse tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlara ilişkin verilsin uyuşmazlık, müşterinin ticari işletmesiyle ilgili olmasa dâhi TTK'nın 4/1-e maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliğindedir⁷².

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da müşterinin ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığı araştırması yapılmasına gerek olmaksızın TTK'nın 4/1-e maddesi gere-

⁷⁰ Örneğin Kooperatifler Kanunu'nun 99. maddesi gereğince bu Kanun'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari sayılır.

⁷¹ Seven, Vural (2017), 'Kaldıraçlı Alım Satım İşlemlerinde Görev Sorunu-Karar İncelemesi' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 215.

⁷² Direnisa, Efe (2019), '6502 Sayılı Kanun ile Yargıtay Kararları Işığında Tüketicilerin Kaldıraçlı Alım Satım (Foreks) İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme' Legal Hukuk Dergisi, S: 197, C: 17, s. 1993; Seven, s. 215.

ğince mutlak ticari davadır. TTK'nın 5/1 maddesi gereğince, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Bu itibarla türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar müşterinin tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılır ve asliye ticaret mahkemesinde çözümlenmesi gerekir.

B. TÜREV ARAÇ ALIM SATIMINA ARACILIK SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesi bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görevi kapsamına girip girmediğini belirleyebilmek açısından önemlidir.

TKHK'nın 3/1-1 maddesi gereğince tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. Aynı Kanun'un 3/1-k maddesi gereğince tüketici ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Bu durumda bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için taraflardan birinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi; diğer tarafın ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmemesi (tüketici olması) gerekmektedir. Öte yandan tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir (TKHK m. 73/1).

Bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi bu davanın tüketici mahkemesinde görülemeyeceği anlamına gelmez. Başka bir deyişle mutlak ticari dava konusu teşkil eden bir uyuşmazlık aynı zamanda tüketici işlemi niteliğini de haiz olabilir ve tüketici mahkemesinde çözümlenebilir⁷³. Gerçekten de tüke-

tici işlemlerinden doğan ve tüketici mahkemesinde görülen birçok dava, aynı zamanda ticari dava niteliğinde olabilmektedir. Zira TKHK'nın 83/2 maddesi gereğince taraflarından birinin tüketici olduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılması bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Anılan düzenleme ile tüketici mahkemelerinin görev alanı ile diğer özel mahkemelerin görev alanı çatıştığında tüketici mahkemesi lehine tavır alınmıştır⁷⁴.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin karşısında yer alan yatırım kuruluşunun ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiği ortadadır. Zira yatırım kuruluşlarının anonim şirket olarak kurulması zorunlu olduğundan bunlar tüzel kişi tacir sıfatına sahiptir ve TTK'nın 19/1 maddesi gereğince tüm işlemleri istisnasız ticari iş kabul edilmektedir⁷⁵. O hâlde türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin net olarak belirlenebilmesi için müşterilerin tüketici olarak nitelenip nitelenemeyeceği, dolayısıyla bu sözleşmenin tüketici işlemi kabul edilip edilemeyeceği hususunun öncelikle incelenmesi gerekir.

2. Türev Araç Alım Satımına Aracılık Sözleşmesinde Müşterinin Tüketici Olarak Nitelenip Nitelenemeyeceğine Dair Öğretideki Görüşler

Türk hukukunda sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan müşterinin TKHK kapsamında tüketici sıfatına sahip olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş⁷⁶; Yatırım Kuruluşları Tebliği'ndeki müşteri sınıflandırmasını ve yatırım kuruluşunun aracılık faaliyetinin türünü dikkate almaksızın yatırım kuruluşları tarafından aracılık hizmeti sunulan

Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 3, C. 22, s. 424; **Direnisa**, s. 1993;

⁷⁴ **Aslan**, Ali Çetin (2022) Medeni Usul Hukukunda Görev, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 159.

⁷⁵ **Arkan**, s. 74.

⁷⁶ **Tevetoğlu**, Mete (2010) Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 157; **Aydın**, s. 86-87; **Penezoğlu**, s. 108; **Seven**, s. 205; **Direnisa**, s. 1987.

⁷³ **Döner** Kemal (2017), 'Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar' Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 36, C: 22, s. 160; **Bahtiyar**, Mehmet & **Biçer**, Levent (2016), 'Adi İş /

müşterilerin ister profesyonel müşteri isterse genel müşteri olsun ticari amaçla hareket ettiğini ve ticari bir menfaat elde etme gayreti içinde olduklarını, müşterinin tacir olmayan gerçek kişi olması durumunda dâhi bu sözleşmelerde yüksek kazanç sağlamak adına hareket edildiğinden tüketici sayılmayacağını, sermaye piyasasında yatırımcının korunması hususunun tüketici mevzuatıyla değil sermaye piyasası mevzuatıyla yapılması gerektiğini, ayrıca sermaye piyasasında edinilen araçların tüketilebilirlik vasfının bulunmadığını, dolayısıyla müşterilerin türev araç işlemlerinde ister çerçeve sözleşmelerde isterse bireysel sözleşmelerde hiçbir şekilde tüketici sıfatına sahip olamayacağını belirtmektedir.

Öğretide bir diğer görüş⁷⁷ ise; sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım satım aracılık sözleşmelerinde müşterinin tüketici sıfatını belirlemek için öncelikle çerçeve sözleşme ve bireysel sözleşme ayrımı yapmakta; bireysel sözleşme ile yatırım kuruluşuna alım satım emri verildiğinde bu emrin karşısında üçüncü kişiler olduğunu, bu durumda müşterinin piyasa oyuncusu konumuna geldiğini, böylece ikincil piyasada sermaye piyasası aracı alıp satarak aradaki farktan kâr elde etmeyi amaçladığını, böyle bir durumda müşterinin ticari amaçla hareket ettiğini ve bireysel sözleşmenin söz konusu olduğu her durumda müşterinin tüketici sıfatının bulunamayacağını belirtmektedir. Bu görüşte olan yazarlar çerçeve sözleşmenin söz konusu olduğu durumda ise müşterilerin tüketici sıfatını Yatırım Kuruluşları Tebliği'ndeki müşteri sınıflandırmasından hareketle belirlemeye çalışmakta; yatırım kuruluşlarından hizmet alan profesyonel müşterilerin nitelikleri gereği

tüketici sayılmayacağını⁷⁸, ancak genel müşterilerin bireysel sözleşmede ticari amaçla hareket etseler dâhi çerçeve sözleşme söz konusu olduğunda tüketici sıfatını haiz olabileceklerini, zira müşterilerin sermaye piyasası araçları alım satım işlemleri yapabilmesi için zorunlu olarak aracı bir yatırım kuruluşuna ihtiyaç duyduklarını ve çerçeve sözleşme ile yatırım kuruluşundan zorunlu olarak aracılık hizmeti aldıklarını, dolayısıyla müşterinin aracılık hizmeti alımı için yaptığı çerçeve sözleşmede amacının ticari veya mesleki olmaktan ziyade yasal bir zorunluluğun yerine getirilmesi olduğunu, ticari amacın işlem aracılığı ve emir iletimine aracılık faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu ile yapılan çerçeve sözleşmede değil bu sözleşme gereğince yapılan bireysel sözleşmelerde söz konusu olduğunu, dolayısıyla yatırım kuruluşundan alınan aracılık hizmeti ile bağlantılı olarak yapılan bireysel sözleşmedeki amacın çerçeve sözleşmedeki amaçtan farklı olabileceğini, müşterilerin çerçeve sözleşme ile aracılık hizmeti satın alırken amaçları bireysel sözleşmeler ile kâr elde etmek olsa da bu amaca ulaşmak için yatırım kuruluşu tarafından sunulan hizmeti tüketmek zorunda olduklarını, dolayısıyla genel müşterilerin çerçeve sözleşme ile aldıkları aracılık hizmeti nedeniyle ticari veya mesleki amaçla hareket etmediklerinin ve tüketici sıfatını haiz olabileceklerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Öte yandan bu görüşte olan yazarların bazıları; portföy aracılığı faaliyeti yürüten yatırım kuruluşunun sözleşmenin tarafı olduğu durumda sözleşme aracılık sözleşmesi olarak ifade edilse de taraflar arasında bir aracılık hizmeti değil satış sözleşmesinin söz konusu olduğunu, portföy aracı olan yatırım kuruluşunun işleme konu sermaye piyasası aracının alınmasına aracılık etmeksizin doğrudan kendi portföyünde bulunan sermaye piyasası aracını alım satımına konu ettiğini, dolayısıyla bu aracılıktan faydalanan kişinin ikincil piyasada üçüncü bir kişiden sermaye piyasası aracı satın alan kişiden farksız olduğunu savunmaktadır⁷⁹.

⁷⁷ **Sunay Akın**, Nesrin, 'Finansal Hizmet, Finansal Tüketici Kavramları ve Bireysel Yatırımcının Tüketici Sıfatı ile Korunması': Topbaş, Hakan & Üçışık, Fehim (Editörler) (2014) 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara, Bilge, s. 324; **Paslı**, Ali, 'Yatırımcı mı, Tüketici mi?', Topbaş, Hakan & Üçışık, Fehim (Editörler) (2015) 4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara, Bilge, s. 415; **Töremiş**, H. Ebru (2020), 'Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 24, s. 253; **Çetin**, Nusret (2011), 'Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 15, s. 9; **Özer**, Işık (2018), 'Sermaye Piyasasında İşlem Yapan Yatırımcıların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunup Korunamayacakları Sorunu Üzerine Bir İnceleme' BATİDER, S: 1, C: 34, s. 41; **Yıldırım Soysal**, s. 94; **Ata**, s. 69.

⁷⁸ **Töremiş**, Tüketici Sıfatı, s. 251. Yazar, kural olarak profesyonel müşterilerin tüketici sıfatına sahip olamayacağını, ancak profesyonel müşteri grubunda yer alan Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 31/1-d maddesindeki profesyonel müşteriler ile talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilen müşterilerden Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 32/1- a ve b maddesinde belirtilen müşterilerin ticari veya mesleki amaçla hareket edip etmediklerinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **İlgün**, Ömer Faruk (2021) Tüketici İşlemleri Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 53.

⁷⁹ **Ayhan**, s. 28; **Töremiş**, Tüketici Sıfatı, s. 255; **Çetin**, s. 5; **Ata**, s. 71.

3. Konuyla İlgili Yargıtay Uygulaması ve Yansımaları

TKHK'nın yürürlüğe girmesinden önce türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, mutlak ticari dava olduğu ve asliye ticaret mahkemesinin görev alanında kaldığı hususunda uygulamada uyuşmazlık bulunmamaktaydı. TKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 11. Hukuk Dairesince; yatırım kuruluşları ile müşteriler arasında yapılan türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinin TKHK'nın 3/(1)-I maddesi gereğince bankacılık ve benzeri sözleşme niteliğinde olduğu ve işbu sözleşmelerin de tüketici işlemi sayılması gerektiği, ayrıca bu sözleşmelerin TKHK'nın 49. maddesi gereğince finansal hizmet niteliğinde olduğu, dolayısıyla anılan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin tüketici mahkemeleri olduğu yönünde kararlar verilmiştir⁸⁰.

⁸⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 23.06.2016, E: 2016/90, K: 2016/6987. "... Dava, taraflar arasında akdedilen "Kaldıraçlı Alım Satım Alım İşlemleri Çerçeve Sözleşmesinin" feshi ile uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmiş ise de, dava tarihinde yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/k ve I maddelerinde, tüketici ve tüketici işlemi tanımlanmıştır. Buna göre tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi ise, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere, her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. Aynı Yasanın "Diğer Tüketici Sözleşmeleri" başlıklı 5. bölümünde yer alan 49. maddesi, "Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler" başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme ise, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Yine aynı Yasanın 73/1. maddesi, "Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir." hükmünü, 83. maddesi ise, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili, diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." hükmünü amirdir. Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki ilişkinin, tüketici işlemi kapsamında kaldığı ve bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, mahkemece davaya bakmakla görevli olduğunun kabulü ile işin esasına girilip, gerekli araştırma ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde Asliye Ticaret Mahkemesi görevli ol-

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.12.2015 tarihli ve 2015/9952 E, 2015/12886 K. sayılı kararı ile benzer şekilde opsiyonlu döviz mevduatı ve opsiyon işlemleri aracılık çerçeve sözleşmesinin tüketici işlemi olduğu, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta asliye ticaret mahkemesinin değil tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle tüketici mahkemesinin kararı bozulmuş; tüketici mahkemesinin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.05.2018 tarihli ve 2017/11-22 E, 2018/1102 K. sayılı kararı ile satıcı veya sağlayıcı karşısında yer alan kişinin ticari veya mesleki olmayan amaçla (kâr elde etme amacı olmaksızın) hareket etmesi gerektiği, davacının hizmeti alma amacı gözetildiğinde bu ticari amaç karşısında tüketici sayılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararında direnen tüketici mahkemesinin kararı onanmıştır. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.06.2016 tarihli ve 2016/90 E., 2016/6987 K. sayılı kararına tüketici mahkemesince direnilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.02.2019 tarihli ve 2017/11-2348 E, 2019/82 K. sayılı kararı ile; taraflar arasında imzalanan kaldıraçlı alım satım işlemleri aracılık çerçeve sözleşmesinde bu sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım işlemlerinin "ticari amaçlı" olduğunun belirtildiği, bir işlemin tüketici hukukuna tabi sayılabilmesi için tüketicinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi gerektiği, müşterinin (davacının) bu ticari amaç karşısında tüketici sayılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle uyuşmazlıkta ticaret mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiş ve asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararında direnen tüketici mahkemesinin kararı onanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda belirtilen kararlarından sonra Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de görüş değiştirerek; türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin her halükarda ticari amaçla hareket ettiği, dolayısıyla müşterinin tüketici sıfatına sahip olamayacağı ve bu sözleşme-

duğü gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 18.10.2016, E: 2016/11038, K: 2016/8223; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 20.01.2016, E: 2016/96, K: 2016/536; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 08.03.2017, E: 2017/692 E, K: 2017/1363; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.06.2017, E: 2017/2141, K: 2017/4020.

nin de tüketici işlemleri sayılamayacağı, bu nedenle bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararlar vermeye başlamıştır⁸¹.

Yargıtay tarafından türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde istikrarlı kararlar verilmesine rağmen bu hususta hâlen bölge adliye mahkemeleri arasında uygulama birliği bulunmamaktadır. Hatta aynı bölge adliye mahkemesinin hukuk daireleri arasında dâhi görüş ayrılığının bulunduğu, görevli mahkeme konusunda farklı kararlar verildiği görülmektedir⁸².

⁸¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 24.06.2019, E: 2019/1152, K: 2019/4773; "... Mahkemece, ... davanın opsiyonlu döviz mevduatı ve opsiyon işlemleri aracılık çerçeve sözleşmesi, özel bankacılık hizmet ve genel kredi sözleşmelerinden kaynaklandığı, taraflar arasında düzenlenen sözleşmelerde davacının tüketici konumunun bulunmadığı, davacının amacının parasını değerlendirmek suretiyle ticari olduğu, taraflar arasında TTK'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların TTK'nın 4. ve 5. maddeleri gereğince ticaret mahkemesinde görülüp çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görevsizlik nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir... davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..." Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.06.2022, E: 2020/7461, K: 2022/4330; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.03.2023, E: 2021/65571, K: 2023/1777.

⁸² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, T: 02.12.2022, E: 2021/341, K: 2022/1508; "... Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2017/11-2348 Esas 2019/82 Karar sayılı ilamındaki gerekçesi taraflar arasında imzalanan "Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin konu maddesinde "ticari" amaçla yapıldığının açıkça belirtilmiş olması"dır. Anılan gerekçeye karşı da iki üyenin muhalefet şerhi vardır. Finansal hizmetlerin tüketici işlemleri kapsamına alındığı yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Eş anlatımla işin sadece finansal olması işlemin tüketici işlemleri olmadığını göstermeyecektir. Doktrinde de tasarruf sahibinin bireysel yatırımcının bir aracı kurum ile çerçeve sözleşmesi imzalanmasının tüketici işlemleri olduğu ve tüketici mahkemelerinin görevli olduğu da belirtilmektedir (Doç. Dr. N. Füsün Nomer Ertan; Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi - Tebliğler Tartışmalar, sayfa 24-25). Bu aşamada yatırımcının bireysel yatırımcı olup olmadığının tespiti gerekir. Bu kapsamda ise SPK'nun yayınladığı "Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ" kapsamında değerlendirme yapılabilir. Bu kapsamda eldeki davadaki davacıların işlem hacmi ve işlem tutarı (40.402,01 TL) gözetildiğinde bireysel yatırımcı niteliğinde kaldığı anlaşılmaktadır. Zaten taraflar arasındaki sözleşmenin konu kısmında ticari amaç niteliği bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında somut olaya gelindiğinde; taraflar arasındaki ilişki 6502 sayılı Yasanın 3/(1)-k ve 49. maddeleri uyarınca finansal hizmet sözleşmesi niteliğinde, davacılar ise somut dosyada dava konusu finansal hizmet işleminde ticari ve meslek amaçlı hareket etmediğinden tüketici konumunda olup dava tarihi itibarıyla bu tür davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Göreve ilişkin kurallara ise kamu düzeninden olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilir (Emsal mahiyette; Yargıtay 11. Hu-

Bu kapsamda türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesince⁸³ tüketici mahkemesinin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesince⁸⁴ asliye ticaret mahkemesinin, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesince⁸⁵ asliye ticaret mahkemesinin, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesince⁸⁶ tüketici mahkemesinin, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince⁸⁷ tüketici mahkemesinin, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesince⁸⁸ asliye ticaret mahkemesinin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesince⁸⁹, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesince⁹⁰, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesince⁹¹ ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 37. Hukuk Dairesince⁹² asliye ticaret mahkemesinin, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesince⁹³ tüketici mahkemesinin, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesince⁹⁴ tüketici mahkemesinin,

kuk Dairesi'nin 01/11/2016 tarih 2016/11909 Esas 2016/8559 Karar sayılı içtihatı). Hal böyle olunca, mahkemece somut uyuşmazlıkta tüketici mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek davanın göreve ilişkin dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir..."

⁸³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, T: 05.07.2023, E: 2023/994, K: 2023/1036; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi, T: 08.09.2022, E: 2021/1330, K: 2022/1002.

⁸⁴ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, T: 30.06.2021, E: 2021/878, K: 2021/854.

⁸⁵ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi, T: 11.01.2021, E: 2020/928, K: 2021/23.

⁸⁶ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, T: 09.11.2022, E: 2022/2136, K: 2022/375.

⁸⁷ Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, T: 19.11.2020, E: 2020/1623, K: 2020/1056.

⁸⁸ Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, T: 23.01.2023, E: 2021/1415, K: 2023/134.

⁸⁹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, T: 12.07.2023, E: 2023/1424, K: 2023/1119.

⁹⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, T: 11.05.2023, E: 2021/271, K: 2023/760.

⁹¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, T: 27.04.2023, E: 2023/2, K: 2023/715.

⁹² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 37. Hukuk Dairesi, T: 18.05.2023, E: 2022/3084, K: 2023/1413.

⁹³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi, T: 29.12.2022, E: 2022/1241, K: 2022/1491.

⁹⁴ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, T: 30.12.2022, E: 2022/1355, K: 2022/1987.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesince⁹⁵ asliye ticaret mahkemesinin, Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesince⁹⁶ asliye ticaret mahkemesinin, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesince⁹⁷ tüketici mahkemesinin, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesince⁹⁸ asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararlar verildiği anlaşılmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁹⁹ (HMK) 353/(1)-a-3 maddesi gereğince mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması durumunda bölge adliye mahkemesi, esası incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar vermektedir.

Bölge adliye mahkemelerinin görev hususunda verdiği kararlar HMK'nın 353/(1)-a-3 maddesi gereğince kesin olduğundan bu kararların denetimi Yargıtay tarafından yapılamamaktadır (HMK m. 362/(1)-g). Böylece türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda tam bir belirsizlik söz konusudur. Özellikle görev gibi kamu düzenini ilgilendiren bir hususta kesin olarak karar veren bölge adliye mahkemelerinin vereceği kararlar arasında hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkı gereğince uygulama birliğinin bulunması gerekir. Uygulama birliğinin sağlanamaması, Anayasa Mahkemesinin¹⁰⁰ birçok bireysel başvuru kararında da ifade ettiği üzere, hakkın yerine getirilmesini engelleyeceği gibi hukuki güvenlik ilkesine ve adil yargılanma hakkının ihlaline de neden olabilecektir. Bu

nedenle öncelikle 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un¹⁰¹ 35. maddesi gereğince "uyuşmazlığın giderilmesi" yoluna başvurulması ve bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin ilgili Yargıtay dairesince kendi istikrarlı kararları doğrultusunda ortadan kaldırılması gerekmektedir.

4. Görüşümüz

Müşterilerin sermaye piyasasında işlem yapılması için bir yatırım kuruluşu ile zorunlu olarak bir çerçeve aracılık sözleşmesi yapması gerekmektedir. Bu sözleşme ile müşteriler ikincil piyasalarda türev araç alım satımı yaparak kazanç elde etmeyi amaçlamaktadır. Gerçekten de teknik anlamda bilgi ve tecrübe gerektiren ve kaybetme ihtimalinin de yüksek olduğu sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan bir müşterinin yaptığı yatırım neticesinde kâr ya da faiz gibi getiri amaçlaması olağan bir durumdur. Müşteri bu ticari amacına yatırım kuruluşu ile yapacağı çerçeve sözleşme kapsamında verdiği emirler (bireysel sözleşmeler) sayesinde ulaşacaktır. Öğretide ikincil piyasada bireysel sözleşme ile türev araç işlemleri yapan müşterilerin ticari amaçla hareket ettikleri konusunda tartışma bulunmamakta; bu durumda müşterinin tüketici olamayacağı kabul edilmektedir. Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmek, kişinin mal veya hizmetten nihai yararlanan olması, yani mal veya hizmeti kâr veya çıkar amacı gütmeksizin, kendi özel ihtiyacı ve tüketimi için elde etmesi olarak anlaşılmalıdır¹⁰². Oysa müşterinin temel amacı bakımından ele alındığında türev araç alım satımına aracılık sözleşmeleri sadece kâr elde etme odaklı olduğundan ticari amaç içermektedir. Öğretideki tartışma, müşterinin çerçeve sözleşme ile yatırım kuruluşundan işlem aracılığı ve emir iletimine aracılık faaliyeti satın aldığı ve bu hizmeti tükettiği durumda da tüketici olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasındadır.

Kanaatimizce müşterinin ticari amacına ulaşmak için işlem aracılığı ve emir iletimine aracılık faaliyeti yürüten yatırım kuruluşu ile türev araç alım

⁹⁵ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Hukuk Dairesi, T: 29.09.2021, E: 2020/485, K: 2021/871.

⁹⁶ Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, T: 26.01.2023, E: 2023/56, K: 2023/151.

⁹⁷ Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, T: 24.05.2023, E: 2023/360, K: 2023/962.

⁹⁸ Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, T: 10.03.2022, E: 2022/360, K: 2022/367.

⁹⁹ 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2015/889, K.T. 17.11.2016.

¹⁰¹ 07.10.2004 Tarih ve 25606 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁰² **Zevkliler**, Aydın & **Özel**, Çağlar (2016) Tüketicinin Korunması Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 94; **İlgün**, s. 8.

satımına aracılık çerçeve sözleşmesi yapmak zorunda olması, yatırım kuruluşundan alınan aracılık hizmetinin amacını ticari olmaktan çıkarmaz. Zira türev araç alım satımına aracılık çerçeve sözleşmesi bireysel sözleşmedeki ticari amaca ulaşmak için yapıldığından çerçeve sözleşmedeki aracılık hizmeti alınmasındaki amacın da ticari olması asıldır. Başka bir deyişle yatırım kuruluşundan alınan aracılık hizmeti ile bağlantılı olarak yapılan bireysel sözleşmedeki amacın çerçeve sözleşmedeki amaçtan farklı olması düşünülemez. Nitekim ticari bir amaca ulaşmak için yapılan aracılık sözleşmelerinin amacının da ticari olduğu kabul edilmelidir¹⁰³. Dolayısıyla müşterilerin çerçeve sözleşme ile aldıkları aracılık hizmeti nedeniyle de ticari veya mesleki amaçla hareket ettikleri ve tüketici sıfatını haiz olamayacakları kabul edilmelidir.

Bu itibarla Yatırım Kuruluşları Tebliği'ndeki müşteri sınıflandırmasından bağımsız olarak, türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin nihai amacı ticari olduğundan hem çerçeve sözleşme hem de bireysel sözleşme kapsamında müşterinin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca sözleşme kapsamında yatırım kuruluşunun yaptığı aracılık faaliyeti türünün de irdelenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bir sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için taraflardan birinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi; diğer tarafın ise ticari veya mesleki

amaçlarla hareket etmemesi (tüketici olması) gerekmektedir. Müşteri bu sözleşmelerde her hâlikarda ticari amaçlarla hareket ettiği için tüketici olarak kabul edilemeyeceği gibi sözleşmenin de tüketici işlemi olması mümkün değildir. Bununla birlikte bünyesinde fazla risk taşıyan bu sözleşmeleri yapan müşterilerin yatırımlarını kaybetme ihtimalleri de vardır. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerindeki tarafların bilgi asimetrisi, ürün çeşitliliği ve karmaşıklığı karşısında müşterinin korunması gereken ise de bunun yolu müşteriyi tüketici olarak kabul etmek de olmamalıdır.

Öte yandan türev araç alım satımına aracılık sözleşmesi, TKHK'nın 3/1-1 maddesinde örnekleme yoluyla sayılan sözleşmelerden "bankacılık ve benzeri sözleşmeler" kapsamında değerlendirilebilecek olsa da sözleşmenin bir tarafı tüketici sıfatına sahip olmadığından buradan hareketle anılan sözleşmelerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte TKHK'nın 49/1 maddesi gereğince finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Bu kapsamda türev araç işlemleri TKHK'nın 49/1 maddesinde belirtilen, banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme hizmetlerinden farklı bir finansal hizmettir¹⁰⁴. Zira türev araç işlemlerinde anılan Kanun'da belirtilen finansal hizmetlerin aksine müşterinin ticari amaç haricinde hiçbir alanı bulunmamaktadır.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinde müşteri ticari amaçla hareket ettiğinden ve dolayısıyla tüketici sıfatına sahip olmadığından tüketici mahkemeleri görevli değildir. O hâlde türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olduğundan bu davalara asliye ticaret mahkemesinde bakılması gerekmektedir¹⁰⁵.

¹⁰³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T: 27.01.2016, E: 2015/37472, K: 2016/2004; "... Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Eldeki davada, davacı şirket davalıya ait fabrika binasının kiralanması hususunda imzalanan sözleşme uyarınca hak kazandığı komisyon ücretinin tahsili için yaptığı icra takibine vaki iptalini istemiştir. Davalı, kendisine ait fabrika binasının kiralanması için davacıyla sözleşme yapmış olup komisyon sözleşmesine konu olan taşınmazın niteliği göz önüne alındığında 6502 sayılı yasa tanımlanan tüketici vasfını taşımamaktadır. Komisyon sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalı, tüketici yarasında tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevlidir..."

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T: 11.02.2020, E: 2018/1189, K: 2020/1838; "... Somut olayda; taraflar arasındaki tellallık sözleşmesi ticari nitelikli büro satımına ilişkin olup, taraflardan hiç birinin tüketici olduğundan bahsedilemeyeceğine göre..."

¹⁰⁴ Seven, s. 216.

¹⁰⁵ Hâkimler ve Savcılar Kurulunun 07.07.2021 tarihli ve 608 sayılı kararı ile asliye ticaret mahkemelerinin bulunduğu Adana, Alanya, Ankara, Ankara Batı, Antalya, Aydın, Bakırköy, Balıkesir, Bursa, Denizli, Diyarbakır, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Gebze, İskenderun, İstanbul, İstanbul Anadolu, İzmir, Karşıyaka, Kayseri, Kocaeli, Konya, Manisa, Mersin, Muğla, Sakarya, Samsun, Şanlıurfa, Tekirdağ ve Trabzon asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri belirlenmiş; genel olarak yargı çevreleri bulunduğu ilin mülki idare sınırları olarak tespit edilmiştir. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu HSK kararı gözetilecektir.

Hemen belirtilmelidir ki türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili asliye ticaret mahkemesi, bu hususta kanunlarda özel bir düzenleme veya herhangi bir kesin yetki kuralı mevcut olmadığından, HMK'daki genel ve özel yetki kurallarına göre belirlenir. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin ticari amaçla hareket etmesi onun aynı zamanda tacir olduğu anlamına gelmemektedir. Yatırım kuruluşunun tacir olduğu gözetildiğinde müşterinin aynı zamanda tacir olması türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde yer alan yetki şartı (yetki sözleşmesi) konusunda önem arz etmektedir. Zira HMK'nın 17. maddesi gereğince tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. Dolayısıyla müşterinin tacir olduğu durumda türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinde yetkili mahkeme belirlenmişse davanın o yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılması gerekecektir.

V. SONUÇ

Türev araçlar, değerini kendisine konu edilen başka bir varlığın değerinden alan, finansal risklere karşı katlanılabilir maliyetlerle korunabilmeyi sağlayan sermaye piyasası aracı kapsamında finansal araçlardır. Bu finansal araçların değerleri kendisine konu edilen varlıkların piyasalarda gerçekleşen değerlerinden türetilmiş olmaları nedeniyle türev araç kavramı tercih edilmiştir. Türev araçlar, piyasaların ihtiyacına ve konu edilen varlıkların çeşitliliğine göre farklılık göstermekte olup sınırlı sayıda değildir; her zaman Kurul'un öngördüğü yeni türev araçlar üretilebilir. Bu kapsamda uygulamada yüzlerce farklı özellikte türev araç görülebilmekle birlikte, bu türev araçların temelini futures (vadeli işlem) sözleşmeleri ile forward sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bunların yanında opsiyon sözleşmeleri, swap sözleşmeleri, kaldıraçlı işlem sözleşmeleri (foreks) ve fark kontratları da en çok kullanılan türev araçlardır. Futures sözleşmeleri düzenlenmiş piyasalarda, opsiyon sözleşmeleri ve swap sözleşmeleri hem düzenlenmiş hem de tezgahüstü piyasalarda, forward sözleşmeleri, kaldıraçlı işlem sözleşmeleri ve fark kontratları ise tezgahüstü piyasada işlem görmektedirler.

Müşterilerin sermaye piyasasında türev araç alım satım işlemi yapabilmeleri için yetkili bir yatırım kuruluşu ile türev araç alım satımına aracılık sözleşmesi yapması zorunludur. Bu sözleşme, yatırım kuruluşu ile müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve müşteri tarafından verilen emirlerle kurulan bireysel sözleşmelerin esasını oluşturan bir çerçeve sözleşmedir. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul tarafından belirlenmiştir. Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde çerçeve sözleşme ile bireysel sözleşmelerin hukuki nitelikleri birbiriyle iç içe geçmiş durumdadır. Bu itibarla türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ve müşterinin tüketici sıfatının tespit edilmesinde çerçeve sözleşme ile bireysel sözleşmelerin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinin gün geçtikçe artarak Türkiye'de ciddi bir işlem hacmine ve müşteri sayısına ulaşmasıyla birlikte taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda da ciddi oranda artış görülmektedir. Yatırım kuruluşları tarafından sunulan aracılık hizmeti, ister düzenlenmiş piyasalarda isterse tezgahüstü piyasalarda işlem gören türev araçlara ilişkin verilsin uyuşmazlık, müşterinin ticari işletmesiyle ilgili olmasa dâhi TTK'nın 4/1-e maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliğindedir. Ancak türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olsa da görevli mahkemenin belirlenmesi, müşterinin tüketici sıfatına sahip olup olmasına bağlıdır. Zira TKHK'nın 83/2 maddesi gereğince taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılması bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Anılan düzenleme ile tüketici mahkemelerinin görev alanı ile diğer özel mahkemelerin görev alanı çatıştığında tüketici mahkemesi lehine tavır alınmıştır.

TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte müşterinin türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde ticari amaçla hareket edip etmediği ve dolayısıyla tüketici sıfatına sahip olup olmadığı hususu öğreti ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur. Özellikle öğretilerdeki tartışmaları bir yana bırakırsak türev araç alım satımına aracılık sözleşmesinden kaynaklanan

uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olacağı konusunda bölge adliye mahkemelerinin verdiği çelişkili kararlar mevcuttur.

Yatırım Kuruluşları Tebliği'nin 30. maddesi gereğince yatırım kuruluşları, tüm müşterilerini profesyonel ya da genel müşteri olarak sınıflandırmak, bu sınıflandırmaya uygun olarak hizmet ve faaliyet sunmak ve müşteri sınıflarına uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Kanaatimizce bu sınıflandırmanın türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinde müşterinin tüketici sıfatını belirlemede bir anlamı bulunmamaktadır. Zira türev araç alım satımına aracılık sözleşmesi kapsamında tüm müşteriler ikincil piyasalarda türev araç alım satımı yaparak aradaki farktan kazanç elde etme amacıyla hareket etmektedir. Gerçekten de teknik anlamda bilgi ve tecrübe gerektiren işlemler yaparak sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan bir müşterinin yaptığı yatırım neticesinde kâr ya da faiz gibi getiri amaçlaması olağan bir durumdur. Müşteri bu ticari amacına yatırım kuruluşu ile yapacağı çerçeve sözleşme kapsamında verdiği emirler (bireysel sözleşmeler) sayesinde ulaşacaktır. Bu ticari amacına ulaşması için zorunlu olarak çerçeve sözleşme kapsamında aracılık hizmeti alması gerekir. Dolayısıyla ticari amacına ulaşmak için kullandığı bu aracılık hizmetindeki amacı da ticaridir. Böylece yatırım kuruluşu sadece emir iletimine aracılık ve işlem aracılığı faaliyeti yürütse ve uyuşmazlık bu aracılık hizmetinden kaynaklansa dâhi müşterinin tüketici olduğu kabul edilmemelidir.

Yargıtay'ın istikrar kazanan son kararlarında; türev araç alım satımına aracılık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda müşterinin amacının her halükarda ticari olması nedeniyle tüketici sıfatına sahip olamayacağı ve uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu belirtilmektedir. Buna rağmen bu konuda bölge adliye mahkemeleri arasında ve hatta bölge adliye mahkemelerinin kendi daireleri arasında görevli mahkemenin belirlenmesinde tam bir uyuşmazlık söz konusudur. Bölge adliye mahkemelerinin görev hususunda verdiği kararlar HMK'nın 353/(1)-a-3 maddesi gereğince kesin olduğundan bu kararların denetimi Yargıtay tarafından da yapılamamaktadır (HMK m. 362/(1)-g). Görev gibi kamu düzenini ilgilendiren bir hususta kesin olarak karar veren bölge adliye mahkemelerinin vereceği kararlar arasında hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkı gereğince uygulama birliğinin bulunması çok önemlidir. Uygulama birliğinin sağlanamaması, hakkın yerine getirilmesini engelleyeceği gibi hukuki güvenlik ilkesine ve adil yargılanma hakkının ihlaline de neden olabilecektir. Bu nedenle öncelikle 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35. maddesi gereğince "uyuşmazlığın giderilmesi" yoluna başvurulması ve bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin ilgili Yargıtay dairesince kendi istikrarlı kararları doğrultusunda ortadan kaldırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel**, Burak (2017), '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 3, s. 1-8. (Kısaltılmışı: Sermaye Piyasası Aracı).
- Adıgüzel**, Burak (2023) Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet.
- Akçaoğlu**, Ertuğrul (2002) Finansal Türev Ürünlerinin Vergilendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Altan**, Mikail & **Güzel**, Fatih (2015), 'Forex Piyasasının Türkiye'deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri', Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S: 33, s. 203-214.
- Anbar**, Adem & **Karabıyık**, Lale (2018) Sermaye Piyasası ve Yatırım Analizi, 2. Baskı, Bursa, Ekin.
- Antalya**, Gökhan (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: I, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Aslan**, Ali Çetin (2022) Medeni Usul Hukukunda Görev, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Arıkan**, Ahmet Naci (2003), 'Döviz Dayalı Olarak Yapılan Forward İşlemlerinin İşleyişi ve Vergi Usul Kanunu Açısından Değerlemesi' Vergi Dünyası, S: 259, s. 55-65.
- Arkan**, Sabih (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arslan**, Ramazan & **Yılmaz**, Ejder & **Taşpınar Ayyavz**, Sema & **Hanağası**, Emel (2018) Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Ata**, Özlem (2020) Sermaye Piyasası Hukukunda Alım Satım Aracılık Faaliyetlerinde Yatırımcının Korunması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Aydın**, Sema (2009) Borsa İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Ayhan**, Hatice Ebru (2008), 'Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali' (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bahtiyar**, Mehmet (2019) Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bahtiyar**, Mehmet & **Biçer**, Levent (2016), 'Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 3, C: 22, s. 395-436.
- Bak**, Başak (2009), 'Borsa Opsiyon Sözleşmeleri' Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 64, s. 39-74.
- Batı**, Murat (2016), 'Forward Sözleşmeler Vergiden Kaçınma Aracı mıdır?', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 65, s. 1217-1244.
- Çetin**, Nusret (2011), 'Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 15, s. 1-23.
- Çetin**, Nusret & **Töremiş**, Ebru (2008), 'Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: 12, s. 77-102.
- Deliduman**, Seyithan & **Oruç**, Yakup (2012), 'Ticari Davalar' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 2, C: 18, s. 99-110.
- Direnisa**, Efe (2019), '6502 Sayılı Kanun ile Yargıtay Kararları Işığında Tüketicilerin Kaldıraçlı Alım Satım (Foreks) İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme' Legal Hukuk Dergisi, S: 197, C: 17, s. 1975-2010.
- Döner** Kemal (2017), 'Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar' Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 36, C: 22, s. 137-185.
- Durbin**, Michael P. (2005) All About Derivatives: The Easy Way to Get Started, Fully Revised Second Edition, New York.
- Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 214.
- Erol**, Ümit (1994) Futures Piyasaları: Teori ve Pratik, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği.
- Ertuna**, Özcan (1982) Finansal Kurumlar, 1. Baskı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Gökayla Demir**, Cemile (2001), 'Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satım Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, s. 173-200.
- Hull**, John C. (2017) Options, Futures and Other Derivatives, Ninth Edition, Pearson.
- İlgün**, Ömer Faruk (2021) Tüketici İşlemleri Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- İnceoğlu**, Mehmet Murat (2004) Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Karacan**, Ali İhsan & **Erişir Karacan**, Esra (2021) Sermaye Piyasası Araçları, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Karacan**, Ali İhsan (2021) Sermaye Piyasasında Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri Krediler ile Teminat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Karşlı**, Muharrem (2004) Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler, 4. Baskı, İstanbul, Alfa.

- Kaygısız**, Timur Altay (2008) Tezgahestü (OTC) Türev İşlemlerin Merkezi Takası, SPK Yeterlik Etüdü.
- Keskin**, Ayşe Dilşad (2008), 'Hukuki Açından Finansal Türev Araç Kavramı', BATİDER, S: 4, C: 24, s. 125-153.
- Keskin**, Ayşe Dilşad (2008) Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, 1. Baskı, Ankara, Yetkin. (Kısaltılmışı: Swap).
- Kırca**, İsmail (2000) Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Koruyan**, Adil (2001) Sermaye Piyasası Taraflar Kurumlar İşlemler, 1. Baskı.
- Küçüksozen**, Cemal (1999) Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması Türk Sermaye Piyasasının Bu Açından Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu.
- Memiş**, Tekin & **Turan**, Gökçen (2022) Sermaye Piyasası Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özer**, Işık (2018), 'Sermaye Piyasasında İşlem Yapan Yatırımcıların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunup Korunamayacakları Sorunu Üzerine Bir İnceleme' BATİDER, S: 1, C: 34, s. 37-92.
- Paslı**, Ali, 'Yatırımcı mı, Tüketici mi?', Topbaş, Hakan & Üçışık, Fehim (Editörler) (2015) 4. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara, Bilge, s. 412-416.
- Penezoğlu**, Yusuf Gökhan (2004) Hukuki Yönleriyle Vadedi İşlem Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı.
- Redhead**, Keith (1997) Financial Derivatives an Introduction to Futures Forwards Options and Swaps, 1st Edition, Pearson Education.
- Seven**, Vural (2017), 'Kaldıraçlı Alım Satım İşlemlerinde Görev Sorunu-Karar İncelemesi' İzmir Barosu Dergisi, S: 3, s. 199-219.
- Seyidoğlu**, Halil (1992) Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, 3. Baskı, Ankara, Güzem Can.
- Shilov**, B. N. & **Semenov**, S. V. (2011) Forex Bilmeniz Gereken Her Şey, 1. Baskı, İstanbul, Scala (Çeviren: Abak, Anıl).
- Strażisar**, Borut, 'Rolling Spot Forex Trading Financial Problem or Ponzi?' (January 23, 2012), <http://ssrn.com/abstract=1990526>, s.e.t. 01.10.2023.
- Sunay Akın**, Nesrin, 'Finansal Hizmet, Finansal Tüketici Kavramları ve Bireysel Yatırımcının Tüketici Sıfatı ile Korunması': Topbaş, Hakan & Üçışık, Fehim (Editörler) (2014) 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara, Bilge, s. 318-338.
- Sümer**, Ayşe (2002) Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, 1. Baskı, İstanbul, Alfa.
- Şendur**, Yeşim (2017), 'Forex Piyasası Riskler' İktisadi İdari ve Siyasi Bilim Dergisi, S: 2, C: 2, s. 23-28.
- Temple**, Peter (2009) CFDs Made Simple a Straight-forward Guide to Contracts for Difference, 1st Edition, Great Britain, Harriman House.
- Tevetoğlu**, Mete (2010) Sermaye Piyasasında Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Töremiş**, H. Ebru (2020), 'Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 4, C: 24, s. 227-262. (Kısaltılmışı: Tüketici Sıfatı).
- Töremiş**, Hatice Ebru (2022) Sermaye Piyasası Faaliyetleri Bağlamında Yatırımcının Tüketici Olarak Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tuğlu**, Ali (2010), 'Forex ve Forex işlemlerinde Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi' Vergi Dünyası, S: 343, s. 62-65.
- Turanboy**, Asuman, '6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Sermaye Piyasası Aracı ve Menkul Kıymet Kavramları': Kırca, İsmail & Şit İmamoğlu, Başak (Editörler) (2019) Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 1285-1292.
- Ünal**, Oğuz Kürşat (1997) Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, 1. Baskı, Ankara, Yaklaşım.
- Yanlı**, Veliye (2005) Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Yaslıdağ**, Beyhan (2014) Forex Piyasası İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Yavilioğlu**, Cengiz & **Delice**, Güven (2006), 'Tezgahestü Türev Piyasaları: Bir Değerlendirme', Maliye Dergisi, S: 151.
- Yıldırım Soysal**, Hanım (2018), 'Sermaye Piyasası Hukukunda Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Zevkililer**, Aydın & **Özel**, Çağlar (2016) Tüketicinin Korunması Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

BANKA KREDİ YETKİLİLERİNİN KREDİ İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE KARAR AŞAMALARINDA YER ALMA YASAĞI^(*)

PROHIBITION OF PARTICIPATION BANK CREDIT OFFICIALS IN EVALUATION AND DECISION-MAKING STAGES OF CREDIT TRANSACTIONS

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY^(**)
Arş. Gör. Gökay AĞIRBAŞ^(***)

Öz

Bankalarda kredi açma yetkisi yönetim kuruluna aittir. Kurul, bu yetkisini kredi komitesine veya genel müdüre devredebilir. Genel müdür bu yetkisini bölge müdürlükleri, şubeler veya diğer alt birimleri aracılığıyla kullanabilir. Kredi açma yetkisi, bu hususta bir karar almak suretiyle kullanılır. Bununla birlikte 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 51/3 gereğince kredi yetkilisi; kendisi, eşi, velâyeti altındaki çocuğu ve bu sayılanlarla aynı risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilerin taraf oldukları kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarına katılamaz. Çalışmamızda bahsi geçen hükümde düzenlenen yasak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Kredi Açma Yetkisi, Menfaat Çatışması, Değerlendirme ve Karar Aşamalarında Yer Alma Yasağı.

Abstract

The authority to extend credit in banks belongs to the board of directors. The board may delegate this authority to credit committee or the general manager. The general manager can exercise this authority through regional directorates, branches or other sub-units. The authority to extend credit is exercised by taking a decision in this regard. On the other hand, pursuant to article 51/3 of the Banking Law no. 5411, the credit authorized may not participate in the evaluation and decision-making stages regarding the credit transactions to which he/she, his/her spouse, children under his/her custody, nature and legal persons in the same risk with these persons are parties. In our study, the prohibition regulated in the aforementioned provision will be examined.

Keywords

Authorization to Extend a Credit, Conflict of Interest, Prohibition of Participation in Evaluation and Decision-Making Stages.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 23.10.2023 / Kabul Tarihi: 01.12.2023).

^(**) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (ilbasmis@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0560-4498).

^(***) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (gagirbas@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8528-8557).

Atıf/Citation: İlbasmış Hızlısoy, Özlem & Ağırbaş, Gökay (2023), "Banka Kredi Yetkililerinin Kredi İşlemlerine İlişkin Değerlendirme ve Karar Aşamalarında Yer Alma Yasağı", TFM, C: 9, S: 2, s. 255-268.

I. GİRİŞ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK)¹ m. 7/1(a)'da bankaların anonim şirket olarak kurulması şart koşulmuştur. Diğer kanun hükümlerini saklı tutarak bankaların hangi konularda faaliyet gösterebileceğini düzenleyen BankK m. 4/1(c)'de “[n]akdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri” de faaliyet konuları arasında sayılmıştır. Kredi verme yetkisi ise yönetim kuruluna bırakılmış, kurulun bu yetkisini kredi komitesine ve genel müdürlüğe devredebileceği hükme bağlanmıştır (BankK m. 51/1 ve 2). Bu yetki, kredi talep eden kişiye kredi verilip verilmeyeceği ve verilecekse hangi şartlar altında verileceği hususunda karar almayı ifade eder². Buna karşılık bankacılık mevzuatında, kredi verme yetkisine sahip olanların birtakım kredi işlemleri hakkındaki karar alma sürecine katılmaları yasaklanmıştır. Nitekim BankK m. 51/3'e göre “[k]redi açma yetkisini haiz olanlar, kendileri ile eş ve velâyeti altındaki çocuklarının veya bunlarla risk grubu oluşturan diğer gerçek ve tüzel kişilerin taraf olduğu kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar verme aşamalarında yer alamaz ve bu hususu yazılı olarak yetkililere bildirir”. Bahsi geçen yasağa, Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik (BKİİY)³ m. 5/4'te de yer verilmektedir⁴.

II. YASAĞIN AMACI

Kredi yetkilisi ile BankK m. 51/3'te sayılan kişiler arasında yakın ailevi veya ekonomik ilişkiler mevcuttur. Bu yüzden bahsi geçen kişilere ait menfaatler ile bankanın menfaati karşı karşıya geldiğinde kredi yetkilisinin tarafsız davranmaması yönünde bir tehlike ortaya çıkabilir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla kredi yetkilisi, menfaat çatışması yaratan kredi işlemlerinden dışlanmıştı⁵.

III. YASAĞIN EMREDİCİ NİTELİĞİ

Bankaların anonim şirket oldukları dikkate alındığında, BankK m. 51/3'ün, öncelikle emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340) çerçevesinde değerlendirilmesinde fayda vardır. TTK m. 340/1, c. 1'e göre esas sözleşmeyle TTK'nın anonim şirketler hakkındaki hükümlerinden sapılması, Kanunda saptırmaya açıkça izin verildiği takdirde mümkündür. Öyleyse anonim şirketler hakkında TTK'dan başka kanunlarla, dolayısıyla BankK ile getirilen hükümler TTK m. 340'ın kapsamı dışındadır⁶.

Bir hükmün emredici olup olmadığı tespit edilirken lâfzı, ruhu ile kontrol edilmeli, özellikle amacı ve korumaya çalıştığı menfaat araştırılmalıdır⁷. BankK m. 51/3'ün, banka menfaatini koruma amacı ile “yer alamaz” ve “bildirir” şeklindeki mutlak ifadeleri dikkate alındığında, emredici bir hüküm olduğu sonucuna varılabilir. O hâlde bu yasağın genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla, esas sözleşme hükümleri yahut banka içi düzenlemelerle daraltılması veya ortadan kaldırılması mümkün değildir. Aksi takdirde emredici bir hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımını gündeme getirir⁸.

IV. BANKK M. 51/3 HÜKMÜNÜN TTK M. 393 HÜKMÜ İLE İLİŞKİSİ

Bir anonim şirket olan bankanın yönetim kurulu üyeleri hakkında TTK m. 393'te düzenlenen müzakereye katılma yasağı uygulama alanı bulur⁹. Anılan maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre yönetim kurulu üyesi kendisine, eşine, alt ve üst soyuna,

rekçeleri, s. 32 www.tbmm.gov.tr, s.e.t. 12.08.2023. Ayrıca bkz. Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (R.G. 01.11.2006/26333) ekinde yer alan Bankaların Kurumsal Yönetim İlkeleri, ilke 1/4 ve 3(d).

¹ R.G. 01.11.2005/25983.

² Kırca, İsmail & Şehirli Çelik, Feyzan Hayal & Manavgat, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, BTHAE, s. 622.

³ R.G. 01.11.2006/26333.

⁴ Anılan yasak 2999 sayılı Bankalar Kanunu (R.G. 09.06.1936/3325) m. 16'da, 7129 sayılı Bankalar Kanunu (R.G. 02.07.1958/9944) m. 42'de ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu (R.G. 02.05.1985/18742) m. 42'de birtakım farklılıklarla yer almıştı.

⁵ Yasağın amacı hakkında benzer ifadelerin yer aldığı BankK m. 51/3'ün gerekçesi için bkz. TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 972, Bankacılık Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/1007), Madde Ge-

⁶ Bu yönde bkz. Karasu, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 63; Veziroğlu, Cem (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 381.

⁷ Oğuzman, Kemal & Barlas, Nami (2016) Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 87, N. 290.

⁸ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK, R.G. 04.02.2011/27836) m. 27, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK, R.G. 14.02.2011/27846) m. 391 ve m. 447.

⁹ TTK m. 393'te düzenlenen hususların bankalar için de geçerli olduğu yönünde bkz. Taşdelen, Selim Servet (2015) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 328.

üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarına ait şirket dışı ve kişisel bir menfaat ile şirket menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bahsi geçen yasağa, BankK yürürlüğe girdiğinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı TTK)¹⁰ m. 332'de de yer verilmişti.

Müzakereye katılma yasağı, banka yönetim kurulu üyesinin ve ilişkili olduğu kişilerin taraf bulunduğu kredi işlemlerindeki menfaat çatışmaları hakkında da uygulanabilir niteliktedir. Ne var ki söz konusu menfaat çatışmaları BankK m. 51/3'te özel olarak hükme bağlanmıştır. Ayrıca TTK'nın anonim şirket hükümlerinin, bankalar hakkında, bankacılık mevzuatında öngörülen özel hükümler dışında uygulama alanı bulabileceği düzenlenmiştir (bkz. BankK m. 2/3, TTK m. 330/1). Buradan hareketle, kredi işlemlerindeki menfaat çatışmalarında TTK m. 393'ün tamamıyla bertaraf edildiği ileri sürülebilir. Buna karşılık BankK m. 51/3'ün öncelikle uygulanacağı, hakkında düzenleme bulunmayan konularda ise TTK m. 393'ün hükümlerine başvurulacağı da söylenebilir¹¹.

Bu yorumlardan ikincisinin daha isabetli olduğu düşüncesini taşımaktayız. Zira TTK m. 393'ün bazı hükümlerine kredi işlemlerindeki menfaat çatışmalarında da ihtiyaç duyulacaktır. Bu bağlamda müzakereye katılma yasağının uygulanıp uygulanmayacağına tereddüt oluştuğunda nasıl bir yol izleneceğine, yasağın dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda da uygulanacağına (f. 1, c. 2-4) ve yasağın ihlâlinin hukuki sorumluluğa yol açacağına (f. 2) ilişkin hükümler örnek gösterilebilir. Yine üyenin üst soyunun ve üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının taraf olduğu kredi işlemlerine ilişkin kararlara katılması BankK m. 51/3'te açıkça yasaklanmamıştır¹². Oysa bu kişilerin taraf olduğu kredi

işlemlerinde bankanın menfaatinin göz ardı edilmesi tehlikesine karşı TTK m. 393'ün getirdiği himayeden vazgeçildiğini savunmak güçtür. Çünkü bankalar, bilhassa mevduat kabulü [BankK m. 4/1(a)] yoluyla herhangi bir anonim şirkete kıyasla daha geniş bir çevrenin menfaatini ilgilendirmektedir; söz gelimi tasarruf sahipleri, banka pay sahipleri, devlet, hatta sistemik risk gibi tehlikeler gerçekleştiğinde finansal piyasalara katılımları dolayısıyla tüm toplum bu çevreye dâhil edilebilmektedir¹³.

Ayrıca müzakereye katılma yasağının varlığına rağmen kredi işlemlerindeki menfaat çatışmaları hakkında özel bir hüküm sevk edilmesinin sebebi de bu düşüncüyü desteklemektedir. Yönetim kurulu üyesinin ilişkili olduğu bazı tüzel kişilere ait menfaatler, BankK m. 51/3'ün uygulama alanına dâhil olduğu hâlde 6762 sayılı TTK m. 332'nin kapsamında açıkça yer almamaktaydı. Keza 6762 sayılı TTK m. 332'ye aykırılık hukuki sorumluluk yaptırımına bağlanmışken (f. 2), BankK m. 51/3'ün ihlâli ek birtakım yaptırımların uygulanmasına da sebebiyet vermektedir¹⁴. Bu hususlardan hareketle, görece geniş bir çevrenin menfaatini ilgilendiren bankalarda 6762 sayılı TTK m. 332'nin uygulama alanını genişletmek ve yaptırımlarını artırmak amacıyla BankK m. 51/3'ün sevk edildiği söylenebilir¹⁵.

Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerini kapsamına alan TTK m. 393'ün, kredi komitesi üyeleri ile genel müdürlükteki kredi yetkilileri tarafından alınan kredi kararlarında da uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmaya açıktır. Kredi yetkisinin devri, TTK m. 367/1 anlamında yönetim yetkisinin devri niteliği taşımaktadır¹⁶. Yönetim yetkisini dev-

¹⁰ R.G. 09.07.1956/9353.

¹¹ Nitekim bu iki hükmün birlikte göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. **Alıcı**, Yaşar (2017) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 867. Bunun yanı sıra BankK'nın TTK'yı daima bertaraf etmeyeceği sonucuna varan, bu iki kanun arasındaki ilişkiye dair değerlendirmeler için bkz. **Can**, Mehmet Çelebi (2016), 'Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi' GÜHFD, S: 1, C: 20, s. 39-42; **Göktürk**, Kürşat (2013) Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 39 vd.; **Şit**, Başak (2012), '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi' BATİDER, S: 4, C: 28, s. 176 vd.

¹² Kimlerin taraf olduğu kredi işlemlerinde BankK m. 51/3'ün uygulanacağı hakkında bkz. VI, B.

¹³ **Şit**, 'Banka Anonim Şirketi', s. 177 (ve bahsi geçen sayfadaki) dn. 4.

¹⁴ Söz konusu yaptırımlar hakkındaki açıklamalar için bkz. VIII, A.

¹⁵ TTK'da düzenlenmiş hususları tekrar etmemek amacıyla veya TTK'nın asgari hususları içermesinden dolayı BankK'da herhangi bir düzenleme getirilmemiş veya farklı bir düzenlemeye yer verilmiş olabileceği, bu yüzden sırf BankK hükümlerinin özel nitelikte olmasından yola çıkılarak TTK'nın uygulanmayacağı sonucuna varılması gerektiği yönünde bkz. **Şit**, 'Banka Anonim Şirketi', s. 177-178.

¹⁶ **Demir**, Evin Emine (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 88; **Göktürk**, s. 83; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 480 ve 621-624. Fakat aksi yönde bir görüş de mevcuttur. Bu görüş çerçevesinde, banka yönetim kurulunun kredi komitesi üzerinde yoğun bir gözetim ve denetim yetkisine sahip olduğu, fakat TTK m. 367/1 anlamında yetki devrinden söz edilebilmek için yetkiyi devralanların bağımsız bir şekilde karar verebilmeleri gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Koç**, Himmet (2017), 'TTK m. 367 Kapsamında Ban-

ralanlar, organ konumu kazanacaklarından, üyeler ile aynı sadakat yükümlülüğüne (TTK m. 369) tâbi olurlar¹⁷. Müzakereye katılma yasağı da bu yükümlülüğün özel görünümünden biri olduğu¹⁸ için TTK m. 393, kredi yetkisini devralanların verecekleri kredi kararlarında da uygulanabilmelidir¹⁹.

V. YASAĞIN MUHATABI OLARAK KREDİ YETKİLİSİ

Kredi açma yetkisini haiz olan yönetim kurulunun üyeleri BankK m. 51/3'teki yasağın muhatabıdır. Genel müdür ve onun yokluğunda genel müdür vekili, yönetim kurulunun doğal üyesi sayıldıklarından (BankK m. 23/1, c. 2) kurulca karara bağlanacak kredilerde yasağa tâbi olurlar. Türkiye'de şube açarak faaliyet sürdüren yurt dışında kurulmuş bankalarda ise yönetim kurulu ile aynı yetki ve sorumlulukları taşıyan müdürler kurulu (BankK m. 23/2) üyeleri hakkında yasak uygulanır.

ka Kredi Komitesinin Konumu ve Hukuki Niteliği' GÜHFD, S: 3, C: 21, s. 251 vd. Buna karşılık yoğun gözetim ve denetim yetkilerinin varlığı sebebiyle böyle bir sonuca varılamayacağı fikrindeyiz. Zira bu konudan bağımsız olarak öğretilerde, bankaların diğer anonim şirketlere kıyasla daha geniş bir çevrenin menfaatini etkilemesinden ötürü TTK'nın anonim şirketlere yaklaşımı ile BankK'nın bankalara yaklaşımı arasında farklılıklar olduğu, bu farklılıkların kredi düzenine ilişkin hükümlerde gözlemlenebildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Şit**, 'Banka Anonim Şirketi', s. 177. Görece geniş bir çevrenin menfaatini ilgilendiren bankalarda, kredi yetkisini devralanların daha etkin bir üst gözetime [TTK m. 375/1(e)] tâbi olması ihtiyacı doğmuş olabilir. O hâlde yoğun gözetim ve denetimi de yaklaşım farklılığının bir ürünü şeklinde yorumlamak, kredi yetkisinin devrinin TTK m. 367/1 anlamında bir devir olarak nitelenmesine engel görmemek gerekir.

¹⁷ **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 593.

¹⁸ **Akdağ Güney**, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 207; **Ayan**, Özge (2021) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 31; **Bozkurt**, Tamer (2023) Şirketler Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 311; **Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 76; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 662-663; **Kortunay**, Ayhan (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 206 ve 208; **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 424, N. 585.

¹⁹ Müzakereye katılma yasağının, üye olmadığı hâlde 6762 sayılı TTK m. 318/2 ve m. 319'a (TTK m. 366/2, m. 367/1 ve m. 370/2'ye) göre yönetim kurulunun yetkilerinden bir kısmını kullanan genel müdürler hakkında da uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Domaniç**, Hayri (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Ankara, Temel Yayınları, s. 616-617.

Yönetim kurulu kredi açma yetkisini devrettiği takdirde kredi komitesi üyeleri²⁰ ve genel müdürlüğün kredi açmaya yetkili mensupları da yasağın muhatabı hâline gelirler. Genel müdürlüğün kendisine bırakılan kredi açma yetkisini diğer birimleri²¹, bölge müdürlükleri veya şubeler aracılığıyla da kullanabileceği düzenlenmiştir²². Genel müdürlüğe ait kredi açma yetkisini kullanıyor olsalar dahi bu kişilerin de yasağın muhatabı olduklarını kabul etmek amaçsal yorumun gereğidir. Örneğin bankanın kredi açmaya yetkili mensuplarına aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere kredi verilmesi mümkün olduğundan (BankK m. 50), banka şube müdürü kredi talep ettiğinde şubenin kendisiyle ilgili alacağı kredi kararına katılmayacaktır²³.

Bunların dışındaki kişilerin de kredi açma yetkisini elde ederek yasağın muhatabı hâline gelip gelemeyeceği incelenmelidir. Öğretilerde kredi açma yetkisinin 6762 sayılı TTK m. 319/2'ye göre murahhas üyeye devredilip devredilemeyeceği tartışılmıştı. Bir görüş, bu soruya olumlu yanıt vermektedir²⁴. İkinci bir görüş, kredi açma yetkisinin devredilebileceği kişiler arasında yalnızca kredi komitesi ve genel müdürlüğün sayıldığı gerekçesiyle, murahhas üyeye devir yapılamayacağı yönündeydi²⁵. Üçüncü bir görüş olarak yönetim kurulunun sınırlara tâbi (BankK m. 54) bulunmayan kredileri açma yetkisinin devrine ilişkin usul ve esasları belirleme serbestisine sahip olduğu gerekçesiyle, bu tür kredileri açma yetkisi-

²⁰ Kredi komitesi, banka yönetim kurulunun üyeleri arasından seçeceği en az iki üye ile genel müdür veya vekilinden oluşur (BKİLY m. 6/1, c. 1).

²¹ "Diğer birimler" ile neyin kastedildiği hususunda bkz. BankK m. 3'teki "Yöneticiler" tanımı. Ayrıca bkz. **Göktürk**, s. 87-88.

²² Bkz. BankK m. 51/2, c. 2; BKİLY m. 5/1, c. 3. Bu yetkinin kimler aracılığıyla kullanıldığı, yönetim kurulu ve genel müdürlük kararlarına göre tespit edilecektir. Bkz. **Alıcı**, s. 847; **Reisoğlu**, Seza (2015) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1, 2. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları, s. 1013. Bununla birlikte (yönetim kurulu üyeleri, kredi komitesi üyeleri, genel müdür ve yardımcısının yanı sıra) uygulamada rastlanan kredi açmaya yetkili mensupların şu kişiler olduğu ifade edilmektedir: Kredi açmaya yetkili birimin müdürü ve yardımcısı, bölge müdürü ve yardımcısı ile bölge müdürlüğü bünyesindeki kredi komitesi üyeleri, şube müdürü ve yardımcısı ile şube bünyesindeki kredi komitesi üyeleri. Bkz. **Alıcı**, s. 847.

²³ **Reisoğlu**, 2015, s. 1017.

²⁴ Bkz. **Doğrusöz**, Hanife (2010) Banka Yöneticilerinin ve Hâkim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 271-273; **Reisoğlu**, Seza (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, Ankara, Yaklaşım Yayınları, s. 670.

²⁵ Bkz. **Göktürk**, s. 75.

nin Murahhaslara devredilebileceği ileri sürülmekteydi²⁶. Sorun TTK döneminde de m. 367/1 ve m. 370/2 bağlamında ele alınmış ve kredi açma yetkisinin Murahhaslara devredilemeyeceği görüşü savunulmuştur²⁷.

Biz, üçüncü görüşün daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Zira sınırlara tâbi kredileri açma yetkisinin kimlere, hangi oranda devredilebileceği ve devralınan bu yetkinin nasıl kullanılacağı gibi konular, bizzat kanun koyucu tarafından BKİİY’de belirlenmiştir (bkz. m. 5-7). Bunun sebebi, teknik nitelik taşıyan kredi düzeninin sağlıklı işleyişinin ülke ekonomisi açısından oldukça önem arz etmesidir²⁸. Oysa sınırlara tâbi kredileri açma yetkisi TTK m. 367/1’e göre devredilirse, usul ve esaslar belirlenirken, esas sözleşmeye konulacak hüküm vasıtasıyla pay sahiplerinin iradeleri ön plana çıkacaktır. Bu durum kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulu, kanundaki sınırların gündeme gelmediği kredileri açma yetkisini devrederken BKİİY’deki usul ve esasları takip etmek zorunda değildir (BankK m. 51/2, c. 4). Anlaşılmaktadır ki kanun koyucuyu devrin usul ve esaslarını bizzat belirlemeye iten sebepler, sınırlara tâbi olmayan kredilerde mevcut değildir. Bundan dolayı bu tür kredileri açma yetkisi, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine yahut üçüncü kişilere devredilebilir. Bu durumda kredilere ilişkin verecekleri kararlarda yetki devralanlar da yasağın muhatabı olurlar.

Aşağıda belirtildiği üzere tüzel kişiler banka yönetim kurulu üyesi olabilir²⁹. Kredi yetkilisi olan tüzel kişi üye adına toplantılara katılan gerçek kişinin (TTK m. 359/2, c. 2) yer aldığı değerlendirme ve karar aşamalarında kendisine veya ilişkili olduğu kişilere ait menfaati banka menfaatinin önüne geçirme tehlikesi mevcuttur. Bu yüzden amaçsal yorumla, söz konusu gerçek kişi hakkında da yasağın uygulanması gerektiği savunulabilir³⁰.

²⁶ Bkz. **Akdağ Güney**, Necla (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 192-194.

²⁷ Bkz. **Alıcı**, s. 378.

²⁸ **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 623.

²⁹ Bkz. VI, B, 2.

³⁰ Müzakereye katılma yasağı bakımından aynı yönde bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, 210; **Çoştan**, Hülya (2013) ‘Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği’, BATİDER, S: 1, C: 29, s. 126; **Eminoğlu**, Cafer & **Çakır**,

VI. YASAĞIN UYGULANMA ŞARTLARI

A. İŞLEM BAKIMINDAN

BankK m. 51/3’teki yasak kredi işlemini kapsamına almaktadır. Kredi dışındaki herhangi bir iş ve işlem ancak TTK m. 393’ün kapsamına dâhil edilebildiği takdirde karara katılımı engeller.

BankK’da kredi kavramı tanımlanmamakla birlikte nelerin “kredi” olduğuna m. 48’de örnekleyici bir şekilde yer verilmiştir. Buna karşılık mezkûr hükümden teknik anlamda banka kredisi kavramının kapsamına da bulunmayan işlemler de kredi olarak sayılmıştır³¹. Kredi kavramının kapsamının geniş tutulmasındaki bir amaç kredi yasak ve sınırlarının dolanılmasını engellemektir³². Bu amaç gözetildiğinde BankK m. 51/3’te zikredilen “kredi” kavramının kapsamının da m. 48’e göre belirlenmesi yerinde olacaktır³³.

B. KİŞİ BAKIMINDAN

Kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarına katılma yasağının uygulanabilmesi, kredi işleminin tarafının belirli kişiler olmasına bağlıdır.

1. Kredi Yetkilisinin Gerçek Kişi Olması Hâlinde

Kredi yetkilisinin kendisinin veya eşinin yahut velâyeti altındaki çocuğunun taraf olduğu kredi işlemleri yasağın uygulanmasını gerektirir. Bunlardan herhangi birinin yer aldığı risk grubunda bulunanların taraf olduğu kredi işlemleri de yasağın kapsa-

Fatma Betül (2014) ‘Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması’, GÜHFD, S: 3-4, C: 18, s. 284; **Kırca**, İsmail (2012) ‘Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği’, BATİDER, S: 2, C: 28, s. 57; **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 407; **Özer**, Işık, ‘Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Müzakerelere Katılma Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları’: Alışkan, Murat & Mersin, Bilge Utkan & Sarıkaya, Sinan (Editörler) (2020) Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 357.

³¹ Bu hususta ve banka kredisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şit**, Başak (2011) Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, Ankara, BTHAE, s. 19 vd.

³² **Alıcı**, s. 688; **Tekinalp**, Ünal (2009) Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 222, N. 24-04. Aynı yönde bkz. **Reisoğlu**, 2015, s. 874.

³³ Vadeli taşınmaz mal alımı gibi kanuna göre kredi sayılan her işlemin BankK m. 51/3’teki yasağın kapsamına girdiği yolunda bkz. **Taşdelen**, s. 328.

mındadır³⁴. Gerçi BankK m. 51/3'ün lâfzı, yalnızca kredi yetkilisinin eşinin ve velâyeti altındaki çocuğunun risk grubu ile sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Fakat hükmün amacı, kredi yetkilisinin dâhil olduğu risk grubunda bulunanların taraf olduğu kredi işlemlerinde de ya sağın devreye girmesini icap ettirir.

Burada öncelikle bir gerçek kişi esas alınarak oluşturulan genel risk grubunda (BankK m. 49/1)³⁵ kimlerin bulunduğu tespit edilecektir. Ayrıca karşılıklı olarak ödeme güçlüğüne düşme ölçütüne göre bu risk grubunun genişleyebileceği (bkz. BankK m. 49/4) dikkate alınacaktır. Keza risk grubundaki kişilere kredi verilmesinin yasak olup olmadığına (bkz. BankK m. 50) da bakılacak, bu yönde bir engel bulunmuyorsa kredi kararına hangi yetkililerin katılabileceği araştırılacaktır³⁶.

Kredi yetkilisi olan yönetim kurulu üyeleri banka risk grubunda (BankK m. 49/2)³⁷ da yer almaktadır. Öyleyse banka risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere verilecek kredilerde üyelerin tümü hakkında yasak uygulanacak ve yönetim kurulunca karar alınması mümkün olmayacaktır³⁸. Kredi yetkisi kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredildiği takdirde³⁹ de (genel müdürlüğün yetkisini diğer birimler, bölge müdürlükleri veya şubeler aracılığıyla

kullanması ihtimâli bir yana) aynı imkânsızlık gündeme gelecektir. Zira genel müdür ve yardımcıları ile (aynı zamanda yönetim kurulu üyesi veya genel müdür sıfatına sahip olan) kredi komitesi üyeleri de banka risk grubunda yer almaktadır.

Bununla birlikte BKİİY m. 4/2 hükmü bu imkânsızlığı kısmen engellemektedir. Buna göre banka risk grubunda bulunan "şirketlere" verilecek kredilerde iki şartın birlikte mevcut olması hâlinde değerlendirme ve karar aşamalarına katılma yasığı uygulanmaz. İlk olarak bankanın ve bahsi geçen şirketlerin yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü, sırf bu sıfatı taşımaktan ötürü banka risk grubuna dâhil olmalıdır. İkinci olarak yönetim kurulu üyesi veya genel müdür ile anılan şirketler arasında BKİİY m. 4/1(a), (c) ve (ç) bentlerinde açıklanan bir ilişki bulunmamalıdır. Bu ilişkiler, yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürün bankanın risk grubunda yer alan şirkette imtiyazlı paya malik olması veya kontrolü elinde bulunduran gerçek kişi ortağın/ortakların üçüncü dereceye kadar kan ya da ikinci dereceye kadar kayın hısmı olması yahut vasıf ve tecrübesiyle mütenasip olmayan özlük haklarına sahip olmasıdır.

BKİİY m. 4/2 hükmü yalnızca banka risk grubuna dâhil "şirketlere" verilecek kredileri kapsadığından, aynı risk grubundaki gerçek kişilere ancak diğer birimler, bölge müdürlükleri veya şubeler tarafından kredi verilebileceği görülmektedir.

2. Kredi Yetkilisinin Tüzel Kişi Olması Hâlinde

BankK m. 51/3'te kredi yetkilisinden sonra onun eşinden ve velâyeti altındaki çocuğundan söz edildiği dikkate alındığında bahsi geçen hükmün, kredi yetkilisinin gerçek kişi olacağı kabulünden hareketle düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, BankK yürürlüğe girdiğinde yürürlükte olan 6762 sayılı TTK'nın tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına cevaz vermemesinden (m. 312/2, c. 2) kaynaklanmaktadır. Öte yandan TTK ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarına imkân tanınmıştır (m. 359/2). Bu yüzden kredi yetkilisi olan yönetim kurulu üyesi tüzel kişi de olabilir⁴⁰.

³⁴ Risk grubu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Alıcı**, s. 815 vd.; **Reisoğlu**, 2015, s. 970 vd.

³⁵ Gerçek kişinin kendisi, eşi ve çocukları ile bunlardan herhangi birinin yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü olduğu, tek başına veya birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği (bkz. BankK m. 3) yahut sınırsız sorumlulukla katıldığı şirketler.

³⁶ **Alıcı**, s. 867.

³⁷ Bu hükme göre "[b]ir banka ile bankanın nitelikli pay sahipleri, banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü, genel müdür yardımcısı ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla bunlara denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticileri ile bunların eş ve çocukları, birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar, bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturur".

³⁸ **Alıcı**, s. 867.

³⁹ Banka risk grubunda bulunanlara açılacak kredilerin yönetim kurulunca karara bağlanacağı düzenlenmiş (BankK m. 50/4) ise de kurulun bu yetkisini BKİİY'de belirlenen usul ve esaslara göre kredi komitesi veya genel müdürlüğe devredebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, 2015, s. 992. Yetki devrine ilişkin kararın BankK m. 50/4'teki nitelikli çoğunlukla alınması gerektiğini belirterek bu yönde **Alıcı**, s. 859. Aksi yönde bkz. **Taşdelen**, s. 601-602.

⁴⁰ Buna karşılık Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun (BDDK) 20.09.2012 tarihli ve 4945 sayılı kararında bankalarda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağı belirtilmiştir. Karar met-

Kredi yetkilisi tüzel kişi olduğu takdirde bir tüzel kişi esas alınarak belirlenen genel risk grubunda kimlerin yer aldığı BankK m. 49/1'e göre tespit edilecektir⁴¹. Fakat bir gerçek kişi esas alınarak belirlenen genel risk grubuna bu gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü olduğu şirketler dâhil edilmiş iken tüzel kişiler bakımından böyle bir yol izlenmemiştir. Bu durum, yasak uygulanırken, gerçek kişi kredi yetkilisi ile tüzel kişi kredi yetkilisi arasında haklı olmayan bir farklılık yaratacaktır. TTK'nın getirdiği yenilik de dikkate alındığında bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü olduğu şirketlerin bu tüzel kişiyle aynı genel risk grubuna dâhil edilebileceği ileri sürülebilir. Bu hususlar dışında kredi yetkilisinin gerçek kişi olması hâline ilişkin yukarıda⁴² yer verilen açıklamalar, tüzel kişilerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde burada da geçerlidir.

VII. YASAĞIN KREDİ YETKİLİLERİNİ TÂBİ KILDIĞI YÜKÜMLÜLÜKLER

A. DENETİM KOMİTESİNE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarına katılma yasağının şartları gerçekleştiği takdirde ilgili kredi yetkilisi bu hususu yazılı olarak denetim komitesine bildirir (BKİİY m. 5/4). Türkiye'de şube açarak faaliyet gösteren yurt dışında kurulmuş bankalarda ise denetim komitesi yerine görevlendirilen müdürler kurulu üyesine (BankK m. 24/1, c. 4) bildirim yapılır.

Yasağa tâbi olmamasına rağmen kredi işlemindeki menfaat çatışmasını bilen kredi yetkililerinin de bildirim yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna

ni için bkz. **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 402, dn. 47. Öğretide BDDK'nın anılan kararını değiştirmedeği sürece banka yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişilerden oluşması gerektiğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Bkz. **Alıcı**, s. 370. Ancak bizim de katıldığımız baskın görüş, TTK ile getirilen yenilik doğrultusunda tüzel kişilerin de banka yönetim kurulu üyesi olmasının önünde bir engel bulunmadığı yönündedir. Bkz. **Can**, s. 28 vd.; **Caymaz**, Neşe (2018) Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 19-21; **Develi**, Emine (2016) Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, Seçkin, s. 50-51; **Reisoğlu**, 2015, s. 611; **Taşdelen**, s. 315. TTK m. 359/2 hükmünün özel kanunlara tâbi anonim şirketlere de uygulanacağı yönünde bkz. **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 402.

⁴¹ Bir tüzel kişinin birlikte veya tek başına, doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği veya sınırsız sorumlulukla katıldığı şirketler.

⁴² Bkz. VI, B, 1.

varılmalıdır⁴³. Zira aşağıda da incelendiği üzere bu bilgiye sahip kredi yetkilisi yasağın ihlâli dolayısıyla bankanın uğradığı zarardan sorumlu tutulmaktadır⁴⁴.

B. KREDİ İŞLEMLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME ve KARAR AŞAMALARINDA YER ALMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yasağa tâbi kredi yetkilisi, kredi kararına ilişkin müzakere ve oylama da dâhil, kredinin önerilmesinden⁴⁵ başlayarak açılmasına kadar geçen süreçte hiçbir şekilde yer alamaz⁴⁶.

