



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 6 | Sayı/Issue: 3 | 2021/3

ISSN 2146 - 6203

**KİŞİSEL MAL NİTELİĞİNDEKİ – KAPALI – ANONİM
ŞİRKET PAYI İLE BEDELSİZ – GRATIS – PAYIN
YASAL MAL REJİMİNDE MAL GRUPLARINA
ÖZGÜLENMESİ**

*PROPERTY CLASSIFICATION REGARDING NON-PUBLIC
SHARES OF THE JOINT-STOCK COMPANIES AND THE
BONUS SHARES WITHIN THE LEGAL MATRIMONIAL
REGIME*

Prof. Dr. Zafer ZEYTİN

PANDEMİLER VE ZORUNLU LİSANS

PANDEMICS AND COMPULSORY LICENCE
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ

**TÜKETİCİ HUKUKU BAĞLAMINDA
ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN
TEMEL İLKELER**

*FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF MEDIATION WITHIN THE
CONTEXT OF CONSUMER LAW*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Aytağ Ceyhan ÇAKIR
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ekrem SOLAK

**TÜRK TİCARET SİCİLİ İŞLEMLERİNE DAYANAK
OLUŞTURAN YABANCI MİRASÇILIK
BELGELERİNİN TANINMASI VE TASDİKİ**

*RECOGNITION AND LEGALISATION OF FOREIGN
CERTIFICATES OF SUCCESSION FOR REGISTRATION AT
THE TURKISH TRADE REGISTRY OFFICES*

Dr. Deniz ERGENE

**ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAY
SENETLERİ DEVRİNİN ESAS SÖZLEŞMEYLE
SINIRLANDIRILMASI**

*LIMITATION OF THE TRANSFER OF REGISTERED SHARES
IN JOINT STOCK COMPANIES BY THE ARTICLES OF
ASSOCIATION*

Dr. Ufuk ÜNLÜ

**ŞİRKETLER HUKUKUNDAN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM
ARBITRATION IN CORPORATE
LAW DISPUTES**

Av./Atty. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI
Av./Atty. Muhammed Buğrahan HELVACI



REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 6/Sayı: 3
Volume: 6/Issue: 3
Yıl/Year: 2021

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 6/Sayı: 3
Volume: 6/Issue: 3
Yıl/Year: 2021

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 85-86

Basımcının Adı/Printed by: Gürsoy Basım Reklam Matbaa Kirtasiye ve
Ambalaj Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/
Place of Publication: Cumhuriyet Mah. Esatpaşa Cad.
Uygarkent Sitesi No: 14F Uygarkent
Sitesi A12/22 Üsküdar/İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 53313)
Tel.:

Basım Tarihi/Publication Date: Aralık/December 2021

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

URL: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan
yerel, süreli ve hakemli bir hukuk
dergisidir./This journal is a peer
reviewed national law journal published
three times a year.

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “**REGESTA**” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “**REGESTA**”*

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası’nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

İnternet adresi: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Derginin web sayfası için "<https://ito.org.tr/tr/regesta>" adresini ziyaret edebilirsiniz.

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Özyeğin Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Doç. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (*Yeditepe Üniversitesi*)
Doç. Dr. Oğuz CANER (*Bursa Uludağ Üniversitesi*)
Doç. Dr. Gencay KARAKAYA (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Doç. Dr. Birgül SOPACI (*Marmara Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

2. Dergi’de yayınlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve fotoğraflı özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV (should be attached photo)

7. Dergi’ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. Dergi’ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

9. Dergiye gönderilen makalelerde **atıf dipnotları ve kaynakça** Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) stilinde hazırlanmalıdır.

Citation footnotes and bibliography should be prepared in Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) style in the articles that sent to journal.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself.*

11. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

12. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

13. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

14. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

15. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

16. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Dergimizin etik ilkeleri, yayın ve intihal politikasına ilişkin detaylı bilgilere “<https://ito.org.tr/tr/regesta>” adresinde yer verilmiştir.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Detailed information about our journal's ethical principles, its policy on publication and plagiarism may be found in the following address: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, yerel ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayınlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanunun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, national, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2021 yılında çıkan son sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Prof. Dr. Zafer ZEYTİN'in "*Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim Şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejiminde Mal Gruplarına Özgülenmesi*" olup; bunun yanı sıra Doç. Dr. Canan KÜÇÜKALİ'nin "*Pandemiler ve Zorunlu Lisans*", Dr. Öğr. Üyesi Aytuğ Ceyhun ÇAKIR ve Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK'ın "*Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler*", Dr. Deniz ERGENE'nin "*Türk Ticaret Sicili İşlemlerine Dayanak Oluşturan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması ve Tasdiki*" ve Dr. Ufuk ÜNLÜ'nün "*Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması*" isimli yazılarına yer verilmiştir.

Uzman görüşü bölümünde ise, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi İTOTAM Genel Sekreteri Av.Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI ile Av. Muhammed Buğrahan HELVA-CI'nın "*Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim*" isimli yazısı bulunmaktadır.

Yeni yılda gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 6/Sayı: 3

Yıl: 2021

İÇİNDEKİLER

Makaleler.....	365
Araştırma Makalesi	
Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim Şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejiminde Mal Gruplarına Özgülenmesi	
<i>Prof. Dr. Zafer ZEYTİN.....</i>	<i>367</i>
Pandemiler ve Zorunlu Lisans	
<i>Doç. Dr. Canan KÜÇÜKALİ.....</i>	<i>437</i>
Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler	
<i>Dr. Öğr. Üyesi Aytuğ Ceyhun ÇAKIR</i>	
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK.....</i>	<i>467</i>
Türk Ticaret Sicili İşlemlerine Dayanak Oluşturan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması ve Tasdiki	
<i>Dr. Deniz ERGENE</i>	<i>495</i>
Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması	
<i>Dr. Ufuk ÜNLÜ</i>	<i>531</i>
Uzman Görüşü	549
Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim	
<i>Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI</i>	
<i>Av. Muhammed Buğrahan HELVACI.....</i>	<i>551</i>

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 6/Issue: 3

Year: 2021

CONTENTS

Articles.....	365
---------------	-----

Research Articles

Property Classification Regarding Non-Public Shares of the Joint-Stock Companies and the Bonus Shares within the Legal Matrimonial Regime <i>Prof. Dr. Zafer ZEYTİN</i>	367
Pandemics and Compulsory Licence <i>Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ</i>	437
Fundamental Principles of Mediation within the Context of Consumer Law <i>Dr. Lecturer Aytuğ Ceyhun ÇAKIR</i> <i>Dr. Lecturer Ekrem SOLAK</i>	467
Recognition and Legalisation of Foreign Certificates of Succession for Registration at the Turkish Trade Registry Offices <i>Dr. Deniz ERGENE</i>	495
Limitation of the Transfer of Registered Shares in Joint Stock Companies by the Articles of Association <i>Dr. Ufuk ÜNLÜ</i>	531
Expert Opinion.....	549
Arbitration in Corporate Law Disputes <i>Atty. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI</i> <i>Atty. Muhammed Buğrahan HELVACI</i>	551

MAKALELER ARTICLES

* Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim Şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejiminde Mal Gruplarına Özgülenmesi
Property Classification Regarding Non-Public Shares of the Joint-Stock Companies and the Bonus Shares within the Legal Matrimonial Regime
Prof. Dr. Zafer ZEYTİN

* Pandemiler ve Zorunlu Lisans
Pandemics and Compulsory Licence
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ

* Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler
Fundamental Principles of Mediation within the Context of Consumer Law
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Aytuğ Ceyhun ÇAKIR
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ekrem SOLAK

* Türk Ticaret Sicili İşlemlerine Dayanak Oluşturan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması ve Tasdiki
Recognition and Legalisation of Foreign Certificates of Succession for Registration at the Turkish Trade Registry Offices
Dr. Deniz ERGENE

* Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması
Limitation of the Transfer of Registered Shares in Joint Stock Companies by the Articles of Association
Dr. Ufuk ÜNLÜ

**⌘ KİŞİSEL MAL NİTELİĞİNDEKİ – KAPALI – ANONİM
ŞİRKET PAYI İLE BEDELSİZ – GRATIS – PAYIN YASAL MAL
REJİMİNDE MAL GRUPLARINA ÖZGÜLENMESİ***

*(PROPERTY CLASSIFICATION REGARDING NON-PUBLIC SHARES OF THE
JOINT-STOCK COMPANIES AND THE BONUS SHARES WITHIN THE LEGAL
MATRIMONIAL REGIME)*

Prof. Dr. Zafer ZEYTİN**

ÖZ

Edinilmiş mallara katılma rejimi Yargıtay uygulamaları ile kendine özgü bir yasal mal rejimi halini almış ve birçok uyuşmazlığı içerisinde barındırmaktadır. Bunlardan biri de Türk Medeni Kanunu’nun kabul edilip yürürlüğe girdiği 2002 yılından önce veya yasal mal rejimi sürerken karşılıksız kazandırma ile eşin sahip olduğu bir anonim şirketteki ortaklık payının edinilmiş mal veya kişisel mal grubuna özgülenmesi ile yasal mal rejimi sürerken bu şirkette gerçekleşen sermaye artırımını ile sahip olunan bedelsiz payların mal gruplarından birine özgülenmesidir. Bu tartışmada esas olarak halka açık olmayan (kapalı) anonim şirket ve ortak eşin tek veya aktif üst yönetici olduğu durum ele alınmıştır.

Ortak eşin şirket kurucusu olarak iradesini açıkladığı andan itibaren ve şirketin tescili ile payı aslen kazandığı, sermaye artırımında payın

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.09.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 30.10.2021 tarihinde birinci hakem; 16.11.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3316-4453, zeytin@tau.edu.tr.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; ZEYTİN, Zafer, “Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim Şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejiminde Mal Gruplarına Özgülenmesi”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 367-436.

aslen kazanılmasının sermaye artırımının tescili anından itibaren olduğu sonucuna varılmıştır. Payın devren kazanılmasının, alacağın devrine ilişkin tasarrufi işlemin tamamlanmasıyla, senede bağlanmış payların çeşidine bağlı olarak (emre ve hamiline yazılı) usule uygun devredilmesiyle kazanıldığı kabul edilmiştir. Payın devrinin şirketin onayını gerektirdiği hallerde ise bunun borçlunun nakline ilişkin hükümlere istinaden şirketin onayı gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Kazanılan pay, eşler arasında bu anlarda geçerli olan mal rejimine bağlı olarak mal gruplarına özgülenecektir.

İç kaynaklardan sermaye artırımı söz konusu olduğunda, kâr kaynaklı ve serbest amaçlı olan yedek akçe ve fonların kullanılması halinde sermaye artırımı ile elde edilen bedelsiz paylar, edinilmiş mal kabul edilmelidir. Bunun dışında serbest amaçlı olmayan, şirketin iktisadi varlığını koruması ve faaliyetini sürdürmesi için kabul edilmiş iradi yedek akçelerin kullanılarak sermaye artırımında bedelsiz payların sermaye veya kâr kaynaklı ayrımını yapmadan bedelsiz payların kişisel mal grubuna özgülenmesi doğru olacaktır. Özgüleme sürecinin getirdiği zorlukları aşmak için endüstriyel değer artışı üzerinden yapılacak hesaplama ile eşin, diğer eşle paylaşması gereken edinilmiş malın tespit edilmesi niha-yetinde tercih edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Mal Rejimi, Edinilmiş Mal, Kişisel Mal, Anonim Şirket, Bedelsiz Pay, Yedek Akçe, Fonlar, Endüstriyel Değer Artışı

ABSTRACT

The matrimonial regime of participating in community property has become a peculiar legal regime with the applications of the Court of Cassation and harbors many disputes. One of these problems is the classification of charge-free shares in a joint-stock company of a spouse into community or personal property that have been acquired prior to the adoption of the new TCC, or during the matrimonial regime and the admensuration of bonus-shares arising from capital increase that is acquired during the marriage. This study examines the statue of non-public joint-stock companies and spouses that are sole shareholder or active in higher management.

The original acquisition occurs with the declaration of the shareholder spouse's will to establish a company and the registration of it, while the acquisition in a capital increase occurs with the registration of this resolution. Also, the derivative acquisition of uncertificated securities occurs upon the completion of cession of rights while the derivative acquisition of certificated shares depends on the type of certification. In cases where the transfer of the shares requires the approval of the company, the cession of rights incorporated in the certificated shares occurs with the approval regarding the provisions on the assumption of debt. The acquired shares shall be classified according to the matrimonial regime by the time of acquisition.

When capital increases via internal sources, bonus-shares acquired hereby shall be classified as community property, if profit-based and purpose-free reserves and funds are used as internal sources. If contingency reserves established with the articles of association that are not purpose-free and are required for the continuity and financial existence of the company are used as internal sources, aforementioned bonus-shares shall be classified as personal property. To overcome the difficulties of classification process, the calculation of the increased industrial value should be preferred to determine the community property.

Keywords: *Legal Matrimonial Regime, Community Property, Personal Property, Joint Stock Company, Bonus Shares, Contingency Reserves, Funds, Increase in Industrial Value Increase*

Extended Summary

The matrimonial regime of participating in community property has become a peculiar legal regime with the applications of the Court of Cassation and harbors many disputes. One of these problems is the classification of charge-free shares in a joint stock company of a spouse into community or personal property that have been acquired prior to the adoption of the new Turkish Civil Code, that has entered into force in 2002, or during the matrimonial regime. Also problematic is the admeasurement of bonus shares arising from capital increase that a spouse acquires during the marriage. The examination in this study is limited to non-public joint stock companies and shareholder spouses that are the sole shareholders or active in higher management of the joint stock company.

Because not only other provisions may apply to public joint companies, but also different assessments may be made justly regarding in the stock market quoted shares.

We have come to the conclusion that the original acquisition occurs with the declaration of the shareholder spouse's will to be the founder of the company and the registration of the company to commercial register while the original acquisition in a capital increase occurs with the registration of the resolution (of the general assembly) in regard to capital increase to commercial register. On the other hand, it is assumed that derivative acquisition of uncertificated securities occurs upon the completion of cession of rights while the derivative acquisition of certificated shares (promissory shares or shares to bearer) depends on the type of certification and occurs with the transfer of possession of the negotiable instrument. In cases where the transfer of the shares requires the approval of the company, it is concluded that the cession of rights incorporated in the certificated shares occurs with the approval of the company within the scope of the provisions about assumption of debt. The acquired shares shall be classified as personal or community property according to the matrimonial regime in the moment of either original or derivative acquisition of the shares. Based on the time criterion, regardless of whether the shares are acquired by remuneration (money, goods or labor) or not, the said shares are personal property. The shares acquired prior to the commencement of (new) Turkish Civil Code are undoubtably personal property and shall remain as such in the dissolution of matrimonial property and shall not be shared with the other spouse. Regardless of the time criterion, gratis company shares such as inherited or endowed shares are to be classified as personal property. – Original or derivative - acquisition of shares that are acquired through shares which classify as personal property are also to be classified as personal property in regard to the substitute principle.

When it comes to capital increase from internal sources, income of personal property is not a sufficient criterion for classification of bonus shares, but it is also necessary to look at whether the use of internal resources, especially company profit, serves the existence and activity of the company. The company profit may arise as a result of its commercial activity, as well as the disposal of company assets, shares, affiliates and similar values, or recalculation of different assets. In order to distinguish the latter kind of profit from operating profits, one shall use earnings

profit for profits from operations and capital profit for profits arising from recalculation of different assets. The profit of the company as a result of its commercial activity is personal property while the company's capital profit may be considered as company's profit (book profit) in terms of commercial, financial and accounting law, in our opinion, it is not "income" in terms of matrimonial property law, it is the substitute value of a personal property, a substitution and therefore a personal property just like the original shares.

If contingency reserves or funds, that are purpose-free and earnings profit-based, are used for capital increase, bonus shares acquired through this capital increase shall be classified as community property. However, in cases where legal reserves exceeding half of the capital are reserved for the purpose of serving the existence and activity of the company according to the articles of association, bonus shares acquired through the capital increase should be classified as personal property based on the principle of substitution, if such legal reserves are used for capital increase. If purpose-free and earnings profit-based legal reserves exceeding half of the capital are used for the capital increase, bonus shares acquired through this capital increase shall be classified as community property. If internal sources (contingency reserves, funds, company profits) that are used for capital increase consist of increase in the company's capital, in other words consists of book profits such as reevaluation of properties or extinguishing procedures, bonus shares acquired through that capital increase is to be classified as personal property just like the original shares. Bonus shares acquired through a capital increase via internal sources that consist of profits transferred from previous years or undistributed net period profits (these profits must be due to commercial activities) are assets that the spouse has acquired by means of their income and therefore to be classified as community property. In cases where the bonus shares are community property, considering the fact that the origin of those shares is personal property, equalization charge shall not be taken into account when calculating the residual value of the spouses according to Art. 230 par. 3 of Turkish Civil Code.

In our opinion, the evaluations regarding all these principles and procedures, especially the difficulties caused by the determination of the provisions of the articles of association for capital increase, show that it will be easier to conclude in disputes over the increase in industrial value when the spouse is a sole shareholder or active in higher management of a company and the shares of that company are his personal property. For

this, the equity capital of the company, which is the personal property of a spouse, at the beginning or the closest date to the beginning of the matrimonial regime participating in community property, should be reevaluated and updated to the moment closest to the dissolution or liquidation of the matrimonial regime. If there is a difference between the updated equity and the current value of the equity at the date of the liquidation of the matrimonial regime, the increase in industrial value in this company is the part that corresponds to the share of the spouse and should be shared with the other spouse. This method should be preferred because it is easy, equitable and suitable for the purpose of the property regime. However, one must note that cases are reserved that due to their certain characteristics may require and justify a different calculation method.

Keywords: Legal Matrimonial Regime, Community Property, Personal Property, Joint Stock Company, Bonus Shares, Contingency Reserves, Funds, Increase in Industrial Value

A. Giriş, Konu Sınırlaması ve Sistematiği

Edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabulünün ardından eşler arasında mal rejimiyle ilgili farklı uyuşmazlık konuları ile karşılaşilmektedir. Yargıtay uyuşmazlıklara ilişkin, bazen yasal düzenlemelere uygun bazen onlardan ayrılan, doktrinde¹ taraftar bulan veya bulmayan somut olay adaletini sağladığı düşünülen kararlarıyla Türk mal rejimi hukukunu şekillendirmektedir. Zamanaşımı süresine,² milli piyango ikramiyesinin edinilmiş mal kabul edilmesine³, artık değer hesabına eklenecek malların tasfiye anındaki sürüm değeri ile hesapta

¹ Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (5th edn, Seçkin 2021); Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku (6th edn, Yetkin 2019); Faruk Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri (5th edn, Seçkin 2016); Ali İhsan Özüğür, Mal Rejimleri (8th edn, Seçkin 2015); Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, (1st edn, Yetkin 2014); Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (3rd edn, On İki Levha 2013); Mustafa Alper Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri Teori ve Uygulamada (TMK M.185-281) (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008); Suat Sarı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (1st edn, Beşir 2007); Bkz ayrıca çalışmadaki diğer kaynaklar

² Yargıtay HGK, 8-375/520, 17.04.2013 <www.kazanci.com.tr>

³ Yargıtay 8 HD, 2013-7361/13668, 27.06.2014 <www.lexpera.com.tr>

dikkate alınmasına⁴, şirket söz konusu ise mali tabloları yerine⁵ şirketin sürüm değeri ile tasfiyede dikkate alınmasına⁶, bozmaya uyulması halinde katılma alacağına bozulan ilk karardan itibaren faiz yürütülmesine ilişkin kararlar⁷ bunlardan sadece bazılarıdır.

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malları, edinilmiş ve kişisel mal olarak ayrılmaktadır. Bu ayrımın malın taşınır veya taşınmaz olmasının bir önemi olmadığı gibi, malın maddi bir varlığının olmasının veya olmamasının da bir önemi yoktur. Fikri haklar, alacak hakları, tazminat hakları gibi cismani varlığı olmayan malvarlığı değerleri bu ayrımın konusu olabileceği gibi, bir ortaklık payı da olabilir. Durağan nitelikte olan malvarlıklarında, örneğin taşınmaz, taşınır, patent, buluş, para ve benzeri değerlerden elde edilen gelir (kira, faiz, ürün, telif hakkı gibi) edinilmiş maldır ve ayrı bir uyuşmazlık konusu oluşturmaz. Buna karşın şirket gibi dinamik malvarlığı hallerinde, mal rejimi ile ilgili olarak kişisel mal geliri ile çalışmanın karşılığı edinim kavramları iç içe girebilmektedir. Çünkü gerçek ve/veya tüzel kişilerden oluşan organları olan şirket, kâr amacı güden ve bu sebeple iktisadi faaliyetlerde bulunan dinamik bir organizasyondur.

Eşin sahibi veya ortağı olduğu bir şirketin, şirketlerin kâr elde etme amacı ile kurulan kişi ve mal toplulukları olduğu dikkate alındığında şüphesiz yasal mal rejimi tasfiyesi kapsamında diğer eşin sahip olacağı alacaklar açısından dikkate alınması hem yasal düzenlemelerin lafzına hem de amacına uygun olacaktır. Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlarında “Kişisel mal niteliğindeki şirket üzerinde davacı eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucu oluşacak alacak hakkı bulunmamaktadır. Ne var ki; aksi kararlaştırılmadığından şirket geliri edinilmiş mal olduğundan, mevcut ise tasfiye davasının konusu olabilir. Mahkemece yapılacak iş; öncelikle yukarıda açıklanan yasal düzenleme, ilke ve esaslar çerçevesinde, 4721 Sayılı TMK'nin⁸ yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden mal rejiminin sona erdiği.../2013 tarihine kadar, dava konusu şirketin kar edip etmediğinin, kar etmişse davalı eşi şirket kar payı (temet-

⁴ Yargıtay 8 HD, 2015-7311/15935, 22.11.2016 <www.lexpera.com.tr>

⁵ Yargıtay 8 HD, 2013-16341/1094, 20.01.2015 <www.lexpera.com.tr>

⁶ Yargıtay 8 HD, 2015-6299/15819, 21.11.2016 <www.lexpera.com.tr>

⁷ Yargıtay 8 HD, 20016-3963/7560, 23.05.2017; 5431/9847, 5.11.2019 <www.lexpera.com.tr>

⁸ Türk Medeni Kanunu Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24657

tü=kazanç) ödenip ödenmediğinin, ödenmişse mevcut olup olmadığının ya da her hangi bir yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin, kar payı ödemesi yapılmamışsa karın şirkete yatırım olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp belirlenmesidir. Kâr payı ödemesi yapılmış veya kârın şirkete yatırım olarak kullanılması durumunda, bu miktarların mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır.” şeklindeki ifadeleriyle çalışma konumuzun uygulamadaki gerekçesini ortaya koymaktadır.⁹

Şirketin “kuruluş amacı” tek başına katılma alacağının belirlenmesi açısından yeterli değildir. Eşin sahip olduğu şirket payının kişisel mal olduğu halde, şirketin sadece kuruluş amacı dikkate alınarak diğer eşle paylaşılması söz konusu olmamaktadır. Buna karşın yasal mal rejimi sürerken kişisel mal niteliğinde bir şirketin ticari faaliyetleri sonucunda elde edilen kazanç, özellikle eşin tek başına aktif olarak veya hâkim olarak üst yönetimde çalışması karşılığı olduğunda tam da yasal düzenlemelerin amacına uygun olarak diğer eşle paylaşılması gereken edinimdir. Bu edinim kişisel mal geliri olarak mı nitelendirilmeli ve edinilmiş mal kabul edilmelidir yoksa çalışma karşılığı olarak mı nitelendirilmeli ve edinilmiş mal kabul edilmelidir? Temelde bu iki farklı gerekçe, aynı sonuca neden olacaksa da nitelemeye bağlı olarak ilk nitelemede, yani “kişisel mal geliri” olması halinde mal rejimi sözleşmesi ile paylaşım dışı bırakılması mümkünken, ikinci nitelemede, yani “çalışma karşılığı edinim” olması halinde mal rejimi sözleşmesi ile paylaşım dışı bırakılması mümkün değildir.

Şüphesiz yasal mal rejimi ile şirketler hukukuna ve anonim şirketlere ilişkin tartışılacak sorunlar bunlarla sınırlı değildir. Anonim şirketteki payın kazanılma biçimine bağlı olarak mal gruplarına özgülenmesi, şirkettin iç kaynaklardan sermaye artırımına gitmesi halinde bedelsiz payın mal gruplarına özgülenmesi, şirketin elde ettiği kârı dağıtmayarak şirket malvarlığında tutması halinde bunun yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınıp alınmayacağı, eşin şirket paydaşı olarak şirket üst yönetiminde aktif olarak yer alması halinde çalışması karşılığı aldığı huzur hakkı, prim, ikramiye gibi ödemelerin eşin endüstriyel değer artışı

⁹ Yargıtay 8. HD 2016-20438/1069, 6.2.2019; 2016-15695/1350, 10.10.2016; 2015/16775-6143, 25.04.2017; 2016/15937-19045, 22.11.2018 <www.lexpera.com.tr>

üzerinden sahip olacağı denkleştirme alacağına bir etkisi olup olmayacağı gibi hususlar, uygulamada karşımıza çıkan veya sadece teoride kalan tartışmalı konulara örnek verilebilir.¹⁰ Burada sayılan tartışmalı konulara cevap aradığımız çalışmamızı esas olarak kapalı, yani halka açık olmayan anonim şirketlerle sınırladık. Çünkü halka açık ve payların borsaya kote anonim şirketlere uygulanacak hukukun ve payın objektif piyasa değeri ile pay sahibinin aktif ve hâkim olarak üst yönetimde bulunmasına bağlı değerlendirmelerin kapalı anonim şirketlere göre farklılık gösterebileceğinden bu konudaki tartışmaları var olan ve ilerideki çalışmalara bıraktık. Ancak yeri geldikçe halka açık ve payları borsaya kote edilmiş anonim şirketlere ilişkin de sınırlı bazı açıklamalarda bulunduk.

Kapsamı itibarıyla monografik bir çalışma ile yarışmaması için makalede tartışmalı konulardan, şirket payının kazanılması ve iç kaynaklardan sermaye artırımına gidilmesinde ortak eşin sahip olduğu bedelsiz payın özgülünmesini inceledik. Diğer konuları var olan veya ilerideki çalışmalara bıraktık.

Çalışmayı sistematik olarak anlaşılır kılmak için önce kısaca yasal mal rejimine ilişkin açıklamalarda bulunduk, akabinde anonim şirketler hukuku ile ilgili konuları mümkün olduğunca çalışma amacıyla sınırlı olarak genel ve doktrindeki tartışmalı konulara girmeden incelemeye çalıştık Yapılan açıklama ve incelemelerden elde edilen ve ilgili başlıklarda varılan sonuçları, sonuç başlığı altında tekrar etmeden kaçınarak kısaca değerlendirdik.

¹⁰ Bkz özellikle Esra Civelek Acar, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, (1st edn, Aristo Hukuk 2019); Afet Büberci Çifçi and Derya İçöz Demirel, Anonim ve Limited Şirketlerde, Pay, Kar Payı ve Yedek Akçelerin Ediniliş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi, (1st edn, Seçkin 2019) monografik çalışmalar ve Fatih Karamercan'ın Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları (5th edn, Seçkin 2019) adlı kitabındaki ilgili 6.3.2 Şirketlere İlişkin Hususlar, 738 vd kısmının makale konusuna ilişkin açıklayıcı olduğunu belirtmek isterim. Ayrıca sermaye artırımını TMK 230 kapsamında değerlendiren görüşleri için; Ali Haydar Yıldırım and Ferhat Kayış, 'Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Anonim ve Limited Şirket Paylarıyla İlgili İki Önemli Sorun: Sermaye Artırımı ve Payların Değerleme Anı', (2019), 8 (32-1), Banka ve Finans Hukuku Dergisi (BFHD) (Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan Cilt 1) 1693-1741

B. Yasal Mal Rejimi Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

Edinilmiş mallara katılma rejimi bir tasfiye rejimidir. Her eşin mallarının kişisel veya edinilmiş mal olarak nitelendirilerek malvarlığı gruplarından birine tasfiyede özgülenmesi bir zorunluluktur. Kanun koyucu eşlere ait malvarlığı değerlerinin edinilmiş ve kişisel mal olarak belirlenmesinde, eşlerin ekonomik durumlarını, alacaklı veya borçlu sıfatlarını, malvarlığının kadına mı veya erkeğe mi ait olduğunu dikkate almadan hukuki olarak objektif ve her iki taraf için geçerli olacak temel esaslar getirmiştir.

Eşlerin her birinin malvarlığı edinilmiş ve kişisel mallardan oluşmakta olup, mal rejimin tasfiyesinde her bir eş için iki olmak üzere, toplamda dört malvarlığı grubu karşımıza çıkmaktadır. Eşlerin mallarının edinilmiş veya kişisel mal olarak mal gruplarına özgülenmesinde mülkiyet durumu etkilenmediği gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminin, her bir eşin münferit bir malı üzerindeki mülkiyet hakkı üzerinde de bir etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca her iki mal grubu hem ikame ilkesi¹¹ hem de denkleştirme¹² alacağı ile korunmaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejimine dâhil olan edinilmiş mallar örnekleme yolu ile, kanundan dolayı kişisel mallar ise sınırlı olarak sayılmıştır. Eşlerin sözleşme ile tasarruf edebildikleri haller hariç, iradeleri ile malvarlığı değerlerini mal gruplarından birine özgülemeleri mümkün değildir.¹³

Eşler malvarlığı değerlerinin kime ve hangi mal grubuna ait olduğunu her türlü delille, varsa yaptıkları resmi envanter (TMK 216) ile ispat edebilirler.¹⁴ Ancak eğer malvarlığı değerlerinin hangi malvarlığı grubuna ait olduğu ispat edilemiyorsa, TMK 222 f 3 hükmü edinilmiş mallar lehine adi karine öngörmüştür. Buna göre bir eşin bütün malları, aksi ispat edinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.

¹¹ Zeytin (n 1) Nr 309 vd; Nr 375 vd

¹² ibid Nr 561 vd

¹³ ibid Nr 387

¹⁴ ibid Nr 175 vd

1. Edinilmiş Mallar

Türk Medeni Kanunu'nun 219'uncu maddesinde edinilmiş malların tanımı yapılmış ve beş bentte örnek olarak nelerin edinilmiş mal olacağı da sıralanmıştır. Buna göre edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.¹⁵ Bu tanıma göre edinilmiş malın iki önemli unsuru ön plana çıkmaktadır. Birincisi malın yasal mal rejimi süresince edinilecek olması, diğeri de malın ediniminde karşılık (para, mal ve emek) verilmiş olmasıdır. Edinilmiş malların yerine geçen, yani bu mallar harcanarak edinilen malların da ikame ilkesi nedeniyle edinilmiş mal olduğu hüküm altına alınarak, katılma alacağının konusu olan edinilmiş mal grubu korunmaya çalışılmıştır.

Kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken karşılık vererek edinilmesine rağmen eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan malını ise edinilmiş mal olarak kabul etmemiştir (TMK 220 f 1 b 1). Ancak edinilmiş mal grubunun korunması için bu halde edinilmiş mal grubu lehine bir denkleştirme alacağı tanınmıştır (TMK 230). Denkleştirme alacağı, eşin kendi malları arasındaki kaymalarda gündeme gelmekte olup, ifası talep edilebilir bir alacak değildir. Denkleştirme alacağı sadece artık değer hesabında dikkate alınacak bir hesap kalemidir. TMK 230'a göre edinilmiş mallardan kişisel malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa veya kişisel malın borcu edinilmiş maldan ödenmişse edinilmiş mal grubunun korunması amacıyla bir denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır.

Bunun yanında edinilmiş mala ilişkin "çalışma, emek karşılığı" ilkesinden¹⁶ kanun koyucu ayrılmış ve kişisel malların gelirleri de, mal rejimi sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmadıkça (TMK 221 f 2) kanun gereği edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir (TMK 219 f 2 b 4).

Türk Medeni Kanunu md. 222 f 3 hükmü ile bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilmiştir. Böylece kabul edilen karinenin aksini iddia eden eş, iddiasının ispat etme külfeti altına konmuştur.

¹⁵ ibid Nr 245 vd

¹⁶ ibid Nr 231 vd

2. Kişisel Mallar

Kişisel mallar, edinilmiş malların aksine, evlilik birliğinin paylaşılması gereken bir edinimi olarak değerlendirilmemektedir. Kişisel mal grubuna ait mal varlığı değerleri, bu değerlerin hizmet ettiği amaç doğrultusunda evlilik birliğine değil, sadece eşlere aittir. Dolayısıyla kişisel mallar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde diğer eşle değer olarak paylaşılmadığı gibi, edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken de edinilmiş mallara göre daha geniş yetkiyle –TMK 229’a göre eklenecek değer söz konusu değildir– eşlerin tasarrufuna bırakılmıştır.¹⁷ Kanun koyucu kişisel malları TMK 220’de sınırlı olarak sayarak, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejimindeki katılma alacağını garanti altına almak istemiştir.¹⁸ TMK 221’ de ise sözleşme ile kişisel mal kabul edilebilecek mallar sayılmıştır.

Türk Medeni Kanunu md. 220’ye göre sınırlı sayılan kanuni kişisel mallar kural olarak, yasal mal rejimi başlamadan önce sahip olunan mallar ile yasal mal rejimi sürerken bir karşılık verilmeden elde edilen mallardır. Karşılıksız kazandırma, bir bağışlama sözleşmesi sebebi ile olabileceği gibi miras hükümleri gereği veya ölüme bağlı bir tasarrufla sahip olunan mal varlığı değerleri de olabilir. Açık hüküm gereği karşılıklı veya karşılıksız edinim olup olmadığına bakmadan manevi tazminat da kişisel maldır. Ayrıca edinilmiş mallarda olduğu gibi kişisel mal grubunun da korunması için ikame ilkesi kabul edilmiştir.¹⁹ Kişisel mal olan bir malın yerine geçen değerler de ikame ilkesi ile kişisel mal kabul edilmiştir. Bu halde, yani karşılığın doğrudan veya dolaylı olarak kişisel mallardan finanse edildiği hallerde, karşılık verilerek edinilme ilkesi göz ardı edilmektedir. TMK 230 hükmünde edinilmiş mallara yönelik olduğu gibi kişisel mal grubu lehine de bir denkleştirme alacağı kabul edilmiştir. Bu halde eşin kişisel mallarından edinilmiş malların edinilmesine, korunmasına ve iyileştirilmesine katkıda bulunulmuş ve edinilmiş mala ait bir borç kişisel malla ödenmişse kişisel mal grubunun korunması için bir denkleştirme alacağı kabul edilmiştir (TMK 230).

¹⁷ ibid Nr 355 vd; Heinz Hausheer, Basler Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 2002) Art. 198 Nr 1 vd

¹⁸ Hausheer (n 17) Art. 198 Nr 3

¹⁹ Zeytin (n 1) Nr 375 vd

Kişisel mallar, TMK'nin 220'nci maddesinin emredici hükmüne göre, sınırlı sayıda sayılan malvarlığı değerleri olabileceği gibi; TMK'nin 221'inci maddesine göre eşlerin aralarında yapacakları anlaşmayla kabul edecekleri malvarlığı değerleri de olabilir. TMK'nin 221'inci maddesine göre eşlerin aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, edinilmiş mallara ait olan bazı malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kabulü suretiyle katılma alacağı hesabının dışında tutulması mümkündür. TMK 221 hükmünde mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak kabul edilebilecek mallar sınırlı olarak sayılmıştır. Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal olacağına ilişkin kanuni düzenleme emredici değildir. Eşler yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile bunun aksini, yani bunların kişisel mal olacağını kabul edebilirler. TMK 221'e göre mesleki veya işletme faaliyetine özgülenen demirbaşların da kişisel mal olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu halde TMK 230 hükmü gereği bir denkleştirme alacağı da söz konusu olmayacaktır. Ancak TMK 221'e dayanarak çalışma karşılığı elde edilen gelirin/ücretin/maaşın kişisel mal kabul edilmesi mümkün değildir.

3. Edinilmiş Mal Olarak Kişisel Mal Geliri

Konumuz itibarıyla açıklayıcı olması amacıyla edinilmiş mallar arasında sayılan kişisel malların geliri konusunun biraz daha yakından incelenmesi yerinde olacaktır. Kanun koyucu yaptığı düzenleme ile kişisel malları paylaşım dışı bırakırken, kişisel malların gelirlerini eşler arasında paylaşılması gereken edinilmiş mallar arasında saymıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile evlilik birliğini destekleme ve bireyselliği bas-kılama niyetini göstermektedir.²⁰ Gelir kavramı ürün kavramından daha geniş olmasına rağmen, yasal mal rejimi süresince çalışma karşılığı edininim ayrı bir hükümle düzenlendiğinden (TMK 219 f 2 b 1) burada söz konusu olan bir kişisel malın hem hukuki hem doğal hem de diğer gelirleri, ürünleridir. Kişisel malların gelirleri konusunda TMK'nin 685'inci maddesi ikinci fıkrasındaki düzenleme yol gösterici niteliktedir. Buna göre ürünler (gelirler), dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde

²⁰ Heinz Hausheer, Ruth Reusser and Thomas Geiser, Berner Kommentar, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, (Staempli 1992) Art. 197 Nr 91

edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir. Bu tanıma göre bir taşınmazın kira getirisi, bir bahçenin veya tarlanın ürünü, paranın faiz getirisi, bir hayvanın yavrusu, sütü, yünü gibi dönemsel olarak elde edilebilen ürünler gelirdir.²¹

Konumuz açısından ele aldığımızda kişisel mal olan bir şirketin ticari faaliyeti sonucunda elde ettiği kâr da, şirketin hem yasal hem de âdete göre amacına uygun ürünü olarak yasal mal rejimi açısından gelirdir. Özellikle şirketin elde ettiği kâr payını (nakit veya hisse senedi olarak) dağıtması hâlinde (Temmettü-Stock-Dividends-Berichtigungsaktien) bu açık olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasal mal rejimi süresince elde edilen kişisel mal grubuna ait bu şirket geliri edinilmiş mal olup, mal rejimi sözleşmesi (TMK 221 f. 2) ile aksi kararlaştırılmadıkça tasfiyede artık değer hesabında dikkate alınacak ve diğer eşin katılma alacağını belirleyecektir. Dağıtılmayıp şirkette kanuni, iradi serbest ve/veya amaca bağlı kâr kaynaklı yedek akçe ve fonlar ile elde edilen ve dağıtılmayan kârın sermaye artırımında kullanılması yasal mal rejiminin tasfiyesinde önemli rol oynamaktadır. Bunun gibi şirketin elde ettiği kârı kanuni yedek akçe ve fonları ayırdıktan sonra ortaklarına dağıtmayarak hesaplarında tutması hali de önemlidir.²² Yargıtay dağıtılmayan kârı edinilmiş mal olarak nitelemekte, katılma alacağı hesabında dikkate almaktadır.²³

Bu çalışmamızda kişisel mal grubuna ait olan bir anonim şirkette pay sahibi olan eşin, şirket kârının dağıtılmayarak yedek akçe ve fonlar

²¹ Kişisel mal olan bir tavuğun yumurtasından çıkan civciv kişisel mal, bu yumurtanın satılması ile elde edilen paranın edinilmiş mal olduğu iddiası anlamlı gibi ise de gelir/ürün kavramı açısından yeterli değildir. (Pakize Ezgi Akbulut, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ve Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2010) 62; Yasin Işık, Yasal Mal Rejiminde Denkleştirme Alacağı, Gazi Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2013) 47; Ürün/gelir ürün veren şeyin varlığını korumaya hizmet ettiği hallerde bu miktarı ile sınırlı olarak kişisel mal kabul edilerek değerlendirme dışı bırakılması düşüncesi malvarlıklarının değişmezliği ve korunması açısından haklı bir gerekçedir. Buna göre tavuktan olan 10 civcivden birinin ikame ilkesi olarak kişisel mal, 9'unun ise kişisel mal geliri kapsamında edinilmiş mal olması doğrudur. Ancak bu halde mal rejiminin sona erdiğinde tavuğun veya yerine geçen başka bir ikame değerın kişisel mal olarak mevcut olmaması gerekir.

