



T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

TİCARET HUKUKU SEMPOZYUMU

SORUNLAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

09-12 Şubat 2021

BİLDİRİ ÖZETLERİ KİTABI

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç

Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç

ISBN: 978-975-8626-20-5

Kırıkkale – 2021

T.C. Kırıkkale Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

**Ticaret Hukuku 2021 Sempozyumu -Sorunlar ve Çözüm Önerileri-
Bildiri Özetleri Kitabı**

©Kırıkkale Üniversitesi, 2021

ISBN: 978-975-8626-20-5

Yayın tarihi 15 Ocak 2021

Editörler Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç

Eserde yayımlanan bildiri metinlerinde ileri sürülen görüşlerin bilimsel ve hukuksal sorumluluğu bildiri sahiplerine aittir. Kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz.

Kitapta yer alan bildiri özetlerinin tamamı kör hakem kuralına uygun olarak hakem denetiminden geçerek kabul edilmiştir.

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

1. Basım, Elektronik Kitap (Çevrim içi / Web tabanlı) 160*240 mm
Kaynakça var, dizin yok.
ISBN: 978-975-8626-20-5

1. Sempozyum 2. Ticaret Hukuku 3. Bildiri Özetleri
Yayımlanma adresi: <https://hukuk.kku.edu.tr>

ÖNSÖZ

Bir üniversitenin gelişimi sadece donanımlı öğrenci yetiştirilmesine bağlı değildir. Aynı zamanda farklı akademik görüşlerin bilgi alışverişi yapabileceği zeminlerin oluşturulması da gelişimin önemli bir parçasıdır. Bu bağlamda yapılacak bilimsel toplantılar gelişime büyük katkı sağlayacaktır. Bu düşünceyle Fakültemiz nezdinde 2021 yılındaki ilk çalışmamız olarak “*Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021-Sorunlar ve Çözüm Önerileri*” adlı sempozyumu gerçekleştiriyoruz.

Bilimsel toplantıları gerçekleştirebilmek sadece düzenleme kurulunun emeğine bağlı kılınmaz. Biz, düzenleme kurulu olarak, bu yolda küçük bir adım attıktan sonra, aldığımız destekler bu sempozyumun gerçekleşmesi bakımından büyük rol oynadı. Esasen bu sempozyumun, büyük bir ekip işi olduğunu belirtmek isteriz.

Öncelikle, bu fikri paylaştığımız dönemde Fakültemizde Dekan vekili olarak görev yapan Kırıkkale Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Prof. Dr. Mehmet Başalan Hocamızın büyük desteği ve ilgisi için çok teşekkür ederiz. Kendisi dekan vekilliği görevinin sona ermesinden sonra da yoğun meşaisine rağmen desteğini bir an olsun bizden esirgemedi. Daha sonra, dekanlık görevini devralan Sayın Prof. Dr. Mustafa Avcı Hocamıza da bu desteği devam ettirdiği için teşekkürlerimizi sunarız.

Sempozyum hazırlığı sırasında bize destek veren saygıdeğer Bilim Kurulu Üyesi Hocalarımıza ve oturum başkanlığı teklifimizi tereddütsüz kabul ederek desteğini esirgemeyen Oturum Başkanlığı yapacak olan saygıdeğer Hocalarımıza ise şükranlarımızı sunuyoruz. Zira tüm Hocalarımız destek talebimizi büyük bir samimiyetle kabul ederek bizi onurlandırdılar. Verdikleri desteğin kıymetini sözle ifade etmemiz mümkün değil.

Akademik hayat hakikaten zorlu bir süreç, çokça emek ve özveri istiyor. Ülkemizde kadın akademisyen olarak var olabilmek ise takdir edersiniz ki biraz daha zorlu bir süreç. Toplumun kadına bakış açısının akademik hayatta da yansıma bulduğu gerçeği hepimizin malumu. Son yıllarda ise bu hususta olumlu gelişmeler olması sevindirici. Düzenlediğimiz sempozyumda bu hususu nazara alarak oturum başkanlıklarında kıymetli kadın akademisyenlerin varlığı bizim için oldukça önemliydi. Bu süreçte bize destek veren kadın akademisyen Hocalarımıza izninizle ayrıca teşekkür etmek isteriz.

Sempozyum fikri ortaya çıktığında iki gün olarak düşünülmüştü. Ancak kıymetli katılımcıların yoğun talebi ile sempozyum süresi dört güne çıkarıldı. Tüm tebliğ sahiplerine gösterdikleri ilgi için teşekkür ederiz.

Ve son olarak sempozyum düzenlemesi sırasında hem manevi olarak hem de sempozyum hazırlık çalışmalarına sundukları katkılarla destek olan Dr. Şengül Al Kılıç, Dr. Banu Bozkurt ve Dr. Setenay Yağmur'a ayrıca teşekkürü borç biliriz.

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU adına

Dr. Nurdan Orbay Ortaç

İÇİNDEKİLER

Önsöz	3
İçindekiler	5
Sempozyum Düzenleme Kurulu	10
Sempozyum Bilim Kurulu	10
Sempozyum Programı	11
 Bildiri Özetleri	
Tüketici İşlemi-Ticari İş Ayrımı ve Bu Ayrımın Tüketici Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Şebnem Akipek Öcal	19
Ticari Temsilcinin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kurma Konusundaki Yetkisi Hakan Bilgeç	23
6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Çift Kimlik Durumunun Mutlak Bir Tescil Engeli Olarak Düzenlenmesine Yönelik Eleştiriler ve Çözüm Önerileri Gül Büyükkılıç	33
Banka Teminat Mektubunun İadesi ve Hükümsüzlüğü Davalarında Görevli Mahkeme Sorunu (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi'nin 2020/1094 Esas ve 2020/1186 Karar Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler) Ozan Can	37
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 7251 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliğin Ticari Defterlerin İspat Fonksiyonuna Etkisi Şengül Al Kılıç	41
Ticari Borca Kefalette Temerrüt Faizi Mine Karayalçın	47
Teori ve Uygulamada Soyut ve Somut Karıştırılma Tehlikesi Mehmet Ali Aksoy	53

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Bilirkişiliği İzzet Başara	57
Ticari İşletme Devri Sözleşmesinde Pasiflerin Kapsam Dışı Bırakılma Sorunu Melih Sönmez	63
Ticari Davalarda Dava Yığılması Halinde Arabuluculuğa Başvurulmasının Dava Şartı Olmadığına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Hakkında Ufuk Tekin - Hakan Hasırcı	65
Medenî Usûl Hukuku Perspektifiyle TTK m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler Ve Hükümün İcrası Buse Dişel	69
Taşınır Rehninin Kurulmasında Uygulanacak Şeklin, 6750 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi Mustafa Şahin	77
Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Hakkı Tanınan ve Belirli Grup Oluşturan Pay Sahipleri Açısından Kişisel Özelliklerin Tespitinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunsalı Setenay Yağmur	81
Pandemi Döneminde Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları Ahmet Fatih Özkan	85
Anonim Ortaklıkta Pay Sahibi Tarafından Açılacak Sorumluluk Davasında Pay Sahipliği Sıfatı Bakımından Özellik Taşıyan Haller Üstün Köprücü	89
Borçlanma Araçları İhraç Limitleri ve Bu Limitlerin Aşılması Hâlinde Doğabilecek Hukuki Sonuçlar Gökhan Aydoğan	95
Şirketlerin Ekonomik Bütünlüğü ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar Damla Songur	99
Ticaret Şirketleri Adli Yardımdan Yararlanabilir Mi? Yusuf Demirci	103

Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi Hamdi Gökçe Zabunoğlu	107
Çok Uluslu Teknoloji Şirketlerinin Hukuka Uygun Davranma (Compliance) Yükümlülüğü Yasin Aydoğdu	111
Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirket Dışında Görev Almaları İşık Özer	115
Limited Şirkette Rekabet Yasağının Kapsamının Değiştirilmesi ve Yasağın Kaldırılması Özlem İlbasmış Hızlısoy	121
Limited Şirkette Ortağın Çıkma Hakkı ve Ayrılma Akçesi Selen Serder Karaağaç	127
Limited Şirket Alacaklısı İle Sermaye Koyma Borcunu İfa Etmeyen Ortak Arasındaki İlişki Nihal Koşer	133
Limited Şirketlerde Genel Kurul Toplantısı Seda Seyman	137
Türk Ticaret Kanunu'nun, Limited Şirket Genel Kurulunda Alınacak Önemli Kararlarda Gerekli Yetersayıların Düzenlendiği 621. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Umut Akdeniz	143
Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Devrinde Ortaklık Genel Kurulu Onayına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Özlem Ata	149
Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun 6111 Sayılı Kanun m. 11/2 Bağlamında Değerlendirilmesi Esra Kaşak	155
Anonim Şirketlerde İç Yönerge Işığında Yönetim Kurulunun Sorumluluğu Hasan Karşlıoğlu - Oğuz Kaan Kanık	161

Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkının Zamansal ve Kavramsal Kullanılmasına İlişkin Mevzuatın Hukuki Düzenlemesi İle Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi Ece Deniz Günay - Gözde Engin Günay	167
Covid-19 Pandemisi Etrafında Alınan Tedbirlerin Bazı Sigorta Türleri Bakımından Rizikonun Hafiflemesine Etkisi Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu	171
Türk Hukukunda Sigorta Eksperine, Atanmasına Ve Eksper Ücretine İlişkin Esaslara Dair Sorunlar İle Çözüm Önerileri Aslıhan Sevinç Kuyucu	175
Trafik Kazasında Zarar Gören Hayvanlar İçin Yapılan Tedavi Giderlerinin Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Karşılanması Gülşah Yılmaz	179
Türk Ticaret Kanunu'na Göre Özel Sağlık Sigortası İlknur Uluğ Cicim	185
Siber Risk Sigortası ve Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Değerlendirilmesi Zehra Avcı	189
Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Yargıtay Uygulaması Ve Öneriler Ezgi Başak Demirayak Ünal	195
Uzlaştırma Kurumunun Zarar Görenin Sigorta Ettiren Olduğu Mal Sigortalarında Tarafların Hak ve Yükümlülüklerine Etkisi Belin Köroğlu Ölmez	199
Nükleer Enerji Perspektifinde Sigorta Serdar Demirci	205
Sigorta Tahkim Yargılamasına İlişkin 19/6/2020 Tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı Sonrasında Başka Bir Sorun: Temyiz İncelemesinin Kapsamı Ne Olmalıdır? Doğuş Taylan Türkel	209
Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Esasları Aybike Karahan Gökdere	219

Yabancı Para Üzerinden Yapılan Sözleşmelerde Bedel İçin Kambiyo Senedi Verilmesi Halinde Kur Farkı Alacağı Mehmet Özdamar	227
Elektronik Çek Mehmet Çelebi Can	229
Kambiyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı Yaşar Can Göksoy	233
Rehin Cirosuna İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi Birgül Sopacı Öztuna	237
Adi Konkordatoda Kambiyo Senetleri Bakımından Özellikli Durumlar Emre Kalender	241
Kambiyo Senedi Düzenleme Ehliyeti Çerçevesinde Engellilerin Durumu Hanife Doğrusöz Koşut	245
Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’e Eleştirel Bir Bakış Nurdan Orbay Ortaç	247
Taşınma Eşyası Taşıma Sözleşmesinin Bazı Ayırt Edici Özellikleri, Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler ve Taşınma Eşyası Kavramı Sinan Misili	255
Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesi Hükümleri İle Avrupa Birliği Mevzuatındaki Gelişmelerin Gemi Söküm Şirketlerine Getirmekte Olduğu Yükümlülükler Banu Bozkurt	261
805 Sayılı Kanun’un Deniz Ticareti Hukukuna Etkisinin Değerlendirilmesi Cüneyt Süzel	265
Gemiyi Sefere Elverişli Hâlde Bulundurma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Taşıyanın Sorumluluğu Sınırlandırılabilir Mi? Kağan Turan	271

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU

Prof. Dr. Kürşat Nuri Turanboy (Düzenleme Kurulu Başkanı)
Doç. Dr. Ozan Can
Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç
Dr. Öğr. Üyesi Emre Kalender

SEMPOZYUM BİLİM KURULU

Prof. Dr. Pınar Akan (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat Alışkan (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekerriya Arı (Bursa Uludağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Rıza Ayhan (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Emin Bilge (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayri Bozgeyik (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Mertol Can (Çankaya Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yedigâr İzmirli (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Rauf Karasu (Hacettepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Çağlar Manavgat (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak Narbay (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Özdamar (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Korkut Özkorkut (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Pulaşlı (İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmet Sayhan
Prof. Dr. Samim Ünan (İstanbul Gedik Üniversitesi)
Prof. Dr. Şükrü Yıldız (İbn Haldun Üniversitesi)
Doç. Dr. Burak Adıgüzel (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Murat Yusuf Akın (Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Kürşat Göktürk (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi) Doç.,
Dr. Özlem Karaman Coşgun (Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan (Hacettepe Üniversitesi)
Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna (Marmara Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ali Dural (Galatasaray Üniversitesi).

SEMPOZYUM PROGRAMI

BİRİNCİ GÜN - 09 ŞUBAT 2021

AÇILIŞ KONUŞMALARI - 09.00-09.30

Prof. Dr. Kürşat Nuri Turanboy –
Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Mustafa Avcı – *Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Prof. Dr. Ersan Aslan – *Kırıkkale Üniversitesi Rektörü (teşrifleri halinde)*

BİRİNCİ OTURUM – 09.30–10.45

Ticari İşletme Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal
TED Üniversitesi
Tüketici İşlemi-Ticari İş Ayrımı Bu Ayrımın Tüketici Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Hakan Bilgeç
Doğu Akdeniz Üniversitesi
Ticari Temsilcinin Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kurma Konusundaki Yetkisi

Dr. Gül Büyükkılıç
Marmara Üniversitesi
6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Çift Kimlik ("Double Identity") Durumunun Mutlak Bir Tescil Engeli Olarak Düzenlenmesine Yönelik Eleştiriler ve Çözüm Önerileri

İKİNCİ OTURUM – 11.00-12.15

Ticari İşletme Hukuku

Oturum Başkanı
Doç. Dr. Burçak Yıldız
Ankara Üniversitesi

Doç. Dr. Ozan Can
Kırıkkale Üniversitesi
Banka Teminat Mektubunun İadesi ve Hükümsüzlüğü Davalarında Görevli Mahkeme Sorunu (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi'nin 2020/1094 esas 2020/1186 Karar Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler)

Dr. Şengül Al Kılıç
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda 7251 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Ticari Defterlerin İspat Fonksiyonuna Etkisi

Ar. Gör. Mine Karayalçın
Antalya Bilim Üniversitesi
Ticari Borca Kefalette Temerrüt Faizi

ÜÇÜNCÜ OTURUM – 13.00-14.15

Ticari İşletme Hukuku

Oturum Başkanı
Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna
Marmara Üniversitesi

Doç. Dr. Mehmet Ali Aksoy
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Teori ve Uygulamada Soyut ve Somut Karıştırılma Tehlikesi

İzzet Başara
Hâkim, Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı
6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Bilirkişiliği

Dr. Melih Sönmez
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Ticari İşletme Devri Sözleşmesinde Pasiflerin Kapsam Dışı Bırakılma Sorunu

DÖRDÜNCÜ OTURUM – 14.30-15.45

Ticari İşletme Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Dr. Ufuk Tekin
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Dr. Hakan Hasırcı
Ticari Davalarda Dava Yığılması Halinde Arabuluculuğa Başvurulmasının Dava Şartı Olmadığına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Hakkında

Dr. Buse Dişel
Dokuz Eylül Üniversitesi
Medenî Usûl Hukuku Perspektifiyle TTK m. 555 ve 556 Uyarınca Anonim Ortaklık Pay Sahipleri ve Alacaklıların Açtıkları Sorumluluk Davasında Davayı Takip Yetkisinin Gösterdiği Özellikler ve Hükümün İcrası

Dr. Mustafa Şahin
Ankara Hacı Bayram Üniversitesi
Taşınır Rehninin Kurulmasında Uygulanacak Şeklin 6750 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

BEŞİNCİ OTURUM – 16.00-17.15

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Hamdi Yasaman
İstanbul Gedik Üniversitesi

Dr. Ahmet Fatih Özkan
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Pandemi Döneminde Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları

Dr. Setenay Yağmur
İstanbul Gedik Üniversitesi
Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Hakkı Tanınan ve Belirli Grup Oluşturan Pay Sahipleri Açısından Kişisel Özelliklerin Tespitinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunsalı

Üstün Köprücü
Avukat, İzmir Barosu
Anonim Ortaklıkta Pay Sahibi Tarafından Açılacak Sorumluluk Davasında Pay Sahipliği Sıfatı Bakımından Özellik Taşıyan Haller

İKİNCİ GÜN- 10 ŞUBAT 2021

ALTINCI OTURUM – 09.30-10.45

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Çağlar Manavgat

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Dr. Gökhan Aydoğan

Ankara Üniversitesi

Borçlanma Araçları İhraç Limitleri ve Bu
Limitlerin Aşılması Hâlinde Doğabilecek
Hukuki Sonuçlar

Dr. Damla Songur

Atılım Üniversitesi

Şirketlerin Ekonomik Bütünlüğü ve Buna
Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Yusuf Demirci

*Hâkim, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22.
Hukuk Dairesi Üyesi*

Ticaret Şirketleri Adli Yardımdan Yararlanabilir mi?

YEDİNCİ OTURUM – 11.00-12.15

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

İstanbul Üniversitesi

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Kırıkkale Üniversitesi

Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğunun
Tarihsel Gelişimi

Dr. Yasin Aydoğdu

Kırıkkale Üniversitesi

Çok Uluslu Teknoloji Şirketlerinin Hukuka
Uygun Davranma (Compliance) Yükümlülüğü

Dr. Işık Özer

Özyeğin Üniversitesi

Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde
Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirket Dışında
Görev Almaları

SEKİZİNCİ OTURUM – 13.00-14.15

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar

Yeditepe Üniversitesi

Dr. Özlem İlbasmış Hızlısoy

Erciyes Üniversitesi

Limited Şirkette Rekabet Yasağının Kapsamının Değiştirilmesi ve Yasağın Kaldırılması

Dr. Selen Serder Karaağaç

Çağ Üniversitesi

Limited Şirkette Ortağın Çıkma Hakkı ve Ayrılma Akçesi

Ar. Gör. Nihal Koşer

Çankaya Üniversitesi

Limited Şirket Alacaklısı ile Sermaye Koyma Borcunu İfa Etmeyen Ortak Arasındaki İlişki

DOKUZUNCU OTURUM – 14.30-15.45

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. N. Ayşe Odman Boztosun

Akdeniz Üniversitesi

Dr. Seda Sayman

Uluslararası Fınal Üniversitesi

Limited Şirketlerde Genel Kurul Toplantısı

Dr. Umut Akdeniz

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

Türk Ticaret Kanunu'nun, Limited Şirket Genel Kurulunda Alınacak Önemli Kararlarda Gerekli Yetersayıların Düzenlendiği 621. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Dr. Özlem Ata

Yeditepe Üniversitesi

Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Devrinde Ortaklık Genel Kurulu Onayına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

ONUNCU OTURUM – 16.00-17.15

Şirketler Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Necla Akdağ Güney

Yeni Yüzyıl Üniversitesi

Dr. Esra Kaşak

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun 6111 sayılı Kanun m. 11/2 Bağlamında Değerlendirilmesi

Dr. Hasan Karşlıoğlu

İstanbul Teknik Üniversitesi

Oğuz Kaan Kanık

Avukat, Ankara Barosu

Anonim Şirketlerde İç Yönerge Işığında Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

Dr. Ece Deniz Günay

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi

Dr. Gözde Engin Günay

Avukat, İstanbul Barosu

Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkının Zamansal ve Kavramsal Kullanılmasına İlişkin Mevzuatın Hukuku Düzenlemesi ile Karşılaştırılması Olarak İncelenmesi

ÜÇÜNCÜ GÜN-11 ŞUBAT 2021

ON BİRİNCİ OTURUM – 10.00 -11.20

Sigorta Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Samim Ünan
İstanbul Piri Reis Üniversitesi

Dr. Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Covid-19 Pandemisi Etrafında Alınan Tedbirlerin Bazı Sigorta Türleri Bakımından Rizikonun Hafiflemesine Etkisi

Dr. Gülşah Yılmaz
Uluslararası Fındık Üniversitesi
Trafik Kazasında Zarar Gören Hayvanlar İçin Yapılan Tedavi Giderlerinin Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Karşılanması

Dr. Aslıhan Sevinç Kuyucu
İstanbul Üniversitesi
Türk Hukukunda Sigorta Eksperine, Atanmasına ve Ekspert Ücretine İlişkin Esaslara Dair Sorunlar ile Çözüm Önerileri

ON İKİNCİ OTURUM – 11.30-12.30

Sigorta Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. İsmet Sayhan
Avukat, Ankara Barosu

Dr. İlknur Uluğ Cıçım
Akdeniz Üniversitesi
Türk Ticaret Kanunu'na Göre Özel Sağlık Sigortası

Ar. Gör. Zehra Avcı
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Siber Risk Sigortası ve Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Değerlendirmesi

ON ÜÇÜNCÜ OTURUM – 13.30-14.30

Sigorta Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Yaşar Üniversitesi

Dr. Ezgi Başak Demirayak Ünal
Anadolu Üniversitesi
Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlaline İlişkin Yargıtay Uygulaması ve Öneriler

Dr. Belin Köroğlu Ölmez
Uzlaştırma Kurumunun Zarar Görenin Sigorta Ettiren Olduğu Mal Sigortalarında Tarafların Hak ve Yükümlülüklerine Etkisi

ON DÖRDÜNCÜ OTURUM- 14.40-16.00

Sigorta Hukuku

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Mertol Can
Çankaya Üniversitesi

Dr. Serdar Demirci
İnönü Üniversitesi
Nükleer Enerji Perspektifinde Sigorta

Dr. Doğu Taylan Türkel
Dokuz Eylül Üniversitesi
Sigorta Tahkim Yargılamasına İlişkin 19.6.2020 Tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı Sonrasında Başka Bir Sorun: Temyiz İncelemesinin Kapsamı Ne Olmalıdır?

Ar. Gör. Aybike Karahan Gökdere
İnönü Üniversitesi
Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği ve Esasları

DÖRDÜNCÜ GÜN-12 ŞUBAT 2021

ON BEŞİNCİ OTURUM – 10.00 -11.15

Kıymetli Evrak Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Asuman Turanboy
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Özdamar

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Yabancı Para Üzerinden Yapılan Sözleşmelerde Bedel İçin Kambyo Senedi Verilmesi Halinde Kur Farkı Alacağı

Doç. Dr. Mehmet Çelebi Can

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Elektronik Çek

Dr. Yaşar Can Göksoy

Dokuz Eylül Üniversitesi
Kambyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı

ON ALTINCI OTURUM – 11.30-12.45

Kıymetli Evrak Hukuku

Oturum Başkanı

Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan
Hacettepe Üniversitesi

Doç. Dr. Birgül Sopacı Öztuna

Marmara Üniversitesi
Rehin Ciroşuna İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi

Dr. Emre Kalender

Kırıkkale Üniversitesi
Adi Konkordatoda Kambyo Senetleri Bakımından Özellikli Durumlar

Dr. Hanife Doğrusöz Koşut

Marmara Üniversitesi
Kambyo Senedi Düzenleme Ehliyeti Çerçevesinde Engellilerin Durumu

ON YEDİNCİ OTURUM – 13.50-14.50

Taşıma Hukuku

Oturum Başkanı

Doç. Dr. Burak Adıgüzel
Erciyes Üniversitesi

Dr. Sinan Misili

Bursa Uludağ Üniversitesi
Taşınma Eşyası Taşıma Sözleşmesinin Bazı Ayırt Edici Özellikleri, Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler ve Taşınma Eşyası Kavramı

Dr. Nurdan Orbay Ortaç

Kırıkkale Üniversitesi
Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik’e Eleştirel Bir Bakış

ON SEKİZİNCİ OTURUM- 15.00-16.20

Deniz Ticareti Hukuku

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Pınar Akan
Marmara Üniversitesi

Dr. Banu Bozkurt

Akdeniz Üniversitesi
Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesi Hükümleri ile Avrupa Birliği Mevzuatındaki Gelişmelerin Gemi Söküm Şirketlerine Getirmekte Olduğu Yükümlülükler

Dr. Cüneyt Süzel

İstanbul Bilgi Üniversitesi
805 Sayılı Kanun’un Deniz Ticareti Hukukuna Etkisinin Değerlendirilmesi

Ar. Gör. Kağan Turan

Trabzon Üniversitesi
Gemiye Sefere Elverişli Hâlde Bulundurma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Taşıyanın Sorumluluğu Sınırlandırılabilir mi?

TİCARET HUKUKU SEMPOZYUMU

SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ



BİLDİRİ ÖZETLERİ

TÜKETİCİ İŞLEMİ-TİCARİ İŞ AYRIMI VE BU AYRIMIN TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Şebnem Akipek Öcal*

Türk hukukunda tüketicinin korunmasına yönelik çalışmaların kökeni eski yıllara dayansa da ilk doğrudan tüketiciyi korumaya yönelik yasa, 1995 yılında çıkarılmıştır. 6 Mart 1995 tarihinde kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliği tarafından benimsenen beş temel tüketici hakkı kapsamında tüketicilere ilişkin önemli konuları bir arada düzenlemeyi amaçlamıştır. Anılan yasada önce 2003 yılında kapsamlı değişiklikler yapılmış, ancak alanın hızla gelişen bir alan olması sebebiyle 2013 yılında daha geniş bir yasa hazırlanmıştır. Halen 28 Kasım 2013'te yayınlanan ve 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) uygulanmaktadır.

TKHK'un 1995 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte, hukuk hayatımıza tüketici ve tüketici işlemi kavramları da girmiştir. Böylece bazı işler aynı zamanda ticari iş niteliği taşısa bile tüketici işlemi niteliğine sahipse, TKHK kapsamında değerlendirilmesi ve özellikle TKHK'un görev ve yetkiye ilişkin düzenlemelerine tabi olması söz konusudur. Bu noktada 1996 yılı sonlarından itibaren, ilk derece mahkemeler ve Yargıtay tarafından verilen çeşitli kararlarla tüketici işleminin kapsamı daraltılmış ve adeta özellikle "ticari iş" niteliğinin de bulunduğu hallerde, işlemin mümkün olduğunca "tüketici işlemi" sayılması yolunda bir eğilim gelişmiştir.

* Prof. Dr., TED Üniversitesi.

Her ne kadar TKHK'un ilk hali de aslında farklı hükümler içermese bile, kanun koyucu bu kapsamdaki daraltmayı önlemek ve tüketici işlemlerinin TKHK çerçevesinde değerlendirilebilmesini sağlamak amacıyla, 6502 sayılı yasada 4077 sayılı yasada bulunmayan tüketici işlemi tanımına yer vermiştir. Gerçekten de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesinde "Tanımlar" başlığı altında tüketici işlemi de dahil, temel bazı kavramlara yer verilmiştir.

TKHK m.3/1 bendine 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 işlem"* olarak tanımlanmıştır.

Tüketici işlemi kuşkusuz bir hukuki işlemidir. Her ne kadar sınırlı olmasa da kanun koyucu bu tanımda sayma yöntemini kullanmış olup, bu yöntem çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu hükümde sayılmış olması o sözleşmelere dair tüm işlemlerin tüketici işlemi olması sonucunu doğurmayacaktır. Bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için üç unsur bünyesinde bulunduruyor olması gerekir:

İşlemin taraflarından biri "tüketici" sıfatına sahip olmalıdır.

İşlemin diğer tarafı TKHK anlamında "satıcı", "sağlayıcı", "kredi veren" kısaca TKHK anlamında bir girişimci olmalıdır.

İşlem konusu TKHK anlamında "mal" veya "hizmet" olmalıdır.

Öncelikle, tüketici işleminin en önemli özelliği, sözleşmenin taraflarından birinin mutlaka tüketici olmasıdır. Tüketici sözleşmesinin taraflarından birinin tüketici sıfatını taşımadığı durumlarda tüketici işleminden bahsetmek mümkün olmayacaktır. TKHK anlamında tüketici, ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Bu bağlamda mal ya da hizmetin sağlanması aşamasında buna sahip olan, kullanan veya yararlanan tarafın, yani tüketicinin, ticari veya mesleki faaliyetlerine yönelik bir amacı gütmemesi, malın satın alınması halinde özel ihtiyaçların giderilmesi bu maksatla malın tüketilmesi veya ekonomik değerinin azaltılması şeklinde bir amacın takip edilmesi, ticari niyetle kâr elde etme gayreti içinde bulunulmaması gerekmektedir. Aksi halde tüketici işleminden değil, genel hükümlere tabi adi nitelikli bir sözleşmeden veya ticari bir

sözleşmeden bahsetmek söz konusu olacaktır. Bu açıdan bakıldığında tüketici işlemlerinin ana belirleyici niteliği ortaya çıkmaktadır.

Bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için taraflarının birinin tüketici olmasının yanında diğer tarafın TKHK anlamında satıcı, sağlayıcı, kredi veren gibi ticari veya mesleki amaçla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişi olması gerekir. Bu noktada önemle vurgulanması gereken husus, satıcı veya sağlayıcının, ticari veya mesleki amaçla hareket etme özelliğidir.

Son olarak bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelenebilmesi için sözleşme konusunun TKHK anlamında “mal” veya “hizmet” içermesi gerekir. TKHK’da mal, alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar; hizmet ise bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi, olarak tanımlanmıştır.

Bu üç unsuru taşıması halinde o hukuki işlem bir tüketici işlemi niteliğinde olacaktır. Bu işlem aynı zamanda ticari iş niteliği taşısa bile ve farklı yasalarda düzenlense bile, bu işlem bakımından öncelikle TKHK hükümleri uygulanacaktır. Bu konuda da uygulama sorunlarına yol açmamak amacıyla TKHK’da kanun koyucu çok açık bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. Gerçekten de TKHK 83. madde ile bu hususa tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklık getirmiştir:

“(1) *Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır.*

(2) *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.”*

Bu tebliğde hem tüketici işlemi hem ticari iş kavramları ayrı ayrı tartışıldıktan sonra, ticari iş ve tüketici işlemi niteliğini aynı anda taşıyan hukuki işlemler ele alınarak, TKHK 83. madde de dikkate alınarak değerlendirilecek ve Yargıtay kararları ile tartışma zenginleştirilecektir.

TİCARİ TEMSİLCİNİN TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KURMA KONUSUNDAKİ YETKİSİ

Hakan Bilgeç*

GİRİŞ

Ticari temsilcinin, tacir adına ticari işletme rehni kurma konusunda yetkili olup olmadığı, mülga 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminden itibaren Türk Hukuk öğretisinde tartışma konusu olmuş ve anılan dönemde çoğunluk görüşü ticari temsilcinin bu konuda yetkili olmadığı noktasında şekillenmiştir. Tartışmanın çıkış noktası, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamıdır. 2017 yılında yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, ticari işletme rehni konusunda yeni bir hukuki rejim oluşturmuştur¹. Getirilen yenilikler doğrultusunda, ticari temsilcinin, ticari işletme rehni kurma konusunda yetkili olduğu yönünde görüşler ileri sürülmekle birlikte, günümüzde de konu üzerinde görüş birliği sağlanamamıştır².

Tebliğimizde öncelikle ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı ortaya konularak, mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde öğretide ileri sürülen görüşler incelenecek ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun

* Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi

¹ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 168.

² TİTRK m. 4/VI-a.1 hükmünün ticari temsilcinin ticari işlemlerde taşınır rehni kurma konusunda yetkili olup olmadığına ilişkin tartışmayı sona erdirecek açıklıkta olmadığı hakkında bkz. Şit İmamoglu, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 23.

öngördüğü yeni rehin sisteminde, ticari temsilcinin söz konusu rehni kurma konusundaki yetkisi tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. TİCARİ TEMSİLCİ KAVRAMI VE TİCARİ TEMSİLCİNİN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

1. Ticari Temsilci

Tacirin, ticari işletmesi ile ilgili tüm işlemleri kendisinin gerçekleştirmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumlarda tacir, tacir yardımcılardan yararlanabilir. Tacir yardımcılarını tacire bağımlı ve bağımsız olarak çalışanlar şeklinde iki ana kategoriye ayırır. Ticari temsilci bu ayırmada bağımlı tacir yardımcılarının arasında olup, bağımlı tacir yardımcılarının arasında en geniş yetkilere sahip olanıdır¹.

Ticari temsilci, işletme sahibinin ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 547/I). Her ne kadar tanımında, ticari temsilcinin yetkisinin “işletme sahibi” tarafından verileceği öngörülmüş ise de, işletme sahibi ve tacirin farklılaştığı durumlarda söz konusu yetkinin tacir tarafından verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

2. Temsil Yetkisinin Kapsamı

A- Kanuni Temsil Yetkisi

Ticari temsilci, kural olarak tacir adına işletme amacına dahil, olağan ve olağanüstü tüm işlemleri yapmaya yetkilidir (TBK m. 548/I). Bu yönü ile

¹ Ticari temsilci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca, İsmail**: Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 33 vd.; **Şener, Oruç Hami**: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015, s. 3 vd.; **Bozer, Ali/Göle, Celal**: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 117 vd.; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2018, s. 257-259; **İmregün, Oğuz**: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul 2005, s. 117 vd.; **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 185 vd.; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 455 vd. **Teoman, Ömer**: “Tacir Yardımcıları”, Tüm Makalelerim, C. III, İstanbul 2010, s. 13 vd.; **Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün**: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019, s. 730 vd.; **Pulaşlı, Hasan**: “Şirketler Hukukundaki Temsil İle Borçlar Kanunundaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayırımı”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi 2014 , S. 2, s. 8 vd.; **Bahtiyar, Mehmet**: Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2020, s. 219 vd.; **Kayar, İsmail**: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 368 vd.; **Kayıhan, Şaban**: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 290 vd.

ticari temsilci, tacirin *alter egos*u olarak da anılmaktadır¹. Kural bu olmakla beraber, gerek kanun koyucu tarafından, gerekse de ticari temsilcinin varoluş amacından hareketle öğreti ve uygulamada tacirin temsil yetkisine bir takım sınırlandırmalar da getirilmiştir.

B- Özel Olarak Yetkilendirilmedikçe Yapamayacağı İşlemler

Ticari temsilci özel olarak yetkilendirilmedikçe, işletme bünyesinde bulunan taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlayamaz (TBK m. 548/II). Bu tür işlemler, ticari temsilcinin kanuni temsil yetkisinin dışında kalmakta, söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için ticari temsilcinin tacir tarafından özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Ancak, işletme konusu taşınmaz alım satımı olan ticari işletmelerde görevlendirilen ticari temsilcilerin özel olarak yetkilendirilmese de taşınmazları devredebileceği veya bir hak ile sınırlandırabileceği kabul edilmektedir.

C- Hiçbir Zaman Yapamayacağı İşlemler

Ticari temsilcinin varoluş amacı ticari işletmesi ile ilgili konularda tacire yardım etmektedir. Bu nedenle ticari temsilcinin tacirin, tacir sıfatının kaybına neden olacak işlemleri yapma konusunda yetkisi yoktur. Örneğin, ticari temsilci tacirin iflâsını isteyemez, tacir adına konkordato talebinde bulunamaz, ticari işletmeyi devredemez.

Öte yandan ticari temsilci, tacirin ticari işletmesini ilgilendirmeyen işlemleri hakkında da taciri temsil yetkisini haiz değildir.

D- Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması

Ticari temsilcinin temsil yetkisi yalnızca şube işlemleri ve birlikte temsil kaydıyla sınırlandırılabilir (TBK m. 549/I). Bu sınırlandırmaların iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ticaret siciline tescil edilmeleri şarttır (TBK m. 549/II). Sayılan iki hal dışında başka bir nedenle ticari temsilcinin temsil yetkisi sınırlandırılmaz; bu şekilde bir sınırlandırma ticaret

¹ Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 489; Poroy/Yasaman, 2018, s. 258; İmregün, s. 210; Teoman, s. 23; Kırca, s. 30; Krş. Uzunallı Sevilay/Şener, Oruç Hami: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 39.

siciline tescil edilmiş olsa dahi iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TBK m. 549/III).

II. TİCARİ İŞLETME REHNI KANUNU DÖNEMİNDE TİCARİ TEMSİLCİNİN TİCARİ İŞLETME REHNI KURMA KONUSUNDA YETKİLİ OLUP OLMADIĞI SORUNU

Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda öngörülen ticari işletme rehni modeli bütüncül bir yaklaşıma sahipti ve rehin, kural olarak işletmenin önemli bir kısmı üzerinde kurulmaktaydı. İşletmenin envanterinde bulunan taşınmazlar rehin kapsamında sayılmamaktaydı. Bununla birlikte Kanun'da kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiler lehine kurulacak rehinler için bir istisna getirilerek, söz konusu rehlin kapsamının münhasıran vadeli satışın konusunu oluşturan malvarlığı unsuru olacağı da belirtilmişti (TİRK m. 2/II)¹.

Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde öğretilde çoğunlukla kabul edilen görüş uyarınca, ticari işletme rehni kurulması, özel olarak yetkilendirilmedikçe ticari temsilcinin yetki sınırlarını aşmaktaydı². Ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmedikçe, taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesis edemez konumunda bulunması bu görüşü haklı kılmaktaydı. Lakin, Kanun'da öngörülen istisna kapsamında rehlin, münferit malvarlığı unsurları üzerinde kurulacağı durumlarda, ticari temsilcinin temsil yetkisi kapsamında sayılmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Öte yandan, söz konusu dönemde de ticaret hayatının gereklerinden hareketle ticari temsilciyi ticari işletme rehni kurma konusunda genel olarak yetkili kabul eden görüş de mevcuttu³.

¹ TİRK m. 2/II'de m. 3/I-b'ye yapılan atıf nedeniyle bu şekilde kurulacak rehinlerin kapsamını makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları oluşturabilmekteydi. İşletme envanterinde bulunan taşınmazlar üzerinde münferiden ticari işletme rehni kurulması olanaklı değildi.

² **Omağ, Merih Kemal**: Türk Hukukunda Ticari İşletme Rehni, İİTAD 1976, S. 1, s. 192-193; **Türker, Erhan**: Ticari İşletme Rehni, Eskişehir 1981, s. 77-79; **Kayıhan, Şaban**: Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996, s. 27; **Erten, Ali**: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 15; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 55; **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2016, s. 180; **Pulaşlı, s. 15**; **Şener**, Ticari Temsilci, s. 211; **Erdem, Ercüment**: Bankacılık Rehninde Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi 2011, S. 76, s. 46; **Bahtiyar, Mehmet**: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 179.

³ Bkz. **Kırca**, s. 114.

III. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU'NUN ÖNGÖRDÜĞÜ SİSTEMDE TİCARİ TEMSİLCİNİN TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KURMA KONUSUNDA YETKİLİ OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ

Ticari İşletme Rehni Kanunu, yürürlükte olduğu dönemde işletmelerin finansman ihtiyacını karşılamak konusunda yetersiz kalmış ve bu yetersizliği gidermek adına 01 Ocak 2017'den itibaren yürürlüğe girmek üzere 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kabul edilmiştir¹. Ticari işletmeler üzerinde kurulacak rehin konusunda her iki kanun arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Konumuz bakımında en önemli farklılık, rehnin kapsamı hakkında öngörülen düzenlemelerdir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, adında da açıkça vurgulandığı üzere ticari işletme envanterinde bulunan taşınmazları kapsam dışında bırakmaktadır (TİTRK m.1).

Öte yandan, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre kurulabilecek iki farklı rehin türü ile karşılaşmaktadır. İlki, ticari işletmenin envanterinde bulunan malvarlığı unsurlarının münferiden rehnedilmesidir. Kanun'un temel aldığı rehin modeli de budur. Kanun, üzerinde rehin kurulabilecek varlıkları sınırlamamış (TİTRK m. 5/I-p); ancak üzerinde rehin hakkı kurulması özel sicillerine tescile tabi olan varlıklar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu hükümlerine göre rehin kurulamayacağını öngörmüştür (TİTRK m. 8/III)². Buna karşılık, istisnai olarak işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulmasına da olanak tanınmıştır. Yalnız, söz konusu rehnin kurulabilmesi için işletmenin envanterinde bulunan taşınır varlıkların değerinin borcu karşılayamaması gerekir (TİTRK m. 5/II). İşletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehin, rehnin kuruluş anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü taşınır varlığı ve bu kapsamda üzerinde rehin hakkı kurulması özel sicillerine tescile tabi olan varlıkları da kapsar³. Buna karşılık işletme envanterinde

¹ Bkz. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Genel Gerekçesi.

² **Şenocak, Kemal/Kahraman, Zafer/Tuncer Kazancı, İdil/Öcal Apaydın, Bahar:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019, s. 25; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan),** s. 218; **Hazıroğlu, Elif Cemre:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri", BATİDER 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 196-197; **Bilgeç, Hakan:** "Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri", DEÜHFD 2020, C. XXII, S. 1, s. 25.

³ İşletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık ifadesinin hangi varlıkları kapsadığı konusundaki tartışmalar için bkz. **Göle, Celal/Aydoğan, Gökhan:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", BATİDER 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 30-31; **Arkan, Sabih:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari

bulunan taşınmazlar işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehnin kapsamına da dahil değildir¹.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun öngördüğü yeni rehin sistemi kapsamında rehnin kurulmasının ticari temsilcinin kanuni temsil yetkisi kapsamına girip girmediğinin yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Öncelikle belirtilmelidir ki, yeni rehin sisteminde taşınmazlar hiçbir koşulda rehin kapsamında yer almayacağından, Türk Borçlar Kanunu'nun 548. maddesinin II. fıkrasında taşınmazlarla ilgili olarak getirilen yetki sınırlaması, ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından bir etki doğurmayacaktır. Ayrıca, yeni rehin sisteminde öngörülen münferit rehin modeli, rehnin paraya çevrilmesinde ticari işletmenin sona ermesine neden olmaktan uzaktır. Dolayısıyla, ticari temsilcinin varoluş amacından hareketle getirilen sınırlamanın da varlıkların münferiden rehninde geçerli olmaması gerekir². Lakin, işletmenin bütünü üzerinde kurulacak rehinler, her ne kadar taşınmazları kapsamasa da, işletmenin sona ermesine neden olabilir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ticari temsilcinin, ticari işlemlerde taşınır rehni kurma konusundaki yetkisi, Kanun'un öngördüğü iki rehin modeli için ayrı ayrı tespit edilmelidir: Varlıklar üzerinde münferiden kurulacak rehin, özel olarak yetkilendirilmese de ticari temsilcinin temsil yetkisi kapsamında kabul edilmeli ve tacirin, ticari temsilcinin bu yetkisini sınırlandıramayacağı da kabul edilmelidir. Ticari temsilcinin işletmenin bütünü üzerinde rehin kurabilmesi için ise özel olarak yetkilendirilmesi daha uygun olacaktır.

SONUÇ

Gerek mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu, gerek günümüzde yürürlükte olan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu döneminde ticari temsilcinin, ticari işletme rehni kurma konusundaki yetkisi çerçevesinde yapılan tartışmalar ışığında ticari temsilcinin bu konuda yetkili olup-olmadığı konusunda

İşletmenin Rehni", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 149; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 175, dn. 287; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 233; **Antalya, Gökhan/Acar, Faruk**: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 96; **Narbay, Şafak/Yıldız, Enes M.**: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde "Rehinli Taşınır Sicili"nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme", BATİDER 2018, C. XXXIV, S. 4, s. 76; **Şit İmamoğlu**, s. 33; **Haziroğlu**, s. 200; **Karakuş Erbaş, Burcu**: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara 2018, s. 144.

¹ Krş. **Seven, Vural**: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Taşınır (Varlık) Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 100-103.

² **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 739; **Karakuş Erbaş**, s. 83; Krş. **Arkan**, 2019, s. 192; **Kayar**, s. 371.

genel bir sonuca ulaşmak yerine kurulacak rehnin kapsamına göre değerlendirme yapılması daha uygun gözükmektedir.

Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde, bütüncül yaklaşımla işletmenin tamamı üzerinde kurulacak rehinlerin, rehnin paraya çevrilmesi halinde tacirin, tacir sıfatını kaybetme tehlikesi karşısında özel olarak yetkilendirilmedikçe ticari temsilcinin bu rehni kurma konusunda yetkisiz olduğu kabul edilmeliydi. Öte yandan, malvarlığı unsurları üzerinde kurulacak münferit rehinler ise belirtilen iki durumu da içermediklerinden, ticari temsilci özel olarak yetkilendirilmese de söz konusu rehinleri kurabilmeliydi.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile getirilen yeni sistem için de benzer bir değerlendirme yapılmalıdır. Kanun, taşınmazları kapsamadığından ve münferit rehni kural olarak benimsediğinden, ticari temsilci özel olarak yetkilendirilmese de tacir adına ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi akdedebilir. Buna karşılık, işletmenin bütünü üzerinde rehin kurabilmesi için ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi aranmalıdır.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan/Acar, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2019 (Anılış: 2019).

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2016 (Anılış: 2016).

Arkan, Sabih: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 141-157.

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2020.

Bahtiyar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2020 (Anılış: 2020).

Bahtiyar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2012 (Anılış: 2012).

Bilgeç, Hakan: “Ticari İşletme Envanterinde Bulunan Gemiler Üzerinde Kurulabilecek Sözleşmeye Dayalı Rehin Türleri”, DEÜHFD 2020, C. XXII, S. 1, s. 1-55.

Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018.

Erdem, Ercüment: Bankacılık Rehninde Güncel Sorunlar, Bankacılar Dergisi 2011, S. 76, s. 42-60.

Erten, Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.

Göle, Celal/Aydoğan, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, BATİDER 2017, C. XXXIII, S. 1, s. 5-51.

Hazıroğlu, Elif Cemre: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri”, BATİDER 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 177-204.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Baskı, İstanbul 2005.

Karakuş Erbaş, Burcu: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara 2018.

Karayağcın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1968.

Kayar, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018.

Kayıhan, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018 (Anılış: Ticari İşletme).

Kayıhan, Şaban: Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996 (Anılış: Rehin).

Kırca, İsmail: Ticari Mümessillik, Ankara 1996.

Narbay, Şafak/Yıldız, Enes M.: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, BATİDER 2018, C. XXXIV, S. 4, s. 37-90.

Omağ, Merih Kemal: Türk Hukukunda Ticari İşletme Rehni, İİTAD 1976, S. 1, s. 187-206.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2018 (Anılış: 2018).

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2015 (Anılış: 2015).

Pulaşlı, Hasan: “Şirketler Hukukundaki Temsil İle Borçlar Kanunundaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayırımı”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi 2014, S. 2, s. 3-22.

Seven, Vural: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na Göre Taşınır (Varlık) Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2019.

Şener, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015.

Şenocak, Kemal/Kahraman, Zafer/Tuncer Kazancı, İdil/Öcal Apaydın, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.

Şit İmamoğlu, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.

Teoman, Ömer: “Tacir Yardımcıları”, Tüm Makalelerim, C. III, İstanbul 2010, s. 5-119.

Türker, Erhan: Ticari İşletme Rehni, Eskişehir 1981.

Uzunallı Sevilay/Şener, Oruç Hami: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019.

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNUNDA ÇİFT KİMLİK DURUMUNUN MUTLAK BİR TESCİL ENGELİ OLARAK DÜZENLENMESİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Gül Büyükkılıç*

Türk marka hukukunun tarihsel gelişimi incelendiğinde iki önemli düzenlemenin dönüm noktası teşkil ettiği görülmektedir. Bunlardan ilki, 1995 tarihli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı çerçevesinde -yine aynı yıl- kabul edilen 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'dir (KHK) (RG.27.06.1995, S. 22326). Her ne kadar KHK'nın kabulüne kadarki erken dönemde 1965 tarihli Markalar Kanunu (RG.12.03.1965, S. 11951) ile hukuki koruma belirli bir düzeye kadar sağlanmış ise de marka hakkı ve bu hakkın korunmasına ilişkin toplumsal bilinç KHK'nın yürürlüğü sürecinde oluşmuştur. Türk ekonomisindeki gelişmeler, dinamik bir yapıya sahip olan marka hukuku alanında da etkilerini göstermiş ve zaman içerisinde KHK hükümleri değişen ve gelişen piyasanın ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiştir. Daha da önemlisi, KHK'nın bazı maddelerinin, mülkiyet hakkının KHK'lar ile sınırlandırılmasını yasaklayan AY m. 91/1'e aykırılığı sebebiyle iptal edilmesi, KHK'yı içi boş bir hukuki düzenleme haline getirmiştir. Sınai mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunabilmesi, hâlihazırda mevcut olan ve sanayi ve teknolojinin gelişmesine bağlı olarak ileride ortaya çıkabilecek

* Dr., Marmara Üniversitesi.

hukuki problemlerin çözümüne yardımcı, AB'deki güncel marka mevzuatıyla uyumlu bir kanunun hazırlanması gereğini doğurmuş ve 22.12.2016 tarihinde Türk marka hukukunun ikinci dönüm noktası niteliğindeki 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) (RG. 10.01.2017, S. 29944) kabul edilmiştir.

SMK, marka korumasına ilişkin birçok yeni hüküm ihtiva etmekle beraber, Kanun'da KHK'nın bazı hükümleri aynen, bazıları ise değiştirilerek muhafaza edilmiştir. Bu değişikliklerden biri de marka tescilinde mutlak ve nispi ret sebeplerine ilişkindir.

Mutlak ret sebepleri, kamu düzenini ilgilendiren, işaret üzerinde bir başkasının hak iddiasından bağımsız olarak tescili engelleyen ve toplumsal menfaatleri koruma amacına hizmet eden hususlardır. Bu yapısı gereği, sadece tescil başvurusuna itiraz aşamasında Türk Patent ve Marka Enstitüsü tarafından değil, aynı zamanda uyuşmazlığın yargıya taşınması durumunda mahkeme tarafından da re'sen dikkate alınır. Nispi ret sebepleri ise, mutlak ret sebeplerinden farklı olarak toplumun menfaatlerinden ziyade, işaret üzerinde hak sahibi olan kimsenin menfaatlerini koruma amacına hizmet eden ve sadece hak sahibinin itirazı durumunda dikkate alınan tescil engelleridir.

Çift kimlik ("double identity") olarak ifade edilen, işaretler ve işaretlerin tescil edileceği mal/hizmet(ler)in "aynı (veya ayırt edilemeyecek kadar benzer ya da aynı türde)" olması durumu, KHK'da hem mutlak bir ret sebebi olarak KHK m. 7/1-b'de hem de – biri KHK m. 7/1-b'nin tekrarı niteliğinde olan m. 8/1-a, diğeri ise m. 8/1-b olmak üzere iki ayrı fıkrada - nispi ret sebebi olarak düzenlenmişti. KHK m. 8/1-b aynı/benzer mal/hizmet(ler) bakımından aynı/benzer işaret(ler) için yapılan başvuruyu konu almakta ve böyle bir başvurunun işaretler arasında ancak (ilişkili olduğu ihtimalini de kapsar şekilde) karıştırılma ihtimalinin bulunması halinde itiraz konusu yapılabileceğini düzenlemekteydi. Dolayısıyla hüküm, aynı mal/hizmet için aynı marka bakımından yapılan bir başvuruyu da ihtiva edecek şekilde kaleme alınmıştı. Buna karşılık, KHK m. 7/1-b ve KHK m. 8/1-a – farklı ret sebepleri kapsamında ancak - doğrudan çift kimlik durumunu düzenleyen birbirine paralel hükümlerdi.

KHK m. 7/1-b ve 8/1-b, SMK'da da - sırasıyla- m. 5/1-ç ve m. 6/1'de aynen muhafaza edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, çift kimlik hem mutlak hem de karıştırılma ihtimalini düzenleyen hüküm kapsamında nispi ret sebebi olarak kabul edilmiş, ancak çift kimlik durumunu doğrudan ve nispi bir ret sebebi olarak düzenleyen KHK m. 8/1-a'ya karşılık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mehaz 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün ret sebeplerine ilişkin 7 ve 8 inci maddeleri incelendiğinde ise, SMK m. 5/1-ç'ye karşılık gelen hüküm, nispi ret sebepleri kapsamındaki m. 8/1-a olduğu tespit edilmektedir.

Bunun yanı sıra, SMK m. 6'nın gerekçesinde, hükmün 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 5 inci maddesiyle uyumlu olduğu ifade edilmiş ise de Direktif m. 5/1-a, KHK m. 8/1-a'ya denk gelen ve yukarıda ifade edildiği üzere SMK'da yer verilmeyen bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

Çalışmanın konusu itibariyle önem taşıyan bir diğer SMK yeniliği, - AB Marka Tüzüğü m. 7/1-b'ye paralel şekilde - "işaretin herhangi bir ayırt ediciliğe sahip olmaması" durumunun mutlak bir ret sebebi olarak kabulüdür (m. 5/1-b). Bu çerçevede bir işaretin, marka olarak kabulü için gereken asgari düzeyin ("soyut ayırt edicilik") ötesinde, belirli mal/hizmet(ler) bakımından da ayırt ediciliğe ("somut ayırt edicilik") sahip olması gerekir. Bu çerçevede, SMK'nın mutlak ret sebeplerine ilişkin 5 inci maddesi, - biri doğrudan diğeri ise örtülü olarak - somut ayırt ediciliği düzenleyen iki hüküm ihtiva etmektedir. Bir işaretin aynısı, aynı mal/hizmet bakımından ayırt ediciliğe sahip olmayacağından, yani çifte kimlik durumunda somut ayırt edicilik bulunmadığından, m. 5/1-b'nin, m. 5/1-ç'yi de kapsayan bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Ancak SMK m. 5/2 hükmü karşısında bu düşüncenin kabulü mümkün değildir. Zira hüküm gereği, somut ayırt ediciliğe sahip olmayan bir işaret sonradan kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabilmekte iken, çifte kimlik durumunda bu mümkün değildir.

SMK'nın bahsi geçen hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, çifte kimlik durumunun mutlak ret sebepleri arasında düzenlenmesinin yerindeliği, - başta somut ayırt edicilik olmak üzere - diğer mutlak ret sebeplerinden yapısı itibariyle farklılık taşıyıp taşımadığı ve nihayetinde yapısı ve niteliği gereği hangi grup ret sebepleri arasında düzenlenmesinin uygun olacağı, nispi bir ret sebebi olarak kabulü halinde ayrık bir düzenlemeyi gerektirip gerektirmediği ve/veya mevcut hükümlerin ne şekilde revize edilmesi gerektiği sorularını akla getirmektedir. Bu çalışma, bahsi geçen soruların muhtemel cevaplarını konu almakta ve bu çerçevede Kanun'un ilgili hükümlerinde yapılması gereken değişiklikler hususunda öneriler de bulunmaktadır.

Mehaz AB marka mevzuatıyla karşılaştırmalı olarak yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde,

- İşaret ve mal/hizmetlerin aynı olduğu çifte kimlik durumunun varlığından bahsedebilmek için, tescilli veya tescil başvurusu aşamasında olan önceki bir markanın varlığının gerekli olduğu, diğer bir ifadeyle bu ret sebebinin, işaret üzerindeki başkasının hak sahibi olduğu durumlara ilişkin olduğu, bu sebeple kamusal menfaatleri koruyucu nitelikteki mutlak ret sebepleri arasında değil, KHK m. 8/1-a'ya paralel olarak- nispi ret sebepleri başlığı altında ayrı bir hükümde düzenlenmesinin uygun olacağı, nitekim bu sayede SMK m.

5/1-b ve 5/1-ç arasında bir ayırım yapılabileceği ve SMK m. 5/2'deki istisnanın sadece m. 5/1-b ile sınırlı tutulmasının anlamlandırılabilceği,

(Buna paralel olarak nispi ret sebeplerine atıfta bulunan diğcr Kanun hükümlerinin de gözden geçirilmesi gerektiği – [SMK'nın getirdiği önemli bir yenilik olan “kullanmama savunması”nı konu alan m. 19/2 buna örnek olarak verilebilir. Bu çerçevede, tescil başvurusunun yayımına SMK m. 6/1 çerçevesinde itiraz edilen kimse, SMK m. 19/2'ye dayanarak kullanmama savunmasını ileri sürebilecektir. Kanun koyucu – m. 19/2'ye atfen- hükümsüzlük (m. 25/7) ve tecavüz davası (m. 29/2) aşamasında da bu savunmaya başvurulabileceğini hüküm altına almıştır.]

- Her ne kadar karıştırma ihtimalini düzenleyen SMK m. 6/1, işaret ve mal/hizmet(ler)in aynı olduğu durumları içerecek şekilde düzenlenmiş ise de böyle bir durumda, ayrıca bir incelemeye gerek kalmaksızın karıştırma ihtimalinin varlığı mutlak olarak kabul edildiğinden, bu durumun hükmün kapsamı dışında tutulması (ve sadece -yukarıda önerilen- ayırık düzenleme çerçevesinde değerlendirilmesi) gerektiği düşünülmektedir.

**BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN İADESİ VE
HÜKÜMSÜZLÜĞÜ DAVALARINDA
GÖREVLİ MAHKEME SORUNU
(ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ
27. HUKUK DAİRESİ'NİN 2020/1094 ESAS
VE 2020/1186 KARAR SAYILI KARARI
ÜZERİNE DÜŞÜNCELER)**

Ozan Can*

Bir davanın ticari sayılıp sayılmayacağını tespiti, öncelikle, bu davanın, ticaret mahkemelerinde görülüp görülmeyeceğinin tayini bakımından önem arz eder. Ticari yaşamın gerektirdiği hız, güvenlik, esneklik, ticari uyumsuzlukların uzman kişiler aracılığı ile çözümlenmesini gerektirmektedir. Bu düşünceden hareketle ticari davalarda ticaret mahkemeleri görevlendirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu da sistematik olarak önce, ticari davaları belirlemiş ardından görevli mahkeme hususunu hükme bağlamıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde, hangi uyumsuzlukların ticari dava olduğu sayma yoluyla belirlemiştir. Bu kapsamda her iki tarafın ticari işletmesinden doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın TTK'de; Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde; 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasasına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi.

öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde; fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta; borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde; *bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde*, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Aynı şekilde herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar da ticari davaya vücut verecektir.

Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler başlığını taşıyan TTK m. 5/f.1' de ise, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Ayrıca şu da belirtilmelidir ki, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır (TTK m. 5/f.3).

TTK'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde, *bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan davaları ve çekişmesiz yargı işleri* ticari dava olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda banka teminat mektupları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde kredilerden birisi olarak sayılmış ve banka teminat mektuplarının da kredi olduğu hükme bağlanmıştır. Bankalar ile ilgili temel düzenleme de, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer almaktadır. Banka teminat mektuplarının açıkça bir kredi sayıldığı ve Bankacılık Kanunu'nda açıkça düzenlendiği nazara alındığında, banka teminat mektuplarının iadesinden ve hükümsüzlüğünden doğan uyuşmazlıkların TTK m. 4/f.1-f bendi uyarınca, bankalara ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan dava olarak kabul edilip, ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak bir an için davanın eser sözleşmesinden kaynaklı olduğunu düşündüğümüzde dahi bu defa yerel mahkemenin ve bölge adliye mahkemesinin vardığı sonuç doğru olmakla birlikte gerekçesi yanlış olacaktır.

Davaya konu yerel mahkeme kararı şu şekildedir:

6102 sayılı TTK'nin 4.maddesine göre bir davanın ticari dava sayılması için uyuşmazlık konusu işin taraflarının her ikisinin birden ticari işletmesi ile ilgili olmalı ya da tarafların tacir olup olmadıklarına veya işin taraflarının ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın TTK veya diğer kanunlarda o davaya asliye ticaret mahkemesinin bakacağı yönünde düzenleme olmalıdır. Ticari davalar aynı yasanın 6335 sayılı Kanunun 2.maddesi ile değişik

5.maddesine göre asliye ticaret mahkemesinde görülerek karara bağlanır. Asliye ticaret mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki iş bölümü ilişkisi değil, görev ilişkisidir. Bu açıklamalara göre davanın ticaret mahkemesinde görülebilmesi için tarafların tacir ve dava konusunun tarafların ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir. Davacı şirketler tacir olmalarına rağmen davalı TOKİ kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluş olarak faaliyet gösterdiğinden ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulmuş olmadığından tacir sıfatı yoktur. Davalı TOKİ'nin tacir sıfatı olmadığından davaya bakmaya asliye ticaret mahkemesi görevli olmayıp, iş bu davaya bakmaya asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Görev hususu da dava şartı olup, yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulacağından açılan iş bu dava ile ilgili görevsizlik kararı vermek gerekir.

Ankara 10. Ticaret Mahkemesi'nin TOKİ'nin tacir olmadığından bahisle görevsizlik kararı vermesi üzerine, bu karara karşı istinaf yoluna başvurulmuş, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi ise, uyumsuzluğun ticari dava olmadığını, yerel mahkemenin kararının yerinde olduğunu, ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin görevsizlik kararı kesin olduğundan, bu aşamadan sonra dosya, asliye hukuk mahkemesinde görülmek zorundadır.

Hukuken yerinde olmadığını düşündüğümüz bu kararın bilimsel olarak ele alınıp incelenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çünkü Bölge adliye mahkemelerinin görevsizlik kararları kesin olduğundan, verilen kararların hukuki yönden yerinde olması çok önem taşımaktadır. Aksi takdirde kanuni düzenlemelere aykırı kararlar uygulamaya hâkim olacaktır. Bu düşünceden hareketle, çalışmamızda öncelikle ticari davalar kısaca açıklanarak, TTK'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde düzenlenen, *bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan davaları ve çekişmesiz yargı işleri* hükmün ne anlama geldiği ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ardından, yerel mahkeme ve herhangi bir gerekçe barındırmayan ancak yerel mahkeme kararını uygun bulan istinaf mahkemesi kararının yerindeliliği irdelenecektir.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA 7251 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN TİCARİ DEFTERLERİN İSPAT FONKSİYONUNA ETKİSİ

Şengül Al Kılıç*

Kişilerin tacir sıfatını haiz olmasına birtakım sonuçlar bağlayan kanun koyucu, tacir olmanın hükümlerini, esas itibarıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18 vd.'da düzenlemiştir. Tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından biri de, TTK m. 18/1'e göre, tacirlerin bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlü olmasıdır.¹ (Ayrıca bkz. TTK m. 64/1). Bu yükümlülük, ticarete yeni başlayanlar açısından, ticari işletmesini sicile tescil ettirme zorunluluğunun doğduğu andan itibaren başlayacak (TTK m. 87); tacir sıfatının son bulması ile de sona erecektir.

Ticari defterlerin usulüne uygun olarak tutulması ve bu defterlere geçirilen kayıtların, işletmenin faaliyetleri kapsamında gerçeği yansıtan bilgiler içermesi, yalnızca tacir bakımından değil; işletme ile hukuki ilişki içerisinde

* Dr., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi.

¹ TTK'da tacir olmaya bağlanan bir sonuç olarak öngörülen defter tutma yükümlülüğü, VUK'da ise, daha kapsamlı bir düzenleme ile hüküm altına alınmış ve bu bağlamda, "ticaret ve sanat erbabının"; "ticaret şirketlerinin", iktisadi kamu müesseselerinin", "dernek ve vakıflara ait işletmelerin", "serbest meslek erbabının" ve "çiftçilerin" defter tutma yükümlülüğünden söz edilmiştir (Bkz. VUK m. 172, bu sayılanlar arasında yer almakla birlikte defter tutma yükümlülüğünden muaf tutulanlar için ayrıca bkz. VUK m. 173).

Ancak sunumumuz, TTK kapsamında *tacir olmaya bağlanan sonuçlardan biri olarak düzenlenen ticari defter tutma yükümlülüğüne tâbi olan* tacirlerin tuttukları ticari defterlerin *lehe delil olarak kullanılmasını* düzenleyen HMK m. 222/3 hükmünde 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile sınırlıdır.

bulunan alacaklılar ile müstakbel alacaklılar, işletme çalışanları ve nihayetinde vergilendirme boyutu ile de Devlet bakımından özel bir önemi haizdir. Kanun koyucu, ticari defterler konusunu, önemine binaen “*Ticari Defterler*” üst başlığı ile TTK m. 64 vd.’da ayrıntılı olarak düzenlemiş; bu çerçevede defter tutma yükümlülüğü ve usulü, defter türleri, Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde öngörülen değerlendirme ilkeleri, defterlerin saklanması ve ibrazı gibi pek çok hususa bu Kısım’da yer vermiştir.

Bununla birlikte, bazı istisna tutulan hükümler haricinde 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren TTK’nın, “Ticari İşletme” Kitabı’nda esasa ilişkin yapılan önemli değişikliklerden birinin de, *ticari defterlerin ispat fonksiyonuna* ilişkin olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Zira mülga 6762 sayılı TTK (eTTK)’da m. 82 ilâ 86 arasında “*Ticari defterlerin ispat kuvveti*” üst başlığı altında ve m. 1465’te de “*Delil sayılacak defterler*” başlığı ile düzenlenen bu konu, TTK’nın yasalaşma sürecinde, Kanun’a aktarılıp aktarılmama bakımından ele alınmış; ancak pek çok ülkenin kanunlarında artık bu konuya yer verilmemiş olması ve ispat hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaması gerekçelerinden hareketle, defterlerin ispat kuvveti ile ilgili bir düzenlemeye gidilmemiştir. Böylece ticari defterlerin uyumsuzluklarda “*kesin delil*” olma özelliğinden vazgeçilmiş; bununla birlikte ticari defterlerde yer alan kayıtlar, ispat fonksiyonu bakımından tamamen görmezden de gelinmemiş ve uyumsuzluklarda “*mahkemenin takdirine bağlı delil*” olarak kabul edilmesine devam edileceği sonucuna ulaşılmıştır² (Bu hususun bir yansıması olarak bkz. TTK m. 83/1).

Fakat TTK’nın kabul süreci ile hemen hemen aynı dönemde ele alınan 6100 sayılı HMK’nın yasalaşma serüveninde, ticari işletmesi ile ilgili faaliyetleri bakımından tıpkı eTTK’da olduğu gibi, TTK gereğince de defter tutma yükümlülüğü devam eden tacirlerin, tutmuş olduğu bu defterleri gereğinde kendi lehine (kesin) delil olarak kullanabilmesi imkânından mahrum bırakılmasının uygulamada bazı sorunları da beraberinde getirebileceği üzerinde durulmuştur. Zira hukukumuzda kabul edilen “*senetle ispat kuralı*”, ticari defterlerin ispat fonksiyonu vasıtasıyla bir nebze de olsa yumuşatılmış; ticari hayatta, ticari defterlerin geniş bir uygulama alanının bulunması ve uyumsuzluklarda tarafların iddiasını ispat noktasında bu belgelerdeki kayıtlara sıklıkla başvurmalarından ötürü ticari defterlerin ispat fonksiyonunun göz ardı edilmesinin, ispat hukuku bakımından önemli bir boşluk meydana getireceği sonucuna varılmıştır³. Bu nedenle ticari defterlerin ibrazı ve delil olarak kullanılması ile ilgili hükmün, HMK Tasarı metnine dâhil edilmesi gereği duyulmuş ve 6100

² Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçe, Paragraf 110’da yer alan açıklamalar.

³ Bkz. 6100 sayılı HMK m. 222 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

sayılı HMK'nın kanunlaşması ile birlikte, ticari defterlerin, Kanun'da öngörülen şartlar yerine getirilmiş ise, ticari davalarda lehe ya da aleyhe delil olarak kullanılabilmesinin önü tekrar açılmıştır. Ancak HMK m. 222/3 hükmünün yürürlüğe girdiği ilk halinde, ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi bakımından bazı sorunları da beraberinde getirebilecek bir ifadeye yer verilmiştir.

Konuya dair sorun teşkil eden ifade, ilgili hükümde, ***“İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerin(in)... ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi....”*** şeklinde kaleme alınmıştı. Ticari defter kayıtlarının sahibi veya halefleri lehine delil olarak kabul edilmesi bakımından hükümde, *diğer tarafın usulüne uygun olarak tutulmuş defterlerinde*, ***“uyuşmazlık yaşanan konu ile ilgili hiçbir kaydın bulunmadığı durumları”*** da kapsayacak tarzda bir düzenleme yapılması, defterlerindeki kayıtları lehine delil olarak kullanmak isteyen kişinin bu defterlerindeki kayıtlar hakkında, hiçbir bilgisi olmayan uyuşmazlığın diğer tarafı aleyhine hakkaniyete aykırı bir sonucun ortaya çıkmasının önünü açacak nitelikteydi. Ayrıca bu durum kişinin kendi elinden sadır olan belgelere dayanarak iddiasını ispat edemeyeceği kuralına getirilen bir istisna olarak değerlendirilen ticari defterlerle ispat usulünün kötüye kullanımına sebebiyet verebileceği gibi; ispat hukukunun genel kuralları ve hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmamaktaydı.