Genel müdürün yasak sebebiyle bulunamadığı yönetim kurulu toplantısına, onun yokluğunda kurulun doğal üyesi sayılan vekili (BankK m. 23/1, c. 2) katılabilir⁴⁷. Kredi komitesi toplantısında herhangi bir komite üyesi hakkında yasak uygulanırsa, onun yerine, yönetim kurulunca belirlenmiş olan yedek komite üyelerinden biri görev ifa edebilir (bkz. BKİİY m. 6/1, c. 2)⁴⁸. Kredi komitesi için getirilen "yedek üyelik" çözümlünün yönetim kurulu bakımından da benimsenmesinin önünde bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Kuşkusuzdur ki yönetim kurulunun yedek üyeleri, asil üyeler için aranan şartları⁴⁹ taşımaları ve esas sözleşmeyle yahut genel kurul kararıyla belirlenmelidir.

C. YASAĞIN UYGULANMASINDA TEREDDÜT EDİLEN HÂLLERDE YÖNETİM KURULUNUN ALACAĞI KARARA KATILMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yasağın uygulanıp uygulanmayacağına tereddüt edilen hâllerde ilgili kredi yetkilisinin değerlendirme ve karar aşamalarına katılıp katılmayacağına yönetim kurulu

⁴³ Müzakereye katılma yasağı bağlamında, menfaat çatışmasına taraf olmayan üyeler bakımından aynı yönde bkz. **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 498; **Cankat**, Rifat (2022) Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 291; **Adıgüzel**, Burak & **İlbasmış Hızlısoy**, Özlem (2023) 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakereye Katılma Yasağı', AHBVÜHFD, S: 4, C: 27, s. 49.

⁴⁴ Bkz. VIII, B.

⁴⁵ Bkz. BKİİY m. 5/1, c. 4; m. 5/3, c. 2.

⁴⁶ **Taşdelen**, s. 608.

⁴⁷ "Genel müdürün yokluğu" kavramı geniş yorumlanarak, geçici veya sürekli bir sebeple genel müdürün katılmadığı toplantılarda vekilinin görev alabileceğine dair bkz. **Göktürk**, s. 78-79.

⁴⁸ **Koç**, s. 251.

⁴⁹ Bkz. BankK m. 23/1, c. 2; m. 25; m. 8(a), (b), (c) ve (d).

karar verir (bkz. TTK m. 393/1, c. 3). Yalnızca yönetim kurulunca değil, kredi komitesi ve genel müdürlükçe karara bağlanacak krediler açısından da aynı sonuç geçerlidir. Zira yönetim kurulu, kredi açma yetkisini devretse bile bu yetkiyi kullananların gözetimi ve denetimiyle yükümlüdür⁵⁰. Kanaatimizce kredi yetkililerinin taraf olduğu menfaat çatışmalarının takibi de bu yükümlülüğün bir uzantısıdır⁵¹. Bununla birlikte yönetim kurulu, tereddüt hâlinde nasıl bir karar verileceği hususunda, denetim ve gözetim faaliyetlerinin icrasına yardımcı olmak üzere oluşturulan (BankK m. 24/1, c. 1) ve yasağa tâbi olanların bildirimini yapıldığı denetim komitesinden yararlanabilir.

Kredi işlemindeki menfaat çatışmasıyla ilgili olan yönetim kurulu üyesi, genel müdür (veya yokluğunda vekili) ve kredi komitesi üyesi, yönetim kurulunca katılım hususunda alınacak karara katılmayacaktır (bkz. TTK m. 393/1, c. 4).

VIII. YASAĞA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

A. KULLANDIRILAN KREDİNİN BANKA ÖZKAYNAK HESABINDA İNDİRİM KALEMİ OLARAK DİKKATE ALINMASI

BankK m. 51/3'e aykırı bir şekilde kullandırıldığı tespit edilen kredilerin ilgili bankanın özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir⁵².

Söz konusu yaptırım, başka birtakım yaptırımları da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Gerçekten bu yaptırım uygulandığında özkaynakta bir düşüş meydana gelecektir. Dolayısıyla bazı kredilerin, özkaynaklara oranla hesaplanan kredi sınırlarını (BankK m. 54) aşması gündeme gelebilir⁵³. Bu aşımın gereken şekilde ve sürede⁵⁴ giderilmediği takdirde bankaya ve ilgili gerçek ve tüzel kişilere idari para cezası uygulanabilir⁵⁵. Ayrıca özkaynakların sermaye

yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması yahut bunun gerçekleşmek üzere bulunması hâli ortaya çıkarsa düzeltici, iyileştirici veya kısıtlayıcı önlemlerin (bkz. BankK 68 ilâ 70) alınması gerekebilir [BankK m. 67(c)]⁵⁶. Bu önlemler gerekli sürede alınmazsa veya alınmasına rağmen bankanın mali bünyesinin güçlendirilemeyeceği tespit edilirse BDDK tarafından bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya fona⁵⁷ devrine karar verilebilir [BankK m. 71/1(a)]. Banka yöneticilerinin, bu arada kredi yetkililerinin, kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya fona devredilmesine sebebiyet verdiklerinin tespiti hâlinde ise şahsi iflâslarına başvurulabilir (BankK m. 110)⁵⁸.

B. HUKUKİ SORUMLULUK

Kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarına katılma yasağını ihlâl eden yönetim kurulu üyesi, bankanın uğradığı zarardan TTK m. 393/2 gereğince sorumludur⁵⁹. Zamanaşımı ve tescül gibi hakkında düzenleme bulunmayan konularda ise genel sorumluluğa ilişkin TTK m. 553 vd. hükümlerinden yararlanılacaktır.

Usulüne uygun bir şekilde yönetim yetkisini devralanlar, organ sıfatı kazanarak yönetim kurulu üyeleri ile aynı sorumluluk rejimine tâbi olurlar⁶⁰. Bu yüzden TTK m. 393/2 ve m. 553 vd. hükümleri, kredi komitesi ve genel müdürlükçe alınan kredi kararlarına katılan yetkililer bakımından da gündeme gelir. Buna karşılık yetkisini devrettiği kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermeyen banka yönetim kurulu da bu kişilerin verdiği kredi kararlarından sorumludur (bkz. TTK m. 553/2). Burada kurulun, devrin kapsam ve sınırlarını açıkça ve ayrıntılı belirleme yükümlülüğü (BKİİY m. 5/3) ile kredi açmaya ilişkin politikaları oluşturma, bunların uygulanmasını sağlama ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü (BankK m. 51/1, c. 2) göz önünde bulundurulacaktır.

⁵⁰ Bu yükümlülükler hakkındaki açıklamalar için bkz. VIII, B.

⁵¹ "Yönetimle görevli kişilerin üst gözetimi", anonim şirket yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindedir [TTK m. 375/1(e)]. Bu görev ve yetkinin kapsamına yönetim faaliyetinin şirket menfaatleri doğrultusunda icra edilmediğinin denetlenmesi de dâhildir. Bkz. **Çamoğlu**, s. 197, **Kortunay**, s. 116.

⁵² BankK m. 51/4, Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik (R.G. 05.09.2013/28756) m. 9/8(a).

⁵³ **Reisoğlu**, 2015, s. 1018.

⁵⁴ Bkz. BankK m. 47/2, c. 1; BKİİY m. 18.

⁵⁵ Bkz. BankK m. 47/2, c. 2; m. 146/1(j), m. 148/1(a).

⁵⁶ **Şit**, Banka Kredisi, 214.

⁵⁷ BankK uygulamasında fon, "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu"nu ifade eder (BankK m. 3).

⁵⁸ Şahsi iflâs hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğrusöz**, s. 5 vd.; **Göktürk**, s. 7 vd.; **Tekinalp**, Banka Hukuku, s. 287 vd., N. 28-01 vd.

⁵⁹ Bkz. IV. Bununla birlikte TTK m. 393/2 hükmü olmasaydı dahi m. 553 vd. hükümlerinden hareketle aynı sonuca varılabilirdi. TTK m. 553/1'deki "Kanun" ibaresinin, banka yönetim kurulu üyeleri açısından BankK'yı da kapsadığı, BankK'yı ihlâl eden üyelerin (diğer şartlar da mevcutsa) TTK m. 553/1 gereğince sorumlu olacakları yönünde bkz. **Reisoğlu**, 2015, s. 632.

⁶⁰ **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 593.

Bunun yanı sıra banka yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğüne uygun davranmaması nedeniyle de sorumluluğu söz konusu olabilir (bkz. TTK m. 553/3). Kredi komitesinin oyçokluğuyla verdiği kararların kurulun onayıyla uygulanması (BKİİY m. 7/2), kurulun kredi komitesini denetleme yükümlülüğü ve her bir kurul üyesinin komitenin faaliyetleri hakkında bilgi alma ve kontrol yapma yetkisi (BKİİY m. 7/4) bu sorumluluğun tayininde dikkate alınacaktır⁶¹.

Sorumluluğun doğması için ihlâl fiili bir zarara yol açmalı, bu fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁶². Sorumluluğun kusur şartına gelince, müzakereye katılma yasağının ihlâli dolayısıyla gündeme gelen sorumluluk bakımından farklı görüşlerin ileri sürüldüğüne rastlanmaktadır. Birinci görüş, yönetim kurulu üyesinin yasağın varlığını bildiği veya hafif ihmâl de dâhil kusuruyla bilemediği durumlarda sorumlu tutulacağı yönündedir⁶³. İkinci bir görüş olarak, müzakere ve oylamaya katılımın her durumda yasaklandığı, yasağın uygulanma sebebine ilişkin bilginin sorumlulukta göz önünde bulundurulmadığı, bu sebeple yasağı ihlâl etmiş üyenin kusurlu sayılması gerektiği belirtilmektedir⁶⁴.

Bize göre BankK m. 51/3'e aykırılık sebebiyle bankanın uğradığı zarardan sorumlulukta birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira anılan hükümle yasağın kişi bakımından şartı, risk grubu ölçütü temel alınarak geniş belirlenmiştir. Ayrıca bu şartın tespitinde karşılıklı ödeme güçlüğüne düşme gibi muğlak bir ölçüte de başvurulmaktadır. Bunun yanı sıra banka risk grubunda yer alan yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürler, ancak BKİİY'de belirlenmiş bazı ek şartlar dâhilinde yasağın kapsamına dâhil olmaktadır. Kısacası yasağın uygulandığı bazı hâllerin kredi yetkilisi tarafından tespiti oldukça güçtür. Bu yüzden yasağı ihlâl etmiş olan

yetkilinin yasak hakkındaki bilgisine göre kusurun varlığını tespit etmek yerinde olacaktır⁶⁵.

Öte yandan kusurun mevcut olup olmadığının tespitinde belirleyici rol oynayan özen yükümlülüğü ve tedbirli yönetici ölçütü (bkz. TTK m. 369)⁶⁶, bazı hâllerde ilgili kredi yetkilisinin yasağın varlığını bildiği sonucuna ulaşmayı gerektirmektedir. Gerçekten tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranması gereken yetkili; kendisinin, eşinin, velâyeti altındaki çocuğunun, sınırsız sorumlulukla katıldığı şirketin vs. tarafı olduğu kredi işlemlerinin yasağın kapsamına dâhil olduğunu bilmelidir. Buna rağmen değerlendirme ve karar aşamalarına katılan yetkili yasağı kusuruyla ihlâl etmiş sayılır.

İlgili kredi yetkilisinin yasağı ihlâl etmesine karşı çıkmayan diğer kredi yetkilileri de bankanın uğradığı zarardan sorumlu tutulur. Tereddüt hâlinde verilen yönetim kurulu kararı sebebiyle yasak ihlâl edilmişse, kullandıkları oylarla bu kararın alınmasını sağlayan diğer yetkililer için de aynı sonuç geçerlidir. Ancak bu hâllerde sorumluluğun doğabilmesi için kredi işlemindeki menfaat çatışması nesnel bir şekilde mevcut olmalı veya diğer yetkililer tarafından bilinmelidir (bkz. TTK m. 393/2)⁶⁷. Menfaat çatışmasının nesnel olarak mevcudiyeti, hiçbir araştırmaya veya yoruma ihtiyaç duyulmaksızın açık olması anlamındadır⁶⁸. Buradan hareketle yasağa tâbi olmayan bir yetkilinin, ancak kastından veya ağır ihmâl düzeyindeki bilgisizliğinden dolayı sorumlu olacağı söylenebilir⁶⁹.

⁶¹ BankK m. 51'e uygun olarak kredi açma yetkisinin devri hâlinde, yetki devralanların ve banka yönetim kurulunun hukuki sorumluluğuna ilişkin bu açıklamalar için bkz. **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 621-624.

⁶² Müzakereye katılma yasağı bakımından aynı yönde bkz. **Domanıç**, s. 616; **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 498; **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 212; **Cankat**, s. 294; **Özer**, s. 362; **Adıgüzel & İlbasmış Hızlısoy**, s. 53. İhlâl fiilinin zarara sebebiyet vermiş olması gerektiği hakkında bkz. **Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 74.

⁶³ Bkz. **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 498; **Özer**, s. 363.

⁶⁴ Bkz. **Cankat**, s. 295.

⁶⁵ Aynı gerekçelerle, 6762 sayılı TTK döneminde dile getirilen ve m. 332'ye aykırılık hâlinde gündeme gelen sorumluluğun bir netice sorumluluğu olduğunu belirten görüşe de katılmıyoruz. Görüş için bkz. **Domanıç**, s. 685.

⁶⁶ **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 188; **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, s. 420, N. 579, s. 422, N. 583; **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 657.

⁶⁷ Anılan hükümde "menfaat çatışması nesnel olarak varken ve bilinirken" ibaresi kullanılmaktadır. Fakat buradaki "ve" bağlacının "veya" olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Kendigelen**, Abuzer (2016) Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 282, dn. 115; **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 498; **Özer**, s. 363;

⁶⁸ **Kırca & Şehirali Çelik & Manavgat**, s. 498; **Özer**, s. 363; **Tekin alp**, Ünal (2020) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 277, N. 12-99.

⁶⁹ "Menfaat çatışmasının nesnel olarak mevcudiyeti" şartı değerlendirilirken, kredi işleminin karşı tarafından alınan ve onun hakkında bilgi verebilecek olan hesap durumu belgesi (BKİİY m. 8 ve 9) ile mali tahlil ve istihbarat raporları (BKİİY m. 5/1, c. 3) da dikkate alınmalıdır.

C. İDARİ PARA CEZASI

BankK'ya dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerle, bu arada BKİİY'ye uymayanlar hakkında elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür [BankK m. 148/1(b)]⁷⁰. Dolayısıyla BKİİY m. 5/4'te de düzenlenen bu yasağa aykırılık, kredi yetkilisine idari para cezası uygulanmasını da gerektirir.

D. GEÇERSİZLİK

1. Kredi Kararının Geçersizliği

Kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarına katılma yasağına aykırı kararın geçerliliği sorununun 3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde incelendiği görülmektedir⁷¹. Nitekim bu dönemdeki bir görüşe göre ilgili yönetim kurulu veya kredi komitesi üyesinin kullandığı oyun sonucu etkilememesi hâlinde maddenin uygulanmayacağı düşüncesi kabul edilemez, çünkü bu üyeler müzakerelere katıldığında dahi verilen kredi kararı geçersiz olur⁷².

Öte yandan daha önce incelenen yaptırımlarla yasağın amacına ulaşılabileceği, dolayısıyla BankK m.

51/3'ün, ihlali geçersizlik yaptırımına bağlanmamış bir hüküm, yani düzen hükmü⁷³ olduğu da düşünülebilir⁷⁴. Fakat hukuki sorumluluk ve idari para cezası yaptırımları yeterli görülürse kredi yetkilisi bu yaptırımlara maruz kalmak pahasına kredi kararına katılabilecektir⁷⁵. Bu durumda hükmün amacına ulaşılabileceğini söylemek güçtür. Bununla birlikte kredinin özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınması yaptırımı ile bunun sonuçlarının yasağın amacına ulaşmaktaki elverişliliği tartışılmaya değerdir.

Geçersizlik yaptırımının uygulanabileceği kabul edilirse, 3182 sayılı Bankacılık Kanunu döneminde ileri sürülen görüşün aksine, yasağa aykırılığın tek başına kararın geçersizliğine yol açacağı sonucuna varılmamalı, karar nisabının ilgili kredi yetkilisinin katılımı sayesinde elde edilip edilmediği incelenmelidir. Farklı bir yorum, hukuki işlemleri⁷⁶ imkânlar dâhilinde ayakta tutma (*favor negotii/favor contractus*) ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Karar nisabı etkilenmediği hâlde değerlendirme aşamasında bulunmuş olmasının olumsuz sonuçlarının nasıl giderileceği sorusu akla gelebilir. Bu durumda ilgili yetkili, diğer yetkilileri etkilemişse diğer yetkililerin irade sakatlığı hükümlerine (bkz. TBK m. 36-39) başvurabilecekleri⁷⁷, böylece oylarını iptal edebilecekleri düşünülebilir. İptal edilen oylar sebebiyle karar nisabı bozulursa kararın yok hükmünde olacağı açıktır⁷⁸.

⁷⁰ Ayrıca bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu [R.G. 31.03.2005/25772 (Mükerrer)] m. 17/7.

⁷¹ Benzer sorun TTK m. 393 (6762 sayılı TTK m. 332) bakımından da tartışılmıştır. Bir görüş olarak, yasağın yaptırımının geçersizlik değil, hukuki sorumluluk olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Akdağ Güney**, Yönetim Kurulu, s. 211; **Bozkurt**, s. 312; **Domaniç**, s. 616; **Helvacı**, s. 74; **Teoman**, Ömer (2010), 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?' BATİDER, S: 4, C: 26, s. 11-14. İkinci bir görüş, ilgili üyenin katılımı sebebiyle toplantı ve karar nisabının sağlanması hâlinde kararın geçersiz olacağı yönündedir. Bkz. **Ayan**, s. 131; **Çamoğlu**, s. 91; **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, s. 418, N. 578; **Çoştan**, Hülya (2012), 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' BATİDER, S: 3, C: 28, s. 178; **Yanlı**, Veliye (2021) Yönetim Kurulu Üyesinin Müzakereye Katılması Yasağının İhlali Halinde Yetersayı Sağlanmaması Nedeniyle Kararın Geçersizliği, Hukukeğitim, s.e.t. 15.10.2023, s. 27-30; geçersizliğin butlan olduğunu söyleyerek bu yönde bkz. **Eriş**, Gönen (2007) Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, 2. C., 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1816; geçersizliğin yokluk olduğunu belirterek bu yönde bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2022) Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta, s. 210; **Özer**, s. 369-371. Üçüncü bir görüşe göre ilgili üyenin oyu geçersiz sayılmalı, geçersiz sayılan oylar sebebiyle nisap bozulduğu takdirde kararın yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Cankat**, s. 297; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 499.

⁷² Bkz. **Erem**, Faruk & **Altınok**, Akın & **Tandoğan**, Halûk (1989) Bankalar Kanunu Şerhi, 7. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 186.

⁷³ Düzen hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Baskıdan 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 539 vd., N. 23 vd.

⁷⁴ BankK m. 50, m. 51 ve m. 54 hükümlerinin düzen hükmü niteliği taşıdığı hakkında bkz. **Gürses**, Davut (2016) Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 171.

⁷⁵ Müzakereye katılma yasağına aykırılığın sadece hukuki sorumluluk yaptırımına bağlandığı görüşünde olan **Teoman**, ilgili üyenin tazminat ödemeyi göze alarak yasağa tâbi olduğu hâlde müzakereye ve oylamaya katılabileceğini, diğer üyelerce toplantıdan çıkarılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Teoman**, Ömer (2003) Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukukî Mütalâalar, Kitap 10: 2000-2002, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 65.

⁷⁶ Yönetim kurulu kararlarının hukukî işlem olduğu yönünde bkz. **Bozkurt**, s. 284.

⁷⁷ Müzakereye katılma yasağının ihlâline ilişkin olarak aynı yönde bkz. **Ayan**, s. 131-132; **Çamoğlu**, s. 92; **Poroy & Tekinalp & Çamoğlu**, s. 419, N. 578; **Çoştan**, 'Karar Alma', s. 178; **Özer**, s. 369.

⁷⁸ Genel olarak karar hukukî işlemi bağlamında, oyun iptali sebebiyle salt veya nitelikli çoğunluk yahut oybirliği bozulursa kararın geçersiz olacağı yönünde bkz. **Karayalçın**, Yaşar (1973) Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, A. Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri (Kollektif-komandit-limited-kooperatif şirketler), 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 124.

2. Kredi Kararına İstinaden Yapılan Kredi İşleminin Geçersizliği

Öğretide kredi yasak ve sınırlarına aykırılığın kredi işlemini geçersiz hâle getirmeyeceği görüşü ileri sürülmektedir⁷⁹. Bu görüşteki bazı yazarlar, kredi yasak ve sınırları arasına BankK m. 51/3 (7129 sayılı Bankalar Kanunu m. 42) hükmünü de dâhil etmekte⁸⁰ ve dolayısıyla anılan hüküm bakımından da aynı görüşü paylaşmış olmaktadır.

BankK m. 51/3'e aykırılığın kredi kararının geçersizliğine yol açtığı kabul edilse bile bankanın, bu geçersizliği bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan, yani iyiniyetli (TMK m. 3) üçüncü kişilere karşı kredi işlemiyle bağlı olacağı sonucuna varmak gerekecektir⁸¹. Zira geçersiz bir genel kurul veya yönetim kurulu kararına istinaden yapılan işlemin tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişiler, bu işlem dolayısıyla anonim şirkete başvurabilirler⁸².

IX. SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız önemli sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

Kredi işlemlerindeki menfaat çatışmalarında yönetim kurulu üyeleri hakkında BankK m. 51/3 ile TTK m. 393 birlikte uygulanmalıdır. Kredi komitesi üyeleri ile genel müdürlüğün bünyesindeki kredi açmaya yetkili mensuplar da yetkilerinin kapsamına giren krediler hakkında karar alırken TTK m. 393'e tâbi olmalıdır.

Kredi yetkilisi, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi de olabilir. Bu yüzden tüzel kişiler esas alınarak belirlenen genel risk grubunda bulunanların taraf olduğu kredi işlemleri de yasağın uygulanmasını ge-

rektir. Bu risk grubuna, tüzel kişi kredi yetkilisinin yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü olduğu şirketler de eklenebilir.

TTK m. 393/2 uygulanmak suretiyle kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar aşamalarında yer alma yasağını ihlâl eden kredi yetkilisinin hukuki sorumluluğuna başvurulur. TTK m. 393/2'de düzenlenmeyen hususlarda m. 553 vd. hükümleri uygulanır.

Yasağa aykırı davranan kredi yetkilisi, yasağın uygulanması gerektiğini biliyorsa veya hafif ihmâl de dâhil kusuruyla bilmiyorsa, şirketin uğradığı zarardan sorumludur. Buna karşılık tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmekle yükümlü olan kredi yetkilisinin, eşi ve çocuğu gibi birtakım kişilere ait menfaatler gündeme geldiğinde yasağa tâbi olduğunu bilmesi beklenir. Bu hâllerde ihlâl fiilinin kusuru barındırdığı sonucuna varılmalıdır. Öte yandan yasağa tâbi olmayan kredi yetkilileri, menfaat çatışmasının nesnel bir şekilde mevcudiyetine veya bilinmesine rağmen ilgili kredi yetkilisinin katılımına itiraz etmemişlerse veya tereddüt nedeniyle alınan kararda katılım lehine oy kullanmışlarsa sorumlu tutulurlar.

BankK m. 51/3'e aykırılık hâlinde geçersizlik yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı sorunu incelendiğinde, idari para cezası ile hukuki sorumluluk yaptırımlarının yasağın amacına ulaşmakta elverişli olmadığı görülmektedir. Yasağa aykırı bir şekilde kullanılan kredinin banka özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınması ve bunun meydana getirebileceği diğer sonuçlar sayesinde bu amacın elde edilip edilemeyeceği ise tartışılmayı hak eder. Yasağın ihlâlinin geçersizliğe yol açtığı görüşü kabul edilse bile, geçersiz bir kredi kararına dayanılarak yapılan kredi işleminden dolayı iyiniyetli üçüncü kişiler bankaya başvurabilecektir.

⁷⁹ Bkz. **Gürses**, s. 168 vd.; **Yüksel**, Ali Sait (1972) Bankacılık Yönünden Kredi Sözleşmesi, İstanbul, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, s. 123 vd. Bankaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bağlı olacağı yönünde bkz. **Alıcı**, s. 880-881; **Erem & Altınok & Tandoğan**, s. 195.

⁸⁰ Bkz. **Gürses**, m. 169; **Yüksel**, s. 129-130.

⁸¹ Müzakereye katılma yasağına aykırılık sonucunda geçersizlik yaptırımının uygulanabileceği görüşünü savunan bazı yazarlar da geçersiz karara dayanan işlem bakımından aynı sonuca varmaktadır. Bkz. **Cankat**, s. 298; **Kırca & Şehirli Çelik & Manavgat**, s. 499-500; **Yanlı**, s. 30.

⁸² Bu hususta bkz. **Kırca**, İsmail, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü': Ülgen, Hüseyin & Kaya, Arslan & Okutan Nilsson, Gül (Yayın Kurulu) (2003), Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, Ticaret Hukuku, İstanbul, Beta, s. 499-500.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel**, Burak & **İlbasmış Hızlısoy**, Özlem (2023), 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakereye Katılma Yasağı' AHBVÜHFD, S: 4, C: 27, s. 39-64.
- Akdağ Güney**, Necla (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akdağ Güney**, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Kısaltılmış: Yönetim Kurulu).
- Alıcı**, Yaşar (2017) Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Ayan**, Özge (2021) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bahtiyar**, Mehmet (2022) Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bozkurt**, Tamer (2023) Şirketler Hukuku, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Can**, Mehmet Çelebi (2016), 'Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi' GÜHFD, S: 1, C: 20, s. 27-64.
- Cankat**, Rifat (2022) Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Caymaz**, Neşe (2018) Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Üçüncü Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Çoştan**, Hülya (2012), 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı' BATİDER, S: 3, C: 28, s. 155-190 (Kısaltılmış: 'Karar Alma').
- Çoştan**, Hülya (2013), 'Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği' BATİDER, S: 1, C: 29, s. 117-137.
- Demir**, Evin Emine (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Develi**, Emine (2016) Tüzel Kişinin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, Seçkin.
- Doğrusöz**, Hanife (2010) Banka Yöneticilerinin ve Hâkim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Domaniç**, Hayri (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK. Şerhi II, Ankara, Temel Yayınları.
- Eminoğlu**, Cafer & **Çakır**, Fatma Betül (2014), 'Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması' AHBVÜHFD, S: 3-4, C: 18, s. 277-298.
- Erem**, Faruk & **Altınok**, Akın & **Tandoğan**, Halûk (1989) Bankalar Kanunu Şerhi, Yedinci Baskı, Ankara, BTHAE.
- Eriş**, Gönen (2007) Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri-Madde 223-556, 2. C., 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Göktürk**, Kürşat (2013) Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Gürses**, Davut (2016) Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Karasu**, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükmümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Karayağçın**, Yaşar (1973) Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, A. Giriş-Adi Şirket-Ticaret Şirketleri (Kolektif-komandit-limited-kooperatif şirketler), 2. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Kendigelen**, Abuzer (2016) Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kırca**, İsmail & **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, BTHAE.
- Kırca**, İsmail (2012), 'Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği' BATİDER, S: 2, C: 28, s. 51-59.
- Kırca**, İsmail, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü': Ülgen, Hüseyin & Kaya, Arslan & Okutan Nilsson, Gül (Yayın Kurulu) (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, Ticaret Hukuku, İstanbul, Beta, s. 495-506.
- Kocayusufoğlu**, Necip (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 4. Baskıdan 7. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Koç**, Himmet (2017), 'TTK m. 367 Kapsamında Banka Kredi Komitesinin Konumu ve Hukuki Niteliği' GÜHFD, S: 3, C: 21, s. 235-264.

- Kortunay, Ayhan** (2015) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, Kemal & Barlas, Nami** (2016) Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Özer, Işık**, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Müzakerelere Katılma Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları': Alışkan, Murat & Mersin, Bilge Utkan & Sarıkaya, Sinan (Editörler) (2020) Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 353-379.
- Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin** (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Reisoğlu, Seza** (2007) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, Ankara, Yaklaşım Yayınları.
- Reisoğlu, Seza** (2015) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1, İkinci Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları (Kısaltılmışı: 2015).
- Şit, Başak** (2011) Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, Ankara, BTHAE (Kısaltılmışı: Banka Kredisi).
- Şit, Başak** (2012), '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi' BATİDER, S: 4, C: 28, s. 175-205 (Kısaltılmışı: 'Banka Anonim Şirketi').
- Taşdelen, Selim Servet** (2015) Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Tekinalp, Ünal** (2009) Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık (Kısaltılmışı: Banka Hukuku).
- Tekinalp, Ünal** (2020) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Teoman, Ömer** (2003) Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalâalar, Kitap 10: 2000-2002, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Teoman, Ömer** (2010), 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?', BATİDER, S: 4, C: 26, s. 5-14.
- Veziroğlu, Cem** (2021) Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Yanlı, Veliye** (2021) Yönetim Kurulu Üyesinin Müzakereye Katılması Yasağının İhlali Halinde Yetersayı Sağlanmaması Nedeniyle Kararın Geçersizliği, Hukukeğitim, s.e.t. 15.10.2023.
- Yüksel, Ali Sait** (1972) Bankacılık Yönünden Kredi Sözleşmesi, İstanbul, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

HAYAT SİGORTASI SÖZLEŞMELERİNDE LEHTAR ATANMASINA İLİŞKİN YORUM KURALI^(*)

RULE OF INTERPRETATION REGARDING THE APPOINTMENT OF BENEFICIARIES IN LIFE INSURANCE CONTRACTS

Doç. Dr. Nurdan ORBAY ORTAÇ^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÇAKIR^(***)

Öz

Hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettiren ve sigortacı sözleşmenin taraflarını oluştururken, sigortalı ve lehtar sözleşmeyle ilgili kişiler olarak kabul edilir. Söz konusu sözleşmelerde sigorta ettiren tarafından lehtar atanmış ise lehtar sigorta bedelini sigortacıdan talep etme hakkına sahiptir. Ancak uygulamada herhangi bir lehtar tayininin yapılmadığı yahut birden fazla kişinin lehtar olarak tayin edildiği, ancak tayin edilen bu kişilerin sigorta bedeli üzerinde hangi oranda pay sahibi olduklarının belirlenmediği hayat sigortası sözleşmeleriyle de karşılaşmak mümkündür. Çalışmada bahsedilen hallere ilişkin “Lehtar atanma-sına ilişkin yorum kuralı” başlıklı TTK m. 1494 hükmü ele alınmış ve bu hükmün cevap vermediği sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Sözleşmesi, Hayat Sigortası, Lehtar, Sigortalı, Mirasçı.

Abstract

In a life insurance contract, the policyholder and the insurer are the parties to the contract, while the insured and the beneficiary are the persons related to the contract. If a beneficiary is appointed by the policyholder, the beneficiary has the right to claim the insurance amount from the insurer. However, in practice, it is possible to encounter life insurance contracts in which no beneficiary is appointed or more than one person is appointed as a beneficiary, but the ratio of the shares of these appointed persons on the insurance amount is not determined. In this study, Article 1494 of the TCC titled “Rule of interpretation regarding the appointment of beneficiaries” is analysed in relation to the aforementioned cases, and it is attempted to find solutions to the problems that are not answered by this provision.

Keywords

Insurance Contract, Life Insurance, Beneficiary, Insured, Heir.

(*) **(Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 17.11.2023 / Kabul Tarihi: 20.12.2023).**

(**) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (nurdanorbay@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-4274-7087).

(***) Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (acakir@kku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9259-5870).

Atıf/Citation: **Orbay Ortaç, Nurdan & Çakır, Ayşe** (2023), “Hayat Sigortası Sözleşmelerinde Lehtar Atanmasına İlişkin Yorum Kuralı”, TFM, C: 9, S: 2, s. 269-284.

GİRİŞ

Sigorta sözleşmeleri gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden bilinmeyen veya gerçekleşmesi muhtemel olmakla beraber ne zaman gerçekleşeceği kesin olmayan olaylara karşı sigorta himayesi sağlar. Can sigortası türlerinden birini temsil eden hayat sigortasında da sigortacı, hayatı sigorta edilen şahsın sözleşmenin devamı sürecinde yaşamını yitirmesi ya da sözleşmede belirtilen tarihe kadar yaşamını sürdürmesi yahut anılan bu iki olayı kapsayacak şekilde teminat sağlamayı taahhüt etmektedir¹.

Hayat sigortasına ilişkin hükümler TTK m. 1487 ila 1510 arasında derç edilmiş ve hayat sigortasının tanımına ilişkin olarak m. 1487/1'de, "*Hayat sigortası ile sigortacı, belli bir prim karşılığında, sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, sigortalının ölümü veya hayatta kalması hâlinde, sigorta bedelini ödemeyi üstlenir.*" ifadesine yer verilmiştir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere hayat sigortası sözleşmesinin, ölüm olayına karşı güvence sağlaması halinde, bahsi geçen olayın sonuçlarına karşı koruma; yaşama ihtimaline karşı himaye sağlaması halinde ise yatırım, diğer bir deyişle tasarruf amacı güttüğü söylenebilir².

Hayat sigortası sözleşmesinin taraflarından ve söz konusu sözleşmeyle ilgisi olan kişilerden bahsetmek gerekirse mezkûr sözleşme, esas olarak sigorta ettiren ve sigortacı arasında kurulur³. Sigorta sözleşmesini kendi adına akdeden yahut başkası tarafından adına sözleşme akdedilen kişi sigorta ettirendir. Bu kişi, sözleşmeden doğan birtakım haklara sahip

olurken bazı borç ve yükümlülükleri de üstlenir. Hal böyle olmakla birlikte hayat sigortası sözleşmesine ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK m. 1487/1'de sigortalı, TTK m. 1494/2'de ise lehtar kavramından bahsedilmiştir. Dolayısıyla sigortalı ve lehtar hayat sigortaları bağlamında ilgili kişiler olarak kabul edilecektir. Sigorta bedelinin ödenmesi, ölmesine yahut kararlaştırılan tarihte yaşamda olmasına bağlanan kişi sigortalı olarak adlandırılmaktadır⁴. Belirtmek gerekir ki hayat sigortası sözleşmelerinde sigortalı sıfatı, sigorta ettirenin kendisine ait olabileceği gibi başkasına da ait olabilir.

Hayat sigortaları çerçevesinde ilgili kişiler arasında sayılan lehtar ise sözleşmeye taraf olmamasına rağmen sigortalanan olay⁵ meydana geldiğinde sigorta bedelini sigortacıdan talep etme hakkını haiz olan kişidir⁶. Nitekim zikredilen husus TTK m. 1493/7'de, "*Sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça, lehtara aittir.*" şeklinde kalem alınmıştır. Ayrıca TTK m. 1490/1 ve m. 1493/1 hükmünden de anlaşıldığı üzere sigorta ettiren, hayat sigortası sözleşmesini bizzat kendi lehine akdebileceği gibi kendisi ve sigortalı haricindeki bir başkası lehine de akdedebilir. Keza bazı hayat sigortası sözleşmelerinde birden fazla lehtarın atandığı yahut herhangi bir lehtarın tayin edilmediği hallerde de karşılaşmak mümkündür. Sözleşmede birden fazla lehtar atanmış ancak her bir lehtar için sigorta bedeli üzerindeki hak sahipliği oranı belirlenmemişse bu oranın nasıl saptanacağı veya herhangi bir lehtar tayin edilmemişse sözleşmenin kimin lehine yapıldığının kabul edileceği sorunları çözüme kavuşturulmayı beklemektedir. Kanun koyucu "*Lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralı*" başlıklı TTK m. 1494 hükmü ile arz edilen sorunları çözüme kavuşturmayı amaçlasa da bu düzenleme bazı noktalarda yetersiz

¹ Hayat sigortasının türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozer**, Ali (1981) Sigorta Hukuku, Ankara, Olgaç, s. 157; **Eriş**, Gönen (2022) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1331; **Ünan**, Samim (2017) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C: III, İstanbul, Onikilevha, s. 6 vd.; **Şenocak**, Kemal (2009) Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası, Ankara, Turhan, s. 8 vd.; **Can**, Mertol (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku, C: I, Ankara, Adalet, s. 173; **Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2020) Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 335 vd.; **Kara**, Hacı (2021) Sigorta Hukuku, İstanbul, Onikilevha, s. 327 vd.; **Günay**, M. Barış (2022) 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 246; **Bozkurt**, Tamer (2018) Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 231 vd.

² Aynı yönde bkz. **Ünan**, s. 5 vd.; **Şenocak**, s. 3 vd.; **Can**, s. 174; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 333.

³ **Kanıbelli Adlığ**, Özsev, 'Hayat Sigortası': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu (Editörler) (2022) Sigorta Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1450 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 333; **Kara**, s. 325 vd.; **Günay**, s. 245.

⁴ **Kara**, s. 328; **Günay**, s. 247; **Topaloğlu & Dinç**, s. 1451. Ayrıca TTK m. 1454 hükmünde düzenlenen başkası lehine sigortadaki "*sigortalı*" kavramı ile karışmaması için başkasının hayatı üzerinde yapılan sigortada bu kişiye "*riziko şahsı*" denilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. **Kender**, Rayegan (2017) Türkiye Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 227; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 334.

⁵ Sigortalanan olay ve riziko arasındaki ilişki için bkz. **Orbay Ortaç**, Nurdan (2021), 'Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebepiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi' ERÜHFED, S: 2, C: 16, s. 83 vd.

⁶ **Kender**, s. 228; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 335; **Kara**, s. 330; **Günay**, s. 248; **Topaloğlu & Dinç**, s. 1452.

kalmaktadır. Nitekim yargı kararları ve öğretide yer alan görüşler incelendiğinde bahsi geçen sorunların çözümü noktasında yeknesak bir kanaatin varlığından da bahsedilemeyecektir. İşte bu çalışmada hayat sigortasında zikredilen sorunlar detaylı bir biçimde ele alınmış ve bu sorunların çözümü hususunda kanaatlere yer verilmiştir.

I. LEHTAR

A. LEHTAR TAYİNİ

Lehtar atanması ve değiştirilmesine ilişkin hükümlerin derç edildiği TTK m. 1493/1'den de anlaşılacağı üzere sigorta ettirenin, gerçek ya da tüzel kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi akdetmesi mümkündür. Buna göre sigorta ettiren, sözleşme sona ermeden önce sigortalının ölmesi ihtimaline karşı bir hayat sigortası sözleşmesi akdetmiş ve bu sözleşmede lehtar olarak üçüncü bir kişiyi atamış ise üçüncü kişi lehine ölüm ihtimaline karşı bir hayat sigortası sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir⁷. Öte yandan sigorta ettirenin, kendisinin veya başkasının hayatını, hayatta kalma ihtimaline karşı sigorta ettirmesi ve bu sözleşmede lehtar olarak bir üçüncü kişiyi ataması da mümkündür⁸. Arz edilen durumda ise üçüncü kişi lehine yaşam ihtimaline karşı bir hayat sigortası sözleşmesi söz konusu olacaktır. Önemle ifade etmek gerekir ki TTK m. 1490/2 gereğince, başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır⁹.

Üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmeleri kapsamında lehtar tayini işleminin hukuki niteliği konusunda ise TTK m. 1493/5 hükmü yol gösterici

olacaktır. Zira söz konusu hükümde, lehtar atanması ve lehtar değişikliklerinin sigortacının iznine bağlı olmadığı belirtilmiştir. Mezkûr hükme binaen sigortacı nazarında lehtarın kim olduğunun bilinmesinin gerekmediği, lehtarın sigortacı tarafından bilinmesinin sigortalanan olay gerçekleştiğinde onun kime ödeme yaparak borcundan kurtulacağı noktasında bir önem arz ettiği sonucuna ulaşılır¹⁰. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, TTK m. 1493/2'de sigorta ettirenin atadığı lehtarını sigortacıya bildirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla sigorta ettiren her ne kadar lehtar atarken yahut değiştirirken sigortacının onayını almak zorunda olmasa da atadığı lehtarını sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Bahsi geçen yükümlülüğün ihlali halinde ise TTK m. 1493/3 hükmü devreye girecek ve sigortacı iyiniyetle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulacaktır. Tüm bunlardan hareketle, sigorta ettirenin kendisine tanınan lehtar tayin etme yetkisi ve tayin ettiği lehtar hakkında değişiklik yapma yetkisinin tek taraflı, yenilik doğuran ve varması gerekli bir irade beyanı olduğu söylenebilir¹¹.

Sigorta ettirene tanınan lehtar atama ve lehtar değiştirme yetkisinin tek taraflı bir hukuki işlem olması hasebiyle lehtarın bu işleme katılması veya onayı aranmaz. Keza lehtarın, akdedilen bir hayat sigortası sözleşmesinde lehtar olarak atandığını bilmesi dahi gerekmez¹². Ayrıca üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmesi yapılabilmesi için lehtarın fiil ehliyetini haiz olması da zorunlu değildir¹³. Öte yandan sigorta ettirenin lehtar tayini yapabilmesi için tam ehliyetli olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip, ancak tam ehliyete sahip olmayan kişiler ise yasal temsilcilerinin izini veya onayı ile lehtar tayin edebileceklerdir¹⁴.

⁷ Ölüm ihtimaline karşı hayat sigortası sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünan**, s. 8 vd.; **Şenocak**, s. 13 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 335 vd.; **Kara**, s. 327; **Günay**, s. 246; **Bozkurt**, s. 231.

⁸ Yaşama ihtimaline karşı hayat sigortası sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünan**, s. 27 vd.; **Şenocak**, s. 17 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 343; **Kara**, s. 327; **Günay**, s. 246; **Bozkurt**, s. 231.

⁹ Hayat sigortalılarında menfaatle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Sayhan**, İsmet (2011) Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Ankara, Yetkin, s. 122; **Kara**, Etım (2020) Sigortalıların Menfaat İlkesi, Ankara, Yetkin, s. 128 vd.; **Topsoy**, Fevzi (2015), 'Başkasının Hayatı Üzerine Yapılan Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat' **BATİDER**, S: 2; C: 31, s. 131 vd.; **Bozer**, s. 221; **Eriş**, s. 1371; **Ünan**, s. 27 vd.; **Can**, s. 176 vd.; **Günay**, s. 249; **Bozkurt**, s. 229 vd.

¹⁰ Aynı yönde bkz. **Aydın**, Sevgican (2018) Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları, Ankara, Seçkin, s. 88; **Ünan**, s. 71; **Şenocak**, s. 46; **Kara**, s. 331.

¹¹ **Ünan**, s. 58 vd.; **Şenocak**, s. 47 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 337; **Kara**, s. 331; **Günay**, s. 249.

¹² Ancak ifade etmek gerekir ki hiç kimse kabul etmek istemediği bir iktisaba zorlanamayacağından lehtarın atama işlemini kabul edip etmeyeceği yönündeki karar kendi uhdesindedir.

¹³ **Bozkurt**, s. 224.

¹⁴ Öğretide, lehtar tayini işleminin geri alınmasının sigorta ettirene hukuki açıdan yarar sağlayan bir işlem olduğu, bu sebeple anılan işlem esnasında sigorta ettirenin yasal temsilcisinin onayının aranması gerekmediği yönünde bkz. **Şenocak**, s. 64.

Son olarak, üçüncü kişi lehine hayat sigortası sözleşmelerinin hukuki niteliğinden bahsetmek faydalı olacaktır. Kanun koyucu, hayat sigortası sözleşmelerine ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK m. 1493/7'de sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisinin, aksi kararlaştırılmadıkça, lehtara ait olacağını kaleme almıştır. Buradan hareketle lehtarın, sigorta bedeline ilişkin istem hakkını sigorta ettirenden devir yoluyla değil, akdedilen sözleşme vasıtasıyla aslen kazandığını; dolayısıyla lehtar tayin edilmiş bir hayat sigortası sözleşmesinin, TTK'nin sigorta hukukuna hasredilmiş hükümlerinde özel olarak düzenlenen tam üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğini taşıdığı sonucuna varılacaktır¹⁵.

B. LEHTAR TAYİNİ YÖNTEMLERİ

Lehtar atanmasına yönelik TTK m. 1493/4 hükmü incelendiğinde, sigorta ettirenin iki farklı yöntemle lehtar tayin edebileceği neticesine varılır. Nitekim sigorta ettirenin, tayin ettiği lehtarı daha sonradan değiştirebildiği ya da geri alabildiği hallerde dönülebilir lehtar tayininden¹⁶; aksine lehtarı değiştirebilme veya geri alabilme hakkından feragat ettiği hallerde ise dönülemez lehtar tayininden¹⁷ bahsedilecektir.

Dönülebilir lehtar tayininde, sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkı, sigorta ettiren lehine korunmaktadır. Lehtarın sigortacıya karşı sigorta bedelinin ödenmesi hususundaki talep hakkı sigortalanan olayın meydana gelmesiyle doğacaktır. Sigortalanan olayın gerçekleşmesinden önce sigorta ettiren, atadığı lehtarı geri alabilir, bir başka lehtar atayabilir, atadığı lehtarın alacağına ilişkin hakkını öncesine göre kısıtlayabilir, sigorta alacağını devredebilir yahut rehnebilir. Keza sigorta ettiren, sigortalanan olayın gerçekleşme anına kadar sigorta sözleşmesinden doğan yenilik doğuran hakları kullanma yetkisine sahiptir.

¹⁵ Bununla birlikte lehtar tayin edilmiş hayat sigortası sözleşmeleri, TBK m. 129'da düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler ile kıyaslandığında bazı farklılıklar ihtiva etmektedir. Söz konusu farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak**, s. 45; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 336 vd.

¹⁶ Dönülebilir lehtar tayini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eriş**, s. 1384; **Ünan**, s. 84 vd.; **Şenocak**, s. 66 vd.; **Can**, s. 187 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 337; **Günay**, s. 250; **Bozkurt**, s. 224 vd.

¹⁷ Dönülemez lehtar tayini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eriş**, s. 1384; **Ünan**, s. 86 vd.; **Şenocak**, s. 68 vd.; **Can**, s. 188 vd.; **Ayhan & Çağlar & Özdamar**, s. 337 vd.; **Günay**, s. 250; **Bozkurt**, s. 225.

Kanun koyucu, dönülebilir lehtar tayini için herhangi bir şekil şartı öngörmezken; dönülemez lehtar tayini hakkında TTK m. 1493/4'te bir şekil şartı öngörmüştür. Anılan hükümde, lehtar tayinin hangi yöntemle gerçekleştiği noktasında bir tereddüt hâsıl olmuş ise sigorta ettirenin lehtarı değiştirme hakkını saklı tuttuğunun kabul edileceği kaleme alınmıştır. Dolayısıyla lehtar tayini, TTK m. 1493/4'te belirtilen şekilde yapılmamış ise dönülebilir lehtar tayininin varlığından bahsedilecektir¹⁸.

Yukarıda arz edildiği üzere dönülemez lehtar tayini işlemi için TTK m. 1493/4'te bir şekil şartı düzenlenmiş, sigorta ettirenin değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla¹⁹ beraber sigorta poliçesini lehtara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremeyeceği beyan edilmiştir. O halde sigorta ettirenin feragat beyanını içeren poliçenin lehtara teslimi ile geçerlilik şartı yerine getirilmiş olacaktır.

Dönülemez lehtar tayininin söz konusu olduğu hallerde lehtar sigorta bedeli üzerindeki alacak hakkını, sigortalanan olayın gerçekleşmesi şartıyla atama işlemi sırasında iktisap eder. Bu nedenle, atama işlemi birlikte lehtarın alacaklıları bu alacağı haczettirebilir ve mezkûr alacak lehtarın iflas masası kapsamında sayılır. Keza sigorta ettirenin dönülemez lehtar tayiniyle birlikte sigorta alacağını başkasına devretmesi yahut rehnemesi mevzubahis olmayacaktır. Ancak yenilik doğuran hakların kullanılması bakımından durum farklılık arz etmektedir. Şöyle ki sigorta ettiren, her ne kadar lehtarı dönülemez şekilde atamışsa da sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların kullanılması konusunda yetki sahibidir²⁰. Buna göre, sigortacıdan borç alma²¹ veya sigortadan

¹⁸ TTK m. 1493/4'te belirtilen şekilde yapılmamış lehtar atanmasının dönülebilir lehtar tayini olarak kabul edileceği neticesinin sigortacı nezdinde söz konusu olacağı; zira şekil şartına uyulmaksızın yapılan feragatin sigortacı karşısında herhangi bir hüküm ifade etmezken, sigorta ettiren ile lehtar arasındaki ilişkiyi sonuç doğuracağı yönünde bkz. **Şenocak**, s. 70.

¹⁹ Lehtarın dönülemez olarak atanması halinde lehtarı değiştirme hakkından feragat edildiğinin mutlaka sigortacı tarafından poliçeye dercedilmesi gerekmediği; sigorta ettirenin de bu kaydı poliçeyi düşebileceği yönündeki görüş için bkz. **Ünan**, s. 86; **Şenocak**, s. 69.

²⁰ **Ünan**, s. 86.

²¹ Sigortacıdan borç alma hakkı (ikraz), TTK m. 1501'de "Ödünç verme" başlığı altında hükme kavuşturulmuş ve hükümde şu ifadeyle yer verilmiştir: "En az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir

ayrılma²² haklarını kullanmak sigorta ettirenin uhdesindedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki anılan hakları kullanma yetkisinin kimin uhdesinde olduğu ile hakların kullanılmasyla birlikte ödemenin kime ifa edileceği farklı meseledir. Nitekim sigorta ettiren borç alma hakkını kullanmış ise dönülemez biçimde tayin edilen lehtar bunu tahsil etme konusunda hak sahibidir²³. Benzer biçimde sigorta ettiren sigortadan ayrılma hakkını kullanma konusundaki talebini sigortacıya iletmış ise sigortacının ödeyeceği meblağı tahsil etme yetkisi dönülemez biçimde atanana lehtara aittir.

II. SİGORTA ETTİREN TARAFINDAN LEHTAR TAYİNİNİN YAPILMADIĞI HALLERDE LEHTARIN TESPİTİ

Hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettirenin lehtar tayin etmediği hallerde lehtarın belirlenmesi hususu önem arz etmektedir. İşte bu ihtimali nazara alan kanun koyucu TTK m. 1494/2'de bir yorum kuralı getirmiş ve “Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine, yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda ise sigortalı lehine yapıldığı kabul olunur.” ifadesiyle lehtar konusundaki belirsizliği çözüme kavuşturmaya çalışmıştır. Anılan hükmün gerekçesinde ise güdülen bu saik, “Uygulamada bazen özellikle de ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalarında, lehtarın tayin edilmediği görülmekte ve sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olması halinde sigorta tazminatının kime ödeneceği problemi yaşanmaktadır. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrası ile yine bir yorum kuralı getirilerek ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortada lehtar tayin edilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine, yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortada ise sigortalı lehine yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.” söylemiyle kaleme alınmıştır. Ancak kanaatimizce anılan düzenlemenin lehtar

belirlenmesine yönelik hâsıl olan ihtiyaca tam olarak isabetli bir çözüm getirdiği söylenemez. Nitekim aşağıda düzenlemenin eksik yanlarına, sorunun çözümüne yönelik öğretilerde yer alan görüşlere ve önerilerimize yer verilecektir.

A. ÖLÜM İHTİMALİNE KARŞI YAPILAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE

Yukarıda belirtildiği üzere ölüm ihtimaline karşı akdedilen bir hayat sigortası sözleşmesinde lehtar belirtilmemiş ise sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları²⁴ lehine akdedildiği kabul edilmiştir.

Öğretilerde yorum kuralına ilişkin olarak Ünan, öncelikle hükmün gerekçesini değerlendirmiş ve gerekçenin isabetli olmadığı yönünde bir görüş serdetmiştir²⁵. *Yazar* bir hayat sigortası sözleşmesinde, lehtar tayin edilmemişse hak sahibinin sigorta ettiren yahut sigorta ettiren hayatta değilse sigorta ettirenin mirasçıları olduğunu; sigorta ettiren ile sigortalının aynı ya da farklı kişiler olması halinde de sonucun değişmeyeceğini; ayrıca ifade ettiği düşüncenin kabulü halinde gerekçede bahsedildiğinin aksine lehtarın belirlenmesine ilişkin uygulamada herhangi bir sorunun yaşanmayacağını ve hatta halihazırda dahi bu konuda herhangi bir sorunun söz konusu olmadığını beyan etmiştir. Keza *yazar*, sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması ihtimalinde sigortalı hayatını kaybettiğinde sigorta ettiren hayatta olabileceğini ve bu durumda sigorta ettiren henüz hayatta iken onun mirasçıları hak sahibi olmasının anlamsız bir çözüm olacağını zikretmiştir²⁶. Öneri olarak ise *yazar*, başkasının ölümü ihtimaline karşı yapılan hayat sigortası sözleşmelerinde herhangi bir lehtar tayini yapılmamış ise sözleşmenin sigortalının mirasçıları lehine akdedildiğini kabul etmenin yerinde bir çözüm olacağını ifade etmiştir²⁷.

Lehtar tayinine yönelik yorum kuralı hakkında Şenocak ise Ünan'a benzer biçimde hükmün gerek-

yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin istemesi hâlinde sigortacı, istem anındaki, genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değer üzerinden sigortalıya ödünç para vermek zorundadır.”.

²² Sigortadan ayrılma hakkı (iştirah), TTK m. 1500'de “Sigortadan ayrılma” başlığı altında hükme kavuşturulmuş ve hükümde şu ifadeye yer verilmiştir: “Sigorta ettiren, en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, istediği zaman sözleşmeyi sona erdirerek sigortadan ayrılabilir.”.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünan, s. 91.

²⁴ Hükümde kanuni ya da atanmış mirasçı ayırımı yapılmadığından atanmış mirasçıların da bu hüküm kapsamında lehtar olarak değerlendirileceği yönünde bkz. Ertuğrul, Meryem & Yılmaz, Gülşah (2019), “Ölüm Rizikosuna Karşı Yapılan Hayat Sigortasında Lehtar Olan Mirasçının Mirası Reddi Halinde Veraset ve İntikal Vergisi Ödeme Sorunu” TBB Dergisi, S: 145, s. 427 vd.

²⁵ Ünan, s. 106.

²⁶ Ünan, s. 104.

²⁷ Ünan, s. 107.

çesinin hatalı olduğunu, zira gerekçede derç edilen lehtar atanmamış olması durumunda uygulamada sorun yaşandığına dair iddianın gerçeklikten yoksun olduğunu, uygulamada bu soruna ilişkin tek bir yargı kararı bulunmadığını; söz konusu sözleşmelerde lehtar atanmamış ise sigorta ettirenin bu sıfatı haiz olduğunu, onun hayatta olmaması ihtimalinde ise bu hakkın mirasçılık sıfatıyla sigorta ettirenin mirasçılarına geçeceğini belirtmiştir²⁸. Buna ilaveten *yazar*, başkasının ölümü rizikosuna karşı akdedilen hayat sigortası sözleşmesinde, sigorta ettiren herhangi bir lehtar tayin etmemiş ise sigorta bedelinden kendisinin faydalanmak istediğini; söz gelimi bankanın kredi alanın ölümü ihtimali üzerine kredi hayat sigortası sözleşmesi akdettiğinde, bankanın mirasçıları lehine değil, kendi lehine bu işlemi gerçekleştirdiğini, oysa mevcut durumda kredi alan hayatını kaybettiğinde sigorta bedelini bankanın alamayacağını, anılan bedel üzerindeki hakkın mirasçılarına ait olacağını ve bu sonucun sigorta ettirenin amacıyla bağdaşmayacağını vurgulamıştır²⁹. Ezcümle, *yazar* ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar atanmasına ilişkin yorum hükmünün sigorta ettirenin kendi ölüm rizikosuna karşı akdettiği sözleşmeler bağlamında uygulanması gerektiğini beyan etmiştir³⁰.

Son olarak *Can*, ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda sigorta ettiren aynı zamanda sigortalı sıfatını taşıyorsa düzenlemenin mevcut halinin kanun koyucunun amacıyla bağdaştığını; fakat sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması ihtimalinde ise sigortalının mirasçılarının lehtar olarak addedilmesinin daha isabetli olacağı görüşündedir³¹. Ayrıca *yazar*, sigorta ettirenin tüzel kişi olması durumunda sorunun aydınlığa kavuşturulmasının bir hayli güç olacağına dikkat çekmiştir³².

Kanaatimizce ölüm karşı yapılan sigortalarda lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralı hakkındaki TTK m. 1494/2 hükmü bazı yönlerden eksik ve bu sebeple açıklanmaya muhtaçtır. Zira hükmün

lafzı dikkate alındığında sigorta ettiren ve sigortalının aynı kişiler olduğu ölüme bağlı hayat sigortası sözleşmeleri bakımından sigortalının hayatını kaybetmesi halinde sigorta bedeli üzerinde sigorta ettirenin mirasçılarının hak sahibi olması pek tabii doğaldır. Bununla birlikte bahsi geçen sözleşmelerde sigorta ettiren ve sigortalı sıfatının farklı kişilere ait olması durumunda sigortalı hayatını kaybettiğinde, diğer bir deyişle sigortalanan olay gerçekleştiğinde sigorta ettiren henüz hayatta ise sorunun nasıl çözüleceği noktasında mezkûr hükmün yorumlanması gerekmektedir. Nitekim hükmün lafzı çerçevesinde bir yorum yapılır ise sigorta ettiren hayatta olmasına rağmen onun mirasçıları sigorta bedelini talep hakkını elde edeceklerdir. Ancak amaçsal yorum bağlamında sigorta ettirenin henüz hayatta olduğu bir dönemde onun mirasçılarının anılan bedel üzerinde hak sahibi olması kabul edilemez. Nitekim anılan hükmün gerekçesi göz önünde tutulduğunda kanun koyucunun söz konusu ihtimalde esasen sigorta ettirenin hak sahibi olduğunu örtülü olarak belirttiği sonucuna varılmaktadır. Zira gerekçede yer alan “*Uygulamada bazen özellikle de ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalarında, lehtarın tayin edilmediği görülmekte ve sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olması halinde sigorta tazminatının kime ödeneceği problemi yaşanmaktadır.*” ifadesinde aslında sorunun münhasıran sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi olması ihtimalinde hâsıl olduğunu; oysa sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişi olması halinde sigortalanan olay olan ölüm gerçekleştiğinde sigorta ettirenin henüz hayatta olması hasebiyle sigorta bedelinin kendisine ödeneceğini, zira sigorta bedeline ilişkin alacak hakkının sahibinin bizzat hayatta olduğu ve bu sebeple ilk duruma benzer biçimde bir sorunun burada mevzu bahis olmadığı ima edilmiştir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu anılan hükmü tahsis ederken mezkûr sözleşmeler bakımından sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi veya farklı kişiler olmasına yönelik bir ayırım gözetmemiş, her durumda sigorta bedeline ilişkin alacak hakkının sigorta ettirene ait olduğunu kabul etmiştir.

Ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalılarında lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralına yönelik bir başka değerlendirmemiz ise menfaat koşulu çerçevesinde olacaktır. Hayat sigortalılarında menfaat koşuluna ilişkin olarak TTK m. 1490/2’de,

²⁸ Şenocak, s. 77.

²⁹ *Yazar*, haklı olarak mezkûr halde sigorta bedelini tüzel kişi bankanın mirasçılarının talep edebileceği şeklindeki garip bir neticeye ulaştırdığını zikretmiştir. Bkz. Şenocak, s. 78.

³⁰ Şenocak, s. 78.

³¹ *Can*, s. 186.

³² *Can*, s. 186.

“Başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır. ...” ifadesi yer almaktadır. Anılan hüküm gereğince, başkasının ölüm ihtimaline karşı akdedilmiş bir hayat sigortası sözleşmesinde lehtarın, sigortalanan olay gerçekleştiğinde sigortalının hayatını kaybetmemesinde maddi ya da manevi menfaati³³ bulunmalıdır³⁴. Ayrıca TTK m. 1490/2 ve 4 hükmünden de anlaşılacağı üzere anılan menfaat koşulu hem sözleşme yapılırken hem de sözleşmenin devamı esnasında aranacaktır. Buna göre, sigorta ettiren ve sigortalının farklı kişiler olduğu ölüm ihtimaline karşı akdedilen ve herhangi bir lehtar tayini yapılmamış bir hayat sigortası sözleşmesinde sigortalının ölümü ile sigorta ettirenin hak sahibi olacağını kabul edersek, sigortalının hayatının devamında sigorta ettirenin menfaatinin aranması gerekecektir. Keza aynı özellikleri barındıran bir sözleşmede sigorta ettirenin sigortalıdan önce ölmesi durumunda sigorta ettirenin mirasçıları, sigorta ettirenin yerine geçecek, ölüm gerçekleşene kadar mirasçılar tarafından lehtar atanmamış ise ölüm meydana geldiğinde yorum kuralı uyarınca sözleşmenin kendileri lehine yapıldığı kabul edilecek ve bu ikinci ihtimalde de sigorta ettirenin mirasçılarının, sigortalının hayatının devamında maddi veya manevi menfaatleri bulunması icap edecektir³⁵. Oysa her durumda bahsedilen menfaat koşulunun gerçekleştiğini söylemek güçtür³⁶. Menfaat koşulunu sağlayan yeni bir lehtar tayini

ni ise sigortalanan olayın yani ölümün gerçekleşmesi sebebiyle her iki ihtimalde de mümkün değildir. Keza sigortalanan olay olan ölümün gerçekleşmesi sebebiyle TTK m. 1490/4’te yer alan iştirah değerinin ödenmesi de mevzu bahis olmayacaktır. Dolayısıyla lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralının hem sigorta ettirenin hem de onun mirasçılarının aleyhine hüküm ve sonuç doğurması muhtemeldir. Oysa ölüm ihtimaline karşı akdedilmiş hayat sigortası sözleşmesi bakımından TTK m. 1494/2’nin konuluş amacı, sigorta ettireni ve dolayısıyla onun mirasçılarını sigorta bedeli üzerinde hak sahibi kılarak onların lehine bir durum yaratmakken, mevcut durum aslında tam tersi neticenin doğmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca yukarıdaki her iki ihtimalde sigorta ettirenin veya onun mirasçılarının sigortalanan olay gerçekleşene kadar menfaat koşulunu sağlayan lehtar atanması mümkündür. Ancak sigorta özel ve teknik kuralları olan bir alandır. Bu sebeple, menfaat koşuluna ilişkin bu kuralı her sigorta ettirenin veya onun mirasçılarının bilmesi kendilerinden beklenebilir. Zira çoğu zaman sigorta ettiren, sigorta sözleşmesini akdederken tüketici sıfatını haiz olacaktır. Sigorta ettiren yahut onun mirasçıları, menfaat koşulunun gerekliliğinden çoğu zaman sigortalanan olay gerçekleştiğinde sigortacıdan sigorta bedeline ilişkin talepte bulununca öğrenirler. Somut durumda, yasal lehtar tayinine yönelik yorum hükmü amacına hizmet etmekten çok uzak kalacak, bu hüküm tabiri caizse işlevsiz bırakılacaktır.

Kanaatimizce burada sorunun çözümü için hükmün “ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigortalının mirasçıları lehine ... yapıldığı kabul olunur.” şeklinde kaleme alınmalıdır. Zira hükümde geçen “lehine” ibaresi üçüncü şahıs lehine hayat sigortası sözleşmesinin varlığına işaret etmektedir. Hal böyle olunca TTK m. 1490/2 hükmü devreye girecek ve menfaat koşulu çerçevesinde hareket edilecektir. Sigortalının mirasçılarının lehtar olduğu varsayımında sigortalının hayatının devamında onun mirasçılarının menfaati çoğu zaman bulunacaktır. Buna ilaveten anılan çözümün kabul edilmesiyle sigortalı hayatını kaybettiğinde, sigorta ettiren henüz hayatta olsa dahi sigorta tazminatının kime ödeneceği problemi yaşanmayacaktır. Zira ölüm ihtimaline karşı akdedilen sigortalarda lehtar tayini yapılmamışsa, sözleşmenin sigor-

³³ Hayat sigortaları bağlamında maddi ve manevi menfaat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünan**, s. 28 vd.; **Can**, s. 176 vd.; **Kara**, Menfaat İlkesi, s. 129; **Topsoy**, s. 144 vd.

³⁴ **Ünan**, s. 34 vd.

³⁵ TTK m. 1490/2’de, “Başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır. Ayrıca, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin mutad cenaze giderlerini aşması hâlinde sigortalının veya varsa kanuni temsilcisinin yazılı izni gerekir. Sigortalı onbeş yaşından büyükse kanuni temsilcinin dışında ayrıca onun da izni alınır. İzin olmadan yapılan sözleşme, icazet verilmediği takdirde geçersizdir.” ifadesi ile sigortalının “izin koşulu” düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki anılan izin koşulu ile menfaat şartı birbirinden farklı kavramlar olup, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda bunların ayrı ayrı varlıkları aranmaktadır. Nitekim izin koşulunun yerine getirilmesi, menfaat şartının gerçekleştiği anlamına gelmeyecektir.

³⁶ Söz gelimi, eşlerden biri sigorta ettiren diğeri sigortalı olup, sözleşmenin kurulmasından sonra boşanma gerçekleşmiş ve ortak çocukları da yoksa menfaat şartının devam ettiğini söylemek çok güçtür.

talının mirasçıları lehine yapıldığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz çerçevesinde sigorta ettirenin, sigortalının ölümü ile sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olmayacağı aşikârdır.

B. YAŞAMA İHTİMALİNE KARŞI YAPILAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE

Kanun koyucu TTK m. 1494/2 hükmünde, yaşama ihtimaline karşı akdedilen bir hayat sigortası sözleşmesinde lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigortalı lehine yapıldığını kabul etmiştir. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde lehtar, sözleşme hayatı üzerine yapılan kişi olacaktır. Öğretide bu hükme yönelik eleştiri Ünan tarafından kaleme alınmıştır. *Yazar* yaşama ihtimaline karşı akdedilen bir hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettiren ve sigortalının farklı kişiler ise sigorta ettireni devre dışı bırakarak sigortalıyı hak sahibi saymanın bir gerekçesi bulunmadığını; sigortalının dilerse kendi hayatını sigorta himayesi altına alabileceğini; primin başkası tarafından ödendiği bir sigortada sigorta bedeli üzerinde, primi ödeyen sigorta ettiren yerine sigortalının hak sahibi olduğunu kabul etmenin isabetli bir çözüm olmadığını beyan etmiştir³⁷.

Kanaatimizce yaşama ihtimaline karşı akdedilen bir hayat sigortası sözleşmesinde yasal lehtar tayinine yönelik TTK m. 1494/2 hükmü yerinde bir düzenlemedir. Şöyle ki sigorta ettiren ve sigortalının aynı kişiler olduğu söz konusu sözleşmeler bakımından yasal lehtar kuralı gereğince herhangi bir problem hâsıl olmayacaktır. Zira sigortalanan olay gerçekleştiğinde sigortalı sıfatıyla sigorta ettiren, sigorta bedeli üzerinde bizzat hak sahibi olacaktır. Öte yandan sigorta ettiren ve sigortalının farklı kişiler olduğu bu sözleşmelerde sigortalanan olay meydana geldiğinde yasal lehtar kuralı uyarınca sigortalı hak sahibi lehtar olarak kabul edilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki ilk ihtimalde sigorta ettirenin ikinci ihtimalde ise sigortalının kendi hayatlarının devamında menfaatlerinin bulunduğu su götürmez bir gerçektir. Dolayısıyla her iki ihtimalde de menfaat koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin herhangi bir duraksama yaşanmayacaktır.

III. BİR DEN FAZLA LEHTARIN MEVCUT OLDUĞU HALLERDE PAYLARIN TESPİTİ

A. BİR DEN FAZLA LEHTAR TAYİNİ HALİNDE PAY ORANLARININ İRADİ BELİRLENMESİ

Sigorta ettiren, bir hayat sigortası sözleşmesinde tek bir kişiyi lehtar olarak atayabileceği gibi birden fazla kişiyi de lehtar olarak tayin edebilir. Ayrıca sigorta ettiren, birden fazla kişiyi lehtar olarak tayin etmişse bu kişilerin sigorta bedeli üzerindeki pay oranlarının dağılımını da belirleme yetkisine sahiptir. Sigorta ettiren, yüzdesel (lehtar A: %40, lehtar B: %40 ve lehtar C: %20), oransal (lehtar A: ¼, lehtar B: ¼, lehtar C: ¼ ve lehtar D: ¼) yahut meblağ (lehtar A: 50.000 TL ve lehtar B: 50.000 TL) olarak bu belirlemeyi yapabilir.

Sigorta bedeli üzerindeki pay oranları belirlenerek birden fazla lehtarın tayin edildiği hayat sigortası sözleşmelerinde uygulamada bazı sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bahsi geçen sorunlardan ilki, mirasçıların lehtar olarak atandığı ve sigorta bedeli üzerinde miras payları oranında hak sahibi olacaklarının belirlendiği hallerde, mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından alınmayan payların, diğer mirasçılara nasıl dağıtılacağı meselesidir. TTK m. 1494/1'de, hak sahiplerinden biri tarafından alınmayan payın, diğerlerinin payına ekleneceği belirtilmiş; ancak mirasçıların lehtar olduğu ihtimalde söz konusu eklemiş işleminin ne şekilde gerçekleşeceği konusu açık bırakılmıştır. Kanaatimizce burada mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından alınmayan paylar, diğer mirasçılara miras payları oranına göre dağıtılacaktır. Örneğin, eş ve iki çocuktan oluşan mirasçıların lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde sigorta bedeli üzerinde eşin pay oranı ¼, çocukların her birinin pay oranı ise ⅜ olacaktır. Çocuklardan biri sigorta bedeli üzerindeki payını almak istemediği ihtimalde onun payı, diğer mirasçılara miras payları oranında paylaşılması adil bir çözüm olacaktır.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir başka sorun ise birden fazla kişi farklı paylarla lehtar olarak atanmış ve içlerinden biri yahut birkaçı payını almak istememiş ise alınmayan payların diğer lehtarlara nasıl dağıtılacağı hususudur. Bu noktada öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği üzere sigorta

³⁷ Ünan, s. 105.

ettirenin iradesi dikkate alınarak sorun çözülmelidir³⁸. Şöyle ki sigorta ettiren, her bir lehtar için belirlenen paydan daha fazlasını almasını istemiyorsa diğer lehtarlara herhangi ek bir pay eklenmemelidir. Alınmayan payların kime ait olacağı noktasında öğretilerde bir görüş sorunun TTK m. 1494/2'deki yorum kuralı uyarınca çözüleceğini³⁹; diğer görüş ise TTK m. 1495/1 hükmünün kıyasen uygulanarak sorunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini⁴⁰ savunmuştur. Kanaatimizce burada sorun TTK m. 1494/2'deki yorum kuralı çerçevesinde çözülmemelidir. Zira bahsedilen hükmün uygulama alanı sözleşmede lehtarın belirlenmediği durumlarla sınırlıdır. Oysa burada lehtar tayini yapılmış ancak sigorta ettirenin iradesi sebebiyle ek payların diğer lehtar veya lehtarlar tarafından alınmaması söz konusudur. Dolayısıyla burada alınamayan ek paylara ait istem hakkı, hakkın sahibine yani sigorta ettirene, onun da ölmesi halinde mirasçılara ait olmalıdır. Öte yandan sigorta ettiren lehtarların payı konusunda azami bir belirleme saiki gütmüyorsa alınmayan paylar, diğer lehtarların payına eklenmelidir. Bahsi geçen durumda alınmayan payların nasıl bir dağıtımına konu olacağı noktasında mevzuatta herhangi bir hükme yer verilmiştir. TTK m. 1494/1'in gerekçesinde her ne kadar "... lehtarlardan herhangi biri payını almak istemezse, onun payı diğerleri arasında eşit olarak paylaşılır." ifadesi yer alsada sigorta ettirenin başlangıçta belirlediği pay dağıtım oranı görmezden gelinerek, alınmayan payların diğer lehtarlara eşit biçimde dağıtılması, sigorta ettirenin başlangıçtaki arzusuna uygun düşmeyecektir. Bu sebeple, kanaatimizce alınmayan payların dağıtımını hususunda sigorta ettirenin başlangıçta belirlediği paylaşım oranı dikkate alınmalı ve bu paylaşım oranına göre alınmayan paylar diğer lehtarlara dağıtılmalıdır⁴¹. Ayrıca arz edilen iki ih-

timalde de sigorta bedeli üzerindeki başlangıçtaki paylaşımın yüzdesel, oransal ya da meblağ olarak belirlenmesi, ulaştığımız sonuçlar bakımından herhangi bir fark yaratmayacaktır.

Konu ile ilgili olarak TTK m. 1494/1'in ikinci cümlesinde geçen "alınmayan pay" ifadesiyle hangi durumların kastedildiği üzerinde durulması da faydalı olacaktır. Zira TTK m. 1495/1'in gerekçesinde mezkûr ifadeye dar bir anlam yüklenmişken, öğretilerde bu ifadeye daha geniş bir anlam atfedilmiş ve TTK m. 1494/1 hükmünün uygulama alanının genişlemesi gerektiği görüşü serdedilmiştir⁴². Belirtmek gerekir ki TTK m. 1495/1'in gerekçesinde yer alan "... Tasarının 1494'üncü maddesinin ikinci fıkrasından⁴³ farklı olarak burada isteyerek kullanılmayan bir hak değil kullanılmayan bir hak söz konusudur. ..." söyleminden TTK m. 1494/1'in ikinci cümlesinde geçen "alınmayan pay" ifadesiyle lehtarın, sigorta bedeli üzerinde kendisi için tahsis edilmiş payı kendi iradesiyle almak istemediği durumların anlaşılması gerekir. Oysa öğretilerde bahsi geçen ifadeden münhasıran lehtarın kendi isteği ile payını almak istemediği durumların anlaşılmaması gerektiği, zira lehtarın payı üzerinde herhangi bir nedenle hak kazanamadığı durumlarda da onun payının diğer lehtar ya da lehtarlara dağıtılacağı zikredilmiştir⁴⁴. Öğretilerdeki bu görüş uyarınca örneğin, dönülebilir biçimde atanmış lehtarın sigortalıdan önce hayatını kaybetmesi, lehtar atama işleminin geçersiz olması ya da iptal edilmesi gibi hallerde TTK m. 1494/1'in ikinci cümlesi kapsamında değerlendirilecek ve söz konusu ahvalde sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olamayan lehtarın payı diğer lehtar veya lehtarların payına eklenecektir⁴⁵. Kanaatimizce TTK m. 1494/1'in ikinci cümlesinde geçen "alınmayan pay" ifadesini, anılan gerekçede belirtildiği üzere lehtar tarafından isteyerek kullanılmayan hak olarak dar yorumlamak gerekir. Zira söz konusu ifadenin geniş yorumlanması ihtimalinde, TTK m. 1495/1 hükmünün uygulanma alanı yalnızca tek bir kişinin lehtar

³⁸ Ünan, s. 99, Şenocak, s. 128; Heiss, Helmut (2017), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (Hrs. Langheid/Wandt), 2. Baskı, 2017, C.H. BECK, §160, Rn. 23.

³⁹ Ünan, s. 99.

⁴⁰ Şenocak, s. 128.

⁴¹ Nitekim uygulamada çoğu zaman sigorta ettirene sunulan lehtar atama ve değiştirme formlarında tayin edilen her bir lehtarın sigorta bedeli üzerindeki payı açıkça belirtilmektedir. Bkz. Taşkın, Melda (2019) Krediyeye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, Onikilevha, s. 142. Dolayısıyla uygulamadaki bu teamül sayesinde sigorta ettirenin başlangıçta belirlediği paylaşım oranı açıkça kayda alınmış olacak ve dağıtım bu kayıt dikkate alınarak gerçekleşecektir.

⁴² Ünan, s. 100 vd.; Şenocak, s. 127.

⁴³ Anılan gerekçede hatalı bir biçimde kaleme alınmıştır. Zira "alınmayan pay" ifadesine TTK m. 1494/1'de yer verilmiştir.

⁴⁴ Ünan, s. 100 vd.; Şenocak, s. 127.