²² Bkz Civelek Acar, (n 10) 150 vd

²³ Yargıtay 8 HD 3085/13817, 23.6.2015; 9032/12145, 11.12.2012; 2012-5212/3549, 14.03.2013 <www.lexpera.com.tr>; diğer kararlar için bkz Karamercan (n 10) 795 vd

üzerinden sermaye artırımında kullanılmasında sahip olacağı bedelsiz payların yasal mal rejiminde mal gruplarına özgülenmesini inceledik. Şirket hesaplarında tutulan, dağıtılmayan karlara ilişkin değerlendirmeleri mevcut veya ilerdeki diğer çalışmalara bıraktık.

Şirket kârı yasal mal rejimi açısından ise biraz daha yakından incelenmelidir. Çünkü kâr kavramı gelir olarak ticari kâr, mali kâr vb. tasniflere tabi tutulmaktadır. Aşağıdaki başlıkta bu konuda kısa bir değerlendirme yer almaktadır.

4. Pay Sahibi Eşin Geliri Olarak Anonim Şirket Kârı

Anonim şirketin varlığını ve amacına uygun olarak iktisadi faaliyetini sürdürebilmesi için kâr/kazanç elde etmesi gerekmektedir.²⁴ Kâr farklı tasniflere tutulduğu gibi, ticari kâr ile mali kâr şeklinde farklı kanuni düzenlemeler esas alındığında farklı tanımlanmaktadır.²⁵ Kâr, TMK 685 f 2 anlamında payın hukuki semeresidir, diğer bir ifadeyle dönemsel kazancıdır.²⁶ Özellikle sermaye artırımı konusunda aşağıda yapılan açıklamaları desteklemek için burada şirket kârı ile ilgili kısa bir açıklama yapmak gereklidir. Çünkü şirket kârı ticari faaliyeti sonucu ortaya çıkabildiği gibi, şirket malvarlığı değerlerinin, payının, iştiraklerinin ve benzeri değerlerin elden çıkartılmasıyla veya malvarlıklarının farklı değerlendirme yöntemleri ile yeniden hesaplanmasıyla da ortaya çıkabilmektedir. Bu son haldeki gelir aslında Pulaşlı'nın da ifade ettiği gibi şirketin kazancıdır²⁷ ve kâr kavramından ayırmak için tercih edilebilir. İlki (kâr) kişisel mal geliri olarak edinilmiş mal iken, ikincisi (kazanç) ticari, mali hukuk, muhasebe hukuku açısından şirket kârı (defter kârı) olsa da kanımızca mal rejimi hukuku açısından “gelir” değildir, kişisel malın yerine geçen değerdir, ikamedir. Örneğin şirketin, kuruluşta sermaye olarak getirilen bir taşınmazı elden çıkartması üzerine elde ettiği, taşınmazın sermaye olarak konulması anındaki değeri ile elden

²⁴ Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, (4. Baskı, Seçkin 2012) 291; Hasan Karşioğlu, Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, (1st edn, Adalet 2015) 41 vd

²⁵ Kâr kavramı ve farklı açılardan yapılan tanımlar ile ticari ve mali kâr kavramı için bkz Ercan Geçgel, Anonim Şirketlerde Kâr Payı Avansı, (1st edn, On İki Levha 2018) 7 vd; Kâr, Kazanç farkı için bkz Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, (3rd edn, Adalet 2018) Nr 45-3; Büberci Çifçi and İçöz Demirel, (n 10) 107 vd.

²⁶ Pulaşlı, ‘ŞHŞ C II’ (n 25) Nr 45-4

²⁷ Bkz. ibid Nr 45-4

çıkartılması anındaki değer farkı kazanç -ticari kâr ve mali kâr olarak değerlendirilse de- yasal mal rejimi açısından ikame ilkesi nedeniyle taşınmazın yani şirketin tabi olduğu kişisel mal grubuna özgülenmelidir. Kişisel mal geliri olan şirket kârı, yasal mal rejimi hukuku açısından şirketin ticari faaliyeti sonucu dönemsellik arz eden kazançları olmalıdır. Sermaye kaynaklı kazançlar kişisel mal geliri olarak nitelendirilen “kâr” kavramı olarak değerlendirilmemelidir. Çalışmamızda “kâr” ile kastedilen şirketin ticari faaliyeti sonucu elde ettiği ve kişisel mal geliri olarak edinilmiş mal olarak nitelendirilen kazançtır. Aşağıda sermaye artırım ve buna bağlı bedelsiz payın yasal mal rejimi açısından özgülenmesinde sermaye artırımının kâr (ticari faaliyet kârı) veya sermaye (sermaye kârı) kaynaklı olması belirleyici olacaktır.

Şirketin iktisadi faaliyeti sonucu elde ettiği ve dağıtılabılır olduğu halde dağıtılmamış kârın yasal mal rejimi açısından değerlendirilmesi kapsam itibari ile bu çalışmada incelenmemektedir. Ortaklarına karşı da bağımsız bir kişiliği olan şirket, dağıtılmamış kâr üzerinde yetkili organının kararına bağlı olarak tasarruf edilebilir. Şirketin kârın dağıtılması yönünde bir karar almadığı hallerde ortak eşin şirkete karşı ileri sürebileceği bir hakkı söz konusu değildir. Ancak uygulamada ve doktrinde dağıtılmamış şirket kârlarının mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmasına yönelik görüşler mevcuttur.²⁸ Ortak eşin şirkette hâkim olduğu hallerde mal rejiminin amacı ve bu durumun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi düşüncesi ile bunun kabul edilmesi mümkündür. Çünkü şirkete ait dağıtılmamış kâr ortak eşin malvarlığında “yatırıma dönüşmüş” halde dolaylı olarak “latent (gizli, uykuda)” bulunmaktadır. Hâkim ortak ve şirket sahibi eşin bu değer üzerinde tasarruf edebilmesi mümkün olduğundan mal rejiminin tasfiyesinde, kârın şirket tüzel kişiliğine ait olması nedeniyle dikkate alınmaması hukuka uygun olmayacaktır. Dağıtılmamış net kârın yasal mal rejimi tasfiyesinde dikkate alınması gerekir, bu nedenle şirketin ve ortak eşin mükellefi olacağı vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin de dağıtılmamış kârdan düşülmesi gerekir.²⁹ Bunun

²⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı (6th edn, Turhan 2016) 116; Şükran Şıpka and Ayça Özdoğan, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları (2nd edn, Onikilevha 2017) 152 vd; Yargıtay 8 HD 9032/12145, 11.12.2012; 2012-5215/3549, 14.03.2013; 2013-16341/1094, 20.01.2015; 507/13581, 11.10.2016 ve dipnot 8’deki Yargıtay kararları (<lexpera.com.tr> ve Şıpka and Özdoğan (n 28) 152 vd)

²⁹ Şıpka and Özdoğan (n 28) 155

dışında ortak eşin şirketin sahibi ve dağıtımına ilişkin karar alacak hâkim ortak olmadığı, özellikle halka açık şirketlerde dağıtılmamış kârların tasfiyede dikkate alınması borsada kote şirket hisse senedine sahip eşin sahip olamayacağı ve üzerinde tasarruf edebilme imkanı olmayan bir değeri borçlanması sonucunu doğuracağından, kabul edilmemelidir. Bu halde şirket bilançosunda yer alan dağıtılmamış kârı hisse senedinin piyasa değeri üzerinde etkisi ile yetinilmelidir.

C. Anonim Şirket ve Sermaye

1. Anonim Şirket

Sermaye şirketlerinin özelliklerinden biri de ortakların ikinci planda kalmaları ve asıl olanın şirkete getirilen sermaye olmasıdır. Bu nedenle bu tür ortaklıklara sermaye şirketleri denmektedir. Şirket, gücünü ve itibarını sermayesi ve yönetiminden alır. Şirket alacaklılarına karşı şirket mal varlığı bir güvence oluşturur. TTK'de³⁰ yer alan sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş (hisseli) komandit olmak üzere tanedir (TTK 124 f 2). Biz çalışmamızı, yukarıda dediğimiz gibi makale sınırlarında kalarak monografik çalışma halini alması için anonim şirkete, esas olarak da halka açık olmayan kapalı anonim şirkete hasrettik.

Özel kanunlara tabi anonim şirketlere özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır hükmünün (TTK 330) getirdiği istisnai durumlar saklı olmak üzere anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır (TTK 338).³¹ Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan ve pay sahiplerinin sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu olduğu şirkettir (TTK 329) ve usulüne uygun olarak açıklanan irade ile kurulmakta ve tescil edilmesiyle tüzel kişilik kazanmaktadır (TTK 335).

Anonim şirketlerde pay sahibi kurucu ortak, şirkete aynı³² veya nakdi sermaye koyabilirken, hizmet edimlerini veya kişisel emeğini

³⁰ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG: 14.02.2011/27846.

³¹ Bkz emredici hükümler için Rauf Karasu, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi (2.edn, Yetkin 2015) 41, 47, 101, 131 vd

³² Aynı sermaye koymaya, alacak hakkının sermaye olarak konulmasına ilişkin getirilen bilirkişi değerlendirmelerine ve mahkeme onayına yönelik çekincelere ilişkin dü-

sermaye olarak koyamaz (TTK 342). Anonim şirketlerde ortakların hak ve borçlarını belirleyen asıl unsur koydukları sermayeye bağlı olan paylarıdır.³³ Pay, temel olarak anonim şirket sermayesinin pay sayısına bölünmesi ile bulunan birim değer ve pay sahipliğini mevkii temsil eden kavramdır.³⁴ Payların, TTK 354, 355, 455, 456 ve 486 f 1 hükümlerine istinaden şirketin ve sermaye artırımının tescili ile geçerli şekilde doğacağı kabul edilmektedir.³⁵ Çünkü şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir; TTK 352'nin gerekçesinde³⁶ belirtildiği gibi yok hükmündedir; ancak, iştirak taahhüdünden doğan yükümlülükler geçerliliklerini sürdürür (486 f 1). İştirak taahhüdü devri de ancak tescilden sonra alacağın devri ve borcun nakli hükümlerine göre şirket onay verirse şirkete karşı geçerli olacaktır (TTK 352).³⁷ TTK 486 f 1 hükmündeki “pay çıkartılması” ile kastedilen madde sistematigi- ne ve madde kenar başlığına rağmen (II-Pay senedi bastırılması) sadece payın senede bağlanması değildir;³⁸ şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önceki aşamada oluşturularak/ kabul edilerek /tasarruf edilerek

şünceler için bkz Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (1st edn, Onikilevha 2011) 197 vd

³³ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (6th edn, Adalet 2020) Nr 23-3 vd; Pulaşlı, ‘ŞHŞ CII’ (n 25) Nr 41-1 vd, Nr 43-1 vd

³⁴ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) Nr 760; Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 23-1

³⁵ ibid Nr 23-2

³⁶ Madde 352'nin gerekçesi şöyledir: – İfadesinde değişiklik yapılarak 6762 sayılı Kanunun 302 nci maddesinden alınan bu hüküm, pay taahhütlerinin tescilden önce devrini yasaklamamakta sadece şirkete karşı geçersiz saymaktadır. Pay taahhütlerinin devrine izin verilmesi kurucuların değişmesinden, bazen belirlenememesinden başlayarak, kuruluşa ilişkin çeşitli yükümlülüklerin ve hükümlerin uygulanmasında güçlüklerle ve denetleme dışı işlemlere yol açabilirdi. 6762 sayılı Kanunda “payların” şirketin tescilinden önce devrinden söz edilerek teoriye aykırı bir ifade kullanılmıştır. Oysa, tescilden önce pay yoktur. Bu sebeple hükümde “pay taahhütlerinin” ibaresi tercih edilmiştir. Hükümde açıkça belirtilmemekle birlikte pay taahhüdünün devri sebebiyle şirketin bir zarara uğraması halinde bunun ilgililerden talep edilebileceği şüphesizdir. (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, <<https://www.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss96.pdf>> erişim tarihi 17.09.2020

³⁷ Emine Özdamar, *Anonim Şirkette Pay Devri* (1st edn, Adalet 2019) 114

³⁸ Sadece payın senede bağlanmasının geçersiz olduğu yönünde Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 34) Nr 1105

“çıkartılan payın” geçersizliğidir. Bu aşamada söz konusu olan pay taahhüdüdür.³⁹ Payın kendisi yoktur.⁴⁰ TTK’nin 456 f 3 hükmü “Artırım, genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa izin geçersiz hâle gelir ve 345 inci maddenin ikinci fıkrası uygulanır.” şeklindedir. Buna istinaden sermaye artırımını kararı kendiliğinden hükümsüz hale geleceğinden, TTK’nin 345’nci maddesi 2 fıkrası gereği bedeller banka tarafından sahiplerine geri verilir. Sermaye artırımını ile çıkarılan pay ve pay senedinin geçerli olarak doğması için şirketin ve sermaye artırımının tescil şarttır.

Anonim şirketlerde pay sahipleri ile şirket tüzel kişiliği ayrı kişilikler olarak ele alınır. Bu bağımsızlık hem kişilik hem de malvarlığı açısından söz konusu olup, muhasebe hukukunda ve diğer hukuki statü ve ilişkilerde de kendisini gösterir (TTK 133, TTK 242).⁴¹ Buna göre sermaye koyma taahhüdünde bulunan pay sahibi, bunun borçlusu olurken ortağı olduğu şirket tüzel kişiliği de bunun alacaklısı olmakta (TTK 128), sermaye koyma borcu borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi ile de sona ermemektedir. Bu bağımsızlığın istisnası dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması nedeniyle (TMK 2) tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı hallerde karşımıza çıkabilmektedir.⁴²

2. Hizmet Edimleri ve Kişisel Emeğin Anonim Şirkete Sermaye Olarak Konulamayacak Olması

Hizmet edimleri ve kişisel emeğin sermaye olarak konulamayacak olmasının bir sonucu olarak ortak eşin çalışması karşılığı yasal mal rejimi süresine tekabül eden bir edinimi ve TMK 219 f 2 b 1 bendi kapsamında edinilmiş malı olamayacağı iddia edilebilir. Ancak anonim şirkete ortağı eşin şirkete sermaye olarak hizmet ve emeğini koyamayacak olması onun yasal mal rejimi süresince şirket üst yönetiminde çalışması

³⁹ Pay taahhüdünün geçerliliği en azından payın varlığını şart koşar ve bu bir çelişki gibi görünse de amaçsal olarak taahhütler, kurucuların birbirine karşı olan şahsa bağlı davranış yükümlülükleri olarak kabul edilebilir, tescille şahsiliği kalkarak varlığını sürdürür.

⁴⁰ Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 23-9

⁴¹ ibid Nr 5-8

⁴² Bkz Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4th edn, Vedat Kitapçılık 2015) Nr 27-01 vd

karşılığı edinimi, dolayısıyla edinilmiş malı olmayacağı sonucunu doğurmaz.⁴³ Yasal mal rejimine ilişkin hükümlere göre çalışmanın karşılığı edinimin edinilmiş mal olmasına ilişkin düzenleme ile TTK anonim şirketlerde anonim şirkette ortak eşin sermaye olarak emeğini, hizmetini koyamayacağına ilişkin düzenleme birbiriyle çelişkili değildir. Eşin tek başına ve/veya birlikte kurucu, yönetici veya üst düzey statüde aktif olarak çalıştığı hallerde elde ettiği gelir ister huzur hakkı ister prim ister kâr dağıtımı adı altında, isterse başka bir ad altında olsun edinilmiş mallara katılma rejimi hukukuna göre çalışma karşılığı edinilmiş mal olacaktır. Pay sahibi şirket ortağı eşin üst yönetici olarak çalışması karşılığı aldığı ödemelerin (kâr payı, huzur hakkı vb.) dışında şirketin değer artışına yol açan bu emeğinin endüstriyel değer artışı olarak şirket sürüm değeri içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ayrı bir konu olup, konu sınırlamamız gereği bu çalışmada incelenmemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, kişisel mal olan bir şirket sahibi eşe çalışması karşılığı kâr payı, huzur hakkı gibi ödemeler yapılmışsa –ki edinilmiş mallardır– eşin ZGB 209 f 1 (TMK 230 f 3) hükmüne göre şartları oluşmadığından, endüstriyel değer artışı üzerinden sahip olacağı bir denkleştirme alacağı söz konusu olmayacağına hükmetmiştir.⁴⁴

3. Anonim Şirkette Sermaye Çeşitleri

Yukarıda bahsedilen nakdi ve aynı sermaye dışında, TTK’de esas sermaye, kayıtlı sermaye, başlangıç sermayesi ve çıkarılmış sermaye kavramlarına yer verilmektedir.⁴⁵ Anonim şirketlerin halka açık olma-

⁴³ Civelek Acar (n 10) 127 vd

⁴⁴ Kişisel mal niteliğindeki şirket söz konusu ise endüstriyel değer artışının üst yönetici eşin çalışması karşılığı şirketten uygun karşılık aldığı hallerde dikkate alınmaması yönündeki İsviçre uygulaması (BGE 131 III 559, 565), uygun karşılık alınmış olması halinde TMK 230 f 3 hükmüne göre bir katkıdan söz edilemeyeceği gerekçesine dayanmaktadır. Endüstriyel değer artışının edinilmiş mal kabulü, yasal mal rejimindeki çalışmanın karşılığı edinimlerin diğer eşle paylaşılması ilkesine uygundur. Bunun yanında değişken denkleştirme alacağı için TMK 230 f 3 “uygun karşılık” aramaktadır. Bu konunun ayrı bir çalışmada değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁴⁵ Sermayeye ilişkin TTK’de yapılan yukarıda kısaca açıklananların dışında farklı hukuki gerekçelerle farklı malvarlığı değerleri de sermaye olarak adlandırılmaktadır, ki burada incelenmemekle beraber örnek olarak anılacaktır. 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun (KVK) 12. maddesinde örtülü sermaye düzenlenmiştir: KVK 12 f 1’e göre “Örtülü Sermaye; Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan ki-

yanlarının da kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilecekleri TTK 332 hükmünde sadece “sermaye” ifadesinin yer alması ile kabul edilmiştir. Buna göre anonim şirketler esas veya kayıtlı sermaye sistemlerinden birini seçebilirler.⁴⁶ Esas sermaye, tamamı kurucular tarafından taahhüt edilen (TTK 332), şirkete tahsis edilen, esas sözleşmede yer alan ve ticaret siciline tescil edilmiş bulunan sermaye tutarıdır. Esas sermaye itibari, nominal bir rakamı ifade eder ve genel kurul ve/veya yönetim kurulu kararıyla (seçilen sermaye sistemine bağlı olarak) değiştirilebilir.

Esas sermaye, şirketin kuruluşu aşamasında ve sermaye artırımında oluşur ve kuruluşta ve sermaye artırımında pay sahiplerinin sahip oldukları hisse senetlerinin -hisse senetleri çıkartılmışsa- nominal değerleri toplamına eşittir.⁴⁷ Payların piyasadaki değer değişiklikleri esas sermayeyi etkilemez, esas sermaye sabittir (TTK 329).⁴⁸

Kayıtlı sermaye, anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydı ile genel kurula ihtiyaç duymaksızın sadece yönetim kurulu kararı sermaye artırımında bulunulmasına ve buna bağlı olarak yeni hisse senedi bastırılmasına yarayan sistemdir. Bu sistemde yönetim kurulu kararı ile artırılabilir sermaye tavanı esas sözleşmede/taahhütnamede gösterilir. Tavanın gösterilmiş olması sadece yetki vermeye ilişkin olup esas sermayenin artırıldığı anlamına gelmez, tavanı aşan sermaye artırımı için genel kurul kararı ile esas sözleşme değişikliği gerekir.

Başlangıç sermayesi, kayıtlı sermayeli anonim şirketlerin sahip olmaları zorunlu olan asgari çıkarılmış sermayedir. Başlangıç sermayesi kurucular tarafından kuruluş aşamasında taahhüt edilen sermayedir.

şilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır...” Bu hüküm, sadece vergi hukuku açısından değil somut olay aksine bir değerlendirmeyi haklı göstermiyorsa edinilmiş mallara katılma rejiminde de rol oynayabilir.

⁴⁶ Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-03; İstisnai olarak değişken sermayeli yatırım ortaklığı için bkz SPK 50 vd

⁴⁷ Evren Dilek Şengür, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Sermaye İle İlgili Getirilen Yenilikler’, (2011), 21 (103), Mali Çözüm 97, 100 vd; Mehmet Hanifi Ayboğa, ‘Yüksek Enflasyon Dönemlerinde Anonim ve Limited Şirketlerde Zorunlu Esas Sermaye Artırımı’, (1999), 8 (10) Muhasebe Finansman Dergisi 59, 67.

⁴⁸ Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-03

Çıkarılmış sermaye, çıkarılmış payların tümünün itibari değerlerinin toplamını temsil eder (TTK 332). Kayıtlı sermaye sisteminde şirketin satışı yapılmış hisse senetleri, diğer bir ifadeyle kayıtlı sermaye sisteminde şirketin esas sermayesi (SPK⁴⁹ 12), yönetim kurulu kararı ile artırılan güncel sermayesi çıkarılmış sermayedir.⁵⁰

Esas sermaye sisteminde asgari/en az (başlangıç) sermaye 50.000 TL iken, kayıtlı sermaye sisteminde en az başlangıç sermayesi 100.000 TL'dir. Halka açık olmayan (kapalı) anonim şirketlerde nakdi sermayenin en az ¼'ü tescilden önce kalanı da tescilden sonraki 24 ayın hitamına kadar ödenmelidir (TTK 344). Halka açık⁵¹ anonim şirketlerde ise, taahhüt edilen payların bedelinin SPK 12'ye göre tamamen ve nakden ödenmesi gerekir.⁵²

Anonim şirketlerde sermaye paylara bölünmüş itibari değeri olan büyüklüklerdir. Pay bedelleri kayıtsız şartsız taahhüt edilir ve ödenir. Kuruluş dönemi faizi dışında ortağın sermaye olarak koyduğu payı için faiz ödenmez.⁵³

Yasal mal rejimi açısından bu başlık altına anlatılan sermaye sistemlerinin bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte makale konusunun anlaşılmasına hizmet ettiğine inanıldığı için burada yer verilmiş-

⁴⁹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG: 30.12.2012/ 28513

⁵⁰ Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-04; Şengür, (n 47) 101; İsmail Cem Soykan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı (1st edn, Onikilevha 2019) 7

⁵¹ Halka arz için bkz Senem Mutlu Uşaklı, Halka Arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2010) 5 vd

⁵² Sermaye Piyasası Kurulu, satış süresi içinde satılamayan payların tamamının satın alınacağını ve bedellerinin ödeneceğinin ortaklığa karşı taahhüt edilmesini isteyebilir. Kurul, birleşme, bölünme, hisse değişimi ve benzeri şirket yapılandırmalarında yapılacak sermaye artırımları gibi pay bedellerinin nakden ödenmesinin zorunlu olmadığı durumu belirlemeye yetkilidir. Halka kapalı bir anonim şirket halka açılma yoluyla sermaye artırımına gitmek isterse, hali hazırdaki ortaklar şirkete karşı arz edilecek sermaye miktarını taahhüt ederler ve bu payların halka satışıyla sermaye artırımını meydana gelir. Eğer arz edilen paylardan halka satılamayan olursa o zaman taahhütte bulunan ortakların bunu ödeme zorunluğu söz konusudur.

⁵³ Kuruluş dönemi faizi, yasal mal rejimi döneminde hak kazanılırsa edinilmiş mal grubuna özgülenir ve artık değer hesabında dikkate alınır, meğerki mal rejiminin sona erdiği anda tüketilmiş olsun ve TMK 229 kapsamında eklenecek değer olmasın.

tir. Kişisel mal olarak nitelendirilen anonim şirket payı ile ilgili önem arz eden husus sermaye artırımını ve bunun hangi kaynaktan finanse edildiğidir. Buna ilişkin aşağıda açıklamalar yapılacaktır.

4. Anonim Şirket Sermayesi ve Malvarlığı İlişkisi

Anonim şirkete konulan sermaye ile anonim şirketin malvarlığını birbirini ile karıştırmamak gerek. Yukarıda bahsedildiği gibi esas sözleşmeyle konulan nakdi ve değer biçilen aynı (TTK 343) veya hak şeklindeki malvarlıklarının para olarak ifadesi esas sermayedir ve konulduğu, çıkarıldığı andaki sabit ve itibari parasal değeri ifade eder.⁵⁴ Esas sermaye ile şirket malvarlığı şirketin kuruluşunda eşittir. Esas sermaye/kuruluştaki şirket malvarlığı anonim şirketin kuruluş amacına uygun olarak iktisadi faaliyetleri sonucu veya dış etkenler nedeniyle artabilir, değişmeyebilir veya azalabilir. İş bu değişkenlikle oluşan değer esas sermayeyi de içeren şirketin malvarlığıdır.⁵⁵ Sermayenin değişken malvarlığına dönüşümü yatırımı ifade eder ve sermaye ile arasındaki ilişki, şirketin bilançosunda aktif ve pasif olarak kendisini gösterir.⁵⁶

Şirketin sermayesi ve ortaklara bölünmüş itibari pay (nominal) değeriyle sabitken, şirketin iktisadi gücüne bağlı olarak, diğer bir ifadeyle sermayenin yatırıma dönüşmedeki başarısına, arz ve talebe bağlı olarak payların piyasadaki sürüm/rayîç değerleri değişkenlik gösterecektir.⁵⁷ Payların itibari (nominal) değeri en az 1 Kuruş olmak zorundadır. Pay sahibi bir veya birden fazla kişi olabilir, payın sahibinin birden fazla kişi olduğu halde dahi şirkete karşı tek kişiymiş gibi temsil edilmeleri söz konusudur (TTK 432, 477).⁵⁸

TTK’de net varlık (TTK 291, 300) veya net aktif (TKK 379) ile kastedilen, şirketin tüm borçları ile ortakların pay bedelleri ödendikten sonra kalan dağıtılabilecek mevcut miktardır. Diğer bir deyişle brüt malvarlığından borçlar ve anonim şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin etmesinde ortaklarına payları karşılığı ödeyeceği iktisap değerleri (TTK

⁵⁴ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III (3rd edn, Adalet 2018) Nr 55-1, 2

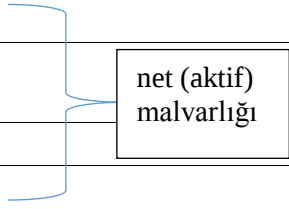
⁵⁵ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I (3rd edn, Adalet 2018) Nr 27-39

⁵⁶ Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-07

⁵⁷ ibid Nr 9-07

⁵⁸ Pulaşlı, ‘ŞHŞ C II’ (n 25) Nr 41-13

379 f 3) çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Kısaca aktif malvarlığından şirketin borçlarının düşülmesiyle bulunan miktardır.⁵⁹

Aktif	Pasif	Açıklama
Kasa/Banka Para	Borçlar (Yabancı Kaynaklar)	
Alacaklar	Özkaynaklar:	
Dönen varlıklar	Sermaye	
Duran varlıklar	Kanuni yedek akçeler	
	İradi yedek akçeler	
	Serbest kullanıma tabi fonlar	

Tablo 1: Kaynak Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku(4.Baskı, Vedat Kitapçılık 2015, Nr 9-07a, 81.

D. Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliğinin Kazanılması

1. Pay Kavramı

Şirketler hukukunda, özellikle anonim şirketlerde pay belirleyici asli ve çok işlevli bir kavramdır. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde pay, birden fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, hisse olarak tanımlanmaktadır. Kanunda sermaye şirketi olarak belirlenen anonim şirket, “sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan” şirket olarak tanımlanmaktadır (TTK 329 f 1). Sermayenin bölünmüş hali pay, payların toplanmış hali sermayeyi oluşturur. Buna göre anonim şirket sermayesinin kurucular tarafından tespit edilmiş sayıya bölünmesiyle elde edilen itibari (nominal) değer paydır.⁶⁰ 50.000 TL sermayeli bir şirkette sermayenin 50.000’e bölünmesi halinde, birbirine eşit 50.000 adet 1 TL nominal itibari değeri olan pay söz konusudur. Kanun gereği bir pay en az 1 Kuruş itibari değere sahip olmalıdır. Bu itibari değer 1er Kuruş ve katları olarak artırılabilir. 1 Kuruşluk itibari değer Cumhurbaşkanınca 100 katına kadar artırılabilir (TTK 476).

⁵⁹ Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-07a

⁶⁰ Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-08

Pay anonim şirkette pay sahibinin hukuki statüsünü, hem mali hem de yönetime ilişkin hak ve borçlarını belirleyen, bazen kıymetli evrak niteliğinde hamile ve nama yazılı senede bağlanan (TTK 661) bazen de bir senede bağlanmadan çıplak olarak varlığını sürdüren itibari bir değerdir.⁶¹ Pay bazen sermayenin itibari değerini, bazen bu itibari değer in sürüm değerini, bazen itibari değere bağlanan hak ve borçları dolayısıyla pay sahibinin mevkiini (statüsünü), bazen de payın bağlandığı kıymetli evrakı ifade etmek için de kullanılmaktadır. Payı belirleyici kılan birçok özelliği olmakla beraber paya bağlı şirket ortaklığı statüsünün pay sahibinin şahsına bağlı olmaması, sahip olunan paya bağlı kanunen pay sahibine tanınan bir statü olması önemli bir özelliktir. Bu nedenle payın sabit olduğu, değişenin pay sahibi olduğunun söylenmesi yanlış bir nitelendirme değildir.⁶² Pay sahibinin değişmesi, payın serbestçe devredilebileceği ilkesi nedeniyle kural olarak bir sınırlamaya tabi değildir (TTK 490 f 1, 492 f 1).⁶³ Her bir pay ayrıca şirkete karşı da bölünemez niteliktedir (TTK 432, 477). Bunun anlamı bir paya birden çok kişi sahip olsa da şirkete karşı tek bir pay sahibi ile temsil edilmelerinin zorunlu olmasıdır.

6102 sayılı TTK ile çıplak payların senede bağlanması zorunlu hale getirilmiştir (TTK 486).⁶⁴ Senede bağlanan payların devri kıymetli evrak hükümlerine göre gerçekleştiği için (bağlam öngörülmediği durumlarda), azınlık pay sahibi herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın paylarını pay senetlerini devretmek suretiyle devredebilir. Böylece özellikle kapalı anonim şirketlerde, bilhassa aile şirketlerinde pay senetlerinin bastırılmaması ve dağıtılmamasına bağlı olarak yaşanan zorlukların ve hukuka aykırılıkların önüne geçilmiş oldu.⁶⁵ Paylar hamiline yazılı ise bedellerin ödenmesinden itibaren üç ay içinde yönetim kurulu tarafından pay senetlerinin bastırılıp hak sahiplerine dağıtması gereklidir (TTK 486

⁶¹ Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (4th edn, Ankara 2018) 29 vd; Civelek Acar, (n 10) 77 vd; Mehmet Hanifi Uğurlu, *Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Paylar ve Oy Hakkı*, Maltepe Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2014) 3 vd

⁶² Pulaşlı, ‘ŞHŞ CII’ (n 25) Nr 41-12

⁶³ Sevi (n 61) 30

⁶⁴ Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 26-3, 724; Kapalı anonim şirketler açısında aksi yönde Sevi (n 61) 36-37 ve dipnot 41’deki yazarlar. Buna karşın hamile yazılı paylar için TTK 486 f 2’ye istinaden zorunluluğu kabul etmektedir. Aynı yönde Büberci Çifçi ve İçöz Demirel (n 10) 35

⁶⁵ Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 26-3, 724

f 2). Azınlık isterse nama yazılı pay senetlerinin bastırılıp dağıtılması da söz konusudur (TTK 486 f 3). Pay senetleri hamiline ve nama yazılı olarak çıkartılır, emre yazılı olarak çıkartılmaz.⁶⁶ Çıkartılan pay senetleri kıymetli evrak niteliğindedir. Payın esas sözleşmenin ticaret siciline tescille doğması ve pay senetlerinin çıkartılması dikkate alındığında senetlerin çıkartılması kıymetli evraklardan (çek, bono, poliçe) farklı olarak kurucu değil, açıklayıcıdır.⁶⁷ Paya bağlı haklar pay nama veya hamile yazılı bir senede bağlanmadan da doğmuştur.⁶⁸ Paylar, hamiline veya nama yazılı senede bağlanıncaya kadar çıplak pay olarak nitelendirilmektedir.⁶⁹ Çıplak paylar TK 490 f 1'e göre esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan devredilebilirler. Devir alacağın devri hükümlerince yazılı şekilde yapılır (TBK 184).⁷⁰

Paylar farklı açılardan birçok tasnife tabi tutulmaktadır.⁷¹ İmtiyazlı veya adi pay şeklinde ayrıma tabi tutulan paylar söz konusudur. İmtiyazlı pay (TTK 360, 478) kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı ve oy hakkı gibi haklarda hak sahibine, adi pay sahibine göre üstünlük tanımaktadır.⁷² Yasal mal rejiminde bunun önemi payın değerlendirmesinde olup, bunun dışında bir özellikle mal gruplarına özgüleme konusunda bir önemi bulunmamaktadır.

Payın bedelli veya bedelsiz pay şeklinde bir tasnifi de yapılmaktadır. Bu tasnifte bedelsizlikle kastedilen sermaye artırımının şirket karı, yedek akçe veya yeniden değerlendirme fonu gibi şirket iç kaynaklarından karşılanması nedeniyle ortakların kanunen sahip olacakları yeni paylar için bir ayrıca bir bedel ödemeyecek olmasıdır (TTK 462 f 3).⁷³ Bedelli pay ise, sermaye artırımının dış kaynaklardan yapıldığı halde buna bağlı

⁶⁶ ibid Nr 26-4; Ancak nama yazılı senetler emre yazılı senetler gibi ciro ile devredildiğinden kanunen emre yazılı senet sayılır (TTK 490 f 2)

⁶⁷ Sevi (n 61) 37; Reha Poroy and Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (23rd edn, Vedat Kitapçılık 2019) 53; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (7th edn, Adalet 2019) Nr 5-30

⁶⁸ Sevi (n 61) 236-280

⁶⁹ Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) 9-10b; 9-10d

⁷⁰ Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-10b, ibid 9-10d

⁷¹ ibid Nr 9-8a; ibid 9-10a; ibid 9-11 vd

⁷² Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku I' (n 34) Nr 781 vd; Pulaşlı, 'Genel Esaslar' (n 33) 23-28 vd; Civelek Acar (n 10) 80

⁷³ ibid (n 10) 81

olarak çıkarılacak payın üçüncü kişiler ve rüçhan hakkını kullanan mevcut ortaklar tarafından bedelinin ödenerek sahip olunduğu paydır.⁷⁴

Yasal mal rejimi açısından payın önemi, sahip olduğu mali ve kişisel haklar ve borçlar nedeniyle hak sahibi eşin artık değer hesabında sahip olacağı iktisadi değerdir. Bunun gibi pay sahipliğinin, yani payın ne zaman kazanıldığıнын, payın kazanılmasında konulan/taahhüt edilen nakdi ve aynı sermayenin kişisel mi yoksa edinilmiş mal mı olduğu da yasal mal rejiminde önemlidir.

2. Pay Sahipliğinin Kazanılması

Pay sahipliğinin kazanılmasında genelde aslen veya devren kazanılmasına ilişkin bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrımın yasal mal rejimi açısından önemi hak sahipliğinin kazanıldığı anın belirlenmesi açısından olup, bunun dışındaki tartışmalar teorik olup konumuz dışıdır.

(1) Pay Sahipliğinin Aslen Kazanılması

Anonim şirket esas sözleşmesinin veya sermaye artırılmasına ilişkin genel kurul (kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu) kararının ticaret siciline tescili ile birlikte pay kendiliğinden oluşmaktadır.⁷⁵ Pay senede bağlanarak nama veya hamiline yazılı olabileceği gibi, bir senede bağlanmadan çıplak pay olarak da varlığını devam ettirebilir. Senede bağlı olan veya olmayan pay arasında, senede bağlı payın tedavül etmesinde kıymetli evrak olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı tedavül kolaylığı dışında, payın hak sahibi ortağa tanıdığı haklar ve borçlar açısından bir fark bulunmamaktadır.⁷⁶

Genelde aslen kazanma pay sahibinin hakkının, önceki bir hak sahibi olmadan ve bir devir işlemine ihtiyaç duymadan hukuki bir olaya istinaden doğrudan kendi malvarlığında doğmasıdır. Anonim şirket pay sahipliği açısından aslen kazanma oluşan payın doğrudan doğruya anonim şirketten kazanılması olarak kabul edilmektedir.⁷⁷ Şirketin kuruluşu

⁷⁴ ibid (n 10) 81

⁷⁵ ibid 82 vd; Sevi (n 61) 39; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku I' (n 34) Nr 764; Nihat Taşdelen, Anonim Ortaklıkta Pay sahipliği Sifatının Kazanılması (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005) 60-61

⁷⁶ Civelek Acar (n 10) 96 vd

⁷⁷ Bkz Sevi (n 61) 38; Pulaşlı, 'ŞHŞ C II' (n 25) 43-21; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku I' (n 34) Nr 827

aşamasında ve keza sermaye artırımı esnasında pay sahibi sıfatının kazanılması aslen kazanmaya ilk ve esaslı örnektir. Bunun gibi halka açık anonim şirketlerde ihraç edilen payların satın alınması da aslen kazanmaya örnek olarak verilmektedir. Özellikle kurucu pay sahibi eş açısından anonim şirketin halka açık veya olmaması arasında kanımızca TTK 346 f 1 ve 2 hükümleri incelendiğinde bir fark olmaması gerekir.⁷⁸ Nitekim TTK 346 f 1 ve 2 fıkra hükümleri esas sözleşmeyle taahhütte bulunun pay sahiplerinin halka arz etmeden sorumlu ve satıştan hak sahibi olacağını düzenlemektedir. Hal böyle olmakla beraber TTK 346'ncı maddesi ile 462'nci maddesinin üçüncü fıkrası halka açık ve halka açılmak üzere Kurula başvuran ortaklıklara uygulanmaz şeklindedir (SPK 12 f 6). Buna istinaden aslen kazanmanın pay sahipliğinin, bir önceki hak sahibinden değil de anonim şirkete karşı olduğu haller için kabul edilmesi, halka açık olan anonim şirketlerde ihraç edilen payların kazanılmasının da aslen kazanma olduğunun kabulünde yasal mal rejimi açısından bir sakınca bulunmamaktadır. Aslen kazanmanın ne zaman gerçekleştiğinin tespit edilmesi ise yasal mal rejimi açısından önemlidir.