Oysa HMK m. 222/3'ün aksine, ticari defterlerle ispat prosedürünün düzenlendiği eTTK'da, ticari defterlerin sahibi lehine delil olması bakımından m. 85'te *diğer tarafın ticari defterlerinde hiçbir kaydın bulunmaması halinde, kendi ticari defterlerindeki kayda dayanarak iddiasını ispat etmek isteyen tacirin, iddiasını ispat edemediği* sonucuna varılmaktaydı.

Uygulamada, ticari uyuşmazlıklarla ilgili iddiaların ispatı bakımından sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olan ticari defterlerle ispat prosedürüne, TTK'da yer verilmemiş olmasının, bir boşluk doğuracağı gerekçesinden yola çıkılarak HMK'ya m. 222 hükmü ile eklenen bu konu bakımından bu kez de, *esasinda kanun koyucunun düzenlemeyi getirirken öngördüğü amaç bu olmasına rağmen*, tuttuğu defterleri lehine delil olarak kullanmak isteyen tacirin iddialarına dair ***usulüne uygun olarak tuttuğu kendi ticari defterlerinde hiçbir kayıt yer almayan diğer tacir aleyhine*** hakkaniyete aykırı bir sonuçla karşı karşıya kalınmıştı.

Ticari defterlerin sahibi lehine delil olması bakımından hükmün kapsamının, hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecek ve maksadı aşacak bir şekilde

genişletilmesi, HMK m. 222/3 hükmünün haklı eleştirilere maruz kalmasına sebebiyet vermiş; ancak 1 Ekim 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren HMK'da yer alan bu ifade, 28 Temmuz 2020 tarihine kadar bu hali ile madde metnindeki yerini korumuştur.

Bu sorunun giderilebilmesi adına kanun koyucu, 7251 sayılı Kanun⁴ ile HMK'da yapılan değişiklik kapsamında, m. 222/3'ün metninde de bir tadil gerçekleştirmiştir. 7251 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi ile değiştirilen HMK m. 222/3'ün yeni haline göre, uyuşmazlık konusu husus ile ilgili olarak, ***diğer tarafın usulüne uygun tutmuş olduğu ticari defterlerinde hiçbir kayıt bulunmuyorsa***, tacirin usulüne uygun olarak tutmuş olduğu ***kendi ticari defterlerinde yer alan kayıtları, lehine delil olarak kullanması mümkün olmayacaktır***.

Her ne kadar Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulursa da⁵ ticari defterlerle ispat usulünde, defterdeki kayıta yer alan hususların dayanağını teşkil eden belgelerin ayrıca mahkemeye sunulmasına gerek olmadan, defterlerle ispata dair Kanun'da öngörülen şartların sağlanması halinde, tacirin iddiasını ispat edebilmesine imkân verilmektedir. Aksinin kabulü, ticari defterlerle ispat usulü sayesinde, senetle ispat kuralının esnetildiği sonucunu anlamsız kılacaktır. Bununla birlikte, elbette ki ticari defterlerle ispat usulü, herhangi bir belgeye dayanmayan hususların tacir tarafından kendi defterlerine kaydedilmesi ve bu kayıtların her durumda, defterleri tutan tacir lehine hüküm ve sonuç doğuracağı şeklinde de yorumlanamaz. Bu çerçevede usulüne uygun olarak tuttuğu kendi ticari defterlerinde yer alan kayıtlara dayanarak iddiasını ispat etmek isteyen tacirin bu iddiasına ilişkin, uyuşmazlığın diğer tarafınca usulüne uygun olarak tutulan defterlerde ***hiçbir kayda yer verilmemiş olması halinde***, tacirin iddiası çürütülmüş olacaktır. Bu durumda tacirin, ticari defterlerine geçirdiği bu kayıtlara dair belgeleri mahkemeye ibraz etmek ya da diğer kesin deliller ile iddiasını ispat etmekten başka bir yolu olmayacaktır.

7251 sayılı Kanun ile HMK'da yapılan değişiklik çerçevesinde HMK m. 222/3'e eklenen bir diğer ifade ise, her iki taraf açısından da ticari nitelik arz eden ve her iki tarafın da ticari defterlerine kaydedilmesi gereken bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, uyuşmazlığın ***diğer tarafının ticari defterlerini ibrazdan kaçınması halinde de*** tacirin kendi tutmuş olduğu ticari defterlerini lehe

⁴ Resmi Gazete Sayı: 31199, Tarih: 28.07.2020.

⁵ Bu yönde bazı kararlar için bkz. Y. 19. H.D., T. 29.01.2013, E. 2012/14179, K. 1593; Y. 15. HD., T. 15.05.2002, E. 2002/1230, K. 2002/2508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T. 23.12.2020); TD., T. 03.04.1972, E. 72/316, K. 72/1687 sayılı kararı (BATİDER, 1972, S. 6, C. 4, s. 724-725).

delil olarak kullanabilme imkânına sahip olabilmesidir (Ayrıca bkz. HMK m. 222/5). Esasında madde metnine eklenen bu ifade, eTTK m. 86’da yer alan **“Taraflardan birinin defterleri kanuna uygun olup da ... diğeri(ninki)... ibraz etmek istemezse...”** hükmünü karşılamaktadır. Bununla birlikte, HMK m. 222/3’de konu, böyle bir ihtimalde, **iddiasını ispat için kendi tuttuğu ticari defterlere dayanan tacir lehine bu defterlerdeki kayıtların delil olacağı** şeklinde kalemeye alınmışken; eTTK m. 86’da ise, defterleri usulüne uygun olarak tutan tacirin birbirini doğrulayan kayıtlarının, **diğeri aleyhine delil olacağı** şeklinde düzenlenmişti.

7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde HMK m. 222/3 hükmüne, **“diğer tarafın ticari defterlerini ibrazdan kaçınması hali”** eklenmişken; eTTK m. 86’daki düzenlemeden hareketle, **diğer tarafın defterlerinin kanuna uygun olmaması ya da diğer tarafın hiç defterinin bulunmaması halinde, tacirin kendi tuttuğu defterlerde yer alan kayıtlarla iddiasını ispat edebilmesine** dair bir açıklamaya yeni HMK m. 222/3’de yer verilmemiştir. Ancak tacirin, ticari defterlerini lehe delil olarak kullanabilmesi için, HMK m. 222/3 gereğince diğer tarafın da ticari defter tutma yükümlülüğü altında olan bir kişi olması gerekliliği ve usulüne uygun olarak ticari defterlerini hiç tutmaması ya da usulünce tutmaması halinde, bu durumun söz konusu kişi aleyhine bir sonuç doğuracağı gerçeği karşısında (HMK m. 222/4), bu haller de, **ibrazdan kaçınma olarak değerlendirilmeli** ve kanuna uygun şekilde tutulmamış olan bu ticari defterler, ibraz edilse dahi, ibraz etmeme ile aynı sonuçlara tâbi kılınmalıdır. Yine ticari defterlerini yitiren ancak usulüne uygun olarak zayı belgesini sunamayan tacirin de defterlerini ibraz etmediği kabul edilmelidir. Tüm bu hallerde, defterlerini ibraz etmeyen tarafın gidebileceği yol, usulüne uygun olarak tutmuş olduğu ticari defterlerindeki kayıtları lehine delil olarak kullanmak isteyen tacirin iddialarının aksini, senet veya diğer kesin delillerle ispat edebilmesi olacaktır (HMK m. 222/3).

TİCARİ BORCA KEFALETTE TEMERRÜT FAİZİ

Mine Karayalçın*

Ticaret hukuku kuralları ile, ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan pratiklik, hız ve güvenin sağlanması amaçlanır¹. Bu doğrultuda, ticari hayatta teminatın önemli bir rolü bulunmaktadır. Bir ticari borcun alacaklısının, özellikle de kredi açanın, borcun ifa edileceğine olan güveninin korunması önem taşımaktadır². Bu sebeple ticari borca kefil olunması halinde, hem asıl borçlu ile kefil arasında, hem de kefiller arasında kanuni teselsül karinesi uygulanır. Kefalet müteselsil olmakla birlikte, kefilden asıl borca işletilecek temerrüt faizinin talep edilebilirliği, ihbar şartına bağlanmıştır (TTK m.7)³. Bu düzenleme, kefilin aşırı faizden korunması düşüncesi ile ticari faaliyetlerde işlem güvenliği arasındaki dengeyi sağlamaktadır⁴.

Çalışmamızda, ticari borca kefil olunması halinde, asıl borca TBK'daki emredici üst sınırı aşan oranda işletilen temerrüt faizinin kefilden talep edilebilir olup olmadığı sorunu, üç aşamada değerlendirilmektedir. İlk olarak, ticari borca kişisel güvence verilmesine ilişkin kefalet sözleşmesinin ticari iş

* Ar. Gör., Antalya Bilim Üniversitesi.

¹ Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, s.17; Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2015, s.5, Kn.4.

² Tekinay, Selâhattin Sulhi: "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi", Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s.510; Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, 1968, s.542; Poroy/Yasaman, s.75.

³ Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, Ankara, Adalet, 2013, s.187.

⁴ Ayan, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Adalet, 2013, s.42, 482; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.68, Kn.97.

niteliğinde olup olmadığı değerlendirilecektir. İkinci olarak, temerrüt faizine emredici üst sınır getiren TBK düzenlemesi (TBK m.120) ile ticari işlerde faiz serbestisi (TTK m.8) arasındaki ilişki, öğretide savunulan çeşitli görüşler ışığında açıklanacaktır. Son olarak ise Yargıtay'ın ticari borca kefalette temerrüt faizi oranına ilişkin kararları; kefilin korunması düşüncesi ve adi işlerde faiz borçlusunun aşırı faizden korunmasına yönelik düzenlemeler ile alacaklının borcun ifasına olan güveninin korunması arasındaki menfaat dengesi bakış açısından değerlendirilecektir.

TBK m.581 vd. da düzenlenen kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kural olarak tek tarafa borç yükleyen ve sürekli bir borç ilişkisi oluşturan kefalet sözleşmesinden doğan borç, asıl alacağa bağlı, tali ve asıl borçtan farklı bir borçtur⁵. Kefilin korunması amacıyla, kefalet sözleşmesinin ve bu sözleşmede yer alacak birtakım kayıtların geçerliliği için şekil şartı öngörülmüştür (TBK m.583). Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, sorumlu olduğu azami miktarın kefilin el yazısı ile kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekir.

Kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girilmesi halinde, alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilecektir. Ancak, bunun için asıl borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güclüğü içerisinde bulunması gerekir (TBK m.586). Bu düzenleme, müteselsil kefaleti adi kefalete yaklaştırarak, kefilin müteselsil sorumluluğun ağır sonuçlarından korumayı amaçlamaktadır. TBK m.7 uyarınca, TBK m.583/f.1'deki şekil şartına rağmen, kefalet, yasa gereği müteselsildir⁶. Diğer bir ifadeyle, kefil; TTK m.7 istisnası gereğince, müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girmiş olduğunu el yazısıyla kefalet senedinde belirtmemiş olsa dahi, müteselsil kefil sıfatıyla sorumlu olmaktadır.

⁵ Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, 2012, s.286-289; Ayan, s.35-36.

⁶ Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Arslan/Nomer Ertan, s.71, Kn.101; Ayan, s.52; Poroy/Yasaman, s.75; Midyat, Nuri Aziz: "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2017, C.75, S.2, s.697-699; Gümüş, s.343-344. Aksi görüşte Kapancı, Kadir Berk: "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.7, S.2, s.164-167. Teselsül dışındaki geçerlilik şartlarının kefalet belgesinde yer alması zorunluluğu görüşünde Bozer, Ali/Göle, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2017, s.342.

Kefilin sorumluluğu, TBK m.589/f.2’de belirlenmiştir. Bu düzenlemeye göre kefil; azami miktarla sınırlı olmak üzere, asıl borçtan, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan akdi faizlerden sorumlu olacaktır. Öğretide⁷, asıl borç ilişkisinde temerrüt faiz oranının belirlenmesi durumunda, bu faizin sözleşme faizi olmaması nedeniyle; kefilin, azami kefalet miktarıyla sınırlı olmak üzere, temerrüt faizinden sınırsız olarak sorumlu olacağı ifade edilmektedir.

Öğretide⁸ TTK m.7 gereğince ticari borca verilen kefaletin müteselsil olması ile kefalet sözleşmesinin kefil yönünden ticari iş olması arasında bir ayırım yapılmaktadır. *Bozer/Göle*’ye göre bir borcun asıl borçlu ve kefil açısından ticari borç niteliğinde olup olmadığı TTK m.3’e göre belirlenir. Sadece alacaklı için ticari olan bir iş, asıl borçlu ve kefil açısından TTK m.19/f.2 çerçevesinde ticari olarak nitelendirilemeyecek ve teselsül karinesi uygulanmayacaktır⁹. Ticari borca kefalet verenin tacir olmaması ya da kefaletin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını bildirmesi veya işin ticari olmasına durumun elverişli olmaması durumunda, kefalet sözleşmesi kefil için ticari iş olmayacaktır. Bu durumda, bir ticari borca kefalet verilmesi, her durumda kefil yönünden ticari iş olarak nitelendirilmeyebileceği; ancak kefalet müteselsil olmaya devam edecektir.

Kefaletin ticari iş niteliğinde olup olmadığı değerlendirmesi, faiz oranı uygulaması yönünden önem taşımaktadır. Bir işin ticari iş niteliğinde olmasına bağlanan sonuçlardan biri, faizin serbestçe belirlenebilmesidir (TTK m.8). Buna karşılık, TBK m.120’de temerrüt faizi oranı için emredici nitelikte üst sınır öngörülmüştür. Buna göre, sözleşme ile kararlaştırılacak olan yıllık temerrüt faizi oranı, 3095 sayılı Kanun’da temerrüt faizi için belirlenen oranın yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır.

TTK m.8 ile TBK m.120 düzenlemelerinin birlikte ne şekilde uygulanacağı ve hangi düzenlemeye öncelik verileceği konusunda öğretide ve yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş¹⁰, ticari işlerde faiz

⁷ Acar, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, 2015, s.209; Gümüş, s.368-369.

⁸ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.70, Kn.100; Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2016, s.69, dnp.3.

⁹ Aksi görüşte Arkan, s.69, dnp.3.

¹⁰ Kırkbeşoğlu, Nagehan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, BATİDER, 2012, C.28, S.4, s.160; Atamer, Yeşim M./Sanlı, Kerem: “Borçlar Kanunu’ndaki Faiz Serbestisini Sınırlayan Hükümlerin Uygulama Alanı:

serbestisinin mutlak şekilde uygulanacağını kabul etmektedir. Öğretide savunulan diğer görüşe¹¹ göre ise, TBK'nın faiz oranına getirmiş olduğu üst sınırlar genel nitelikli düzenlemelerdir ve TTK m.8'e rağmen ticari işe de uygulanmalıdır. Son olarak bazı yazarlar¹², TTK m.8'de öngörülen faiz serbestisinin yalnızca tacirler arasındaki ticari işlerde uygulanacağını kabul etmektedir.

Bu aşamada ayrıca, anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt faizinin dava veya takip tarihinden önce işlemeye başlayacağına dair anlaşmaların sonucunda temerrüt faizinin aşırı meblağa ulaşması haline de değinmek gerekmektedir. Bu durumda hâkime aşırı faiz tutarını indirme yetkisi verilmiştir (TBK m.121). Tacir sıfatına sahip borçlular bu hükümden yararlanmayacaklardır (TTK m.22). Buna karşılık, ticari işten doğan bir borcun tacir sıfatına sahip olmayan borçlusu, hâkimden indirim isteyebilecektir. Dolayısıyla, ticari işin tacir sıfatına sahip olmayan tarafının da aşırı faizden korunması, faizi sınırlandıran düzenlemelerin amacıyla örtüşmektedir. Bu doğrultuda, TTK m.8'in uygulanması yönünden de son görüşün kabul edilmesi yerinde olacaktır. O halde, ticari borca kefil olunması halinde, müteselsil kefiliden talep edilebilecek temerrüt faizi oranının belirlenmesinde, kefilin tacir sıfatı göz önüne alınmalıdır.

Yargıtay'ın ticari borca kefalette dair kararlarında¹³ ise, kefilin tacir sıfatının değerlendirilmediği görülmektedir. Bahsi geçen kararlarda, ticari borca kefalette teselsül karinesinin uygulanacağı ve teselsülün; kefaletin azami

Hukuk, Ekonomi ve Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme", Yargıtay Dergisi, 2016, C.42, S.3, s.434-436, 449-450; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, Turhan, 2014, s.632; Yağcı, Kürşat: "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, 2013, C.71, S.2, s.432; Orbay Ortaç, Nurdan: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", Ankara Barosu Dergisi, 2014, S.2, s.126; Saraç, Şükrü: "Faiz Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku II. Cild, Ankara, Yetkin, 2017, s.976.

¹¹ Helvacı, İlhan: "Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlu Temerrüdüne İlişkin Genel Hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu'nun Konuya İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku I. Cild, Ankara, Yetkin, 2017, s. 218-219.

¹² Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.92, Kn.153; Arkan, s.78; Poroy/Yasaman, s.93-94; Atamer, Yeşim M./Okutan-Nilsson, Gül: "Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m.1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı, BATİDER, 2013, C.29, S.3, s.37.

¹³ Y. 11. HD, 2017/1493E., 2018/7085 K., 14.11.2018 T., Y. 11. HD, 2015/150 E., 2015/4517 K., 1.4.2015 T., Y. 11. HD, 2014/9271 E., 2014/16695 K., 3.11.2014 T.

miktarı dahilinde¹⁴, kefilin borçlu gibi sorumlu olması sonucuna yol açacağı belirtilmektedir. Bu gerekçe doğrultusunda, ticari bir borç için kefil olunması durumunda, kefil tacir sıfatına sahip olmasa dahi serbestçe belirlenen temerrüt faizinin kefiliden istenebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu sonuç ise kanaatimizce, hem TBK m.120'ye, hem de TTK m.8'e aykırılık oluşturmaktadır.

Öğretide¹⁵ savunulan bir görüşe göre, asıl borç ilişkisinde, yasal temerrüt faizi oranından daha yüksek bir oranın kararlaştırılması durumunda, kefilin sorumluluğu yasal temerrüt faizi oranı ile sınırlı olmalıdır. Bu görüşe göre kefil, sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faizi oranından, bu oran TBK m.120 sınırları dahilinde dahi olsa, sorumlu olmayacaktır. Bu doğrultuda, kefilin tacir olmadığı ticari borca kefalette, Yargıtay'ın TBK m.120'yi uygulamayarak, kefilin sorumluluğunun azami miktarla sınırlı olmak üzere serbestçe belirlenen faizi de kapsadığını kabul etmesi, eleştiriye açıktır.

Her ne kadar borçlular arasında başvuru imkânları bulunmakta ise de ağır sonuçları nedeniyle müteselsil borçluluk istisnadır¹⁶. Ancak ticari faaliyetlerin bir gereği olarak sürat ve güvenin sağlanabilmesi adına, ticari borçta teselsül karinesi kabul edilmiştir. Kefalet sözleşmesine yönelik TBK düzenlemelerinde ise kefilin koruma amacı ön plandadır. Özellikle, kefaletin azami miktarının ve teselsülün belirtilmesine ilişkin şekil şartı ile kefilin sorumluluğunun sınırlandırılması, kefilin koruma amacı güden düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler kefalet sözleşmesini, kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer hukuki işlemlerden, özellikle de bağımsız bir teminat borcu doğuran garanti sözleşmesi¹⁷ ile avalden¹⁸ ayırmaktadır. Kefilin korunması düşüncesi, TTK m.7'ye de yansımıştır. Buna göre, ihbar edilmeden temerrüt faizi kefiliden talep edilemez. Bu düzenleme, adi borca kefil olan kişinin durumunun ticari borca kefalet verene göre daha ağır olmasının kabul edilebilir olmadığı ve bu düzenlemenin genel nitelikli bir düzenleme olması gerektiği yönünden öğretide¹⁹ eleştirilmektedir. Bununla beraber, TTK m.7'de ticari işlerde sürat ve güvenin

¹⁴ Y. 11. HD, 2003/2815 E., 2003/9200 K., 13.10.2003 T.

¹⁵ Ayan, s.475-476; Özen, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, 2012, s.133.

¹⁶ Kapancı, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2015, s.23-25.

¹⁷ Develioğlu, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, 2009, s.105-107.

¹⁸ Kendigelen, Abuzer/Kırca, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar-Kambiyo Senetleri, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2019, s.226, Kn.486.

¹⁹ Ayan, s.482; Acar, s.210.

sağlanması amacı ile kefilin aşırı faizden korunması gerekliliği arasında bir denge sağlanmaya çalışıldığı söylenebilecektir.

Yargıtay'ın faiz serbestisi çerçevesinde (TTK m.8) belirlenen ve TTK m.120'deki üst sınırı aşan orandaki temerrüt faizini, kefilin sorumluluğu içerisinde olarak değerlendiren yaklaşımı nedeniyle kefilin aşırı faizden korunması düşüncesi, menfaatlerin dengelenmesinde geri planda kalmaktadır. Elbette, kefaletin azami miktar ile sınırlandırılmış olmasının bunda önemli bir payı vardır. Ancak, ticari işlerde, sözleşmenin tacir sıfatına sahip olmayan, ancak tüketici mevzuatı ile korunmayan tarafı yönünden Yargıtay'ın tutumunun TTK m.8'in mutlak şekilde uygulanması olduğu söylenebilecektir²⁰. Düşüncemize göre, kefalet miktarı sınırlandırılmış olsa dahi, faiz ile ilgili koruyucu kanuni düzenlemelerin amacı da gözetilmelidir. Örneğin Alman Hukuku'nda, ticarete güvenin sağlanması ile kefilin korunması arasında menfaatlerin dengelenmesinde, kefilin tacir sıfatının gözetildiği görülmektedir. § 349 HGB'de kefalet sözleşmesinin kefil için de ticari iş olması halinde kefil, tartışma definden yoksun bırakılmıştır. Kefil ancak tacir sıfatına sahip olduğu takdirde, kefalet sözleşmesi kefil için ticari iş olabilmektedir (§ 343 HGB).

Bu çalışmada, ticari borca kefalet halinde, asıl alacağa işletilen temerrüt faizinin kefiliden istenebilir olup olmadığı; kefilin korunması düşüncesi, adi işlerde aşırı faize karşı koruyucu TBK düzenlemelerinin genel amacı ve kredi düzeninin hız ve güven ihtiyacı bakış açılarından değerlendirilmiştir. Belirtilim ki, kefalet sözleşmesi niteliği itibarıyla tüketici işlemi olmayacağı ve ticari borca kefil olan kişi her zaman tacir olmayabileceğinden, faiz serbestisinin ortaya çıkarabileceği sonuçlardan kefilin korunması gerektiği düşünülmektedir. Kefalet miktarı sınırlı olsa dahi, öğretideki görüşler çerçevesinde, faiz serbestisinin tacir sıfatına bağlı bir sonuç olması, menfaatler dengesine daha uygun bir çözüm oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, ticari borca kefalette, faiz serbestisi çerçevesinde kararlaştırılan faizin ancak kefilin tacir sıfatına sahip olduğu durumlarda kefiliden talep edilebilmesi, faiz ile ilgili koruyucu düzenlemelerin amacına uygun olacaktır.

²⁰ Y. 19. HD, 2018/1543 E., 2019/4442 K., 23.9.2019 T.

TEORİ VE UYGULAMADA SOYUT VE SOMUT KARIŞTIRILMA TEHLİKESİ

Mehmet Ali Aksoy*

Hukukumuzda “kariştirilma” terimi haksız rekabet hukuku ve marka hukuku kapsamında düzenlenmekte; hatta marka hukuku açısından kariştirilmaya çeşitli alanlarda farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Kariştirilma olasılığı sadece korumanın önündeki mutlak bir engel değil, aynı zamanda pratikte de önemli bir ihlal türüdür. İltibas açısından hukukumuzda bazen soyut kariştirilma tehlikesi yeterli görülürken bazı durumlarda somut kariştirilma tehlikesinin varlığı aranmaktadır. İlgili çalışmada soyut ve somut kariştirilma tehlikesi kavramlarının teorik temelleri ve uygulamadaki durumu ortaya konmaya çalışılmaktadır.

Kariştirilmanın tanımı ve bu konudaki ölçütler mevzuatta belirlenmemiştir. Kariştirilma benzerlik anlamına gelen Arapça bir sözcük olan iltibas terimi yerine kanuni terim olarak kabul edilmiştir. Birbirine benzeyen şeylerin biri öteki sanacak surette birbirine benzemesi nedeniyle kariştirma, bu konudaki yanılgı anlamına gelir. Haksız rekabet hukuku ve marka hukuku ile kariştirilmaya karşı koruma sağlanmaktadır.

Gerek marka hukuku gerek haksız rekabet hukuku açısından kariştirilmada, temel olarak korumanın şartları açısından farklılık söz konusu değildir. Her durumda kariştirilma için iki veya daha fazla tanıma vasıtası söz konusu olmakta ve bunlardan birisi sahibi tarafından haklı olarak kullanılmaktadır. Markanın haklı kullanımdan söz edebilmek için mal veya hizmetlerle ilgili

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış olması gerekir. Haksız rekabet hukuku açısından haklı kullanım ise söz konusu işaretin tescilli olmasını değil; ilk defa kullanılmasını ifade etmektedir. Görüldüğü üzere Türk Hukukunda “karıştırılma” kavramı, ortak bir kavram olarak kabul edilmekle ve her halükarda karıştırılma tehlikesi yeterli kabul edilmekle birlikte haksız rekabet hukuku ve marka hukuku kapsamında hatta marka hukuku içinde korumanın şartları ve unsurları farklılık arz etmektedir. Bu nedenle karıştırılma terimi, marka ve haksız rekabet hukukunda anlam itibariyle temelde aynı fiili içermekle birlikte aslında hukukumuzda birbirinden farklı içeriğe sahip iki tane karıştırılma söz konusu olmaktadır. Marka hukukunda soyut karıştırılma tehlikesi yeterli kabul edilirken tanınmış markalar ve haksız rekabet hukukunda karıştırılmanın oluşması için somut karıştırılma tehlikesinin varlığı aranmaktadır. Bu ise karıştırılma kavramının içeriğinden çok düzenlemelerin koruma amaçları arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Karıştırılma tehlikesi kavramının içeriğinin belirlenmesi ve objektif esaslara bağlanması teori yanında uygulamaya da faydalı olacaktır.

Soyut karıştırılma tehlikesinde, karıştırılmanın kabulü için soyut tehlikenin varlığı; yani doğrudan veya dolaylı olarak bir karıştırılma olasılığı yeterli kabul edilir. Karıştırılmanın varlığı tüketicinin gerçekten yanıltılmasına bağlı değildir. Bu açıdan gerçek bir karıştırılmanın meydana geldiğine dair bulguya da gerek duyulmamaktadır. Fiili olarak karıştırılmanın varlığı bir gösterge olmakla birlikte karıştırılmanın kabulü için bir ön koşul değildir. Soyut karıştırılma tehlikesinde söz konusu işaretin ayırt edici karakter taşıması, karıştırılma açısından büyük önem taşıyan yazılı olmayan bir kriterdir. İlgili faktörler arasında, özellikle işaretlerin benzerliği ve bunlarla tanımlanan mal veya hizmetlerin benzerliği ve ayrıca korunan markanın ayırt edici özelliği arasında bir etkileşim vardır.

Soyut karıştırılma tehlikesi, markalar arasındaki benzerliğin karıştırılmaya yol açıp açmayacağının ayrıca inceleme yapılmayı gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olması bakımından somut iltibas tehlikesinden farklılık gösterir. Bu konuda bilirkşi incelemesi yapmaya dahi gerek duyulmamaktadır. Ayrıca SMK m 9/1’de markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmaması ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilmesi bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Markasını tescil ettiren bir kişi, örneğin dört yıl süreyle söz konusu markayı kullanmasa dahi marka, belirtilen korumadan yararlanabilecek ve fiili olarak karıştırılma gerçekleşmeyecek olsa dahi mutlak ve nispi ret nedenleri açısından diğer markaların tescilini engelleyebilecektir.

Soyut ve somut karıştırılma tehlikesi arasındaki ayrım, esasen düzenlemelerin koruma amaçlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Haksız rekabet düzenlemelerinin koruma amacı ticarete öne geçmek için dürüst kabul edilmeyen uygulamaların fiilen kullanılıp kullanılmadığının ve gerçek bir karıştırılma olasılığının değerlendirilmesini zorunlu kılar. Burada soyut bir karıştırılma tehlikesi yeterli kabul edilmemekte olup somut bir tehlikenin varlığı aranmaktadır. Somut karıştırılma tehlikesinde faaliyetin karıştırılma teşkil etmeye objektif olarak elverişli olması yeterli kabul edilmektedir.

Haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerde somut karıştırılma tehlikesi aranmakla birlikte “karıştırılma tehlikesinin varlığı” yeterli kabul edilmektedir. Bu nedenle karıştırılmanın fiilen gerçekleştirilmesi bir unsur olarak aranmamaktadır. Yargıtay, HGK 14/10/1992 T, 1992/11-445 E, 1992/573 Türkiye’de uygulaması olmayan ürünlerin dahi (6762 Sayılı)TTK m 57/5 kapsamında korunacağı bu nedenle somut olayda karıştırılma meydana gelmemesinden bahisle karıştırılma yoktur şeklinde karar verilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir. Ancak bu durumda dahi söz konusu malların Türkiye’de satılması her an mümkün olduğu için somut ve fiili bir karıştırılma tehlikesi bulunmaktadır ve söz konusu durumda da somut karıştırılma tehlikesinin varlığı aranmaktadır.

Tanınmış markalar açısından da SMK m 6/5 düzenlemesinde soyut bir karıştırılma tehlikesi yerine markanın Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanma tehlikesi veya markanın itibarının zarar göreme veya ayırt edici karakterinin zedelenme tehlikesi şeklinde ifade edilen somut bir karıştırılma tehlikesinin varlığı aranmaktadır.

KAYNAKÇA

Aksoy, Mehmet Ali, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998

Battal, Ahmet, “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”, GÜHFD, C.4, S.1-2, Ankara, Haziran-Aralık 2000, s.12-22.

Demir Hatice Özge, TTK’daki İltibas” ile 556 s. Khk’deki “Karıştırılma ihtimali” Kavramlarının Karşılaştırılması, Marmara üniversitesi sosyal bilimler enstitüsü, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2006.

Grundmann, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht 20. Edition

Hennigs, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht 20. Edition

Ingerl/Rohnke, Ingerl/Rohnke, Markengesetz 3. Auflage 2010

Karl- Heinz, Fezer, Fezer, Markenrecht 4. Auflage 2009

Kur, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht 20. Edition

Raab, Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz 5. Auflage 2017

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004

Thalmaier, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht 20. Edition

Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., ve Ertan, N. F. N. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul (2015).

Weiler, BeckOK Markenrecht, Kur/v. Bomhard/Albrecht 20. Edition

6754 SAYILI BİLİRKİŞİLİK KANUNU KAPSAMINDA ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİNİN BİLİRKİŞİLİĞİ

İzzet Başara*

Adalet hizmetlerinde etkinliğin artırılmasında en önemli faktörlerden biri hiç şüphesiz bilirkişilik müessesesidir. Ülkemizde yıllardan beri süre gelen hatalı bilirkişilik uygulamaları nedeniyle toplumda “*mahkeme/hakim yargısı yerine bilirkişi yargısı*” algısı oluşmuş ve yargılama yetkisinin bilirkişiye devredildiği eleştirisi sıklıkla dile getirilmiştir.

¹ Bilirkişilik kurumundaki yozlaşma, yargılamada zaman ve emek kayıplarına yol açtığı gibi hatalı bilirkişilik uygulamaları nedeniyle uzayan yargılamalar sonucunda masraflar da katlanarak artmaktadır. Öte yandan bilirkişilik müessesesi süreç içerisinde amacından sapmış ve adeta bir meslek ve para kazanma aracı haline dönüşmüştür.

Bilirkişilik müessesesinin yeniden yapılandırılarak, bilirkişilerin seçimi ve görevlendirilmesine yönelik standartlar belirlenmesi, sertifikalandırma sistemine geçilerek hâkimlerin bilirkişiye müracaatlarının yalnızca teknik bir meselenin vuzuha kavuşturulmasıyla sınırlandırılması önemli bir hedef olarak geçmiş dönem hükümet programlarında yer almış ve hali hazırda hem Cumhurbaşkanlığı hem de Adalet Bakanlığının reform çalışmalarında da yer almaktadır.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanı.

¹ Toraman, Barış, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Ankara 2017, s. 178 vd.

İyi işleyen bir bilirkişilik sistemi mahkeme kararlarının da kalitesinin artmasında önemli bir etkidir. Zira uygulamada, mahkeme kararlarının büyük çoğunluğu bilirkişi raporlarının kopyala/yapıştır yöntemiyle karara geçirilmesinden ibaret olup mahkeme kararlarında muhakeme ve hukuksal anlamda gerekçeden yoksunluk göze çarpmakta, kararların hukuki gerekçeden yoksunluğu üst yargı mercilerinde bozma yoluyla giderilmeye çalışılmakta bu da yargılama sürelerinin uzamasına ve usul ekonomisi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Toplumun yargılamaların adil olduğuna inanması ve yargılama usulüyle ilgili araçlardan biri olan bilirkişi raporlarının, genel geçer, soyut ifadeler yerine maddi olgunun tartışılıp ortaya çıkarılması noktasında görevlendirmeyi yapan mercie yol gösterici ve karar verme sürecine yardımcı olacak nitelik ve doygunlukta olması büyük önem arz etmektedir. Somut uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesi için ihtiyaç duyulan özel veya teknik bilgiyi mahkemeye sunan, ilgili konu hakkındaki özel yahut teknik bilgisini kullanmak suretiyle varmış olduğu sonuçlara işaret eden ya da özel yahut teknik bilgiden hareketle vakıaları tespit eden bilirkişi², açıklamaları ve sunmuş olduğu rapor aracılığıyla mahkeme kararının ortaya çıkmasına doğrudan etki eder.

Yargılamada bilirkişilik müessesesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hesap verebilirliğinin de bir parçasını teşkil etmektedir. Mahkemelerce hukuki konu-teknik konu ayrımı yapılmadan, görev sınırları belirlenmeden ya da eksik belirlenerek veya yanlış nitelendirme yapılarak dosyaların rapor alınmak üzere bilirkişiye tevdi edilmesi neticesinde, bilirkişi raporlarının kalitesi düşmekte, müessese amacından sapmakta ve alınan raporların mahkemece denetimi de mümkün olamadığından sağlıklı bir sonuç ortaya çıkmamaktadır.

Usul kanunlarımızda hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının, çözümü hukuk dışında³, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Çözümü hukuk dışında olan özel ve teknik

² Ayrıntılı bilgi için bakınız: Tanrıver, Süha, *Medeni yargıda bilirkişilik*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

³ Hukukî konularda bilirkişilik konusuna ilişkin olarak bkz. Atalı, Murat, “6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, AÜHFD, 65 (4), 2016, s. 3271 vd.; Aşcıoğlu, Çetin, *Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik*, Ankara 2010, s. 56.

bilgi, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir.⁴

Hukuka uygun olarak hüküm verme görevinin münhasıran hâkime ait olduğu, Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Bu kural uyarınca hukuk kurallarının bütünlüğü, genel ve özel olarak ayrıl-mayacağı gerçeği dikkate alındığında, hukuki sorunların en yetkin bilirkişisi, hâkimin kendisidir. Yine usul kanunlarımızda, hâkimin Türk hukukunu re-sen uygulaması temel ve emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Taraflar, hiçbir hukuki sebep belirtmeseler veya yanlış hukuki sebepleri ileri sürseler dahi hâkimin hukuku resen uygulama zorunluluğu nedeniyle hak kaybına uğ-ramayacaklardır.⁵

Bilirkişi görevlendirmesi yapılmadan önce dosyaların iyi okunup analiz edilmesi ve sonrasında gerekiyorsa bilirkişi görevlendirmesi yapılması gere-irken, hemen hemen her dosyanın adeta zorunluymuş gibi rapor için bilirki-şiye gönderilmesi toplumda mahkeme yargısı yerine bilirkişi yargısı algısının yerleşmesine yol açmaktadır.

Bilirkişilik Kanunu ile etkin, düzenli ve verimli işleyen bir bilirkişilik kurumunun tesisi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda gerçek kişilerin yanında özel hukuk tüzel kişilerinin de bilirkişi olarak yargıya hizmet etmesi önemsen-mektedir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrası b ben-dinde bilirkişi, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru alan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır.

Kanunun 6. maddesinde de; bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilerinin ve bu tüzel kişilik bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişile-rin taşınması gereken nitelikleri belirlemek ve bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilerinin temel ve alt uzmanlık alanları ile yetki çevrelerini belirlemek Bilirkişilik Daire Başkanlığı görevleri arasında sayılmıştır.

Özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişi olarak kabul edilmesinin, bilirkişi-lik yapmak üzere özel şirketlerin oluşmasına, bu işin ticari bir anlayışla şekil-lenmesine ve amaç dışı gelişmelerin meydana gelmesine zemin hazırlayacağı, bağımsızlık ve kamu görevi niteliklerinden uzak kalmak bir yana şirketleşme

⁴ Y. 8. HD, 24.09.2020, E. 12070/2018, K. 5407/2020; Y. 20. HD, 10.02.2020, E. 8040/2017, K. 571/2020.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız: AYM, 19.02.2020, E. 152/2018, K. 11/2020.

ve buna bağlı olarak tekelleşme risklerini de içerisinde barındırdığı ve denetimsiz bir alan oluşacağı, bilirkişiliğin doğası gereği ancak gerçek kişiler tarafından icra edilebilecek bir faaliyet olduğu⁶ gerekçeleriyle bu hususta birtakım eleştiriler dile getirilmektedir.

Bizatihi bilirkişilik yapmak üzere özel hukuk tüzel kişiliği kurulmasına engel teşkil edecek bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Ancak, her alanda müstakilen bilirkişilik yapmak için özel hukuk tüzel kişiliğinin kurulmasına izin verilmesi beraberinde birtakım sakıncaları da getirecektir. Zira, kurulacak tüzel kişilikler genellikle ticaret şirketleri olacaktır. Bilindiği üzere, ticaret şirketlerinde amaç özü itibarıyla yürütülen faaliyetten kar sağlamak ve ortaklarına kar payı dağıtmaktır. Bu açıdan bakıldığında tek işgal alanı bilirkişilik olacak bir şirkette, şirketin devamlılığı açısından sürekli gelir elde etme ve kar sağlama kaygısının sağlıklı ve objektif bilirkişilik uygulamalarını riske edebileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişisinin tek kazanç kapısının bilirkişilik olmasının, bilirkişiliğin kamu hizmeti yönünü de zedeleyebileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir. Nitekim yaşanan süreçte “Adli Bilirkişilik Ltd. Şti.” gibi şirket kurma başvuruları ilgili mercilere ulaşmıştır.

Yukarıda yer verilen kaygılar haklı olmakla birlikte yapılacak mevzuat düzenlemeleri ile bu kaygılar giderilebilecek niteliktedir. Diğer yandan, günümüzde ihtilafların giderek karmaşık hâle gelmesi neticesinde sorunların çözümü, farklı ihtisas alanlarında koordineli çalışma ve bilgi toplama ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Buna dayanarak gerçek kişilerin yanında tüzel kişilere de uzmanlık alanlarında bilirkişi olarak başvurulabileceği düzenlenmiştir. Özel hukuk tüzel kişilerinin bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak bilirkişiler bakımından da gerçek kişi bilirkişilerde aranan şartlar cari olacaktır. Dolayısıyla gerçek kişi olarak veya özel hukuk tüzel kişisi bünyesinde faaliyette bulunan bilirkişiler bakımından aranan şartlar açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından özel hukuk tüzel kişilerinin temel ve alt uzmanlık alanları ile yetki çevreleri belirlenecek, bilirkişiliğe ilişkin faaliyet ve raporları denetlenecektir. Dolayısıyla denetimsiz değil bilakis tüzel kişi olmaları hasebiyle daha denetimli bir ortam söz konusudur. Teknik konuların takdir hakkı içermediği ve oluşturulan denetim mekanizmaları dikkate alındığında, bilirkişilerin görevlerini bağımsız olarak yerine getirmesine de engel bir durum bulunmamaktadır. Ayrıca, bilirkişi seçiminde ihtiyaç duyulan

⁶ Tanrıver, Süha, *Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilik Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, S. 119, s. 230.

uzmanlık alanının yetkili organı olan bir tüzel kişiyi sürece dahil ederek hem hakime yardımcı olmak hem de bilirkişileri ve bilirkişilik kurumunu bu yöntemle hakim denetimine ek olarak sıkı disipline almanın etkin, verimli ve düzenli işleyen bir bilirkişilik sistemine katkı sunacağı göz önünde bulundurulmalıdır.⁷

Özel hukuk tüzel kişilerinin ticaret unvanları, bünyesinde çalışacak gerçek kişilerin objektiflik, tarafsızlık ve işverenlerine karşı bağımsızlıklarının sağlanması noktasında hangi kriterlerin belirlenmesi gerektiği, asgari sermaye miktarları, yöneticileri ve kanuni temsilcilerinin nitelikleri, idari organizasyonu ve teknik donanımı, faaliyet gösterecekleri temel ve alt uzmanlık alanları, yükümlülükleri ve sorumluluğu ile tüzel kişi bilirkişilerin akreditasyonu üzerinde tartışılan ve çalışılan başlıca konular olup özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik yapmasının usul ve esaslarının çok dikkatli ve titiz bir çalışma ile belirlenmesi meseleye ilişkin olarak yukarıda dile getirilen kaygıların giderilmesi açısından büyük öneme haizdir.

⁷ Aşçıoğlu, s. 214.

TİCARİ İŞLETME DEVRİ SÖZLEŞMESİNDE PASİFLERİN KAPSAM DIŞI BIRAKILMA SORUNU

Melih Sönmez*

En geniş ifadesiyle emek ve sermayelerin bir araya getirilmesi suretiyle belirli bir ekonomik büyüklüğü sahip olan ticari işletmeler, ticari faaliyetlerin kurucu unsuru olmasının yanında ekonomik faaliyetlerin canlı tutulmasında da bir lokomotif vazifesi üstlenmektedir. Bu bakımdan ticari işletmelerin varlığı, ticari ve ekonomik hayatın aktif ve dinamik kalması bakımından önem arz etmektedir. Bu önemli misyonlar, ticaret hukukunun oluşturulmasında da ticari işletmelerin ön plana alınmasına neden olmaktadır. Modern sistem çerçevesinde oluşturulan 6102 sayılı Türk Ticaret Hukuku'nun ticari işletme merkezli olmasının temel sebebi, ticari işletmelerin ticari alanlarda oynadığı bu önemli rollerden kaynaklanmaktadır. Ticari işletmeler hem maddi hem de maddi olmayan unsurlardan oluştuğu için iktisadi bütünlük çerçevesinde ekonomik bir değere sahiptir. Bu ekonomik değer de ticari işletmelerin miras, rehin, devir ve şirketlere sermaye olarak getirilmesi gibi çeşitli hukuki işlemlere konu olmasına vesile olmaktadır. Ticari işletmelerin ekonomilerdeki anahtar rolü göz önüne alındığında, ticari işletmelerin devri hususu da ticaret hukukunda üstünde durulması gereken önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinde devrin kapsamı, Türk hukukunda çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu tartışmaların odak noktası olarak da devir sözleşmesinde pasiflerin kapsam dışı bırakılıp bırakılamayacağı hususu, ortak bir paydada buluşmayı engelleyen en önemli sorunlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrindeki görüşler dikkate

* Dr., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi.

alındığında konunun genel olarak *teminat teorisi* ve *irade serbestisi ilkesi* çerçevesindeki çatışmalar neticesinde şekillendiği gözlemlenmektedir. Teminat teorisi görüşünü savunanlar, ticari işletme aktiflerinin pasifler için bir teminat oluşturması sebebiyle pasifleri kapsam dışı bırakan sözleşmelerin geçersiz olduğunu iddia etmektedirler. Yargıtay'ın verdiği kararlarda da görüşünün bu yönde olduğu görülmektedir. Bu minvalde doktrinde, ticari işletmenin devri sözleşmesinde pasiflerin kapsam dışı bırakılmayacağına yönelik bir eğilimin olduğu iddia edilebilir. Diğer taraftan irade serbestisi görüşünü savunanlar ise pasiflerin kapsam dışı bırakılabileceğini taraf iradelerinin üstünlüğünü ön planda tutarak ifade etmektedirler. Teminat görüşünü savunanlar ticari işletmenin devir sözleşmesinde alacaklıların katı bir şekilde korunması gerektiği prensibinden hareketle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.202 kapsamında aktif ve pasiflerin birlikte devredilmesi gerektiğini emredici bir hüküm olarak ele almaktadırlar. Bu çalışmanın amacı, mevzuatta eksiklik gibi gözükken bu hususu göz önüne alarak, ticari işletme devri sözleşmesinde pasiflerin kapsam dışı bırakılıp bırakılamayacağı sorununu karşılaştırmalı hukuk perspektifinde değerlendirmek, pasiflerin kapsam dışı bırakıldığı bir senaryoda sözleşmenin geçerliliğini analiz etmek ve alacaklıların korunabileceği diğer yöntemlerin ve başvurabilecekleri hakların neler olduğu konularını incelemektir.

TİCARİ DAVALARDA DAVA YİĞİLMASI HALİNDE ARABULUCULUĞA BAŞVURULMASININ DAVA ŞARTI OLMADIĞINA İLİŞKİN BİR YARGITAY KARARI HAKKINDA

Ufuk Tekin*

Hakan Hasırcı**

Tebliğimizin konusunu Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 4.11.2020 tarihli, E. 2019/3611, K. 2020/4734 sayılı kararı¹ oluşturmaktadır. Karara konu uyuşmazlıkta, davacıya ait dokuz eserin davalı tarafından davacının adına yer verilmeden, bu eserlerde birtakım değişiklikler yapılmak, eserlerin adı da kısmen değiştirilmek suretiyle çoğaltıldığı ve bu durumun davacı açısından hak ihlaline neden olduğu iddia edilmiştir. Bu gerekçeyle davacı, bahsi geçen eserler bakımından eser sahibi olduğunun tespiti ile tecavüzün önlenmesini, maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un² 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na³ (TTK) eklenen m. 5/A hükmünü⁴ gerekçe göstererek dava açılmadan önce

* Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi.

** Dr.

¹ Kararın tam metni için bkz. karararama.yargitay.gov.tr, 29.12.2020.

² RG, 19.12.2018, S. 30630.

³ RG, 14.2.2011, S. 27846.

⁴ “Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 5/A-

(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğunu belirtmiştir. Davanın, bu konudaki dava şartı yerine getirilmeden açılması sebebiyle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁵ (HUAK) 18/A ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁶ (HMK) 115/2 hükümlerine göre usulden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından ilk derece mahkemesinin bu kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuş, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından her ne kadar somut uyuşmazlıkta eser sahipliğinin tespiti ve tecavüzün önlenmesi talepleri bulunmakta ise de uyuşmazlığın aynı zamanda tazminat taleplerini de içermesi sebebiyle arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu belirtilerek davacının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine davacı kararı temyiz etmiştir.

Anayasa'nın 9. maddesine göre, yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır ve 36. maddesine göre de, herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir, hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. Bununla birlikte, HUAK ile; bazı hukuk uyuşmazlıkları yönünden, bir yandan tarafların kendi iradeleriyle kendi çözümlerini üretebilmeleri ve daha hızlı sonuç elde edilebilmeleri, öte yandan da mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla, yine mahkemeler aracı kılınarak bazı tür hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk müessesesi benimsenmiştir.

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi ihtiyari olmakla birlikte, 7155 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla bazı tür uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, TTK m. 5/A'ya göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Ne var ki, somut uyuşmazlık bakımından birden fazla dava konusu bulunmakta, bunlardan maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin olanlar bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tazminat talebi

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”

⁵ RG, 22.6.2012, S. 28331.

⁶ RG, 4.12.2011, S. 27836.

niteliği taşımakta iken; eser sahipliğinin tespiti ile tecavüzün önlenmesi bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat niteliği taşımamaktadır.

İşte, dava konusunun birden fazla olması ve bunlardan bir kısmının bir miktar para alacağına ilişkin olup, bir kısmının ise miktara tabi olmaması halinde, yani HMK m. 110 anlamında bir dava yığılmasının ve talepler arasında da HMK m. 166 anlamında bağlantının söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk hükümlerinin ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin çalışmamızın konusunu teşkil eden söz konusu kararında Anayasa'ya göre asıl olanın mahkeme yargısı olduğu dikkate alınarak söz konusu uyuşmazlığın ticari arabuluculuğa tabi olmaksızın mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması ve hükmün davacı yararına bozulması gerektiğine karar verilmiştir.

Öncelikle, ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin, birbiriyle bağlantılı birden fazla talebi içeren uyuşmazlıklar bakımından söz konusu taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı bağlamında herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm talepler için arabuluculuğun dava şartı olduğuna yönelik kararlarının kanaatimizce de isabetli olmadığını belirtmek isteriz. Gerçekten, dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olmayan taleplerin dava şartı arabuluculuğa tabi taleplerle birlikte değerlendirilerek dava yığılması hallerinde arabuluculuğun tüm talepler için dava şartı teşkil edeceğine karar verilmesi, açıkça hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Oysa bilindiği üzere hak arama özgürlüğü yalnızca açık kanun hükmüyle, meşru bir amacı gerçekleştirmek için ve ölçülü bir araç kullanılması suretiyle sınırlanabilir ve yorum yoluyla hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün değildir. Dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan taleplerin birtakım pratik kaygılarla dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi tutularak tüm taleplerin reddedilmesinin, Anayasa m. 36 ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına açıkça aykırılık teşkil edeceği konusunda da şüphe bulunmasa gerektir.

Ayrıca, tebliğimizin konusunu teşkil eden söz konusu Yargıtay kararına da katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bahsi geçen Yargıtay kararında, yalnızca bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tazminat talepleri bakımından arabuluculuğa başvurulması dava şartı iken talepler arasında herhangi bir ayırım yapılmayarak ve bu talepler arabuluculuğa tabi olmayan taleplerle birlikte değerlendirilmek suretiyle tüm uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaksızın mahkemece çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmedilmiştir. Ancak, arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğuna ilişkin

hükümler kamu düzenine ilişkin hükümler olup hak arama özgürlüğünün yorum yoluyla engellenememesinde olduğu gibi kamu düzenine ilişkin hükümlerin uygulanması da pratik kaygılarla ve yorum yoluyla bertaraf edilemez. Unutulmamalıdır ki, burada tartışılan husus dava şartı arabuluculuğa ilişkin kuralların yerinde olup olmadığı değildir. Zira kanun koyucu tarafından bir hususta kamu düzenine ilişkin kurallar kabul edildiği takdirde bunların hukuki niteliklerine uygun biçimde uygulanması zorunludur.

Tüm anlatılanlardan hareketle, ele aldığımız kararlarda her ne kadar tarafları zarara uğratmama, mahkemelerin işgücünü azaltma gibi pratik kaygılarla hareket edilmiş olsa da birbirinden bağımsız nitelik taşıyan taleplerin birbirinden ayrı ele alınması ve hepsi hakkında tabi oldukları kurallar çerçevesinde gereken kararların verilmesi hem hak arama özgürlüğü hem de kamu düzenine ilişkin hükümlerin uygulanması zorunluluğu bağlamında daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Çalışmamızda ayrıca bahsi geçen kararlara ilişkin değerlendirmeler yapıldıktan sonra, uygulamada bu gibi hallerde (hak arama özgürlüğü kısıtlanmaksızın ve kamu düzenine ilişkin kurallar uygulanarak) en makul tercihlerin nasıl yapılabileceği konusu üzerinde de durulacak ve bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

MEDENÎ USÛL HUKUKU PERSPEKTİFİYLE TTK M. 555 VE 556 UYARINCA ANONİM ORTAKLIK PAY SAHİPLERİ VE ALACAKLILARIN AÇTIKLARI SORUMLULUK DAVASINDA DAVAYI TAKİP YETKİSİNİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER VE HÜKMÜN İCRASI

Buse Dişel *

I. GENEL OLARAK BAŞKASININ HAKKINI DAVA TAKİP YETKİSİ KAVRAMI

Medenî yargıda davacı, dava açarken çoğunlukla hem kendisinin hem de davalı olarak gösterdiği kişinin davanın konusunu oluşturan hukukî ilişkinin tarafları olduğunu iddia eder. Başka bir deyişle, davacının iddiasına göre, maddî hukuk ilişkisinin tarafları ile davanın tarafları örtüşmektedir. Ancak istisnâî hallerde, maddî hukuk ilişkisi dışında olan bir üçüncü kişi de başkasının hak sahibi olduğu iddiasıyla kendisine yabancı bir hakkı dava edebilir ve davayı yürütüp hüküm elde edebilir. Bunun için, bu kişiye özel bir dava takip yetkisinin kanunen tanınması gerekir¹. Başkasının hakkı için dava takip

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi.

¹ Alangoya Y., Tarafta İrâdi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 139; Deren-Yıldırım N., Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul-1996, s. 24; Alangoya Y./Yıldırım K./Deren-Yıldırım N., Medenî Usûl Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2011, s. 115; Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M., Medenî Usûl Hukuku

yetkisinin kullanılması, tarafın temsilcisi olmaktan daha ötedir, çünkü dava takip yetkisini kullanan kişi, tek başına davanın tarafıdır ve davada kendi adına hareket eder¹.

Dava takip yetkisi, HMK m. 53'de “*Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnâ durumlar dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir*”. şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümde kural olarak dava takip yetkisi, maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usûl hukukundaki karşılığı olarak görülmektedir. Ancak, HMK m. 53/1 c.2'deki “*kanunda belirtilen istisnalar dışında*” ibaresi, dava takip yetkisinin tasarruf yetkisinden bağımsız bazı istisnâ hallerinin de olduğunu göstermektedir².

Bir kimsenin kendi hakkı için değil, başkasının hakkını ileri sürerek dava açıp hüküm elde edebilmesi için gerekli olan ve başkasının hakkını dava takip yetkisinin mevcudiyetini gösteren üç temel kriter vardır³. Bunlar,

1. *Davayı kendi adına taraf olarak yürütmesi ve başkası için hüküm elde edebilmesi,*
2. *Davayı başkasının hakkı (veya yükümlülüğü) için yürütmesi*
3. *Davayı yürütmeye ve hüküm elde etmeye hukuken yetkili kılınmasıdır.*

Bu kriterlerin tümünün dava takip yetkilisinde bulunması gereklidir. Bu şartlar haricinde, dava dilekçesinde kimin için talepte bulunulduğunun bir önemi yoktur.

Davada başkasının hakkını dava takip yetkisini kullanan kişiye, “**dava takip yetkilisi**” denir. Böyle bir davadan etkilenen en az üç kişi ve aslında üç ayrı hukukî ilişki mevcuttur. Bu durumdan etkilenenler, hak sahibi, dava takip yetkilisi ve karşı taraftır. Dava konusu edilen maddî hukuk ilişkisinin tarafları,

Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 149-150; Pekcanitez H./Taş-Korkmaz H., Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, C. I, s. 596; Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E., Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 245, Dişel B., Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s. 10-11.

¹ Lötscher, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, kn. 46; Dişel, s. 10 vd.

² Pekcanitez/Taş-Korkmaz, Pekcanitez Usûl I, s. 596; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 245; Dişel, s. 22 vd.

³ Dişel, s. 11.

hak sahibi (veya yükümlü) ile karşı taraf iken; bu hukukî ilişki hakkında açılan davanın tarafları, dava takip yetkilisi ile karşı taraftır¹.

II. TTK M. 555 VE 556 UYARINCA PAY SAHİBİ VE ALACAKLILARIN AÇTIĞI SORUMLULUK DAVALARINDA BAŞKASININ HAKKINI DAVA TAKİP YETKİSİ VE ŞARTLARI, DAVADAKİ KONUMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel olarak

Hukukumuzda, TTK madde 555/1'deki “*Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler*” hükmü uyarınca, anonim ortaklık pay sahiplerine sorumluluk davası açma imkânı tanınmıştır. Ayrıca anonim ortaklığın iflası hâlinde, iflâs idaresi bu davayı açmazsa, pay sahiplerinin yanında, alacaklılar da dava açma imkânı verilmiştir (TTK m. 556/1).

HMK m. 53/1, c. 2'de de belirtildiği üzere, dava takip yetkisi ya maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre ya da kanunda ayrıca başkasının hakkı için bir dava takip yetkisi tanınması şeklinde tayin edilir. TTK m. 555 pay sahiplerine, m. 556 şirketin iflâsı halinde pay sahipleri ve alacaklılara, şirketin tazminat alacağı hakkı üzerinde maddî hukuka göre tasarruf yetkisi olmadığı halde, kanunen bu davaları yürütmek için dava takip yetkisi tanınmaktadır². Pay sahipleri veya alacaklılar şirketin hakları için açtıkları davalarda, dava takip yetkilisidir. Başkasının hakkını dava takip yetkisinin yukarıda belirttiğimiz ayırt edici temel üç unsurun, pay sahipleri ve alacaklıların davadaki özel konumuyla da örtüştüğünü söylemek mümkündür.

2. Pay Sahipleri ve Alacaklıların Davaları Dava Takip Yetkilisi Konumunda Davanın Tarafı Olarak Yürütmesi

Pay sahiplerine veya alacaklılara dava açma imkânı verilmesi onlara tanınan dava takip yetkisi anlamındadır. Pay sahipleri ve alacaklıların bu davalardaki konumunu Ticaret Hukuku doktrininde, çoğunlukla dava hakkı olarak nitelendirilmekte ve bu kimselerin dava hakkı dolayısıyla uğradıkları zarara dayandırılmaktadır³. Başka bir deyişle şirket zarara uğradığında doğru-

¹ Lötcher, kn. 13; Dişel, s. 57.

² Böckli, § 18, kn. 465; Dişel, s. 303.

³ Doğrudan-dolayısıyla zarar ayrımı ve dava hakkı ile bağlantısına ilişkin açıklamalar için bkz. Poroy/Tekinlap/Çamoğlu, Ortaklık Hukuku-I, 13. Bası, İstanbul 2014; kn. 601 vd; Pulaşlı H., Şirketler Hukuku Şerhi, C. 3, s. 2561vd, kn. 72 vd; Helvacı M., Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara-2001; Şener, s. 421 vd; Akdağ Güney N., Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 329 vd.

dan zarara uğrayan şirket olurken, şirketin uğradığı zarardan dolayısıyla zarara uğrayan pay sahipleri ve alacaklılar olacaktır. Ayrıca pay sahipleri veya alacaklılar, ortaklığın zararından bağımsız olarak yönetim kurulu üyelerinin fiillerinden dolayı doğrudan bir zarara uğrayabilir, bu halde kendi şahsî haklarına ilişkin dava açma konusunda sıfata sahiptirler¹.

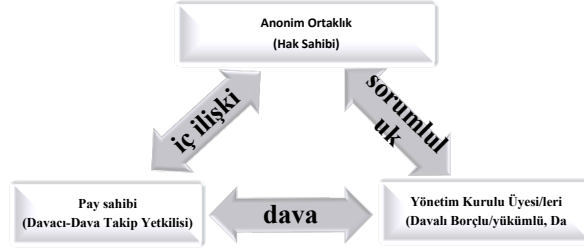
Anonim ortaklık, kendi hakkıyla ilgili doğrudan sorumluluk davası açıp zararın tazminini talep edebilecekken, davayı şirketin hakları (zararı) için pay sahibi ve alacaklının açması durumunda, şirketin dava takip yetkisini pay sahipleri ve alacaklılar kullanmaktadır. Pay sahibi veya alacaklı, böylelikle şirketin hakkı için hüküm elde edebilmektedir. Bu davalarda davacı olarak ortaklık değil, pay sahipleri veya duruma göre alacaklılar yer almaktadır. Ancak dilekçelerinde dava takip yetkilerine dayanarak bu davalarda taraf olduklarını açıklamaları, dava takip yetkisine ilişkin şartları taşıdıklarını belirtmeleri gerekmektedir.

3. Pay Sahiplerinin/Alacaklıların Davada Zararın Şirkete/İflâs Masasına Ödenmesini Talep Etmesi

TTK m. 555 ve 556'da tanınan başkasının hakkını dava takip yetkisi hallerinde hem kişi hem de konu bakımından sınırlandırma getirmiştir. Öncelikle anonim ortaklığın zararını sadece pay sahipleri talep etmeye yetkilidir. Ancak şirketin iflâs etmesi halinde, iflâs idaresi dava açmazsa ancak o zaman pay sahipleri ve alacaklılar dava açabilir. İkinci olarak, anonim ortaklığın her türlü uyuşmazlığı ve hakkı için değil, sadece yönetim kurulu ve Kanun'da belirtilen diğer kişilerin (TTK m. 553) şirkete karşı sorumluluklarından kaynaklanan tazminat davalarında, pay sahipleri ve alacaklıların tek başlarına dava takip yetkisi mevcuttur. Ve açtıkları davada zararın kendilerine değil, şirkete/şirketin iflâsı halinde iflâs masasına ödenmesini talep edeceklerdir (TTK m. 555/2).

¹ Örneğin Yargıtay, alacaklıları bilinçli olarak zarara uğratmak için şirket malvarlığını yapay işlemlerle azaltan yöneticilerin alacakları doğrudan bir zarara uğrattığı sonucuna vararak alacaklıların YK üyelerine karşı açtıkları davada tazminatın kendilerine ödenmesini isteyebilecekleri sonucuna varmıştır. 11. HD, 14.2.2006, 14844/1396 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Örneğin pay sahibinin açtığı bir sorumluluk davasında ortaya çıkan ilişki, şu şekilde şematize edilebilir:



4. Pay Sahipleri ve Alacaklıların Davayı Yürütmeye Hukuken Yetkili Kılınması

Pay sahipleri ve alacaklılar her şeyden önce, sorumluluk davalarında tazminat hakkı için dava açmakta kanunen yetkili kılınmışlardır (TTK m. 555, 556). Pay sahiplerinin ve alacaklıların dava takip yetkisini somut olarak kullanmak istediğinde bazı şartları sağlaması gereklidir. Pay sahibi veya alacaklıların dava takip yetkisini kullanmalarının şartı, dava sürecinde ortak veya alacaklılık sıfatına sahip olmalarıdır. Şayet bu sifata sahip değillerse veya dava sırasında bu sıfatlarını kaybederlerse dava, dava takip yetkisi yokluğundan usûlden reddedilecektir¹.

III. PAY SAHİPLERİ VE ALACAKLILARIN DAVA TAKİP YETKİSİNİ KULLANMASININ MEYDANA GETİRDİĞİ USÛLÎ SORUNLAR

Pay sahipleri ve alacaklılara sorumluluk davası açmak için, başkasının hakkını dava takip yetkisi tanınmasının birtakım hüküm ve sonuçları vardır. Bazı hallerde, TTK'da bu dava takip yetkisine özel bazı sonuçlar öngörülmüş iken, bazı soruların genel usûlî prensiplerle cevaplandırılması ve tartışılması gerekmektedir. Bu soru/sorunlar temelde şunlardır:

- Dava açmaya, davanın konusuna ve davayı sona erdirmeye kim karar verecektir? Anonim ortaklık mı? Yoksa pay sahipleri veya alacaklılar mı?
- Bu davaların davacı tarafı kimdir? Anonim ortaklık mı? Yoksa pay sahipleri veya alacaklılar mı davanın tarafıdır?
- Pay sahipleri ve alacaklıların bu davayı açmalarının şartları nelerdir? Bu şartları sağlamadıkları takdirde mahkeme nasıl karar vermelidir?

¹ Dişel, s. 306.

- Dava dilekçesinde özellik gösteren durumlar nelerdir? Dava dilekçesi nasıl oluşturulmalıdır?
- HMK m. 115’de düzenlenen dava şartlarının anonim ortaklığa göre mi yoksa pay sahipleri veya alacaklılara göre mi belirlemek gerekmektedir? Özellikle taraflara ilişkin dava şartlarını kim sağlamalıdır? Pay sahipleri veya hak sahipleri de taraflara ilişkin dava şartlarına (taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi) sahip olmalı mıdır?
- Yargılama giderlerinden kim sorumludur? Adli yardım taleplerinde, anonim ortaklık mı yoksa pay sahibi veya alacaklılar mı dikkate alınarak bir karar verilir?
- Pay sahibi veya alacaklılardan biri dava açtığında anonim ortaklıkta dava açabilir mi? Açarsa derdestlik itirazıyla karşılaşır mı? Aynı şekilde bir pay sahibi dava açtığında diğer pay sahipleri de dava açabilir mi?
- Anonim ortaklık pay sahibinin veya alacaklının açtığı davanın sonuçlarıyla bağlı mıdır? Kesin hüküm etkisi lehe ve aleyhine anonim ortaklığa da sirayet eder mi?
- Pay sahibi veya alacaklı elde ettiği hükme dayanarak karşı taraf aleyhine ilamlı icraya başvurabilir mi? Bu ilama dayanarak anonim ortaklık ilamlı icra yoluna başvurabilir mi?
- Tahkim yargılamasında ve arabuluculuk faaliyetlerinde de pay sahipleri veya alacaklılar taraf olabilir mi?

Bu tebliğ ile, yukarıdaki soru/sorunları, tartışmaya açmak ve bu sorulara medenî usûl hukuku perspektifiyle cevap bulmaya çalışmak amaçlanmaktadır.

SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N.**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- Alangoya Y.**, Yargılama Sırasında Tarafta İradı Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 125-194.
- Alangoya Y./Yıldırım K./Deren-Yıldırım N.**, Medenî Usûl Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2011.
- Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- Böckli P.**, Schweizer Aktienrecht, Mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, corporate governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2009.
- Deren-Yıldırım N.**, Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları, İstanbul-1996.
- Dişel B.**, Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.
- Helvacı M.**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara-2001.
- Lötscher C.**, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Prozessstandschaft, Basel 2016.
- Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 149-150;
- Pekcanitez H./Taş-Korkmaz H.**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, C. I.
- Poroy R./TekinalpÜ./Çamoğlu E.**, Ortaklık Hukuku-I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- Pulaşlı H.**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 3, Ankara 2018.
- Şener O.H.**, Ortaklık Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara-2019.

TAŞINIR REHNİNİN KURULMASINDA UYGULANACAK ŞEKLİN, 6750 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mustafa Şahin *

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 939 ve devamı maddelerinde (İsviçre Medeni Kanunu ZGB’nin 884 vd.) taşınır rehni detaylı olarak düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu’na göre, kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar ancak “zilyetliğin alacaklıya devri” ile mümkün olabilmektedir. Bu kural Kanun’da “Teslime Bağlı Rehin” altında “Rehnin Kurulması” başlığı altında kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesi ise Kanun’da belirtilen “ayrık durumlar”ı hüküm altına almıştır. Buna göre yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle “hayvanlar üzerinde” rehin kurulabileceği belirtilmiştir. Keza alacakların güvence altına alınması için gerçek veya tüzel kişilerin, “kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar” üzerinde zilyetlik devredilmeksizin fakat taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak şartıyla taşınır rehni kurulması mümkündür.

Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen bu kural ve ayrık durumların dışında teslimsiz taşınır rehminin ticari hayatta en önemli bir örneği de eski tanımlaması ile “ticari işletme rehni” yeni haliyle ise “ticari işlemlerde taşınır

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

rehni” halidir. Hakikaten konuya ilişkin 26 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na göre TMK’daki bu kuralın ayrık hallerinden birisi özel bir Kanun’la düzenlenmiştir. 6750 Sayılı Kanun gerekçesine bakıldığında Kanun’un, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansmana erişiminin kolaylaştırılması ve rekabet güçlerin artırılması, teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak yaygınlaştırılması gibi amaçlar taşıdığını görmek mümkündür. Nitekim görüldüğü üzere burada taşınır rehninin teslimsiz hale getirilmesi Kanun’un temel amaçlarından birisi olarak görülmektedir.