⁴⁵ Ünan, s. 101.

olarak atandığı ve bu lehtarın da sigortacıya karşı istem hakkını kazanmadığı durumlarla sınırlı kalacaktır. Birden fazla lehtar tayini yapılmış ve içlerinden birinin veya birkaçının sigortacıya karşı istem hakkını kazanmadığı ihtimalde ise TTK m. 1494/1 hükmünün uygulanarak, bu payların diğer lehtarların payına ekleneceğini söylemek yasal bir zemine dayanmayan ikili bir uygulamaya sebebiyet verecektir. Belirtmek gerekir ki TTK m. 1495/1'de, "Lehtarın, sigortacıya karşı, istem hakkını kazanamaması hâlinde, bu hak sigorta ettirene, onun da ölmüş olması hâlinde, mirasçılara geçer." ifadesinde geçen "lehtar" ibaresiyle kanaatimizce tek bir lehtarın tayin edildiği haller kastedilmemektedir. Birden fazla lehtar tayininin yapıldığı hallerde de TTK m. 1495/1'in uygulama alanı bulabileceği; nitekim tayin edilen lehtarlardan bazılarının ya da tamamının sigortacıya karşı, istem hakkını kazanamaması halinde de her bir lehtar için TTK m. 1495/1 hükmünün tatbik edilmesi gerekir. Dolayısıyla birden fazla lehtar atanmış ve içlerinden biri yahut birkaçı sigortacıya karşı istem hakkını kazanamamış ise bu hak diğer lehtarların payına eklenmeyecek, onun yerine sigorta ettirene, onun da ölmüş olması halinde mirasçılara geçecektir. Lehtar veya lehtarların "sigortacıya karşı, istem hakkını kazanamaması hâlinde" sigorta ettirenin, onun da ölmüş olması ihtimalinde mirasçılarının iradesine üstünlük tanımak gerekir. Nitekim lehtar tarafından "alınmayan pay" söz konusu ise ortada lehtarın bir kabul etmeme iradesi vardır ve bu irade çerçevesinde alınmayan pay diğer lehtarların payına eklenmiştir. Oysa "alınmayan pay" mevzubahis olduğunda ortada lehtarın herhangi bir kabul etmeme iradesi yoktur, isteği dışında birtakım nedenlerle sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olamamıştır⁴⁶. Bu durumda onun tarafından alınmayan payın akıbetine⁴⁷ sigorta ettiren, onun da ölmesi halinde mirasçılar karar vermeli ve nihayetinde bu pay üzerindeki istem hakkı sayılan kişilere ait olmalıdır.

B. BİR DEN FAZLA LEHTARIN PAYLARI BELİRTİLMESİZİN TAYİNİ HALİNDE PAY ORANLARININ KANUN YOLUYLA BELİRLENMESİ

Sigorta ettiren bir hayat sigortası sözleşmesinde tek bir kişiyi lehtar olarak tayin edebileceği gibi birden fazla kişiyi de lehtar olarak atayabilir. Birden fazla kişinin lehtar olarak atandığı halde, atanan lehtarların sigorta bedeli üzerindeki payları belirtilmemiş ise sorun TTK m. 1494/1'in birinci cümlesi kapsamında aydınlığa kavuşturulacaktır. Nitekim anılan hükümde, "Ölüm rizikosuna karşı yapılmış sigortalarda, birden fazla kişi payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanmışsa, sigorta bedeli üzerinde hepsi eşit oranda hak sahibidir. ..." söylemi yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar TTK m. 1494/1'in birinci cümlesinde, ölüm ihtimaline karşı akdedilmiş hayat sigortası sözleşmeleri bakımından bu hükmün uygulama alanı bulacağı ifade edilse de yaşama ihtimaline karşı akdedilmiş hayat sigortalarında da mezkûr hükmün uygulanması bir beis yaratmayacaktır. Zira öğretilerde de haklı olarak ifade edildiği üzere⁴⁸ yaşama ihtimaline karşı akdedilmiş hayat sigortaları sözleşmelerinde birden fazla lehtarın atanmasına engel oluşturacak herhangi bir yasal hüküm bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, sigorta bedeli üzerindeki pay oranları belirtilmeksizin birden fazla lehtarın tayin edildiği hayat sigortası sözleşmelerine ilişkin uygulamada başkaca sorunlarla da karşılaşılmaktadır. Bahsi geçen sorunlardan ilki, mirasçılarının payları belirtilmeksizin lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde sigorta bedeli üzerinde mirasçılarının hangi oranda hak sahibi olacağı mevzudur. TTK'de arz edilen sorunun çözümüne ilişkin herhangi bir hüküm tesis edilmemiştir⁴⁹. Öğretilerde, TTK m. 1494/1'in birinci cümlesinin burada da tatbik edileceği, dolayısıyla mirasçılarının sigorta bedeli üye-

⁴⁶ Lehtarın isteği dışında sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olmadığı durumlara dönülebilir biçimde atanmış lehtarın sigortalıdan önce hayatını kaybetmesi, lehtar atama işleminin geçersiz olması veya iptal edilmesi gibi haller örnek verilebilir.

⁴⁷ Örneğin, dönülebilir lehtar tayininin söz konusu olduğu hallerde riziko gerçekleşmeden önce alınmayan paylar için tekrar lehtar ataması yapılabilir.

⁴⁸ Ünán, s. 98.

⁴⁹ Her ne kadar açık bir hüküm tesis edilmese de TTK m. 1494/1'in gerekçesinde bu soruna ilişkin olarak "... ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortada, sözleşmede özel bir düzenleme yoksa lehtarların hepsi de sigorta bedeli üzerinde miras hisselere bakılmaksızın hepsi eşit oranda hak sahibidir. ..." ifadesi yer almaktadır.

rinde eşit oranda hak sahibi olacağı ifade edilmiştir⁵⁰. Kanaatimizce TTK m. 1494/1'deki eşit oranda hak sahibi olmayı öngören yasal paylaşım oranına ilişkin kural dar yorumlanmalıdır. Bu halde örneğin yasal mirasçılarının tamamının payları belirtilmeksizin lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde, mirasçılar sigorta bedeli üzerinde miras payları oranında hak sahibi olmalıdır⁵¹. Zira mirasçılarının lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde, mirasçılarının sigorta bedeli üzerinde yasal miras payları oranı yerine farklı bir oranda pay almaları isteniyorsa bu hususun özel olarak belirtilmesi sigorta ettirenden beklenir.

Mirasçılarla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu ise sigorta ettiren tarafından mirasçılarının lehtar olarak belirlendiği bir ihtimalde mirasın reddedilmesi⁵² veya mirastan vazgeçilmesi⁵³ halinde, bu hukuki işleminin sigorta bedeli üzerindeki etkisidir. Kanun koyucu bu sorunu TTK m. 1494/1'in üçüncü cümlesinde açıklığa kavuşturmuş, mirasın reddi veya mirastan vazgeçmenin lehtarın hakkı üzer-

rinde etkili olmayacağını beyan etmiştir⁵⁴. Hal böyle olmakla birlikte mirası reddeden yahut mirastan vazgeçen birinin lehtar olması halinde, o kişinin sigorta bedeli üzerindeki hangi oranda pay sahibi olacağı hususunda mevzuatta bir belirlemeye gidilmemiştir. Kanaatimizce her ne kadar mirasçı, mirası reddetmiş yahut mirastan vazgeçmiş olsa da sigorta bedeli üzerindeki paylaşım tüm mirasçılarının miras payları oranının dikkate alınması suretiyle gerçekleşeceğinden, mirası reddeden yahut mirastan vazgeçen kişi bu bedel üzerinde miras payı oranında hak sahibi olmalıdır.

Öte yandan sigorta ettiren mirasçısıyla veya mirasçlarıyla birlikte başka bir kişiyi ya da kişileri de lehtar olarak tayin etmiş, ancak sigorta bedeli üzerinde hangi oranda hak sahibi olacaklarını belirtmemiş ise kanaatimizce burada eşit bir paylaşıma gidilmelidir. Zira bahsedilen ihtimalde lehtarlar arasında mirasçı sıfatını haiz olmayan kişi ya da kişilerin bulunması, sigorta bedeli üzerinde miras payı oranında bir dağıtımın yapılmasını engelleyecek, TTK m. 1494/1 hükmünün birinci cümlesi uyarınca lehtarların hepsi eşit oranda hak sahibi olacaktır.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir başka sorun ise mirasçılarının sayısının ikiden fazla olduğu ancak mirasçılarının tamamı olmayacak şekilde en az iki mirasçının lehtar olarak atandığı hallerde sigorta bedeli üzerindeki paylaşımın nasıl yapılacağı hususudur. Kanaatimizce söz konusu ihtimalde lehtar olarak atanmış mirasçılar arasında eşit bir paylaşım yapılmalı, lehtar olarak belirlenen mirasçılarının miras payı oranlarının anılan paylaşımında herhangi bir etkisi bulunmamalıdır⁵⁵.

Son olarak aralarında sigorta ettirenin mirasçısının veya mirasçılarının bulunmadığı birden fazla kişinin payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanması halinde bu kişilerin sigorta bedeli üzerinde hangi oranda hak sahibi olacaklarının belirtilmesi icap eder. İşte söz konusu belirsizliğin açıklığa kavuşturulmasında TTK m. 1494/1'in birinci cümlesi

⁵⁰ **Ünan**, s. 98. Ancak *yazar*, aynı eserinde bahsi geçen durumda mirasçılarının sigorta bedeli üzerinde eşit oranda hak sahibi olması yerine farklı bir çözümün benimsenmesi gerektiğini de savunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünan**, s. 103.

⁵¹ **Schneider**, Winfried Thomas (2021), *Versicherungsvertragsgesetz: VVG (Hrs. Prölss/Martin)*, 31. Baskı, C. H. BECK, §160, Rn. 4; **Heiss**, §160, Rn. 9; **Brambach**, Marko (2020), *Nomos Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz (Hrs. Rüffer/Halbach/Schimikowski)*, 4. Baskı, Nomos, §160, Rn. 8; **Hormuth**, Heinrich (2020), *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, 5. Baskı, C.H. BECK, §32, Rn. 31.

⁵² Mirasın reddi, bir mirasçının kendisine intikal eden mirası tek taraflı irade açıklamasıyla kabul etmemesidir. Bunun yanı sıra mirasın reddinin kanun gereği de gerçekleşebilir. Söz konusu durum miras bırakanın ölüm tarihinde borca batık halde olmalıdır. Mirasın reddi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya**, O. Gökhan & **Sağlam**, İpek (2019) *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Cilt: III, Seçkin, s. 425; **Dural**, Mustafa & **Öz**, Turgut (2021) *Türk Özel Hukuku Miras Hukuku*, 17. Baskı, Cilt: 4, İstanbul, Filiz, s. 414 vd.; **Öztaş**, Bilge (2021) *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 386. Kanun koyucu mirasın reddine ilişkin hükümlere Türk Medeni Kanunu m. 605 ila 618 arasında yer vermiştir.

⁵³ Mirastan vazgeçme sözleşmesi miras bırakanın ölümüyle hüküm ve sonuçlarını doğuran, mirastan feragat eden mirasçının mirasçı sıfatını kazanamayacağını konu alan sözleşmedir. Mirastan vazgeçme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, Rona & **Engin**, Baki İlkay (2018) *Miras Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 409; **Eren**, Fikret & **Yücer Aktürk**, İpek (2019) *Türk Miras Hukuku*, Ankara, Yetkin, s. 181. Kanun koyucu mirastan vazgeçmeye ilişkin hükümlere Türk Medeni Kanunu m. 528 ila 530 arasında yer vermiştir.

⁵⁴ Nitekim aynı husus İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu Art. 85'te ele alınmış ve lehtar sıfatına sahip mirasçılarının, mirası reddetmeleri halinde sigorta bedeli üzerinde hak sahipliği sıfatlarının devam edeceği belirtilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Eitel**, Paul (2003), 'Lebensversicherungsansprüche und erbrechtliche Ausgleichung' (Hrs. Sibylle Hofer & Heinz Hauscher), ZBJV 139/2003 S. 325, Stämpfli, s. 343.

⁵⁵ **Schneider**, §160, Rn. 6a.

yol gösterici olacak ve anılan kişiler sigorta bedeli üzerinde eşit oranda hak sahipliği sıfatını kazanacaklardır⁵⁶. Ayrıca bu ihtimalde lehtarlardan biri veya birkaçı tarafından alınmayan payın, diğerlerinin payına eşit oranda ekleneceği kanaatindeyiz.

IV. SİGORTA ETTİREN TARAFINDAN LEHTAR TAYİNİNİN YAPILMADIĞI VE LEHTAR SAYISININ KANUN GEREĞİ BİRDEN FAZLA OLDUĞU HALLERDE PAY ORANININ TESPİTİ

Yukarıda arz edildiği üzere TTK m. 1494/1 hükmü, sigorta ettiren tarafından birden fazla kişinin payları belirtilmeksizin lehtar olarak tayin edilmesi halinde bu kişilerin sigorta bedeli üzerinde hangi oranda hak sahibi olacağı soruna yanıt vermektedir. Ancak sigorta ettiren tarafından herhangi bir lehtar tayininin yapılmadığı hallerde, TTK m. 1494/2'deki yasal lehtar kuralı gereğince birden fazla kişinin lehtar olması ihtimalinde bu kişilerin sigorta bedeli üzerinde hangi oranda hak sahibi olacağı sorunu güncelliğini sürdürmektedir. Zira mevzuatta sorunu açıklığa kavuşturacak herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

Ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortası sözleşmesinde herhangi bir lehtar tayini yapılmamış ise TTK m. 1494/2 bağlamında sigorta ettirenin (daha doğru bir ifade ile sigortalının) mirasçıları lehtar sıfatını haiz olacaktır. Kanaatimizce söz konusu durumda anılan kişilerin lehtar sıfatı, sigorta ettirenin iradesi yerine kanun gereği mirasçılık sıfatından doğduğundan, sigorta bedeli üzerinde miras hisseleri oranında hak sahibi olacaklarını söylemek isabetli olacaktır. Nitekim yakın tarihli yargı kararlarında da mirasçılar lehine yapıldığı kabul edilen hayat sigortası sözleşmelerinde, mirasçıların sigorta bedeli üzerinde miras hisseleri oranında pay sahibi olacağı zikredilmiştir⁵⁷.

⁵⁶ Nitekim İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu Art. 84.3'te de aynı çözüm benimsenmiştir. Anılan hükümde, mirasçı sıfatına sahip olmayan birden fazla kişinin, payları belirtilmeksizin lehtar olarak atanması durumunda, sigorta bedeli üzerinde eşit oranda hak sahibi olacakları belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Plattner**, Stefan (2015), 'Begünstigungsrecht in der Lebensversicherung' (Hrsg. Stephan Fuhrer, Stephan Weber), HAVE/REAS Schriftenreihe 5, Zürich, Schulthess Verlag, s. 14.

⁵⁷ "... Mahkemece karar gereğince, sözleşmede lehtar olarak belirlenen kanuni varislerin sigortalının kanuni varisleri olduğu sözleşme bedelinin sözleşme hükümleri gereğince murisin mirasçıları arasında eşit olarak paylaşılması gerektiği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir. ... Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigorta-

Ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortası sözleşmesi çerçevesinde sigorta ettirenin iradesine dayanmaksızın TTK m. 1494/2 hükmü gereğince mirasçıların lehtar olarak belirlenmesi ihtimalinde mirası reddeden veya mirastan vazgeçen mirasçının lehtar sıfatını haiz olup olamayacağı da çözülmesi gereken bir başka sorundur. Daha önce zikredildiği üzere sağlararası bir işlemle lehtar atanması halinde mirasın reddinin veya mirastan vazgeçmenin lehtarın sigorta bedeli hakkı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla beraber TTK m. 1494/2 uyarınca yasal lehtar kuralıyla lehtarın kim olacağının belirlendiği ve kanun gereği lehtar sıfatının mirasçıları olduğu bir durumda mirasın reddi veya mirastan vazgeçmenin lehtar sıfatını nasıl etkileyeceği belirsizdir. Mehz Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda lehtarın sigorta ettiren tarafından belirlenmediği halde, sözleşmeden doğan bedelin sigortalıya intikal edeceği hüküm altına alındığından, sigorta bedelinin sigortalının ölümü ile terekeye dâhil olması ve dolayısıyla mirasçıların terekeden kaynaklı hak sahibi olması sebebiyle mirası reddetmeleri veya mirastan vazgeçmeleri halinde sigorta sözleşmesinde öngörülen bedelden yararlanma hakkını da kaybedecekleri haklı olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Türk hukukunda ise Alman hukukundan farklı olarak kanun koyucu TTK m. 1494/2 hükmünde ölüm ihtimalinde lehtarın belirtilmemesi halinde sigorta ettirenin (daha doğru bir ifade ile sigortalının) mirasçılarının lehtar olacağı

larda lehtar açıkça tayin edilmediğinde sigorta ettirenin mirasçıları lehine yapıldığı kabul edilmektedir. Dava konusu poliçede, lehtar belirtilmediğinden TTK'nın 1494/2 inci maddesi uyarınca sözleşmenin sigorta ettirenin kanuni mirasçıları lehine yapıldığının ve kanuni mirasçıların sigorta tazminatı üzerinde miras hisseleri oranında pay sahibi olacağının kabulü gerekeceğinden davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozma nedeni yapılmıştır. ...". Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T: 22.06.2020, E: 2018/3169, K: 2020/3769 (Legalbank); "... TTK'nın 1494/2 maddesi uyarınca, ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine yapıldığı kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 22/06/2020 tarih 2018/3169 Esas 2020/3769 Karar sayılı ilamında ifade edildiği gibi, davaya konu poliçede, lehtar belirtilmediğinden TTK'nın 1494/2 inci maddesi uyarınca sözleşmenin sigorta ettirenin kanuni mirasçıları lehine yapıldığının ve kanuni mirasçıların sigorta tazminatı üzerinde miras hisseleri oranında pay sahibi olacağının kabulü gerekeceği, ..., davacıların miras payları oranında hak sahibi olduğu gözetilerek sonuca gidilmesi gerekmektedir. ...". İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 45. Hukuk Dairesi, T: 18.05.2022, E: 2020/972, K: 2022/619 (Lexpera).

⁵⁸ **Schneider**, §160, Rn. 5; **Heiss**, §160, Rn. 16.

hüküm altına alınmış ancak ikinci fıkrada öngörülen ihtimalde mirasın reddinin veya mirastan vazgeçmenin nasıl bir sonuç doğuracağı açıkça düzenleme altına alınmamıştır. Bu sebeple TTK m. 1494/2 hükmünde, TTK m. 1494/1’de olduğu gibi mirasın reddinin veya mirastan vazgeçmenin lehtar sıfatını etkilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme olmadığından miras hukukunun ilkelerinden sapmayı gerektirecek bir husus da olmadığı düşünülebilir. Bu halde lehtar sıfatı, sigorta ettirenin iradesi ile değil de yasal lehtar uyarınca mirasçılık sıfatından doğduğundan mirası reddeden veya mirastan vazgeçen mirasçının sigorta sözleşmesinden doğan talep hakkını da haiz olmaya-çığını kabul etmenin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

Hayat sigortası sözleşmelerinde birden fazla lehtarın atandığı, ancak her bir lehtarın sigorta bedeli üzerindeki hak sahipliği oranının belirtilmediği ya da anılan sözleşmelerde herhangi bir lehtarın tayin edilmediği durumlarla sıkça karşılaşılır. Kanun koyucu “*Lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralı*” başlıklı TTK m. 1494 hükmü ile anılan sorunları çözüme kavuşturmayı amaçlasa da bu hüküm bazı noktalarda yetersiz kalmıştır.

Nitekim ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettiren ve sigortalı sıfatının farklı kişilere ait olması halinde sigortalı hayatını kaybettiğinde sigorta ettiren henüz hayatta ise sorunun nasıl çözüleceği noktasında mezkûr hüküm soruna cevap vermemektedir. Kanaatimizce burada sorunun çözümü için hükmün “*ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigortalının mirasçıları lehine ... yapıldığı kabul olunur.*” şeklinde tekrardan kaleme alınması gerekir.

TTK m. 1494 hükmü çerçevesinde çözüme kavuşturulmayı bekleyen bir diğer sorun ise mirasçıların lehtar olarak atandığı ve sigorta bedeli üzerinde miras payları oranında hak sahibi olacaklarının belirlendiği hallerde, mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından alınmayan payların, diğer mirasçılara nasıl dağıtılacağı meselesidir. Kanaatimizce burada mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından alınmayan paylar, diğer mirasçılara miras payları oranına göre dağıtılmalıdır.

Değinilmesi gereken bir başka sorun, birden fazla kişi farklı paylarla lehtar olarak atanmış ve içlerinden

biri yahut birkaçı payını almak istememişse alınmayan payların diğer lehtarlar nasıl dağıtılacağı hususudur. Bu noktada sigorta ettirenin iradesi dikkate alınmalı, sigorta ettiren, her bir lehtar için belirlenen paydan daha fazlasını almasını istemiyorsa diğer lehtarlar herhangi ek bir pay eklenmemelidir. Alınmayan ek paylara ait istem hakkı ise hakkın sahibine yani sigorta ettirene, onun da ölmesi halinde mirasçılara ait olmalıdır. Öte yandan sigorta ettiren lehtarların payı konusunda azami bir belirleme saiki gütmüyorsa alınmayan paylar, diğer lehtarların payına eklenmeli ve bu ekleme işlemi sigorta ettirenin başlangıçtaki belirlediği paylaşım oranı dikkate alınarak yapılmalıdır.

Konu ile ilgili olarak öğretilerdeki bir başka tartışma ise TTK m. 1494/1’in ikinci cümlesinde geçen “*alınmayan pay*” ifadesinin kastettiği anlamdır. Kanaatimizce TTK m. 1494/1’in ikinci cümlesinde geçen “*alınmayan pay*” ifadesi dar yorumlanmalı, lehtar tarafından “*alınmayan pay*” kavramını bu ifadenin dışında tutulmalıdır. Aksi halde TTK m. 1495/1 hükmünün uygulanma alanı yalnızca tek bir kişinin lehtar olarak atandığı ve bu lehtarın da sigortacıya karşı istem hakkını kazanamadığı durumlarla sınırlı kalacaktır. Birden fazla lehtar tayini yapılmış ve içlerinden birinin veya birkaçının sigortacıya karşı istem hakkını kazanamadığı ihtimalde TTK m. 1494/1 hükmünün uygulanarak, bu payların diğer lehtarların payına ekleneceğini söylemek ise yasal bir zemine dayanmayan ikili bir uygulamaya sebebiyet verecektir.

Çözüme kavuşturulmayı bekleyen bir başka sorun mirasçıların payları belirtilmeksizin lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde sigorta bedeli üzerinde mirasçıların hangi oranda hak sahibi olacağı mevzudur. Kanaatimizce mirasçıların tamamının payları belirtilmeksizin lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde, mirasçılar sigorta bedeli üzerinde miras payları oranında hak sahibi olmalıdır. Zira mirasçıların lehtar olarak atandığı bir hayat sigortası sözleşmesinde, mirasçıların sigorta bedeli üzerinde yasal miras payları oranı yerine farklı bir oranda pay almaları isteniyorsa bu hususun özel olarak belirtilmesi sigorta ettirenden beklenir. Ayrıca mirası reddeden yahut mirastan vazgeçen kişi, sigorta bedeli üzerinde miras payı oranında hak sahibi olmalıdır. Öte yandan sigorta ettiren mirasçısıyla veya mirasçılarıyla birlikte başka

bir kişiyi ya da kişileri de lehtar olarak tayin etmiş, ancak sigorta bedeli üzerinde hangi oranda hak sahibi olacaklarını belirtmemiş ise kanaatimizce burada eşit bir paylaşım gidilmelidir. Başka bir ihtimal olarak mirasçılarının sayısının ikiden fazla olduğu ve mirasçılarının tamamı olmayacak şekilde en az iki mirasçının lehtar olarak atıldığı hallerde sigorta bedeli üzerindeki paylaşımın lehtar olarak atanan mirasçılar arasında eşit bir paylaşım yapılmalıdır.

Son olarak lehtar tayininin yapılmadığı ölüm ihtimaline karşı yapılmış bir hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin (daha doğru bir ifade ile sigortalının) mirasçılarının sigorta bedeli üzerinde miras hisseleri oranında hak sahibi olacağı kanaatindeyiz. Ancak söz konusu halde mirası reddeden veya mirastan vazgeçen mirasçının sigorta sözleşmesinden doğan talep hakkına sahip olmayacağını da belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Antalya, O. Gökhan & Sağlam, İpek** (2019) Miras Hukuku, 4. Baskı, Cilt: III, Seçkin.
- Aydın, Sevgican** (2018) Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları, Ankara, Seçkin.
- Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Özdamar, Mehmet** (2020) Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Bozer, Ali** (1981) Sigorta Hukuku, Ankara, Olgaç.
- Bozkurt, Tamer** (2018) Sigorta Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Brambach, Marko** (2020) Nomos Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz (Hrs. Rüffer/Halbach/Schimiowski), 4. Baskı, Nomos.
- Can, Mertol** (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku, C: I, Ankara, Adalet.
- Dural, Mustafa & Öz, Turgut** (2021) Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, 17. Baskı, Cilt: 4, İstanbul, Filiz.
- Eitel, Paul** (2003), 'Lebensversicherungsansprüche und erbrechtliche Ausgleichung' (Hrs. Sibylle Hofer & Heinz Hausheer), ZBJV 139/2003 S. 325, Stämpfli, s. 325-362.
- Eren, Fikret & Yücer Aktürk, İpek** (2019) Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Eriş, Gönen** (2022) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ertuğrul, Meryem & Yılmaz, Gülşah** (2019), 'Ölüm Rizikosuna Karşı Yapılan Hayat Sigortasında Lehtar Olan Mirasçının Mirası Reddi Halinde Veraset ve İntikal Vergisi Ödeme Sorunu' TBB Dergisi, S: 145, s. 421-448.
- Günay, M. Barış** (2022) 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Heiss, Helmut** (2017) Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (Hrs. Langheid/Wandt), 2. Baskı, 2017, C.H. BECK.
- Hormuth, Heinrich** (2020) Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 5. Baskı, C.H. BECK.
- Kanıbelli Adlığ, Özsev, 'Hayat Sigortası': Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu** (Editörler) (2022) Sigorta Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Kara, Etem** (2020) Sigortalabilir Menfaat İlkesi, Ankara, Yetkin. (Menfaat İlkesi).
- Kara, Hacı** (2021) Sigorta Hukuku, İstanbul, Onikilevha.
- Kender, Rayegan** (2017) Türkiye Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Orbay Ortaç, Nurdan** (2021), 'Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebepiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi' ERÜHFED, S: 2, C: XVI, s. 81-138.
- Öztan, Bilge** (2021) Miras Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Plattner, Stefan** (2015), 'Begünstigungsrecht in der Lebensversicherung' (Hrs. Stephan Fuhrer, Stephan Weber), HAVE/REAS Schriftenreihe 5, Zürich, Schulthess Verlag, s. 1-19.
- Sayhan, İsmet** (2011) Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Ankara, Yetkin.
- Serozan, Rona & Engin, Baki İlkey** (2018) Miras Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Schneider, Winfried Thomas** (2021), Versicherungsvertragsgesetz: VVG (Hrs. Prölss/Martin), 31. Baskı, C. H. BECK.
- Şenocak, Kemal** (2009) Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası, Ankara, Turhan.
- Topaloğlu, Mustafa & Dinç, Mutlu** (Editörler) (2022) Sigorta Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Topsoy, Fevzi** (2015), 'Başkasının Hayatı Üzerine Yapılan Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat' BATİDER, S: 2; C: 31, s. 131-163.
- Ünan, Samim** (2017) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C: 3, İstanbul, Onikilevha.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SEÇİMİNE İLİŞKİN GENEL KURUL KARARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN YÖNETİM KURULUNCA ALINAN KARARLARA VE BU KARARLARA DAYANILARAK YAPILAN İŞLEMLERE ETKİSİ^(*)

THE EFFECT OF THE INVALIDITY OF THE GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION ABOUT THE ELECTION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS OF A JOINT-STOCK COMPANY ON THE DECISIONS TAKEN BY THE BOARD OF DIRECTORS AND THE TRANSACTIONS MADE ON THE BASIS OF THESE DECISIONS

Dr. Öğr. Üyesi Funda ÖZDİN^(**)

Öz

Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kural olarak genel kurul tarafından seçilirler (TTK 408/2-b). Diğer tüm genel kurul kararları gibi, söz konusu üyelerin seçimine ilişkin kararın da hukuka uygun bir şekilde alınmış olması gerekmektedir. Aksi taktirde, seçim kararının -hukuka aykırılığın sebebine göre- yokluk veya butlan yahut iptal sebebiyle hükümsüzlüğü gündeme gelecektir. İşte bu çalışmada, hukuken sakat bir genel kurul kararı ile seçilmiş olan ve fiilen görevini icra etmeye başlamış olan yönetim kurulu üyelerinin, seçim kararının hükümsüzlüğünün kesin bir mahkeme kararı ile belirlenmesi anına kadar geçen süre zarfında aldıkları kararların ve yapmış oldukları hukuki işlemlerin akıbetinin ne olacağı hususu ele alınacaktır. Bu bağlamda, öncelikle seçimi sakat yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin akıbeti, sonrasında ise söz konusu üyelerin katılımı ile alınan yönetim kurulu kararlarının ve bu kararlara dayanılarak üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin akıbeti değerlendirilecektir. Ayrıca arz ettiği önem dolayısıyla, seçimi sakat yönetim kurulu üyelerinin katılımıyla alınan çağrı kararı üzerine toplanan genel kurulun ve alınan kararların geçerliliği meselesi ele alınacaktır. Bunların yanı sıra, hukuken sakat bir karar ile seçilen ve fiilen görevini icra etmeye başlamış olan bir organın hukuki durumu ve yaptığı

işlemlerin geçerliliğine ilişkin olarak Alman hukukunda geliştirilmiş olan ve “Sakat Organ Doktrini” (“*Die Lehre vom fehlerhaften Organ*”) şeklinde Türkçeye çevrilebilecek olan, çözüm odaklı bir doktrinel yaklaşımdan bahsedilecek; akabinde söz konusu doktrininin Türk Hukuku açısından uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

YK Üyelerinin Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü, YK Üyelerinin Karar ve İşlemlerinin Geçerliliği, Sakat Organ Doktrini.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 22.05.2023 / Kabul Tarihi: 04.12.2023).

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuku Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (funda.ozdin@marmara.edu.tr / fundaozdin@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-4071-1814).

Atıf/Citation: Özdin, Funda (2023), “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimine İlişkin Genel Kurul Kararının Hükümsüzlüğünün Yönetim Kurulunca Alınan Kararlara ve Bu Kararlara Dayanılarak Yapılan İşlemlere Etkisi”, TFM, C: 9, S: 2, s. 285-305.

Abstract

Under Turkish law, the members of the board of directors of joint-stock companies are usually elected by the general meeting (TCC 408/2-b). Like all other decisions of the general meeting, the decision to elect members must be taken in accordance with the law. Otherwise, the decision of the general meeting is invalid due to nullity or annulment, depending on the reason for the illegality. This study discusses the fate of the decisions and legal acts of the members of the board of directors elected by a legally invalid resolution of the general meeting until the final judicial determination of the invalidity of the election resolution. In this context, first the transactions of the members of the board of directors with third parties and then the decisions of the board of directors taken with the participation of these members are evaluated. In addition, the question of the validity of the general meeting

convened by the decision of the relevant members of the board of directors and the validity of the decisions taken will be discussed. In addition to these, a solution-oriented doctrinal approach, which can be translated into Turkish as “Sakat Organ Doktrini” (“Die Lehre vom fehlerhaften Organ”), developed in German law regarding the legal status of a committee elected by a legally incompetent decision and which has actually started to perform its duties and the validity of its acts, will be mentioned, and then the applicability of this doctrine to Turkish law will be evaluated.

Keywords

Invalidity of the Decision to Elect the Members of the Board of Directors, Validity of Decisions and Transactions of the Board of Directors, The Doctrine of the Defective Organ.

I. GİRİŞ

Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu (YK) üyeleri, kural olarak genel kurul (GK) tarafından seçilirler (TTK m. 408/2-b). Ancak bir (YK) üyesinin, boşalan üyeliğin doldurulması amacıyla yönetim kurulu tarafından (TTK m. 363) veya TTK m. 334 uyarınca ilgili kamu tüzel kişisi tarafından seçilmesi de söz konusu olabilir. Seçim kim tarafından yapılmış olursa olsun, seçim kararının geçerliliği birtakım şartların yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Gerekli şartlar yerine getirilmeksizin alınmış bir seçim kararının varlığı halinde ise, hukuken sakat bir kararın varlığından bahsedilecek ve ilgili karar duruma göre *yokluk*, *butlan* ya da *iptal edilebilirlik* yaptırımı ile karşılaşılabilecektir. GK kararları özelinde ele alınacak olduğunda, ilgili yaptırım türlerini kısaca şu şekilde özetlemek mümkündür:

Kurucu unsurlarında eksiklik bulunan hukuki işlemler, hukuk dünyasında varlık kazanamazlar; yani yok hükmündedirler (*yokluk*)¹. Dolayısıyla bir genel kurul kararının hukuken mevcudiyet kaza-

nabilmesi, kurucu unsurlarının tam olması şartına bağlıdır. Bu bağlamda bir genel kurul kararının varlığından bahsedilebilmesi için, usulüne uygun olarak yapılmış bir *genel kurul toplantısı* ve yine usulüne uygun olarak alınmış bir *karar* bulunmalıdır². Hukuken geçerli bir genel kurul toplantısının var olabilmesi için, pay sahiplerinin usulüne uygun olarak toplantıya çağırılması³, toplantı çağrısının yetkili organ ya da kişiler tarafından yapılması⁴, çağrının gerekli hususları içermesi ve tüm pay sahiplerine yapılmış olması gerekmektedir⁵. Bunun yanı sıra, toplantı yeter sayısının sağlanmış olması⁶ ve gerekli hallerde Bakanlık temsilcisinin toplantıda hazır bu-

¹ **Arslanlı**, Halil (1960) Anonim Şirketler, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 71; **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirketler Hukuku C.2/2 - Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, BTHAE, s. 4; **Pulaşlı**, Hasan (2022) Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Adalet, §34, s. 1028, N. 4; **Korkut**, Ömer (2012) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan Kitabevi, s. 35.

² **Moroğlu**, Erdoğan (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, İstanbul, Onikilevha, s. 77; **Pulaşlı**, §34, s. 1028, N. 4; **Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2013) Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa, Dora, s. 343; **Bahtiyar**, Mehmet (2022) Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta, s. 168; **Üçışık**, Güzin & **Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet, Ankara, s. 337. YHGK, T. 02.04.2014, E. 2013/11-1048, K. 2014/430 (Lexpera).

³ Bu şart, TTK m. 416 uyarınca yapılan çağrısız genel kurul toplantıları açısından aranmayacaktır.

⁴ **Moroğlu**, 2017, s. 86 vd.; **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 7; **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, Vedat, N. 722a; **Bilgili & Demirkapı**, s. 343; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 168; **Pulaşlı**, §34, s. 1030, N. 5.

⁵ **Moroğlu**, 2017, s. 80 vd; **Korkut**, s. 5 vd.

⁶ **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 10; **Çamoğlu (Poroy & Tekinalp)**, 2021, N. 722a ve orada anılan Yargıtay kararları.

lunması⁷ gerekmektedir (TTK m. 407/3; BTYön⁸. m. 32/4). Bir kararın varlığından bahsedilebilmesi için ise, kararın kanun ya da esas sözleşme uyarınca öngörülüş olan yeter sayılara uyularak alınmış olması gerekmektedir. Öngörülen nisabı karşılayacak sayıda olumlu oy olmaksızın alınan bir karar(!)⁹, yokluk yaptırımı ile karşılaşacaktır¹⁰. Nitekim, YK üyesinin yukarıda belirtilen usullere uyulmaksızın alınmış olan bir genel kurul kararı(!) ile seçilmiş olması halinde, söz konusu seçim kararı baştan itibaren yok hükmünde olacaktır. Örneğin, YK üyelerinin seçimine ilişkin kararın toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaksızın veya çağrı yapılmaksızın alınması halinde, söz konusu seçim kararı yokluk yaptırımı ile karşılaşacaktır¹¹.

Kurucu unsurları tamamlanmış olan işlemler hukuken mevcudiyet kazanmakla beraber; işlemin konusu veya içeriği yönünden imkânsız ya da emredici hukuk kurallarına veya ahlâk ve adaba aykırı olması söz konusu olabilir. Bu durumda hukuki işlem TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür (*Butlan*). Bu genel düzenlemenin yanı sıra, genel kurul kararlarının butlanı meselesi TTK m. 447'de ayrıca ele alınmış olup; ilgili hükümde batıl genel kurul kararları örnekleme yapmak suretiyle sayılmıştır¹². Bu bağlamda hükümde, pay sahiplerinin vazgeçilemez haklarını; bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını ihlal eden; bunun dışında şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması hükümlerini ihlal eden kararlar özellikle dile getirilmiştir. YK üyeleri-

nin seçimine ilişkin GK kararlarının butlanı bağlamında, gerek TBK m. 27 gerekse TTK m. 447 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹³. Örneğin, tam ehliyetli bir kişinin YK üyesi olarak seçilmesi halinde, emredici nitelik taşıyan TTK m. 359/3 hükmünü ihlal eden, dolayısıyla batıl bir genel kurul kararının varlığından bahsedilecektir¹⁴.

Bir genel kurul kararının kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olması halinde, söz konusu kararın TTK m. 445 uyarınca iptali gündeme gelebilecektir (*İptal Edilebilirlik*). Örneğin, TTK m. 360 uyarınca belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin esas sözleşme hükmüne aykırı bir seçim yapılmış olması¹⁵ ya da esas sözleşmede belirtilen niteliklere sahip olmayan bir kişinin YK üyesi olarak seçilmesi halinde, söz konusu karar iptal edilebilecektir¹⁶.

¹³ TTK m. 447 hükmünün yanı sıra, TBK m. 27'de düzenlenen (genel) butlan sebeplerinin de anonim şirket genel kurul kararlarının butlanı açısından uygulanacağı yönünde bkz.: **Moroğlu**, 2017, s. 158; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 169; **Pulaşlı**, §34, s. 1032-1033, N. 10; **Çamoğlu (Poroy & Tekinalp)**, 2021, N. 722c ve 722d; **Nomer**, Halûk N. (2008) Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, Beta, s. 74-82; **Üçışık&Çelik**, s. 348; **Korkut**, s. 61 vd.; **Topaloğlu**, Mustafa, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında İslah': Topaloğlu, Mustafa & Özer, Işık (Editörler) (2019) Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü - Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (30 Ekim 2017), İstanbul, Seçkin, s. 97 vd. TTK m. 447 hükmünün, genel kurul kararlarının butlanına ilişkin özel bir düzenleme olduğu, dolayısıyla bu hükümde sayılanlar dışındaki emredici hükümlere aykırılığın butlan değil, TTK m. 445 hükmü uyarınca iptal sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.: **Tekinalp**, Ünal (2013), 'Emredici Hükümler Yönünden Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2 s. 16 vd.; **Tekinalp**, Ünal (2020) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Basi, İstanbul, Vedat, s. 402 vd., N. 15-12.

¹⁴ **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara, BTHAE, s. 411.

¹⁵ **Kırca**, İsmail, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü': Ülgen, Hüseyin & Kaya, Arslan & Okutan Nilsson, Gül (Editörler) (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, Beta, s. 496.

¹⁶ **Kırca**, s. 496; **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 86; **Gürel**, Murat, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi Var mıdır?': Kırca, İsmail & Şit İmamoğlu, Başak & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk & Bektaş, İbrahim & Yener, Merve İrem (Editörler) (2019) Prof. Dr. Sabih ARKAN'a ARMAĞAN, İstanbul, Onikilevha, s. 511. Esas sözleşmede belirlenen nitelikleri taşımayan bir kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde, seçim kararının TBK m. 27/1 gereğince batıl olduğu görüşü için bkz.: **Çamoğlu (Poroy & Tekinalp)**, 2021, N. 548d.

⁷ **Moroğlu**, 2017, s. 132; **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 10; **Çamoğlu (Poroy & Tekinalp)**, 2021, N. 722a; **Pulaşlı**, §34, s. 1029, N. 5; **Bilgili & Demirkapı**, s. 343; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 168; **Şener**, Oruç Hami (2022) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Basi, İstanbul, Seçkin, s. 508; **Korkut**, s. 37. İlgili Yargıtay kararları için bkz.: **Moroğlu**, 2017, s. 132, dn. 217.

⁸ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, R.G.: 28.11.2012, Sayı: 28481.

⁹ Esasen bu durumda bir *genel kurul kararı* mevcut değildir; ancak ifade edilmek istenen durumun belirtilmesi açısından, söz konusu terimin kullanılması ihtiyacı bulunmaktadır.

¹⁰ **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 10; **Pulaşlı**, §34, s. 1029, N. 4; **Korkut**, s. 37. Y.11.HD, T. 08.10.2015, E. 2014/13505, K. 2015/10256 (Lexpera).

¹¹ **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C. 2/2, s. 8 vd.

¹² Bu durum TTK m. 447'nin lafzında geçen *özellikle* ifadesinden anlaşıldığı gibi, hükmün gerekçesinde de açık bir şekilde vurgulanmıştır.

YK üyelerinin seçimine ilişkin genel kurul kararının yokluk ya da butlan ile sakat olduğunun tespit edilmesi halinde, seçim kararı baştan itibaren etkili olacak şekilde hükümsüz¹⁷ sayılacak; ilgili genel kurul kararının iptaline hükmedilmesi halinde, kesinleşen iptal kararı, iptale konu genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olacak şekilde geriye (*ex tunc*) etki edecektir¹⁸. Dolayısıyla sakatlığın sebebi ne olursa olsun, her üç sakatlık halinde de seçim kararı, baştan (kararın verildiği andan) itibaren hükümsüz olacaktır. İşte bu durum, seçim kararının yokluk veya butlan sebebiyle ya da iptal kararı neticesinde hükümsüzlüğünün tespiti anına kadar görevini icra eden, bu bağlamda karar alan ve işlem yapan *görünüşte* YK üyelerinin, bu süre zarfında aldıkları kararları ve yaptıkları işlemlerin akıbetinin ne olacağı sorusunu ortaya çıkaracaktır. Başka bir ifadeyle, seçim kararının hükümsüzlüğü, ilgili YK üyelerinin göreve başladıkları andan seçim kararının (yokluk, butlan ya da iptal kararı ile) sakatlığının kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmesi anına kadar geçen süre zarfında yapmış oldukları işlemler ve aldıkları kararlar üzerinde nasıl bir etki yaratacaktır? Bu soruya ilişkin olarak söz konusu çalışma kapsamında öncelikle, (II) sakat bir karar ile seçilen YK üyelerinin üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin akıbeti, sonrasında (III) söz konusu üyelerin katılımı ile alınan kararların ve (IV) bu kararlara dayanılarak üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin akıbeti; devamında ise (V) ilgili üyelerin katılımıyla

alınan çağrı kararı üzerine toplanan genel kurulun geçerliliği meselesi ele alınacaktır. Bunların yanı sıra ayrıca, konuya ilişkin olarak (VI) Alman doktrini tarafından geliştirilmiş olan ve “Sakat Organ Doktrini” (*Die Lehre vom fehlerhaften Organ*) şeklinde Türkçeye çevrilebilecek olan, çözüm odaklı bir doktrinel yaklaşımdan bahsedilecek; akabinde (VII) söz konusu doktrinin Türk Hukuku açısından uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

II. SAKAT BİR KARAR İLE SEÇİLEN YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE YAPTIĞI İŞLEMLERİN AKİBETİ

A. TEMSİL YETKİSİNİN TESCİLİNDEN SONRA YAPILAN İŞLEMLER

TTK m. 373/1’de, anonim şirketi temsile yetkili kişilerin tescil ve ilan edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, kendisine şirketi temsil etme yetkisi verilmiş olan YK üyesi/üyerleri, seçildikten sonra sicile tescil ve ilan edilecektir. Böylece şirket, ilgili YK üyesinin kendisinin temsilcisi olduğunu, dolayısıyla kendi ad ve hesabına üçüncü kişilerle işlem yapma yetkisine sahip olduğunu duyurmuş olacaktır. Nitekim üçüncü kişiler, yapılan bu bildirimle güvenerek ilgili YK üyesi vasıtasıyla şirket ile hukuki işlem yapacaklar ve şirket bu işlemler ile bağlı olacaktır. Tescil edilmiş olan YK üyesinin seçimine ilişkin kararın hukuken sakat olması halinde ise, söz konusu işlemin akıbeti ne olacaktır? Şirket, işlem ile bağlı olacak mıdır?

6762 sayılı mülga-TTK döneminde konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte; doktrinde, seçim kararına ilişkin verilmiş olan yokluk, butlan veya iptal kararının iyiniyetli kişilere karşı ileri sürülemeyeceği görüşü hakimdir¹⁹. 6102 sayılı TTK’da ise konu ele alınmış; seçimi ya da atanması hukuken sakat bir karara dayanan temsilcinin ortaklık adına üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemlerin akıbeti, TTK m. 373/2’de özel olarak düzenlenmiştir. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine*

¹⁷ Bu noktada özellikle belirtelim ki, doktrinde *yokluk* halinde işlemin hukuken hiç doğmamış ve varlık kazanamamış olması nedeniyle, teknik anlamda bir hükümsüzlük halinden bahsedilemeyeceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu yönde bkz.: **Eren**, Fikret & **Dönmez**, Ünsal (2022) Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, (m. 1- 48), Ankara, Yetkin, s. 778, N. 49; **Tekinay**, Selahattin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Halûk & **Altıp**, Atilla (1993) Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 374 vd.; **Antalya**, Gökhan (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul, Seçkin, s. 127. *Aksi yönde* bkz.: **Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, Turgut (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 18. Bası, Vedat, s. 184; N. 541. Bu çalışmada ise *hükümsüzlük* terimi, genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin her üç hali, yani yokluk, butlan ve iptal hallerinin tümünü ifade edecek şekilde kullanılacaktır. Hükümsüzlük kavramının, anonim şirket genel kurul kararları açısından her üç sakatlık halini de kapsar şekilde geniş kullanımına örnek olarak bkz.: **Kırca**, s. 495 vd.; **Moroğlu**, 2017, s. 27 vd.

¹⁸ **Moroğlu**, 2017, s. 327; **Kırca (Şehirli Çelik & Manavgat)**, C.2/2, s. 255; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 182; **Bilgili & Demirkapı**, s. 361.

¹⁹ **Moroğlu**, Erdoğan (1993) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. Bası, Ankara, BTHAE, s. 198; **Kırca**, s. 501; **Nomer**, s. 206-207. İptal kararının etkisi açısından bu yönde bkz.: **Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2010) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul, Vedat, s. 395, N. 748.

veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından **bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir.**" Buna göre, YK üyesinin seçimi hukuken sakat bir karara dayanıyor olmasına rağmen her nasılsa²⁰ temsil yetkisinin tescili gerçekleşmişse; şirket, ilgili YK üyesinin tescilden sonra üçüncü kişiler ile şirket adına yaptığı işlemlerle bağlı olacaktır. Bunun tek istisnası, işlemi yapan üçüncü kişinin sakatlığı biliyor olması ve bunun şirket tarafından ispat edilmiş olmasıdır.

Söz konusu düzenlemede kanun koyucu, üçüncü kişilerin ortaklığın iç işleyişine ilişkin hukuka aykırılıklardan olumsuz bir şekilde etkilenmesine engel olma düşüncesiyle hareket etmiş ve böylece *işlem güvenliğine öncelik vermiştir*²¹. Ancak kanun koyucu, bu sonucu, tescilin gerçekleşmiş olması koşuluna bağlamıştır. Önemle belirtelim ki, burada tescilin hukuken sakat kararı ıslah etmesi gibi bir fonksiyonu yoktur²². Kanun koyucunun iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması bağlamında *tescil* koşulunu öngörmüş olması, tescilin *hukuki görünüş* yaratma fonksiyonundan kaynaklanmaktadır²³. Zira şirketin ilgili YK üyesini tescil ettirmesi, dış dünyada söz konusu

kişinin şirketi temsil etmeye yetkili olduğu hususunda bir hukuki görünüş yaratmakta ve üçüncü kişiler buna güvenerek işlem yapmaktadırlar. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede esas itibarıyla, TTK m. 37 hükmünde olduğu üzere, üçüncü kişilerin yaratılan hukuki görünüşe olan güveni korunmaktadır²⁴. Nitekim madde gerekçesinde "... *Hüküm 37 nci madde ile aynı düşünce eksenindedir ...*" demek suretiyle, bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir. Üçüncü kişilerin bir hususun ilân edilen şekline güvenebileceğini ve ilan edilen duruma dayanabileceğini düzenleyen TTK m. 37 hükmü, görünüşe güven ilkesinin ticaret siciline yansıtılmış, başka bir ifadeyle sicil hukuku açısından düzenlenmiş halidir²⁵. TTK m. 373/2 hükmü ise, aynı hukuk mantığını anonim ortaklıklar hukukuna dahil eden, görünüşe güven ilkesini anonim ortaklığın dış ilişkileri açısından kanuni temele kavuşturan; bu bağlamda şirketin temsiline ilişkin olarak iç ilişkide meydana gelen sakatlıkların dış ilişkiye etkisini engelleyen ve böylece açık bir şekilde işlem güvenliğini öngören özel bir düzenlemedir.

Madde metninde, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin *herhangi bir hukuki sakatlık* ifadesinin kullanılmış olması dolayısıyla, hükmün uygulanması bakımından sakatlığın türünün (yokluk, butlan, iptal edilebilirlik) bir önemi olmayacaktır²⁶. Dolayısıyla kanun koyucu, bu düzenleme ile genel kurul kararlarının yokluk, butlan ya da iptal nedeniyle hükümsüzlüğünün geriye yönelik etki edeceği yönündeki kurala, temsil yetkisine ilişkin kararın sakatlığı haline özgü olmak üzere, üçüncü kişilere yönelik olarak açık bir istisna getirmiş bulunmaktadır.

²⁰ Esasen sicil müdürlüğü, yokluk ya da butlan ile sakat bir kararın tescilli talebini re'sen reddetmelidir. Zira TTK m. 32/1 uyarınca sicil müdürü, tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. "... *TTK.nun 34 ncü [TTK m. 32] maddesi uyarınca Ticaret Sicil Memurluğu yasal şartların mevcut olup olmadığını esas bakımından da incelemekle yükümlüdür. Ticaret Sicil Memurluğu ortaklıklarla ilgili başvurularda tescilli istenen hususun yok veya butlan ile malül olduğunu tesbit ettiğinde te[ş]cil istemini ret etmek durumundadır...*" Y.11.HD., T. 21.10.2005, E. 2004/11672, K. 2005/10136 (Lexpera). Kararın yok hükmünde ya da butlan ile sakat olması halinde tescil talebinin reddedilebileceği, iptal edilebilir olması halinde ise tescil talebinin reddedilemeyeceği yönünde bkz. **Teoman**, Ömer (2010), 'Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?': Engin, Baki İlkay (Editör) (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: II, İstanbul, Onikilevha, s. 1703 vd.

²¹ Nitekim bu bakış açısı hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "... *Hukuki sakatlık ne kadar ağır olursa olsun bunun üçüncü kişiye karşı ileri sürülememesi, üçüncü kişiye izleyemeyeceği, belirleyemeyeceği ve yargılayamayacağı bir yükümlülük yüklenmesini engellemek ve işlem güvenliği ile adaleti sağlamak amaçlarına yöneliktir.*"

²² **Moroğlu**, 2017, s. 88; **Kırca (Şehirali Çelik & Manavgat)**, C. I, s. 446.

²³ Mülga-TTK zamanına ilişkin olarak bkz.: **Moroğlu**, 1993, s. 60, 115, 198; **Kırca**, s. 501.

²⁴ **Moroğlu**, 2017, s. 88; **Kırca (Şehirali Çelik & Manavgat)**, C. I, s. 446. Karş.: **Kırca**, s. 502. TTK m. 373/2 düzenlemesi yapılmamış olsaydı dahi, hukuki sakatlığın TTK m. 37 hükmü gereğince -zaten- iyiniyetli kişilere karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bkz.: **Akdağ Güney**, Necla (2016) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul, Vedat, s. 118.

²⁵ TTK m. 37 Gerekçesi: "*Hüküm, görünüşe güven ilkesini sicil hukuku yönünden düzenlemekte, üçüncü kişinin, bir hususun ilan edilen şekline güvenip ona dayanabileceğini belirlemektedir*". Ayrıca bkz.: **Kayar**, İsmail (2005), 'TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi' YÜ-HFD, TTK Tasarısı Sempozyumu (27-28 Mayıs 2005), S. 1, C. II, s. 366.

²⁶ **Kırca (Şehirali Çelik & Manavgat)**, C. I, s. 447; **Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2022) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Ankara, Yetkin, s. 316; **Kuru**, Özge (2022) Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, İstanbul, Onikilevha, s. 65.

Sonuç olarak, YK üyesinin seçimine ilişkin kararın yokluk ya da butlan ile sakat olmasına veya işlemin yapılmasından sonra- kesinleşmiş iptal kararı ile hükümsüz kılınmış olmasına rağmen, şirket TTK m. 373/2 düzenlemesinin açık lafzı gereğince, temsil yetkisinin tescilinden sonra ilgili YK üyesi tarafından şirket adına üçüncü kişi ile yapılmış olan işlemde ötürü sorumlu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işlemin mahkemenin kesinleşmiş kararından sonra, ancak sicildeki kaydın silinmesinden önce yapılmış olması ihtimalinde de, kanaatimce yine aynı sonuca varılmalıdır. Zira TTK m. 373/2 düzenlemesinin arkasında yatan düşünce, üçüncü kişilerin, tescil ile şirket tarafından temsile ilişkin olarak yaratılmış olan hukuki görünüşe olan güvenlerinin korunmasıdır. Sicildeki kayıt silinmediği ya da düzeltilmediği sürece, kayda duyulan güvenin korunması ihtiyacı varlığını sürdürecektir. Dolayısıyla sakatlığa ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı *per se* TTK m. 373/2 hükmünün uygulanmasına engel olmayacak, ayrıca sicildeki kaydın silinmiş olması gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, sakatlığa ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararı olsa dahi, ilgili YK üyesinin temsil yetkisinin sicilden silinmesi anına kadar yapılan işlemlerin şirketi bağlayacağı kabul edilmelidir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu kabul, TTK m. 373/2 hükmüne hayat veren hukuki görünüşe güven prensibinin bir gereğidir. Ancak tabi ki şirket, ilgili YK üyesi ile işlem yapan üçüncü kişinin, seçim kararının yokluk veya butlan ile sakat olduğunu bildiği ya da karar hakkında kesinleşmiş bir iptal (yokluk ya da butlan) kararının varlığından haberdar olduğunu ispat etmek suretiyle ilgili işlem ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir²⁷.

B. TEMSİL YETKİSİNİN TESCİLİNDEN ÖNCE YAPILAN İŞLEMLER

TTK m. 373/2'de, hukuken sakat bir karar ile seçilen YK üyesinin tescil sonrasında yaptığı işlemler konu edilmiş; *tescil öncesinde* yapılan işlemlerin akıbeti hususunda ise herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Oysaki, TTK m. 373/1 uyarınca ticaret siciline yapılan tescil, kurucu değil *bildirici* nitelikte

olup; kişi temsil yetkisinin verildiği andan itibaren temsilci sıfatını kazanır ve üçüncü kişilerle şirket adına işlem yapabilir²⁸. Dolayısıyla hukuken sakat bir karar ile seçilen YK üyesinin temsil yetkisinin TTK m. 373/1 uyarınca tescil ve ilan edilmesinden önce yapmış olduğu işlemlerin akıbetinin ne olacağı ayrıca incelenmesi gereken bir husustur.

Yukarıdaki başlık altında da belirtildiği üzere, TTK m. 373/2 düzenlemesinin altında yatan düşünce, tescil vasıtasıyla şirket tarafından temsile ilişkin olarak yaratılmış olan hukuki görünüşe olan güvenin korunması ve böylece işlem güvenliğinin sağlanmasıdır. Ancak ilgili kişinin temsile yetkili YK üyesi olduğu yönündeki hukuki görünüşün, sicile tescil dışında başka şekillerde de yaratılması pekâlâ mümkündür²⁹. Bu, açık bir beyanla yapılabileceği gibi, örtülü bir şekilde de gerçekleştirilebilir. Örneğin, sakat bir genel kurulu kararı veya YK kararı ile seçilmiş olan kişinin -henüz sicile tescil edilmeksizin- doğrudan şirket müşterilerine YK üyesi olarak tanıtılması ya da doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, seçilmiş ancak henüz tescil edilmemiş olan ilgili YK üyesinin "... müşterileri şirketin merkezinde kabul etmesi; ... şirketin antetli kâğıtlarını kullanması; üçüncü kişilerin [ilgili YK üyesinin] yönetim kurulu toplantılarına katıldığından haberdar olması, hattâ [ilgili YK üyesinin] imzasının da bulunduğu yönetim kurulu karar(lar)ının üçüncü kişiye ibrazı; kısaca [söz konusu YK üyesinin] bir yönetim kurulu üyesi gibi davranmakla, öyle bir görünüm yaratmakla birlikte şirketin buna ses çıkarmadığı ..."³⁰ hallerde, dış dünyada o kişinin YK üyesi olduğu yönünde bir izlenim yaratılmış olacaktır.

Şirket, hukuki görünüşün tescil dışındaki yönlemlerle yaratılmış olduğu hallerde de, yapılan işlemlerden sorumlu olacak mıdır? TTK m. 373/2 hükmünün düzenleniş amacı ve dolayısıyla korunan menfaat göz önünde bulundurulacak olduğunda, esasen hukuki görünüşün tescil ya da başka bir vasıta ile (örneğin açık ya da örtülü bildirim veya davranış tarzıyla) yaratılmış olması arasında bir fark bulunmamaktadır. İyiniyetli üçüncü kişiler ve işlem

²⁷ Ayrıca belirtelim ki, bu açıklamalar işlemin sakat bir kararla seçilen YK üyesi tarafından değil de, TTK m. 370/2 uyarınca sakat bir YK kararıyla seçilen şirket temsilcisi tarafından yapılmış olması halinde de *kıyasen* geçerlidir.

²⁸ Arslanlı, s. 136; Kirca (Şehirli Çelik & Manavgat), C. I. s. 633.

²⁹ Kirca, s. 501; Watter, Rolf (2016) Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, 5. Bası, Basel, Art 718, N. 29.

³⁰ Kirca, s. 501 vd.

güvenliği, hukuki görünümün tescil dışındaki vasıtalarda yaratılmış olması halinde de aynı hukuki korumaya muhtaçtırlar. Zira üçüncü kişilerin, şirket içi yapılan işlemlerin ve alınan kararların geçerliliğini araştırma ve kontrol etme olasılığının bulunmaması bir yana, üçüncü kişilere böyle bir yükümlülük yüklemek, ticaret hayatının gerçekleri ile de uyumayacaktır. Nitekim ilgili maddenin gerekçesine göre hükmün düzenlenme amacı, üçüncü kişiye *izlemeyeceği, yargılayamayacağı ve belirlemeyeceği* bir yükümlülüğün yüklenmesinin önlenmesi ve işlem güvenliği ile adaletin sağlanmasıdır.

Nitekim TTK m. 373/2 hükmünün düzenleniş amacı ve dolayısıyla korunan menfaat göz önünde bulundurulacak olduğunda, şirketin tescil vasıtasıyla değil de, diğer şekillerde (açık ya da örtülü bildirim veya davranış tarzıyla) dış dünyada yaratmış olduğu izlenime/görünüşe güvenen üçüncü kişilerin de aynı şekilde korunması gerekmektedir. Zira bu, her şeyden önce *hukuki görünüş sorumluluğu* (“*Rechts-scheinhaftung*”) olarak adlandırılan genel hukuk ilkesinin bir gereğidir. Söz konusu ilke uyarınca, bir başkası tarafından yaratılmış olan durumun gerçekliğine güvenmekte haklı olan kişinin güveni, yaratılan görünüş gerçek hukuki duruma uygun olmasa bile korunur; gerçek hukuki duruma uymayan dış olgular gerçek olgular gibi muamele görür³¹. Dolayısıyla, esasen TTK m. 373/2 hükmü düzenlenmemiş olsaydı dahi, hukuki görünüşe güven ilkesi gereğince ilgili YK üyesinin tescil edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, iyiniyetli üçüncü kişilerin somut olay koşullarında seçimi sakat YK üyesinin şirketin yetkili temsilcisi olduğuna inanmakta haklı olmaları durumunda, hukuki görünüşe olan güvenlerinin korunması gerektiği söylenecekti. Nitekim doktrinde, TTK m. 373/2 düzenlemesinin bulunmadığı mülga-TTK zamanında, sakat bir karar ile seçilen YK üyesinin şirketin yetkili temsilci olduğu izleniminin yaratılmış olması halinde, ilgili YK üyesinin *tescildinden önce* iyiniyetli üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerden ötürü şirketin bağlı olması gerektiği görüşü -haklı olarak- savunulmaktaydı³².

³¹ Birçokları yerine bkz.: **Canaris**, Claus-Wilhelm (1971) Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München, Beck, s. 9 vd.; **Ülgen**, Hüseyin (2005) Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul, Vedat, s. 19.

³² **Kırca**, s. 501 vd.

Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki, TTK m. 373/2 hükmü, görünüşe güvenin korunacağı yönündeki temel ilkenin uygulanma alanını yalnızca temsil yetkisinin tescil edilmiş olması haline indirgeyen; başka bir ifadeyle, işlem güvenliğini tescilin gerçekleşmiş olması şartına bağlamak suretiyle, hukuki görünüşe güvenin korunacağı yönündeki temel ilkenin uygulanma alanını şirket lehine sınırlandıran bir düzenleme olarak algılanmamalıdır. Söz konusu düzenlemenin varlığı, kanaatimce yalnızca temsil yetkisinin tescilinden sonra ve önce uygulanacak rejimin belirlenmesi noktasında bir ayrıma gidilmesine sebep olacaktır. Bu doğrultuda, işlemin temsil yetkisinin tescilinden sonra gerçekleşmiş olması halinde, işlem güvenliği TTK m. 373/2 düzenlemesi kapsamında korunacak; tescilden önce yapılan işlemlerin durumu ise, genel görünüşe güven ilkesi ışığında değerlendirilecek ve dış dünyada ilgili kişinin temsile yetkili YK üyesi olduğu yönünde bir izlenim uyandırılmış olup olmadığı somut olay koşullarında özel olarak belirlenmesi gerekecektir. Değerlendirme neticesinde, ilgili kişinin temsile yetkili YK üyesi olduğu yönünde bir izlenim yaratılmış olduğu kanaatine varılması halinde genel ilke uygulanacak ve şirketin, üçüncü kişilerle yapılan işlemlerden ötürü sorumlu olduğu kabul edilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, şirketin tescilden sonra yapılan işlemlerde hukuki sakatlığı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, TTK m. 373/2 özel düzenlemesi gereğince sakatlığın bunlar tarafından *bilindiğini* ispat etmek zorunda olmasına rağmen; tescilden önce yapılan işlemlerde genel dürüstlük kuralı uygulama alanı bulacağından, şirketin sakatlığın üçüncü kişiler tarafından *bilindiğinin* yanı sıra, *bilinmesi gerektiğinin* ispat edilmesi halinde de sorumluluktan kurtulabilecek olduğudur.

Son olarak belirtelim ki, karşılaştırmalı hukuka bakılacak olduğunda ne Alman ne de İsviçre anonim ortaklık hukukunda TTK m. 373/2 hükmüne denk bir düzenleme bulunmaktadır. Alman hukukunda mesele, ticaret hukuku alanında genel olarak kabul edilen hukuki görünüşe güven ilkesi ve görünüşe güven ilkesinin sicil hukukuna yansıyan düzenlemesi (§15/3 HGB)³³ kapsamında ele alınmakta ve bu bağlamda üçüncü ki-

³³ §15/3 HGB hükmü, TTK m. 37 hükmüne kaynaklık eden düzenlemedir.

şilerin iyiniyeti korunmaktadır³⁴. İsviçre hukukunda da yine görünüşe güven ilkesinden yola çıkılarak, YK üyesinin seçimine ilişkin kararın hükümsüzlüğünün iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir³⁵. Bu bağlamda hukuki görünüşün tescil vasıtasıyla ya da sicil dışında başka yöntemlerle yaratılmış olması arasında bir fark gözetilmeksizin, görünüşe güven ilkesi gereğince üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerektiği savunulmaktadır³⁶.

III. SAKAT BİR KARAR İLE SEÇİLEN YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN KATILIMI İLE ALINAN KARARLARIN AKİBETİ

Hukuken sakat genel kurul kararı, tüm YK üyelerinin seçimine ilişkin olabileceği gibi, yalnızca bir ya da birden fazla YK üyesinin seçimine ilişkin de olabilir. YK üyelerinin *tümünün* hukuken sakat bir genel kurul kararı ile seçilmiş olması halinde, organ sıfatını haiz bir yönetim kurulunun baştan beri oluşmadığı sonucuna varılacak; böyle bir (görünüşte) YK tarafından alınan kararların tümü yok hükmünde olacaktır³⁷. Sakat genel kurul kararının yalnızca *bir* ya da *birden fazla* YK üyesinin seçimine ilişkin olması halinde ise, esasen YK üyesi olmayan bir kişinin (ya da kişilerin) toplantıya katılması ile eşdeğer bir durum söz konusu olacaktır. Bu durumda alınan YK kararının geçerliliği hususunda menfaatler dengesi göz önünde bulundurularak bir ayırım yapılmalı; ilgili YK üyesinin kararın alınmasında bir etkisinin olup olmadığına göre karar verilmelidir³⁸. Buna göre,

sakat bir GK kararı ile seçilmiş olan YK üyesinin (ya da üyelerinin) katılımıyla bir karar alınmışsa ve bu kişi (ya da kişiler) kararın alınmasındaki etkili olmuş(lar)sa, bu durumda alınan kararın hükümsüz olduğu; aksi halde ise kararın geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Esasen bu yorum tarzı, genel olarak 6102 sayılı TTK'nın bakış açısıyla da örtüşmektedir. Zira kanun koyucu genel kurula katılma yetkisi olmayan kişilerin toplantıya katılmış olmalarını, tek başına kararın iptalini gerektiren bir sakatlık olarak görmemiş; bu katılımın genel kurul kararının alınmasında etkili olması şartını aramıştır (TTK m. 446/1-b). Genel kurul kararlarının aksine YK kararlarının iptali söz konusu olmamakla birlikte; kanun koyucunun etki prensibini kabul etme gerekçesinin ve bu bağlamda ilgili sakatlığın kararın ayakta tutulmasına engel olacak nitelikte olmadığı yönündeki bakış açısının, YK kararlarının geçerliliği bağlamında da temel alınmasına ve aynı denklemin burada da uygulanmasına engel olacak herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Tam tersine, söz konusu uygulama menfaatler dengesinin sağlanması açısından en uygun çözüm tarzı olacaktır. Aksi yönde bir kabul, yani kararın alınmasında herhangi bir etkisi olmamasına rağmen, sırf seçiminde meydana gelen hukuka aykırılık sebebiyle YK üyesi vasfını kazanamayan kişinin toplantıya katılmış olmasına, ilgili YK kararının geçersizliği sonucunu bağlamak, menfaatler dengesini göz ardı eden, aşırı şekilci bir yorum tarzı olmaktan öteye gidemeyecektir. Dahası YK üyesinin kararın alınmasında etkili olmamasına rağmen sırf ilgili toplantıya katılmış olmasının geçersizlik sebebi olarak görülmesi, bu karara dayanarak yapılan her türlü işlemin geçersizliğine sebep olacak; bu ise çözümü zor bir kaos yaratacaktır. Dolayısıyla, kanun koyucunun yetkisiz kişinin genel kurula katılması halinde uygulanmasını kabul ettiği etki prensibinin (TTK m. 446/1-b) ve bu bağlamda ilgili sakatlığın kararın ayakta tutulmasına engel olacak nitelikte olmadığı yönündeki bakış açısının, yetkisiz YK üyesinin toplantıya katılması halinde de *kıyasen* uygulanması menfaatler dengesine en uygun çözüm tarzı olacaktır.

Nitekim durumu özetlemek gerekirse; seçimine ilişkin kararın hükümsüz olduğu tespit edilmiş olan bir üyenin toplantıya katılımı olmaksızın, kanuna

³⁴ Ayrıntılı açıklama için birçokları yerine bkz.: **Göbbel**, Vincent (2018) Die Lehre vom fehlerhaften Organ, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 138 vd.; **Sajnovits**, Alexander (2022), 'Das fehlerhaft bestellte Organmitglied im Rechtsverkehr' ZHR 186, s. 296 vd.

³⁵ **Messer**, Rémy (2013) Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Bern, Stämpfli, s. 273, N. 642; **Watter**, Art 718, N. 29; **Kunz**, Peter V (2015), 'Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?' Jusletter 29. Juni 2015, s. 15, N. 47. Karş.: **Böckli**, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, Schulthess, s. 2316, N. 184 vd.

³⁶ **Messer**, s. 273, N. 642; **Watter**, Art 718, N. 29. İyiniyetin korunması noktasında üçüncü kişinin niteliğinin bir önemi bulunmayacak; iyiniyet iddiası somut olay koşullarına göre incelenecektir.

³⁷ **Wernli**, Martin & **Rizzi**, Marco A. (2016), Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, 5. Bası, Art. 714, N. 12; **Kunz**, s. 15, N. 44. Ancak böyle bir YK tarafından alınan genel kurulu toplantıya çağrı kararının istisnai olarak geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ileride IV.

³⁸ **Wernli** & **Rizzi**, Art. 714, N. 12; **Kunz**, s. 14 vd., N. 41-44; **Böckli**, s. 1590, N. 127a.

uygun olarak alınmış olan bir YK kararı geçerli olacaktır. İlgili üyenin toplantıya katılmış olması halinde ise, etki prensibi göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır. Buna göre, söz konusu kararın, ilgili üyenin toplantıya katılmamış olması halinde dahi alınabilecek olduğu söylenebiliyorsa, bu durumda da yine kararın geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak ilgili YK üyesinin katılımının olmaması halinde kararın alınabilmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varılıyorsa, üyenin katılımının kararın alınmasında belirleyici rol oynamış olması sebebiyle, kararın geçersiz olduğu kabul edilmelidir³⁹. Belirtilen bu son halde, söz konusu üye, toplantı yeter sayısının oluşmasında ya da kullandığı olumlu oy ile kararın alınmasında etkili olmuş olabilir.

IV. SAKAT BİR KARAR İLE SEÇİLEN YK ÜYESİNİN KATILIMI NEDENİYLE HÜKÜMSÜZ OLAN BİR YK KARARINA DAYANILARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE YAPILAN İŞLEMLERİN AKİBETİ

Bir önceki başlık altında belirtilen sebeplerden ötürü hükümsüz olan bir YK kararına dayanılarak üçüncü kişilerle hukuki işlem yapılmış olması durumunda, yapılan işlemin akibetinin ne olacağı ayrı bir inceleme konusudur. İlgili YK kararının hükümsüzlüğü, şirketin bu karara dayanılarak yapılmış olan işlemlerden ötürü sorumluluğu üzerinde nasıl bir etki yaratacaktır?

Esasen bu ihtimalde, üçüncü kişilerin içinde buldukları durum hukuken sakat bir karar ile seçilen YK üyesi ile işlem yapan üçüncü kişilerin durumundan farksızdır. Her iki durumda da üçüncü kişilerin şirketin iç dinamiklerinden haberdar olabilmesi, bu anlamda şirket içi karar ve işlemlerin geçerliliği hakkında bilgi sahibi olabilmesi -istisnai haller hariç- mümkün değildir. Bu nedenle TTK m. 373/2 hükmünün ihdas edilmiş gerekçesi olarak ileri sürülen argümanlar, bu ihtimal açısından da aynen geçerlidir. Her iki durumda da üçüncü kişilerin menfaatleri aynı sebeplerden ötürü zedelenme tehlikesiyle karşı karşıya olup, işlem güvenliği aynı derecede korumaya muhtaçtır. Zira şirketin temsilcisi olarak tescil edilmiş (ya da farklı şekilde bildirilmiş) bir YK üyesi

ile işlem yapan üçüncü kişinin, bu kişinin seçimine ilişkin kararın hukuken sakat olduğunu bilme ihtimali ne kadar az ise, şirket temsilcisinin hükümsüz bir YK kararına dayanarak işlem yaptığını bilme ihtimali de o kadar azdır. Söz konusu iki ihtimalde de üçüncü kişi, TTK m. 373/2 hükmünün gerekçesinde ifade edildiği üzere *izleyemeyeceği, belirleyemeyeceği ve yargılayamayacağı* bir durum ile karşı karşıyadır.

Nitekim üçüncü kişilerin içinde buldukları bu durum, yani şirket içi karar ve işlemlere (ve ayrıca bunların geçerliliğine) ilişkin olarak bilgi edinemeyecek durumda olmaları, anonim ortaklıkta temsil yetkisinin dışarıya karşı *sınırlandırılmaması* ilkesinin kabul edilmesinin de temel sebeplerinden birisidir (TTK m. 371/3)⁴⁰. Söz konusu ilke uyarınca, şirket temsilcisinin yetkisi yalnızca Kanun'da izin verilen hususlarda⁴¹ sınırlandırılabilir; bunun haricinde bir sınırlandırma getirilemez. Kanun'a aykırı olarak yetkinin sınırlandırılmış olması halinde ise, bu durum iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Şirket, sınırlandırmaya uyulmaksızın yapılan işlemler ile -söz konusu işlemin temsilcinin yetkisi kapsamında olması şartıyla-⁴² bağlı olur. Biraz önce de belirtildiği üzere bu düzenlemenin altında yatan düşünce, şirket içi karar ve işlemlerin, şirket dışı kişilerce -kural olarak- bilinemeyeceği ve üçüncü kişilere her işlem öncesinde araştırma yapma külfeti yüklemenin ticaret hayatının dinamikleri ile bağdaşmayacağı gerçeğidir. Nitekim bu durum, anonim şirketlerin dış dünya ile olan temaslarında *işlem güvenliğinin şirket menfaatine üstünlüğü ilkesinin* benimsenmesini gerekli kılmıştır⁴³.

Diğer yandan Türk kanun koyucusu, 6102 sayılı Kanun ile *ultra vires* kuralını kaldırmak suretiyle bu tutumunu daha da pekiştirmiştir. Başka bir ifadeyle, *ultra vires* kuralından vazgeçilmesi, Türk anonim

³⁹ Böyle bir YK tarafından alınan genel kurulu toplantıya çağrı kararının istisnai olarak geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz.: IV.

⁴⁰ Birçokları yerine bkz: **Spindler**, Gerald (2019) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§76-117, 5. Bası, München, C.H. BECK, §82, N. 7 ve 49. Benzer şekilde: **Kirca**, s. 499.

⁴¹ TTK m. 371/3 uyarınca yetki sınırlandırması, yalnızca birlikte imzaya ve/veya merkez ya da şubeye ilişkin olarak yapılabilir.

⁴² Burada ifade edilmek istenen husus, işlemin *kanuni* ve varsa *iradi* (TTK m. 371/3) sınırlamalara uyulmak suretiyle yapılmış olması gereğidir.

⁴³ **Spindler**, §82, N. 7; **Fleischer**, Holger (2023) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz, §82, N. 1; **Koch**, Jens (2023) Aktiengesetz: AktG, 17. Bası, C.H. BECK, §82, N. 1.

şirketler hukukunda işlem güvenliğinin şirket menfaatine üstün tutulduğunu gösteren bir diğer önemli düzenlemedir. Zira ultra vires kuralı ile ticaret şirketlerinin hak ve borç ehliyeti, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlandırılmakta; bunun bir sonucu olarak da işletme konusu dışında yapılan işlemler, yok hükmünde sayılmaktaydı (mülga-TTK m. 137). Bu ise hiç kuşkusuz, şirket temsilcinin şirketin amacı ve işletme konusu dışında yaptığı işlemlerde, şirketi üçüncü şahıslara karşı koruyan, dolayısıyla açıkça işlem güvenliği aleyhine kaleme alınmış bir düzenlemeydi. Nitekim kanun koyucu, 6102 sayılı Kanun ile ultra vires kuralından vazgeçerek, temsil yetkisinin üçüncü kişilere karşı sınırlandırılmazlığı kuralının temelinde yatan işlem güvenliğinin sağlanması amacına uygun ve böylece kendi içinde tutarlı bir düzen tesis etmiştir.