Aslen kazanmaya ilişkin yapılan açıklamalar esas alındığında pay sahipliğini şirkete karşı kazanmanın, şirketin tescille tüzel kişilik kazanmasına bağlanması TTK 355 f 1 hükmünün doğal bir sonucudur. Ancak TTK 335 hükmü gereği şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulmaktadır. Pay sahibi ortak eşin esas sözleşmede usulüne uygun iradesini açıkladığı an ile şirketin tescil edildiği an arasındaki zaman diliminde, eşin evlenmesi veya eşi ile arasındaki mal rejiminde değişiklik olması hallerinde acaba hangi anın esas alınması doğru olacaktır. Payın oluşması ile kazanılması sürecinin tamamlanması, şirketin tüzel kişiliğini kazanmasına yani tescile bağlanmıştır. Payın aslen kazanıldığı an tescil anıdır. Bu görüşe göre tescilden önce pay taahhüdünde bulunan ve kanun gereği taahhüdünün ¼ ünü ödeyen ortak eşin sahip olduğu payın edinilmiş mal olabilmesi için şirketin ticaret siciline tescili anında eşlerin yasal mal rejimine tabi olması gerekir.

⁷⁸ Civelek Acar (n 10) 91; Pulaşlı, 'ŞHŞ C II' (n 25) Nr 43-23

Kanımızca aslen kazanmada şirket kurma iradesinin açıklandığı an ile şirketin ve dolayısıyla payların tescil edildiği an arasında ortak eşin tabi olduğu mal rejimi değişiklik gösteriyorsa, pay sahipliğinin kazanıldığı anın iradelerin açıklandığı an olarak alınması daha doğru olacaktır. Çünkü ön şirket/ön anonim şirket ile kurulan anonim şirket aynıdır.⁷⁹ Payın tescille doğuyor olması, ön şirketin/ ön anonim şirketin tasfiyesiz sona eriyor olması da yasal mal rejimi açısından pay sahipliğinin kazanılması ve payın özgülenmesinde iradenin açıklandığı anın dikkate alınmasını haklı kılmaktadır. Nasıl ceninin sağ doğması halinde hak sahipliğini ana rahmine düşmesi ile kazanıyorsa, bunun kıyasen anonim şirket pay sahipliğinin aslen kazanılması hallerinde de kabul edilmesi uygun olacaktır. Hem şirket kurma iradesinin açıklanması hem de şirketin tescilli şekle bağlı ve kolay ispat edilebilir işlemlerdir.

Esas sermaye sisteminde sermaye artırımı yoluyla payın aslen kazanılması, esas sözleşmede değişiklik yapan genel kurul kararının tescili ile gerçekleşir (TTK 459). Burada şirketin varlığı ve ortaklarına karşı bağımsızlığı, ayrı bir kişi oluşu dikkate alındığında kuruluş aşamasından farklı olarak artırılan sermayedeki payın ticaret siciline tescil ile aslen kazanıldığı kabul edilmesi yerinde olacaktır. Mevcut ortaklardan veya üçüncü kişilerden sermaye artırımına ilişkin iştirak taahhütnamesinin alınması ve bunu takiben genel kurul kararının tescil edilmesi söz konusu olmakla beraber, taahhütte bulunanlar açısından pay sahipliğinin aslen kazanılmasının tescille gerçekleştiği kabul edildiğinden, taahhüt anının değil tescil anının belirleyici olması doğru olacaktır.⁸⁰ Bu tescilin yapıldığı anda hak kazanımı gerçekleştiğinden, sermaye artırımı ile oluşan yeni payın özgülenmesinde zaman kıstası açısından tescil anı belirleyici olacaktır (bkz. yukarıda Anonim Şirket başlığındaki açıklamalar, TTK 456 f 3).

Kayıtlı sermaye sisteminde esas sözleşmede belirtilen kayıtlı sermaye rakamına kadar sermaye artırımı için genel kurul kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yönetim kurulu kendisine verilen yetki çerçevesinde TTK 460'a göre sermaye artırımının gerçekleştirilmesinden sonra, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşmenin sermaye maddesinin yeni şeklini tescil ettirir (TTK 460 f 6, SPK 18 f 7). Çıkarılacak yeni payların

⁷⁹ Ceren Tarhanlı, Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket (1st edn, On İki Levha 2013) 57

⁸⁰ Civelek Acar (n 10) 92

taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdî tutar, aynı sermaye konulması ve diğer konular hakkında 459 uncu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır (460 f 3). Sermaye Piyasası Kanununun halka açık anonim şirketlere ilişkin hükümleri saklıdır (TTK 460 f 7). Bu kanun hükümleri esas alındığında kayıtlı sermaye sisteminde şirketlerde sermaye artırımı yoluyla payın aslen kazanılmasının tescil anında olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. SPK 18 f 7 hükmü kayıtlı sermaye sisteminde ayrıca sermaye artırımı ilanının aramaktadır. SPK 18 f 7, TTK 35 f 3 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımının ilanı gerekse de, tescilin aslen kazanım için yeterli olduğunun kabulü yerinde olacaktır.⁸¹

Kısacası ister esas sermaye sisteminde ister kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı yoluyla pay sahibi olunmasında mevcut pay sahibi ortaklar açısından aslen kazanım tescille gerçekleşmiş olmaktadır. Bu payların özgülenmesi açısından zaman kıstası için tescil anının esas alınması doğru olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi payın senede bağlanması kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğundan payın daha sonra senede bağlanmasının özgüleme açısından bir etkisi olmamalıdır.⁸²

Şirketteki ortaklık payının aslen kazanıldığı bir başka durum ise yapısal değişiklikler olarak adlandırdığımız birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumlarıdır. Yapısal değişikliklerde devamlılık ilkesi geçerlidir. Bunun bir sonucu olarak, TMK 219 f b 5 ve TMK m. 220 f b 4 hükümlerinde yer alan ve kişisel ve edinilmiş mal gruplarını koruyan ikame ilkesi gereği, ilk şirketteki pay, hangi mal grubuna özgülenmişse, birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile tüzel kişilik kazanacak ortaklık-taki paylar da o mal grubuna özgülenecektir.

Eşin kurucusu olduğu şirketin kişisel mal olabilmesi için evliliğin gerçekleşmesinden önceki tarihte esas sözleşme ile şirket kurma iradesinin kanun hükmüne uygun olarak açıklanması yeterlidir. Şirketin tescili, tüzel kişilik kazanması için aranan bir şart olup, TTK'nin 335 hükmü ile de saklı tutulmuştur, ancak bu tescil tarihinin TTK'nin 335 hükmü gereği mal rejimi açısından bir önemi bulunmamalıdır. Yukarıda da açıklandığı gibi kurulma aşamasında “ön ortaklık, ön anonim şirket” aşamasın-

⁸¹ Ferah Türkoğlu Utku, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi (1st edn, Adalet 2016) 33

⁸² Civelek Acar (n 10) 89

daki şirket ile tüzel kişilik kazanan aynı şirket olup, bu ceninin hak ehliyeti ile kişilik kazanmasına benzer bir durumdur. Ön ortaklık, ön anonim şirket halinden tescile kadar geçen sürede uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalara, konumuz itibarıyla yer vermeye gerek görülmemiştir. İster ön ortaklık ister ön anonim şirket ister tescil ile tüzel kişilik kazanan bir anonim şirket olsun yasal mal rejimi tarihine göre konan/taahhüt edilen sermaye ve şirketteki payın kişisel mal olmasına karar verilecektir. Buna göre ön şirket aşamasında eşin koyduğu/koymayı taahhüt ettiği sermaye karşılığı sahip olduğu pay şirketin tüzel kişilik kazanması yasal mal rejimi döneminde de olsa payın kişisel mal grubuna ait olması gerekir.

Halka açık olmayan (kapalı) anonim şirketlerde sermayenin en az ¼'ü tescilden önce kalanı da tescilden sonraki 24 ayın hitamına kadar ödenmelidir. Bu halde ¾ oranındaki kalan sermaye yasal mal rejimi döneminde ödense de, şirket payının kişisel mal olarak nitelendirilmesini etkilemeyecektir. Çünkü pay kazanımı yasal mal rejiminden önce gerçekleşmiştir. Ancak göz ardı edilmemesi gereken husus taahhüt edilen tescilden sonraki 24 ay içerisinde ödenmesi gereken kalan sermayenin yasal mal rejimi sürerken şirkete karşı ifa edilmesi halinde, pay sahibi ortak eşin hangi mal grubundan ödendiğine bağlı olarak denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır. Pay sahibi ortak eş ödemeyi kişisel mal grubundan yaptığını ispat edemezse, kişisel mal grubunun borcu için ödemenin edinilmiş mal grubundan yapılmış olacağı karine olarak kabul edileceğinden TMK 230 f 2 hükmü gereği, pay sahibi ortak eşin edinilmiş mal grubunun kişisel mal grubundan denkleştirme alacağı söz konusu olacaktır. Bu denkleştirme alacağı pay sahibi ortak eşin artık değerinin aktifinde yer alarak diğer eşin katılma alacağına neden olabilecektir.

(2) Payın Devren Kazanılması

Anonim ortaklıklarda payların devredilebilirliği ilkesi kabul edilmiştir.⁸³ TTK 490 uyarınca kanunda veya esas sözleşmede aksine bir düzenleme mevcut olmadıkça nama yazılı paylar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın devredilebilir. Bu ilke payın ve pay sahipliğinin anonim ortaklığın onayı olmaksızın el değiştirebilmesi ve sadece nama yazılı paylarda/pay senetlerinde devredilebilirliğin sınırlandırılmasının (bağlı

⁸³ Pulaşlı, 'ŞHŞ C III' (n 54) Nr 49-10,11

nama yazılı) kanundaki emredici hükümler çerçevesinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir.⁸⁴

Eşin şirkete kurucu olarak aslen değil de pay iktisabı yoluyla devren ortak olduğu hallerde, bu iktisabın TTK 489 vd ile özel kanuni düzenleme ve genel hükümlere göre gerçekleştiği anda yasal mal rejimi eşler arasında geçerli değilse, eşin anonim şirketteki payı kişisel mal olacaktır.

Payın aslen kazanıldığı haller, yani pay sahipliğinin anonim şirketten kazanıldığı durumlar dışında, bir hukuki işlem, karar veya bir hukuki olaya dayandığı, satım, trampa, bağışlama, cebri icra, mahkeme kararı, miras veya mal rejimi hükümleri gibi nedenlerle sahibi olan başka bir kişiden kazanılmasında devren kazanma söz konusu olacaktır.⁸⁵ Çalışma konusunu genişletmemek için devren kazanmanın her hali incelenmemiştir.

Paya bağlı hak, borçların ve statünün (mevkiin) devredildiği hallerde tam devirden söz ederiz. Bunun yanında ticaret hayatının gerekleri sebebi ile inançlı temlik, meşru hamil görüntüsü sağlayan devir de devren kazanma başlığı altında karşımıza çıkabilmektedir. Biz konumuz itibarıyla tam devir dışında kalan halleri ilgili kaynaklara bırakarak, tam devri esas alarak değerlendirmelerde bulunacağız.⁸⁶

(3) Çıplak Payların Devren Kazanılması

Pay sahipliğinin TTK 486 hükmü gereği nama veya hamile yazılı senede bağlanması kapalı anonim şirketlere ilişkin aksi yöndeki bazı görüşlere rağmen artık bir zorunluluktur.⁸⁷ Bu şekilde bir senede bağ-

⁸⁴ ibid Nr 49-7; Çiğdem Mine Yılmaz ve Sevgi Bozkurt Yaşar ‘Eşler Arasındaki Mal Rejimleri Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı’ (2017) 133 TBB Dergisi 449, 474; Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku ile) (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012) 1; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, ‘Ortaklıklar Hukuku I’ (n 34) Nr 772b; Hakan Çebi, Şirketler Hukuku (1st edn, Seçkin 2020) 236; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (3rd edn, Yetkin 2021) 343 vd

⁸⁵ Civelek Acar (n 10) 96; Sevi (n 61) 40

⁸⁶ Tam devir dışındaki devren kazanma halleri için bkz Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, ‘Ortaklıklar Hukuku I’ (n 34) Nr 772c; Sevi, (n 61) 43 vd

⁸⁷ Senede bağlanma zorunluluğu için Sevi, (n 61) 37; Poroy and Tekinalp, (n 67) 53; Pulaşlı, ‘Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları’ (n 67) Nr 5-30

lanmamış paylara çıplak pay denilmektedir.⁸⁸ Çıplak paylar⁸⁹ TTK 499 f 1 hükmü gereği pay defterine yazılır.⁹⁰ Çıplak paylar da senede bağlanmamış paylar gibi, payın devredilebilirliği ilkesi (TTK 489-490) nedeniyle her türlü hukuki işleme kural olarak konu olabilirler.⁹¹ Çıplak payların nasıl devredileceği konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu 183 vd. hükümlerinde düzenlenen alacağın devrine ilişkin hükümlerin çıplak payların devrine uygulanacağı kabul edilmektedir.⁹² Ancak bu halde payın bedelinin tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Lakin payın tamamen ödenmediği hallerde, alacağın devri yanında borcun üstenilmesi/borcun nakli (TBK 196) de söz konusu olacaktır.⁹³ Bu, TTK 491 hükmü bedeli tamamen ödenmemiş, nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir şeklindeki kanuni sınırlama ile de örtüşmektedir.⁹⁴ Çıplak ve bedeli tamamen ödenmiş olan payın devrinde alacağın temlik hüükümleri uygulanacaktır. Alacağın temlik tasarrufi işlem olup yazılı geçerlilik şekil şartına tabidir. Bu halde temlikle beraber pay yeni sahibine geçer, eski sahibinin bir tasarruf yetkisi kalmaz.⁹⁵ Pay devrinde yeni pay sahibinin pay defterine kaydının kurucu mu açıklayıcı mı olduğu tartışmalı olmakla beraber bugün hem uygulama hem de doktrinde hâkim görüş pay defterine kaydın kurucu değil açıklayıcı olduğu yönündedir.⁹⁶ Devrin usulüne göre olduğu halde pay defterine yapılacaktır (TTK 499 f 2). Tasarrufi işlem tarihi zaman kriteri açısından önemli olup özgülemeye dikkate

⁸⁸ Civelek Acar (n 10) 97

⁸⁹ Alacağın devrinin uygulama alanı bulacağı bir başka durum, kaydi pay denilen, senede bağlanmamış olmakla beraber halka açık olan Anonim Şirket paylarının Merkezi Kayıt Kuruluşu bünyesinde elektronik ortamda kayıt altında tutulan payların devredilmesidir. (Civelek Acar, (n 10) 97) Kaydi paylar da çıplak pay olup, alacağın temlikine ilişkin hükümlere tabidir. Bu konu sınırlaması nedeniyle ayrıntılı incelenmemiş, gösterilen kaynaklara bırakılmıştır. Pulaşlı, 'ŞHŞ C II' (n 25) Nr 43-26

⁹⁰ Pulaşlı, 'ŞHŞ C III' (n 54) Nr 48-1vd

⁹¹ Civelek Acar, (n 10) 97 dipnot 149'daki kaynaklar; Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-116; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku I' (n 34) Nr 767

⁹² Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-10d

⁹³ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (14th edn, Beta 2020) 329

⁹⁴ Özdamar (n 37) 76

⁹⁵ Civelek Acar (n 10) 97

⁹⁶ Bkz Pulaşlı, ŞHŞ C II (n 25) Nr 43-33; Sevi, (n 61) 264 vd dn 289, 291 açıklama ve kaynaklar; Civelek Acar, (n 10) 100

alınacaktır. Bunun tespit edilememesi halinde pay defterine kayıt tarihinde en geç payın devredildiğinin kabulü kanımızca kabul edilebilir.

Çıplak payların devrinde önemli bir durum, taahhüt edilen payın bedelinin tamamının ödenmediği halde payın devredilmesidir. Bu halde yukarıda da dediğimiz gibi borcun üstlenilmesi/nakli hükümlerinin de uygulama alanı bulması söz konusudur.⁹⁷ Bunun önemi payın devrinin geçerliliği için anonim şirketin rızasının gerekiyor olmasıdır, çünkü devreden pay sahibi ile devralan aynı zamanda taahhüt edilen henüz ödenmeyen pay bedelini de borcun iç üstlenilmesi yoluyla üzerine almaktadır. Bu halde pay sahibi borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan devralan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur. Bu halde payı devralan kişi, anonim şirketin onayı ile ödenmemiş olan payı devren iktisap edebilecektir.⁹⁸

Devrin şirketin onayı ile geçerli olacağının öngörüldüğü diğer hallerde (kanuni TTK 491 f 2, esas sözleşmeyle 492 f 1) devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalacaktır (494 f 1).⁹⁹ Hakların ve borçların geçişine ilişkin kanuni ve sözleşmesel sınırlama (bağlam) arasında fark olduğu hususundaki tartışma göz ardı edilerek mal rejimi hukuku açısından hak sahipliğinin kazanılmasında bir fark olmamalıdır.¹⁰⁰ Bu düzenleme esas alındığında payın mülkiyetinin onay anına kadar eski ortakta, onayla yeni ortağa geçeceği açıktır. Geçiş anının taraflar arasında devir işleminin yapıldığı ana kadar geri yürütmek bu açık düzenleme karşısında zorlama olacaktır.¹⁰¹ Bu hükümlerin senede bağlanmış paylara ilişkin oldu-

⁹⁷ Bahtiyar (n 93) 329-330

⁹⁸ Pay devrinin kanuni ve iradi sınırlamalarına, “bağlam” konusuna ilişkin bkz. Tamer Bozkurt, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) –Die Vinkulierung- (1st edn, Onikilevha 2016); Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esaslar (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012); Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014); Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam (1st edn, Onikilevha 2013).

⁹⁹ Miras, miras paylaşımı, cebri icra gibi şirket onayına sınırlama ve istisna getirilen bir hal olarak mal rejimi hükümleri ile iktisap sayılmıştır (TTK 493 f 4, 494 f 2, 495 f 3). Buna ilişkin olarak bkz. Yılmaz and Bozkurt Yaşar (n 84) 500 vd

¹⁰⁰ Akın (n 98) 179

¹⁰¹ Uzel (n 98) 66

ğu sınırlaması ile çıplak paylara doğrudan uygulanamayacağı ileri sürülse de bağlama ilişkin düzenlemelerin amacı¹⁰² dikkate alındığında kanımızca kıyasen uygulanması mümkündür.¹⁰³ Bunun yanında mülkiyetin naklinin şirkete karşı onayla gerçekleştiği, mal rejiminde özgüleme açısından tarafalar arasındaki devir işlem tarihinin esas alınması da savunulabilir. Böyle bir ayrımı haklı kılacak açık bir kanuni düzenleme olmadığı gibi, kanımızca gerek de bulunmamaktadır. Anonim şirketin onayının icazet şeklinde devir işleminden sonra olduğu halde iktisap onayla gerçekleşmiş olacağından, onay tarihi kanımızca mal rejiminde özgüleme açısından esas alınmalıdır. Anonim şirketin onayı izin olarak önce, tasarrufi devir işleminin ise sonra gerçekleştiği hallerde devrin tasarrufi işlem tarihinde gerçekleştiği kabul edilmelidir.¹⁰⁴ Şirket onayı kurucu, pay defterine kayıt ise açıklayıcı¹⁰⁵ olduğundan bu tarihin (kayıt tarihinin) özgülemeye dikkate alınmasının haklı bir gerekçesi yoktur, meğerki pay defterinin sağladığı adi karinenin aksi ispat edilemesin.¹⁰⁶ Bunun dışında bağlamanın tasarruf işlemine yönelik bir sınırlama olması, temelindeki borçlandırıcı işlemi etkilememesi nedeniyle¹⁰⁷ “hak sahipliği” açısından borçlandırıcı işlem tarihinin özgülemeye esas alınmasının da savunulması mümkündür. Böylece şirket tarafından onay verilmiş bir pay devrinin borçlandırıcı işlem anından itibaren mal rejimi açısından dikkate alınacağı da savunulabilir. Mülkiyetin ve buna bağlı hakların kazanılmasının belirli olmasının sağlayacağı hukuki istikrar ve güven açısından şirket onay tarihinin esas olması kanımızca yerinde olacaktır.

Alacaklının, yani şirketin onayının nasıl olacağı konusunda TBK 195 hükmünün bir şekil şartı aramamasından hareketle, onayın pay defterine kayıtlı gerçekleştiğini kabul edilirse bu halde bu tarih özgülemeye esas alınabilecektir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK 195) alacaklının, Türk Ticaret Kanunu’nda da anonim şirketin onayından (TTK 491 f 1, 492 f 2) bahsedildiğinde bu onayı hangi kurulun vereceğinin tespit edilmesi gerekir. Devre onay konusunda yetkili şirket organına ilişkin açık

¹⁰² Bozkurt (n 98) 20 vd

¹⁰³ Bozkurt (n 98) 46 vd

¹⁰⁴ Krş Civelek Acar (n 10) 102; Uzel (n 98) 69

¹⁰⁵ Bozkurt (n 98) 318; Bahtiyar, (n 93) 333; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019) Nr 1144

¹⁰⁶ Aksi yönde görüş için krş Civelek Acar (n 10) 102

¹⁰⁷ Bozkurt (n 98) 55; Tekinalp, ‘Yeni Bağlam’ (n 98) 5

bir hüküm Türk Ticaret Kanunu’nda bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Pay defterini tutan yönetim kurulunun pay defterine kayıttan önce devrin usulüne uygun olup olmadığını incelemesi ve buna göre pay defterine kaydetmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Buradan şirket onayının yönetim kurulu tarafından verileceği sonucunu çıkmamaktadır. Ancak yönetim kurulu kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (374 f 1). Genel kurulun yetki ve görevlerini düzenleyen TTK 408 ile pay devri için şirket onayını arayan diğer hükümlerde (TTK 491-495) şirket onayının genel kurul tarafından verileceği açıkça düzenlenmemiştir. Şirketin pay devrine onay yetkisi TTK 375 hükmünde sayılan yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden de değildir. Esas sözleşmede aksi yönde bir hüküm yoksa şirketin yürütme ve temsil organı olan yönetim kurulu¹¹⁰ kararı ile pay devrine şirketin onay vermesi yeterli ve geçerlidir.¹¹¹ O halde şirket yönetim kurulu kararı ile pay devri tamamlanmış olmaktadır.¹¹² Bu an, devredilen payın yasal mal rejimi açısından özgülenmesinde esas alınmalıdır.

TTK 497 maddesinde düzenlenen hakların geçişine ilişkin “Borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer.” şeklindeki hüküm ile “Şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır. Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez.” şeklindeki hüküm birlikte değerlendirildiğinde¹¹³ pay defterine kaydın hak

¹⁰⁸ Bozkurt (n 98) 321; Uzel (n 98) 57

¹⁰⁹ Sevi (n 61) 281

¹¹⁰ Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 20-63

¹¹¹ Bozkurt (n 98) 322 vd; Uzel (n 98) 57-58; Sevi (n 61) 280 ve dipnot 365-345; Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-120

¹¹² Akın (n 98) 177; Sevi (n 61) 281

¹¹³ Borsaya kote nama yazılı payların borsada ve borsa dışı iktisabına ilişkin bkz. Bozkurt (n 98) 233 vd; 313 vd; 316 vd

sahipliğinin kazanılmasında, en azından yasal mal rejimi ve mali haklar açısından bir önemi bulunmamaktadır. TTK 426’da düzenlenen senede bağlanmamış paylardan, nama yazılı pay senetlerinden ve ilmühaberlerden doğan pay sahipliği haklarının, pay defterinde kayıtlı bulunan pay sahibince kullanılabileceğine ilişkin sınırlayıcı düzenleme ile hamiline yazılı pay senedinin zilyedi bulunduğunu ispat eden kimsenin, şirkete karşı pay sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkili olduğunu belirten ayrık düzenleme de, kanımızca devren kazanmanın tamamlanmasına ilişkin aksi bir sonucu “yani pay defterine kaydı “ kabul etmek için yeterli değildir.

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payın devrine şirket tarafından onay verilmesi halinde payın mülkiyeti ve ona bağlı tüm hakların ileri etkili olarak devralana geçecektir¹¹⁴. Buna karşın borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada iktisabında payın mülkiyeti ve paydan doğan haklar şirketin onayına ihtiyaç duymadan devir anında devralana geçecektir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise payın mülkiyeti ve paya bağlı haklar pay sahipliği sıfatının tanınması için devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçecektir.¹¹⁵ Şirketin tanıma kararının oy hakkı ve buna bağlı haklar açısından önemi vardır, pay sahipliği ve mülkiyet açısından ise bir önemi yoktur (TTK 497 f. 2).¹¹⁶ Ancak yasal mal rejimi açısından şirketin tanıma kararının eşin payının değerini etkileyecek bir unsur olduğu göz ardı edilmemelidir. Mal rejimi açısından burada da şirkete tanıma için başvuru tarihi esas alınarak özgüleme yapılabilir.

(4) Hamile Yazılı Pay Senetlerinin Devren Kazanılması

TTK 484 hükmü gereği pay senetleri hamiline veya nama yazılı olur. Bedeli tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkartılamaz. Bu hükme aykırı olarak çıkarılanlar geçersizdir. İyiniyet sahiplerinin tazminat hakları saklıdır. TTK 647 hükmü mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak kurulması amacıyla kıymetli evrakın devri için herhâlde senet üzerindeki zilyetliğin devri şartını aramaktadır. TTK 658 hükmüne göre senedin metninden veya şeklinden, hamili kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan her kıymetli evrak, hamile veya hami-

¹¹⁴ Uzel (n 98) 66

¹¹⁵ Uzel (n 98) 68

¹¹⁶ ibid 69

line yazılı senet sayılır. Tedavül gücü yüksek olan bu senedi kim elinde bulunduruyorsa senetle hak sahipliğinin iç içe geçmiş olmasından dolayı o kişi pay sahibidir.¹¹⁷ Senedin çeşidi tasarruf işleminin şeklini belirler.¹¹⁸ Hamile yazılı senede bağlanmış payın devri için mülkiyeti devretme iradesi ve zilyetliğin devredilmesi gerekmektedir.¹¹⁹ Mülkiyetin devri amaçlı zilyetliğin devrine yönelik irade açıklaması, yani aynı sözleşme bir şekil şartına bağlı değildir.¹²⁰ TTK 489 hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder, diyerek bunu açıkça belirtmektedir. Zilyetliğin devri, senet üzerinde hâkimiyet sağlanmasıdır (TMK 977). Bu senedin teslimi ile olabileceği gibi hâkimiyet sağlayan diğer araçların teslimi ile de olabilir; bu bağlamda kısa elden teslim, hükmen teslim, zilyetlik havalesiyle de zilyetliğin devri mümkündür.¹²¹ Tüm bu hallerde mülkiyeti devretme amacı ile zilyetlik devrini sağlayan tasarrufi işlem tarihinde pay devren kazanılmıştır. Bu ana göre payın özgülenmesi söz konusu olacaktır. Tasarrufi işlemin geçerli bir borçlandırıcı işleme ihtiyaç duyması hâkim görüşçe savunulmaktadır.¹²² Ancak yasal mal rejimi açısından payın özgülenmesinde borçlandırıcı işlemin değil, tasarruf işlem tarihinin esas alınması açıklık ve güvenlik açısından yerinde olacaktır.¹²³

7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun¹²⁴ (7262 s. Kanun) ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yapılan değişikliklerle¹²⁵ halka kapalı anonim şirketlerde, hamiline yazılı pay senetlerinin sahiplerine ve bu payları

¹¹⁷ ibid 107

¹¹⁸ Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-10a

¹¹⁹ Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-10c; Civelek Acar, (n 10) 107

¹²⁰ Civelek Acar (n 10) 111

¹²¹ ibid 108 vd

¹²² Farklı görüş Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 9-10c

¹²³ Civelek Acar (n 10) 111

¹²⁴ Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 7262, RG 31.12.2020/31351 (5. Mükerrer)

¹²⁵ Konuya ilişkin bkz. Mücahit Ünal, 7262 Sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, <<https://blog.lexpera.com.tr/7262-sayili-kanun-ile-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisikliklerin-degerlendirilmesi/#fn2>>, erişim tarihi, 20.10.2021

çıkaran anonim şirketlere, hamiline yazılı pay senetlerinin ve sahiplerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) nezdinde kayıt altına alınması ve elektronik ortamda takip edilmesi amacıyla bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.¹²⁶ TTK md. 489 hükmündeki yapılan ve 1.4.2021 tarihinden itibaren yürürlüğe giren bu değişiklikten sonra hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesi suretiyle payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılacak bildirimle hüküm ifade eder. Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirimde bulunulmaması hâlinde, hamiline yazılı pay senedine sahip olanlar, bu Kanundan doğan paya bağlı haklarını gerekli bildirim yapıncaya kadar kullanamaz (TTK md. 480 f. 1). Hamiline yazılı pay senedine bağlı hakların şirkete ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılan bildirim tarihi esas alınır (TTK md. 489 f. 2). Halka açık olmayan anonim şirketlere ilişkin bu düzenleme ile kıymetli evrak olan hamiline yazılı pay senetlerinin devrine, getirilen bu emredici bildirim yükümlülüğü ile yeni bir unsur eklenmiştir. Hamiline yazılı pay senetlerini devralan kişi şirkete bildirim yapmakla yetinmeyecek ayrıca MKK'ya da bildirim yapacaktır. MKK'ya bildirim yapma yükümlülüğü paya bağlı hakların üçüncü kişilere ve şirkete karşı kullanılabilmesi için bir zorunluluktur. Ancak bu hamiline yazılı pay senetlerinin devri açısından bir geçerlilik şartı değildir.¹²⁷ Devralan hak sahibi, paya ilişkin hüküm metninde de belirtildiği gibi “bu Kanundan” (TTK ‘dan) kaynakları hakları kullanamayacaktır. Mülkiyetin devrine ilişkin olarak genel hükümlere göre yukarıda yaptığımız açıklamalar hamile yazılı senetler için hâlâ geçerlidir.

¹²⁶ 7262 s. Kanun’un Genel Gereğesinde TTK’da yapılan değişikliğin amacı; “...halka açık olmayan anonim şirketlerde hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin yalnızca zilyetliğin devredilmesi suretiyle aktarılabilmesi durumu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve terörizmin finansmanı suçları açısından önemli bir risk faktörü oluşturmaktadır. Belirtilen nedenlerle 13/11/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda değişiklik yapılarak halka açık olmayan anonim şirketlerde hamiline yazılı pay senetlerinin sahiplik bilgisinin takip edilmesi amacıyla bildirim yükümlülüğü getirilmesi ve pay sahiplerinin Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) nezdinde kayıt altına alınması amaçlanmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

¹²⁷ Ünal (n 125)

(5) Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devren Kazanılması

TTK 490 hükmü kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Bu ilkenin TTK’de öngörülen tek istisnası bedellerinin tümü ödenmemiş nama yazılı paylardır (TTK 491). Söz konusu paylar, esas sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, ancak şirketin onayı ile devredilebilir. Bu hüküm ödenmemiş pay bedelinin güvencesidir. Şirket, bedelinin tümü ödenmemiş olan paylarda ödeme gücü yetersiz kişilerle karşı karşıya kalmamalıdır.¹²⁸ Hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir. TTK 647 senedin zilyetliğinin devri yanında nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanını aramaktadır. Bu beyan kıymetli evrakın veya ayrı bir kâğıdın üzerine yazılabilir. Kanun veya sözleşme ile başkalarının, bu arada, özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir. TTK 490 hükmü ile TTK 647 hükmü birlikte değerlendirildiğinde senedin zilyetliğinin devri ile beraber yazılı bir devir beyanına veya ciro ile nama yazılı pay senedinin devren kazanılması mümkün olacaktır.¹²⁹ Yasal mal rejimi açısından tasarrufi işlemin tamamlanması, zilyetliğin devredildiği an esas alınarak özgüleme yapılacaktır. Senedin zilyetliğinin devrinin fiili, hâkimiyet sağlayan araçların teslimi, zilyetliğin hükmen, kısa elden veya havale yolu ile devredilmesi şeklinde gerçekleşmesi halleri arasında bir fark olmayıp, fiili gerçekleştiği an veya zilyetliğin devrine yönelik karşılıklı uygun irade açıklamalarıyla zilyetliğin devrinin teslimsiz gerçekleştiği an tasarrufi işlem tamamlanmaktadır.

İlmühaber, payların senede bağlanmasına kadar payı geçici temsil eden, paya ait tüm hakları kullanma imkânı veren kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir. Kıyas yoluyla nama yazılı senetlere ilişkin hükümler ilmühaberlere uygulanacaktır (TTK 486 f 2). Bu uygulama açısından ilmühaberinin yerini çıkarılan senedin nama yazılı veya hamiline yazılı olması arasında bir fark bulunmamaktadır (TTK 490).¹³⁰

¹²⁸ Yavuz Akbulak, ‘TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri’ (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi 505, 510

¹²⁹ Civelek Acar (n 10) 112; Sevi (n 61) 234; Yargıtay 11 HD 14880/9206, 29.11.2016; Yargıtay 11 HD 870/9035, 23.11.2016 <lexpera.com.tr>

¹³⁰ Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 43-46; Civelek Acar (n 10) 115 vd

E. Anonim Şirket Payının Kişisel Mal Grubuna Özgülenmesi

Hiç şüphesiz eşin pay sahibi olduğu bir anonim şirket söz konusu olduğunda, şirketin ve dolayısıyla eşin ortaklık payının kişisel veya edinilmiş mal olarak nitelendirilmesi mal rejimi tasfiyesi için şarttır. Edinilmiş mal kişisel mal ayrımında önemli kıstaslardan biri zaman kıstası, yani eşin malvarlığını edinilmiş mallara katılma rejiminden önce edininmediğidir. Bu zaman kıstası esas alındığında malın karşılık verilerek (para, mal veya emek) veya karşılık verilmeyerek edinilmesine bakılmadan söz konusu edinilen mal kişisel maldır. O halde sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri de eşin evlenmeden önce, yani yasal mal rejimi aralarında geçerli olmadan ve özellikle TMK yürürlüğe girmeden önce anonim şirkette pay sahibi olmasıdır. Bu durumda eşin sahip olduğu pay niteliği itibarıyla kişisel maldır ve şüphesiz mal rejiminin sona ermesinde de bu niteliğini muhafaza ederek diğer eşle paylaşılmayacaktır.

Yukarıda anonim şirket payının edinimine ilişkin açıklamalar esas alındığında şu sonuçlara varmak mümkündür:

- Anonim şirket payının aslen kazanılmasında şirket kurma iradesinin usulüne uygun açıklandığı anın,
- Hem esas sermaye sisteminde hem kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı yoluyla pay sahibi olunmasında mevcut pay sahibi ortaklar açısından aslen kazanım tescille gerçekleştirildiğinden tescil anının,
- Çıplak ve bedeli tamamen ödenmiş olan payın devrinde alacağın temlik hükümleri uygulanacağından tasarrufi temlik sözleşmesinin yapıldığı anın,
- Çıplak payların devrinde taahhüt edilen payın bedelinin tamamının ödenmediği halde anonim şirketin onayının icazet şeklinde devir işleminden sonra olduğu halde iktisap onayla gerçekleşmiş olduğundan onay anını; anonim şirketin onayı izin olarak önce tasarrufi devir işleminin ise sonra gerçekleştiği hallerde devrin tasarrufi temlik işlemiyle gerçekleştiğinden temlik anının,
- Borsada iktisap edilen kaydi payların MKK'ye yapılan bildirim tarihinde hak sahibi eş tarafından edinildiği kabul edileceğinden bildirim anının,
- Kaydi payların borsa dışı iktisap edilmelerinde payın devri, tasarrufi işlem temlik sözleşmesini tamamlayan şirkete bildirimin yapıldığı tarihte gerçekleştiğinden, şirkete bildirim anının,
- Hamile yazılı ve nama yazılı senede bağlanmış payın devri zilyetliğin devri tasarrufi işlemi ile tamamlandığı anda gerçekleştiğinden

teslimli (senedin veya hâkimiyet sağlayan araçların fiili teslimi) veya teslimsiz (zilyetlik sözleşmesi ile) senedin zilyetliğinin devredildiği anın eşin şirket payının yasal mal rejiminde kişisel veya edinilmiş mal olarak özgülenmesinde esas alınması hukuka uygun olacaktır.

Zaman kıstası dışında, yani yasal mal rejimi sürerken bir şirket payının karşılıksız edinimi söz konusu ise – ki bu bağışlama veya miras yoluyla veya benzer hallerde şirket payının edinilmesinde karşımıza çıkmaktadır – elde edilen şirket payı kişisel mal olacaktır. Bunun dışında şirket payının eşin “yalnız kişisel kullanımına” yarayan bir eşya olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, bu nedenle kişisel mal sayılması da söz konusu olmayacaktır. Son olarak şirket payının ikame ilkesi nedeniyle kişisel mal olması söz konusu olabilir. Bu halde kişisel mal olan bir malvarlığı ile karşılık verilerek alınan şirket payı veya kişisel mal niteliğindeki şirket payı kullanılarak edinilen bir başka şirket payı da ikame ilkesi nedeniyle kişisel mal olacaktır. Özellikle kişisel mal niteliğindeki şirket payı kullanılarak kurulan bir anonim şirkete ortak olunmasında, bu yeni şirket isterse yasal mal rejimi sürerken kurulsun, ikame ilkesi nedeniyle kişisel mal olarak nitelendirilmelidir.

F. Anonim Şirkette Sermaye Artırımı ve Bedelsiz Pay Sahipliği

1. Anonim Şirket Sermaye Artırımı

Kişisel mal olan anonim şirket dinamik bir malvarlığı olup, örneğin taşınmazlar gibi durağan nitelikte değildir.¹³¹ Şirketin amacına uygun kazanç sağlama faaliyetini yürütürken çeşitli sebeplerle, örneğin şirketin mali yapısını güçlendirmek ve faaliyetini daha rekabetçi olarak yapabilmek amacıyla sermaye artırımına gitmesi mümkündür.¹³² Geçerli bir sermaye artırımı yapabilmek için mutlaka bir nedene ihtiyaç bulunmamaktadır; diğer bir ifadeyle sermaye artırımı için bir neden gösteril-

¹³¹ Kanımızca Yargıtay da bu nedenle, katılma alacağı hesabında yasal mal rejiminin sona erdiği tarihe göre hesaplanan katılma alacağının tasfiye kararı vereceği tarihe en yakın tarihe göre güncellenmesine karar vermektedir. Kişisel mal olan şirketin tasfiye tarihindeki sürüm değeri üzerinden katılma alacağı hesaplaması yapmamaktadır (Yargıtay 8 HD /3085/13817, 23.6.2015)

¹³² Bkz Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 1-6; Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’ (n 42) Nr 9-57 vd; Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 29-1-6; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, ‘Ortaklıklar Hukuku II’ (n 105) Nr 1330

mesine gerek yoktur. Bazı pay sahiplerini zarara uğratmak amacıyla veya eşit işlem ilkesine, hakların başkalarına en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkelerine aykırı sermaye artırımını nedeniyle dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan ve sermaye artımı kararlarının iptal edildiği istisnai haller saklıdır.¹³³

Sermaye artırımını, esas sermayeli anonim şirketlerde esas sözleşmede yer alan esas sermaye tutarını veya kayıtlı sermaye sistemine geçmiş anonim şirketlerde başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye arasında yer alan çıkarılmış sermaye tutarını yükseltmeleri olarak tanımlanmaktadır.¹³⁴ Şirket sermaye artırımını, farklı kriterlere bağlı olarak tasnife tabi tutulmaktadır. Sermaye sistemine bağlı olarak esas sermaye artırımını ve kayıtlı sermaye artırımını şeklinde bir tasnif yapılmakla beraber, sistem tasnifine konu olmamakla beraber şartlı sermaye artırımını (TTK 463 vd.), sermaye artırımına karar verecek organa bağlı bir tasnif de söz konusu olmaktadır.¹³⁵ Bu konuda yapılan her ayrımı incelemek yerine konumuzda esaslı etkisi olacak olan, sermaye artırımının hangi kaynaktan yapıldığına bağlı olan sermaye artırımını çeşitlerini belirleyip daha yakından incelemek yerinde olacaktır. Bu bağlamda sermaye artırımının finansal kaynağının nereden sağlandığına göre yapılan tasnifte, dış kaynaklardan sermaye artırımını ve iç kaynaklardan sermaye artırımını şeklinde iki esaslı çeşit karşımıza çıkmaktadır.¹³⁶ Dış kaynaklardan ve iç kaynaklardan sermaye artırımını yeni pay çıkartılarak yapılabileceği gibi, mevcut payların itibari değerinin yükseltilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir.¹³⁷ Bu bağlamda karşımıza efektif, yani yeni mali araçların kullanılması ile diğer bir ifadeyle dış kaynaklı sermaye artırımını ile iç kaynakların esas sermayeye eklenmesi şeklinde gerçekleşen sermaye artırımları çıkmaktadır. Dış kaynaklı sermaye artırımını konumuz itibariyle yasal mal rejimi

¹³³ Selen Serder Yılmaz, ‘TTK’de Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı’, (2013) 8 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187, 193; agy. dn 26: Yargıtay 11 HD, 14045/4032, 06.03.2007; Yargıtay 11. HD, 218/1318, 11.03.1986

¹³⁴ Serder Yılmaz, (n 133) 190; daha fazlası için bkz. Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (4th edn, Onikilevha 2019) 1 vd; Soykan (n 50) 5 vd.; Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33)

¹³⁵ Serder Yılmaz (n 133) 190 vd

¹³⁶ ibid 192; Bahtiyar, (n 93) 351-352

¹³⁷ Serder Yılmaz (n 133) 192; Pulaşlı, ‘Genel Esaslar’ (n 33) Nr 28-5; Moroğlu (n 134) 7-8; Bahtiyar (n 92) 353

genel ilkelerine bağlı olarak çözümlenmesi gerekmekte olup burada incelenmeyecektir. Konumuz gratis/bedelsiz paylar açısından önemli olan sermaye artırımının iç kaynaklı olması halidir.