Özellikle ticari hayatın içerisinde kullanılmakta olan taşınırın rehni halinde rehnedilen taşınırın alacaklıya bırakılacak olması genel kuralı, bu taşınırın kullanarak ticari iş hayatına devam eden işletmeler ve işlemlerde ciddi sorunlar ortaya çıkarabilmekte ve rehmin asıl amacının gerçekleşmesinin önüne geçilmektedir. Teslimsiz rehin yöntemiyle borçlu, rehnedilen taşınırı kullanmaya devam ederken aynı zamanda hem rehinle alacaklıya güvence sağlamış olmakta hem de kendisi taşınırı kullanmaya devam ederek, borcun karşılanması sonucunu doğuracak üretimini aksatmadan devam edebilmektedir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni’ni düzenleyen 6750 Sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanun’da taşınır rehnini düzenleyen hükümler arasında ortaya çıkan en önemli bir başka fark ise rehmin hangi şekle tabi olacağı konusudur. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nda taşınır rehninin geçerli olarak kurulabilmesi için kural olarak herhangi bir şekil şartı istenmemiş, ayrık durumlar bir yana bırakıldığında zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle taşınırın rehne konu olabileceği esası kabul edilmiştir.

Halbuki Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda sözleşmenin şekline ilişkin açıkça ve özel bir hüküm sevkedilmektedir. Nitekim “Rehin Hakkının Kurulması” başlığını taşıyan 4. Maddenin ikinci fıkrası, rehin sözleşmesinin ancak “elektronik ortamda ya da yazılı olarak” düzenlenebileceğini belirtmektedir. Hatta sonraki fıkralarda bu şekil şartına ek olarak bir takım farklı kriterler daha istenmektedir. Buna göre özellikle “elektronik ortamda” düzenlenmiş bir taşınır rehni söz konusu ise söz konusu sözleşmenin Sicile tescil edilebilmesi için ön şart olarak sözleşmenin “güvenli elektronik imza” ile onaylanması esası kabul edilmiştir. Bu esası kabul etmesine karşın Kanun, “elektronik ortam”dan neyi kastettiğini açık bir biçimde dile getirmemiştir.

Buna karşın eğer diğer yöntemle, “yazılı” olarak bir rehin sözleşmesinin düzenlenmesi benimsenmiş ise Sicile tescil için “ tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması” şartı getirilmiştir.

Yine bütün bunlara ek olarak Kanun'un 4. Maddesinin 6. Fıkrasının alt bentlerinde Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinde bulunması "zorunlu" olan diğer kriterler de belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'ni düzenleyen Kanun, Türk Medeni Kanunu'ndan neredeyse tamamen farklı bir biçimde taşınır rehni hükümlerini düzenlemekte ve rehin sözleşmesine ilişkin sadece şekil şartı öngörmekle yetinmemiş mevsuf birçok şartın da sözleşmede bulunmasını zorunlu tutmuştur.

Şekil, içerik ve esas farklılıkları yanında elbette yapılacak olan sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu açısından da temel ilkelere sadık kalınarak yapılmış olması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması açısından TBK hükümlerinden bazı yönlerden ayrılan bu detaylar incelendiğinde Kanun'un kendine özgü ve doktrinde tartışmaya yol açacak bir biçimde hükümler sevkettiği aşikardır. Böyle bir durumda onaylanma süreci tescil şartı mı yoksa geçerlik şartı olarak mı kabul edilmelidir bunların farklı ihtimallere göre değerlendirilmesi sonrasında durum daha net tespit edilebilecektir. Öngörülen farklı şekil şartlarının hangi şekil unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği sorununa verilecek cevaplar özellikle "belirlilik" ilkesinin çok büyük bir öneme sahip olduğu "rehin" sözleşmelerinde daha da önem kazanmaktadır.

KAYNAKÇA:

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ANTALYA, Osman Gökhan / ACAR, Faruk: Ticari İşletmelerde Taşınır Rehni, 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler, B.1, Aristo, 2017.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

KAYA, Mustafa İsmail / TATLI, Burçak: Ticaret Hukuku – I Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku, B. 3, 2020.

OĞUZMAN, Kemal M. / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eş Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL HAKKI TANINAN VE BELİRLİ GRUP OLUŞTURAN PAY SAHİPLERİ AÇISINDAN KİŞİSEL ÖZELLİKLERİN TESPİTİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNSALI

Setenay Yağmur*

TTK m. 360/1 hükmü uyarınca, esas sözleşmede öngörölmek kaydıyla belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azınlığa anonim şirket yönetim kurulunda temsil hakkı tanınması mümkündür. Bahse konu düzenleme neticesinde tanınan hak, imtiyazlarda olduğu üzere, doğrudan her paya değil; belirli pay sahipleri grupları, belirli pay grupları ve azınlığa bir bütün olarak tanındığı için TTK m. 478 hükmüne de istisna teşkil etmektedir.

Bu çalışma kapsamında kimlerin belirli grup oluşturan pay sahipleri olarak kabul edilebileceği açısından bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Bundan başka, pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin esas sözleşmede yer alıp almayacağı veya bu pay sahiplerinin kişisel olarak zikredilmelerinin mümkün olup olmadığı hususları incelenecektir.

6762 sayılı e.TK’da imtiyazlar açısından getirilmiş bu yönde bir istisna bulunmamasına karşın “grup imtiyazı” kavramının yerleşik Yargıtay uygulamasında kendisine yer bulması, kanun koyucunun TTK’da konuya ilişkin yeni bir madde ihdas etmesine sebep olmuştur. Bu bağlamda belirli pay gruplarının yanı sıra özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin

* Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi.

kimler olabileceği önem teşkil etmektedir. Hükmün gerekçesinde bunların belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, bir başka ifade ile diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olması gerektiği ifade edilmiştir. Belirli pay sahipleri grupları için örnek mahiyetinde meslek ve işletme konuları gibi ölçütlerle belirlenebilir olabilecekleri belirtildikten sonra, pay sahipleri grupları arasında yan sanayi mensupları, bayiler vb. bulunabileceği ifade edilmiştir.

6102 sayılı TTK yasalaşmadan önce yapılan görüşmelerde m. 360 değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliğin gerekçesi kayıtlara şu şekilde geçmiştir¹: “360’ıncı maddenin birinci fıkrasında yer alan “belirli bir grup oluşturan pay sahipleri” ni daha keskin çizgilerle belirlemek gereği duyulmuş, bu sebeple ibarenin başına “özellik ve nitelikleriyle” şeklinde bir tanımlama unsuru eklenmiştir. Maddenin gerekçesinde de ifade edilmiş olduğu gibi “belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile” paylara değil pay sahiplerine vurgu yapılmakta ve bununla mesela bayiler, süt veya pancar üreticileri, şirketin ürettiği ürün ile ilgili yan sanayi sahipleri kastedilmektedir...”

Hükmün lafzından anlaşılabacağı üzere, TTK m. 360 kapsamında belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, esas sözleşmede öngörülme şartıyla yönetim kurulunda temsil hakkı tanınan şirketlerde en az iki pay sahibi veya pay sahibi grubu bulunması ve bunlardan birinin yönetim kurulundan temsil açısından imtiyazlı sayılması gerekmektedir.

Özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahipleri açısından, esasen pay sahiplerinin temel alındığı bir grup gündeme gelmektedir. Bu bağlamda “pay grupları” ve “belirli özellik ve nitelikleri ile bir grup oluşturan pay sahipleri” arasındaki fark, ikincisinde bir paya sahip olmanın tek başına yeterli olmaması, bu kişilerin söz konusu paylara sahip olmanın yanı sıra belirli nitelik ve özellikleri de taşıyor olmasıdır. Bir diğer anlatım ile, her iki halde de pay grupları oluşturulmasına karşın, ikinci halde oluşturan pay grupları açısından pay sahiplerinin özellik ve nitelikleri söz konusu payların sağladığı hakların kullanımı açısından şart teşkil etmektedir. Öyle ki, esas sözleşmede belirlenmiş olan özellik ve nitelikleri taşımayan bir pay sahibinin bu gruptaki payları elinde bulundurması, bu kişinin anonim şirket yönetim kurulunda temsili açısından bir imtiyaz sağlamayacaktır.

Aynı soyadı taşıyan kişilerin belirli bir pay grubu oluşturabileceği doktrinde genel olarak kabul görmektedir. Söz konusu görüşe katılmanın yanı sıra

¹ Türk Ticaret Kanunu (Gerekçeli – Karşılaştırmalı), Libra Mevzuat Serisi, Ankara 2015, s. 375, dn. 9.

şirket esas sözleşmesinde soyadının ötesinde de tespitlerin yer alabileceğini düşünmekteyiz. Bu noktada bizim görüşümüz, belirli bir soyadının şirket esas sözleşmesinde zikredilmesinin yegâne örnek olmadığı, mesela “(A) kişinin alt soyu” şeklinde bir düzenlemenin de şirket esas sözleşmesinde yer alarak özellik ve nitelikleri ile belirli bir pay grubu oluşturabileceği yönündedir. Bu örnekte özellik ve nitelikleri ile belirli bir pay grubu oluşturan kişiler, aynı soyadını taşıyanlara nazaran çok daha dar şekilde tespit edilmektedir. Dolayısıyla, söz gelimi gelinlerin veya ikinci dereceden kuzenlerin sağlanan imtiyaz dışında bırakılabilmesi mümkün olmaktadır. Şu halde, örneğin aile şirketleri açısından değerlendirildiğinde özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin tespitinin, soyadından başka kriterlere bağlanabilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir. Bu örnekten hareketle esas sözleşmeye eklenen hükümler ise, TTK m. 340 uyarınca emredici hükümler ilkesine aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Zira kanun koyucu, TTK m. 360/2 kapsamında, TTK m. 360/1’e göre, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağını açıkça zikretmiştir.

Bu noktada bir kez daha önemle ifade etmek isterim ki, TTK m. 360 uyarınca pay sahiplerinin kişisel özelliklerin dikkate alınarak onlara yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilmesi, imtiyazın pay kavramından soyutlandığı sonucunu ortaya çıkartmamaktadır. Aksine, bu imtiyazın kullanılması paya sahip olmanın yanı sıra belirli özellik ve niteliklerin taşınmasına bağlanmaktadır. Örneğin, anonim şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinden birinin inşaat mühendisi olan adaylar arasından seçileceği yönünde bir imtiyazın yer alması halinde, yönetim kurulu üyelerinin seçileceği genel kurul toplantısının yapıldığı sırada pay sahipleri arasında inşaat mühendisleri varsa ve bu pay sahipleri yahut temsilcileri genel kurula iştirak ediyorsa, bu kişilerin sahip oldukları paylara özgülenen bir imtiyazın varlığından söz edilebilecektir. Dolayısıyla, imtiyazın kullanılabilmesi pay sahibinin kişisel özelliğini yansıtan belirli bir eğitimin alınmış olmasının yanı sıra temelde yine pay ile bağlantılıdır. Şirket esas sözleşmesi uyarınca sahip olunması aranan kişisel özellikler, imtiyazın uygulanabilmesi açısından gerekli olan ilave şartlardır.

Pay grubu oluşturabilecek kişilerin anonim şirket esas sözleşmesinde sadece isim olarak belirlenmesinin mümkün olup olmadığı konuya ilişkin bir diğer sorunsaldır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2011/15478 E. 2013/2491 K. 13.02.2013 tarihli kararında; paya değil, kişiye, sığata veya makama bağlanan hakkın, üstünlüğün ve imkanların 6762 sayılı TTK’ya göre imtiyaz olmadığı, buradan hareketle örneğin pay sahibi (A)’ya ömür boyu murahhas üyelik tanıyan yahut veto hakkı veren sözleşmelerin imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Yüksek mahkemeye göre bu tür haklar “akdi haklar”

olarak anılır ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Söz konusu karara ilişkin olarak dikkat çekmek istediğimiz ilk husus; TTK m. 360/1 uyarınca “*özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine*” yönetim kurulunda temsil hakkı tanınan payların TTK m. 360/2 kapsamında açıkça imtiyazlı sayıldığıdır. Bu noktada görüşüm, yönetim kurulunda temsil hakkı tanınması açısından sağlanan imtiyazın ismen zikredilmek suretiyle sadece (A) kişisine tanınmasının ve bu kişinin başka herhangi bir özelliğine (örneğin şirketin kurucu pay sahibi olması, belirli bir kişinin alt soyu olması, belirli bir aileden gelmesi, belirli bir eğitimi alması vb) yer verilmemesinin TTK m. 360 dahilinde değerlendirilemeyeceğidir. Zira bu durumda grubun oluşumu açısından herhangi bir özellik yahut nitelik açıklanmış değildir. Şu halde sağlanan imtiyaz açısından pay sahibi olmanın yanı sıra bir niteliği veya özelliği haiz olma şartı mevzu bahis değildir. İfade edilen durum “(A) kişinin alt soyu” olma yönünde verilen örneğin ötesine geçmiş, sadece (A) kişisi olmakla özdeşleştirilmiştir ve bir grubun önceden belirlenmiş ayırt edici mahiyetteki ortak özelliklerini taşımamaktadır.

Sonuç olarak, TTK m. 360 hükmü kapsamında belirli gruplar ile özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinin anonim şirket esas sözleşmesinde belirlenebilir ve diğerlerinden ayırt edilebilir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu bağlamda adı geçen hüküm dahilinde pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilmelerine ilişkin olarak sağlanan hak, TTK m. 360/2’ye göre bir imtiyaz olarak sayılmaktadır. Tanınan bu hak her ne kadar TTK m. 478 açısından bir istisna teşkil etse de, esasen imtiyazın pay kavramından soyutlandığı sonucunu ortaya çıkartmamaktadır. Bu noktada imtiyazlı sayılan paya sahip olunmasının yanı sıra esas sözleşmede belirlenmiş pay sahibinin kişisel özellikleriyle bağlantılı şartların da sağlanması gerekmektedir. Bu husus özellikle aile şirketlerinde kendisini göstermekte olup, fikrimce bir soyadının zikredilmesinin ötesinde daha kişisel tespitler yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak bir grup oluşturulması için gereken ortak özelliklerin tespitinin ilerisinde, söz konusu ortak özellikler tespit edilmeksizin kişi isminin zikredilmesinin hükmün getiriliş amacını aştığı ve TTK m. 360 kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşündeyim.

PANDEMİ DÖNEMİNDE ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL TOPLANTILARI

Ahmet Fatih Özkan*

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla pandemi ilan edilen yeni tip koronavirüs (Covid-19) ile mücadele kapsamında Türkiye’de hukuk alanında alınan önlemlerden pek çok hukuk dalı olduğu gibi ticaret hukuku da etkilenmiştir. Ticaret hukukuna ilişkin Covid-19 önlemleri kapsamında çıkarılan 25 Mart 2020 tarih ve 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tacir olan veya olmayan kişiler için karşılıksız çek, protestolu senet, kredi kartı ve kredi borçlarını 31 Aralık 2020 tarihine kadar tamamen ödemeleri veya yeniden yapılandırmaları halinde “sicil affı” getirilmiş, karşılıksız çek düzenlemekten dolayı aldığı adli para cezası hapis cezasına çevrilmiş olan hükümlüler için cezanın infazı durdurulmuş ve karşılıksız kalan çek bedeli kanunen yapılandırılmış, tartışmalı olmakla birlikte çekler için bankaya ibraz süreleri 30 Nisan 2020 tarihine kadar (daha sonra 15 Haziran 2020 tarihine uzatılmıştır) durdurulmuş ve ticari işe de vücut verebilecek işyeri kira sözleşmelerinden doğan kira bedellerinin ödenmesinin, 30 Haziran 2020 tarihine kadar bir fesih ve tahliye nedeni oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Akabinde, 17 Nisan 2020 tarih ve 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 30 Eylül 2020 tarihine kadar (daha sonra 31 Aralık 2020 tarihine uzatılmıştır) sermaye şirketlerinde kâr payı dağıtımı, şirketin 2019 yılındaki net dönem kârının yalnızca yüzde 25’i ile sınırlandırılmış, 2018 ve önceki yıllara

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

ait kârların veya serbest yedek akçelerdeki meblağın dağıtımına konu edilmesi ve genel kurul tarafından yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtma yetkisi verilmesi yasaklanmıştır.

Ticaret hukukuna ilişkin yapılan düzenlemelerden biri de şirket genel kurullarıyla ilgilidir. Hatta ticaret hukukuna ilişkin Covid-19 önlemleri kapsamında alınan ilk aksiyon olan Ticaret Bakanlığı'nın 20 Mart 2020 tarih ve 53382221 sayılı yazısı da genel kurul toplantılarını konu edinmiştir. Bu kapsamda, “*Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Açıklama*” başlığı altında içeriği kamuoyuna duyurulan adı geçen yazı ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) uyarınca her hesap döneminin sonundan itibaren üç ay içerisinde yapılması gereken (m.409(1), 617(1)) ve normal şartlar altında fiziki ortamda gerçekleştirilen anonim (ve limited) şirket olağan genel kurul toplantılarından, 20 Mart 2020 tarihi itibarıyla henüz yapılmamış olanların ileri bir tarihte yapılmak üzere ertelenmesi tavsiye edilmiş, usulüne uygun olarak çağrısı yapılmış ancak henüz gerçekleştirilmemiş olanların ise yönetim kurulu kararınca (müdürlerce) iptal edilmesi imkânı tanınmıştır. Yazıda ayrıca pandeminin etkilerinin en aza indirilebilmesi için genel kurallara fiziki ortamda katılımın “asgari düzeyde” tutulması, daha ziyade pay sahiplerinin elektronik ortamda katılıma teşvik edilmesi hususunda şirketlere tavsiyede bulunulmuş ve isteğe bağlı olarak genel kurullarını elektronik ortamda yapmak isteyen şirketlere, bir defaya mahsus olmak üzere TTK ve ilgili mevzuattaki koşulları yerine getirmeksizin elektronik genel kurul yapabilme kolaylığı sağlanmıştır. Normal şartlar altında fiziki ortamda gerçekleştirilmesi ve ortaklar, ortakların atadığı temsilciler, şirket yöneticileri, Bakanlık temsilcileri gibi çok sayıda kişinin katılacak olması ve bundan doğan insan yoğunluğu ile bulaş riski, genel kurulların yapılmasının Covid-19 önlemleri kapsamında yeniden düşünülmesini gerekli kılmaktadır.

Genel kurullar için açık alanların tercih edilmesi, toplantıya az sayıda kişinin katılmasının teşvik edilmesi, toplantının kısa sürmesinin sağlanması, toplantı sırasında sosyal mesafe kurallarının gözetilmesi, ateş ölçümü gibi birtakım pratik önlemler alınabilecek olsa da, esasen bu tarz önlemlerin ticaret hukukunu ilgilendiren bir boyutu bulunmamaktadır. Öte yandan, ticaret hukuku kurallarına müdahale suretiyle de Covid-19 önlemleri hayata geçirilebilir, örneğin genel kurul toplantılarının ertelenmesi, toplantı çağrısının iptali, toplantı yapılmaması halinde yöneticilerin hukuki ve cezai sorumluluğun kaldırılması, yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin kendiliğinden uzatılması, her pay sahibinin sahip olduğu paylar için birden fazla temsilci atamasının engellenmesi ve esas sözleşmede hüküm bulunmaksızın elektronik genel kurul yapılmasına imkân verilmesi gibi. Esasen Bakanlığın adı geçen yazısında

ve takip eden diğer düzenlemelerde de bu önlemlerden bir kısmı hayata geçirilmiştir. Ancak anılan düzenlemelerden görüleceği üzere bu önlemler genellikle belli bir süreliğine geçerli olup, uzatılmadığı takdirde ilgili sürenin dolmasıyla birlikte kendiliğinden sona ermiş veya erecektir. Başka bir deyişle, Covid-19 önlemleri kapsamında bugüne kadar genel kurullara ilişkin ticaret hukuku kurallarında daimi ve kurumsal bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir.

Gerek 6102 sayılı TTK, gerekse önceki ticaret kanunlarında anonim şirketlerde genel kurul toplantılarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümler yer almaktadır. Bugüne kadar alınan önlemler incelendiğinde Covid-19 ile mücadele, genel kurullara ilişkin hâlihazırdaki kuralların belli bir süreliğine askıya alınarak, pandemi ortamının gereklerine göre mevzuatta belirtilenden farklı bir uygulama yapılmasından ibaret olmuştur. Bu önlemlerle, haliyle uygulamada uzun zamandan beri hissedilen bir eksikliğin giderilmesi veya mevzuatta rastlanan bir kanun boşluğunun doldurulması amaçlanmamıştır. Öte yandan, pandeminin seyri konusundaki belirsizlikler ve ikinci, üçüncü vs. dalga ihtimalleri, geçici önlemler yerine orta ve uzun vadede daha kalıcı ve kurumsal değişikliklerin yapılmasını gerekli kılabilir. Gerçekten, pandeminin sürmesi durumunda genel kurulların ertelenmesi veya iptal edilmesi gibi kısa vadeli önlemlerle ilanihaye devam edilemeyecektir. Buna ek olarak, bugüne kadarki uygulamadan görüldüğü üzere bu kısa vadeli önlemlerin sürelerini uzatma eğilimi, tekrardan yenilip yenilenmeyeceği konusunda muhatapları nezdinde farklı beklentilere ve günün sonunda hukuki belirsizliklere yol açabilmektedir. Sonuç olarak, mevzuatta anonim şirket genel kurul toplantılarına ilişkin mevcut kuralların, pandeminin etkisini en aza indirebilecek şekilde, kalıcı ve kurumsal nitelikli değişiklikler suretiyle revize edilmesi düşünülmelidir.

Anonim şirket olağan genel kurul toplantılarının her hesap döneminde bir kez olmak yerine daha uzun sürelerde yapılabilmesi, genel kurullar için salgın hastalık gibi geçerli bir mücbir sebebe dayanarak ortakların başvurusu üzerine toplantı öncesi erteleme imkânı getirilmesi, toplantı yeter sayılarının azaltılması, temsilci sayılarının sınırlandırılması, Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olmaktan çıkarılması, genel kurulun elektronik ortamda yapılması zorunluluğu getirilmesi, elektronik genel kurulun esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmaksızın yapılabilmesi, elektronik genel kurul için TTK'da öngörülen şartların hafifletilmesi ya da anonim şirketler bağlamında da elden dolaştırma yoluyla genel kurul kararı alabilme imkânı tanınması gibi insan yoğunluğunu azaltacak veya ortadan kaldırabilecek öneriler, bugüne kadar alınan önlemlere kıyasla mevcut kurallarda daha kalıcı ve kurumsal nitelikte değişiklikler öngörmektedir. Bu tebliğde pandemi dönemlerinin

gereklere dikkate alınarak anonim şirket genel kurul toplantıları bağlamında kalıcı ve kurumsal nitelikli birtakım önerilerde bulunulmakta ve mevcut kurallar ışığında, birbirlerine alternatif oluşturabilecek veya birbirini tamamlayabilecek bu önerilerin önündeki yasal ve/veya teknik engeller karşısında hayata geçirilebilme ihtimalleri değerlendirilmektedir.

ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİBİ TARAFINDAN AÇILACAK SORUMLULUK DAVASINDA PAY SAHİPLİĞİ SIFATI BAKIMINDAN ÖZELLİK TAŞIYAN HALLER

Üstün Köprücü*

Gelişen ekonomik sistemde, anonim ortaklıklar küçük yatırımcılar açısından bir yatırım aracı olarak öngörülmekte ve her geçen gün daha fazla değer kazanmaktadır. Küçük yatırımcılar, birikmiş paralarını değerlendirmek için anonim ortaklıkların kurulmasına vesile olmakta veya hali hazırda kurulmuş olan bir ortaklığa katılmaktadır.

Anonim ortaklıklar, genellikle güçlü bir pay sahibi veya pay sahibi grupları tarafından belirlenen yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler tarafından yönetilmektedir. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı davranarak şirketin zarar uğramasına sebebiyet verebilmektedir. Bu durumda, şirket malvarlığında meydana gelen azalma, pay sahiplerinin menfaatlerini etkilemekte ve yansıma yoluyla zarar çerçevesinde pay sahipleri de zarara uğramaktadır. Ancak şirket yönetiminde etkin ve güçlü konumda olan pay sahipleri, şirketin zarar gördüğü eylemlerden genellikle kendileri nemalandıkları veya yönetimde olmaları sebebiyle sorumlulukları doğabileceği için şirketin sorumluluk davası açmasına engel olabilmekte ve güçsüz konumdaki pay sahiplerini hukuki korumaya muhtaç bırakmaktadır.

* Avukat, İzmir Barosu.

Pay sahiplerinin korunma ihtiyacını öngören kanun koyucu, pay sahiplerine, iflas öncesinde yönetim kurulu üyelerine karşı tazminatın şirkete ödenmesi kaydıyla sorumluluk davası açma hakkı tanımaktadır (TTK m. 555; Art. 756 OR)¹. Bizim bildirimizin konusunu, TTK m. 555 uyarınca iflas hali dışında pay sahiplerine tanınan dava açma hakkı ve özellik arz eden durumlar oluşturacaktır.

TTK m. 555'e göre, şirket zararının giderilmesi amacıyla dava açacak kişinin pay sahipliği sıfatını kazanması ve dava süresince korunması gerekmektedir². Pay sahipliği sıfatının devren kazanılması ve kaybedilmesi, sorumluluk davasının akıbeti açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre, ilk olarak yönetim kurulu üyelerinin eylemleri sebebiyle şirket zarara uğradıktan sonra, ancak dava açılmadan önce pay devri gerçekleşirse, dava açma hakkını kim, ne zamandan itibaren kullanabilecektir? Bağımsız nama yazılı paylarda ciro ve zilyetliğin devriyle, hamiline yazılı paylarda zilyetliğin devriyle birlikte payın mülkiyeti devralana geçmektedir. Buna göre, payı devralan kişi, payın mülkiyetini iktisap ettiği tarihten itibaren sorumluluk davası açabilir. Bağlı nama yazılı paylarda ise, sorunu ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı paylarda, şirket devre onay vermediği müddetçe devralanın dava açma hakkı bulunmamaktadır³. Borsaya kote nama yazılı paylar açısından ise, özellikle borsa dışı iktisap hallerinde, şirketin henüz pay sahibini tanımadığı askı döneminde devralanın sorumluluk davası açıp açamayacağı konusunda fikir ayrılıkları vardır. Bir görüş, TTK m. 497/2'ye göre, devralanın genel kurula katılma ve oy haklarını kullanama çerçevesinde

¹ von der Crone, Hans Caspar/ Carbonara, Antonio / Hunziker, Silvia: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel-Genf-München, 2006, s. 38. Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 1996, s. 422. Willi, Fischer / Luterbacher, Thierry (Luterbacher/Studer): Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 756, No: 8. Krneta, Georg: Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern, 2001, Art. 754, No: 2125. Çamoğlu, Ersin. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul, 2010, s. 154. Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 2048.

² Meier-Wehrli, Jörg: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG., Zürich, 1968, s. 55. Schoop, Katherina Elisabeth: Die Haftung für die Überwertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1981. Forstmoser, Peter: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1987, s. 46. Gross, Kurt Jean: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Zürich, 1990, s. 104. Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 132.

³ Bärtschi, Harald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001, s. 132.

sorumluluk davası açamayacağını belirtirken⁴; bizim katıldığımız diğer görüş devralanın askı döneminde sorumluluk davası açabileceğini belirtmektedir⁵.

Payın mülkiyetinin külli halefiyet veya özel iktisap yoluyla devralana geçtiği hallerin de özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk olarak, hamiline ve bağımsız nama yazılı paylar ile borsaya kote nama yazılı payların değerlendirilmesi gerekir. Bu paylarda, şirket payı iktisap eden kişiyi tanımak zorundadır. Bu yüzden bu paylarda özellik arz eden bir durum söz konusu değildir. Payı iktisap eden kişi mülkiyeti kazandığı tarihten itibaren sorumluluk davası açabilir. Borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı paylarda ise, şirketin payı gerçek değeriyle almayı önererek başvuruyu reddetme hakkı vardır (TTK m. 493/4; Art. 685b Abs. 4 OR). Buna göre, payı devralan kişi öncelikle onay için şirkete başvurmak zorundadır. Başvuruyu yaptığı anda malvarlığı haklarını iktisap eder, ancak genel kurula katılma ve oy hakkını kullanamaz (TTK m. 494/2; Art. 685c Abs. 2 OR). Bu noktada, doktrinde bir görüş, şirket onay vermeden devralan kişinin sorumluluk davası açamayacağını belirtmektedir⁶. Bize göre ise, pay sahibi şirkete başvurduğu andan itibaren sorumluluk davası açabilmelidir⁷. Şirket daha sonradan kendi payını satın alırsa, davanın akıbeti de buna göre değerlendirilmelidir.

Pay sahibi, şirket zararının giderilmesi için dava açtıktan sonra, payını bir başkasına devrederse, davanın akıbeti ne olacaktır? Yargıtay bir kararında, yönetim kurulu üyelerine karşı şirket zararının giderilmesi sebebiyle sorumluluk davası açıldıktan sonra pay devri gerçekleşirse, davanın taraf sıfatı yokluğu sebebiyle reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸. Doktrinde bir görüş ise, davanın dava takip yetkisi noksanlığından reddedilmesi gerekirken, taraf sıfatı yokluğundan reddedilmesini hatalı bulmaktadır⁹. Bize göre ise, pay devriyle birlikte HMK m. 125 uyarınca dava konusunun devredildiği düşünülmeli ve devralan davaya kaldığı yerden devam etmelidir.

⁴ **Tekinalp, Ünal**: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul, 2012, s. 74. **Bozkurt, Tamer**: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması, İstanbul, 2016, s. 243.

⁵ **Kunz, Viktor Peter**: Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern, 1993, (Anılış: Rechtsnatur), s. 9. **Bärtschi**, s. 132. **Uzel, Necdet**: Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 2013, s. 76.

⁶ **Bozkurt**, s. 243. **Tekinalp**, s. 74.

⁷ Yazarların, borsaya kote bağlı nama yazılı paylardaki görüşü, oydan yoksun paya ilişkin hükmün mahiyetinin aynı olması sebebiyle burada da uygulamalıdır: **Kunz**, Rechtsnatur, s. 9. **Bärtschi**, s. 132. **Uzel**, s. 76.

⁸ Y. 11. HD, 05/06/2018, E. 2016/13488, K. 2018/4280.

⁹ **Şener, Oruç Hami**: Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 167.

Pay sahibi olma zorunluluğu incelendikten sonra, pay sahipliği sıfatının ispatı üzerinde durulmalıdır. Pay sahipliği sıfatı, kural olarak pay defterindeki kayıtlarla ispatlanabilmektedir. Ancak pay defterindeki kayıtlar kurucu etkiye sahip değildir ve hamiline yazılı payların pay defterinde kaydı tutulmamaktadır¹⁰. Buna göre bağlı nama yazılı payın maliki, pay senedi, noter senedi ve yönetim kurulu kararıyla pay sahipliği sıfatını ispatlayabilecektir. Hamiline ve bağımsız nama yazılı pay sahipleri ise, pay senedini ibraz edip meşru hamil olduklarını ispatlayarak, pay sahipliği sıfatını kanıtlayabilir. Peki, hamiline yazılı payların ve bağımsız nama yazılı payların sahiplerinin dava süresince pay sahipliği sıfatını koruyup korumadığı nasıl belirlenecektir? Bu problemin çözümüne ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bize göre, TTK m. 645 uyarınca pay sahibi olduğunu iddia eden kişi, hamiline yazılı ve bağımsız nama yazılı pay senedini mahkemeye ibraz etmeli ve dava sonuna kadar pay senedi mahkemede depo edilmelidir. Bu şekilde, pay sahipliği sıfatının ispatı konusunda bir sorun yaşanmayacağı gibi pay devri de kolaylıkla yapılabilir.

Pay sahipliği sıfatıyla ilgili olarak, incelenmesi gereken son konu ise, pay sahipliği sıfatının çekişmeli olduğu hallerdir. Pay sahipliği sıfatının çekişmeli olduğu hallerde, doğacak hukuki sorunlar, ön sorun veya bekletici mesele yapılmak suretiyle çözümlenmelidir. Bu çerçevede hamiline yazılı paylarda ve bağımsız nama yazılı paylarda davacının meşru hamil olup olmadığı pay senedi üzerinden incelenerek, ön sorun olarak çözümlenir. Pay devrinin hukuki sebebini oluşturan sözleşmeden kaynaklı iade talepleri doğarsa, mevcut davanın akıbetini belirlememiz gerekir. Buna göre, iade yükümlülüğünden kaynaklı talep temellerinin aynı etkili mi, yoksa nispi etkili mi olduğunu belirlememiz ve buna göre sorumluluk davasında bekletici mesele yapmamız veya yapmamamız gerekir. Bize göre, sözleşmenin geçersiz olmasından veya bozulmasından kaynaklı iade yükümlülükleri nispi etkili olduğu için bu davaların bekletici mesele yapılmasına gerek yoktur¹¹. Ancak iade taleplerinin aynı etkili olduğu düşünülecek olursa¹², bekletici mesele yapılması gerekir ve sorumluluk davasına asli müdahalede bulunulması bile mümkün olabilir¹³.

¹⁰ **Aka, Beyza:** Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki Hukuki İşlemler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2020, s. 11-12.

¹¹ Örneğin, dönme talebinin nispi etkili olduğuna dair bkz: **Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul, 2017, s. 73.

¹² Örneğin, dönme talebinin aynı etkili olduğuna dair bkz: **Buz, Vedat:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 134.

¹³ Asli müdahale hakkında bkz: **Atalı, Murat:** Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 768.

Borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı paylarda ise, payı devralan kişi, şirket devre onay vermeden önce veya başvuruyu reddettikten sonra sorumluluk davası açarsa, dava takip yetkisi noksanlığından dava derhal reddedilmeli midir? Yoksa, Yargıtay'ın benzeri hallerdeki uygulaması¹⁴ gibi dava takip yetkisi noksanlığı giderilmesine cevaz mı verilmelidir? Bize göre, dava takip yetkisi noksanlığından dava derhal reddedilmemelidir. Eğer devralan kişi, şirkete henüz onay için başvurmamışsa, şirkete başvurması için süre verilmelidir. Şirket bu süre sonucunda başvuruyu açıkça veya zımnen onaylarsa, dava takip yetkisi noksanlığı giderildiği için davaya devam edilmelidir. Şirket başvuruyu reddederse, devralan kişiye, şirketin ret kararının haksız olduğunun tespiti ve pay defterine yazılmasına ilişkin dava açabilmesi için süre verilmeli ve dava açılırsa bekletici mesele yapılmalıdır. Borsaya kote bağlı nama yazılı pay sahibinin, borsa dışından payı iktisap etmesi halinde, tanınma istemi reddedilirse, bu kurallar onlar için de uygulanmalıdır.

Pay defterindeki kayıtlarla ispata girilmiş ve pay defterindeki kaydın kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olması sebebiyle silinmesine ilişkin dava açılmışsa, bu dava, sorumluluk davasındaki pay sahipliği sıfatını etkiliyorsa, bekletici mesele yapılmalıdır.

Pay sahiplerinin dava açması bakımından özellik arz eden başka durumlar da bulunmaktadır. İlk olarak, payın birden fazla maliki varsa, sorumluluk davasının nasıl açılacağı belirlenmelidir. Birden fazla kişi pay üzerinde hak sahibiyse, temsilci atayarak veya mecburi dava arkadaşlığı çerçevesinde birlikte dava açabilir. Birden fazla kişi paylı mülkiyet esasına dayalı hak sahibiyse, temsilcinin nasıl atanacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, oy birliği ararken¹⁵, bizim katıldığımız diğer görüş oy çokluğunu yeterli görmektedir¹⁶. Burada değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise, ivedilik arz eden durumlarda TMK m. 702/4 ve TMK m. 693/3 uyarınca maliklerden her birine dava açma hakkı verilip verilmeyeceğidir.

Pay üzerinde sınırlı aynı hak kurulursa, kim ve/veya kimler dava açabilecektir? Pay üzerinde intifa hakkı tanınmışsa, bizim katıldığımız görüş çerçevesinde hem intifa hakkı sahibi hem de pay sahibi sorumluluk davası

¹⁴ Y. 12. HD, 01/10/2013, E. 2013/22304, K. 2013/31006. Y. 22. HD, 28/02/2018, E. 2017/11319, K. 2018/5252.

¹⁵ **Erdem, Nuri**: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, 2012, s. 176.

¹⁶ **Yıldırım, Ali Haydar**: Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Bursa, 2013, s. 397. **Hanağası, Emel**: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 1, 2016, s. 199- 270, s. 211, dn. 39.

açabilir¹⁷. Pay üzerinde rehin hakkı kurulmuşsa, kural olarak rehin veren pay sahibi sorumluluk davası açabilir¹⁸. Rehlin sahibi açısından ise, doktrindeki bir görüş şirket alacaklılarına dava açma hakkı tanınmadığı için rehin hakkı sahibine dava açma hakkı tanınmayacağını belirtmektedir¹⁹. Bize göre ise, rehin veren sorumluluk davasını açmaktan imtina ederse, rehin sözleşmesindeki yapma borcuna aykırı davrandığı için, rehin sahibi, TMK m. 961(Art. 906 ZGB) ve TBK m. 113(Art. 81 OR) çerçevesinde kendisi adına veya başkası adına nama ifa yetkisi alarak sorumluluk davası açabilir veya açtırabilir²⁰. Bu kural, rehin veren pay sahibinin yönetici olması halinde de uygulanmalıdır. Görüldüğü üzere, şirket alacaklılarına iflas öncesinde dava açma hakkı tanımayan sistemin de sorgulanması ve eleştirilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak tebliğimiz kapsamında, TTK m. 555 uyarınca dava açma hakkına sahip pay sahipleri ve pay sahiplerinin dava açması bakımından özel-lik arz eden haller Türk-İsviçre doktriniyle birlikte incelenecek ve bu konulara ilişkin Yargıtay kararları değerlendirilecektir.

¹⁷ **Kendigelen, Abuzer:** Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s. 324 ve s. 330.

¹⁸ **Kunz, Viktor Peter:** Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich, 1997, s. 63.

¹⁹ **Yılmaz, Abdülsamet:** Anonim Ortaklık Payının Rehlin ve Hapis Haklarına Konu Olması, İstanbul, 2020, s. 143.

²⁰ Benzeri yönde bkz: Hausheer, Heinz (**Zobl**): Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) (Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2), 2. Auflage, Bern, 1996, Art. 906, No: 14. Breidschmid, Peter ve Alexandra Jungo (**Reetz/Graber**): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 906, No: 4

BORÇLANMA ARAÇLARI İHRAÇ LİMİTLERİ VE BU LİMİTLERİN AŞILMASI HÂLİNDE DOĞABİLECEK HUKUKİ SONUÇLAR

Gökhan Aydoğan*

Borçlanma araçları, anonim şirketlerin borçlu sıfatıyla düzenleyerek değişik koşullarda ihraç ettikleri “tahvilleri”, “finansman bonolarını”, “paya dönüştürülebilir tahvilleri”, “değiştirilebilir tahvilleri”, “kıymetli maden bonolarını” ve niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu kabul edilebilecek sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir.

Anonim şirketlerin finansman ihtiyaçlarının karşılanmasında borçlanma aracı ihracı önemli bir alternatifi oluşturmaktadır. Para piyasasından kredi ile fon sağlamaya göre daha düşük borçlanma maliyetine sahip olabilmesi, yüksek miktarda kaynak temini imkânı sunması ve teminat gösterme zorunluluğunun olmaması borçlanma araçlarına başvurulmasının temel nedenleridir. Bununla birlikte, paya dönüştürülebilir tahviller, değiştirilebilir tahviller gibi farklı hak ve yükümlülükleri içeren borçlanma aracı türlerinin varlığı, bu alternatife önüne çıkmasını sağlamaktadır.

Özünde bir satım sözleşmesine dayanan borçlanma aracı ihraç süreci bu hukuki temel dolayısıyla taraflar arasında bir özel hukuk ilişkisinin kurulmasını sağlar. Özel hukukta geçerli en temel ilkelerden birisi de sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke, emredici hükümlerin çizdiği çerçevede, taraflara sözleşmenin konusunun serbestçe belirlenmesi yetkisini verir. Ancak, kanun koyucu, yatırımcılar başta olmak üzere menfaat sahiplerinin korunması ile sermaye piyasasının güven içinde ve etkin şekilde işleyişini sağlamak amacıyla

* Dr. Ankara Üniversitesi.

bu özgürlüğe müdahale etme ihtiyacı hissetmiştir. Bu bağlamda, anonim şirketlerin borçlanma aracı ihracında azami tutarın belirlenmesi şirketin iktisadi tercihlerine ve yatırımcıların söz konusu araçlara talep gösterip göstermemesine bırakılmamış; ihraç edilebilecek borçlanma aracı tutarına kanun koyucu ve düzenleyici otorite tarafından bir üst sınır getirilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 506. maddesi ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 31. maddesi konu ile ilgili yasal zemini oluşturmaktadır. Ayrıca, SerPK m. 18/9 ile kayıtlı sermaye sisteminde bulunan halka açık anonim şirketler tarafından paya dönüştürülebilir tahvil veya paya dönüştürülebilir bir türev araç çıkarılması hâline ilişkin bir üst sınır getirilmiştir.

Bunlarla birlikte, sermaye piyasasının düzenleyici ve denetleyici otoritesi olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) "Borçlanma Araçları Tebliği (II-31.1)"nde de konuyla ilgili ayrıntılı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Anılan Tebliğin "*İhraç Limiti*" kenar başlıklı 9. maddesinin dördüncü fıkrasında; halka açık olmayan anonim şirketlerin ihraç tutarının şirketin özkaynak tutarının üç katını, halka açık anonim şirketlerin ihraç tutarının ise şirketin özkaynak tutarının beş katını geçemeyeceği düzenlenmiştir.

Bu çalışma ile temel olarak; borçlanma araçlarının kavramsal çerçevesinin ortaya konulması, TTK ile SerPK'nın borçlanma araçlarıyla ilgili hükümlerinin uygulama alanlarının belirlenmesi, ihraç limitlerinin öngörülme gerekçesi ile fonksiyonları, ihraç limitlerinin hesaplanmasına ilişkin usul ve esasların açıklanması ile konuyla ilgili kurallara aykırılık hâlinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçların aydınlatılması amaçlanmaktadır.

Borçlanma araçlarının kavramsal çerçevesi açısından bu araçların SPK'nın "Borçlanma Araçları Tebliği"nde sayılanlarla sınırlı olup olmadığı, yabancı hukuk sistemlerinde mevcut olup hukuk sistemimizde açıkça düzenlenmeyen araçların da (örneğin, opsiyonlu tahviller, kâra iştirakli tahviller, iskontolu tahviller) bu kapsamda ihraç edilip edilemeyeceği ele alınacaktır.

Konu ile ilgili uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde, SerPK'nın 2. maddesi ile TTK'nın 330. maddesi bağlamında bu kanunlar arasındaki ilişkinin genel çerçevesinin ortaya konulması gerekmektedir. Tebliğ konusu özelinde, borçlanma araçlarının ihraç limiti olarak TTK m. 506'da yapılan belirleme ile SerPK m. 31. uyarınca SPK tarafından "Borçlanma Araçları Tebliği"nde belirlenen esaslar arasındaki ilişki aydınlatılmaya çalışılacak ve hangi kuralların esas alınması gerektiği açıklanacaktır. Bu noktada, SerPK m. 31'in

halka açık olmayan anonim şirketler açısından da uygulama alanına sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışma kapsamında, borçlanma aracı ihracında serbestlik sistemini kabul etmek yerine hangi gerekçelerle söz konusu ihraç limitlerinin öngörül-
düğü ve bu konudaki kuralların fonksiyonları da vurgulanacaktır. İhraç limit-
lerinin öngörülmesinin, anonim şirketlerde geçerli malvarlığının korunması
ilkesi ile sermaye piyasasında yatırımcının korunması ve piyasanın arzu edilen
fonksiyonlarda işleyişinin sağlanması ile bağlantısı dikkate alınmalıdır. Keza,
ihraç limitlerinin belirlenmesinde halka açık anonim şirketler ile halka açık
olmayan anonim şirketler arasında fark yaratılmasının nedenleri ve işlevleri
açıklığa kavuşturulmalıdır.

Konunun önem arz eden yönü, bir anonim şirketin borçlanma aracı ih-
raç tutarının belirlenmesine ilişkin kurallara aykırı hareket etmesi hâlinde
hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı sorunudur.

Bu noktada, öncelikle şirketin borçlanma aracı ihracına yönelik yetkili
organ kararının hukuki sakatlığının söz konusu olup olmayacağı dikkate alın-
malıdır. Anonim şirketlerde yetkili organ kararının hukuki sakatlığı söz ko-
nusu olduğunda, genel kurul ya da yönetim kurulu kararlarının yokluk, butlan
ve iptal yaptırımlarına tabi tutulması gündeme gelmektedir. Borçlanma aracı
ihracına karar verecek organ kural olarak şirketin genel kurulu olmakla bir-
likte, TTK m. 505 ve SerPK m. 31 uyarınca belirli usul ve esaslar dâhilinde bu
yetkinin yönetim kuruluna devrine izin verilmiştir. Şu hâlde, ihraç kararı alan
organın türü de dikkate alınarak hangi hukuki sonucun doğacağı belirlenme-
lidir.

İhraç limitlerine yönelik olarak ilgili düzenlemelerde yer alan esaslara
aykırı bir ihraç kararının Ticaret Sicili'ne tescil edilip edilemeyeceği de değ-
lendirilmelidir. Bu bağlamda, ihraç limitlerine uygun hareket edilip edilmedi-
ğinin belirlenmesinin ticaret sicili müdürünün TTK ve Ticaret Sicil Yönetme-
liği ile belirlenen inceleme görev ve yetkisinin kapsamında olup olmadığı in-
celenecektir.

Bilindiği üzere, SerPK'ya göre, borçlanma aracının halka arz edilmek
istenmesi halinde izahnamenin, halka arzsız bir ihracın gerçekleştirilmek is-
tenmesi halinde ihraç belgesinin SPK tarafından onaylanması gerekmektedir.
Bu çerçevede, azami limitlere aykırı bir ihraç kararı neticesinde düzenlenen
izahname ya da ihraç belgesinin onaylanıp onaylanmayacağı, SPK'nın söz ko-
nusu belgeleri değerlendirme kriterleri de dikkate alınarak ortaya konulacak-
tır. Bunlarla birlikte, borçlanma araçlarının azami ihraç limitlerine yönelik

kurallara aykırılık dolayısıyla SPK'nın idari yaptırım uygulama yetkisinin bulunup bulunmadığı da ele alınacaktır.

Son olarak, ilgili düzenlemelerde yer alan ihraç limitlerine aykırı bir karar dolayısıyla şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların hukuki sorumluluk hükümlerine başvurup başvuramayacağı açıklanacaktır.

ŞİRKETLERİN EKONOMİK BÜTÜNLÜĞÜ VE BUNA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Damla Songur*

Ortak bir merkezin kontrolünde bulunan şirketler, kendi menfaatleri yerine ortak menfaatler doğrultusunda faaliyet ve geleceklerini belirleyerek topluluk politikalarını izlemek durumunda kalır. Bağımsız hukuki yapılarına rağmen karar ve faaliyetlerinde bağımsızlığı olmayan bu şirketlerin bağımsız şirket dogmasına göre değerlendirilmesi, yöneticiler, pay sahipleri ve alacaklıların hukuki açıdan korumasız kalmasına ve sorumluluk rejimi açısından hak-kaniyete aykırı sonuçlara neden olurken; bağlı şirketlerin aracı olarak kullanılması veya grup içi işlemler yoluyla kanuna karşı hileye girilmesi de önünü açmaktadır. Bu nedenle çeşitli araçlarla kontrol altında olan ve karar bağımsızlığı bulunmayan şirketler bir arada değerlendirilerek “*ekonomik bütünlük*” içinde tek bir grup kabul edilirler.

Ticari hayatın bir gerçeği olan şirketlerin ekonomik bütünlüğü yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi¹, hukukumuzda da yükümlülükler, sorumluluklar ve koruyucu mekanizmalar bakımından düzenlenmiş; ayrıca yaptıkları işlemler kendi yapılarına özgü çeşitli usul ve esaslara tabi kılınmıştır.

Ancak Türk hukukunda şirketlerin ekonomik bütünlüğüne farklı mevzuatta ilgili düzenlemelerin getiriliş amacıyla sınırlı şekilde hükümler getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda ekonomik bütünlük içindeki şirketler için bağlı şirket, yavru şirket, hâkim şirket, hâkim teşebbüs, şirketler topluluğu,

* Dr., Atılım Üniversitesi.

¹ Alman hukukundaki duruma ilişkin bkz. Pulaşlı, Hasan: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. XI, Sa.1-2, s. 263.

grup, grup şirketleri, topluluk şirketi gibi birçok farklı terimle karşılaşılmaktadır. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilk defa düzenlenen Şirketler Topluluğu'na ilişkin hükümlerde hâkim ve bağlı şirket ile hâkim teşebbüs² gibi kavramlara yer verilirken (TTK md. 195 vd.)³; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ikinci mevzuatında kapsamında ana ortaklık ve bağlı ortaklık (Ör. SPK md. 21/1 ve II-26.1 sayılı Tebliğ md. 18/1) ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamında ekonomik bakımdan bütün teşkil eden birimler (RKHK md. 3) şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır.

Farklı mevzuattaki hükümler beraberinde hepsinde kontrol kavramı ön plana çıksa da ekonomik bütünlüğün tespiti için ayrı düzenlemeleri (veya yolları) getirmektedir.

Türk Ticaret Kanunu kapsamında ya “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa” ya da “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa” hâkim ve bağlı şirket söz konusu olacak ve şirket topluluğuna ilişkin hükümlere tabi olunacaktır (TTK md. 195/1). Ayrıca “bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması” da hâkimiyet ilişkisinin bulunduğu yönünde karine teşkil etmektedir (TTK md. 195/2)⁴.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda bağlı ortaklıklar terimine sadece ismen yer verilmesine karşılık şirketlerin ekonomik bütünlüğüne ilişkin hüküm ve sonuçların öngörüldüğü ikincil mevzuatında⁵ ise Türkiye Muhasebe

² Ayrıntılı bilgi ve Rekabet hukuku ile karşılaştırmalı değerlendirme için bkz. **Çakır Çelebi**, Fatma Betül: “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, TFM, 2018, C. 4, S. 1, s. 24 vd.

⁴ Ayrıca bkz. Okutan, Gül: “Şirketler Topluluğu”, Bankacılar Dergisi, 2011, S. 79, s. 92 vd.

⁵ II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği md. 4/1, II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği md.4/1 veya II-23.3 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği md.3/1.

Standartları/ Türkiye Finansal Raporlama Standartları'nda (TMS/IFRS)⁶ tanımlanan ana ortaklık ve bağlı ortaklık tanımlarına yollama yapılmıştır.

Rekabet Hukuku mevzuatında ise doğrudan bir tanımlama yapılmamakla beraber Kurul kararlarında 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ hükümlerinde yer verilen hükümlerin ve kontrol kavramının dikkate alındığı görülmekte⁷ ayrıca şu açıklamaya yer verilmektedir⁸: “Bu açıklamalar ve bahse konu içti-hatlar doğrultusunda ekonomik bütünlük olgusunun tanımlanması için izlene-bilecek yol şu şekilde olmalıdır: 1) Kişiler ve/veya gruplar arasında ekonomik ve ailesel bağların bulunup bulunmadığının tespiti, 2) Ekonomik bağların temel-leri, niteliği, büyüklüğü ve bunların -varsa- bağımsız faaliyetlerle karşılaştırıl-ması, 3) Bu tespitlere dayanarak kişilerin çıkar birliği (unity of interest) içinde olup olmadıklarının tespiti”.

Şirketlerin ekonomik bütünlüğünün hukuki sonuçları bakımından bakıldığında da, her mevzuat kapsamında farklılıklar söz konusu olmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu kapsamında bakıldığında, şirketler topluluğu içe-risinde hâkim şirkete hâkimiyet hakkı ile bağlı şirketlerin yönetiminde söz sa-hipliği tanınmakta ve bağlı şirketleri kanuni çerçeve içerisinde kalmak kay-dıyla yönlendirebilmektedir. Bu bağlamda Türk Ticaret Kanunu ile grup içi ilişkiler ve hâkimiyet hakkına karşılık sağlanan korumalar ile getirilen yüküm-lülükler ve sorumluluklar düzenlenmektedir (TTK md. 198 vd.).

Oysa Rekabet ve Sermaye Piyasası Hukuku mevzuatları kapsamında ekonomik bütünlük içerisindeki şirketlerin bir bütün olarak kabul edilmesine ilişkin hüküm ve sonuçların düzenlendiği ve tek işletme sorumluluğu teoris-i-nin⁹ uygulama bulduğu görülür.

Sermaye Piyasası mevzuatı kapsamında bakıldığında önemli nitelikteki şirket işlemlerinin değerlendirilmesinde ana ortaklık konsolide finansal tablo-ları açısından önemlilik ölçütlerini sağlayan ve bağlı ortaklıklarca yapılan

⁶ Bkz. IFRS 10 Konsolide Finansal Tablolar, Ek A- Tanımlanan Terimler

⁷ Tokatlı, Aytül: Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Ankara 2009, s. 67 vd.

⁸ Örneğin en yeni tarihli bir kararı için bkz. Rekabet Kurulu'nun 01.10.2020 tarihli 20-44/609-269 sayılı Kararı.

⁹ Küçük, Damla: “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, Ankara Barosu Dergisi, 2019, S. 1, s. 300 vd.

işlemler, ana ortaklık açısından önemli nitelikteki işlem kabul edilmektedir (II-23.3 sayılı tebliğ md. 6/4).

Rekabet hukuku kapsamında bakıldığında ise, ekonomik bütün teşkil eden birimlerin tek bir teşebbüs sayılmasına bağlı olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde düzenlenen rekabet ihlallerine açısından kavramın özel önem taşımaktadır¹⁰. Buna göre, öncelikle bir işlem veya davranışın rekabeti ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde ekonomik bütünlük içerisindeki şirketler ayrı ayrı değerlendirilmez; dolayısıyla grup içi işlemler 4. madde kapsamında değerlendirilmez. Bunun yanı sıra ekonomik bütünlük içerisindeki teşebbüslerin tek bir teşebbüs olarak nitelendirilmesi nedeniyle 6. ve 7. maddeye ilişkin değerlendirilmelerde hâkim durumun kötüye kullanılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi hususları bağlı şirketler birlikte dikkate alınarak gerçekleştirilebilecektir. Öte yandan bir şirketin gerçekleştirmiş olduğu rekabet ihlali sebebiyle bu şirketi kontrol eden şirketlerin de sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Yukarıda açıkladığımız hususlar bağlamında çalışmamızda Ticaret, Sermaye Piyasası ve Rekabet Hukuku mevzuatı kapsamında şirketler açısından ekonomik bütünlük kavramı ve şirketlerin ekonomik bütünlüğün tespiti- nin nasıl yapıldığı hususu incelenecek; ayrıca şirketlerin ekonomik bütün olarak kabul edilmesine bağlanan hüküm ve sonuçlar ele alınacaktır.

Kaynakça

Ateş, Mustafa: Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2019.

Çakır Çelebi, Fatma Betül: “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, TFM, 2018, C. 4, S. 1, s. 19-32.

Küçük, Damla: “Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları”, Ankara Barosu Dergisi, 2019, S. 1, s. 287-360.

Okutan, Gül: “Şirketler Topluluğu”, Bankacılar Dergisi, 2011, S. 79, s. 90-103.

Pulaşlı, Hasan: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. XI, Sa.1-2, s. 259-277.

Tokatlı, Aytül: Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Ankara 2009.

¹⁰ Ateş, Mustafa: Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2019, s 240 vd.

TİCARET ŞİRKETLERİ ADLİ YARDIMDAN YARARLANABİLİR Mİ?

Yusuf Demirci*

Bilindiği gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334.maddesinin ilk fıkrasında kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler hükmü yer almaktadır. Buna göre adli yardımın iki önemli koşulu vardır. Bunlar başvurucunun kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması, ikinci olarak da taleplerinin dayanaksız olmamasıdır. Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bu iki şartın bir arada olması gerekmektedir (Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin B. No : 2012/1181 , 17/9/2013 tarih sayılı kararı).

Maddenin ikinci fıkrasında ise Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilecekleri düzenlenmektedir. Burada adli yardımdan yararlanabilecekler arasında ticaret şirketlerinin sayılmadığı görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ticaret şirketleri özelinde tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesini bazı kararlarında adil yargılama hakkı çerçevesinde tartışmaktadır.

* Hâkim, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22.Hukuk Dairesi Üyesi.

Anayasa Mahkemesi kararlarında istikrarlı bir biçimde HMK'nun adli yardıma ilişkin hükümleri ve AİHM içtihatlarını dikkate alarak HMK'nun 334. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ile getirilen “taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” koşulunu “ilk bakışta başvurunun başarisiz olacağının açıkça görülmemesi” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (Anayasa Mahkemesi' nin B. No : 2013/1977, 9/1/2014 tarih sayılı kararı) .

Aynı şekilde AİHM' de adli yardım talepleri bakımından kamunun parasının “makul bir başarı şansına sahip talep”te bulunan kimselere tahsis edilmek istenmesinin meşru olduğunu belirtmiş, yerel mahkemenin esasa ilişkin talebin temelsiz olduğu yönündeki kararının tazminat talebinin yerindeliğine ilişkin bir karar olduğunu ifade etmiştir (AİHM Bakan/Türkiye 12/6/2007, B. No: 50939/99, § 74). AİHM, Belçika'ya karşı yapılan bir başvuruda da, adli yardım hususunda karar vermeye yetkili olan Adli Yardım Bürosunun, başvurunun adli yardım talebini, davasını dayandıracağı iddianın esası yönünden “haklı olmadığı”nı gerekçe göstererek reddetmesinin, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (AİHM Aerts / Belçika , B. No : 25357/94, 30/7/1998, § 60).

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM bahsedilen bütün kararlarında adli yardımdan sadece gerçek kişilerin yararlanacağına ilişkin daraltıcı bir yorumda bulunmamıştır. Aksine adli yardımı adil yargılanma hakkının bir yansıması olan mahkemeye erişim hakkının bir unsuru kabul eden her iki Yüksek Mahkeme adli yardımdan yararlanabilmeyi oldukça geniş şekilde yorumlamıştır. Zira mahkemeye erişim hakkı yalnızca dava açma hakkını içermekle kalmayıp, aynı zamanda bir uyumsuzluğun mahkeme tarafından hükme bağlanmasını isteme hakkını ve belirli koşulların sağlanmasıyla adli yardımı da kapsamaktadır.

Yargıtay ise özellikle tüzel kişilerin ve ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanabilmesi konusunda farklı kararlar vermektedir. Yargıtay ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanabileceğine dair vermiş olduğu kararlarda ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanabilmesini mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirerek kabul etmiştir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2013/6713 E . ,2014/6595 K . ve 17.09. 2013 T . sayılı kararı ;Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2015/16003 E . , 2018/ 8859 K . ve 17. 04. 2018 T . sayılı kararı). Yargıtay ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanamayacağına ilişkin kararlarında ise gerekçe olarak HMK'nın 334. maddesinin 2. fıkrasında sadece kamuya yararlı dernek ve vakıfların iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri

kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilecekleri düzenlendiğini , açıkça madde metninde ticaret şirketlerinin sayılmadığı görüşüne yer vermektedir (Yargıtay 12.Hukuk Dairesi'nin 2014/5979 E. , 2014/9662 K. ve 02.04. 2014 T. sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2015/3915 E. , 2015/4401 K. ve 14.09.2015 T. sayılı kararı ve diğer benzer kararları).

Bu tebliğde ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı konusu AİHM, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde özellikle Anayasanın 90.maddesi gözetilerek tartışılmaya çalışılacaktır.

ŞİRKETLERİN İNSAN HAKLARI SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hamdi Gökçe Zabunoğlu*

Bu sunum, şirketler tarafından veya şirketlerin dahil olduğu geçmişteki insan hakları ihlalleri ile ilgili olarak uluslararası düzeyde meydana gelen gelişmeleri incelemektedir. Çalışmada şirketler tarafından gerçekleştirilen ya da şirketlerle ilgili insan hakları ihlallerinin hem de etkili bir şikâyet mekanizmasının yokluğunun yeni bir olgu olmadığı iddia edilmektedir. Ayrıca, kurumsal sorumluluğun yasal-tarihsel gelişimini araştırırken, böyle bir incelemenin, şirketler tarafından yapılan veya onların da dahil olduğu insan hakları ihlallerine ilişkin sorumluluğa yönelik teorik yaklaşımlar ve uygulanacak insan hakları korumasının tek tipleştirilmiş standartları ile ilgili verimli bir tartışma alanı olduğu da savunulacaktır. Bu sunumda, tarihsel gelişimin, çağdaş hukuk düzeninde insan hakları ile ilgili sorumluluk yönünden şirketlere ilişkin düzenlemeler için bir kurumsal sorumluluk meselesini ortaya çıkardığını ve bu tür düzenlemeler için yol gösterici bir yönü olduğu savunmaktadır.

Bu önermeleri oluşturmaya çalışırken, sunumun dengesi, tarihsel eğilimlerle ilgili üç ana konuyu incelemeye ayrılmıştır. İlk olarak, köle ticareti ve sömürgecilik sırasında şirketlerin rolü, insan hakları için kurumsal sorumlulukla bağlantılı olarak incelenecektir. İkinci bölüm, İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman sanayicilerinin, çoğunlukla ABD Askeri Mahkemeleri önündeki davalarını analiz ediyor. Üçüncü ve son bölüm, Güney Afrika'daki Apartheid rejimi sırasında yaşanan insan hakları ihlallerinde kurumsal sorumluluğa yöneliktir.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi.

Kurumsal sorumluluğun ardındaki mantığı anlamak için, öncelikle köle ticareti ve sömürgecilik döneminde şirketlerin oynadığı rolü hatırlamak önemlidir. Transatlantik köle ticareti, Avrupa ekonomileri için ihtiyaç duyulan emeği sağladı ve 1496'dan 1838'e kadar olan dönemde, Afrikalıları Afrika, Amerika ve Avrupa arasındaki transatlantik uluslararası ticarete başlıca mallardan biri olarak gördü.

İmtiyazlı şirketler, belirli bir devletin himayesi altında tüccar grupları tarafından oluşturuldu. Kraliyet imtiyazları özellikle denizaşırı köle ticareti, keşif ve sömürgeleştirme ile uğraşan şirketlere verildi. Bu tür şirketler on altıncı yüzyılda Afrika, Asya ve Amerika topraklarını keşfetmek için ortaya çıktı. Afrika'nın sömürgeleştirilmesi sürecinde daha da fazla şirket kuruldu. Gerek özel olsun gerek devlet eliyle kurulmuş olsun bu dönemin şirketleri, çağdaş bir şirketten farklılık gösteriyordu. Hollanda Batı ve Doğu Hindistan Şirketleri, İngiliz Doğu Hindistan Şirketi ve Hudson's Bay Şirketi gibi şirketler, Hindistan, Endonezya, Kanada ve Afrika'nın bazı bölgelerinde yeni sömürgeleştirilen bölgelerin yönetilmesine yardımcı oldu. Örneğin, Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'nin sömürgeleştirme döneminde insan hakları ihlallerine karıştığına dair kanıtlar mevcuttur. Bu Avrupa şirketleri, fethedilen topraklardaki kaynakların ve insanların ekonomik sömürsünde ana kurumlar haline geldi.

Ulusal ve uluslararası düzeyde bir hesap verebilirlik mekanizmasının gelişmesiyle birlikte bu dönemde şirketlerin oynadığı rol çok detaylı bir şekilde incelenmeye başlanmıştır. Sömürgecilik dönemindeki faaliyetlerinden ötürü şirketlere karşı bir dizi iddia ileri sürüldü. Örneğin, Namibya'daki Hereros halkı, Deutsche Bank'a 1904 ve 1907 yılları arasında Alman yönetimi sırasında 65.000'den fazla Namibya'nın soykırımına suç ortaklığı yapmaktan dava açtı. Bununla birlikte, kurbanlar bu süre zarfında şirketleri insan hakları ihlallerinden sorumlu tutma girişimlerinde henüz başarılı olamamıştır. Özetlemek gerekirse, tartışılan dönemde şirketlerin faaliyetlerini ulusal veya uluslararası düzeyde düzenlemek için tutarlı bir sistematik girişim olmadığı görülmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası, Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Londra Tüzüğü madde 6'da "liderler, organizatörler, kışkırtıcılar ve ortak bir planın oluşturulması veya yürütülmesine katılan suç ortakları veya söz konusu suçlardan herhangi birini işlemek için komplo kurmak, söz konusu planın uygulanmasında herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilen tüm eylemlerden sorumludur" düzenlemesine yer verilmiştir. Uluslararası Askeri Mahkeme sanıklarının hüküm giymesinden iki ay sonra; Müttefik Kuvvetler, 'Uluslararası Askeri Mahkeme tarafından ele alınanların dışında, Almanya'da savaş

suçlularının ve diğer benzeri suçluların yargılanması için tek tip bir yasal zemin oluşturmak' amacıyla 10 Sayılı Kontrol Konseyi Yasasını çıkarmıştır. Bu şekilde, 10 sayılı Kontrol Konseyi Kanunu özel ekonomik aktörlerin hem de barışa karşı suçlardan, savaş suçlarından veya insanlığa karşı suçlardan mahkûm edilebileceğini özellikle belirtmiştir. Geniş yetkilerle donatılmış ABD Nürnberg Askeri Mahkemesi (USNMT) 1946 ile 1949 arasında yürüttüğü 12 dava arasında sanayici davalarından üçü, Farben, Flick ve Krupp, özel aktörlerin insanlığa karşı suçlar ve diğer suçlar sebebiyle hüküm giyebilecekleri belirtilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki düzenleyici çerçeve, şirketlerin yargılanmasına izin vermemektedir. Bu sebeple, İkinci Dünya Savaşı sonrası askeri mahkemeler, şirket yöneticileri hakkında kovuşturma yapmak için bireysel cezai sorumluluk kavramını kullandı. Daha da ötesi, Alman şirketleri, zorla çalıştırılmaya zorlandıklarını iddia ederek mağdurlara önemli bir tazminat ödemeyi reddetti. Flick şirketi tazminatları reddetti, Farben-Auschwitz fabrikasından sağ kurtulanlar yalnızca 1.700 dolar aldı ve Krupp'un Yahudi işçilerinin her birine 825 dolardan daha az destek sağlandı. Bu bağlamda, bireysel cezai sorumluluğun II. Dünya Savaşı sonrası aşamalı gelişimi, uluslararası suçlarda kurumsal sorumluluk için bir emsal oluşturuyor. Yöneticiler, müdürler ve çalışanlar günümüzde uluslararası suçlardan dolayı yargılanabilir. Bu nedenle de bireysel cezai sorumluluk, kurumsal sorumluluk için bir emsal teşkil edebilir.

Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu, Nihai Raporunda, şirketlerin apartheid rejiminin ayakta kalmasını sağlayan ekonomik sistemin merkezinde olduğunu vurguladıktan sonra "ücret sisteminde siyahi işçileri zorlayan etkileyici mevzuat; devlet onaylı tekelleri işe alma uygulamaları; yerleşkelerin yönetiminde ayrımcı iş gücü uygulamaları" ve bunların tasarlanmasına ve uygulanmasına yardımcı olmada merkezi bir rol oynayan madencilik şirketlerinin, kötü muamele rejimine birinci dereceden dahil olduklarını ve bu nedenle "ortaya çıkan acıdan sorumlu ve hesap verebilir tutulmaları gerektiği" tespitinde bulundu. Bu bağlamda, erişilen sonuç, şirketlerin apartheid politikalarından maddi ve maddi yarar sağladıklarıydı. Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu, İsviçre bankalarının (Credit Suisse vb.), insan hakları ihlal edilen beyaz olmayan çoğunluk nüfusun sömürülmesinden on yıllar boyunca fayda sağladığını kaydetti. Ayrıca bankaların yaptırım talebini görmezden geldiği ve rejimden yararlanmaya devam ettiği iddia edildi. Benzer şekilde, madencilik şirketlerinin (Anglo-American Corporation) kurbanlara tazminat ödemesi gerektiği kabul edildi. Khulumani - Barclay National Bank ve Ntsebeza - Daimler Chrysler Corp., ABD mahkemeleri nezdindeki Alien Torts Claim Acts

uyarınca, Güney Afrika'da apartheid sistemi altında yaşayan tüm kişiler adına açılan dava ile ilgiliydi. Sanıklardan, yaklaşık 50 uluslararası şirket ve bankadan, istenen zararın yaklaşık 400 milyar ABD Doları olduğu tahmin ediliyor. Özetle, Güney Afrika, şirketlerin apartheid'e dahil olmalarına ilişkin. Ağırlıkları birbirinde farklı üç temel suçlama mevcuttur: “ırk ayrımı politikalarını tasarlama ve uygulamada merkezi bir rol oynamak”; “devlet baskısını teşvik eden faaliyetlere doğrudan katılmamakla birlikte Apartheid rejimini teşvik eden faaliyetlerden doğrudan kâr elde etmek”; ve “apartheid toplumunda faaliyet göstererek dolaylı olarak fayda sağlamak”. Ne yazık ki, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'nun şirketler tarafından gerçekleştirilen veya şirketlerin dahil olduğu insan hakları ihlallerini ele alacak kurumsal çerçevesi olmadığı görülmektedir.