Kanun koyucunun işlem güvenliğinin şirketin menfaatine üstünlüğü yönündeki bakış açısını yansıtan bir diğer düzenleme ise, TTK m. 371/4 hükmüdür. Hükümde, temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemlerin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olmasının, iyiniyetli üçüncü kişilerin o işlem sebebiyle şirkete başvurmalarına engel olmayacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, bu düzenleme de yine kanun koyucunun üçüncü kişilerin şirket içi işlem ve kararlardan haberdar olamayacağı gerçeğini göz önünde bulunduran, onları bu yönde araştırma yapma külfetinden kurtaran ve dolayısıyla işlem güvenliğinin sağlanması amacına yönelik bakış açısının bir ürünüdür. Esasen üçüncü kişiler, esas sözleşmenin (ve bazı genel kurul kararlarının) tescil edilmesi dolayısıyla, çoğu zaman temsilcinin neleri yapmaya yetkili olduğunu kontrol etme imkânına sahiptirler. Ancak buna rağmen TTK m. 371/4 hükmünün ihdas edilmiş olması, kanaatimce kanun koyucunun işlem güvenliğinin sağlanmasına verdiği önemi vurgulamaktadır.

Tüm bu düzenlemeler açık bir şekilde göstermektedir ki, kanun koyucu anonim ortaklığın dış ilişkileri açısından işlem güvenliğine öncelik vermiş; bunu sağlamak amacıyla da şirket içi alınan karar veya yapılan işlemlerin, dış ilişkide gerçekleşen hukuki işlemleri olumsuz yönde etkilemesine engel olmak istemiştir. Nitekim bu bakış açısından yola çıkılarak, YK kararının hükümsüzlüğünün yalnız-

ca iç ilişkide etkili olacak şekilde sonuç doğuracağı; bunun, söz konusu karara dayanılarak dış ilişkide yapılmış olan hukuki işlemlerin geçerliliği ve dolayısıyla şirketin sorumluluğu üzerinde bir etki yaratmayacağı kabul edilmelidir⁴⁴. Bu kabul, her şeyden önce temsil yetkisinin dış ilişkide sınırlandırılmazlığı ilkesinin (TTK m. 371/3) doğal bir sonucudur. Zira temsil yetkisinin dış ilişkide sınırlandırılmaması kuralı, en genel haliyle üçüncü kişilerin, şirketi temsile yetkili olanların iç ilişkide işlem yapma yetkisine getirilen sınırlandırmalara uyup uymadığını kontrol etmekle yükümlü olmadığı anlamına gelmektedir. Hükümün ihdas edilmiş amacı göz önünde bulundurulacak olduğunda, buradaki *sınırlandırma* ifadesinin yalnızca şirket tarafından bilinçli bir şekilde getirilen iradi kısıtlamaları (örn. temsil yetkisinin miktar olarak sınırlandırılması) değil, aynı zamanda şirket içi alınan kararlardan kaynaklı olarak temsil yetkisini sakatlayan diğer tüm kısıtlamaları da kapsar şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Nitekim temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemlerin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olmasının, iyiniyetli üçüncü kişilerin o işlem sebebiyle şirkete başvurmasına engel olmayacağını düzenleyen TTK m. 371/4 de, bu bakış açısını destekleyen bir hükümdür. Her ne kadar TTK m. 371/3'ün varlığı karşısında TTK m. 371/4 hükmüne gerek olup olmadığı tartışılabilir bir husus olsa da⁴⁵, TTK m. 371/4 düzenlemesi, TTK m. 371/3'de ifade edilen *sınırlandırılmazlık* kuralının kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Kanaatimce hüküm, yukarıda da ifade edildiği üzere üzere, TTK m. 371/3'ün şirket içi ilişkide temsil yetkisini sınırlandıran ya da ortadan kaldıran herhangi bir kararın, işlemin ya da olayın varlığı halini de kapsayan bir düzenleme olduğuna; dolayısıyla sınırlandırma olarak nitelendirilecek hallerin *geniş* yorumlanması gerektiğine işaret eden bir düzenlemedir. Bu sebeple TTK m. 371/3'ün, temsil yetkisinin doğumu ve kullanımı açısından meydana gelen hukuka aykırılıklardan kaynaklanan sınırlamaları da içeren ve düzenleyen bir hüküm olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁴⁴ Bu yönde ayrıca bkz.: **Kırca**, s. 499 vd. *Karş.:* **Moroğlu**, 2017, s. 192 vd., 341 vd.

⁴⁵ TTK m. 371/4 düzenlemesinin TTK m. 371/3 düzenlemesi karşısında gereksiz olduğu yönündeki eleştiri için bkz.: **Kırca (Şehirci & Manavgat)**, C. I, s. 648.

Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında değerlendirilecek olduğunda, bir önceki başlık altında belirtilen sebeplerden ötürü hükümsüz olan bir YK kararına dayanılarak üçüncü kişilerle hukuki işlem yapılmış olması durumunda, şirketin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı yapılan işlem ile bağlı olduğu kabul edilmelidir.

V. SAKAT BİR KARAR İLE SEÇİLEN YK ÜYESİNİN KATILIMIYLA ALINAN ÇAĞRI KARARI ÜZERİNE TOPLANAN GENEL KURULUN GEÇERLİLİĞİ

Bu başlık altında incelenecek olan husus, YK üyesinin ya da üyelerinin seçimine ilişkin kararın iptaline karar verilmiş olması ya da yokluk veya butlan ile sakat olduğunun tespit edilmiş olması halinde, mahkeme kararından önce ilgili YK üyesi/üyeleri tarafından veya ilgili YK üyesinin/üyelerinin olumlu oyu/oyları sayesinde alınan bir YK kararına dayanılarak yapılan toplantı çağrısının geçerli olup olmayacağıdır. Bu soruya verilecek olan yanıt, genel kurul çağrısının yetkili organ tarafından yapıp yapılmadığı ve dolayısıyla genel kurulun geçerli olup olmadığı hususunun belirlenmesinde etkili olacaktır. Nitekim çağrının geçersiz olduğu sonucuna varılacak olduğunda, genel kurul çağrısının yetkili olmayan organ tarafından yapıldığı ve dolayısıyla alınan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğu kabul edilecektir⁴⁶.

Öncelikle ifade edelim ki, Türk Ticaret Kanunu'nda seçimi sakat olan YK üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olup olmadığı hususuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda ise konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmış olup; §121/2, c. 2 AktG hükmünde, *ticaret siciline yönetim kurulu üyesi olarak tescil edilmiş olan kişilerin, genel kurulu toplantıya çağırma yetkili oldukları* açık bir şekilde ifade edilmiştir. Böylece, seçimi sakat karara dayanan YK üyelerinin, sicile tescil edilmiş olmaları şartına bağlı olarak, genel kurulu geçerli bir şekilde toplantıya çağırma yetkili oldukları kanunen kabul edilmiştir. Ancak Alman ka-

nun koyucusu, seçimi sakat YK üyesinin *tescilinden önce* yapılan çağrının geçerliliği hususunda sessiz kalmıştır. Doktrinde bu duruma ilişkin olarak, ilgili YK üyesinin toplantı ve karar yeter sayıları üzerindeki etkisi dikkate alınarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, yönetim kurulunun söz konusu üyenin olmaması halinde de toplantı yeter sayısına sahip olabileceği ve toplantı kararının söz konusu üyenin oyu olmadan da alınabileceği hallerde, çağrının ve dolayısıyla genel kurulda alınan kararların geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴⁷.

Türk hukukunda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, seçimi sakat YK üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olup olmadığı hususu, tartışmalı konular arasında yer almaktadır. İleri sürülen görüşlere bakıldığında, çoğunlukla hukuk güvenliğinin sağlanması düşüncesiyle hareket edildiği ve çağrının geçerli kabul edilmesi yönünde bir eğilim olduğu; ancak, özellikle hükümsüzlüğün türü hususunda görüşlerin birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, bazı yazarlar iptale tabi bir seçim kararının varlığı halinde, iptal kararının verilmesinden önce ilgili yönetim kurulunun yaptığı çağrının ve ilgili genel kurulda alınan kararların işlem güvenliği açısından geçerli kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁸. Diğer bazı yazarlar ise, hukuk güvenliği ilkesinin temel alınması gerektiği fikrinden yola çıkarak, geçersizliğin türünden bağımsız olarak, fiili/görünüşteki YK üyelerinin çağrı yetkisine sahip olduğunu, dolayısıyla

⁴⁶ Ancak çağrının yetkisiz kişilerce yapılmış olduğu kabul edilse dahi, tüm pay sahiplerinin toplantı salonunda hazır bulunduğu hallerde alınan kararlar, genel kurulun çağrısız olarak toplanabilmesi imkânı (TTK m. 416/1) dolayısıyla geçerli olacaktır. Bu yönde bkz.: Y.11.HD, T. 6.7.1978, E. 1978/3158, K. 1978/3661 (Lexpera).

⁴⁷ **Kubis**, Dietmar (2022) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3: §§118-178, 5. Bası, München, C.H. BECK, §121, N. 28; **Butzke**, Volker (2017) Aktiengesetz: Grosskommentar, §§118-130, Band. 7/1, 5. Bası, De Gruyter, §121, N. 39; **Rieckers**, Oliver (2022) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz, §121, N. 125.

⁴⁸ **İmregün**, Oğuz (1995), 'Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Pay Sahiplerinin İptal Davası Açma Hakkı', Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul, s. 134; **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 182; **Moroğlu**, 2017, s. 89; **Bilgili & Demirkapı**, s. 361; **Üçışık&Çelik**, s. 238 vd., anılan son eserde, yalnızca seçim kararının iptali halinde değil, butlanının tespiti halinde de çağrının geçerli olması gerektiği belirtilmekte; seçim kararının yokluk yaptırımına tabi tutulmuş olması haline ilişkin olarak ise bir açıklama yapılmamaktadır. Ayrıca -seçimine ilişkin karar hükümsüz olan YK üyelerinin yaptığı toplantı çağrısından bağımsız olarak- butlan kararının geçmişe etkili olması kuralına, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve hukuk güvenliği açısından bazı hallerde istisna tanınabileceği yönünde bkz.: **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 182; **Bilgili & Demirkapı**, s. 361.

la genel kurulda alınan kararların geçerli olacağını kabul etmektedirler⁴⁹. Bir diğer görüş sahibi ise, YK üyelerinin tescil edilmiş olup olmamalarına göre ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmekte; tescilin gerçekleşmemiş olması halinde, seçim kararına ilişkin geçersizliğin türü (yokluk, butlan, iptal kararı) ne olursa olsun, ilgili YK üyelerinin yaptıkları çağrının geçersiz ve alınan genel kurul kararlarının da yok hükmünde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁰. Ancak yazar, bu geçersizliğin uzun süre sonra ileri sürülmesinin hukuk güvenliğini ihlal edebilecek olması endişesini dile getirerek, çağrının geçerli olup olmadığı hususunun, her seferinde somut olay şartlarının göz önünde bulundurulması suretiyle değerlendirilmesinin yerinde olacağını ifade etmiştir. Fakat, seçilen YK üyelerinin tescil edilmiş olması haline ilişkin olarak bir açıklama yapmamış; §121/2 AktG hükmünde olduğu üzere 6102 sayılı TTK'ya, tescil edilen YK üyelerinin, hukuka aykırı seçilmiş olsalar dahi genel kurulu toplantıya davete yetkili oldukları yönünde bir hüküm konulmasını önermiştir⁵¹. YK üyelerinin seçimi hakkındaki kararın iptal edilmesi halinde, çağrının geçersiz olacağını savunan bir diğer görüş sahibi ise, bu durumda genel kurul kararlarının yokluk veya butlanına neden olabilecek derecede bir hukuka aykırılığın değil, TTK m. 446/1-b uyarınca çağrıda usulsüzlük kapsamında değerlendirilmesi gereken bir aykırılığın gündeme geleceğini; dolayısıyla ilgili genel kurul kararlarının geçerliliği meselesinin, söz konusu hukuka aykırılık ile alınan karar arasında bir illiyet bağının olup olmasına göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁵².

Yüksek mahkemenin konuya ilişkin kararlarına bakılacak olduğunda ise, doktrinde olduğu üzere, çağrının geçerli kabul edilmesi yönünde bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir. Bu bağlamda tespit edebildiğimiz kararların çoğu, geçersizliğin türü açısından seçim kararının *iptaline* ilişkindir. Yüksek

mahkeme ilgili kararlarında, sakat bir karar ile seçilmiş yönetim kurulunun, seçim kararının iptaline kadar iş başında kalabileceğine ve seçiminin iptaline ilişkin yargı kararının kesinleşmesinden önce ilgili YK tarafından yapılan çağrının geçerli olduğuna hükmetmiştir⁵³. Yüksek mahkeme daha yakın tarihli bir kararında ise "... yönetimin seçimine ilişkin kararın iptali ya da butlanı kararının kesinleşmesine kadar genel kurulu toplantıya çağrılarında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. ..." demek suretiyle, bu görüşünü seçim kararının batıl olması halini de kapsar şekilde genişletmiştir⁵⁴. Seçimi yokluk yaptırımına tabi YK üyelerinin yaptığı çağrının akıbetini değerlendiren bir yüksek mahkeme kararına ise rastlanmamıştır.

Her ne kadar TTK'da -Alman hukukundan farklı olarak- seçimi sakat YK üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olup olmadığı hususunda özel bir düzenleme yapılmamış olsa da, süresi dolmuş olan YK üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırabileceğine ilişkin TTK m. 410/1 hükmü, kanaatimizce Türk kanun koyucusunun meseleye ilişkin *muhtemel bakış açısının* belirlenmesinde yol gösterebilecek bir düzenlemedir. Zira genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi açısından bakıldığında, seçimi sakat YK üyeleri ile görev süresi bitmiş olan YK üyeleri -teorik olarak-benzer hukuki konumlara sahiptirler. Görev süresi bitmiş olan YK üyeleri, önceden sahip oldukları üyelik sıfatlarını ve dolayısıyla çağrı yetkilerini kaybetmişler⁵⁵; seçimi sakat YK üyeleri

⁵³ Y.11.HD, T. 06.07.1978, E. 1978/3158, K. 1978/3661 (Lexpera); Y.11.HD, T. 14.06.2001, E. 2001/3620, K. 2001/5424 (Lexpera).

⁵⁴ Y.23.HD, T. 14.9.2015, E. 2015/4261, K. 2015/5856 (Lexpera).

⁵⁵ Görev süresinin sona ermesiyle birlikte yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu, eTTK zamanın olduğu gibi şu an da tartışmalı konular arasında yer almaktadır. Hakim görüş, görev süresinin sona ermesi ile birlikte üyelik sıfatının da kendiliğinden sona ereceği yönündedir. Bu yönde örneğin bkz.: **Teoman**, Ömer (1994) Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I Hukuki Mütalaalar, Kitap 3: 1984-1985, İstanbul, s. 134; **Moroğlu**, Erdoğan (2006), 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri', Makaleler I, 3. Tıpkı Bası., İstanbul, Arkan, s. 400; **Bahtiyar**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, s. 182; **Kendigelen**, Abuzer (2006) Hukuki Mütalaalar, C. V (2003), Arkan, s. 142 vd.; **Akdağ Güney**, s. 36; **Kırca (Şehirali Çelik & Manavgat)**, C. I, s. 470; **Soykan**, İsmail Cem (2012) Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul, s. 142; **Eminoğlu**, Cafer (2021), 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması Bağlamında Organ Yokluğu Sorunsalı', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu -XXXIII, 13.12.2019, Ankara, BTHAE, s. 67 vd. Karş. **Çamoğlu (Pory & Tekinalp)**, 2021, N. 554, yazar, görev süresi dolan yönetim

⁴⁹ **Nomer**, s. 208; **Gürel**, s. 508 vd.

⁵⁰ **Narbay**, Şafak (2006), 'TTK Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' HPD, S. 7, s. 172.

⁵¹ **Narbay**, s. 172 vd. Aynı öneri için ayrıca bkz.: **Moroğlu**, 2017, s. 89.

⁵² **Çamurcu**, Emin (2020) 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptaline Bağlı Hukuki Sonuçlar' (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 149 vd.

ise seçim kararının sakatlığı sebebiyle ne üyelik sıfatına ne de çağrı yetkisine sahip olabilmişlerdir. Bu nedenle her iki halde de esasen şirket ile YK üyeleri arasındaki *organsal ilişki* ve dolayısıyla *çağrı yetkisi* bakımından özdeş bir hukuki durum söz konusudur: Zira iki durumda da taraflar arasında hukuken organsal bir ilişki (sona erme ya da hiç kurulama sebebiyle) bulunmamakta; buna bağlı olarak da çağrının yapılabilmesi noktasında bir yetkisizlik hali söz konusu olmaktadır. Nitekim TTK m. 410/1 düzenlemesi ile kanun koyucu, görev süresinin bitmiş olması sebebiyle üyelik sıfatının ve dolayısıyla çağrı yetkisinin kaybedilmiş olmasını, genel kurulun toplantıya çağrılması noktasında -çağrının geçerliliğini etkileyecek derecede- önemli bir hukuka aykırılık olarak görmediğini açık bir şekilde ifade etmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkılacak olduğunda, genel kurulun toplantıya çağrılması bağlamında kanun koyucunun, YK üyelerinin hukuken üyelik sıfatına ve dolayısıyla çağrı yetkisine sahip olmamalarını, tek başına genel kurulun geçersizliği sonucunu doğuracak bir hukuka aykırılık olarak görmediği sonucuna varılabilecektir. Seçimi sakat YK üyelerinin çağrı yetkisi konusunda özel bir düzenleme yapılmamış olması, kanaatimce TTK m. 410/1'de ifade edilen çağrı yetkisinin sadece görev süresinin dolmuş olması haline özgü olduğu anlamına gelmemektedir⁵⁶. Zira kanun koyucunun *organsal konumu* ve dolayısıyla *çağrı yetkisi* hususunda aynı hukuki konumda

bulunan YK üyeleri arasında farklılık öngörmesini haklı kılan nesnel bir sebep bulunmamaktadır⁵⁷. Dolayısıyla, seçimi sakat YK üyelerinin genel kurul toplantıya çağrıya yetkili olup olmadığı hususunda, kanun koyucunun TTK m. 410/1'de dile getirilen bakış açısı esas alınmalı ve söz konusu hüküm kıyasen uygulanmalıdır⁵⁸. Bu bağlamda, seçim kararının yokluk ya da butlan ile sakat olduğunun tespiti veya iptal kararının kesinleşmesi anına kadar, seçimi sakat YK üyeleri tarafından yapılan çağrının ve bunun üzerine yapılan genel kurul toplantısının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Yargıtay da bir kararında, çağrı yetkisi konusunda görev süresinin bitmesi ile seçim kararının geçersizliği halleri arasında bir farklılık olmadığı, bunların aynı uygulamaya tabi tutulması gerektiği şeklinde anlaşılabilir bir ifadeye bulunmuştur:

*"... yönetim kurulunun görev süresi dolsa bile yenisi seçilene kadar görevleri devam ettiği gibi, yönetimin seçimine ilişkin kararın iptali ya da butlanı kararının kesinleşmesine kadar genel kurul toplantıya çağrılmalarında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Görev süresinin bitmesi, seçimin iptaline ya da butlanına karar verilmesi, o yönetimin çağrısıyla toplanan genel kurulda alınan kararların salt bu nedenle iptali ya da butlanı sonucunu doğurmaz. ..."*⁵⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki, varılan bu sonuç kanun koyucunun bakış açısına uygun olduğu gibi, menfaatler dengesinin sağlanması açısından da en uygun çözüm tarzıdır. Şöyle ki, yukarıdaki başlıklar⁶⁰ altında ayrıntılı olarak açıkladığı üzere, Türk

kurulu üyelerinin üyelik sıfatlarının sona ereceği görüşünü savunmakla beraber, söz konusu kişilerin yeni üyelerin seçilmesi amacıyla yönelik işlemler ile ortaklığın varlığını sürdürmesi için gerekli ve acil işlerin yapılması ile sınırlı olmak üzere görevlerinin devam edeceğini ifade etmektedir. Görev süreleri dolan yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin, yenileri seçilene kadar bir sınırlanma olmaksızın devam edeceği yönündeki görüş için ise bkz.: **Alışkan**, Murat (2021), 'Görev Süresi Dolan Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkilerinin Devam Etmesi', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXXIII, 13.12.2019, Ankara, BTHAE, s. 30 vd.

⁵⁶ TTK m 410/1'in dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz.: **Şener**, s. 467. Ancak yazar, seçimine ilişkin genel kurul kararının kesin bir hükümle geçersizliği *tespit edilmiş* yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasının olanaksız olduğunu belirtmekte; söz konusu geçersizliğin henüz mahkeme kararı ile *tespit edilmeden önceki* duruma ilişkin olarak ise bir yorum yapmamaktadır. TTK m. 410/1 düzenlemesinin, seçimine ilişkin GK kararı sonradan kesin hükümle geçersiz hale gelen YK tarafından yapılmış olan davetin geçerliliği hususuna açıklık getirmemiş olması dolayısıyla eksik olduğu yönünde bkz.: **Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, s. 142.

⁵⁷ Kanun koyucunun, TTK m. 410/1 lafzını görev süresi sona eren YK üyesi ile sınırlandırmış olmasının muhtemel sebebinin, 6102 sayılı TTK öncesinde yapılan tartışmaların daha çok bu husus üzerinde yoğunlaşması olabileceği yönündeki -haklı- görüş için bkz.: **Gürel**, s. 514 vd.

⁵⁸ Benzer şekilde bkz.: **Üçışık&Çelik**, s. 238: "Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi dolmuş olsa bile, genel kurulu toplantıya çağrılacağı, TTK'da açıkça öngörüldüğünden, seçimlerine dair genel kurul kararı aleyhine açılan iptal, yahut butlanın tespiti davası devam eden yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılan davetin de geçerli olduğunun kabulü gerekir..."; TTK m. 410/1'in seçimi iptal edilen, batıl veya yok hükmünde olan yönetim kurulu üyelerine de kıyasen uygulanabileceği yönünde ayrıca bkz.: **Gürel**, s. 513 vd.

⁵⁹ Y.23.HD, T. 14.9.2015, E. 2015/4261, K. 2015/5856 (Lexpera).

⁶⁰ Bkz.: II. ve IV.

anonim ortaklılar hukukunda, şirket içinde meydana gelen hukuka aykırılıkların şirketin dış sahasına, yani üçüncü kişilerle olan ilişkilerine sirayet etmesinin olabildiğince önlenmesi; bu bağlamda işlem güvenliğinin sağlanması temeline dayalı bir sistem benimsenmiştir (TTK m. 373/2, 371/3 ve 371/4). İlgili hukuka aykırılıkların şirket içi sonuçları açısından ise böyle bir koruma kalkanı bulunmamaktadır⁶¹. Nitekim seçimi sakat YK üyelerince yapılan çağrının geçerliliği hususunda TTK m. 410/1 hükmünden yararlanılmaması durumunda, meselenin iç ilişki-dış ilişki ayrımı dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekecektir. Ne var ki, yönetim kurulunun eylemleri (karar ya da işlem), işin niteliği gereği bazı durumlarda hem iç ilişkide hem de dış ilişkide sonuç doğurabilme, yani çok yönlü etki gösterme potansiyeline sahiptirler. Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin YK kararı da, esasen tam olarak böyle bir karardır. Zira her ne kadar toplantı kararı ve çağrısı, ilk etapta yalnızca şirket içi ilişkiyi ilgilendiriyor gibi görünse de, çağrı üzerine gerçekleşen genel kurulda üçüncü kişilerle işlem yapılması sonucunu doğuran bir karar alınması halinde; toplantı kararı -dolaylı da olsa- dış ilişkide hukuki sonuç doğuracaktır. Örneğin, sakat bir karar ile seçilen YK tarafından yapılan çağrı neticesinde toplanan genel kurulda şirketin önemli miktarda malvarlığının satışı yönünde karar alınmış olması halinde, toplantı kararı dolaylı olarak dış ilişkiye de yansımış olacaktır. Bu sebeple toplantı kararı bazı hallerde, bir yönüyle iç ilişkiyi (*doğrudan etki*) diğer yönüyle dış ilişkiyi (*dolaylı etki*) ilgilendiren bir YK kararıdır. Nitekim bu yönüyle ele alınacak olduğunda, toplantıya çağrı kararının -yalnızca- iç ilişkiyi ilgilendirdiğini, dolayısıyla çağrı kararının ve buna bağlı olarak genel kurul kararlarının geçersiz olması gerektiğini ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım olmayacağı gibi; ilgili genel kurulda alınan karara dayanılarak üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girilmiş olması halinde, işlem güvenliğinin korunması açısından kanunda öngörülen koruma kalkanının da uygulama dışı kalmasına neden olacaktır. Oysaki, TTK m. 373/2, 371/3 ve 371/4 düzenlemeleri ile korunan menfaat dikkate alındığında, seçimi sakat YK üyeleri tarafından yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararlara istinaden şirket ile işlem yapan üçüncü kişilerin de, söz konu-

su koruma kapsamına dahil olmaları gerekmektedir. Diğer yandan, genel kurul kararlarının uygulanmaya başlanması halinde iç ilişkide de -çoğu zaman zincirleme sonuç doğuran- birden fazla hukuki işlemin vücut bulacağı ve -alınan kararın niteliğine göre- pay sahipleri başta olmak üzere, diğer ilgili kişilerin de iç ilişkide gerçekleşen işlemlerin geçerliliğine olan güveninin aynı şekilde korunmaya muhtaç olduğu göz ardı edilmemelidir. Nitekim menfaatler dengesi açısından bakılacak olduğunda, iç ilişkide de genel kurul kararlarından etkilenen kişilerin menfaatlere üstünlük tanınması gerektiği ve çağrıyı yapan YK üyelerinin seçimine ilişkin karardaki sakatlığın, tek başına tüm genel kurul kararlarının geçersizliği sonucunu doğuracak bir hukuka aykırılık olarak görülmemesi gerektiği söylenebilecektir. Dolayısıyla, meselenin kanun koyucunun TTK m. 410/1 hükmü ile dile getirmiş olduğu bakış açısından yola çıkılarak çözülmesi; bu bağlamda -türünden bağımsız olarak- hukuken sakat bir karar ile seçilen YK üyelerince yapılan toplantı çağrısının geçerli olduğunun kabul edilmesi, hem dış ilişki hem de iç ilişki açısından duruma en uygun çözüm tarzı olacaktır.

VI. ALMAN HUKUKUNA ÖZGÜ BİR YAKLAŞIM: SAKAT ORGAN DOKTRİNİ (“DIE LEHRE VOM FEHLERHAFTEN ORGAN”)

Hukuken sakat bir karar ile seçilen ve fiili olarak görevini icra etmeye başlamış olan bir organın hukuki durumu ve yaptığı eylemlerin (karar, işlem) geçerliliği hususu, Alman şirketler hukukunun tartışılan konuları arasında yer almaktadır. Tartışmanın konusunu ana hatlarıyla, Alman hukukunda genel kabul görmüş olan *Sakat Şirket Doktrininin* (“*Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft*”), hukuken sakat bir karar ile seçilmiş olan şirket organları tarafından yapılan işlemler hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı hususu oluşturmaktadır⁶².

Kısaca açıklamak gerekirse *Sakat Şirket Doktrini*, şirketin hukuken sakat bir hukuki işlem neticesinde kurulmuş olması halinde, hükümsüzlüğün yalnızca geleceğe etkili (*ex nunc*) olacak şekilde sonuç doğurması ve böylece o ana kadar yapılan işlemlerin geçerli olması gerektiği yönünde kabul edilen, Alman şirketler hukukunun temel prensiplerinden

⁶¹ Bkz.: III.

⁶² Söz konusu tartışmaya ilişkin ayrıntılı açıklama için birçokları yerine bkz.: **Sajnovits**, s. 291 vd.

birisidir⁶³. Söz konusu prensip, hukuk hayatında bir kez -görünüşte de olsa- varlık kazanmış olan organizasyonel bir yapının/şirketin, bir anda ortadan kaldırılmasının o ana kadar yapılan işlemlerin geriye döndürülmesi bağlamında birçok problemi beraberinde getireceği ve mevcut hukuk kurallarının söz konusu problemlerin dengeli ve hakkaniyete uygun bir şekilde bütünüyle çözümü noktasında yeterli olmayacağı görüşüne dayanmaktadır⁶⁴. Zira kurulmaları ile birlikte bağımsız bir hukuki varlık olarak hukuk sahnesine çıkan şirketler, gerek iç gerekse dış ilişkide hak ve borç doğuran sayısız hukuki işleme imza atarlar ve bu işlemlerin genel hukuk kuralları çerçevesinde geriye dönük olarak ortadan kaldırılması, hem iç hem de dış ilişkide çözümü zor problemlerin doğuma neden olur⁶⁵. İşte hükümsüzlüğün ortaya çıktığı ana kadar yapılan işlemlerin geriye yönelik olarak tasfiyesinin beraberinde getirdiği zorlukların önlenmesi; bunun yanı sıra hem şirket bütünlüğünün (*Bestandsschutz*) hem de üçüncü kişilerin korunması bağlamında işlem güvenliğinin (*Verkehrsschutz*) sağlanması amacıyla, Alman hukukunda *sakat şirket doktrini* geliştirilmiştir⁶⁶. Nitekim söz konusu doktrinin Alman anonim ortaklıklar hukukundaki en önemli yansımasını, şirket kuruluşundaki hukuki sakatlıklara ilişkin §§275-277 AktG düzenlemeleri oluşturmaktadır⁶⁷. Buna göre, §275/1 AktG hükmünde belirtilen sebeplerden ötürü şirketin hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, bu karar geçmişe değil, geleceğe etkili olacak; bir başka deyişle söz konusu hükümsüzlük kararı şirketi

baştan itibaren ortadan kaldırmayacak, yalnızca şirketin geleceğe yönelik olarak tasfiye edilmesi sonucunu doğuracaktır (§277 AktG)⁶⁸. Tasfiye öncesinde (ve sırasında) ise, şirketin hukuken geçerli bir şirket olduğu kabul edilecek ve gerek iç gerekse dış ilişkide o ana kadar yapılan işlemlerin ve alınan kararların tümü geçerliliğini koruyacaktır⁶⁹.

İşte *sakat organ doktrini*, esas itibariyle *sakat şirket doktrini* ile ilişkilendirilen⁷⁰ ve *sakat şirket doktrini* kapsamında kabul edilen prensiplerin, şirket organlarının sakat bir karar ile seçilmesi halinde de uygulanması gerektiğini savunan hukukçular tarafından geliştirilen, Alman hukukuna özgü bir teoridir⁷¹. Söz konusu doktrinin savunucuları, sakat şirket doktrininin oluşumunu gerekli kılan gerekçelerin ve bu bağlamda dile getirilen ihtiyaçların, şirket organlarının sakat bir karar ile seçilmiş olmaları halinde de aynen geçerli olduğunu ileri sürerler⁷². Bu bağlamda özetle, tek ya da iki taraflı hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü halinde uygulanan genel hükümlerin, tıpkı şirket kuruluşunda olduğu üzere, şirket organlarını belirleyen işlemlerin ve özellikle uygulanmaya başlanmış olan korporatif işlemlerin hükümsüzlüğü halinde de uygulanma kabiliyetine sahip olmadıkları belirtilmektedir⁷³. Bunun yanı sıra, her ne kadar genel olarak *görünüşe güven* ve *sicile güven ilkeleri* (§15/3 HGB) çerçevesinde -dış ilişkide- iyiniyetli üçüncü kişiler korunacak olsa da, benzer bir korumanın iç ilişki açısından söz konusu

⁶³ Söz konusu doktrine ilişkin ayrıntılı açıklama için birçokları yerine bkz.: **Schmidt**, Karsten (1986), „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht - Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts' Archiv für die civilistische Praxis 186, s. 421 vd.; **Schäfer**, Carsten (2002) Die Lehre vom fehlerhaften Verband, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 137 vd.

⁶⁴ **Schäfer**, s. 89 vd., 142; **Schmidt**, Karsten (2002) Gesellschaftsrecht, 4. Basi, Carl Heymanns, §6 II; **Windbichler**, Christine (2017) Gesellschaftsrecht, 24. Basi, München, C.H. BECK, §12, N. 11.

⁶⁵ **Windbichler**, §12, N. 11; **Grunewald**, Barbara (2017) Gesellschaftsrecht, 10. Basi, Tübingen, Mohr Siebeck, §1, N. 170; **Göbbel**, s. 47 vd.

⁶⁶ **Windbichler**, §12, N. 11 ve §26, N. 19; **Lieder**, Jan (2014), 'Die Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei fehlerhafter Wahl' ZHR 178, s. 290; **Göbbel**, s. 48 ve dn. 261'de anılan literatür.

⁶⁷ **Koch**, §275, N. 3 vd.; **Bachmann**, Gregor (2022) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz (Stand: 01.10.2022), §275, N. 3.

⁶⁸ Birçokları yerine bkz.: **Windbichler**, §26, N. 19 vd.

⁶⁹ **Göbbel**, s. 51.

⁷⁰ Alman öğretisinde sakat organ doktrininin dogmatik temellerinin ve bu bağlamda sakat şirket doktrini ile olan ilişkisinin belirlenmesi bağlamında farklı görüşlerin benimsenmiş olduğunu özellikle belirtelim. Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: **Göbbel**, s. 190 vd.

⁷¹ **Bayer**, Walter & **Lieder**, Jan (2012), 'Die Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis - Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht aus Anlass des HVB/UniCredit-Beschlusses des II. Zivilsenats des BGH vom 27. 9. 2011' NZG, s. 2; **Lieder**, s. 291; **Koch**, §84, N. 12 vd. ve orada anılan diğer literatür. Ancak belirtelim ki, Alman doktrinde son zamanlarda sakat organ doktrininin, şirketin hareket kabiliyetini sağlamayı amaçlayan *bağımsız* bir ilke olduğu savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu yönde **Göbbel**, s. 198 vd.

⁷² Sakat organ doktrininin, dogmatik açıdan sakat şirket doktrini tarafından temel alınan düşünce tarzına dayandığı yönünde bkz.: **Bayer & Lieder**, s. 2; **Lieder**, s. 291 vd.

⁷³ **Bayer & Lieder**, s. 2; **Lieder**, s. 291 vd.

olmamasının kabul edilebilir bir durum olmadığı; zira gerek pay sahiplerinin gerekse diğer ilgililerin en az üçüncü kişiler kadar yapılan işlemlerin geçerliliğine olan güvenlerinin korunması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴. Ayrıca, iyiniyetli olma şartı dolayısıyla, dış ilişkide amaçlanan korumanın dahi bazı halde sağlanamayabileceği dile getirilmektedir⁷⁵. Diğer yandan, YK üyeleri tarafından yapılan işlemlerin etkisi açısından iç-ilişki dış-ilişki ayrımı yapmanın çoğu zaman mümkün olmayacağı; bu mümkün olsa dahi yapılan işlemlerin iç ilişkide geriye yönelik olarak tasfiyesinin birçok zorluğu beraberinde getireceği de özellikle ifade edilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla sakat organ doktrini taraftarlarınca, sakat şirket doktrini ile benimsenen ilkelerin burada da uygulanmasının uygun olacağı; bu bağlamda sakat bir karar ile seçilmiş olan organ tarafından yapılan işlemlerin hem dış ilişki hem de iç ilişki açısından geçerli olarak kabul edilmesi ve hükümsüzlüğün yalnızca ileri yönelik (*ex nunc*) olarak etki etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Teori taraftarlarına göre seçimi sakat organ, hükümsüzlüğün mahkeme kararı ile tespiti anına kadar olan süre zarfında, hukuken geçerli bir karar ile seçilmiş olan organ ile aynı hukuki konuma sahip olmalıdır⁷⁸.

Ancak, her ne kadar söz konusu doktrin giderek daha fazla taraftar bulsa da, Federal Mahkeme tarafından kuşkuyla karşılandığı gibi⁷⁹; meselenin genel hükümler kapsamında çözümünün mümkün olduğu, dolayısıyla böyle bir uygulamaya gerek olmadığı gerekçesiyle, doktrinin bir kısmı tarafından da reddedilmektedir⁸⁰.

VII. SAKAT ORGAN DOKTRİNİNİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Türk hukukuna bakılacak olduğunda, *sakat şirket doktrininin* Türk anonim ortaklıklar hukukuna yabancı olmadığı, bilakis TTK m. 353 hükmünde

karşılık bulduğu rahatlıkla görülecektir. Zira sakat şirket doktrininin anonim ortaklıklar alanındaki yansımaları oluşturan §277 AktG hükmünde olduğu üzere, TTK m. 353 hükmünde de, kuruluştaki meydana gelen hukuka aykırılıkların şirketin geriye etkili (*ex-tunc*) ortadan kaldırılmasına neden olmayacağı, hükümsüzlüğün ancak ileriye etkili (*ex-nunc*) sonuç doğuracağı açık bir şekilde düzenlenmiştir (TTK m. 353/1). Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere söz konusu düzenlemenin amacı, hukuki sakatlığın tespiti anına kadar şirket bütünlüğünün korunması ve işlem güvenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla Türk kanun koyucusu, TTK m. 353 hükmü ile yokluk ya da butlan ile sakat olan bir hukuki işlemin geriye etkili olarak ortadan kalkacağı yönündeki genel kurala, anonim şirketin kuruluş işlemleri açısından bir istisna getirmiş ve hukuki sakatlığın türünden bağımsız olarak hükümsüzlüğün ancak ileriye etkili olacağı kuralını benimsemiştir. Dolayısıyla TTK m. 353 düzenlemesi, Alman hukukunda genel kabul gören *sakat şirket doktrini* ve bunun anonim ortaklıklar alanındaki yansımaları oluşturan §§275-277 AktG düzenlemeleri ile paralellik içermektedir.

Nitekim, kuruluş aşamasındaki sakatlıklar sebebiyle verilen hükümsüzlük kararın geçmişe değil geleceğe yönelik etki doğuracağını düzenleyen TTK m. 353 hükmünün ihdas edilmiş amacı göz önünde bulundurulacak olduğunda, söz konusu hüküm ile kabul edilen prensiplerin, yönetim organının belirlenmesine ilişkin kararın sakatlığı halini de kapsar şekilde uygulanması görüşü savunulabilecektir⁸¹. Zira, bir önceki başlık altında sakat organ doktrini taraftarlarınca belirtilen gerekçeler, Türk hukuku açısından da aynen geçerlidir. Dolayısıyla, -çalışmanın kapsamı dolayısıyla ayrıntılarına girmek mümkün olmadığı için- bu aşamada şunu belirtmekle yetinelim: TTK m. 353 hükmü ile kabul edilen ilkelerin, YK üyelerinin seçimine ilişkin kararın hükümsüzlüğü halini de kapsar şekilde uygulanması, daha önceki başlıklarda ifade edilen birçok belirsizliğin ve özellikle işlemlerin iç ilişkide geriye dönük tasfiyesinin beraberinde getireceği zorlukların giderilmesi, ayrıca iç ilişkide ilgililerin menfaatlerinin korunması bağlamında olumlu sonuçlar doğuracaktır.

⁷⁴ **Lieder**, s. 291.

⁷⁵ **Koch**, §84, N. 13.

⁷⁶ **Lieder**, s. 291; **Koch**, §84, N. 13.

⁷⁷ **Bayer & Lieder**, s. 2 vd.; **Lieder**, s. 291 vd.; **Koch**, §84, N. 13.

⁷⁸ **Bayer & Lieder**, s. 5; **Lieder**, s. 320.

⁷⁹ Özellikle bkz.: BGH, 19.02.2013-II ZR 56/12 (BGHZ 196, 195).

⁸⁰ Sakat organ doktrinine eleştirel yaklaşan ayrıntılı bir çalışma için birçokları yerine bkz.: **Sajnovits**, s. 291 vd.

⁸¹ Seçimi sakat yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi ile sınırlı olmak üzere, TTK m. 353/1'in kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz.: **Gürel**, s. 519.

VIII. SONUÇ

- (i) TTK m. 373/2 uyarınca, YK üyesinin seçimi hukuken sakat bir karara dayanıyor olsa dahi, temsil yetkisinin tescilinin gerçekleşmiş olması halinde, şirket ilgili YK üyesinin tescilden sonra üçüncü kişiler ile şirket adına yaptığı işlemlerle bağlı olacaktır. Bunun tek istisnası, işlemi yapan üçüncü kişinin sakatlığı biliyor olması ve bunun şirket tarafından ispat edilmiş olmasıdır. Söz konusu düzenleme esas itibarıyla, şirketi temsile yetkili kişi hususunda tescil ile yaratılmış olan hukuki görünüşe olan güveni koruyan; bu bağlamda görünüşe güven ilkesini anonim ortaklığın dış ilişkileri açısından kanuni temele kavuşturan bir hükümdür. Ancak hukuki görünüşün tescil dışında başka vasıtalarla yaratılması, açık ya da örtülü bir şekilde ilgili kişinin temsile yetkili YK üyesi olduğu yönünde bir izlenim uyandırılmış olması da mümkündür. Böyle bir durumda, her ne kadar temsil yetkisinin tescili henüz gerçekleşmiş olmasa da, tescilden önce yapılan işlemler genel ilke, yani görünüşe güven ilkesi kapsamında korunacaktır. Zira TTK m. 373/2 hükmü, görünüşe güvenin korunacağı yönündeki temel ilkenin uygulanma alanını yalnızca temsil yetkisinin tescil edilmiş olması haline indirgeyen; başka bir ifadeyle, işlem güvenliğini tescilin gerçekleşmiş olması şartına bağlamak suretiyle, hukuki görünüşe güvenin korunacağı yönündeki temel ilkenin uygulanma alanını şirket lehine sınırlandıran bir düzenleme olarak kabul edilemez.
- (ii) Sakat bir karar ile seçilen YK üyesinin katılımı ile alınan kararların geçerliliği meselesi, ilgili YK üyesinin kararın alınmasında etkili olup olmadığına göre belirlenmelidir. Bu çerçevede, seçimine ilişkin kararın hükümsüz olduğu tespit edilmiş olan bir üyenin toplantıya katılımı olmaksızın, kanuna uygun olarak alınmış olan bir YK kararı geçerli olacaktır. İlgili üyenin/üyelerin toplantıya katılmış olması halinde ise, etki prensibi göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır. Buna göre, sakat bir karar ile seçilmiş olan YK üyesinin/üyelerinin katılımıyla bir karar alınmışsa ve bu kişinin/kişilerin kararın alınmasındaki etkisi belirleyici olmuşsa, bu durumda alınan kararın hükümsüz olduğu; aksi halde ise kararın geçerli olduğu kabul edilmelidir.
- (iii) Seçimi sakat YK üyesinin, kararın alınmasında etkili olması nedeniyle hükümsüz olan bir YK kararına dayanılarak iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde ise şirketin, yapılan işlemler ile bağlı olduğu kabul edilmelidir. Zira bu, Türk anonim şirketler hukukunda, şirket içi hukuka aykırılıkların şirketin dış sahasına sirayet etmesinin önlenmesi, yani şirketin dış dünya ile olan temaslarında işlem güvenliğinin şirket menfaatine üstün tutulması yönünde benimsenmiş olan genel ilkenin bir sonucudur (TTK m. 373/2, 371/3 ve 371/4).
- (iv) Seçimi sakat YK üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olup olmadığı hususu, Türk hukukunun tartışmalı konuları arasında yer almakta olup; bu bağlamda çoğunlukla hukuk güvenliğinin sağlanması düşüncesiyle hareket edildiği ve -hükümsüzlüğün türü açısından farklı değerlendirmeler yapılmakla beraber- çağırının geçerli kabul edilmesi yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Kanaatimce meselenin, kanun koyucunun TTK m. 410/1 hükmü ile dile getirmiş olduğu bakış açısından yola çıkılarak çözülmesi yerinde olup; bu bağlamda türünden bağımsız olarak- hukuken sakat bir karar ile seçilen YK üyelerince yapılan toplantı çağırısı geçerli kabul edilmelidir. Zira bu, hem iç ilişki hem de dış ilişki açısından menfaatler dengesine en uygun çözüm tarzı olacaktır.
- (v) Alman doktrininde *Sakat Organ Doktrini* ("Die Lehre vom fehlerhaften Organ") adı altında geliştirilmiş olan doktrinel bir yaklaşım, kuruluş işlemlerinden kaynaklanan hükümsüzlüğün şirketi ancak ileriye etkili olacak şekilde ortadan kaldıracığı yönünde genel kabul görmüş olan prensibin (*Sakat Şirket Doktrini*, §§275-277 AktG), sakat bir karar ile seçilen ve fiili olarak görevini icra etmeye başlamış olan bir organın hukuki durumu ve yaptığı işlemler açısından da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Zira söz konusu görüş taraftarlarına göre, sakat şirket doktrininin oluşumunu gerekli kılan gerekçeler ve bu bağlamda dile getirilen ihtiyaçlar, şirket

organlarının sakat bir karar ile seçilmiş olmaları halinde de aynen geçerlidir. Dolayısıyla sakat organ doktrini taraftarlarınca, sakat bir karar ile seçilmiş olan organ tarafından yapılan işlemlerin hem dış ilişki hem de iç ilişki açısından geçerli olarak kabul edilmesi ve hükümsüzlüğün yalnızca ileri yönelik (*ex nunc*) etki etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim Türk hukuku açısından değerlendirilecek olduğunda, söz konusu sakat organ doktrininin TTK m. 353 dü-

zenlemesi temelinde Türk hukuku açısından da savunulabilir olduğu söylenebilecektir. Bu bağlamda, kuruluşta meydana gelen hukuka aykırılıkların şirketin geriye etkili (*ex-tunc*) ortadan kaldırılmasına neden olmayacağı, hükümsüzlüğün ancak ileriye etkili (*ex-nunc*) sonuç doğuracağı yönündeki TTK m. 353/1 düzenlemesinin, sakat bir karar ile seçilmiş olan organ tarafından yapılan işlemler açısından da kıyasen uygulanması görüşü ileri sürülebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2016) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul, Vedat.
- Alışkan**, Murat (2021), 'Görev Süresi Dolan Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Görev ve Yetkilerinin Devam Etmesi', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXXIII, 13.12.2019, Ankara, BTHAE, s. 9-50.
- Antalya**, Gökhan (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul, Seçkin.
- Arslanlı**, Halil (1960) Anonim Şirketler, C. II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteleler Matbaası.
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2022) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Bası, Ankara, Yetkin.
- Bachmann**, Gregor (2022) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz (Stand: 01.10.2022).
- Bahtiyar**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul.
- Bahtiyar**, Mehmet (2022) Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 16. Bası, İstanbul, Beta. (Atif: Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku).
- Bayer**, Walter & **Lieder**, Jan (2012), 'Die Lehre vom fehlerhaften Bestellungenverhältnis - Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht aus Anlass des HVB/UniCredit-Beschlusses des II. Zivilsenats des BGH vom 27. 9. 2011' NZG, s. 1-9.
- Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2013) Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa, Dora.
- Böckli**, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, Schulthess.
- Butzke**, Volker (2017) Aktiengesetz: Grosskommentar, §§118-130, Band. 7/1, 5. Bası, De Gruyter.
- Çamurcu**, Emin (2020) 'Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar' (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Canaris**, Claus-Wilhelm (1971) Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München, Beck.
- Eminoğlu**, Cafer (2021), 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev Sürelerinin Dolması Bağlamında Organ Yokluğu Sorunsalı', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XXXIII, 13.12.2019, Ankara, BTHAE, s. 51-82.
- Eren**, Fikret & **Dönmez**, Ünsal (2022) Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. I, (m. 1-48), Ankara, Yetkin.
- Fleischer**, Holger (2023) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz (Stand: 01.04.2023).
- Göbbel**, Vincent (2018) Die Lehre vom fehlerhaften Organ, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Grunewald**, Barbara (2017) Gesellschaftsrecht, 10. Bası, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Gürel**, Murat, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi Var mıdır?': Kırca, İsmail & Şit İmamoğlu, Başak & Gürel, Murat & Tekin, Ufuk & Bektaş, İbrahim & Yener, Merve İrem (Editörler) (2019) Prof. Dr. Sabih ARKAN'a ARMAĞAN, İstanbul, Onikilevha, s. 487-526.
- İmregün**, Oğuz, 'Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarına Karşı Pay Sahiplerinin İptal Davası Açma Hakkı': (1995) Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul, Mitos Yayınları, s. 127-137.
- Kayar**, İsmail (2005) 'TTK Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi' YÜHFD, TTK Tasarısı Sempozyumu (27-28 Mayıs 2005), S. 1, C. II, s. 353-382.
- Kendigelen**, Abuzer (2006) Hukuki Mütalaalar, C. V (2003), İstanbul, Arıkan.
- Kırca**, İsmail, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü': Ülgen, Hüseyin & Kaya, Arslan & Okutan Nilsson, Gül (Editörler) (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, Beta, s. 495-506.
- Kırca**, İsmail & **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara, BTHAE.
- Kırca**, İsmail & **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirketler Hukuku C.2/2 - Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, BTHAE.
- Koch**, Jens (2023) Aktiengesetz: AktG, 17. Bası, C.H. BECK.
- Korkut**, Ömer (2012) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan Kitabevi.
- Kubis**, Dietmar (2022) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3: §§118-178, 5. Bası, München, C.H. BECK.
- Kunz**, Peter V. (2015), 'Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?' Jusletter 29. (http://www.iwr.unibe.ch/ueber_uns/prof_dr_peter_v_kunz/e163474/e192613/e192616/files256514/2015_06_29_Erfolgreiche-Anfechtung_Jusletter.pdf).
- Kuru**, Özge (2022) Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, İstanbul, Onikilevha.

- Lieder**, Jan (2014), 'Die Rechtsstellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei fehlerhafter Wahl' ZHR 178, s. 282-325.
- Messer**, Rémy (2013) Rückwirkung im Gesellschaftsrecht - Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Bern, Stämpfli.
- Moroğlu**, Erdoğan (1993) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. Bası, Ankara, BHA. (Atıf: Moroğlu, 1993).
- Moroğlu**, Erdoğan (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, İstanbul, Onikilevha. (Atıf: Moroğlu, 2017).
- Moroğlu**, Erdoğan (2006) 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri', Makaleler I, 3. Tıpkı Bası., İstanbul, Arıkan.
- Narbay**, Şafak (2006), 'TTK Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi' HPD, S. 7, s. 168-181.
- Nomer**, Halûk N. (2008) Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, Beta.
- Oğuzman**, M. Kemal & **Öz**, Turgut (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 18. Bası, İstanbul, Vedat.
- Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2010) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul, Vedat.
- Poroy**, Reha & **Tekinalp**, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2021) Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul, Vedat.
- Pulaşlı**, Hasan (2022) Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Adalet.
- Rieckers**, Oliver (2022) beck-online. GROSSKOMMENTAR, Hrsg: Spindler/Stilz.
- Sajnovits**, Alexander (2022), 'Das fehlerhaft bestellte Organmitglied im Rechtsverkehr' ZHR 186, s. 290-324.
- Schäfer**, Carsten (2002) Die Lehre vom fehlerhaften Verband, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Schmidt**, Karsten (1986), '„Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht - Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts' Archiv für die civilistische Praxis 186, s. 421-452.
- Schmidt**, Karsten (2002) Gesellschaftsrecht, 4. Bası, Carl Heymanns Verlag.
- Soykan**, İsmail Cem (2012) Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul, Onikilevha.
- Şener**, Oruç Hami (2022) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul, Seçkin.
- Spindler**, Gerald (2019) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§76-117, 5. Bası, München, C.H. BECK.
- Tekinalp**, Ünal (2013), 'Emredici Hükümler Yönünden Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı Sorunu' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 13-18.
- Tekinalp**, Ünal (2020) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat.
- Tekinay**, Selahâttin Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Halûk & **Altop**, Atillâ (1993) Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Teoman**, Ömer, 'Ticaret Sicili Müdürü Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İptal Edilebilir Bir Kararını Tescilden Kaçınabilir mi?': Engin, Baki İlkey (Editör) (2010) Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: II, İstanbul, Onikilevha, s. 1701-1706.
- Teoman**, Ömer (1994) Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I Hukuki Mütalaalar, Kitap 3: 1984-1985, İstanbul.
- Topaloğlu**, Mustafa, 'Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında İslah': Topaloğlu, Mustafa & Özer, Işık (Editörler) (2019) Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü - Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu (30 Ekim 2017), İstanbul, Seçkin, s. 87-119.
- Üçışık**, Güzin & **Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, Adalet.
- Ülgen**, Hüseyin (2005) Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul, Vedat.
- Watter**, Rolf (2016) Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, 5. Bası, Basel, Helbing Lichtenhahn.
- Wernli**, Martin & **Rizzi**, Marco A. (2016) Basler Kommentar, Obligationenrecht II: Art. 530-964 OR, 5. Bası, Basel, Helbing Lichtenhahn.
- Windbichler**, Christine (2017) Gesellschaftsrecht, 24. Bası, München, C.H. BECK.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TASARIMLARA İLİŞKİN YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK^(*)

APPLICABLE LAW IN DISPUTES CONCERNING DESIGNS WITH FOREIGN ELEMENTS

Dr. Abdurrahman Hamza TÜZGEN^(**)

Öz

Uluslararası etkileşimin her geçen gün artıyor olması, başka alanlarda olduğu gibi tasarım hukukunda da çeşitli hukukî sorunları ve çözüm beklentilerini beraberinde getirmiştir. Tasarımlara ilişkin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti de söz konusu sorunların çözümü açısından büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, elinizdeki makalede tasarım hakkı ve kanunlar ihtilâfi kurallarının tasarımlara ilişkin uyuşmazlıklara uygulanışının ne şekilde olması gerektiği ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Fikrî Mülkiyet, Milletlerarası Özel Hukuk, Tasarım Hukuku, Yabancılık Unsuru, Kanunlar İhtilâfi.

Abstract

The fact that international interaction is increasing day by day has brought along various legal problems and solution expectations in the field of design law as in other fields. The determination of the law applicable to disputes regarding designs with foreign elements is of great importance in terms of the solution of these problems. In this context, this article analyses the design right and how the conflict of laws rules should be applied to disputes regarding designs.

Keywords

Intellectual Property, Private International Law, Design Law, Foreign Element, Conflict of Laws.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.11.2023 / Kabul Tarihi: 04.12.2023).

^(**) Dr., (tuzgenhamza@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4497-7302).

Atıf/Citation: **Tüzgen**, Abdurrahman Hamza (2023), "Tasarımlara İlişkin Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk", TFM, C: 9, S: 2, s. 307-325.

I. GİRİŞ

Teknolojinin hızla ilerlemesi, kişiler arasındaki uluslararası etkileşimi giderek artırmaktadır. Bu etkileşim, özellikle ulaşımın hızlanması ve elektronik ortamdaki iletişimin yaygınlaşmasıyla birlikte, ticaret ve iş hayatının önemli bir parçası haline gelmiştir. Uluslararası etkileşimin bu denli artması, kişilerin, kendi ülke vatandaşları dışındaki kişilerle olan ilişkilerinde de çıkarlarının güvende olduğunu hissetme isteğini beraberinde getirmiştir.

Bahsedilen uluslararası gelişmeler, sahiplerine ciddi kazançlar sağlama potansiyeli barındıran fikrî mülkiyet hakları açısından da oldukça büyük bir öneme sahiptir. Zira ülke sınırları dışındaki kişiler ile kurulan ilişkilerde, fikrî mülkiyet haklarının korunacağına duyulan güven, bu alanda yapılacak yatırımları ve araştırma faaliyetlerini olumlu yönde etkileyecektir. Bu nedenle, fikrî mülkiyet haklarına gereken önemi etkin bir şekilde vermek, adil rekabetin ve küresel ticaretin sağlıklı bir şekilde devam etmesine de katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda, fikrî mülkiyet haklarının bir alt dalı olan ve ürünlerdeki görselliğe odaklanan tasarım hakkının korunması da büyük bir öneme sahiptir.

Sanayi devrimi öncesi dönemde seri üretim teknolojilerinin gelişmemesi bir tasarımcının ürününün başkası tarafından çoğaltılmasının önüne geçmekteydi. Dolayısıyla bu zaman diliminde tasarımların korunması meselesi henüz gündeme gelmemişti. Ancak, teknolojik gelişmeler ile birlikte seri üretimin artışı¹, tekstil sektöründen başlayarak, zamanla her alanda tasarım korunmasını gündeme getirmiştir.

Tasarımların ticaret ve çalışma hayatındaki rolü; ürün tercihine, iş sahiplerinin prestijine ve rekabetçi piyasaya etkisine bağlı olarak gittikçe artmaktadır. Günümüzdeki uluslararası etkileşimin geldiği seviye, tasarım hukuku açısından bazı önemli konuların aydınlatılmasını zorunlu kılmıştır.

Bu bağlamda, elinizdeki makale, tasarımlara ilişkin yabancılaşma unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun, Türk hukuk sistemi içerisinde ne şekilde tespit edildiğini incelemek üzere hazırlan-

mıştır. Konunun doğru analiz edilebilmesi adına öncelikle tasarım kavramı ve tasarımın korunması için gerekli şartlara kısaca yer verilmiş ve devamında konuyla alakalı kanunlar ihtilâfı kuralları ele alınmıştır.

II. TASARIM HAKKI

A. TASARIM KAVRAMI

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun² (SMK) 55. maddesinde tasarımın tanımı; "*ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür*" şeklinde yapılmıştır. Buradan hareketle tasarım, *ürün veya ürün parçasının görünümü* olarak ifade edilebilir³. Gerçekten de tasarım, öğretilde, görünüme ilişkin bir kavram olarak kabul edilir⁴. Zihninde canlandırılan fikir ve tasavvurların somut ürüne uygulanması, madde metninde ifade edildiği üzere; renk, biçim ve doku gibi farklı tarzlarda karşımıza çıkabilir. Bu tarzlar ayrı ayrı kullanılabileceği gibi bir arada da kullanılabilir. Örneğin, iç mekân tasarımlarında renk, doku ve form gibi çeşitli bileşenlerin her birinin birlikte kullandığı durumlar da bulunmaktadır⁵.

Bir tasarımın hukukî olarak bir anlam ifade edebilmesi için iki temel unsuru bünyesinde barındırması gerekir. Bu unsurlar, ürün/ürün parçası ve insan duyularıyla algılanabilen görünümdür⁶. Bir diğer ifadeyle, ortada tasarımın uygulandığı bir ürün olması ve söz konusu uygulamanın insan duyularıyla anlaşılması gerekir. Ayrıca ifade edilmelidir ki, SMK'da tasarımlara sağlanan koruma ürünün işlevi ile ilgili değil, sadece görünümü ile ilgilidir⁷.

SMK'nın 55/2 maddesinde ürün; "*endüstriyel yolla yahut elle üretilen ürünler, bileşik ürünler ve bunların parçaları, ambalajlar, birden çok nesnenin*

² 22.12.2016 Tarih ve 29944 Sayılı Resmi Gazete.

³ **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2023) Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 313.

⁴ **Tekinalp**, Ü, s. 570; **Yasaman**, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C: 2, İstanbul, Vedat, s. 87.

⁵ **Bezzi**, İsmail (2022), 'Tasarım Tescilinde İç Mekan Tasarımlarına İlişkin Görsel Anlatımlara Yönelik Bir Analiz' Sanat ve Tasarım Dergisi, S: 1, C: 12, s. 607.

⁶ **Suluk**, Cahit (2003) Tasarım Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 44; **Yasaman**, s. 87.

⁷ **Suluk & Karasu & Nal**, s. 314; **Tekinalp**, Ü, s. 16.

¹ **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 661; **Ünal**, Akın & **Kalkan**, Arif (2019), 'Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler' Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 39, s. 46.

bir arada algılanabilen sunumları, grafik semboller, tipografik karakterler” şeklinde ifade edilmiş ve bilgisayar programlarının tasarım hukuku açısından ürün kabul edilmeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Tasarımın ürüne uygulanmış olması tek başına tasarım koruması için yeterli olmayıp, ayrıca bu uygulamanın insan duyuyla algılanabilmesi gerekir. İnsan duyuyla algılanabilen görünüm ise sadece göz ile algılanabilen hususları değil aynı zamanda dokunma ile algılanabilen görünüşü de içerir⁸. Başka bir deyişle, tasarımın esnekliği veya yumuşaklığı da ürünün algılanmasına katkı sağlıyorsa değer ifade eder⁹. Renk yahut malzeme gibi temel özelliklerin tek başına tasarım kapsamında korunması mümkün değildir. Ancak, belirli renk ve desenler kullanılarak oluşturulan bir kompozisyonun durumu, her somut olayda farklı değerlendirilmekle birlikte bu kompozisyon, tasarım niteliğini de taşıyabilir¹⁰.

B. TASARIM HAKKININ KORUMASI

Bir tasarımın, tasarım korumasından faydalanabilmesi bazı özellikleri taşımasına bağlıdır. Hukukumuzda tasarımın korunması için belirlenen iki temel kriter; yenilik ve ayırt edici niteliğe sahip olmaktır ki, bu husus SMK'nın 56/1 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir¹¹. Yenilik ve ayırt edici niteliğe sahip olmak öğretide, olumlu koruma şartları olarak da ifade edilmektedir¹². Bu iki özelliği haiz olup kanunda yer alan kısıtlamalara ve istisnalara takılmayan tasarımlar kural olarak tasarım korumasından faydalanacaktır. Kanunda sözü edilen bu kısıtlamalar ve istisnalar ise olumsuz koruma şartları olarak anılmaktadır¹³.

Bir tasarımın yeni kabul edilmesi için, tasarımın tescil başvurusu veya rüçhan tarihinden önce herhangi bir yerde kamuya sunulmamış olması gerekir. Kanun, aralarında sadece küçük farklılık olan benzer tasarımları aynı olarak değerlendirmektedir (SMK m. 56/4)¹⁴.

Ayırt edici nitelik incelemesi ise yenilik incelemesine göre daha kapsamlıdır. Ayırt edici nitelik, bir tasarımın, kamuya daha önce açıklanmış herhangi başka bir tasarımdan farklı bir izlenim yaratma yeteneği anlamına gelir ve bu izlenim tasarımın bütününe toplam etkisidir¹⁵. Başka bir deyişle, ayırt edicilik vasfının varlığından bahsedebilmek için, tasarımın genel izlenim olarak, bilgilendirilmiş kullanıcıda farklı bir etki bırakması gerekmektedir¹⁶.

Olumsuz koruma şartları, bir tasarımın ayırt edici nitelik ve yenilik şartlarını sağlasa dahi tasarım korumasından yararlanamayacağı durumları ifade eder. Diğer bir ifade ile, bir tasarımın tasarımlara özgü hukuki korumadan faydalanabilmesi için, tasarım korumasının istisnası sayılacak durumlar kapsamında bulunmaması gerekir. Bu haller ise SMK 58/4 maddesinde sayılmıştır¹⁷.

⁸ **Bozgeyik**, Hayri & **Er**, Sefa (2019), 'Tasarımlar için Kümülatif Koruma' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 5, s. 20; **Suluk**, Cahit (2011), 'Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1-2, C: 60, s. 205.

⁹ **Suluk**, Cahit & **Orhan**, Ali (2008) Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt III, Ankara, Seçkin, s. 39.

¹⁰ **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2012), 'Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 1, C: 28, s. 36.

¹¹ SMK md. 56/1: "Tasarım yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması şartıyla bu Kanunla sağlanan haklar kapsamında korunur."

¹² **Karaaslan**, Pelin (2019), 'Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 10, s. 491.

¹³ **Karaaslan**, s. 491.

¹⁴ SMK'nın benimsediği yenilik türü, tüm dünya genelinde kamuya ilk kez sunulmayı ifade eden "mutlak yenilik"tir. Bkz. **Suluk**, Cahit, 'Sınai Mülkiyete İlişkin Hükümsüzlük Davalarında Mutlak Yeniliğin Belirlişiler Tarafından Araştırılması': Memiş, Tekin (Editör) (2010) Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul, On İki Levha, s. 513; **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2018), 'Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 2, C: 34, s. 57; **Bozgeyik & Er**, s. 21. SMK öncesi dönemde de hukukumuzda mutlak yenilik ilkesi benimsenmekteydi. Bkz. **Bilgin**, A. Aslı (2006) Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları, İstanbul, Vedat, s. 30.

¹⁵ **Bozgeyik & Er**, s. 21; **Antikainen**, Mikko (2021), 'Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law' International Review of Intellectual Property and Competition Law, S: 2, C: 52, s. 144.

¹⁶ Bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının "uzman" ve "ortalama tüketici"den farkı hakkında bkz. **Koşer**, Nihal (2021), 'Tasarım Hukukunda Bilgilendirilmiş Kullanıcı Kavramı' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 12, s. 380; **Suluk**, Cahit, 'Tasarım Hukukunda "Bilgilendirilmiş Kullanıcı" ve Uygulamada Bazı Sorunlar': Arslan, Kaya & Ülgen Hüseyin & Okutan Nilsson, Gül (Editörler) (2003) Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, Beta, s. 391.

¹⁷ SMK md.58/4: "Aşağıda belirtilen hâller koruma kapsamı dışındadır: a) Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı tasarımlar. b) Ürünün teknik fonksiyonunun zorunlu kıldığı görünüm özellikleri. c) Tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı ürünün, başka bir ürüne mekanik olarak monte edilmesi veya bağlanması için belirli biçim ve boyutlarda üretilmesi zorunlu ürünlerin görünüm özellikleri."

Belirtmekte yarar vardır ki, şartların sağlanmaması halinde tasarımların; başkaca mevzuat hükümleri kapsamında da korunabilmesi mümkündür. Tasarımın aynı anda birden fazla mevzuat hükmünde yer alan korumadan yararlanılabilmesi, “kümülatif koruma ilkesi” olarak adlandırılmakta olup, hukukumuzda bu ilke kabul edilmiştir¹⁸. Ancak, Yargıtay’ın kimi zaman bu ilkeyi, özellikle tescilsiz tasarımlar açısından, işlevsiz kılacak şekilde uygulaması doktrinde eleştirilmektedir¹⁹.

III. KANUNLAR İHTİLÂFİ KURALLARI

Tasarımdan kaynaklanan özel hukuk ilişkileri, yabancılik unsuru içerebilir. Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukukun tespiti kanunlar ihtilâfî kuralları çerçevesinde yapılmaktadır²⁰. Bu kurallar, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un²¹ (MÖHUK) ilk bölümünü teşkil eden 1 ilâ 39. maddeleri arasında düzenlenmiştir. MÖHUK’un 1. maddesi gereğince, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, bu kanunla düzenlenmiştir. Ayrıca hükümde, Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Başka bir deyişle, yabancılik unsuru içeren bir uyuşmazlık çözümünde uygulanacak hukuk tespit edilirken öncelikle uyuşmazlık konusu hakkında ülkemizin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin olup olmadığı incelen-

meli ve milletlerarası sözleşmenin varlığı halinde uyuşmazlığa, sözleşme hükümleri uygulanmalıdır²².

Konu hakkında milletlerarası sözleşmenin bulunmadığı hallerde ise uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, MÖHUK’un kanunlar ihtilâfî kurallarınca tespit edilmelidir. Kanunlar ihtilâfî kuralları açısından hukukumuzdaki temel metin MÖHUK olmakla birlikte MÖHUK dışındaki bazı kanunlarda da kanunlar ihtilâfî hükümleri bulunabilir. Ancak, bu hükümler belirli özel konularla sınırlıdır²³. Hukukumuzda tasarımlara ilişkin özel bir kanunlar ihtilâfî kuralı öngörülmediğinden, tasarımlara ilişkin yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK hükümlerine göre yapılacaktır.

Kanunlar ihtilâfî kuralları, bir hukuk ilişkisine belirli bir hukuk sistemine bağlamak için, maddi ya da hukukî bir unsuru “bağlama noktası” olarak belirler. Bu anlamda bağlama noktalarına örnek olarak; ifa yeri, ika yeri ve davaya bakan hakimın hukuku gösterilebilir²⁴. Kanunlar ihtilâfî kurallarının içerisinde bir de farklı hukukî ilişki ve fiilleri ifade eden soyut hukuk kategorileri yer alır. Olay ya da ilişkinin konusu olan bu soyut hukuk kategorileri “bağlama konusu” olarak isimlendirilirler²⁵. Bağlama konusuna örnek olarak; evlenme, haksız fiiller ve şekil gösterilebilir²⁶. Örneğin MÖHUK’un 23. maddesinde

ç) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamında yer alan hükümlerle ilgili olarak bu kapsam dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, dini, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği işaretilerin, armaların, nişanların veya adlandırmaların uygunsuz kullanımını içeren tasarımlar.”

¹⁸ **Bozgeyik & Er**, s. 23. **Suluk**, Cahit (2001), ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 3, s. 49.

¹⁹ **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2021), ‘Tescilsiz Tasarımlar Artık Haksız Rekabet Hükümleriyle Korunmayacak mı? -Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri-’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 37, s. 27.

²⁰ **Şanlı, Cemal & Esen, Emre & Ataman-Figanmeşe**, İnci (2023) Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s. 23; **Uluocak**, Nihal (1989) Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, 2. Baskı, İstanbul Filiz, s. 14; **Çelikel**, Aysel & **Erdem**, B. Bahadır (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s. 25; **Akıncı**, Ziya (2020), Milletlerarası Özel Hukuk: Ders Kitabı, İstanbul, Vedat, s. 31.

²¹ 12.12.2007 Tarih ve 26728 Sayılı Resmî Gazete.

²² **Toker**, Ali Gümrah (2022), ‘5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk’ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 8, s. 55; **Doğan**, Vahit (2022) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Ankara, Savaş, s. 14; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 17.

²³ Örneğin, Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) kıymetli evraktan kaynaklı yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edilmesine yarayan hükümler bulunur (md. 766-775). Bu konudaki detaylı değerlendirmeler için bkz. **Şensöz Malkoç**, Ebru (2021), ‘Türk Kanunlar İhtilâfî Kurallarına Göre Yabancılik Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk’ Public and Private International Law Bulletin, S: 2, C: 40, s. 1606-1609. Yine, Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümlerince tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile anlaşma içeriğine uygulanacak hukuktan farklı olabilmektedir. Bkz. **Uslu**, Gülser Banu (2021), ‘Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk’ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 7, s. 174.

²⁴ **Özel**, Sibel (2022), ‘Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S: 2, C: 28, s. 964. **Çelikel & Erdem**, s. 62. **Şanlı, & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 48.

²⁵ **Akıncı**, s. 5; **Şanlı, & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 32; **Çelikel & Erdem**, s. 61.

²⁶ **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 43.

yer alan “*Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir.*” ifadesinde, “fikrî mülkiyete ilişkin haklar” bağlama konusu teşkil ederken, “koruma talep edilen ülkenin hukuku” bağlama noktasıdır.

IV. TASARIM HAKKINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR VE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. TASARIM HAKKINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIK KONULARI VE KORUMA TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

Tasarım, insan zekasının ürünü olup²⁷ diğer fikrî mülkiyet hakları gibi somutlaştığı nesneden farklılaşan bir mülkiyet hakkıdır²⁸. Sınırlı bir süreyle korunur ve maddi bir varlığa sahip olmadığından²⁹ aynı anda birden fazla yerde bulunabilir³⁰. Özellikle

internet sayesinde tasarımlar, ülke sınırlarını kolayca aşabilmektedir. Bu durum da uluslararası ihlalleri beraberinde getirmektedir. Örneğin, teknolojinin günümüzdeki kadar gelişmediği 90’lı yılların sonlarında dahi, bilgisayar kullanımının uluslararası alanda tasarım taklitlerini ciddi oranda arttırdığı bilinmektedir³¹.

Fikrî mülkiyet hakları açısından kural olarak “ülkesellik” ilkesi geçerli olup³² buna göre bir fikrî hak, ülke sınırları içerisinde ülke kurallarına göre korunacaktır³³. Dolayısıyla bu ilke gereğince, her ülke kural olarak kendi sınırları içerisinde kendi hukukunu uygular³⁴.

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık halinde tasarımların korunması için, ülkesellik prensibi gereğince, koruma talep edilen ülkenin aradığı tüm şartları sağlaması gerekir. Tasarımlara ilişkin uyuşmazlıkların, taklit gibi sözleşme dışı bir nedenle veya sözleşmeden kaynaklı sebeplerle birden fazla ülke ile irtibatlı bir karaktere sahip olması mümkündür³⁵.

²⁷ Doktrinde yalnızca teknik vasıta ile oluşturulan çıktılardan eser kabul edilemeyeceği, diğer bir ifade ile bu tarz sonuçların hususiyet taşımadığı ancak insanın bilgisayar gibi araçlar kullanması halinde ortada bir eser varlığından söz etmek gerektiği belirtilmektedir. **Suluk & Karasu & Nal**, s. 44. **Bozgeyik**, Hayri (2009), ‘Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 25, s. 187. Ayrıca, benzer bir yorum, yapay zeka kullanılarak üretilen eserler için de yapılmaktadır. Bkz. **Karataş**, Esra & **Karaca**, Uğur (2002), ‘Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması’ Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 45; **Yalçın Uslu**, Merve Nur (2023) Protection of AI-Generated Products and Examination within the Context of the European Union and Turkish Copyright Laws, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Koç Üniversitesi, s. 79. **Güçlütürk**, Osman Gazi (2022), ‘ChatGPT ile Üretilen İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 21, s. 1906. Kanaatimizce, eserler açısından genel kabul gören bu görüş tasarımlara da uygulanabilir. Böylece, yapay zeka kullanımının “araç” boyutunda kalması halinde, yapay zeka kullanılarak üretilen tasarımlar da SMK kapsamında koruma görecekler.

²⁸ **Çalışkan**, Yusuf (2008) Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, İstanbul, Değişim Yayınları, s. 15.

²⁹ **Aybay**, Aydın & **Hatemi**, Hüseyin (2014) Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 9; **Antalya**, Gökhan (2021) Eşya Hukuku Cilt IV/1, İstanbul, Legal, s. 25. Anayasa mahkemesi de fikrî mülkiyet haklarının, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2011/145, K. 2013/70, T. 6.6.2013. (23.11.2013 Tarih ve 28830 Sayılı Resmi Gazete), Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2004/81, K. 2008/48, T. 31.1.2008 (20.03.2008 Tarihli ve 26822 Sayılı Resmi Gazete).

³⁰ **Çelikel & Erdem**, s. 372; **Dardağan**, Esra (2000) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Betik, s. 109.

³¹ Döşemelik kumaş endüstrisinde 130’dan fazla firma ile yapılan görüşmeler sonrasında, tasarım taklitlerinin teknolojik gelişmeler ile her geçen gün arttığı ve taklitlerin ülke sınırlarını aştığı belirtilmektedir. Çalışmada, İtalyan bir firmaya ait tasarımın taklit edilerek, Belçikalı bir firma için Kore’de üretilip Almanya’da satılması örneğine yer verilmiştir. Bkz. **Dickson**, Keith & **Coles**, Anne-Marie (2000), ‘Textile Design Protection: Copyright, CAD and Competition’ Technovation, S: 1, C: 20, s. 49.

³² **Suluk & Karasu & Nal**, s. 36; **Erdem**, Patent Hakkının Korunması, s. 1.

³³ **Erdem**, B. Bahadır, ‘Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi’ (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 46; **Ömeroğlu**, s. 59.

³⁴ Ancak, uluslararası alanda hukukların yeknesaklaştırılması adına yapılan faaliyetlerin, ülkesellik prensibini zayıflatıldığı ve bu nedenle, koruma ülkesi hukukunun mutlak şekilde uygulanmasını zor hale getirdiği doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. **Öztürk**, Ayşenur (2019) Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, On İki Levha, s. 124; **Ömeroğlu**, s. 60. Ayrıca, fikrî mülkiyet hakları açısından ülkesellik prensibinin terkedilip, bu alandaki yeknesaklaştırma faaliyetlerinin artırılması gerektiğini savunan görüş için bkz. **Shack**, Haimo (2009), ‘The Law Applicable to (Unregistered) IP Rights: After Rome II’ Ritsumeikan Law Review, S: 26, s. 139. Ayrıca yazar, makale sonunda, ifade etmektedir. Bkz. s. 144.