Yasal mal rejimi süresince anonim şirket kazanç paylaşma amacına uygun olarak iktisadi faaliyetine devam eder. İşte bu dönemde şirketin sermayesinde artışlar meydana gelebilir. Sermayede gerçekleşen bu artış üzerinde kişisel mal olan anonim şirket payı ile hak sahibi (TTK 461 f 1) olan ortak olan eşin, artan sermayedeki bu yeni payının kişisel mal mı yoksa edinilmiş mal mı olacağı önem arz etmektedir. TTK 461 f1 hükmü her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkını haizdir diyerek ortağın rüçhan hakkını düzenlemiştir. Rüçhan hakkı, bağlı olduğu kök pay dışında tek başına mal rejimi açısından bir değeri bulunmamaktadır.¹³⁸ Eşin payına bağlı bu hakkın kullanılmasına bağlı olarak sahip olunan malvarlığı değeri ise, yasal mal rejimi açısından önemlidir. Türk mal rejimi hukukunda ve Yargıtay uygulaması ile de hâkim olan görüş, yasal mal rejimi sürerken kâr kaynaklı sermaye artırımını ile sahip olunan bedelsiz payların edinilmiş mal olduğudur.¹³⁹ Ancak bu ilke olarak doğru olmakla beraber, aşağıda incelendiği gibi bazı farklı sonuçlara varılması mümkündür.

2. Sermaye Artırımının İç Kaynaklardan Karşılanması ile Bedelsiz (gratis) Pay Özgülenmesi

İç kaynaklardan sermaye artırımını, serbest yedek akçelerin ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların, dağıtılmamış safi karın sermayeye dönüştürülmesiyle yapılan sermaye artırımındır.¹⁴⁰ TTK 462 f 1 hükmüne göre, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş, yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülerek sermaye iç kaynaklardan artırılabilir şeklinde ifade edilmiştir. TTK 462’nci maddedeki sayma sınırlayıcı de-

¹³⁸ Zeytin (n 1) Nr 306 vd; Civelek Acar (n 10) 177 vd; Suat Sarı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (1st edn, Beşir Kitabevi 2007) 161 dn. 151; Faruk Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri (5th edn, Seçkin 2016) 220; Yargıtay 11 HD, 1142/7284/, 29.05.2015

¹³⁹ Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 135

¹⁴⁰ Serder Yılmaz (n 133) 191

ğil örnek mahiyetindedir, diğer bir deyişle maddede gösterilmeyen bir iç kaynak da mevzuat ile yasaklanmadığı sürece sermaye artırımında kullanılabilir.¹⁴¹ Özellikle ortaklığın belli nitelikteki açık yedek akçelerinin, ya da yeniden değerlendirme veya satış sonucu açık yedek akçe haline dönüşen gizli yedek akçelerinin, ertesi yıla aktarılmış kârının veya henüz dağıtılmasına karar vermediği son yıl kârının esas sermayeye eklenmesi suretiyle sermayenin artırılması mümkündür.¹⁴² Dış kaynaklardan sermaye artırımında şirketin malvarlığı arttığı halde, iç kaynaklardan sermaye artırımını şirketin malvarlığını değiştirmemektedir.¹⁴³ Diğer bir deyişle, iç kaynaklardan sermaye artırımında, şirketin içinde serbest şekilde dolaşan mal varlığı, sermayeye eklenerek sermayenin artırımı sağlanmaktadır.¹⁴⁴ Artırım genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve esas sözleşmenin ilgili maddelerinin değişik şeklinin tescili ile kesinleşir. Tescil ile o anda mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları (gratis paylar) kendiliğinden iktisap ederler. Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz; bu haktan vazgeçilemez. (TTK 462 f 3)

Yasal mal rejimi açısından önemli olan soru, iç kaynaklardan sermaye artırımını ile gerçekleşen bedelsiz pay (gratis pay) olarak nitelendirilen payın pay sahibi eşin kişisel mal grubuna mı yoksa edinilmiş mal grubuna mı özgüleneceğidir. Eşin payının kişisel mal olduğu halde, bedelsiz payın da kişisel mal olduğu sonucuna varılabileceği gibi bedelsiz payın esas payın ürünü, geliri olarak nitelendirilmesiyle edinilmiş mal grubuna da ait olması mümkündür. Kanımızca yapılması gereken iç kaynaklardan sermaye artırımının hangi iç kaynaklardan ve mümkünse hangi amaçla yapıldığının tespitini yapmaktır. Bu yapılmadan bu konuda hukuka uygun bir karar verilemeyeceğidir, konunun açık olmadığı halde edinilmiş mal karinesinin uygulanması mümkündür. Çünkü yasal mal rejimi hem edinilmiş hem de kişisel mal gruplarını korumak istemektedir. Birini, diğerine tercih etmemektedir. Şirketlerin dinamik malvarlığı olduğu göz ardı edilmezse, sermaye artırımını kaynağına bağlı olarak farklı sonuçlara varılması kanımızca mümkündür.

¹⁴¹ Duygu Turgut, 'Anonim Şirketlerde İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı', (TOKKDER, 29.08.2018) <<http://tokkder.org/tokkder-dergi/4080>>, erişim tarihi: 14.02.2020

¹⁴² ibid

¹⁴³ Moroğlu (n 134) 7, 18; Bahtiyar (n 93) 362; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9th edn, Dora Yayınları 2013) 461

¹⁴⁴ Pulaşlı, 'ŞHŞ C III' (n 54) Nr 56-168; Turgut (n 141)

Genel bir kural olarak sermaye artırımını dağıtılmamış kişisel mal geliri olan geçmiş dönem kârında finanse ediliyorsa bedelsiz paylarını edinilmiş mal, şirketin varlığını devam ettirmesine ve iktisadî işlevini korumasına, geliştirmesine hizmet eden yedek akçeler ve fonlar kullanılıyorsa bedelsiz payların kişisel mal grubuna özgülenmesi doğru olacaktır. Yedek akçelerin de yasal mal rejiminde edinilmiş mal olarak nitelendirilen kârlardan ayrılmasının kanımızca bir önemi yoktur. Çünkü kâr şirket iktisadî faaliyetinin yasal ve doğal sonucudur. Şirketin varlığını sürdürmesi için elde ettiği kâr kendisi için kullanması hukukî ve işin doğası gereğidir. Eşler arasındaki yasal mal rejim, üçüncü kişiler için de dolayısıyla şirket için de kanun gereği geçerlidir. Ancak şirket açısından kârın -ortaklarından birinin eş olması nedeniyle- edinilmiş mal veya kişisel mal olarak nitelendirilmesinin, eşin şirkette hâkim olduğu ve istisnai olarak bunu kötüye kullandığı haller saklı olmak üzere bir önemi olmamalıdır.

(1) Yedek Akçeler

Kanunda bir tanımı yapılmayan yedek akçe, şirketin çeşitli kaynaklardan elde ettiği safi kazançtan pay sahiplerine ve diğer ilgililere dağıtılmayarak kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararına istinaden ayırarak şirkette tutulan ve sermayeyi aşan malvarlığıdır.¹⁴⁵ Mal rejimi açısından yedek akçeler şirketin ticarî faaliyeti sonucu ortaya çıktığında -çalışma karşılığı veya kişisel mal geliri esas alındığında- ilke olarak edinilmiş mal niteliğindedir.¹⁴⁶ Ancak bu konudaki kararın daha doğru olabilmesi için yedek akçelerin daha yakından incelenmesi, özellikle kaynakları ve amaçları açısından doğru olacaktır.

Yedek akçeler kaynağına (kâr/kazanç-kâr/sermaye), kanuni veya iradi olmasına ya da bilançoda gösterilip gösterilmediğine veya amaca bağlı ya da serbest olmasına bağlı olarak çeşitli tasniflere tabi tutulmak-

¹⁴⁵ Moroğlu (n 134) 217 vd; Soner Altaş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler (9th edn, Seçkin 2019) 812 vd; Tekinalp, 'Yeni Hukuku' (n 42) Nr 17-61 vd; daha fazla kaynak için bkz Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 49 dn. 116 ve 117'deki kaynaklar

¹⁴⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz Karamercan (n 10) 728 vd; Zeytin (n 1) Nr 333

tadır.¹⁴⁷ Bu tasnif sonucu karşımıza çıkan yedek akçe çeşitlerini ilgili kaynaklara bırakarak, konumuz itibarıyla yedek akçeleri kısaca kaynağına göre, kanuni (zorunlu) veya iradi ayrımı ile ele alarak yedek akçenin amacı açısından değerlendirmenin yerinde olacağına kanaat getirdiğimizden aşağıda bu başlıklarda yedek akçeleri değerlendireceğiz.

Sermaye artırımında kullanılabilecek olan yedek akçeler, esas sözleşme ve genel kurul kararıyla ayrılmış ihtiyari (iradi) olarak nitelendirilen yedek akçelerle kanuni yedek akçelerin serbest olan kısmıdır (TTK 462).¹⁴⁸ Bunun yanında TTK'nin bahsettiği fonlar, yeniden değerlendirme fonu, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı fonu ve enflasyon fonudur.¹⁴⁹ TTK 462 f 2, 457 f 1 ve 457 f 2 b hükümleri uyarınca sermaye artırımı, kaynakların şirket malvarlığında mevcudiyeti, sermaye artırımının hangi kaynaklardan yapıldığını gösterir üzerinden 6 ay geçmemiş bilanço ve yönetim kurulu kararıyla onaylanması gerekir.¹⁵⁰

(2) Kaynağına Göre Yedek Akçeler

Yedek akçeler, ister kanuni ister isteğe bağlı olarak (ihtiyari/iradi) ayrılınsın, eğer kârdan ayrılıyorsa karşımıza “kâr yedekleri” diye anılan yedek akçeler çıkmaktadır.¹⁵¹ Bu ayrımın dışında yedek akçelerin kaynağının sermaye olduğu “sermaye yedekleri” diye anılan yedek akçeler de söz konusudur.¹⁵² TTK 519 f 2 b a uyarınca pay bedelinin nominal (itibari) değerini aşan bedelle satılması sonucu elde edilen kazancın, hisse senedi çıkarılmasından doğan masraflardan kalan kısmı kanuni yedek akçelere eklenir. Agio (acio) diye anılan bu fark sermaye kaynaklı yedek akçeye bir örnektir.¹⁵³ Ticaret Kanunu 482 madde gereğince yönetim kurulu, sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen mütemerrit orta-

¹⁴⁷ Bkz Senar Çağırın Tuncer and Yasin Ulusoy, ‘Yedek Akçeler’, (2017) 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan) 1971, 1974; Moroğlu (n 134) 218 vd; Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’ (n 54) Nr 56-168 vd

¹⁴⁸ Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’ (n 54) Nr 56-168

¹⁴⁹ Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’ (n 54) Nr 56-165 vd; TTK m. 462 f 1 madde gerekçesi: ... Bunların örnekleri yeniden değerlendirme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonudur. TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 96, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>> erişim tarihi: 17.09.2020.

¹⁵⁰ Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’ (n 54) Nr 56-170

¹⁵¹ Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 147) 1985

¹⁵² Daha fazlası için bkz Çağırın Tuncer ve Ulusoy (n 147) 1974

¹⁵³ Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 142) 1985

ğı, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklardan mahrum etmeye ve yerine bir başka ortak almaya ve kendisine verilmiş hisse senetlerini iptal etmeye yetkilidir. Bu şekilde ıskata konu olan payların bedellerine mahsuben yapılan ödemelerin, bunların yerine çıkartılan hisse senetlerinden elde edilen hasılatla noksanı kapatıldıktan sonra, artan kısmı, kanuni yedek akçeye eklenir (TTK 519 f 2 b b). Bu şekilde ıskat kazancından oluşan yedek akçe de sermaye yedek akçelerine örnektir. Bunların sermaye kaynaklı olduğundan yasal mal rejimi açısından akıbeti kök payın ait olduğu mal grubunu takip etmelidir. Ayrıca bunlar genel kanuni yedek akçeye ekleneceğinden genel kanuni yedek akçeye ilişkin yapılan değerlendirmelere tabi olmalı, diğer bir ifadeyle ancak şirketin tasfiyesinde ve kök payın ait olduğu mal grubuna özgülenmelidir.¹⁵⁴

Kârdan ayrılan yedek akçenin (safi/net kâr kanuni yedek akçenin olağan¹⁵⁵ kaynağıdır)¹⁵⁶ olağan genel kanuni zorunlu yedek akçe olması halinde, sermaye artırımında kullanılması mümkün değildir, kanımızca şirketin iktisadi varlığını sürdürmesine hizmet ettiğinden esas olduğundan, ancak şirket tasfiyesinde kök payın ait olduğu mal grubuna özgülenmeli, yani kişisel mal olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bunların dışında kalan kârdan ayrılan yedek akçenin sermaye artırımında kullanılması halinde bedelsiz elde edilen payın hangi mal grubuna özgüleneceği iki aşamalı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.¹⁵⁷ Kişisel malın geliri olarak nitelendirilen şirket kârının yedek akçe üzerinden sermaye artırımında kullanılması halinde ikame ilkesi nedeniyle ilk bakışta bedelsiz payın edinilmiş mal olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak kanımızca bu tek başına yeterli değildir. Çünkü mal gruplarının varlığını koruması, işlevini sürdürmesi esastır. Bu nedenle şirket

¹⁵⁴ Karamercan (n 10) 764 vd; Farklı gerekçe ile aynı sonuç bkz Civelek Acar, (n 10) 148; Büberci Çifçi ve İçöz Demirel (n 10) 137; Şirket ister edinilmiş mal grubuna ister kişisel mal grubuna ait olsun, şirketin sürüm değerinin tespitinde diğer şirket mal-varlığı değerleri gibi dikkate alınması tartışmasıdır.

¹⁵⁵ Kanuni yedek akçenin olağanüstü kaynağı ıskat ve agio kazancıdır. Bkz Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 147) 1979; Civelek Acar (n 10) 147

¹⁵⁶ Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 147) 1979

¹⁵⁷ Bkz Zeytin, (n 1) Nr 341; Kritik için bkz Civelek Acar (n 10) 143 vd; Şıpka da Zeytin'in görüşüne benzer bir görüşü ilke olarak savunmaktadır. Şıpka (n 1) 101 vd

kârından ayrılan şirketin varlığını koruması, faaliyetini sürdürmesi için ayrılan yedek akçe de kök payın ait olduğu mal gruba özgülenmelidir.

(3) Kanuni Yedek Akçeler

Kanuni yedek akçeler, genel kanuni yedek akçe ile daha geniş olarak TTK 520’de özel olarak sayılan kanuni yedek akçelerden oluşur.¹⁵⁸ Kanuni yedek akçeler¹⁵⁹, olağan ve olağanüstü olmak üzere iki kaynaktan ayrılır. Ticaret Kanunu 519. madde uyarınca ayrılma kaynakları ve oranları şu şekilde düzenlenmiştir: Yedek akçenin ayrıldığı olağan kaynak safi kar olup, (TMK 519 f 1) I. tertip ve II. tertip (TMK 519 f 1 b c) olmak üzere iki aşamalı bir ayırma söz konusudur.¹⁶⁰ Kanuni yedek akçenin olağanüstü kaynaklardan biri TTK 519 f 2 b a’da ifade edilen, yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmıdır. Diğer bir ifadeyle anonim şirket tarafından çıkarılan hisse senetlerinin itibari kıymetlerinden fazla bir bedelle satılması suretiyle sağlanacak gelir, hisse senetlerinin çıkarılma masrafları indirildikten sonra, itfalara ve yardım işlerine sarf edilmeyen kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenir. Diğer bir olağanüstü kaynak ise ıskat sebebiyle (TTK 482) iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısımdır (TTK 519 f 2 b b).¹⁶¹

TTK 519 f 1 hükmü “yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır” demek suretiyle genel kanuni yedek akçeyi (I tertip) düzenlemiştir. Bu hükme göre bilanço safi/net kâr gösterdiği takdirde, her yıl genel kanuni yedek akçe ayrılması zorunludur.¹⁶² Genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen tavana kadar ayrılması zorunluluktur. TTK 521 hükmü uyarınca, yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrı-

¹⁵⁸ Soner Altaş, ‘Anonim Şirketlerde Kanuni ve İhtiyari Yedek Akçe Ayrımı’ (2015) (93) Bankacılık Dergisi 33, 36 vd

¹⁵⁹ Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 51 vd

¹⁶⁰ Çağırın Tuncer and Ulusoy, (n 147) 1989

¹⁶¹ ibid 1989

¹⁶² Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 1988) 114; Çağırın Tuncer and Ulusoy, (n 147) 1978; Altaş, ‘Yedek Akçe Ayrımı’ (n 158) 35

lacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Genel kanuni yedek akçenin belirtilen sınırı aşan genel kanuni yedek akçe ayrılması mümkün olup bu ihtiyaridir. Ancak bu ihtiyarılık kanuni yedek akçe niteliğini değiştirmez, yapılan sınır aşan tahsis genel kanuni yedek akçenin parçasıdır ve aynı hükümlere tabidir.¹⁶³ Zorunlu ve ihtiyari genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir (TTK 519 f 3). Görüldüğü gibi genel kanuni yedek akçenin kullanımı sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı sürece amaçsal olarak bağlanmıştır. Kanuni yedek akçeler, TTK 376 f 1 kapsamında anonim şirketlerde sermaye kaybı nedeniyle şirketin sona ermesinde hesaba da katılması gerekmektedir.

Bu düzenlemeler esas alındığında, zorunlu ve ihtiyari genel kanuni yedek akçelerin sermayeye yani şirketin varlığına, iktisadi faaliyetine, şirketin malvarlığını güvence altına almaya hizmet ettiğini açıkça görülmektedir.¹⁶⁴ Kâr kaynaklı da olsa genel kanuni yedek akçelerin, kanunen öngörülen tavan miktarını (%5, %20) aşan oranda da ayrılırlar – ki ihtiyaridir - sermayenin ½ sine kadar olan kısmı kullanım amacı ile (519 f 3) bağlı olduğundan, diğer bir deyişle serbest yedek akçe olmadığından TTK 462 hükmüne istinaden sermaye artımında kullanılamayacaktır.¹⁶⁵ Bu nedenle bedelsiz pay kaynağı olamaz. Bu halde ancak şirketin tasfiyesinde, ortak kök payına isabet ettiği miktarda kişisel mal olarak nitelendirilebilecektir; kanuni yedek akçe şirketin ticari faaliyeti sonucu elde ettiği kâr (gelir) kaynaklı da olsa tasfiyede kanımızca kök payın ait olduğu kişisel mal grubuna özgülenmelidir.¹⁶⁶ Aksi mal gruplarının değişmezliği ilkesine aykırı olacaktır.

¹⁶³ Moroğlu (n 134) 227, 229; Karayalçın (n 162) 122; Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 147) 1989

¹⁶⁴ Civelek Acar (n 10) 143; Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 112

¹⁶⁵ Moroğlu (n 134) 221 vd; farklı görüş için bkz ibid 221 dn. 264; Alihan Aydın, ‘Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün Müdür?’ (2014) XXX (2) BATIDER 79, 79-88

¹⁶⁶ Krş Civelek Acar (n 10) dn. 251

Kanuni serbest yedek akçe söz konusu ise, yani kanunen öngörülen sınırı aşan ve amaç sınırlaması dışında kalan kanuni yedek akçeler söz konusu ise, bunun sermaye artımında kullanılması mümkündür. Tabi esas sözleşmede kanuni serbest yedek akçenin amaca tahsis edilmiş olması halinde, esas sözleşme değişikliği olmadıkça sermaye artımında kullanılması söz konusu olmayacaktır.¹⁶⁷ Kanuni serbest yedek akçe söz konusu ise, bunun sermaye artırımında kullanılması halinde iradi yedek akçeye ilişkin aşağıdaki değerlendirmeler geçerlidir. Diğer bir ifadeyle kâr kaynaklı ise, bedelsiz pay edinilmiş mal grubuna, sermaye kaynaklı ise kişisel mal grubuna özgülenmelidir.

Şirket, iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda özel kanuni yedek akçe ayırır.¹⁶⁸ Bu yedek akçeler, anılan paylar devredildikleri veya yok edildikleri takdirde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilirler (TTK 520). Şirketin iktisap ettiği kendi hisse senetleri için ayrılan yedek akçeler de serbest olamayan kanuni yedek akçelerdendir. Bunların da sermaye artırımında kullanılması mümkün değildir, meğerki çözümleri söz konusu olsun.¹⁶⁹ Çözölmüş olmaları halinde kanımızca serbest kanuni yedek akçe olarak sermaye artırımında kullanabilirler, bu halde kaynağı şirket kârı ise bedelsiz pay da edinilmiş mal olacaktır.

Kısacası şirkette ayrılmış bulunan yedek akçeler ister zorunlu kanuni yedek akçe olsun, ister ihtiyari kanuni yedek akçe olsun amaçsal bağılıkları nedeniyle yasal mal rejimi tasfiyesinde edinilmiş mal olarak dikkate alınmaları kural olarak mümkün değildir. Zorunlu ve ihtiyari yedek akçelerin şirketin ancak sona ermesi halinde, yasal mal rejimi açısından değerlendirilmesi mümkün olabilir. Bu halde kanımızca amaçsal bağıllık ortadan kalksa da mal gruplarının değişmezliği ilkesini tesis etmek için kök payın mal grubuna, konumuz itibarıyla kişisel mal grubuna özgülenmelidir. Yargıtay'ın hakkaniyet uygulamaları dikkate alındığında, değer güncellenmesi ile ulaşılan kök pay son değerine kadar olan miktar tasfiyede kişisel mal grubuna, bunu aşan kısım edinilmiş mal

¹⁶⁷ Moroğlu, (n 134) 222-223

¹⁶⁸ ibid 224

¹⁶⁹ ibid 224

grubuna da özgülenebilir.¹⁷⁰ Bunun ön şartı yedek akçenin kâr kaynaklı olması, sermaye kaynaklı (sermaye kazancı) olmamasıdır.

(4) İradi (İhtiyari) Yedek Akçe

İradi veya ihtiyari yedek akçeler ayrılımları ve kullanılmaları, emredici bir kanun hükmüne değil esas sözleşmeye veya genel kurul kararına bağlı olan yedek akçelerdir.¹⁷¹ TTK 521 hükmü bu hususu şöyle düzenlemiştir: Yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir. Esas sözleşme ile ihtiyari ayrılan bu yedek akçe şirketin varlığını koruması ve işlevini sürdürmesi amacıyla ayrılmışsa, kanımızca zorunlu ve ihtiyari genel kanuni yedek akçe için söylediklerimize uygun olarak bedelsiz payların kişisel mal grubuna özgülenmesi gerekir. Bu halde edinilmiş mal grubunun bir denkleştirme alacağı da söz konusu olmamalıdır. Gerçek kişilerin elde ettiği gelirinden hayatı idame ettirmek için yaptığı harcamalar için nasıl bir denkleştirme alacağı kabul edilmiyorsa, şirket mahiyetine uygun olarak varlığını sürdürmesi ve korunması için kullandığı kâr için de bir denkleştirme alacağı söz konusu olmamalıdır. Her ne kadar burada sadece tüketilerek kullanma değil bir sonuçta bir malvarlığı söz konusu olsa da kanımca şirketin mahiyeti aksine izin vermeyeceğinden ve kişisel malın korunması gereği denkleştirme alacağının kabul edilmemesi gerekir.

(a) Esas Sözleşmeye Göre İradi Yedek Akçe

Yukarıda kanuni yedek akçeye ilişkin yapılan açıklamalarda da belirttiğimiz üzere TTK 521 hükmüne göre anonim şirketler, şirketin kendi

¹⁷⁰ Benzer bir değerlendirme için İsmail Kırca and Çiğdem Kırca, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamanın Etkisizleşmesi’ (Prof. Bilge ÖZTAN’a Armağan, 2008) 545, 550; Karamercan (n 10) 747, Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi (1st edn, Yetkin 2014) 343; Civelek Acar (n 10) 144 dn. 251; Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 112 vd

¹⁷¹ Moroğlu (n 134) 227; Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’ (n 54) Nr 56-171, Nr 56-173, Nr 56-176; Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 55 vd

kendini finanse etmek ve şirketin mali gücünü kuvvetlendirmek için, esas sözleşmelerine hüküm koymak suretiyle yedek akçe ayırabilirler.¹⁷²

Genel kanuni yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Bunun ilki yukarıda da değinildiği gibi Ticaret Kanunu 519 madde 1. fıkrada düzenlenen iki haldir. Bunlar, genel kanuni yedek akçe olarak safi yıllık karın %5'inden fazla bir oran ayrılması ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşması şeklinde gerçekleşebilir. Bu iki halde gerçekleşen genel kanuni yedek akçenin ihtiyari olarak artırılması, TTK 519 f 3 gereğince sermayenin yarısı sınırına kadar kullanım amacı sınırlamasına tabi olup serbest yedek akçe değildir. TTK 519 f 3 hükmü "Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir." şeklindedir. Bunun bir anlamı da genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısına kadar tekabül eden kısmının sermaye artımında kullanılamayacağıdır (TTK 462). Şirketin tasfiyesinde, paya tekabül eden kanuni yedek akçenin serbest olmayan kısmı kök payın ait olduğu mal grubuna, konumuz açısından kişisel mala özgülenecektir. Bu özgülenmede yedek akçe kaynağının sermaye kazancı mı yoksa ticari faaliyet kârı mı olduğuna bakmaya gerek yoktur.

İradi yedek akçe ayrılmasına ilişkin üçüncü bir hal ise, yine TTK 521 hükmü 2. cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir. Bu iradi yedek akçelerin kâr payı dağıtımı (TTK 509 f 2), sermaye artırımı, olağanüstü yenileme giderleri, itfalar, çalışanlar ve işçiler lehine yardım akçesi (TTK 522)¹⁷³ gibi benzer amaçlar için kullanılmaları öngörüleceği gibi, kullanım amacı belirtilmeden de serbest kullanımlı olarak ayrılması müm-

¹⁷² Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku II' (n 105) Nr 1528 vd; Soner Altaş, 'Anonim Şirketlerde

Yedek Akçeler' (2016) (96) Bankacılık Dergisi 32, 35

¹⁷³ Altaş, 'Yedek Akçeler' (n 172) 43: Gerek esas sözleşme gerek genel kurul kararı ile yöneticiler, çalışanlar ve işçiler yararına ayrılmış bulunan yedek akçelerin ne sermaye artırımı ne de tahsis olunduğu gaye dışında bir amaç için çözülüp harcanmaları mümkündür.

kündür. Yedek akçe esas sözleşmede belirlenen özgüleme amacına bağlı olarak kullanılmalı ve değerlendirilmelidir. Örneğin işçilere yardım için ayrılmış bir yedek akçe, belirli bir amaca özgülendiğinden sermaye artırımında kullanılamayacaktır. Şirketin tasfiyesi söz konusu ise, belirli amaca özgülenmiş olan ihtiyari yedek akçenin yasal mal rejimi açısından hangi mal grubuna özgüleneceği hususunda artık özgüleme amacının şirket tasfiyesi ile bir rolü kalmamış olacağından, kişisel mal geliri kâr-dan ayrılan kâr yedek akçe ise edinilmiş mal grubuna özgülenmesi gerekir. Şirketin borçlarını ödemeye ilişkin olan ihtiyari yedek akçe alacaklıları korumak amacına özgülendiğinden, şirketin tasfiyesinde kullanılması sonucu artan bir kısmı varsa, artık şirket tasfiyesi söz konusu olduğundan kök payın ait olduğu mal grubuna yani kişisel mala doğrudan özgülemek yerine, kâr mı sermaye mi kaynaklı yedek akçe olup olmadığına bakarak özgüleme yapmak kanımızca yerinde olacaktır. Çünkü artık varlığını devam ettiren ve korunması gereken bir şirketten söz edilemeyecektir.

(b) Genel Kurul Kararıyla Ayrılan (Olağanüstü/Fevkalade) Yedek Akçeler

Olağanüstü (fevkalade) yedek akçeler, dağıtılmayan karların toplanmasından oluşur.¹⁷⁴ Genel kurul, eğer esas sözleşme izin veriyorsa, dağıtılabilecek yıllık kârı kısmen veya tamamen dağıtmaya veya yedek akçeye ayırmaya yetkilidir.¹⁷⁵ Ticaret Kanunu 523. madde 2. fıkrasında genel kurulun, ortaklığın devamı, istikrarlı kâr dağıtımının sağlanması bakımından uygun ve yararlı olduğu takdirde kanun ve esas sözleşmede belirtilenler dışında yedek akçe ayrılmasına ve yedek akçelerin kanun ve esas sözleşmedeki sınırlarının artırılmasına karar verebileceğini hükme bağlanmıştır. Bu son halde, yani genel kurul kararıyla kanun ve esas sözleşmedeki sınırlarının artırılmasına karar verilerek yedek akçe ayrıldıysa o halde yukarıda konuya ilişkin değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir.

Bu iki halin, yani genel kurul kararıyla kanun ve esas sözleşmedeki sınırlarının artırılması ile yedek akçe ayrılmasının dışında da genel

¹⁷⁴ Çağırın Tuncer and Ulusoy (n 147) 1980

¹⁷⁵ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu, 'Ortaklıklar Hukuku II', (n 105) Nr 1527; Rüknettin Kumkale, Anonim Şirketler, (1st edn, Seçkin 2003) 189

kurul kararı ile üçüncü bir tür yedek akçe ayrılabilir. Bunlar önceki yıllardan aktarılan kâr ve dağıtılmasına karar verilmeyen son dönem karından ayrılabilir.

(c) Önceki Yıllardan Aktarılan Kâr ve Dağıtılmasına Karar Verilmeyen Son Dönem Kârı

Önceki yıldan aktarılan kâr, önceki yıllar safi karlarından pay sahiplerine dağıtılabilir kısmının genel kurul kararı ile dağıtılmayarak ertesi yıla aktarılmasına karar verilen ve son hesap dönemi bilançoda ayrı bir kalem olarak yer alan safi (net) kâr bakiyesidir. Önceki yıldan aktarılan kâr genel kurul kararı ile ayrılabilen ve ile serbestçe kullanılabilen bir çeşit olağanüstü yedek akçedir.¹⁷⁶ Bu olağanüstü yedek akçenin sermaye artımında kullanılması mümkündür.

Bunun gibi şirketin son hesap dönemi kâr zarar hesabına göre bilançoda yerine bulan ve pay sahiplerine dağıtılmasına karar verilmemiş olan safi kâr da niteliği itibariyle olağanüstü serbest yedek akçe olarak ayrılabilceği gibi, doğrudan sermaye artımında da kullanılabilir. Bu niteliği ile bir çeşit olağanüstü yedek akçedir. Pay sahiplerine dağıtılabilecek olan kâr payı, TTK 523 f 1 hükmüne göre kanuni ve esas sözleşmeyle öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça belirlenemez. Bu hüküm ile SPK 19 f 2 Sermaye Piyasası Kurulu II-19.1 Tebliğ 4. ve 5. hükümleri esas alındığında, pay sahiplerine dağıtılabilecek ve dolayısıyla sermaye artımında kullanılabilecek safi kâr, bilanço karından anılan hükümlerde sayılan kalemlerin¹⁷⁷ düşmesiyle bulunacaktır. Bulunan bu safi kâr, sermaye artımında kullanılabilir.

Bu hallerde yani önceki yıllarda aktarılan kardan ve dağıtılmayan son dönem kârından ayrılan yedek akçenin sermaye artımında kullanılması veya bu kâr kaynaklarının doğrudan sermaye artımında bir çeşit yedek akçe olarak kullanılmasında bedelsiz paylar, kâr kaynağına bağlı olarak özgülünecektir. Önceki yıllarda şirket faaliyeti sonucu elde edilen ve aktarılan kardan veya son dönem şirket faaliyeti sonucu elde edilen

¹⁷⁶ Moroğlu (n 134) 229-230

¹⁷⁷ Daha fazla bilgi için bkz Moroğlu (n 134) 232: Bilanço karından, geçmiş yıllar zararı, her türlü vergiler, kanuni yedek akçeler, esas sözleşmeyle ayrılan yedek akçeler, işçilere yardım ve diğer yardım kuruluşları için ayrılan yedek akçeler, yönetim kurulu ve diğer kişilerin kazanç paylarının, intifa ve kara iştirakli tahvil sahiplerinin kar paylarının düşülmesi ile, pay sahiplerine dağıtılabilir safi kar bulunacaktır. Halka açık şirketlerle ilgili sınırlamalar için bkz ibid 233 vd.

ama dağıtılmayan kârdan¹⁷⁸ olağanüstü iradi yedek akçe ayrılmış ve bu yedek akçe sermaye artımında kullanılmış veya doğrudan bu ayrılan bu karlar sermaye artırımında kullanılmışsa, bedelsiz pay edinilmiş mal olmalıdır.¹⁷⁹ Diğer hallerde, yani sermaye kaynaklı yedek akçe veya kâr söz konusu ise o zaman bedelsiz pay, kök payın ait olduğu kişisel mal grubuna özgülenmelidir.

Genel kurul kararı ile ayrılan iradi olağanüstü yedek akçe belirli bir amaç için ayrılmış da olsa, yeni alınan genel kurul kararı ile ayrılan bu yedek akçenin sermaye artımında kullanılması mümkündür, meğerki bu yedek akçenin kullanılmasıyla TTK 523 f 2 b b'deki amacın gerçekleşmesi engellensin.¹⁸⁰

(5) Fonlar

TTK'nın 462 maddesinin birinci fıkrasına göre iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılacak kaynaklardan biri de fonlardır. Buna göre sermayeye konacak fonlar ismen belirtilmemiş, fakat “mevzuatta sermayeye eklenmesine izin verilen fonlar” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Bu fonlara örnek olarak yeniden değerlendirme, ihraç, primleri, iştirak ve taşınmaz satış, hasılatı, yabancı para çevrim farkları, pay senedi iptal kârları ve enflasyon fonu sayılabilir.¹⁸¹ Tüm fonların burada incelenmesi mümkün olmadığından inceleme örnek olarak bazı fonlarla sınırlı tutulmuştur.¹⁸²

¹⁷⁸ *ibid*, 231, 232.

¹⁷⁹ Kâr konusunda Yargıtay uygulamasına ilişkin bir tasnif için bkz. Büberci Çifçi and İçöz Demirel, (n 10) 100; Aynı sayfada Yargıtay'ın (Yargıtay 8HD, 2016/507E 2016/13581K 11.10.2016) kararında “kârın yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin yanı sıra sermaye artırımı yapıp yapılmadığı” konusunda da araştırılma yapılmıştır.

¹⁸⁰ Moroğlu (n 134) 229; Bu halde sermaye artırım kararı kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilebilir.

¹⁸¹ Suphi Aslanoğlu and Tuba Derya Baskan, ‘Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Artırımı: Halka Arz Olunan Sigorta Şirketlerinde İnceleme’(2014) 1 (2) Journal of Economics, Finance & Accounting-JEFA 61, 66; Mustafa Yavuz, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı’, (2013) Temmuz-Ağustos Mali Çözüm Dergisi 129, 131

¹⁸² Aslanoğlu and Baskan, (n 181) 67; Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanan 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliğine göre nakit paradan başka sermaye artırımında kullanılabilecek fonlar şunlardır: Değer artış fonu, İştiraklerden gelen artış fonu, Maliyet artış fonu, İştirak hisseleri ve taşınmaz satış kârlarının ilavesi, Dağıtılmayan geçmiş

Bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması hâlinde, bu fonlar sermayeye dönüştürülmeden, sermaye tahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılamaz (TTK 462 f 3). Üçüncü fıkranın birinci cümlesi pay sahiplerinin korunması amacıyla konulmuş, istisnası bulunmayan, başka bir deyişle hiçbir sebeple bertaraf edilemeyecek olan emredici bir kural olup ihlali halinde yaptırım butlandır (TTK 462 madde gerekçesi).

(a) Yeniden Değerleme Fonu

Amortismanlara tabi iktisadi kıymetler ve bu kıymetlerden ayrılmış amortismanlar T.C. Maliye Bakanlığı tarafından her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme oranı¹⁸³ ile çarpılarak yeniden değerlendirilebilirler.¹⁸⁴ Yeniden değerlendirmeyle ortaya çıkan değer artışı bilançonun pasifinde Yeniden Değerleme Fonunda gösterilir (TTK 520 f 2). Değer artışı, malın değerlendirme sonrası ve değerlendirme öncesi net bilanço aktif değerleri arasındaki fark bulunmak suretiyle hesaplanmaktadır.¹⁸⁵ Anonim şirketin değer artış fonunda (ve karşılık hesabında) gösterilen değer artışı sermaye

kârlar, Enflasyon düzelmesinden kaynaklanan geçmiş yıllar kârları ile sermaye enflasyon, düzeltme olumlu farkları, 5024 sayılı Kanunla VUK'nun mükerrer 298. Maddesinde yapılan değişiklikle 31.12.2004 tarihli bilançoların düzeltilmesi sonucu hesaplanan öz sermaye kalemlerine ait enflasyon farkları, 5746 sayılı kanun uyarınca TUBİTAK ve benzeri kuruluşlar tarafından ödenen hibeler (devlet yardımları), 5811 sayılı kanun uyarınca işletmeye aide edilen kazanç farkları, Hisse senedi ihraç primleri (kaynak İbrahim Ercan, 'Sermaye Azaltımı ve Vergisel Açıdan Değerlendirilmesi' (2012) Temmuz-Ağustos Mali Çözüm Dergisi, Temmuz-Ağustos 219, 220 vd)

¹⁸³ 2020 yılında uygulanacak yeniden değerlendirme oranı: 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesinin (B) fıkrasına göre, yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumunun Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranı olup, bu oranın Hazine ve Maliye Bakanlığınca Resmî Gazete ile ilan edilmesi gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca 2019 yılı yeniden değerlendirme oranı 2019 yılı için % 22,58 (yirmiiki virgöl ellisekiz) olarak tespit edilmiştir. (Resmî Gazete, Tarih: 23/12/2019 Sayı: 30987)

¹⁸⁴ Kolay anlaşılabilir bir örnek için bkz Mehmet Emre Şuşoğlu, 'Taşınmazların Yeniden Değerlemeye Tabi Tutulmasının Artısı Eksisi' (VERGİNİT, 25.05.2018) <<https://www.verginet.net/dtt/1/tasinmazlarin-yeniden-degerlemeye-tabi-tutulmasi.aspx>> erişim tarihi 06.03.2020.