Köle ticareti, sömürge ve apartheid dönemlerinde insan hakları ihlallerinin işlenmesinde şirketlerin rolü önemliydi. Geçmişteki insan hakları ihlallerine ilişkin endişeler bugün belki daha da aşkın olarak var olmaya devam ediyor. Normatif çerçevelerin geçmişte tatmin edici olmadığı gerçeğine rağmen, geçmişteki insan hakları ihlalleri için günümüzdeki normatif çerçeve altında bile olası bir çare bulmak zordur. Yine de bu sorular, mevcut normatif çerçevelerde daha fazla netliğe duyulan ihtiyacı açığa çıkarmaktadır. Belirtildiği gibi, tarihsel bir analiz, mahkemelerin geçmiş yüzyıllarda şirketler tarafından gerçekleştirilen veya bu şirketlerin dahil olduğu insan hakları ihlallerini ele almak için çeşitli yöntemler kullandığını göstermektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Askeri Mahkemeler, Alman sanayicilerini kovuşturmak için bireysel cezai sorumluluk kavramını kullanırken, Güney Afrika Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu, kurumsal sorumluluğa odaklanmıştır. Sorumluluğa bütüncül bir yaklaşım, şirketler tarafından ya da bu kurumları dahil ederek insan hakları sorumluluğunu güçlendirmenin en iyi yolu gibi görünmektedir. Yine de şirketlerin temel insan haklarıyla huzursuz bir ilişkisinin yeni bir olgu olmadığı unutulmamalıdır. Yeni olan, kurumsal sorumluluk için normatif bir çerçevenin oluşturulmasının giderek artan önemidir. En belirgin çözüm, şirketlerin gönüllülük esasına göre tazminat veya proje finansmanı sağlamaları olabilir. Fakat gönüllülük ne kadar cazip görünse de herhangi bir normatif adalet testinden geçemeyebilir.

ÇOK ULUSLU TEKNOLOJİ ŞİRKETLERİNİN HUKUKA UYGUN DAVRANMA (COMPLIANCE) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yasin Aydoğdu*

Bir ülkenin ekonomik gücü ve büyüklüğü içinde, bireysel mülkiyete dahil varlıklar ile kamu varlıkları önemli bir yere sahiptir. Tarihi süreç içinde farklı hukuk sistemlerinde farklı ortaklık yapıları görülmektedir. 19. yüzyıla gelindiğinde şirketler bu yapılar arasından öne çıkmaya başlamıştır. Zira şirketler, kişiler arasında ortaklık suretiyle yapılan ticari faaliyetlerin yanı sıra, imtiyazlar yoluyla, bir kamu hizmeti olan ve devlet tarafından yerine getirilmesi gereken demiryolu taşımacılığı, hava gazı dağıtımı, denizde yolcu taşıma ve çeşitli maden işletmeciliği gibi hizmetlerinin görülmesinde doğrudan rol almaya başlamıştır. Bu süreç 20. yüzyıl boyunca yükselen bir ivme ile devam etmiş ve şirketler bir yandan ülkeler içinde büyürken diğer yandan uluslararası bir nitelik kazanmaya başlamıştır.

1980'lerden itibaren dünya ekonomisinde yaşanan değişim ve dönüşüm içerisinde, neoliberal politikalar doğrultusunda ortaya çıkan ve siyasi, ekonomik ve sosyo-kültürel yönleri bulunan süreç küreselleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu süreç içerisinde yer alan çokuluslu şirketler, kuruluş merkezi belirli bir yerde olsa da, yaptıkları işin çeşitliliği ve hacmi ile hitap ettikleri piyasa büyüklüğüne göre dünya genelinde birbiriyle entegre farklı birçok noktayı merkeze alarak faaliyet yürüten kâr amaçlı kuruluşlardır.

19. Yüzyılın sonu ve 20. Yüzyılın başından itibaren yaşanan bilimsel gelişmelerin en önemlisinin bilgi ve iletişim alanında olduğunu söylemek

* Dr., Kırıkkale Üniversitesi.

mümkündür. Bu konuda telefonun ve internetin icadı önemli bir yer tutmaktadır. Bu sayede şirketler, varlıklarına geleneksel mülkiyet unsurları dışında bilgi ve verileri de katmaya başlamıştır. Bunun günümüzde geldiği nokta baş döndürücüdür.

Bu nedenle, 21. Yüzyıla gelindiğinde özellikle teknoloji alanında faaliyette bulunan çok uluslu şirketlerin ekonomik olarak gösterdiği büyüme farklı konuları da gündeme getirmiştir. Zira kişilere, bölgelere, toplumlara, ülkelere ve nihayet her şeye ait bütün işler şirketler tarafından yerine getirilmeye, bütün bilgiler ise bu şirketler tarafından elde edilmeye ve işlenmeye, bu konuda bireysel girişimler ve devletlerin hareket alanı ise gittikçe daralmaya başlamıştır. Bu noktada, literatürde ‘uyum (*compliance*)’¹ olarak adlandırılan işlev, şirketler, şirket organları ve şirketi farklı şekillerde temsil eden çalışanların hukuka uygun davranmasını sağlayacak fonksiyon önem kazanmaya başlamıştır.

Ünlü ekonomi dergisi Forbes’un güncel verilerine göre küresel ölçekte piyasa değeri en yüksek beş şirketin tamamı teknoloji şirkettir². Birkaç ülke dışında Dünya genelinde faaliyet gösteren bu şirketlerin ekonomik gücü her geçen gün artmaktadır. Mevcut IMF raporlarına³ göre bu beş şirketin her birinin ekonomik gücü, yerküre üzerinde Birleşmiş Milletler tarafından tanınan yaklaşık 200 devletin 150’sinin ekonomisinden daha büyük durumdadır. Bu şirketlerin bu denli güçlü ekonomiye sahip olması, rekabet içerisinde oldukları diğer şirketler kadar (ve belki daha çok) faaliyette bulundukları ülkeler için de önem arz etmektedir.

Teknoloji şirketleri, siber uzayın kanunu olarak nitelendirilen⁴ ve teknoloji alanındaki bütün gelişmelerin temeli olan kodun gücü ve etkisi her geçen gün arttıkça insan ve toplum hayatının bütün kademelerine nüfuz eden teknik unsurlar nedeniyle, üzerinde özel olarak durmayı gerektiren şirket türüdür. Teknoloji şirketleri açısından bu sonucun ortaya çıkmasında, devletlerin hakimiyetleri altında mevcut bütün kişi ve kurumlara ait her türlü veriye sahip olmaları, bunları işleyerek büyük bir istihbarat oyuncusu haline gelmeleri yatmaktadır. Bu durum devletlerin egemenlik yetkilerine ve sonuçta bütün insanlığa karşı tehdit oluşturmaktadır.

¹ Tuğçe Nimet Yaşar, Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (*Compliance*), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

²<https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#7dea85d7119c> (Erişim 11.12.2020).

³<https://www.imf.org/en/publications/gfsr> (Erişim 11.12.2020).

⁴ Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York, 2006.

Çalışmada, telekomünikasyon ve veri işleme alanları başta olmak üzere kişilerin özel hayatlarıyla yakından ilgili bilişim sektöründe faaliyette bulunan teknoloji şirketlerinin uyması gereken hukuki düzenlemelerin neler olduğu ve bu düzenlemelere uyumu nasıl sağlayabilecekleri ele alınacaktır.

İlk olarak sosyal medya platformları ile faaliyetlerde bulunan şirketler için getirilen yeni yükümlülüklerle değinmekte fayda görüyoruz. Nitekim Kamuoyunda sosyal medya düzenlemesi olarak bilinen ve 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 31.7.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlandı. Kanunla getirilen yükümlülükleri doğrultusunda belirli şirketler gerekli işlemleri yapmaya başladı. Kaldı ki Türk Ticaret Kanununa göre merkezi Türkiye dışında olan ticari işletmelerin Türkiye’deki şubeleri, için yerleşim yeri Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanması gerekmektedir (TTK 40/4). Çalışmada, bu konuda getirilen düzenlemeler ele alındıktan sonra karşılaştırmalı hukuktan faydalanılması suretiyle Türkiye’nin kendine özgü yapısı göz önünde bulundurularak öneriler getirilecektir.

Sosyal medya düzenlemesinden daha eski ve fakat gerek bu alanda faaliyet yürüten şirketler gerekse belirli kriterleri taşıyan diğer tüm şirketlerin uymakla yükümlü olduğu bir alan daha vardır: Kişisel verilerin korunması uyum süreci⁵. Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması görece yeni bir alandır. 1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklikle kişisel verilerin korunması anayasal hak statüsü kazanmıştır. Anayasada bu hakka ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği öngörülmektedir m. 20. Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) 24.3.2016 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Gerek bu Kanunla gerekse alt düzenleyici işlemlerle şirketlere birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Şirketler, bu yükümlülüklerle uymadıkları takdirde uygulanacak idari yaptırımların yanı sıra şirket yönetici ve temsilcileri için cezai sorumlulukları da gündeme gelmektedir. Çalışmada şirketlerin KVKK uyum süreci bağlamındaki yükümlülükleri ele alınacaktır. Ancak bu konuda esasen, yetkili otorite olarak T.C. Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun şirketlere karşı tutumu ve politikalarına karşı birtakım eleştiriler getirip, belirli önerilerde bulunacağız.

⁵ Lothar Determann, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu-Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uymu*, çev.: Hilal Temel, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Şirketlerin uymaları gereken hukuki kurallar elbette bunlarla sınırlı değildir. Ancak bu çalışmada, özel olarak ana faaliyet konusu kişisel veri olan şirketler bakımından ele alınacaktır.

İnsanların özel hayatlarına doğrudan müdahalede bulunan bu şirketlere karşı, devletlerin kişi hak ve özgürlüklerini koruma ödevlerinin yanı sıra kamu otoritesini sağlama ve haksız rekabeti önleme gibi farklı ödevleri de bulunmaktadır.

Çalışmada, yöntemsel olarak açıklama, yorumlama ve tartışma metodları kullanılacak olup; her konunun sonunda değerlendirmeler yapılarak konu hakkında önerilerde bulunulacaktır.

KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ŞİRKET DIŞINDA GÖREV ALMALARI

Işık Özer*

Sermaye Piyasası Kurulu (SPKr) tarafından kurumsal yönetim ilkelerini belirlemek üzere 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)¹ m. 17'ye dayanılarak en son II.17-1 sayılı “Kurumsal Yönetim Tebliği”² yayımlanmıştır. II.17-1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin dördüncü bölümü yönetim kuruluna ayrılmış; burada yönetim kurulu toplantılarının şekli ve karar alma usulü ile ilgili özel bazı kurallar da getirilmiştir (4. Bölüm/4.4. vd.).

Çalışma konumuzu ilgilendiren 4.4.7. numaralı ilke gereği, “*yönetim kurulu üyesi şirket işleri için yeterli zaman ayırır. Yönetim kurulu üyesinin başka bir şirkette yönetici ya da yönetim kurulu üyesi olması veya başka bir şirkete danışmanlık hizmeti vermesi halinde, söz konusu durumun çıkar çatışmasına yol açmaması ve üyenin şirketteki görevini aksatmaması esastır. Bu kapsamda, üyenin şirket dışında başka görev veya görevler alması belli*

* Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Bkz. 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG.

² Bkz. 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı RG.

kurallara bağlanır veya sınırlandırılır. Yönetim kurulu üyesinin şirket dışında aldığı görevler ve gerekçesi, grup içi ve grup dışı ayrımı yapılmak suretiyle seçiminin görüşüldüğü genel kurul toplantısında seçime ilişkin gündem maddesi ile birlikte pay sahiplerinin bilgisine sunulur” (4. Bölüm/4.4.7.).

Hemen belirtilmelidir ki ilke, yönetim kurulunun toplantı veya karar alma usulüyle ilgili değildir. Bu nedenle ilkeye, “Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli” alt başlıklı bölümde (4. Bölüm/4.4.) değil; “Yönetim Kurulunun Faaliyet Esasları” alt başlıklı kısımda (4. Bölüm/4.2.) yer verilmiş olmalıdır³.

Görüldüğü gibi, 4.4.7. numaralı ilkede yönetim kurulu üyelerinin, işletme konusu bakımından bir ayırım yapılmaksızın, başka bir şirkette yönetici ya da yönetim kurulu üyesi olmalarına yahut başka bir şirkete danışmanlık hizmeti vermelerine ilkede yer alan koşullarla izin verilmiştir. Ancak ilkenin, her şeyden önce Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁴ m. 396 hükmü ile yönetim kurulu üyeleri için öngörülen rekabet yasağı açısından değerlendirilmesi ve yasak kapsamına giren faaliyetler ayırık tutularak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

I. Rekabet Yasağının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

Bilindiği gibi, “yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez” (TTK m. 396/1). Maddede açıkça yasaklanmış olmamakla birlikte doktrinde, üyenin, konusu aynı olan diğer bir şirkette yönetici de olamayacağı kabul edilmektedir⁵. Bu davranış, TTK m. 396’nın ruhuna aykırı düşeceği gibi, yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcu (TTK m. 369/1) ile de bağdaştırılamaz⁶.

Rekabet yasağına aykırı hareketin söz konusu olmaması için üyeye, faaliyet konusu aynı olan diğer bir şirkette yönetici sıfatı kazanabilmek konusunda genel kurul tarafından izin verilmiş olması aranır (TTK m. 396/1). Genel kurul, yönetim kurulu üyesine önceden izin verebileceği gibi sonradan

³ Aynı yönde bkz. **Demir, Erdal**: Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, İstanbul 2013, s. 105.

⁴ Bkz. 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı RG.

⁵ **Çamoğlu, Ersin (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal)**: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019, N. 572; **Aşık, Pınar**: “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 75, Sayı 2017/4, Ankara 2017, s. 184; **Göksoy, Yaşar Can**: “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, s. 674.

⁶ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 572.

icazet de verebilir⁷. İzin, esas sözleşmeyle de öngörülebilir⁸. Bu durumda, esas sözleşmede yer alan rekabet izni, soyut ve genel niteliklidir ve ilgili madde değiştirilmediği sürece seçilen her yeni üye için geçerlidir. Genel kurul tarafından verilen izin ise üyelere yönelik somut ve kişisel bir karardır. Genel kurul üyelerin bazılarına bu izni verip bazılarına vermeyebilir. Eğer genel kurul kararında bir süre belirlenmemişse iznin, kararın alındığı tarihte görevde bulunan veya aynı genel kurulda seçilen üyeler hakkında yönetim kadrosu değişmediği sürece geçerli olduğu söylenebilir⁹.

Kanaatimizce, 4.4.7. numaralı ilkenin de TTK m. 396 ile getirilen rekabet yasağına uygun şekilde yorumlanması ve böylece II.17-1 sayılı Tebliğe tâbi şirketlerde de yönetim kurulu üyelerinin bu yasağı ihlal etmeleri tehlikesinin bertaraf edilmesi gerekir. Bunun için de ilke ile yönetim kurulu üyelerinin yapmalarına izin verilen faaliyetlerin rekabet yasağı kapsamında olup olmadığı belirlenmelidir. Üyelerin başka bir şirkete danışmanlık hizmeti vermeleri, rekabet yasağı kapsamına girmediğinden, böyle bir faaliyette bulunulabilmesi için sadece ilkede belirtilen şartların aranması yeterli sayılabilir. Üyelerin, yönetim kurulu üyesi oldukları şirketten başka bir şirkette yönetici veya yönetim kurulu üyesi olabilmeleri ise ancak farklı bir işletme konusuna sahip şirketlerde mümkündür. Aynı faaliyet dalında çalışan bir şirkette bu görevlerin üstlenilmesi, kural olarak, rekabet yasağına aykırı olur. Dolayısıyla üyelerin işletme konusu aynı olan başka bir şirkette yönetici ya da yönetim kurulu üyesi olabilmeleri, her şeyden önce tâbi oldukları rekabet yasağının kaldırılmış olmasına bağlıdır.

Öte yandan, 4.4.7. numaralı ilkede, yönetim kurulu üyelerinin başka herhangi bir şirkette yönetici ya da yönetim kurulu üyesi olmaları veya başka bir şirkete danışmanlık hizmeti vermeleri imkânı iki şarta bağlanmıştır. Başka şirketlerde üstlenilen bu tür görevlerin, birincisi, şirketle bir “*çıkar çatışması yaratmaması*” ve ikincisi ise “*yönetim kurulu üyesinin şirketteki işlerini aksatmaması*” gerekir. Aranan bu şartlar, aslında yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcunun bir gereği olup, üyelere rekabet izni verilirken dikkate alınması gereken genel nitelikte koşullar olarak kabul edilmelidir. O halde, rekabet izni verilirken, ilkede belirlenen şartlar da göz önünde bulundurulmalı; üyeye,

⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 573; Kırca, İsmail (Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar): Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 695; Aşık, s. 189.

⁸ Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015, N. 12–122a; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 573; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694; Aşık, s. 189.

⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 573a; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694.

şirket işlerini aksatacak kadar iş yükü altına girmeyecek ve şirket için yeterli zaman ayırabilecekse izin verilmelidir.

II. Görev Almalarının Belirli Kurallara Bağlanması veya Sınırlandırılması

4.4.7. numaralı ilke gereği, “...üyenin şirket dışında başka görev veya görevler alması belli kurallara bağlanır veya sınırlandırılır”. Bu imkân, hukuki dayanağını yönetim kurulu üyelerinin sadakat borcundan almaktadır (TTK m. 369/1). Örneğin, üyelerin, aynı faaliyet dalında çalışan rakip şirketlerde hiçbir görev alamayacakları öngörülebilir¹⁰, görev tanımlamaları yapılabilir, danışmanlık hizmetinin kapsamı belirlenebilir veya diğer şirketteki çalışma süresinin belirli bir sınırın altında kalması kaydıyla görev kabul edilebileceği şartı getirilebilir. Tüm bu sınırlandırmaların, yönetim kurulu üyesinin ekonomik özgürlük alanını haksız şekilde risk altına sokmadığı ölçüde geçerli olduğu kanaatindeyiz (Anayasa m. 48).

Yönetim kurulu üyelerinin şirket dışında görev almalarıyla ilgili kural ve sınırlamalar, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile öngörülebilir¹¹. Bu görevlerin rekabet yasağını ihlal edecek nitelikte olması halinde, rekabet yasasına izin veren esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı, aynı zamanda görevlere ilişkin kural ve sınırlandırmalar da getirebilir¹².

Son olarak, bu tip düzenlemelerin TTK m. 375/1/b bendine dayanılarak çıkarılan bir iç yönerge ile yapılıp yapılamayacağı sorusu da akla gelebilir. Bunun için esas sözleşme veya genel kurul kararında ilgili sınırlandırmaların genel hatlarının çizilmesi ve yetkinin açıkça yönetim kuruluna bırakılması gerektiği kanısındayız. Burada, yönetim kurulu tarafından çıkarılan iç yönerge ile üyelerin kendi menfaatlerini ilgilendiren bir konuda düzenleme yapmaları söz konusu olduğundan, bir çıkar çatışması bulunduğu açıktır. Ancak yönetim

¹⁰ *Demir*, getirilecek sınırlama ile yönetim kurulu üyelerinin başka şirketlerde görev almalarının tamamen yasaklanması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, özellikle icrada görevli olmayan üyeler ve bağımsız yönetim kurulu üyeleri bakımından mutlak bir yasak ve tek bir şirkete bağlı kılma yerinde olmaz. Farklı şirketlerde bağımsız yönetim kurulu üyeliği bulunan bir kişi farklı uygulamalara tanıklık eder. Böylece yanlış kabul edilebilecek uygulamaların mukayese yoluyla önüne geçilmesi sağlanarak şirket içinde daha profesyonel bir yönetim anlayışı hâkim kılınabilir. Bkz. *Demir*, s. 104–105. Rekabet yasası kapsamında olmayan görevler için yazarın görüşlerine katılmak mümkündür.

¹¹ *Demir*, bu tip sınırlandırmaların ancak esas sözleşme ile getirilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. *Demir*, s. 104.

¹² *Tekinalp* de TTK m. 396 kapsamında esas sözleşmedeki düzenlemenin veya genel kurul kararının, izni sınırlayıcı, şartlara ya da süreye bağlayıcı yahut genişletir nitelikte olabileceğini belirtmiştir. Bkz. *Tekinalp*, N. 12–122a.

kurulu üyeleri, iç yönerge ile düzenleyebilecekleri bütün konularda olduğu gibi, özen yükümlülüğü ve sadakat borcu ile bağlıdırlar ve bunlara aykırı davranışları sorumluluklarına sebep olur (TTK m. 553 vd.).

III. Alınan Görevlerin Pay Sahiplerinin Bilgisine Sunulması

“Yönetim kurulu üyesinin şirket dışında aldığı görevler ve gerekçesi, grup içi ve grup dışı ayrımı yapılmak suretiyle seçiminin görüşüldüğü genel kurul toplantısında seçime ilişkin gündem maddesi ile birlikte pay sahiplerinin bilgisine sunulur” (4. Bölüm/4.4.7.). Bu ilke, TTK m. 437’de düzenlenen pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarına hizmet eden ve bu hakkın kapsamını genişleten bir niteliği haizdir. Pay sahiplerine genel kurulda bu şekilde bilgi verilmesi, onların pasif bilgi alma hakları içindedir. Zira ilkede, genel kurulda herhangi bir soru sormaksızın pay sahiplerine gerekli açıklamaların yapılması öngörülmüştür. Böylece pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerinin hangi şirketlerde ve hangi görevlerde çalışmakta olduğunu öğrenebilir ve üyelerin seçimi aşamasında bu bilgilere dayanarak daha sağlıklı ve bilinçli kararlar verebilirler¹³.

İlkede belirtilen hususlarda pay sahiplerine bilgi verme görevini, yönetim kurulu üyelerinden herhangi biri yerine getirebilir. Buna göre, genel kurul toplantısında hazır bulunan yönetim kurulu üyesi (TTK m. 407/2), genel kurulda seçime ilişkin gündem maddesi müzakere edildiği sırada pay sahiplerini aydınlatmak yükümlülüğü altındadır.

İlkelerin yönetim kurulu tarafından hazırlanan yıllık faaliyet raporunda bulunması gereken hususların düzenlendiği bölümünde, yıllık faaliyet raporunda “yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin şirket dışında yürüttükleri görevler hakkında bilgiye” de yer verilmesi gerektiği açıklanmıştır (2. Bölüm/2.2.2./a bendi).

¹³ Demir, s. 104.

KAYNAKÇA

Aşık, Pınar: “Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı (TTK m. 396)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 75, Sayı 2017/4, Ankara 2017, s. 163–202.

Demir, Erdal: Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, İstanbul 2013.

Göksoy, Yaşar Can: “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, s. 633–681.

Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019.

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015.

LİMITED ŞİRKETTE REKABET YASAĞININ KAPSAMININ DEĞİŞTİRİLMESİ VE YASAĞIN KALDIRILMASI

Özlem İlbasmış Hızlısoy*

Çalışmamızın konusunu, limited şirket müdürleri (TTK m. 626.2) ve ortakları (TTK m. 613.2, c. 3) bakımından gündeme gelebilecek olan rekabet yasağının kapsamı, bu kapsamın değiştirilmesi (genişletilmesi veya sınırlandırılması) ve yasağın kaldırılması teşkil etmektedir.

Müdürler bakımından rekabet yasağını hükme bağlayan TTK m. 626.2'nin birinci cümlesi gereğince, şirket sözleşmesiyle aksi düzenlenmemiş veya diğer ortakların tamamı yazılı olarak izin vermemişlerse, müdürler şirketle rekabet teşkil eden bir faaliyette bulunamazlar. Hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hükümde müdürlerin rekabet yasağı emredici nitelikte olmamak üzere kanuni bir yasak olarak kabul edilmiştir. O hâlde, müdürlerin rekabet yasağı kanundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla müdürler kural olarak şirketle rekabet edemezler, ancak bu yasak şirket sözleşmesiyle kaldırılabilceği gibi diğer ortaklarının tamamı yazılı izin verilerse müdürler rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunabilirler. Şirket sözleşmesinde ortakların onayı yerine genel kurulun onay kararı öngörülebilecektir (TTK m. 626.2, c. 2). Öte yandan, TTK m. 613.2, c. 3'te şirket sözleşmesiyle ortaklara şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınma zorunluluğu getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Hükmün gerekçesinde de vurgulandığı gibi, ortaklar açısından kanundan doğan değil de şirket sözleşmeyle öngörülebilecek bir

* Dr., Erciyes Üniversitesi.

rekabet yasağı söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, limited şirket ortakları şirket sözleşmesine hüküm konulmak suretiyle rekabet yasağına tâbi tutulabilirler. Ortağın şirket sözleşmesiyle öngörülen rekabet yasağının kaldırılması bakımından ise, TTK m. 613.4, c. 1’de geri kalan ortakların tamamı yazılı şekilde onay verilerse limited şirket ortağının rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca şirket sözleşmesinde bu onay yerine genel kurulun onay kararı öngörülebilecektir (TTK m. 613.4, c. 2).

Çalışmamız açısından önem arz eden diğer bir konu olan limited şirket genel kurulunda yetersayılar bakımından ise esas itibarıyla üç madde hükmünü ele almak gerekir: Birincisi kanun veya şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmediği takdirde genel kurul kararlarının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınacağına ilişkin TTK m. 620.1 hükmü, ikincisi şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmediği takdirde şirket sözleşmesinin esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebileceğini hükme bağlayan ve TTK m. 621’i saklı tutan TTK m. 589.1 hükmü, üçüncüsü ise temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması durumunda alınabilecek bazı genel kurul kararlarını dokuz bent hâlinde sayan TTK m. 621.1 hükmü¹. Konu bakımından vurgulamak gerekir ki, TTK’nın 621. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi uyarınca müdürlerin veya ortakların rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına onay verilmesine ilişkin genel kurul kararları önemli kararlardan olup temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması durumunda alınabilir. Limited şirkette yetersayılara ilişkin yukarıda bahsi geçen üç madde hükmü dışında, şirket sözleşmesi değişikliği niteliğinde genel kurul kararları açısından bir de TTK m. 607.1 hükmüne değinmek gerekir. Şöyle ki, anılan hükümde ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran şirket sözleşmesi değişikliği niteliğindeki genel kurul kararlarının ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabileceği düzenlenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle limited şirkette rekabet yasağı ve bu yasağın kapsamı ele alınacaktır. TTK m. 626.2, c. 1’de müdürlerin şirketle rekabet teşkil eden bir faaliyette bulunamayacaklarının düzenlenmiş olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu hükümde rekabet yasağının kapsamının belirlenmemiş olması karşısında, çalışmamızda evvela limited şirket müdürlerinin rekabet yasağının kapsamı açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda özellikle

¹ Bu konuda ayrıca bkz. TTK m. 621.3.

anılan kapsamın tespitinde şirket sözleşmesinde yer alan işletme konusunun mu yoksa şirketin fiilen iştirak ettiği faaliyetlerin mi esas alınacağı hususunda değerlendirmeler yapılacaktır. TTK m. 626.2'nin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, hükümde -6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan madde 547'den farklı olarak- rekabet yasağına aykılık kazuistik yöntemle tespit edilmemiştir. Gerçekten de 6762 sayılı TTK m. 547, c. 1'de, müdür olan ortağın diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında kendi veya başkası hesabına iş göremeyeceği, başka bir işletmeye sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak, komanditer ortak veya limited şirket ortağı olarak giremeyeceği düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak TTK m. 626.2'nin gerekçesinde, hükmün 6762 sayılı TTK m. 547'de belirtilen durumları ve gereğinde anılan hâller haricinde kalan (dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti gibi) diğer rekabet faaliyetlerini de kapsadığı belirtilmiştir. Öte yandan, yine bir sermaye şirketi olan anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağını düzenleyen TTK m. 396'nın birinci fıkrasının birinci cümlesinde ise, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak olarak giremeyeceği hükme bağlanmıştır². Hâl böyleyken, TTK m. 626.2 hükmünde yasak kapsamında yapılamayacak işlemlerin sayılmamış olması karşısında, çalışmamızda hangi durumların limited şirket müdürlerin rekabet yasağının kapsamına gireceği hususunda değerlendirmeler yapılarak rekabet yasağının dâhilinde olan faaliyetlere göre kapsamı tespit edilecektir.

Ardından, limited şirket ortaklarının rekabet yasağının şirket sözleşmesiyle nasıl öngörülebileceği, ortaklar bakımından rekabet yasağının kuruluşta ilk şirket sözleşmesiyle değil de sonradan şirket sözleşmesi değişikliğiyle getirilmesi durumunda bu değişikliğe ilişkin genel kurul kararının hangi yetersayılarla alınabileceği belirlenecektir. Anılan kararın şirket sözleşmesi değişikliği niteliğinde bir karar olarak TTK m. 589.1'deki yetersayıya mı yoksa TTK m. 607.1'deki yetersayıya mı tâbi tutulması gerektiği sorunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Yine, ortakların rekabet yasağının kapsamının şirket sözleşmesiyle belirlenmesi, belirlenmediği durumlarda kapsamın nasıl belirlenebileceği hususları da çalışmamızda ele alınacak izaha muhtaç konular arasındadır.

² Benzer şekilde kolektif şirket ortağının rekabet yasağını hükme bağlayan TTK m. 230.1'e göre, "[b]ir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez."

Rekabet yasağının kapsamı belirlendikten sonra ise, bu kapsamın değiştirilmesi (genişletilmesi veya sınırlandırılması) üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda müdürlerin rekabet yasağının kapsamının değiştirilip değiştirilemeyeceği veya nasıl değiştirilebileceği incelenecektir. TTK m. 577'nin birinci fıkrasının g bendinde, "*Kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler*"in şirket sözleşmesinde öngörülükleri takdirde bağlayıcı hükümlerden olduğu belirtilmiştir. Limited şirket müdürlerinin rekabet yasağının kuruluşta ilk şirket sözleşmesiyle değil de sonradan şirket sözleşmesi değişikliğiyle genişletilmesinin veya sınırlandırılmasının genel kurulda hangi yetersayılarla karara bağlanabileceği sorunu ele alınacaktır. Yine, limited şirket ortaklarının şirket sözleşmesiyle öngörülmüş rekabet yasağının kapsamının nasıl değiştirilebileceği, bu kapsamın şirket sözleşmesi değişikliğiyle genişletilmesinin veya sınırlandırılmasının genel kurulda hangi yetersayılarla karara bağlanabileceği hususunda da değerlendirmeler yapılacaktır.

Müdürlerin rekabet yasağını pozitif düzenlemeye kavuşturan TTK m. 626.2'nin mehzatını İsvBK m. 812.3'ün ve şirket sözleşmesiyle ortaklar için rekabet yasağı getirilebileceğini düzenleyen TTK m. 613.2, c. 3 hükmünün kaynağını ise İsvBK m. 803.2, c. 3'ün teşkil etmesi nedeniyle, bahsi geçen konularda yapacağımız incelemelerde mehzat hukuk olan İsviçre hukukundaki duruma değinmek de kaçınılmaz olacaktır.

Nihayet rekabet yasağının kaldırılması konusu ele alınacaktır. Müdürlerin rekabet yasağının kaldırılması bağlamında şirket sözleşmesiyle rekabet yasağının kaldırılması, diğer ortaklarının tamamının yazılı izniyle veya -şirket sözleşmesinde ortakların izni yerine genel kurulun onay kararı öngörüldüğü takdirde- genel kurulun onay kararıyla müdürlerin şirketle rekabet teşkil eden faaliyette bulunabilmeleri incelenecektir. Bu kapsamda özellikle rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği kararının, diğer ortakların tamamının yazılı izni yerine genel kurulun onay kararının öngörülmesine yönelik şirket sözleşmesi değişikliği kararının ve şirket sözleşmesinde anılan izin yerine genel kurulun onay kararının öngörülmesi durumunda onay kararının genel kurulda hangi yetersayılarla alınabileceği sorunları mercek altına alınacaktır. Rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği kararı ve diğer ortakların tamamının yazılı izni yerine genel kurulun onay kararının öngörülmesine yönelik şirket sözleşmesi değişikliği kararı için TTK m. 589.1 ve TTK m. 621.1'deki yetersayılardan hangisinin uygulanacağı konusunda tereddüt edilebilir. Bu hususta örneğin şirket sözleşmesiyle rekabet yasağının kaldırılması ele alınacak olursa, rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin karar bir genel kurul kararıdır, ancak şirket sözleşmesi değişikliği niteliğinde bir genel kurul kararıdır. Anılan karar açısından şirket sözleşmesinin

esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebileceğini düzenleyen TTK m. 589.1 hükmünü mü yoksa bu kararla neticede müdürlerin rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına izin verilmiş olacağı için bu kararı önemli karar olarak kabul edip TTK m. 621.1'deki yetersayıyı mı uygulamak gerektiği sorunu, mehzaz hukuktaki duruma da değinilmek suretiyle tartışılıp çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Ortağın şirket sözleşmesiyle öngörülmüş rekabet yasağının kaldırılması bağlamında ise, önce şirket sözleşmesinin ortaklar için rekabet yasağı öngören hükmünün sözleşmeden çıkarılması yönündeki genel kurul kararı için hangi yetersayının gerekli olduğu konusu üzerinde durulacaktır. Ayrıca ortağın rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunabilmesi bakımından gerekli olan geri kalan ortakların tamamının yazılı izni (TTK m. 613.4, c. 1) ve bu izin yerine şirket sözleşmesiyle öngörülebilecek genel kurulun onay kararı (TTK m. 613.4, c. 2) hususlarında açıklamalar yapılacaktır. Bu bağlamda özellikle anılan iznin yerine genel kurulun onay kararının öngörülmesine ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği niteliğindeki genel kurul kararı bakımından gerekli yetersayının ne olduğu, yine bu izin yerine şirket sözleşmesinde genel kurulun onay kararının öngörülmesi durumunda genel kurulun onay kararının hangi yetersayılarla alınması gerektiği meseleleri mehzaz hukuktaki değerlendirmelere de yer vermek suretiyle ele alınacaktır.

LİMİTED ŞİRKETTE ORTAĞIN ÇIKMA HAKKI VE AYRILMA AKÇESİ

Selen Serder Karaağaç*

Eski Türk Ticaret Kanunu'ndaki (eTTK) limited şirkete ilişkin hükümler, limited şirketin şahıs ve sermaye şirketlerinin özelliklerini bünyesinde barındıran karma tipte bir şirket olduğunu göstermekteydi. Limited şirket ortağının şirketten çıkması ve çıkarılmasını düzenleyen eTTK madde 551 ise, limited şirketin şahıs şirketlerine özgü özellikleri olduğunu ortaya koyan maddelerden biriydi. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 124/2'de ise artık limited şirketin bir sermaye şirketi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak bir sermaye şirketi olmasına rağmen hala limited şirketler bakımından, bir şahıs şirketi özelliği olan ortağın çıkması ve çıkarılması hususu TTK'da varlığını korumaktadır. Üstelik TTK bu konuyu, eTTK ile kıyaslandığında daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Bu düzenlemeler uygulamada yaşanan sıkıntıları gidermek amacıyla yapılmış olmakla birlikte yeni sıkıntılar ortaya çıkarabilecek niteliktedirler. Çalışmamızda özellikle limited şirket ortağının çıkma hakkını kullanması ve ayrılma akçesinin kendisine ödenmesi konularında, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulacaktır.

Limited şirkette bir ortağın şirketten çıkması/çıkma hakkını kullanması, kendi iradesiyle şirketle olan ortaklık ilişkisini sonlandırması anlamını taşımaktadır. TTK m. 638 ve 639. değerlendirildiğinde, ortağın çıkma hakkını üç farklı şekilde kullanabileceği görülür. İlk olarak ortak, şirket sözleşmesinde bu hak kendisine tanınmışsa, çıkma hakkını kullanabilir. Şirket sözleşmesinde

* Dr., Çağ Üniversitesi.

ortaklara çıkma hakkı tanınırken, bu hakkın kullanımının birtakım şartlara bağlanması da mümkündür. Şirket sözleşmesinde ne tür şartların belirlenebileceği, bunların sınırları ve şartlar belirlenirken gözetilmesi gereken ilkeler önem taşıyan hususlardır. Özellikle çıkma nedenlerine “haklı sebep” başlığı altında şirket sözleşmesinde yer verilmesinin yaratacağı sonuçlar üzerinde durulmalıdır. Bunun yanı sıra ortağın çıkma hakkını kullanma şeklinin de şirket sözleşmesinde düzenlenmesi, bu hakkın kullanımının kolaylaştırılması bakımından önemlidir.

Limited şirketle ortaklık ilişkisini sonlandırmak isteyen ortağın başvurabileceği bir diğer yol, haklı sebeplerin varlığı halinde çıkma hakkını kullanmak üzere TTK m. 638/2 uyarınca dava açmaktır. Limited şirket ortağının bu hakkı kanuna dayanmaktadır. Bu nedenle şirket sözleşmesinde haklı sebeple çıkma hakkına yer verilmesine gerek yoktur. Haklı sebeple kavramı kanunda tanımlanmadığı için bu hakkın dava yoluyla kullanılması, haklı sebebin mahkeme tarafından değerlendirilmesi imkanını yarattığından yerinde bir düzenlemedir. Ancak doktrinde haklı sebeplerin varlığı halinde ortağın dava açmak yerine, şirkete bildirimde bulunarak çıkma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir. Bu durum özellikle şirket sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkının tanınmadığı hallerde önem kazanmaktadır.

Limited şirketten kendi iradesiyle ayrılmak isteyen ortağın TTK’den kaynaklanan bir diğer imkânı, çıkmaya katılma hakkını kullanmaktır. TTK m. 639’da bu hakkın kullanımı ön koşula bağlanmıştır. Çıkmaya katılma hakkının kullanılabilmesi için ortaklardan biri şirket sözleşmesinden kaynaklanan çıkma hakkını kullanmış ya da haklı sebeplere dayanarak çıkma davası açmış olmalıdır. Ortaklardan birinin çıkma hakkını kullandığı, müdür ya da müdürler tarafından diğer ortaklara gecikmeksizin bildirilmelidir. Ancak TTK’da bu bildirimin ortaklara nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. Çıkmaya katılma hakkı, TTK m. 639/2 uyarınca süreye bağlı bir hak olduğundan, müdür ya da müdürlerin yapacağı bildirimin şekli bu noktada önemlidir. Bu nedenle limited şirket müdür ya da müdürlerinin bu bildirimini tüm ortaklara ulaşacak şekilde ne zaman ve hangi şekilde yapmaları gerektiği belirlenmelidir. Çıkmaya katılma hakkını kullanmak isteyen ortak, bunu müdürlere bildirebileceği gibi açacağı bir davayla da çıkma davasına katılabilir. Çıkmaya katılma hakkını kullanmak isteyen ortağın/ortakların sebepleri ile çıkma hakkını kullanan ortağın sebeplerinin aynı olması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Nitekim madde gerekçesinde de bu tartışmaların yargı kararları ve öğretiye bıraktığı belirtilmiştir.

Limited şirket ortağının şirketten ayrılmasının en önemli sonucu, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini isteme hakkının doğmasıdır. Kanunda “gerçek değerine uyan” ifadesi tanımlanmamakla birlikte en azından “bilanço değerini” ifade ettiği TTK m. 641/1’in gerekçesinde belirtilmiştir. Ayrıca gerekçede bu kavramın yorumunun yargı kararları ve öğretiye bırakıldığı ifade edilmiştir.

TTK m. 641/2 uyarınca ortağın çıkma hakkı şirket sözleşmesinde özel bir şekilde düzenlenmişse, buna bağlı olarak ayrılma akçesinin ödenmesi hususunda kanundaki düzenlemelerden farklı bir sistemin benimsenmesi de mümkündür. Ancak fıkra gerekçesinde, şirket sözleşmesiyle yapılacak bu düzenlemelerin genel hukuk ilkeleriyle sınırlı olduğuna vurgu yapılmıştır.

Çıkma hakkını kullanan ortağa ödenecek ayrılma akçesinin ne zaman muaccel olacağına ilişkin eTTK’da herhangi bir hüküm yer almamaktaydı. TTK m. 642’de bu hususta bir düzenleme yapılarak kanundaki boşluk doldurulmuştur. Bu düzenlemeyle, ayrılma akçesinin ayrılmayla birlikte muaccel olması birtakım şartlara bağlanmıştır. Buna göre şirket kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa, ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa veya esas sermaye ilgili hükümlere göre azaltılmışsa, ayrılma akçesi muaccel olur. Esas sermaye payı devredilemiyorsa, şirketin kullanılabilir özkaynakları ayrılma akçesini karşılamaya yetmiyorsa ve ayrılma akçesinin karşılanması için sermaye azaltma yoluna gidilecekse, bu azaltma ile asgari sermaye miktarının altına inilmesi mümkün değildir. Ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturur. Bu alacak yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespiti ile muaccel hale gelir. Eğer limited şirketin kullanılabilir özkaynağı yoksa, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmının ne zaman muaccel olacağı belirsizdir. Bu durum ise uygulamada birtakım sıkıntılara yol açması sebebiyle önem taşımaktadır.

Yukarıda belirtilen hususların açıklanması ve uygulamada yaşanabilecek sıkıntıların ortaya konulması maksadıyla çalışmamızın ilk kısmında “limited şirket ortağının ortak sıfatının sona erdiği haller” genel olarak belirtildikten sonra, ikinci kısımda “ortağın çıkma hakkı” ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu kısımda ilk olarak haklı sebeple çıkma hakkı, hukuki niteliği, haklı sebep kavramı, haklı sebeple çıkma hakkının kullanılması ve çıkma davası üzerinde durulacaktır. İkinci olarak ortağın sözleşmeden doğan çıkma hakkı, bu hakkın şirket sözleşmesinde düzenleniş biçimi ile bu sözleşmeden doğan çıkma hakkının tek taraflı irade beyanı ile ya da şarta veya sebebe bağlı olarak kullanılması ele alınacaktır. Bu kısımda son olarak ortağın çıkmaya katılma hakkı, bu hakkın doğumu ve kullanılması bakımından açıklanacaktır. Çalışmamızın

üçüncü ve son kısmında ortağın limited şirketten çıkmasının sonuçları belirtildikten sonra, ayrılma akçesi kavramı ve ayrılma akçesinin hesaplanması üzerinde durulacaktır. Ayrılma akçesinin muaccel olması ve ödenmesi şartları, mevcut düzenlemeler ışığında yaşanan sıkıntılar da dikkate alınarak açıklanacaktır. Son olarak ise ayrılma akçesinin ödenememesi ve bunun yaratacağı sonuçlar ele alınacaktır.

KAYNAKÇA

- Açıklalın, Duygu**, Limited Şirkette Çıkma Hakkı, Ankara 2019.
- Altaş, Soner**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler, 8. Bs., Ankara 2017.
- Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 14. Bs., İstanbul 2020.
- Baştuğ, İrfan**, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması, İzmir 1966.
- Cenkci, Esra**, "Çıkan Ya Da Çıkarılan Limited Şirket Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)", Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 4, 2018, s. 1-50.
- Çakır, Ayşe**, "İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 36, 2018, s. 241-263.
- Çamoğlu, Ersin**, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul 2020.
- Çamoğlu, Ersin**, Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, İstanbul 1976.
- Çamoğlu, Ersin**, "Limited Şirketten Çıkma-I", Yaklaşım Dergisi, 2014 (a), S. 253, s. 255-263.
- Çamoğlu, Ersin**, "Limited Şirketten Çıkma-II", Yaklaşım Dergisi, 2014 (b), S. 254, s. 247-252.
- Çebi, Hakan**, Limited Şirketler Hukuku, Ankara 2019.
- Daloğlu Özdoğan, Tuğba**, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma, İstanbul 2020.
- Develi, Bilge**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 443-489.

- Doğanay, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2004.
- Erdil, Engin**, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 2. Bs., İstanbul 2010.
- Gözüyeşil, Fevzi Fırat**, “Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 663-681.
- Gürpınar, Bünyamin**, “Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 77,79.
- Mineliler, Zeynep**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerin Haklı Sebep Feshi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S. 3, s. 95-117.
- Öztürk Dirikkan, Hanife**, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, Ankara 2005.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku-II, 14. Bs., İstanbul 2019.
- Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 3. Bs., Ankara 2020.
- Sidim, Muhammet Furkan**, Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma, Ankara 2021.
- Şahin, Ayşe**, “Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Ortaklıklarda Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 175-210.
- Şahin, Ayşe**, “Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 851-858.
- Şener, Oruç Hami**, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.
- Şener, Oruç Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bs., Ankara 2015.
- Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bs., İstanbul 2015.
- Tekinalp, Ünal**, “Çıkmaya Katılma”, Arslanlı Bilim Arşivi, <http://arslanlibi-limarsivi.com/sites/default/files/makale/UnalTekinalp-CikmayaKatilma.pdf>, Yayın tarihi: 13.12.2011.
- Taşdelen, Nihat**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

LİMİTED ŞİRKET ALACAKLISI İLE SERMAYE KOYMA BORCUNU İFA ETMEYEN ORTAK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Nihal Koşer*

Sermaye şirketlerinde sınırlı sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bir sermaye şirketi olan limited şirket bakımından bu ilkeye ilişkin başlıca düzenlemeler; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 573/2 ile 602. maddeleridir. TTK m. 573/2 uyarınca; ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. TTK'nın 602. maddesinde de şirketin, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre sınırlı sorumluluk ilkesinin; limited şirket, şirket ortakları ve alacaklıları bakımından bir takım önemli sonuçları bulunmaktadır.

Öncelikle limited şirket, sahip olduğu tüzel kişilik dolayısıyla (TTK m. 125) şirket borçlarından birinci dereceden, tüm malvarlığıyla ve sınırsız olarak sorumludur. Dolayısıyla gerçek anlamda sınır; ortaklar ve alacaklılar için öngörülmektedir. Limited şirket ortakları, şirkete karşı ve yalnız taahhüt ettikleri sermaye ile şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumludur. Pay sahibinin bu borç ve yükümlülüklerini ifa etmemesi şirket içi sorumluluk doğurmaktadır. Şirket yetkili organları, ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesine yönelik dava açma hakkına sahip olup, bu kapsamda temerrüt faizi ve gecikme sebebiyle

* Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi.

uğranılan zararın tazminini ya da ortağın şirketten ıskatını isteyebilir (TTK m. 127-128, TTK m. 585'in atfıyla; anonim şirkete ilişkin m. 482-483).

Limited şirket alacaklıları bakımından sınır ise; alacağın tahsil edilebileceği değer ve kişi bakımından ayrı ayrı anlamlar ifade etmektedir. Şöyle ki; alacaklılar, kamu alacağı niteliği taşımayan alacaklar söz konusu ise yalnız şirket malvarlığına başvurabilme imkanına sahiptir. Diğer bir ifadeyle özel huktan doğan bir alacak söz konusu ise alacaklıların pay sahiplerine ve onların şahsi malvarlığına başvuru imkânı bulunmamaktadır. Zira sorumlu olan ortaklar değil, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan limited şirkettir.

Şirketin alacaklıları, şirketin temerrüde düşmesi ve bu doğrultuda yapılan icra takibinin kesinleşmesi halinde, şirkete borçlu olan üçüncü kişilere karşı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 89. maddesi uyarınca başvurabilmektedirler. Bu kapsamda şirkete sermaye koyma borcunu ifa etmemiş ve şirkete borçlu olan ortağın konumu doktrinde uzun süre tartışılmıştır.

Temel sorun; İİK'nın alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkındaki 89. maddesi uyarınca borçlu şirket ortağına haciz ihbarnamesi gönderilebilecek midir? Yüksek Mahkeme ve doktrindeki birçok görüş; ortağın şahsi borçları bakımından bu soruyu olumlu cevaplamakla birlikte, yalnız sermaye koyma borcunu ifa etmeyen ortağa karşı böyle bir imkanın bulunmadığını belirtmekteydi. Buna göre ortağın sermaye koyma borcu iç ilişkiden kaynaklanmakta olup, ifa edilmemesi yalnız şirkete karşı sorumluluk doğurmaktadır. TTK'nın 329. maddesinin ikinci fıkrasında pay sahibinin sermaye koyma borcu bakımından sadece şirkete sorumlu olduğunu belirten açık hüküm de bu görüşleri desteklemek için dayanak gösterilmekteydi. Bununla birlikte doktrinde, İİK m. 89 bakımından limited şirket ortağının sermaye koyma borcuna ilişkin bir istisna yaratılamayacağını; mehzaz hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları dikkate alındığında bu borcun da haczettirilebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktaydı.

Bu görüş ayrılığı Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına yansımıştır. Öyle ki; Yüksek Mahkeme 2016 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararı ile sermaye koyma borcunu ifa etmemiş şirket ortağının borcuna karşılık haciz ihbarnamesi gönderilebileceğini kabul etmiştir. Anılan kararda bu husus; *"Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; şirket ortağının, İİK'nun 89. maddesi uyarınca, borçlu şirket yönünden üçüncü kişi sayılıp sayılamayacağı, buradan varılacak sonuca göre şirket ortağına haciz ihbarnamesi gönderilip gönderilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.*

Limited şirketlerde, şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine sermaye koyma borcu olması, şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir. Şirket ortağı, şirket tüzel kişiliğine karşı üçüncü kişi konumundadır. Şirket borçlarından dolayı kural olarak ortaklık tüzel kişiliğinin sorumlu olması, ortağın, ortaklık tüzel kişiliğine göre üçüncü kişi sayılıp sayılmaması ile ilgili değildir. Ortak, şirket tüzel kişiliğine göre üçüncü kişidir ve ortaklığın, ortaklardan alacağının bulunması halinde, şirket alacaklıları, şirket ortağına bu alacaklar için üçüncü kişi sıfatıyla haciz ihbarnamesi gönderebilir.

Şikayetçi, dava dışı borçlu Ltd. Şti.'nin ortağı olduğu sabit olduğundan şirket tüzel kişiliğinin, şirket ortağından mal, hak ve sermaye alacağı ile diğer alacaklarının bulunması halinde, bu alacak kalemleri, şirketin şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflâs Kanunu 89. maddesi uyarınca haczedilebilir. Şikayete konu olayda şirket ortağının şirket tüzel kişiliğine karşı üçüncü kişi konumunda bulunması sebebiyle bu hacze yönelik şikayetin reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır” şeklinde belirtilmiştir (Yargıtay HGK. 11.05.2016 tarih, E. 2014/12-1078, K. 2016/600). Ardından Yargıtay 12. Hukuk Dairesi benzer bir başka uyuşmazlıkta, anılan Hukuk Genel Kurulu kararını dayanak göstermek suretiyle; “Kural olarak, borçlunun her türlü mal ve hakkı haczedilebilir. Haczedilmezlik için İcra ve İflas Kanununda veya özel kanununda açık hüküm bulunması zorunludur...Şirket ortağı, ortağı olduğu şirket tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olup, Türk Medeni Kanunu anlamında gerçek kişi olduğundan şirkete göre üçüncü kişi sayılır...Dairemizin değişen içtihadına göre; şirket ortağı, borçlu şirket bakımından üçüncü kişi sayılacağından, şirket ortağı olan şikayetçiye 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmadığı” sonucuna varmıştır (Yargıtay 12. HD. 13.6.2017, E. 2016/16888, K. 2017/9219).

Yüksek Mahkeme'nin bu kararları, doktrindeki farklı görüşler de dikkate alındığında, birden çok hususta tartışma konusu doğurmuştur. İlk olarak bu kararlarda limited şirket ortağının, İİK'nın 89. maddesi anlamında “üçüncü şahıs” kabul edilmesinin, sermaye şirketlerinde geçerli sınırlı sorumluluk ilkesinden bağımsız olduğu, ortağın şirket borçlarından dolayı sorumluluğunun artırılmadığı şeklinde bir değerlendirilme yapıldığı üzerinde durulmuştur. Ayrıca hangi durum ve koşullarda limited şirket alacaklısının bu hükmeye başvurabileceğine ilişkin bir sınır çizilmediğine dikkat çekilmiştir. Alacaklının gerçekten de ortağın şirkete olan tüm borçlarını haczettirme hakkı olduğu kabul edilebilecek midir? Bu noktada diğer alacaklıların konumu, şirketin

içerisinde bulunduğu mali durum, ortak sayısı gibi unsurların bu hakka etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Tüm bu hususların değerlendirilebilmesi adına çalışmada öncelikle TTK'nın sermaye şirketleri bakımından sınırlı sorumluluk ilkesini öngören hükümleri ile İİK'nın 89. maddesinin üzerinde durulacaktır. İlgili hükümlerin düzenleme konu ve amaçları mehz İsviçre ve Alman hukukuyla karşılaştırılmalı olarak incelenecektir. Ardından uygulama ve doktrindeki görüşlere yer verilerek; limited şirket alacaklısının, borçlu şirket ortağına karşı haciz ihbarnamesi gönderme hakkına sahip olmasının sonuçları ele alınacaktır. Bu doğrultuda hangi durum ve koşullarda böyle bir uygulamaya izin verilebileceğine ilişkin belirlemelerde bulunmaya çalışılacaktır. Son olarak, konuya ilişkin tartışılan hususların çözümü adına TTK'nın ilgili hükümlerinde yapılabilecek değişiklik önerilerine yer verilecektir.

LİMITED ŞİRKETLERDE GENEL KURUL TOPLANTISI

Seda Seyman*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile genel olarak şirketler hukukunda, özel olarak ise limited şirketler hukuku alanında kapsamlı yenilikler getirilmiş ve getirilen bu yenilikler limited şirketleri ve limited şirket genel kurulunu yakından incelemeyi gerektirmiştir. 6762 Sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun 503 ilâ 556’ıncı maddeleri arasında düzenlenen limited şirket genel kurulu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 616 ilâ 622’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan düzenlemelerde, limited şirketler bakımından “Genel Kurul” ve “Müdürler” olmak üzere kanunen iki zorunlu organ öngörülmüştür. Denetim bakımından ise Türk Ticaret Kanunu’nun 635’inci maddesinde yer alan düzenlemede anonim şirkette denetçiye ilişkin hükümlerin limited şirkete de uygulanacağı belirtildiğinden dolayı denetçiler, limited şirketin organı değildir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde limited şirket döneminden farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na ortak sayısından kaynaklanan farklılıklar alınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu’nda getirilen düzenlemeler ile kanunda öngörülen bazı konulara münhasır olmak kaydıyla anonim şirket genel kurullarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

* Dr., Uluslararası Fırat Üniversitesi.

6762 sayılı Kanunda düzenlendiği gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da genel kurul ile müdürler arasında bir işlevler ayrılığı ilkesi¹ kabul edilmiş ve organlar arasında altlık-üstlük ilişkisinin söz konusu olmadığı da hükmün gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir². Limited şirket genel kurulu temel kararların alındığı bir karar organ³ ve kurul organ⁴ niteliğini haizdir. 6102

¹ Limited şirkette işlevler ayrılığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 2. Baskı, Ankara, 2014, §62-N. 3 vd.; **PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara, 2020, §37-N. 2. Türk Ticaret Kanunu'nun 625'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan müdürlerin bazı hususları genel kurulun onayına sunmaları gerekliliğine ilişkin düzenlemenin işlevler ayrılığı ilkesine önemli bir taviz verdiği ve bu nedenle de mutlak işlevler ayrılığı değil nisbi işlevler ayrılığının olduğu yönünde bkz. **AKBAY**, Direnç, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre, Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İstanbul, 2010, s. 29.

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Gerekçesinde tasarıda genel kurul ile yönetim arasındaki işlev ayrılığı belirginleştirildiği ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda benimsenen özden yönetim ilkesi yerine, seçilmiş yönetim düzeninin kabul edildiği ifade edilmiştir. TTK 616'ıncı madde gerekçesine göre ise "...Organlararası altlık üstlük anlayışını reddeden 6762 sayılı Kanun ve Tasarı genel kurul için üst organ sıfatını kullanmayarak işlevler ayrımı ilkesinde İsv. BK'ya nazaran daha nettir. Gerçi İsviçre öğretisinde üst organ sıfatının işlevler ayrımını bertaraf etmediği açıklanır." *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından genel kurulun diğer organlara nazaran bir takım üstünlükleri bulunmasına rağmen, ortaklar genel kurulunun, ortak sayısı yirmiden fazla olan limited şirketlerde organları seçmeleri, ibra, hesaplar, yıllık raporlar ve kar dağıtımları ile ilgili önerilere ilişkin kararlar almaları, müdürleri seçme yetkisine sahip bulunmalarının genel kurulun üstünlüğünü göstermediğini, yönetim ve temsil arasındaki ayrımın görev ayrımı olduğunu, Türk Ticaret Kanunu'nda ortaklar genel kurulunun üst organ niteliğinde olmadığını, iki orga arasında herhangi bir altlık-üstlük ilişkisinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir (**POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Basım, İstanbul, 2009, N. 1711). *Çamoğlu*, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda işlevler ayrılığı kabul edildiğinden dolayı, hem anonim şirketler hem de limited şirketler bakımından genel kurulun üst organ olduğu görüşünün terk edildiği, organlar arasında ast-üst ilişkisinin değil, işlev temeline dayalı yetki bölüşümünün kabul edildiğini ifade etmiştir. (**POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, Cilt II, 13. Bası, İstanbul, 2017, N. 1710a) Aynı yönde *Tekil'e* göre organlar arasında tam bir fonksiyon ayrılığı söz konusu olup, herhangi bir organın üstünlüğünden söz edilemediğinden dolayı, üstün organ teorisinin reddedilmesi gerekir (**TEKİL**, Fahiman: Şirketler Hukuku, C. III, Limited Şirketler ve Kooperatifler, İstanbul, 1974, s. 35-36. Aynı yönde bkz. **AKBAY**, s. 21 vd. Aksi yönde bkz. **HIRSCH**, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, İkinci Bası, İstanbul, 1946, s. 288; **ARSLANLI**, Halil: Anonim Şirketler II-III; Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960, s. 2-7; **ANSAY**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1968, s. 135; **İMRE-GÜN**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 99; **PULAŞLI**, Şerh, §62-N. 4.

³ Karar organı hakkında bkz. **AKÜNAL**, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s. 37; **ÖZTAN**, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 95; **ÖZSUNAY**, s. 73; **ÇAMOĞLU/POROY/TEKİNALP**, C. II, N. 1711.

⁴ Kurul organı hakkında ayrıca bkz. **AKÜNAL**, s. 37; **ÖZTAN**, s. 100.

sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen en önemli değişikliklerden birisi de tek kişilik limited şirket olduğundan, tek kişilik limited şirketlerde genel kurulun fert organ niteliğini taşıyıp taşımadığı hususu tartışılabilirse de Türk Ticaret Kanunu'nun 616'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, tek ortaklı limited şirketlerde ortağın genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğu belirtilerek bu hususta tereddüt yaşanması önlenmiş ve limited şirket tek kişiden ibaret olsa dahi bir genel kurulun varlığının kabulünün gerektiği ifade edilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da genel kurula ilişkin olarak getirilen düzenlemelerle birlikte limited şirketler daha kurumsal bir yapıya kavuşturulmuş olsa da bu düzenlemelerin bir kısmı doktrinde çeşitli yönleri ile eleştirilmektedir. Bu kapsamda, genel kurulun devredilmez yetkilerini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 616'ncı maddesinin birinci fıkrasının j bendinde herhangi bir konu sınırlaması olmaksızın şirket sözleşmesiyle yetkilendirilmek kaydıyla her hususun, genel kurulun devredilmez yetkilerinden olacağının kararlaştırılması mümkün iken; aynı hükmün ikinci fıkrasında ise sadece sayılan 6 bentte yer alan konular bakımından şirket sözleşmesi ile genel kurula devredilmez yetkiler tanınabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle de hükmün mehzaz kanunda yer alan düzenlemeye uygun olarak şirket sözleşmesinde öngörülecek her yetkinin, diğer organların devredilmez yetkilerine müdahale etmemek kaydıyla, genel kurula devredilmez bir yetki olarak verilebileceği ve Türk Ticaret Kanunu'nun 616'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan konu sınırlamasının isabetli olmadığı doktrinde ifade edilmektedir⁵.

Limited şirket genel kuruluna ilişkin değinilmesi gereken bir konu genel kurul toplantıya çağrıya ilişkin düzenlemelerdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Ticaret Kanunu'nun 617'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca limited şirket genel kurul toplantısına çağrı hakkında anonim şirket hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden dolayı Türk Ticaret Kanunu'nun 410 vd. hükümlerinin incelenmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 411'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemede azınlığın müracaatının adi yazılı şekle tabi olduğu anlaşılırken, aynı düzenlemenin üçüncü fıkrasında istemin noter aracılığıyla yapılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce, hükmün ilk fıkrasında yer alan yazılı ifadesinin kaldırılarak düzeltilmesinin ve hükmün üçüncü fıkrasında belirtilen noter aracılığıyla yapılacak istemin yazılılık şartını da içinde barındırmaktadır⁶. Türk Ticaret Kanunu'nun

⁵ ERDOĞAN, s. 43.

⁶ ERDOĞAN, s. 55. Akbay, Türk Ticaret Kanunu'nun 411'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan adi yazılı şekle ilişkin düzenlemenin madde hükmünden çıkarılmasının isabetli olduğu kanaatindedir (AKBAY, s. 43).

411'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca müdürlerin, azlığın çağrı talebini kabul etmeleri ve fakat çağrıyı gerçekleştirilmeleri halinde çağrının istem sahibi azınlık tarafından yapılması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme azınlık ile ortaklık arasında ihtilaflara sebep olabileceğinden dolayı kanaatimizce hükme müdürler tarafından genel kurul toplantısına çağrının gerçekleştirilmemesi halinde azınlık ortakların mahkemeye müracaat etmeleri gerektiğine yönelik bir düzenleme getirilmesi isabetli olacaktır⁷. Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise limited şirket olağanüstü genel kurul toplantısıdır. Limited şirket olağanüstü genel kurul toplantısı, Türk Ticaret Kanunu'nun 617'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, "... Şirket sözleşmesi uyarınca ve gerektiğinde genel kurul olağanüstü toplantıya çağrılır..." ifadesi yer almaktadır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 538'inci maddesinin birinci fıkrasında ise "...genel kurul şirket mukavelesi hükümlerince veya şirketin menfaatleri gerektirdiğinde dahi çağrılır..." düzenlemesi mevcuttur. Yürürlükteki kanunun 617'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca olağanüstü toplantı sebebi şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olmalı ve olağanüstü toplantı yapılması gerekmektedir. Madde hükmünde kullanılan "ve" bağlacı kanaatimizce "veya" olmalıdır. Zira, olağanüstü genel kurul toplantı toplantısının yapılmasına ilişkin sebebinin hem limited şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olması hem de limited şirket için gerekli olması şartlarının birlikte gerçekleşmesinin beklenmesi durumu, olağanüstü genel kurul toplantılarının özüne aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde, limited şirket sözleşmesinde yer almasa dahi gerekli olduğu takdirde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılabileceği ifade edilmektedir⁸.

Belirtilen hususlar dışında da limited şirket genel kurul toplantıya çağrı süresine, genel kurul toplantısının yürütülmesine ve karar yeter sayılarına ilişkin mevcut kanuni düzenlemelere doktrinde ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak incelenmesi gerekir. Çalışmamızda, limited şirket genel kuruluna ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 616 vd. hükümlerinde getirilen hükümler, 6762 sayılı kanunda yer alan düzenlemeler ve doktrinde ileri sürülen görüşlerle birlikte ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

⁷ AKBAY, s. 47; ERDOĞAN, s. 56.

⁸ YILDIZ, Şükrü: Limited Şirketler Hukuku, Denizli, 2007, s. 444; PULAŞLI, Şerh, §62-N. 21; ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 3034; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013, s. 656.

KAYNAKÇA

- AKBAY, Direnç:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İstanbul, 2010.
- AKÜNAL, Teoman:** Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1968.
- ARSLANLI, Halil:** Anonim Şirketler II-III; Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan:** Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013.
- ERDOĞAN, Abdullah:** "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3, s. 39-60.
- ERİŞ, Gönen:** Ticari İşletme ve Şirketler, C. III, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- HIRSCH, Ernst:** Ticaret Hukuku Dersleri, İkinci Bası, İstanbul, 1946.
- İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, 1989.
- ÖZTAN, Bilge:** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Basım, İstanbul, 2009.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku, Cilt II, 13. Bası, İstanbul, 2017. (Anılış: C. II)
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11. Basım, İstanbul, 2009. (Anılış: Ortaklıklar)
- PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara, 2020. (Anılış: Genel Esaslar)
- PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014. (Anılış: Şerh)
- TEKİL, Fahiman:** Şirketler Hukuku; C. III, Limited Şirketler ve Kooperatifler, İstanbul, 1974.
- YILDIZ, Şükrü:** Limited Şirketler Hukuku, Denizli, 2007.

TÜRK TİCARET KANUNU’NUN, LİMİTED ŞİRKET GENEL KURULUNDA ALINACAK ÖNEMLİ KARARLARDA GEREKLİ YETERSAYILARIN DÜZENLENDİĞİ 621. MADDESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Umut Akdeniz*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “önemli kararlar” başlığını taşıyan 621. maddesinin ilk fıkrasında, 9 bent halinde sayılan konulara ilişkin genel kurul kararlarının, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde iki ayrı yetersayı öngörüldüğünden, incelemenin de buna uygun olarak ikiye ayrılarak yapılması gerekir¹. Buna göre, öncelikle ilk yetersayı bakımından, hükümde kullanılan “*temsil edilen oyların*” ifadesinin farklı şekillerde anlaşılmaya müsait bir biçimde kaleme alındığını belirtmeliyiz². Zira olağan kararlara ilişkin “*toplantıda temsil edilen oyların*” ifadesinin kullanıldığı TTK’nın 620. maddesinden farklı olarak, 621. maddedeki ifadede, toplantıda temsil edilenlerin mi yoksa

* Dr., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

¹ AKBAY, Direnç; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İstanbul, 2010, s. 218.

² TTK’nın 621. maddesinin nisaba ilişkin metninin açık olmadığı yönünde bkz. YILDIZ, Şükrü; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007, s. 230.

tüm esas sermayenin mi kastedildiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır³. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükümlerin karşılığı olan 808 ve 808b maddelerinde ise, TTK m. 621'e benzer şekilde "*vertretenen Stimmen*" (temsil edilen oylar) ifadesi kullanılmıştır. İsviçre'de hem doktrin⁴ hem de iç-tihat, hükümde geçen "*temsil edilen oylar*" ifadesinin toplantıda temsil edilenler olduğu konusunda hem fikirdirler. Nitekim bu hususta Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, verdiği bir kararda⁵ esas sermayeye göre değil, toplantıda temsil edilen oyların üçte iki çoğunluğuna göre bir hesaplama yaparak hüküm kurmuştur. Söz konusu karara konu olan olayda sadece davacı ve davalının katıldığı bir genel kurul toplantısında davacının 102, davalının 18 ve toplantıya katılmayan diğer iki ortağın 40'ar oya sahip olduğu toplam 200 oydan oluşan esas sermayeli bir limited şirketin genel kurul toplantısında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 808b maddesine göre, davalının 102 oyuyla toplantıda temsil edilen oyların 3/2'sine sahip olduğunu ve dolayısıyla mutlak çoğunluğu da sağladığını; ve sonuç olarak şirketin tasfiyesine ilişkin kararın geçerli olduğuna karar vermiştir.