³⁵ **Erdem**, B. Bahadır (2002) Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 82. Öyle ki, Fikrî mülkiyet hakları yapıları gereği, aynı anda birden fazla ülkede ihlal edilebilir niteliktedir. **Ömeroğlu**, Ekin (2020), ‘Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi’ Public and Private International Law Bulletin, S: 1, C: 40, s. 75.

Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar; genellikle lisans verilmesi, hakkın devri veya hakların geliştirilmesinden kaynaklanır. Sözleşme dışı uyuşmazlıklar ise genellikle fikrî mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına dayanır³⁶.

Hukukumuzda, ülkemiz sınırları içerisinde sınai mülkiyete ilişkin korumadan yararlanabilecek kişiler açısından da bir sınırlama getirilmiştir. SMK'nın 3/1 maddesinde, Türk vatandaşlarının yanı sıra Türkiye'de tasarım hukuku korumasından kimlerin faydalanabileceği düzenlenmiştir:

“Bu Kanunla sağlanan korumadan;

- a) *Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,*
- b) *Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,*
- c) *Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler,*
- ç) *Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler, yararlanır.”*

Ülkesellik prensibi gereğince, madde metninde sayılan kimselerin Türkiye'de tasarım korumasından faydalanabilmek için, Türk hukukunun öngördüğü maddi şekil ve şartları yerine getirmesi gerekir. Bu bağlamda tasarım koruması açısından tescilli tasarım koruması talep edilebilmesi için tasarımın Türkiye'de tescil edilmesi gerekir. Doğası gereği tescilsiz tasarımlar için ise tescil şartı aranmaz.

B. TASARIMA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1. Genel Kural

MÖHUK'ta, fikrî mülkiyete ilişkin “haklara” uygulanacak hukuk ile fikrî mülkiyet haklarına ilişkin “sözleşmelere” uygulanacak hukuk ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısımda fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuku düzenleyen hükümler, tasarımlara ilişkin durumlar da değerlendirilerek, ele alınacaktır.

MÖHUK'un 23. maddesinde tasarımları da kapsayacak şekilde fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk düzenlenmiştir.

“1) Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir.

(2) Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler.”

MÖHUK'un 23. maddesinden de açıkça anlaşıldığı üzere hukukumuzda benimsenen genel kural, korumaya ülkesinin hukukunun uygulanmasıdır (*lex loci protectionis*) ki bu durum ülkesellik prensibinin bir yansımasıdır³⁷. Fikrî mülkiyet haklarına, diğer bağlama noktalarına kıyasla, koruma devleti hukukunun uygulanması, doktrin tarafından da uygun görülmektedir³⁸. Koruma devleti hukuku, fikrî mülkiyet haklarına bir bütün olarak uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, hakların doğumu, sona ermesi ve ihlali gibi bütün hususlar bu hukuka tabi olacaktır³⁹. Koruma devleti hukukuna tâbi olmak; fikrî mülkiyet hakkı için hangi ülkede koruma talep ediliyorsa; hakkın korunması, fikrî mülkiyet haklarından kaynaklı maddi ve manevî haklar ve fikrî mülkiyete ilişkin diğer hususların da bu hukuka tâbi olmasını ifade eder⁴⁰. Bir fikrî hakkın herhangi bir ülke hukukunca korunması, o fikrî hakkın söz konusu ülkede tanınması şartına bağlıdır. Fikrî hakkın tanındığı ülkeden ise, kural olarak, fikrî hakkın tescil edildiği ülke anlaşılır⁴¹. Dolayısıyla korumanın talep edildiği ülkenin hukuku da uyuşmazlık

³⁷ Ömeroğlu, s. 59; Çelikel & Erdem, s. 377.

³⁸ Çelikel & Erdem, s. 375. Ancak, ülkesellik prensibinin zayıflaması sebebiyle, koruma ülkesi hukuku ile menşe ülkesi hukukunun birlikte uygulanmasının, özellikle telif hakları açısından evrensellik prensibinin kabul edilmesinin, daha isabetli olabileceği de doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk, s. 60.

³⁹ Erdem, Patent Hakkının Korunması, s. 157; Şanlı & Ataman-Figanmeşe, s. 304. Bir görüşe göre ise, haklara ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile fikrî mülkiyet hakkının mevcudiyeti, sona ermesi ve doğumu gibi noktalar ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu görüşe göre, uyuşmazlıklara koruma yeri hukuku uygulanmalı iken, diğer hususlara menşe hukuku uygulanmalıdır. Bkz. Göger, Erdoğan (1977) Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı, 4. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 289.

⁴⁰ Yılmazsoy, Ebru (2022), 'Fikri Mülkiyete İlişkin Haklara Uygulanacak Hukuk' Terazi Hukuk Dergisi, S: 185, C: 17, s. 113;

⁴¹ Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe, s. 262; Çelikel & Erdem, s. 378.

³⁶ Çalışkan, s. 17-18.

çözümü için başvurulacak ülkenin hukuku değil⁴², söz konusu fikrî mülkiyet hakkının tanındığı, örneğin tescil edildiği, ülkenin hukukudur⁴³.

Tasarımlar özelinde de uygulanacak hukuk, bir önceki paragrafta bahsedildiği üzere kural olarak, tasarımın tescil edildiği ülkenin hukukudur. Tasarımın birden fazla ülkede tescili halinde koruma, fikrî hak sahibinin, hakkını tescil ettiği ülkelerin arasından seçtiği bir ülkenin hukukuna göre yapılacaktır⁴⁴. Örneğin hem Türkiye’de hem Almanya’da hem de Fransa’da tescil edilmiş bir tasarıma ilişkin uyuşmazlıkta, uygulanacak hukuk olarak, hak sahibi bu üç ülkeden birinin hukukunu seçebilir.

Tescilsiz tasarımlar açısından ise, tescil söz konusu olmadığından, bunların koruma ülkesi hukukunun hangisi olacağı belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, tescilsiz tasarım korumasının kamuya ilk kez sunulduğu anda başladığı düşünülecek olursa, kural olarak tescilsiz tasarımın kamuya ilk kez sunulduğu ülke hukukunun, koruma ülkesi hukuku olduğu kabul edilmelidir⁴⁵. Bunun yanında, bu ülke hukukunun tescilsiz tasarımlara özel bir koruma sağlamadığı durumda, yine tescilsiz tasarımın kamuya ilk kez sunulduğu devletin hukukuna göre, genel hükümler çerçevesinde bir korumanın sağlanmasının önünde bir engel yoktur. Zira, tescilsiz tasarımın ilk kez kamuya sunulduğu ülkenin hukuku, her ne kadar tescilsiz tasarıma özel bir koruma sağlamıyorsa da bu durum, tasarım hakkına genel hükümlere göre koruma sağlanmasına engel

değildir. Bu yaklaşım, ülkemizde tescilsiz tasarımlara özel bir koruma sağlanmadığı dönemde benimsenen, tescilsiz tasarımın genel hükümler çerçevesinde korunması uygulamasıyla⁴⁶ da paraleldir.

Bu doğrultuda, tescilli tasarımlar açısından hakkın tescil edildiği ülke; tescilsiz tasarımlar için ise hakkın kamuya ilk kez sunulduğu ülkenin hukuku, koruma talep edilen hukuk (*lex loci protectionis*) kabul edilmeli ve uyuşmazlığa konusu uyuşmazlığa bu hukuk uygulanmalıdır.

Günümüz şartlarında, bazı tescilsiz tasarımların ilk defa nerede kamuya sunulduğu belirlenemeyebilir. Örneğin, tasarımın sahibi tasarımı, konumu belirlenemeyecek şekilde, internet üzerinden kamuya sunmuş olabilir. Bu durumda kanaatimizce hakim, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukukun tespitini somut olaya göre yapmalı ve bu değerlendirme neticesinde ulaştığı hukuku uygulamalıdır.

2. Hakkın İhlali Sonrası Hukuk Seçimi

MÖHUK’un 23/2 maddesinde yer alan “*Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler*” hükmü ile uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra taraflara sınırlı bir hukuk seçimi hakkı tanınmıştır⁴⁷. Buna göre taraflar ancak, zarar oluştuğundan sonra, haksız fiil kaynaklı taleplere ilişkin olacak şekilde ve sadece mahkemenin hukukunu (*lex fori*) seçebilecektir⁴⁸. Burada taraflara ülke açısından kısıtlı bir seçim imkanı sunulduğu gibi, sadece ihlal sonrası ile sınırlı olacak şekilde, zaman açısından da bir hukuk seçimi kısıtlamasına gidilmiştir⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, hükümde “ihlalden doğan talepler”den bahsedildiği için, söz konusu hukuk seçimi, ihlalin durdurulması ya da tazmin edilmesi gibi taleplerle sınırlı olup, hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin değildir⁵⁰.

⁴² **Ekşi**, Nuray (2022) Mahkeme Kararlarıyla Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, İstanbul, Beta, s. 80.

⁴³ Koruma ülkesi hukukundan; hakimin hukuku ve fiilin gerçekleştiği yer hukukunun anlaşılması gerektiğini savunan görüşler olsa da genel kabul, hakkın korunmasının talep edildiği hukukun anlaşılması gerektiği yönündedir. Bkz. **Öztürk**, s. 116-120; **Ömeroğlu**, s. 60; **Şanlı**, & **Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 308.

⁴⁴ **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 308. Doktrinde, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin kabul edilmesini, ülkesellik ilkesinin zedelenmesi manasına geleceğinden bahisle, eleştiren bir görüş bulunduğu ifade edilse de uluslararası alandaki genel yaklaşım aksi yöndedir. **Öztürk**, s. 117.

⁴⁵ Zira daha evvel ifade ettiğimiz üzere, Türk hukukunda fikrî mülkiyet hakları açısından ülkesellik prensibi geçerlidir. Bu yöndeki yaklaşımın, American Law Institute (ALI) prensipleri tarafından da kabul edilmekte olduğu hakkında bkz. **Metzger**, Axel, ‘Applicable Law Under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality’: Basedow, Jürgen & Kono, Toshiyuki & Metzger, Axel (Editörler) (2010) Intellectual Property in the Global Arena, Mohr Siebeck, s. 174.

⁴⁶ **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2014) Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması: Fikrî Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 138.

⁴⁷ Hukuk seçimine ilişkin detaylı açıklamalar için makalemizin “1. Sübjektif Metot: Tarafların Hukuk Seçmesi” başlığına göz atılabilir.

⁴⁸ **Çelikel & Erdem**, s. 377; **Akıncı**, s. 76; **Doğan**, s. 395; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 303.

⁴⁹ **Tekinalp**, G., s. 269; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 304.

⁵⁰ **Doğan**, s. 395; **Ömeroğlu**, s. 65.

Hukuk seçimi, İhlâlden sonra yapılacak olsa da seçim hakkının taraflara bırakılması ile taraflar arasındaki hukuk güvenliğinin temini amaçlanmaktadır⁵¹. Ayrıca bu hüküm, hakkın birden fazla yerde ihlali halinde, tek bir hukukun uygulanmasına olanak tanıyarak hakim açısından kolaylık sağlamaktadır⁵². Ancak, hukuk seçimine kısıtlı olarak imkan tanınmış olması doktrinde eleştirilmektedir⁵³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, MÖHUK'un 23/2 maddesinde düzenlenen hukuk seçimine ilişkin hükmün, tescilsiz tasarımlar açısından da uygulanmasının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır.

3. Uluslararası Tescil ve Topluluk Tasarımı

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, uluslararası tescildir. Kural olarak, ülkesellik prensibi uyarınca, tasarımını yurt dışında korumak isteyen kimselerin, tasarımlarını ilgili ülkelerde tescil ettirmeleri gerekiyor ise de tek bir başvuru ile birden fazla ülkede korumanın mümkün olduğu haller de mevcuttur⁵⁴. Tasarım sahipleri Türkiye'nin taraf olduğu Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Tesciline İlişkin Lahey Anlaşması (Lahey Anlaşması)⁵⁵ uyarınca, birden çok ülkede tasarımlarını aynı anda tescil ettirebilir. Bu anlaşmanın altmıştan fazla üyesi bulunduğu göz önüne alındığında koruma talep edilebilecek ülke hukuku sayısı da hayli artabilmektedir.

Çoklu koruma sağlayan diğer bir metot ise Topluluk Tasarımı korumasıdır. 2002 yılında 6/2002 sayılı Topluluk Tasarım Tüzüğü⁵⁶ yürürlüğe girmiş ve Tüzük ile birlikte literatüre "Topluluk Tasarımı" ve "Topluluk Tasarım Hakkı" kavramları dahil olmuştur. Topluluk tasarımı başvurusu ile bir tasarımın tüm Avrupa Birliği (AB) ülkeleri kapsa-

mında korunması mümkündür⁵⁷. Topluluk tescilli olan tasarımlara ilişkin tecavüz ve hükümsüzlük davaları, Tüzük'ün 52. maddesi uyarınca "Topluluk Tasarım Mahkemeleri"nde açılabilir⁵⁸. Tüzük'ün 88. maddesi uyarınca bu davalara Tüzük kuralları uygulanacaktır. Tüzükte yer almayan hükümler için ise ilgili mahkeme kendi hukukunu (kendi milletler arası özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere) uygulayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, Türkiye AB üyesi olmadığından ve söz konusu mahkemeler ülkemizde yer almadığından, uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun tespit edildiği durumlarda Tüzük maddeleri uygulanamayacaktır. Türk hakim, MÖHUK hükümlerinden hareketle uygulanacak hukuku tespit edecektir. Bunun yanında, MÖHUK'un kanunlar ihtilâfı kuralları AB üyesi bir devletin hukukuna gönderme yaptığında, AB ülkelerinde söz konusu Tüzük hükümleri uygulama bulacağından, Türk hakiminin de uyuşmazlığa Tüzük hükümlerini uygulaması gerekecektir.

Bir tescilsiz tasarımın "topluluk tasarımı" olarak korunmasının ön şartı, ilk defa topluluk içerisinde kamuya sunulmasıdır. İlk defa topluluk dışında kamuya sunulmuş olan tescilsiz tasarımlar ise topluluk korumasından faydalanamayacaktır. Belirtmek gerekir ki, tescil başvurusu yapılmış bir tasarım, yayınlanana kadar tescilsiz tasarımlar ile aynı koruma şartlarına tabi olacaktır⁵⁹.

Tüm bunlara ek olarak bölgesel manada çoklu tescil ve koruma sağlayan metotların yanı sıra⁶⁰, tasarımların her bir ülkede ayrı ayrı tescili de mümkündür.

⁵¹ Ömeroğlu, s. 64; Tokar, s. 55.

⁵² Erdem, Patent Hakkının Korunması, s. 121. Şanlı, s. 50.

⁵³ Doktrinde yer alan eleştiriler ile sadece hakimın hukukunun seçimine izin verilmesi, seçimin zamanı, seçimin zayıf tarafın korunmasına ve üçüncü kişilere etkisi açısından detaylı incelemeler için bkz. Ömeroğlu, s. 69-74.

⁵⁴ Suluk & Karasu & Nal, s. 359.

⁵⁵ 14.04.2004 Tarihli ve 25433 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁶ 12 Aralık 2001 tarih ve 6/2002 sayılı Avrupa Birliği Topluluk Tasarımı Hakkında Konsey Tüzüğü, 05.01.2002 Tarihli Official Journal.

⁵⁷ Suluk & Karasu & Nal, s. 359; Massa, Charles-Henry & Alain, Strowel (2003), 'Community Design: Cinderella Revamped' European Intellectual Property Review, S: 2, C: 25, s. 69.

⁵⁸ Suluk, Cahit (2002) Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması - Topluluk Tasarımı, Ankara, Seçkin, s. 132.

⁵⁹ Suluk, Cahit (2018), '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler' Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 4, s. 101.

⁶⁰ Benelux ülkelerinde, Avrasya bölgesinde ve Afrika bölgesinde, bölgesel başvuru imkânı tanıyan ofisler bulunmaktadır. Bkz. Suluk & Karasu & Nal, s. 360.

4. Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satış Sözleşmesi'nin (CISG) Uygulama Alanı Bakımından Tasarımlar

MÖHUK'un 2. maddesinde yer alan “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.*” hükmü gereğince, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler uygun düştüğü ölçüde tasarımlara ilişkin uyuşmazlıklara kanunlardan daha öncelikli uygulanır⁶¹.

Tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkün olup da hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda, uyuşmazlık konusu, Türkiye'nin 5870 sayılı Kanun⁶² ile katıldığı, Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satış Sözleşmesi (CISG)⁶³ kapsamına giriyorsa artık CISG hükümleri uygulanacaktır. Bir uyuşmazlığın CISG kapsamına girebilmesi için; öncelikle, CISG'in 2. maddesinde belirtilen kapsam dışı haller⁶⁴ arasında yer almaması, taşınır mal satımına ilişkin bir sözleşme bulunması veya uyuşmazlığın CISG'de düzenlenen, teamüllere uymak gibi, bir yükümlülüğü ihlal etmemiş olması gerekmektedir⁶⁵. Buna ek olarak satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin aynı ülkede bulunmamalı ve tüm tarafların işyerlerinin bulunduğu ülkeler anlaşmaya taraf olmalı veya kanunlar ihtilâfi kurallarınca sözleşmeye taraf bir ülkenin hukuku yetkili olmalıdır⁶⁶. Bizim de katıldığımız görü-

şe göre, CISG'in uygulanması için uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarının, akdettikleri sözleşmenin CISG'e tabi olduğunu bilmesi şart değildir⁶⁷. Zira taraflar isterlerse hukuk seçimi yaparak CISG'in uygulanmasının önüne de geçebilme imkanını sahiptir.

Belirtmek gerekir ki, taraflar uygulanacak hukuk olarak, kısmen ya da tamamen, CISG hükümlerini belirleyebilecekleri gibi, CISG'e üye bir devletin hukukunun seçilmesi ya da uygulanacak hukuk olarak CISG'e taraf bir devletin hukukunun tespit edilmesi halinde de uyuşmazlığa CISG hükümleri uygulanacaktır⁶⁸.

Bu bağlamda gayri maddî mal varlığı olarak tasarımların CISG kapsamında mal kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Kural olarak cisimleşmiş ve taşınması mümkün mallar CISG kapsamında mal kabul edilmekle birlikte, cisimleşmemiş gayri maddî haklar, kapsama dahil edilmemelidir⁶⁹. Ancak, cisimleşme her zaman elle tutulur somut bir form olmak zorunda değildir. Örneğin, yazılımların CISG kapsamında kabul edilmesi için somut ortama aktarılması gerektiğini savunan görüşün yanında, somut ortama aktarılmamış olsa dahi yazılımların da CISG kapsamında mal sayılması gerektiğini savunan bir görüş de mevcuttur⁷⁰.

⁶¹ **Eksi**, s. 104; **Çelikel & Erdem**, s. 42; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 17.

⁶² 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete.

⁶³ 'United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) | CISG-Online.Org' <https://cisg-online.org/Text-of-the-Convention, s.e.t. 22 Kasım 2023>.

⁶⁴ Doktrinde, bu maddenin yanlış tercüme edilmesinin, özellikle “hovercraft”ın “hava yastıklı taşıt” şeklinde Türkçeleştirmesinin, uygulamada yanlış yorumlara sebep verdiğinden bahisle bu durum eleştirilmektedir. **Kiraz**, Şerife Esra (2023), ‘Türk Mahkemelerinde CISG’nin Uygulanma(ma)sı: Madde 2(e) Bağlamında Bir Değerlendirme’ Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 2, s. 581.

⁶⁵ **Toker**, Ali Gümrak (2016), ‘Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali’ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 1, C: 33, s. 223.

⁶⁶ **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 383. Ülkemizin CISG'e taraf olmadığı dönemde de kanunlar ihtilâfi kurallarınca CISG'e taraf bir ülkenin hukukunun uygulandığı dönemde, CISG hükümleri uygulama bulmaktaydı. Bkz. **Toker**, Ali Gümrak (2005) 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, Seçkin, s. 44 vd; **Toker**, Esaslı İhlal, s. 216; **Erdem**, Ercüment (1989), Milletlerarası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı' İzmir Barosu Dergisi, S: 1, C: 54, s. 93.

⁶⁷ **Zeytin**, Zafer (2022) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG-Incoterms, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 50; **Yıldırım**, Zeynep (2013), ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı’ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 17, s. 1073. Tarafların sözleşmenin CISG kapsamında olduğunu bilmeleri gerektiğini savunan aksi yöndeki görüş için bkz. **Toker**, Uygulama Alanı, s. 54.

⁶⁸ **Karaca**, Hüseyin (2019), ‘CISG’in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri’ Public and Private International Law Bulletin, S: 1, C: 39, s. 199; **Akıncı**, s. 38. Üye devletlerin CISG'in 1/1-b maddesine çekince koyması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair doktrindeki görüşlerin ve CISG Danışma Kurulu görüşünün detaylı incelemesi için bkz. **Karaca**, 200-203.

⁶⁹ **Tarman**, Zeynep Derya, ‘Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi’: Yenidünya, A. Caner & Erkan, Mustafa & Asat, Rayhan (Editörler) (2013) İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Ankara, Adalet, s. 176; **Zeytin**, s. 61. **Selanik**, Atakan Adem & **Bayram**, Orkun & **Talay Değirmenci**, Işıl (2018), ‘Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı’ Gaziantep University Journal of Social Sciences, S: 4, C: 17, s. 1363.

⁷⁰ **Vujanović**, Nataša (2014), ‘The CISG's Scope of Application Ratione Materiae with Regard to Software Transaction’ Zeitschrift für europarechtliche Studien, S: 4, C: 17, s. 531-532. Bu noktada, Koblenz Temyiz Mahkemesi 17.09.1993 tarihli, Zürih Kanton Ti-

Her ne kadar SMK'nın 55/2 maddesi, bilgisayar programlarının ürün sayılamayacağını ifade etmekte ise de bu durum elektronik ortamda oluşturulmuş bir tasarımın korunmayacağı anlamına gelmez⁷¹. Kanaatimizce, tasarım korumasının gündeme gelmesi için ürün/ürün parça ve görünüm unsurlarının varlığına ihtiyaç olduğundan, bir ürün ya da ürün parçasına uygulanmamış tasarımın CISG kapsamında mal kabul edilmesi mümkün değildir⁷². Ancak, elektronik ortamda dahi olsa bir ürüne uygulanmış tasarımların, CISG kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca, lisans sözleşmelerine de CISG hükümlerinin uygulanması gerektiği fikri çeşitli mahkeme kararlarında⁷³ belirtilmekte ve Uluslararası Ticaret Odası (ICC)'nın "ICC Fikri Mülkiyet Yol Haritası"⁷⁴ başlıklı raporunda (CISG'de dahil olmak üzere) sözleşme hukuku ilkelerinin lisans sözleşmelerine uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. Kana-

ret Mahkemesi 17.02.2000 tarihli, Avusturya Yüksek Mahkemesi 21.06.2005 tarihli, Arnhem Bölge Mahkemesi 28.06.2006 tarihli, Hollanda Merkez Bölge Mahkemesi 25.03.2015 tarihli kararlarında bilgisayar programlarının CISG kapsamına dahil olduğunu ifade etmiştir. Ancak Arnhem Bölge Mahkemesi 15.01.2007 tarihli bir kararında "yazılım sözleşmesi"nin CISG kapsamında olmayacağına karar vermiştir. Bkz. 'Software Contracts and the CISG | CISG-Online.Org' <https://cisg-online.org/cisg-article-by-article/part-1/art.-3-cisg/software-contracts-and-the-cisg>, s.e.t. 09.11.2023.

⁷¹ **Suluk & Orhan**, s. 29; **Bozgeyik**, s. 187.

⁷² Belirtmek gerekir ki, burada kastettiğimiz husus bizzat tasarıma ilişkin yapılan sözleşmelere ilişkindir. Diğer bir ifade ile tasarımın CISG kapsamındaki "taşınır mal" kategorisi dahil olup olmaması ile ilgilidir. Yoksa CISG'e konu bir mal üzerindeki fikrî mülkiyet hakkı sahipliği iddiasına ilişkin değildir. CISG'in 42. maddesinde yer alan üçüncü kişilerin sözleşme konusu eşyalar üzerindeki fikrî mülkiyet hakkı iddiaları ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Atamer**, Yeşim M & **Altunbaş Sancak**, Zahide, 'Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?': Kendigelen, Abuzer (Editör) (2020) Prof. Dr. Türkân Radonun Anısına Armağan, İstanbul, On İki Levha, s. 80-83.

⁷³ Orta-Hollanda Bölge Mahkemesi'nin 25.03.2015 tarihli kararı. Bkz. **Eymeren**, Joost Van (2016), 'Netherlands: International Software License Agreement as Purchase Agreement under the CISG and the Exhaustion- Doctrine' Computer Law Review International, S: 2, C: 17, s. 60.

⁷⁴ **ICC**, ICC Intellectual Property Roadmap 2020, ICC - International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-intellectual-property-roadmap-current-emerging-issues-business-policy-makers/>, s.e.t. 18.11.2023.

⁷⁵ Metnin, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) tarafından tercüme edilmiş hali için bkz. **ICC** (2020), ICC Fikri Mülkiyet Yol Haritası 14. Baskı, <https://icc.tobb.org.tr/docs/2021/iproadmap-2020turpagesint.pdf>, s.e.t. 09.11.2023.

atimizce, tasarımlara ilişkin lisans sözleşmeleri, tasarımın, elektronik ortamda dahi olsa, somutlaştığı bir ürünü içermediğinden CISG kapsamına dahil edilmemelidir. Zira bizzat tasarımın uygulandığı ürünün satılması ile tasarımı uygulama hakkının satılması farklı sözleşmelerdir ve bu hak yukarıdaki belirttiğimiz üzere CISG kapsamına dahil değildir.

C. TASARIM HAKKINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural MÖHUK'un 28. maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır:

"(1) Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.

(3) İşçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulanır."

Görüldüğü üzere, madde metninde uygulanacak hukuk olarak öncelikle, tarafların seçtiği hukuk kabul edilmiştir. Tarafların seçim yapmaması halinde ise bir takım bağlama noktaları öngörülmüştür. Son olarak, işçilerin işin ifası gereği meydana getirdiği ürünlerle ilgili olarak işveren ile aralarındaki sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklar için, MÖHUK'un 27. maddesinde yer alan, iş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuka gönderme yapılmıştır.

1. Sübjektif Metot: Tarafların Hukuk Seçmesi

Milletlerarası özel hukukta, sadece tasarım hukukuna ilişkin sözleşmeler açısından değil, kural olarak sözleşmeler hukuku alanında irade muhtariyeti prensibi geçerlidir⁷⁶. Bu prensip, uyuşmazlığa

⁷⁶ **Çelikel & Erdem**, s. 376; **Şanlı & Esen & Ataman Figanmeşe**, 324. **Doğan**, s. 399; **Öztürk**, s. 126.

uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine müsaade edilmesini ifade eder. Tarafların hukuk seçmeleri, birçok ülkede olduğu gibi bizim iç hukukumuzda da kabul edilen “sözleşme özgürlüğü” prensibinin milletlerarası hukuktaki bir yansımasıdır⁷⁷. Sözleşmeler bakımından taraflarca seçilen hukukun öncelikli uygulanması, tarafların menfaatlerinin hayata geçirilmesine katkı sağlar⁷⁸. Zira, tarafların içeriğini özgürce belirledikleri bir sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlığın çözümünde en etkili olacak hukuku tercih etmeleri oldukça muhtemeldir. Taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmasının ayrıca, hakimin işini kolaylaştırmak, güven ortamı sağlamak ve sözleşme ile alakasız bir hukukun uygulanmasının önüne geçmesi gibi faydaları da bulunmaktadır⁷⁹.

Maddi hukuk açısından sözleşme özgürlüğü, maddi tamamlayıcı unsurlarda ortaya çıkarken; milletlerarası özel hukukta seçilen hukukun emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı tüm hükümleri sözleşmeye uygulanır⁸⁰. Ancak yine de her hukuk düzeni irade muhtariyetine istisna nitelikte emredici hükümler içermektedir⁸¹. Geçerli bir hukuk seçimi yapılsa dahi kamu düzenine aykırılık sebebiyle, seçilen hukukun uygulanmasının önüne geçilebilmesi bunun bir örneğidir⁸².

⁷⁷ **Esen**, Turhan (1954), ‘Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 11, s. 478; **Arslan**, İlyas (2013), ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi’ Public and Private International Law Bulletin, S: 2 C: 33, s. 2.

⁷⁸ **Özdemir Kocacakal**, Hatice (2012), ‘Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları’ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni S: 1-2, C: 30, s. 49; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 273; **Toker**, Hukuk Seçimi, s. 60.

⁷⁹ **Şanlı**, Cemal (2019) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Baskı, Beta, İstanbul, s. 50.

⁸⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (1957), ‘Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun’ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1-4, C: 21, s. 359; **Erdem**, Patent Hakkının Korunması, s. 157; **Uluocak**, s. 186.

⁸¹ **Özdemir**, Didem (2003), ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria’ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 7, s. 0.

⁸² **Özdemir Kocacakal**, s. 37; **Şanlı & Esen, & Ataman-Figanmeşe**, s. 86. MÖHUK’un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni müdahalesi gereği, yabancı hukukun bir hükmünün uygulanması halinde Türk kamu düzeni ihlal edilecekse, söz konusu hüküm uygulanmayacaktır. Ancak, madde metninde, böyle bir ihlal halinde sadece Türk hukukuna atıf yapılmamıştır. Türk hu-

kural, MÖHUK’un 24. maddesinin ilk cümlesi uyarınca hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması iken⁸³, ikinci cümleye göre seçilen hukukun “*tereddüte yer vermeyecek biçimde*” anlaşılması halinde zımni hukuk seçimi de mümkündür⁸⁴. Taraflar açıkça bir hukuku seçtiklerinde, artık seçilen hukukun maddi hükümleri uygulanır. Başka bir ifade ile seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurulmaz. Zira aksi durum tarafların öngöremedikleri bir hukukla karşılaşmalarına sebep olabilecektir⁸⁵. Ancak taraflarca, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlık halinde seçilen hukukun atıf kurallarının da uygulanacağını açık şekilde belirtmeleri bu kuralın istisnasıdır⁸⁶.

Maddenin üçüncü fıkrasında hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir sınırlama olmadığı açıkça ifade edildiğinden, tarafların kural olarak hukuk seçimini her zaman yapabilmeleri mümkündür⁸⁷. Ayrıca, ikinci fıkrada, kısmi hukuk seçiminin de mümkün olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, taraflar sözleşmenin bölünebilen borçları açısından, farklı hukuklarının uygulanmasını kararlaştırabilirler⁸⁸. Örneğin, bir tasarım lisans sözleşmesinin bedele ilişkin maddesine Türk hukukunun, alt lisans verilmesine

kukunun, “gerekli görülen hallerde” uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla buradan hareketle, kanunlar ihtilâfı kuralları çerçevesinde belirlenen hukuk sistemi içerisinde Türk kamu düzenini ihlal etmeyen bir çözüm yolu aranması ve ancak böyle bir çözümün mümkün olmaması durumunda Türk hakiminin Türk hukukuna (*lex fori*) göre karar vermesi gerektiği hakkında bkz. **Öztürk**, s. 233-235.

⁸³ **Şanlı & Esen, & Ataman-Figanmeşe**, s. 276; **Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrak (2016) Milletlerarası Özel Hukuk: Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 269.

⁸⁴ **Arslan**, s. 7; **Tekinalp**, Gülören & **Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer (2011) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat, s. 357. Mülga MÖHUK döneminde sadece, açık hukuk seçiminin kabul ediliyor oluşu doktrinde eleştirilmekteydi. Bkz. **Tiryakioğlu**, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 250. Ayrıca mülga MÖHUK döneminde de zımni hukuk seçiminin mümkün olması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir. **Tekinalp**, Gülören (2004) Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s. 283.

⁸⁵ **Şanlı**, s. 48; **Tiryakioğlu**, s. 15.

⁸⁶ **Tekinalp & Uyanık Çavuşoğlu**, s. 355; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 330.

⁸⁷ **Nomer**, Ergin (2018) Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, s. 326; **Şanlı & Esen & Ataman-Figanmeşe**, s. 330.

⁸⁸ **Şanlı, & Esen, & Ataman-Figanmeşe**, s. 254; **Toker**, Telif Hakkı s. 63.

ilişkin maddesine ise başka bir ülkenin hukukunun uygulanacağı, taraflarca karara bağlanabilir. Yine mülga MÖHUK döneminde de kanunda, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği ya da kısmi hukuk seçiminin geçerli olduğuna dair özel hüküm yokken dahi doktrinde, hukuk seçiminin zaman açısından bir sınırlamaya tabi olmadığı ve kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁸⁹.

Son olarak, tarafların hukuk seçimi yapabilmesi için sözleşmede yabancılik unsuru bulunmalıdır. Doktrinde bir görüş, sadece uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olarak seçilmesi halinde dahi sözleşmenin yabancılik unsuru taşımış olacağını ifade ederken⁹⁰, bizim de katıldığımız ikinci bir görüşe göre yabancılik unsuru bir ön şart olup, bu unsuru barındırmayan sözleşmelerde hukuk seçimi yapılamayacaktır⁹¹. Diğer bir görüşe göre ise, sözleşme milletlerarası ticareti ilgilendiren bir yapıda ise milletlerarası sayılmalı ve yabancılik unsuru bulunmasa dahi, hukuk seçimine imkân tanınmalıdır⁹².

Sonuç olarak ifade edilmelidir ki, MÖHUK'un 28. maddesi fikri mülkiyete ilişkin sözleşmeleri özel olarak düzenlemişse de yukarıda hukuk seçimi ile ilgili yapılan genel açıklamalar, tasarım için yapılan sözleşmeler de dahil olacak şekilde, fikri mülkiyet haklarına ilişkin tüm sözleşmeler bakımından geçerlidir⁹³.

2. Objektif Metot: Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK tarafların fikri mülkiyete ilişkin sözleşmeler için hukuk seçimi yapmamaları halinde uygulanacak hukuk ile ilgili oldukça detaylı bir düzenlemeye yer vermiştir. MÖHUK'un 28/2 maddesine göre taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak ilk hukuk "*fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri*"nin bulunduğu yer hukukudur. Fikri

mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın işyeri hukukunun bulunmadığı durumlarda "*fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, ... mutad meskeni hukuku*" uygulanacaktır. Bu bağlamda, MÖHUK'un 28/2 maddesinde hakkı ya da kullanım devreden tarafın doğrudan karakteristik edim borçlusu kabul edildiği ifade edilebilir⁹⁴. Zira, madde metninde uygulanacak hukuk belirtilirken hakkı ya da kullanım devreden taraf merkeze alınmıştır. Ancak, kanun koyucunun, sözleşmede paradan başka bir şey borçlanan tarafı, karakteristik edim borçlusu kabul eden⁹⁵ genel yaklaşımı, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere de uyarlayarak, doğrudan fikri mülkiyet hakkını devreden tarafı karakteristik edim borçlusu olarak benimsemesi doktrinde eleştirilmektedir⁹⁶. Bu düzenlemelerin ardından, bir nevi istisnai düzenleme olarak, somut olayda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunuyorsa, sözleşmenin bu hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir.

MÖHUK'un 28. maddesinde fikri mülkiyet hakları arasında bir ayrıma gidilmediğinden, buradaki düzenlemeler, tescilli olup olmamasına bakılmaksızın, tasarımlara ilişkin sözleşmelere de uygulanmalıdır. Ayrıca yukarıda CISG hakkında yaptığımız açıklamalar bu kısım için de dikkate alınabilir.

3. İşçilerin Ürünleri ile İlgili Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

MÖHUK'un 28/3 maddesi iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 27. maddesine gönderme yapmaktadır. Buna göre işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği tasarımlar üzerindeki haklarla ilgili işvereni ile arasındaki sözleşmeye iş sözleşmelerinin tâbi olduğu hukuk uygulanacaktır.

⁸⁹ Çelikel, Aysel (1997) Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 237.

⁹⁰ Şanlı & Esen, & Ataman-Figanmeşe, s. 284; Çelikel & Erdem, s. 386.

⁹¹ Özel, Sibel, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılik Unsuru ve Hukuk Seçimi': Tiryakioğlu, Bilgin & diğerleri (Editörler) (2016) Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ankara, Yetkin, s. 425; Toker, Telif Hakkı s. 54; Öztürk, s. 155.

⁹² Tiryakioğlu, s. 7-8.

⁹³ Akıncı, s. 63; Toker, Telif Hakkı, s. 70.

⁹⁴ Öztürk, s. 118. Çelikel & Erdem, s. 452. Karakteristik edim borçlusu yaklaşımını, hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. Sargın, Fügen (2001), 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 50, s. 88.

⁹⁵ Akıncı, s. 56.

⁹⁶ Öztürk, s. 147. 37-95, s. 70. Hakkı devreden tarafın her zaman karakteristik edim borçlusu olmayabileceğine ilişkin sorunun, kanunda öngörülen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin hüküm ile bertaraf edilebileceği hakkındaki görüş için bkz. Toker, Telif Hakkı, s. 71.

İş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk MÖHUK'un 27. maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

Yukarıdaki düzenlemelere göre MÖHUK'un 28. maddesindeki sınırsız hukuk seçimi serbestisinin aksine, burada taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır⁹⁷. Taraflar uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilecekler ancak, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari koruma her daim saklı kalacaktır. Bu kısıtlamanın temelinde, işçinin işverene kıyasla güçsüz pozisyonda olduğu ve hukukun korunması gerektiği düşüncesi bulunur⁹⁸.

Mutad işyerinin, uzun kabul edilebilecek bir süre için dahi geçici değişimi halinde, mutad işyeri değişmeyecektir⁹⁹. MÖHUK'un 27/2 maddesindeki

bu düzenlemeye işçiyi korumak adına yer verilmiştir. Yargıtay da bir kararında, işçi aleyhine hukuk seçiminin kabul edilmeyeceği ile ilgili şu ifadelerle yer vermektedir:

“Böylece seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukunun işçiyi sağladığı korumadan daha az koruma sağlaması halinde, hukuk seçimi nazara alınmayacaktır¹⁰⁰.”

Tarafların hukuk seçimi yapmadığı ya da yapılan hukuk seçiminin geçersiz olduğu hallerde ise MÖHUK'un 27/2 maddesi uyarınca işçinin işini mutad olarak yaptığı işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Örneğin, Yargıtay bir kararında, yurt dışı bağlantılı işveren nezdinde ve mutad yer olarak Türkiye sınırları içindeki inşaatta çalışan işçi ile ilgili bir uyuşmazlıkta, işin mutad olarak yapıldığı yerin Türkiye olması sebebiyle, Türk hukukunun uygulanacağına karar vermiştir¹⁰¹.

Kanun, işin sürekli birden fazla ülkede yapılması hâlinde işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını ifade etmektedir. Zira işçinin işin doğası gereği sürekli hareket etmesi halinde mutad işyerinin belirlenmesi mümkün olmaktadır¹⁰².

MÖHUK'un 27/4 maddesi ise iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, bu hukukun uygulanabilir olduğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk olması halinde, bu hukuk mutad mesken hukukundan ve işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukunda da öncelikli şekilde uygulanacaktır. Örneğin Yargıtay, belli durumlarda yurt dışına gönderilen işçilerin sürekli çalıştıkları yer yurt dışı olsa dahi, Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁰³.

⁹⁷ Öztürk, s. 172. Toker, Telif Hakkı, s. 60.

⁹⁸ Şanlı & Esen, & Ataman-Figanmeşe, s. 357; Öztürk, s. 200. Toker, Telif Hakkı, s. 69; Aygül, Musa & Çoban (2020), Nazlı 'Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti' Terazi Hukuk Dergisi, S: 169, C: 15, s. 1829. Benzer kabulün başka hukuklardaki yansımaları için bkz. Tekinalp & Uyanık Çavuşoğlu, s. 419. 5718 sayılı MÖHUK'tan önceki dönemde, işçinin korunması adına özel bir hukuk seçimi sınırlandırmasının olmaması eleştirilmekte ve zayıf tarafın korunması prensibi ancak "kamu düzeni" kuralı ile sağlanmaya çalışılmaktaydı. Bkz. Doğan, Vahit (2011), 'Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Koruması' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 1-2, C: 15, s. 35.

⁹⁹ Doğan, Vahit (2007), '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 11, s. 153; Tarman, İş Sözleşmeleri, s. 535.

¹⁰⁰ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T: 24.10.2013, E: 2013/10105, K: 2013/17312 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T: 28.9.2015, E: 2015/16473, K: 2015/25517 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰² İşçinin mutad işyerinin bulunmadığı tüm durumlarda ortaya çıkan uyuşmazlığın MÖHUK'un 27/3 maddesine göre çözülmesini savunan görüş için bkz. Şanlı & Esen, & Ataman-Figanmeşe, s. 357.

¹⁰³ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T: 24.10.2013, E: 2013/10105, K: 2013/17312 (Kazancı İçtihat Bankası).

İşçinin herhangi bir devletin egemenliğinde olmayan alanlarda çalışması durumunda mutad işyerinin bulunduğu yere egemen olan bir hukukunun belirlenmesi mümkün olmamaktadır¹⁰⁴. Bu durumda da tıpkı hareketli işçilerde olduğu gibi, işverenin esas işyerinin olduğu yer hukuku uygulanmalı ancak sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa, daha sıkı ilişkili hukuk tercih edilmelidir¹⁰⁵.

Günümüzde birçok tasarım elektronik ortamda hazırlanmakta olduğundan, tasarımların hazırlanması işini yapan çalışanların, bağlı çalışan olsalar dahi kimi zaman uzaktan çalışma modeli ile çalıştıkları görülebilmektedir. Bu tarz işçilerin işin bir bölümünü ya da tamamını evlerinde ifa ettiği durumlarda, mutad işyeri çalışanın evi kabul edilmektedir¹⁰⁶. Ayrıca, tasarımcının bağlı çalışmayıp, serbest çalışan olarak hizmet sağladığı durumda ise artık, MÖHUK'un 27. maddesinin değil, MÖHUK'un 28. maddesinin ilk iki fıkrasının uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira artık ortada bir iş sözleşmesi bulunmadığından, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere ilişkin genel hükümlerin uygulanmasında bir mahzur görünmemektedir.

V. SONUÇ

Ticaret hayatının günümüzdeki milletlerarası yapısı tasarımlar ve tasarımlara ilişkin sözleşmeler ile ilgili yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklar gündeme getirmektedir.

Tasarım bir ürüne uygulanan dış görünümü ifade ettiğinden, sadece fikir aşamasında kalmış tasarımlar, ulusal ya da uluslararası düzeyde, korunmaz. Hukukumuzda tasarım hakkını koruyan temel metin SMK olmakla birlikte, gerekli şartların sağlanması halinde tasarımın kümülatif korunması da

mümkündür. Ayrıca, yapay zekanın bir araç olarak kullanılması suretiyle hazırlanan tasarımlar da SMK kapsamında tasarım sayılmalıdır.

Tasarım hakkına ve tasarımlara ilişkin sözleşmelere bağlı olarak ortaya çıkan ve yabancılik unsuru barındıran uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti, kural olarak MÖHUK'a göre yapılır; ancak, ülkemizin taraf olduğu yabancı anlaşma hükümleri, öncelikli şekilde uygulanır.

Tasarım hakkına ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti açısından, MÖHUK'un 23. maddesinde "koruma talep edilen ülkenin hu-kuku" ile kastedilen; uyuşmazlık sonrası başvuru-lan mahkemenin hukuku değil, tasarımın tescil edildiği ülkenin hukukudur. Tasarımın birden fazla ülkede tescil edilmesi durumunda, tasarım sahibinin tescilin yapıldığı ülkelerden birini seçmesi mümkündür. Tescilsiz tasarımlar açısından, tasarımın kamuya ilk sunulduğu ülke hukukunun uygulanması gerekir. Tescilsiz tasarımın kamuya ilk defa sunulduğu yerin tespit edilemesi halinde ise her somut olay için ayrı ayrı en sıkı ilişkili hukuk tespit edilmelidir.

Tasarım hakkının ihlalden kaynaklı taleplerde taraflara, zaman ve yer açısından kısıtlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Bu seçim hakkı, hakkın ihlal edilip edilmediğine değil, ihlal sebebiyle ortaya çıkan, tazminat gibi, taleplerle ilgilidir. Bu durumda, kısıtlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmış olması doktrinde eleştirilse de, hakkın birden fazla yerde ihlal edilmesi durumunda tek bir hukukun uygulanmasına olanak tanıyacağı için yerindedir.

Tasarım açısından koruma talep edilen ülke, "Topluluk Tasarım Tüzüğü"ne tarafsız, hakim in uyuşmazlığa öncelikle Tüzük hükümlerini uygulaması gerekir.

Tasarımlar gayri maddi mal varlığı kapsamında değerlendirileceğinden, cisimleşmemiş tasarımlar CISG kapsamındaki mallardan değildir. Bu bağlamda elektronik ortamda uygulanmış tasarımlar da cisimleşmiş kabul edilmelidir. Tasarım lisansı sözleşmelerinin konusu uygulama hakkını devri olup ortada bir taşınır mal olmadığından, bu sözleşmeler de CISG kapsamında kabul edilmemelidir.

¹⁰⁴ **Elçin**, Doğa (2011) İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, s. 141.

¹⁰⁵ **Sarıöz Büyükalp**, İpek (2019), 'Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu' Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 8, s. 235. Doktrinde uygulanacak hukukun tespiti için, Roma Tüzüğü'nden hareketle, yapılan yorumların detaylı incelemesi için bkz. **Elçin**, s. 143.

¹⁰⁶ **Ekşi**, Nuray (1997), 'Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk': İstanbul Üniversitesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, s. 126-127.

Sözleşmelere uygulanacak genel kural niteliğindeki MÖHUK'un 24. maddesinde yer alan hukuk seçimine ilişkin kurallar, tasarım sözleşmeleri açısından da uygulanır. Seçilen hukukun emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümleri sözleşmeye uygulanacak olsa da hakim kamu düzenini müdahalesini de dikkate alacaktır. Hukuk seçimi zımnî ve kısmî olarak yapılabilir. Kural olarak seçilen hukukun maddî hukuk kuralları uyuşmazlığa uygulanmayacaksa da taraflar bu kuralın aksine kanunlar ihtilafî kurallarının da dikkate alınabilmesini kararlaştırabilir. Ayrıca, yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmelerde hukuk seçimi mümkün değildir. Kanaatimizce, sadece yabancı hukukun seçilmesi sözleşmeyi tek başına yabancılık unsuru içeren bir sözleşme haline getirmeyecektir.

Tarafların, tasarım sözleşmesine uygulanacak hukuk için seçim yapmadığı durumda uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 28/2 hükmündeki bağlama noktalarına göre belirlenecektir. Burada geçen "daha sıkı ilişkili hukuk" ifadesi, "en sıkı ilişkili hukuk"un özel bir görünümüdür. Bu maddede doğrudan, hak-

kı veya hakkın kullanımını devreden tarafın karakteristik edim borçlusu kabul edilmesi yerinde değildir. Zira, devreden her somut olayda karakteristik edim borçlusu kabul edilmesi mümkün değildir.

İş kapsamında tasarımı meydana getiren işçinin, işvereni ile arasındaki sözleşmeye, MÖHUK'un iş sözleşmelerine ilişkin 27. maddesi uygulanır. Bu maddede, işçinin korunması adına sınırlı bir hukuk seçimi benimsenmiştir. Seçilen hukuk, mutad işyeri hukukundan daha az bir koruma sağlıyorsa, hukuk seçimi dikkate alınmaz. Tasarımı meydana getiren işçinin mutad işyeri, yine MÖHUK'un 27. maddesindeki düzenlemelere göre belirlenir. İşyerinin geçici olarak değişmesi mutad işyeri açısından önem arz etmez. İşçinin devlet egemenliği olmayan alanlarda çalışması halinde, işverenin esas işyerinin bulunduğu yer; işçinin kısmen de olsa evden çalıştığı durumlarda ise evin bulunduğu yer mutad işyeri olarak kabul edilmelidir. Serbest çalışan tasarımcılar açısından uygulanacak hukuk, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere ilişkin MÖHUK'un 28 maddesinin ilk iki fıkrasındaki hükümlere göre belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya (2020), *Milletlerarası Özel Hukuk: Ders Kitabı*, İstanbul, Vedat.
- Antalya**, Gökhan (2021) *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, İstanbul, Legal.
- Antikainen**, Mikko (2021), 'Differences in Immaterial Details: Dimensional Conversion and Its Implications for Protecting Digital Designs Under EU Design Law' - *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, S: 2, C: 52, s. 137-168.
- Arslan**, İlyas (2013), '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi' *Public and Private International Law Bulletin*, S: 2 C: 33, s. 1-41.
- Atamer**, Yeşim M & **Altunbaş Sancak**, Zahide, 'Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?': *Kendigelen, Abuzer (Editör) (2020) Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan*, İstanbul, On İki Levha, s. 67-106.
- Aybay**, Aydın & **Hatemi**, Hüseyin (2014) *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Aygül**, Musa & **Çoban** (2020) Nazlı 'Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti' *Terazi Hukuk Dergisi*, S: 169, C: 15. s. 1815-1832.
- Bezci**, İsmail (2022), 'Tasarım Tescilinde İç Mekan Tasarımlarına İlişkin Görsel Anlatımlara Yönelik Bir Analiz' *Sanat ve Tasarım Dergisi*, S: 1, C: 12, s. 595-616.
- Bilgin**, A. Aslı (2006) *Endüstriyel Tasarım Hakkı ve Tazminat Davaları*, İstanbul, Vedat.
- Bozgeyik**, Hayri & **Er**, Sefa (2019), 'Tasarımlar için Kümulatif Koruma' *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S: 1, C: 5, s. 19-38.
- Bozgeyik**, Hayri (2009) 'Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet' *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, S: 3, C: 25, s. 167-222.
- Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrah (2016) *Milletlerarası Özel Hukuk: Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Can**, Hacı & **Tuna**, Ekin (2019) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Ankara, Adalet.
- Çelikel**, Aysel (1997) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Baskı, İstanbul, Beta.
- Çelikel**, Aysel & **Erdem**, B. Bahadır (2021) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, İstanbul, Beta.
- Çalışkan**, Yusuf (2008) *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*, İstanbul, Değişim Yayınları.
- Dardağan**, Esra (2000) *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara, Betik.
- Dickson**, Keith & **Coles**, Anne-Marie (2000) 'Textile Design Protection: Copyright, CAD and Competition' *Technovation*, S: 1, C: 20, s. 47-53.
- Doğan**, Vahit (2007), '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti' *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 11, s. 147-164.
- Doğan**, Vahit (2022) *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Baskı, Ankara, Savaş.
- Doğan**, Vahit (2011), 'Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Koruması' *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S: 1-2, C: 15, s. 21-42.
- Eksi**, Nuray (2022) *Mahkeme Kararlarıyla Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı*, İstanbul, Beta.
- Eksi**, Nuray (1997), 'Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk': *İstanbul Üniversitesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, s. 116-149.
- Elçin**, Doğa (2011) *İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi.
- Erdem**, B. Bahadır (2002) *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 2. Baskı, İstanbul, Beta. (Kısaltılmış: Patent Hakkının Korunması).
- Erdem**, B. Bahadır, 'Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi' (1999) Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. (Kısaltılmış: Ülkesellik).
- Erdem**, Ercüment (1989), 'Milletlerarası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı' *İzmir Barosu Dergisi*, S: 1, C: 54, s. 35-105.
- Esener**, Turhan (1954), 'Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 11, s. 478-513.
- Eymeren**, Joost Van (2016), 'Netherlands: International Software License Agreement as Purchase Agreement under the CISG and the Exhaustion-Doctrine' *Computer Law Review International*, S: 2, C: 17, s. 60-62.
- Göger**, Erdoğan (1977) *Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı*, 4. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

- Güçlütürk**, Osman Gazi (2022), 'ChatGPT ile Üretilen İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi' *Ga-latasaray Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, C: 21, s. 1899-1918.
- ICC (2020), ICC Fikri Mülkiyet Yol Haritası, 14. Baskı, <https://icc.tobb.org.tr/docs/2021/iproadmap2020tur-pagesint.pdf>, s.e.t. 09.11.2023.
- Karaaslan**, Pelin (2019), 'Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi' *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, C: 10, s. 489-503.
- Karataş**, Esra & **Karaca**, Uğur (2002), 'Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması' *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 17-50.
- Kiraz**, Şerife Esra (2023), 'Türk Mahkemelerinde CISG'nin Uygulanma(ma)sı: Madde 2(e) Bağlamında Bir Değerlendirme' *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S: 2, s. 565-585.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (1957), 'Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükütü Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun' 21 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1-4, C: 21, s. 356-393.
- Koşer**, Nihal (2021), 'Tasarım Hukukunda Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı' *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1, C: 12. s. 380-393.
- Massa**, Charles-Henry & **Alain**, Strowel (2003), 'Community Design: Cinderella Revamped' *European Intellectual Property Review*, S: 2, C: 25, s. 68-78.
- Metzger**, Axel, 'Applicable Law Under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality': Basedow, Jürgen & Kono, Toshiyuki & Metzger, Axel (Editörler) (2010) *Intellectual Property in the Global Arena*, Mohr Siebeck, s. 157-178.
- Nomer**, Ergin (2018) *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Ömeroğlu**, Ekin (2020), 'Fikri Mülkiyet Haklarının İh-laline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi' *Public and Private International Law Bulletin*, S: 1, C: 40, s. 55-77.
- Özdemir**, Didem (2003), 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria' *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, C: 7, s. 0-0.
- Özdemir Kocacakal**, Hatice (2012), 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Möhük M. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' *Milletle-rarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* S: 1-2, C: 30, s. 27-62.
- Özel**, Sibel (2022), 'Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi' *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S: 2, C: 28, s. 962-978.
- Özel**, Sibel, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi': Tiryakioğlu, Bilgin & diğerleri (Editörler) (2016) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Ankara, Yetkin, s. 424-425.
- Sargın**, Fügen (2001), 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, C: 50, s. 37-95.
- Selanik**, Atakan Adem & **Bayram**, Orkun & **Talay Değirmenci**, Işıl (2018), 'Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı' *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, S: 4, C: 17, s. 1353-1367.
- Suluk**, Cahit (2018), '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler' *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S: 1, C: 4, s. 91-109.
- Suluk**, Cahit (2001), 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması' *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, S: 1, C: 3, s. 43-72.
- Suluk**, Cahit (2002) *Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması - Topluluk Tasarımı*, Ankara, Seçkin.
- Suluk**, Cahit (2003) *Tasarım Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Suluk**, Cahit, 'Tasarım Hukukunda "Bilgilenmiş Kullanıcı" ve Uygulamada Bazı Sorunlar': Arslan, Kaya & Ülgen Hüseyin & Okutan Nilsson, Gül (Editörler) (2003) *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalpe Armağan*, C. II, İstanbul, Beta, s. 387-395.
- Suluk**, Cahit (2011), 'Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar' *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S: 1-2, C: 60, s. 205-219.
- Suluk**, Cahit, 'Sınai Mülkiyete İlişkin Hükümsüzlük Davalarında Mutlak Yeniliğin Bilirkişiler Tarafından Araştırılması': Memiş, Tekin (Editör) (2010) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, İstanbul, On İki Levha, s. 511-526.
- Suluk**, Cahit & **Orhan**, Ali (2008) *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Cilt III, Ankara, Seçkin.
- Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2023) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Şanlı**, Cemal & **Esen**, Emre & **Ataman-Figanmeşe**, İnci (2023), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2018), 'Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme' *Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi*, S: 2, C: 34, s. 33-90.

- Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2012), ‘Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 1, C: 28, s. 5-37.
- Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2014) Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması: Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi Odaklı Bir İnceleme, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal (2021), ‘Tescilsiz Tasarımlar Artık Haksız Rekabet Hükümleriyle Korunmayacak Mı? -Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 4, C: 37, s. 27-86.
- Tarman**, Zeynep Derya, ‘Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi’: Yenidünya, A. Caner & Erkan, Mustafa & Asat, Rayhan (Editörler) (2013) İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Ankara, Adalet, s. 169-186. (Kısaltılmış: Viyana Satım Antlaşması).
- Tarman**, Zeynep Derya (2010), ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 3, C: 59, s. 521-550. (Kısaltılmış: İş Sözleşmeleri).
- Tekinalp**, Gülören (2004) Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, 8. Baskı, İstanbul, Beta.
- Tekinalp**, Gülören & **Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer (2011) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, Vedat.
- Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Tiryakioğlu**, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Toker**, Ali Gümrah (2005) 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, Seçkin. (Kısaltılmış: Uygulama Alanı).
- Toker**, Ali Gümrah (2022), ‘5718 Sayılı Möhük Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk’ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S: 1, C: 8, s. 51-74. (Kısaltılmış: Telif Hakkı).
- Toker**, Ali Gümrah (2016), ‘Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esası İhlali’ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 1, C: 33, s. 213-250. (Kısaltılmış: Esası İhlal).
- Uluocak**, Nihal (1989) Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, 2. Baskı, İstanbul Filiz.
- Uslu**, Gülser Banu (2021), ‘Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk’ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 7, s. 167-193.
- Ünal**, Akın & **Kalkan**, Arif (2019), ‘Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler’ Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 39, s. 46.
- Vujinović**, Nataša (2014), ‘The CISG’s Scope of Application Ratione Materiae with Regard to Software Transaction’ Zeitschrift für europarechtliche Studien, S: 4, C: 17, s. 529-545.
- Yalçın Uslu**, Merve Nur (2023) Protection of AI-Generated Products and Examination within the Context of the European Union and Turkish Copyright Laws, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Koç Üniversitesi.
- Yasaman**, Hamdi (2012) Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, C: 2, İstanbul, Vedat.
- Yıldırım**, Zeynep (2013), ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı’ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 17, s. 1061-1094.
- Yılmazsoy**, Ebru (2022), ‘Fikri Mülkiyete İlişkin Haklara Uygulanacak Hukuk’ Terazi Hukuk Dergisi, S: 185, C: 17, s. 108-115.
- Zeytin**, Zafer (2022) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG-Incoterms, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

A CRITICAL ASSESSMENT OF THE SUBCONSCIOUS COPYING DOCTRINE^(*)

BİLİNÇALTI KOPYALAMA DOKTRİNİNİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRMESİ

Esra ÜNAL YEŞİLYURT^(**)

Abstract

The notion of subconscious copying has generated a great deal of discussion and controversy within copyright law. The concept of subconscious copying is evaluated critically in this article, which also explores the key arguments for and against it. Subconscious copying is based on the premise that people may unintentionally produce works that are strikingly similar to works that already exist due to subconscious influences. Inconsistencies in court rulings result in variations in the doctrine's application and interpretation across various legal systems.

This article considers the standards that courts apply to assess whether subconscious copying has taken place and explores significant court judgments that have developed the idea of subconscious copying. While some courts place a strong emphasis on the availability of the original work and the degree of likeness, other courts value time distance as a crucial consideration. The article also compares the techniques taken by various legal systems, including the strict liability system in the US and the necessity of a causal connection in the UK and Canada.

In conclusion, the notion of subconscious copying is still a complicated and divisive topic in copyright law. Although it makes an effort to overcome the difficulties caused by unintentional impacts on creativity, its application and justification face considerable difficulties. The article advocates for a fair strategy that takes into account the needs of both the public and intellectual property rights' integrity.

Keywords

Subconscious Copying, Copyright Law, Case Law, Creativity, Implicit Memory.

Öz

Telif hakları yasasının bilinçaltı kopyalama kavramı büyük bir tartışma ve ihtilaf yaratmıştır. Bu makalede bilinçaltı kopyalama kavramı eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmekte ve bu kavramın lehinde ve aleyhindeki temel argümanlar incelenmektedir. Bu felsefe temelde, insanların bilinçaltı etkileri nedeniyle istemeden de olsa halihazırda var olan eserlere çarpıcı biçimde benzeyen eserler üretebileceği fikrine dayanmaktadır. Mahkeme kararlarındaki tutarsızlıklar, doktrinin çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanması ve yorumlanmasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

Bu makale, mahkemelerin bilinçaltı kopyalamanın gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek için uyguladıkları standartları vurgulamakta ve bilinçaltı kopyalama kavramını geliştiren önemli mahkeme kararlarını incelemektedir. Bazı mahkemeler original eserin mevcudiyetine ve benzerlik derecesine güçlü bir vurgu yaparken, diğer mahkemeler zaman mesafesini çok önemli bir husus olarak değerlendirmektedir. Makale ayrıca, ABD'deki katı sorumluluk sistemi ve İngiltere ve Kanadadaki nedensel bağlantı gerekliliği de dahil olmak üzere çeşitli yasal sistemler tarafından kullanılan teknikleri karşılaştırmaktadır.

Sonuç olarak, bilinçaltı kopyalama kavramı telif hakları hukukunda hala karmaşık ve bölünmüş bir konudur. Yaratıcılık üzerindeki kasıtsız etkilerin neden olduğu zorlukların üstesinden gelmeye çalışsa da, uygulanması ve gerekçelendirilmesi önemli zorluklarla karşı karşıyadır. Bu makale, hem kamunun ihtiyaçlarını hem de fikri mülkiyet haklarının bütünlüğünü dikkate alan adil bir stratejiyi savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Bilinçaltı Kopyalama, Telif Hukuku, İçtihat Hukuku, Yaratıcılık, Örtük Hafıza.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 07.07.2023 / Kabul Tarihi: 19.09.2023).

^(**) Ticaret Bakanlığı, Ticaret Uzmanı (unalessra@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9252-4589).

Atıf/Citation: Ünal Yeşilyurt, Esra (2023), "A Critical Assessment of the Subconscious Copying Doctrine", TFM, C: 9, S: 2, s. 327-338.

I. INTRODUCTION

The term “copy” is derived from the Latin word “copia” which means “abundance, plenty, multitude¹.” Copyright is a legal term that refers to the prohibition of unauthorized copying of work. Technological improvements have made copying a lot easier worldwide, and this issue brought many questions about copyright laws. The consensus is that a work is “original” in the UK for copyright purposes and hence qualifies for copyright protection, provided it is the result of the author’s own skill and judgment.

An author acquires a set of rights similar to property rights when they produce a piece of work that is covered by copyright under the law². An author has a right to file a copyright infringement case if the author discovers that someone has copied their work³. In order to succeed in a case of infringement, a copyright owner must first show that the defendant intentionally or unintentionally copied from their work⁴. A claimant must prove they are the legal copyright owners, and that the defendant has infringed on their work by copying. If it is not possible to show direct proof of copying, the court has to decide based on the elements of substantial similarity and reasonable access⁵.

The concept of “substantial similarity” is a doctrinal instrument used in copyright law to establish illegal copying as a normative inquiry⁶. Also, the defendant somehow must be able to access the original work to copy⁷. The plaintiff may first

present proof that indicates a certain course of action or may demonstrate that the work was generally made available to the public. On the other hand, the defendant always has the option to show that the work in question was created independently without the impact of the plaintiff’s work⁸. The defendant will then be absolved of responsibility for the copyright violation. However, even if the defendant claims not to have copied knowingly, the court may declare infringement if the defendant cannot disprove the plaintiff’s claim of infringement⁹.

Human conduct is the result of a complex web of conscious and subconscious impulses and behaviours, therefore, when creativity first emerges, humans might not be aware of what initiated the process or what factors were considered in their own works¹⁰. This brings the question whether an author could be liable for copyright infringement if they think they created something on their own without influence, but the creation is substantially similar to another author’s previous work.

This article will discuss some of the different perspectives on subconscious copying from legal scholars, focusing mainly on how the copyright law system should work, whom the law should protect, and whether there is a need for using the subconscious copying doctrine in court decisions. Section I will explore the doctrine based on various court decisions. Section II will look into the possible justifications and reasons for the doctrine are explained. Section III will discuss the various views of those that oppose the doctrine. The article will examine cases from the common law judicial system, where the majority of cases take place, and the argument of subconscious copying is employed. The fact that the US common law judicial system handled the first case using the subconscious copying idea gives us the opportunity to compare and contrast common law systems in some other common law nations such as UK, Australia, Canada.

¹ **Boon**, Marcus (2010), *In Praise of Copying* Cambridge, Harvard University Press, p. 285.

² **Jaeger**, Christopher Brett (2008), ‘Does That Sound Familiar: Creators’ Liability for Unconscious Copyright Infringement Note’, *Vanderbilt Law Review*, N: 6, V: 61, p. 1910.

³ **Mobley**, Danielle (2017), ‘Deja Vu or Copyright Infringement: Why Melania Trump Infringed on Michelle Obama’s Copyrighted Speech through Subconscious Copying’, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, N: 3, V: 17, p. 363.

⁴ **Goldstein**, Paul & **Hugenholtz**, P. Bernt (2019), *International Copyright Principles, Law, and Practice*, Fourth Edition, Oxford University Press, p. 285.

⁵ **Jaeger**, p. 1911.

⁶ **Balganesh**, Shyamkrishna (2012), ‘The Normativity of Copying in Copyright Law’, *Duke Law Journal*, N: 2, V: 72 p. 215.

⁷ **Alden**, Carissa L. (2007), ‘A Proposal to Replace the Subconscious Copying Doctrine Note’, *Cardozo Law Review*, N: 4, V: 29, p. 1733.

⁸ **Jaeger**, p. 1911-1912.

⁹ **Alden**, p. 1734.

¹⁰ **Feldman**, Robin (2010), ‘The Role of the Subconscious in Intellectual Property Law’, *Hastings Science and Technology Law Journal*, p. 1-2.

Overall, this article argues that the subconscious copying doctrine is difficult to justify because of limited resources, daily human interaction, implicit memory, the possible effects of decreasing the number of authors, and the inconsistency of protecting the intention for different law systems. Some suggestions regarding the legislation will be presented in the conclusion.

II. ORIGINS OF THE SUBCONSCIOUS COPYING DOCTRINE ON CASE LAW

Copyright law is related to implicit memory, which affects behaviour without the subject being aware of it. It is because someone's subconscious copying of various creations, which is obviously related, may have an impact on them while they are creating¹¹. The phrase "unconscious mind" is most frequently associated with Sigmund Freud and the field of psychoanalysis, but the idea existed for hundreds of years before Freud. But for Freud, the idea that memories, emotions, and other mental activities were not conscious took on a different, useful meaning¹².

Copyright law now applies similarly to both conscious and unconscious copying which leads to both forms being held accountable for copyright infringement¹³. In legal writing, this rule is known as the subconscious copying rule/doctrine. In different countries and legal systems, the terms "unconsciously" and "subconsciously" copying are used synonymously¹⁴. On the contrary, according to the *Navara v. M. Witmark & Sons*¹⁵ case, conscious copying means being aware of the original reproducing it deliberately, intentionally, and adopting it as their own.

The starting point of subconscious copying doctrine can be traced first in the *Fred Fisher, Inc. v. Dillingham*¹⁶ case, which dealt with two musical pieces. Judge Learned Hand ruled that because there was no other way to explain the striking similarity between the two pieces, the defendant copied subconsciously. He also mentioned that copyright infringement cannot depend on the defendant's good faith, so there is copyright infringement¹⁷. The court decision was based on the findings that the access to the piece was undeniable, the two items were practically identical, and there wasn't much time between when the work was accessed and when the unauthorized content was produced. Since *Fred Fisher's* case was revealed, the case has been the fundamental basis for the implementation of the doctrine for a long time¹⁸.

There have been some case decisions that ruled the existence of subconscious or unconscious copying since the *Fisher* case, such as *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*¹⁹ case, *Harold Lloyd Corp. v. Witwer*²⁰ case, *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Dieckhaus*²¹ case, *Whitney v. Ross Jungnickel, Inc.*²² case and *United Artists Corp. v. Ford Motor Co.*²³ case. In these cases, the courts decided whether there was subconscious copying or not based on three elements which were the access to the original work, the degree of similarity, and the degree of temporal remoteness²⁴. However, in some of these court cases, the lack of access to the original

¹¹ Jaeger, p. 1904-1905.

¹² Miller, Michael Craig (2010), 'Unconscious or Subconscious?' (Harvard Health, <https://www.health.harvard.edu/blog/unconscious-or-subconscious-20100801255>, last accessed 8 December 2021.

¹³ Jaeger, p. 1905.

¹⁴ Suvapan, Janyarak & Sirichit, Methaya (2019), 'The Subconscious Copying Doctrine Across the Legal System of the United States of America, United Kingdom and France', *Naresuan University Law Journal*, N: 2, V: 12, p. 71. Freud also used the two terms synonymously. See Miller.

¹⁵ *Navara v Witmark Sons*, New York Supreme Court [1959] 17 Misc.2d 174.

¹⁶ *Fred Fisher, Inc v Dillingham*, United States District Court for the Southern District of New York [1924], 298 F. 145.

¹⁷ Mobley, p. 365.

¹⁸ Hollingsworth, Joel S. (2000), 'Stop Me If I've Heard This Already: The Temporal Remoteness Aspect of the Subconscious Copying Doctrine', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, N: 2, V: 23, p. 462-463.

¹⁹ *Sheldon v Metro-Goldwyn Pictures Corporation*, The Court of Criminal Appeal 2nd Circuit [1939] 106 F.2d 45.

²⁰ *Harold Lloyd Corporation v Witwer*, The Court of Criminal Appeal [1933] 9th Circuit 65 F.2d 1.

²¹ *Twentieth Century-Fox Film Corp v Dieckhaus* the Court of Criminal Appeal 8th Circuit [1946] 153 F.2d 893.

²² *Whitney v Ross Jungnickel, Inc* United States District Court for the Southern District of New York [1960] 179 F. Supp. 751.

²³ *United Artists Corp v Ford Motor Co* United States District Court for the Southern District of New York [1980] 483 F. Supp. 89.

²⁴ Hollingsworth, p. 463-470.

work and/or lack of substantial similarity resulted in a rejection of subconscious copying and thus also a rejection to the claim.

There have been other cases of subconscious copying, such as *Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd.*²⁵ case, *Three Boys Music Corp. v. Bolton*²⁶ case, and *Edwards & Deutsch Lithographing Co. v. Boorman*²⁷ case²⁸. In all these three court cases, the court determined that the copied work was exactly or highly comparable to the original, and since there was proof that the copied material had been accessed, it was still an infringement even though it was not intentional. However, *Three Boys Music Corp.*'s proof of "reasonable access" was significantly more circumstantial than *Fred Fisher, Inc.*'s and *Bright Tunes Music Corp.*'s proof of "reasonable access." Also, unlike *Fisher*, where the unconsciously copied work appeared soon after the original, the supposedly copied work in the *Three Boys Music Corp. v. Bolton* case appeared twenty-five years after the original²⁹. Likewise, on the appeal of *ABKCO Music, Inc. v. Harrisongs Music, Ltd.* case³⁰, the court stated that where the likeness was so strong and access was obtained, so there is no basis for reversal due to the remoteness of that access based on the circumstances³¹.

All these court decisions on subconscious copying come from copyright's strict liability approach. In other words, this approach requires imposing culpability on a second author or artist who was unconsciously copying a copyrighted work³². In light of all of these court rulings, it is certain that defendants will be held

responsible for any copies they made, whether they did so intentionally or unintentionally. Unintentional copying does not serve as a defence against a claim of copyright infringement, even if the defendant may have done so unwittingly due to unconscious processes³³. Also, it can be understood from the *Navara v. M. Witmark & Sons* case that courts do not want to widen the subconscious copying area. When asked to decide if subconscious copying is a copyright tort in common law, the court decided that the intention should be felonious to be considered as a tort and giving such as a decision means extending the subconscious copying doctrine³⁴.

In summary, courts can decide whether or not there was subconscious copying mostly based on the existence of access to the original work and the degree of similarity rather than temporal remoteness. Several other courts, though having considered the subconscious copying concept, found it unsuitable to their particular situations for a range of factors such as lacking similarities between two works or absence of access by the defendant³⁵.

Contrary to the strict liability framework used by US courts to address subconscious copying, UK courts use a different, less stringent interpretation of the doctrine.

As stated in the *Francis Day & Hunter, Ltd. v. Bron* case, UK Courts aim to establish a causal connection and take the defendant's testimony into account when deciding whether there has been a copyright infringement³⁶. The Court of Appeal stressed that the existence of subconscious copying is a factual question that depends on the specific facts of the case. Since there is a chance that two musical compositions with similar qualities could have been separately composed, strong proof of subconscious copying is also required³⁷. The Canadian Courts'

²⁵ *Bright Tunes Music Corp v Harrisongs Music, Ltd*, United States District Court for the Southern District of New York [1976] 420 F. Supp. 177.

²⁶ *Three Boys Music v Michael Bolton* United States Court of Appeals 9th Circuit [2000] 212 F.3d 477.

²⁷ *Edwards & Deutsch Lithographing Co v Boorman*, United States Court of Appeals 7th Circuit [1926], 15 F.2d 35.

²⁸ **Alden**, p. 1736.

²⁹ **Jaeger**, p. 1922.

³⁰ *ABKCO Music v Harrisongs Music*, United States Court of Appeals 2nd Circuit [1983] 722 F.2d 988.

³¹ **Hollingsworth**, p. 472.

³² **Gordon**, Wendy J. (1990), 'Review: Toward a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship by Paul Goldstein', *The University of Chicago Law Review*, N: 3, V: 57, p. 1028.

³³ **Leaffer**, Marshall A. (2019), *Understanding Copyright Law*, Seventh Edition, Carolina Academic Press, p. 755.

³⁴ **Alden**, p. 1741.

³⁵ *ibid*, p. 1739.

³⁶ **Alden**, p. 1753.

³⁷ **Sanderson**, Jay & **Wiseman**, Leanne [2015], 'Are Musicians Full of It? The Metaphorical and Figurative Power of Subconscious Copying in Copyright Infringement Cases', *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, Special Art Issue, p. 57.

adoption of the subconscious copying doctrine is more similar to the UK Courts than the US Courts. Moreover, in the *Drynan v. Rostad*³⁸ case, the Canadian Court found the notion of subconscious copying very problematic, emphasizing that its application requires medical evidence³⁹. Likewise, the Full Federal Court of Australia emphasized the causal connection in subconscious copying while dealing with the *EMI Songs Australia Pty Ltd v Larrikin Music Publishing Pty Ltd*.⁴⁰ According to it, copyright may be violated via unconscious copying and the intention to profit from another's work is not required for infringement; however, the requirement of a causal link should be met⁴¹.

It can be understood from all these court decisions that, in the doctrine, unconscious copying is an infringement after all, and it is still brought up in copyright infringement cases. Of course, mostly in these cases, defendants first claim that they created something on their own. However, if there are enough elements for infringement, such as substantial similarity, reasonable access, or causal link depending on the courts, the court may decide, or defendants argue that there might be unconscious copying. But if the liability does not change, why is subconscious copying ever a factor in copyright cases? One of the advantages of claiming subconscious copying might be that it can reduce financial damages if someone is found responsible for violating copyright. Protecting one's reputation and demanding respect in the event of copyright violations may be another reason to engage in subconscious copying⁴². Up until now, the court decisions show that the damages decided by the courts against defendants have risen significantly. So, it can be argued that instead of lessening the compensation, saving their reputation may be a greater motive for the infringers because famous people will benefit and often use it. Also, in the court,

we are under oath not to lie, so if the defendants say that they made it on their own, but the courts find that they copied other works, it might be interpreted as a lie. Therefore, applying the doctrine in relation to the defence is useful to mitigate reputational loss and compensation.

III. MAIN JUSTIFICATIONS FOR THE SUBCONSCIOUS COPYING DOCTRINE

To understand the main justifications of subconscious copying doctrine, one should first have a look at the benefits of copyright law in general. Copyright law protects a wide range of original forms of expression, such as novels, films, musical compositions, and computer software applications. In this context, the author's creation of work provided the basis for statutory copyright. The copyright provisions have three basic policies as they encourage learning to prevent copyright restrictions, safeguard and improve the public domain, and ensure that the general public has access to copyrighted works⁴³. The economic and cultural significance of this set of norms is quickly growing and many businesses' fortunes are now strongly reliant on intellectual property rights.

The first justification of the doctrine is based on the irrelevance of morality to the original creation. It is common knowledge that copyright safeguards a work's originality, yet originality is not a bar to immoral behaviour, rather, it is viewed as a judicial pronouncement of appropriate authorisation. One may argue that ignoring subconscious urges is not a problem, and there is no need to involve human emotions if the legislation does not encourage improper behaviour on the part of a later creator. Since originality is not an issue of mentality, the infringer's guilt is not important⁴⁴.

The second way the doctrine can be justified is from an economic perspective. It can be argued that potential copiers are better cost avoiders; therefore, assigning the cost of infringement to them is more economical⁴⁵. Intellectual property considers public

³⁸ *Drynan v Rostad*, Ontario Court of Justice (General Division) [1994] 59 C.P.R. (3d) 8.