¹⁸⁵ Yeniden değerlendirme yapan Anonim Şirkette pay sahibi olan Anonim Şirketin bilançosunun aktifinde bu nedenle meydana gelen artış, bilançonun pasifinden özel bir karşılık hesabında gösterilir. Moroğlu (n 134) 225

ye artırımında kullanılabilir, ilke olarak şirket bu konuda serbesttir. Bu değer artış kazancı, hem kurumlar vergisine hem de bu değer artışının sermayeye eklenmesi ile pay sahiplerine verilen bedelsiz paylar gelir vergisine tabi tutulmamıştır (bkz VUK mük md 298/ A.7, KVK 5/1).¹⁸⁶

Kanımızca yeniden değerlendirme sebebiyle gerçekleşen artışın sermaye artırımında kaynak olduğu hallerde elde edilen bedelsiz pay ve pay senetleri kök payın/pay senedinin ait olduğu kişisel/edinilmiş mal grubuna özgülenmelidir. Diğer bir ifadeyle, konumuz olan kişisel mal niteliğindeki anonim şirketlerde bu bedelsiz paylar kişisel mal grubuna özgülenmelidir.

(b) Diğer Fonlar

TTK 462 f 1 geçen ilgili mevzuat uyarınca bilançonun pasifinde yer alan ve sermayeye eklenmesine izin verilen diğer fonlar için de benzer bir değerlendirme yapılmalıdır. Serbest yedek akçeye dönüştürülebilen bu diğer fonlar gizli yedek akçelerdir. Bunların kaynak ve oluşturma amacına bakılarak özgülenmesi gerekir. Şirket kârı haricinde ve şirketin varlığını ve iktisadi faaliyetini sürdürmesi amacı dışında oluşturulan diğer fonların sermaye artırımında kullanılması halinde kişisel mal niteliğindeki şirketteki bedelsiz payların kişisel mal grubuna özgülenmesi gerekir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda (KVK) kanunun istisnalara ilişkin 5/1-e maddesinde; Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların % 75'lik kısmının kurumlar vergisinden istisna olduğu, bu istisnanın, satışın yapıldığı dönemde uygulanacağı ve satış kazancının istisnadan yararlanan kısmının satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutulacağı, ancak satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesinin şart olduğu, bu süre içinde tahsil edilmeyen satış bedeline isabet eden istisna nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı..., istisna edilen kazançtan beş yıl içinde sermayeye ilave dışında herhangi bir şekilde başka

¹⁸⁶ ibid 225

bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen ya da dar mükellef kurumlarca ana merkeze aktarılan kısım için uygulanan istisna dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin ziyaa uğramış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı, “kurumların bağlı değerlerinin nakde dönüştürülerek mali yapılarının güçlendirilmesi” olarak belirtilmiştir.¹⁸⁷

Bu amaca bağlı olarak taşınmaz ve iştiraklerin satışından elde edilen KVK’ye göre istisna kapsamında olan kazancın satışı izleyen beşinci yılın sonunda kullanımı serbesttir. Beş yıl sonunda fonun sermaye artırımında kullanılmasında, edinimin kaynağına bağlı olarak bedelsiz payın özgülmesi yapılmalıdır. Fon sermaye kaynaklı ise sermaye artırımından elde edilen bedelsiz pay kişisel mal, fon kâr kaynaklı ise sermaye artırımını sonucu elde edilen bedelsiz pay edinilmiş mal olacaktır.

Buna karşın fonun beş yıllık süre dolmadan sermaye artırımında kullanılması halinde ise durum farklıdır. Taşınmaz ve iştirak kâr veya sermaye temelli de olsa fon amaç bağlılığı nedeniyle şirketin iktisadi varlığına hizmet eder. KVK’nin gerekçesinde bu istisnanın şirketin mali yapısının güçlendirmek için tanındığı anlaşılmaktadır. O halde bu fonun ilk beş yıllık sürede kullanımı amaçsal bağlıdır. Dolayısıyla kök şirket payının niteliğine bağlı olarak bedelsiz payların özgülmesinin yapılması gerekmektedir. Konumuz itibariyle bedelsiz pay kişisel mal olacaktır.

G. Bedelsiz Payların Özgülmesi

Yukarıda sermaye artırımına ilişkin yaptığımız açıklamaları bu başlık altında şöyle sıralamak mümkündür.

Kâr kaynaklı da olsa genel kanuni yedek akçelerin, kanunen öngörülen tavan miktarını (%5, %20) aşan sermayenin ½ sine kadar olan kısmı kullanıma amacı ile (TTK 519 f 3) bağlı olduğundan TTK 462 hükmüne istinaden sermaye artırımında kullanılamaz. Ancak şirketin tasfiyesinde, ortak eşin kök payına isabet ettiği miktarda kişisel mal olarak nitelendirilmelidir. Bu sonuçtan hakkaniyet gereği yukarıda açıklandığı şekilde ayrılmak mümkündür.

Sermayenin ½’sini aşan serbest kanuni yedek akçenin esas sözleşmeye göre ayrılmasında şirketin varlığına ve faaliyetine hizmet ama-

¹⁸⁷ Bkz isimsiz makale, ‘Kurumların Gayrimenkul ve İştirak Hissesi Satışlarında Zarar Doğması Halinde Bu Zarar İndirim Konusu Yapılabilir mi?’ <<http://www.istanbulymmo.org.tr/Data/Platform/418.pdf>>, erişim tarihi: 19.03.2020.

cıyla ayrıldığı sürece sermaye artırımında kullanılması halinde kâr kaynaklı bedelsiz paylar ikame ilkesi nedeniyle kişisel mal olarak nitelendirilmelidir. Sermayenin ½'sini aşan serbest kanuni yedek akçe için bir amaç gösterilmemiş veya kullanım serbestisi kabul edilmişse o zaman bu kâr kaynaklı yedek akçenin sermaye artırımında kullanılması halinde edinilen bedelsiz pay edinilmiş mal kabul edilmelidir.

Bu iki halin, yani genel kurul kararıyla kanun ve esas sözleşmedeki sınırlarının artırılması ile yedek akçe ayrılmasının dışında da genel kurul kararı ile üçüncü bir tür yedek akçe ayrılabilir. Önceki yıllardan aktarılan kârdan ve dağıtılmasına karar verilmeyen son dönem kârından (bu kârlar ticari faaliyet kaynaklı olmalıdır) ayrılan bu yedek akçelerin sermaye artırımında kullanılmasında, bedelsiz pay edinilmiş mal olmalıdır. Diğer hallerde, yani sermaye kaynaklı yani kazanç kaynaklı yedek akçe söz konusu ise o zaman bedelsiz pay, kök payın ait olduğu kişisel mal grubuna özgülenmelidir.

Genel kurul kararı ile ayrılan iradi olağanüstü yedek akçe belirli bir amaç için ayrılmış da olsa, yeni alınan genel kurul kararı ile ayrılan bu yedek akçenin sermaye artırımında kullanılması mümkündür. Kâr kaynaklı bedelsiz payın bu durumda edinilmiş mal grubuna ait olması gerekir.

Yeniden değerlendirme sebebiyle gerçekleşen ve fonda yer alan artışın sermaye artırımına kaynak olduğu hallerde elde edilen bedelsiz payın ve pay senetlerinin kök payın ait olduğu, konumuz itibari ile kişisel mal grubuna özgülenmesi gerekir.

KVK amacına bağlı olarak taşınmaz ve iştiraklerin satışından elde edilen kazancın satışı izleyen beşinci yıl içerisinde sermaye artırımında kullanılmasında bedelsiz pay kişisel mal olmalıdır. Beş yıl sonunda fonun sermaye artırımında kullanılmasında, edinimin kaynağına bağlı olarak bedelsiz payın özgülenmesi yapılmalıdır. Fon sermaye kaynaklı ise sermaye artırımından elde edilen bedelsiz pay kişisel mal, fon kâr kaynaklı ise sermaye artırımı sonucu elde edilen bedelsiz pay edinilmiş mal olmalıdır.

H. Bedelsiz Payların Artık Değer Hesabında Kullanılma Yöntemi

Bu konuya ilişkin haklı olarak yapılan eleştiriler, bedelsiz payın mal grubuna özgülenmesi ile ilgili olmayıp daha ziyade bunun artık de-

ğer hesabında nasıl değerlendirileceğine ilişkindir.¹⁸⁸ Eğer bir malvarlığının içerisinde hem kişisel hem edinilmiş mal söz konusu ise, özgülenen mal grubu aleyhine katkıda bulunan mal grubu lehine TMK 230 f 3 hükmü gereği denkleştirme alacağı hesaplanır.¹⁸⁹ Bu hesaplama sonucu bulunan değer artık değer hesabında dikkate alınmalıdır. 100.000 TL sermaye ile kurulmuş kişisel mal grubuna ait bir şirketin, yasal mal rejimi sürerken elde ettiği ve dağıtılmayarak şirkette serbest yedek akçelerde tuttuğu kârını, geçmiş dönem veya son dönem dağıtılmamış karını kullanarak sermaye artırımında kullanması halinde, elde edilen bedelsiz paylar edinilmiş maldır. Bu halde 100.000 TL sermaye artırımı olması halinde kişisel ve edinilmiş mallara ait payların toplam payın $\frac{1}{2}$ 'şerine tekabül ettiği ve buna paralel şirket tasfiye değerinin %50 ile mal gruplarına paylaştırılacağını iddia etmek doğru değildir. Sermaye artırımında kullanılan 100.000 TL kar kaynaklı sermayenin artırım anındaki şirket değerine oranlanması ile bulunacak oran üzerinden tasfiyedeki bedelsiz payların değeri belirlenmelidir. Şirket değeri belirlenirken sermaye artırımında kullanılan kar kaynaklı sermayenin sürüm değerinden düşülmesi ve sürüm değerinin belirlenmesi gerekir. Böylece kişisel mal şirketin sürüm değeri içinde bedelsiz paya dönüşen edinilmiş mal niteliğindeki şirket gelirine tekabül eden oran ve değer bulunmuş olacaktır. İleride tasfiyede bedelsiz edinilmiş mal olan paya tekabül şirket değeri bu oran üzerinden hesaplanarak artık değer hesabında dikkate alınmalıdır. Bu hesaplama TMK 230 f 3 hükmüne dayanabilir; bu hüküm olmasa da mal gruplarının korunması ve değişmezliği ilkeleri ile de aynı sonuca varılabilecektir.

İ. Değerlendirme ve Önerimiz

Yukarıda yapılan açıklamalarda görüldüğü üzere, kişisel mal niteliğinde bir şirket payının yasal mal rejimi açısından değerlendirilmesi, esasa ve usule ilişkin birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Bu sorulara hem teorik hem de pratik cevaplar aramak her zaman basit bir tespit ve değerlendirme ile olamamaktadır. Yargıtay¹⁹⁰, kişisel mal niteliğindeki bir şirket için, özvarlık ve dağıtılmamış kâr payından dolayı alacak

¹⁸⁸ Örnek hesaplama ve eleştiri için bkz Yıldırım ve Kayış (n 10) 1713-1714

¹⁸⁹ Zeytin (n 1) Nr 561 vd

¹⁹⁰ Yargıtay 8 HD, 3085/13817, 23.6.2015 <www.lexpera.com.tr>

hesabı yapılması gerektiği konusunda bir ihtilaf olmadığı,¹⁹¹ buna karşın şirketlerin mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki faaliyetlerinin de gözetilerek tasfiye hesabında dikkate alınma imkânı bulunmadığını belirtmektedir. “Şirketin mal rejimi sona erdiği tarih itibarıyla şirketin defterleri üzerinden yapılan hesaplama ile bulunan meblağ (88.115,95 TL) doğrudur. Ancak bu kuralın uygulanması sonucu bulunan miktarın dikkate alınması, gerek karar tarihine en yakın değerin belirlenmesi kuralına, gerekse hak ve nesafete aykırı olacağı anlaşıldığına göre olayda davacı lehine mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla hesaplanan 88.115,95 TL’nin, tasfiye tarihi itibarıyla (karar tarihine en yakın tarih) ulaşacağı, güncelleştirilerek bulunacak miktar üzerinden hüküm kurulması gerekir.” Görüldüğü üzere Yargıtay, şirketleri dinamik yaşayan iktisadi varlık olarak değerlendirerek sürüm değerine ulaşmanın zor olduğu hallerde, yasal mal rejimi tarihi itibarıyla bulunan katılma alacağı için güncelleme yapmasını hakkaniyete ve kanunun amacına (sürüm değerinin esas alınması) uygun bulmaktadır.

Kişisel mal grubuna ait olan şirket payının özgülenmesi belki de bu sorulara arasındaki en kolay cevaplanacak olandır. Buna karşın sermaye artışı, bunun sermaye mi kâr kaynaklı mı sermaye (kazanç) kaynaklı mı olduğu, sermaye artırımında kullanılan yedek akçelerin kanuni mi, iradi mi ve serbest amaçlı yedek akçeler mi olduğunun tespit edilip buna göre yasal mal rejimi açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu da kanun hükümlerinin dışında esas sözleşmenin, genel kurul kararlarının ve hatta yönetim kurulu kararların da incelenmesini gerektirebilmektedir. Bunlar mümkün olmakla beraber, zaman alan maliyetli ve külfetli çalışmalardır.

Yukarıda değinildiği gibi şirketin varlığına ve faaliyetine hizmet amacıyla ayrıldığı sürece sermaye artırımında kullanılan yedek akçeler, fonlar, dağıtılmamış kârlar nedeniyle sahip olunan bedelsiz paylar ikame ilkesi nedeniyle kişisel mal olarak nitelendirilmelidir. Bu görüşün yasal dayanağı TMK 221 hükmüdür. Bu hükme göre edinilmiş mal olması gereken “demirbaşlar” özgüleme amacı ve mal rejimi sözleşmesi dikkate alındığında kişisel mal kabul edilebilmektedir. Kanımızca eşler arasında böyle bir mal rejimi sözleşmesi olmasa da kişisel mal olan bir anonim şirkette kanun koyucunun mal varlıklarını koruma amacı bu sonuca

¹⁹¹ Bkz Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 109-110

varmayı haklı kılar. Bir amaç gösterilmemiş veya kullanım serbestisi kabul edilmişse o zaman bu yedek akçenin/fonun sermaye artırımında kullanılması halinde kâr-sermaye kaynaklı olup olmadığına bakarak karar vermek gerekir. Kâr kaynaklı sermaye artırımına istinaden bedelsiz pay edinimi söz konusu ise, bedelsiz payın edinilmiş mal olduğu sonucuna varmak gerekir.

Çalışmada, olan hukuk dikkate alınarak, esas ve usul açısından olması gereken ortaya konmaya çalışılmıştır. Amaca bağlı ve hatta kâr kaynaklı yedek akçelerin ve fonların varlığı ve bunların sermaye artırımında kullanılması kaçınılmazdır. Bu nedenle kişisel mal grubuna ait bir şirket payının yasal mal rejimi açısından değerlendirilmesinde sadece eşlerin değil, şirketin de var olma menfaati dikkate alınmalıdır. Aksi halde, yasal mal rejiminde mal gruplarının değişmezliği ve korunmasına ilişkin ilkenin ihlali ile karşılaşılabilir. Eşler arasındaki uyumsuzluklarda edinilmiş mal grubu lehine kabul edilmiş kanuni karine nedeniyle mal gruplarının değişmezliği ilkesinin mutlak olmadığı açıktır. Eşlerin dışında bağımsız ve tüzel kişiliği olan bir iktisadi bir malvarlığının menfaatinin de üçüncü bir kişi olarak tamamen göz ardı edilmemesi gerekir. Şirket nihayetinde aktif, yaşayan ve korunması gereken bir malvarlığı organizasyonudur. Şirket varlığı, sahip olduğu ve kullandığı geliri nedeniyle yasal mal rejimi açısından paylaştırılacak bir malvarlığına dönüştürülmemelidir. Nihayetinde eş, edinilmiş mala sahip olma biriktirme zoruunda olmadığı gibi ihtiyaçları için az ya da çok harcadığı edinilmiş mal niteliğindeki gelirinden de TMK 229'daki eklenecek değerleri göz ardı edersek diğer eşe karşı sorumlu değildir.

Kanımızca tüm bu esasa ve usule ilişkin değerlendirmelerin getirdiği zorluklar, eşin kişisel mal grubuna ait şirkette pay sahibi olup üst yönetiminde görev aldığı hallerde endüstriyel değer artışı üzerinden sonuca varılmasının daha kolay olacağını göstermektedir.¹⁹² Bu şirkete ait verilerin de ifşasının önüne geçecektir. Şirketteki endüstriyel değer artışının bulunması ve bunun üzerinden pay sahibi eşin endüstriyel değer artışının tespit ederek diğer eşin katılma alacağı hesaplanabilir. Yargıtay bu şekilde hesaplamaya yabancı olmadığını verdiği kararlarında göstermektedir. Bu durumda yapılması gereken, değer artış alacağında olduğu

¹⁹² Endüstriyel değer artışı için bkz Zeytin (n 1) Nr 324 vd; Nuri Aziz Midyat, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı (1st edn, On İki Levha 2017) 72 vd; Büberci Çifçi and İçöz Demirel (n 10) 104

gibi, başlangıç değeri ile şirketin mal rejimi sona erdiği tarihteki haliyle hesaplanan son değerinin arasındaki farkın bulunmasıdır. Bu hesaplama- da şirket hesaplarının, bilançolarının dikkate alınması veya başlangıç ve son sürüm değerlerinin bulunması yöntemi tercih edilebilir. Her iki yön- temde de başlangıç değerinin, son değer hesaplandığı mal rejiminin sona erdiği tarih itibarı ile güncellenmesi gerekir. Güncellenen başlangıç değeri ile şirketin son değeri arasında bir artı fark varsa, bu endüstriyel değer artışıdır. Bu değer artışında ortak eşin payı kadar hakkı vardır ve bu edinilmiş mal grubuna ait olacaktır. Somut olayın özelliklerine göre edinilmiş mal olan endüstriyel değer artışı veya katılma alacağı Yargıtay uygulamasında olduğu tasfiye tarihi (ilk derece mahkemesi karar tarihi) itibarıyla güncellenebilir. Kanımızca burada çalışma karşılığı bir edinim söz konusudur (TMK 219 f 2 b 1). Bu edinimin TMK 230 f 3 hükmüne göre edinilmiş mal grubu lehine bir denkleştirme alacağına neden olaca- ğı düşüncesi ilk bakışta doğrudur.¹⁹³ Ancak pay sahibi eşin karşılık aldı- ğı durumda mal grupları arasında TMK 230 hükmüne istinaden denkleş- tirmeye neden olacak bir katkıdan söz edilemez. Ayrıca dinamik malvar- lığı olan şirkettin içerisindeki endüstriyel değer artışı sürekli çalışma nedeniyle zamana yayıldığından TMK 230 f 3 göre bir hesaplama- ya uygun değildir. Endüstriyel değer nihayetinde şirketin sürüm değeri içe- risinde olan bir kalemdir. Pay sahibi eşe tek veya hakim yönetici olması sıfatıyla yasal mal rejimi sürecinde ödenen meblağların -ki edinilmiş maldır- eşi için hesaplanan endüstriyel değer artışından düşülmesi gere- kip gerekmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Nihayetinde ulaşı- lacak sonuç, bazen kanun hükümlerine bazen de uygulamanın tercihi nedeniyle somut olay adaletine aykırı olsa da hukuka ve hakkaniyete aykırı olmamalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki, bu yöntemle hesaplama ortak eşin şirkette tek veya hakim yönetici olduğu hallerde söz konusu olacaktır.

Endüstriyel değer artışının hesaplanmasına bir örnek:

Örnek Şirket A.Ş.'nin 31.12.2001 tarihi itibarı ile özkaynakları top- lamı 925.000,00 TL olsun. Örnek Şirket A.Ş.'nin mal rejiminin sona erdiği 15.5.2018 tarihindeki özkaynak toplamı 4.500.000,00 TL olsun.

¹⁹³ Bkz Yıldırım and Kayış, (n 10) 1713 vd, 1736; konuya ilişkin Türk ve İsviçre dokt- rinindeki görüşler için bkz ibid 1709 vd

İki özkaynak arasındaki fark dinamik malvarlığı olan şirketin faaliyeti ile oluştuğu gibi konjonktürel değer artışıyla, örneğin yapılan yeniden değerlendirilmelerle (defter kârı, kazanç) de oluşmuş olabilir. Bu haksızlığı minimize etmek için, konjonktürel değer artışının iddia eden tarafın ispat etme hakkını saklı tutarak başlangıçtaki özkaynak güncellemesiyle endüstriyel değer artışına ulaşmak doğru bir yöntem olabilir. Örneğimizde iki özkaynak arasındaki fark 3.575.000 TL'dir ($4.500.000 - 925.000 = 3.575.000$ TL). Ancak bu miktarın endüstriyel değer artışı olarak kabulünün, şirketteki konjonktürel artışı ve varlık ve işlevini sürdürmesi için kârından ayıracağı miktarı göz ardı etmiş olacağından kişisel mal grubu aleyhine olacağı açıktır. Bunun için başlangıç özkaynak değeri 925.000 TL'nin güncelleştirilmesi gerekir.

	Ay-Yıl	Endeks Değeri
Başlangıç (Referans)	Aralık 2001	68.27
Şimdiki	Mayıs 2018	354.85
Güncellenecek Tutar	650,000.00	
Güncelleme Çarpanı	5.1977	
Güncellenmiş Tutar	3,378,533.76	

Tablo 2: Kaynak: www.maliyetbul.com

Bu halde güncelleme ile ulaşılan değer 3.378.533,00 TL olup, mal rejiminin sona erdiği tarihteki özkaynakla arasındaki fark 694.130,00 TL ($4.500.000 - 3.378.533$) olmaktadır. 694.130,00 TL şirketin ticari faaliyeti sonucu elde ettiği endüstriyel değer olup, hak sahibi eşin payına oranlanarak bulunan değer de ortak eşin şirkette sahip olacağı endüstriyel değer artışıdır. Bir artı değer ortaya çıkmazsa, şirketin ve dolayısıyla pay sahibi eşin endüstriyel değer artışı yoktur. Pay sahibi eşe ait endüstriyel değer artışının eşin çalışması nedeniyle bir karşılık alıp almadığına (huzur hakkı, maaş, kâr payı dağıtımı vb.) bağlı olarak yasal mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin yukarıda belirtilen İsviçre'deki tartışmalara burada işaret etmekle yetiniyoruz.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Bkz dipnotlar 10 ve 44

KAYNAKÇA*

- Acar F, Aile Konutu Mal Rejimleri, (5th edn, Seçkin 2016)
- Akbulak Y, ‘TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri’ (2016) 1 Ankara Barosu Dergisi 505-523
- Akbulut PE, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ve Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010
- Altaş S, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler (9th edn, Seçkin 2019)
- Akın MY, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014)
- Altaş S, ‘Anonim Şirketlerde Kanuni ve İhtiyari Yedek Akçe Ayrımı’ (2015) (93) Bankacılık Dergisi, 33-45. (Altaş, ‘Yedek Akçe Ayrımı’)
- Altaş S, ‘Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler’ (2016) (96) Bankacılık Dergisi 32-51. (Altaş, ‘Yedek Akçeler’)
- Aslanoğlu S ve Baskan, TD, ‘Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Artırımı: Halka Arz Olunan Sigorta Şirketlerinde İnceleme’(2014) 1 (2) Journal of Economics, Finance & Accounting-JEFA 61-80
- Ayboğa M H, Yüksek Enflasyon Dönemlerinde Anonim ve Limited Şirketlerde Zorunlu Esas Sermaye Arttırımı’, (1999), 8 (10) Muhasebe Finansman Dergisi 59-86
- Aydın A, Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Esas Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün Müdür?’ (2014) XXX (2) BATIDER 79-88
- Ayhan E; Çağlar, H; Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (3rd edn, Yetkin 2021)
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (14th edn, Beta 2020)
- Bilgili F and Demirkapı E, Ticaret Hukuku Bilgisi (6th edn, Dora Yayınları 2019)
- Bilgili. F and Demirkapı, E, Şirketler Hukuku, (9th edn, Dora Yayınları Bursa 2013)

* Not: Atıflarda yer alan “Nr” kısaltması kaynak gösterilen çalışmalardaki bölüm karakteri, çengel işaret (§) ve/veya sayfa paragraf numarasını gösterir. Atıflarda herhangi bir kısaltma ile nitelendirilmeyen son rakam atıf yapılan sayfayı gösterir.

Bozkurt T, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) –Die Vinkulierung- (1.st edn, Onikilevha 2016)

Büberci Çifçi A and İçöz Demirel D, Anonim ve Limited Şirketlerde, Pay, Kar Payı ve Yedek Akçelerin Ediniliş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Tasfiyesi, (1st edn, Seçkin 2019)

Civelek Acar E, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, (1st edn, Aristo Hukuk 2019)

Çağırın Tuncer S and Ulusoy ‘Yedek Akçeler’, (2017) 19 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan) 1971-1996

Çebi H, Şirketler Hukuku (1st edn, Seçkin 2020)

Ercan İ, ‘Sermaye Azaltımı ve Vergisel Açıdan Değerlendirilmesi’ (2012) Temmuz-Ağustos Mali Çözüm Dergisi, Temmuz-Ağustos 219-228

Gençcan ÖU, Mal Rejimleri Hukuku (6th edn, Yetkin 2019)

Gümüş MA, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri Teori ve Uygulamada (TMK M.185-281) (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008)

Hausheer H, Basler Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 2002)

Hausheer H, Reusser R and Geiser T Berner Kommentar, Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, (Staempli 1992)

Işık Y: Yasal Mal Rejiminde Denkleştirme Alacağı, Gazi Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013

İsimsiz Makale ‘Kurumların Gayrimenkul ve İştirak Hissesi Satışlarında Zarar Doğması Halinde Bu Zarar İndirim Konusu Yapılabilir Mi?’ <<http://www.istanbulymmo.org.tr/Data/Platform/418.pdf>>, Erişim Tarihi: 19.03.2020

Karamercan F, Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları (5th edn, Seçkin 2019)

Karasu R, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi (2nd edn, Yetkin 2015)

Karayalçın Y, Muhasebe Hukuku, (1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 1988)

Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (1st edn, On İki Levha 2011)

Kılıçoğlu AM, Katkı-Katılma Alacağı (6th edn, Turhan 2016)

Kırca İ and Kırca Ç, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi’ (Prof. Bilge ÖZ-TAN’a Armağan, 2008), 545-560

Kumkale R, Anonim Şirketler, (1st edn, Seçkin 2003)

Midyat NA, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı (1st edn, Onikilevha 2017)

Moroğlu E, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (4th edn, onikilevha 2018)

Mutlu Uşaklı S, Halka Arz Kavramı ve Halka Arzda Kullanılan Satış Yöntemleri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2010)

Özdamar E, Anonim Şirkette Pay Devri (1st edn, Ankara 2019)

Özüğür Aİ, Mal Rejimleri (8th edn, Seçkin 2015)

Poroy R and Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (23rd edn, Vedat 2019)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (14th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (7th edn, Adalet 2019) (Pulaşlı, ‘Kıymetli Evrak’)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (6th edn, Adalet 2020)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II (3rd edn, Adalet 2018) (Pulaşlı, ‘ŞHŞ C II’)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III (3rd edn, Adalet 2018) (Pulaşlı, ‘ŞHŞ C III’)

Pulaşlı, H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I (3rd edn, Adalet 2018) (Pulaşlı, ‘ŞHŞ C I’)

Sarı S, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (1st edn, Beşir 2007)

Serder Yılmaz S, ‘TTK’de Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı’, (2013) 8 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187-233

Sevi AM, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, (4th edn, Ankara 2018)
Şengür ED, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Sermaye İle İlgili Getirilen Yenilikler’, (2011), 21 (103), Mali Çözüm, 97-120

Şıpka Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (3rd edn, On İki Levha 2013)

Şıpka, Ş and Özdoğan A, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları (2nd edn, Onikilevha 2017)

Şuşoğlu ME, ‘Taşınmazların Yeniden Değerlemeye Tabi Tutulmasının Artısı Eksisi’ (VERGİNİT, 25.05.2018) <<https://www.verginet.net/dtt/1/tasinmazlarin-yeniden-degerlemeye-tabi-tutulmasi.aspx>> Erişim Tarihi 06.03.2020

Tarhanlı C, Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket (1st edn, Onikilevha 2013)

Taşdelen N, Anonim Ortaklıkta Pay sahipliği Sıfatının Kazanılması (1st edn, Vedat Kitapçılık 2005)

Tekinalp Ü, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esaslar (1st edn, Vedat Kitapçılık 2012)

Tekinalp Ü, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku ile) (1st edn, Vedat 2012)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4th edn, Vedat Kitapçılık 2015) (Tekinalp, ‘Yeni Hukuku’)

Turgut D, ‘Anonim Şirketlerde İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı’, (TOKKDER, 29.08.2018) <<http://tokkder.org/tokkder-dergi/4080>>, Erişim Tarihi: 14.02.2020

Türkoğlu Utku F, Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi (1st edn, Adalet 2016)

Uğurlu MH, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Paylar ve Oy Hakkı, Maltepe Ü. SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014

Uluç Y, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, (1st edn, Yetkin 2014)

Uzel N, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam (1st edn, Onikilevha 2013)

Yavuz M, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı’, (2013) Temmuz-Ağustos Mali Çözüm Dergisi 129-137

Yıldırım AH and Kayış F, ‘Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Anonim ve Limited Şirket Paylarıyla İlgili İki Önemli So-

run: Sermaye Artırımı ve Payların Değerleme Anı', (2019), 8 (32-1), Banka ve Finans Hukuku Dergisi (BFHD) (Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan Cilt 1) 1693-1741

Yılmaz ÇM and Bozkurt Yaşar S, 'Eşler Arasındaki Mal Rejimleri Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı' (2017) 133 TBB Dergisi 449-516

Zeytin Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (5th edn, Seçkin 2021)

- Araştırma Makalesi -

✂ PANDEMİLER VE ZORUNLU LİSANS*

(PANDEMICS AND COMPULSORY LICENCE)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ¹

ÖZ

Dünyada 5,5 milyon vefat, 250 milyonu geçen pandemi hastası bulunduğu şu günlerde ilaçlar üzerindeki patent haklarının varlığı yoğun bir şekilde sorgulanmaktadır. Bir fikri mülkiyet türü olan patentlerin koruması, uluslararası sözleşmeler ve ülkelerin kendi mevzuatları ile belirli bir süre için sağlanmaktadır. Patent tescili ile ilaç firmalarının da ilaç ve aşı buluşları korunmakta ve korunan bu hakları istisnai hallerde gerek TRIPS gerekse Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen zorunlu lisans kullanımı sınırlanabilmektedir. Dünyada, ilaca ve aşıya ulaşamayan ülkelerin durumu düşünüldüğünde zorunlu lisansın önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Buluş, Aşı Patenti, Zorunlu Lisans, TRIPS, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması Doha Deklarasyonu

ABSTRACT

In these days when 5,5 million deaths and 250 million patients are approaching around the world, the existence of patent rights on drugs is

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 30.09.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 04.11.2021 tarihinde birinci hakem; 18.12.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Bakırköy Hakimi, canankali@yahoo.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0403-4588

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; KÜÇÜKALİ, Canan, "Pandemiler ve Zorunlu Lisans", REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 437-466.

being questioned intensely. The protection of patents, which is a type of intellectual property, is provided for a certain period of time by international conventions and domestic laws of countries.

With patent registration, pharmaceutical companies as well as pharmaceutical and vaccine inventions are protected and in exceptional cases, the compulsory licensing regulated in TRIPS and Industrial Property Law can be limited. Considering situation of the countries that cannot reach medicine and vaccines in the world, the importance of compulsory licence is better understood.

Keywords: *Innovation, Vaccine patent; Compulsory Licence; TRIPS, Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Doha Declaration*

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Fikri ve sınai haklar da ekonomik bir değer taşıdığından Anayasa ile korunduğu gibi Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinde de aynı şekilde mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır². Ancak mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı da unutulmamalıdır³.

Hukukta klasik görüş olan; maddi, gayri maddi mal ayrımına göre fikri haklar, gayri maddi mülk olarak nitelendirilmekte ve aynı zamanda

² Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusal üstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, C. I, Bölgesel Sistemler (Legal Yayıncılık 2010) 165 vd.; Mehmet Semih Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, (2nd edn, 2019) 286- 289; Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında fikri hakkın mülkiyet hakkı kapsamında korunamayacağı belirtilirken Anayasa Mahkemesi (10/49, 28.12.1967, RG. 30.01.1969/13114) 2008 yılından itibaren AYM bu içtihadından dönmüş, marka hakkını mülkiyet hakkı kapsamında görmüştür. Anayasa Mahkemesi(3/47, 31.01.2008;2008/48, 31.01.2008; Ayrıca Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi 81/48, 31.01.2008, (RG. 20.03.2008, 26822), 09.04.2014, 147/75, 33/50, 27.05.2015(RG. 02.06.2015, S. 29374);148/189 14.12.2016 (RG. 06.01.2017, S.29940) tarihli kararları.(Çevrimiçi) <<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi>> Erişim Tarihi.10.09.2021

³ Gemalmaz (n 2) Mülkiyet hakkı 1

mutlak hak niteliği taşıyan bir hak olarak görülmektedir⁴. Anayasa 35. maddesi kapsamında da fikri ürünler de bir mülkiyet hakkı konusunu oluştururlar. İHAS Protokolü 1. maddesindeki mülkiyet hakkı kapsamında AHİM içtihatları ve mahkeme yorumları ile mülkiyet kapsamına girmektedir⁵.

Günümüzde dünyada ülkeler pandemi ile savaşırken fikri mülkiyetin korunmasına yönelik olarak patent sahibinin tescilli patentin haklarından vazgeçilmesi, askıya alınması, zorunlu lisans gibi konular tartışılmaktadır.

1. FİKRİ MÜLKİYET VE PATENT HAKKI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 17. ve 56. maddeleri kişinin sağlık hakkı yaşama hakkı ve devletin bu hakları sağlama görevi düzenlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesi aynı zamanda yaşam hakkını da düzenlemektedir⁶. 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 25. maddesi de sağlık hakkının diğer insan haklarının uygulanabilmesi için temel bir hak olduğunu belirtir. Her kişi sağlığının iyileştirilmesi hakkına sahiptir⁷. Bu noktada yaşadığımız pandemi günlerinde, fikri mülkiyet koruması ile aşı ve ilaçlara ulaşım arasındaki denge ve buna ilişkin ortaya çıkan tartışmalar gündemi meşgul etmektedir.

Fikir ürünü olan buluş doktrinde, “*beşeri bir ihtiyaç olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren fikri bir ürün*” olarak tanımlanır⁸. İnovasyon, üretimi güçlendiren ve

⁴ Ernest Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1948) 154

⁵ Ali Pash, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkile-ri, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014) 7, 8

⁶ Fülürya Yusufoglu, Patent Verilebilirlik Şartları, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014) 448; Ayşegül Sezgin Huysal, İlaç Patenti (2009) Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 62

⁷ Bharat Subhas Rathor and S. P. Rathor ‘Right To Health and Covid-19 Vaccines: Decoding Science, Economics and Politics of Vaccine Patents’ (2021) 25(4) Annals of the Romanian Society for Cell Biology 18435, 18435 <<https://www.annalsofrscb.ro/index.php/journal/article/view/8238>> Erişim Tarihi.10.12.2021

⁸ Ernest Hirsch, Fikri ve Sınai Haklar (Ankara Basımevi 1948) 78; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, (Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 5th edn, Vedat Kitapçılık 2012) 451; Yusufoglu (n 6) 21; Özgür Öztürk, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, (Arıkan Yayınevi 2008) 60; Ali Rıza Köker and Uğur Gürşad Yalçiner, Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Adalet Yayınevi

ekonomiyi canlandıran bir güçtür. Bir buluşun ortaya çıkmasına kadar yoğun fikri çaba, Ar-Ge çalışmaları, uzun bir sürecin yanı sıra çok fazla malî harcama gerekmektedir⁹. Buluşlar ancak sanayiye uygulanabilir olması halinde patentlenebilir. Ancak buluş sahibinin buluşunu gerçekleştirmesi ile birlikte buluşçu hakkı doğar¹⁰.

Patent hakkı sınaî mülkiyet kapsamında kalan ve sahibine tekel hakkı veren bir fikri mülkiyet hakkıdır¹¹. Yeni, buluş basamağı taşıyan ve sanayiye uygulanabilir buluşlara patent tescili verilebilir¹². Patent tescili buluş sahibine buluşu üzerinde tasarrufta bulunma, ondan faydalanma ve başkalarının da bu hakka müdahalesini engelleme hakkını verir¹³. İlaç ve aşı patentlerinde de buluş sahibi ilaç şirketi ile kontrol mekanizmasına sahip otorite arasındaki sözleşmesel ilişki sonucunda hakkın sahibine belirli süreliğine hukuki koruma sağlamak amacıyla patent tescil belgesi verilir¹⁴. Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 125. maddesi hükmünce patent sahibi, patentten doğan hakların kullanımını sözleşme ile üçüncü kişilere devredebilir¹⁵.

2020) 25;Topçu Deniz Patent Lisans Sözleşmeleri, (2015) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 3

⁹ Köker and Yalçınar, (n 8) 71

¹⁰ Nuşin Ayiter, İhtira Hukuku (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 63, 64; Ali Necip Ortan, İşçi Buluşları Hukuku (İzmir Dokuz Eylül Yayınları 1987) 74, 75

¹¹ İlhami Güneş, ‘Covid 19 Pandemisi Döneminde Patent Koruması ve Lisanslama’(2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1257, 1259.