Türk doktrininde bazı yazarlar, hükümde bahsi geçen "*temsil edilen oyların*" ifadesinin toplantıda hazır bulunanların sahip oldukları oylara atıf yaptığını; bu anlamda, toplantıya katılanların sahip oldukları oyların üçte ikisinin karar yetersayısı; esas sermayenin salt çoğunluğunun ise toplantı yetersayısı olduğunu ifade etmişlerdir⁶. Aksi görüşteki yazarlara göre ise burada TTK m. 620'den farklı olarak toplantıda temsil edilen değil, tüm sermaye bakımından

³ HAMAMCIOĞLU, Esra/ BİÇER, Levent; "Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, s. 348; Yıldız, s. 230.

⁴ GASSER, Urs/ EGGENBERGER, Christian/STÄUBER, Richard; OR Kommentar, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016, s. 2147; SİFFERT, Rino/FİSCHER, Marc Pascal/PETRİN, Martin; GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art.772-827 OR), Bern, 2008, s. 237.

⁵ 03.12.2019 tarih ve UE190161-O/U/BEE sayılı karar, https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/UE190161-O7.pdf. Erişim tarihi: 20. 11. 2020.

⁶ ÇAMOĞLU, Ersin; Limited Ortaklıklar Hukuku'nun Temel İlkeleri, İstanbul, 2020, s. 147 vd.; KENDİGELEN, Abuzer; Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2016, s. 532-533; TEKİNALP, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2015, s. 590; ALTAŞ, Soner; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler, Ankara, 2017, s. 111; KIRCA, İsmail/GÜREL, Murat; "Limited Şirket Ortağının Kendisini Çıkarmaya Yönelik Genel Kurul Kararının Alınmasında Oy Hakkına Sahip Olup Olmadığı Sorunu", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 60. Yıl Armağanı, s.198, dpn. 2.; Akbay, s. 219; ÇOŞTAN, Hülya; "Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları", TFM, 2015, C. 1, S. 1, s. 66.

temsil edilen oylar dikkate alınmalıdır⁷. Kanaatimizce, hükümde kastedilen oylar, toplantıda fiilen bulunanların sahip oldukları oylar olup, hesaplamanın da toplantıda temsil edilen oylara göre yapılması gerekir. Zira maddenin devamında zaten esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu denilerek (esas sermayeyi temsil eden oylara atıf yapılarak) ona ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Aksi halde, şirkette temsil edilen tüm oyların üçte ikisi, doğal olarak esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunu da içereceğinden, hükümde ayrıca esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun aranmasının bir anlamı kalmayacaktır.

Yargıtay ise, TTK'nın 621. maddesinde sayılan konulara ilişkin olarak bazı kararlarında, hükümdeki “*temsil edilen oyların*” ifadesini aynen kullanarak, bunların, toplantıda olanlara mı yoksa tüm sermayeye mi ilişkin oldukları yönünde açık bir kanaat ortaya koymamıştır⁸. Buna karşılık bazı kararlarında

⁷ ERDOĞAN, Abdullah; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, GUHFD 2013, C. XVII, S. 3, s. 60; ERİŞ, Gönen; Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara, 2017, s. 3049; Yıldız, s. 231-232; PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.I-II, Ankara, 2015, s. 2304. *Pulaşlı*, temsil edilen oyların üçte ikisinin, esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunu da içerdüğinden, kararların fiilen 2/3 çoğunluk ile alınmış olacağını ifade etmektedir.

⁸ “...TTK 621/1-h bendine göre bir ortağın haklı sebepler dolayısı ile şirketten çıkarılması talebiyle mahkemeye başvurulabilmesi için **temsil edilen oyların** en az 2/3’sinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduğu genel kurul kararı alınması gerektiği...” 11. HD’nin 05.06.2017 tarih ve E.2016/709, K.2017/3376 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020. “...TTK’nın 621. maddesinde önemli genel kurul kararlarının düzenlendiği, bu düzenleme içinde 621/1-h maddesinde “Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.” önemli karar olarak nitelendirilmiştir. Önemli kararların **temsil edilen oyların** en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabileceği madde hükmünde açıklanmıştır. Davalı şirketin iki ortağının olduğu göz önüne alındığında her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde önemli bir karar alabilecek nisaba sahip olmadığı görülmekte ve bu durumda 18/06/2013 tarihli genel kurulda alınan “7” numaralı kararın yok hükmünde olduğu anlaşıldığından...” 11. HD’nin 13.06.2019 tarih ve E.2018/2157, K.2019/4403 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020; “...Dava, haklı sebeplerle davalının şirket ortaklığından çıkarılması istemine ilişkin olup, 6102 sayılı TTK’nın 621/h. bendi gereğince haklı sebeplere dayalı olarak bir ortağın şirketten çıkarılması amacıyla mahkemeye başvurmak için **temsil edilen oyların** en az üçte ikisi ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu ile genel kurul kararı alınması gerekli olup, davalının ortaklıktan çıkarılmasına ilişkin alınan genel kurul kararında yasada öngörülen nisabın bulunmadığı...” 11. Hukuk Dairesi’nin 20/06/2018 tarih ve 2016/13422 E. , 2018/4608 K. sayılı kararı.

ise “**genel kurul toplantısında temsil edilen oylar**” ifadesini kullanmıştır⁹. Diğer bir kararında¹⁰ ise Yargıtay, hükümdeki üçte ikilik oranı doğrudan **genel kurul toplantısında bulunanlar** üzerinden hesaplayan yerel mahkeme kararını onamıştır. Dolayısıyla Yargıtay’ın, “*temsil edilen oyların*”, toplantıda temsil edilenler oldukları görüşünde olduğu söylenebilir. Diğer yandan, Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda bulunan karşı oy yazısında, hükümde geçen üçte ikilik oranın, temsil edilen oya göre değil, kişi sayısına göre belirlenmesi gerektiği yönünde, kanaatimizce hatalı bir tespitte bulunulduğunu da belirtmeliyiz¹¹.

Hükümün ikinci kısmında geçen “*esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun*” ifadesine ilişkin olarak ise, vermiş olduğu bazı kararlarında Yargıtay, sermaye payına göre değil, kişi sayısına göre bir hesaplama yapmıştır. Nitekim 621. maddede sayılan hususlardan birine ilişkin olarak verdiği bir

⁹ “...ortaklardan birinin haklı sebeple ve mahkeme kararı ile şirketten çıkarılabilmesi için şirketin, genel kurulunda ortak hakkında haklı sebeple çıkarılması davası açılması için mahkemeye başvuru kararını **genel kurulda temsil edilen oyların** en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan sermayenin tamamının salt çoğunluğu ile alınması şarttır.(TTK’nın madde 621/1-h)...” 11. Hukuk Dairesi’nin 28/04/2016 tarih ve 2015/10688 E. , 2016/4780 K. sayılı kararı; “...Yasa’nın 621. maddesinde tadadi sayılan önemli kararlar ise **genel kurulda temsil edilen oyların** en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir...” 11. HD’nin 14.02.2017 tarih ve E.2016/2095, K.2017/796 sayılı kararı.

¹⁰ “...limited şirketlerde müdürler hakkındaki rekabet yasağının TTK m 626. uyarınca genel kurul kararıyla kaldırılabilir...”, bunun için genel kurulda m 621’de öngörülen karar nisabının aranacağı, buna göre; m 626’da ki yasağın kaldırılabilmesi için (m. 621 f. F g), toplantı da temsil edilen oyların en az 2/3 ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması gerektiği, somut uyumsuzlukta; muhalif oyların toplamı düz olarak % 40 civarında, olumlu oylar ise %60 oranında olup, %66,6 oy çoğunluğunun kararın alınması için sağlanması gerektiği, toplantıda evet oyları belirtilen 2/3 karar nisabına ulaşmadığı için alınan rekabet yasağının kaldırılmasına ilişkin kararın sakat olduğu...Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre...” 11. Hukuk Dairesi’nin 10.06.2015 tarih ve 2015/2528 E. , 2015/8038 K. sayılı kararı.

¹¹ “...TTK m. 621/1-h uyarınca, limitet ortaklıktan çıkarma isteğiyle mahkemeye başvurmak için şirket genel kurulunun, hem sermaye payı, hem de ortak sayısı yönünden nitelikli çoğunluk oyu aranmakta ise de, bu hükmün iki ortaklı şirketler yönünden uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira, iki ortaklı şirketlerde haklı sebeple çıkarma için 2/3 oy çoğunluğunun sağlanması imkansızdır. O nedenle iki ortaklı şirketlerde, şirket genel kurulunun her hangi bir işlevinin olması düşünülmemelidir, 2/3 oranını sadece ortak sayısı en az üç olan ortaklıklar yönünden kabul edilmelidir...” 11. HD, 05.06.2017, E.2016/709, K.2017/3376, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020.

kararda¹² “...limited şirketlerde bir ortağın haklı nedenlerle şirket ortaklığından çıkarılması için, 6102 sayılı TTK’nın 640/3, 621/1-h maddeleri gereğince, ağırlıklı nisap ile alınmış bir genel kurul kararının varlığının dava şartı olarak öngörülmüş olması nedeniyle, **iki ortaklı limited şirketler bakımından bu şartın tahakkukunun mümkün bulunmamasından ötürü**, somut davanın dinlenemez nitelikte olmasına göre...” diyerek iradesini bu yönde ortaya koymuştur. Her bir ortağın % 50’şer paya sahip olduğu iki ortaklı limited şirketler bakımından bu tespit doğru bir sonuç ortaya koysa da, Yargıtay, ortaklardan birinin % 90, diğerinin % 10 paya sahip iki kişilik bir limited şirkette de, oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması durumunun mümkün olamayacağına hükmederek, bu tespiti, ortakların sermayeye katılım paylarına göre yapmadığını göstermiştir¹³. Nitekim, ortaklardan birinin % 85; diğerinin % 15 paya sahip olduğu bir limited şirket bakımından da aynı yönde karar vermiştir¹⁴.

¹² 11. HD, 13.12.2017, E.2016/4753, K.2017/7190, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay-BilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020.

¹³ “...6102 sayılı ...’nın 621. maddesinin 1.d bendi uyarınca esas sermayenin artırılmasına ilişkin genel kurul kararlarının temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabileceği ve 2 ortaklı limited şirketlerde ortaklardan sadece birinin iştiraki ile toplanan genel kurulda esas sermayenin artırılmasına dair bir karar alınamayacak olmasına ve alınmış ise de yoklukla malul bulunmasına göre...” 11. HD, 02.10.2018, E.2018/3813, K. 2018/5914, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020.

¹⁴ “...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...” 11. HD’nin 17.06.2020 tarih ve E.2019-3224, K.2020-2963 sayılı kararı; aynı yönde “...şirkette...’ın toplam 5.000- TL’lik sermayenin 4.750- TL’lik kısmına sahip olduğunu, dolayısı ile hakim hissedar olduğunu, karar yeter sayısına ulaşmak için, hakim hissedar...’ın ortaklar kurulunda oy kullanması gerektiğini, aksi taktirde müvekkil şirketin müdür ibrası veya başka bir hususta hiçbir karar alması mümkün olmayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir... TTK’nın 621. maddesinde

Sonuç olarak, Yargıtay'ın, TTK'nın incelemesini yaptığımız 621. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen “*temsil edilen oyların en az üçte ikisi*”ne ilişkin görüşünün yerinde; “*esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu*”na ilişkin yaklaşımının ise hatalı olduğu ifade edilebilir.

önemli genel kurul kararlarının düzenlenmiş olup, bu düzenleme içinde 621/1-h maddesinde “Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.” önemli karar olarak nitelendirilmiştir. Önemli kararların temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabileceği madde hükmünde açıklanmıştır. Dolayısı ile davalı şirketin **iki ortağının olduğu gözüne alındığında, her iki ortağın da aynı yönde oy kullanmaması halinde önemli kararlardan sayılan ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkarılması için genel kurul kararı bakımından nisabın oluşması mümkün değildir...**” 11. HD, 03.02.2020, E.2019/2945, K.2020/879, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 15.11.2020.

LİMITED ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE PAYININ DEVİRİNDE ORTAKLIK GENEL KURULU ONAYINA İLİŞKİN GÜNCEL YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Özlem Ata*

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 595. maddesi uyarınca, limited şirketlerde esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanması gerekir. Ancak devrin gerçekleşmesi için yalnızca taraflar arasındaki sözleşme yeterli olmamakta, şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmemişse ortaklar genel kurulunun onayının da alınması gerekmektedir. Devir bu onayla geçerlilik kazanır. Başka bir ifadeyle ortaklık onayıyla birlikte devralan, ortak sıfatını kazanır. Doktrinde de belirtildiği üzere, devrin reddedildiği durumda, devir geçersizdir ve devralan ortaklığa karşı bir hak talebinde bulunamaz¹. Bu durumda devralan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödediği bedeli devredenden talep edebilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında devralanın, ödediği pay bedelinin iadesi için sebepsiz zenginleşme zamanaşımını dolduktan sonra dava açtığı uyarınca zamanaşımını def'inin kabul edilmesi gerektiğini belirterek mahkemenin kararını bozmuştur².

* Dr., Yeditepe Üniversitesi.

¹ Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi C. III, Ankara 2018, s. 2756; Şener, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017, s. 315; Demirkapı, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 347.

² Y. 11. HD, 5.7.2018 E. 2017/1041, K. 2018/5002.

Genel kurul onayının, pay devir sözleşmesinden evvel alınıp alınmayacağı konusunda doktrindeki bir görüş, genel kurul kararının ancak usulüne uygun bir devir sözleşmesinin varlığı durumunda alınacağını, yoksa onayın geçersiz olacağını ileri sürmektedir³. Diğer görüş ise tarafların devir sözleşmesinden önce genel kurul onayı alabileceğini ve bu durumda devir sözleşmesinin tamamlanmasıyla birlikte devrin gerçekleşeceğini savunmaktadır⁴. Yargıtay ise 24.04.2017 tarihli bir kararında⁵ önce genel kurul onayı alınıp sonra pay devir sözleşmesi yapılmasının yasaya aykırı olsa da bu durumda pay devrinin gerçekleştiğini belirtmiştir. Kanaatimizce de, TTK m. 595 hükmünde payın devri için gerekli usulün belirli bir sırada yapılmasının öngörülmemiş olması ve uygulamada limited ortaklık pay devrine ilişkin uyumsuzlukların sebebinin çoğunlukla devir sözleşmesi yapıldıktan sonra genel kurulun onayının alınmaması olması; önce genel kurul onayının alınıp sonra pay devir sözleşmesinin yapılmasının payın geçerli bir şekilde devredilmiş olacağı sonucuna ulaşılması için gerekçe olabilir.

Ortaklar genel kurulu, bir karar alarak onay verir. Bunun için, çağrı usulüne ve yetersayılara uygun bir karar alınmalıdır. Ortaklar genel kurulunda onay kararı verilebilmesi için TTK'da açık bir yetersayı öngörülmemekle birlikte doktrinde olağan kararlar için gerekli olan yetersayının aranacağı görüşü öne sürülmektedir⁶. Buna göre, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla karar alınır (TTK m. 620). Ortaklar genel kurulunun bu kararı olmaksızın TTK m. 595/2'de öngörülen şart gerçekleşmemiş olur. Ancak Yargıtay, 15.01.2015 tarihinde verdiği bir kararında, iki ortaklı bir limited şirkette ortaklardan birinin diğerine pay devrettiği olayda, noterdeki pay devir evrakını genel kurul kararı gibi değerlendiren yerel mahkeme kararını oy çokluğuyla onamıştır. Doktrinde de belirtildiği üzere, şirket iki ortaklı olsa da, kanunda öngörülen usule uygun olarak alınmamış bir pay devir sözleşmesinin ortaklar genel kurulu kararı olarak nitelendirilmesi TTK m. 595/2'nin açık hükmüne aykırıdır⁷. Her ne kadar ortaklık genel kurulu da iki ortakla oluşacak ve payın

³ Pulaşlı, s. 2756; Şener, s. 306; Özer, Işık: "Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017, s. 185-186.

⁴ Demirkapı, s. 227; Taşdelen, Nihat: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012, s.105.

⁵ Y. 11. HD, 24.4.2017 E. 2015/15302 K. 2017/2361 .

⁶ Yıldız, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, s. 142; Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2020, s. 460; Şener, s. 309; Demirkapı, s. 325.

⁷ Pulaşlı, s. 2760; Özer, s. 188-189.

devredeni ve devralanı olarak bu ortakların devre olumlu oy vermeleri gerekcek ise de TTK m. 595/2'nin emredici düzenlemesi ve ortaklık tüzel kişiliğinin varlığı neticesinde, usulüne uygun bir genel kurul kararı alınması şarttır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETK) m. 520/1'de *“bir payın devri, şirket hakkında ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla hüküm ifade eder”* ifadesiyle devrin ancak pay defterine kayıtla hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde görüş söz konusuydu. Yargıtay da ETK m. 520/1 uygulaması kapsamında aynı görüş uyarınca limited şirketlerde pay devrinde pay defterine kaydın kurucu etkisi olduğu yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay, ETK m. 520/1'in uygulamasına giren 20.09.2017, 22.02.2018, 13.03.2018 ve 22.05.2018 tarihlerinde verdiği kararlarında bu görüşünü korumuş ve limited ortaklıkta pay devri açısından pay defterine kayda kurucu etki tanımıştır⁸. Ancak, TTK'da ETK m. 520/1'in lafzına benzer bir hükmün yer alması sebebiyle, pay defterine kaydın açıklayıcı olduğu yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır⁹. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 15.01.2015 tarihli bir kararında, TTK m. 595 hükmünde, ETK m. 520'den farklı olarak pay defterine kayıt şartının aranmadığı yönündeki mahkemenin kararını onamıştır¹⁰. Böylece, aynı daireden, aynı olayla ilgili farklı kanunların uygulanması nedeniyle farklı kararlar ortaya çıkmıştır.

Ortaklar genel kurulundaki oylamada devreden ve devralanın devir vaadinden kaynaklanan devre olumlu oy verme yönünde zorunlulukları olduğu kabul edilmektedir¹¹. Diğer ortakların ise red oyu için TTK m. 595/3 uyarınca herhangi bir gerekçe göstermeleri gerekmediği, bu konuda serbest oldukları, ancak bu serbestliklerinin sınırını dürüstlük kuralının oluşturduğu ifade edilmektedir¹². Yargıtay, 19.03.2018 tarihinde verdiği bir kararında diğer ortakların bir sebep göstermeden devre onay vermeyebileceği kararını veren mahkeme kararını onamıştır¹³. Yargıtay 30.06.2020 tarihinde, ortaklardan birinin, kendi payının devri kararında genel kurulda olumlu oy kullanırken

⁸ Y. 11. HD, 20.9.2017, E. 2016/1848 K. 2017/4574; Y. 11. HD, 28.2.2018, E. 2016/12734 K. 2018/1488; Y. 11. HD, 13.3.2018, E. 2016/8505 K. 2018/1909; Y. 11. HD, 22.5.2018, E. 2016/10442 K. 2018/3805 (Kazancı, Erişim Tarihi: 30.12.2020).

⁹ Pulaşlı, s. 2761; Bahtiyar, s. 460; Yıldız, s. 142; Şener, s. 277.

¹⁰ Y. 11. HD, 15.01.2015, E. 2014/14676, K. 2015/409 (Lexpera, Erişim Tarihi: 30.12.2020). Yargıtay'ın, TTK m. 595 uyarınca devrin nasıl geçerlilik kazanacağını açıkladığı 09.03.2015 tarihli bir kararında da devrin, pay defterinden söz edilmeksizin, genel kurul onayıyla tamamlanacağı yönünde görüşü mevcuttur (Y. 11. HD, 9.3.2015 E. 2014/17785 K. 2015/3214).

¹¹ Demirkapı, s. 331.

¹² Pulaşlı, s. 2757; Demirkapı, s. 345.

¹³ Y. 11. HD, 19.3.2018 E. 2016/9408 K. 2018/2053.

diğer ortağın payının devrinde olumsuz oy kullanmasının eşit işlem ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada; TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının şirketler hukukundaki yansımasının eşit işlem ilkesi olduğu, ancak olayda iki ayrı ortağa ait payların farklı zamanlarda devredildiği ve şirket sözleşmesinde bu farklı zamanlarda farklı pay devir şartları mevcut olduğu gerekçesiyle Bölge Adliye Mahkemesi'nce davanın reddi kararını onamıştır¹⁴.

Ortaklar genel kurulunca pay devri onayı verebilmesi için şirkete başvuruda bulunulması (bildirim yapılması) gerekir. Başvurunun devreden ve devralan tarafından birlikte ya da ayrı ayrı yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁵. Başvurudan itibaren üç ay içinde pay devrine red kararı çıkmamışsa, devre onay verildiği kabul edilir (TTK m. 595/7). Bu durumda, başvurudan itibaren üç ay içinde ortaklar genel kurulunda pay devrinin reddiyle ilgili bir karar çıkması ihtimalinde, pay devrinin onaylandığı kabul edilir. Bunun için, toplantı yapılmış olmalı ve toplantıda pay devrinin onaylanmaması kararı alınmış olmalıdır. Nitekim, toplantı hiç yapılmayarak onay kararının alınmamış olması, kanun hükmü uyarınca onay kararı verilmiş anlamına geldiğinden, burada açıkça bir red kararının alınması gerekmektedir¹⁶. Üç aylık süre içerisinde red kararı verilmediği durumda ortaklar genel kurulu tarafından devre onay verilmiş sayılacağından, üç aylık sürenin sonunda devralan ya da devreden pay devrinin tespiti davası açabilecektir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, üç aylık süre geçmeden açılan tespit davasında zamansız açılan davanın reddine karar vermiştir¹⁷. Yargıtay'ın bir başka kararında da onay verilmemesi ve başvuru tarihinden itibaren üç ay süre geçmesi durumunda davacının pay devir tespiti talebiyle açtığı davanın, TTK m. 33 ve m. 36 uyarınca asliye ticaret mahkemesine bildirim istemi niteliğinde olduğu ve davalı tarafın tescilden kaçınmakta haklı olmadığına tespiti hâlinde, mahkemece tescili emreden nitelikte karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸.

Onay kararının görüşülmesi için yapılan ortaklar genel kurulu toplantısına, devreden ortak da katılır ve oy kullanır. Zira, ortaklık onayıyla pay devredilmiş olacağı için, henüz payını devretmemiş olan ortağın bu hakkı bulunmaktadır¹⁹. Devralan ortak ise ancak kendisi de hâlihazırda şirketin ortağı ise

¹⁴ Y. 11. HD, 30.6.2020, E. 2019/5133K. 2020/3333.

¹⁵ Yıldız, s. 140; Bahtiyar, s. 460; Şener, s. 305; Taşdelen, s. 104.

¹⁶ Demirkapı, s. 337.

¹⁷ Y. 11. HD, 12.2.2019 E. 2017/4053 K. 2019/1088.

¹⁸ Y. 11. HD, 29.6.2020 E. 2019/5291 K. 2020/3282.

¹⁹ 11. HD., T. 23.05.2016, E. 2015/10868, K. 2016/5522

toplantıya katılıp oy kullanabilir²⁰. Buna rağmen ticaret sicili uygulamasında, TTK m. 598 uyarınca esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, onay kararının yer aldığı ortaklar genel kurulu kararında hem devreden hem de devralanın imzalarının bulunması bir şart olarak öngörülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu uygulamanın mevzuatta bir dayanağı olmayıp bu konuda, mahkeme kararına konu olmuş bir uyuşmazlık da henüz mevcut değildir. Kanaatimizce, ortaklar genel kurulu kararında devreden imzasının yer alması bir zorunluluk iken sicil uygulamasında devralanın da imzasının aranması yerinde değildir. Ancak, mevcut uygulama kapsamında, hem devreden hem de devralanın bulunduğu, onay kararı almak için yapılan bir toplantıda, pay devrinin hüküm ve sonuçlarını doğurması genel kurul onayıyla gerçekleştiğinden; oy kullanma hakkının devredende olduğundan, toplantıda aynı zamanda TTK m. 619 uyarınca devreden oydan yoksunluğunun söz konusu olduğu bir karar da alınacak ise (örneğin devreden ortağın ibra kararı alınması ihtimalinde) devreden ortağın oy hakkından yoksun olduğundan ve devralanın bu toplantıda her hâl ve şartta oy hakkının olmadığından şüphe duyulmamalıdır.

KAYNAKÇA

²⁰ Bahtiyar, s. 460, dn. 827; Şener, s. 309; Taşdelen, s. 106.

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2020.

Demirkapı, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.

Özer, Işık: “Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi C. III, Ankara 2018.

Şener, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2017.

Taşdelen, Nihat: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

Yıldız, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007.

YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN 6111 SAYILI KANUN M. 11/2 BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Esra Kaşak*

13.2.2011 tarihinde kabul edilen 6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un¹ 11. maddesinin 2. fıkrasında bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükelleflerinin 31.12.2009 tarihi itibarıyla bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutlarını vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilmelerine imkân sağlanmıştır. İlgili düzenleme ile ayrıca vergi mükellefleri hakkında bir vergi affı da öngörülmüştür. Kanun’un 11/2 maddesi ile öngörülen düzenleme şu şekildedir:

“Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri, 31/12/2010 tarihi itibarıyla düzenleyecekleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

¹ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 25/2/2011 Sayı: 27857 (Mükerrer).

tutarlarını bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü ayın sonuna kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilirler.

b) (a) bendi kapsamında beyan edilen tutarlar üzerinden % 3 oranında hesaplanan vergi, beyanname verme süresi içinde ödenir.

c) Bu fıkra kapsamında ödenen vergiler, gelir veya kurumlar vergisinden mahsup edilmez; beyan edilen tutarlar ve ödenen vergiler, kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilmez. Bu fıkra uyarınca beyan edilen tutarlar nedeniyle ilave bir tarhiyat yapılmaz”.

Yargıtay On Beşinci Ceza Dairesi’nin 08.11.2017 tarih ve 2015/9539 E., 2017/22801 K. künyeli kararında, 6111 sayılı Kanun’un 11/2 hükmünden yararlanmak üzere başvuran, bu amaçla yönetim kurulu kararı aldıktan sonra bu kararı genel kurulda onaylatan yönetim kurulu üyelerinin gerçekleştirdikleri işlemlerin 6111 sayılı Kanun’un 11/2 maddesine uygun olduğu, bu şekilde kayıtlarını yasal hale getirdiklerinden üyeler hakkında “hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma” suçunun unsurlarının oluşmadığı yönünde hüküm kurulmuştur.

İlgili karar özetle;

“Sanıkların halka açık ... Ticaret A.Ş.’nin yönetim kurulu üyesi oldukları...bu sanıkların 12.654.346 TL şirketten nakit çekmek, 206.613 TL...isekişisel harcama yapmak suretiyle şirkete borçlu oldukları, bu şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri iddia edilen olayda;sanıkların yetkilisi bulundukları şirket adına, 6111 sayılı Kanunun 11/2 maddesinden yararlanmak üzere başvuruda bulundukları,sanıkların bu amaçla 04.04.2011 tarih ve 2011/5 sayılı Yönetim Kurulu kararı aldıktan sonra genel kurulda onaylatarak gerçekleştirdikleri işlemlerin 6111 sayılı kanunun 11/2 maddesine uygun olduğu, bu şekilde kayıtları yasal hale getirdiklerinden, unsurları itibariyle oluşmayan suçtan sanıkların beraatına yönelik mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiş olup tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, şikayetçi vekilinin, beraat hükmünün kanuna aykırı olduğuna ve eylemin suç teşkil ettiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle” hükmün onanması şeklindedir².

² Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı.

Anılan karar, yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler içermekte olup, kararda üyeler hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığı yönünde kanaat oluşmuştur. Şirket kayıtlarının düzeltilmesine imkân veren 6111 sayılı Kanun m. 11/2 düzenlemesi; anonim şirketlerde malvarlığının korunması ilkesi, pay sahiplerine yapılabilecek ödemeler, yöneticilerin özen ve bağlılık yükümlülüğü ile yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuyla yakından ilişkili olup, ilgili hüküm bu konular bakımından değerlendirilmelidir. Esas itibarıyla konunun yönetim kurulu üyeleri hakkında öngörülen özel sorumluluk hükümleri bakımından da incelenmesi gerekir. Yukarıda özeti verilen kararda, ilgililer hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığının kabul edilmiş olması da, hukuki sorumluluk bahsini daha da önemli hale getirmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 549-561. maddeleri arasında, anonim şirketlerde "*hukuki sorumluluk*" hususu hükme bağlanmıştır. TTK m. 553. madde "*Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu*"nu düzenlemektedir. Öngörülen sorumluluğun şartları, «yükümlülük ihlali», «zarar», «illiyet bağı» ve «kusur»dur³. Sorumluluğun söz konusu olması için, belirtilen bu şartların mevcut olması gerekir. Ancak sayılan şartların mevcut olması, her zaman üyelerin tazminat ödemekle yükümlü olacağı anlamına gelmez. Nitekim bazı durumlarda ya zararın tazminini talep etme olanağı ortadan kalkar ya da bunun dava yolu ile talep edilme imkânı bulunmaz. Bunlar içerisinde en önemlileri, «*ibra*» (TTK m. 558 vd.), «*zamanaşımı*» (TTK m. 560) ve «*genel kurul kararına dayanan fiiller*»dir⁴.

Şirket malvarlığında meydana gelen azalma, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının maddi menfaatlerini menfi yönde etkiler. Çünkü şirket malvarlığının azalması, bir yandan alacaklılar bakımından teminat işlevi gören şirket varlıklarının azalması şeklinde kendini gösterir. Diğer yandan hisselerinin

³ Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şartları hakkında bkz. **Forstmoser, Peter**: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1987, N 148 vd.

⁴ Bu hususta ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Akdağ Güney, Necla**: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 297 vd.; **Çamoğlu, Ersin**: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 223 vd.; **Vollmar, Juerg**: Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrats an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Bern 1986, s. 204 vd.; **Hasenböhler, Stefan**: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Schulthess, Zürich 2003, s. 192 vd.

değerinin düşmesi şeklinde pay sahiplerine yansır. Öyle ki TTK'de şirketin yanı sıra pay sahiplerine ve şirketin iflası halinde alacaklılara da şirketin uğradığı zararlar dolayısıyla dava açma imkânı tanınmıştır (TTK m. 555, 556). Yönetim kurulu üyelerinin kanun veya esas sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerine aykırı bir fiili sebebiyle şirket zarar görürse, diğer şartların mevcudiyeti halinde kendilerine şirketin uğradığı zararlar sebebiyle «şirket», «pay sahipleri» ve iflas halinde «alacaklılar» tarafından hukuki sorumluluk davası açılabilir⁵.

6111 sayılı Kanun ile yönetim kurulu üyelerine, şirket kasasında bulunmayan; fakat bilançoda gözüken malvarlığı değerleri bulunması halinde, şirket kayıtlarını gerçek duruma uygun hale getirmek konusunda bir düzeltme imkânı verilmiş ve bir vergi affı öngörülmüştür. Yalnızca kayıtlar üzerinde yapılan düzeltmenin, şirketin zararını ortadan kaldırmayacağı açıktır. Azalan malvarlığı sebebiyle, şirketin doğrudan zararı söz konusu iken pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının ise dolaylı zararı oluşur. O halde 6111 sayılı Kanun'un 11/2. maddesine göre yapılacak bir uygulamanın, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu nasıl etkileyeceği ortaya konulmalıdır. 6111 sayılı Kanun'un gerek 11. maddesi gerek bu Kanun ile öngörülmüş diğer hükümlere bakıldığında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun herhangi bir hükmüne açıkça istisna getirilmediği görülmektedir. Getirilen düzenleme ile şirket yöneticilerine, kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan olan alacaklar hakkında şirket bilançosunda düzeltme yapmalarına imkân verildiği görülmektedir.

Tebliğde, 6111 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasına istinaden gerçekleştirilecek uygulamanın anonim şirketlerin tâbi olduğu temel hukuki esaslar karşısındaki durumu ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilecektir.

⁵ Sorumluluk davasının tarafları hakkında bkz. **Pulaşlı, Hasan**: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, § 68 N 63 vd.; **Helvacı, Mehmet**: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2001, s. 108 vd.; **Mimaroglu, Sait Kemal**: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara 1967, s. 109 vd.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Çamoğlu, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Forstmoser, Peter:** Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1987.
- Göktürk, Kürşat:** Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Hasenböhler, Stefan:** Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Schulthess, Zürich 2003.
- Helvacı, Mehmet:** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2001.
- Mimaroglu, Sait Kemal:** Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti, Ankara 1967.
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Vollmar, Juerg:** Grenzen der Übertragung von gesetzlichen Befugnissen des Verwaltungsrats an Ausschüsse, Delegierte und Direktoren, Bern 1986.
- Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı.

ANONİM ŞİRKETLERDE İÇ YÖNERGE İŞİĞİNDA YÖNETİM KURULUNUN SORUMLULUĞU

Hasan Karshoğlu*

Oğuz Kaan Kanık**

TTK sistematığı bağlamında işlevsel olarak yönetim kavramı, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik her çeşit kararın alınması ve alınan bu kararların şirket içinde ve/veya temsil yetkisinin kullanılması suretiyle dış ilişkide somutluk kazanmasını, ifade etmektedir¹. Ne var ki anonim şirket yönetim kurulu, yönetim hakkını ve temsil yetkisini bizzat kendisi kullanmak zorunda değildir². Bu açıdan kanun koyucu, söze konu hak ve yetkilerin devredilebilmesine olanak tanımış ve yönetim kurulunun gerektiğinde devri mümkün olan yetkilerini devrederek gözetim organına benzer şekilde çalışabileceği esnek bir sistem ihdas etmiştir³. Anonim şirketlerde yönetim kurulunun geniş yetki ve görevlere sahip olması, aynı genişlikte sorumluluğu da beraberinde getirmektedir. Kanun koyucu; şirket yönetimindeki kişilerin sınırsız karar alma yetkisi ile donatılmaması, bu kişilerin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilme niteliğine sahip üyelere oluşması, yönetim

* Dr, İstanbul Teknik Üniversitesi.

** Avukat, Ankara Barosu.

¹ Demirel, Duygu: Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri, Hacettepe HFD, 7(2) 2017, s.214 ; Şener, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s.352 ; Ayhan,Rıza/ Çağlar,Hayrettin/ Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019 , s.307; Manavgat, Çağlar/ Şehirali Çelik, Feyzan/ Kırca, İsmail: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara,2013,Cilt 1, s.528

² Gerekçe TTK md. 367/I ; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2018, Cilt 2, s.1358

³ Gerekçe TTK md.367/I

kurulunun sorumluluğunun sınırlandırılması⁴ gibi amaçlarla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda iki ayrı hükümde⁵ iç yönergeye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda çalışmamızda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kapsamı, iç yönerge ile kurulun sorumluluğu arasındaki ilişki inceleme konusu yapılmakta ve bu konulara dair özellikle TTK 371/7'nci madde hükmü ile TTK 553/2 düzenlemesi arasındaki ilişki ve kanunun uygulanması bakımından bu ilişkinin nasıl farklı sonuçlar doğurduğu/doğuracağı konusunda değerlendirmeler yapılmaktadır.

TTK 'da iç yönergeye ilişkin düzenlenen hükümlerle, temelde şirketlerin yönetim kurulu tarafından temsil edilmesi ve yönetilmesi kuralına bir istisna getirilerek temsil ve yönetim yetkisinin şirketin işleyişine ve ticari hayatın ihtiyaçlarına göre hem daha gerçeğe uygun hem de daha pratik kullanılması sağlanmak istenmiştir. Zira iç yönerge ile yapılacak devir ile birlikte, ticari hayatın süratli seyrinde işletmenin yapısının, değişen yeni durumlara intibak ettirilmesi çok daha hızlı bir şekilde gerçekleşecek, bu durumda esas sözleşme değişikliğine gerek kalmadan işletmenin yapısı şekillendirilebilecektir. İç yönerge ile yetki devri yapılması durumunda şirket yönetiminde hızlı ve etkili kararlar alınabilmesinin önü açılmaktadır. Bu bağlamda yetki devri, özellikle yönetim kurulu üye sayısının fazla olduğu şirketlerde karar alınmasını kolaylaştırmaya veya şirket yönetiminin profesyonel kişiler eliyle yürütülmesine hizmet etmektedir.

Kanun sistematigi, yönetim kurulu açısından her ne kadar tekli yönetim sistemini benimsemişse de yönetim kuruluna yetkilerini kurul üyelerinden birine veya birkaçına yahut üçüncü kişilere devretme olanağı tanıyarak yetkiyi devreden üyeye, yetkiyi devralanları gözetme imkânı vermiştir. Bu anlamda hukukumuzda TTK 367'nci maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere katı bir tekli sistem yerine ikili sisteme yaklaşan esnek bir model benimsenmiştir. Ancak hukukumuz açısından yönetim kurulunun ikili yönetim sistemi anlamında tamamen ayrı bir gözetim kurulu haline gelmesi mümkün görünmemektedir. Zira TTK 375'inci maddenin çizdiği sınır nedeniyle hukukumuzda yönetim kurulunun tüm yetkilerini -üst düzeyde yönetim ve gözetim dâhil-devredip bir danışma organı gibi hareket etmesi mümkün değildir.

⁴TTK md. 367 hükmünün gerekçesinde, devrin organsal işlevleri içermesi nedeniyle sorumluluk yönünden önemli sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir. Aynı yönde ve devrin sorumluluğu sınırlaması yönünde bkz. TTK Şener, a.g.e, s.372

⁵ TTK md.367'de yönetim yetkisinin devri, TTK md. 370/f.2'de ise temsil yetkisinin devri düzenlenmiştir.

Kanımızca, anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin hukuki niteliği vekâlet ilişkisidir. Aradaki ilişkinin niteliğinin vekâlet ilişkisi olduğunu düşünmekle birlikte mevcut durumda ilişkinin niteliğinin ne olduğu sorusuna tek bir cevap vermek yerine, somut olayın koşulları dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması görüşüne katılmaktayız. Örneğin kurul üyesinin emir ve talimat alıp almadığı, sigorta primlerinin yatırılma esasları gibi belirleyici somut durumlar, ilişkinin niteliğinin tayininde yargı mercilerinde kanaat oluşmasında etkili olacaktır⁶.

Anonim Şirketlerde yönetim kurulu açısından hukuki sorumluluğun doğması; zarar, kanuna aykırılık, kusur ve illiyet bağı şartlarının varlığına bağlıdır⁷. Bu konuda, anonim şirketler hukuku açısından 6102 sayılı TTK ile önemli bir değişikliğe gidilmiştir. Öyle ki, mülga 6762 sayılı Kanun'da mutlak teselsül sistemi benimsenmiş idi. 6102 sayılı TTK'da ise bu sistem terk edilerek yerine farklılaştırılmış teselsül sistemi kabul edilmiş, böylece önemli bir değişiklik gerçekleşmiştir. Farklılaştırılmış teselsül sisteminde kişilerin kusurları oranında sorumluluğuna gidilmesi yaklaşımı benimsenmiştir⁸. Bu sistemde zararın oluşmasında kusuru bulunan sorumluluk sükelerinin her biri bakımından kusur durumu tespit edilebilmekte ve yargılama neticesinde buna göre hüküm kurulmaktadır⁹. Bu durum tazminat borçluları açısından daha adil ve hakkaniyetli bir sistem getirmiştir. Zira örneğin zararlı sonucu doğuran işlemi yapan yönetim kurulu üyesi yahut yönetici, o zararın meydana gelmesinde tek başına sorumlu sayılmayacak, zararın doğmasında kusuru bulunan, tabiri caizse diğer aktörlerin de kusur durumları ve sorumlulukları inceleme konusu yapılabilecektir¹⁰. Bahse konu düzenlemede vurgulanması gereken önemli bir özellik bulunmaktadır. Bu özellik, kişinin bireysel davranışlarından doğan zarardan dolayı sadece kendisinin sorumlu olması kuralıdır¹¹. Oysaki çalışmamızın odak noktasını oluşturan TTK 371/7 hükmünün son cümlesinde “...*Bu kişilerin şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her türlü zarardan dolayı yönetim*

⁶ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e, s.305

⁷ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e, s.470-478

⁸ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e, s.480

⁹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e, s.480; Göktürk,Kürşat/Can,Mehmet Çelebi:Farklılaştırılmış Teselsülün-Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011,Cilt 2 Sayı 2, s.249

¹⁰ Koç,Himmet: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), 2020, Cilt 3, Sayı 1, s. 70

¹¹ Ayhan/Çağlar/Özdamar, a.g.e, s.481; Koç, a.g.e, s.70

kurulu müteselsilen sorumludur” ifadesi getirilerek benimsenen farklılaştırılmış teselsül sistemiyle ters düşen bir durum oluşmasına sebebiyet verilmiştir. 6102 sayılı Kanun’la TTK içeriğine dâhil edilen söz konusu hüküm farklılaştırılmış teselsül sistemiyle benimsenen esaslarla zıtlık oluşturmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki TTK 371/7 hükmünün son cümlesi kusura dayanan sorumluluk- kusursuz sorumluluk ayrımı da yapmamış olup bu bu kişilerin¹² verecekleri her türlü zarardan yönetim kurulunun sorumlu olacağını öngörmektedir. Dolayısıyla getirilen düzenleme sorumluluğa ilişkin kusur unsuruna dayanan temel esaslara da aykırılık taşımaktadır.

Yönetim ve/veya temsil yetkisinin devri, kurulun sorumluluğunu sınırlandırmayı sağlayan bir ana hedef taşımaktadır. Kanundaki usule ve esasa uygun olarak yetki devredildiği takdirde, iç yönergeye göre yetkili/görevli olmayan üyelerin veya zarara sebebiyet verdiği iddia edilen eylem ile ilgili görevli olmayan yöneticilerin/üyelerin sorumsuzlaşması söz konusu olmalıdır. Zira TTK 553/2 hükmü uyarınca yetkinin devredildiği kişilerin seçiminde gerekli özenin gösterilmesi şartıyla, bu kişilerin eylemlerinden yönetim kurulu sorumlu olmayacaktır.

6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde; yönetim ve temsile ilişkin temel kurallar muhafaza edilmekle birlikte, mehz İsviçre Hukuku’nda bulunmayan birtakım kurumlarla mevcut sorunlara çözüm aranmıştır¹³. Doktrinde *Kırca*, TTK’daki bu yeni düzenlemeye yer verilmemesinin Türk Hukuku için çok daha iyi olacağını belirtmektedir¹⁴. Bizce de, Kanunun 371’inci maddesinde sorumluluğa ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, son fıkraya bu şekilde bir hüküm konularak öncelikle TTK sistematığıne aykırı bir durum oluşturulmuştur¹⁵.

TTK’nın 553’üncü maddesinde göze çarpan en önemli özellik, kusur noktasında kendini göstermektedir. Buna göre kanun veya esas sözleşmeden kaynaklanan görevlerin kusurlu bir şekilde ihlal edilmesi ve zararlı sonucun doğması halinde sorumluluk söz konusu olacaktır. Bilindiği gibi 6102 sayılı TTK’nın yürürlüğe girmesi ile artık anonim şirketler hukukunda sorumluluk

¹² TTK 371/7 hükmüne göre atanacak sınırlı yetkili ticari vekil yahut tacir yardımcıları

¹³ Özdamar, a.g.e, s.153

¹⁴ Kırca, İsmail: TTK m. 371/7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım, 2014, s. 21 vd.

¹⁵ Zira hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler TTK md. 549-553 arasında düzenleme altına alınmıştır.

kusur temellidir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, onların şirket zararına sebebiyet veren kusurlu eylemlerinin varlığına dayanmaktadır. Buna karşılık 6762 sayılı mülga TTK'ya göre yönetim kurulu üyeleri "kusursuzluklarını ispatlamadıkça" zarardan sorumlu tutulmuşlardır. 6102 sayılı TTK ile bu yaklaşımdan isabetli olarak vazgeçilerek daha hakkaniyetli bir sistem benimsenmiştir. Buna göre artık yargılama süreci içerisinde zarardan sorumlu olanların her birinin kusur durumları ayrı ayrı inceleme konusu yapılabilmekte ve neticesinde kusur oranlarına göre bir hüküm kurulmaktadır. Oysaki evvelki Kanun'da cari "mutlak teselsül" sisteminde zararlı sonucun oluşmasına hafif kusuruyla sebep olunsu dahi, zararın tamamı o kişiden tazmin edilebilmekte, sonrasında ise bu kişi rücu hakkını kullanamadığı durumlarda hakkaniyetsiz sonuçlar ortaya çıkmaktaydı.

Tartışma Bölümü

TTK 371/7'nci hükmü uyarınca atanan sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya tacir yardımcılarının, şirkete veya üçüncü kişilere zarar vermesi halinde sorumluluk meselesi nasıl tayin edilecektir? Bu hükmün uygulanmasıyla doğacak sonuçlar, sorumluluğu düzenleyen TTK 553/2 düzenlemesinin doğuracağı sonuçlarla bağdaşmakta mıdır? İç yönergenin bu sorumluluğun belirlenmesi noktasında nasıl bir etkisi bulunmaktadır? Çalışmamızda esas olarak bu meseleler ele alınmaktadır.

6552 sayılı Kanun'un uygulamaya soktuğu husus, TTK'daki sorumluluk ve yetki devri düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin amacı ile açıkça çelişmektedir. Zira bir kişinin açıkça kusuru bulunmadığı durumlarda kendisi dahi sorumlu tutulamazken, kendisini atayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olmasının evleviyetle (*argumentum a fortiori*) mümkün olmaması gerekir. Kanaatimizce yönetim kurulu, usulüne uygun şekilde hazırlanmış bir iç yönerge ile, yönetim ve/veya temsil yetkisini kurul üyeleri içinde bir veya birkaç üyeye veya diğer ilgili kurul üyesi olmayan kişilere devretmiş ve bu devirde gerekli makul özeni göstermiş ise, artık yetkiyi iç yönerge ile devralan kişilerin kusurlarından kaynaklanan şirket zararlarından sorumlu tutulmamaları gerekir. Her ne kadar TTK 371/7 hükmü bu konudaki kanaatimizin aksi yönünde yorumlanabilse de, sorumluluk şartlarını belirten ana düzenleme olan 553'üncü maddenin açık lafzı, bu maddenin gerekçesi, 369-370 ve hatta 371'inci maddeler ile bunların gerekçesi birlikte ele alındığında, söz konusu 371/7'deki düzenlemenin bu şekilde yorumlanmaması gerektiği savunulabilir. Dolayısıyla, bu hususta sorumluluk tayin edilirken TTK 553'üncü madde hükmünün dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak TTK 371/7'deki söz konusu

düzenlemenin, “müteselsil sorumluluk” kısmının kaldırılarak, düzenlemedeki sorumluluk ifadesinin 553’üncü madde ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Demirel, Duygu: Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri, Hacettepe HFD, 7(2) 2017

Şener, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017

Ayhan,Rıza/ Çağlar,Hayrettin/ Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019

Manavgat, Çağlar/ Şehirali Çelik, Feyzan/ Kırca, İsmail: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara,2013,Cilt 1

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2018, Cilt 2

Göktürk,Kürşat/Can,Mehmet Çelebi:Farklılaştırılmış Teselsülün-Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011,Cilt 2 Sayı 2

Koç,Himmet: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), 2020, Cilt 3, Sayı 1

Kırca, İsmail: TTK m. 371/7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım,2014

ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN BİLGİ ALMA HAKKININ ZAMANSAL VE KAVRAMSAL KULLANILMASINA İLİŞKİN MEHAZ İSVİÇRE HUKUKU DÜZENLEMESİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

Ece Deniz Günay*

Gözde Engin Günay**

Türk Ticaret Kanunu m.392’de düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı her bir yönetim kurulu üyesinin bireysel bir hakkı olarak gerek toplantı sırasında gerekse toplantı dışında olmak üzere şirketin tüm iş ve işlemleri ile ilgili olarak bilinçlendirilmesini amaçlayan bir düzenlemedir. Yönetim kurulu üyeliği, üyenin kişiliğine sıkı surette bağlı (*ad personam*) bir hak olduğundan, bilgi alma hakkı da, kişisel niteliği haiz bir haktır¹. Yönetim kurulunun ortaklıkla ilgili iş ve işlemler hakkında doğru kararlar alabilmesi, gerektiği takdirde TTK m.366/2’de ifade edilen komite ve komisyonların kurulabilmesi için, TTK m.369’daki özen ve bağlılık yükümlülüğünün bir gereği olarak bilgiye ulaşma imkânının sağlanması açısından, bu hak anonim ortaklıklar hukukunda önemli bir yere sahiptir. Bunun yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin

* Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi.

** Avukat Dr., İstanbul Barosu.

¹ **Pulaşlı, Hasan**, “Eski Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı Var Mıdır? İsviçre Federal Mahkemesi’nin 04.04.2003 Tarihli (129 III 499) Kararı Üzerine Düşünceler” Batider, Cilt 22, Sayı 3, 2004, s.(53-64), s. 57.

görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için, bilgiye ulaşmak bir hak, sorumluluk hukuku bağlamında da bir yükümlülük olarak değerlendirilebilir.

Hükmün mehzazını İsviçre Borçlar Kanunu (CO Art) 715a maddesi oluşturmaktadır. Bu nedenle kanunun okumasını yaparken İsviçre Hukuku'nun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. 6102 sayılı kanunda hem bilgi alma hem de inceleme hakkının detaylı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Ancak kanun sistematik açıdan yer yer mehzazdan farklılıklar içermektedir².

İlk olarak TTK m.392'de bilgi alma hakkının toplantı esnasında ve toplantı dışında olarak iki zaman kesitinde ele alındığı görülmektedir. Mehzaz İsviçre Hukuku'nda da ayrımın bu yönde olduğu saptanmıştır. Bu itibarla yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu öncesindeki zaman diliminde, bilgi alma haklarının olup olmadığı, varsa nasıl bir prosedür izlenerek bilgiye erişimin sağlanacağı hususu belirsizlik arz etmektedir. Yönetim Kurulu üyelerinin yaptığı işin niteliği ve kendilerine yüklenen sorumluluk³ dikkate alındığında, toplantı öncesinde bilgi alma haklarının irdelenmesi önemlidir. Yönetim Kurulu üyesinin toplantı öncesinde nasıl ve ne tür bilgilere erişebileceği meselesi alınacak kararların nitelikliliği ve isabetliliği bakımından önem arz edecektir. Yönetim Kurulu üyelerine; toplantı öncesinde, karmaşıklığı ve kapsamı nedeniyle toplantı esnasında tam olarak vakıf olunması güç hususlar üzerinde çalışma ve değerlendirme imkânı tanınması, bilgi edinmeleri anlamında fonksiyonel bir gerekliliktir⁴.

TTK m. 392/6, bilgi alma hakkının kısıtlanamayacağı ve kaldırılamayacağı ifade etmenin yanı sıra, esas sözleşme ve Yönetim Kurulu'nca bu hakkın genişletilebilmesi imkânı tanımaktadır. Bu bağlamda esas sözleşmenin varsa, yönetim kurulu toplantısı öncesine ilişkin hükümlerinin rolü, şirketler hukukunun ve özel hukukun temel prensipleri (eşit işlem ilkesi, dürüstlük kuralı) ekseninde irdelenerek konuya ilişkin değerlendirmeler aktarılacaktır.

TTK m.392/3'te; yönetim kurulu üyesinin, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden şirket işlerinin gidişatı ve belirli münferit işlerle ilgili olarak bilgi

² Örneğin, Yönetim Kurulu üyesinin başkandan, Yönetim Kurulu'nu toplantıya çağırması mehzaz İsviçre düzenlemesi CO Art.715'te ayrı bir madde olarak düzenlenmekteyken, konu Türk Hukuku'nda, bilgi alma ve inceleme hakkının düzenlendiği TTK m.392/7'de yer almaktadır.

³ Çamoğlu, Ersin(Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha), Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2019, s. 408, N.558/a.

⁴ (Böckli, Aktienrecht, 3Aufl, § 13, N. 208), Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2018, s. 1386'dan Naklen.

alabileceği hususu düzenlenmiştir. Mehaz İsviçre Hukuku düzenlemesinde (CO Art. 715/a/3) ise, şirket işlerinin gidişatı ile ilgili bilginin yönetimden sorumlu kişilerden, herhangi bir izne tabi olmaksızın istenebileceği; buna mukabil belirli münferit işlerle ilgili bilgi almak için yönetim kurulu başkanının izninin alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Mehaz kanunun konuya ilişkin hükmüyle, TTK 392/3 hükmünün neden bu yönde farklılaştığı hususunun kanımızca irdelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla bildirinin ikinci kısmı bu yönde bir ayırımın Türk Hukuku bakımından da yapıp yapılamayacağı sorununu ele almaktadır.

İşlerin gidişatı kavramına; şirketin genel olarak ekonomik ve finansal durumu, aktivitelerini hangi sektörde gerçekleştirdiği, ürün miktarı, ürün kapasitesi, işlerin gelişimi, şirketin likiditesi, komitelere yönelik bilgiler, şirket tarafından yürütülen bir işin gelişimi hakkında bilgi alma, genel olarak şirketin yaptığı sözleşmeler dâhildir⁵. Yine bu bağlamda, şirket işlerinin ileriki dönemlerde nasıl geliştirileceğine ilişkin daha önceden yapılmış olan tespitlerin ne kadarının gerçekleştirilebildiği, nelerin gerçekleştirilemediği ve bu durumun nedenleri hakkında bilgi edinme imkânı bulunmaktadır⁶. Münferit işler kavramı ise, daha ziyade somut, detaylı veya spesifik konuları kapsamına almaktadır⁷. Bir reklam şirketiyle yapılan sözleşme, spesifik bir konuda yürütülen Ar-Ge faaliyetleri örnek olarak gösterilmektedir⁸.

Tüm bu açıklamalara karşın, bu iki kavramın içeriklerinin detaylandırılarak birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Öğretide durumu aydınlatmak amacıyla, ortaklığa ait hangi iş ya da işlemlerin, bu kavramlardan hangisinin altında konumlandırılacağına ilişkin tespiti çoğu zaman birbiri içine geçmiş halde-dir. Bu yönde bir ayırımın yapılması mehaz hükmün neden “işlerin gidişatı”na ilişkin bilgileri yönetim kurulu başkanının iznine tabi tutmadığını ve fakat “belirli münferit işlerin” neden yönetim kurulu başkanının iznine tabi tutulduğunu anlamak açısından önemlidir. Her ne kadar TTK m.392/3 bakımından her iki kavrama yönelik bilgi alımı da yönetim kurulu başkanının iznine tabi tutulmuş olsa da, hakkın *ratio legis*’i dikkate alındığında, en azından

⁵ (Peter, Henry/ Cavadini, Francesca), Edité par: Tercier, Pierre/ Amstutz, Marc, Commentaire Romand, Code Des Obligations II, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017, éd.2, s.1076, N.20.

⁶ (Böckli, Aktienrecht, 3Aufl, § 13, N. 204), Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, s. 1394’den Naklen.

⁷ Kortunay, Ayhan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul, 2015, s.355.

⁸ Kırca, İsmail (Şehirali Çelik, Feyzan Hayal /Manavgat, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara, 2013, s.717.

şirketin güncel ve genel durumuna yönelik bilgilerin erişimini, yönetim kurulu başkanının izni gibi usulî birtakım prosedüre bağlı kılarak hakkın etkin kullanımını sınırlandırmak isabetli görülmemektedir. Bu noktada gündeme gelebilecek bir diğer tartışmalı husus ise, şirketin güncel ve genel durumuna ilişkin bilgilerin kapsamının belirlenmesinde nasıl bir yorum biçiminin benimseneceğidir. Kavramın geniş yorumlanması, bilgi alma hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da dar ya da geniş yorumlansın, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlüğünün, hakkın kullanımının doğal sınırını oluşturup oluşturmadığı meselesi ele alınacaktır.

KAYNAKÇA

Çamoğlu, Ersin/ Tekinalp, Ünal/ Poroy, Reha, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2019.

Kırca, İsmail / Şehirali Çelik, Feyzan Hayal /Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Ankara, 2013.

Kortunay, Ayhan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, İstanbul, 2015.

Pulaşlı, Hasan, “Eski Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı Var Mıdır? İsviçre Federal Mahkemesi’nin 04.04.2003 Tarihli (129 III 499) Kararı Üzerine Düşünceler” Batider, Cilt 22, Sayı 3, 2004, s.(53-64).

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara, 2018.

Tercier, Pierre/ Amstutz, Marc (Ed.), Commentaire Romand, Code Des Obligations II, Helbing Lichtenhahn, Bâle, éd.2, 2017.

COVID-19 PANDEMİSİ ETRAFINDA ALINAN TEDBİRLERİN BAZI SİGORTA TÜRLEİ BAKIMINDAN RİZİKONUN HAFİFLEMESİNE ETKİSİ

Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu*

COVID-19 pandemisi veya bir diğeri adıyla koronavirüs pandemisi, 1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Hubei bölgesinin başkenti olan Vuhan'da ortaya çıkan virüs salgınıdır. Kişiden kişiye bulaşabilen bu virüsün bulaş oranı 2020 yılının Ocak ayı ortasında büyüme göstermiş ve 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın olarak ilan edilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü, 13 Mart 2020 tarihinde Avrupa'nın artık koronavirüs krizinin merkez üssü hâline geldiğini bildirmiştir. 3 Ocak 2021 tarihi itibarıyla dünyada resmi olarak 84.978.286 onaylanmış vaka varken; söz konusu virüs nedeniyle 1.843.366 kişi hayatını kaybetmiştir. Pek tabii ki covid-19 pandemisinden ve yarattığı olumsuz sonuçlardan Türkiye de etkilenmiştir.

Türkiye'deki ilk tespit edilen COVID-19 vakası 11 Mart 2020 tarihinde açıklanmış ve 1 Nisan 2020 tarihinde de bu vakalarının tüm Türkiye'ye yayıldığı bildirilmiştir. Söz konusu salgın tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de sosyal, ekonomik, siyasi, iktisadi, idari, hukuki, askerî, dinî ve kültürel alanlarda birçok önemli etkilere ve sonuçlara neden olan radikal kararlar alınmasına sebep olmuştur. Örneğin eğitim-öğretim faaliyetleri askıya alınmış; restoran, kafe, kurs, alışveriş merkezi, otel, kuaför, spor salonu, konser mekânı, gece kulübü gibi işletmeler tamamen kapatılmış veya faaliyetleri

* Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi.

sınırlandırılmış; havayolu şirketleri tüm yurt dışı ve yurt içi uçuşlarını sonlandırmış; şehirlerarası seyahatler valilik iznine bağlanmıştır. Salgının yayılım hızını düşürmek ve insanlar arasında sosyal mesafeyi sağlamak adına 65 yaş ve üstü ile 20 yaş ve altı kişilere sokağa çıkma yasağı uygulaması başlatılmıştır. Yine bu tedbirler kapsamında öncelikle Türkiye nüfusunun yüzde 78'ine denk gelen ve 64 milyon kişinin yaşadığı 30 büyükşehir ile akciğer hastalıklarının sık görüldüğü Zonguldak ilinde hafta sonu iki gün boyunca sokağa çıkma yasağı uygulanmış ve daha sonra bu uygulama diğer illeri de kapsar şekilde genişletilmiştir¹.

Koronavirüs salgınının yayılma hızını yavaşlatmak amacıyla alınan ve içinde bulunduğumuz tarih itibariyle birçoğu halen uygulanan yukarıda bahsi geçen tedbirlerin, sözleşmeler hukuku alanına önemli etkileri olmuştur. İşte bu sözleşmelerden biri de sigorta sözleşmeleridir.

Sigorta sözleşmesi, sigorta ettirenin belli bir prim ödeme yükümlülüğüne karşı sigortacının vukuu meşkûk (gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan) bir hadiseden dolayı oluşabilecek zarar için sigorta himayesi sağlama yükümlülüğüne girdiği tam iki taraflı bir sözleşmedir. Sigortacının sigorta sözleşmesinden kaynaklı asli edim yükümlülüğü rizikoyu taşıma yükümlülüğüdür. Keza Türk Ticaret Kanunu'nun sistematığı de bu hususu doğrular niteliktedir. Zira kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının borç ve yükümlülüklerini belirlerken ilk önce 1421 ve 1422'nci maddelerin üst başlığı olarak "*rizikoyu taşıma yükümlülüğü*" ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Buna karşılık sigorta ettirenin asli edim yükümlülüğü ise prim ödeme borcudur. Her sigorta türünde sigorta ettirenin ödemesi gereken prim miktarının tespiti için farklı kriterler kullanılsa da genellikle sigortalının şahsi özellikleri, sigorta bedeli, sigorta himayesi kapsamına alınan rizikolar ve bu rizikoların gerçekleşme olasılığı en temel kriterlerdir.

Sigortacılıkta önemli olan riziko-prim dengesidir. Bu denge sigorta ilişkisi devam ettiği müddetçe mevcut olmalıdır. Riziko-prim dengesinin sigorta ilişkisinin devam ederken bozulma ihtimali de vardır. Bu durum rizikonun ağırlaşması² şeklinde olabileceği gibi hafiflemesi şeklinde de olabilir.

¹ Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de_COVID-19_pandemisi; <https://covid19.tubitak.gov.tr/turkiyede-durum> (s.e.t.: 03.01.2021).

² Tebliğ konumuz rizikonun hafiflemesi üzerine yoğunlaştığı için rizikonun ağırlaşması ve buna bağlanan sonuçları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1444 ve 1445'inci maddeleri üzerinde durulmayacaktır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere covid-19 pandemisinin yayılma hızını yavaşlatmak amacıyla birçok kısıtlayıcı tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlerin önemli bir kısmı kişilerin ekonomik ve seyahat özgürlüğüne müdahale eder niteliktedir. Örneğin kişiler pandemi sebebiyle alınan tedbirlerden dolayı evlerinde kalmış, işletmelerinin faaliyetine devam veya araçları ile seyahat edememişlerdir. Bu bağlamda bahsi geçen ve benzeri tedbirlerin bazı sigorta türlerinde rizikonun gerçekleşme ihtimalini hafifletip hafifletmediği sorusu gündeme gelmektedir. Zira bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun 1433'üncü maddesi uygulama kabiliyeti bulacak ve sigorta ilişkisi kurulurken kararlaştırılan sigorta priminin indirilmesi mümkün olacaktır. Çalışmamızda covid-19 pandemisinin yayılma hızını yavaşlatmak amacıyla kamu otoritesince alınmış tedbirlerin bazı sigorta türleri bakımından rizikonun hafiflemesine neden olup olmadığı sorusunun cevabı verilmeye çalışılacaktır. Bununla bağlantılı olarak başta Türk Ticaret Kanunu'nun 1433'üncü maddesi olmak üzere Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 41'inci paragrafı ile Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri'nin (PEICL) 4:301 no.lu maddesi irdelenecektir.

Yukarıda özeti verilen tebliğ çalışmamızda başlıca aşağıdaki sorulara cevap aranacaktır:

Pandemi kapsamında alınan tedbirlerin riziko-prim dengesinin bozulmasına etkisi var mıdır?

Türk Ticaret Kanunu'nun 1408 ve 1433'üncü maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 138'inci maddesi arasındaki ilişki nedir?

Türk Ticaret Kanunu'nun 1433'üncü maddesi ile bu maddenin mehzazı kabul edilen Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 41'inci paragrafı arasındaki farklılıklar nelerdir?

Riziko hafiflemesinin sigorta ettirene verdiği haklar nelerdir?

Pandemi kapsamında alınan tedbirlerin bazı sigorta türleri bakımından riziko hafiflemesine neden olduğunun kabulü halinde prim indirimi nasıl yapılacaktır ve geçmişe etkili olabilecek midir?

TÜRK HUKUKUNDA SİGORTA EKSPERİNE, ATANMASINA VE EKSPER ÜCRETİNE İLİŞKİN ESASLARA DAİR SORUNLAR İLE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Aslıhan Sevinç Kuyucu*

Sigorta sözleşmesinde sigortacının temel borcu, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkan zararı gidermek veya sözleşme ile üstlendiği meblağı ödemektir. Sigortacının sözleşmede kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde belli bir tutarı ödemeyi üstlendiği meblağ sigortalarında ödenecek tutar sigorta sözleşmesinde belirlendiği için sigortacının tutarın belirlenmesi için araştırma yapmasına çoğunlukla gerek duyulmayacaktır. Zarar sigortalarında ise rizikonun gerçekleşmesi sonucunda bir kimsenin mal varlığında meydana gelen zararın giderilmesi üstlenildiğinden öncelikle zararın tespit edilmesi gerekir. Zararın tespiti sigortacının ödemekle yükümlü olacağı tazminatı da belirler.

Zarar sigortalarında sigortacının tazmin etmekle yükümlü olacağı zararın tespiti bazı hâllerde bir uzmanlık gerektirmezken çoğu durumda zararın tespiti için belli kimselerin uzmanlığından faydalanılması ihtiyacı doğar. Aktif zarar sigortalarında sigortalının malvarlığında meydana gelen eksilmenin, pasif zarar sigortası niteliğindeki sorumluluk sigortalarında ise sigortalının sorumlu olduğu üçüncü kişiye karşı sorumluluk miktarının tespiti gerekir. Bu konuda mühendislik, tıp, denizcilik, otomotiv gibi birçok alanda uzmanlık hizmetinden faydalanılması gerekebilir.

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (n) bendinde sigorta eksperisi, sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi

* Dr., İstanbul Üniversitesi.

sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutad meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişi olarak tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşıldığı üzere, sigorta eksperleri rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan zararın miktarını ve meydana gelme nedenlerini belirleyen, takseli sigorta yapılması hâlinde sözleşmede kararlaştırılacak sigorta değerinin belirlenmesi için faaliyet gösteren, ön ekspertiz ve hasar gözetimi ile bunlara benzer işleri meslek olarak yapan, tarafsız ve bağımsız gerçek veya tüzel kişidir.

Uygulamada sigortacının gerçekleşen olgunun riziko olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi veya riziko olarak değerlendirilen olgunun sonucunda meydana gelen zarar tutarının belirlenmesi için sıklıkla ekspertiz hizmetlerinden yararlandığı görülmektedir. Örneğin, deniz yolu ile taşınan emtianın denizcilik rizikolarına karşı teminat altına alındığı bir sigorta sözleşmesinde emtianın ıslanarak zayi olması durumunda sigorta eksperinin verebileceği eksperlik hizmeti kapsamındaki hususlar şöyle tespit edilebilir: Emtianın ıslanmasına sebep olan olgunun belirlenmesi, bu olgunun sözleşme ile sağlanan teminat kapsamında bulunup bulunmadığının, diğer bir ifade ile zararın sebebinin sözleşmede riziko olarak kararlaştırılan hâllerden birisi olup olmadığının ve istisna olarak kabul edilen hâllerden birisinin söz konusu olup olmadığının tespiti; ıslanma sonucunda meydana gelen zararın niteliğinin ve miktarının tespiti.

Sigorta eksperinin ifa ettiği görev sigorta sözleşmesinin her iki tarafı ve ilgilileri açısından önem taşımakta ve menfaatlerini ilgilendirmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde atanacak sigorta eksperinin güvenilir ve yeterli bir inceleme sonucunda yine aynı niteliklere sahip bir rapor oluşturması beklenenecektir. Güven unsuru sigorta eksperini sözleşmenin tarafları ve ilgilileri bakımından oldukça önemli bir hâle getirmekte ve zaman zaman bir diğerinin atadığı ekspere eksperleri atamamış olan tarafın güvenmemesi gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Söz konusu güvensizlik özellikle sigortacının sürekli birlikte çalıştığı eksperleri ataması hâlinde ortaya çıkabilmektedir.

Hukukumuzda sigorta eksperinin atanmasına ilişkin esaslar Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelik 25.08.2015 tarihli ve 29456 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve son olarak 25.03.2020 tarihli ve 31079 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Yönetmelik’in sigorta eksperinin atanmasına ilişkin 5. maddesinde değişiklik yapılmadığından hâlihazırda da

eksperin sigortacı, sigortalı veya sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından atanması mümkündür. 2020 tarihli değişiklik ile Yönetmelik'in önceki hâlinde m. 11/1'de yer verilen "*Motorlu araç sigortalarında*" ifadesinin hükümden çıkarıldığı görülmektedir. Bu değişiklik Yönetmelik'in eski hâlinde m. 11'de düzenlenen esasların hangi sigorta sözleşmelerine uygulanabileceği hususunda tereddüt oluşturan durumu ortadan kaldırmaya yönelik olumlu bir adım olmakla birlikte Yönetmelik'in eksper atanmasına ilişkin 7. maddesinin birinci fıkrasında aynı ifadenin kalmaya devam etmesi eksikliklerdir.