³⁹ **Alden**, p. 1754.

⁴⁰ *EMI Songs Australia Pty Ltd v Larrikin Music Publishing Pty Ltd*, Full Court of the Federal Court of Australia [2011] 47.

⁴¹ **Sanderson & Wiseman**, p. 57-58.

⁴² *ibid*, p. 58.

⁴³ **Patterson**, L. Ray (2000), 'Understanding the Copyright Clause', *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, V: 47, p. 389.

⁴⁴ **Feldman**, p. 10.

⁴⁵ *ibid*, p. 9.

interest, and it is one of its distinctive features. While the cost of generating a copyright-protected work is generally considerable, the cost of replicating it, whether by the creator or by those to whom he has made it available, is frequently low. Others may be discouraged from producing copies if the creator's copies are priced at or near marginal cost, but the creator's overall profits may not be enough to cover the cost of generating the work. Therefore, copyright protection balances the costs of restricting access to work with the benefits of offering to create it in the first place⁴⁶.

Thirdly, the property rights perspective is used to justify the doctrine. Instead of natural rights or labour theory, utilitarian philosophy serves as the foundation for both intellectual property rights and property in general, which decides whether something is legally defined as property. As a result, after a label is applied, the law gives the property owner jurisdiction over the property. Without such legal protection, one may claim that there will be a decreased investment in creative and inventive growth since engaging in some activities will be more difficult due to a lack of financial benefits⁴⁷.

Lastly, some may justify the doctrine based on the effectiveness of the administration. Since it is simple to claim the work is created by the infringer author and it is complex to refute that, this may end up infringers making poor defences. Therefore, the subconscious copying doctrine helps decrease the number of these poor claims by infringers⁴⁸.

It can be seen from all the possible explanations of the subconscious copying doctrine that there are advantages for several reasons. The arguments seem logical for protecting the main idea of intellectual property rights and the public interest of these rights. It would be logical that if the subconscious copying does not bring the infringement solution, most infringers will start claiming unconscious copying

even if they intentionally copied in the first place. In addition, infringers may lose their fears of having to pay high damages because they can always use the doctrine to hide their true intentions. Of course, the other main purpose of copyright and intellectual property is to serve a safe atmosphere for authors to create new ideas and creations but it is possible to find out the real intentions of people while deciding if there is a subconscious or intentional copying in the cases? On the other hand, some laws in different areas protect people's intentions and moral behaviours, so it should be asked if it is impossible or fair not to protect the latter author in this sense and based on this law system. Also, creators and their intentions are needed to be protected mostly because art itself comes from the human mind, values, ideals, morality, and inspiration.

Thanks to the development of technology, it is much easier for people to copy a piece and get profit from it. As discussed before, creating activity is not something that everyone can do easily, so it will be cheaper for infringers to steal something and profit from it instead of creating something which may take years. Loosening this doctrine may open a door to infringers who want to earn money in a short time. Nevertheless, the latter authors who think they have created something original must afford all the costs in the creation period but may end up paying a lot of damages for subconscious copying. Therefore, the issue here is whether both sides' economic conditions are worth protecting or not. The original author has already too many legal rights and financial gains for too many years, so it should be considered that the loss of the latter author will be excessive and at least some level of protection should be brought for the sake of creativity.

All these logical arguments will bring some other discussions as well. On the one hand, if the law does not protect author's rights and financial interests, it may have a severe effect on the incentivization to create new works. They may think that even if they create something, the infringers may copy it based on poor defences or subconscious copying and there will not be any financial or legal advantages for them to be a subject of laws even after the long and hard work they experience. On the other hand, all these

⁴⁶ Landes, William M. & Posner, Richard A. (1989), 'An Economic Analysis of Copyright Law', *The Journal of Legal Studies*, N: 2, V: 30, p. 326.

⁴⁷ Beckerman-Rodau, Andrew (2010), 'The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion', *Yale Journal of Law and Technology*, N: 1, V: 13, p. 43-45.

⁴⁸ Feldman, p. 9-10.

possible explanations are mostly based on protecting the first author's rights, but this may bring a deterrent effect for new authors to create something as they may fear ending up becoming an infringer instead of a creator. Also, after all the work they have done for a long, the idea of paying damages will prevent them to create something or hide it secretly after the creation.

As it can be seen, there are always two sides before justifying one's perspective so it should be discussed critically before making a judgment because the doctrine can be changed depending on what the law wants to protect.

IV. THE CRITICISM OF THE SUBCONSCIOUS COPYING DOCTRINE

As Feldman states, the subconscious copying doctrine is open to some criticisms⁴⁹. The doctrine can be criticized from moral, economical, logical, psychological, and property rights perspectives. Morally, the idea may appear difficult because there is occasionally no copying and hence the subsequent author has no obligation to the earlier author⁵⁰. One could urge that copyright legislation should take a more moral approach. Copyright law could be rewritten to focus more on equity, rejecting liability in the scenario of justifiable infringer activity or terrible copyright holder action. For instance, trade secret liability is based on principles of equity and unlawful conduct. A judgment of trade secret misuse usually necessitates a finding of wrongdoing on the part of the defendant⁵¹. Also, in criminal cases, or a crime to be committed, the precise subjective element, or men's rea, must be determined and wrongful intentions are the core of an offense. So, there is inconsistency in different laws⁵². A similar approach can be adopted in copyright law as well.

Some opponents disagree with the subconscious copying doctrine due to economic arguments⁵³. The tenuous balance that copyright law strives to achieve

between safeguarding an artist's ability to make money off of their creative work and the public's desire for greater artistic production is disrupted by the doctrine. Courts place an undue burden on the later artist when they presume that a creator of a popular earlier-produced work who creates a work that visually or sonically bears strong similarities to it did so unintentionally⁵⁴. Authors regularly incorporate components of previous works into new works; the cost of copyright protection for one work is passed on to future works' production⁵⁵. The number of new works produced will decline due to the higher cost of producing them⁵⁶.

While opponents of the doctrine prioritise the increase of the number of new authors and arts, the proponents try to prevent new possible infringers from copying. Indeed, it is the art that should be protected, and bringing new ideas should be prioritized, otherwise, there will be nothing for copyright law to protect. The law tries to protect not just the author's rights but the economic part of the industry. However, if creative works decrease, the economic conditions of the industry will suffer anyway.

Some opponents object to the subconscious copying doctrine from a logical point of view⁵⁷. In subconscious copying, it is more likely to involve cases of musical works partly due to the limited repertoire and significant conventions in musical genres, such as the use of repetitive rhythmical beats⁵⁸. Especially, the musical options available to a songwriter are significantly more limited than courts imagine. Songwriters' options are limited to the twelve potential notes, the usage of scales and how they work, chord progressions, known song structures, and common rhythms. The question remains whether the principles of subconscious

⁴⁹ *ibid*, p. 6.

⁵⁰ **Gordon**, p. 1029-1030.

⁵¹ **Feldman**, p. 10-11.

⁵² **Sayre**, Francis Bowes (1932), 'Mens Rea', *Harvard Law Review*, N: 6, V: 45, p. 974.

⁵³ **Alden**, p. 1731.

⁵⁴ *ibid*.

⁵⁵ **Landes & Posner**, p. 332.

⁵⁶ **Alden**, p. 1744.

⁵⁷ **Skirpan**, Rebecca (2022), 'An Argument That Independent Creation is as Likely as Subconscious Copying in Music Infringement Cases', *Law School Student Scholarship*, https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=student_scholarship, last accessed 4 November 2022.

⁵⁸ *ibid*.

copying and independent creativity create legal inconsistencies. The purpose of the songwriter is not considered when looking for copying; however, when evaluating originality as a foundation for establishing copyrightability, the creator's intent is taken into account⁵⁹. It is possible that we will face these cases, mostly in music infringement cases. In this part of art, it is easy for people to hear a song and subconsciously copy it. With the fact that musical pieces come from limited notes and scales, the law system should stretch the rules for musicians; otherwise, it cannot protect the art.

The idea that independent creation is impossible may give existing composers an excessive amount of authority while restricting the freedom of future songwriters. If the copyright law were reorganized in a way that maintains both autonomous creation and unintentional copying, not only in theory but in reality, the equilibrium between incentives and access would not be broken. For example, under copyright law, software developers are able to invent ways to circumvent any copyright issues because the second product simply takes the old product's "ideas" rather than its "expression." It is because the "expression" is regarded as original; the final product is independently produced and is the software developer's original work. If this is a real possibility, copyright law should defend against the injustice of holding a songwriter responsible for a work that was developed independently⁶⁰.

Those who think the mentioned doctrine should be limited suggest that new evidentiary standards for situations involving subconscious copying may be able to strike a balance between that practice and independent creation under copyright law⁶¹. Also, because music is so heavily reliant on borrowing, one may assume that all musicians would find it in their best interests to reduce copyright protection in this field. It has been proposed that in a musical infringement lawsuit, courts impose some additional responsibilities on the plaintiff⁶².

The doctrine can also be criticized by looking at the psychological dimension. Copying entails deciding whether to finish your own work or use someone person's. This option is not available to the subconscious copier, either, since they are unaware that they are copying in the first place. So, from this perspective, the concept of subconscious copying may undermine the legitimacy of copyright protection⁶³. In psychology, the subconscious mind is also said to be part of the mind that people are least aware of. Because of the subconscious's metaphorical and figurative power, if the latter work comes from unconscious copying rather than conscious copying, the artist is scarce to a fault. Most of the defendants facing accusations of infringement are musicians, and music is only a medium for them to convey their creative emotions, experiences, and intuition⁶⁴. The musician's music is always present in him or her, partially developed and ready to be transmitted with others, such as discussed in the *Williams v Gaye*⁶⁵ case that it is about the feel⁶⁶. Musicians are well-versed in a variety of musical genres, styles, and approaches. Therefore, this knowledge may bring them a burden that they cannot bear instead of the inspiration and profit that they hoped for⁶⁷. In addition, we are subjects of human interactions every day, so it is becoming increasingly difficult for the innocent to refute unfounded accusations of copying.

It is mentioned that the law protects creation and originality, but the process of originality should also be protected, even if it is difficult to distinguish. It is a scientific fact that "cryptomnesia" is a psychological term used for unconscious copying. Therefore, scientifically people can think that they create something independently, but in fact, they do not because implicit memory is the reason. Despite all the justifications for the doctrine, the law should not underestimate the scientific facts.

⁵⁹ *ibid*, p. 7-12.

⁶⁰ *ibid*, p. 13, 20.

⁶¹ Alden, p. 1745-1746.

⁶² *ibid*.

⁶³ Vaver, David (2001) 'Creating a Fair Intellectual Property System for the 21st Century F W Guest Memorial Lecture', *Otago Law Review*, N: 1, V: 10, p. 9.

⁶⁴ Sanderson & Wiseman, p. 59.

⁶⁵ *Williams v Gaye*, United States Court of Appeals 9th Circuit [2018]15-56880.

⁶⁶ Sanderson & Wiseman, p. 59.

⁶⁷ *ibid*, p. 62.

Under the property rights approach, the creator may bring a burden for other parties; consequently, this may lead to it being harmful to the public interest. Potential legal safeguards should aim to find the best possible equilibrium among offering sufficient legal protection to maximize the investment of time, effort, and funds in creative endeavours and minimizing any limits on the public's right to consume products made as a result of such invention⁶⁸. It can be said that in its current form, the burden of proof for the level of exposure and degree of similarity required to establish a lack of originality is set extremely low⁶⁹. Therefore, the delicate balance between safeguarding copyright holders and second creators-also known as "unconscious copiers"-is being disrupted. As a suggestion to bring the balance back, one might consider limiting the concepts of indirect and subconscious copying or simply permitting an injunction but no recompense for those who are caught up in these doctrines⁷⁰. Of course, to prevent poor defences, courts should refuse to accept subconscious copying if the first work's creation date is close to the second work's publishing date.

V. CONCLUSION

The subconscious copying doctrine has been mentioned in several cases so far in different law systems and countries. The term comes from the idea that the original work is copied from another author who is not aware of copying it because the author's implicit memory plays a trick on creating a work original or independently. The law systems, however, treat the second author the same as the intentional copier. Therefore, the doctrine is criticized by many scholars for various reasons.

It can be said that the doctrine brings injustices and inconsistency in the law. The latter author's intention of creativity should be equal to other creativity processes because creativity itself is protected by law. The source of art is limited already, and such type of protection of the first author will decrease the number of new works and authors, which will affect both the public interest

and the industry. Although the law tries to protect originality, it is a matter of fact that the line between independent creation and subconscious copying is very difficult to distinguish. And the law takes intention into consideration for the former, while it does not for the latter.

Both justifications for and arguments against doctrine may be right from the perspective they try to protect. The solution may lie at on the fact that a balance can be reached while protecting both sides. As a suggestion, the concept of subconscious copying can be limited while deciding no compensation for infringers even it can be decided for an injunction. Naturally, demonstrating unconscious copying will be tough, thus a lengthy procedure of determining the genuine intention should be implemented, and courts should refuse to accept subconscious copying if the time between pieces is so close to each other. Also, courts may ask or bring some additional responsibilities on the plaintiffs. In other words, the courts may give a chance to defendants to defend themselves even it is hard and may ask for additional proof from the plaintiffs to make such a claim. If the court decides that subconscious copying is the case, the court may not ask defendants to pay damages because there is also too much loss for them both financially and psychologically.

⁶⁸ Beckerman-Rodau, p. 46.

⁶⁹ Feldman, p. 9.

⁷⁰ Vaver, p. 10.

BIBLIOGRAPHY

- Alden**, Carissa L. (2007), 'A Proposal to Replace the Subconscious Copying Doctrine Note', *Cardozo Law Review*, N: 4, V: 29, p. 1729-1764.
- Balganesh**, Shyamkrishna (2012), 'The Normativity of Copying in Copyright Law', *Duke Law Journal*, N: 2, V: 72, p. 203-284.
- Beckerman-Rodau**, Andrew (2010), 'The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion', *Yale Journal of Law and Technology*, N: 1, V: 13, p. 35-88.
- Boon**, Marcus (2010), *In Praise of Copying Cambridge*, Harvard University Press, p. 285.
- Feldman**, Robin (2010), 'The Role of the Subconscious in Intellectual Property Law', *Hastings Science and Technology Law Journal*, N: 1, V: 2, p. 1-24.
- Goldstein**, Paul & **Hugenholtz**, P. Bernt (2019), *International Copyright Principles, Law, and Practice*, Fourth Edition, Oxford University Press.
- Gordon**, Wendy J. (1990), 'Review: Toward a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship by Paul Goldstein', *The University of Chicago Law Review*, N: 3, V: 57, p. 1009-1049.
- Hollingsworth**, Joel S. (2000), 'Stop Me If I've Heard This Already: The Temporal Remoteness Aspect of the Subconscious Copying Doctrine', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, N: 2, V: 23, p. 457-475.
- Jaeger**, Christopher Brett (2008), 'Does That Sound Familiar: Creators' Liability for Unconscious Copyright Infringement Note', *Vanderbilt Law Review*, N: 6, V: 61, p. 1903-1934.
- Landes**, William M. & **Posner**, Richard A. (1989), 'An Economic Analysis of Copyright Law', *The Journal of Legal Studies*, N: 2, V: 30, p. 265-309.
- Leaffer**, Marshall A. (2019), *Understanding Copyright Law*, Seventh Edition, Carolina Academic Press.
- Miller**, Michael Craig (2010), 'Unconscious or Subconscious?' (Harvard Health, <https://www.health.harvard.edu/blog/unconscious-or-subconscious-20100801255>, last accessed 8 December 2021).
- Mobley**, Danielle (2017), 'Deja Vu or Copyright Infringement: Why Melania Trump Infringed on Michelle Obama's Copyrighted Speech through Subconscious Copying', *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, N: 3, V: 17, p. 360-379.
- Patterson**, L. Ray (2000), 'Understanding the Copyright Clause', *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, V: 47, p. 365-396.
- Sanderson**, Jay & **Wiseman**, Leanne [2015], 'Are Musicians Full of It? The Metaphorical and Figurative Power of Subconscious Copying in Copyright Infringement Cases', *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, Special Art Issue, p. 53-66.
- Sayre**, Francis Bowes (1932), 'Mens Rea', *Harvard Law Review*, N: 6, V: 45, p. 974-1026.
- Skirpan**, Rebecca (2022), 'An Argument That Independent Creation is as Likely as Subconscious Copying in Music Infringement Cases', *Law School Student Scholarship*, https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=student_scholarship, last accessed 4 November 2022.
- Suvapan**, Janyarak & **Sirichit**, Methaya (2019), 'The Subconscious Copying Doctrine Across the Legal System of the United States of America, United Kingdom and France', *Naresuan University Law Journal*, N: 2, V: 12, p. 65-85.
- Vaver**, David (2001) 'Creating a Fair Intellectual Property System for the 21st Century F W Guest Memorial Lecture', *Otago Law Review*, N: 1, V: 10, p. 1-16.

Court Cases

- ABKCO Music v Harrisongs Music*, United States Court of Appeals 2nd Circuit [1983] 722 F.2d 988.
- Bright Tunes Music Corp v Harrisongs Music, Ltd*, United States District Court for the Southern District of New York [1976] 420 F. Supp. 177.
- Drynan v Rostad*, Ontario Court of Justice (General Division) [1994] 59 C.P.R. (3d) 8.
- Edwards & Deutsch Lithographing Co v Boorman*, United States Court of Appeals 7th Circuit [1926], 15 F.2d 35.
- EMI Songs Australia Pty Ltd v Larrikin Music Publishing Pty Ltd*, Full Court of the Federal Court of Australia [2011] 47.
- Francis Day & Hunter Ltd v Bron*, England and Wales Court of Appeal [1963] Civ J0225-1.
- Fred Fisher, Inc v Dillingham*, United States District Court for the Southern District of New York [1924], 298 F. 145.
- Harold Lloyd Corporation v Witwer*, The Court of Criminal Appeal [1933] 9th Circuit 65 F.2d 1.
- Navara v Witmark Sons*, New York Supreme Court [1959] 17 Misc. 2d 174.

Sheldon v Metro-Goldwyn Pictures Corporation, The Court of Criminal Appeal 2nd Circuit [1939] 106 F.2d 45.

Three Boys Music v Michael Bolton United States Court of Appeals 9th Circuit [2000] 212 F.3d 477.

Twentieth Century-Fox Film Corp v Dieckhaus The Court of Criminal Appeal 8th Circuit [1946] 153 F.2d 893.

United Artists Corp v Ford Motor Co United States District Court for the Southern District of New York [1980] 483 F. Supp. 89.

Whitney v Ross Jungnickel, Inc United States District Court for the Southern District of New York [1960] 179 F. Supp. 751.

Williams v Gaye, United States Court of Appeals 9th Circuit [2018] 15-56880.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TTK m. 1429/1 KAPSAMINDA SİGORTA ETTİRENİN VEYA SİGORTALININ HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU BULUNDUKLARI KİŞİLERİN TESPİTİ^{(*)(**)}

DETERMINATION OF PERSONS FOR WHOSE ACTS THE POLICYHOLDER OR THE INSURED ARE LEGALLY RESPONSIBLE PURSUANT TO ARTICLE 1429/1 OF THE TCC

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL^(***)

Öz

Sigorta hukuku uygulaması bakımından üçüncü kişilerin davranışlarının sigorta ettirene isnat edilmesi gerekmektedir. Aksi durumda, üçüncü kişi tarafından rizikoya gerçekleşmesine yönelik yapılan her davranış nedeniyle, sigortacının sorumluluğu doğacaktır. Bunu dikkate alan kanun koyucu TTK m. 1429/1 hükmünde, sigortacı, sigorta ettiren veya sigortalı ile bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmali veya kastı ile rizikoyu gerçekleştirmeleri durumunda sigortacının sorumluluğunu düzenlemiştir. Hükümde geçen hukuken fiillerinde sorumlu kişilerin kapsamı açık değildir. Sigortacının sorumluluğu açısından bu kişilerin tespiti önem arz etmektedir. Zira bu kişiler rizikoyu, sigorta tazminatının ödenmesi amacıyla kasten gerçekleştirmişlerse, sigortacı sorumlu olmayacaktır. Hukuken fiilinden sorumlu kişiler ile ilgili olarak, öğretide farklı görüşler bulunmaktadır; Yargıtay tarafından da farklı yönde kararlar verilmektedir. Alman hukukunda üçüncü kişilerin davranışları bakımından farklı bir esas benimsenmiştir. İsviçre hukuku bakımından TTK m. 1429/1'e benzer bir hüküm bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Sigorta Ettiren, Riziko, Hukuken Fiillerinden Sorumlu Kişi, Kasıt.

Abstract

In terms of insurance law practice, the behaviours of third parties must be attributed to the insured. Otherwise, the liability of the insurer will arise due to every behaviour of the third party towards the occurrence of the risk. Taking this into consideration, the legislator has regulated the liability of the insurer under Art. 1429/1 of the TCC in the event that the insurer, the policyholder or the insured, and the persons for whose acts they are legally responsible, realise the risk through negligence or intent. The scope of the legally responsible persons mentioned in the provision is not clear. The determination of these persons is important in terms of the liability of the insurer. If these persons have intentionally caused the risk for the purpose of payment of the insurance indemnity, the insurer shall not be liable. Regarding the persons who are legally liable for the acts of third parties, there are different opinions in the doctrine and the Court of Cassation renders different decisions. In German law, a different principle is adopted with respect to the behaviour of third parties. Under Swiss law, there is a provision similar to Article 1429/1 of the TCC.

Keywords

Policyholder, Risk, Person Legally Responsible for Their Actions, Intention.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 23.11.2023 / Kabul Tarihi: 13.12.2023).

^(**) Bu makale, 25 Kasım 2022 tarihinde Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen II. Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu'nda sunulan "TTK m. 1429/1 Kapsamında Sigorta Ettirenin veya Sigortalının Hukuken Fiillerinden Sorumlu Buldukları Kişilerin Tespiti" adlı bildirden hareketle hazırlanmıştır.

^(***) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (oguz.yolal@selcuk.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1333-4854).

Atıf/Citation: Yolal, Oğuz (2023), "TTK m. 1429/1 Kapsamında Sigorta Ettirenin veya Sigortalının Hukuken Fiillerinden Sorumlu Buldukları Kişilerin Tespiti", TFM, C: 9, S: 2, s. 339-361.

I. GİRİŞ

“Rizikonun gerçekleşmesinde kusur” kenar başlıklı TTK m. 1429/1 hükmüne göre “Sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez.”. Hükmün ikinci fıkrasında ise hayat sigortalarına ilişkin TTK m. 1493, 1503 hükümlerinin ve 1504’üncü maddenin ikinci cümlesinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Anılan hükmün ilk kısmında sigorta ettiren, sigortalı, lehtar ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin ihmalden kaynaklanan zararlardan sigortacının sorumlu olduğu; ikinci cümlesinde ise sayılan kişilerden -lehtar hariç- diğerlerinin rizikonun gerçekleşmesine kasten neden olmaları durumunda sigortacının sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm genel hükümler kısmında düzenlenmiş olduğundan bütün sigorta türlerine uygulanacaktır.

TTK m. 1429/1 hükmünde, üçüncü kişilerin fiilleri, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın kendi fiili olarak addedilmiş ve bu kişiler, hukuken fiillerinden sorumlu kişiler, olarak öngörülmüştür. Hukuken fiillerinden sorumlu olan kişilerin kim olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira üçüncü bir kişinin ihmali ile işlediği fiilden dolayı riziko gerçekleşmişse, bu kişi, fiillerinden sorumlu olan kişi kapsamındaysa sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın fiili gibi değerlendirilecek ve sigortacı sorumlu olacaktır.

II. SİGORTA HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DAVRANIŞI

TTK m. 1429/1’in ilk cümlesi gereğince sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar kasıtlı olarak rizikonun gerçekleşmesine neden olmuşsa, sigortacı sorumlu olmayacaktır¹. Üçüncü kişinin rizikoyu kasten

gerçekleşmesi durumunda, sigortacının sorumlu olup olmadığının, diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin davranışının sigorta ettirene isnat edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesi gerekir. Sigorta sözleşmeleri bakımından, sigortalı menfaatin bakım, gözetim ve korumasını üçüncü kişiye bırakılması, sigorta ettireni, avantajlı hâle getirmemeli, dolayısıyla söz konusu üçüncü kişilerin davranışları sigorta ettirene atfedilmelidir. Şayet sigorta ettiren, sigortalı malın bakım, gözetim ve korumasının bırakıldığı üçüncü kişinin davranışlarından sorumlu olmazsa, üçüncü kişinin kasıtlı davranışından dolayı rizikonun gerçekleşmesi, sigortacının sorumluluğunu genişletecektir. Sigorta ettiren, sigortalı menfaatin korunmasını ve gözetimini üçüncü kişilere bırakmışsa, üçüncü kişinin davranışı sonucunda rizikonun gerçekleşmesi ile sigortacının durumunun kötüleşmesi önlenmeli ve üçüncü kişinin davranışının sonucu tamamen sigortacıya yüklenmemelidir². Dolayısıyla üçüncü ki-

Sigorta ettiren ve sigortalı açısından rizikonun kasten gerçekleşmesi için ayrı bir amaç aranmamışken; bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler bakımından tazminat ödenmesi amacıyla rizikoyu kasten gerçekleştirmesi şartı aranmıştır. TTK m. 1429 hükmünün gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmış ve kasıtlı gerçekleşen riziko bakımından sigorta ettiren ve sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kast hâlinin tazminat ödenmesi amacına bağlandığı belirtilmiştir. Zira hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kişisel nedenlerden dolayı rizikoyu gerçekleştirmeleri durumunda, sigorta ettiren veya sigortalıyı, sigorta korumasından çıkarmak hükmün amacına uygun düşmeyecektir. Hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler için aranan tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla, sigorta ettiren ve sigortalı açısından aranmadığına ilişkin bkz. **Can**, Mertol (2011) “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 51-52; **Doğan**, Burak & **Azizağaoğlu**, Hasan Tahsin (2022), ‘Zarar Sigortalılarına İlişkin Hileli Sigorta Taleplerinin İngiliz Hukuku Nazarında Değerlendirilmesi’ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 12, s. 461. Hükmün eleştirisi için bkz. **Ünan**, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul, On İki Levha, s. 301.

² **Çakır**, Ayşe (2023) Mal Sigortalarında Temsilen Sigorta, Ankara, Seçkin, s. 62-63; **Römer**, Wolfgang (1993), ‘Die Haftung des Versicherungsnehmers für seinen Repräsentanten’ Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, s. 250; **Schwintowski**, Hans-Peter in Honsell, Heinrich (Editörler) (1999) Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Vol. I, Berlin, Springer Verlag, §6 Rn. 210; **Şenocak**, Kemal (1995) Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AÜHF, S: 1, C: 44, s. 392, dn. 95; **Şenocak**, Kemal (2018), ‘TTK m. 1412 Anlamında Sigorta Ettirenin Temsilcileri’: Sigorta Hukuku Sempozyumları, Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu (2-3 Şubat 2018), İstanbul, On İki Levha, s. 194; **Wandt**, Manfred (2016) Versicherungsrecht, München, 6.

¹ 1429/1’in ikinci cümlesine göre, sigorta ettiren veya sigortalı rizikonun gerçekleşmesine kasten neden olmuşsa, sigortacı tazminat ödeme borcundan kurtulacaktır. Sigorta ettiren veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler ise, tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla rizikonun gerçekleşmesine neden olmuşlarsa, sigortacı sorumlu olmayacaktır.

şinin sigorta ettirenin yerini aldığı kabul edildiğinde, temsilcinin rizikonun yönetimindeki hatalı davranışı nedeniyle sigortacının tazminat yükümlülüğü söz konusu oluyorsa, üçüncü kişinin davranışı sigorta ettirene isnat edilebilmelidir. Aksi durumda, üçüncü kişinin yerini aldığı sigorta ettiren, sigortalı menfaat üzerinde riziko kontrolünü elinde bulunduran diğer tüm sigorta ettirenlere karşı ayrıcalık elde etmiş olacaktır. Üçüncü kişinin davranışının sigorta ettirene isnat edilmesiyle, sigorta ettirenler arasındaki eşit işlem sağlanmış olacaktır³. Nitekim bu husus Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda haklı olarak şu şekilde belirtilmiştir:

“Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin kendi yerinde olmasını sağlayarak, sigortacıyı daha iyi veya daha kötü duruma getirme özgürlüğüne sahip olmamalıdır.”

TTK m. 1429/1’de, üçüncü kişilerin davranışı sigorta ettirenin davranışı gibi düzenlenmiştir. Sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın rizikoyu ihmal ile gerçekleştirme veya hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin rizikoyu ihmal ile gerçekleştirme bir tutulmuştur. Dolayısıyla TTK m. 1429/1 kapsamında üçüncü kişilerin davranışı; sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın kendi davranışı gibi⁵ sonuç doğuracaktır.

TTK m. 1429/1 hükmüne benzer bir hüküm sorumluluk sigortaları bakımından düzenlenmiştir. TTK m. 1477’ye göre, “*Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz.*” TTK m. 1429 genel hükümler kısmında düzenlenmiş olduğundan, ayrıca TTK m. 1477 hükmünde tekrar edilmesi isabetli olmamıştır⁶. Bu noktada TTK m. 1429 hükmünün genel hükümler kısmında düzenlenmesi öğretide

⁶ Can, TTK m. 1477 hükmünün tekrar maddesi olmasından başka bir özelliği olmadığını belirtmiştir. **Can**, Hukuki Esaslar, s. 38. Ayrıca bkz. **Orbay Ortaç**, Nurdan (2021), ‘Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebepiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi’ ERÜHFD, S: 2, C: 16, s. 119 vd; **Ulaş**, Işıl (2012) Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 771. TTK m. 1477 hükmünün kabul edilmesi sırasında, TTK m. 1429 hükmüyle uyumlaştırmanın yapılmadığına ilişkin bkz. **Atamer**, Kerim (2011), ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca “Zarar Sigortaları”na Giriş’ BATİDER, S: 1, C: 27, s. 81. Öğretide bir görüş, TTK m. 1477’nin gereksiz olarak düzenlendiğini söylemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazar, TTK m. 1477 hükmü düzenlemesindeki asıl amacın, sorumluluk sigortaları açısından sigorta olayının gerçekleşmesinin önem arz ettiğini, bu nedenle daha özel bir düzenleme ihtiyacının karşılanması olduğunu belirtmiştir. TTK m. 1429 ve VVG §81 hükümlerinin rizikonun (sigorta olayının) sigorta ettirenin kasıtlı davranışlarına sonuç bağladığını; sorumluluk sigortalarında ise, sebep olayı teorisi dışındaki teorileri benimseyen sorumluluk sigortalarında, sigorta ettirenin rizikoyu kasten işlemesine bağlamanın herhangi bir sonuç veremeyeceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak, TTK m. 1477 hükmüne benzer olan VVG §103 hükmü, TTK m. 1429 hükmüne benzer olan VVG §81’e nazaran daha özel bir hükümdür. Bkz. **Hacıomeroglu**, Abdülhamid Oğuzhan (2022) Sorumluluk Sigortasında Sigorta Hımyesinin Kapsamı, İstanbul On İki Levha, s. 67-68. Burada sorumluluk sigortalarına ilişkin TTK m. 1477’nin, TTK m. 1429 karşısında özel hüküm olduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durum TTK m. 1477’nin tekrar bir hüküm olduğunu ortadan kaldırmamaktadır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda durum biraz daha farklı düzenlenmiştir. Zira VVG §81 hükmünde sigorta ettirenin kası ve ağır ihmali arasında bir ayırım yapılmış ve sigortacının rizikonun gerçekleşmesine kasten neden olmuşa sigortacının sorumlu olmayacağı; sigorta ettirenin ağır ihmali ile riziko gerçekleşmişse, sigortacının tazminatta indirim yapacağı düzenlenmiştir. Sorumluluk sigortalarına ilişkin VVG §103’te ise, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesine kasten veya hukuka aykırı bir şekilde neden olması düzenlenmiştir. İki hüküm arasında, sigorta ettirenin ağır ihmali bakımından fark bulunmaktadır. Bu nedenle Alman Sigorta Sözleşmesi bakımından VVG §103 hükmünün, VVG §81’in tekrarı olduğu söylenemeyecektir. Bkz. **Orbay Ortaç**, s. 119 vd. Burada TTK m. 1477 hükmünün kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu söylemek zordur. Zira TTK m. 1429 hükmünün gerekçesinde sorumluluk sigortalarına atıf bulunmakta, dolayısıyla TTK m. 1429’un sorumluluk sigortalarına uygulanabileceğine işaret edilmektedir. Bu nedenle sorumluluk sigortalarına ilişkin TTK m. 1477 düzenlenirken, TTK m. 1429 hükmü ve gerekçesinin dikkate alınmadığı ifade edilebilir. Bkz. **Atamer**, s. 81.

Baskı, Franz Vahlen Verlag, Rn. 672. Ayrıca bkz. BGH, Urteil vom 10.07.1996 - IV ZR 287/95 (Köln), VersR 1996, 1229.

³ **Looschelders**, Dirk in Beckmann, Roland Michael & Matusche-Beckmann, Annemarie (Editörler) (2015) Versicherungsrechts-Handbuch, München, 3. Baskı, C.H. Beck, VVG §17 Rn. 32; **Baumann**, Horst in Bruck, Ernst & Möller, Hans (Editörler) (2009) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 3 §§74-99, Berlin, 9. Baskı, Verlag De Gruyter, VVG §81 Rn. 102; **Looschelders**, Dirk in Langheid, Theo & Wandt, Manfred (Editörler) (2022) Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, §1-99, VVG-InfoV, München, 3. Baskı, C.H. Beck, VVG §81 Rn. 119.

⁴ BGH, Urteil vom 14. 3. 2007 - IV ZR 102/03 (OLG Köln), NJW 2007, 2038, 2039. Ayrıca bkz. **BK/Schwintowski** §6 Rn. 210; **Römer**, s. 250.

⁵ **Ünan**, Samim (2012), ‘2011 Tarihli Türk Ticaret Kanunu’nda Sigorta Ettirenin Görevleri’: XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (17 Aralık 2011), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 53. Üçüncü kişinin fiili; sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın kendi fiiliymiş gibi sonuç doğuracaktır. Bkz. **Çakır**, s. 65-66; **Küçük**, Damla (2020), ‘Kara Taşlıları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Maddesinde Geçen “Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fiilinden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme’ İNÜHFD, S: 1, C: 11, s. 54.

eleştirilmiştir. Bir görüş, hükümde geçen “zararları tazmin” ve “tazminat” ifadelerinden hareketle hükümün zarar sigortaları bakımından geçerli olduğunu, ikinci fıkrada belirtilen saklı hükümlerin ise hayat sigortalarına ilişkin olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla TTK m. 1429 hükmü zarar sigortaları bakımından getirilmiş bir hükümdür ve zarar sigortaları bölümünde düzenlenmemesi sistem hatasıdır⁷. Hükümde geçen “zararları tazmin” ve “tazminat” ibareleri, hükümün zarar sigortaları açısından düzenlendiğini göstermektedir. Burada TTK m. 1429 hükmünün genel hükümler kısmında düzenlenmesinden iki yorum yapılabilir. İlk olarak hükümde geçen ibarelerinden hareketle, hükümün zarar sigortaları bölümünde düzenlenmesi gerektiği; ikinci olarak, hükümde geçen ibarelerin hatalı yazıldığı, diğer bir ifadeyle hükümün can sigortalarını kapsayacak şekilde kaleme alınmadığı ifade edilebilir⁸.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SİGORTA ETTİREN VEYA SİGORTALININ HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU KİŞİLER

A. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag-SVVG*) m. 14 hükmünde, TTK m. 1429/1 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmaktadır. SVVG Art 14, dört fıkradan oluşmaktadır. Anılan hükmün birinci fıkrasından sigorta ettiren veya sigortalının, sigorta olayını⁹

kasten gerçekleştirmesi; ikinci fıkrasında ise, bu kişilerin sigorta olayını ağır ihmali ile gerçekleştirmesi düzenlenmiştir.

SVVG Art. 14’ün üçüncü ve dördüncü fıkrasında sigorta ettiren veya sigortalıyla birlikte yaşayan ev halkı ve sigorta ettiren veya sigortalının fiillerinden sorumlu olan kişilerden bahsedilmiştir. Üçüncü fıkrada anılan kişilerin kasıt veya ağır ihmali ile gerçekleşen rizikolardan dolayı sigortacının kusuru oranında indirim gitmesi; dördüncü fıkrada ise, bu kişilerin hafif ihmali nedeniyle gerçekleşen rizikolardan dolayı sigortacının tazminat borcunda indirim olmayacağı düzenlenmiştir. Üçüncü ve dördüncü paragraflarda ayrıca sigorta ettiren veya sigortalının, birlikte yaşadıkları kişiler ile fiillerinden sorumlu kişilere karşı denetim ve gözetim yükümlüğünde veya bu kişilerin istihdamında ağır ihmali (üçüncü fıkra) veya hafif ihmali (dördüncü fıkra) aranmıştır.

SVVG Art 14 Art. 3’te üçüncü kişilerin davranışları iki grup şeklinde düzenlenmiştir. İlk grupta, sigorta ettiren veya sigortalı ile birlikte yaşayan ev halkı; ikinci grupta ise, sigorta ettiren veya sigortalının fiillerinden sorumlu kişiler yer almaktadır. Görüldüğü üzere hukuken fiillerinden sorumlu olma bakımından, SVVG Art. 14 hükmü, TTK m. 1429 hükmünden farklı şekilde düzenlenmiştir. SVVG Art. 14 hükmünde sigorta ettiren veya sigortalının birlikte yaşadığı ev halkı ve fiilen sorumlu olan kişiler düzenlenmişken; TTK m. 1429/1’de sadece sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın hukuken fiillerinden sorumlu olan kişiler düzenlenmiştir¹⁰.

İsviçre öğretisinde birlikte yaşayan kişiler, sıfatlarına bakılmaksızın, ev halkına katılmış olan, diğer bir ifadeyle ev yönetimine, ortak bir ev ve ortak bir tüketim ile etki eden tüm kişiler olarak belirtilmiş-

⁷ **Kender**, Rayegân (2005), ‘Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler’ Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, s. 16. TTK m. 1429/1 hükmüne ilişkin eleştiriler için bkz. **Taşkın**, Melda (2019) Krediyeye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha, s. 374 vd.

⁸ Ünán, hükümde geçen zarar ifadesinden hareketle, hükümün can sigortalarına uygulanmayacağına işaret etmiş ve TTK m. 1429’un ya düzenleme yerinin ya da içeriğinin yanlış olduğunu belirtmiştir. **Ünán**, C. I, s. 298. Ayrıca bkz. **Avcı**, Zehra (2021) Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 42.

⁹ İsviçre hukukunda riziko, “*das Risiko/die risiken*” veya “*das gefahr*” kavramları ile ifade edilmiştir. Bunun yanında İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu m. 10, 10a, 14, 15, 29, 35d hükümlerinde bahsedilen ve korkulan olay anlamına gelen “*befürchtete Ereignis*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Anılan ifade esasında sigortalı olayını ifade etmekte olup, gerçekleşmesi durumunda sigortacının sigorta tazminatı veya sigorta bedeli ödemekle yükümlü olacağını ifade etmektedir. Bu hususta bkz. **Dolar**, Neyzen Fehmi (2022), “İsviçre’de Sigorta Sözleşmesi Hakkında

Federal Kanun’da Yapılan (Kısmi) Reform Üzerine Bir İnceleme” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 12, s. 533 dn. 22; **Orbay Ortaç**, s. 87. “*Versicherungsfall*” kavramı İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda yer almamış olup, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda geçmektedir. “*Versicherungsfall*” (sigorta olayı) sigortalanan rizikonun gerçekleşmesini ifade etmektedir. Bkz. **Şenocak**, Kemal (2000) Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Turhan, s. 111-112. Nitekim Sayhan’da menfaat kavramına ilişkin açıklamalarında “*Das Befürchteten Ereignis*” kavramını sigortalı için belirli bir zarara sebep olabilecek belirli bir olay olarak ifade etmiştir. **Sayhan**, İsmet (2001) Sigorta Sözleşmesinin Konusu, Ankara, Yetkin, s. 35.

¹⁰ **Küçük**, s. 41.

tir¹¹. Birlikte yaşayan kişilerin niteliği gereği süreklilik arz etmesi gerekmektedir¹². Bu nedenle kısa süreli ziyaretçiler ve ortak yemek servisi olmadan, bir odayı kiralayan kiracılar veya birden fazla kişinin birlikte oturmak amacıyla bir yeri kiralamaları bu kapsamda değerlendirilmemektedir¹³. Aile üyeleri, üvey çocuklar, hizmet personelleri veya emekliler, ev halkı kapsamına girmektedir¹⁴. İsviçre öğretisinde bir görüş, birlikte yaşayan kişilerin, İsviçre Medeni Kanunu (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch-ZGB*) Art. 331 kapsamında, ev yönetim yetkisi altında bulunan kişilerden olması gerektiğini belirtmiştir¹⁵. Diğer bir görüş ise, bu yorumun, SVVG Art. 14/3 hükmünün lafzını aştığını ve SVVG Art. 14/3'te düzenlenen sigorta ettiren ve sigortalının kusuru ile aile içi birlikteliğe ilişkin hususların karıştırıldığını ifade etmiştir¹⁶.

Sigorta ettiren veya sigortalının fiillerinden sorumlu kişilerin¹⁷ ise, adam çalıştırmanın sorumlulu-

ğuna ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu (*Schweizerische Obligationenrecht-OR*) Art. 55 anlamında çalışanlar veya yardımcı kişiler olduğu ifade edilmektedir¹⁸. Bu kişilerin, fiillerinden sorumlu kişi olarak kabul edilmesinin nedeni, SVVG Art. 14/3'te öngörülen hukuki sonuç ile sigorta ettirenin/sigortalının, birlikte yaşayan kişiler veya fiilinden sorumlu kişiler üzerindeki gözetim yükümlülüğü veya istihdamı arasında bağlantı olmasıdır¹⁹. Bu kişiler özellikle iş faaliyetini yerine getiren işçilerdir²⁰. Kiracı haricinde, sigortalı eşyanın yetkili kullanıcısı sigortalının hizmetindeyse yardımcı kişi olarak kabul edilir²¹. Ancak yardımcı kişilerin sorumluluğunun düzenlendiği OR Art. 101'de olduğu şekilde sözleşmeye dayalı sorumluluğa tabi olan yardımcıların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir²². Bunun gerekçesi OR Art. 101'de düzenlenen yardımcıların sigortalı olayın meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün bulunmamasıdır²³.

Sonuç olarak TTK m. 1429/1 hükmüne benzer olan, SVVG Art. 14/3'te, davranışı sigorta ettirene isnat edilen üçüncü kişiler, birlikte yaşayan kişiler ve fiillerinden sorumlu kişiler olarak belirtilmiştir²⁴. Fiillerinden sorumlu kişiler bakımından ise, adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında çalışan ve diğer yardımcı kişilerin girdiği kabul edilmiş; sözleşmeye dayalı sorumluluğa yol açan yardımcı kişiler ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir.

B. ALMAN HUKUKUNDA

1. Öğretide

Alman hukukunda TTK m. 1429 hükmüne benzer bir hüküm olan ve sigorta ettirenin rizikoyu kas-

¹¹ **Süsskind**, Marcel in Grolimund, Pascal & Loacker, Leander D. & Schnyder, Anton K. (Editörler) (2023) *Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz*, Basel, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 14, Rn. 34; **Koenig**, Willy (1967) *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Baskı, Bern, Verlag Herbert Lang & Cie, s. 297; **Roelli**, Hans & **Keller**, Max & **Tännler**, Karl (1968) *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908*, Band I: Die allgemeinen Bestimmungen, Art. 1-47, Bern, 2. Baskı, K. J. Wyss, s. 243; **Sieber**, Philipp & **Hüsser**, Heinz in Fischer, Willi & Luterbacher, Thierry (Editörler) (2016) *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich, 1. Baskı, Dike Verlag AG, s. 2403, Rn. 101; **Küçük**, s. 41. Kılıçoğlu'na göre, aile birliği içinde yaşayan kimselerin, sigortalı ile aynı çatı altında yaşamaları gerekir. Bu kimselerin kapsamına ise, sigortalının karısı, çocukları, torunları, ebeveynleri, kardeşleri girer. Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet (1974), 'Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu' S: 1, C: 31, s. 405.

¹² **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 34; **Roelli & Keller**, s. 243.

¹³ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 34; **Koenig**, s. 297; **Sieber & Hüsser**, s. 2403, Rn. 102. **Çakır**, s. 57. dn. 111. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, ortak kiraladıkları bir dairede, aynı odada uyuyan, ancak nadiren beraber yemek yiyen kardeşleri ev halkı olarak kabul etmiştir. Bkz. BGE 98 II 124, **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 34.

¹⁴ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 34; **Koenig**, s. 297; **Roelli & Keller**, s. 244; **Sieber & Hüsser**, s. 2403, Rn. 102. **Çakır**, s. 57. dn. 111.

¹⁵ **Koenig**, s. 297; **Roelli & Keller**, s. 244.

¹⁶ **Sieber & Hüsser**, s. 2403-2404, Rn. 103. ZGB Art. 331'in uygulanacağına ilişkin, SVVG Art. 14/3'te açık bir düzenleme olmadığına ilişkin bkz. **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 34. Ayrıca bkz. **Küçük**, s. 41; **Orbay Ortaç**, s. 106.

¹⁷ Bu kişiler, sigortalının yardımcıları olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 405.

¹⁸ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35; **Sieber & Hüsser**, s. 2404, Rn. 104.

¹⁹ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35.

²⁰ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35; **Koenig**, s. 297; **Roelli & Keller**, s. 244.

²¹ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35.

²² **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35; **Sieber & Hüsser**, s. 2404, Rn. 105.

²³ **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35; **Koenig**, s. 297.

²⁴ Üçüncü kişilerin, SVVG Art. 14/3'te kesin bir şekilde belirlendiğine ve bu kişilerin kapsamının genişletilemeyeceğine ilişkin bkz. **BSK VVG / Süsskind**, Art. 14, Rn. 35; **Sieber & Hüsser**, s. 2404, Rn. 107. Luzern Obergericht, 29.06.2007, LGVE 2007 I, Nr. 27, s. 62.

ten veya ağır ihmali ile gerçekleştirilmesini düzenleyen Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Gesetz über den Versicherungsvertrag-VVG*) VVG §81 hükmünde²⁵, üçüncü kişinin davranışlarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda sigorta ettiren veya sigortalının fiillerinden sorumlu tutulan kişiler, sigorta hukukuna özgü olarak temsilci (*Repräsentant*)²⁶ kavramıyla açıklanmıştır²⁷. Temsilci kavramı bakımından bir tanım yapılmamış, bu kavramın açıklanması öğreti ve yargı kararlarına²⁸ bırakılmıştır. Bunun nedeni, sigorta ettirenin temsiline özgülünen belirleyici kriterlerin münferit her bir olay için karşılanamayacak olmasıdır²⁹. Dolayısıyla VVG bakımından kanun koyucu, temsilciyi tanımlayan bir düzenleme yerine sorunun özellikle yargı kararlarına bırakılmasını tercih etmiştir. Ancak belirtmek gerekir, 2008 tarihli Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda temsilciye ilişkin bir tanımın da yapılabileceği öğretide³⁰ ifade edilmiştir.

Alman öğretilinde, sigorta hukuku anlamındaki temsilci bakımından yasal temsilcinin ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği Al-

man Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) §278 hükmünün, sigorta hukuku bakımından uygulanması tartışılmıştır. Anılan hükmün ilk cümlesinde, borçlunun, yasal temsilcisinin veya borcu ifa eden yardımcı kişilerin kusurundan, kendi kusuru gibi aynı derecede sorumlu olacağını düzenlemiştir³¹. Bu hükmün üçüncü kişilerin davranışları bakımından sigorta hukuku anlamındaki temsilci açısından uygulanıp uygulanmayacağı, VVG §28 bakımından tartışılmış ve VVG §28 hükmünde bir külfet (*obliegenheit*) düzenlendiği, BGB §278'de ise yükümlülük (*pflicht*) öngörüldüğü belirtilerek, BGB §278'in VVG §28 açısından uygulanmayacağı ifade edilmiştir³². Tartışmanın devamında TTK m. 1429 hükmüne benzer şekilde düzenlenen VVG §81 hükmü açısından da konu ele alınmış ve öğretilde hakim görüş, Alman Medeni Kanunu'nun borç ilişkisi kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen BGB §278 hükmünün, VVG §81 bakımından da uygulanmayacağını ifade etmiştir³³. Buna ge-

²⁵ VVG §81 şu şekildedir:

"(1) Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Versicherungsfall herbeiführt.

(2) Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen".

²⁶ Alman hukukunda temsilci kavramını karşılamak üzere sigorta hukukuna özgü olarak "*Repräsentant*" kavramı kullanılmakla birlikte, temsilcinin davranışlarından sorumluluğu anlamına gelen "*Repräsentantenhaftung*" kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Bkz. **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders** VVG §17 Rn. 29; **Looschelders**, Dirk (2015), 'Der Dritte im Versicherungsvertragsrecht, Recht und Schaden' S: 12, s. 589; **Şenocak**, Vecibe, s. 95. "*Repräsentantenhaftung*" kavramının hatalı bir şekilde kullanıldığına ilişkin bkz. **Wandt** Versicherungsrecht Rn. 671.

²⁷ **BK/Dörner**, Einleitung Rn. 91; **Felsch**, Joachim in Rüffer, Wilfried & Halbach, Dirk & Schmikowski, Peter (Editörler) (2020) Versicherungsvertragsgesetz, Baden-Baden, 4. Baskı, Nomos, VVG §28 Rn. 109; **Langheid & Wandt & Wandt**, VVG §28 Rn. 114.

²⁸ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 109.

²⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks 16/3945, zu §81, s. 79. **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 109; **Langheid & Wandt & Looschelders** VVG §81 Rn. 118; **Pohlmann**, Petra in Looschelders, Dirk & Pohlmann, Petra (Editörler) (2023) VVG-Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, Köln, 4. Baskı, Carl Heymanns Verlag, VVG §28 Rn. 70.

³⁰ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 110.

³¹ BGB §278 hükmüne ilişkin bkz. **Yünlü**, Semih (2019) Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha, s. 16. BGB §278 ilk cümlesi şu şekildedir; "*Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden*".

³² **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders** VVG §17 Rn. 23.

³³ **Grundmann**, Stefan in Säcker, Franz Jürgen & Rixecker, Roland & Oetker, Hartmut & Limperg, Bettina (Editörler) (2022) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, München, 9. Baskı, Verlag C.H. Beck, BGB §278 Rn. 11; **HK-VVG/Joachim Felsch** VVG §28 Rn. 109; **HK-VVG/Christoph Karczewski** VVG §81 Rn. 67; **Rixecker**, Roland in Langheid, Theo & Rixecker, Roland (Editörler) (2022) Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG Informationspflichtenverordnung Kommentar, München, 7. Baskı, C.H. Beck, VVG §28 Rn. 38; **Langheid & Rixecker & Langheid** VVG §81 Rn. 18; **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 25-26. Bu noktada karşıt görüş BGB §278 hükmünün yükümlülükler ayrıklık hâlinde uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak sigortanın amacı hükmün sınırlı bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Bkz. **Heiss**, Helmut in Bruck, Ernst & Möller, Hans (Editörler) (2022) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 2 §§19-73, Berlin, 10. Baskı, Verlag De Gruyter, VVG §28 Rn. 93; **Armbrüster**, Christian in Pröls, Erich, R. & Martin, Anton (Editörler) (2021) Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, München, 31. Baskı, C.H. Beck, VVG § 28 Rn. 95; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 64. Alman hukukunda ifa yardımcısı kavramı yerine, sigorta hukuku alanında temsilci kavramının kullanıldığına ilişkin bkz. **Ünan**, Samim (1998), 'Kara Sigortalılarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar' SHD, S: 1, s. 110.

rekçe olarak, VVG §81 hükmünün sigorta ettirenin rizikodan kaçınmaya yönelik bir yükümlülüğün ihlaliyle bağlantılı olmadığı ve BGB §278'de öngörülen tüm yardımcı kişilerin sorumluluğundan sigorta ettirenin sorumlu tutulmasının, sigorta himayesini sigortanın amacına aykırı olarak kısıtlayacağı gösterilmiştir³⁴. Zira sigorta ettirenin, sigorta korumasından faydalanamayacağı korkusu olmadan, sigortalı malın bakımını yardımcı kişilere bırakmasında haklı bir menfaati bulunmaktadır³⁵. Bu nedenle sigorta ettirenin bütün yardımcı kişilerin kusurundan dolayı BGB §278 gereğince sorumlu tutulması, sigorta sözleşmesinin amacına aykırı olacaktır³⁶.

Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 21.04.1993 tarihli kararda temsilci bakımından şu sonuca varılmıştır³⁷: “*Temsilci, sigorta edilen rizikonun faaliyet alanında, temsil veya benzeri ilişki nedeniyle sigorta ettirenin yerini alan ve tamamen önemsiz olmayacak derecede sigorta ettiren gibi davranmaya yetkili kişidir*”. Üçüncü kişinin sigorta sözleşmesi kapsamındaki hak ve yükümlükleri kullanmasının eklenmesine gerek yoktur³⁸. Üçüncü kişinin sigorta

ettiren adına önemsiz olmayacak derecede hareket etmesi riziko yönetimi (*Risikoverwaltung*); sigorta sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri devretmesi ise, sözleşme yönetimi (*Vertragsverwaltung*) olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü üzere bu kararda riziko ve sözleşme yönetiminin bir tanesinin yerine getirilmesinin temsilci sayılabilmek için yeterli olduğu belirtilmiştir³⁹. Sonuç olarak Alman yargı kararlarına göre, riziko yönetimi veya sözleşme yönetiminin devredilmesi, temsilci sıfatının kazanılması bakımından yeterli olacaktır.

VVG §86 (3) hükmünde, sigortacının, zararın meydana geldiği anda, rizikonun gerçekleşmesine kasıtlı olarak neden olmayan, birlikte yaşadığı kişilere karşı, rücu hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Öğretide bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle birlikte yaşayan kişilerin rizikoyu kasten gerçekleştirmeleri hâlinde, sigortacının bu kişilere karşı rücu hakkını kullanacağı, dolayısıyla “*sigorta ettirenin birlikte yaşadığı kimselerin*” temsilci olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir⁴⁰. Kanaatimizce Alman hukukunda temsilci kavramı açısından Yargı kararlarında belirtilen esaslar dikkate alınmalı ve birlikte yaşayan kişiler bu esasları sağlıyorsa temsilci sayılmalıdır. Zira VVG §86 (3) hükmü, sigortacının birlikte yaşayan kişilere karşı rücu hakkını düzenlemiş olup, bu kişilerin davranışlarını sigorta ettirene isnat etme amacı taşımamaktadır. Nitekim sigortacının rücu hakkını kullanabileceği kişiler ile sigorta hukuku anlamındaki temsilci farklı kişiler olabilir.

findan verilen ilk kararlarda sigorta ettirenin yerini alan üçüncü kişi bakımından, sadece aradaki ilişkinin “*temsilci veya benzeri ilişki*” olması aranmış, daha sonra verilen kararlarda günümüzdeki temsilci kavramının tanımı yapılmıştır. BGH, Urteil vom 26-04-1989 - IVa ZR 242/87 (Köln), NJW 1989, 1861. Riziko ve sözleşme yönetiminin bir arada olması gerektiğini belirten bu kararın uygulanabilir olmadığına ilişkin bkz. **Knappmann**, NJW, 3148-3149. Temsilci kavramının yargı kararlarındaki gelişimi için bkz. **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 30-31. Riziko ve sözleşme yönetiminin birlikte aranmasına ilişkin kararlarda değişikliğe gidilmiş ve sadece bir tanesinin devredilmesinin temsilcilik sıfatı açısından yeterli olduğu belirtilmiştir. Söz konusu değişikliğin yerinde olduğuna ilişkin bkz. **Knappmann**, NJW, 3148.

³⁴ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 23. Nitekim sigorta ettirenin, bütün ifa yardımcılarından sorumlu olmayacağını reddetmek sorunu çözmekte ve sigorta ettirenin davranışlarından sorumlu olduğu üçüncü kişilerin belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. **Yener**, Merve İrem (2020) Sigorta Sözleşmelerinde Rizikonun Ağırlaşması, Ankara, Seçkin, s. 323.

³⁵ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 25.

³⁶ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 25; **BK/Beckmann**, §61 Rn. 46. Ayrıca bkz. **Knappmann**, NJW, 3147. BGB §278 hükmünün uygulanmama nedeni olarak belirtilen külfet (*obliegenheit*) ve yükümlülük (*pflicht*) ayrımına ilişkin gerekçe esasında yüzeysel kalmaktadır. Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi yapmasındaki amaç, üçüncü kişilerin iş ve riziko alanındaki davranışlarından korunmak istemesidir. BGB §278'in uygulanması ise, bu amaca ters düşecektir. Bkz. **HK-VVG/Joachim Felsch** VVG §28 Rn. 109.

³⁷ BGH, Urteil vom 21-04-1993 - IV ZR 34/92 (Köln), NJW 1993, 1862.

³⁸ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 111; **BK/Schwintowski** §6 Rn. 207-208; **Höra**, Knut & **Schubach**, Arno (2022) Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, München, 5. Baskı, C.H. Beck, §2 Rn. 363; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 40; **MüKoBGB/Grundmann** BGB §278 Rn. 11. Alman hukukunda temsilci kavramının tanımı yargı kararlarının etkisiyle zaman içinde önemli değişiklik göstermiştir. Gerçekten başlangıçta temsilci, sigorta edilen rizikonun faaliyet alanında temsil veya benzeri ilişki nedeniyle sigorta ettirenin yerini alan kişi olarak ifade edilmiştir. Bkz. **Langheid & Rixecker & Langheid** VVG §81 Rn. 19. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi tara-

³⁹ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 31; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 40; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 75; **Ünan**, C. I, s. 124; **Wandt** Versicherungsrecht Rn. 671; **Yener**, s. 324.

⁴⁰ **Orbay Ortaç**, s. 105.

Yargı kararlarından hareketle temsilcilik sıfatı için üç şart bulunmaktadır⁴¹. Bunlar, (1) sigorta edilen rizikonun iş alanında faaliyette bulunulmalı, (2) sigorta ettiren ile temsilci arasında temsil veya benzeri ilişki bulunmalı, (3) temsilci sigorta ettiren adına önemsiz olmayacak şekilde sigorta ettiren hesabına hareket etmelidir. Öncelikle üçüncü kişi, rizikoya ait iş alanında faaliyette bulunmalıdır. Buradaki iş alanı, sadece sigorta ettirenin iş alanı olarak anlaşılmamalıdır. Sigorta ettirenin yerine geçen üçüncü kişilerin rizikoya ait alanı gibi, diğer özel alanları da, iş alanı kapsamında olabilir⁴². Sigorta ettiren üçüncü kişiye belirli bir iş alanı ile yetki vermişse, üçüncü kişinin temsilcilik yetkisi kendisine verilen iş alanı ile sınırlı olacak ve bu alan genişletilemeyecektir⁴³.

İkinci olarak, sigorta ettiren ile üçüncü kişi arasında temsil veya benzeri bir ilişki bulunmalıdır. Burada sigorta hukuku bakımından temsilci sayılmak için, üçüncü kişiye hukuki işleme dayalı temsil yetkisinin verilmesi zorunlu bir şart değildir⁴⁴. Nitekim bir kişinin hukuki işleme dayalı bir temsilci olarak atanması da, o kişinin sigorta hukuku bakımından temsilci sayılmasına neden olmaz⁴⁵. Temsilcinin sigorta ettirenin beyanına veya varsayılan iradesine göre hareket edip etmediği önem arz etmez⁴⁶. Ancak üçüncü kişiye riziko yönetimi çerçevesinde, rizikonun kontrol edilebilmesi amacıyla ilgili sözleşmelerin kurulmasına yönelik temsil yetkisi verilmesi, sigorta hukuku anlamındaki temsilcilik sıfatının kazanıldığına delalet edebilir⁴⁷.

a. Riziko Yönetimi

Üçüncü kişi, temsil veya benzeri ilişki içerisinde, rizikoya ait iş alanında faaliyette bulunuyorsa, riziko yönetimin devri ile bu kişi temsilci sıfatını kazanacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin sigorta ettirenin, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini kullanmak için yetkilendirilmiş olması gerekli değildir⁴⁸. Riziko yönetiminin devri için öncelikle mal sigortalarında sigortalı eşyanın zilyetliğinin devredilmesi gerekir⁴⁹. Zilyetliğini devri için, sigorta ettiren, sigortalı eşyanın tasarruf yetkisi ile sorumluluğunu tamamen üçüncü kişiye bırakmalıdır⁵⁰. Ancak sadece zilyetliğin devri, temsilci sayılmak için yeterli olmayacaktır⁵¹. Sigorta konusu eşyanın zilyetliğinin bırakılmasının yanında, üçüncü kişi, riziko ile ilgili olarak sigorta ettiren adına önemsiz olmayacak derecede bağımsız hareket etme yetkisine sahip olmalıdır⁵². Üçüncü kişinin sigorta ettiren adına hareket yetkisine sahip olması, üçüncü kişinin temsil veya benzeri ilişki nedeniyle sigorta ettirenin yerini almasına karşılık gelmektedir⁵³. Üçüncü kişi ile sigorta ettirenin, sigortalı eşyayı aynı ölçüde birlikte kullanması temsilci sıfatının kazanılması bakımından yeterli değildir⁵⁴. Örneğin, ev eşyası ve konut sigortalarında aile üyeleri, eşler ve birlikte yaşayan kişilerin ortak kullanımında, sigorta ettiren, rizikonun yönetimi ve kullanımından geri çekilmediği için anılan kişiler temsilci olarak kabul edilmemektedir⁵⁵.

Sigorta ettirenin zilyetliği kısa ve geçici bir süre ile bırakması, bu durum tekrar etse dahi temsilcilik

⁴¹ **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73. Bu şartların kümülatif olarak aranacağına ilişkin bkz. **Şenocak**, Temsilci, s. 194.

⁴² **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 37; **Şenocak**, Temsilci, s. 195.

⁴³ BGH, Urteil vom 14. 3. 2007 - IV ZR 102/03 (OLG Köln); **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 112; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 72; **Wandt** Versicherungsrecht Rn. 672.

⁴⁴ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 114; **Langheid & Wandt & Looschelders** VVG §81 Rn. 122; **Looschelders**, s. 589; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73; **Römer**, s. 251; **Şenocak**, Temsilci, s. 195; **Yener**, s. 324.

⁴⁵ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 111; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73; **MAH VersR / Höra & Schubach** §2 Rn. 364. Ayrıca bkz. **Şenocak**, Temsilci, s. 195.

⁴⁶ **BK/Schwintowski** §6 Rn. 212; **HK-VVG/Joachim Felsch** VVG §28 Rn. 121; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73.

⁴⁷ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 114.

⁴⁸ **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 42.

⁴⁹ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 39; **Şenocak**, Temsilci, s. 196.

⁵⁰ BGH VersR 1989, 737; **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 39; **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 115; **BK/Schwintowski** §6 Rn. 211.

⁵¹ BGH, Urteil vom 14. 5. 2003 - IV ZR 166/02 (OLG Jena). **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 41; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 40; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73.

⁵² **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 41; **BK/Schwintowski** §6 Rn. 211; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 41; **Looschelders**, s. 589.

⁵³ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 41; **Looschelders**, s. 589.

⁵⁴ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 39; **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 115; **Şenocak**, Temsilci, s. 197.

⁵⁵ **MAH VersR / Höra & Schubach** §2 Rn. 364.

sıfatı için yeterli değildir⁵⁶. Bu kapsamda sigortalı eşyanın fiili kontrolü, üçüncü kişinin sigortalı eşyayı tek başına kullanması ve sigortalı eşyanın korunmasına ilişkin ekonomik bir menfaat, genellikle temsilci sıfatına işaret etmektedir⁵⁷. Riziko yönetiminin önemli kısıtlama ve çekinceler olmaksızın, temsilciye devredilmiş olması gerekir⁵⁸.

Sigorta hukuku anlamında temsilcinin riziko yönetimini üstlenmesi, rizikonun gerçekleşmesi ile sona ermez⁵⁹. Riziko yönetiminin üstlenilmesi, temsilcinin neden olduğu rizikodan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini de kapsayacaktır⁶⁰.

b. Sözleşme Yönetimi

Üçüncü kişi, temsil veya benzeri bir sözleşme kapsamında, sigorta sözleşmesinin yönetiminden sorumlu olarak, temsilci sıfatını kazanabilir⁶¹. Sözleşme yönetimi, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan hak ve/veya yükümlülükleri, üçüncü bir kişiye devretmesi anlamına gelir⁶². Sözleşme yönetimi kapsamında sigortalı menfaatin zilyetliğinin devredilmesi önemli değildir⁶³. Bu devir üçüncü kişinin sigorta ettirenin yerini alacak kadar kapsamlı ise, üçüncü kişi sigorta ettirenin temsilcisi sıfatı elde edecektir⁶⁴. Üçüncü kişinin önemli sayılmayacak hak ve/veya yükümlülükleri kullanma yetkisine sahip olması temsilcilik bakımından yeterli

değildir⁶⁵. Sözleşme yönetimi üçüncü kişiye, rizikonun gerçekleşmesinden sonraki süre için devredilse dahi temsilcilik sıfatı kazanılacaktır⁶⁶.

2. Yargı Kararlarında

Alman hukukunda üçüncü kişinin sigorta hukuku bakımından temsilci olup olmadığına ilişkin birçok karar bulunmaktadır. Bu kararlara bakıldığında, eşler ve birlikte yaşayan kişiler temsilci olarak kabul edilmemektedir⁶⁷. Aile üyesinin temsilci olarak kabul edilebilmesi için rizikoyu uzun bir süre taşıması ve sigorta ettiren adına önemsiz olmayacak derecede hareket etmesi gerekir⁶⁸. Örneğin baba, askere giden oğlunun restoranını uzun süre işletiyor ve onun adına hareket ediyorsa, baba temsilci sıfatına sahiptir⁶⁹. Kira ilişkilerinde, kiracının temsilci sıfatına sahip olmadığı kabul edilir⁷⁰. Zira kira sözleşmesi gereğince, zilyetliğin devri tek başına temsilci sayılmak için yeterli değildir. Bunun yanında ev sahibi, sigorta konusu menfaatin (ev veya işyeri) bakımını kendisi yapmaya devam etmekte olup⁷¹, riziko yönetimi tam olarak kiracıya geçmemiştir.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 10.07.1996 - IV ZR 287/95 (Köln). **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 40; **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 115; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 41; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73; **Römer**, s. 251.; **Şenocak**, Temsilci, s. 197.

⁵⁷ **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 41; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 73.

⁵⁸ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 111.

⁵⁹ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 118.

⁶⁰ **Bruck & Möller & Baumann** VVG §81 Rn. 118.

⁶¹ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 44; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 74.

⁶² **BK/Schwintowski** §6 Rn. 210; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 43; **Şenocak**, Temsilci, s. 198; **Ünan**, C. I, s. 124; **Yener**, s. 324.

⁶³ **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 44.; **Şenocak**, Temsilci, s. 198. Sözleşme yönetiminin devri, sigortalı mal üzerindeki hakimiyetten bağımsız olarak, üçüncü kişiye temsilci sıfatını kazandıracaktır. Bkz. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 40.

⁶⁴ **BK/Schwintowski** §6 Rn. 210; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 43.

⁶⁵ **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 43; **Şenocak**, Temsilci, s. 198. Sözleşme yönetiminin üçüncü kişiye bırakılan kısmının, sigorta ettiren yerine üçüncü kişinin suçlanmasına olanak verecek derecede anlamlı olmasının yeterli olduğuna ilişkin bkz. **Ünan**, C. I, s. 125.

⁶⁶ **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 43; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 74; **Knappmann**, Ulrich (1997), 'Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des VN' VersR, s. 262, 267.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 4.5.1994 - IV ZR 298/93 (Frankfurt/M.), r + s 1994, 284; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. 1. 2013 - 12 U 117/12, r+s 2013, 121. Ayrıca bkz.; **BK/Schwintowski** §6 Rn. 215; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 44; **Looschelders**, s. 589; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 76; **Wandt** Versicherungsrecht Rn. 672. Eş bakımından bkz. **Yener**, s. 325-326.

⁶⁸ **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 44.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 19-06-1991 - IV ZR 169/90 (Köln), NJW-RR 1991, 1307. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 44.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 26-04-1989 - IVa ZR 242/87 (Köln), NJW 1989, 1861. **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders** VVG §17 Rn. 70; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 45; **Looschelders**, s. 589; **Yener**, s. 326. Kiracı, sigorta konusu eşyayı zilyetliğinde bulundurduğu sürece, kiracının menfaati ile sigorta ettirenin menfaati uyuşmayabilir. Bu nedenle kiracının kasit veya ağır ihmeline ilişkin davranışlarından kaynaklanan zararın sigorta himayesi kapsamında olmasında, sigorta ettirenin korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Bkz. **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 70.

⁷¹ **Looschelders**, s. 589.

Davaya konu bir olayda baba işletmeyi oğluna devretmiş, ancak fiili olarak işletmeye devam etmiştir. Bu olayda mahkeme tarafından riziko yönetiminin babada bulunduğundan bahisle, babanın temsilci olduğuna karar verilmiştir⁷². Ancak bir işletme müdürü ve idarecisi, karar alma yetkisinin az olması nedeniyle temsilci olarak kabul edilmemiştir⁷³. Bunun yanında inşaat projelerinde şantiye şefi temsilci olarak sayılmıştır⁷⁴.

Hukuki himaye sigortası bakımından, sigortacı tarafından görevlendirilen avukatın, sigorta ettirenin temsilcisi olup olmadığı noktasında yargı kararları bakımından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından verilen eski tarihli bir kararda görevlendirilen avukat bakımından sigorta ettirenin temsilcisi olduğu belirtilmişken⁷⁵, Alman Federal Mahkemesi'nin yeni tarihli kararında avukatın sigorta ettirenin temsilcisi olmadığı belirtilmiştir⁷⁶. Temsilci olmadığını belirten kararın gerekçesine göre, hukuki himaye sigortası, mal sigortalarında olduğu gibi rizikonun yönetimi ile ilgili değildir. Sözleşme yönetimi açısından bakıldığında ise, avukata, sigorta ilişkisinin kapsamlı bir yönetimi devredilmemekte, sadece münferit bir olay için temsil yetkisi verilmektedir.

Evlilik nedeniyle bir eşin, diğer eşin malları üzerinde sadece koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olması, eşi temsilci yapmayacaktır⁷⁷.

Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, kara araçları kasko sigortası bakımından, ticari temsilcinin, sigorta ettirenin temsilcisi olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁸. Mahkeme, burada

ticari temsilci ile sigorta ettiren arasında, aracın kullanımına ilişkin yapılan sözleşmeden hareket ederek sonuca varmıştır. Sözleşmeye göre, ticari temsilcinin, aracın işletme ve trafik güvenliğinden sorumlu olması, aracı muayenesine zamanında götürmesi, aracı dikkatli sürmesi ve bakımını zamanında yaptırması, lastiklerin dış derinliğini ve genel durumunu kontrol etmesi şeklinde yükümlülükleri bulunmaktadır. Mahkeme, bu yükümlülükleri dikkate alarak, ticari temsilcinin, sigorta ettiren adına önemsiz olmayacak derecede hareket ettiğini ve sigorta ettirenin temsilcisi olduğunu kabul etmiştir. Acente bakımından da benzer esaslar belirtilerek, acentenin aracın bakımı ve trafik güvenliğinden sorumlu tutulması nedeniyle, sigorta ettirenin temsilcisi olduğu belirtilmiştir⁷⁹.

Sonuç olarak Alman hukukunda yargı kararlarına bakıldığında, sigorta hukukuna özgü temsilci kavramının ortak bir tanımının yapıldığı görülmektedir. Bu tanımdan hareketle her somut olay bakımından üçüncü kişiye riziko veya sözleşme yönetiminin devredilip devredilmediği incelenmiştir. Söz konusu inceleme yapılırken, üçüncü kişinin sigortalı mal üzerindeki durumu dikkate alınmıştır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA SİGORTA ETTİREN VE SİGORTALININ HUKUKEN FİİLLERİNDE SORUMLU KİŞİLERİN TESPİTİ

A. HUKUKEN FİİLİNDEN SORUMLU KİŞİLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. 865 Sayılı Mülga Ticaret Kanunu'nda

865 sayılı mülga Ticaret Kanunu m. 953'e göre, *"Hilafı meşrut olmadığı surette sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan intifai meşrut olan kimsenin veya hukukan efalinden mesul bulunduğu eşhasın kusurlarından mütevellit hasaratı zamin olur. Fakat hiç bir halde sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan intifai meşrut olan kimsenin hilesinden veya hilafı mukavelede musarrah değilse sigorta edilen malın ayıbından mütevellit hasarı tazmine mecbur olmaz."* Anılan hükmün birinci cümlesinde geçen *"hukukan efalinden mesul bulunduğu eşhasın"* ifadesi, hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişileri belirtmektedir. Mevcut TTK

⁷² OLG Köln, Urteil vom 21. 2. 1995 - 9 U 108/94. Bkz. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 46; **Wandt** Versicherungsrecht Rn. 672.

⁷³ BGH, Urteil vom 25-03-1992 - IV ZR 17/91 (Bremen), BGH VersR 1992, 865. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 46.

⁷⁴ OLG Celle, Urteil vom 18.03.1999 - 8 U 48/98, BeckRS 2009, 9056. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 46.

⁷⁵ OLG Hamm, Urteil vom 13.05.1983 - 20 W 90/82, VersR 1984, 31. Ayrıca bkz. **MüKoBGB/Grundmann** BGB §278 Rn. 11.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 14. 8. 2019 - IV ZR 279/17 (LG Heilbronn), NJW 2019, 3582, 3586. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 47.

⁷⁷ BGH Urteil Vom 08.02.1965 - II ZR 171/62, Düsseldorf, VersR 1965, 425, 429. **BK/Schwintowski** §6 Rn. 215; **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 41.

⁷⁸ BGH, Urteil vom 10-07-1996 - IV ZR 287/95 (Köln), NJW 1996, 2935, 2936.

⁷⁹ OLG Frankfurt Urteil vom 27.7.1994 - 17 U 259/93, BeckRS 2008, 16153. Leasing sözleşmesinden leasing alan kişi temsilci sıfatına sahiptir. Bkz. **Langheid & Rixecker & Rixecker** VVG §28 Rn. 48.

m. 1429 hükmünün ilk cümlesi ile 865 sayılı TK m. 953'ün ilk cümlesi karşılaştırıldığında, hükümlerin benzer olduğu görülmektedir. Dolayısıyla TTK m. 1429/1 hükmünün ve hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler ibaresinin kökeninin mülga 865 sayılı TK m. 953 olduğu ifade edilebilir⁸⁰.

2. 6762 Sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda

6762 Sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1278 hükmünün ilk cümlesine göre, "*Mukavelede aksine hüküm olmadıkça sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin yahut fiillerinden hukuken mesul buldukları kimselerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile mükelleftir. Fakat hiçbir halde sigortacı sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kasdından veya aksi mukavelede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarları tazmine mecbur olmaz.*" 6762 sayılı mülga TK m. 1264/3 gereğince, 1278'inci maddenin ikinci cümlesine aykırı sözleşme şartları geçersiz sayılacaktır. Ancak mülga TK m. 1278 hükmünün ilk cümlesinde de açıkça belirtildiği üzere, taraflar aksini kararlaştırabileceklerdir⁸¹. Dolayısıyla mülga TK m. 1278 kapsamında, tarafların sözleşmede öngörmesi şartıyla, sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimse ile bunların fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kusurlarından doğan hasarları tazmin ile yükümlü olmayacaktır.

Mülga TK döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, müstahdemnin kasti fiillerinden doğan zararların sigortayla teminat alınıp alınmayacağına ilişkin TK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır⁸². Ancak

mülga TK m. 1278 kapsamında müstahdemlerin hukuken fiillerinden sorumlu kişiler kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu durumda müstahdemnin kastından dolayı riziko gerçekleşmişse, sigortacının zararı tazmin borcu olmayacaktır.