¹² Lionel Bently and Brad Sherman. Intellectual Property Law (Oxford 2002) 438, 439; Yusufoglu (n 6) 139-147; Gökmen B. Ö, Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Gerekeşi Özelinde İncelenmesi), Haziran 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Doktora Tezi 30

¹³ Tekinalp (n 8) 594; Arslan Kaya ‘Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar’ (1997) 55(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173, 173

¹⁴ Bert Spilker, Guide to Drug Development A Comprehensive Review and Assessment, Philadelphia: (1st edn, 2008) Wolters Kluwer Health/Lippincott Williams & Wilkins

¹⁵ Cansu Cindoruk Ayhan, ‘Salgın Hastalıklarda Zorunlu Lisansın Önemi ve Kamu Sağlığına İlişkin Temel Düzenlemeler’

(2020) 6 Başkent üniversitesi hukuk fakültesi dergisi 75, 77

2. AŞI PATENTİ

Tarihte yeni veya zaman zaman tekrarlayan viral hastalıklar toplumlara tehdit oluşturmıştır. 1918 yılında grip salgını 50 milyondan fazla insanı öldürmüş 2002 yılında SARS, 2009 yılında Domuz gribi, 2012 MERS ve 2014 yılında Ebola, 2019 da Covid 19 gibi salgınlar pandemik oranlara ulaşmasa dahi bu salgınlarda aşılar her zaman önemli bir rol oynamıştır¹⁶.

İlaç ve aşı patentleri kamunun sağlığı ve küresel ekonomi ile yakından ilgili olduğu için ve az gelişmiş ülkelerde halk sağlığını büyük ölçüde etkilemesi nedeniyle sürekli gündemde olan ve tartışılan bir konudur. Geniş kitlelerin ilaca erişimini olumsuz olarak etkileyen TRIPS'in hükümleri ile patent sistemlerine asgari standartlar getirilmesi aslında ticarete engelleri kaldırma amacı taşıyan patent hukuku ile getirilen sınırları koruma amacına hizmet etmektedir¹⁷.

Mevzuatımızda 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu 3. maddesi zirai ilaçlar dışındaki ilaçları patentlerini kapsama almamış, 1995 yılında AB üyeliğine girme süreci ile Gümrük Birliğini kabul edilmemiz ve “*Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması TRIPS*” e¹⁸ taraf olmamız ile ilaçlar patent koruması kapsamına alınmıştır. Daha önce yürürlükte bulunan 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararname¹⁹ ile 2000 yılından itibaren ilaç üretim usullerinin patent ile korunması sağlanmıştır²⁰. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda da, aynı şekilde düzenleme bulunmaktadır.

Aşı ve ilaç buluşları ya ürün yahut usul patenti olarak patent tesciline konu olurlar²¹. Ürün patenti kimyasal maddeler ve bu maddelerin her türlü kullanımını kapsar²². SMK 82/f. 3-c uyarınca tıbbi tedavi ve

¹⁶ Rathor and Rathor (n 7) 18435, 18437

¹⁷ Şule Işın Patent Hakları ve Tecavüz Fiilleri, (2019) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 9

¹⁸ Anlaşmanın tam metni için bkz. <<https://www.telifhaklari.gov.tr/Ticarette-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS>> Erişim Tarihi 11.10.2021

¹⁹ 551 sayılı KHK, R.G: 27/6/1995/22326

²⁰ Tekinalp (n 8) 548, 549; Yasemin Kenaroğlu and Cahit Suluk, Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011) 70

²¹ Ayşegül Sezgin Huysal İlaç Patenti (1st edn, Vedat Kitapçılık 2010) 157 vd.; Sezgin Huysal (n 6) 151; Yusufoglu (n 6) 379 vd.

²² Yusufoglu (n 6) 399

teşhis usulleri patent tesciline konu olamaz. Ancak bu usullerde kullanılan madde patent tesciline konu olabilir²³. Formülasyon, yöntem ve dozaj şekli yönünden patentler; Molekül patenti, form patenti, kombinasyon patenti, formülasyon patenti, endikasyon patenti, proses patenti gibi sınıflandırılırlar²⁴.

Gelişmiş teknolojileri kullanılması sonucu ortaya çıkan çekirdek patentler idari makamlar ve üniversitelerin mülkiyetinde yer almaktadır²⁵. Kamu kaynaklarının kullanılması ile kamu kurumları ve üniversitelerin yaptıkları buluşlar ile patent başvuruları yapmaları bu teknolojiyi kullanan şirketlerle lisans anlaşmaları yapmaları ile buluşun ortaya çıkarılmasına kadar kamunun üstlendiği mali yük buluşu kullananlar arasında bölüşdürmektedir²⁶.

İlaç fiyatlarında tüketicinin söz sahibi olamaması bunun sonucu fiyatların serbestçe şekillendirilmesinin önüne geçilmesi için devletlerin müdahalesi ile ülkeler sigorta kurumları vasıtasıyla fiyatlara müdahale etmektedirler²⁷. Ayrıca birçok ülkede olduğu şekilde ülkemizde de sosyal güvenlik sistemi ilaç harcamalarının bir kısmını karşılamaktadır²⁸.

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), görevi çerçevesinde 1974 yılında gelişmekte olan devletlere temel aşılari tedarik etmek üzere ‘*Aşılama Genişletilmiş Programı*’nı oluşturmuş ve 1977 yılında Asamble ‘*2000 yılına kadar herkes için Sağlık*’ stratejisini kabul etmiş 1955 yılında sıtma, 1980 yılında çiçek hastalığının ortadan kaldırılmasına yönelik başarılı

²³ Güneş Covid 19 (n 11) 1260

²⁴ Nurgül Sıkı, Türkiye’deki İlaç Ar-Ge Merkezlerinin Faaliyetlerinin Patent ve Yenilik Açısından Değerlendirilmesi, Farmasötik Teknoloji Anabilim Dalı Endüstriyel Eczacılık Programı (2019) Gazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 12

²⁵ “Örneğin US10960070 (B2) / EP3532095 (A1) ve US8278036 BB / EP2578685B1 patenleri A.B.D. Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Pennsylvania Üniversitesi’nin mülkiyetindedir.”naklen Özden Bilgiç, ‘Aşıda Patent Tartışmalarına mRNA Tabanlı Aşılar Özelinde Bir Bakış’Haziran 2021 <<https://iprgzgini.org/2021/06/10/asida-patent-tartismalarina-mrna-tabanli-asilar-ozelinde-bir-bakis/>> Erişim Tarihi:22.12.2021

²⁶ Bilgiç (n 25);Carlos Maria Correa, ‘The Uruguay Round and Drugs’ World Healthy Organization February 1997 <http://www.who.int/medicines/areas/policy/protection_of_data.pdf>14, Erişim Tarihi 22.12.2021

²⁷ Sezgin Huysal (n 21) 71, 72

²⁸ Sıkı (n 25) 71

kampanyalar yapmıştır²⁹. Örgüt yeni salgın hastalıklarla savaşta ülkelere acil teknik yardım gayesi ile 2000 yılında “*Küresel Salgın Alarm ve Müdahale Ağı*”nı kurmuştur. Kuruluş amacı milletlerin mümkün olan en yüksek sağlık seviyesine ulaşmasını sağlamak olan DSÖ’ye sağlık alanında uluslararası nitelikteki çalışmalarda yönetici ve koordine edici bir kurum olarak, salgın hastalıkların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmaları teşvik etmek ve ilerletmek görevleri de verilmiştir³⁰.

Geçmişte AIDS salgını esnasında aşı ve ilaçlara erişim eksikliği nedeniyle 15 milyon Afrikalının hayatını kaybettiği bilinmektedir³¹. HIV salgını döneminde TRIPS anlaşması ile kamu sağlığı gerektirdiğinde kapasitesi olan ülkeler zorunlu lisans vasıtasıyla aşılardan veya ilaçların jenerik versiyonlarını üretme hakkına sahip olmuştur³². Çoğu ülkenin ilaç üretimi için yeterli teknolojinin bulunmaması ve ilaçların pahalı oluşu halkın çoğunluğun ilaca ulaşmasını engelleyici bir etkidir³³. Teknoloji ve bilim insanlığın hizmetinde olması gerektiğinden ilaçlardaki patent hukukunun sağladığı korumada da aynı şekilde insan sağlığına hizmet öncelik olmalıdır. Öte yandan ilaç üretimi uzun yıllar alan ve çok büyük yatırım gerektiren bir sektördür. örnek olarak Biontech üreticisi firmanın, 25 yıldır ümmünoloji konusunda çalıştığı bilinmektedir. Gelişmiş ülkelerdeki büyümenin yavaşlaması ve gelişmekte olan ülkelerde de sektöre verilen teşvikler nedeniyle, Çin, Rusya, Brezilya gibi ülkelerde Ar-Ge harcamaları artış göstermektedir³⁴. ABD’de Amerikan gıda ve ilaç dairesi FDA’nın geliştirdiği uygulamalar ile yeni etkin maddelerin ve biyolojik ilaçların onay süreçleri hızlandırılmış ve onaylanan ürün

²⁹ İbrahim Kaya and Galip Engin Şimşek, ‘Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde

Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele’ (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi

Yayınevi, 993, 993

³⁰ İbid 994

³¹ Sezgin Huysal (n 6) 60; Hakan Koçak ‘TRIPS Anlaşması’nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı’ (2020) 11(41) TAAD. 278.

³² Sezgin Huysal (n 6) 216

³³ Başak Bak, ‘İlaçta Zorunlu Patent Lisansı’ (2011) 3 Ankara Barosu Dergisi 108 <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-3/2011-3-3.pdf>> Erişim Tarihi.23.12.2021

³⁴ TC. Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Sanayi Genel Müdürlüğü Sektörel Raporlar ve Analizler Serisi İlaç Sektörü Raporu (2015)1, 18

sayısının artışı sağlanmış yakın zamanda ABD’de biyo-ilaç araştırma firmalarınca nadir hastalıklarda kullanılacak 452 adet ilaç ve aşı geliştirilmiştir³⁵.

Buluşların patentlenmesine ilişkin geçmişte 1900’lü yıllarda çocuk felci aşısını bulan, bu aşının patentlenmesine karşı çıkan ve aşının insanlığa ait olduğunu beliren Dr. Salk “Güneşi Patentleyemezsiniz” sözleri ile patent tescili alması halinde elde edebileceği çok büyük bir kazancı elinin tersiyle itmiştir. Yine bilim insanı Dr. Albert Sabin ise “ağız yoluyla kullanılan çocuk felci aşısı”nı geliştirerek Rusya’da 10 milyon çocuğa uygulamış ve Dünya Sağlık Örgütünc ve 1962 yılında ABD hükümetince onaylanması ile aşığı Dünya Sağlık Örgütüne bağışlayarak patent hakkından vazgeçmiş ve tüm dünyada aşının ücretsiz uygulanmasını sağlamıştır³⁶. Bilim insanları insanlığın faydalanması ve kamunun yararını her şeyin önünde tutmuşlardır.

Günümüzde Covid 19 salgını sonucu aşının üretim ve aşılama hızının yetersizliği nedeniyle patentsiz aşı tartışmaları gündemde yer almaktadır. Kanaatimizce pandeminin yoğun yaşandığı günümüzde insan odaklı olarak patent korumasının geçici olarak kaldırılması pandemi sona erdiğinde de fikri mülkiyet haklarının yeniden koruma altına alınması uygun bir çözüm olabilir.

Dünya Sağlık Örgütünün ilaç şirketlerinin aşı teknolojilerini paylaşmaları için tesis kurulması, COVAX adlı bir aşı programının desteklenmesine karşın zengin ülkeler fikri mülkiyet hakkından feragata sıcak bakmamaktadırlar³⁷. Feragata ilişkin teklif AB ülkeleri ve diğer zengin ülkeler tarafından reddedilmiştir. İlaç firmaları ve bu ülkeler feragatin üretim ve tedariki hızlandırmayacağını, aşı dağıtımı için üretime yönelik fabrikaların kurulması, üretim ve tedarik, personel eğitimi, uygulanacak

³⁵ İbid 19

³⁶ Osman Müftüoğlu, <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/osman-muftuoglu/gunesinde-asinin-da-patenti-olmaz-41806449>> Erişim Tarihi 10.12.2021

³⁷ Skalar M. S, ‘ COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar’, Public and Private International Law Bulletin İstanbul Üniversitesi Yayınevi 41(2), 2021 (395-419) 401; Helen Collis, “WTO Members Reject IP Rules Waiver for Coronavirus Technologies,” Politico Pro, October 16, 2020, <<https://www.cato.org/free-trade-bulletin/unnecessary-proposal-wto-waiver-intellectual-property-rights-covid-19-vaccines>>

yönetmeliklerin geçirilmesinin 1 yıldan fazla zaman alacağını ileri sürmektedirler³⁸.

Kanaatimizce fikri mülkiyet hakkının kaldırılması yerine şirketlerin belirli bir ücret karşılığında lisansların arttırılması daha uygun olabilir. Yahut aşıya ulaşımı kolaylaştırıcı bir çözüm olarak az gelişmiş ülkelere bedelsiz lisanslar sağlanması ve aşı arzını dengeleyebilecek ölçekte üretim imkânı sunulması düşünülebilir³⁹. Hukuki düzenlemelerin yapılması, aşının birçok ilaç şirketi tarafından üretilmesine izin verilmesi, bu yönde üretim sahası kurulması, aşı üreten, piyasaya süren ve uygulayan tüm bileşenlerin güvence altına alınması gerekir.

3. TRIPS ANLAŞMASI VE KAMU SAĞLIĞINA İLİŞKİN DOHA DEKLARASYONU

Uluslar arası ticari hayatın işleyişine engel oluşturan durumların önlenmesi amacıyla Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması TRIPS ile fikri mülkiyet haklarına ilişkin asgari standartlar belirlenmiş ve bu hakların hangi hallerde sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir⁴⁰. Dünya Ticaret Örgütü'nün 1990' lü yıllarda kuruluşu ile kuruluş anlaşmasının eki olan 1994 tarihli TRIPS öncesinde, ülkeler isterlerse ilaç patentini ulusal mevzuatlarında düzenleyebilirken TRIPS ile ilaçlara patent koruması sağlanması uluslararası düzeyde zorunlu olmuştur. DTÖ patentsiz jenerik aşı üreten ülkelerdeki bu üretimi sona erdirerek patent sahibine 20 yıl boyunca patentli ürünün üretimi, dağıtımı, satışında tekel oluşturmaya imkan sağlamış, patent süresi dolmadan patent konusu aşıya eş değer aşı üretimi ve satışı yasaklanmıştır.

TRIPS 66. maddesi, gelişmiş ülkelerin TRIPS'i uygulamaya koyabilmesi için, 1 yıl, gelişmekte olan ülkelerin 5 yıl, az gelişmiş ülkelerin de 11 yıl geçiş süresi bulunduğunu düzenlemiş ve bu süre az gelişmiş ülkeler için 1 Haziran 2013'e kadar uzatılmış, Doha Deklarasyonu sonu-

³⁸ Rathor and Rathor (n 7) 18435, 18442; Collis (n.37) Politico Pro, October 16, 2020; James Bacchus, 'An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines' (2020) 78, 4 Free Trade Bulletin <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 10.12.2021

³⁹ Bilgiç (n 25) 22.12.2021

⁴⁰ Ruth L. Gana 'Prospects for Developing Countries Under the TRIPs Agreement' (1996) 29(4), Vanderbilt Journal of Transnational Law, 756; Sezgin Huysal (n 21) 50

cunda da ilaç patentleri yönünden az gelişmiş ülkelerin geçiş süresi 2016 yılına kadar uzatılmıştır⁴¹.

Öte yandan DTÖ fikri mülkiyet hakkı sahibi ile acil ilaç ihtiyacı sahipleri arasında dengeyi kurmaya çalışmaktadır⁴². Patent sahibinin tekel hakkının sağladığı koruma ile ilaç üretimi sınırlı kalmakta ve bu durum da ilaç fiyatlarını arttırmaktadır. Fikri haklarda tekel hakkına karşı çıkan Almanya, Amerika İngiltere gibi ülkelerin ilaç patent mevzuatlarındaki gelişim ile ilaç sektöründeki gelişim arasında bağ kurarak patent korumasının ülkelerde rekabeti engellediğini ve sektörün gelişmediğini savunmaktadırlar⁴³.

2001 yılında DTÖ üyeleri tarafından kabul edilen ve TRIPS’de düzenlenen zorunlu lisansa ilişkin düzenlemelerin açıklanmasına hizmet eden “*TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Doha Deklarasyonu*” ile ticari hayatı düzenleyen kuralların, kamu sağlığının çıkarlarıyla uyumlu olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁴. İlaçlara erişim güçlüğü çeken ülkelerin bu ilaçlara erişimlerinin önündeki engellerin kaldırılmasını sağlayan 14 Kasım 2001 tarihli Doha Deklarasyonu kamu sağlığı ilkesini önde tutmaktadır⁴⁵. Bu Deklarasyon ile “*Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokol*” ile TRIPS’e eklemeler yapılmıştır⁴⁶.

TRIPS 31. maddesi uyarınca, DTÖ üyelerinin zorunlu lisans tedbirine başvurmadan önce patent sahibi ile müzakere edilmesi, bu tür bir

⁴¹ <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm04_e.htm#pharmsand ags>

⁴² Bacchus (n 38) 4

⁴³ Michele Boldrin and David K. Levine, *Against Intellectual Property* (Cambridge 2008) 2-9

⁴⁴ Carlos MariaCorrea ‘Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and PublicHealth’ World Health Organization (Geneva 2002) 2; Duncan Matthews, WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, A Solution to the Access to Essential Medicines Problem,(2004) 7(1) *Journal of International Economic Law* 74; Gökmen (n 12) 136

⁴⁵ Sezgin Huysal (n 21) 218

⁴⁶ Ayhan (n 15) 84;UNCTAD-ICTSD, 484; Ali Paslı and M. H. Arslan ‘Covid 19 Salgını ve Patent Hukuku: Salgın Nedeniyle Patentli Buluş, Üçüncü Kişilerce Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanılabilir mi?’IPR Gezgini (28 Nisan 2020) <<https://iprgezgini.org/tag/ilacta-zorunlu-lisans/>> Erişim Tarihi 22. 12. 2021; Skalar (n 37) 403

kullanımın izni veren üyenin ağırlıklı olarak kendi iç pazarında ihtiyacı- nı karşılamak amacıyla yapılması ve patent sahibine yeterli bir karşılık ödenmesi gerekir. Böylece, gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans ile üretim yaptıkları ürünü üretim kapasitesine sahip olmayan gelişmekte olan ül- kelere ihraç etmeleri engellenmiştir⁴⁷. Ancak bu düzenleme, jenerik ilaç- ları kendi ülkesinde üretme kapasitesine sahip olmayan ve ilaç ithalatına bağımlı durumda olan üye devletler açısından sorun olmuştur. Bu neden- le, 2001 yılında TRIPS Anlaşması ve Doha Deklarasyonu ile ilaçlarla ilgili olarak yetersiz teknolojik kapasitesi olan üye devletlerin tanınan zorunlu lisans verme imkânından etkin yararlanamadığı anlaşılmıştır.

30. Ağustos 2003 tarihinde Genel Konsey kararı ile zorunlu lisans altında üretilen ilaçların, üretim için teknolojik kapasitesi olmayan ülke- lerin ilaçlara makul fiyatlarla ulaşabilmesine yönelik bir düzenleme ile bu ülkelere ihraç edilmesinin önü açılmıştır. Deklarasyon, TRIPS 31/1 hükmünün zorunlu lisansın iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiği düzenlemesini farmasotik ürünler yönünden değiştir- miş, Doha Deklarasyonu ile bu tür ilaçların bu ülkeler için son derece maliyetli olduğu vurgulamıştır⁴⁸. İthalatçı ülke, Dünya Ticaret Örgütü sekreterliğine lisansa konu ilacın adı ve ilaçtan beklenen özellikleri, üretim kapasitesinin yeterli olmadığını, ülkesindeki patentli ilaca TRIPS 31. maddesi ve Doha Deklarasyonu kararı uyarınca zorunlu lisans veril- diğini bildirir. İthalatçı ülkeye uygun bir bedel ödenir⁴⁹. 6 Aralık 2005'te Anlaşma'nın sonuna eklenen Ek ile bu durum kalıcı hale getirilmiştir⁵⁰. Bu bağlamda kendi teknolojisiyle ilaç üretme kapasitesine sahip olma- yan ülkelere münhasıran ihracat amacıyla zorunlu lisans verilmesine imkân tanınmıştır⁵¹.

⁴⁷ Maria Victoria Stout, 'Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27. 1' (2008) 14 Boston Uni- versity Journal of Science & Technology Law 177, 189

⁴⁸ Bak (n 33) 119

⁴⁹ UNCTAD-ICTSD 490

⁵⁰ WTO General Council Decision of 6 December 2005, Amendment of the TRIPS Agreement, WT/L/641, <https://docs.wto.org/do12fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009_ dex=5&FullTextHash> Erişim Tarihi 10.12.2021

⁵¹ <https://www.wto.org/english/tratop_accept_e.htm> Erişim Tarihi 12.12.2021

23 Ocak 2017’de yürürlüğe giren bu Tadil Protokolü⁵² ile TRIPS Anlaşması’nın 31bis maddesinde “*pharmaceutical product(s)*” (eczacılık ürünü) tanımlanmıştır. TRIPS 31bis eczacılık ürünlerinin, ihracat amacıyla zorunlu lisans verilebilmesini sağlayan düzenleme ile üretim yapamayan ülkelerde ilaca uygun fiyatla erişimi sağlamıştır. Madde uyarınca bir farmasötik ürün ihtiyacı olan ve ürünü üretebilecek üretim kapasitesi bulunmayan ülke, üretici bir ülkeden zorunlu lisans ile ithal edebilir⁵³. Protokol ile Deklarasyon ilk maddesi, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki kamu sağlığı problemlerinin önemi vurgulamış ve örnek olarak salgın hastalıklar sayılarak acil önlem alınması gerektiği belirtilmiştir. DTÖ üyesi devletlerin TRIPS anlaşması ile yapılan düzenlemelerle zorunlu lisansın etkin kullanımında olumsuzluklarla karşılaşmaları göz önüne alınarak Doha Deklarasyonu’nda ele alınarak halk sağlığına ilişkin krizlerde zorunlu lisans sisteminin önemine işaret edilmiş Deklarasyon 6. paragrafında zorunlu lisans sisteminin etkin işlevini sağlanması için TRIPS konseyinin çözüm üretmesi gerektiği öngörülmüştür⁵⁴. Doha Deklarasyonu patent sahiplerinin yüksek ilaç fiyatlandırmasının gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkeleri etkileyen ciddi sağlık sorunlarının bir parçası olarak endişe doğurduğunu kabul etmektedir⁵⁵. Ancak bu Deklarasyon’un gelişmekte olan ülkelerde patent haklarının korunmasına zarar verdiği, yapılan araştırma ve geliştirme yatırımını azaltacağı, en çok gelişmekte olan ülkelerin bundan zarar göreceği eleştirisi getirilmiştir⁵⁶.

Türkiye de 30 Nisan 2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla bu deklarasyona katılmıştır⁵⁷.

⁵² Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması’nı Değiştiren Protokol, Karar Numarası: 5893, Kabul Tarihi: 27.1.2014, RG: 15.3.2014/28942.

⁵³ Ayhan (n 15) 85; Sezgin Huysal (n. 6) 237

⁵⁴ Bacchus (n 38) 3; Skalar (n 37), 403; Ayhan (n 15) 84.

⁵⁵ Correa, Doha Declaration (n 44) 251

⁵⁶ Alan O Sykes, “TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"” (2002) 3 (1) Chicago Journal of International Law 47, 49, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=law_and_economics> Erişim Tarihi 22.12.2021

⁵⁷ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokole Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 6471, Kabul Tarihi, 30. 04. 2013, RG. 22.05.2013/28654

Zorunlu lisans genellikle ilaçlara erişim açısından tavsiye edilen bir yöntem olsa da DTÖ üyesi gelişmekte olan ülkeler, bir aykırılık izni kararını daha tercih etmektedirler.

Gelişmekte olan ülkemiz, Doha Deklarasyonu uyarınca farmasötik ürünleri yalnızca ulusal tehlike ve diğer fevkalade aciliyet hallerinde ithal edeceğini bildirmiştir⁵⁸. TRIPS metnini kabul eden üye ülke olarak Deklarasyon ile getirilen kurallar ile uyumlu hukuki düzenlemeleri Türkiye de yapmak zorundadır⁵⁹.

4. ZORUNLU LİSANS KAVRAMI, AMACI VE ZORUNLU LİSANS VERİLME NEDENLERİ

4.1. Kavram

Bir ilaç veya aşının üretilebilmesi ilaç veya aşının patent sahibinin izni ile mümkündür. Patent sahibi sözleşmesel ilişki ile rızası ile üçüncü kişilere patentten doğan haklarını devredebilir⁶⁰.

Zorunlu lisans, şartları gerçekleştiğinde patent sahibinin rızası olmaksızın bir kamu otoritesinin kararı ile patent üzerinde üçüncü bir kişiye lisans hakkı sağlayan bir sistemdir⁶¹. Diğer fikri mülkiyet korumalarında patentlerdeki gibi zorunlu lisans hakkı bulunmamaktadır⁶².

⁵⁸ <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm02_e.htm#compulsory_licensing> Erişim Tarihi 10.10.2021

⁵⁹ Bak (n 33) 106, 125

⁶⁰ Şehirli F. H, Patent Hakkının Korunması, (Turhan Yayınevi 1998) 125;Ortan (n 9) 14

⁶¹ Hakan Koçak, Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans, (2019) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2; Eduardo Urias and Shyama V Ramani, ‘Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence’ (Journal of International Business Policy 2020) 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf>; İlhami Güneş, ‘Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans’ (2017)19 (1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 50

⁶² “..Somut olayda, FAMPYRA markalı ilacın.. tarafından yurt dışında 6 ayı firmadan satın alarak bu kuruluş tarafından yurda ithal edildiği, yurtdışındaki satıcılar arasında davacı... firmasının da olduğu, yurtdışında bu ilacın sadece TEB'e satışını yapan şirketlerin bu eylemlerinin marka hakkına tecavüz olarak nitelenemeyeceği, bu firmaların ancak ihracatını da yaparak malları kendilerinin....'ye getirmiş olmaları halinde eylemlerinin marka hakkına tecavüz oluşturabileceği gözetilip mahkemece bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, 556 Sayılı KHK'de, 551 Sayılı patentlerin korunması hakkındaki KHK'de olduğu gibi zorunlu lisans benzeri bir mües-

4.2. Amaç

Patent mevzuatlarına bakıldığında patentin teşvik edilmesi amacıyla sağlanan korumanın ülke ekonomisi yahut kamu menfaati göz önüne alınarak kısıtlanabileceği görülmektedir⁶³. Patentlerde zorunlu lisans da bu kısıtlama kapsamındadır⁶⁴.

Toplumlarda salgın halinde güçlü bir aşı ihtiyacının doğması ve aşının yetersiz kalması durumunda devlet zorunlu bir lisans alabilir. Hak sahibinin menfaatleri ve mutlak hakkı korunurken izni alınmaksızın kamunun menfaati gereği, mahkeme veya Rekabet Kurumu, Cumhurbaşkanlığı bu izni verebilir.

Avrupa Patent Ofisi de 2018 yılında pandemiler dolayısıyla doğan ihtiyaca binaen zorunlu lisansların verilmesi ile ilgili üye ülkelerin kanun ve uygulamalarındaki farklılıklara ilişkin bir değerlendirme raporu yayınlamış⁶⁵ ve raporda birçok Avrupa ülkesinin zorunlu lisans verme rejimini kendi iç mevzuatlarına uyumlaştırmalarına rağmen, lisans verme sebeplerinde ülkelerin milli mevzuatları ve idari düzenlemelerinden kaynaklanan farklılıklar bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca raporda, “Patentlerin zorunlu lisanslanmasının Avrupa genelinde sık kullanılmadığını, bazı durumlarda zorunlu lisansların, hükümet veya yetkililerce patent sahiplerinin buluşlarının üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme hakkını geçersiz kılmalarına imkân sağladığı vurgulanmıştır. Raporda Türkiye’ye ilişkin zorunlu lisans verilmesi ile ilgili hukuki düzenleme ve süreç özetlenmektedir⁶⁶.

seste bulunmadığı halde, ilacın kamusal amaca hizmet için ve ticari olmayan amaçlarla yurda ithalinin marka hakkına tecavüz oluşturmadığından bahisle davanın reddi doğru olmamakla birlikte açıklanan gerekçeyle sonucu itibariyle doğru olan kararın onanmasına karar verilmiştir.”. Yargıtay 11. HD. T. 14.05.2018, E. 2016/8533, K. 2018/3543, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi 10.08.2021

⁶³ Güneş, Zorunlu Lisans (n 61) 50; Ayhan (n 15) 77

⁶⁴ Şaziye Yurtsever, Patent Hukukî Korunması ve İlgili Mevzuat, (Adalet Yayınevi 1999) 40

⁶⁵ Raporda lisans başvurusu şartları, dayanak ve gerekçeleri, uygulama, itiraz ve gözden geçirme işlemleri, istatistikler ve içtihatlar incelenmektedir. Rapor ayrıntısı için bkz. <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/8509F913B768D063C1258382004FC677/\\$File/compulsory_licensing_in_europe_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/8509F913B768D063C1258382004FC677/$File/compulsory_licensing_in_europe_en.pdf)>. Erişim Tarihi: 10.12.2021

⁶⁶ <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/8509F913B768D063C1258382004FC677/\\$File/compulsory_licensing_in_europe_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponot.nsf/0/8509F913B768D063C1258382004FC677/$File/compulsory_licensing_in_europe_en.pdf)>. Erişim Tarihi: 10.12.2021

4.3. Zorunlu Lisansın Verilme Nedenleri

Zorunlu lisans ile patent konusu buluşun kullanılmasını engelleyecek nitelikte patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki sebepler bulunmaktadır⁶⁷. Zorunlu lisans verilebilmesi için patentli bir buluşun varlığı, zorunlu lisans verilme nedeni bulunması, zorunlu lisans talep edilmesi ve kamu otoritesi kararı gerekmektedir⁶⁸.

Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin zorunlu lisans sayesinde aşıya ve ilaca erişimi sağlanırken özellikle pandemi dönemlerinde hak sahiplerinin haklarının korunması ve kamu yararı ile aradaki dengenin sağlanması gerekmektedir. Teknolojiyi kendisi üretemeyen ülkeler teknolojiyi üreten ve geliştiren gelişmiş ülkelerdeki buluş patentlerinden patent lisans sözleşmesi yaparak faydalanırlar⁶⁹.

SMK 129 vd. düzenlenen zorunlu lisans ile kamu sağlığı gerekçesi ile eczacılık ürünlerinin ihracatı haricinde genel kural olarak ilaçların yurtiçi pazara arzı için zorunlu lisans verilmektedir⁷⁰. SMK'nun 132. maddesi uyarınca kamu sağlığı veya milli güvenlikle ilgili kamu yararı bulunması durumunda zorunlu lisans verilebilmektedir⁷¹. Kamu yararının varlığı yabancı hukuklarda da zorunlu lisans için gerekli şartlardan birisidir⁷². SMK 129/1 fıkrasına göre SMK 130. maddesinde düzenlenen

⁶⁷ Bently and Sherman (n 12) 526

⁶⁸ Koçak, Zorunlu Lisans (n 61) 2

⁶⁹ Meltem Toker Köse, Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Patentın İktisadi Boyutu ve Türkiye Örneği, (2018) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 85; Şehirali, F. H. (n.60) 44, 45

⁷⁰ Ayhan (n 15) 79; Koçak, Zorunlu Lisans (n 61) 143

⁷¹ Güneş Covid 19 (n 11) 1261; Ayhan (n 15) 78

⁷² Işın, (n 17) 67; 2017 yılında Alman Federal Adalet Mahkemesi bir HIV ilacı için zorunlu lisansa ilişkin karar vermişti. Yeni bir başvuru ise "Praluent" ürününün satışını yapan firma Repatha" adlı bir ilaç için zorunlu lisans talep eder. Patent sahibi patent haklarını ihlal ettiği iddiasıyla dava açarken zorunlu lisans talebinde bulunanlar da Federal Patent Mahkemesinde zorunlu lisans için talepte bulunurlar. Federal Patent Mahkemesinin zorunlu lisans talebini reddeder ve Yüksek Mahkeme kararı onar. Mahkeme, zorunlu lisans talebinde bulunanların, patent için sözleşmeye bağlı lisans vermek için makul bir süre zarfında yeterli çaba göstermediği, çok geç bir tarihte lisans için isteklerini belirttikleri ve çok düşük oranda bir lisans ücreti teklif ettikleri, tarafların ilaçları karşılaştırıldığında dikkate değer ölçüde tedavi yararı sağladığına yönelik bir durum görülmediği, her iki ilacın da aynı etki mekanizmasına dayandığı ve aynı farmakolojik etkiyi sağladığını belirtir. Mahkemenin (11 Temmuz 2017 Kararı - X ZB 2/17) önceki kararında mahkeme, HIV ilacının daha fazla dağıtımına karar vermek zorunda kalmıştır. Her HIV veya AIDS hastasının her zaman tartışılı ilaç-

patent konusu buluşun kullanılmaması bir diğer zorunlu lisans sebebidir. TRIPS 31. maddesi uyarınca “*kamu yararı dışında diğer zorunlu lisans hallerinde lisans alanın sözleşmeye dayalı lisans almak için gerekli çabayı göstermesi gerekmektedir. Patent sahibi veya onun yetkili kıldığı kişi, patentle korunan buluşu kullanmak zorundadır. Kullanım pazar şartları ve patent sahibinin iradesi haricindeki durumlar göz önüne alınarak değerlendirilir*”⁷³. Patentli buluş yeterli üretilmemiş ise bu durumda zorunlu lisansa gidilebilir. SMK 131. maddesinde belirtilen “*patent konularının bağımlılığının söz konusu olması*” da yine zorunlu lisansa konu olabilir⁷⁴. Patent konusu buluşun, önceki patentin haklarını ihlal etmeksizin kullanımı mümkün değilse patent konuları arasında bağımlılık olduğu söylenebilir. Sonraki tarihli patentin sahibi ilk patent konusu buluşu, izinsiz kullanamaz.

SMK 132’ye göre; “*Kamunun sağlığı veya millî güvenlik sebebi ile patent konusu buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edil-*

la tedavi edilmesi gerekirse de, tedavinin güvenliğini ve kalitesini korumak için söz konusu ilaca ihtiyaç duyan hasta grupları bulunduğunu bu gruplar arasında özellikle bebekler, 12 yaşın altındaki çocuklar, gebe kadınlar, enfeksiyon riski nedeniyle profilaktik tedaviye ihtiyaç duyanlar ve tartışmalı ilaçla tedavi gören ve başka bir ilaca geçiş yapıldığında ciddi yan etkiler ve etkileşimler yaşayacak hastaların bulunduğunu bu nedenle, 2017 yılı kararında zorunlu lisans verilmesi için kamu yararının bulunduğu değerlendirilmiştir. <<https://turklegal.com.tr/blog/alman-yargitayindan-zorunlu-lisans-konusunda-dikkat-cekici-karar-2.html>> Erişim Tarihi.08.12.2021

⁷³ Patent başvurusunda, kurum kararının Bültende yayımlanmasından itibaren üç yıllık veya patent başvurusu tarihinden itibaren, dört yıllık sürelerden hangisi daha geç sona eriyorsa o sürenin bitiminden itibaren ilgili herkes zorunlu lisans talebinin yapıldığı tarihte, patent konusu buluşun kullanılmaya başlanmamış olduğu veya kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmadığı ya da kullanımın ülkenin pazar ihtiyacına yeterli olmadığı durumlarda zorunlu lisans verilmesi talep edilebilir. Haklı bir sebep olmaksızın, buluş aralıksız olarak üç yıldan fazla kullanılmamış ise zorunlu patent istenebilir.

⁷⁴ SMK 131. maddesi hükmü, “Patent konuları arasında bağımlılık olması durumunda sonraki tarihli patentin sahibi, patent konusu buluşunu kullanmak için, buluşunun önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şartıyla zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Sonraki tarihli patentin sahibine zorunlu lisans verilmişse, önceki tarihli patentin sahibi de sonraki tarihli patent konusu buluşu kullanmak için kendisine zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Bağımlılığı olan patentlerden birinin hükümsüzlüğü veya patent hakkının sona ermesi hâlinde, zorunlu lisans kararı da ortadan kalkar”. şeklinde düzenlenmiştir.

mesinin büyük önem taşıması veya patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde, Cumhurbaşkanınca; Kamu yararı gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesine, buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse buluşun şartlı olarak zorunlu lisans konusu yapılmasında kamu yararı bulunduğu karar verilir. Patent başvurusu veya patent konusu buluşun kullanımının kamu sağlığı veya millî güvenlik bakımından önemli olması hâlinde, Millî Savunma Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak ilgili bakanlık tarafından teklifte bulunulur”. Zorunlu lisans kamu yararı amacıyla inhisari olarak verilebilir⁷⁵. Millî güvenlik bakımından önemli olduğu gerekçesi ile verilen zorunlu lisans kararı, buluşun bir veya birkaç işletme tarafından kullanılması ile sınırlandırılabilir⁷⁶.

4.4. Zorunlu Lisansın Verilmesi Usulü

SMK 133. maddesi uyarınca zorunlu lisans talep eden mahkemeye belgelerini sunar. Mahkemenin kararında lisansın süresi ve şartları belirtilir. Karara karşı tarafların kanun yollarına başvurusu halinde, patent sahibinin delilleri zorunlu lisansın kullanılmasının durdurulmasına yeterli ise buluşun kullanılması lisansa ilişkin kararın kesinleşmesine kadar ertelenebilir⁷⁷.

Patentin kullanılmama, bağımlılık ve kamu yararı bulunduğu gerekçesi ile mahkemeden zorunlu lisans verilmesi talep edilebilirken; re-

⁷⁵ Patent hakkının kötüye kullanılması halleri; Patentin kullanılmaması veya kullanılmama sebebinin yeterli olmaması, patente ilişkin maddenin ülke ekonomisine zarar verecek şekilde ithal edilerek patentin kullanılmasının önlenmesi, patentli ürünün talebi karşılayacak derecede ve uygun şartlarda bulunmaması, ticaret ve ekonominin zarar görmesine rağmen lisans tekliflerinin reddedilmesi, lisansta yapılan sınırlandırmalar, usul patentinin ürüne zarar verecek şekilde kullanılması veya ürün ile usule zarar verilerek kullanılması olarak sayılmıştır. Dimopoulos Rossie, ‘The Role of International Patent System in the Transfer of Thecnology to Developing Countries with Particular Reference Pharmaceutica’l (1990) (Yayınlanmamış Master Tezi) Kanada University of Ottawa, 93 vd.’dan naklen

⁷⁶ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 209. maddesiyle bu fıkarda yer alan “silgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir. 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Kabul Tarihi. 02.07.2018, RG: 07.07.2018/ 30471, 2. Mük.

⁷⁷ Bak (n 33) 123; Ayhan (n 15) 80

kabeti engelleyici faaliyetler ve başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları nedeniyle acil durumlar haricinde; Rekabet Kurumuna bu talep yapılarak lisans alınır. Lisansın makul ticari şartlar altında talep edilmiş olması ancak makul bir sürede bu talebe olumlu cevap verilmediğini lisans talep eden delilleriyle ispatlamalıdır. SMK 129/2 hükmünce mahkeme, lisans talebinin bir sureti ile eklerini gecikmeksizin patent sahibine tebliğe çıkartarak bunlara karşı delilleriyle birlikte görüşlerini sunması için bir ay süre verir. Görüş sunulursa mahkemece lisans talep edene tebliğ edilir ve mahkemece bir ay içinde talebin reddine veya zorunlu lisansın verilmesine karar verir. Bu süre uzatılamaz. Patentın sahibi itiraz etmediği takdirde, gecikmeksizin zorunlu lisansa karar verilir. Mahkemenin bu kararında lisansın kapsamı, bedeli, süresi, lisans alan tarafından gösterilen teminat, kullanıma başlama zamanı ile patentin ciddi ve etkin kullanımını sağlayan önlemler belirtilir. Karara karşı kanun yollarına başvurulduğunda, patent sahibi tarafından zorunlu lisans uygulamasının durdurulması için sunulan deliller yeterli ise buluşun kullanımı kararın kesinleşmesine kadar ertelenir.