Sigorta eksper ücretinin ödenmesine ilişkin temel kanun hükmü TTK m. 1426'dır. TTK m. 1426/1 uyarınca sigortacı, sigorta ettiren veya sigortalı tarafından rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, ödemek zorundadır. TTK m. 1426 kapsamında yer alabilecek giderin "*rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesi amacıyla*" yapılmış olması gerektiğinden sigorta eksperinin bu amaçla verdiği hizmete ilişkin giderler hükme dahil giderlerdendir. Rizikonun kapsamının belirlenmesi sigorta tazminatı ödenmesi talebine dayanak teşkil edecek bir olgunun, diğer bir anlatımla teminat kapsamındaki bir rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun sebep ve sonuçları ile birlikte tespiti anlamına gelmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen zarar miktarının yanında sigortacının ne miktarda ödeme yapmakla yükümlü olduğunun tespitine ilişkin sigorta eksperisi tarafından verilen hizmetin ücreti de hükmün kapsamındadır.

TTK m. 1426 hükmünde sigortacı sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar tarafından rizikonun, tazminatın veya bedel ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, ödemekle yükümlü kılınmıştır. Hükme göre sigortacı, belirlenen şartların gerçekleşmesi hâlinde, gider kim tarafından yapılmış olursa olsun – sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar olabilir- ödeme ile yükümlüdür. TTK m. 1426'ya göre sigortacının eksper ücretini ödemekle yükümlü tutulması için eksperin sigortacı tarafından veya sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtar tarafından atanmış olması önem taşımamaktadır. Oysa aynı hususta düzenleme getiren Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği 25.03.2020 tarihli değişiklikten sonra dahi TTK m. 1426 hükmündeki esas ile çelişen düzenlemelere yer vermeye devam etmektedir. Bu çelişkiler temel olarak TTK m. 1426'nın sigortacıyı eksper ücretinden sorumlu tutması ve eksper ücretinin ödenmesinin makul olmaması hâlinde sigortacıyı bu yükümlülüğten kurtarması yönündeki düzenlemesi ile Yönetmelik'in 11. maddesinin örtüşmemesinden kaynaklanmaktadır.

25.03.2020 tarihli değişiklik Yönetmelik'in "Ücret" başlıklı 11. maddesinin ilk fıkrasındaki "*Motorlu araç sigortalarında*" ifadesinin çıkarılması yanında hükme 7. fıkradan itibaren eklenecek yeni fıkralar getirmiştir. 25.03.2020 tarihli değişiklik incelendiğinde Yönetmelik'in 11. maddesine ilave edilen 11. fıkra dikkat çekmektedir. Söz konusu fıkra hasarın teminat dışında kalması hâlinde eksper raporunu henüz tamamlamamışsa raporun tamamlanan kısmına ilişkin ücreti talep edebileceğinden bahsedilmesi TTK m. 1426'da yer verilen "*bunlar faydasız kalmış olsalar bile*" ifadesiyle çelişmektedir. Öte yandan Yönetmelik'in 11. maddesine 13. fıkra olarak eklenen eksper atamasının eksper atayan tarafça geri alınmasının eksperin ücret hakkını ortadan kaldırmayacağına dair düzenleme de yine değişiklikle eklenen 11. fıkra-daki "*sigortalının talebinden vazgeçmesi*" ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde tereddüt oluşturan durumlara sebep olacak niteliktedir. Sonuç olarak 25.03.2020 tarihli değişiklik de Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği'nin TTK'da düzenlenen esaslarla içinde bulunduğu çelişkiyi ve Yönetmelik'in eksikliklerini giderememiştir.

Tebliğde öncelikle sigorta eksperinin tanımı verilecek ve ikincil mevzuat (Sigorta Eksperleri Yönetmeliği, Sigorta Eksperleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği ve Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği) dikkate alınarak sigorta eksperinin özellikleri tespit edilecektir. Sigorta eksper atamasına ilişkin ikincil mevzuattaki düzenlemeler belirlenip değerlendirilecektir. Temel hüküm olan TTK m. 1426'daki düzenlemede sigorta eksper ücretinden sorumluluğa ilişkin getirilen esas ile ikincil mevzuatta aynı konuyu düzenleyen hükümler karşılaştırılacak, hükümlerin çelişen yönleri belirlenerek bu çelişkilerin nasıl giderilebileceği tespit edilmeye çalışılacaktır. Türk Hukukunda söz konusu çelişkilerin giderilmesi için yapılması gerekli değişiklikler ortaya konulacak ve bir çözüm önerisi sunulacak çalışmaları sonlandırılacaktır.

TRAFİK KAZASINDA ZARAR GÖREN HAYVANLAR İÇİN YAPILAN TEDAVİ GİDERLERİNİN KARAYOLLARI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI KAPSAMINDA KARŞILANMASI

Gülşah Yılmaz*

Trafik kazasında yaralanan bir hayvanın tedavisine ilişkin giderlerin kim tarafından ödenmesi gerektiği konusu uygulamada tartışmalı bir konudur. Özellikle sosyal medya ve yazılı basında yer alan haberlerde trafik kazasına karışan yaralı bir hayvanın tedavi masraflarının Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında ödeneceği belirtilmektedir. Oysa bu konu ile ilgili açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu konuyla ilgili verilmiş bir Sigorta Tahkim Komisyonu hakem kararı bulunmaktadır. Bu kararın sosyal medyada sıklıkla yer alması neticesinde uygulayıcılarda bu konu ile ilgili yeni bir yasal düzenlemenin yapıldığı şeklinde yanlış bir kanaat oluşmuştur. Bu nedenle konunun hukuki çerçevesini çizmek amacıyla bu çalışma hazırlanmıştır.

Çalışmamızda halihazırdaki yasal düzenlemeler karşısında trafik kazası sonucu yaralanan hayvan dostlarımızın tedavi giderlerinin kim tarafından karşılanması gerektiği ve bu masrafların Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı tartışma konusu yapılmıştır. Bu kapsamda öncelikle hayvanların hukuki konumu başlığı altında

* Dr., Uluslararası Fırat Üniversitesi.

hayvanların hukuki niteliğinin tespiti yapılmış ve hayvanların korunması ile ilgili hukukumuzda yer alan yasal düzenlemeler incelenmiştir. Akabinde ise Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında yer alan teminat türleri açıklanmıştır. Son olarak yaralı hayvanlara ilişkin tedavi giderlerinin Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında yer alan teminat türleri içerisinde yer alıp almayacağı; bu konuda sahipli ve sahipsiz hayvan ayırımının neden önem taşıdığı ve sonuç olarak Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamında tedavi giderlerinin ödenip ödenmeyeceği konuları tartışılmıştır.

Hukukumuzda hayvanların korunması ile ilgili yasal düzenlemelere baktığımızda, ilk düzenleme olarak Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gelmektedir. 4934 sayılı Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun ile Türkiye bu sözleşmeyi onaylamıştır. 2004 yılında 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, 2006 yılında Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği çıkarılmıştır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile hayvanların yaşam hakkına, beslenme ve bakım hakkına, kötü muameleyle tabi tutulmama hakkına sahip oldukları belirtilmiş ve türlerine karşı soykırım da yasaklanmıştır.

Hukukumuzda, şu andaki duruma göre, eşyanın canlı ya da cansız olması bakımından bir ayırım yapılmamakta ve hayvanlar, taşınır bir eşya olarak kabul edilmektedir.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KZMSS) bir motorlu aracın karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler içerisinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yaptırılması zorunlu kılınan bir sorumluluk sigortası türüdür. KZMSS ile ilgili düzenleme Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 91/1'dir. Buna göre "İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur". KTK m. 85/1 'e göre ise bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.

Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında olan teminat türleri KMZMSS Genel Şartlar A.5’de sayılmıştır. Maddeye göre dört çeşit teminat bulunmaktadır. Bunlar maddi zararlar teminatı, sağlık giderleri teminatı, sürekli sakatlık teminatı ve destekten yoksun kalma (ölüm) teminatıdır. Tedavi giderleri, sürekli sakatlık ve destekten yoksun kalma zararlarının “kişilere” gelen zararlar için teminat sağladığı hükümden açıkça anlaşılmaktadır. Maddi zararlar açısından hayvanın tedavi masrafları değerlendirildiğinde, KMZMSSGŞ A.5/a bendi maddi zararları şu şekilde tanımlamıştır: “Hak sahibinin bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dâhil doğrudan malları üzerindeki azalmadır.” Tanıma “hak sahibi” ifadesiyle başlanmıştır dolayısıyla zarar gören şeyin, bir kişinin malvarlığında bulunan bir “mal” olması gerekir. Yapılan tedavi giderlerinin bir insana değil de hayvana ait olması bu zararın tür olarak tedavi giderleri kapsamında kabul edilmesini engellemektedir. Bu durumda hayvana ait tedavi giderleri ancak maddi tazminat kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilir.

Genel Şartlarda zarar tanımı şu şekilde yapılmıştır “Motorlu bir aracın işletilmesi ile oluşan bir trafik kazası sonucunda üçüncü şahısların ekonomik değeri olan mal varlığında doğrudan azalma olmasına veya vücut bütünlüğünde eksilmeye, sürekli sakatlığa veya ölümüne sebebiyet verilmesi nedeniyle ilgililerin uğradıkları bu Genel Şartlar ile içeriği belirlenen maddi kayıpları,” (A.2/d). Burada zarar, üçüncü kişilerin ekonomik değeri olan malvarlığında meydana gelen eksilmeler şeklinde tanımlamıştır. KMZMSSGŞ A.5/a bendinde ise maddi zarar daha önce ifade ettiğimiz üzere “Hak sahibinin bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dâhil doğrudan malları üzerindeki azalma” olarak ifade edilmiştir. Bu durumda yaralanan hayvanın hukuken eşya statüsünde olması nedeniyle sahibinin olup olmaması hayvan için yapılan tedavi giderlerinin Genel Şartlarda belirtilen zarar kavramına girmesi açısından belirleyici bir unsurdur.

Trafik kazasında yaralanan hayvanın sokak hayvanı olması durumunda, bir sahibi bulunmayacaktır. Bu nedenle yaralanan hayvan üçüncü kişilerin ekonomik değeri olan malvarlığı kapsamında olan bir şey olmayacaktır. Diğer yandan trafik kazası sonucu yaralanan hayvanı tedavi ettiren sigortalı ise tedavi masraflarını talep eden kişi, hak sahibi sıfatına sahip üçüncü bir kişi olmayıp, sigortalının kendisi olacaktır. Bir diğer anlatımla sahipsiz hayvanın zarar görmesi, herhangi bir üçüncü kişinin malvarlığında maddi kayba sebep olmayacak ve dolayısıyla sigortalı bu zarar nedeniyle zarara uğrayan üçüncü bir kişiye ödeme yapmayacaktır. Çünkü hukuken bir kişiliği bulunmayan hayvanın bu durumda sahibi de yoktur. Bu nedenle yaralanan sokak hayvanının

tedavi masrafları KZMSS Genel Şartları'nın kapsamında olan bir teminat türüne girmeyecektir.

Yaralanan hayvanın sahipli bir hayvan olması durumunda ise yaralanan hayvan eşya statüsünde olduğundan üçüncü kişilerin ekonomik değeri olan malvarlığı kapsamında olan bir şey olacaktır. Sahipli hayvanın zarar görmesi, üçüncü kişinin malvarlığında maddi kayba sebep olacaktır. Dolayısıyla sigortalının bu zarar nedeniyle zarara uğrayan üçüncü bir kişiye ödeme yapması gerekecektir. Bu durumda yapılan bu ödeme "Hak sahibinin bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dâhil doğrudan malları üzerindeki azalma"nın karşılığı olarak nitelendirileceğinden KZMSS Genel Şartları'nın kapsamında olan maddi zararlar teminatına dahil olacaktır. Bu nedenlerle kanaatimizce yaralanan hayvanın sahipli bir hayvan olması durumunda ödenen tedavi giderleri KZMSS kapsamında talep edilebilecektir.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 21.maddesinde "Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır." denmiştir. Bu hüküm sürücüye getirilmiş insani ve vicdani bir yükümlülüktür. Oysa KTK işletenin sorumluluğunu düzenlemekte ve sigorta altına almaktadır. Maddede tedaviye götürmek zorunluluğundan bahsedilmekte, tedavi giderlerinin karşılanmasıyla ilgili bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu nedenle bu madde nedeniyle işletene ve dolayısıyla sigorta şirketine düşen bir tedavi gideri ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Sahipsiz hayvanlara ilişkin yapılan tedavi giderlerine ilişkin Hayvanları Koruma Kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nde bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Kanuna göre sahipsiz hayvan barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanları ifade eder (HKK m.3/f).

Bu düzenlemelere göre sahipsiz hayvanların toplatılması ve hayvan bakımevlerinin çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenmiştir (HKK m.6/5). Yönetmeliğin amacı hayvanların korunması amacıyla geçici bakımevleri ve hastanelerin kurulması için diğer ilgili kurum ve kuruluşlara mali destek sağlamak üzere Bakanlık bütçesine konulan ödeneğin kullanımına ilişkin usul ve esasları belirlemektir (HKKUYön. m.1/f).

Bu kapsamda öncelikle her ilde il hayvanları koruma kurulu adı altında bir kurul oluşturulacaktır. Bu kurulun valinin başkanlığında, sadece

hayvanların korunması ve mevcut sorunlar ile çözümlerine yönelik olmak üzere toplanması zorunludur (HKK m.15). Hayvanları koruma kurulu hayvanların korunması, sorunların tespiti ve çözümlerini karara bağlamak üzere ilde kurulacak olan hayvan bakımevleri ve hayvan hastanelerini desteklemek, geliştirmek ve gerekli önlemleri almak ile görevli ve yükümlüdür (HKK m. 16/e).

Hayvan hastanesi evde ya da sokakta yaşayan hayvanların ayakta veya yatarak teşhis ve tedavilerinin yapıldığı yer olarak tanımlanmıştır. (HKKU-Yön. m. 4/n). HKK m.4/j uyarınca yerel yönetimlerin, gönüllü kuruluşlarla işbirliği içerisinde, sahipsiz hayvanların korunması için hayvan bakımevleri ve hastaneler kurarak onların bakımlarını ve tedavilerini sağlamaları ve eğitim çalışmaları yapmaları gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemelerden görüleceği üzere sahipsiz hayvanlara ilişkin her türlü tedavi ve bakım yükümlülüğünü devlet üzerine almaktadır. Bu nedenle sahipsiz bir hayvanın herhangi bir sebeple yaralanması durumunda yapılacak tedavi giderleri ilgili kanun ve yönetmelik uyarınca devlet tarafından karşılanacaktır. Ancak devlet bu hizmeti kendi hastanelerinde verdiği için sahipsiz hayvanın özel bir hastane ya da klinik tarafından tedavi edilmesi durumunda bu giderleri karşılamayacaktır.

Sonuç olarak trafik kazasında zarar gören hayvanlar için yapılan tedavi giderlerinin karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında karşılanmasında yaralanan hayvanın sahipli olup olmaması önem arz etmektedir. Yasal düzenlemeler göz önüne alındığında sahipsiz hayvanlarla ilgili olarak sigortacıdan bir talepte bulunmak bu durumda mümkün gözükmemektedir. Sahipli hayvanlar da ise maddi zararlar teminatı kapsamında bu giderlerin istenmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can: Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk, TBB Dergisi, Sayı:129, 2017, ss. 161-194.
- Cumalıoğlu, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, Cilt: 19, Özel Sayı, ss. 573-610.
- Çeker, Mustafa: Sigorta Hukuku, 19. Baskı, Adana, 2018.
- Çeliktaş, Demet: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir, 1987.
- Damcı, Adnan: “Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Mesuliyet”, Batider, 1967, Cilt: IV, Sayı: 2, ss. 274-283.
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir, 2011.
- İsmet Sungurbey, Hayvan Hakları, İstanbul, 1992.
- Karasu, Rauf: Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2016.
- Karayalçın, Yaşar: “Trafik Kazalarında Mali Mesuliyet ve Sigorta Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 1975, ss. 129-134.
- Kender, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, 15. Bası, İstanbul, 2016.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz/Söğütlü Erişgin, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Özel Sayı), 2013, Cilt:8 ss. 1691-1725.
- Özsunay, Ergun: “Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar”, Batider, 1967, Cilt: IV, Sayı: 1, ss. 1-64.
- Serozan, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2007.
- Sirmen Lale: Eşya Hukuku, Ankara, 2013.
- Ulaş, Işıl: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2012.
- Uyumaz, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20, 2016, Sayı: 3, ss. 133-184.
- Ünan, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap Sigorta Hukuku, Cilt: 2, İstanbul, 2016.
- Üstün, Çağatay/Kuzun, İmge: “Hayvan Hakları İçin Yeni Bir Umut “İnsan Olmayan Kişi” Kavramı”, Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı:47 , 2013, ss. 13-21.

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ÖZEL SAĞLIK SİGORTASI

İlknur Uluğ Cicim*

GİRİŞ

Kişilerin sağlık harcamalarının karşılanmasını hedef tutan özel sağlık sigortasının toplum bakımından önemi açıktır.. Sağlık sigortası sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kuralları 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 1511 ile 1519.Maddeler arasında hastalık sigortaları ile aynı başlık altında düzenlenmiştir. Hükümlerin ihtiyaca cevap verip vermediği tartışmalı olmakla birlikte³ bu alandaki ilk kanuni düzenleme olması bakımından önem taşımaktadır. Sağlık sigortası sözleşmesine ilişkin daha kapsamlı düzenleme Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği ile getirilmiştir. Ayrıca Sağlık Sigortası Genel ve Özel Şartlarında da düzenlemeler yapılmıştır.

Özel sağlık sigortası ile sosyal sigortalar arasında yer alan genel sağlık sigortalarını birbirine karıştırmamak gerekir. Genel sağlık sigortasına ilişkin ilkeler Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile öngörülmüş olup, TTK'nın sağlık sigortasına ilişkin hükümleri bu ilişkiye uygulanmaz. Özel sağlık sigortası, özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan ve taraflarını sigorta şirketi ile sigortalının oluşturduğu bir isteğe bağlı sözleşme ile yapılmaktadır. Özel sağlık sigortasını ise kendi içinde üçe ayırmak mümkündür. Bu ayırım, ihtiyari sağlık sigortası, tamamlayıcı ve destekleyici özel sağlık sigortası ile seyahat sağlık sigortası olarak yapılabilecektir.

Çalışmamızda TTK' da özel sağlık sigortasına ilişkin düzenlemeler ele alınarak, yeni yasal düzenlemelerin gereksinimlere cevap verip vermediğini

* Dr., Akdeniz Üniversitesi.

tespit edip ve eksik yönlerini belirleyip yeni öneriler ileri sürmek amaçlanmaktadır.

I. ÖZEL SAĞLIK SİGORTASININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Sağlık sigortası, sigortalının sigorta süresi içerisinde hastalanmaları veya herhangi bir kaza sonucu yaralanmaları halinde gerekli masrafları ile varsa gündelik tazminatları, sigorta şartları çerçevesinde, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eden bir sigorta türüdür.

Özel sağlık sigortaları ülkeden ülkeye değişen özellikler göstermekle birlikte ağırlıklı olarak sosyal güvenlik sisteminin dolduramadığı boşlukları tamamlamaya çalışmaktadır.

Sağlık sigortası, esasen yaşanan sağlık sorunlarının neden olduğu zorunlu masrafların sigortalandığı bir pasif sigortası niteliğinde zarar sigortası olup, can sigortaları başlığı altında düzenlenmiştir. Aslında TTK'daki yerinin Altıncı Kitabın sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerin sevk edildiği ikinci kısmın zarar sigortalarının düzenlendiği birinci bölümü olması sistematik açıdan daha uygun olabilirdi. Kanun sağlık sigortalarına, genel hükümler ile hayat sigortalarında sigortadan ayrılma, sigortacıdan ödünç isteme ve prim ödemeden muaf sigortaya dair hayat sigortası hükümleri dışında zarar sigortalarına ilişkin hükümlerin uygulanacağına emredici TTK 1519 /2'de belirtmiştir. Sistematik hatayı aslında 2.Fıkra ile ortaya koymuştur.

Sağlık giderleri sigortası aslında bir zarar sigortasıdır. Bu sigortada sağlık giderleri yapmak zorunluluğunun ortaya çıkması halinde, bu sebeple mal varlığına binen parasal yük sigortacıya aktarılmaktadır. Sağlık giderleri sigortası, zarar sigortalarının alt ayrımları aktif sigortası ve pasif sigortası grupları içinde bir pasif sigortası çeşidi olarak yer alır. Burada sigorta ettirenin mal varlığını oluşturan belirli bir değer azalması veya ortadan kalkması değil, mal varlığının bütünü olumsuz etkileyen bir gider yapılması zorunluluğu söz konusudur.

II. ÖZEL SAĞLIK SİGORTASINA UYGULANACAK TTK HÜKÜMLERİ

Özel sağlık sigortalarına uygulanacak hükümleri belirlerken incelememiz gereken,

“TTK’nu 1519/2.f.’ya göre; Sigortalının uğradığı hastalık, ilaç ve tedavi giderleri için harcama yapılması gibi gerçek zararların sigortacı tarafından karşılanması öngörülen sağlık sigortalarında ise, genel hükümler dışında,

zarar sigortalarına ilişkin hükümler ile 1500 ilâ 1502 nci madde hükümleri sağlık sigortası hakkında da uygulanır.” hükmüdür.

Bu hüküm incelendiğinde aşağıdaki sıralamaya göre bir uygulama olmalıdır.

1. Sağlık sigortasına ilişkin özel kurallar
2. Genel hükümler (Bütün sigorta sözleşmelerine uygulanacak hükümler)
3. Zarar sigortasına ilişkin hükümler
4. Sigortadan ayrılmaya ilişkin 1500, sigortacı tarafından ödünç vermeye ilişkin 1501 ve prim ödemediği muaf sigortaya ilişkin 1502 uygulanacaktır.

TTK , menfaat (tutar) sigortası niteliğindeki sağlık sigortası teminatlarına hangi hükümlerin uygulanacağına dair herhangi bir kurala yer vermemiştir. Bu nedenle örneğin, meblağ sigortası sayılan günlük hastane parası teminatı, hastalık sonucu çalışamama durumunda ödenecek günlük iş görememe parası teminatı, riziko kişinin bakım gereksinimi içine düşmesi halinde ödenecek günlük bakım parası teminatlarında boşluk vardır. Bu tür sigortalara uygun düştükleri ölçüde hayat sigortasına ilişkin hükümler uygulanabilir.

III. ÖZEL SAĞLIK SİGORTALARINDA TEMİNAT KAPSAMI

Özel Sağlık Sigortaları, sigortalının hastalık veya kazalar nedeniyle oluşacak sağlık harcamalarını ve bunlardan kaynaklı riskleri önceden telafi etmeye yönelik hazırlanmış güvence teminatlarıdır. Oluşan riskler poliçede belirtilen genel ve özel şartlar dâhilinde, özel sağlık sigortası teminatları kapsamında karşılanır.

TTK’nın Sağlık Sigortalarını düzenleyen 1513. Maddesinde teminat kapsamında karşılanacak giderler öngörülmüştür. Bu madde uyarınca aşağıda sayılan masraflar Özel Sağlık Sigortalarının genel kapsamını oluşturmaktadır:

- Hastalık sonucu gerekli hâle gelen ilaç dâhil, her türlü tıbbi bakım, gebelik ve doğum, hastalıkların erken tanısına yönelik, ayaktaki incelemeler de içinde olmak üzere, sözleşmede kararlaştırılan giderleri
- Tedavinin tıbben yatarak yapılmasının gerekli olduğu durumlarda günlük hastane giderler,
- Sigortalının, hastalık sonucu çalışamaması nedeniyle elde edemediği kazançlar için kararlaştırılan günlük iş görememe parası,

· Sigortalı, bakıma ihtiyaç duyar duruma geldiği takdirde, bakım nedeniyle doğan giderler veya kararlaştırılan gündelik bakım parası.

TTK'nun 1513/2.fıkrasında ise, sağlık sigortası yaptırıldığında, aksi kararlaştırılmadıkça 1. Fıkra'da sayılan bütün teminatların sigorta teminatına dahil olacağı belirlenmiştir. Burada bir "all risk" sigortası söz konusudur.

Sağlık Sigortası Genele Şartlarında da teminatın kapsamı şu şekilde düzenlenmiştir.

"Madde 1- İşbu sigorta, sigortalıların sigorta süresi içinde hastalanmaları ve/veya herhangi bir kaza sonucu yaralanmaları halinde tedavileri için gerekli masrafları ile varsa gündelik tazminatları, bu genel şartlarla varsa özel şartlar çerçevesinde, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder."

IV. ÖZEL SAĞLIK SİGORTALARINDA TEMİNAT KAPSAMI DIŞINDA KALAN HASTALIKLAR

Özel Sağlık Sigortası Genel Şartlarının 2 ve 3. Maddeleri ile bazı hâller sigorta teminatı dışında bırakılmıştır. Buna göre, aşağıdaki hâller nedeniyle oluşan sağlık ve tedavi giderleri nedeniyle sigortalının tazminat ödeme yükümlülüğü olmayacaktır:

- Savaş veya savaş niteliğindeki harekât, ihtilâl, isyan, ayaklanma ve bunlardan doğan iç kargaşalıklar
- Cürüm işlemek ve cürme teşebbüs
- Tehlikede bulunan kişileri ve malları kurtarmak hali müstesna, sigortalının kendisini bile bile ağır tehlikeye maruz bırakacak biçimde hareket etmesi
- Deprem, sel, yanardağ patlaması ve toprak kayması
- Esrar, eroin ve uyuşturucuların kullanımı,
- Nükleer rizikolar,
- Sigortalının intihara girişimi nedeniyle meydana gelebilecek hastalık ve yaralanma hâlleri
- Poliçe özel şartlarında düzenlenecek sair teminat dışı haller.

Bunların yanı sıra, bahsedildiği üzere sözleşme serbestisi kapsamında kanuna ve genel şartlara aykırı olmamak kaydıyla sözleşme ile bazı özel durumların sigorta teminatı dışında bırakılması da mümkündür. Nitekim uygulamada bu genel şartlara ek olarak sigorta özel şartlarında, diş implantı, obezite tedavisi, estetik ameliyat psikolojik danışma, tüp bebek, resmen ilan edilmiş salgın hastalıklar gibi durumlar teminat dışında tutulmakta ve sigorta şirketleri tarafından karşılanmamaktadır.

SİBER RİSK SİGORTASI VE TÜRK TİCARET KANUNU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Zehra Avcı*

GİRİŞ

İnsanlar hayatları boyunca bazen gelirlerinde azalmaya veya kayba yol açan, bazen de ek giderler gerektiren olay ve tehlikelerle karşılaşır. İşte ekonomik ve sosyal hayatlarında tehlikelerle karşılaşan insanlar, iradeleri dışında ortaya çıkması muhtemel doğal veya sosyal tehlikelere karşı korunmak ihtiyacı duyarlar. Tehlikelere karşı korunmak da ya tehlikeleri önleyerek ya da bunların sebep olduğu zararları tahammül edilir hale getirerek veya önlemenin mümkün olmadığı yerlerde zararını en aza indirerek mümkün olur. Sigorta müessesesi, insanların karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı korunma ihtiyacından hâsıl olmuştur. Nitekim kişiler, belirli bir prim ödeyerek risklere karşı kendilerini güvence altına alırlar. Bu riskler somut olabileceği gibi, soyut da olabilir. Teknolojinin gelişmesiyle kişiler ve kurumlar dijital ortama hayatın daha çok alanını sığdırmaya başlamıştır. Özellikle internet, kişiler ve kurumlar için vazgeçilmez bir ortam sağlamıştır.

Ancak internette, kişilerin ve kurumların ticari ve kişisel verileri, çeşitli siber risklerle karşı karşıya kalır. Örneğin siber güvenlik kuruluşu Kaspersky Lab'ın Global Araştırma ve Analiz Ekibi (GReAT) tarafından 2019'un ilk çeyreğinde 150 milyondan fazla zararlı yazılım saldırısı raporlandığı ve bu sayının, günde ortalama 1.6 milyon saldırı anlamına geldiği ve 2018 yılının aynı

* Ar. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi.

dönemine göre yüzde 8.2 arttığı belirtilmiştir¹. 2020 yılında ise COVID-19 salgınının etkisiyle dünya genelinde evden çalışanların sayısı artmış, bunun sonucunda siber saldırı gerçekleştirenlerin istismarının penceresi genişlemiştir². IBM Security'nin 2020 tarihli Veri İhlalinin Maliyeti Raporu'na³ göre, ortalama veri ihlalinin maliyeti 3.86 milyon dolar tutarken, bu veri ihlallerinin yüzde elli ikisi kötü niyetli saldırılardan kaynaklanmaktadır. 2021 yılında ise siber suçlardan doğacak zararların yıllık 6 trilyon dolara yükseleceği tahmin edilmektedir⁴. Görüldüğü üzere siber saldırılar gün geçtikçe artmakta ve ekonomilere büyük zararlar vermektedir. Bu sebeple başta ABD ve Birleşik Krallık olmak üzere dünyanın çeşitli ülkelerinde sigorta şirketleri siber risk sigortası hizmeti sunmaya başlamıştır. ABD'nin Siber Güvenlik ve Altyapı Ajansı'na (Cybersecurity & Infrastructure Security Agency) göre, güçlü bir siber risk sigortası piyasası, daha kapsamlı bir teminata karşılık olarak önleyici tedbirler alınmasını teşvik ederek ve prim miktarlarını sigortalının kişisel güvenliğine göre ayarlayıp en iyi uygulamaların yürütülmesini cesaretlendirerek başarılı siber saldırıların sayısını düşürebilir⁵.

Siber risk sigortası, kontrol sistemlerinin ele geçirilerek sisteme yetkisiz erişimin sağlanması, donanıma veya yazılıma ilişkin zafiyetler kullanılarak sistemlerin çalışmasının durdurulması veya hatalı çalıştırılması, veri saklama sistemlerinden verilerin çalınması, servis yavaşlatma saldırıları ile sistemler arasındaki iletişimin durdurulması gibi rizikoları teminat altına alan bir sigorta türüdür.

1. Siber Risk ve Siber Risk Sigortası Kavramları

Siber riskin tanımının yapılması, teknolojinin sürekli gelişmesine bağlı olarak güçleşmektedir. Doktrinde bir tanıma göre siber risk kavramı, kurumların bilgi ve teknoloji varlıklarına etki eden birçok farklı kaynaktan oluşan

¹ <https://www.haberturk.com/siber-saldirilar-2019-yilinda-hangi-ulkeleri-hedefliyor-2446393-teknoloji>, E.T. 25.12.2020.

² **Furnell**, Steven: "Home working and cyber security – an outbreak of unpreparedness?" <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1361372320300841?casa_token=aCWpOvbkFq4AAAAA:REucivunfENa-558TZhc6Rs6m-2JKDI1xzVEy25veB9qI6NxJaHgbaPEJHUEqLKscspLJUcZ83s>, E.T. 26.12.2020.

³ <https://www.capita.com/sites/g/files/nginej146/files/2020-08/Ponemon-Global-Cost-of-Data-Breach-Study-2020.pdf> E.T. 28.12.2020.

⁴ **Morgan**, Steve: "Cybercrime To Cost The World \$10.5 Trillion Annually By 2025", <https://cybersecurityventures.com/cybercrime-damages-6-trillion-by-2021/> E.T. 24.12.2020.

⁵ <https://www.cisa.gov/cybersecurity-insurance#>, E.T. 28.12.2020.

risklerden meydana gelir⁶. Söz konusu kavramı dar yorumlayan bir tanıma göre ise siber risk, işin bozulmasına ve mali zarara yol açan kötüniyetli elektronik bir işleme karışan risklerdir⁷. Siber risk kavramını daha geniş perspektiften bakarak bilgi güvenliği riski⁸ veya bilgi sistemlerinin çökmesine neden olan risk⁹ şeklinde tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre siber risk, bilgi teknolojilerine bilgisayar sistemleri üzerinden gelebilecek çok sayıda riski kapsamaktadır.

Siber risk sigortası, kişileri ve kurumları siber risklerin sebep olduğu zararlardan korumayı amaçlayan bir sigorta türüdür¹⁰. Siber risk sigortası ile bilgisayar sistemlerine bir saldırı veya bilgi teknolojisi sistemlerinin bozulması riskine karşı birinci taraf ve üçüncü taraf zararları teminat altına alınır¹¹. Birinci taraf zararları, sigortalının rizikodan bizzat etkilendiği hallerde karşımıza çıkar. Üçüncü taraf zararında ise rizikonun gerçekleşmesiyle sigortalının üçüncü bir kişiye karşı sorumluluğu söz konusudur.

2. Siber Risk Sigortasının Sigorta Türleri Bakımından Değerlendirmesi

Türkiye’de siber risk sigortası sözleşmesi akdeden sigortacıların, bu sigortayla teminat altına aldığı haller; olaya müdahale, olayın araştırılması, mevzuata uyum ve yasal bilgilendirmeler, yasal savunma giderleri ve idari para cezaları, kimlik hırsızlığı takip hizmetleri, itibar korunması için halkla ilişkiler faaliyetleri, eski haline getirme, siber olay sonrası kaybedilen veri ve yazılımların olay meydana gelmeden hemen önceki mümkün olan en yakın hale

⁶ Biener, Christian / Eling, Martin / Wirfs, Jan Hendrik: “Insurability of Cyber Risk: An Empirical Analysis”, The Geneva Papers, 40, 2015, <https://www.genevaassociation.org/>, E.T. 24.12.2020, s. 132.

⁷ Mukhopadhyay, Arunabha / Chatterjee, Samir / Saha, Debashis / Mahanti, Ambuj / Sadhukhan, Samir K.: “Cyber-risk decision models: To insure IT or not?”, Decision Support Systems (2013), <http://dx.doi.org/10.1016/j.dss.2013.04.004>, E.T. 25.12.2020, s. 1.

⁸ Ögüt, Hulusi / Raghunathan, Srinivasan / Menon, Nirup: “Cyber Security Risk Management: Public Policy Implications of Correlated Risk, Imperfect Ability to Prove Loss, and Observability of Self-Protection”, Risk Analysis, Vol. 31, No. 3, 2011, s. 497.

⁹ Böhme, Rainer / Kataria, Guara: “Models and Measures for Correlation in Cyber-Insurance”, Workshop on the Economics of Information Security (WEIS) University of Cambridge, UK, 2006, <https://www.econinfosec.org/archive/weis2006/docs/16.pdf>, E.T. 24.12.2020, s. 4.

¹⁰ Tekin, Ufuk: “Hukukî Açıdan Siber Risk Sigortası”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 675.

¹¹ Romanosky Sasha / Ablon, Lillian / Kuehn, Andreas / Jones, Therese: “Content analysis of cyber insurance policies: how do carriers price cyber risk?” Journal of Cybersecurity, 2019, Volume 5, Issue 1, s. 1.

getirme masrafları olarak gösterilmektedir¹². Bununla beraber siber risk sigortalarında, siber şantaj, bilgi güvenliği ve gizliliği sorumluluğu ve ağ güvenliği sorumluluğu teminat kapsamına alınmaktadır. Bilgi güvenliği ve gizliliği sorumluluğu, üçüncü kişilere ve çalışanlara ait kişisel verilerin ihlali sonucunda ileri sürülebilecek tazminat talepleri veya veri koruma mevzuatının ihlal edilmesi sebebiyle maruz kalınan tazminat talepleri ve cezaları içermektedir. Ağ güvenliği sorumluluğu ise sigortalının bilgisayar sistemlerinde ortaya çıkan ve üçüncü kişilerin bilgisayar sistemlerinde hasara, değişikliğe, tahribata veya veri hırsızlığına yol açan siber olaylar sonucu üçüncü kişiler tarafından yönetilen tazminat talepleri ve savunma masraflarını içermektedir.

Siber risk sigortası zarar ve meblağ sigortaları ayrımı bakımından bir zarar sigortasıdır¹³. Ancak akdedilen siber risk sigortalarının zararı karşılamak noktasında kapsadığı teminatlara göre hem mal sigortası hem de sorumluluk sigortası olarak paket bir poliçe olduğu savunulabilir. Bu açıdan 27.08.2007 tarih ve 2007/9 sayılı Sigorta Sözleşmesi Konusu Teminatların Veriliş Şekline İlişkin Genelge¹⁴ uyarınca “*paket poliçede yer alan sözleşmelerin birbirleriyle ilgisi bulunmadığı gibi, her bir sözleşme de diğerinden bağımsızdır*”. Dolayısıyla hem mal sigortası hem de sorumluluk sigortası türlerinin konusu olan teminatları içeren siber risk sigortası sözleşmesi, ayrı ayrı bir mal sigortası ve bir sorumluluk sigortası olarak değerlendirilir¹⁵.

3. Siber Risk Sigortası Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Siber risk sigortası tarafları arasında bir uyumsuzluk vuku bulduğu takdirde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun altıncı kitabında yer alan hükümlerle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve münakid sigorta sözleşmesi hükümleri uygulanır. Binaenaleyh siber risk sigortası açısından Türk Ticaret Kanunu’nun sigorta türlerine ilişkin genel hükümleriyle birlikte, teminatın türüne göre mal veya sorumluluk sigortalarına ilişkin özel hükümleri uygulama kabiliyetini haizdir. Türk Ticaret Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde ise mezkûr kanunun 1451. maddesi gereğince Türk Borçlar Kanunu hükümleri siber risk sigortası sözleşmesi için de geçerlidir.

¹² <https://www.aksigorta.com.tr/yardim-merkezi/sikca-sorulan-sorular/kurumsal/siber-koruma-sigortasi>, E.T. 29.12.2020.

¹³ Tekin, s. 677.

¹⁴ <https://www.tsb.org.tr/images/Documents/SigortaSzlemesiKonusuTeminatlarınVerilişŞeklineİlişkinG.doc> E.T. 25.12.2020.

¹⁵ Karayazgan, Ahmet: Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 41.

Siber risk sigortaları Türk hukukunda özel düzenleme alanı bulmuş değildir. Zira bu sigortaya ilişkin genel şartlar düzenlenmemiştir. Ancak Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca sigorta sözleşmelerinin muhtevasının Hazine ve Maliye Bakanlığınca¹⁶ onaylanmış genel şartlara uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkan siber risk sigortasına ilişkin ise henüz genel şartlar belirlenmiş değildir.

SONUÇ

Siber risk sigortası, teknolojik gelişmeler ve insanların seçimlerinin yönlendirmesiyle gereksinim duyulmuş nispeten yeni bir sigorta türüdür. Bu sigorta türüne olan talep artarken, hukuki boşlukların yorumla ve yeni düzenlemelerle doldurulması uyumsuzlukların çözümü açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan sigorta sözleşmesinin himaye altına aldığı teminatlara göre sigorta türü belirlenip Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinin yanında dâhil olduğu sigorta türüne ilişkin özel hükümler de uygulama alanı bulacaktır. Uygulamada akdedilen siber sigorta sözleşmelerine bakıldığı zaman, bunların hem mal sigortalarına hem de sorumluluk sigortalarına uygun teminatları kapsadığı görülmektedir. Bu açıdan siber sigorta sözleşmesini paket poliçe olarak değerlendirmek ve ayrı ayrı mal ve sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümleri uygulamak gerekir.

KAYNAKLAR

Biener, Christian / **Eling**, Martin / **Wirfs**, Jan Hendrik: "Insurability of Cyber Risk: An Empirical Analysis", The Geneva Papers, 40, 2015, <<https://www.genevaassociation.org/>>, E.T. 24.12.2020.

Böhme, Rainer / **Kataria**, Guara: "Models and Measures for Correlation in Cyber-Insurance", Workshop on the Economics of Information Security (WEIS) University of Cambridge, UK, 2006, <<https://www.econinfosec.org/archive/weis2006/docs/16.pdf>>, E.T. 24.12.2020.

Furnell, Steven: "Home working and cyber security – an outbreak of unpreparedness?" <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1361372320300841?casa>

¹⁶ 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine Müsteşarlığı kapatılmış, görev yetkileri Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı'na geçmiştir, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf>, E.T. 29.12.2020.

_token=aCWpOvbkFq4AAAAA:REucivunfENa-558TZhC6Rs6m-2JKDI1xz
VEy25veB9qI6NxJaHgbaPEJHUEqLKscspLJUcZ83s>, E.T. 26.12.2020.

Karayazgan, Ahmet: Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Morgan, Steve: “Cybercrime To Cost The World \$10.5 Trillion Annually By 2025”, <<https://cybersecurityventures.com/cybercrime-damages-6-trillion-by-2021/>>, E.T. 24.12.2020.

Mukhopadhyay, Arunabha / **Chatterjee**, Samir / **Saha**, Debashis / **Mahanti**, Ambuj / **Sadhukhan**, Samir K.: “Cyber-risk decision models: To insure IT or not?”, Decision Support Systems (2013), <<http://dx.doi.org/10.1016/j.dss.2013.04.004>>, E.T. 25.12.2020.

Ögüt, Hulusi / **Raghunathan**, Srinivasan / **Menon**, Nirup: “Cyber Security Risk Management: Public Policy Implications of Correlated Risk, Imperfect Ability to Prove Loss, and Observability of Self-Protection”, Risk Analysis, Vol. 31, No. 3, 2011, s. 497-512.

Romanosky Sasha / **Ablon**, Lillian / **Kuehn**, Andreas / **Jones**, Therese: “Content analysis of cyber insurance policies: how do carriers price cyber risk?” Journal of Cybersecurity, 2019, Volume 5, Issue 1, s. 1-19.

Tekin, Ufuk: “Hukukî Açıdan Siber Risk Sigortası”, Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 672-683.

İnternet Kaynakları:

<<https://www.capita.com/sites/g/files/nginej146/files/2020-08/Ponemon-Global-Cost-of-Data-Breach-Study-2020.pdf>> E.T. 28.12.2020.

<<https://www.aksigorta.com.tr/yardim-merkezi/sikca-sorulan-sorular/kurumsal/siber-koruma-sigortasi>>, E.T. 29.12.2020.

<<https://www.cisa.gov/cybersecurity-insurance#>>, E.T. 28.12.2020.

<<https://www.haberturk.com/siber-saldirilar-2019-yilinda-hangi-ulkeleri-hedefliyor-2446393-teknoloji>>, E.T. 25.12.2020.

<<https://www.tsb.org.tr/images/Documents/SigortaSzlemesiKonusuTeminatlarVerilieklinelikinG.doc>> E.T. 25.12.2020.

10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine Müsteşarlığı kapatılmış, görev yetkileri Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı’na geçmiştir, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.1.pdf>, E.T. 29.12.2020.

SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI VE ÖNERİLER

Ezgi Başak Demirayak Ünal*

Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden bu yana sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak, özel düzenlemeler bir yana bırakılacak olursa, temelde 6102 sayılı Kanun’un 1423’üncü maddesi ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 11’inci maddesine dayalı olarak çıkarılan ve 28/10/2007 tarih ve 26684 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik olmak üzere iki düzenleme yürürlükte bulunmaktadır. Bu iki düzenleme, yükümlülüğün yerine getirilmesi hususunda genel olarak birbirini tamamlamakla birlikte yükümlülüğün ihlali söz konusu olduğunda birbiriyle çelişen düzenlemeler barındırmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanununun sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 1423’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yükümlülüğün ihlali hususunda “Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.” denilmektedir. 28/10/2007 tarihli Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesini düzenleyen 7’nci maddesine göre ise “Sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde düzenlenen Bilgilendirme Formu gereği gibi teslim

* Dr., Anadolu Üniversitesi.

edilmemiş yahut Bilgilendirme Formunda yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise, sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.”

Bu çelişki ne yazık ki 14/02/2020 tarih ve 31039 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik ile de giderilmemiştir. Her ne kadar Yönetmeliğin “Dayanak” başlıklı 3’üncü maddesinde yönetmeliğin “13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak” hazırlandığı belirtilmiş olsa da yaptırım konusunda TTK m. 1423 hükmü ile uyumlu olduğu söylenemez. Nitekim Yönetmelik incelendiğinde TTK m. 1423 hükmünde öngörülen itiraz yaptırımının uygulanmasına ilişkin ayrıntılara yer verilmediği gibi yürürlükten kalkan Yönetmelikten ayrılan yönlerinin de sınırlı olduğu görülmektedir. Anılan yönetmeliğin bir önceki yönetmelikte yer alan hükümle neredeyse aynı olan bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesini düzenleyen 7’nci maddesine göre “Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.”

Düzenlemeler arasındaki bu çelişki, doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkışına zemin hazırlamıştır. Bir kısmı burada özetlenecek olan bu görüşlerin bazılarının 14/02/2020 tarih ve 31039 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren yeni Yönetmelikte yer alan düzenleme karşısında yeniden değerlendirilmesinin gerektiği açıktır. Yaptırım hususunda doktrinde değerlendirme yapan kimi yazarlar Yönetmelik hükmüne hiç değinmezken, kimi yazarlar Kanunun yürürlüğe girmesiyle Yönetmelik hükmünün zımnen yürürlükten kalktığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmekte, kimi yazarlar ise Yönetmelikte yer alan hükmün 1423’üncü madde hükmüne uygun olmasını sağlayacak bir Yönetmelik değişikliği yapılmasına ilişkin beklenti ve temennilerini ifade etmektedirler. Bazı yazarlar aydınlatma yükümlülüğünün dürüstlük kuralı ya da culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi halinde açık düzenleme olmasa dahi ihlali halinde tazminat talep edilebileceğini ifade etmektedirler. Buna karşın bazı yazarlar 1423’üncü maddedeki düzenlemenin yetersizliğine haklı olarak dikkati çekmekte, özellikle sözleşme süresince aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak Kanun’da bir yaptırım öngörülmemiş olması karşısında Yönetmelik hükümlerinin

uygulanmasının bir zorunluluk olduğuna işaret etmektedirler. Yine bir görüşe göre TTK m. 1423'te belirtilen süre içinde itiraz hakkını kullanmayan sigorta ettiren, Yönetmelikte belirtilen haklardan da yararlanamamalıdır. Bir başka görüşe göre ise TTK m. 1423'te öngörülen yaptırım TBK m. 39 hükmünde yer alan iptal hakkıdır ve bu hususta kıyasen bir değerlendirme yapılmalıdır. Öte yandan TTK m. 1423 hükmünde öngörülen itiraz yaptırımının maddede yeterince detaylandırılmadığı ve sigorta şirketlerini aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlama anlamında da uygun bir yaptırım olmadığı da doktrinde ifade edilmektedir. Söz konusu görüşlerin bazılarının 14/02/2020 tarih ve 31039 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren yeni Yönetmelikte yer alan düzenleme karşısında yeniden değerlendirilmesinin gerektiği açıktır.

Düzenlemeler arasında bulunan söz konusu çelişki aynı zamanda Yargıtay'ın 11'inci ve 17'nci Hukuk Dairelerinin kararlarına da yansımakta, hem iki daire kararları arasında hem de dairelerin kendi kararları arasında farklılıklar gözlenmektedir. 11'inci Hukuk Dairesinin kararlarının çoğunda daha çok teminatın kapsamına ilişkin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde sigortacının rizikonun gerçekleşmesi sonucunda meydana gelen zarardan sorumlu olacağı vurgulanırken, kimi kararlarında TTK m. 1423'te belirtilen süre içinde itiraz hakkının kullanılmaması durumunda sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılacağı ve sözleşmede teminat dışı bırakılan hallerde sigortacının sorumluluğunun söz konusu olmayacağı belirtilmektedir. Dairenin ilk grupta yer alan kararlarında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki yaklaşımın korunduğu dikkati çekmektedir. Buna karşın 17'inci Hukuk Dairesinin kararlarının çoğunda TTK m. 1423'te belirtilen süre içinde itiraz hakkının kullanılmaması durumunda sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılacağı vurgulanmakta, bazı kararlarda ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde artık sigorta sözleşmesine dayanılamayacağı, olsa olsa Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre tazminat davası açılabileceği ifade edilmektedir.

Bu çalışmada sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin düzenlemeler, Yargıtay'ın 11'inci ve 17'nci Hukuk Dairelerinin kararları ışığında değerlendirilecek ve iki düzenlemenin birlikte uygulanması hususunda doktrindeki görüşler de dikkate alınarak öneriler sunulacaktır.

UZLAŞTIRMA KURUMUNUN ZARAR GÖRENİN SİGORTA ETTİREN OLDUĞU MAL SİGORTALARINDA TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİNE ETKİSİ

Belin Köroğlu Ölmez*

Bir ceza muhakemesi kurumu olan uzlaştırma, onarıcı adalet yaklaşımının bir aracı olup suçtan zarar gören kimsenin zararının giderilmesini amaçlar. Bu özelliği neticesinde uzlaştırma kurumu ile suçun, zarar gören nezdinde ortaya çıkan sonuçlarının giderilmesi sağlanır. Uzlaştırmaya konu suçların, aynı zamanda, mal sigortasında riziko olarak belirlenen fiilleri içermesi halinde ise ceza muhakemesine özgü olan uzlaştırma kurumunun, sigorta sözleşmeleri bakımından da sonuç doğurması kaçınılmazdır. Nitekim işlenen fiil neticesinde zarar gören kimsenin, bir mal sigortasının sigorta ettireni olması ihtimalinde; bu kimsenin aynı zamanda sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacıdan tazminat talep etmesi de söz konusu olabilecektir.

Uzlaştırma müzakerelerine katılabilecek kimseler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesinin 13'üncü fıkrasında; şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil olmak üzere sınırlı şekilde sayılmıştır. Zarar gören sigorta ettirenin kanuni temsilcisi, müdafî veya vekili sayılamayacak olan sigortacının ise uzlaştırma müzakerelerine katılması mümkün değildir. Bu durumda uzlaştırma müzakerelerine katılamayan sigortacının; uzlaştırmadan haberdar olması, ancak sigorta ettirenin beyanı ile olabilir.

* Dr..

Sigorta ettirenin borç ve yükümlülüklerinden biri olan beyan yükümlülüğü; Türk Ticaret Kanunu'nun 1435 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü; sigorta sözleşmesinin yapılmasında, sözleşme süresi içerisinde ve riziko gerçekleştiğinde olmak üzere üç farklı aşamada öngörülmüştür. Beyan yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, zarar gören sigorta ettirenin uzlaştırmaya dair beyanda bulunmasına ilişkin ayrıca özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda; uzlaştırma müzakerelerine katılacak kimseler arasında yer almayan sigortacının, uzlaştırma sürecinden haberdar olması TTK'nın 1447'nci maddesinde yer alan düzenleme ile sağlanabilir. İlgili maddenin 1'inci fıkrasına göre; *"Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak zorundadır. (...)"*. Uzlaştırma sonucunda tarafların uzlaşması ile zarar gören sigorta ettirenin zararının giderilmesi halinde sigortacının tazminat ödeme borcu, karşılanan zarar oranında ortadan kaldırılabılır. Bu nedenle sigorta ettirenin, uzlaştırma prosedürünün başlatıldığına dair sigortacıya bilgi vermesi; sigorta tazminatının kapsamının belirlenmesi bakımından gerekli görülmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesinin 13'üncü fıkrasına göre uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülecek olup uzlaşma süreci sonunda düzenlenen ve ilgili savcı tarafından onaylanması gereken uzlaşma raporuna/belgesine ilişkin bir gizlilik öngörülmemiştir. Bu nedenle söz konusu raporun/belgenin sigortacıya sunulması da TTK'nın 1447'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca sigorta ettirenin yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Buna ek olarak; uzlaştırma büroları ile sigortacılar arasında bilgi alışverişinin sağlanmasına yönelik bir sistem oluşturulması, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi bakımından önemlidir.

Sigorta sözleşmesi kapsamında belirlenen rizikolardan birinin gerçekleşmesi halinde; TTK'nın 1446'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleştiğini gecikmeksizin sigortacıya bildirmesi gerekir. Bu bildirim, sigortacının tazminat ödeme borcunun muacceliyeti bakımından da önem arz eder. Öyle ki TTK'nın 1427'nci maddesinin 2'inci fıkrasına göre sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcu; *"(...) rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve herhâlde 1446'ncı maddeye göre yapılacak ihbardan kırk beş gün sonra muaccel olur. (...)"*. Rizikonun gerçekleşmesine neden olan fiilin, aynı zamanda uzlaştırmaya tabi olması halinde ise ceza soruşturması aşamasında uzlaştırma kurumuna başvurulur. Ancak

uzlaştırma kurumunun işletileceği sürelerin, sigortacının tazminat borcunun muacceliyetine ilişkin sürelerden uzun olduğu görülmektedir. Zira uzlaştırmaya ilişkin CMK'nın 253'üncü maddesinin 12'nci fıkrasına göre; *"Uzlaştırma, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren **en geç otuz gün** içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaştırma bürosu bu süreyi **her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez daha** uzatabilir."* Söz konusu maddeye göre uzlaştırma işlemi, 70 güne kadar uzayabilir. Kaldı ki CMK'nın 253'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi uyarınca uzlaştırmaya tabi olan şikâyetle bağlı suçlardan -örneğin; mala zarar verme suçunun gerçekleşmesi halinde şikâyet süresi, Türk Ceza Kanunu'nun 73'üncü maddesine göre; failin ve failin kim olduğunun bilindiği veya öğrenildiği günden itibaren 6 aydır. Buna göre; bir kimsenin sigorta teminatı altına alınan evinin camlarının şüpheli tarafından kırılması ihtimalinde zarar gören sigorta ettirenin şikâyetle bulunması, bir diğer deyişle uzlaştırma kurumunun işletilmeye başlanması için 6 aylık bir sürenin geçmesi dahi mümkündür. Bu süreçte ise sigortacının tazminat ödeme borcunun muaccel olacağı açıktır. Buna ek olarak TTK'nın 1427'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre sigortacının, rizikonun gerçekleştiğine dair bildirimden itibaren üç ay içerisinde araştırmaları tamamlayamaması halinde; ön ekspertiz sonucuna göre belirlenecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak ödeme borcu doğar. Uzlaştırmının henüz başlamadığı bu halde, sigortacının avans olarak dahi ödeme yapması; zararının bir kısmını sigorta sözleşmesi ile karşılayan sigorta ettirenin, aynı zarar için uzlaştırma ile de tazmin edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu durum ise sigorta hukukunun temel ilkelerinden olan ve sigortanın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmasının engellenmesi amacına hizmet eden zenginleşme yasağı ilkesine aykırıdır. Bu nedenle; sigortacının tazminat borcunun muacceliyetine ilişkin TTK'nın 1427'nci maddesine, uzlaştırmaya ilişkin özel bir hükmün eklenmesi düşünülebilir. Eklenecek hüküm ile TTK'nın 1447'nci maddesi uyarınca sigorta ettirene yüklenebilecek uzlaştırmaya dair beyan yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde; sigorta tazminatının muacceliyetine ilişkin sürelerin işlemeyeceği öngörülebilir. Nitekim uzlaştırmaya ilişkin CMK'nın 253'üncü maddesinin 21'inci fıkrasında; dava zaman aşımı ile kovuşturma koşulu olan dava sürelerinin, uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek uzlaştırma bürosuna verdiği tarihe kadar işlemeyeceği öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme, sigorta hukukundaki süreler bakımından da TTK'ya eklenebilir.

Ancak bu durumda, ceza soruşturmasının uzun sürebileceği de göz önünde bulundurulmalı ve sigorta ettirenin bu nedenle ayrıca bir mağduriyet

yaşamalarının da önüne geçilmelidir. Sürelerin işlemeyeceğine ilişkin getirilecek özel düzenlemenin makul bir süre ile sınırlandırılması düşünülebilir. Bunun yanı sıra; sigorta ettirenin, mevcut düzenleme uyarınca öngörülen süreler içerisinde sigorta tazminatını aldıktan sonra ayrıca uzlaştırma yolu ile de zararını tazmin etmesi halinde, sigortacının ödediği tazminatın iadesini talep edebilmesi, bir diğer çözüm önerisi olarak değerlendirilebilir. Ancak tüm bu ihtimallerde sigortacının, uzlaştırma kurumundan haberdar olması gerektiği gözden kaçırılmamalı ve sigorta ettirene bu bildirimde bulunmaya ilişkin açık bir yükümlülük öngörülmelidir.

Uzlaştırmanın, mal sigortalarında, sigortanın taraflarının hak ve yükümlülüklerine etkisi bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise sigortacının rücu haklarının ve halefiyet sonucu kendisine geçen haklarının korunmasına ilişkindir. Sigortacının bu haklarının korunmasına ilişkin sigorta ettirenin yükümlülüğü; TTK'nın 1448'inci ve 1472'nci maddelerinde, sigorta ilişkisinin farklı aşamaları bakımından öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1448'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiği durumlarda, sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için imkânlar ölçüsünde önlemler almakla yükümlüdür. İlgili fıkra uyarınca öngörülen yükümlülük, rizikonun gerçekleştiği; ancak henüz sigorta tazminatının ödenmediği, bir diğer deyişle sigortacının halefiyet hakkının doğmadığı ana ilişkindir. Rizikonun gerçekleştiği ve gerçekleştiğinin 1446'ncı madde uyarınca sigortacıya bildirildiği bu ihtimalde, zarar gören sigorta ettirenin henüz sigorta tazminatı ödenmeden şüpheli ile uzlaşması mümkündür. Bu zaman diliminde yapılacak uzlaşmanın, TTK'nın 1448'inci maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen yükümlülüğe aykırılık olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira uzlaştırma imkânı, zarar görene kanun ile tanınmış olup salt TTK'da sigorta ettiren bakımından düzenlenen böylesi bir yükümlülük uyarınca bu imkânın kullanılamaması isabetli olmayacaktır. Aksinin kabulü halinde, zarar gören sigorta ettirenin uzlaştırma kurumundan faydalanması mümkün olmayacaktır. Ancak bu durumda TTK'nın 1447'nci maddesi uyarınca sigorta ettirenin, bildirim yükümlülüğü gözden kaçırılmamalıdır. Bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeksizin uzlaştırmanın yapılması ve tarafların uzlaşması, sonrasında ayrıca sigorta tazminatının da alınması halinde; TTK'nın 1448'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre sigortacı aleyhine bir durum yaratılmışsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır.

Sigorta ettiren bakımından öngörülen bu yükümlülüklerin, başkası lehine sigorta halinde; TTK'nın 1412'nci maddesi uyarınca sigortalı nezdinde doğacağı da gözden kaçırılmamalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca; rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, hukuken sigortalının yerine geçer ve ödediği tazminat miktarı oranında sigortalının zarardan sorumlu olanlara karşı sahip olduğu dava haklarına halef olur. Halef sıfatını haiz olan sigortacı; sorumlulara karşı başlatılmış dava veya takibi, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin devam ettirebilir. Sigortacının halefiyeti ile gerçekleşen taraf değişikliğinin, uzlaştırma kurumu bakımından da uygulanabilir olduğunu söylemek ise mümkün değildir. Zira ceza muhakemesine özgü bir kurum olan uzlaştırma ile onarıcı adalet yaklaşımına hizmet edilmekte olup uzlaştırma kurumu doğrudan mağdurun zararının tazmin edilmesini amaçlar. Bu nedenle sigorta tazminatını ödeyerek sigortalının halefi olan sigortacının uzlaştırma müzakerelerini devam ettirmesi söz konusu olamaz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre ise sigortalı, sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa sigortacıya karşı sorumlu olur. Rizikonun gerçekleşmesini takiben sigorta tazminatının ödenmesi; ancak daha sonrasında şüpheliden, uzlaştırma ile ayrıca tazminat alınması halinde bu durumun, TTK'nın 1472'nci maddesi ile sigortacıya tanıyan halefiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirlenmelidir. Sigortalının şüpheli ile uzlaşması sonucu, şüpheliye yöneltilebilecek tazminat talepleri ortadan kalkar. Bu ihtimalde, sigortacının halef sıfatıyla şüpheliye başvurmasının da önüne geçilir. Zira sigortacının, halefiyet hakkı uyarınca zarardan sorumlu olan kimselere yönelteceği dava ve talep hakkı, bir tazminat talebi niteliğindedir. Bu nedenle sigorta tazminatını alan sigortalının, sonrasında uzlaştırma kurumu ile şüpheliden ayrıca tazminat alması ve bu suretle şüpheliye yöneltilecek tazminat taleplerinin ortadan kalkması, TTK'nın 1472'nci maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre sigortalı, sigortacıya karşı sorumlu olacak olup uzlaştırmanın yapıldığını öğrenen sigortacı, ödediği sigorta tazminatının iadesini sigortalıdan isteyebilmelidir. Nitekim bu çözüm yolu ile zenginleşme yasağı ilkesi de korunacak olup sigortalının aynı zarar için birden fazla kez tazmin edilmesinin de önüne geçilebilir.

NÜKLEER ENERJİ PERSPEKTİFİNDE SİGORTA

Serdar Demirci*

Enerji, sanayileşmenin temel alt yapısını oluşturmakla birlikte; bilhassa konut, ısıtma, ulaşım gibi hayatın vazgeçilmez ihtiyaçlarının da kaynağıdır. Enerji konusu günümüzde ülkelerin gelişmişlik seviyelerinin belirlenmesinde de önemli ölçütlerden birisidir. Bu nedenle, enerji kaynakları ulusal ve uluslararası gündemde oldukça önemli bir yer tutar. Nitekim bugün dünya üzerinde yaşanan küresel siyasi mücadele ve silahlı çatışmaların temel sebebi, bilhassa enerji kaynaklarının paylaşılması noktasındaki yarışın bir uzantısıdır.

Ülkemiz açısından yeni, ancak gelişmiş birçok ülke bakımından yaklaşık yarım asırlık bir geçmişe sahip nükleer enerji hem politik bir tercih hem de zorunlu bir enerji kaynağı olarak karşımızda durmaktadır. Fosil enerji kaynakları açısından son derece yoksun olan ülkemizde, uzun bir süre işletim ömrüne ve çok düşük işletim maliyetlerine sahip olan, yakıt fiyatlarındaki değişimlerden etkilenmeyen ve çoğu enerji kaynağı ile kıyaslandığında daha çevreci ve çağdaş bir karakteristiğe sahip olan nükleer enerji, gerek ekolojik açıdan gerekse ülkemizin ihtiyaç duyduğu enerji açığını kapatma kabiliyeti bakımından vazgeçilmez gözükmektedir.

Bir yandan nükleer enerjinin önemli ve vazgeçilmez bir enerji kaynağı olduğu kabul edilirken; öte yandan sebep olduğu tehlike nedeniyle, nükleer tesislerin işletilmesi halen ciddi endişeleri beraberinde getirmektedir. Tam bu noktada üçüncü kişilerin ortaya çıkan zararlarından kimin, ne miktarda sorumlu olacağı konusu hayati önem taşımaktadır.

* Dr., İnönü Üniversitesi.

Nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğu, bir tehlike sorumluluğu türü olarak çoğu ülkenin iç hukuk mevzuatında düzenlenmiştir. Ancak işletenin yanı sıra, nükleer tesislerin faaliyetlerini sürdürebilmesi için, yatırım, inşaat, malzeme tedarik, taşıma ve servis hizmetleri gibi birçok alanda nükleer tesislerle bağlantılı çalışan kişilerin de nükleer bir kaza dolayısıyla sorumlulukları gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla, nükleer bir vakıa dolayısıyla meydana gelen sorumluluğun ve sorumluların tespitine yönelik öncelikle sağlam bir yasal zemin ile etkin ve hızlı bir idari yapıya oturtulmuş sorumluluk rejiminin ve sorumluluğun ifasını teminen adil bir tazminat sisteminin oluşturulması son derece önem arz etmektedir.

Tüm bu sorunların karşısında nükleer enerji alanında tesis ve sorumluluk sigortaları, hem işleticinin yatırımlarını teminat altına alacak hem de sorumlu kılınabilecek diğer kişilerle birlikte işleticilerin ekonomik anlamda uğrayacakları mali çöküntünün önüne geçecektir. Bu sayede kaza mağdurlarının uğradığı kayıpların telafisi noktasında da önemli bir güvence sağlanarak, kamusal menfaatin ihlali önlenecektir. Ayrıca anılan sigorta gerek nükleer enerji endüstrisini gerekse sigortacılık piyasasını canlandıracak bir çözüm mekanizması niteliği arz edecektir. Bu süreçte ülkemiz açısından nükleer enerji alanına ilişkin hem sorumluluk rejimi hem de sigorta konusu sınırları belirlenmesi gereken yeni bir alan niteliğinde karşımızda durmaktadır. Bu ihtiyaca cevap verebilme noktasında çalışmamızda, öncelikle nükleer enerji alanındaki AB üyesi çoğu ülkenin dahil olduğu uluslararası konvansiyonlar kapsamında oluşturulmuş sorumluluk rejimi ile ülkemizdeki mevcut duruma değinilerek, nükleer sorumluluk konusunun incelenmesi, ardından da nükleer sorumluluk sigortasına ilişkin uluslararası uygulama örnekleri kapsamında ülkemize ilişkin önerilerde bulunulmasına hedeflenmektedir.

Sigorta beklenmeyen bir olay neticesinde, olayın mağdurlarına yardım etmek ya da sadece hasara uğramış olan maddi değeri onarmak suretiyle, yaşanan olayın olumsuz sonuçlarını bertaraf ederek, finansal mevcut durumu eski haline getirme metodu olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan finansal anlamda ve ticari hayat açısından sigorta, risk transferi suretiyle, beklenmeyen bir olay ya da kazaya maruz kalan işletmelerin, olay öncesindeki mevcut bilanço dengelerine geri kavuşmak suretiyle, ticari varlıklarını sürdürmelerine olanak tanıyan mali bir güvencedir. Finansal riskin, mesleki olarak üstlendiği riskleri taşımak ve gerektiğinde bu risklere bağlı tazminat ödemelerini gerçekleştirmek noktasında uzman olan üçüncü bir kişiye, sigortacıya devri, sigortalı bakımından önem taşıdığı kadar işletme sahibi sigortalının sorumlu olduğu

üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması ve etkin bir tazminat sistemin sağlanması noktasında da hayati önemi haizdir. Ancak sigortanın fonksiyonu, sadece sigortalının ticari yaşamını etkileyebilecek yangın, doğal afetler, kâr kaybı, üçüncü şahıs sorumluluk vb. riskleri teminat altına alarak güvence sağlamak ve mağdurların zararlarını telafi etmekle de sınırlı değildir. Nitekim nükleer endüstri gibi içerdiği riskin maddi boyutları geri dönülemez sonuçlara neden olabilecek alanlarda faaliyet gösteren ticari işletmeler bakımından, ciddi bir kaza neticesinde üçüncü şahıslara yönelik meydana gelebilecek sorumluluk riski ve işletmenin bizzatı kendisinde oluşacak maddi kayıp, o işletmeyle birlikte ilgili tüm sanayi kolunu da derinden etkileyebilecek mahiyettedir. Bu nedenle nükleer enerjiye yönelik sigortanın, nükleer sanayinin gelişimi açısından da büyük önem taşıdığı göz ardı edilemez bir gerçektir. Hatta daha ileri giderek, nükleer enerji endüstrisinin ve uluslararası sorumluluk rejiminin bugünkü halinin, sigorta sektöründen bağımsız olarak gelişmediğini söylemek hiç de yanlış olmayacaktır.

Nükleer enerji alanında yer alan işletmeler, gerek tesislerine yönelik maddi zararları gerekse üçüncü şahıslara yönelik sorumluluklarını temin edecek bir finansal güvence olmaksızın, nükleer sanayi alanında faaliyet göstermek konusunda isteksizdir. Dahası, devletlerin bizzatı nükleer sanayi alanında yer almadıkları ve finansal güvence sağlamadıkları ülkelerde, nükleer sanayinin tesisi ve gelişimi noktasında, sigorta asli bir görev üstlenmiştir.

Nükleer sigorta, nükleer sorumluluk hukukunun temel unsurlarını belirleyici bir etkiye de sahiptir. Zira sorumluluk limiti, sigorta kapasitesinin büyüklüğüne; sorumluluğun zamansal sınırı da sigortacılık tekniğinin gerektirdiği esaslara bağlı olarak sınırlandırılmıştır. Sorumluluğun münhasır olarak işletene atfedilmesi ise, yine sigortacılık tekniği açısından mevcut kapasitenin işletici, sağlayıcı ve müteahhit arasında paylaşılmasından ziyade, tek bir poliçede toplanılması amacından kaynaklanmaktadır.