3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda

TTK m. 1429/1 hükmüne göre ise, "*Sigortacı, aksine sözleşme yoksa, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez*"⁸³. Anılan hüküm esasında 6762 sayılı TK m. 1278 hükmüne benzer olup, sadece birtakım değişiklikler yapılmıştır. Nitekim hükmün gerekçesinde de temelde 6762 sayılı TK m. 1278'nin korunduğu belirtilmiştir. TTK m. 1429'da, 6762 sayılı TK m. 1278 hükmünden farklı olarak iki değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden birincisi, 6762 sayılı TK m. 1278'te yer alan "*sigortadan faydalanan*" ifadesi, sigorta terminolojisine uygun olarak "*sigortalı ve lehtar*" olarak değiştirilmiştir. İkinci olarak ise, mülga TK m. 1278'in ikinci fıkrasında, sigortacı,

⁸⁰ 865 sayılı mülga TK m. 953 hükmünün hazırlanmasında, Belçika TK m. 16 ve 18, İtalya TK m. 434/2 ve Portekiz TK m. 437/1-2 hükümlerinin dikkate alındığına ilişkin bkz. **Atamer**, s. 81; **Atamer**, Kerim & **Tosun**, Yalçın (2002), 'Sigorta Hukuku'na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç) Sigorta Hukuku Dergisi, S: 1, s. 143.

⁸¹ Bu husus HGK kararında da açıkça belirtilmiştir. "... bu hüküm, sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından kaynaklanmamış olması şartıyla; sigorta ettirenin veya sigortadan faydalananın veya eylemlerinden bu ikisinin hukuken sorumlu olduğu kişilerin kusurlarından doğan hasarların da sigortacı tarafından tazmin edileceğini öngörmekte; ancak, tarafların bunun tersini öngören sözleşme yapabileceklerini belirtmektedir. Dava dışı sigortalı ile davacı sigortacı şirket arasındaki sözleşmede, tersine bir hüküm bulunmadığı çekışmesizdir." HGK., E. 2008/299 K. 2008/302 T. 09.04.2008 (Lexpera).

⁸² **Bozer**, Ali (1965) Sigorta Hukuku, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, s. 258, dn. 2. Ayrıca bkz. **Can**, Mertol (2009) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Ankara, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, s. 42, dn. 95.

⁸³ 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda TTK m. 1429 hükmünün karşılığı, tasarının 1407'üncü maddesinde yer almıştır. Bunun nedeni tasarının ilk halinde "*Sorumluluğun sınırlanması ve petrol kirliliği zararının tazmini*"ne ilişkin TTK m. 1328-1349 hükümlerinin tasarıda yer almamasıdır. Bkz. **Kendigelen**, Abuzer (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Baskı, On İki Levha, s. 4. Tasarının ilk halinde hüküm şu şekildedir; "*Aksine sözleşme yoksa, sigortacı, sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların eylemlerinden hukuken sorumlu buldukları kişilerin kusurlarından doğan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların eylemlerinden hukuken sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebebiyet verdikleri takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı muhafaza eder*". Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara 2005, s. 306-307. Taslak üzerinde alt komisyonca değişiklikler yapılmış ve tasarıdaki "*kusur*" ibaresi "*ihmal*", "*eylem*" ibaresi "*fiil*", "*muhafaza eder*" ibaresi ise "*geri vermez*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi kusur kelimesinin ihmal olarak değiştirilmesidir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda, Alt Komisyonca, Tasarının 1429'uncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "*kusur*" ibaresinin "*ihmal*" şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir. Yapılan değişiklik Adalet Komisyonunca da kabul edilmiştir.

sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimsenin kastından veya aksi sözleşmede yazılı değilse sigorta edilen malın ayıbından doğan hasarlardan sorumlu olacağı düzenlenmişken, TTK m. 1429/1 hükmünde sayılan kişilere ek olarak sigortacı ve sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerde eklenmiştir. TTK m. 1452/1 gereğince, TTK m. 1429'uncu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı sözleşmeler geçersizdir. Buna göre sigorta ettirenin veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olmuşlarsa, sigortacının sorumlu olacağına ve aldığı primleri gereği vereceğine ilişkin yapılan bir sözleşme tamamen geçersiz olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, 6762 sayılı mülga TK m. 1278 hükmünün ikinci cümlesine aykırı sözleşme şartları geçersiz sayılmıştı. Mevcut TTK'da ise, değişiklik yapılmış ve TTK m. 1429/1 hükmünün ikinci cümlesine aykırı sözleşmenin tamamı geçersiz sayılmıştır. Kanun koyucunun neden böyle bir tercih yaptığını ilişkin madde gerekçesinde açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu kanun koyucunun bilinçli bir tercihi değildir. Esasında sigorta sözleşmesinin tamamını geçersiz kılmak yerine, ilgili sözleşme şartının geçersiz kılınması daha isabetli olacaktır.

TTK m. 1429/1 hükmü, hukuken fiilinden sorumlu olan kişiler bakımından kendi içerisinde çelişki barındırmaktadır⁸⁴. Zira anılan hükmün ilk cümlesi gereğince aksine sözleşme yoksa, hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin ihmalden sigortacı sorumlu olacaktır. Bu hükmün aksinin kararlaştırılması durumunda hukuken fiillerinden sorumlu kişiler ihmal ile rizikoyu gerçekleştirmişlerse, sigortacı sorumlu olmayacaktır. Anılan hükmün ikinci cümlesine göre ise, hukuken fiillerinden sorumlu kişiler, tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla, rizikoyu kasten gerçekleştirmişlerse, sigortacı sorumluluğu bulunmayacaktır. Hüküm TTK m. 1452/1 gereğince mutlak emredici nitelikte olduğundan, hukuken fiillerinden sorumlu kişiler, tazminat ödenmesi dışında başka bir amaçla, rizikoyu kasten gerçekleştirmişlerse sigortacının sorumlu olmayacağı kararlaştırılamayacaktır. Dolayısıyla hukuken fiilinden sorumlu kişilerin ihmali durumunda sigortacının sorumlu tutulmaması

mümkün iken; bu kişilerin tazminat ödenmesi amacı dışında, rizikoyu kasıtlı gerçekleştirmeleri halinde, sigortacının sorumlu olmaması mümkün değildir. İhmalden daha ağır bir durum olan kasıt hâlinde sigortacının sorumlu tutulmaması, hükmün kendi içerisinde tutarsız olduğunu göstermektedir.

4. Sigorta Genel Şartlarında

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan sigorta genel şartlarında, üçüncü kişinin davranışını sigorta ettirenin davranışı olarak kabul eden düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Kara Araçları Kaso Sigortası Genel Şartlarının A.5-6. maddesine göre, "Araca, sigortalı veya fiillerinden sorumlu bulunduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından kasten verilen zararlar ile sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kimseler veya birlikte yaşadığı kişiler tarafından sigortalı aracın kaçırılması veya çalınması nedeniyle meydana gelen zararlar" teminat kapsamı dışındadır. Hükümde sigortalının fiillerinden sorumlu kişiler ile birlikte yaşadığı kişilerin davranışına sonuç bağlanmıştır⁸⁵. Hırsızlık Sigortası Genel Şartları A.5.4 hükmünde "sigortalıyla birlikte yaşayan veya birlikte oturan kimseler tarafından yapılan hırsızlık ve tahribat"ın teminat kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir. Makina Kırılması Sigortası Genel Şartları m. 3/k hükmünde, sigortalının veya onun yerine kaim olan sorumlu kişinin kastı ve ayrıca sözleşme varsa ağır kusuru teminat kapsamı dışında sayılmıştır. Görüldüğü üzere hukuken fiillerinden sorumlu kişiler açık bir şekilde tespit edilmediğinden genel şartlarda bu kişilere ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

B. HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU KİŞİLERE İLİŞKİN ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

Türk hukukunda TTK m. 1429/1'de geçen hukuken fiillerinden sorumlu kişiler farklı şekillerde yorumlanmıştır. *Atabek'e* göre, ev reisi, kısıtlı yahut akıl sağlığı ile malul olan kimse; işveren, istihdam ettiği kişinin hizmet esnasında gerçekleştirdiği zarar doğuran fiillerinden sorumlu tutulmuştur. Buradan hareketle kanunen başkasının fiilinden sorumlu tutulan kişi, sigorta

⁸⁴ Ünán, C. I, s. 304.

⁸⁵ Genel şartlardaki bu hükmün geçerli olduğuna ilişkin bkz. "Aracın sigortalının birlikte yaşadığı kişilerce çalınması ya da kaçırılması nedeniyle oluşacak zararlar yönünden yasa da açıkça bir düzenleme bulunmadığından Genel Şartlardaki bu düzenlemenin yasaya aykırılığından da söz edilemez." Y. 17. HD, T: 25.05.2010, E: 2009/7005, K: 2010/4781 (Lexpera).

sözleşmesiyle malvarlığını bu gibi tehlikelere karşı koruyabilecektir. Nitekim bu görüş gereğince 865 sayılı mülga TK m. 953'ün kapsamına kanunen başkasının fiillerinden sorumlu olan kişiler girmektedir⁸⁶.

Can'a göre, sigorta ettiren ve sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilere bunların müstahdemlerinin veya ifa yardımcılarının yahut aile bireylerinin davranışları örnek olarak gösterilebilecektir⁸⁷.

Çakır'a göre, üçüncü kişilerin hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu kişi ile sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar arasında yakın bir bağ ve/veya bağımlı bir ilişkinin olması gerekir. Bu ilişkinin sağlanabilmesi için tek bir ifade kullanılmalı ve yeknesaklığı sağlamak için bu kavram temsilci olarak kabul edilmelidir⁸⁸.

*Küçük*e göre, 1429/1 hükmünün amacı ile çelişeceği için, hukuken fiilinden sorumlu kişiler, TTK m. 1412'de bahsedilen temsilci kavramı bağlamında değerlendirilemeyecektir. Aksi hâlde riziko, kiracılar gibi sigortalının davranışları üzerinde kontrol ve bilgisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilirse, sigortacının sorumluluğu doğacaktır. TTK m. 1429/1 hükmünde hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin, “*fiili sigorta ettiren veya sigortalının fiili gibi kabul edilebilecek kadar sigorta ettiren veya sigortalıyla yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde bulunan kişi ve çalışanlar*” şeklinde ifade edilmesi isabetli olacaktır. Hükümde bahsedilen kişilerin kapsamı ise öğreti ve yargı kararları ile belirlenmelidir⁸⁹.

Orbay Ortaç'a göre, TTK m. 1429 hükmünde bahsedilen hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler ifadesine ek olarak “*aynı çatı altında beraber yaşayan kimseler*” veya bu iki ifadeyi de kapsayacak şekilde “*temsil veya benzeri bir hukuki ilişki sebebi ile sigorta ettiren veya sigortalı yerine kaim olan (geçen) kişiler*” ifadesine yer verilmesi isabetli olacaktır⁹⁰.

⁸⁶ **Atabek**, Reşat (1950) Sigorta Hukuku, İstanbul, Duygu Matbaası, s. 126-127. Benzer yönde bkz. **Doğanay**, İsmail (2004) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 3, İstanbul, 4. Baskı, Beta, s. 3269.

⁸⁷ **Can**, 2009, s. 41; **Can**, Mertol (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I, Ankara, Adalet, s. 58. Aynı yönde bkz. **Günay**, M. Barış (2022) Sigorta Hukuku, Ankara, 4. Baskı, Seçkin, s. 105.

⁸⁸ **Çakır**, s. 281.

⁸⁹ **Küçük**, s. 53-54.

⁹⁰ **Orbay Ortaç**, s. 81, 109.

Şenocak, TTK m. 1412 kapsamında temsilcinin geniş yorumlanması gerektiğini ve temsilcinin sigortalı rizikonun ait olduğu iş alanında temsil veya benzeri bir ilişki uyarınca sigorta ettirenin yerine geçen kişi olduğunu belirtmiştir. Nitekim yazara göre, bu kişiler riziko veya sözleşmenin yönetimi bakımından bir nevi sigorta ettirenin dublörüdür⁹¹.

Ünan, hukuken fiillerinden sorumlu olma ifadesinin yerine, sigorta hukukuna özgü temsilci kavramının kullanılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Sadece sözleşmenin kurulması amacıyla verilmiş olan alışılmış anlamdaki temsilci değil, sigorta hukukuna özgü temsilci de TTK kapsamında sayılmalıdır. Bu nedenle TTK'da temsilci ana hatlarıyla tanımlanmalıdır. Yazara göre, hukuken fiillerinden sorumlu olma kavramı ifa yardımcıları kapsmalıdır⁹².

Öğretide hukuken fiilinden sorumlu kişiler kapsamında değerlendirilmemesi gereken kişiler bakımından da tespit yapılmıştır. Örneğin, mesleki mali sorumluluk sigortasında, noter yanında çalışan kişilerin tazminat ödenmesi amacıyla kasten vermiş oldukları zararlardan dolayı, noter çalışanları, TTK m. 1429/1 kapsamında sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişiler kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumda notere yöneltilen tazminat taleplerinden sigortacı sorumlu olmayacaktır. Bir görüşe göre, noter çalışanlarının tazminat ödenmesi amacıyla, rizikoyu kasten gerçekleştirmeleri hâlinde, notere yöneltilen tazminat taleplerinin sigorta kapsamı dışında tutulması isabetli değildir⁹³.

⁹¹ **Şenocak**, Temsilci, s. 194.

⁹² **Ünan**, C. I, s. 125, 299-300. Yazar, TTK m. 1477'ye ilişkin yaptığı açıklamalarında TTK m. 1429 hükmüne değinmiş ve sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişilere dair bir örnek vermiştir. Sigorta ettirenin çalıştırdığı güvenlik görevlisi, bir ziyaretçiyi, güvenlik konusu nedeniyle çıkan tartışma yüzünden kasten yaralıyor. TTK m. 1429/1'in ikinci cümlesine göre, sigortacının sorumluluktan kurtulabilmesi için, sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu olan kişi, rizikoyu, sigorta tazminatının ödenmesi amacıyla kasten gerçekleştirmelidir. Bu noktada sigorta ettirenin güvenlik görevlisinin de hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında olduğu ifade edilebilir. Bkz. **Ünan**, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul, On İki Levha, s. 343.

⁹³ **Kurt**, Leyla Müjde (2014), 'Noterlerin Hukuki Sorumluluğu' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 18, s. 112. Yazara göre, “*noterlik çalışanının kasıtlı fiilinden ötürü noterin sigorta kapsamı dışında tutulması adil olmayan, teminatın amacına aykırı bir düzenlemedir*”.

C. HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU KİŞİLERE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

TTK m. 1429 hükmünden geçen fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin tespiti bakımından Yargıtay tarafından farklı yönde kararlar verilmiştir. Hukuken fiilinden sorumlu olan kişilere ilişkin kararların büyük çoğunluğu, kara araçları kasko sigortasına ilişkin olmakla beraber, mali sorumluluk sigortası ve makine kırılması sigortasına ilişkin kararlara da rastlanılmaktadır. Hukuken fiillerinden sorumlu kişilere, kasko sigortasında sıklıkla karşılaşılanın nedeni halefiyete dayalı rücu davasıdır⁹⁴. Gerçekten kasko sigortasında halefiyete dayalı rücu davasında, öncelikle hukuken fiillerinden sorumlu olan kişiler tespit edilmiş ve sigortacının bu kişilere karşı rücu hakkını kullanamayacağı belirtilmiştir.

Yargıtay'ın kasko sigortasında sigorta ettirenin veya sigortalının rızasını, fiillerinden sorumlu kişilerin tespiti için belirleyici kıstas olarak aradığı kararları olduğu gibi aksi yöndeki kararları da mevcuttur. Öğretide kasko sigortası bakımından verilen kararlar bakımından 2012 öncesi ve sonrası ayrımı yapılmıştır⁹⁵. Zira kararlara bakıldığında 2012 yılından önceki kararlarda her somut olayda, rızanın arandığı, 2012 sonrası kararlarda ise, çoğunlukla rızaya bakılmadığı görülmektedir. Bu nedenle sigorta ettirenin/sigortalının rızasının dikkate alındığı veya alınmadığı kararlar ayrı başlık altında ele alınmıştır.

1. Rıza Kıstasının Arandığı Kararlar

Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde, eski tarihlerden itibaren kara araçları kasko sigortasında rıza kıstasının arandığı görülmektedir. Hukuk genel kurulu tarafından verilen bir kararda, sigortalı otomobil, sigorta şirketi tarafından K3'e

geçici olarak kullanılıp iade edilmek üzere teslim edilmiştir. K3, il dışına çıkacağından, muhafaza ve dönüşünde kendisine teslim etmesi için anahtarları ve ruhsatıyla birlikte aracı K2'ye teslim etmiştir. K2 aracın anahtarlarını işyerindeki çekmecesine koymuş ve araç, işyerine gelip giden, K2'nin de uzaktan akrabası olan K4 tarafından çalınmıştır. HGK bu durumda sigortalı şirket ve K2 arasında ariyet, K2 ile K3 arasında ise vedia sözleşmesi bulunduğunu belirtmiş ve her iki sözleşme çerçevesinde sigortalı şirketin aracı kendi rızası ile muvafakatiyle vermiş olduğundan bahisle, K2 ile K3'ün mülga TK m. 1278'e göre sigortalının fiillerinden sorumlu kişiler kapsamında olduğunu değerlendirmiştir⁹⁶. Benzer şekilde sigorta ettirenin çalışanı tarafından geçici süreyle, davalı şirket görevlisine teslim edilen aracın çalınması sonucunda, davalı şirket görevlisi mülga TTK m. 1278 kapsamında sigortalının fiillerinden sorumlu kişi olarak kabul edilmiştir⁹⁷. Nitekim Yargıtay tarafından verilen kararlarda kara araçları kas-

⁹⁶ "... hukuksal nitelikçe, dava dışı sigortalı ile davalılardan K3 arasında ariyet (Borçlar Kanunu madde 299 ve izleyen maddeler); davalı K3 ile davalı K2 arasında ise vedia (Borçlar Kanunu madde 464 ve izleyen maddeler) sözleşmesi bulunmaktadır. Eş söyleyişle, sigortalanan araç, sigortalı ile davalı K3 arasındaki ariyet sözleşmesi çerçevesinde bu davalıya verilmiş, bilahare davalılar arasındaki vedia sözleşmesiyle bir sokağa park edilmiş ve oradan dava dışı K4 tarafından çalınmıştır. Ariyet veren durumundaki dava dışı sigortalının, aracı davalı K3'a kendi rızası ve muvafakatiyle verdiği kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Aksi iddia ve ispat edilmediğine göre, somut olayda, davalılar arasındaki vedia sözleşmesinin de sigortalının rıza ve muvafakatiyle yapılmış olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, dava dışı kişi tarafından çalındığı anda davalılardan K2'nin hukuki ve fiili sorumluluğu altında bulunan aracın, çalınma anındaki konumu, dava dışı sigortalının bilgisi ve muvafakati dahilindedir ve bu nedenle de, davalılar, aşağıda değinilen Türk Ticaret Kanunu'nun 1278. maddesi anlamında 'sigortalının fiillerinden sorumlu bulunduğu kişiler' durumundadır.". HGK., T: 09.04.2008 E: 2008/299, K: 2008/302 (Lexpera).

⁹⁴ TTK m. 1429 ve 1472 arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi açısından bkz. **Damar**, Cahit (2022) Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı, Ankara, Seçkin, s. 205 vd.; **Kızılsümer**, Bahar (2019) Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha, s. 117 vd.; **Sopacı Öztuna**, Birgül (2012), 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi', BATİDER, S: 3, C: 28, s. 137; **Taşdemir**, Oğuzhan (2022) Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu, Ankara, Adalet, s. 56 vd.; **Yazıcıoğlu**, Emine (2017), 'TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 16, s. 347-348.

⁹⁵ **Küçük**, s. 43 vd.

⁹⁷ "... dava dışı sigorta ettirenin çalışanı tarafından geçici bir süre muhafaza edilmesi için davalı şirket görevlisine teslim edilen aracın çalınması ile sonuçlanan süreçte, dava dışı sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu davalının Türk Ticaret Kanunu'nun 1278 maddesi anlamında kasdi davranışlarından söz edilmesine hukuken olanak yoktur ve esasen böyle bir iddia davacı tarafından dahi ileri sürülmemiştir. Yine, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5-6. maddesinde belirtilen ve zararın teminat dışında kalmasını gerektiren hallerin de somut olayda söz konusu olmadığı açıktır. O halde, davacı sigortacının, sigortalanan araçta oluşan hasar nedeniyle dava dışı sigortalısına ödediği sigorta tazminatını davalıya rücu etmesine hukuken olanak bulunmamaktadır." Y. 17. HD., T: 30.10.2008, E: 1813, K: 4960 (**Moroğlu**, Erdoğan & **Kendigelen**, Abuzer (2014) İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 10. Baskı, On İki Levha, s. 995).

ko sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin onayı ile sigortalı aracı kullanan kimsenin, hukuken fiillerinden sorumlu kişi olduğu kabul edilmiştir⁹⁸.

Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda, sigorta ettiren, kasko sigortalı aracını, hastanenin otopark görevlisine vermiş; otopark görevlisinin bulunmadığı bir zamanda güvenlik görevlisi aracı çekmek isterken riziko gerçekleşmiştir. Bu olayda güvenlik görevlisi sigorta ettirenin fiillerinden sorumlu kişi olarak belirtilmiştir⁹⁹. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Zira hem olayda hukuken fiillerinden sorumlu olan kişi söz konusu değil hem de rıza kıstası aransa dahi, aracın güvenlik görevlisine teslim edilmesinde rıza bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili kararda güvenlik görevlisi, TTK m. 1429/1 anlamında sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu kişiler kapsamında değildir.

Tüzel kişiler, TTK m. 1429/1 anlamında hukuken fiillerinden sorumlu kişiler arasında yer alabilir. Davaya konu bir olayda sigorta ettiren A Anonim

Şirketi tarafından kasko sigortalı bir araç, B Anonim Şirketine kiralanmıştır. Yargıtay tarafından verilen kararda, sigorta ettirenin rızası ile aracı kullanan B Anonim Şirketinin kusurundan kaynaklanan zararları sigortacının ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰.

2. Rıza Kıstasının Aranmadığı Kararlar

Yargıtay tarafından 2012 yılından sonra verilen kararlarda, çoğunlukla, hukuken fiillerinden sorumlu kişiler bakımından rıza kıstası aranmamıştır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, iş makinesi, kiralama sözleşmesi yapılarak, sigorta ettiren A şirketinin rızası ile B şirketine kiralanmıştır. İş makinesi B şirketinin kullanımında iken hasar görmüş ve sigorta şirketi, sigorta ettiren kişiye sigorta tazminatını ödemiştir. Sigorta şirketi, B sigorta şirketine, rizikonun kendisinin kullanımında meydana geldiğini belirterek rücu tahsil amacıyla dava açmıştır. Olayda ilk derece mahkemesi tarafından "sigorta ettirenin oluru ile davalıya kiralanarak aracın, davalı kiracının yanında çalıştırdığı kişi tarafından kullanılma eylemini sigorta ettirenin eyleminin dışında mütalaa etmek ve bu kimseyi üçüncü kişi olarak kabul etme olanağının bulunmadığı, aksine yorumun sigortanın amacına ve TTK'nun 1278'inci maddesi hükmüne aykırı düşeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir". Ancak bu karar Yargıtay tarafından bozulmuş ve B sigorta şirketinin, sigorta ettirenin ifa yardımcısı olmadığını ve sigortacının da davalıya rücu imkanı bulunduğunu belirtmiştir¹⁰¹. Yargıtay'ın rücu tahsile ilişkin diğer bir kararında, sigorta ettiren, kasko sigortalı aracını onarım için tamirhaneye bırakmış ve araç, tamirhane çalışanının kullanımı sırasında hasara uğramıştır. Bu olayda tamirhane çalışanının, hukuken fiillerinden sorumlu olup ol-

⁹⁸ "... davacı sigortacının (kasko sigorta) TTK'nun 1278. maddesi hükmü uyarınca sadece sigorta ettiren değil, sigortadan faydalanan kimsenin yahut eylemlerinden hukuken sorumlu oldukları kimselerin kusurlu davranışlarından kaynaklanan ve araçta meydana gelen hasar ve ziyat da karşılamakla yükümlüdür. Bir başka anlatımla, sigorta ettirenin onayı ile sigortalı malı kullanan kimsenin kasıt dışında hata ve kusuru ile dava konusu mala zarar vermesi halinde dahi malın sigorta ettirene bedelini ödeyen sigortacının, zarara neden olan kişiye karşı rücu davasını açmasına hukuken olanak bulunmamaktadır." Y. 3. HD., T: 10.06.1992, E: 1992/1204, K: 1992/12050 (Legalbank); "Diğer taraftan, kasko sigortasında, sigorta ettirenin oluru ile otomobili kullanan kişinin eylemini sigorta ettirenin dışında mütalaa etmek ve bu kimseyi 3 ncü kişi olarak kabul etme olanağı da yoktur." Özel Daire, T. 03.03.1980, 1980/1171-979 sayılı kararı **Ulaş**, s. 582; Hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin tespitinde sigorta ettirenin rızasının arandığı diğer kararlar için bkz. Y. 17. HD., T: 13.02.2012, E: 2011/6870, K: 2012/1470 (Lexpera); Y. 17. HD., T: 24.11.2008, E: 2008/4291, K: 2008/5466 (Lexpera); Y. 17. HD., T: 14.07.2008, E: 2008/920, K: 2008/3940 (Lexpera); Y. 11. HD, T: 28.01.2008, E: 2006/13862, K: 2008/659 (Lexpera); Y. 11. HD, T: 30.11.2006, E: 2005/12444, K: 2006/12592 (Hukuktürk); Y.11.HD., T: 25.2.1980, E: 80/1087, K: 921 (**Başbuğoğlu**, Tarık (1988) Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, 2. Cilt, Deniz Ticareti-Sigorta Hukuku, Ankara, Özkan Matbaacılık, s. 1723.

⁹⁹ "Somut olayda, davaya konu kaza, davacının sigortalısı olan dava dışı B. Q'nın anahtarını vermek suretiyle aracını teslim ettiği hastaneye ait park yerinde, güvenlik görevlisinin aracı çekmek istediği sırada gerçekleşmiş olup, yukarıda belirtilen yasa maddesi gereğince davalı K. N'nun eyleminden dava dışı sigortalının sorumlu olduğu kabul edilmelidir." Y. 17. HD., T: 06.11.2012, E: 2012/5588, K: 2012/12148 (**Ünan**, Samim (2020) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. VI, Yargı Kararları, İstanbul, On İki Levha, s. 208 vd.).

¹⁰⁰ "O halde sigorta ettirenin rızası ile araç kullanan F2 A.Ş'nin kusurundan kaynaklanan zararlarında sigortacı ödemekle yükümlüdür." Y. 17. HD., T: 01.05.2008, E: 2007/5661, K: 2008/2246 (Lexpera).

¹⁰¹ "Davalı, hasar gören iş makinesini sigorta ettirenden kiralamış olup makinenin davalının kullanımında iken hasar gördüğü uyuşmazlık dışıdır. Bu itibarla davalının sigorta ettirenin ifa yardımcısı olduğundan söz etmek mümkün olmayıp mal sahibi zarar gördüğünde davalıya başvurabileceği gibi hasar bedelini hak sahibine ödeyen sigortacının da davalıya rücu imkanı bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemenin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden kararın bozulması gerekmektedir." Y. 11. HD., T: 15.12.2014, E: 2014/13341, K: 2014/19806 (Lexpera).

madığına değinilmemiş, sigorta şirketinin bu çalışana rücu edebileceği belirtilmiştir¹⁰². Ancak bu karar oy çokluğu ile alınmış ve karşı oy yazısı yazılmıştır. Karşı oy yazısına göre, "... Öte yandan kasko sigortasında sigorta ettirenin izni ile aracı kullanan kişinin eylemini sigorta ettirenin dışında mütala etmek ve bu kimseyi üçüncü kişi olarak kabul etme imkanı yoktur"¹⁰³. Benzer şekilde makine kırılması sigortasında, iş makinesinin, sigortalının kiracısının kullanımında iken hasarlanmasına dair olayda, kiracı hukuken fiillerinden sorumlu kişi olarak belirtilmemiş, ancak karşı oy yazısında TTK m. 1429 hükmüne ilişkin bilgi verilmiştir¹⁰⁴.

Yargıtay tarafından tekne sigortasına ilişkin verilen bir kararda gemi kaptanı, sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu kişi olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁵. Anılan kararda gemi kaptanının, hukuken fiillerinden sorumlu kişi olup olmadığına ilişkin herhangi bir kistas belirtilmemiş ve TTK m. 1429 hükmü uygulanmıştır.

Mali mesuliyet sigortasına ilişkin verilen bir kararda, üçüncü kişinin sigorta ettirenin çalışanı olduğunun tespit edilmesi durumunda, sigortacının

ödemiş olduğu tazminatı üçüncü kişiye rücu edemeyeceğine hükmetmiştir¹⁰⁶. Kararda açıkça belirtilmemiş olsa da, üçüncü kişiye rücu edilemeyecek olmasından hareketle, sigorta ettirenin çalışanı, sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu kişisi olarak görülmüştür.

Hukuk Genel Kurulu'nda görülen bir davada, sigortalı araç sahibi bir lokantaya gelmiş ve aracını lokantanın hakimiyet alanı içerisinde olan otoparka bırakılması için otopark görevlisine teslim etmiştir. Araç teslim edildikten 45 dakika sonra otopark görevlisinin kusuru nedeniyle çalınmıştır. Sigorta şirketi, araç sahibine sigorta tazminatını ödemiş ve söz konusu lokantayı işleten kişiden rücu tahsil etmek istemiştir. İlk derece mahkemesi tarafından, "sigortalı araç sahibinin aracı kendi rızası ile otopark görevlisi davalıya teslimi ile taraflar arasında vedia sözleşmesi kurulmuş olsa da, aracın çalındığı anda otopark görevlisi davalı ...ün fiili sorumluluğu altında olduğundan adı geçen davalı, dava dışı sigortalının "sigortalının fiillerinden sorumlu bulunduğu kişiler" konumunda olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir". Hukuk Genel Kurulu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun vedia sözleşmesine ilişkin hükümlerine ve istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin m. 55 hükmüne atıf yaparak, araç sahibinin, aracın otopark görevlisine teslim edilmesinde rızasının olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. HGK, bu olayda aracın sigortalının rızası ile bırakıldığından hareketle otopark görevlisinin, sigortalının fiilinden sorumlu kişi olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş sunulduğunu, ancak bu görüşün oy çoğunluğuyla kabul edilmediğine ve mahkemenin kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁰⁷. Özet olarak

¹⁰² Y. 17. HD., T: 01.07.2014, E: 2014/12585, K: 2014/10353 (Lexpera).

¹⁰³ Bkz. Y. 17. HD., T: 01.07.2014, E: 2014/12585, K: 2014/10353 sayılı kararın karşı oy yazısı (Lexpera). Bu yönde karşı oyların bulunduğu kararlar için bkz. Y. 17. HD., T: 06.05.2013, E: 2013/1209, K: 2013/6355 (Lexpera); Y. 17. HD., T: 29.01.2013, E: 2012/9462, K: 2013/772 (Lexpera); Y. 17. HD., T: 08.10.2012, E: 2012/6666, K: 2012/10720 (Lexpera).

¹⁰⁴ Karşı oy yazısı için bkz. "Dava dışı sigortalının, aracı davalı kiracıya kendi rıza ve muvafakati ile verdiği kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Aksi iddia ve ispat edilmediğine göre somut olayda kira sözleşmesinin sigortalının rıza ve muvafakati ile yapılmış olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenlerle davalılar, TTK m. 1429 maddesinde ifade edilen "sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu buldukları" kişi durumundadırlar." Y. 11. HD., T: 22.01.2018, E: 13646, K: 501 (Eriş, Gönen (2020) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 511-512, dn. 449).

¹⁰⁵ "... sigortalının zararın artmasına sebebiyet veren bir eylemi var ise, TTK'nın 1448. maddesi uyarınca tazminat miktarından indirim yapılması gerekmekte iken, 1429. madde uyarınca gemi kaptanının sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu bulunduğu kişiler arasında yer aldığı, kaptanın rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olduğuna dair bir tespit bulunmadığı, bu konudaki..." Y. 11. HD., E: 2016/53 K. 2016/3263 T. 23.3.2016 (Lexpera). Öğretide hukuken fiillerinden sorumlu kişilere örnek olarak gemi adamları verilmiştir. Bkz. Konfidan, Melisa (2023) Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, s. 219. TTK m. 934'e göre, "Gemi adamları; kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir".

¹⁰⁶ "O halde mahkemece, öncelikle davalı ...in dava dışı sigorta ettirenin mi yoksa diğer davalı şirketin mi çalışanı olduğu tespit edilmeli, sigorta ettirenin çalışanı olduğunun anlaşılması halinde yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde ağır kusuru veya kastı ile zarara yol açmadığı takdirde davanın kendisine rücu edemeyeceğinin gözetilmesi, aksi halde kusuru oranında zarardan sorumlu olacağından..." Y. 11. HD, T: 28.06.2018, E: 2016/11534, K: 2018/4903 (Lexpera); Y. 11. HD., T: 6.6.2014, E: 2014/4364, K: 2014/10853 (Lexpera).

¹⁰⁷ "Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, uyuşmazlığın sigorta ettiren ile sigortadan faydalanan kimselerin kusurunu düzenleyen kanun maddeleri, sigortalının sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemeler ve sigorta sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dava dışı sigortalı ile sigorta şirketi arasında yapılan sözleşmede 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1278. Madde dışın-

bu olayda araç sahibinin, aracı otopark görevlisine teslim etmesinde rızası olup olmadığı tartışılmış ve HGK tarafından araç sahibinin rızasının olduğunun kabul edilemeyeceği, bu nedenle otopark görevlisinin hukuken fiillerinden sorumlu kişiler kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, HGK tarafından verilen bu kararda, araç sahibinin, aracın otopark görevlisine teslim edilmesinde rızasının bulunduğu kabul edilseydi, otopark görevlisi araç sahibinin hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişi kapsamında değerlendirilecekti¹⁰⁸. Söz konusu HGK kararından, hukuken fiillerinden sorumlu olan kişilerin tespiti bakımından rıza kıstasından tamamen vazgeçilmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁹.

D. SİGORTA ETTİREN, SİGORTALI veya LEHTARIN TÜZEL KİŞİ OLMASI DURUMUNDA HUKUKEN FİİLLERİNDEN SORUMLU KİŞİLER

Sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişinin organları hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişi kapsamında değerlendirilemez¹¹⁰. Zira Türk Medeni Kanunu m. 50/2 gereğince “Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.”. Dolayısıyla tüzel kişi organının fiili, tüzel kişinin fiili sayılmaktadır. Ancak tüzel kişinin organ niteliği taşımayan, temsil yetkisine sahip kişiler, hukuken fiilinden sorumlu kişiler kapsamında değerlendirilebilir¹¹¹. Örneğin, bir anonim şirketin TBK m. 40 vd.

da bir düzenleme getirilmediği, bu hükmün 1301. maddede düzenlenen halefiyet ilkesine istisna getirildiği, aracın sigortalının rızası ile otopark görevlisine bırakıldığından ve araç anahtarları üzerinde iken kimliği meçhul kişilerce çalındığından, otopark görevlisinin, sigortalının fiilinden sorumlu üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi ve zarar polişe teminatı kapsamı dışında olduğundan yerel mahkeme kararının onanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.” HGK., E. 2017/3076, K. 2018/498 T. 21.3.2018 (Lexpera).

¹⁰⁸ Küçük, s. 47.

¹⁰⁹ Bu yönde bkz. Küçük, s. 47.

¹¹⁰ BSK VVG / Süsskind, Art. 14, Rn. 35; Sieber & Hüsser, s. 2404, Rn. 108; Can, 2009, s. 42; Orbay Ortaç, s. 102; Doğanay, s. 3269. Alman hukukunda sigorta ettirenin tüzel kişi olması durumunda, tüzel kişinin organlarının davranışı BGB §31 ve 89 gereğince sigorta ettirene isnat edilmektedir. Bkz. Bruck & Möller & Heiss, VVG §28 Rn. 86; Beckmann & Matusche-Beckmann & Marlow VVG §13 Rn. 38; Pröls & Martin & Armbrüster VVG §28 Rn. 94.

¹¹¹ Orbay Ortaç, s. 102; Can, 2018, s. 59.

anlamında temsilcisi¹¹², ticari temsilcisi¹¹³, ticari vekili, tüzel kişinin işçisi¹¹⁴ veya ifa yardımcıları¹¹⁵ şirketin hukuken fiillerinden sorumlu olduğu kişi kapsamında değerlendirilebilir.

Tek ortaklı anonim veya limited şirketlerde, şirket pay sahibinin şirketin hukuken fiillerinden sorumlu kişiler olup olmadığı hususunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre¹¹⁶ tek kişilik şirketlerde ortağın davranışını, şirketin davranışı ile bir tutulması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre¹¹⁷ ise, şirket ortağı olan kişinin davranışları, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilemez. Zira tek ortak ve tüzel kişi şirket birbirinden bağımsız olup; ortak ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının ayrılığı ilkesi hakimdir. Tek ortağın şirketin temsil ve yönetim yetkisine sahip organı olması durumunda, bu kişinin fiilleri organ sıfatı nedeniyle, tüzel kişinin fiilleri olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla şirket yönetim ve temsil yetkisine sahip tek ortak, hukuken fiillerinden sorumlu olan kişi olarak nitelendirilmeyecektir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hâlinde, tüzel kişi ile birlikte ortağın sorumluluğuna gidilmekle birlikte; bu durum tek ortaklı veya çok ortaklı şirketlerde, ortağın/ortakların hukuken fiillerinden sorumlu kişiler kapsamında sayılmasını gerektirmez¹¹⁸.

E. TTK m. 1429/1 İLE TTK m. 1412 ARASINDAKİ İLİŞKİ

TTK m. 1412’ye göre, “Kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır”. Görüldüğü üzere sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlandığı durumlarda, temsilci söz konusu ise, temsilcinin bilgi ve davranışı da dikkate alınacaktır. TTK m. 1412’de düzenlenen temsilcinin, TBK m. 40 vd. düzenlenen temsilciden

¹¹² Can, 2009, s. 42; Can 2018, s. 59.

¹¹³ Orbay Ortaç, s. 102.

¹¹⁴ Avcı, s. 61; Can, 2009, s. 42; Hacıömeroğlu, s. 77.

¹¹⁵ Avcı, s. 61; Can, 2009, s. 42; Can, 2018, s. 59; Hacıömeroğlu, s. 77.

¹¹⁶ Ünan, C. I, s. 300. Bu yönde bkz. Avcı, s. 61.

¹¹⁷ Orbay Ortaç, s. 102-103.

¹¹⁸ Orbay Ortaç, s. 103, dn. 67.

farklı anlamda kullanıldığı ve sigorta ettirenin davranışlarından sorumlu olduğu üçüncü kişilerin, TTK m. 1412 anlamında temsilci olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁹. Nitekim TTK m. 1412 anlamında temsilcinin tanımlanmasında da Alman yargı kararlarından hareket edilmiştir¹²⁰. Burada TTK m. 1412'de bahsedilen temsilci, hukuken fiillerinden sorumlu kişiler arasında değerlendirilmekte ve TTK m. 1429 hükmünün temsilci bakımından da uygulanacağı belirtilmektedir¹²¹. Kanaatimizce burada TTK m. 1412'de düzenlenen temsilci ile TTK m. 1429'da düzenlenen hukuken fiillerinden sorumlu kişiler kavramlarının her zaman birbirini kapsamı mümkün değildir. Örneğin, kiracı, sigorta hukuku bakımından sigorta ettirenin temsilcisi olabilir, ancak hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında değerlendirilemez. Aynı şekilde bir oğul/kız, sigorta ettirenin babasının hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında iken; sigorta hukuku bakımından temsilci sıfatına sahip olmayabilir. Dolayısıyla burada her iki hükmün de aynı kişilerden bahsetmesi ve bütünlük sağlanması açısından sadece temsilci ibaresinin kullanılması daha isabetli olacaktır.

TTK m. 1412 ve TTK m. 1429/1 arasında rizikonun kasten gerçekleştirilmesi durumunda bir fark bulunmaktadır. TTK m. 1429/1 gereğince, sigortacı, hukuken fiillerinden sorumlu bulunan kişilerin tazminat ödenmesi amacıyla, rizikoyu kasten gerçekleştirmeleri durumunda sorumlu olmayacaktır. Bu hükmün aksinden anlaşıldığı üzere hukuken fiillerinden sorumlu kişiler, tazminat ödenmesi dışında başka bir saikle, rizikoyu kasten gerçekleştirmişlerse, sigortacının sorumluluğu bulunacaktır. TTK m. 1412 hükmüne göre ise, temsilcinin rizikoyu kasten gerçekleştirmesi, sigorta ettirenin bilgi ve davranışı gibi sonuç doğuracak ve sigortacı sorumlu olacaktır. Dolayısıyla TTK m. 1412'ye göre temsilcinin, rizikoyu kasten gerçekleştirmesindeki amaç önem arz etmeyecektir. Bu bakımdan TTK m. 1429/1 ve 1412 arasında bir çelişki olduğu ifade edilebilir¹²². Bu du-

rumda öğretide hangi hükmün uygulanacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre TTK m. 1412 hükmü uygulanmalı ve hukuken fiillerinden sorumlu kişiler, tazminat ödenmesi dışında başka bir amaçla rizikoyu kasten gerçekleştirirse, sigortacı sorumlu olmamalıdır¹²³. Diğer bir görüşe göre ise, TTK m. 1429 hükmü uygulanmalı ve fiilinden sorumlu kişiler, sadece tazminat ödenmesi sağlamak amacıyla rizikoyu gerçekleştirmişlerse, sigortası sorumlu tutulmamalıdır¹²⁴.

F. DEĞERLENDİRME

TTK m. 1429/1'de düzenlenen hukuken fiillerinden sorumlu kişiler ifadesi belirsizlik taşımakta, bu ifade kapsamına girecek kişilerin tespiti uygulama bakımından zorluk yaratmaktadır. Burada üçüncü kişilerin kapsamının menfaatler dengesi göz önüne alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Zira kapsamın geniş tutulması durumunda, sigorta menfaatinin korunması ve gözetimi hususunda yardımcı olan bütün kişiler, hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında değerlendirilecek ve bu durum sigorta ettirenin sigorta himayesinden yararlanamamasına neden olacaktır¹²⁵. Bu kişilerin kapsamının dar tutulması ise, üçüncü kişilerin davranışından dolayı çoğunlukla sigortacının sorumlu olmasına yol açacaktır.

TTK m. 1429/1'de düzenlenen hukuken fiillerinden sorumlu kişiler lafzi olarak yorumlandığında, bu kişilerin kapsamına, velayet ve vesayet altında olan çocuklar ile kısıtlılar, adama çalıştırmanın sorumlu-

¹¹⁹ Çakır, s. 65; Ünan, C. I, s. 390, 530-531.

¹²⁰ Şenocak, Temsilci, s. 194; Yener, s. 323.

¹²¹ Çakır, s. 61; Orbay Ortaç, s. 115. Sigorta ettiren veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin, çoğunlukla temsilci sayılacağına ilişkin bkz. Ünan, C. I, s. 127.

¹²² Avcı, s. 92; Orbay Ortaç, s. 115; Ünan, C. I, s. 127, 301.

¹²³ Çakır, s. 66, dn. 136; Orbay Ortaç, s. 115; Ünan, s. 127, 301. Yazıcıoğlu, TTK tasarisinin ilk halinin şu şekilde olması gerektiğini belirtmiştir; "Sigorta ettiren, sigortalı ve bunların eylemlerinden hukuken sorumlu oldukları kişiler, tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla rizikonun gerçekleşmesine kasten sebebiyet verdikleri takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri muhafaza eder." Yazar, tazminat ödenmesi sağlamak amacıyla sigorta ettiren, sigortalı ve bunların eylemlerinden sorumlu kişilerin tamamına yönelmiştir. Bkz. Yazıcıoğlu, Emine (2005), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının "Sigorta Hukuku" Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler" Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı: 1, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, s. 86.

¹²⁴ Avcı, s. 89 vd.

¹²⁵ Alman hukukunda temsilciye ilişkin yargı kararlarında rizikonun yönetimine ilişkin esasların katı bir şekilde belirlendiği görülmektedir. Bunun nedeni, sigorta ettirenin, bütün yardımcı kişilerin ve aile üyelerinin davranışlarından sorumlu tutulmasının, sigorta himayesini önemli ölçüde değersizleştirecek olmasıdır. Bkz. Looschelders, s. 589.

luğunun düzenlendiği TBK m. 66 kapsamında çalışanlar¹²⁶ girecektir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 116 kapsamında düzenlenen kişilerini hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açık değildir. Bu noktada üçüncü kişinin davranışının sözleşmeye dayalı bir sorumluluk ya da sözleşme dışı bir sorumluluğun düzenlendiği belirsizdir.

Hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin tespitinde, sigorta ettiren dışındakilerin bilgi ve davranışını düzenleyen TTK m. 1412 hükmünün göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Anılan hükümde temsilcinin söz konusu olduğu durumlarda, bu kişinin de bilgi ve davranışının dikkate alınacağı belirtilmiştir. TTK m. 1412'de bahsedilen temsilci ile hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin kapsamının aynı olması sigorta hukuku kitabı içerisinde yeknesaklık olması bakımından zaruridir. Şayet bu kişilerin kapsamının farklı olduğu durumlarda, TTK m. 1412 açısından üçüncü kişinin bilgisi ve davranışı, sigorta ettirenin davranışı olarak değerlendirilemezken; TTK m. 1429 kapsamında sigorta ettirenin hukuken fiillerinden sorumlu kişiler olarak değerlendirilip, rizikonun ihmal veya kasten işlenmesine göre, sigortacı sorumlu tutulmayabilir.

Kanaatimizce TTK m. 1429/1'de düzenlenen hukuken fiilinden sorumlu olan kişiler ifadesi isabetli olmamıştır. Zira 865 sayılı mülga TK'dan itibaren kullanılan hukuken fiillerinden sorumlu olan kişilerin kapsamı belirlenememiş ve yukarıda belirtildiği üzere hem öğreti hem de yargı kararları bakımından farklı görüş/kararların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından TTK m. 1429/1'de düzenlenen hukuken fiillerinden sorumlu olan kişiler, hükmün kapsamından kaldırılmalı veya bu ibarenin yerine sigorta hukukuna özgü temsilci öngörülmelidir. Bu ibarenin kaldırılması durumunda, TTK m. 1412 hükmünde düzenlenen temsilci hâlihazırda bu kişiler için geçerli olacaktır. Olan hukuk bakımından ise, hukuken fiilinden sorumlu kişilerin, TTK m. 1412 anlamında temsilci olarak anlaşılması gerekir.

TTK m. 1412'de düzenlenen temsilcinin ise, Alman hukukunda olduğu şekilde sigorta hukukuna

özgü temsilci kavramıyla açıklanması gerekmektedir. Sigorta hukukuna özgü temsilcinin kapsamını belirtmek amacıyla TTK'da bir tanım yapılması veya temsilcinin kapsamına ilişkin bir hüküm konulması çok isabetli olmayacaktır¹²⁷. Zira TTK'da bir tanım yapılması durumunda, bu tanım bağlayıcı olacak ve esasında sigorta hukuku temsilcisi olarak belirtilen bir kişi, bu tanım kapsamında değerlendirilmediğinde, temsilci olarak kabul edilemeyecektir. Bu nedenle sigorta hukukuna özgü temsilcinin belirlenmesinin öğreti ve yargı kararlarına bırakılması gerektiği kanısındayız.

Temsilci kavramının belirlenmesinde ise, sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar ile üçüncü kişi arasında temsil veya benzeri bir ilişki bulunacaktır. İkinci olarak üçüncü kişi, rizikoya ait iş alanında faaliyet gösterecektir. Üçüncü olarak ise, üçüncü kişiye riziko yönetimi bırakılmalıdır. Riziko yönetiminin üçüncü kişiye bırakılması her bir somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Burada Yargıtay kararlarında belirtildiği şekilde sigortalı menfaatin üçüncü kişiye rıza ile verilip verilmediğinden ziyade, üçüncü kişiye bir riziko yönetiminin devredilip devredilmediği tespit edilmelidir. Şayet üçüncü kişiye riziko yönetiminin devredildiği tespit edilmişse, bu kişinin sigorta ettirenin temsilcisi olduğu sonucuna varılması daha isabetli olacaktır.

Üçüncü kişiye sigorta sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler devredilmişse (sözleşme yönetimi), bunun temsilcilik sıfatı vermemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira üçüncü kişiye sözleşme yönetiminin devredilmesi ile üçüncü kişinin rizikoyu gerçekleştirmesi arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin davranışının sigorta ettirene atfedilebilmesi için, riziko üzerinde kontrol sahibi olması, diğer bir ifadeyle, davranışları ile rizikonun

¹²⁷ Karşı yönde bkz. **Çakır**, s. 282. Yazar, "de lege feranda" olarak TTK'da temsilci kavramının tanımlandığı ve bu kavramın kapsamının belirlendiği bir hükmün düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, temsilci, "sigorta sözleşmesinde öngörülen rizikonun ilgili bulunduğu alan bakımından temsil veya benzeri ilişki sebebiyle sigorta ettirenin veya sigortalının yerini alan ve önemsiz sayılamayacak bir ölçüde sigorta ettiren veya sigortalı gibi davranmaya yetkili kılınan kişidir" şeklinde kalem alınmalıdır. Yazar devamında TTK'nın sigorta hukukunda geçen temsilci kavramıyla, TTK'da yapılan "de lege feranda" tanımının anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrı bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

¹²⁶ **Orbay Ortaç**, s. 102.

gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini belirleyebilecek durumda olması gerekir. Bu nedenle temsilcilik sıfatı için sadece sözleşme yönetiminin devri yeterli olmayacaktır¹²⁸.

V. SONUÇ

Bu çalışma sonucunda TTK m. 1429/1'e ilişkin aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

1. TTK m. 1429/1'in ikinci cümlesinde, hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla, rizikoyu kasten gerçekleştirmesi durumunda, sigortacının sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hukuken fiilinden sorumlu kişiler açısından rizikoyu kasten gerçekleştirmelerindeki amaç tazminat ödenmesi sağlamak olmalıdır. Bu hüküm ile TTK m. 1412 arasında bir çelişki bulunmaktadır. Hukuken sorumlu kişileri tazminat ödenmesi haricinde başka bir saikle rizikoyu gerçekleştirmeleri durumunda da, sigortacı sorumlu olmamalıdır.
2. TTK m. 1429/1'de bahsedilen hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin kapsamı belirsizdir. Bu kapsama velayet ve vesayet altında olan çocuklar ile kısıtlılar, adama çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 66 kişiler girmektedir. Sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen TBK m. 116 kapsamında yardımcı kişilerin girmesi açık değildir. Bunun yanında somut olay

bakımından, hukuken fiillerinden sorumlu kişi kapsamında olmayan bir kişi, rizikoyu kasten gerçekleştirirse, sigortacı TTK m. 1429 hükmüne göre sorumlu olmayacaktır. Ancak bu kişinin TTK m. 1412 anlamında temsilci olarak kabul edilmesi durumunda, temsilcinin davranışı sigorta ettirenin davranışı gibi işlem görecektir. Bu nedenle TTK m. 1429/1 de bahsedilen hukuken fiillerinden sorumlu olma ifadesi kaldırılmalı veya bu ifade yerine temsilci kavramı kullanılmalıdır.

3. TTK m. 1429/1'de belirtilen hukuken fiillerinden sorumlu kişiler ile TTK m. 1412 hükmünde belirtilen temsilci farklı kişiler olabilir. Zira bir kişi hukuken fiilinden sorumlu kişi olarak kabul edilebilirken; TTK m. 1412 anlamında temsilci olmayabilir. Aynı şekilde temsilci olarak sayılan bir kişi; sigorta ettirenin hukuken fiilinden sorumlu kişisi kapsamında değerlendirilmeyebilir. Bu nedenle her iki hüküm bakımından da sigorta hukukuna özgü bir temsilcinin kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla TTK m. 1429/1'de geçen hukuken fiillerinden sorumlu kişilerin, sigorta hukukuna özgü temsilci olarak anlaşılması gerekir. Böylelikle TTK m. 1412 ile TTK m. 1429/1 kapsamındaki kişiler aynı olacaklardır.
4. Sigorta hukukuna özgü temsilci kavramı Alman hukukunda olduğu şekilde yorumlanmalıdır. Sigorta hukukuna özgü temsilci kavramının belirlenmesinde, üçüncü kişinin sigorta ettiren ile sigortalı arasındaki ilişkisi, üçüncü kişinin riziko alanındaki faaliyeti ve üçüncü kişiye riziko yönetiminin devrinin aranması gerekir. Özellikle kara araçları kasko sigortasına ilişkin verilen kararlarda aranan, sigorta ettirenin veya sigortalının rızası, hukuken fiilinden sorumlu kişilerin belirlenmesinde tek başına yeterli olmamalıdır.

¹²⁸ Alman öğretisinde sözleşme yönetiminin devredilmesiyle, üçüncü kişiye temsilci sıfatının verilmesi eleştirilmiştir. Zira sorumluluk bakımından üçüncü kişinin sözleşme yönetimi ile sigorta ettirenin yerini alıp almaması önem arz etmeyecektir. Bu nedenle üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasında, sözleşmenin yönetiminde ve sigorta taleplerinin ileri sürülmesinde görev alması, üçüncü kişinin davranış yükümlülüğü çerçevesinde temsilci sayılması için belirleyici olmayacaktır. Ayrıca sözleşme yönetimi yetkisi ile rizikonun gerçekleşmesi önleme amacı arasında bir bağlantı da bulunmamaktadır. Gerçekten üçüncü kişinin rizikoyu kasten gerçekleştirmesi ile üçüncü kişiye sözleşmenin yönetiminin devri arasında bir illiyet bağı bulunmayabilir. Nitekim sözleşme yönetiminin üçüncü kişiye devredilmesi, üçüncü kişinin temsilci olduğuna ilişkin bir işaret dahi olamaz. Bkz. **Beckmann & Matusche-Beckmann & Looschelders**, VVG §17 Rn. 45; **Bruck & Möller & Heiss** VVG §28 Rn. 100; **Looschelders & Pohlmann & Pohlmann**, VVG §28 Rn. 71; **Langheid & Rixecker & Langheid** VVG §81 Rn. 22; **Looschelders**, s. 590. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre, sözleşme yönetiminin üçüncü kişiye devri, temsilci sıfatının kazanılması bakımından yeterli değildir. BGH, Urteil vom 14. 3. 2007 - IV ZR 102/03 (OLG Köln), NJW 2007, 2038.

KAYNAKÇA

- Atabek**, Reşat (1950) Sigorta Hukuku, İstanbul, Duygu Matbaası.
- Atamer**, Kerim (2011), 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş' BATİDER, S: 1, C: 27, s. 21-106.
- Atamer**, Kerim & **Tosun**, Yalçın (2002), 'Sigorta Hukuku'na İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları (Deniz Sigortaları Hariç)' Sigorta Hukuku Dergisi, S: 1, s. 137-155.
- Avcı**, Zehra (2021) Rizikonun Gerçekleşmesinde Kusurun Sigorta Tazminatı ve Sigorta Bedelinin Ödenmesine Etkisi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Başbuğoğlu**, Tarık (1988) Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, 2. Cilt, Deniz Ticareti-Sigorta Hukuku, Ankara, Özkan Matbaacılık.
- Beckmann**, Roland Michael & **Matusche-Beckmann**, Annemarie (Editörler) (2015) Versicherungsrechts-Handbuch, München, 3. Baskı, C.H. Beck.
- Bozer**, Ali (1965) Sigorta Hukuku, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası.
- Bruck**, Ernst & **Möller**, Hans (Editörler) (2009) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 3 §§74-99, Berlin, 9. Baskı, Verlag De Gruyter. (Bruck & Möller & Bearbeiter).
- Bruck**, Ernst & **Möller**, Hans (Editörler) (2022) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 2 §§19-73, Berlin, 10. Baskı, Verlag De Gruyter. (Bruck & Möller & Bearbeiter, Band 2).
- Can**, Mertol (2011) "Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?" Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara, İmaj Yayınevi. (Hukuki Esaslar).
- Can**, Mertol (2009) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Ankara, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık. (2009).
- Can**, Mertol (2018) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I, Ankara, Adalet. (2018).
- Çakır**, Ayşe (2023) Mal Sigortalılarında Temsilen Sigorta, Ankara, Seçkin.
- Damar**, Cahit (2022) Sigortacının Kanuni Halefi-yeti ve Rücu Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Doğan**, Burak & **Azizağaoğlu**, Hasan Tahsin (2022), 'Zarar Sigortalılarına İlişkin Hileli Sigorta Taleplerinin İngiliz Hukuku Nazarında Değerlendirilmesi' Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 12, s. 426-480.
- Dolar**, Neyzen Fehmi (2022), "İsviçre'de Sigorta Sözleşmesi Hakkında Federal Kanun'da Yapılan (Kısmi) Reform Üzerine Bir İnceleme" Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 12, s. 526-561.
- Doğanay**, İsmail (2004) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt 3, İstanbul, 4. Baskı, Beta.
- Eriş**, Gönen (2020) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Günay**, M. Barış (2022) Sigorta Hukuku, Ankara, 4. Baskı, Seçkin.
- Hacıömeroğlu**, Abdülhamid Oğuzhan (2022) Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, İstanbul, On İki Levha.
- Honsell**, Heinrich (Editör) (1999) Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG, Vol. I, Berlin, Springer Verlag, (BK/Bearbeiter).
- Grolimund**, Pascal & **Loacker**, Leander D. & **Schnyder**, Anton K. (Editörler) (2023) Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Basel, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag (BSK VVG-Bearbeiter).
- Höra**, Knut & **Schubach**, Arno (2022) Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, München, 5. Baskı, C.H. Beck (MAH VersR/Bearbeiter).
- Kender**, Rayegân (2005), 'Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler' Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, s. 7-28.
- Kendigelen**, Abuzer (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Baskı, On İki Levha.
- Kılıçoğlu**, Ahmet (1974), 'Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu', S: 1, C: 31, s. 395-446.
- Kızılsümer**, Bahar (2019) Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha.
- Knappmann**, Ulrich (1994), 'Zurechnung des Verhaltens Dritter im Privatversicherungsrecht' Neue Juristische Wochenschrift, S: 48, s. 3147-3149. (NJW).
- Knappmann**, Ulrich (1997), 'Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des VN' VersR, s. 261-267. (VersR).
- Koenig**, Willy (1967) Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Baskı, Bern, Verlag Herbert Lang & Cie.
- Konfidan**, Melisa (2023) Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha.
- Kurt**, Leyla Müjde (2014), 'Noterlerin Hukuki Sorumluluğu' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 18, s. 85-118.

- Küçük**, Damla (2020), ‘Kara Taşıtları Kasko Sigortası Bağlamında, Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. Madde-sinde Geçen “Sigorta Ettiren veya Sigortalının Fİ-linden Sorumlu Olduğu Kişiler” Kavramına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme’ İnÜHFD, S: 1, C: 11, s. 39-55.
- Langheid**, Theo & **Rixecker**, Roland (Editörler) (2022) Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG Informationspflichtenverordnung Kommentar, München, 7. Baskı, C.H. Beck.
- Langheid**, Theo & **Wandt**, Manfred (Editörler) (2022) Münchener Kommentar zum Versiche-rungsvertrags-gesetz, Band 1, §1-99, VVG-InfoV, München, 3. Baskı, C.H. Beck (Langheid & Wandt & Bearbeiter).
- Looschelders**, Dirk (2015), ‘Der Dritte im Versicherun-gsvertragsrecht, Recht und Schaden’ S: 12, s. 581-591.
- Looschelders**, Dirk & **Pohlmann**, Petra (Editörler) (2023) VVG-Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, Köln, 4. Baskı., Carl Heymanns Verlag.
- Moroğlu**, Erdoğan & **Kendigelen**, Abuzer (2014) İçtihat-lı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstan-bul, 10. Baskı, On İki Levha.
- Orbay Ortaç**, Nurdan (2021), ‘Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi’ ERÜHFD, S: 2, C: 16, s. 81-138.
- Pröls**, Erich, R. & **Martin**, Anton (Editörler) (2021) Ver-sicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vert-riebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingun-gen, München, 31. Baskı, C.H. Beck.
- Roelli**, Hans & **Keller**, Max & **Tännler**, Karl (1968) Kom-mentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Band I: Die allgemeinen Bestimmungen, Art. 1-47, Bern, 2. Baskı, K. J. Wyss (Roelli & Keller).
- Römer**, Wolfgang (1993), ‘Die Haftung des Versiche-rungsnehmers für seinen Repräsentanten’ Neue Zeitsch-rift für Verkehrsrecht, s. 249-254.
- Rüffer**, Wilfried & **Halbach**, Dirk & **Schmikowski**, Peter (Editörler) (2020) Versicherungsvertragsgesetz, 4. Bas-kı, Baden-Baden, Nomos (HK-VVG/Bearbeiter).
- Säcker**, Franz Jürgen & **Rixecker**, Roland & **Oetker**, Hart-mut & **Limperg**, Bettina (Editörler) (2022) Münche-ner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, München, 9. Bas-kı, Verlag C.H. Beck (MüKoBGB/Bearbeiter).
- Sayhan**, İsmet (2001) Sigorta Sözleşme-sinin Konusu, An-kara, Yetkin.
- Sieber**, Philipp & **Hüsser**, Heinz in Fischer, Willi & Luter-bacher, Thierry (Editörler) (2016) Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich, 1. Baskı, Dike Verlag AG.
- Sopacı Öztuna**, Birgül (2012), ‘Yeni Türk Ticaret Ka-nunu’nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmesi Kanu-nu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi’, BATİDER, S: 3, C: 28, s. 117-152.
- Şenocak**, Kemal (1995) Mal Sigortalarında Sigorta Ettire-nin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AÜHFD, S: 1, C: 44, s. 365-424. (Vecibe).
- Şenocak**, Kemal (2000) Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Turhan. (Sorumluluk).
- Şenocak**, Kemal (2018), ‘TTK m. 1412 Anlamında Sigorta Ettirenin Temsilcileri’: Sigorta Hukuku Sempozyumları, Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu (2-3 Şubat 2018), İstanbul, On İki Levha, s. 193-199. (Temsilci).
- Taşdemir**, Oğuzhan (2022) Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu, Ankara, Adalet.
- Taşkın**, Melda (2019) Krediye Bağlı Hayat Sigortası Söz-leşmesi, On İki Levha.
- Ulaş**, Işıl (2012) Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Ünan**, Samim (1998), ‘Kara Sigortalarında Sigorta Ettire-nin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar’ SHD, S: 1, s. 97-113. (Kara Sigortaları).
- Ünan**, Samim (2012), ‘2011 Tarihli Türk Ticaret Kanu-nu’nda Sigorta Ettirenin Görevleri’: XXV. Ticaret Hu-kuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (17 Aralık 2011), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 49-84. (Görev).
- Ünan**, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İs-tanbul, On İki Levha. (C. I).
- Ünan**, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İs-tanbul, On İki Levha. (C. II).
- Ünan**, Samim (2020) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. VI, Yargı Kararları, İstanbul, On İki Levha. (C. VI).
- Wandt**, Manfred (2016) Versicherungsrecht, München, 6. Baskı, Franz Vahlen Verlag.
- Yazıcıoğlu**, Emine (2005), ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Sigorta Hukuku” Kitabındaki Hükümler Hakkında Bazı Değerlendirmeler’ Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı: 1, Türk Ticaret Kanunu Taslağı s. 79-87. (Tasarı).
- Yazıcıoğlu**, Emine (2017), ‘TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hak-kında’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 16, s. 331-363. (Halefiyet).
- Yener**, Merve İrem (2020) Sigorta Sözleşmelerinde Rizi-konun Ağırlaşması, Ankara, Seçkin.
- Yünlü**, Semih (2019) Yardımcı Kişilerin Fiillerinden So-rumluluk, İstanbul, On İki Levha.

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

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

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

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

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

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

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Yargıtay Kararları

Decisions of the Court of
Cassation

T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

ESAS NO : 2022/11-63
KARAR NO : 2023/722

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi
TARİHİ : 26.11.2020
SAYISI : 2020/595 E., 2020/789 K.
DAVACI-KARŞI DAVALI: Z. Ö.
DAVALI-KARŞI DAVACI: K. M. Mutfak Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.
DAVA TARİHİ : 20.03.2015
KARAR : Asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne
TEMYİZ EDEN : Davacı-Karşı Davalı vekili
ÖZEL DAİRE KARARI : Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.06.2020 tarihli ve 2019/3224 Esas, 2020/2963 Karar sayılı BOZMA kararı

Taraflar arasındaki asıl davada ortaklıktan çıkma yahut limited şirketin feshi, karşı davada limited şirket ortaklığından çıkarma davalarından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince asıl davanın reddine, karşı davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davacı-karşı davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince davacı-karşı davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı-karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, İlk Derece Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davacı-karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar

verildikten ve temyiz incelemesi sırasında duruşmanın düzenlendiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 369 uncu maddesinin direnme kararının temyizini kapsamadığı, direnmenin düzenlendiği aynı Kanun'un 373 üncü maddesinde ise duruşmaya yer verilmediği gözetildiğinde direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağı kabul edilerek temyiz eden davacı vekilinin duruşma isteminin reddine karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

ASIL DAVA

I. DAVA

Davacı vekili; davalının iki ortaklı bir şirket olduğunu, müvekkilinin %15 oranında hissesinin bulunduğunu, diğer ortak dava dışı F. K. ile şirketi birlikte yöneterek müvekkilini müdür olarak tayin edeceği hususunda anlaşıldığını, ancak müvekkilince vekil tayin edilen dava dışı Ş. E.'nin diğer hâkim ortak ile işbirliği içerisinde müvekkilinin müdürlük yetkilerini elinden aldığını, diğer ortağın müvekkili hakkında aşağılayıcı, hakaret ve tehdit içeren beyanlarda bulunduğunu, şirketin yönetilemediğini, müvekkilinin davalı şirket hakkında bilgi alma hakkının engellendiğini, şirket kayıtlarının gizlendiğini, davalı şirket malvarlığının diğer ortağa aktarıldığını, üçüncü kişilere pay devrinin esas sözleşme ile sınırlandırıldığını, ortaklık ilişkisinin devamının çekilmez hâle geldiğini ileri sürerek müvekkilinin haklı nedenle davalı şirket ortaklığından çıkmasına, bu kapsamda ayrılma akçesinin olarak fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere 1000,00 TL'nin faiziyle tahsiline, bu taleplerin reddi hâlinde davalı şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili; davacı ile diğer ortak arasında adi yazılı ortaklık sözleşmesine binaen müvekkili şirketin kurulduğunu, müvekkilinin kuruluş aşamasında davacının giderlere katılmadığını, sonrasında davacının ortaklık barışını bozan türde fiillere girişip ortaklıktan ayrılmak istediğini belirttikten sonra şirkete gelmediğini, 19.03.2014 tarihinde K. Endüstriyel Mutfak Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti.'yi kurduğunu, unvanın M. Endüstriyel Mutfak Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti. olarak değiştiğini, bu şirketin müvekkili ile aynı alanda faaliyet gösterdiğini,

diğer ortağın adını kullanarak satış yapıldığını, davacı fiillerinin diğer ortak ile arasındaki sözleşmeye ve iyi-niyet kaidelerine aykırı olduğunu, şirket sermayesinin dörtte birinden davacıya düşen kısmın diğer ortak tarafından kuruluşta ödendiğini, vekilin vekâletnamedeki yetkiler dahilinde işlem yaptığını, davacının bu durumdan haberdar olduğunu, davacının müvekkilini borç altına soktuğunu, müvekkili şirketin faaliyetine devam ettiğini, davacının bilgi alma ve inceleme hakkının engellenmediğini, malvarlığının diğer ortağa aktarıldığı iddiasının gerçeği yansıtmadığını, davacının şirkete sermaye yatırmamış olması sebebiyle ayrılma akçesi talep edemeyeceğini, müvekkili şirketin feshini gerektiren bir durum bulunmadığını belirterek asıl davanın reddini savunmuştur.

KARŞI DAVA

III. DAVA

Davacı vekili; asıl davadaki savunmalarına ek olarak davalının şirket içerisinde huzursuzluk çıkarıp diğer ortak hakkında asılsız ithamlarda bulunduğunu, yeni şirket kurarak rekabet yasağına aykırı hareket ettiğini, bu şirket vasıtasıyla haksız rekabet içeren faaliyetlerde bulunduğunu, tüm bu davranışlar sebebiyle davalının şirket ortaklığından çıkarılması için haklı sebeplerin oluştuğunu ileri sürerek davalının müvekkili şirket ortaklığından bedelsiz olarak çıkarılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

IV. CEVAP

Davalı vekili; asıl davadaki iddialarına ek olarak müvekkilinin ayrılma akçesine hak kazandığını, ortaklarının birbirine güvenin kalmadığını, pay devrinin engellendiğini, bu durumda müvekkilinin kusurunun bulunmadığını belirterek karşı davanın reddini savunmuştur.

V. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 22.03.2018 tarihli ve 2015/273 Esas, 2018/295 Karar sayılı kararıyla; davalı-karşı davacı şirketin iki ortaklı olup ortaklar arasında 05.12.2013 tarihli sözleşmenin akdedildiğini, sözleşmenin 12 nci maddesi gereğince davacı-karşı davalının belirli alanda ve aylık 25.000 TL bakımından tek imza ile ödeme yapma hususunda müdür olarak tayin edilecek şekilde esas sözleşmesinin hazırlandığı, ancak 13.01.2014 tarihli ticaret sicil gazetesinde

esas sözleşmenin değiştirilerek davacı-karşı davalının müdürlük yetkilerinin kaldırıldığı, düzeltme beyanında bulunan kimsenin her iki ortağın da vekili olan dava dışı Ş. E. olduğu, anılan vekile talimat verilirken delil sunulmadığı, davacı-karşı davalının iddialarına rağmen dava dışı Ş. E.'yi düzeltme işleminin yapıldığı tarihten yaklaşık bir yıl sonra 09.03.2015 tarihinde azlettiği, davalı-karşı davacı şirketin kuruluşu sırasında vekil tayin ettiği ve hakkında vekâlet görevini kötüye kullanma iddiasıyla ilgili herhangi bir işlem yapılmadığı kişinin yaptığı işlemlere katlanmak durumunda olduğundan ortaklar arasındaki sözleşmeye aykırı şekilde davacı-karşı davalının müdür tayin edilmemesinin davalı-karşı davacı şirketin feshi yahut davacı-karşı davalının ortaklıktan çıkarılması hususunda haklı sebep teşkil etmeyeceği, aşığılanma, kötü yönetim, bilgi alma ve inceleme hakkının engellenmesi ve şirket malvarlığının diğer ortak hesaplarına aktarılmasına dair iddiaların ispatlanmadığı, öte yandan ortaklar arasında huzursuzluğun mevcut olduğu, davacı-karşı davalının ortaklıktan çıkma isteğini diğer ortağa bildirmekle beraber payını satmak istediği kişiye, pay devrine dair sözleşme yahut sözleşme örneğine veya payı almak isteyen kişinin bu husustaki beyanına dair bilgileri davalı-karşı davacı şirkete bildirmediği, bur tür bir girişime dair dosyaya bir delilin sunulmadığı, bu sebeple pay devrinin sınırlanmasına dair iddianın ortaklıktan çıkma için haklı sebep teşkil etmediği, davacı-karşı davalının, davalı-karşı davacı şirketin kuruluşundan kısa bir süre sonra aynı alanda faaliyet yapan dava dışı bir şirketi kurup anılan şirketin münferit imza yetkisine sahip müdürü olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı Kanun) 613 üncü maddesinde belirtilen bağlılık yükümlülüğüne aykırı davrandığı, davalı-karşı davacı şirketin diğer ortağının kusurunun ispat edilemediği, davacı-karşı davalı ortağın kusurlu olması sebebiyle davalı-karşı davacı şirketin feshini talep edemeyeceği gibi haklı sebeple ortaklıktan çıkmasına izin verilmesini istemeyeceği, karşı dava bakımından 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesi gereği eksik dava şartı olan genel kurul kararının yargılama sırasında dosyaya sunulduğu, davacı-karşı davalı hakkında esas sözleşmede rekabet yasağının öngörülmediği, ortaklar arasındaki pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklı diğer ortak tarafından ileri sürülebilecek taleplerin bu davanın konusu

olmadığı, ancak davacı-karşı davalının şirket karşısında bağlılık yükümlülüğü altında olduğu, ayrıca yeni kurup unvanını sonradan değiştirdiği dava dışı şirkette diğer ortağın soyadından yola çıkılarak diğer ortağa ait şirketler ile davalı-karşı davacı şirket unvanına benzer bir unvan kullanarak dürüstlük kuralına aykırı davrandığı, dava dışı ve eski unvanı K. Endüstriyel Mutfak Ltd. Şti.'nin tek ortağının davacı-karşı davalı olduğu, ayrıca davacı-karşı davalının davalı-karşı davacı şirkette ortak olarak kalmasının sakıncalı olduğu, tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde şirkette huzursuzluk olduğu, güven ortamının kalmadığı ve taraflar arasında bu ilişkiyi devam ettirmenin çekilmez bir hâl aldığı, davacı-karşı davalının karşı dava kapsamında ortaklıktan çıkarılma koşullarının oluştuğu, davalı-karşı davacı şirketin borca batık olduğu tespit edildiğinden davacı-karşı davalı yararına ayrılma akçesi hükmedilmesine yer olmadığı gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kabulü ile davacı-karşı davalının davalı-karşı davacı şirket ortaklığından haklı sebeple çıkarılmasına, anılan şirket borca batık olduğundan davacı-karşı davalı lehine ayrılma akçesi takdirine yer olmadığına karar verilmiştir.

VI. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı-karşı davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 17.04.2019 tarihli ve 2018/656 Esas, 2019/561 Karar sayılı kararıyla; davalı-karşı davacı şirketin 2015 yılında zarar etmesinin diğer ortağın şirket malvarlığını şahsi malvarlığına aktardığına dair ispata yeterli olmadığı, davacı-karşı davalının fiilen ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyette bulunmak üzere yeni şirket kurarak ortaklar arasındaki güven ilişkisini sarstığı, davalı-karşı davacının müşteri potansiyeli ve ticari işletme fonundan yararlanarak haksız rekabette bulunduğu, bu durumun ortaklıktan çıkarmaya dair haklı sebep oluşturduğu, ilk derece mahkemesince verilen kararın usul ve esas bakımından kanuna uygun olduğu gerekçesiyle davacı-karşı davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

VII. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı-karşı davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yukarıda tarih ve sayılı belirtilen kararı ile; “... 1- *Asıl dava, TTK'nın 638/2 maddesi gereğince açılan limited şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payının tahsiline, bu talebin kabul edilmemesi halinde şirketin haklı nedenle feshi istemine ilişkindir. İlk Derece Mahkemesince, yukarıda yazılı gerekçeyle asıl davadaki istemlerin reddine karar verilmiş, davacı karşı davalı vekilinin asıl davaya yönelik istinaf istemleri de Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddedilmiştir. Davacı taraf, haklı sebep olarak şirket ana sözleşmesinden talimatı olmaksızın kendisinin müdürlüğüne ilişkin maddenin tescil esnasında beyan verilmek suretiyle değiştirildiğini ve diğer ortak tarafından çalışanların yanında kendisine hakaretler edildiğini ileri sürmüş ve ispatı için tanık beyanlarından şirketin iki ortağının geçinemediği ve dava dışı ortak tarafından davacı ortağa hakaret edildiği, ortaklığın çekilmez bir halde olduğu anlaşılmaktadır. Davacı ve diğer ortak arasında imzalanan “şirket ortaklık sözleşmesi” başlıklı sözleşmede davacının kurulacak şirkette müdür olacağına kararlaştırıldığı, davalı şirketin ticaret sicili kayıtlardan da davacının, davalı şirketin ana sözleşmesiyle müdür olarak atandığı, tescil esnasında ortakların vekilince verilen beyan üzerine ana sözleşme değiştirilerek davacının müdürlüğüne ilişkin kısmın çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlardan, davacının davalı şirketin kuruluşundan itibaren diğer ortakla birlikte müdür olacağı inancıyla davalının kurucu ortağı olduğu, buna karşın davacının rızası dışında, müdürlüğüne dayanak ana sözleşme düzenlemesinin değiştirilmesi ile davacının kurucu ortak olma yönündeki iradesinin temel gerekçesinin ortadan kalktığı, şirketin kuruluşundan itibaren ortaklar arasında çekişme olduğu, tanık beyanlarından bu çekişmenin dava dışı ortağın hakaretlerine dek vardığını anlaşılmaması karşısında asıl davada davacının çıkma talebinin haklı nedenlere dayandığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında asıl davada çıkma talebinin kabulü ile çıkma payı ba-*

kımından bir karar verilmesi gerekmekte iken yazılı gerekçe ile asıl davanın reddine karar verilmesi ve bu karara vaki istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi doğru değildir.