SMK 133. maddesinde genel kural olarak inhisarî olmayan zorunlu lisans düzenlenmiş, bazı şartların varlığı halinde, kamu yararı düşüncesiyle inhisarî olabileceği düzenlenmiştir. Mahkeme patentin ekonomik değerine göre bir bedel belirler. Zorunlu lisanslarda ticari olmayan ve insani amaçlar göz önüne alınarak bu tür kullanımın ithalatçı ülke açısından ekonomik değeri dikkate alınarak bedel belirlenir. SMK 133/2. fıkrası gereği, lisans alan kural olarak alt lisans veremez ve patent konusunu ithal edemez. Ancak verilen zorunlu lisansta lisans alan, kamu yararı gereği açıkça ithale yetkili kılınmışsa patent konusu ithal edilebilir. Bu ithal izni, ihtiyaçla sınırlı olarak ve geçici bir süre için verilir. Ancak kamu yararı düşüncesiyle ithale izin verilebilir. Zorunlu lisans sebebiyle patent sahibi ile lisans alan arasında doğan güven ilişkisinin patent sahibi tarafından ihlal edilmesi halinde ise lisans alan, lisans bedelinden indirim yapılmasını talep etme hakkına sahiptir⁷⁸. Lisans alan veya patent sahibi, lisans şartlarını ciddi şekilde ihlal ettiği veya sürekli olarak yerine getirmediği takdirde mahkeme, patent sahibinin talebi üzerine, patent

⁷⁸ Berkay Ergün, Zorunlu Standart Patent (SEP) Bağlamında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması (2019) İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 13; Savaş Bozbel, Gerekeçli Sınai Mülkiyet Kanunu, <<https://bozbel.files.wordpress.com/2018/05/gerekc3a7eli-sc4b1nai-mc3bclkiyet-kanunu.pdf>> Erişim Tarihi.10.10.2021

sahibinin tazminat hakları saklı kalmak kaydıyla lisansı iptal edebilir. Alınan zorunlu lisansa nazaran ondan daha uygun bir sözleşmesel lisans imkânı veya sonradan ortaya çıkan ve değişikliği haklı kılan olaylar nedeniyle patent sahibi mahkemeden bedel veya lisans şartlarında değişiklik yapılmasını SMK 136. maddesine göre talep edebilir. Lisans alan, lisanstan doğan yükümlülükle lisansın verilmesine neden olan şartların sona ermesi ve tekrarlanma ihtimalinin bulunmaması durumunda da talep üzerine mahkeme zorunlu lisansı iptal eder. Zorunlu lisanslarda da sözleşmeye dayalı lisans hükümlerini düzenleyen SMK 125 ve 126. maddeleri hükümleri uygulanır.

5. COVID 19 PANDEMİSİ VE ZORUNLU LİSANS

Tüm dünyada birkaç yıldır yaşanmakta olan ve önüne halen geçilemeyen Covid 19 pandemisi ile birlikte patent hukukunda zorunlu lisans konusu gündemi meşgul etmektedir.

COVID-19’u DSÖ’ye Çin’in bildirmesi ve 12 Ocak 2020 tarihinde genetik dizilimi DSÖ ile paylaşılması ile 30 Ocak 2020 tarihinde ikinci kez toplanan Acil Durum Komitesi, artık olayın uluslararası önemde halk sağlığı acil durumu ilân edilebilmek için gereken şartları taşıdığına ve geçici önlem tavsiye kararları alınması gerektiğine karar vermiştir⁷⁹.

Dünya Sağlık Örgütü’nün 14.09.2020 tarihli “*Bağışıklamaya İlişkin Stratejik Tavsiye Uzmanlar Grubu Covid 19 Aşılmasının Paylaşılması ve Önceliklendirilmesi İçin Değerler Çerçevesi belgesi*” konuya dair esasları tespit etmiş ve ülkeler arasında aşı paylaşımında küresel rehberlik yaparak ulusal ölçekte ülkelerin aşılama öncelikli gruplarının belirlenmesinde tavsiyelerde bulunmuştur⁸⁰.

Covid 19 aşısının üzerindeki patent hakkının gevşetilmesi konusu Dünya ticaret örgütünün savunduğu şekilde, aşı üreticileri tarafından da reddedilmektedir. Çünkü güçlü ilaç endüstrisi arkasındaki zengin ülkeler

⁷⁹ World Health Organization, <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))> Erişim Tarihi.12.12.2021

⁸⁰ WHO, ‘WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination’ (WHO 13 September 2020) <<https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>> Erişim Tarihi 12.12.2021;Skalar (n 37) 400

patentlerden geçici muaf olmanın üretimi veya aşı tedarikini hızlandırmayacağını düşünmektedir. Başlıca batılı aşı üreticileri arasında olan Moderna, Johnson&Johnson, AstraZeneca ve Pfizer, BioNTech firmaları gibi İngiltere, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri ülkelerinin büyük ilaç firmaları patent feragatine karşı çıkmaktadırlar⁸¹. Bu görüşü savunanlar aşının uzun süreç isteyen öngörülemez ve maliyetli olduğunu, fikri mülkiyet haklarının güçlü korumasının aşı geliştirmeyi teşvik ettiğini, kullandıkları paranın bir kısmının kamu fonları olduğunu, sadece patent haklarını askıya almanın aşılamaı arttırmayacağını savunmaktadırlar⁸².

Ancak Dünya Ticaret Örgütü küresel aşı eşitsizliğini gidermek ve Covid-19 aşısına erişimini artırmak için yeni üretim kapasitesi sağlamak için teknoloji transferini artırma, sözleşmeler ve fiyatlandırma konusunda şeffaf olunması konusunda aşı üreticilerine talepte bulunmaktadır⁸³. Ancak bir karar alınabilmesi için Dünya Ticaret Örgütü üyesi 164 ülkenin tümünün oybirliği gerekmektedir.

2 Ekim 2020 tarihinde, Hindistan ve Güney Afrika Hükümetleri DTÖ nezdinde, TRIPS Konseyi'ne COVID-19'un önlenmesi, sınırlandırılması ve tedavisiyle ilişkili olarak Anlaşmanın bazı hükümlerine aykırılık izni verilmesi için başvuruda bulunmuş ve DSÖ ile DTÖ'nün aldığı kararlara dayanarak küresel acil durum kapsamında, fikri mülkiyet hakları ile gizli bilgilerin korunmasından kaynaklı yükümlülüklerin, aşı da dâhil olmak üzere ilaçlara uygun fiyatlı ve hızlı şekilde erişime engel oluşturmaması için DTÖ üyelerini işbirliğine davet etmişlerdir⁸⁴.

Patent koruması ve aşı stokçuluğu yoksul ülkelerin aleyhine bir durum yaratmaktadır. Bu yılın sonlarına geldiğimiz bu günlerde dünya nüfusunun yarısı halen aşılanamamıştır. Oysa Covid 19 aşısına ilişkin verilerin ulaşılmasına izin verildiğinde eşdeğer aşılar üretilebilecek ve herkesin aşıya kolay ve hızlı ulaşımı sağlanabilecektir. İnaktif aşılarla 3-6 ay sonrasında antikor oranının düştüğü gerçeği karşısında virüsün var-

⁸¹ Collis (n 37) ” Politico Pro, October 16, 2020

⁸² Rathor and Rathor (n 7) 18435

⁸³ <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-57001040>> Erişim Tarihi.10.10.2021

⁸⁴ Waiver From Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment Of Covid-19

Communication from India and South Africa (2 October 2020) IP/C/W/669 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi. 22.12.2021

yanıtlarına karşı yeniden aşılama gerektiği göz önüne alındığında dünyada yoğun aşı ihtiyacının devam edeceği anlaşılmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanabilmesi amacıyla günümüzde Dünyada 100 kadar ülke Covid 19 aşılı ile ilgili fikri mülkiyet haklarının belirli bir süre için kaldırılmasını, patent sahiplerinin patent haklarından vazgeçmeleri, DTÖ'nün TRIPS kurallarının gevşetilmesi, aşılarda seri bir şekilde ve ucuz üretimi için patent sahiplerinin patent bilgilerini paylaşmaları istenilmektedir. Hindistan ve Güney Afrika, fikri mülkiyet hakları ve know-how' un korunması gibi mülkiyet haklarının aşılara ve ilaçlara zamanında erişimi önlediği savunmaktadır⁸⁵. Bu görüşteki ülkeler fikri mülkiyetten feragatin süresiz olması ve yılda bir kez gözden geçirilmesi ve dünyada önüne engel konulmayan teknoloji ve bilgi birikimi paylaşımı istemektedirler.

Bacchus, patent haklarının askıya alınmasını ileri süren devletlerin TRIPS Anlaşması'nın 31bis maddesi altında harekete geçmesi gerektiği, fikri mülkiyet korumasının tümünden kaldırılmasının gelecekteki inovasyon yatırımlarına zarar vereceğini belirtir⁸⁶. Bu görüşe karşı, ise en azından COVID-19 aşılı açısından bu durumun geçerli olmadığını, bu aşılı geliştiren ilaç şirketlerinin çok geniş kapsamda devlet fonlarından yararlandıklarını, patent haklarının korunması sonucu yaptıkları yatırımın karşılığını almaları gibi bir ihtiyaçtan söz edilemeyeceğini, kaldı ki buna izin verilse bile, aşı üretimi yapabileceğini iddia eden ülkelerin aslında bu üretim kapasitesine zaten sahip olmadıkları yönündedir⁸⁷.

Öte yandan ilaç sektöründe bir buluşun gerçekleştirilmesine kadar çok uzun ve zahmetli bir süreç geçirilmekte ve ekonomik olarak da çok büyük harcamalar gerektirmektedir⁸⁸.

Covid 19 aşısının en az iki doz uygulanması gerekmesi ve dünyada %70 oranının üzerinde aşılama yapılması gerektiği göz önüne alındığında 11 milyar doz aşı gerektiği, ancak aşılarda orantısız olarak dağıtılması ve zengin ülkelerin ihtiyaçtan fazla aşı siparişi vermesi sonucu fakir ülkeler aşıya erişemediği görülmektedir. 2009 yılında H1N1 virüsünün neden olduğu grip salgınında da benzer durum gerçekleştirilmiş ve geliş-

⁸⁵ Skalar (n 37)) 396

⁸⁶ Bacchus (n 38) 78

⁸⁷ Rachel Thrasher, 'How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?' (Open Access Government 15 February 2021) <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 22.12.2021

⁸⁸ Rathor and Rathor (n 7) 18435, 18441

tirilen aşı yüksek gelir düzeyine sahip devletlerce kendi sınırları içindeki ilaç şirketlerinden temin edilmiş, önceden yüklü miktarlarda siparişlerle yoksul ülkelere aşının ulaşmasını engellemişlerdir. O dönemde bu devletler, gelir düzeyleri düşük devletlerin nüfuslarına aşı bağışında bulunmayı taahhüt etmişlerse de önce kendi nüfuslarının ihtiyacını gidermeden harekete geçmemişlerdir⁸⁹.

DTÖ Kurucu Anlaşmasının IX. maddesi 3 ve 4. fıkraları, üyelerin, COVID-19 pandemisi gibi istisnai koşullarda TRIPS'in öngördüğü fikri mülkiyet haklarının tanınmasından veya yürürlüğünden imtina edebileceğini, bu konuda Konseyin aykırılığa izin kararı verebileceğini açıkça bildirmektedir. 2015 yılında da Genel Konsey kararıyla az gelişmiş ülkeler lehine olarak TRIPS Anlaşmasının 70/ 8 ve 9. fıkralarında düzenlenen yükümlülöklere aykırılığa 1. Ocak 2033 tarihine kadar, her yıl gözden geçirilmek suretiyle ilaç ve ilaç ürünleri açısından izin verilmiştir. Ancak, Hindistan ve Güney Afrika tarafından teklif edilen aykırılık izni talebi, Avrupa Birliği, ABD, İngiltere, Japonya ve İsviçre gibi gelişmiş devletler tarafından bloke edilmiştir⁹⁰.

Moderna, Ekim 2020'de Covid-19 aşısı üretiminde yararlanılacak patentlerinin numaralarını bildirerek pandemi boyunca patent tecavüzü davası açmayacağını belirtmiştir⁹¹. Ancak pandemi sona erdiği anda bu davaların açılmayacağı garantisi olmadığından aşısı üreticilerinin yatırım yapmakta çekingen davranacakları kesindir. Ayrıca patentler haricinde aşının üretiminde kullandığı verileri ticari sır olarak haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmaya devam etmektedir⁹². Patent hakkından belirli süre vazgeçilse dahi ilaçların veya aşılarda üretiminde veri imtiyazı da üçüncü kişiler için bir engel oluşturmakta ilaç üretiminde çekingen kalmalarına yol açabilmektedir. Verilerin korunmasına ilişkin sürenin uygulanmasında da TC. Sağlık Bakanlığının görüşü paralelinde Yargıtay

⁸⁹ Rebecca Weintraub, Asaf Bitton and Mark L. Rosenberg, 'The danger of vaccine nationalism' (Harvard Business Review 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi.12.12.2021; Skalar (n 37) 399

⁹⁰ Bacchus (n 38) 1

⁹¹ <<https://investors.modernatx.com/news-releases/news-release-details/statement-moderna-intellectual-property-matters-during-covid-19/>>Erişim Tarihi.12.11.2021

⁹² Canan Küçükali 'İlaç Ruhsatlandırılması Aşamasında Veri Koruma Süresinin 6769 Sayılı SMK'nın 85. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi' 18(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 154-156; Correa(n 26) <http://www.who.int/medicines/areas/policy/protection_of_data.pdf>.Erişim Tarihi:12.10.2021

11. Hukuk Dairesi de veri imtiyazının kısaltılmış ruhsat başvurusuna engel olmayacağını, ilacı üretecek şirketlerin patent süresinin bitiminde hemen harekete geçebilmeleri ve zaman kazanabilmeleri için bunun gerektiğini, ancak ruhsatın verilmesini engelleyeceği konusunda görüş oluşturmuştur⁹³.

⁹³ Davacı vekili, müvekkillerinden UCB Pharma A.Ş'nin Epilepsi hastalığının tedavisinde etkili olan Levetirasetam etkin maddesini içeren KEPPRA isimli ilaç için Sağlık Bakanlığından 17.03.2004 tarihli ilaç pazarlama ruhsatı aldığını, bu süreçte mülkiyeti müvekkillerinden UCB S.A.'a ait olan gizli ticari verilerin Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 8. maddesindeki zorunluluk sebebiyle Bakanlığına sunulduğunu, Levetirasetam etkin maddesinin müvekkillerinden UCB S.A. tarafından bulunduğunu ve bu moleküle dair olarak Avrupa Patent Ofisi tarafından verilen ve korumu süresi 14.05.2010 tarihine kadar uzatılmış olan EP (UK) 0162036 numaralı patentin sahibi olduğunu, davalı şirketin müvekkilinin ilacı için kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunduğunu duyduklarını, müvekkilinin izni olmadığı sürece böyle bir yararlanmanın hem mülkiyet hakkını koruyan genel hukuk kurallarına ve hemde TRIPS 39.maddesiyle TTK'nun 56. ve 57. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek, davalının müvekkilinin sahip olduğu KEPPRA isimli ilaca dair veriler üzerindeki haklarına tecavüz veya tecavüz tehlikesi ve ayrıca haksız rekabet tehlikesi teşkil edecek fiillerinin olup olmadığının tesbitine, tesbit edilecek fiillerin TRIPS 39, Paris Konvansiyonu 10. maddeleri gereğince veri haklarına tecavüz ve tecavüz tehlikesi teşkil ettiğinin tesbitine, tecavüzün men'ine ve ref'ine, davalının kısaltılmış ruhsat başvuruları ve köprü başvuruları sebebiyle ruhsat almasının önlenmesine, ruhsat alınır ise iptaline, bu şekilde üretilen ürünlerin toplatılarak imhasına, kararın ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davaya konu hakların davacılarından UCB S.A.'ya ait olması sebebiyle diğer davacının dava açmakta hukuki menfaatinin bulunmadığını, davanın duyumlara göre açılmasının doğru olmadığını, ruhsat başvurusunda bulunma fiilinin hiçbir şekilde patent hakkının ihlali sonucunu doğurmadığını, Sağlık Bakanlığı'nda veriler ve ruhsat dosyasının gizli tutulduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, Levetirasetam etken maddeli jenerik ilaç için Sanovel ilaç şirketinin 31.12.2004 tarihinde ruhsat başvurusu yaptığı, Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 9.maddesinin, veri imtiyazı için orijinal ilacın gümrük birliği alanında ilk kez 01.01.2001 tarihinden sonra ruhsat alınmış olmasını ve Türkiye'de 01.01.2005 tarihine kadar herhangi bir jenerik ilaç ruhsat başvurusunun yapılmamış olmasını şart koştuğunu, davacının ise gümrük birliği alanında 20.09.2000 tarihinde ruhsat aldığı ve davalının jenerik ilaç başvurusunun 01.01.2005 tarihinden önce olduğu gerekçesiyle veri imtiyazına dayanan talebinin reddine, Yönetmelik hükümlerine uygun hareket eden davalının haksız rekabet yapmaması ve kaldığı Yönetmeliğin 9.maddesinin kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunmayı haksız rekabet olmaktan çıkarmış olması sebebiyle haksız rekabetin tesbit ve önlenmesine dair davanın da reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir....davacı adına daha önce ruhsatlandırılmış ilaç test sonuçlarının

Doha Deklarasyonu'nun da atıf yaptığı, TRIPS 7. maddesine göre, fikri mülkiyet haklarının korunması ve uygulanması; Toplumsal ve ekonomik refaha, haklar ve yükümlülükler arasında denge kurulmasına yardım edecek şekilde olması gerektiği, atıf yapılan 8. maddesinde ise DTÖ üyelerinin kanun veya kurallarını düzenleme ya da tadil etme sırasında, kamu sağlığının korunması için hayati önem taşıyan sektörlerde anlaşma hükümlerine uygun olan gerekli önlemleri alabileceği belirtilmektedir⁹⁴. Bu nedenle hayati önem taşıyan ilaç ve aşılarda lisans vermeyi reddeden firmalar hakkında DTÖ üyesi devletlerin kamu sağlığı yararına harekete geçerek fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılmasını engellemeleri mümkündür⁹⁵. Doha Bildirgesi, TRIPS'in, DTÖ üyelerinin kamu sağlığını korumak için önlem almasını engellemediğini ve engellememesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Gelişmiş ülkelerin aşılarla ilişkin aykırılık izni kararını engellemeleri, yeterli aşı üretimini engellemektedir. Pandemi döneminde uluslararası işbirliği yerine DTÖ Anlaşmaları altında aykırılık izni kararını engellemek hatalıdır. Aşı milliyetçiliği yaparak yüksek fiyatlarla aşı satışı, öncelikli satış, ihracatta kısıtlama şeklindeki yöntemleri kullanan ülkeler, yoğun eleştirilere maruz kalmaktadırlar. COVID-19 pandemisi ile topyekün savaşta aşı üretiminin hızlanması ve yaygınlaşması için DTÖ Anlaşmaları'nın tanıdığı imkan olan aykırılık izni kararının da faydalı olabileceği savunulmaktadır⁹⁶. Ancak gelişmiş ülkeler tarafından bloke edileceği düşünüldüğünde bu yolun bir çözüm oluşturmayacağı anlaşılmaktadır.

ve klinik çalışmalarının yer aldığı veri dosyası referans gösterilerek Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 9/a maddesine dayalı olarak davalı tarafça kısaltılmış ruhsat başvurusunun yapılması halinde dahi, ilaç ruhsat başvurusunun kabul veya reddine karar vermekle yetkili makam olan Sağlık Bakanlığı nezdinde yasal düzenlemeden kaynaklanan başvuru hakkının kullanılmasından ibaret eylemin TTK'nun 56 ve devam eden maddeleri uyarınca haksız rekabet tehlikesine yol açan eylem olarak nitelendirilemeyecek bulunmasına göre davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. Yargıtay 11. HD. E. 2007/14802, K. 2009/9797, T. 29.9.2009; Küçükali (n 95) 185

⁹⁴ Skalar (n 37) 409

⁹⁵ Brook Baker, 'South Africa and India's proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures' (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>>. Erişim Tarihi 12.12.2021

⁹⁶ Skalar (n 36) 416

SONUÇ

Hukukumuzda, yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar patent belgesi alınmak suretiyle korunmaktadır. İlaçlar da bu özellikleri haiz iseler ürün patenti, usul patenti ve endikasyon patenti tescili ile koruma altına alınmaktadır. Patent sahibi bu hakkını kendisi kullanabileceği gibi lisans vermek suretiyle de başkasına kullanılabılır. Patent sahibinin izni olmaksızın buluşu üçüncü şahıslarca kullanılamaz. Ancak buluş sahibinin hakkını kötüye kullanmasını önlemek amacıyla getirilen zorunlu lisans uygulaması ile buluş, hak sahibinin rızası hilafına ancak makul bir bedel ödenmesi suretiyle belirli bir süre bir başkası tarafından kullanılmaktadır.

Dünya Ticaret Örgütünün Fikri mülkiyet haklarının ticari niteliklerine ilişkin anlaşma olan TRIPS anlaşma tarafı ülkeler için ilaç ürün ve usulleri için uluslararası patent koruması zorunluluğu getirerek üyelerin mevzuatlarını anlaşmada düzenlenen asgari standartlara uygun düzenlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Doha Deklarasyonu ile de kamu sağlığı ön planda tutularak ilaçlara erişimin kolaylaştırılması amaçlanmış ise de başarılı olamamıştır. Günümüzde Covid 19 pandemisi nedeniyle DTÖ'nün 30 Kasım -3 Aralık tarihleri arasında Cenevre'de yapılmasını planladığı Bakanlar Konferansı, Covid 19'un yeni mutasyonu olan Omicron varyantı nedeniyle ertelemiş, bu durum da da aşılarda, test ve tedavi için TRIPS kurallarından geçici feragat edilmesine yönelik çabaları baltalamıştır.

Dünyada 5 milyonu aşkın ölüme neden olan Covid 19 pandemisi karşısında uygun fiyatlarla ilaca erişimin sağlanmasında fikri mülkiyet hakları engel olmaması gerekir. Ancak DTÖ üyesi ülkelerin de yeni ilaçların üretilmesine ilham veren buluşları teşvik etmenin önünü kapamaları gerekir. Dünya Ticaret Örgütü fikri hakların kullanılması ile ticaretin yapılmasındaki kuralları dengelerken, hayati önem taşıyan ilaç ve aşılarla erişimi teşvikinde de bu dengeyi ve çok taraflı işbirliğini sağlamalıdır. Sorunun giderilmesinde bazı ülkelerin savunduğu fikri mülkiyet hakkının kaldırılması yerine kanaatimizce şirketlerin belirli bir ücret karşılığında zorunlu lisanslarının arttırılması daha uygun olabilir. Buna yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması, aşının birçok ilaç şirketi tarafından üretilmesine izin verilmesi, bu yönde üretim sahası kurulması, aşı üreten, piyasaya süren ve uygulayan tüm bileşenlerin güvence altına alınması gerekir.

Zorunlu lisans uygulaması aşı ihtiyacını tam karşılayamasa da inaktif aşı teknolojisinin çoğu ülke tarafından kullanılması nedeniyle jenerik aşı üretimi taleplerinin de karşılanması mümkün hale gelecektir. Az gelişmiş ülkelere gerekirse bedelsiz veya çok düşük bedel karşılığı zorunlu lisans verilmesi ile aşı üretiminin artırılması gerekir.

Yüksek gelirli ülkeler ve orta gelirli ülkelerin ekonomilerini derinden etkileyen pandemi düşük gelirli ülke ekonomilerini çok daha feci bir şekilde etkilemiştir. Covid 19 aşılarının fiyatı, dağıtımı ve erişiminde fikri mülkiyet ve patent hakları önem arzetsen de konuya ilişkin tartışmaların hukuki olmaktan çok siyasi nitelikte olduğu gözlemlenmektedir.

Patent sahibi açısından zorunlu lisans radikal bir uygulama olarak görünse de kamu yararı açısından bakıldığında, aşı gibi hayat kurtarıcı buluşlar söz konusu olduğunda, bir zorunluluk olabilmektedir.

Gelinen bu noktada halen insanoğlunun pandemiye sonlandırmada yerinde saydığı düşünülürse pandemiye bitirecek ve aşılınmayı hızlandıracak zorunlu lisans dahil her türlü önlemin alınması elzem görünmektedir.

KAYNAKÇA

Ayhan C C, ‘Salgın Hastalıklarda Zorunlu Lisansın Önemi ve Kamu Sağlığına İlişkin Temel Düzenlemeler’ (2020) 6 Başkent üniversitesi hukuk fakültesi dergisi (75-96)

Ayiter N, ‘Milletlerarası İhtira Hukukunun Bugünkü Durumu ve İktisaden Geri Kalmış Ülkelerde İhtira Hukuku Problemleri’ (1968) 25(3) AÜHFD (137-165)

Bacchus J, ‘An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19

Vaccines’ (2020) 78 Free Trade Bulletin <[https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/](https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf)

FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 22.12.2021

Bak B, ‘İlaçta Zorunlu Patent Lisansı’ (2011) 3 Ankara Barosu Dergisi (105-126)

Baker B, ‘South Africa and India’s proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures’ (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>> Erişim Tarihi 22.12.2021

Bently L. and Sherman B, Intellectual Property Law (1st edn, Oxford, 2002)

Bilgiç Ö. ‘Aşıda Patent Tartışmalarına mRNA Tabanlı Aşılar Özelinde Bir Bakış’(IPR Gezgini Haziran 2021) <<https://iprgezgini.org/2021/06/10/asida-patent-tartismalarina-mrna-tabanli-asilar-ozelinde-bir-bakis/>> Erişim Tarihi 13.11.2021

Collis H, “WTO Members Reject IP Rules Waiver for Coronavirus Technologies,” Politico Pro, October 16 2020 <https://www.cato.org/free-trade-bulletin/unnecessary-proposal-wto-waiver-intellectual-property-rights-covid-19-vaccines>Erişim Tarihi:22.12.2021

Correa C M, (1997) The Uruguay Round and Drugs, <http://www.who.int/medicines/areas/policy/protection_of_data.pdf>Erişim Tarihi 20.12.2021

Correa C M, ‘Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and PublicHealth’ (2002) World Health Organization, WHO Document.(Web: <https://www.who.int/medicines/areas/policy/who_EDM_PAR_2002.3.pdf> Erişim Tarihi 20.12.2021

Boldrin M and Levine D K, Against Intellectual Property (Cambridge 2008)

Ergün B, ‘Zorunlu Standart Patent(SEP) Bağlamında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması’ (2019) İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Gana R. L, ‘Prospects for Developing Countries Under the TRIPs Agreement’ (1996) 29 (4), Vanderbilt Journal of Transnational Law

Gemalmaz M. S, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, (2nd edn, 2019)

Gemalmaz M S, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri (1st edn, Legal Yayıncılık) C. I Bölgesel Sistemler

Gökmen B Ö, Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Gerekçesi Özelinde İncelenmesi) Haziran 2020 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Doktora Tezi,

Güneş İ, ‘Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans’ (2017)19(1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (47-56)

Güneş İ, ‘Covid 19 Pandemisi Döneminde Patent Koruması ve Lisanslama’ (2020) 15 (166) Terazi Hukuk Dergisi (1257-1261)

Hirş E, Ticaret Hukuku Dersleri, (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1948)

Işın Ş, Patent Hakları ve Tecavüz Fiilleri (2019) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi

Kaya A, ‘Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar’ (1997) 55(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (173-200)

Kaya İ and Şimşek G. E, ‘Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele’ (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi (983-1007)

Kenaroğlu Y and Suluk C, Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011)

Koçak H, ‘TRIPS Anlaşması’nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı’ (2020) 11(41) TAAD (227-306)

Koçak H, ‘Patent Hukukunda Kullanmama Nedeniyle Zorunlu Lisans’ (2019) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi

Köker A R and Yalçın U G, Uzman Gözüyle Patent ve Faydalı Modelden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar (Adalet Yayınevi 2020)

Köse M. T, ‘Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Patentin İktisadi Boyutu ve Türkiye Örneği’ (2018) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi

Küçükali C, ‘İlaç Ruhsatlandırılması Aşamasında Veri Koruma Süresinin 6769 Sayılı SMK’nın 85. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2019) 18 (1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (153-176)

Matthews D, ‘WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, A Solution to the Access to Essential Medicines Problem’ (2004) 7(1) Journal of International Economic Law

Müftüoğlu O, <<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/osman-muftuoglu/gunesin-de-asinin-da-patenti-olmaz-41806449>>Erişim Tarihi 12.11.2021

Ortan A. N, İşçi Buluşları Hukuku (Dokuz Eylül Yayınları 1987)

Öztürk Ö, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları (Arıkan Yayınevi 2008)

Paslı A, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri (Vedat Kitapçılık 2014)

Paslı A and Arslan M. H., 'Covid 19 Salgını ve Patent Hukuku: Salgın Nedeniyle Patentli Buluş, Üçüncü Kişilerce Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Kullanılabilir mi?' (IPR Gezgini 28 Nisan 2020) <https://iprgezgini.org/tag/ilacta-zorunlu-lisans/> Erişim Tarihi 22.12.2021

Rathor S. B and Rathor S P, 'Right To Health and Covid-19 Vaccines: Decoding Science, Economics and Politics of Vaccine Patents' (2021) 25(4) Annals of the Romanian Society for Cell Biology (18435-18443)

<<https://www.annalsofrscb.ro/index.php/journal/article/view/8238>> Erişim Tarihi 10.12.2021

Rossie D, The Role of Enternational Patent System in the Transfer of Thecnology to Developing Countries with Particular Reference Pharmaceutical (Yayınlanmamış Master Tezi 1990) Kanada University of Ottawa

Şehirali F H, Patent Hakkının Korunması, (1st edn, Turhan Yayınevi 1998)

Topçu D, Patent Lisans Sözleşmeleri (2015) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi

Sezgin Huysal A, İlaç Patenti, (1st edn,Vedat Kitapçılık 2010)

Sezgin Huysal A, İlaç Patenti, Doktora Tezi, (2009) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Anabilim Dalı

Sıkı, N, 'Türkiye'deki İlaç Ar-Ge Merkezlerinin Faaliyetlerinin Patent ve Yenilik Açısından Değerlendirilmesi' (2019) Farmasötik Teknoloji Anabilim Dalı Endüstriyel Eczacılık Programı, Gazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi

Skalar M S, ' COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar', (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin İstanbul Üniversitesi Yayınevi (395-419)

Spilker B, Guide to Drug Development A Comprehensive Review and Assessment, Philadelphia: (1st edn, 2008) Wolters Kluwer Health/Lippincott Williams & Wilkins

Stout M. V, ‘Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27.1’ (2008) 14 Boston University Journal of Science & Technology Law

Sykes A O, ‘TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"’ (2002) 3 (1) Chicago Journal of International Law <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=law_and_economics> Erişim Tarihi.22.12.2021

Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku, (5 th edn, Vedat Kitapçılık 2012)

Thrasher R, ‘How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?’ <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 22.12.2021

Urias E and Ramani S. V, ‘Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence’ (2020) Journal of International Business Policy 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf> Erişim Tarihi 22.12.2021

Weintraub R, Bitton A and Rosenberg M. L, ‘The danger of vaccine nationalism’ (Harvard Business Review 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi 22.04.2021

Yurtsever Ş, Patent Hukuku Korunması ve İlgili Mevzuat, (1st edn, Adalet Yayınevi 1999)

Yusufoğlu F, Patent Verilebilirlik Şartları, (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014)

TKETİCİ HUKUKU BAĞLAMINDA ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN TEMEL İLKELER*

(FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF MEDIATION WITHIN THE CONTEXT OF
CONSUMER LAW)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Aytuğ Ceyhun ÇAKIR**
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ekrem SOLAK***

ÖZ

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bu itibarla, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk uygulanabilir. Çalışmada, öncelikle genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve arabuluculuk hakkında açıklamalarda bulunulmuş, sonrasında yasal dayanaklarıyla birlikte tüketici hukuku bakımından arabuluculuk ele alınmıştır. Arabuluculuk faaliyetine hâkim olan temel ilkelerin, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar bağlamında genel ve özel yansımaları üzerinde durulmuştur. Özellikle, tüketici hukukunda tarafla-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 22.10.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 23.12.2021 tarihinde birinci hakem; 24.12.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aytugcakir@balikesir.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4212-5392.

*** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ekrem.solak@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2694-892X.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, SOLAK, Ekrem, “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 467-494.

rın ihtiyari olarak arabulucuya başvurabilmesinin yanı sıra, dava şartı olarak getirilen zorunlu arabuluculuk kurumu gibi, tüketici hukuku açısından arabuluculuğa ilişkin nitelikli bazı hususlara da bu kapsamda yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Arabuluculuk, Tüketici Hukuku, İlkeler, Özel Hukuk

ABSTRACT

Private law disputes, arising solely from the acts or proceedings which the parties may freely dispose, are suitable for mediation. In this respect, mediation, which is one of the alternative dispute resolution ways, may be applied in disputes arising from the consumer law also. In this study, alternative dispute resolution methods and mediation are explained briefly at first, then, mediation in terms of consumer law is considered with its legal basis. General and specific aspects of fundamental principles of mediation, within the context of disputes arising from the consumer law, are mentioned. Particularly, in addition to voluntary mediation in consumer law, some significant matters about mediation from the point of consumer law, such as mandatory mediation are examined.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Mediation, Consumer Law, Principles, Private Law

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Yargısal veya geleneksel usul uyarınca; bir hukuki uyuşmazlığın taraflarının, bu uyuşmazlığın çözümü için başvuracakları asıl yol, uyuşmazlığı devlet mahkemelerine taşımaktır¹. Ancak mahkemelerdeki iş yoğunluğu ve tarafların uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözüme kavuşturmaları noktasındaki iradeleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Alternatif uyuşmazlık çözü-

¹ İbrahim Özbay, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan 459, 459

mü (*Alternative Dispute Resolution*), tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulmalarını sağlamayı ya da onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri optimal çözüm önerileri üretip sunmayı amaçlar. Bu cümleden olarak alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ), tarafsız ve objektif üçüncü bir kişinin, uyuşmazlığın giderilmesine destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya nazaran, seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle iradilik (gönüllülük) esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür².

Başlıca AUÇ yöntemleri olarak; arabuluculuk, uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması yöntemi, arabuluculuk–tahkim, mini yargılama, yargıç kiralama, müzakere ve kısa jüri duruşması sıralanabilir³.

² Süha Tanrıver, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (2006) Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan 821, 821; Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2020) 27; Gülgün Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler (1st edn, Seçkin Yayınları 2003) 30

³ Özbay (n 1) 464-471. Benzer şekilde, bkz. M. Kamil Yıldırım, ‘İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında’ (2007) Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan 337, 349-350; Süha Tanrıver, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 19(64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151, 160-171; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 31-39. Tahkim, hakem adı verilen kişilerce, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı bir karar verilmesini ifade eder ve bu özelliği ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrılır. Bu sebeple tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemleri arasında değerlendirilmez. Bkz. Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) BATİDER 94, 100 n 30; Özbay (n 1) 473 n 71. AUÇ yöntemlerinin tahkime olan benzerliği, sadece tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne katılımı noktasındadır. Bkz. Özbay (n 1) 473. Bir hakimin yapabileceği yargısal işlemleri, tahkimde hakemlerin yapamadığı gerekçesiyle tahkimin AUÇ yöntemlerinden biri olduğunu savunan aksi yöndeki görüş için, bkz. Gulden Abugalı, Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 47-48 ve n 117’de anılan yazarlar.

B. Genel Olarak Arabuluculuk Kavramı ve Tüketici Hukuku Bakımından Arabuluculuk

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemlerinden biri olarak yaygınlığı itibarıyla ön planda rol oynamaktadır⁴. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁵ (HUAK) 2. maddesinin 1. fıkra b bendi ile 30439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁶ (HUAKEY) 4. maddesinin 1. fıkra c bendinde, arabuluculuğun tanımına yer verilmiştir. Buna göre arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla - ve kamu hizmeti olarak - yürütülen ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır⁷ (HUAK m. 1/f.2, c.1). Dolayısıyla, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk kapsamındadır. Bu itibarla, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar da malvarlığı-

⁴ Yıldırım (n 3) 349; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (n 3) 165; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde (1st edn, Yetkin Yayınları 2012) 21; İlker Koçyiğit and İzzet Yeşilkaya, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 78-79

⁵ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331

⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 02.06.2018/30439. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKEY), RG 02.06.2018/30439 m. 59 hükmü uyarınca, (eski) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, RG 26.01.2013/28540 yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷ Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1/f.2, c.2).

na ilişkin olduğundan, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilir⁸. Öyle ki, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹ (TKHK) m. 68/f.5 hükmüne göre, tüketici hakem heyetine başvurulması gereken hallerin varlığı da tarafların ihtiyari olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve özellikle arabuluculuğa başvurmalarına engel teşkil etmez¹⁰.

Tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda ise 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹ m. 59 hükmüyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Dava şartı niteliğinde olan bu zorunluluğun istisnalarına da yine aynı hükmün içeriğinde yer verilmiştir¹².

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda ve Yönetmelik'te ifadesini bulan arabuluculuk tanımı, aynı zamanda arabuluculuk faaliyetine hâkim olan temel ilkelere işaret etmektedir. Çalışmamızda bu ilkeler, tüketici hukuku çerçevesinde değerlendirilmiş olup, (1) arabuluculuğun yargılamaya alternatif olması, (2) tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı, (3) arabulucunun bağlayıcı karar verememesi, (4) iradilik (gönüllülük), (5) eşitlik, (6) arabulucunun yetkisini taraflardan alması ve son olarak (7) gizlilik şeklinde sıralanmıştır.

⁸ Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' (2014) 1 Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan 75, 79,116; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 51-52

⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835

¹⁰ İbrahim Ermenek, 'Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu' in Şebnem Akipek Öcal and Abdulkerim Yıldırım (eds), Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (1st edn, 2021) 113

¹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020, RG 28.07.2020/31199

¹² Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021) 1194-1195; Ermenek (n 10) 115

II. TÜKETİCİ HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK FAALİYETİNE HAKİM OLAN TEMEL İLKELER

A. Yargılamaya Alternatif Olması

Bir hukuki ilişki sebebiyle taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında, uyuşmazlığın çözümü için akla gelen ilk ve asli yol devlet mahkemelerine başvurmak olsa da, bu yol her zaman mutlak yol değildir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünün mümkün olduğu¹³ hallerden biri olan tüketici uyuşmazlıklarında, tüketici mahkemelerindeki yargılamaya “*alternatif*” olarak, taraflar ihtiyari veya zorunlu bir şekilde arabuluculuk yoluna başvurabilir¹⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68/f.1 hükmü kapsamında tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda ise, tüketici mahkemesi yerine tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur. Ancak, tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu tutulması, tüketici mahkemelerine yönelik bir dava şartıdır. Yoksa, tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuktan değil, tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmalarından söz edilir¹⁵.