Diğer sigorta konularında olduğu gibi nükleer sigorta alanında da, azami iyi niyet (*uberrimae fidei*), sigorta menfaati (*insurable interest*), tesadüf (fortuity), tazminat (*indemnity*), halefiyet (*subrogation*) ilkesi gibi temel sigortacılık prensipleri ve sigortacılığa hakim ilkeler aynen geçerlidir. Ancak nükleer sigorta konusunda bilhassa *reassürans* ve riskin kabulüne yönelik *underwriting* süreci ayrı bir önem taşımaktadır.

Bunun ötesinde, nükleer enerji sonucu oluşan istisnai riskten, kamunun ve üçüncü kişilerin korunması sağlanırken; diğer taraftan da nükleer enerji sanayisinin menfaatleri göz ardı edilmeksizin yatırımcı, tedarikçi ve bağlantılı diğer kişilerin ekonomik anlamda yıkıcı nitelik taşıyan tazminat taleplerine

karşı korunması ve bir denge oluşturulması gerekmektedir. Nitekim, nükleer enerji alanında yer alan bu kişilerin olası bir kaza sonucu karşı karşıya kalacakları sınırsız sorumluluk halinin doğuracağı finansal sonuçlar ve sıkıntılar, söz konusu alanda çalışan işletmelerin iflas etmelerine neden olacaktır. Buna bağlı olarak da nükleer sanayinin ve teknolojisinin gelişimi sekteye uğrayacaktır.

Ülkemizde yakın tarihe kadar nükleer enerji alanında, kayda değer bir gelişme yaşanmamakla birlikte; 12.05.2010 tarihinde “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinde Akkuyu Sahasında Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma*” imzalanmış ve ülkemiz bu anlaşmayla nükleer enerji alanındaki ilk somut ve resmi adımı atmıştır. Bu süreçte ülkemiz açısından nükleer enerji alanına ilişkin hem sorumluluk rejimi hem de sigorta konusu sınırları belirlenmesi gereken yeni bir alan niteliğinde karşımızda durmaktadır.

**SİGORTA TAHKİM YARGILAMASINA
İLİŞKİN 19/6/2020 TARİHLİ
YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME
HUKUK GENEL KURULU KARARI
SONRASINDA BAŞKA BİR SORUN:
TEMYİZ İNCELEMESİNİN KAPSAMI
NE OLMALIDIR?**

Doğuş Taylan Türkel*

1. Sigorta sözleşmelerinden doğan talep hakları için sigorta ettiren, sigortalı ve diğer hak sahiplerinin “Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği” nezdinde oluşturulan “Sigorta Tahkim Komisyonu”na başvurarak bu komisyona üye olan sigortacıya karşı tahkim yargılaması başlatması devlet yargısına başvurmak konusunda önemli bir *alternatif* hâline gelmiştir. *Sigorta tahkime* başvuru son yıllarda olağanüstü derecede artmış ve görünen o ki, artmaya da devam edecektir. Ne var ki, sigorta tahkimin şu an karşı karşıya kaldığı iş yükü ile bu uyuşmazlık çözümünü yöneten hukuki alt yapı birbirine uygun değildir. Sadece Sigortacılık Kanunu m. 30’daki hükümler ile bu tahkim yolu kanuni olarak düzenlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu hükümlerin önemli bir kısmı kurumsal yapı ve Sigorta Tahkim Komisyonu’nun teşkilatıyla ilgilidir; *tahkim yargılamasıyla* ilgili hükümler oldukça sınırlı tutulmuştur.

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi.

Öte yandan var olan hükümler de yorum sorunları doğurmaktadır ve maalesef, yasama sürecinde çok da özenli davranılmadığı anlaşılmaktadır. Bu sorunların başında sigorta tahkim kararlarına karşı hangi yargısal merciye başvurulacağı, bu hususta iç tahkimde geçerli olan iptal davası yolunun bu işleteceği, yoksa temyize mi başvurulması gerektiği, temyize başvurulacak ise, bu yolun hangi kararlar için açık tutulduğu Yargıtay 17'inci ve 11'inci Hukuk Daireleri tarafından farklı şekilde yorumlanmıştır. Kanun yolu gibi hukuki güvenlik açısından oldukça hassas olan bir konuda yaşanan bu içtihat farklılığı beklenildiği gibi Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Genel Kurul'un 19/6/2020 tarihli ve E. 2019/4, K. 2020/1 sayılı kararı ile

“(...) Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi ile kurulan sigorta tahkim komisyonu itiraz hakem heyetinin bölge adliye mahkemelerinin faaliyetine başladığı 20.7.2016 tarihinden sonra itiraz üzerine verilen kararları temyiz kanun yoluna tabidir”

sonucuna varılarak ihtisas daireleri arasındaki içtihat birleştirilmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'na göre,

“6100 sayılı HMK’nın yürürlüğünden sonraki dönemde 13.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6327 sayılı Kanun ve 03.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6456 sayılı Kanun ile tam da tartışma konusu olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinde değişiklikler yapılmasına, özellikle ilk düzenlemede yer alan ve 1086 sayılı HUMK’nın 533. maddesindeki ‘hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizden nakz olunur’ şeklinde başlayan ve hakem kararlarının bozma nedenlerini düzenleyen adı geçen maddeye yapılan atıf kaldırılmasına, HUMK ve HMK’da yer alan bozma nedenlerine özellikle HMK’nın 439. maddesindeki hakem kararlarının iptali nedenlerine ilişkin düzenlemeye atıf (yollama) yapmak yerine temyiz nedenlerini 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinde dört durumu kapsar biçimde düzenlenmesine göre; kanun koyucunun sigorta tahkimde gerek HUMK gerekse HMK’daki genel sistematik düzenlemelerden ayrılarak sigorta tahkimini, iç tahkimden farklı hükümlere tabi kılmak istediği, sigorta tahkiminin yapısına özel ve kendine özgü bir düzenleme getirdiği sonucuna varılmaktadır”.

Sonrasında ise, Genel Kurul şu tespiti ortaya koymuştur: “Kanun koyucu açık bir şekilde kanun yoluna ilişkin tercihini temyizden yana kullanmıştır”.

2. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda itiraz hakem heyeti kararına karşı temyiz yoluna başvurulacağı belirtilmekle

birlikte *temyiz incelemesinin kapsamı* (içerik denetimi) hakkında bir görüş ortaya konulmamıştır. Dahası kararda yer alan şu tespit, temyiz incelemesinin SK m. 30/12’de yer alan sınırlı sebeplerin dışına çıkartılabileceği ve içerik denetiminin meşru görülebileceği yönünde haklı bir tereddüde sebep olmaktadır:

“Sigorta tahkiminde, iptal davası yerine doğrudan temyiz kanun yolunda ısrar edilmesindeki gerekçe, **esastan denetim ihtiyacının** karşılanmasıdır. Bu yolla özellikle davacılara ve aslında davanın tüm taraflarına daha fazla güvenin verilmiş olduğu düşünülebilir”.

3. Yukarıdaki görüşte yer alan *esastan denetim* ihtiyacı temyiz incelemesinin belirli sebeplere özgülenmeyeceği anlamına gelebilir. Bu yaklaşım ise, bizi, SK m. 30/12’nin kaynağını teşkil eden HUMK m. 533’ün içerik denetimine kapı aralayan yorumuna dair tartışmalara geri götürmektedir ki, bunlar HMK öncesinde Türk tahkim hukukunun en önemli sorunları arasında görülmüştür. SK m. 30/12 açısından da önemi bulunan söz konusu tartışmaları, aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

4. SK m. 30/12’in ilk hâlinde atıfta bulunulan ve daha sonra buradaki düzenlemede esas alınan temyiz sebepleri HUMK m. 533’te şu şekilde düzenlenmiş idi:

- “ 1. Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,
2. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
3. Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermemeleri,
4. Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri”.

5. HUMK m. 533’teki temyiz sebepleri, devlet mahkeme kararlarına karşı başvurulanan temyizden farklı olarak *sınırlı sayıdadır (numerus clausus)*. Ayrıca söz konusu temyiz sebepleri sadece *usûli* ihlâl ve eksilikliklere ilişkindir; maddi hukuka ilişkin ihlâller Yargıtay denetiminin dışında tutulmuştur. Kanunun lafzına göre, dört bent dışında kalan hukuka aykırılıklar hakem kararları için temyiz sebebi oluşturmaz. Ne var ki, Yargıtay HUMK m. 533’te yer alan dört bent dışında başka temyiz sebeplerini de kararlarında kabul etmiştir. Öğretide ise, bu konuda görüş birliği sağlanamamıştır. Bazı yazarlar HUMK m. 533’te yer alan sebeplerin hakem kararlarının temyizi için eksik kaldığını, burada sayılmayan başka sebeplerin de kabul edilmesi gerektiğini kabul

etmekte ve bu yönüyle Yargıtay uygulamasına dayanak oluşturmaktadır¹. Karşı görüş, sadece HUMK m. 533'te yer alan sınırlı sayıdaki temyiz sebebi ile hakem kararlarının denetlenmesinin tahkim kurumunun niteliğine uygun olduğunu belirtmektedir².

6. Hakem kararları için Yargıtay uygulaması tarafından kabul edilen temyiz sebepleri ise şunlardan oluşmuştur³: Kararının kamu düzenine aykırı olması⁴, kararının gerekçeye dayanmaması⁵, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesi⁶, hakemlerin kendi ücretleri hakkında karar vermeleri⁷. Bunların yanında, 28/1/1994 tarihli ve 1/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile tarafların esasa uygulanacak maddi hukuk kurallarına belirlemeleri durumunda hakemlerin bu kuralları doğru uygulamaması temyiz denetimine dâhil edilerek, Yargıtay'ın hakem kararları üzerindeki denetiminin kapsamı oldukça genişletilmiştir⁸. Böylece temyiz incelemesinin konusu sadece usûli

¹ Bkz. BELGESAY, M. Reşit, *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, İstanbul, 1939, s. 492; ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960, s. 420; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim*, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 128; ALANGOYA, s. 214, 215; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 768; ÖZBAY, s. 223-225; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul, Alkım, 2009, s. 630, 631.

² POSTACIOĞLU, s. 802; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6102.

³ Bu temyiz sebeplerinin ayrıntısı için bkz. ÖZBAY, s. 225-286; KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6103 vd.; DAYINLARLI, s. 120 vd.

⁴ Örneğin bkz. 13 HD, 26/9/1974, 2385/2161 (YKD 1976, S. 1, s. 75); 4 HD, 6/4/1981, 1117/4445 (YasaHD 1981, S. 6, s. 808); 15 HD, 22/9/1994, 3306/5128 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6077 = ManisaBD 1996, S. 58, s. 39).

⁵ Örneğin bkz. TD, 18/9/1972, 3429/3711 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6077); 15 HD, 22/9/1994, 3306/5128 (kaynak için bkz. bir önceki dn.).

⁶ Örneğin bkz. TD, 8/11/1960, 1745/2938 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6050); TD, 4/11/1965, 3323/3144 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6050); 15 HD, 28/6/1978, 1397/1421 (YasaHD 1978, S. 10, s. 1783); 15 HD, 16/3/1979, 161/512; 15 HD, 18/9/1989, 2130/3644 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6052).

⁷ İBK, 13/5/1964, 1/3 (RG, T. 8/7/1964, S. 11748) ve diğer örnek kararlar için bkz. 11 HD, 11/3/1974, 476/843 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6031); 11 HD, 1/7/1975, 1836/4532 (YKD 1976, S. 5, s. 683); 15 HD, 1/6/1995, 1497/3270 (KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 6031).

⁸ "[H]akem sözleşmesi veya şartında öngörülen maddi hukuk kurallarına hakemlerin uyup uymadıkları hususunun denetimini, yani hakem kararının temyizini tarafların istemeleri hali, taraflar için en tabii bir hak olmalıdır. Çünkü, taraflar, hakemlere maddi hukuk kurallarına uygun biçimde karar vermek üzere görev ve yetki vermişlerdir. Maddi hukuk kurallarına göre karar verilmesi hususu sadece mahkemelerin görev ve yetkisi içinde değildir. Bu uygulama için

ihlaller olarak görülmemiş ve kamu düzenini ihlâl etmese dâhi, taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanması da bu kapsamda değerlendirilmiştir.

7. SK m. 30/12'ye göre yapılacak temyiz incelemesinde öncelikle temyiz sebeplerinin burada yer alan dört hâl ile sınırlı olup olmadığı sorusuna kanımızca önem taşımaktadır. Acaba HUMK m. 533 hakkında dile getirildiği gibi, buradaki dört hâlin dışında temyiz sebepleri kabul edilebilir mi? Bu hususta HUMK m. 533'e dair geçmiş dönemdeki içtihat birikiminin kıyasen göz önüne alınması mümkün müdür? Yahut HUMK m. 533'e dair içtihatların da ötesine geçilerek itiraz hakem heyetinin kararlarına karşı herhangi bir sınırlama olmadan temyiz kanun yolu mu açık bırakılmalıdır? Nitekim, Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin temyiz kanun yolunu kabul eden kararlarında temyiz incelemesi hakkında bir sınırlamaya gitmediği de genel olarak görülmektedir. Bu uygulamanın SK m. 30/12 açısından hukuka uygun olup olmadığı ise sigorta tahkimi açısından temel bir yargısal sorunu oluşturmaktadır.

8. İşte açıkladığımız sorunlara, SK m. 30/12'nin amacı (*ratio legis*) dikkate alınarak, hukuk metodolojisinin izin verdiği sınırlar içerisinde cevap aranması gerekir. Bu Tebliğ'de bu sorunlara tutarlı cevaplar verilerek, SK m. 30/12'nin uygulanmasına bilimsel bir katkı yapılması amaçlanmaktadır.

tarafların hakemlere görev ve yetki vermeleri ve hakemlerin de bu görev ve yetkilerini maddi hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaları gerekir. [...]

Bütün bu açıklama ve kabulden şu sonuç çıkarılabilir: Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermedirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretideki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da gözönüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay'ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir" (İBK, 28/1/1994, 4/1, KazancıBB).

KAYNAKLAR

ALANGOYA, Yavuz, *Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.

ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960.

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, *Medeni Usûl Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

ATALI, Murat, *Pekcanıtez Usûl - Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2017.

BELGESAY, M. Reşit, *Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, İstanbul, 1939.

BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978. ALANGOYA, Yavuz /

BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol, *Medeni Usûl Hukuku*, İstanbul, Adalet, 2017.

BUDAK, Ali Cem, “Sigortacılıkta Tahkim – Sigortacılık Kanunu’nun 30. Maddesi, HMK’nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanır?”, *UTTDER*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2013, s. 53-69.

BUDAK, Ali Cem, “Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı (C. I)*, YÜHFD (Özel Sayı), 2016, Cilt: 13, Sayı: 2, 2016, s. 121-129. (Anılış: Değişiklikler)

ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul, Beta, 2016.

DAYINLARLI, Kemal, *HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim*, Ankara, Dayınlarlı, 1997.

EKŞİ, Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, İstanbul, Beta, 2013.

FİŞEKÇİ, Fehime Duygu, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’na Göre Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Gider Avansı Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 89, Sayı: 2, 2015, s. 202-212.

GÖRGÜN, Şanal, *Medeni Usûl Hukuku*, 5. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

KABUKÇUOĞLU-ÖZER, Fatma Dilek, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, İstanbul, XII Levha, 2012.

KALE, Serdar / TUNÇ-YÜCE, Müjgan, “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan (C. I)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 461-479.

KALPSÜZ, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

KARASU, Rauf, “Sigorta Tahkimle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 6, 2016, s. 49-69.

KARASU, Rauf, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

KARSLI, Abdülkadir, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası, İstanbul, Alternatif, 2012.

KURT-KONCA, Nesibe, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, *Fırat Öztan’a Armağan (C. I)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 1344-1365.

KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. VI, 6. Bası, İstanbul, Demir-Demir, 2001.

(Anılış: Hukuk Muhakemeleri Usûlü)

KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku – Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

MUŞUL, Timuçin, *Medeni Usûl Hukuku*, 3. Bası, Ankara, Adalet, 2012.

ÖZBAY, İbrahim / KORUCU, Yavuz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*, Ankara, Adalet, 2016.

ÖZBAY, İbrahim, “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, DEÜHFD*, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 779-811.

ÖZBAY, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2013.

ÖZBAY, İbrahim, *Hakem Kararlarının Temyizi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1-2, 2013, s. 831-855.

ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, İstanbul, XII Levha, 2009.

ÖZTEK, Selçuk, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, *MİHDER*, Cilt: 5, Sayı: 13, 2009, s. 221-251.

PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul, Vedat, 2017.

PEKCANİTEZ, Hakan / YEŞİLİRMAK, Ali, *Pekcanitez Usûl – Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, On iki Levha, 2017.

POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

SEMERÇİ-VURALOĞLU, Tuğba, “5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’nda Yer Alan Tahkim Hükümleri İle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı (C. II)*, YÜHFD (Özel Sayı), Cilt: 13, Sayı: 2, 2016, s. 269-312.

SÜRAL, Ceyda, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD*, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014 (Basım Yılı: 2015), 1377-1411.

ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, İstanbul, Vedat, 2016.

TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme Sorunu”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD*, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 469-482.

ULAŞ, Işıl, “Sigortacılıkta Tahkim”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan, BATİDER*, Cilt: 28, Sayı 4, 2007, s. 239-266.

UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Bası, İstanbul, (Yayınevi Belirtilmemiş), 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim*, 2. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

YEŞİLOVA-ARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan, “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usûlü ve Ayırt Edici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)”, *E-Journal of Yaşar University*, Cilt: 8, Özel Sayı, 2014, s. 275-379.

YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul, Alkım, 2009.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 3*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

SİGORTA GENEL ŞARTLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ESASLARI

Aybike Karahan Gökdere*

Toplumsal hayatta can ve malvarlığına yönelmiş çok çeşitli tehlikelerin mevcut olması dolayısıyla sigorta sözleşmelerinin sağladığı korumaya ihtiyaç bulunmaktadır. İş hayatı ve yaşam risklerinin artmasına bağlı olarak artan güven ihtiyacı, sigorta sözleşmelerinin sağladığı bu korumanın önemini artırmaktadır. Sigorta güvencesinin temelini teşkil eden sigorta sözleşmeleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1401 ile 1452. maddeleri arasında ve düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK. m. 1451 hükmü dahilinde, TTK'da hüküm bulunmadığı takdirde, sigorta sözleşmesi hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) ile de birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. Sigorta türleri için ayrı ayrı hazırlanan ve konumuz olan sigorta genel şartları ise, sigorta teminatının temelini teşkil eden bahse konu bu sigorta sözleşmelerinin tabi olacağı hukuki esasları belirler.

Esasen TTK m. 1425 ve SK m. 11 hükümleri çerçevesinde karşımıza çıkan sigorta genel şartları, her tür sigorta sözleşmesi için ayrı şekilde düzenlenmekte olup; sigorta sözleşmesinin temel muhteviyatını oluşturmaktadır. Sigorta genel şartları, sigortanın konusunu ve tarafların hak ve borçlarını düzenlemektedir. Bu kapsamda ele alınması gereken ilk husus, Borçlar Hukuku alanının temel prensiplerinden birini teşkil eden akit serbestisi ilkesinin varlığı dolayısıyla, sigorta genel şartlarının tanzimine ayrıca ihtiyaç olup olmadığının değerlendirilmesidir.

* Ar. Gör., İnönü Üniversitesi.

İkinci olarak; sigorta genel şartlarının sigorta sözleşmesinin taraflarının hak ve borçlarının tespitinde büyük öneme sahip olması dolayısıyla, bahse konu şartların hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir. Ayrıca sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi ile gerçekleşmesi muhtemel zararlara karşı korunurken; çoğunlukla sigorta ettirene nispetle güçlü konumda yer alan sigorta şirketlerine karşı da korunması gerekmektedir. Bu çerçevede, sigorta genel şartlarının denetimi de, hukuki niteliği ile yakından ilişkili olup; beraberce ele alınacaktır.

SK m. 11 hükmü çerçevesinde sigorta genel şartlarının denetim makamı tarafından salt onaylanmasını yeterli gören hüküm karşısında; uygulamada denetim makamı bahse konu şartları hem düzenlemekte, hem de onaylamaktadır. Bu husus, sigorta genel şartlarının hukuki niteliği açısından tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; sigorta genel şartlarının evveleminde genel işlem şartı niteliğinde olduğu söylemek mümkündür. Sigorta genel şartlarının TTK ve SK kapsamında bir tanımı mevcut olmamakla birlikte; belirli bir sigorta dalında yapılacak bütün sözleşmelerin içeriğine temel teşkil etmek amacına yönelik olan şartlar olması; bu şartların her bir sigorta dalı için ayrı şekilde önceden hazırlanmış olarak sigorta poliçesine ekli olması, bir sigorta dalında yapılan bütün sözleşmelerde yer alması gibi hususlar bahsolunan savı güçlendirmektedir. Bununla birlikte; genel şartların bizzat bahse konu denetim makamı tarafından düzenlenmesi ve onaylanması, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesi idari işlem olduğuna ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Sigorta genel şartlarının hukuki niteliğinin belirlenmesi, denetimi ile ilişkili olduğu kadar, tabi olacağı hukuki esasların tayini açısından da önem arz etmekte olduğundan, çalışma kapsamında bu husus da ele alınacaktır.

Çalışma kapsamında ele alınacak bir diğer husus, hangi tür sigorta sözleşmelerinin tüketici hukuku kapsamına gireceği ve bu doğrultuda sigorta genel şartlarının bahse konu ihtimal dahilinde tüketici hukuku alanına etkilerinin ne olacağıdır. SK, TBK, TTK ve TKHK kapsamında sigorta genel şartlarına uygulanacak hükümler mevcut olmakla birlikte; sigorta ettiren tarafın tüketici olması halinde, sigorta sözleşmesi ve dolayısıyla sigorta genel şartlarına uygulanacak hükümlerin tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda bahsi geçen kanun hükümlerinde sigorta genel şartlarına uygulanacak ortak nitelikte düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte TKHK m. 5 hükmünde yer alan, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları haksız şart olup; sigorta genel şartlarının haksız şart denetimine tabi olup olmadığı sorunu ile TBK m. 20 vd. hükümleri çerçevesinde genel işlem şartları denetimine tabi olup

olmayacağı hususlarının değerlendirilmesi lazım gelmektedir. Bu noktada ise; sigorta ettirenin tüketici olduğu durumlarda, sigorta hukuku çerçevesinde düzenleme alanı bulan koruyucu hükümlerin varlığının, TKHK'nın ve TBK'nın uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceği yahut aksine, bahse konu koruyucu hükümlerin tümünden yararlanabilme olanaklarının olup olmadığı hususları çalışma kapsamında etraflıca değerlendirilecektir.

Çalışma çerçevesinde ele alınacak bir diğer husus; konuya ilişkin olarak güncel bir gelişme sayılabilecek nitelikte olan, Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 tarihli E.: 2019/40 ve K.: 2020/40 sayılı iptal kararıdır. Bahse konu AYM kararı ile, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda ..." ibaresinin ve ikinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Hükmün 6704 sayılı Torba Yasa ile değişmesinin evvelinde, bahse konu maddede "Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır." düzenlemesi mevcut idi. 6704 sayılı Torba Yasa sonrasında ilgili maddede; zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatların *bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda* öngörülen usul ve esaslara tabi olacağı; söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak *bu Kanun ve genel şartlarda* düzenlenmeyen hususlar hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade olunmuştu. AYM'nin iptal kararı öncesinde konuya ilişkin olarak, sigorta genel şartlarının hukuki niteliğinin nasıl değerlendirileceği hususu tartışmaya açık nitelikte idi. Türk hukukunda ilgili mevzuat hükümleri, genel şartların idarece salt onaylanmasını öngörmekteyken; uygulamada idare genel şartları hem düzenlemekte, hem de onaylamaktadır. Bu minvalde, sigorta şirketlerinin zorunlu trafik sigortasından doğan sorumluluğunun kanun hükümleri yerine idare tarafından belirlenen Trafik Sigortası Genel Şartları ile belirlenmesi sorunu gündeme gelmiştir. İfade edilen kanunilik ilkesine aykırılık haricinde, tazminatların hesaplanması hususunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmasını da menfaatler dengesinin gözetilmesi açısından sakıncalı bulan AYM, belirtildiği şekli ile iptale hükmetmiştir. Esasen uğranılan zararın tamamının idare tarafından belirlenen Trafik Sigortası Genel Şartları çerçevesinde zarar mahiyetinde değerlendirilmemiş olması dolayısıyla sigorta şirketlerinden tazmin edilememesi sorununun çözülmesi amaçlanmıştır. Belirtmek gerekir ki; AYM'nin iptal kararı öncesinde m. 90 hükmü karşısında sigorta genel şartlarının hukuki niteliğinin nasıl değerlendirileceği tartışmaya açık bir husus idi. Ayrıca bu kapsamda, sigorta genel şartlarının düzenlenmesi ve

onaylanmasının idare tarafından gerçekleştirilmesinin ne derece gerekli olduğu da tartışmaya açıktır. Genel şartların idarece düzenlenmesi ve onaylanması sigorta ettireni koruma amacına matuf olmakla birlikte; esasen sigorta ettiren koruyucu hükümler vasıtası ile zaten korunmaktadır. Çalışma kapsamında iptal kararı öncesi ve sonrası durum belirtilen hususlar açısından etrafıca ele alınacaktır

Kaynakça

ACINAN, Hilmi; Sigortaya Giriş, İstanbul 1998.

ADIGÜZEL, BURAK; “Sigorta Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesinin Sınırları Bakımından Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Hükümlerinin Karşılaştırılması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009.

ARAS, Ecehan Yeşilova; Sigorta Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Kullanılması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015.

ATABEK, Reşat; Sigorta Hukuku, İstanbul 1950.

ATABEK, Reşat; “Sigorta Akdinin Yorumu”, Sigorta Hukuku Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Ağustos 1982.

ATAMER, Kerim; Sigorta Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında Uygulanacak Hükümler, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul Kasım 2004.

ATAMER, Yeşim M.; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.

ATAMER, Yeşim; Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK md. 6 ve TTK md. 55, F. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, TürkHukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara Nisan 2011.

ATAMER, Yeşim; Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.

AYDOĞDU, Murat; Genel İşlem Koşulları Şerhi, Ankara Mayıs 2018.

AYDOĞDU, Murat; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulanma Alanı, DEÜHFD, Cilt 13, Sayı 2, 2011

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet; Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2019.

BAHTİYAR, Mehmet; “Sigorta Poliçesi Genel Koşulları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XIX, Sayı 2, Aralık 1997.

BAHTİYAR, Mehmet; “Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırılabilmesi ve Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan ,Ankara 1998.

BAHTİYAR, Mehmet; “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 1-2, Ocak-Nisan 1996.

BOZER, Ali; Sigorta Hukuku, Ankara 1981.

CAN, Mertol; Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

CAN, Mertol; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara 2006. ÇEKER, Mustafa; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2019.

ÇEKER, Mustafa; Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, Genel Hükümler, Mal Sigortaları, Can Sigortaları, Sorumluluk Sigortaları, Adana 2003.

DOĞANCI, Doğa Ekrem; Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul Aralık 2018 EREN, Fikret; Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015.

HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

HAVUTÇU, Ayşe; “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetimi, Bir Yargıtay Kararı Hakkında Düşünceler”, İzmir Baro Dergisi, Sayı 4, Ekim 1998.

HIRSCH, Ernst; Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku, Ankara 1945.

KARACAN ÇETİN, Hatice; Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016.

KAYIHAN, Şaban / BAĞCI, Ömer; Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, Kocaeli 2018. KENDER, Rayegan; Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2017.

KENDER, Rayegan; “Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 6-7 Ocak 1984.

KENDER, Rayegan; “Police Verme Yükümlülüğüne Aykırılıktan Doğan Hukuki Sonuçlar, Sigorta Hukuku Dergisi, Sayı 1, Yıl 1997.

KORKMAZ, Sibel; Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir 2004.

MEMİŞ, Tekin; “Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Uygulanacak Hükümler, Sigorta Genel Şartları ve Yargısal Denetimi”, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul: 19-20 Kasım 2004.

OMAĞ, Merih Kemal; “Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.

ÖZDAMAR, Mehmet; Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009. POROY, Reha; “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978.

SİRMEN, Lale; Genel İşlem Şartları Kavramı, Genel İşlem Şartları Sempozyumu, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 80, Sayı 3, Eylül 2015.

ŞENOCAK, Kemal; “Sigorta Sözleşmesini Kurmaya Yönelik İcap Beyanının Kabulü veya Reddi Yönünde İrade Beyanı Açıklanmadan Önce Sigortacının İcaba Bağlılık Süresi İçinde Gerçekleşen Rizikodan Dolayı Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu Söz Konusu Olabilir Mi?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, Cilt XI, Sayı 1-2, Ankara: Haziran-Aralık 2007.

ŞENOCAK, Kemal; Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993.

ŞENOCAK, Kemal; Mesleki Sorumluluk Sigortası, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

ÜNAN, Samim; Sigorta Tüketici Hukuku, İstanbul Eylül 2016.

ÜNAN Samim; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1401-1452), İstanbul Ekim 2016. ÜNAN, Samim; Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998.

ÜNAN, Samim; “Kredi Sigortası Genel Şartları Hakkında Hukuki Açıldan Kısa Bir Değerlendirme”, Sigorta Hukuku Dergisi, Sayı 1, Yıl 1999.

TANDOĞAN, Haluk; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıldan Sınırlanması, Ankara 1977.

TEKİL, Fahiman; “Ticaret Kanununun Revizyonu Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

TEKİNALP, Ünal; “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986.

TEOMAN, Ömer; Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye'de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, İstanbul 1981.

ÜLGEN, Hüseyin ve KAYA, Arslan; “Takseli Kara Sigortalarında Esaslı Surette Fahiş Taksenin Hükümlerinden Hareketle Tenkisi Mümkün müdür?”, Ünal Tekinalp'e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, 1. Cilt, İstanbul 2003.

ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

YABANCI PARA ÜZERİNDEN YAPILAN SÖZLEŞMELERDE BEDEL İÇİN KAMBIYO SENEDİ VERİLMESİ HALİNDE KUR FARKI ALACAĞI

Mehmet Özdamar*

Ülkemizde yaşanan ekonomik gelişmelerin hukuk alanında birçok soruna yol açtığı aşîkardır. Özellikle döviz kurlarının sürekli şekilde değışkenlik göstermesi, özellikle yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelerdeki bedellerin Türk Lirası üzerinden ödenmek istenmesi halinde hukuki uyşmazlıklar meydana gelmektedir. Esasen peşin ödemelerde bu sorunun yaşanma ihtimali olmamasına karşın özellikle vadeli veya taksitli satışlarda veya uzun dönem yabancı para üzerinden yapılan kira sözleşmelerinde bu sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira bir tarafta serbest irade ile yapılan sözleşmelerdeki hükümlere sadakat (ahde vefa) ilkesi diğer tarafta artan döviz kurları sebebiyle borçlunun ciddi şekilde zarara uğraması sebebiyle taraflar arasında hukuki uyşmazlıklar meydana gelmektedir.

Özellikle 2018 yılının ikinci yarısında döviz kurlarında önemli dalgalanmalar yaşanmıştır. Ülkemizde uygulanan para politikası sebebiyle uzun süredir bu şekilde dalgalanma yaşanmaması sebebiyle sözleşmelerin yabancı para üzerinden kurulmalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Döviz kurlarındaki dalgalanmalar sebebiyle de bilhassa yabancı para üzerinden ciddi miktarda borcu özel sektör işletmelerinin zor duruma düştükleri ve borçlarını ödemede zorlandıkları gözlemlenmiştir. Bunun üzerine önlem almak isteyen kamu idaresi, öncelikle Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

değişiklik yapılmasına dair 12.09.2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı çıkarılmış ve dövizle borçlanmak ve sözleşme yapmak belirli istisnalar dışında yasaklanmıştır. Söz konusu istisnaları göstermek üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 2018-32/52 sayılı Tebliğ çıkarılmış ve hangi konularda yabancı para üzerinden sözleşme yapılabileceği ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Alınan önlemler ve uygulanan sıkı para politikası sonucunda döviz kurları 2018 yılının sonlarında daha düşük seviyelere inmiştir. Ancak yaşanan dalgalanmalar sırasında çok sayıda şirket konkordato yoluna başvurmak durumunda kalmış; tabi caizse konkordato talepleri ticari hayatta domino etkisi yaratmıştır.

Gelinen bu noktada, yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelerdeki borcun uzun vadede Türk Lirası üzerinden ödenmesinin kararlaştırılması halinde, dövizde yaşanan dalgalanmalar sebebiyle ortaya çıkabilecek kur farkının ödenmesi yönünde talepler ortaya çıkmaktadır. Alacaklı olan taraf, özellikle yurt dışından ithal edilen malların yurt içinde satışı için yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelerin ifası esnasında sıkıntı yaşayabilmektedir. Borcun Türk Lirası üzerinden taksitlendirilmesi veya vadeye bağlanması halinde, dövizdeki dalgalanmalar kur farkını ortaya çıkarmaktadır. Taraflar sözleşmede kur farkının ne şekilde karşılanacağını, alacaklı ya da borçlunun buna katlanacağını kararlaştırmaları halinde aslında ortada bir hukuki sorun kalmayacaktır. Zira her iki taraf da ileride böyle bir kur farkının doğabileceğini öngörmüş ve buna ilişkin önlemlerini sözleşmede almış olurlar. Buna karşılık sözleşmede bu şekilde bir düzenleme olmaması halinde taraflar arasında hukuki bir sorun yaşanması muhtemeldir.

Tebliğ’de, yukarıda izah edilen hukuki uyumsuzluklar çerçevesinde özel olarak ele alınmak istenen konu, yabancı para üzerinden yapılan sözleşmelerdeki borcun ifası için Türk Lirası alacaklı vadeli bono veya ileri tarihli çek keşide edilmesi halinde ortaya çıkan kur farkına kim tarafından katlanılacağı meselesidir. Konuya ilişkin Yargıtay kararları da ele alınarak borçlar ve ticari hukuku kuralları çerçevesinde bir çözüm yolu aranmaya çalışılmıştır.

ELEKTRONİK ÇEK

Mehmet Çelebi Can *

Türk ekonomisi bakımından çek uygulaması o kadar dinamik bir yapıdadır ki, bu kurumun ekonomiye olan etkisine kanun koyucunun kayıtsız kalamadığının anlaşılması bakımından, konuya ilişkin mevzuatın tarihi gelişimine bakılması tek başına yeterli olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun *çekte* ilişkin düzenlemelerinin yanı sıra mülga 19.3.1985 tarih ve 3167 sayılı *Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun* döneminden 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı *Çek Kanunu* dönemine geçiş ve Çek Kanunu'ndaki sürekli değişiklikler söz konusu dinamik yapının birer tezahürüdür. Tam da bu noktada, Türkiye Büyük Millet Meclisi nezdinde milletvekillerinin kanun teklifi hazırlamalarına yönelik olarak, 2019 yılının sonlarına doğru *Elektronik Çek ve Bono Kanunu* çıkarılması için Ticaret Bakanlığı öncülüğünde cesaretlendirici çağrılar yapılmış ve bir taslak çalışması da kamu kurumlarının ve diğer ekonomi suçlerinin görüşlerinin alınabilmesi için kamuoyuna duyurulmuştur.

Tebliğimizde söz konusu taslak bağlamında *Elektronik Çek* Kurumu incelenmiştir. Mer'i mevzuata göre çek, esasen bankalarca bastırılan çek defterlerindeki çek yapraklarından oluşan kağıt çek sistemine dayanır (ÇekK m.2/5). Her ne kadar ÇekK m. 2/9'a göre, TTK m. 780'de aranılan şartları taşıyan bir senedin, ÇekK m.2'deki koşulları karşılamasa dahi çek olarak geçerliliğinin etkilenmeyeceği düzenlemesi karşısında, çekin kağıt üzerinde düzenlenmesinin gerekmeyeceğini herhangi bir obje üzerinde düzenlenebileceğini teorik olarak iddia etmeyi de mümkün kılmaktadır. Ayrıca bu nokta da, poliçe, bono, çek,

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi.

makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetlerin güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyeceğine ilişkin TTK m. 1526/1 hükmü de gözetildiğinde, çekin hiçbir şekilde dijital olarak düzenlenemeyeceği, zira mutlak suretle el ile atılan bir düzenleyen imzasını taşıması gerektiği sonucuna varılır. İşte mer'i mevzuattaki bu engelleri aşmak üzere, çek ve bononun elektronik ortamda düzenlenmesine, devrine ve ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen bir kanun için söz konusu taslak gündeme taşınmıştır.

Söz konusu taslağa göre elektronik çek, muhatap bankanın sistemi üzerinden düzenlenecek ve çek hesabı sahibinin her talebinde, muhatap banka tarafından en az on boş çek kaydı tanımlamak suretiyle bu sistemi açık tutacaktır. Çek hesabı sahibinin güvenli elektronik imzasını veya elektronik kimlik doğrulama yöntemiyle oluşturulan kaydın işlenmesi ile çek düzenlenmiş olacak ve bu sistem üzerinden ilgili kanundaki diğer şartları da taşıması şartıyla söz konusu *kayıt* geçerli bir elektronik çek sayılacaktır. Lehtar, adına düzenlenen çeklere hesabının bulunduğu herhangi bir bankanın sistemi üzerinden ve en geç elektronik ibraz başlangıç tarihine kadar onay verebilir. Onay, zilyetliğin devri niteliğinde olup; onaylanan çek, düzenlendiği tarihten itibaren hüküm doğurur. Düzenleyen, onaylanmamış çeki düzenleme tarihinden üç gün geçtikten sonra değiştirebilir veya geri alabilir. Geri alınan veya elektronik ibraz başlangıç tarihine kadar onaylanmayan çek düzenlenmemiş sayılır. Ayrıca çekin cirosu ve aval verilmesi dahil sair kambiyo işlemlerine ilişkin de çeşitli düzenlemelere de söz konusu taslak da yer verildiği görülmektedir.

Elektronik çeki ilişkin soru ve sorunlara değinmeden önce son bir hususa vurgu yapmak son derece önemlidir. Bu tasarıda düzenlenen husus elektronik çek kurumu olup sadece bir *kayıt* söz konusudur. Yoksa ne TTK ne de ÇekK anlamında bir varakaya dayalı *senet* mevzuu edilmemektedir.

Elektronik çek ile gündeme gelen soru ve sorunlar ise şu şekilde sıralanabilir. Elektronik çeki ilişkin kaydın oluşturulma tarihi sistemden açıkça anlaşılabileceğine göre, ÇekK Geçici m. 3/5 ile adeta her sene güncellenerek yasal kılıf sağlanan *ileri tarihli çek* uygulaması, elektronik çekler bakımından artık *kaydın oluşturulma tarihi* ile *kayıtta yer alan düzenleme tarihi* farklılıklarıyla yeni tartışmaları gündeme getirecektir. Hele ki, taslaktaki gibi *düzenlenme tarihi* ve *ibraz başlangıç tarihi* adı altında yeni kurumlar ihdas edilmesi bu tartışmaları körükleyecektir. Elektronik çeklerde açıkça lehtarın ad ve soyadından bahsedilmesi ve lehtarın adına düzenlenen çeklere hesabının bulunduğu herhangi bir bankanın sistemi üzerinden ve en geç elektronik ibraz başlangıç tarihine kadar onay verebilecek olması ile onayın zilyetliğin devri olarak nitelendirilmesi karşısında, gündemdeki taslakta bulunmamasına göre, hamile

yazılı elektronik çeklerin varlıklarıyla ülke ekonomisini meşgul etmeyeceği açıktır. Aynı şekilde, açık elektronik çekin ve hatta beyaz cironun da söz konusu taslağa göre düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Bunlara ilaveten elektronik çekte imza, ciro, aval, iptal, haciz ve benzeri hususlara ilişkin gündemde olan taslak ile TTK ve ÇekK düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Yukarıdaki tüm anlatımlar karşısında, aslında bir ödeme aracı olsa dahi, kambiyo senedi vasfı ile soyut bir borç doğuran çekin, bir de elektronik ortamda düzenlenmesine cevaz verilmesi, dijital güvenliğe yönelik şüphelerin arttığı günümüzde zamanlama açısından ne kadar isabetli kabul edilebilir. Ayrıca elektronik çek, normal çeke göre birtakım ek prosedürler de getirmesi nedeniyle ticari hayatta tercih edilen bir enstrüman da olmayabilir. Son olarak gerek lehtara gerekse devralan olarak sonraki hamillere sistem üzerinden onay mecburiyeti getirilmesi, bir taraftan hamile yazılı çek uygulamasını ortadan kaldırması diğer taraftan da bu kişileri de sistem üzerinden kayıt altına alması bakımından elektronik çekin tercih edilmemesine sebep verecek diğer hususlardır. Her ne kadar, elektronik çek ile ekonomiyi kayıt altına alma kulağına hoş gelen bir slogan olsa da, ekonomi süjelerine tedirginlik yaratması kaçınılmazdır. Ayrıca uygulamada, borç nakit ödenene kadar teminat olarak verilen çeklerin yaygınlığı ve bunların muhasebe kayıtlarında dahi perdelenerek işlenmesi karşısında, elektronik çek prosedürleri kurumun ilk başta benimsenmesini engelleyecek bir etki doğuracaktır. Nitekim, kuvvetle muhtemeldir ki, kamuoyuna duyurulan elektronik çek ile ilgili taslakta bu nedenle meclis gündemine taşınmamıştır.

Son olarak, dijital dünyadaki çığır açan e-ticaret kapsamındaki gelişmeler karşısında, ticaret hayatının gerektirdiği sürat ve güvenlik ihtiyacı, bu alanda da ödeme aracı olarak elektronik çeki sürekli gündemde tutacaktır. Bu kaçınılmaz dönüşümün ilk ayağı da çekte karekod uygulaması olup, mer'i mevzuatımıza 15/07/2016 tarihinde kabul edilen 6728 sayılı "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile zaten girmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla elektronik çeke ilişkin alt yapının önemli bir kısmı karekod uygulaması ile zaten oluşturulmuştur. Bu gerçeklikler karşısında gecikmeli de olsa, elektronik çek ile ilgili bir yasal düzenlemenin meclis gündemine geleceği kanaatindeyiz.

KAMBIYO SENETLERİNE DAYALI MENFİ TESPİT DAVALARINDA İSPAT YÜKÜ AÇISINDAN “HAYATIN OLAĞAN AKIŞI” KAVRAMI

Yaşar Can Göksoy*

Kambiyo senedine dayalı menfi tespit davalarında, senede karşı senetle ispat kuralı gereğince, davacının kambiyo senedi nedeniyle borçlu olmadığı iddiasını yazılı (kesin) delillerle ispatlaması gerekir. Belirli delillerle ispat zorunluluğu öngören HMK'daki delil sisteminden kaynaklanan bu durum, zaman zaman somut olayda hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Kambiyo senetlerinin sebepten soyut olma niteliğinden dolayı, günlük hayatta çok çeşitli amaçlara yönelik olarak düzenlendikleri ve birçok durumda kötüye kullanıldıkları görülmektedir. Senet borçlusunun, senedin dayandığı temel ilişkiyi ve bu ilişki nedeniyle borçlu olmadığını yazılı delillerle ispatlaması birçok durumda mümkün olamadığından, sadece ispat hukukunun katı kuralları nedeniyle gerçekte borçlu olmadığı bir tutarı ödemek zorunda kalması adalet duygusunu zedeleyici bir durumdur. Birçok somut olayda, borçlunun senetten dolayı borçlu olmadığına delalet eden kuvvetli emarelerin var olmasına karşın, bunların ispat hukuku açısından yazılı (kesin) delillerle ispat kuralının şartlarını yerine getirmemesi durumunda, mahkemeler tarafından borçlunun iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle menfi tespit davası reddedilmektedir.

Şekli gerçeği merkez alan senetle ispat zorunluluğu gibi ispat hukuku kurallarının, maddi gerçeğe ulaşma amacından kopuk ve bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, kambiyo senedi nedeniyle

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi.

borçlu olmadığının tespiti talep eden davacının bu iddiasında haklı olduğunu gösteren kuvvetli emareler var olduğu takdirde, bunlar hiç dikkate alınmaksızın sadece ispat hukukuna ilişkin gerekçelerle menfi tespit davasının reddedilmesi isabetli olmayacaktır. Özellikle, davanın dayandığı maddi vakıalar ile bunların meydana getirdiği emareler bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının borçlu olmadığı yönündeki iddiaları, genel yaşam tecrübelerine göre anlaşılabilir ve kabul edilebilir olduğu halde, sadece senede karşı senetle ispat yükünün yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın reddedilmesi, maddi gerçeğin tamamen hiçe sayılması anlamına gelir. Böyle bir yaklaşım, somut olay adaletine aykırı sonuçlar meydana getirecektir. Bu bakımdan, mahkemelerin genel yaşam tecrübelerine göre herkes tarafından açıkça anlaşılabilen emare delillerini dikkate alarak bir karar vermesi gerekir.

Bu çerçevede, “hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karineler, birbirinden farklı hukuk dallarına ilişkin çeşitli Yargıtay kararlarında, ispat yükünün belirlenmesine yönelik olarak uzun yıllardan beri kabul edilmektedir. Buna karşılık, kambiyo senetlerine dayalı menfi tespit davalarında, Yargıtay’ın bu konudaki yaklaşımı daha katı olmuştur. Şöyle ki, dava tarafları arasında kambiyo senedi düzenlenmesini olası kılan herhangi bir ticari ya da hukuki ilişkinin bulunmaması ve benzeri emarelere dayandırılan menfi tespit talepleri, Yargıtay tarafından soyutluk ilkesi ve senede karşı senetle ispat kuralı gerekçeleriyle gibi uzun yıllardan beri isabetli görülmemiştir.

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2017/19-827 – K. 2019/689 sayılı ve 18.6.2019 tarihli kararında, “ ... Ancak davalının, bankadan kredi çekmek suretiyle kendisinden toplam 67.000,00TL bedel ile daire satın alan davacıya 900.000,00TL gibi davacının mali durumu ile izah edilemeyecek yüksek meblağı herhangi bir teminat olmaksızın elden verdiği iddiasının hayatın olağan akışına (genel hayat tecrübelerine) aykırı olduğu, hayatın olağan akışına dayanan kişinin, artık iddiasını ispatla yükümlü olmadığı, senedin tanzim edildiği 2009 tarihi itibarıyla 900.000,00TL miktarında bir paranın genellikle banka aracılığıyla el değiştirdiği, 5083 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletin Para Birimi Hakkında Kanun ve bu kapsamda çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 01.01.2009 tarihinden itibaren YTL kullanımından vazgeçilerek yeniden TL ibaresine geçildiği, bu nedenle senetteki bedelin tanziminde kavram karışıklığı nedeniyle senetteki yazı ile gösterilen bedelin, rakamla gösterilen bedelden bin kat fazla olduğu dikkate alındığında mahkemece eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi yerindedir ... “ gerekçelerine yer verilmek suretiyle, kambiyo senedine dayalı menfi tespit davasında, hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karinelere göre ispat yükünün davacının davalıya geçebileceği kabul edilmiştir.

Bu haliyle, yukarıda bahsi geçen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, kambiyo senedine dayalı menfi tespit davalarında somut olay adaletinin sağlanması bakımından son derece önemlidir. Uygulamada kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkesi kötüye kullanılmak suretiyle adeta “gerçek olmayan borçların yaratılması” sıklıkla karşılaşılan bir durum olduğundan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararında açıklanan “hayatın olağan akışı” kavramına dayalı olarak böyle kötüye kullanmaların engellenmesi mümkündür. Böylelikle, maddi gerçeğin ispat kurallarına feda edilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Diğer yandan, kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesinin gereği olarak, menfi tespit davalarında “hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karinelerin uygulanmasına belirli sınırlar getirilmelidir. Bu çerçevede, dava tarafları arasında herhangi bir ticari veya akdi ilişkinin bulunmaması, tek başına hayatın olağan akışından kaynaklanan bir fiili karine olarak değerlendirilemez. Aksi takdirde, kambiyo senedinin geçerliliği dava tarafları arasında bir hukuki ilişkinin varlığı şartına bağlanmış olacağından, kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi tamamen yok sayılmış olacaktır. Bu bakımdan, davacının “hayatın olağan akışı” fiili karinesine dayanabilmesi için, davacının iddialarını destekleyen kuvvetli emarelerin varlığı aranmalı ve ancak genel yaşam tecrübelerine göre kambiyo senedinin geçerli bir borç ilişkisine vücut vermediği anlaşıyorsa ispat yükünün yer değiştirmesi kabul edilmelidir.

Buna karşılık, kambiyo senedinin üçüncü kişilere devredilmesi durumunda, hayatın olağan akışı fiil karinesine dayanan bedelsizlik iddiasının senedi devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi kambiyo senetlerine ilişkin hükümler uyarınca kural olarak mümkün değildir. Diğer yandan, senedi devralan hamilin “bilerek borçlunun zararına hareket ettiği” hallerde (TTK m. 659/2, 825/2), bu türden iddiaların hamile karşı ileri sürülmesi mümkündür. Dolayısıyla, kambiyo senetlerine dayalı menfi tespit davalarında, hayatın olağan akışı kavramından kaynaklanan fiili karinelere dayanan bedelsizlik iddialarının, senedi devralan hamile ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığının da “bilerek borçlunun zararına hareket” kriterine göre değerlendirilmesi gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, bu çalışmanın amacı, kambiyo senedine dayalı menfi tespit davalarında, davacı borçlunun bedelsizlik iddialarının “hayatın olağan akışı” kavramından kaynaklanan fiili karinelere dayalı olarak ispatının mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse hayatın olağan akışı kavramının bu tür davalarda ispat aracı olarak kullanılmasının özellikle kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi tarafından çizilen sınırlarının belirlenmesidir.

REHİN CİROSUNA İLİŞKİN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Birgöl Sopacı Öztuna *

Rehin cirosuna ilişkin günümüzde hala varlığını sürdüren sorunlar bulunmaktadır. Uygulamada karşımıza çıkan ve Yargıtay kararlarına konu olan, rehin cirosunun teminat fonksiyonuna sahip olup olmadığı, rehin cirosunun beyaz ciro ile yapılıp yapılamayacağı, çekte (özellikle ileri tarihli çekte) rehin cirosunun mümkün olup olmadığı ve teminat amaçlı gizli rehin cirosunun hukuki sonuçlarının ne olacağı ile rehnedilen senet alacağının rehnedilen ciran-
tanın borcundan önce mi sonra mı muaccel olması gerektiği soruları haliha-
zırda doktrinde tartışılmaktadır. Bu tebliğ, rehin cirosunda tartışmalı olan ko-
nuları bir arada inceleyerek, doktrin ve Yargıtay kararlarıyla gözden geçirmek
suretiyle değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

TK m. 689’da düzenlenen rehin cirosu, kambyo senedindeki alacak hakkı üzerinde senet hamili lehine rehin hakkı oluşturmak amacıyla yapılır (TK m. 689/1; OR Art. 1009/1). TK m.689 hükmünde belirtildiği üzere rehin cirosu, “bedeli teminattır”, “bedeli rehindir” veya rehni belirten diğer herhangi bir ibare düşülmek suretiyle yapılır.

Öncelikle, **rehin cirosunun teminat fonksiyonuna sahip olup olma-
dığı**, başka bir ifadeyle kambyo senedini rehin cirosuyla devralan hamilin, se-
net bedelinin ödenmemesi durumunda rehnedilen cirantasına karşı müracaat
hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu ele alınacaktır. Cironun teminat
fonksiyonu, TK m.685 hükmünde, “*Aksi şart edilmedikçe, ciranta poliçenin*

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi.

kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden sorumludur.” şeklinde ifade edilmiştir.

Rehin cirosunda rehnedenden cirantanın mülkiyet hakkı devam ederken, rehin cirosu ile devralan hamilin senetteki hak üzerinde sınırlı bir ayni hakkı, yani rehin hakkı doğmaktadır. Bu durumda rehnedenden ciranta, rehnelen hamile karşı müracaat borçlusu konumunda sorumlu tutulabilir mi? Rehin cirosuyla devralanın, senedin ödenmemesi halinde diğer senet borçlularına karşı müracaat hakkını kullanabileceği, hatta müracaat borçlularının rehnedenden ciranta ile aralarındaki ilişkiden doğan defileri hamile ileri süremeyeceğini öngören TK m.689/2 hükmünden anlaşılmaktadır. Buna karşılık rehin cirosu yapana müracaat edip edemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay’ın ise rehin cirosunda teminat fonksiyonunun olmadığına dair kararları bulunmaktadır.

Rehin cirosunun beyaz ciro ile yapılıp yapılamayacağı sorunu da uygulamada sıklıkla karşılaştığımız sorunlardan biridir. TK m. 689’da rehin cirosunun tam ciro ile yapılması gerektiğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi, kıymetli evrakın rehni düzenleyen MK m. 956’da hamiline yazılı senetlerin rehni için, senedin sadece rehin alacaklısına tesliminin yeterli olduğu, diğer kıymetli evrakın rehni için ise ciro veya yazılı devir beyanının yeterli olacağı ifade edilmektedir. TK m.689’da ve MK m.956’da rehin cirosunun beyaz ciro ile yapılmasını yasaklayan veya tam ciro şeklinde yapılması şartı getiren bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu sebeple doktrinde beyaz ciro ile rehin cirosu yapılabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Buna karşılık beyaz cironun senedin hamiline yazılı senet gibi tedavülünü sağlayacağı, oysa TK m.689/1’e göre rehin cirosuyla devralanın sadece tahsil cirosu yapabileceğinden beyaz ciro ile rehin cirosu yapılmaması gerektiği de ileri sürülmektedir. Başka bir amaçla yapıldığı belirtilmedikçe yapılan ciro temlik cirosu sayılacağından hareketle Yargıtay’ın sadece imzadan oluşan beyaz ciroyu temlik cirosu olarak kabul ettiğine, fakat cironun temlik amacı dışında yapıldığının yazılı bir delille ispatlanabileceğine dair kararları bulunmaktadır.

Beyaz rehin cirosu ile senedi devralanın TK m.684 hükmündeki imkân uyarınca bir başka kişinin ismini yazarak ciroyu tam ciroya dönüştürerek başka birine devri halinde, rehnedenden cirantanın iradesine aykırı olarak bir başkasını rehin cirosuyla hak sahibi kılabilir. Bu durumda rehin cirosuyla devralanın sadece tahsil cirosu yapabileceğine ilişkin TK m.689/1 hükmünün aşılması mı söz konusu olacaktır.

Çekte, -Özellikle İleri Tarihli Çeklerde- Rehin Ciro su yapılabilir mi?

Bono ve poliçede geçerli olan rehin cirosunun çekte geçerli olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Çeke uygulanacak poliçe hükümlerini belirleyen TK m.818'de rehin cirosuna ilişkin TK m.689 hükmüne yer verilmemiştir.

Çekin ödeme vasıtası olması ve TK m.795/1 uyarınca görüldüğünde ödeneceği, buna aykırı kaydın yazılmamış sayılacağı kuralı ve TK m.795/2'de üzerinde yazılı düzenleme gününden önce ibraz edilen çekin ibrazında ödeneceği hükmü karşısında çekte rehin cirosunun mümkün olmadığı yönünde görüşler bulunduğu gibi, özellikle ileri tarihli çekler bakımından çekte rehin cirosunun mümkün olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır. Üzerinde yazılı düzenleme gününden önce ibrazını yasaklayan geçici hükümler, yıllardır uzatılmak suretiyle ileri tarihli çekler, artık ticari hayatımızda adeta kalıcı şekilde fiilen vadeli çek fonksiyonunu ifa etmektedir.

En son olarak ileri tarihli çekin düzenleme tarihinden önce ödeme için ibrazı 31.12.2021 tarihine kadar yasaklanmıştır. (31.12.2020 tarihli ve 31351 sayılı-5.mükerrer R.G) yayınlanan Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun'un 26.maddesiyle 5941 sayılı Çek Kanunu'nun Geçici 3.maddesinin 5.fıkrasındaki 31.12.2020 tarihi 31.12.2021 olarak değiştirilmiştir.) İleri tarihli çeklerin gününden önce ibrazının yasaklanması, çekte rehin cirosunun mümkün olup olmadığı tartışmasını güncel kılmaktadır. Bu tartışma bakımından Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.05.2018 Tarihli, 2017/817 Esas ve 2018/1145 Karar sayılı içtihadı ile Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 09.07.2020 Tarihli 2020/407 Esas ve 2020/1389 Karar sayılı içtihatlarının irdelenerek konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Teminat amacıyla Gizli Rehin Ciro su yapılması. Uygulamada rehin ciro su sıklıkla görünüşte temlik ciro su şeklinde iç ilişkide teminat amacıyla örtülü/inançlı/gizli rehin ciro su şeklinde yapıldığı görülmektedir. Özellikle bankaların açtığı kredilerin teminatı olarak devraldığı çeklerde Yargıtay'ın çekin teminat amacıyla ciro edilmesi durumunda, görünüşteki ciro temlik ciro su bile olsa, gizli rehin ciro su bulunduğu ve çekte rehin ciro su geçerli olmadığından, çekin hamilinin yetkili hamil sayılmayacağına dair kararları bulunurken (11.Hukuk Dairesi 12.03.2014 T., 2013/11986 E. ve 2014/4760 K.), aksi yönde kararları da mevcuttur. Yargıtay 19.Hukuk Dairesi, 27.11.2014 T., 2014/1120 E. ve 2014/17084 K. Sayılı kararında, bankaya ciro edilen çekin üzerinde teminat amacıyla devredildiği belirtilmediğinde, çek tevdi bordrosunda teminat ibaresi yazsa da devralan bankanın yetkili hamil sayılacağını ifade etmiştir.

Gizli rehin cirosunda, devralan görünüşte temlik cirosuyla senedi devralmış gözüktüğü için, senedin maliki konumunda olduğundan temlik ve rehin cirosu yapabilecek, bu yolla ondan senedi iyiniyetle devralan da senedin maliki veya rehin hakkı sahibi konumuna gelebilecektir.

Rehin cirosu yapılan senedin vadesinin rehnedan cirantanın borcun vadesinden önce veya sonra muaccel olması da ayrı bir sorun doğurmaktadır. Senedin vadesi, devralanın alacağından önce geldiğinde, ciro edilen senet bedelini tahsil edebilecektir. Zira TK m.689/1 hükmüne göre buna yetkilidir. Ancak bu durumda senet borçlusu hamilin rehinle temin edilen alacağının vadesinin gelmediğini veya senetteki bedelin alacağından fazla olduğunu ileri sürerse, hamil nasıl hareket etmelidir? Buna karşılık senedin vadesi hamilin alacağından sonra ise, hamil senedin vadesinin gelmesini mi beklemek zorundadır?

Tüm bu sorular Rehin Ciroasına ilişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi başlıklı bu Tebliğde, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında incelenip, değerlendirilecektir.

ADİ KONKORDATODA KAMBIYO SENETLERİ BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Emre Kalender*

Konkordato, elinde olmayan nedenlerle işleri iyi gitmeyen, mali durumu bozulmuş olan ve bu nedenle vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi ile karşı karşıya kalan borçluları korumak ve bu durumda olan bir borçlunun alacaklıları arasındaki eşitliği sağlamak için kabul edilmiş bir icra iflas hukuk kurumu ve bir iyileştirme aracıdır.

Konkordato talep eden borçlunun, konkordato projesine tabi borçları, kural olarak, mahkemece geçici mühlet kararı verilmesinden önceki borçlarıdır. Ayrıca istisnai olarak mühlet içinde komiserin izni olmadan doğan borçlar da proje kapsamında değerlendirilir. Bir kambyo senedinden kaynaklanan borcun konkordatoya tabi olup olmadığı noktasında uygulamada problem yaşanmaktadır. Örneğin ileri tarihli olarak düzenlenen bir çekte alacak ne zaman doğmuştur? Acaba fiili düzenleme tarihi mi yoksa çek üzerindeki keşide tarihi mi borcun doğumu bakımından kabul edilecektir? İleri tarihli bir çekin ticari defterlere işlendiği zamanın, borcun doğduğu anı olarak kabul edilmesi bir çözüm olabilir.

Konkordato sürecinde kambyo senetleriyle ilgili bir diğer problem de alacak kayıtlarında söz konusu olmaktadır. Özellikle alacak kaydı yaptıracak kişinin yetkili hamil olup olmadığının konkordato komiser tarafından kontrol edilmesi gerekir. Ayrıca söz konusu kambyo senedine dayanılarak bir icra takibi yapılıp yapılmadığı da önemlidir. Zira alacak kaydı yapılırken, kambyo

* Dr., Kırıkkale Üniversitesi.

alacaklısı takip masraflarını ve benzeri giderleri de kaydettirmek istemektedir. Bu hâlde takibin geçici mühletten önce mi sonra mı açıldığının tespit edilmesi gerekir. Eğer icra takibi geçici mühletin ilânından sonra yapılmışsa, icra takip masraflarının alacak kaydında kabul edilmemesi gerekmektedir. Çünkü icra takip yasağına rağmen, takip başlatan alacaklının bu masraflara katlanması gerekir.

Yabancı para cinsinden düzenlenen kambiyo senetlerinde alacak kaydı yabancı para cinsinden yapılabilmektedir. Ancak adi konkordatoda alacaklılar toplantısında nisap hesaplanırken, yabancı paranın Türk Lirasına çevrilmesi gerekmektedir. Gerçekten de alacaklılar toplantısında toplantı nisabının hesaplanması ve oy miktarının belirlenebilmesi için ve nihayet alacaklılar arasında eşitliğin sağlanabilmesi için bu işlem gereklidir. Fakat yabancı paranın hangi tarih esas alınarak Türk Lirasına çevrileceği önemli bir sorundur. Acaba geçici mühlet tarihi mi, kesin mühlet tarihi mi yoksa kambiyo senedinin vadesi mi esas alınacaktır. Çekler de ise acaba çekin ibraz edildiği tarih mi esas alınacaktır? Bu hususlar uygulamada ciddi sorunlar yaratmaktadır.

Yine yabancı para cinsinden düzenlenen kambiyo senetlerine uygulanacak temerrüt faizinin TCMB'nin belirlediği avans faizinden talep edildiği görülmektedir. Ancak bu tip alacakların kaydında ve konkordato nisabının hesabında bu faiz oranının dikkate alınmaması gerekir. taraflar arasında ayrıca bir sözleşme yoksa, temerrüt faizi olarak, kamu bankalarının o mevduat cinsinden bir yıllık mevduata uyguladığı en yüksek faiz oranının nazara alınması gerekir.

Bir kambiyo senedinden dolayı alacaklı olduğunu ifade eden kişinin, alacak kaydı esnasında ya senedi ibraz etmeli veya bu senede malik olduğunu gösterir başka bir belge sunmalıdır. Ayrıca konkordato sürecinde söz konusu senedin tedavül edebileceği, ciro yoluyla devredilebileceği ve temlik suretiyle hak sahibinin değişebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu hâllerde alacaklılar toplantısına katılım açısından problemlili bir durum doğmaktadır. Gerçekten de alacaklılar toplantısına gelindiğinde, konkordato komiserinin bir kambiyo senedinden dolayı alacaklı olduğunu ifade eden kişinin yetkili hamil olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir. Özellikle mühlet içinde senet devredilmiş ise, cirantalar alacaklılar toplantısına kabul edilmemelidir.

Konumuzla ilgili bir diğer problem ise, konkordatonun tasdiki ile birlikte kambiyo senedinden dolayı alacaklı olanlara karşı ödemenin nasıl yapılacağıdır. Zira uygulamada proje kapsamında ödeme yapılırken, senet alacaklılarının senetleri ibraz etmedikleri görülmektedir. Proje kapsamında yapılan ödemeler kısmi ödeme olarak senet üzerine işlenememektedir. Bu durumda

özellikle ileri tarihli çekler bakımından ciro edilme tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Acaba proje kapsamında alacak kaydına konu olan ileri tarihli çek, hamil tarafından cirolandığında ne olacaktır? Tasdik edilen proje kapsamında ödeme yapılmak istenmesi iyi niyetli hamile karşı ileri sürülecek midir? Bu hususlar üzerinde durulmalı ve çözüm üretilmelidir.

Yukarıda ifade edilenler dışında; konkordato kapsamında geçici mühlet karar verilmesine ilişkin mahkeme kararında kambiyo senetlerine ilişkin bedellerinin ödenmemesine ilişkin tedbir kararı verilip verilemeyeceği ve konkordatonun avaliste etkisi de ayrı birer sorundur.

Çalışmamızın amacı yukarıda ifade edilen problemlere ilişkin çözüm önerileri getirmektedir.

KAMBIYO SENEDİ DÜZENLEME EHLİYETİ ÇERÇEVESİNDE ENGELLİLERİN DURUMU

Hanife Doğrusöz Koşut*

Kambiyo senediyle borçlanma ehliyeti bakımından tam fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. Poliçenin (*bononun ve çekin*) geçerli olabilmesi için düzenleyenin imzasının mutlaka senet üzerinde tüm metni kapsayacak şekilde ve senedin alt kısmında bulunması gerekir (TK m. 756/1). Bununla birlikte, düzenleyen dışında senet üzerinde yer alan diğer senet borçluları (*ciranta, kabul eden muhatap ve avalist*) bakımından da, imzanın elle (*ıslak imza*) atılmış olması gerekmektedir. Başka bir araçla atılan imzalar örneğin mekanik bir işaret, mühür, elle yapılan ve onaylanan bir işaret, parmak izi, resmi şahadetname kullanmak suretiyle imza atılması mümkün değildir. Bir kambiyo senedinde düzenleyenin imzası elle atılmamış ise, artık senet kambiyo senedi olarak nitelendirilemez.

eTK m. 668/3’de yazı yazabilen görme engellilerin attıkları imzaların usulen tasdik edilmeleri halinde geçerli olacağının kabul edileceğine yer ver-mektedir. Bu düzenlemeye TTK’da yer verilmediğinden öğretide konu tartış-malı hale gelmiştir. Azınlıkta olan bir görüş görme engellilerin bizzat bu se-netlere imza atamayacakları savunulmaktadır. Ancak ağırlıklı olan görüş görme engellilerin imzaları hakkında TBK m. 15/3’ün uygulanarak, görme en-gellilerin ancak talep etmeleri halinde imzaların şahit aranması gerektiği yö-nündedir. Yargıtay ve bizim kanaatimiz de aynı yöndedir.

* Dr. Marmara Üniversitesi.

TBK m. 15/3 hükmüne rağmen uygulamada görme engellilerin taraf olduğu sözleşmelerde özellikle bankacılık sözleşmelerinde imzalarının geçerli olabilmesi için şahit aranması gerektiğine dair görme engelli bireylere zorluklar çıkarıldığı şikâyetlere konu olmuştur. Bu konuda BDDKur. Hukuk İşleri Daire Başkanlığı 06.06.2014 tarihli yazısı ile bankalara görme engelli bireylere zorluk çıkarılmaması yönünde talimat verildiği görülmektedir. Görme engelli birey kambiyo senedine elle imza atabiliyorsa ve tanık talep etmemişse imzasının kambiyo senedinde bulunması, senedin geçerliliği için yeterlidir. Görme engelli bu aşamadan sonra düzenlendiği kambiyo senedinin geçersiz olduğunu ileri süremez.

Bu noktada bankanın özellikle çek hesabı açmak isteyen görme engelli bireye, şahit bulundurma hakkının bulunduğu konusunda aydınlatma / bilgi verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı düşünülebilir. Bankalar açısından hernekadar sigorta şirketleri gibi bilgilendirme / aydınlatma yükümlülüğü bir Yönetmelik ile düzenlenmese bile, güven kurumu nitelikleri ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme öncesinde görme engelli bireylere şahit bulundurma haklarının mevcut olduğu konusunda bilgi verme / aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Çek defterleri bankalar tarafından Çek Defterlerinin Baskı Şekline ve Bankaların Hamiline Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ hükümlerine göre bastırılmaktadır. Tebliğde çek defterlerinin müşterinin talepte bulunması halinde braille alfabesi ile bastırılmasına ilişkin düzenleme yoktur. Ancak Erişilebilirlik Yönetmeliği m. 4/7'de görme engelli bireylerin talepte bulunması halinde bankacılık hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin braille alfabesi ile müşteriye sunulması zorunlu olduğu getirilmektedir. Kanaatimizce çek de bir bankacılık sözleşmesi niteliğinde olduğundan, görme engelli müşterinin talepte bulunması halinde bankanın yazı ve braille alfabesinin bir arada bulunduğu çek defterini bastırması, hatta müşterisinin talebi doğrultusunda meblağ hanesinin belirli bir meblağla sınırlandırılabilmesi de mümkün olmalıdır.