2- Asıl davacı karşı davalı vekilinin karşı davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince; karşı dava, karşı davacı limited şirketin ortağının haklı sebeple şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkindir. İlk Derece Mahkemesince, karşı davanın kabulü ile karşı davalının çıkarılmasına, şirketin ekonomik durumu nedeniyle çıkma payı takdirine yer olmadığına karar verilmiş, davacı - karşı davalının karşı davaya yönelik istinaf istemleri Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddedilmiştir. Ancak, haklı sebeple ortağın ortaklıktan çıkarma için limited şirket tarafından mahkemeye başvurulmadan önce limited şirket genel kurulunda TTK 621/1-h maddesi uyarınca ve nitelikli çoğunluk tarafından bu kapsamda bir kararın alınması dava şartıdır. Karşı davacı tarafça bu yönde alınan genel kurul kararı dosya kapsamına sunulmuş ise de, kararın incelenmesinde genel kurula sadece diğer ortağın katıldığı ve onun olumlu oyu ile karar alındığı gözlenmektedir. TTK'nın 621. maddesi uyarınca şirket ortağının şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması konusundaki genel kurul kararlarının temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği öngörülmüş olup 2 ortaklı limited şirketlerde ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda kanunda aranan nitelikte çoğunluğun sağlanamayacak olması karşısında mezkur karar yok hükmündedir. Bu nedenle işbu davada dava şartı olan nitelikli çoğunluk tarafından alınan ortaklıktan çıkarmaya ilişkin genel kurul kararı bulunmadığı gözetilerek karşı davanın dava şartı yokluğundan reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." şeklindeki gerekçeyle karar bozulmuştur.

B. İlk Derece Mahkemesince Verilen Direnme Kararı

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen ile önceki gerekçeye ilaveten; davacı-karşı davalının vekiline talimat vermediği, vekâlet görevinin kötüye kullanıldığı ve eski vekilin diğer ortakla davacı-karşı davalı aleyhine hareket ettiğine

dair iddiaların ispatlanamadığı, dava dışı diğer ortağın hakaret ettiğine dair iddialar bakımından ise tek tanık beyanının ispata yeterli olmayıp bu beyanın diğer tanık beyanları ile de doğrulanmadığı, kötü yönetim, bilgi alma ve inceleme hakkının engellenmesi ve diğer şirket malvarlığını kendisine aktardığına dair iddiaların objektif delillerle ispatlanamadığı, davacı-karşı davalının şirket içindeki olumsuz durumda asli kusurlu olduğu, 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesi kapsamında aranan nisabın ortak sayısına göre değil toplantıda temsil edilen paylara ve şirket sermayesine bakılarak belirlendiği, bu kapsamda sadece %85 oranında paya sahip diğer ortağın katılımıyla alınan genel kurul kararı ile 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesinde belirtilen çifte nisap sağlanarak eksik dava şartının ikmal edildiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VIII. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davacı-karşı davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davacı-karşı davalı vekili; şirketin diğer ortağının kusurunun araştırılmadığını, azledilen dava dışı vekilin diğer ortağın şirketlerinde muhasebe işlerini yaptığını, müvekkilinin talimatı dışında temsil yetkisini kaldırdığını, bu talimatın diğer ortak tarafından verildiğini, ortaklar arasındaki anlaşmada vaat edilen müdürlüğün verilmediğini, bu anlaşmaya aykırılığın ortaklar arasındaki huzur ve güveni sarstığını, bu durumda kusurun diğer ortakta olduğunu, müvekkilinin ortaklığın geleceği için ilk aşamada dava yoluna başvurmadığını, vekilin azledildiği tarihin müvekkilinin kusurlu olduğunu göstermediğini, diğer ortak tarafından çoğunluk gücünün kötüye kullanıldığını, karşı dava bakımından ise alınan genel kurul kararının yok hükmünde olduğunu, müvekkilinin baskı ve ağır hakaretlere maruz kaldığını, haklı sebeple çıkmanın koşullarının gerçekleştiğini, bilgi alma hakkının engellendiğini, diğer ortağın şirket hesaplarından şahsi hesabına para aktarma iddiasının araştırılmadığını belirterek direnme kararını temyiz etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık;

1- 6102 sayılı Kanun'un 638/2 nci maddesi kapsamında açılan asıl davada, davacı-karşı davalının şirket ortaklığından çıkma talebinin dayanağı olarak ileri sürülen iddiaların ispatlanıp ispatlanmadığı, buradan varılacak sonuca göre davacı-karşı davalının şirket ortaklığından haklı sebeple çıkma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği,

2- Davacı-karşı davalının şirket ortaklığından çıkarılmasına ilişkin olarak davalı-karşı davacı şirket tarafından sadece diğer ortağın katılımıyla alınan 12.03.2018 tarihli genel kurul kararının, 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesinde belirtilen nitelikli çoğunluğu haiz bir karar olup olmadığı, bu suretle eksik dava şartının ikmal edilip edilmediği, buradan varılacak sonuca göre karşı davanın dava şartı yokluğundan usulden reddinin gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

D. Gerekeç

1. İlgili Hukuk

6102 sayılı Kanun'un 638, 640, 641, 618, 620 ve 621 inci maddeleri

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 114 ve 115 inci maddeleri

2. Değerlendirme

a. (1) numaralı uyuşmazlık yönünden

1. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukuki kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

2. Limited şirketlerde ortakların ortaklıktan doğan şahsi ve mali hakları söz konusudur. Ortakların pay hakkı, şirket kârına katılma hakkı gibi mali haklarının yanı sıra, oy kullanma hakkı, ortaklığı yönetim ve idare hakkı gibi şahsi hakları mevcuttur. Limited şirketlerde ortağın şahsi haklarından biri de 6102 sayılı Kanun'un 638 inci maddesinde düzenlenen, ortağın ortaklıktan çıkma hakkıdır. Çıkma hakkı, ortağın özgür iradesi ile ortaklıktan çıkma istemini içerir. Çıkma hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılan ortağın, ortaklığa ait bütün hak ve mükelle-

fiyetleri sona ererek şirketle arasındaki bütün ilişkisi kesilmiş olacaktır.

3. Limited şirketlerde ortakların tek yanlı iradeleriyle şirketten ayrılmaları kural olarak mümkün değildir. Bunun için ortağın çıkma iradesinin bir hukuki temele dayanması gereklidir. Bu temel 6102 sayılı Kanun'un 638 inci maddesi gereğince ya esas sözleşmesel ya da kanuni olabilir. Başka bir deyişle bu temel, ya şirket sözleşmesinin ortağa şirketten tek yanlı irade ile çıkma hakkı veren bir hükmü ya da kanunun ortaklara belirli koşullarda çıkma hakkı tanıyan düzenlemesidir.

4. 6102 sayılı Kanun'un 638/1 inci maddesi "*Şirket sözleşmesi, ortaklara şirketten çıkma hakkını tanıyabilir, bu hakkın kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, limited şirket sözleşmesi ile ortaklara şirketten çıkma hakkının tanınması veya bu hakkın kullanılmasının belirli şartlara bağlanması mümkündür. Ayrıca bu hakkın kullanılması için sözleşme özgürlüğü kapsamı içinde bazı şartların varlığı da gerekli kılınabilir.

5. Limited şirkette ortaklara şirketten çıkma hakkı tanıyan bir diğer durum ise 6102 sayılı Kanun'un 638/2 nci maddesinde yer alan "*Her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir. Mahkeme istem üzerine, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar verebilir.*" şeklindeki düzenlemedir. Buna göre ortak, haklı bir sebebin varlığı hâlinde, diğer ortakların rıza ve muvafakatlerine lüzum olmaksızın şirketten çıkmasına müsaade edilmesini mahkemeden talep edebilmekte ve mahkeme kararı ile şirketten çıkabilmektedir. Böylece ortaklar, esas sözleşmede şirketten çıkma hususu düzenlenmiş olsun ya da olmasın şirketten çıkmalarını haklı gösterecek bir sebebin varlığı hâlinde her zaman bu hakkı kullanabileceklerdir.

6. Kanun'da çıkma davası açılabilmesi için mevcut olması gereken haklı sebeplerin ne olduğu örnekseme yoluyla dahi olsa sayılmamıştır. Haklı sebepler somut olayın niteliğine göre belirlenecek olup bu sebepler şahsi yahut maddi nitelikte olabilir. Önemlilik arz eden husus, haklı sebeplerden dola-

yı ortaklık ilişkisinin çıkma isteyen ortak yönünden çekilmez hâle gelmiş olmasıdır. Zira hiç bir ortaktan haklı nedenlerle çekilmez hâle gelen bir ortaklık ilişkisini devam ettirmesi beklenemez (Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2015, s. 561). Aksi hâlde, ortak, onu ortak olmaya yönelten şartlar ortadan kalktığına şirkette kalmaya mahkum edildikten başka, şirketten ayrılmasını gerektiren sebepler doğduğu hâllerde de şirketten ayrılamaz duruma düşürülür (madde gerekçesi).

7. Haklı sebep şirketin yönetimine, ticari faaliyetlere, şirketin ekonomik durumuna, ortağın diğer ortaklarla kişisel ilişkilerine ilişkin olabilir. Ayrıca haklı sebep ortağın kendisi yanında şirket tüzel kişiliğinden yahut diğer ortaklardan da kaynaklanmış olabilir. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki; çıkma davası açan ortağın haklı sebeplerin oluşumuna bilerek ve isteyerek yahut ihmal suretiyle katkı sağlamış olması durumunda bu sebeplere dayalı çıkma davası açması 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (4721 sayılı Kanun) 2 nci maddesine aykırılık teşkil eder. Burada önemli olan husus; ortaklık ilişkisinin ve şirket sözleşmesinin dürüstlük kuralına göre devam edebilmesinin çıkma isteyen ortak bakımından imkânsız hâle gelmesidir (Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2014, s. 2247; Mustafa Yasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Editör Kemal Şenocak, Cilt IV, Ankara, 2022, s. 4958, 4959; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013, s. 765).

8. Limited şirket ortağı tarafından açılan haklı sebebe dayalı çıkma davası ileriye etkili hüküm ifade eden bozucu yenilik doğuran bir dava olup, bu davada çıkmayı gerçekleştiren irade mahkeme kararıdır. Mahkemenin çıkmaya ilişkin kararı şirketle ortak arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirir ve sonuçlarını dava tarihinden değil kararın kesinleştiği tarihte doğurur. Hemen belirtilmelidir ki, ortak tarafından açılan haklı sebebe dayalı çıkma davasında davacının ortaklık sıfatının kararın kesinleştiği tarihe kadar devam etmesi gerekmektedir. Zira haklı sebebe dayalı çıkma davasında verilen çıkma kararı, sonuçlarını kararın kesinleştiği tarih itibarıyla doğuracağından davacının bu tarihte ortak olması gerekmektedir.

9. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı-karşı davalı ile dava dışı diğer ortak arasında imzalanan 05.12.2013 tarihli ve “*Şirket*

(*Ortaklık Sözleşmesi*” başlıklı sözleşme sonrasında 26.12.2013 tarihli esas sözleşme ile davalı-karşı davacı şirketin kurulduğu, davacı-karşı davalının şirket sermayesinin %15'i oranında 1200 adet paya sahip olduğu, davalı-karşı davacı şirketin kuruluşunda davacı-karşı davalının müdür olarak tayin edildiği, şirketi temsil ve ilzam yetkisinin bulunduğu, davacı-karşı davalının temsil yetkisinin şirketi münferit imza ile borçlanma ve şirketi taahhüt altına sokma yetkilerini içermediği, aylık 25.000,00 TL limitle sınırlı olmak üzere münferit imza ile ödeme yapma yetkisinin bulunduğu, öte yandan davalı-karşı davacı şirketin kuruluşu sırasında her iki ortağın vekili olan dava dışı Ş. E. vasıtasıyla Ticaret Sicil Müdürlüğüne verilen 31.12.2013 tarihli düzeltme beyannamesi ile şirket idaresi hakkında değişikliklerin yapıldığı, bu değişiklik ile davacının müdürlük yetkisinin kaldırıldığı, diğer ortak F. K'nin tek başına şirketi temsil ve ilzama yetkili müdür olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

10. Davacı-karşı davalı ile diğer ortak arasında imzalanan 05.12.2013 tarihli adi yazılı sözleşmedeki 7 nci maddede davacı-karşı davalının şirket müdürü olacağı kararlaştırılmış olup davacı-karşı davalının müdür olarak hangi alanlarda şirkete katkı sağlayacağı maddenin devamında açıkça düzenlenmiştir. Nitekim davalı-karşı davacı şirketin ana sözleşmesinin ilk hâli de ortaklar arasındaki 05.12.2013 tarihli sözleşme hükümlerine paralel olarak hazırlanmış olmasına rağmen davacının müdürlük yetkileri, yukarıda bahis geçen dava dışı vekil vasıtasıyla verilen düzeltme beyanıyla kaldırılmıştır.

11. Davacının davalı-karşı davacı şirketin kuruluşundan itibaren diğer ortakla birlikte müdür olacağı inancıyla şirketin kurucu ortağı olduğu, buna karşın davacı-karşı davalının rızası dışında, müdürlüğüne dayanak ana sözleşme düzenlemesinin değiştirilmesi ile davacı-karşı davalının kurucu ortak olma yönündeki iradesinin temel gerekçesinin ortadan kalktığı, bunun yanında mahkemece dinlenen tanık beyanlarından şirketin her iki ortağının da geçinemediği, davalı-karşı davacı şirketin kuruluşundan itibaren ortaklar arasında çekişme olduğu, dava dışı diğer ortak tarafından davacı-karşı davalıya hakaret edildiği, bu anlamda davacı-karşı davalı yönünden davalı-karşı davacı şirketteki ortaklık ilişkisinin çekilmez hâle geldiği belirlenmiştir.

12. Bu itibarla davacının asıl davada ileri sürdüğü çıkma talebinin haklı nedenlere dayandığının belirlenmesi ve bu haklı nedenlerin ispat edilmiş olması karşısında davacı-karşı davalının şirket ortaklığından haklı sebeple çıkma koşullarının gerçekleştiğinden çıkma talebinin kabulü ile çıkma payı bakımından yapılacak değerlendirme neticesinde hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.

13. Hâl böyle olunca (1) numaralı uyuşmazlık bakımından Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde direnilmesi doğru olmamıştır.

14. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

b. (2) numaralı uyuşmazlık yönünden

15. 6102 sayılı Kanun'un 640 ıncı maddesi; "(1) *Şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir.*

(2) *Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir.*

(3) *Şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hâli saklıdır.*" hükmü haiz olup birinci ve ikinci fıkraları ortağın şirket sözleşmesine dayalı olarak çıkarılmasına ilişkin iken üçüncü fıkra ise ortağın mahkeme kararıyla çıkarılmasına ilişkindir. Her iki durumda da ortak, kendi iradesi dışında ortaklıktan çıkarılır.

16. Ortağın haklı sebeplere dayalı olarak çıkarılması için açılacak dava öncesinde şirket tarafından öncelikle şirket genel kurulunda bu yönde karar alınması gerekmekte olup bu husus 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesinde emredici şekilde düzenlenmiştir. Bu nitelikteki bir karar kanun koyucu tarafından önemli kararlar arasında sayılmış olup kararın alınabilmesi için Kanun'un 621 inci maddesinde ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüştür.

17. Buna göre haklı sebeplerle çıkarma davası açılması için şirket genel kurulunda geçerli bir karar alınabilmesi, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunmasına bağlıdır. Bu yeter sayı koşulu sağlanmayan genel kurul kararları yok hükmünde olup böyle bir karara dayalı olarak açılan çıkarma davasının da dava şartı yokluğundan

usulden reddine karar verilir. Zira bu vasıftaki şirket genel kurul kararı, 6100 sayılı Kanun'un 114/2 nci maddesi anlamında çıkarma davası için aranan özel dava şartı niteliğindedir. Bu sebeple mahkemece yargılanmanın her aşamasında resen gözetilecek hususlardan biridir.

18. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; haklı sebeplerle şirket ortaklığından çıkarma talepli olarak açılan karşı davanın açıldığı tarihte 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesi gereğince davalı-karşı davacı şirket nezdinde alınmış genel kurul kararının dosyaya sunulmadığı, bu eksikliğin tamamlanması için davalı-karşı davacı şirkete verilen süre sonunda anılan tarafça 12.03.2018 tarihli olağanüstü genel kurul kararının sunulduğu, çıkarma davası için gerekli olan kararın sadece dava dışı diğer ortağın katılımıyla alındığı, yapılan toplantıya davacı-karşı davalının katılmamış olduğu anlaşılmaktadır.

19. Dosyanın incelenmesinde davacı-karşı davalının şirket sermayesinin %15'ine denk gelen ve her biri 25,00 TL itibari değerinde 1200 paya sahip olup diğer ortak dava dışı F. K.'nin ise sermayenin %85'ine denk gelen ve her biri 25,00 TL itibari değerinde 6800 paya sahiptir. Dosyaya sunulan 12.03.2018 tarihli genel kurul kararında ise davacı-karşı davalının ortaklıktan çıkarılması için alınan kararın sadece diğer ortak dava dışı F. K.'nin olumlu oyuyla alınmıştır.

20. 6102 sayılı Kanun'un 620 nci maddesinde olağan genel kurul kararlarının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacağı düzenlenmiş iken 621 inci maddesinde ise önemli kararların ise temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınacağı düzenlenmiştir. 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesinde önemli kararların alınması sırasında "*temsil edilen*" ibaresi kullanılmış olup 620 nci maddeden farklı olarak "*toplantıda temsil edilen*" ibaresi bilinçli olarak kullanılmamıştır.

21. Bu çerçevede limited şirketi, ortak sayısının 20'den az olduğu durumda şahıs şirketi özelliklerine yaklaşacak olması nazara alındığında iki ortaklı limited şirkette her iki ortağın da aynı yönde oy kul-

lanmaması durumunda önemli kararlardan sayılan ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için genel kurul kararı bakımından öngörülen ağırlaştırılmış nisabın oluşması mümkün değildir. Bu sebeple tek ortak ile diğer ortak aleyhine alınan bu nitelikteki bir karar yok hükmünde olacaktır.

22. Bu itibarla davalı-karşı davacı tarafından her ne kadar 12.03.2018 tarihli genel kurul kararı dosyaya sunulmuş ise de; 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesi uyarınca şirket ortağının şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması konusundaki genel kurul kararlarının temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği öngörülmüş olup iki ortaklı davalı-karşı davacı şirket ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda kanunda aranan nitelikte çoğunluğun sağlanamayacak olması karşısında, davalı-karşı davacı şirket tarafından dosyaya sunulan genel kurul kararı yok hükmünde olduğundan, işbu davada eksik olan özel dava şartının ikmal edildiği söylenebilir. Bu sebeple karşı davanın 6100 sayılı Kanun'un 115/2 nci maddesi gereğince dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmelidir.

23. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davalı-karşı davacı tarafından dosyaya sunulan 12.03.2018 tarihli genel kurul toplantısının usule aykırı olarak yapılmış olması durumunda da yok hükmünde olduğu, bu kapsamda anılan genel kurul toplantısının yapılma sürecinde davacı-karşı davalıya toplantı davetinin usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığının belirlenmesi gerektiği, usulüne uygun çağrı yapılmayan genel kurul toplantısında alınan kararların da yok hükmünde olduğu, bu durumda ise karşı davanın yine dava şartı yokluğundan usulden reddinin gerektiği, bu sebeple (2) numaralı uyuşmazlık bakımından direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ile 6102 sayılı Kanun'un 618 inci maddesi gereğince kural olarak limited şirketlerde ortakların oy hakkının esas sermaye paylarının itibarî değerine göre belirleneceği, davalı-karşı davacı şirketin esas sözleşmesinde buna aykırı bir düzenlemenin bulunmadığı, 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesinde belirtilen nisap için toplantıda temsil olunan oyların en az üçte ikisinin karara olumlu oy vermiş olması ve bu oy-

lar en azından oy hakkı bulunan sermayenin tamamının salt çoğunluğunu temsil etmesi gerektiği, bu anlamda oy hakkı bulunan sermayenin tamamının salt çoğunluğunun da toplantıda hazır bulunması gerektiği, davalı-karşı davacı şirket nezdinde davanın 1200 paya, diğer ortağın ise 6800 paya sahip olduğu, dolayısıyla sermayenin %85'i oranında 6800 paya sahip ortağın katılımı ve olumlu oyuyla alınan 12.03.2018 tarihli genel kurul kararının Kanun'un 621 inci maddesinde belirtilen nisaba uygun olup geçerli bir karar olduğu, bu hâliyle eksik dava şartının yargılama sırasında ikmal edildiği, bu sebeple (2) numaralı uyuşmazlık bakımından direnme kararının uygun bulunarak işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

24. Hâl böyle olunca (2) numaralı uyuşmazlık bakımından da Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde direnilmesi doğru olmamıştır.

25. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IX. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

(1) numaralı uyuşmazlık yönünden davacı-karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince Özel Daire bozma kararında belirtilen gerekçe ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA** oy birliğiyle,

(2) numaralı uyuşmazlık yönünden davacı-karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince Özel Daire bozma kararında belirtilen gerekçe ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA** oy çokluğuyla,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Kanun'un 373 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

05.07.2023 tarihinde kesin olarak karar verildi.

Birinci Başkanvekili
Adem Albayrak
Direnme Uygun Daireye

(“Karşı Oy”)

6. H.D. Bşk.
Murat Kıyak
Değişik Gerekçe ile Bozma

4. H.D. Bşk.
Kadri Özerdoğan
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Betül Azizağaoğlu

Üye
Memet Boran

Üye
Sevinç Türközmen

Üye
Mehmet Cebeci

Üye
Cengiz Balıkçı
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Kemal Güngör

2. H.D. Bşk.
Ömer Uğur Gençcan

12. H.D. Bşk.
Ayhan Tuncal
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Muharrem Akkaya

Üye
Adviye Füsün Ayaz

Üye
Sevil Kartal
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Sabahattin Öztemiz
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Feyzullah Taşkın

Üye
Fikret Demir

8. H.D. Bşk.
Fahri Akçin

10. H.D. Bşk.
Mustafa Taş

Üye
Özcan Turan
Değişik Gerekçe ile Bozma

Üye
Gülsüm Mısır Özyurt

Üye
Ramazan Ülger

Üye
Emir Ateş

Üye
Dr. Orhan Sekmen

Üye
Yakup Dokgöz

Karşılaştırıldı.
Yz. İşl. Md.

MD.

“KARŞI OY”

Karşı dava, limited şirket ortağının haklı nedenle şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkindir.

Davanın hukuki dayanağı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı Kanun) 640/3 üncü maddesi olup buna göre haklı sebeplerin varlığı durumunda şirketin talebi üzerine mahkeme kararıyla ortağın çıkarılması mümkündür. Öte yandan haklı sebeple açılacak çıkarma davası için şirket genel kurulunun 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesi gereğince bu hususta karar alması gerekir. Bu koşul, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 114/2 nci maddesi gereği özel dava şartı niteliğini haiz olduğundan çıkarmaya ilişkin genel kurul kararı mevcut olmadan açılan davanın 6100 sayılı Kanun'un 115/2 nci maddesi gereğince usulden reddine karar verilmesi gerekir.

6102 sayılı Kanun'un 618/1 inci maddesine göre limited şirkette ortakların oy hakkı esas sermaye paylarının itibarı değerine göre hesaplanır. Şirket sözleşmesinde daha yüksek bir tutar öngörülmemişse her yirmi beş Türk Lirası bir oy hakkı verir. Hükmün devamında bu hususla alakalı cevaz verilen değişikliklerin esas sözleşmeyle öngörülebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte böyle bir düzenlemenin esas sözleşmede bulunmaması durumunda her ortak, genel kurulda sahip olduğu esas sermaye paylarının itibarı değerine göre oy hakkını haizdir. Bu kapsamda alınacak kararlarda gerekli olan nisaplar 6102 sayılı Kanun'un 618 inci maddesi ile esas sözleşme hükümleri bir arada değerlendirilerek belirlenmesi gerekir.

Çıkarma davasının açılması için gerekli olan genel kurul kararı ise ancak 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesinde öngörülen nitelikteki nisapla alınabilen bir karardır. Anılan hükme göre çıkarma davası açılabilmesi için gerekli olan genel kurul kararı, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir.

Bu çerçevede öncelikle 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesinde düzenlenen kararların alınabilmesi için toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin karara olumlu oy vermiş olması ve bu oyların en azından oy hakkı mevcut esas sermayenin tamamının

salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekir. Bu kapsamda maddede toplantı yeter sayısı belirtilmemiş ise de; toplantıda temsil edilip karara olumlu oy veren oyların en az üçte ikisinin aynı zamanda oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunu oluşturması gerektiğine dair zorunluluk nedeniyle esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu aynı zamanda toplantı yeter sayısını da oluşturmaktadır. Bu sebeple toplantı öncesinde, oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun toplantıda hazır bulunup bulunmadığı önem arz ettiğinden bu sayı aynı zamanda hükümde aranan toplantı nisabı niteliğindedir. Dolayısıyla 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesi gereğince ancak belirtilen nisaplarda alınacak bir genel kurul kararı neticesinde bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması için aranan dava şartı ikame edilmiş olur (Hülya Coştan, Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, Sayı 2015/1, s. 67, Yaşar Bozkurt, Şirketler Hukuku Şerhi, Editör Kemal Şenocak, Cilt IV, Ankara 2022, s. 4548, 4549).

Belirtilen tüm bu koşullar iki ortaklı limited şirketler için de geçerli olup bu manada iki ortaklı limited şirketler bakımından Kanun'da herhangi bir istisna da öngörülmemiştir. Bu sebeple 6102 sayılı Kanun'un 621 inci maddesindeki nisapların hesabında gözetilecek oyların ortak sayısından ziyade yine aynı Kanun'un 618 inci maddesi ile şirketin esas sözleşmesi hükümleri nazara alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla aksine esas sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde payların itibarı değerine göre oy hakkı bulunan bir tek ortağın, temsil edilen oyların en az üçte ikisini ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduran nitelikte bir oy hakkına sahip olduğu durumlarda, 6210 sayılı Kanun'un 621 inci maddesi anlamında önemli karar niteliğindeki kararları tek başına alabilmesi mümkündür.

Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı-karşı davalı şirket sermayesinin %15'ine denk gelen ve her biri 25,00 TL itibarı değerinde 1200 paya sahip olup diğer ortak dava dışı F. K.'nın ise sermayenin %85'ine denk gelen ve her biri 25,00 TL itibarı değerinde 6800 paya sahiptir. Dosyaya sunulan 12.03.2018 tarihli genel kurul ka-

rarında ise davacı-karşı davalının ortaklıktan çıkarılması için alınan kararın sadece diğer ortak dava dışı F. K.'nin olumlu oyuyla alındığı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda davalı-karşı davacı şirketin sermayesi 8000 pay olup oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu 4001 paydır. Bu anlamda dava dışı diğer ortak ise 6800 paya sahiptir. Davalı-karşı davacı şirketin dosyaya sunulan 12.03.2018 tarihli genel kurul toplantısında bu ortanın 6800 payı ile verdiği olumlu oy ile davacı-karşı davalının şirketten çıkarılması hususunda karar alınmıştır. Anılan kararın oy birliği ile alınmış olması nazara alındığında olumlu oy oranının toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisini de geçtiği anlaşılmaktadır. Ayrıca ortakların oy hakkına dair şirket esas sözleşmesinde kanuni düzenlemeden ayırık bir hüküm de yer almamaktadır.

Bu itibarla 6102 sayılı Kanun'un 621/1-h maddesi gereğince karşı davanın açılabilmesi için 12.03.2018 tarihli genel kurul toplantısında alınan karar, Kanun'da öngörülen ağırlaştırılmış nisaplara uygun olarak alınmış olması nedeniyle geçerli olup bu kararın yargılama sırasında dosyaya sunulmuş olması nedeniyle eksik dava şartı ikmal edilmiştir. Dolayısıyla davalı-karşı davacı şirketin 12.03.2018 tarihli kararının yok hükmünde olup karşı davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği söylenemez.

Tüm bu nedenlerle, (2) numaralı uyuşmazlık yönünden direnme kararının uygun bulunarak esasa ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği kanaatiyle direnme kararının Özel Daire kararında belirtilen nedenlerle bozulmasına dair değerli çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Birinci Başkanvekili
Adem Albayrak

T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

ESAS NO : 2022/11-385
KARAR NO : 2023/881

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : İstanbul 13. Asliye Tica-
ret Mahkemesi

TARİHİ : 08.09.2021
SAYISI : 2019/594 E., 2021/582 K.
DAVACI : K. T. İ. A.Ş.
(Eski Unvan: G. G. Finans
Menkul Değerler A.Ş.)

DAVALILAR : 1-V. Menkul Değerler A.Ş.
(Eski Unvan: A. Menkul
Değerler A.Ş.)
2-Borsa İstanbul A.Ş.

DAVA TARİHİ : 18.12.2013
KARAR : Davanın kabulüne
TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

ÖZEL DAİRE KARARI : Yargıtay 11. Hukuk Da-
iresininin 08.05.2019 ta-
rihli ve 2018/1723 Esas,
2019/3583 Karar sayılı
BOZMA kararı

Taraflar arasındaki anonim şirket payının ai-
diyetinin tespiti ve devri davasından dolayı yapılan
yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince dava-
nın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı A. Menkul Değerler A.Ş. vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince davalı A. Menkul Değerler A.Ş. vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davalı A. Menkul Değerler A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine **Yargıtay** 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, İlk Derece Mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı davalı A. Menkul Değerler A.Ş. vekili ile davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, İlk Derece Mahkemesince verilen ilk kararın davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili tarafından istinaf edilmediği; yine Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın da davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmediği anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. Davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili ilk derece mahkemesi kararını istinaf etmediğinden ve ayrıca Bölge Adliye Mahkemesi kararını temyiz etmediğinden direnme kararını temyiz etmesinde hukuki yararı bulunmamaktadır. O hâlde davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekilinin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar vermek gerekmiştir.

Davalı A. Menkul Değerler A.Ş. vekilinin gerekli şartları taşıdığı anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan gündem ve dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili; müvekkilinin 09.07.1990 tarihinden 11.04.2013 tarihine kadar Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) gözetim ve denetimi altında aracı kurum olarak faaliyet gösterdiğini, müvekkili şirketin yönetim kurulunun almış olduğu 21.06.2012 tarihli karar gereğince aracılık faaliyetleri çerçevesinde sahibi olduğu yetki belgelerinin dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. lehine iptali için SPK'ya başvuruda bulunma kararı alındığını, SPK'nın 26.02.2013 tarihli yazısı ile müvekkilinin sahibi olduğu yetki ve izin belgelerinin iptaline karar verildiğini, davalı Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulunun 11.04.2013 tarihli kararı ile müvekkilinin borsa üyeliğinden çıkarıldığını, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (6362 sayılı Kanun) 138 inci maddesi gereğince davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin kurulduğunu ve İMKB'nin her türlü varlık, borç ve alacakları ile hak ve yükümlülüklerinin Borsa İstanbul A.Ş.'ye devredilmiş sayılacağına belirtilmiş olduğunu, ayrıca aynı Kanun'un 138/6-a maddesinde Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesi tescil ile ilan edildikten sonra sermayenin %4'ünün İMKB'nin

mevcut üyelerine devrolunacağını düzenlendiğini, müvekkilinin 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.12.2012 tarihinde ve hatta Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesinin tescil ve ilan edildiği tarihte İMKB üyeliğine sahip bir aracı kurum olmasına rağmen pay dağıtımının dışında bırakıldığını, müvekkiline verilmesi gereken payın dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. tarafından kurulan diğer davalı şirkete verildiğini, davalı Borsa İstanbul A.Ş.'ye 03.09.2013 tarihli noter ihtarnamesi gönderildiğini ancak sonuç alınmadığını ileri sürerek davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin 04.07.2013 tarihli yönetim kurulu kararı ile diğer davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye devredilen 15.971.094 adet nama yazılı C grubu payın müvekkiline devredilmesine, davalı Borsa İstanbul A.Ş. pay defterinde davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. lehine gerçekleştirilen usulsüz kaydın düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

1. Davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekili; davacı ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. arasında akdedilen "Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi" gereğince sözleşme tarihi olan 21.06.2012 tarihinden itibaren davacının yetki belgesi, aracılık faaliyetleri ve borsa üyeliğinden kaynaklanan tüm hak ve borçlarının müvekkiline ait olduğunu, bu tarihten itibaren yetki belgelerine ve aracılık faaliyetlerine ilişkin davacıya tahakkuk eden harçlar, aidatlar vb. ödemelerin müvekkili tarafından yapıldığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

2. Davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili; pay devirlerinin 6362 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak gerçekleştirildiğini, müvekkili tarafından pay devrine ilişkin kararın alındığı 04.07.2013 tarihinde davacının borsa üyesi şartına sahip olmadığını, ayrıca davacı talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin 15.02.2017 tarihli ve 2014/585 Esas, 2017/67 Karar sayılı kararı ile; SPK'nın 26.02.2013 tarihli yazısı ile davacının sahibi olduğu yetki ve izin belgelerinin iptaline karar verildiği, davalı Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulunun 11.04.2013 tarihli kararı ile davacının borsa üyeliğinden çıkarıldığı, bu tarihe kadar davacının İMKB

üyeyi aracı kurum olduğu, öte yandan davalı Borsa İstanbul A.Ş. tarafından 29.07.2013 tarihinde Türkiye Sermaye Piyasaları Aracı Kuruluşlar Birliği'ne gönderilen yazıda ortaklık payı devir işlemlerinin 6362 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarih olan 30.12.2012 tarihi esas alınarak yapıldığı açıklamasının yer aldığı, oysa davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin hem 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği hem de Borsa İstanbul A.Ş.'nin kuruluşunun tescil ve ilan edildiği tarihte üyelik sıfatının bulunmadığı, dolayısıyla davalılardan A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye yapılan devir işleminin haksız ve hukuka aykırı olduğu gerekçeyle davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin 04.07.2013 tarihli yönetim kurulu kararı ile diğer davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye devredilen 15.971.094 adet nama yazılı C grubu payın davacıya devredilmesine, Borsa İstanbul A.Ş.'nin kayıtlarının buna göre düzeltilmesine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin 18.02.2018 tarihli ve 2018/104 Esas, 2018/74 Karar sayılı kararı ile; davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Kanun'un 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

V. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile;

"...Dava, davalı İstanbul Borsa A.Ş.'deki kanun gereği diğer davalıya bedelsiz verilen hisselerin aidiyeti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacı şirketin sahibi olduğu yetki belgelerinin dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. lehine iptaline ilişkin 21.06.2012 tarih 388 sayılı şirket yönetim kurul kararı sonrasında yetki ve izin belgelerinin iptaline karar verildiğini, Borsa İstanbul A.Ş. Yönetim Kurulunun 11.04.2013 tarihli kararı ile davacının borsa üyeliğinden çıkarıldığını, davacının 6362 sayılı SPK'nın 138/6-a bendi gereği yapılan pay dağıtımının dışında bırakılmasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş ve davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye devredilen 15.971.094 adet nama yazılı C grubu payın davacı şirkete devredilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davacı ile dava dışı A. Yatırım Bankası A.Ş. arasında, 21.06.2012 tarihli "Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi" imzalanmış olup, sözleşmenin 1. maddesinde satıcının SPK 31. madde uyarınca sahip olduğu yetki belgelerini kendi adına iptal ederek alıcıya devretmeyi, alıcının da yeni aracı kurum kurmak ve faaliyet izni almak üzere SPK'ya başvurmayı kabul ve beyan ettiği, sözleşmenin 2/i-iii maddesinde, satıcının SPK'daki faaliyetlerini kendi istemi üzerine Aralık/2009 tarihinden itibaren durdurduğu, SPK'da işlem yapmak üzere sahip olduğu yetki belgelerini iptal ederek faaliyet konusunun değiştirilmesi yoluyla sermaye piyasası faaliyetlerinden çekilmek istediği, 5/i maddesinde satışa konu yetki belgelerinin alıcı tarafından kurulacak aracı kurum lehine iptali ve faaliyet konusunun değiştirilmesi için yönetim kurulu kararı alacağı, 5/ii maddesinde de alıcı tarafından yeni aracı kurum kuruluşu için başvuru yapılacağı düzenlenmiştir.

Sözleşme akabinde davacının, A. Menkul Değerler A.Ş.'nin kuruluşuna izin verilmesi için sahip olduğu yetki ve izin belgelerinin iptali talebiyle SPK'ya başvuruda bulunduğu, Kurulun 26.02.2013 tarihli cevap yazısıyla, 15.10.2012 tarihli ve 35 sayılı toplantı ile tüm yetki ve izin belgelerinin A. Menkul Değerler A.Ş.'nin tüm hukuki işlemleri tamamlanarak faaliyete geçtiği gün itibarıyla iptal edilmesine karar verildiği, 22.02.2013 tarihli toplantıda davacının sahip olduğu yetki ve izin belgelerinin iptaline karar verildiği ve ana sözleşmesinin sermaye piyasası faaliyetlerini kapsamayacak şekilde değiştirilmesinin davacıdan istendiği, davalının 11/04/2013 tarihli karar ile borsa üyeliğine kabul edildiği, 04/07/2013 tarih ve 2013/17 sayılı karar ile Borsa İstanbul A.Ş. (C) grubu ortaklık paylarından 15.971.094 adet payın davalıya bedelsiz olarak devredilmesine karar verildiği ve Borsa

İstanbul A.Ş.'nin 01/11/2013 tarihli yazısından pay devri kararının alındığı tarih itibarıyla davacının borsa üyeliğinin sona ermiş bulunduğu gerekçesiyle davacı lehine pay devrinin yapılmadığı bildirilmiştir.

30.12.2012 tarihli 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olarak borsacılık faaliyetlerinde bulunmak üzere Borsa İstanbul A.Ş. kurulmuş olup, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başka işleme gerek kalmaksızın Ticaret Siciline re'sen tescil olunmuştur. Anılan kanun gereğince, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ve İstanbul Altın Borsasının tüzel kişilikleri Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesinin tescili ile son bularak İMKB ve İAB'nin her türlü varlık, borç, alacak, hak ve yükümlülükleri, her türlü kayıt ve belgeleri bir bütün olarak maddede sayılı istisnalar dışında, herhangi bir işleme gerek olmadan Borsa İstanbul AŞ'ne devrolunmuştur.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 136. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde; "Esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin %4'ü İMKB'nin mevcut üyelerine, binde 3'ü İAB'nin mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak, %1'i ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredilir." hükmü düzenlenmiştir.

Davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesi, 03.04.2013 tarihinde İstanbul Ticaret Siciline tescil edilmiş ve 04.04.2013 tarih 8213 sayılı Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmiştir.

Somut olayda, davacının öncesinde İMKB'da işlem yapmaya yetkili olduğu, yetki belgelerini 21.06.2012 tarihli "Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi" ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş.'ye devir ettiği, aynı zamanda dava dışı şirket iştiraki olan davalı şirketin taraflar arasındaki sözleşme gereği yeni aracı kurum olarak gösterildiği, davacının satışa konu yetki belgelerinin davalı aracı kurum lehine iptali ve faaliyet konusunun değiştirilmesi için yönetim kurulu kararı aldığı ve bu hususta SPK'ya başvuruda bulunduğu dikkate alındığında tarafların 21.06.2012 tarihli sözleşme hükümlerini ifa iradesi ile hareket ettikleri açık olup, Bölge Adliye Mahkemesinin davalının 12.06.2012 (doğrusu 21.06.2012) tarihli sözleşmenin tarafı olmadığından sözleşme hükümlerinin değerlendirilmemesinde usul ve yasaya aykırı bir yön olmadığı gerekçesi yerinde değildir.

Ayrıca, 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren SPK Kanunu 138/6-a maddesinde, davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin kurulması ve esas sözleşmesinin teskilini müteakip, MKB'da işlem yapma yetkisine sahip üyelerine bedelsiz hisse verileceği düzenlenmiş olup, işlem aşamaları itibariyle İMKB'da görünürde işlem yapma yetkisine davacı tarafın sahip olduğu düşünüldüğünde dahi, taraf iradeleri ile davacının taraflar arasındaki sözleşmeye atıf yaparak davacı adına tahakkuk eden hizmet, aidat, yetki belgesi harç tutarı gibi bedellerin davalı tarafından ödenmesinin istendiği ve bedellerin davalı tarafından ödendiği nazara alındığında, dava konusu iddiaların ileri sürmesi TMK 2/1 kapsamında dürüstçe bir davranış olarak kabul edilemeyecektir. Nitekim dosyaya davalı vekili tarafından sunulan 08.05.2014 tarihli hukuki mütalaada da benzer şekilde değerlendirmede bulunulmuştur. Bu nedenlerle, davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi ve buna bağlı olarak Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın temyiz eden davalı A. A.Ş. yararına bozulması gerekmiştir..”

gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. İlk Derece Mahkemesince Verilen Direnme Kararı

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayı belirtilen kararı ile önceki gerekçeye ilaveten; 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesinde bozma ilâmında belirtilenin aksine davalı Borsa İstanbul A.Ş.'nin %4 hissesinin İMKB'de işlem yapma yetkisine sahip üyelerine verileceğine dair bir düzenlemenin yer almadığı, başka bir deyişle anılan Kanun maddesinde pay verilmesi için İMKB üyesinin işlem yapma yetkisine sahip olmasının aranmadığı, gerek 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte gerekse Borsa İstanbul A.Ş.'nin kuruluşunun tescil ve ilan edildiği tarihte davacının İMKB üyeliğinin devam ettiği, davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin ise üyelik sıfatını 11.04.2013 tarihinde kazandığı, 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesinin emredici nitelikte olduğu, anılan Kanun maddesinde pay devrinin fiilen yapıldığı tarihte üye olunmasına dair bir ifade bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

VI. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen direnme kararına karşı süresi içinde davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekili ile davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. vekili, sözleşmenin akdedildiği 21.06.2012 tarihinden itibaren davacı şirketin yetki belgesi, aracılık faaliyetleri ve borsa üyeliğinden kaynaklanan tüm hak ve borçların müvekkiline geçtiğini ve müvekkili tarafından gerekli ödemelerin yapıldığını, 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesi gereğince yapılan bedelsiz pay devrinin amacının 2009 yılından itibaren borsada fiilen hiçbir şekilde faaliyette bulunmayan ve sermaye piyasası faaliyetlerinden tamamen çekileceğini Borsa İstanbul A.Ş.'nin kuruluşundan önce açıkça beyan ve taahhüt eden kişilere karşılıksız kazandırmalarda bulunmak olmadığını, yetki belgeleri iptal edilen, aracılık faaliyetlerini fiilen ve hukuken yürütmeyen, ticaret unvanını değiştiren ve esas sözleşmesini dâhi sermaye piyasası faaliyetlerinden çekilme yönünde değiştirerek borsa üyeliği şartlarını yitirmiş bulunan bir aracı şirkete pay devri yapılmasının istenmesi 6362 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat karşısında iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu, Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulu tarafından müvekkili lehine yapılan devrin hukuka uygun olduğunu, işbu davadaki talebin dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince hukuki himaye görememesi gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını talep etmiştir.

C. Uyuşmazlık

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacı ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. arasındaki 21.06.2012 tarihli “Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi” gereğince davacının yetki ve izin belgelerini davalıya devretmesi karşısında gerek 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte gerekse Borsa İstanbul A.Ş.'nin kuruluşunun tescil ve ilan edildiği tarihte davacının İMKB üyeliğinin devam ettiği ve Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulunun 11.04.2013 tarihli kararı ile davacının borsa üyeliğinin

den çıkarıldığı gözetildiğinde 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesi gereğince pay devrinin davacıya mı yoksa davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye mi yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

D. Gerekçe

1. İlgili Hukuk

1. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (818 sayılı Kanun) 182 ve 183 üncü maddeleri:

2. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (4721 sayılı Kanun) 2 ve 686 ncı maddeleri:

3. 6362 sayılı Kanun'un 138 inci maddesi:

2. Değerlendirme

1. Somut olaya uygulanması gereken 818 sayılı Kanun'un 182/2 maddesi gereğince satış sözleşmesiyle satıcı, satılanı teslim ve mülkiyeti geçirmeyi; alıcı da bir bedel ödemeyi taahhüt eder. Bütün sözleşmelerde olduğu gibi satış sözleşmesinin kurulması için de tarafların objektif bakımdan esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gerekir. Satış sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı noktaları satış konusu, semen ve bunların birbiriyle değiştirilmesi taahhüdüdür. Satış konusu üzerindeki hak sahipliğinde değişme menkullerde teslim, gayrimenkullerde tescil ve alacaklarda temlik şeklinde tasarruf işlemleriyle gerçekleşir. Satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup satıcının edimini satılan mal oluştururken, alıcının edimin de bedel (satış parası) oluşturur.

2. Satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Bu sözleşmede satıcının borçlandığı tek bir edim bulunmaktadır; o da zaman dilimi içinde belirli bir anda ve bir defada yerine getirilir. Borçlanılan edimin ifası, yani zilyetliğin ve mülkiyetin devri zamanla yayılmış değildir. Bu durumun tek istisnası ard arda teslimli satış sözleşmesidir. Ard arda teslimli satış sözleşmesi niteliği itibariyle sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.

3. Satış sözleşmesinin başlıca özelliği bir mal üzerindeki hakkın bir başkasına devri borcunu doğurmasıdır. Burada sözü geçen "mal" ibaresi eşya hukuku anlamında değil, malvarlığı hukuku anlamında anlaşılmalıdır. Bu nedenle bir kimsenin malvarlığına dahil ve parayla ölçülebilen her türlü ekonomik

değer, üzerinde hukuki hakimiyet kurmaya elverişli olduğu ölçüde satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir; "satılan mal" kavramı içinde yer alabilir. Satılan mal, taşınır veya taşınmaz mal gibi cismani varlığı olan maddi bir mal olabileceği gibi maddi olmayan ve taşınmaz mülkiyetin kapsamına girmeyen doğal güçler satış sözleşmesine konu olabilir.

4. Mutlak ve nispi haklar da maddi olmayan mal kapsamında satış sözleşmesine konu olabilir. Bu itibarla mülkiyet veya irtifak hakkı, patent hakkı, lisans hakkı, telif hakkı gibi fikri ve sınai haklar ile alacak hakkı gibi haklar satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir. Öte yandan ekonomik bir değer ve yarar taşıyan ve mutlak hak niteliğinde olmayan know-how, bir iş veya üretim sırrı ya da müşteri çevresi, bir işin yapılması için gerekli olan ruhsat ve yetki belgeleri de satış sözleşmesine konu olabilir. Aynı şekilde ticari şirketlerin hisse senetlerinin, kıymetli evrakta tecessüm etmiş hakların da satış sözleşmesine konu olması mümkündür.

5. Bununla birlikte TMK'nın 686 ncı maddesi gereğince bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Dolayısıyla asıl şeyin satışı durumunda, aksi kararlaştırılmadığı sürece, eklenti de satış kapsamındadır. Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. Eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez.

6. 818 sayılı Kanun'un 182/1 maddesi gereğince satıcı satılan şeyin mülkiyetini alıcıya devretmek, böylece satılan şey üzerindeki mülkiyet hakkını ona sağlamak zorundadır. Taşınır satışlarında mülkiyet zilyetliğin devri ve teslim ile; taşınmazlarda ise tescil talebi ve tescil fiiliyle geçer. Öte yandan maddi olmayan malların da satışı mümkün olduğundan ve haklar üzerinde mülkiyet hakkından bahsedilemeyeceğinden her hak satışında o hakkın alıcıya devredilmesini sağlayan kuralların uygulanması gerekir. Hak seviyesine ulaşmamış ekonomik yarar ve faydalarda ise devir işlemi bunların alıcının tasarrufuna arz edilmekle veya alıcıya ait olmaları için gerekenlerin yapılmasıyla gerçekleşir.

7. Hemen belirtilmelidir ki; 818 sayılı Kanun'un 183 üncü maddesi gereğince parça borçlarında durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında satılanın yarar ve hasarı, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte alıcıya geçer. Ancak cins borçlarda yarar ve hasar mülkiyetin devri için gerekli işlemlerin yapılmasıyla alıcıya geçmektedir. Bu kapsamda parça borçlarda sözleşmenin yapılmasıyla satılanın her türlü yararı alıcıya intikal eder.

8. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının sermaye piyasasında aracı kurum olduğu, ancak Aralık 2009 itibariyle fiili olarak faaliyet göstermediği, sermaye piyasasında faaliyet göstermek için sahip olduğu yetki belgelerinin devri için davacı ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. arasında 21.06.2012 tarihli "Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi" imzalandığı ve davacının sahip olduğu "Alım Satım Aracılığı Yetki Belgesi" ile "Türev Araçların Alım Satımına Aracılık Yetki Belgesi" öngörülen satış fiyatı üzerinden davacı adına iptal edilerek dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş.'ye devredilmesi hususunda mutabık kalındığı anlaşılmaktadır.

9. Taraflar arasındaki sözleşmede tarafların yükümlülükleri açık bir şekilde düzenlenmiş; dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş.'nin mali ve vergisel yükler hariç olmak üzere 1.700.000,00 TL karşılığında davacının sahip olduğu yetki belgelerinin devredilmesi suretiyle yeni bir aracı kurum kurmak ve faaliyet izni almak üzere SPK'ya başvurmak hak ve yetkisini kazanacağı belirtilmiştir. Öte yandan davacı tarafından sözleşme hükümleri çerçevesinde yetki belgelerinin iptali ve faaliyet konusunun değiştirilmesi amacı ile şirket bünyesinde kurul toplantılarının gerçekleştirileceği ve gerekli kararların alınacağı, SPK tarafından yetki belgelerinin iptal edilmesi sonrasında ise faaliyet konusu değişikliğine ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı belirtilmiş, dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. tarafından ise yeni aracı kurum kurulması amacıyla yönetim kurulu kararının alınacağı ve bu konuda SPK'ya başvuruda bulunulacağı taahhüt edilmiştir.

10. Sözleşme gereğince davacı tarafından; yetki belgelerinin iptali ve faaliyet konusunun değiştirilmesi amacı 21.06.2012 tarihli yönetim kurulu toplantısı yapılmış ve 12.08.2008 tarihli ARK/ASA-374 sayılı "Alım Satım Aracılığı Yetki Belgesi"nin ve 12.08.2008

tarihli ARK/TAASA-148 sayılı "Türev Araç Alım Satım Aracılığı Yetki Belgesi"nin A. Katılım Bankası A.Ş. lehine iptaline bu suretle sermaye piyasası faaliyetlerinden çekilmeye, yetki belgelerinin iptaline karar verilmesini takiben aracı kurum faaliyet konusunun değiştirilmesine, mevzuatın öngördüğü gerekliliklerin yerine getirilmesine karar verilmiştir.

11. Dosya kapsamından davacı şirketin 16.07.2012 tarihli ve 16026 sayı ile SPK kaydına alınan başvurusu ile; A. Y. Menkul Değerler A.Ş.'nin kuruluşuna izin verilmesi için sahip olduğu yetki ve izin belgelerinin iptali talebinde bulunduğu, SPK'nın 15.10.2012 tarihli ve 35 sayılı toplantısında A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin kuruluşuna izin verilmesi talebine ilişkin olarak davacı şirketin tüm yetki ve izin belgelerinin A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin tüm hukuki işlemleri tamamlanarak faaliyete geçtiği gün itibariyle iptal edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. ise 02.11.2012 tarihinde ticaret siciline tescil edilmiş; bu durum 08.11.2012 tarihli ve 8189 sayılı Ticaret Sicil Gazetesinde ilan edilmiştir.

12. Bununla birlikte 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Kanun'un 138 inci maddesi ile Borsa İstanbul A.Ş. kurulmuş; İMKB'nin ve İstanbul Altın Borsasının tüzel kişiliklerinin Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesinin tescili ile sona ereceği belirtilmiştir (6362 sayılı Kanun m. 138/4). Anılan Kanun'un 138/5 maddesi gereğince Borsa İstanbul A.Ş.'nin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İMKB'nin ve İstanbul Altın Borsasının her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, bu maddede yer alan istisnalar dışında, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul A.Ş.'ye devrolunmuş sayılır. Yine anılan Kanun'un 138/6 maddesi gereğince Borsa İstanbul A.Ş. esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzu, bu pay sahipliği ile ilgili her türlü işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazine, yüzde elli biri ise öncelikle aşağıda belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul A.Ş. adına kaydolunur; esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin yüzde dördü İMKB'nin mevcut üyelerine, binde üçü İstanbul Altın Borsası-

nın mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak; yüzde birine tekabül eden kısmı ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredilir.

13. A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin 02.01.2013 tarihinde SPK kaydına alınan başvurusu ile; şirket adına Alım Satım Aracılık, Halka Arza Aracılık, Portföy Yöneticiliği ve Yatırım Danışmanlığı Yetki Belgeleri düzenlenmesi ile sermaye piyasası araçlarının kredili alım, açığa satış ve ödünç alma, verme işlerine izin verilmesi talebi ile SPK'ya başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

14. SPK'nın 22.02.2013 tarihli ve 6 sayılı toplantısında; davacı şirketin yetki ve izin belgelerinin iptal edildiği hususunun davacı şirkete bildirilmesine, şirketin yetki ve izin belgelerinin iptali keyfiyetinin ticaret sicilinden terkin edilerek Türk Ticaret Sicil Gazetesi ile ülke çapında yayınlanan en az iki gazetede ilan edilmesi gerektiğinin bildirilmesine, şirketin esas sözleşmesinde ticaret ünvanı, amaç ve faaliyet konularına ilişkin hükümlerin sermaye piyasası faaliyetlerini kapsamayacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini bildirmesine karar verilmiş; bu husus SPK'nın 26.02.2013 tarihli yazısı ile davacı şirkete bildirilmiştir.

15. Yine SPK'nın 22.02.2013 tarihli ve 6 sayılı toplantısında; davacı şirketin A. Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş.'nin faaliyete geçmesi için sahip olduğu yetki belgelerinin iptali başvurusunun olumlu karşılandığı, A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin işlemlerine izin verilmesi başvurusunun 6362 sayılı Kanun kapsamında yapılacak düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar geçerli olmak üzere geçici olarak olumlu karşılanmasına, gerekli harcın yatırılarak ödeme makbuzunun SPK'ya iletilmesine, blokaj yükümlüğünün sağlanması için gerekli süre içerisinde Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliğine üyelik için başvuru yapılmasına karar verilmiş; bu husus Sermaye Piyasası Kurulunun 26.02.2013 tarihli yazısı ile A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye bildirilmiştir.

16. Borsa İstanbul A.Ş.'nin 11.04.2013 tarihli ve 2013/02 sayılı yönetim kurulu kararı ile; yetki belgeleri A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. lehine iptal edilen davacı şirketin borsa üyeliğinden çıkarılmasına ve A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin borsa üyeliğine kabul edilmesine karar verilmiştir.

17. Öte yandan Borsa İstanbul A.Ş.'nin 04.07.2013 tarihli ve 2013/17 sayılı yönetim kurulu kararı ile; 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesi gereğince C grubu ortaklık paylarından 15.971.094 adet payın bedelsiz olarak A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ne devredilmesine karar verilmiş, bu husus 18.07.2013 tarihli yazı ile A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye bildirilmiştir.

18. Görüldüğü üzere davacı şirket ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. arasında imzalanan 21.06.2012 tarihli "Yetki Belgeleri Satış Sözleşmesi"nin konusunu ekonomik bir değer ve yarar taşıyan ve bir işin yapılması için gerekli olan ruhsat ve yetki belgeleri oluşturmaktadır. Her ne kadar 818 sayılı Kanun'un 182/1 maddesi gereğince satıcı satılan şeyin mülkiyetini alıcıya devretmek zorunda ise de hak seviyesine ulaşmamış ekonomik yarar ve faydalarda devir işlemi bunların alıcıya ait olmaları için gerekenlerin yapılmasıyla gerçekleşir. Bir aracı kurumun İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında üye olabilmesi ve işlem yapabilmesi için yetki belgelerine sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla borsaya üyelik, satış sözleşmesi kapsamında değerlendirildiğinde yetki belgelerinin eklentisi niteliğindedir. 4721 sayılı Kanun'un 686 ncı maddesi gereğince bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar; asıl şeyin satışı durumunda, eklenti de satış kapsamındadır. Böylece 21.06.2012 tarihli satış sözleşmesinde aksi belirtilmediğinden davacı şirkete ait yetki belgelerinin satışı, bu yetki belgeleri ile sermaye piyasasında faaliyet gösterme ve borsaya üye olma neticesine dayalı olarak İMKB üyeliğinden doğacak payların da alıcıya ait olduğu kabul edilmelidir.

19. Davacı şirket ile dava dışı A. Katılım Bankası A.Ş. arasında imzalanan 21.06.2012 tarihli satış sözleşmesi sonrasında davacı şirket tarafından sözleşmeye konu yetki belgelerinin alıcıya ait olması için gerekenlerin hepsi 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yapılmıştır. Böylece anılan Kanun yürürlüğe girmeden önce kurulan A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. sermaye piyasasında faaliyet göstermek için gerekli olan tüm yetki belgelerinin sahibi olmuştur. Bu kapsamda hem SPK'nın hem de Borsa İstanbul A.Ş.'nin 6362 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra almış olduğu kararlar kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Başka bir deyişle hem SPK'nın hem de Borsa İ-

tanbul A.Ş.'nin yönetim kurulunun aldığı kararlar, satış sözleşmesi neticesinde yetki belgelerinin ve borsa üyeliğinin alıcıya ait olduğunu açıklayan kararlardır.

20. Bununla birlikte dava konusu satış sözleşmesinin yapılmasıyla 818 sayılı Kanun'un 183 üncü maddesi gereğince sözleşmeye konu yetki belgesi kapsamındaki tüm hasar ve yarar alıcıya geçmiştir. Bu kapsamda 6362 sayılı Kanun'un 138/6-a maddesi gereğince İMKB'de üye olanlara devredilecek olan Borsa İstanbul A.Ş.'nin hisselerinden de alıcının yararlanması gerekir.

21. Hemen belirtilmesi gerekir ki davacı şirket tarafından A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye gönderilen yazıdan satış sözleşmesinin yapılması sonrasında sözleşmeye konu yetki belgeleri nedeniyle davacı şirkete tahakkuk eden hizmet, aidat, yetki belgesi harç tutarı gibi bedellerin davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş. tarafından ödenmesi gerektiği belirtilmiş; bu bedellerin anılan **davalı** tarafından ödendiği anlaşılmıştır. Davacı şirketin satış sözleşmesinden sonra tahakkuk eden hizmet, aidat, yetki belgesi harç tutarı gibi bedelleri davalı A. Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'ye ödettirmesi, ancak yetki belgelerinin yararı niteliğindeki borsa üyeliğinin kendisine ait olduğunu iddia etmesi 4721 sayılı Kanun'un 2 nci maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

22. Bu itibarla ilk derece mahkemesince, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.

23. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa-ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

VII. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

A. Davalı Borsa İstanbul A.Ş. Vekilinin Temyizi Yönünden

Davalı Borsa İstanbul A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının hukuki yarar yokluğundan **REDDİNE**,

B. Davalı A. Y. Menkul Değerler A.Ş. Vekilinin Temyizi Yönünden

Davalı A. Y. Menkul Değerler A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harçlarının yatırıncılara ayrı ayrı geri verilmesine,

Dosyanın 6100 sayılı Kanun'un 373 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

04.10.2023 tarihinde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.

T.C.
YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLÂMI

ESAS NO :2022/261
KARAR NO :2023/3737

İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : İstanbul Bölge Adliye
Mahkemesi 44. Hukuk
Dairesi

TARİHİ :18.11.2021
SAYISI :2020/647 Esas,
2021/1398 Karar

DAVACI :John Wayne
Enterprises LLC.

DAVALI :M. A. A.
DAVA TARİHİ :28.12.2016
HÜKÜM :Başvurunun esastan
reddi

TEMYİZ EDEN :Davalı vekili
İLK DERECE MAHKEMESİ:Bakırköy 1. Fikri ve
Sinai Haklar Hukuk
Mahkemesi

TARİHİ :12.12.2017
SAYISI :2016/218 E.,
2017/273 K.

Taraflar arasındaki marka hükümsüzlüğü davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkili şirketin ünlü Amerikalı oyuncu John Wayne'nin çocukları tarafından kurulduğunu ve bugün dahi onlar tarafından

idare edildiğini, müvekkilinin 1980'li yıllardan itibaren "John Wayne" ibaresini dünyanın bir çok ülkesinde ve uluslararası patent ofisleri nezdinde adına marka olarak tescil ettirdiğini, müvekkilinin "John Wayne" markasının gerçek hak sahibi olduğu gibi markanın dünya çapında da tanınmış bir marka olduğunu, davalının 2010/47125 ve 2011/90448 sayılı ve her ikisi de "John Wayne" ibaresinden ibaret olan markaları müvekkili markasının tanınmışlığından haksız olarak istifade etmek amacıyla kötü niyetli bir şekilde adına marka olarak tescil ettirdiği ileri sürerek davalı adına tescilli 2010/47125 ve 2011/90448 sayılı markaların hükümsüz kılınarak sicil-den terkinine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı M. A. A., cevap dilekçesi sunmamıştır.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile davacı yana ait "JOHN WAYNE" ibareli markanın ünlü bir sinema oyuncusunun isminden yaratıldığı, "John Wayne" ibaresi ülkemizde davacı adına marka olarak tescil edilmemiş ise de bir sinema karakterinin ismi olan bu ibarenin ülkemizde bilinen ve tanınan bir isim olduğu, davacının bu ibareyi bir çok ülkede adına marka olarak tescil ettirdiği, davalının hiç bir zorunluluk bulunmamasına rağmen bu ismi davacı şirketle ilgili olan mal ve hizmetlerde marka olarak tescil ettirmesinin kötü niyetli bir davranış olduğu, kötü niyetin hiç bir zaman ve süreyle sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, davalının adına tescilli markayı kovboy resimleriyle birlikte kullanmasının davacı markasına yanaşma ve davacı markasının tanınmışlığından haksız olarak istifade etme amacına delalet ettiği, davacı adına yurt dışında tescilli olan markalarla davalı adına ülkemizde tescilli bulunan davaya konu markaların görsel ve işitsel açıdan ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu, davacıya ait John Wayne ibareli marka tanınmış olduğu gibi davacının bu marka üzerinde üstün hak sahipliği de bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. İstinaf Sebepleri

Davalı vekili istinaf dilekçesinde özetle; davanın müvekkili markaların tescil edilmesinden beş yıl geçtikten sonra açıldığını, davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığını, müvekkilinin davaya konu “John Wayne” markasının ülkemizdeki gerçek hak sahibi olduğunu, markayı tescil edildiği tarihten bu yana gerçekleştirdiği yoğun emek ve mesaiyle tanınmış hale getirdiğini, kötü niyetli olmadığını belirterek İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasını istemiştir.

C. Gereke ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile İlk Derece Mahkemesinin vakia ve hukuki değerlendirmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun esaslan reddine karar verilmiştir.

V. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Davalı vekili temyiz dilekçesinde; istinaf dilekçesinde ileri sürdüğü hususları tekrar ederek kararın bozulmasını istemiştir.

C. Gereke

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, marka hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

6100 sayılı Kanun’un 369 uncu maddesinin birinci fıkrası ile 370 ve 371 inci maddeleri, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (556 sayılı KHK) 8 inci maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile aynı KHK’nın 35 inci ve 42 inci maddeleri.

3. Değerlendirme

1. Dava, gerçek hak sahipliği, tanınmışlık ve kötü niyet vakıalarına dayalı marka hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.

2. Marka hukukuna egemen olan ülkesellik prensibi gereğince, tescilli bir marka sahibinin hakları ancak markanın tescilli olduğu ülke sınırları dahilinde korunacak olup başka ülkelerde marka koruması için o ülkede, ilgili mevzuatına göre de markanın tescil edilmesi gerekir. Bu bağlamda her devlet, marka hakkını, maddi ve şekli koşulları yerine getirmek kaydıyla, sadece kendi ülkesinin sınırları içinde koruyacak, yine sadece kendi ülkesinde vuku bulan ihlallerde, tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, kendi ülkesindeki hukuk yollarını kullanmasını sağlayacaktır. Davacı yan, “John Wayne” ibareli markaları, dünyanın bir çok ülkesinde 1980’li yıllardan itibaren hükümsüzlüğü talep edilen davalı markalarının tescilli olduğu sınıflarda adına marka olarak tescil ettirmiş ise de anılan ibareyi Ülkemizde marka olarak tescil ettirmemiştir. Dosya kapsamında, davacının söz konusu işareti, davalı markalarının tescil edildiği tarihten önce Ülkemizde tescilsiz olarak kullandığına ilişkin bir delil de bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı yan, kural olarak yurt dışında tescilli olan “John Wayne” ibareli markalarına dayalı olarak davalının aynı ibare ve sınıfa ilişkin markaları Ülkemizde tescil ettirmesine engel olamaz. Zira ülkesellik prensibi gereğince marka sahibinin haklarının ancak markanın tescilli olduğu ülke sınırları dahilinde korunması esastır. Ancak hukukun genel ilkelerine göre kötü niyetin hiç bir şart ve durumda korunup himaye edilmesi söz konusu olamayacağından kötü niyet, ülkesellik prensibinin istinasını teşkil eder. O halde somut uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için davalının davaya konu markaları kötü niyetle tescil ettirip ettirmediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun (YHGK) 29.06.2022 tarih, 2020/11-699 E., 2022/1093 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere, gerek 556 sayılı KHK’da gerekse de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda hangi hâllerde kötü niyetli marka başvurusunun söz konusu olduğu belirtilmemiştir. Ancak genel olarak kötü niyetli marka başvurusu; hak sahibi olmadığını bilmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde tescil için başvuruda bulunulması veya başvurunun tescil ettirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda başvuru sahibinin markanın aynısının veya benzerinin bir başkası tarafından kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi hâli, kötü niyetin varlığında önem kazanmaktadır. Örneğin, gerçek hak sahibi olmamakla birlikte başkasının ticaretinde kullandığı tescilsiz bir işareti, kendisinin hak sahibi olmadığını bile bile tescili için başvuruda bulunan

kimse kötü niyetli sayılacaktır. Yine başkası tarafından kullanılan bir markanın aynısını veya benzerini bilerek ve haklı bir neden olmaksızın sırf rakibini engellemek amacı taşıyan engelleme markaları kötü niyetli marka başvurusu olarak değerlendirmelidir. Ayrıca başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme ve marka ticareti yapmak ya da şantaja yönelik başvuruda bulunmak ve tescil ettirmek de kötü niyetli olarak kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere kötü niyetli marka başvurusu hâli her somut olay kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu kapsamda marka hükümsüzlüğü davalarında kötü niyet iddiası ileri sürülmüş ise 4721 sayılı Kanun'un 2 nci maddesi gereğince kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.

4. Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya dönülecek olursa, İlk Derece Mahkemesince, davacı yana ait "JOHN WAYNE" ibareli markanın ünlü bir sinema oyuncusunun isminden yaratıldığı, "John Wayne" ibaresi ülkemizde davacı adına marka olarak tescil edilmemiş ise de bir sinema karakterinin ismi olan bu ibarenin ülkemizde bilinen ve tanınan bir isim olduğu, davacının bu ibareyi bir çok ülkede adına marka olarak tescil ettirdiği, davalının hiç bir zorunluluk bulunmamasına rağmen bu ismi davacı şirketle ilgili olan mal ve hizmetlerde marka olarak tescil ettirmesinin kötü niyetli bir davranış olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak İlk Derece Mahkemesince tanınmışlığa gerekçe olarak gösterilen hususlar davacı markalarına ilişkin değil ünlü aktör John Wayne'nin dünya ve ülkemizdeki ününe ve tanınmışlığına ilişkindir. Adı geçen aktörün ünü ve tanınmışlığı, sözü edilen aktörün isminden yaratılan davacı markalarına mal edilemez. Tanınmışlık olgusunun, marka hukukunda kabul edilen genel prensipler gereğince ayrıca ispatlanması gerekir. Bu bağlamda, davacı adına tescilli markalarının dünyanın bir çok ülkesinde tescilli olup kullanılması bu markaların Ülkemizde de tanındığını kabul için yeterli değildir. Ancak aksi kabul edilse dahi Dairemizin 01.03.2021 tarihli 2020/1726 E., 2021/1838 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere kötü niyete ilişkin başka bir emare olmaksızın salt tanınmış markanın aynı

veyahut benzerinin tescil edilmesi kötü niyetin varlığını kabul için yeterli değildir. Kötü niyetin kabulü için bunun yanında, yukarıdaki (4) numaralı bentte de ifade edildiği üzere başvuru sahibinin, markayı gerçekte kullanma amacı olmaksızın engelleme, şantaj ve para koparma gibi amaçlarla tescil ettirdiğinin ispatlanması gerekir.

5. Hemen belirtmek gerekir ki dosya kapsamında, davalının davaya konu "John Wayne" ibareli markaları gerçekte kullanma amacı olmaksızın engelleme, yedekleme veyahut şantaj amacıyla tescil ettirdiğine ilişkin bir delil bulunmamaktadır. Tersine davalının davaya konu markayı tescilli olduğu sınıflarda kullandığı hatta bu markaları çeşitli mecralarda reklam faaliyetlerine konu ettiği anlaşılmaktadır. Bu hale göre, davalının davaya konu markaları kötü niyetle tescil ettirdiğinin kabulü mümkün olmayıp aksi yöndeki İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri gerekçeleri isabetli bulunmamıştır.

6. Bu itibarla, İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemelerince, davacının, ülkesellik prensibi gereğince, yurt dışında tescilli olan "John Wayne" ibareli markalarına dayalı olarak davalının aynı ibare ve sınıfa ilişkin markaları Ülkemizde tescil ettirmesine engel olamayacağı, kötü niyet iddiasının ise ispatlanmadığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

VI. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

1. Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esaslan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının **ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. İlk Derece Mahkemesi kararının **BOZULMASINA**,

Peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine,

Dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

13.06.2020 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.

Başkan V.
Hafize Gülgün
Vuraloğlu
(Karşı Oy)

Üye
Ali Orhan

Üye
Dr. Orhan Sekmen

Üye
Mikail Özdemir

Üye
İsmail Yavuz

KARŞI OY

Taraflar arasındaki marka hükümsüzlüğü davasında uyuşmazlık davalının marka tescilinin kötü niyetli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı JOHN WAYNE ENTERPRISES Şirketi, davalının 2010/47125 ve 2011/90448 başvuru numaralı markalarının hükümsüzlüğünü talep etmiştir.

2010/47125 sayılı JOHN WAYNE markası 18, 25, 35 inci sınıfta 19.07.2010 tarihinden itibaren, 2011/90448 sayılı JOHN WAYNE markası 35 inci sınıfta 04.11.2011 tarihinden itibaren 10 yıl müddetle tescil edilmiştir.

Marka tescili, kötü niyetli ise, bu tescile dayalı olarak elde edilen koruma dürüstlük kuralına aykırıdır, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Yargıtay, markanın tescilinde kötü niyeti ilk defa İstanbul 4. Fikri Sinaî Haklar Mahkemesinin direnme kararının Hukuk Genel Kurulu kararı ile yerinde görülmesi neticesinde hükümsüzlük nedeni olarak kabul etmiştir. RG. 512+şekil markasının kötü niyetli tescil edildiği gerekçesiyle verilen direnme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.07.2008 tarih 2008/11-501 E. 2008/507 K. sayılı kararı ile onanmış, bu kararda kötü niyetli tescilin tanımı yapılmıştır. Buna göre: “Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanarak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir.” 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren SMK’nın 6/9 maddesinde, kötü niyet nispi ret nedeni olarak açıkça düzenlenmiştir. SMK 25 inci maddede de hükümsüzlük nedeni olarak yer almaktadır.

Kötü niyetli tescilin tespitinde Dairemiz kararları başta olmak üzere bir değerlendirme yapmak gerekir. Markanın yaratılmış marka olması, herkesin aklına gelmesinin ticari hayatın olağan akışı ile bağdaşmaması hallerinde, farklı ülkelerde yer alan kişiler tarafından birbirinden habersiz bir ibare oluşturulmasının olanaksız olduğu halde kötü niyetin varlığı kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde, başkasına ait markayı tescil ettirmek isteyen marka sahibinin markayı “tesadüfen” bulduğunu çok inandırıcı

açıklama ile ispat etmesi ve ispatlamadıkça kötü niyetinin varlığını kabul etmek gerekir.

HGK’nun 2021/11-76 E., 2023/244 K. sayılı kararında da 556 sayılı KHK da ve SMK’da hangi hallerin kötü niyetli marka başvurusu olduğunun belirtilmediği, ancak genel olarak kötü niyetli marka başvurusunun, hak sahibi olmadığını bilmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde tescil için başvurulması veya başvurunun tescil ettirilmesi olarak tanımlanmıştır. Başvuru sahibinin markanın aynıının veya benzerinin bir başkası tarafından kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi halinin, kötü niyetin varlığında önem kazandığı vurgulanmıştır. Kötü niyetli marka başvurusu halinin her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yurt dışında pek çok ülkede tescilli ve kullanılan markada geçen özgün/fantezi kelimenin Türkiye’deki başvuru ve marka sahibi tarafından tesadüfen marka olarak tercih edilmesi gerçekçi değildir.

Davacının aynı ibareli JOHN WAYNE markası yabancı bir marka olup, Türkiye’de tescilli olmadığı, tanınmış sinema oyuncusunun isminden yaratılmış bir marka olup, Türkiye’de bilinen ve tanınan bir karakter olduğu, söz konusu marka Türkiye’de tescilli olmasa dahi hiçbir emtia grubuyla ilişkilendirilmeyecek derecede ayırdediciliği bulunduğu, pek çok ülkede tescilli olup tanınmış olduğu, davalının davacı markasını aynı ve benzer mallar için kovboy karakteriyle kullanarak, davacının markasından yararlanma kastı taşıdığı İlk Derece Mahkemesince alınan bilirkişi raporu ile de anlaşılmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesince de benimsenen İlk Derece Mahkemesi kararı gerekçesinde belirtildiği gibi, davalının hiçbir zorunluluk olmadan ve davacının birçok ülkede tescilli olup; tanınmış sinema oyuncusunun ismini taşıyan, aynı ibareyi taşıyan tanınmış markayı davacı markasıyla ilişkilendirecek emtia grubunda tescil ettirmesi tesadüfi olmayıp kötü niyetli ve davacının markasının tanınmışlığından faydalanmayı amaçladığından kötü niyetli tescilin terkinin gerekir. Bölge Adliye Mahkemesince de esasdan ret kararı gerekçesinde davacı markasının Paris Sözleşmesi kapsamında korunduğu ve tanınmış marka olduğu, davalının davacı tanınmış markası olan JOHN WAY-

NE ibaresinden yararlanma amacıyla hareket ettiği ve kötü niyetli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş olup, haksız yararlanma kastı açık ve bu nedenle kötü niyetli olarak kabulü gerekli ve dosya kapsamına uygun,

itibara değer bilirkişi raporu da aynı sonuca varmış iken, kötü niyetin ispatlanamadığı gerekçesiyle bozma kararı verilmesine katılmıyorum, kararın onanması gerektiğini düşünüyorum.

Başkan V.
Hafize Gülgün Vuraloğlu

M.İ.A
Karşılaştırıldı A.D
T.G