Ehliyetin aranacağı an düzenleyenin kambiyo senedinin lehdara teslim edildiği an olmalıdır. Ancak Yargıtay senedin düzenlendiği anda fiil ehliyetinin aranması gerektiği kanaatindedir. Kambiyo senetlerinde senet borçlusunun fiil ehliyetinin bulunmaması mutlak defidir. Senedin lehdarının (*veya hamilinin*) borçlunun fiil ehliyetine sahip olmadığını bilmemesi, bir diğer deyişle iyiniyetli olması durumu değiştirmez. Genel hükümlerin uygulanması suretiyle kambiyo senedinin alacaklısı olmak bakımından hak ehliyetine sahip olmak yeterli olacaktır. Bu bakımdan hak süjesi olan gerçek kişi sayılan tüm insanlar kambiyo taahhüdünden istifade ehliyetine sahiptirler.

DEMİRYOLU İLE SEYAHAT EDEN YOLCULARIN HAKLARINA DAİR YÖNETMELİK'E ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Nurdan Orbay Ortaç*

GİRİŞ

Türkiye’de son yıllarda demiryolu taşımacılığına ilişkin yatırımların arttığı; bununla beraber hızlı tren seferlerinin başlaması ile hem ekonomik hem zaman tasarrufu bakımından demiryolu ile seyahatin tercih edildiğini görüyoruz. Ayrıca demiryolu taşımacılığının -örneğin, Doğu Ekspresi’nin- turizm sektörünün de odağı haline geldiği söylenebilir. Demiryolu taşımacılığındaki hızlı gelişmelere bağlı olarak mevzuatta yapılacak değişikliklerin de aynı hızda olması beklenirken maalesef ülkemizde demiryolu taşımacılığına ilişkin hala Osmanlı döneminden beri yürürlükte olan 1872 tarihli “*Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname*” (Rumeli Nizamnamesi) uygulanmaktadır. Anılan düzenleme haliyle günümüz ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Bununla beraber 08 Mart 2019 tarihinde 30708 sayılı “*Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik*” (Yönetmelik) yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin hazırlanmasında, 23/10/2017 tarihli ve 1371/2007/EC sayılı Demiryolu Yolcularının Hakları ve Yükümlülükleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü dikkate alınmıştır (Yönetmelik m. 65). Bu çalışmada söz konusu Yönetmelik; özellikle çıkarılma usulü, Rumeli Nizamnamesi ile olan ilişkisi, yönetmeliğin kapsamı ve getirilen sorumluluk hükümleri çerçevesinde eleştirel bir şekilde ele alınacaktır.

* Dr., Kırıkkale Üniversitesi.

1. YÖNETMELİĞİN RUMELİ NİZAMNAMESİNİ ORTADAN KALDIRIP KALDIRMADIĞI HUSUSU

Rumeli Nizamnamesi'nin Dördüncü Faslı'nda Nizamname'nin padişahın kabul ve onayıyla yürürlüğe girdiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar günümüzde “*nizamname*” teriminden tüzük anlaşılsa da esasen Osmanlı İmparatorluğu'nda yasama yetkisinin padişaha ait olması hasebiyle Rumeli Nizamnamesi'nin kanun düzeyinde olduğu kabul edilmektedir¹. Kaldı ki Rumeli Nizamnamesi'nin bazı hükümlerinin 14.06.1937 tarihli ve 3259 sayılı Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi'nin Zıya ve Hasar Tazminatına Müteallik Birinci Bab 29, 37, 42 ve İkinci Bab 20'nci maddelerindeki Hadlerin Tadiline Dair Kanun ile değiştirilmesi de Rumeli Nizamnamesi'nin kanun olduğunu ispatlar niteliktedir.

Kanun niteliğindeki bir düzenlemenin ancak bir kanun ile mülga hale geleceği göz ardı edilmemelidir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile Rumeli Nizamnamesi'nin ilga edildiğini söylemek normlar hiyerarşisine aykırıdır. Dolayısıyla Rumeli Nizamnamesi hâlâ yürürlüktedir². Yönetmeliğin, Anayasa ilkeleri çerçevesinde usulüne uygun çıkarılıp çıkarılmadığı hususuna bir sonraki başlıkta değineceğiz, ancak usulüne uygun olduğu kabul edilse bile Rumeli Nizamnamesi ile çatışan hallerde Nizamnameye üstünlük tanınacağı aşıkardır (Anayasa m. 11; 104; 124).

2. YÖNETMELİĞİN DAYANAĞI

Anayasa'nın 124'üncü maddesi uyarınca “*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*”.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesi uyarınca “*Bu Yönetmelik; 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 478 inci maddesinin*

¹ FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, Ankara, 2017, s. 129; CİVAN, Abdullah: Demiryolu İle Yurtiçi Yük Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 30.

² ADIGÜZEL, Burak: Taşıma Hukuku, Ankara, 2018, s. 11; EKŞİ, Nuray: Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma, İstanbul, 2020, s. 120. Rumeli Nizamnamesinin 6102 sayılı TTK'nin yürürlüğe girmesi ile kadük olduğu yönünde görüş için bkz. ŞEKER, Esra: Türk Hukukunda Demiryolu Taşıyıcısının Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Lojistik Yönetimi Programı Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019, s. 32.

birinci fıkrasının (c) bendine dayanılarak hazırlanmıştır.”. Cumhurbaşkanlığı 1 sayılı Kararnamesinin 478’inci maddesi hükmü 17.01.2020 tarihinde başlığı ile birlikte değişikliğe uğramış ve 477’nci madde de yer almıştır. Değişiklikten önceki m. 478/1 (c) hükmünde “Demiryolu ulaştırması alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek,” Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Anayasa’nın 124’üncü maddesinde açıkça vurgulandığı üzere yönetmelik çıkarılabilmesi için yönetmeliğin ilgili olduğu hususların öncelikle bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olması şarttır. Oysa Yönetmelikte düzenlenen yolcu hak ve yükümlülükleri ile taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin, Yönetmeliğin dayanağı olan 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde pozitif bir düzenleme yer almadığını görüyoruz. Ayrıca Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğüne oldukça geniş düzenleme yapma yetkisi vermek bir nevi TBMM’ne ait yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur ki bu husus Anayasa’ya aykırılık neticesini doğurur (AY m. 7).

Öğretide¹ ve yargı kararlarında² da yönetmeliklerin, dayanağı olan kanuna uygun olmaları gerektiği; kanunda öngörülmeven düzenlemeler getirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır.

3. YÖNETMELİĞİN KAPSAMI

Yönetmeliğin “Kapsam” başlıklı 2’nci maddesinde söz konusu Yönetmeliğin hükümlerinin, ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde bir seyahat belgesi ile hizmet alan yolcuları ve onlara hizmet veren demiryolu tren işletmecilerini, acenteleri, gar ve istasyon işletmecilerini kapsayacağı belirtilmiştir. İkinci fıkraya göre ise bu Yönetmelik düzenlemeleri ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan şehir içi raylı toplu taşıma hizmetleri ile belli bir işletmenin veya kurumun dâhili yolcu taşıma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuş demiryolu altyapıları üzerinde hizmet alan ve hizmet verenleri, ulusal demiryolu altyapı ağından bağımsız olan altyapılar üzerinde, turistik, tarihi, eğlence, müze sergilemesi, gösteri ve benzeri amaçlarla hizmet alanları ve hizmet verenleri ve ulusal demiryolu altyapı ağında yapılan banliyö taşımacılık hizmetlerini kapsamaz.

¹ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, 2017, s. 73; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2018, s. 315.

² Bkz. DİDDK, E. 2004/2733, K. 2006/54, T. 23.02.2006.

Esasen demiryolu taşımacılığına dair yapılacak bir düzenlemede şehir içi raylı toplu taşıma ve ulusal demiryolu ağında yapılan banliyö hizmetlerinin kapsam dışı bırakılması isabetli değildir. Muhtemelen Yönetmeliğin hazırlanmasında esas alınan AB Tüzüğünde, Birlik üyelerinin şehir içi raylı taşımaları Tüzük uygulamasından muaf tutabileceklerine ilişkin hükmün (m. 2/5) etkisi ile böyle bir düzenleme yapılmıştır.

Yönetmeliğin 2’nci ve 3’üncü maddeleri hükümlerinden de anlaşıldığı üzere Yönetmeliğin amacı yolcu taşıma sözleşmesinde yolcunun hakları ve yükümlülükleri ile taşıyıcının yükümlülüğüne dair hükümler sevk etmektir. Anılan düzenlemelerden her ne kadar eşya taşıma sözleşmelerinin Yönetmelik kapsamında olmadığı sonucuna varılsa da Yönetmelikte aynı zamanda eşya taşımalarına ilişkin hükümlere de yer verildiğini görüyoruz. Ancak eşya taşıma sözleşmesinin konusu olan eşya, Yönetmelikte “*Trende yolcusu olmadan, demiryolu tren işletmecisi tarafından belirlenen hacim, boyut, ağırlık ve çeşitlilikte taşınabilir, ticari olmayan nesneler*” olarak tanımlanmıştır. O halde ticari nesnelerin Yönetmeliğin kapsamı dışında olduğu anlaşılıyor. Oysa eşya taşıma sözleşmeleri bakımından ne TTK’de ne TSHK’de ne KTK’de ne de eşya taşımaya ilişkin hüküm sevk eden diğer mevzuatta böyle bir ayrımla karşılaşmak mümkündür.

4. DÜZENLEMENİN İÇERİĞİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Yönetmelik hükümleri de birçok açıdan eleştirilmeye muhtaçtır. Bunların bir kısmını çalışma kapsamında özetlemeye çalışacağız.

Yönetmelikte taşıma hukukuna dair bazı kavramların farklı şekilde nitelendirildiği görülmektedir. Örneğin, bilet yerine seyahat belgesi; gönderen yerine ise gönderici ifadeleri tercih edilerek taşıma hukukunda yeknesak bir dil oluşmasının önüne geçilmiştir.

Yönetmeliğin 5’inci maddesi uyarınca “*Seyahat belgesi, aksi kanıtlanıncaya kadar taşıma sözleşmesinin imzalandığının ispatı niteliğindedir.*”. Söz konusu hükümde geçen “*imzalandığının*” ifadesi taşıma sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olduğu yönünde bir anlam doğurmaktadır. Oysa demiryolu taşıma sözleşmesini şekle tabi kılan bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 4’üncü maddesinde yolcu; “*Bu Yönetmelik kapsamında demiryolu ile seyahat eden ve kendileriyle bir taşıma sözleşmesi yapılan görevliler haricinde trende bulunan kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Hükümde yolcu sayılabilmek için demiryolu ile seyahat etme ve taşıma sözleşmesinin tarafı olma şartları kümülatif olarak aranmıştır. Sözleşmenin üçüncü kişi yararına akdedildiği hallerin göz ardı edildiği anlaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 4'üncü Bölümünde “*Demiryolu Tren İşletmecilerinin Hak, Sorumluluk ve Yükümlülükleri*” sistematik şekilde ele alınmamıştır. Hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemelerden önce yükümlülüklerin belirtilmesi daha isabetli olurdu. Ayrıca zaman zaman aynı hususların birden fazla madde de zikredilmesi ile tekrara düşüldüğü de görülmektedir. Örneğin bagaj zararlarına ilişkin 35. ve 36. maddeler 32. maddenin tekrarı niteliğindedir.

Yönetmeliğin 19'uncu maddesinde “*Genel Sorumluluklar*” başlığı altında “*Demiryolu tren işletmecisi, kendisiyle taşıma sözleşmesi yapan her yolcuya veya göndericiye bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ve taahhüdünü yerine getirmek zorundadır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm lafzen nazara alındığında yolcu hesabına sözleşmenin akdedildiği üçüncü kişi yararına sözleşmelerde yolcunun sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle taşıyıcının ona karşı sorumluluğu doğmayacak mı sorusu akla gelmektedir. Bu nedenle hükmün tekrar ele alınmasında fayda vardır.

Yönetmelikte taşıyıcının sorumluluğu kural olarak sınırlı sorumluluk esasına tabi kılınmıştır (bkz. m. 32, 35, 37). Kanunla öngörülmeleyen bir sınırlamanın Yönetmelikle getirilmesi normlar hiyerarşisi ile bağdaşmaz. Bunun dışında düzenleme ile taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin getirilen sınırlamaların miktarları Türk lirası cinsinden belirlenmiştir. Oysa artık Türk hukukunda iç hat taşımalarında da uluslararası sözleşmelerle yeknesaklık sağlanması amacıyla tazminat miktarlarının bir hesap birimi olan Özel Çekme Hakkı esas alınarak belirlendiğini görüyoruz (örneğin; TTK m. 864, 882, 916, 1256). Aynı uyumun demiryolu taşımalarında da sağlanması isabetli olacaktır.

Yönetmelikte taşıyıcının sınırsız sorumlu olduğu haller “*Sorumluluk sınırı hakkının düşmesi*” başlığı altında çok da hukuki olmayan bir dille ele alınmıştır. Anılan düzenleme metni şu şekildedir; “*Bu Yönetmelikte öngörülen sorumluluk sınırları, demiryolu tren işletmecisinin böyle bir zarara sebebiyet verme niyetiyle veya böyle bir zararın meydana gelebileceğini farkındayken yaptığı bir fiilden veya ihmalden kaynaklandığı kanıtlanırsa uygulanmaz.*”. Esasen hüküm ile kasten veya ağır ihmal ile verilen zararlarda sınırsız sorumluluğun kabul edilmek istendiğini düşünüyoruz.

Yönetmeliğin 43'üncü maddesinde yolcuların diğer kanun ve düzenlemelerden doğan tazminat talep etme haklarının saklı tutulduğu ve bu Yönetmelik kapsamında ödenen tazminatın söz konusu tazminattan mahsup edilebileceği ifade edilmiştir. Yönetmelikte maddi tazminat haklarına dair düzenlemeler getirilmiştir. Yolcunun ölümü ve bedensel bütünlüğünün ihlalinde tazminatların miktarının genel hükümlere göre belirleneceği hüküm altına alındığından diğer tazminatlar bakımından 43'üncü maddenin uygulama

alanı bulabileceği düşünülebilir. Örneğin; bagajın kaybı halinde, taşıyıcı brüt ağırlığının eksik kilogramı başına otuz Türk Lirasına ve en fazla ikibinyüz Türk Lirasına kadar olan zararı tazmin etmek zorundadır (m. 35). Anılan düzenlemede öngörülen tazminat maddi tazminattır. Bu halde 43'üncü madde uygulaması nazara alındığında örneğin; yolcu haksız fiile dayalı olarak Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ya da taşıma hukuku bakımından genel düzenleme niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ayrıca tazminat talep edebilecek midir sorusu akla gelmektedir. Eğer öyle ise Yönetmelikte sorumluluğun ayrıca düzenlenmesindeki ve yine sınırlı sorumluluğun benimsenmesindeki amaç nedir? Söz konusu düzenlemenin AB Tüzüğünden olduğu gibi iktibas edilmesi nedeniyle isabetsiz bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Zira AB Tüzüğü'nün 11'inci maddesinde yolculara daha fazla tazminat verilmesini öngören üye devletlerin ulusal hukuklarına hanel gelmeksiniz, demiryolu işletmelerinin sorumluluğunun Tüzük hükümlerine göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Böylece Tüzük düzenlemesi ile ulusal düzenlemelerde farklılığın olması halinde yolcular lehine bir hüküm getirilmiştir. Söz konusu hükmün Yönetmelikle iç hukuk kuralı haline getirilmesi isabetli olmamıştır.

Esasen Yönetmeliğin, 23/10/2017 tarihli ve 1371/2007/EC sayılı Demiryolu Yolcularının Hakları ve Yükümlülükleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün maalesef kötü bir tercümesi olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak Yönetmelikle düzenlenen hususların kanunla düzenlenmesinin ve hükümlerin tekrar gözden geçirilerek Türk hukukundaki hukuki müesseseler ve kavramlar çerçevesinde ele alınmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak: Taşıma Hukuku, Ankara, 2018.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, 2017.

CİVAN, Abdullah: Demiryolu İle Yurtiçi Yük Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2018.

EKŞİ, Nuray: Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma, İstanbul, 2020.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, Anayasa Hukuku, Ankara, 2017.

ŞEKER, Esra: Türk Hukukunda Demiryolu Taşıyıcısının Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Lojistik Yönetimi Programı Yüksek Lisans Tezi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.

Kazancı - İhtihat Bilgi Bankası

TAŞINMA EŞYASI TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN BAZI AYIRT EDİCİ ÖZELLİKLERİ, SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER VE TAŞINMA EŞYASI KAVRAMI

Sinan Misili

Konusu taşınma eşyası olan taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümler Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 894 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK md. 894 - 901 (§§ 451 – 451 h HGB) hükümleri arasında özel bir taşıma sözleşmesi tipi düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla bu hükümlerle taşınma eşyası taşıması hakkında özel kurallar konulmuştur.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesi taşınma eşyasını konu alan bir taşıma sözleşmesidir. Bu bakımdan taşınma eşyasını konu edinen bu sözleşme TTK md. 894 vd. hükümleri nazara alındığında, esas itibarı ile öncelikle bir taşıma sözleşmesidir. Ancak diğer yandan kanun koyucu taşınma eşyası taşıma sözleşmesini TTK'nın 4. kitabında 'eşya taşıması' başlığı altında eşya taşıma sözleşmelerine dair genel kuralları barındıran ikinci kısımdan hemen sonra üçüncü kısımda 'taşınma eşyası taşıması' başlığı altında ayrıca düzenlemiş olması, taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin genel taşıma sözleşmesine nazaran özel bir taşıma sözleşmesi olarak düzenlendiğini göstermektedir.

Türk Hukuku'nda taşınma eşyası taşımaları hakkında yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK zamanında mevzuatta özel kurallar yer almamaktaydı. Oysa Almanya'da taşınma eşyası ve mobilya taşımaları hakkında özel taşınma eşyası taşıma şartları önceden beri bulunmakta ve 30.6.1998 tarihine kadar da

yürürlükteydi. GüKUMB adı verilen bu taşıma şartları hem ticari mobilyalar ve hem de taşınma eşyalarının kısa veya uzak mesafede ve bunlara özel taşıma araçlarında taşınması hakkında özel hükümler içermekteydi.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesi hakkındaki TTK md. 894 vd. hükümleri teslim alma ve teslim yerlerinin ulusal sınırlar içinde olması halinde, doğrudan bir sınırlama olmaksızın ulusal taşımalara tatbik edilmektedir. Ancak TTK md. 894 hükmüne göre somut olaya uygulanabilecek milletlerarası sözleşmeler varsa olaya tatbik edilir.

Böylece taşınma eşyası taşıma sözleşmelerine öncelikle TTK md. 894 – 901 veya varsa milletlerarası sözleşmeler uygulanmakta, milletlerarası sözleşme yoksa ve TTK md. 894 – 901 arasında da hüküm bulunmuyorsa ancak, TTK 6. kitap, birinci ve ikinci kısım hükümleri uygulanır.

Böylece TTK md. 894 uyarınca sınır ötesine taşınma eşyası taşımalarına öncelikle varsa uluslararası konvansiyon hükümleri uygulanmaktadır. Sınırötesine taşınma eşyasının karayolu ile taşınmasına dair uygulanabilecek bir özel uluslararası konvansiyon bulunmamaktadır. Keza sınır ötesine taşınma eşyasının karayolu ile taşınması işine CMR de uygulanmamaktadır. CMR md.1.4.c bendine göre CMR taşımalarının konusuna ev taşımaları girmemektedir.

Henüz taşınma eşyası taşımalarına has, uluslararası bir sözleşme bulunmadığına göre, taraflar sözleşme hukukunu da belirlememiş iseler, uluslararası taşınma eşyası taşıması işine uygulanacak olan hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Hukukumuz bakımından taşınma eşyası taşıma işine has kanunlar ihtilafı kuralları da yoktur. Bu nedenle uluslararası taşınma eşyası taşıma işine uygulanacak olan hukuk, taraflar sözleşme hukukunu da belirlememiş iseler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a (MÖHUK) göre belirlenir. Taşınma eşyası bir tür eşya olduğundan taşınma eşyası taşıması bir eşya taşıması işidir. Bu nedenle de MÖHUK md. 29 uygulanır.

Ulusal taşınma eşyası taşıma işinden doğan uyuşmalık hakkında uygulanacak hükümlerin sırası TTK md. 894 ve TTK md. 1/2 birlikte değerlendirildiğinde şöyle olmalıdır;

1. Taşınma eşyasına dair emredici mevzuat- taşıma hukukuna dair emredici hükümler ve diğer emredici hükümler (“ulusal taşınma eşyası taşıma işine uygulanacak olan hükümlerin ilk sırasını emredici hükümler oluşturur”),

2. Sözleşme hükümleri,

3. “Tamamlayıcı” taşınma eşyası kuralları (TTK md. 894 – 901),
4. “Tamamlayıcı” eşya taşıması kuralları uygulanır (TTK 6. Kitap, ikinci kısım hükümleri),
5. “Tamamlayıcı” ticari hükümler,
6. Ticari örf ve âdet,
7. Genel hükümler (Eser sözleşmesine ilişkin hükümler öncelikle uygulanır).

TTK md. 894 vd. hükümleri TTK md. 850 vd. kurallarına nazaran özel hüküm niteliğinde öncelikli olup, TTK md. 850 vd. kuralları (§ 407 ff. HGB) taşınma eşyası taşıma sözleşmesine tamamlayıcı olarak uygulanmaktadır. TTK md. 894 vd. hükümleri taşınma eşyası sözleşmesine dair tüm hususları düzenlemiş değildir. Diğer bir ifadeyle, bu maddeler arasında düzenlenmeyen hususlarda taşıma hukukuna dair TTK’da yer alan genel kurallar (md. 850 vd.) uygulanarak boşluklar doldurulacaktır.

Somut olaya TTK md. 894 - 901 hükümleri, TTK md. 850 – 893 hükümlerine nazaran özel nitelikte olduğundan önce uygulanır. Taşınma eşyası taşıma sözleşmesine dair özel hükümlerde özellikle taşıyıcının yükümlükleri ve sorumluluk sistemi hakkında farklılaştığı anlaşılmakta olup, bilhassa sorumluluktan kurtulma, gönderenin ve taşıyıcının sorumluluk sınırının üst miktarı bakımından özel hükümler ile eşya zararı bildirim süresi hakkında özel düzenleme ve gönderenin tüketici olması halinde taşıyıcıya yüklenen özel bildirim yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Bu hükümleri incelediğimizde, TTK md. 895 hükmünde genel taşıyıcıya nazaran taşınma eşyası taşıyıcısına özel yükümlülükler yüklendiğini, keza taşıma senedi, tehlikeli mal, refakat belgeleri, bildirim ve bilgi verme yükümlülükleri bakımından TTK md. 896 uyarınca farklılaştığı, gönderenin ve taşıyıcının sınırlı sorumluluk halleri bakımından TTK md. 897 ve 899 hükümlerinde üst sınır konusunda farklılaştığı, özel sorumluluktan kurtulma sebepleri bakımından da özel hüküm olarak TTK md. 878’den farklı olarak, TTK md. 898’in getirildiğini, ziya – hasar bildiriminde TTK md. 889’dan farklı olarak md. 900’ün getirildiği ve gönderenin tüketici olması halinde TTK md. 895/2, 896/2, 3 ve 901 hükümlerinin özel olarak düzenlendiği görülmektedir.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesi genel taşıma sözleşmesi gibi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bu bakımdan sözlü de kurulabilir. Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin email, WhatsApp, telefon ve faks gibi elektronik yollarla kurulması da mümkündür. Tüketici niteliğinde gönderen ile yapılan

taşınma eşyası taşıma sözleşmesi de prensip olarak şekle tabi değildir. Ancak gönderenin tüketici olması halinde TTK md. 901 özel olarak uygulanmaktadır. Bu hallerde taşıyıcının gönderene yönelik ek bilgilendirme de bulunması gerekmektedir. TTK md. 901/2 fıkrası bilgilendirmenin yazılı, kolayca okunabilir ve anlaşılabilir biçimde olmasını zorunlu tutmuştur. Bu fıkra hükmüne uygun bildirim de bir külfet olarak düzenlenmiş, borç olarak düzenlenmemiştir.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinde, genel taşıma sözleşmesine göre taşıyıcının taşıma sözleşmesini aşar şekilde farklı borç ve görevlerinin bulunması bu sözleşmeyi, taşıma, eser ve iş görme sözleşmelerinin unsurlarının bulunduğu ‘karma sözleşme’ haline getirmesi gerekirdi. Ancak kanun koyucu taşınma eşyası taşıma sözleşmesini ‘Taşıma İşleri’ başlıklı TTK 4. kitap 3. kısımda ‘Taşınma Eşyası Taşınması’ başlığı altında “Özel Bir Taşıma Sözleşmesi” olarak düzenlemiştir. Böylece taşınma eşyası taşıma sözleşmesi bir taşıma sözleşmesi çeşididir.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinde taşıyıcının, genel taşıma sözleşmesinde olduğu gibi taşıma, yükleme ve boşaltma, diğer yanda ise taşınma eşyasının kurulması ve sökülmesi, taşınma eşyasının paketlenmesi/ambalajlanması ve işaretlenmesi, sigorta korumasının sağlanması, muhtemel gümrükleme veya diğer taşınma eşyası için gerekli işlemler gibi genel taşıma sözleşmesindeki taşıyıcının borç ve görevlerinden farklı özel borçları- görevleri bulunmaktadır. Taşınma eşyası için özel hükümler öngörülmesinin sebebi, sayılan özel borç ve görevlerin yerine getirilmesinin özel bir özeni ve uzmanlığı gerekli kılmasıdır.

Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin konusu “taşınma eşyası”dır. TTK md. 894 – 901 arası özel nitelikteki hükümler, taşıma sözleşmesinin konusu taşınma eşyası ise uygulanır. Taşınma eşyası taşıma sözleşmesinde belirleyici olan, taşıyıcının taşınma eşyası taşımayı borçlanması hakkında bir anlaşmanın mevcudiyetidir.

Bu bakımdan belirleyici olan taşıma konusu eşyanın niteliğidir. Diğer bir anlatımla bir taşıma sözleşmesinin taşınma eşyası taşıma sözleşmesi niteliğinde sayılmasında belirleyici olan taşınan eşyanın taşınma eşyası niteliğinde olması olup, ne gönderenin tüketici niteliğinde olup olmaması ne de esnaf niteliğinde olup olmaması değildir. Haliyle taşınma eşyası taşıma işini, genel taşıma işinden ayıran, taşınan eşyanın niteliğinin taşınma eşyası olmasıdır. Diğer bir anlatımla taşınma eşyası taşıma sözleşmesinin ayırt edici unsuru “taşınma eşyası” niteliğinde eşyanın taşınması taahhüdüdür.

Eşyanın niteliği belirlenirken önemli olan taşıyıcının sözleşmeyi akdettiği esnada ne algıladığıdır. Diğer bir anlatımla taşınma eşyası bakımından belirleyici olan, eşyanın objektif nitelikleri değil de, taşıyıcının bakış açısına göre eşyanın fark (ayırt) edilebilen fonksiyonlarıdır. Bu bakımdan taşıyıcı yönünden o eşyanın taşınma eşyası olarak algılanıp algılanmadığı esas alınmalıdır.

Taşınma eşyası teriminden, genel olarak evden veya iş yerinden (büro, yazıhane, mağaza) her türlü kullanılmış taşınır ev veya mobilya eşyası anlaşıl-maktadır. İkinci bir konuta yeni satın alınmış eşyanın taşınması ise taşınma

Ticari mobilya taşınma eşyası kavramına dahil değildir. Ticari mobilya mobilya mağazalarında satılmak üzere sergilenen yeni veya kullanılmış mo-bilyadır. Bu tür eşyalar satılmak veya yeniden satılmak üzere bir yere taşını-yorsa, bu tür bir taşıma genel eşya taşıması olup, TTK md. 850 vd. taşıma ki-tabının birinci ve ikinci kısımları tatbik edilir, TTK md. 894 vd. hükümleri uygulanmaz.

Taşınma eşyası terimi kişilere ait evlerdeki mobilya eşyasını kapsadığı gibi, iş yerleri, bürolar, okullar, kamu – özel işletmeler veya enstitüler, klinik-ler, atölye-fabrikalar, yurtlar ve müzelerdeki mobilya eşyalarını da kapsamak-tadır. Bu bakımdan taşınma eşyası taşımalarında gönderenin hukuki niteliği-nin tüketici olması zorunlu olmayıp, gönderenin bir işletme olması da müm-kündür.

Bir evden, bir işyerinden, üretim biriminden ve bu gibi yerlerden alınıp bir diğer yere taşınacak olan eşyanın taşınma eşyası sayılması için bu gibi yer-lere ait oturulmakta, çalışmakta veya benzeri bağlantılı işlerde kullanılan eşya olmalıdır. Özellikle üretim birimlerinden eşyanın taşınmasında bu ayrıma dikkat edilmelidir. Eşyanın taşınma eşyası sayılması için üretim birimlerinde bulunan ticari nitelikte olmayan, demirbaş olarak sayılan, masa, sandalye, fo-tokopi makinesi, faks, printer, bilgisayar gibi kullanılmakta, oturulmakta veya çalışılmakta olan eşyalar olmalıdır.

Taşınma eşyası kavramı geniş anlaşılmaktadır. Bu kavrama sadece ev eşyası ve mobilyası ile kullanılmış büro ve işletme eşyaları girmez. Örneğin taşınma eşyası kavramına çeyiz ve miras eşyası da dahildir. Taşınma eşyası ge-niş anlamda doğrudan yaşamla ilgili olan diğer eşyaları da kapsayabilir. Bu ba-kımdan miras kalan eşyanın mirasçının ve çeyiz eşyasının yeni evli çiftin evine taşınması taşınma eşyasının taşınmasıdır.

KAYNAKÇA

- ANDRESEN, Bernd, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, 3. Auflage, C.H. Beck/Franz Vahlen München 2014.
- ARKAN, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- BAUMBACH, Adolf /HOPT, Klaus J./Bearbeiter, 37. Auflage, München 2016.
- Begründung zum Regierungsentwurf des TRG (Entwurf eines Gesetzes zur Neu-regelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz - TRG), BT – Drucksache 13/8445.
- Beförderungsbedingungen für den Umzugsverkehr und für die Beförderung von Handelsmöbeln in besonders für die Möbelbeförderung eingerichteten Fahrzeugen im Güterfern und Güternahverkehr* (GÜKUMB).
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 2 (md. 420 - 785), 4. Bası, İstanbul 2004.
- EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/ STROHN, Lutz/Bearbeiter, 3. Auflage, München 2015.
- FRANKO, Nisim, Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 259.
- HORN, Norbert (Ed.)/JOACHIM, Willi, Heymann Handelsgesetzbuch (Ohne Se-erecht), Kommentar, Band 4: Viertes Buch, §§ 343 – 475h, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2005.
- KNORRE, Jürgen/DEMUTH, Klaus/SCHMID, Reinhard/Bearbeiter, Handbuch des Transportrechts, 2. Auflage 2015.
- KOLLER, Ingo, Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschaft, 9. Völlig neu bearbeitete Auflage, 2016.
- OETKER, Hartmut, Kommentar Zum Handelsgesetzbuch (HGB), 4. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- OLG Schleswig, (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 5. Zivilsenat), 05.06.2008, 5 U 24/08, para. 6. Karar için bkz. http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/12uj/page/bsshoprod.psml/screen/JWPDFScreen/filename/Schleswig-Holsteinisches_Oberlandesgericht_5_U_2408_KORE_217512008.pdf;jsessionid=0351F2A10FC5FC0F4BBE14CB6A5DE32D.jp14 (erişilme tarihi 14.04.2020).
- PASCHKE, Marian/FURNELL, Winfried, Transportrecht, C.H. Beck München 2011.
- THUME, Karl-Heinz (Hrsg), CMR Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im international Strassengüterverkehr, 3. Auflage 2013.

GEMİLERİN EMNİYETLİ VE ÇEVREYE DUYARLI GERİ DÖNÜŞÜMÜ HAKKINDA HONG KONG ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ İLE AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINDAKİ GELİŞMELERİN GEMİ SÖKÜM ŞİRKETLERİNE GETİRMEKTE OLDUĞU YÜKÜMLÜLÜKLER

Banu Bozkurt*

Gemilerin kullanım ömürleri dolduktan sonra ne şekilde ortadan kaldırılacakları; deniz taşımacılığında hangi kurallar kapsamında ne şekilde kullanılmaları gerektiği kadar önemli bir konudur.

Zira gemilerin, kullanım ömürleri dolduktan sonra; büyüklükleri ve inşalarında kullanılan hammaddelerin çevrede yaratabileceği etkiler gereği ortadan kaldırılma şekil ve şartları belirli kurallara bağlanmak zorundadır. Bu gereklilik gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda çeşitli düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur.

Bu doğrultuda gemilerin geri dönüşümünün hukuki kurallara bağlanması ve hatta bu kuralların çevre kirliliğine olan etkileri dolayısıyla yeknesaklaştırılması amacıyla 1980'li yıllarda girişimler başlamış; bu girişimlerin sonucu olarak da 1989 yılında Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınması ve Bertaraf Edilmesinin Kontrolü ile İlgili Basel Sözleşmesi imzalanmış ve 1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme aslında çevreye duyarlılığın artmaya başladığı dönemde tehlikeli atıklar kaynaklı deniz kirlenmesini engellemek için

* Dr., Akdeniz Üniversitesi.

gemilerin taşıyabilecekleri tehlikeli atıkların miktarını sınırlandırmak amacıyla hazırlandığından; özellikle kullanım ömrü bitmiş gemilerin geri dönüştürülmesi sürecine ilişkin düzenlemeler içermemesi yönünden eksik kalmakla beraber uygulanmasında da pratik ve yasal zorluklarla karşılaşmıştır.

Bu sebeplerle, özellikle gemilerin sökülerek geri dönüşümlerinin sağlanması hususunda uluslararası düzenlemeler yapılması gerekliliği de ortaya çıkmış; bu doğrultuda Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) nezdinde 2005 yılından itibaren başlayan çalışmalar 2009'da Hong Kong'da düzenlenen uluslararası konferansta sunulan Gemilerin Emniyetli ve Çevreye Duyarlı Geri Dönüşümü Hakkında Hong Kong Uluslararası Sözleşmesi'nin¹ kabul edilmesiyle sonuç vermiştir. Hong Kong Sözleşmesi özellikle gemi söküm tesislerinin idari düzenleme ve denetimleriyle beraber bu tesislerin almaları gereken önlemleri de ayrıntılı biçimde hüküm altına alması açısından önemlidir. Hong Kong Sözleşmesi, gros tonalito açısından dünya deniz ticaretinin en az %40'nda faaliyet gösteren 15 ülke tarafından onaylanması halinde, 15. ülkenin onayını takip eden 24. ayda uluslararası alanda yürürlüğe girecektir.

Dünyadaki bu gelişmelerin yanında Avrupa Birliği (AB) ölçeğinde de gemilerin söküm ve geri dönüşümü ciddi biçimde tartışma konusu olmuştur. Birliğin çevre politikalarının en önemli makamı olan Avrupa Komisyonu, gemilerin sosyal ve çevresel önlemlerin hemen hiç alınmadığı Güney Asya ülkelerinde sökümünün yapılmasına ve bunların gerek sosyal hayat gerekse de çevre üzerine etkilerine dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda AB'de 2013 tarihinde Gemi Geri Dönüşüm tüzüğü kabul edilmiştir. Tüzüğün temel amacını, AB bayraklı gemilerin geri dönüştürülmeleri, diğer bir ifadeyle sökümündeki olumsuz sonuçları en aza indirmek oluşturmaktadır. Tüzük bu amaçla öncelikle gemilere tehlikeli maddelerin (asbest gibi) yerleştirilmesini ve kullanılmasını yasaklamakta; ayrıca sökümüne giden AB bayraklı gemilerde mutlaka yetkili otoriteleri tarafından onaylanmış bir Tehlikeli Maddeler Envanteri bulundurulması zorunluluğu getirmektedir. Bunun yanında Tüzük, AB bayraklı gemilerin 31 Aralık 2018 tarihinden itibaren AB tarafından tutulan gemi geri dönüşüm tesisleri listesinde bulunmayan bir tesiste sökümünü yasaklamıştır. Daha açık biçimde belirtmek gerekirse, AB bayraklı bir geminin herhangi bir gemi söküm tesisinde sökülerek geri dönüşümünün sağlanması için o tesisin mutlaka tüzükte öngörülen kurallara uygun biçimde bulunması ve bu uygunluğun da gerek tesisin bulunduğu ülkenin yerel idari otoriteleri gerekse de AB yetkili otoriteleri tarafından dönem dönem denetlenmesi gerekmektedir. Bu

¹ Bundan böyle Hong Kong Sözleşmesi olarak anılacaktır.

içeriği ile aslında AB tüzüğü Hong Kong Sözleşmesi'nden daha somut ve etkin önlemler içererek; deyim yerindeyse daha uluslararası alanda yürürlüğe dahi girmemiş olan sözleşmeden daha ağır şartları AB ülkeleri açısından yürürlüğe koymuştur.

Tüm bu uluslararası açıklamaların ışığında ulusal hukukumuzda dönmek gerekirse; hukukumuzda gemi söküm ve geri dönüşüme ilişkin temel mevzuatı 2004 tarihli Gemi Söküm Yönetmeliği oluşturmaktadır. Bu mevzuatın dayanağını teşkil eden ve bunu tamamlayan diğer mevzuatlar ile ülkemizde İzmir-Aliğa bölgesinde bir gemi söküm bölgesi tespit edilmiş; gemi söküm ve geri dönüşümün ancak bu bölge içerisinde ve yönetmelikte öngörülen şartları yerine getirip idari denetimlerden geçerek gerekli izinlerini almış olan şirketler eliyle yapılmasına izin verilmiştir. Gemi söküm ve geri dönüşüm sektöründe ülkemiz, güvenlik ve çevresel faktörler açısından çok eleştirilen Güney Asya ülkelerinin karşısında ve bunlardan çok daha güçlü ve etkin biçimde yer almaktadır. Bu sebeple de 2010 yılında Hong Kong Sözleşmesi'ne taraf olunmuş; ancak sözleşme 2017 yılında TBMM'nde kabul edilmiş ve Şubat 2019'da yürürlüğe girmiştir. Burada sözleşmenin 2019 yılında yürürlüğe girmesinin en temel sebebinin AB tüzüğünün 32. Maddesinde öngörülen 31 Aralık 2018 tarihinden itibaren hiçbir AB bayraklı geminin AB tarafından tutulan listede yer almayan söküm tesislerinde sökümüne izin verilmeyeceği hükmünün oluşturmakta olduğu açıktır. Zira bu durum ülkemizde faaliyet gösteren gemi söküm şirketleri açısından ciddi bir baskı unsuru oluşturmuş; şirketlerin sözcüsü niteliğindeki Gemi Geri Dönüşüm Sanayicileri Derneği eliyle bu baskı kanun koyucu nezdinde de yankı bulmuştur. Bu doğrultuda 2004 tarihli Gemi Söküm Yönetmeliği'nde öncelikle Hong Kong Sözleşmesi kaynaklı değişiklikler yapılmıştır. Ancak AB nezdindeki bu son gelişmeyle mevcut değişiklikler sektör açısından yeterli görülmediğinden; sektörün baskısı ile bir taslak yönetmelik hazırlanmış; hatta taslak yönetmeliğe ilişkin sektör temsilcilerinin de görüşlerine başvurulmuştur. Söz konusu taslak yönetmeliğin bu sene içerisinde yürürlüğe girmesi beklenirken; yaşanmış olan başta pandemi kaynaklı gelişmelerden dolayı yönetmelik yürürlüğe girmemiş ve akıbeti belirsiz hale gelmiştir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda bu çalışmanın amacını, bir yandan ülkemiz açısından yürürlüğe giren Hong Kong Sözleşmesi, öte yandan da ülkemiz açısından hukuki değil ancak ekonomik zorunluluk olarak uygulanmaya başlamış olan AB mevzuatının yürürlükteki mevzuat ile mukayeseli biçimde değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Bu amaçla öncelikle Hong Kong Sözleşmesi; akabinde de AB mevzuatı ve Ulusal mevzuatımız açıklanacak; son kısımda da Hong Kong Sözleşmesi ve AB mevzuatının gemi söküm ve geri dönüşüm şirketleri açısından getirdiği yükümlülükler, ulusal mevzuat hükümleriyle kıyaslanarak değerlendirilecektir.

805 SAYILI KANUN’UN DENİZ TİCARETİ HUKUKUNA ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cüneyt Süzel*

I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

1926 yılında yayımlanan İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun (“805 Sayılı Kanun”), 30/12/2020 tarihi itibarıyla hâlen yürürlükte. Yargı kararları incelendiğinde bu Kanun’un son yıllarda yeniden tartışıldığı görülmektedir. Deniz ticareti hukuku, niteliği itibarıyla yabancılık unsurunun yoğun olduğu bir alandır. Deniz yoluyla milletlerarası eşya taşımacılığı yapılması, gemi finansmanının yurtdışından edinilmesi verilebilecek örneklerden sadece birkaçıdır. Deniz ticareti hukukunda yerleşmiş ve egemen dilin İngilizce olması, sözleşmelerin ve denizde taşıma senetlerinin birçoğunun yabancı dilde hazırlanmasına sebebiyet vermektedir. Bu bakımdan tebliğde, Yargıtay kararları ışığında 805 Sayılı Kanun’un deniz ticareti hukuku bağlamında ne şekilde uygulandığı ve uygulanması gerektiği tartışma konusu edilecektir.

Bu doğrultuda öncelikle 805 Sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine değinilecek, daha sonra bu mevzuat çerçevesinde verilen yargı kararları açıklanacak ve değerlendirilecektir. Özellikle Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 2020 yılında verdiği kararda¹ 805 Sayılı Kanun ile ilgili verilen gerekçe de göz

* Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi.

¹ Yargıtay 15. HD., E. 2020/1714, K. 2020/2652, T. 2.10.2020.

önünde tutularak 805 Sayılı Kanun’a hâlen ihtiyaç bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

II. 805 SAYILI KANUN’UN İLGİLİ DÜZENLEMELERİ

805 Sayılı Kanun m. 1’de Türk tabiyetindeki şirketlerin, Türkiye dâhilindeki her çeşit sözleşmelerini Türkçe yapmaları gerektiği düzenlenmektedir [m. 1]. Bu hükme uyulmamasının iki farklı yaptırımı vardır. Türkçe dilinde kurulmayan sözleşmelerin şirketler lehine nazarı itibara alınmayacağı [m. 4] ve Kanun’a aykırı davranan kişinin yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı [m. 7] öngörülmektedir.

805 Sayılı Kanun ile öngörülen Türkçe zorunluluğunun, sözleşmenin geçerliğine etkisi ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş ve bazı kararlarıyla Yargıtay, düzenlemenin geçerlik şartı olduğunu ve buna aykırı sözleşmelerin hükümsüz sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte, Kanun’un dördüncü maddesinin sözüne de dayanarak, yabancı dilde hazırlanmış sözleşmenin veya sözleşme kaydının sadece ona dayanan taraf lehine dikkate alınmayacak bir yorum kuralı niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) sözleşmenin kuruluşu, şekli ve geçerlik şartına ilişkin hükümlerinde böyle bir hükümsüzlük şartı öngörülmediği de göz önünde tutulduğunda, 805 Sayılı Kanun’un yalnızca sözleşmenin yorumlanması bakımından önem taşıyan bir düzenleme olduğu söylenebilecektir.

III. YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında 805 Sayılı Kanun çerçevesinde verilen kararlardan özellikle deniz ticareti hukuku ile ilgili olanlar örneklendirilmeye çalışılacaktır:

1. Sözleşmenin Geçerliği İle İlgili Kararlar

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2018 yılında vermiş olduğu karara² konu olan uyuşmazlık gemi satış sözleşmesidir. Davacı (karşı Davalı) alıcı, satış sözleşmesinin batıl olduğunu ileri sürerek depozito iadesi talebinde bulunurken, Davalı (karşı Davacı) satıcı, gemi satış sözleşmesinin haklı sebeple feshi sebebiyle maruz kaldığı zararını istemektedir. İlk derece mahkemesi yabancı dilde hazırlanan sözleşmeyi geçerli kabul ederek, satıcı lehine hüküm tesis etmiş ancak Yargıtay, gemi satış sözleşmesinin uyuşmazlık konusu depozito ile ilgili hükümlerini inceledikten sonra, bu hükmün satıcı lehine kaleme alındığını tespit ederek 805 Sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi

² Yargıtay 11. HD. E. 20174747, K. 2018/1344, T. 22/2/2018.

gereği satıcının bu sözleşme hükümlerine dayanamayacağı ve uyuşmazlığın Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin yedek hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararda Yargıtay, 805 Sayılı Kanun'a aykırılığın tek başına sözleşmenin tümünün geçersizliği sonucu doğurmadığı yönünde kanaat oluşturmuş görünmektedir. Ancak kararda, sözleşmenin kalan kısmı ayakta tutulurken; uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü geçersiz sayılmıştır. Bir diğer deyişle burada Yargıtay kısmi bir kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmüştür.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 2020 tarihli kararına konu olan bir başka uyuşmazlıkta³ ise yabancı dilde hazırlanan sözleşmedeki tahkim kaydı değerlendirilmiş ve yapılan değerlendirmede tahkim kaydının öngörüldüğü sözleşmenin yabancı dilde hazırlanmış olmasının sözleşmenin tümünü geçersiz kılacağı kanaatine varılmıştır.

Görüleceği üzere, yargı kararlarında 805 Sayılı Kanun m. 4'ün yorumunda birlik bulunmamaktadır. Bu kararlar ve gerekçeleri tebliğde tartışmaya açılacaktır.

2. Tahkim Kaydının Geçerliliği ile İlgili Kararlar

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir üst başlıkta yer verilen kararında⁴, Mahkeme charter partideki tahkim kaydının geçersiz olduğu kanaatine varmıştır. Ancak bu sonuca varırken yabancı dildeki charter partinin tahkim ilk itirazında bulunan kişi lehine bir düzenleme olup olmadığı değerlendirilmemiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir başka dairesinin aynı yıl içinde verdiği bir diğer kararında⁵, İngilizce düzenlenen taşeronluk sözleşmesindeki tahkim kaydı değerlendirilmiş ve 805 Sayılı Kanun m. 4'te öngörülen yaptırımın maddi hukuk niteliğinde değil, ispat hukukuna ilişkin bir kural öngördüğünü, tarafların sözleşme hükümlerini uyguladıktan sonra; sözleşmenin ve tahkim kaydının geçersizliğinin yargı aşamasında ileri sürmüş olmalarının TMK m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına takılacağı kanaatine varılmıştır.

³ İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/2389, K. 2020/189, T. 13.2.2020.

⁴ İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/2389, K. 2020/189, T. 13.2.2020.

⁵ İstanbul BAM, 15. HD., E. 2020/576, K. 2020/606, T. 16.6.2020.

Görüleceği üzere doktrindeki farklı yorumlar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına da yansımış ve iki farklı hukuk dairesi, iki değişik gerekçeye dayanmıştır.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2020 yılının Ekim ayında vermiş olduğu bir kararda⁶ ise neredeyse tamamen farklı yönde bir karara varmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na ("MTK") tâbi bir tahkim yargılamasında verilen kararın iptaline ilişkin uyuşmazlıkta Yargıtay, uyuşmazlıkta MTK m. 2 anlamında yabancılık unsurunun bulunması nedeniyle 805 Sayılı Kanun'a aykırılığın söz konusu olmadığı kanaatine varmıştır.

MTK m. 2(3) gereği, asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması, MTK anlamında yabancılık unsurunun varlığı için yeterlidir. Bu hükmün uygulama alanı bulması için yabancı sermayeli ortağın payının belirli bir oranın üzerinde olması dâhi gerekmemektir.

MTK m. 2(4)'te de deniz ticareti hukuku bakımından önem taşıyan bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine mal geçişini gerçekleştirmesi de yabancılık unsuru teşkil edecektir. Kabotaj taşıması dışındaki navlun sözleşmelerinin bu bent içine dâhil edilmesi şüphesiz mümkün olacaktır.

IV. DENİZ TİCARETİ HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

1. Türk Bayraklı Gemiler İçin

TTK m. 940'ta hangi gemilerin Türk gemisi olduğu düzenlenmektedir. TTK m. 940 f. 4(b) gereği gemi bir anonim şirkete ait ise, şirketin oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, şirketin yabancı ortaklarının bulunması geminin Türk gemisi sayılmasının ve milli gemi siciline kaydedilmesinin önüne geçmez. Hükmün diğer koşullarının da karşılanması kaydıyla bu gemiler aynı zamanda 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun çerçevesinde kabotaj tekelinden de yararlanabilir. TTK'nın izin verdiği ölçüde yabancı sermayenin bulunması şirketin kurduğu navlun sözleşmeleri bakımından MTK m. 2 anlamında yabancılık unsuru teşkil edecek ve yukarıda yer verilen karar gereği

⁶ Yargıtay 15. HD., E. 2020/1714, K. 2020/2652, T. 2.10.2020.

sözleşme yabancı dilde kurulmuş olsa da sözleşmede yer verilen tahkim kaydı geçerli olacaktır. Bu sonuç kabotaj taşımalarında dahi kabul edilebilecektir.

Aynı sonuç, Türk Uluslararası Gemi Sicili'ne ("TUGS") kayıtlı gemilerin maliki şirketler bakımından da geçerli olacaktır. TUGS Kanunu m. 5 gereği Türk kanunlarına göre kurulan şirketin paylarının tamamı yabancı kişilerde de bulursa, gemi TUGS Kanunu m. 7 uyarınca Türk bayrağı çeker. TTK m. 940 koşullarını karşılamayan gemi, kabotaj tekelinden yararlanmasa da Türk taşıtan ile kurduğu navlun sözleşmesi MTK m. 2 anlamında yabancılık unsuru taşıyacak ve 805 Sayılı Kanun'un uygulanmamasına sebebiyet verebilecektir.

2. Navlun Sözleşmesinin Taraflarının Türk Şirketi Olması

CIF (*Cost Insurance Freight*) teslim şeklinin kararlaştırıldığı bir satış sözleşmesinde taşıtan sıfatı satıcıya aittir. Satıcının bir Türk şirketi olması ve Türk taşıyanla İngilizce dilinde navlun sözleşmesi kurması hâlinde sözleşmenin akıbeti değerlendirilmelidir. Bu taşımada denizde taşıma senedi düzenlenmediği takdirde, sözleşme üçüncü kişi gönderilen yararına bir sözleşmedir. Gönderilenin bu ilişkide yabancı olması durumunda, yabancı dilde kurulmuş bu sözleşmenin 805 Sayılı Kanun çerçevesinde geçersiz olduğu hiçbir hâlde ileri sürülememelidir. MTK m. 2 anlamında değerlendirme yapıldığında, bu sözleşme ile bir ülkeden diğerine mal geçişinin gerçekleştirilmesinin de söz konusu olduğu şüphesizdir ve bu da yabancılık unsuru teşkil etmektedir. Her hâlükârda taşıtanın bu sözleşme çerçevesinde navlun sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürmesi, TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir. Zira ithalatı gerçekleştiren satıcının satış sözleşmesini yabancı dilde kurduğu şüphesizdir. Satış sözleşmesinin ifası amacıyla kurduğu navlun sözleşmesinin yabancı dilde olması sebebiyle geçersiz olduğunu ileri sürmesi yerinde gözükmemektedir.

Aynı navlun sözleşmesinin kırkambar sözleşmesi niteliğinde olması durumunda taşıyan ve taşıtan arasında bağımsız bir navlun sözleşmesi kurulmaz. Navlun sözleşmesinin hüküm ve koşulları denizde taşıma senedine girilir. Denizde taşıma senedinin Türkçe düzenlendiğini uygulamada görmek neredeyse imkânsızdır. 805 Sayılı Kanun çerçevesinde iki Türk şirketi arasındaki sözleşme koşullarını ispat eden sözleşmeyi hükümsüz saymak, denizde taşıma senedinin de geçersiz olduğu anlamına gelecektir. Bu sonucun yerinde olmadığı açıktır.

Aynı taşımanın yolculuk charteri sözleşmesine tâbi olması ve konişmento düzenlenmesi hâlinde, navlun sözleşmesinin yabancı dilde

hazırlanmış olması bir noktada yine önem taşımaktadır. Konişmentoda navlun sözleşmesine geçerli bir göndermenin bulunması ve navlun sözleşmesinde tahkim kaydına yer verilmesi hâlinde navlun sözleşmesindeki tahkim kaydı konişmento hamiline karşı ileri sürülebilecektir. TTK m. 1237 f. 1 uyarınca taşıyan ile konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkiyi konişmento belirler. MTK m. 4 f. 2 c. 3 gereği asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Bu örnekte gönderme ile kurulan tahkim sözleşmesi aslında Türk taşıyan ile yabancı hamil arasındaki tahkim sözleşmesidir. Hamil yabancı olduğundan 805 Sayılı Kanun'un denetimi söz konusu olmamalıdır. Ancak 805 Sayılı Kanun gereği asıl sözleşme kesin hükümsüz sayılır ise, sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacağı için atıf yoluyla kurulan tahkim sözleşmesinin de geçersiz olması gibi bir sonuç gündeme gelebilecektir ki bu sonucun da yerindeliği tebliğde değerlendirmeye açılacaktır.

Sonuç olarak tebliğde bugün itibarıyla 805 Sayılı Kanun'a ihtiyaç bulunup bulunmadığı Kanun'un getiriliş amacı da göz önünde tutularak tartışılacaktır.

GEMİYİ SEFERE ELVERİŞLİ HÂLDE BULUNDURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLÂL EDEN TAŞIYANIN SORUMLULUĞU SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?

Kağan Turan*

Türk Hukuku'nda taşıyanın sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) Beşinci Kitap'ının Dördüncü Kısmı'nın ("Deniz Ticareti Sözleşmeleri") Üçüncü Bölümü'nün ("Navlun Sözleşmeleri") Üçüncü Ayrımı'nda yer alan "Taşıyanın Sorumluluğu ve Hakları" başlığı altında (TTK m. 1178 vd.) değil; aynı Bölümün "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Ayrımı'nda yer alan TTK m. 1141'de düzenlenmiştir. Sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğun, farklı bir ayırım altında düzenlenmesi, sorumluluğun kapsamı hakkında tereddüt yaratmaktadır. Zira "Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkı", "Taşıyanın Sorumluluğu ve Hakları" başlıklı Üçüncü Ayırım içerisinde (VI. Alt Başlıkta), iki madde hâlinde (TTK m. 1186 ve m. 1187) kaleme alınmıştır.

Denizyoluyla eşya taşıma hukukunda "başlangıçtaki sorumluluk-sonraki sorumluluk" ayrımı olarak da ifade olunan "sefere elverişlilik-eşyaya özen" ayrımı, TTK sistematigi ile birlikte yorumlandığında, ilk bakışta, taşıyanın sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğunun sınırsız olduğu yönünde bir intiba uyandırmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, güncel bir kararında [T. 31.5.2018, E. 2016/10471, K. 2018/4700.], ilk derece mahkemesi tarafından verilen "yükteki ziya ve hasarın konteynerdeki elverişsizlikten kaynaklandığı, taşıyanın sorumluluğunun geminin yola, yüke ve denize elverişli olmamasından dolayı TTK m.1141'e göre sınırsız olduğu" yönündeki kararı onamıştır.

* Ar. Gör., Trabzon Üniversitesi.

Sefere elverişlilik yükümlülüğüne ilişkin hükmün kaynağına bakıldığında, Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB a.F.) 559. paragrafının, önce 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu (ETK) m. 1019'a ve akabinde de mer'i TTK m. 1141'e doğrudan kaynaklık ettiği görülmektedir. TTK'da sefere elverişlilik yükümlülüğü ve bundan doğan sorumluluk bakımından, sistematik olarak ETİK ve HGB a.F.'deki düzene benzer bir yaklaşım tercih edilmekle birlikte, maddelerin kaleme alış biçimi de dâhil olmak üzere birtakım önemli farklılıklar göze çarpmaktadır. ETİK m. 1061/1'in ilk cümlesinde, eşyaya özen yükümlülüğü ve özenin derecesi kaleme alınmış; ikinci cümlede ise taşıyanın eşyaya gelen zıya ve hasardan sorumlu olacağı ifade edilmişti. Sınırlı sorumluluğu ele alan ETİK m. 1112 ve m. 1113 hükümleri, ETİK m. 1061'e atıf yapmak suretiyle, kısıtlayıcı bir ifade tarzıyla kaleme alınmıştı. Aksine düşünen yazarların varlığına rağmen, bu durum sınırlı sorumluluğun sefere elverişliliğe uygulanamayacağı iddiasını güçlendirmekteydi. Oysa TTK'da sınırlı sorumluluk kaleme alınırken, taşıyanın sorumluluğu ile ilgili olarak kısıtlayıcı bir ifadeden kaçınılmış ve sınırlı sorumluluğun "*her hâlde*" olması gerektiğine işaret edilmiştir.

Mevcut TTK sistemiğinde, sefere elverişsizlikten kaynaklanan sorumluluğa TTK m. 1186'nın uygulanmasını engelleyecek bir durum söz konusu değildir. TTK'da "*Taşıyanın Sorumluluğu ve Hakları*" altında düzenlenen herhangi bir hüküm, "*Genel Hükümler*"de düzenlenen TTK m. 1141'in uygulanmasına mani olacak sarıh veya zımni herhangi bir kayıt içermemektedir. Madde gerekçesinden de Kanunkoyucunun niyetinin sefere elverişlilik ve eşyaya özen arasında farklı bir hukuki rejim yaratmak olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim mehz niteliğindeki LK'da da durum farklı değildir.

TTK'nın 1178. maddesinin ilk fıkrasının taşıyanın eşyaya özen yükümlülüğüne işaret ettiği bir gerçektir. Ancak, buradan hareketle "*Taşıyanın Sorumluluğu ve Hakları*" başlığı altındaki tüm hükümlerin münhasıran eşyaya özen gösterme yükümlülüğünden doğan sorumluluğa ilişkin olduğu sonucuna varılamaz. Zira bölüm başlığında da bu yönde bir kısıtlama yapılmamıştır. Dolayısıyla, sorumluluğu sınırlandırmaya ilişkin TTK m. 1186 hükmü, farklı ayrımlarda düzenlenen sefere elverişlilik (TTK m. 1141), haksız sapma (TTK m. 1113, m. 1220), başka gemiye yükleme ve aktarma (TTK m. 1150) ve güverteye eşya yüklenmesinden (TTK m. 1151) doğan sorumluluğa da uygulanma kabiliyetini haizdir.

Taşıyanın sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı mutlak değildir. Taşıyan her koşul ve durumda, bu olanağa başvuramayacaktır. TTK m. 1187 uyarınca, taşıyan ve adamlarının sefere elverişsizliğe yol açan eylemleri, "*kast veya pervasızca hareket*" kapsamında

değerlendiriliyorsa, taşıyan artık meydana gelen zararların tamamını tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

TTK yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra, hem ETK'nın hem de TTK'nın me haz aldığı Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB a.F.) deniz ticaretine ilişkin hükümleri, Deniz Ticaret Hukuku Reform Kanunu (*Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts*) ile 2013 yılında köklü bir şekilde revizyona uğramıştır. Revizyonun ana gerekçeleri, HGB a.F.'nin mevcut sistematığının karışık yapısı ve güncel olmayan içeriğin uygulamada yarattığı belirsizliği bertaraf ederek denizcilikteki gelişmelere çözüm bulabilen, modern ve anlaşılır bir kanun oluşturmaktır. Bu anlayış doğrultusunda Alman Kanunkoyucusu, kazuistik bir metod yerine genel çerçeveyi ortaya koyan, daha anlaşılabilir ve taraflara daha geniş bir serbesti tanıyan bir metodu benimseyerek, 429 maddeden (HGB a.F. § 476 - § 905) oluşan Beşinci Kitabı 143 maddeye (HGB § 476 - § 619) indirmiştir.

Alman Kanunkoyucusu, taşıyanın gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünü, Revizyon sonrasında da HGB a.F. § 559'da olduğu gibi genel hatları ile ortaya koymakla yetinerek "*See- und Ladungstüchtigkeit*" başlıklı HGB § 485'te kaleme almıştır. Buna karşın, sefere elverişlilik konusunda HGB a.F.'den sistematik olarak önemli oranda ayrılmıştır. Alman Kanunkoyucusu, taşıyanın söz konusu yükümlülüğe aykırı davranması hâlinde sorumlu olacağına ve bu sorumluluktan kurtulmak üzere hangi hususları ispat etmesi gerektiğine HGB § 485'te yer vermemiş, bu kısımlar maddeden çıkarılmıştır. Kısacası, taşıyanın sefere elverişliliğe yönelik "*yükümlülük*" ve "*sorumluluğuna*" aynı maddede bir arada yer verilmesinden kaçınılmıştır.

Yeni düzenlemeyle, sorumluluktan kurtulma imkânı genel sorumluluk (*Haftungsgrund*) maddesinin içerisine monte edilirken (HGB § 498/f.2, c.2); muhtemel sorumsuzluk hâllerini (*Besondere Schadensursachen*) düzenleyen maddeye de geminin sefer elverişsizliği durumunda taşıyanın bu savunma olanağından yararlanamayacağı eklenmiştir (HGB § 499/f.2, c.2). Böylece, taşıyanın sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğu da taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen hükümler (HGB § 498 vd.) çerçevesinde değerlendirilecektir. Dolayısıyla, sorumluluğun kapsamı, sınırlandırma hakkı ve bu hakkın kaybı, sorumluluktan kurtulma imkânı vb. konularda sefere elverişlilik ile eşyaya özen gösterme yükümlülüğü arasında farklı bir rejimin gündeme gelme ihtimalinin tamamen önüne geçilmiştir.

Taşıyanın denizyoluyla eşya taşınmasından kaynaklanan sorumluluğunu ele alan uluslararası konvansiyonlar incelendiğinde, sefere elverişlilik yükümlülüğünün ilk olarak Türkiye'nin de taraf olduğu LK'da vücut bulduğu

görülmektedir. Söz konusu yükümlülük, Visby Kuralları (VK) ile getirilen değişikliklerden etkilenmemiş ve Lahey-Visby Kuralları'nda (LVK) da varlığını sürdürmüştür. LK ve LVK'da taşıyanın sefere elverişlilik ve eşyaya özen gösterme yükümlülüğü üçüncü maddede; taşıyanın bu yükümlülükler aykırılıktan doğan sorumluluğu ise dördüncü maddede düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, TTK m. 1141 hazırlanırken göz önünde bulundurulmuştur.

Taşıyanın gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünün kapsamı, genel hatlarıyla LK m. 3/f.1'de (ve LVK m. 3/f.1) kaleme alınmıştır. LK m. 4/f.1'de (ve LVK m. 4/f.1) ise, taşıyanın makul özeni gösterdiğini ispat etmek kaydıyla, geminin sefere elverişsizliğinden sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir. Taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkı, LK m. 4/f.5'de (ve LVK m. 4/f.5) yer almaktadır. Söz konusu hükümde, taşıyanın eşyanın uğradığı zarar veya eşyaya ilişkin "her türlü" zıya veya hasardan dolayı sorumluluğunun koli veya ünite başına belirli bir miktar ile sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Mezkûr düzenlemeler çerçevesinde, taşıyanın sorumluluğunun kaynağı ile ilgili olarak sefere elverişlilik ve eşyaya özen gösterme arasında bir ayırma gidilmemiştir. Dolayısıyla, taşıyan, her iki yükümlülüğe aykırılık halinde de sorumluluğunu sınırlandırabilecektir.

Türkiye'nin taraf olmadığı ve yürürlüğe de girmeyen Hamburg Kuralları'nda (HK) ise, özel olarak başlangıçtaki elverişsizlik kavramına yer verilmemiştir. Lâkin bu kavram HK'da açıkça ifade olunmasa dâhi, taşıyanın genel sorumluluk rejimi, geminin yolculuğun başında sefere elverişli bir şekilde bulundurulmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, taşıyanın gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğü, HK'da zımnen varlığını sürdürmektedir. HK'da açıkça böyle bir düzenlemeye yer verilmeyerek, başlangıçtaki-sonraki elverişsizlik ayrımının son bulduğu ve aynı sorumluluk rejimine tâbi hâle geldiği ifade edilmektedir. Sonuç olarak, taşıyan; HK çerçevesinde, eşyanın zıyaı, hasarı ve teslimde gecikmesinden doğan sorumluluğunu, geminin sefere elverişli olmamasından kaynaklanması durumunda da sınırlandırabilecektir.

Taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen en güncel Konvansiyon olan ancak Türkiye'nin imzacı olmadığı ve henüz yürürlüğe de girmeyen Rotterdam Kuralları'nda (RK), LK ve LVK'dan farklı olarak, geminin sefere elverişliliğinin yolculuk süresince muhafaza edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (RK m. 14). RK'daki düzenleme, mantık olarak HK'daki sistematik ve anlayışla aynı paraleldedir: Geminin yolculuğun başında olduğu gibi yolculuk boyunca da sefere elverişli hâlde olması aranmaktadır. Taşıyanın sefere elverişsizlikten doğan sorumluluğu ise, eşyaya özen gösterme yükümlülüğünden doğan

sorumluluk ile aynı başlık (“*Taşıyanın Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*”) altında, yani genel sorumluluk bölümünde kaleme alınmıştır (RK m. 17).

Taşıyanın sorumluluğunu ele alan Konvansiyonların sefere elverişlilik ile ilgili olarak sistematik ve içerik itibarıyla birbirinden önemli farklılıkları olmakla birlikte, her üç düzenlemede de taşıyanın yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının sistematik olarak ayrı ayrı ve kendi içerisinde bir bütün teşkil edecek şekilde yer verildiği görülmektedir. Şüphesiz bu yaklaşım, bahsi geçen Konvansiyonların uygulanabilmesini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır.

LK ve LVK’nda taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümler bütüncül bir yaklaşımla tek bir maddede (LK m. 4 ve LVK m. 4) düzenlenmesine karşın, ETK m. 1019’da yer alan sefere elverişlilik yükümlülüğünün genel hüküm olarak önemi ve yapılacak bir yer değişikliğinin bütün maddeleri etkileyeceği dikkate alınarak, bu maddenin yeri TTK’da (m. 1141) korunmuştur. Böylece, HGB a.F ve ETK’deki parçalı yapı, TTK’da da varlığını sürdürülmüştür.

Elli yılı aşkın bir dönemdir süregelen oturmuş bir yasa geleneğinin devam etmesi ve sefere elverişliliğin deniz taşımacılığında kilit bir kavram olması sebebiyle, mevzubahis yükümlülüğünün temel hatları ile genel hükümler ayrımı altında düzenlenmesi haklı görülebilir. Lâkin bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde taşıyanın sorumlu olacağına ve ispat yüküne ilişkin hükmün, “*TTK m. 1141’den ayrıştırılarak, ayrı bir fıkra hâlinde taşıyanın sorumluluğuna ilişkin maddede yer alması*”, sefere elverişliliğe ilişkin sorumluluk rejiminde yaşanacak tüm tereddütleri ortadan kaldırabilir. Nitekim bu meseleye ilişkin gerek LK ve LVK’daki klasik yaklaşım gerekse RK ve HGB’deki modern yaklaşım bu şekildedir.

Çalışmamız, Türk Hukuku’nda, gemiyi sefere elverişli hâlde bulundurma yükümlülüğünü ihlâl eden taşıyanın, sorumluluğunu sınırlandırma hakkının bulunup bulunmadığını konu edinmektedir. Çalışmada, taşıyanın sefere elverişlilikten doğan sorumluluğunun kapsamı, mukayeseli hukuk ve uluslararası konvansiyonlar ile birlikte karşılaştırmalı olarak TTK ekseninde irdelenecektir. Bu bağlamda, Yargıtay’ın güncel kararının yerindeliği tartışılacak ve birtakım bulgulara varılmaya çalışılacaktır. Nihai olarak (taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri konu alan hükümler doğrultusunda) TTK’nın sistematigi üzerinde değerlendirmeler yapılacak ve “*de lege ferenda*” düşünceler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