Devlet mahkemeleri ile tahkimin; yargılama yapan, tarafların rolü ve etkinliğini azaltan, uyuşmazlık çözümünde söz hakkını yargılama makamına veren yapısı yerine ve buna alternatif olarak arabuluculuk; kontrolün taraflarda olduğu, söz hakkının taraflarda bittiği, yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen bir süreçtir. Bir başka açıdan da, yargılama yapan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini dışlamaması ve bu yöntemlerin yanında uyuşmazlık çözümüne yardımcı olması sebebiyle “*alternatif*” niteliktedir¹⁶.

¹³ Bkz. I, B. HUAK m.1/f.2.

¹⁴ Bu yönde, bkz. Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (3rd edn, Adalet Yayınevi 2016) 57; Ayrıca, bkz. II, D.

¹⁵ Bkz. II, D, 1, b.

¹⁶ Muhammet Özkes, ‘Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi’ (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 40, 42; Alper Bulur, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi’ (2007) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 30, 31-33; Yavuz Kaplan, ‘Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 28(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115, 117; Kekeç (n 14) 57

Alternatif uyuşmazlık çözümü ve özel olarak tüketici hukukunda arabuluculuk, mahkemelerdeki yargılama sistemi ile rekabet halinde değildir¹⁷. Tüketici hukukunda arabuluculuğun amacı, yargıya başvuru yolunu kapatmadan, farklı çözüm arayışlarına gidilebilmesini sağlamaktır. Böylece, diğer uyuşmazlık çözümlerini dışlamayarak onların yanında ve onlara yardımcı olan bir özellik taşır¹⁸.

B. Tarafsız Bir Üçüncü Kişinin Varlığı

Arabuluculuk faaliyeti çerçevesindeki uyuşmazlığın çözümü sürecinde, bağımsız bir ya da birden fazla “*üçüncü kişi*” taraflara yardımcı olmaktadır. Arabulucu olmaksızın, tarafların kendi aralarında yapacağı görüşmeler, başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan müzakere niteliğinde olacaktır. O halde, arabulucunun varlığı, arabuluculuk faaliyetinden söz edebilmenin olmazsa olmaz (conductio sine qua non) koşuludur. Önemle belirtmek gerekir ki, bu üçüncü kişinin uyuşmazlıkla bir ilişkisi olmamalı, taraflardan bağımsız bir özellik taşımalıdır. Bir başka ifadeyle, arabulucu olan üçüncü kişi, tüketici hukukundan doğan bu uyuşmazlığın tarafları dışında kalan bir kişi olmalıdır¹⁹.

Kural, uyuşmazlık konusu ile bir ilgisi olmayan üçüncü kişinin arabulucu olabileceği yönünde olsa da, bazen uyuşmazlıkla ilgisi olmakla birlikte, taraflar arasında anlaşmanın belli bir şekilde yapılmasını dikte etmeyen ama bir anlaşmaya varılmasına çalışan kişilerin de arabulucu olabileceğine pozitif yaklaşılmaktadır. Komisyon alabilmesi için, alıcı ve satıcı arasındaki uyuşmazlığı anlaşma ile sonuçlandırmaya çalışan emlakçının konumu, bu çerçevede örnek olarak gösterilebilir²⁰.

Arabulucunun “*tarafsızlığı*”, arabuluculuk faaliyetinin başarıyla sonuçlanabilmesi bakımından kilit bir öneme sahiptir. Bu kapsamda arabulucu, faaliyet esnasında kullanılacak yöntemi seçerken ve çözüm se-

¹⁷ “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.” Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçesi.

¹⁸ Hakan Pekcanitez, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri’ (2005) 5 Hukuki Perspektifler Dergisi 12, 15; Özkes (n 16) 42; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (n 3) 168; Kekeç (n 14) 59-60

¹⁹ Kekeç (n 14) 60

²⁰ ibid 60 n 225

çenekleri değerlendirilirken uyuşmazlığın her iki tarafına eşit mesafede olmalı, tarafsızlığını gölgeye düşürebilecek menfaatlara sahip olmaktan kaçınılmalı ve taraflardan biri ile diğerinin bilgisi olmadan görüşmemelidir²¹.

Arabulucu, HUAK m. 9/f.1 ve HUAKY m. 11/f.1-2 uyarınca; görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Arabulucunun tarafsızlığı, arabuluculuk faaliyetinin tamamında mevcut olmalıdır. Hatta arabulucu, yalnızca arabuluculuk faaliyeti sırasında değil, faaliyet öncesinde ve sonrasında da tarafsızlığını muhafaza etmelidir. Zira uyuşmazlığın daha sonra dava yolu ile çözümü söz konusu olursa, arabulucu bu durumda taraflardan birinin avukatı olarak görev yapamaz²². Ancak arabulucu, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, daha sonra açılan tahkim yargılamasında, hakemlik yapabilir²³.

Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirme yükümlülüğü çerçevesinde, HUAK m. 9/f.2 ve HUAKY m. 11/f.3 uyarınca; arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı veya bu hâl ve şartların sonradan ortaya çıkması hâlinde arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir²⁴.

Arabulucunun tarafsızlığından kasıt, arabulucunun uyuşmazlığın çözüm sonucu ile ilgili kişisel düşüncesinin ya da arabuluculuk faaliyeti esnasında oluşan ilişkilerinin; görevindeki performansını etkilememesi

²¹ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (4th edn, Yetkin Yayınları 2016) 602,607; Kekeç (n 14) 61-62

²² Kekeç (n 14) 62. HUAK m. 9/f.4 ve HUAKY m. 11/f.5 uyarınca; arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

²³ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 4/f.6. Vakıalara hâkim olması açısından arabulucunun, daha sonra uyuşmazlığın çözümünde hakem olarak görev alması faydalı ve tavsiye edilebilir niteliktedir.

²⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 36 vd. çerçevesinde düzenlenen “hâkimin reddi” gibi, arabulucunun tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı halinde ileri sürülebilecek, “arabulucunun reddi” yönünde bir müessese HUAK ve HUAKY kapsamında düzenlenmemiştir. Zira arabuluculuk faaliyeti aslen iradidir. Taraflar istedikleri her aşamada arabuluculuk faaliyetine son verebilirler.

ve kendi kararlarını vermeleri için taraflara yardımcı olma amacına yansımamasıdır²⁵. Bu bağlamda, arabulucunun tarafsız olmasına karşın, adil olmadığı düşünülen somut bir durumda, bu tarafsızlığını korumasının gerekip gerekmediği sorusu akla gelir. Bu sorunun yanıtı, birinci görüş çerçevesinde, arabulucunun taraflar arasında dengeyi sağlamak ve adil olmak için, bazen tarafsızlığından vazgeçebileceği yönündedir. İkinci görüş ise; insanların farklı değerlere sahip olabileceğinden, olaylara farklı bakabileceğinden ve bir kişinin bir kararı vermesinde pek çok etkenin rol oynayabileceğinden hareketle, taraflar tatmin olduğu ve bir hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, arabulucunun adil gözükme-yen somut duruma müdahale etmemesi gerektiğini savunur²⁶.

C. Arabulucunun Bağlayıcı Karar Verememesi

Arabulucu, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlığın çözümünde son sözü söyleyen ve uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir role sahip değildir. Aksine onun görevi, yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözme konusunda taraflara yardım etmekten ibarettir²⁷.

Arabulucunun, uyuşmazlığın esası hakkında görüşünü açıklaması durumunda, açıklamış olduğu bu görüşleri yalnızca “*tavsiye*” niteliğindedir²⁸. Arabulucu yargılama yapamaz, taraflardan hangisinin haklı hangisinin haksız olduğu yönünde bir karar veremez, o sadece tarafların ortak menfaatleri yönünde uyuşmazlığın ortadan kalkması için gayret gösterir²⁹.

Arabulucunun taraflara karşı davranış ve tutumu, “*davanı bana ispatla!*” biçiminde değil, “*size yardımcı olmama izin verin*” şeklinde olmalıdır³⁰. Hali hazırda devlet mahkemelerindeki yargılama sisteminde hakimlerden ve tahkim yargılamasında hakemlerden, arabulucuyu ayıran temel özellik de budur. Arabulucunun yetkisi, uyuşmazlık içindeki kişi-

²⁵ Kekeç (n 14) 65

²⁶ ibid 66-67, n. 243 ve 244’te anılan yazarlar.

²⁷ Mustafa Özbek, ‘Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk’ (2001) 3 Ankara Barosu Dergisi 113, 123; Pekcanitez (n 18) 16; Özkes (n 16) 42; Kekeç (n 14) 68; Abugalı (n 3) 74

²⁸ Özbay (n 1) 466; Pekcanitez (n 18) 16; Kekeç (n 14) 68

²⁹ Abugalı (n 3) 74; Kekeç (n 14) 69

³⁰ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Nisan 2019) 56

lere yardımcı olmaktan ibarettir. Şayet başarısızlıkla sonuçlanan bir arabuluculuk faaliyetini takiben, arabulucu bağlayıcı bir karar verebiliyorsa, bu takdirde arabuluculuktan değil, bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan “arabuluculuk-tahkimden” söz edilir³¹.

Arabulucunun, tarafları bir anlaşmayı kabul etmeye zorlayamayacağı düşünülürse, arabulucunun aslında hiçbir gücü olmadığı izlenimi doğabilir. Ancak arabulucunun, tıpkı orkestrada bir şef gibi arabuluculuk yöntemi üzerinde geniş bir yetkisi bulunmaktadır. Zira o kurallar koyabilir, tempoyu ayarlayabilir ve müzakerelerle ilgili diğer düzenlemeleri yapabilir. Örneğin; uyuşmazlık konularının hangi sırada tartışılacağı, tarafların birbirlerine tekliflerinin ve diğer mesajlarının ne zaman ve nasıl iletileceği bakımından kayda değer bir etkisi vardır³². Kaldı ki, HUAK m. 15/f.7 hükmüne göre, “*tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir.*” Çözüm için öneride bulunması, arabulucunun tarafsızlığını ihlâl ettiği anlamına gelmez. Yeter ki, bu çözüm önerisini taraflardan birine veya her ikisine dayatmıyor, kabul edilmesini dikte etmiyor olsun³³.

D. İradilik (Gönüllülük)

1. İhtiyari Arabuluculuk Çerçevesinde

a. Genel Olarak

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, genel olarak ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiş, ancak sonrasında yürürlüğe giren bazı düzenlemelerle dava şartı arabuluculuk kurumu da işlerlik kazanmıştır. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetinin aslen ihtiyari ol-

³¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (n 21) 608; Kekeç (n 14) 69. Arabuluculuk ve tahkim olmak üzere iki ayrı yöntemi bünyesinde barındıran bu uyuşmazlık çözüm yolunun amacı, arabuluculuğun başarısız olması halinde devlet mahkemelerindeki yargılamaya başvurmaya gerek kalmaksızın, bağlayıcı bir çözüm aşamasına gelinmesini sağlamaktır. Bkz. Özbay (n 1) 469; İldır (n 2) 100-105

³² Kekeç (n 14) 69-70

³³ Tuğçem Şahin, Yasin Çelik and Ahmet Cemal Ruhi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 81. Aynı yönde, bkz. Pervin Somer, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları’ in Gözde Zeytin Çağrı (ed), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 105

duğu söylenebilir³⁴. Ancak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na, 7155 sayılı Kanun'un³⁵ 23. maddesiyle, “*Dava şartı olarak arabuluculuk*” başlığıyla yeni bir bölüm niteliğinde m. 18/A hükmü eklenmiş ve Kanun'da arabuluculuğun belli uyuşmazlıklar bakımından zorunlu tutulabilmesine uygun bir değişiklik yapılmıştır. Bu çerçevede, 7251 sayılı Kanun m. 59 hükmüyle de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan, kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir.

Anılan hükmün (TKHK m. 73/A) birinci fıkrasına göre, “*tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz - diğer bir deyişle zorunlu arabuluculuk geçerli değildir:*

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar
- d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar” (TKHK m. 73/A/f.1).

b. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68/f.1 hükmü kapsamında tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda, mahkeme yerine tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunludur. Buna göre, “*2022 yılı*³⁶ için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda değeri:

³⁴ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 93; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 56; Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111, 112

³⁵ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG 19.12.2018/30630

³⁶ TKHK m. 68/f.1 hükmünde yer alan parasal sınırlar, Ticaret Bakanlığı'nın ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68inci ve Tüketici Hakem Heyetle-

a) 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, görevlidir³⁷. ”

Söz konusu limitler altında kalan tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu tutulması, tüketici mahkemelerine yönelik bir dava şartı niteliğinde olup³⁸, bu uyuşmazlıklarda tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmaları mümkündür³⁹ (TKHK m. 68/f.5). Böyle bir ihtimalde, HUAK m. 3/f.1, c.1 ve HUAKY m. 5/f.1, c.1 uyarınca; uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşılır. Bir başka anlatımla, uyuşmazlığın tarafları, gerek arabuluculuk yöntemine başvurma, gerekse arabuluculuk faaliyetini devam ettirme açısından tam bir serbestiye

ri Yönetmeliğinin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ'i (RG 16.12.2021/31691), m. 3 hükmüyle 2022 yılı için 01.01.2022 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yeniden belirlenmiştir.

³⁷ Bu maddede (TKHK m. 68/f.1) belirtilen parasal sınırlar her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında on Türk Lirasının kısıru dikkate alınmaz (TKHK m. 68/f.4).

³⁸ Mehmet Akif Tutumlu, '7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (2020) 15(169) Terazi Hukuk Dergisi 1904, 1907; H. Tamer İnal, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku (3rd edn, Seçkin Yayınları 2014) 1214

³⁹ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133-134; Şahin, Çelik and Ruhi (n 33) 28; Ermenek (n 10) 120. Aksi görüşte, bkz. Murat Aydoğdu and Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku (1st edn, Adalet Yayınevi 2021) 522; Çabri (n 12) 1195

sahiptir⁴⁰. İhtiyari arabuluculuğun temel özelliği olarak taraflar, bu sürecin içine zorla dâhil edilemeyecekleri gibi, her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler (HUAKY m. 5/f.1, c.2).

c. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A/f.1, b bendi uyarınca, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, dava şartı olarak arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır. TKHK m. 70/f.3 hükmüne göre de *“taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.”* Burada, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dair verilen tüketici hakem heyeti kararına itiraz niteliğinde dava açılacağı için, kanun koyucu tarafından dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmediği gibi, itiraz mercii olarak tüketici mahkemesi yerine ihtiyari arabuluculuktan da söz edilmeyecektir. Zira tüketici hakem heyeti kararlarına yapılacak itirazlarda arabulucunun görev ve yetkisi yoktur⁴¹.

d. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 73. Maddesinin Altıncı Fıkrasında Belirtilen Davalar

“Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir” (TKHK m. 73/f.6). Sözü edilen davalar, görüleceği üzere bireysel bir yararın değil, kollektif hukuki himayenin gerçekleştirilmesinin aracı olan topluluk davalarının işlerlik kazandığı haller olup, dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamına alınmamıştır⁴². Bu davalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri türden olmayıp, aksine kamu

⁴⁰ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 93; Abugalı (n 3) 65; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 56

⁴¹ Aynı yönde, bkz. Çabri (n 12) 1196

⁴² Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133; Çabri (n 12) 1196; Aydoğdu and Kahveci (n 39) 523; Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 532; Ermenek (n 10) 124

düzeninden sayıldıklarından arabuluculuğa elverişli değildir⁴³ (HUAK m. 1/f.2).

e. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 74. Maddesinde Belirtilen Davalar

Satışa sunulan bir seri malın “*ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması*” için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir (TKHK m. 74/f.1).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 74/f.2 hükmü uyarınca, “*satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır.*”

Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır (TKHK m. 74/f.3). Anılan bu davalar da, topluluk davası niteliğinde olup, bireysel yarar ve bireysel planda bir parasal edime mahkûmiyet söz konusu olmadığından, arabuluculuk kapsamı dışında kalmıştır⁴⁴.

f. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar

Tüketici işlemi niteliğinde ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar da dava şartı olarak arabuluculuktan muaf tutulmuştur (TKHK m. 73/A/f.1, d). Kanun'da, “*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*

⁴³ Tutumlu (n 38) 1908

⁴⁴ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 133; Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 533-534

ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”, tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 3/f.1, 1). TKHK m. 3 hükmünde yer alan “mal” tanımı gereğince, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da Kanun’un tüketiciye tanıdığı koruma kapsamındadır. Öte yandan, taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar ise, dava yolu ile aynı hak değişikliğine sebep olabilecek uyuşmazlıklardır⁴⁵.

O halde, taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın bu işi ticari veya mesleki amaçlarla yapan satıcı veya yüklenici olduğu konut ve tatil amaçlı taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar, örneğin ön ödemeli konut satış sözleşmeleri (TKHK m. 40), devre mülk sözleşmeleri (TKHK m. 50) ile konut finansmanından (TKHK m. 32) kaynaklanan tüketici uyuşmazlıkları, dava şartı (zorunlu) arabuluculuktan muaf tutulmuştur⁴⁶. Ne var ki, böyle bir durumda tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmaları mümkündür. Bu takdirde, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, arabuluculuk sürecini devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, diledikleri aşamada uyuşmazlığı bu yolla çözmekten vazgeçebilirler (HUAKY m. 5/f.1).

2. Dava Şartı Arabuluculuk Çerçevesinde

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/A hükmüyle, aynı maddenin birinci fıkrasında bentler halinde belirtilen istisnalar⁴⁷ hariç olmak üzere, arabuluculuğa elverişli olması kaydıyla⁴⁸, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce, kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk, özel bir dava şartı niteliğindedir⁴⁹.

⁴⁵ Çabri (n 12) 1197

⁴⁶ Tutumlu (n 38) 1908-1909; Ermenek (n 10) 124

⁴⁷ Bkz. II, D, 1.

⁴⁸ Söz gelimi, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi geçici hukuki koruma tedbirleri veya hükmün tashihi, hükmün tavzihi, hükmün tamamlanması ile yargılamanın iadesine yönelik talep ve başvurular arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılmaz. Bkz. Tutumlu (n 38) 1909

⁴⁹ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 24; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 142; Aynı yönde, bkz. Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 339-340

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A/f.2 hükmüne göre davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan doğrudan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, yine dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

Ancak belirtilmelidir ki, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak getirilen söz konusu zorunluluk, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmakla sınırlı olup, arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonuçlandırmayı kapsamaz⁵⁰. Bir başka anlatımla, dava şartı arabuluculukta da iradilik esastır. Yalnızca, arabuluculuk sürecinin başlatılması konusunda tarafların ortak bir iradesi bulunmaz. Dava açılmadan önce, uyuşmazlığın taraflarından birinin tek taraflı başvurusuyla arabuluculuk sürecinin başlatılabilmesine imkân tanınmıştır. Arabuluculuk süreci başladıktan sonra ise taraflar, yine süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttirler⁵¹.

Her ne kadar dava şartı olarak arabulucuya başvurulması, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığı dostane (barışçıl) bir şekilde arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçlıyor olsa da, isteksiz ve gönülsüz olarak, mecburiyetten kaynaklanan bir arabuluculuk faaliyetinden olumlu sonuç alınması ihtimali oldukça düşüktür. Bu sebeple, kanun koyucunun tarafları arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik etmek ile zorlamak arasındaki tercihi eleştiri konusu olabilir⁵². Kaldı ki, tüketici işlemlerinde tüketici, ekonomik açıdan diğer tarafa nazaran daha zayıf bir konumdadır. Etkin bir

⁵⁰ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 128; Aynı yönde, bkz. Somer (n 33) 107

⁵¹ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 4) 94; Abugalı (n 3) 59

⁵² Benzer yönde, bkz. Bulur (n 16) 43

pazarlık gücüne çoğu zaman sahip olmaksızın, yargılama sürecinin uzunluğunu göz önünde bulunduran tüketici, hakkına bir an önce kavuşabilme endişesiyle aslında yargılama neticesinde elde edebileceği tutardan daha azına razı olduğu bir anlaşmayla, iradesi baskı altında tutularak uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sonuçlandırılmasına rıza gösterebilir. Bu durumun, aşırı yararlanma (gabin) iddialarını gündeme getirebileceğinin yanı sıra⁵³, arabuluculuğun özüne de gölge düşürebileceği göz ardı edilmemelidir.

E. Eşitlik

Eşitlik, gerek yargılamalarda gerekse alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ortak olan bir ilkedir. Bunun ötesinde eşitlik, sadece uyuşmazlıkların çözümünde değil, hemen her konuda öncelikle dikkate alınması gereken, ortak ve anayasal bir ilkedir⁵⁴. Dolayısıyla, tüketici hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin olarak da HUAK m. 3/f.2 ve HUAKY m. 5/f.2 hükümleri uyarınca, taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz.

Arabulucunun, tüm arabuluculuk faaliyeti boyunca uyuşmazlığın taraflarına eşit mesafede ve eşit muamelede bulunması gerekir. Arabuluculuk faaliyetine hâkim olan eşitlik ilkesinin ve gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te yer bulan eşitlik ilkesini düzenleyen hükümlerin, Anayasa m. 10'da düzenlenen "*Kanun önünde eşitlik*" başlığını düzenleyen anayasa hükmünün bir yansıması olduğu söylenebilir⁵⁵.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 9/f.3 ve HUAKY m. 11/f.4 hükümleri uyarınca arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Aslında eşitlik, arabuluculuğun

⁵³ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 130; Benzer yönde, tüketicinin, kaynak gücü ve stratejik güç açısından zayıf olan konumuna işaret eden ifadeleri için, bkz. Somer (n 33) 104. Tüketicilerin, üreticiler kadar kolay örgütlene-medikleri, ekonomik ve politik yaşamda üreticiler kadar etkin olamayacakları yönünde, bkz. Alper Uyumaz, 'Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (2012) 20(1) SÜHFD 103, 118

⁵⁴ Bulur (n 16) 44; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 133-134; Abugalı (n 3) 66

⁵⁵ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 57; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi' (2009) Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan 637, 639-640

doğasında bulunan bir ilkedir. Zira kendisini uyuşmazlığın diğer tarafı ile eşit hissetmeyen ya da kanunen böyle işlem görmeyen bir tarafın uzlaşmasından değil, zorunlu olarak bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Taraflardan birini dışlayarak yahut daha az söz hakkı vererek varılan neticede, gerçek bir anlaşmadan, uzlaşmadan söz edilemez. O halde, arabuluculuk faaliyetinden olumlu sonuç alınabilmesi için de tarafların eşitliği, mutlak tesis edilmesi gereken bir durumdur. Öte yandan, yargılamada eşit olan tarafların, iradi (gönüllü) olarak devam ettirdikleri arabuluculuk faaliyetinde eşit olmamaları düşünülemez⁵⁶.

F. Arabulucunun Yetkisini Taraflardan Alması

Tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurması halinde arabulucunun faaliyeti, uyuşmazlığın taraflarının kendisine tanımış olduğu yetkiye dayanır. Her iki tarafa arabulucuya bu yetki tanınmamışsa ya da taraflardan biri daha önce vermiş olduğu yetkiyi, herhangi bir sebeple geri almışsa arabulucunun göreve devam etmesi mümkün değildir⁵⁷.

Öte yandan, dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir tüketici hukuku uyuşmazlığında ise arabulucu, adalet komisyonu başkanlığına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde, tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı bu arabulucu görevlendirilir. Dava şartı olan arabuluculuk kapsamındaki tüketici uyuşmazlıklarında, liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez (HUAK m. 18/A/f.5 ve HUAKY m. 24/f.1). Ancak arabuluculuk bürosu tarafından listeden yapılan görevlendirmede de taraflar, üçüncü kişi olan arabulucunun, uyuşmazlığın içine girerek bir çözüme ulaşılması konusunda yardımcı olmasına izin vermek istemelidirler. Aksi halde, tarafların iradesine bağlı olarak arabulucunun faaliyete devam etmesi ve uyuşmazlığın bu yolla sonuçlandırılması mümkün olmaz.

⁵⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 134; Bulur (n 16) 44; Abugalı (n 3) 66

⁵⁷ Bu yönde, bkz. Kekeç (n 14) 77

G. Gizlilik

1. Gizliliğin Kapsamı

Arabuluculuk yönteminin, uyuşmazlığın taraflarınca tercih edilmesinde çoğu zaman belki de en önemli sebep, arabuluculuğa hâkim olan gizlilik ilkesidir. Gizlilik, uyuşmazlık içindeki tarafların ilişkilerini gelecekte de koparmadan devam ettirebilmelerine imkân tanıyan, tarafların toplumdaki ve ticari hayattaki güvenilirlik ve saygınlıklarının korunmasına hizmet eden bir teminattır. Bir başka açıdan gizlilik, tarafların dürüst, samimi, güvenli ve uyuşmazlığı uzlaşma ile neticelendirmeye yönelik özgür bir tartışma ve müzakere ortamına sahip olmaları bakımından büyük önem taşır⁵⁸.

Gizlilik, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde de geçerli bir ilkedir. Böylelikle taraflar, uyuşmazlık konusunun detayları hakkında tartışırken ticari veya diğer şahsi bilgilerinin gizli kalması konusunda bir güvenceye sahip olurlar⁵⁹. Söz gelimi, tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta satıcı, tartışma ve müzakere ortamı içerisinde, tüketiciye satmış olduğu malın kalitesini savunurken, üretim maliyeti, işçilik, ya da malzeme giderleri gibi aleni olmayan detaylı bilgileri karşı tarafla paylaşabilir ve bu bilgilerin gizli kalmasını talep edebilir. Ayrıca, tarafların arabuluculuk faaliyeti sırasında gösterdikleri duyguları veya birtakım zayıflıkları da daha sonra kendileri aleyhine kullanılmamalıdır⁶⁰.

Devlet mahkemelerinde kural, yargılamanın kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesi, diğer bir ifadeyle aleni olmasıdır⁶¹. Anayasa m. 141/f.1’de bu kural, “*mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır*” şeklinde düzenlenmişken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶² (HMK) m. 28/f.1 aynı ilkeyi, “*duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir*” biçiminde ifade etmiştir. Yargılamanın aleniliği olarak adlandırılan bu

⁵⁸ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi (n 55) 640; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 57

⁵⁹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (1st edn, On İki Levha Yayınları 2013) 54; Muratcan Bayraktar, ‘Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış’ (2015) 89(4) İstanbul Barosu Dergisi 151, 157

⁶⁰ Abugalı (n 3) 67

⁶¹ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 34; Bulur (n 16) 44; Kekeç (n 14) 77

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836

ilkenin amacı, keyfiliğin önüne geçmek, yargılamanın kanuna uygunluğunu denetlemek ve bu yolla kişilerin yargıya olan güvenini sağlamaktır⁶³.

Arabuluculukta ise kural, özellikle taraflardan birinin kötü niyetli olması ihtimaline karşın, mesleki ve ticari sırlar ile özel bilgilerin açıklanmasını, hatta medya yoluyla geniş kitlelere sunulması olasılığını önlemek amacıyla tam tersidir⁶⁴. HUAK m. 4 ile HUAKY m. 6/f.1 ve f.2 uyarınca; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya herhangi bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de aksi kararlaştırılmadıkça bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir⁶⁵ (HUAKY m. 6/f.3).

Gizlilik ilkesi, özellikle arabuluculuk yöntemi ile taraflar arasında bir uzlaşma sağlanamaması ve uyuşmazlığın devlet mahkemelerine taşınması durumunda büyük önem taşır. Zira hiç kimse arabuluculuğa başvurmuş olmasından dolayı, konunun muhtemel bir davada daha kötü olacağını bilerek, bir başka ifadeyle arabuluculuk faaliyeti esnasında diğer tarafın ya da üçüncü kişilerin kendisi hakkında öğrendikleri nedeniyle daha kötü bir konumda bulunacağını farkında olarak, bu yöntemle başvurmak istemez⁶⁶. O halde, arabuluculuk yöntemine başvurulmasının sebeplerinden biri de gizlilik olduğundan, arabuluculuk faaliyetinde kural, müzakerelerin gizli olmasıdır. Fakat madde metninden anlaşılabileceği üzere tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür.

Yanı sıra, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için “*icra edilebilirlik şerhi*” almak isteyen taraflar,

⁶³ Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku 1* (15th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 895-896; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1st edn, Legal Yayınevi 2016) 82; Kekeç (n 14) 77

⁶⁴ Kekeç (n 14) 78; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 135

⁶⁵ Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (n 2) 57-58; Kekeç (n 14) 80; Abugalı (n 3) 68-69

⁶⁶ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II* (n 21) 612-613; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 135; Abugalı (n 3) 67-68

anlaşma içeriğinin yansıtılabilmesi ve varsa bazı tereddütlerin giderilebilmesi adına bazı açıklama ve ifadelere ihtiyaç duyabilirler. Bu sebeple ve yalnızca taraflar arasındaki sözleşmenin icrası için gerekli olduğu ölçüde yapılan açıklamalar, gizlilik ihlâli olarak değerlendirilmeyecektir⁶⁷. Öte yandan, arabuluculuk faaliyeti sırasında bir suç işlendiği öğrenilirse, gizlilik ilkesinin ardına saklanılamaz. Bu durumda, yetkili makamlara suç duyurusunda bulunulması gerekir⁶⁸.

Arbuluculukta gizliliğe ilişkin yaklaşım, yabancı düzenlemelerde de benzer şekilde kendisini gösterir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Arbuluculuk Kanunu'nun 8. bölümünde (Uniform Mediation Act, Section 8), aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ya da bir kanun hükmünce öngörülmedikçe, arabuluculuk faaliyetine gizliliğin hâkim olduğu açıkça belirtilmiştir⁶⁹.

Yönetmelik (HUAKY) m. 6/f.4 uyarınca; *“gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun, hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilinden silinmesine karar verilebilir.”* Kanun'da gizlilik kuralına aykırı davranışın hukuki ve cezai sonuçları olacağından söz edilmiştir. Sözü edilen gizlilik kuralına aykırı davranışın cezai yaptırımı, HUAK m. 33'te *“gizliliğin ihlali”* kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Hükme göre, gizlilik kuralından doğan yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukukla korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. Bu halde, gizliliğin ihlali suçu, CMK. m. 253 uyarınca uzlaşma kapsamındadır⁷⁰. Arbuluculukta gizliliği ihlâl suçunun faili; arabulucu, uyuşmazlığın tarafları ya da arabuluculuk faaliyetine katılan üçüncü kişiler olabilir. Suçun mağduru ise, arabuluculuk faaliyetine katılan ve bu çerçevede kendilerine ait gizli bilgi, belge ve kayıtlar sunan yahut açıklayan gerçek ve tüzel kişilerdir.

⁶⁷ Kekeç (n 14) 86; Abugalı (n 3) 68

⁶⁸ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk (n 2) 60

⁶⁹ Anılan düzenleme için bkz. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tip Kanun Komisyonu İnternet Sitesi <<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=9b244b42-269c-769e-9f89-590ce048d0dd&forceDialog=0>> erişim tarihi 28.11.2021; Ayrıca, bkz. Kekeç (n 14) 79

⁷⁰ Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk (n 2) 58-59; Kekeç (n 14) 83; Abugalı (n 3) 69

2. Beyan veya Belgelerin Kullanılamaması

Arabuluculuk faaliyetinde gizlilik ilkesinin bir yansıması olarak, HUAK m. 5/f.1 ve HUAKY m. 7/f.1 uyarınca; taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, birtakım beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Delil olarak ileri sürülemeyecek bu beyan ve belgeler, HUAK m. 5/f.1 ve HUAKY m. 7/f.1’de bentler halinde sayılmıştır⁷¹. Buna göre;

“(a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, (b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, (c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü, (ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler”, daha sonra yapılacak bir yargılama esnasında delil olarak ileri sürülemez ve bunlar hakkında tanıklık yapılamaz.

Yukarıda bahsi geçen hüküm ile, taraflara arabuluculuk faaliyetine katılmış olmaları nedeniyle, daha sonraki yargılama sürecinde aleyhlerine bir netice doğmayacağı yönünde bir güvence sağlanmış olup, bu suretle tarafların arabuluculuğa başvurma konusundaki tereddütleri büyük ölçüde giderilmiş olmaktadır⁷².

Beyan ve belgelerin daha sonraki muhtemel bir devlet ya da tahkim yargılamasında kullanılamamasından kasıt, tarafların uyuşmazlık nedeniyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılabilecek tüm belgeler değil, sırf arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgelerin yasak kapsamında olduğudur. HUAK m. 5/f.5 ve HUAKY m. 7/f.5 ifadesiyle *“birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.”* Örneğin taraflardan birinin diğerine aralarındaki uyuşmazlığa konu olan borç ilişkisi nedeniyle vermiş olduğu bir senet, sadece arabuluculuk faaliyetinden kaynaklanan bir belge olmaması ve arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce de mevcut bulunması sebebiyle, daha sonraki muhtemel bir yargı-

⁷¹ Kekeç (n 14) 81-82; Abugalı (n 3) 70; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 59

⁷² Kaplan (n 16) 137-138; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 138

lamada delil olarak pekâlâ kullanılabilir. Zira aksi durumun kabulü, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınamaması nedeniyle yargı yoluna başvurulması halinde, herhangi bir delil ileri sürmeyi ve yargılamayı neticelendirmeyi olanaksız hale getirir⁷³.

Sayılan bu belge ve beyanlarla ilgili olarak tarafların, arabulucunun ve sürece katılan üçüncü kişilerin tanıklık yasağı da bu çerçevede ciddi önem arz eder. Bu halde, arabulucunun tanıklıktan çekinmesi gerektiği açıktır. Öte yandan, bu durum arabulucunun da menfaatinedir. Zira böylelikle arabulucular, çözülmesine yardımcı oldukları uyuşmazlıklarla ilgili olarak tanıklık etmeleri için, sürekli mahkeme çağrılarına maruz kalmaktan kurtulmuş olurlar⁷⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAKE) m. 5/f.2 ve HUAKE m. 7/f.2 uyarınca; delil olarak kullanılamayacak beyan ve belgelerin şeklinin de bir önemi yoktur. Bir başka ifadeyle, şekline bakılmaksızın bu beyan ve belgeler yasak kapsamında değerlendirilecektir⁷⁵. HUAKE m. 5/f.3 ve HUAKE m. 7/f.3 uyarınca; *“birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.”*

Sözü edilen beyan ve belgelerin açıklanması, gerek devlet mahkemelerindeki yargılamada hâkim tarafından, gerek tahkim yargılamasında hakem tarafından, gerekse de bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan ve belgeler delil olarak sunulmuş olsa bile, *hükme esas alınmaz*⁷⁶. Ancak yasağın mevcudiyetine rağmen bu beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada delil olarak ileri sürülmesini baştan bertaraf etmek adına, taraflar arasında arabuluculuk faaliyetine başlanmadan önce, müzakerelerin gizliliğini takviye edecek bir gizlilik sözleşmesi

⁷³ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 139,142; Aynı yönde, bkz. Kekeç (n 14) 82; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 60-61; Abugalı (n 3) 70

⁷⁴ Kekeç (n 14) 83

⁷⁵ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 139; Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (n 2) 59; Kekeç (n 14) 82

⁷⁶ HMK m. 188/f.3 hükmünde yer alan, “sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz” ifadesi, benzer doğrultuda örnek olarak gösterilebilir.

yapılabilir. İşte taraflar arasında akdedilecek böyle bir sözleşme usul hukuku anlamında bir *yazılı delil sözleşmesi* niteliğinde olacaktır⁷⁷.

Beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada delil olarak ileri sürülememesi ve tanıklık yasağına yine HUAK m. 5/f.3 ve HUAKY m. 7/f.3'te iki istisna getirilmiştir. Buna göre; (1) beyan ve belgelerin açıklanmasını kanun hükmünün emrettiği, (2) veya arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın uygulanabilirliği ve icrası için gerekli olduğu hallerde, sözü edilen beyan ya da belgelerin açıklanmasına izin verilmiştir⁷⁸.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 5/f.4 ve HUAKY m. 7/f.4'te beyan ve belgelerin daha sonraki bir yargılamada kullanılamaması ve tanıklık yasağının, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, *hukuk davası ve tahkimde* uygulanacağı düzenlenmiştir. O halde ceza davalarında delil ve tanıklık yasağı geçerli olmayıp, uyuşmazlıkla ilgili bir ceza kovuşturmasında ceza mahkemesinin karar vermesi halinde, arabuluculuğun tarafları, arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine katılan üçüncü kişilerin tanıklık yapması gerekir.

III. SONUÇ

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemlerinden biri olup, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar da bu kapsamda, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebileceği, malvarlığına ilişkin, arabuluculuğa elverişli özel hukuk uyuşmazlıklarıdır.

Tüketici hukukunda arabuluculuk, gerek tüketici mahkemeleri, gerekse tüketici hakem heyetleri açısından, yargılama sistemi ile rekabet halinde değildir. Yargılamaya alternatif olmasından kasıt, bu çözüm yollarını dışlamayarak, esasen onların yanında ve onlara yardımcı olan bir nitelik taşımasıdır. Arabulucu, görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlüdür. Öyle ki, yalnızca arabuluculuk faaliyeti sırasında değil, faaliyet öncesinde ve sonrasında da tarafsızlığını muhafaza etmelidir.

⁷⁷ Yazıcı Tıktık (n 59) 166; Taşpolat Tuğsavul (n 4) 137; Abugalı (n 3) 69

⁷⁸ Taşpolat Tuğsavul (n 4) 141; Bu konuda ayrıca bkz. Hakan Muran, 'Arabuluculuk, Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır?' (2011) 85(3) İstanbul Barosu Dergisi 43, 63

Arabulucu, bağlayıcı bir karar vererek, uyuşmazlığı mutlak olarak çözüme kavuşturan bir konumda bulunmaz. Onun görevi, yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan, uyuşmazlığı çözme konusunda taraflara yardımcı olmaktan ibarettir. Bununla birlikte, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu, bir çözüm önerisinde de bulunabilir. Ne var ki, böyle bir çözüm önerisi, taraflara dayatılan, dikte edilen bir düzeye, asla ulaşmamalıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, genel olarak ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 59 hükmüyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a, (TKHK) m. 73 hükmünden sonra gelmek üzere m. 73/A hükmü eklenmiş ve böylelikle tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce kural olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Dava şartı niteliğinde olan bu zorunluluğun istisnalarına da yine aynı hükmün içeriğinde yer verilmiştir. İhtiyari olarak arabulucuya başvurulması halinde, uyuşmazlığın tarafları, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbest olup, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşırlar. Dolayısıyla bu ihtimalde iradilik, arabuluculuk faaliyetine tamamen hakimdir. Tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk çerçevesinde, arabulucuya başvurmanın zorunlu olduğu hallerde ise, iradilik esas itibariyle yine geçerlidir. Zira buradaki zorunluluk, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmakla sınırlı olup, arabuluculuk faaliyetinin sürdürülmesini sağlama ve anlaşmayla sonuçlandırmayı kapsamına almaz.

Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Bu yüzden, taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre kısıtlanamaz. Tüketici hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurması halinde arabulucu, yetkisini doğrudan doğruya taraflardan alır. Dava şartı arabuluculuk kapsamına giren bir tüketici hukuku uyuşmazlığında ise arabulucu, adalet komisyonu başkanlığına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde, tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı bu arabulucu görevlendirilir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya herhangi bir şekilde elde ettiği

bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de aksi kararlaştırılmadıkça bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır. Arabuluculuk faaliyetinde gizliliğin bir yansıması olarak, taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, sırf arabuluculuk dolayısıyla elde edilen beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Böylelikle, tarafların arabuluculuk sürecinin işleyişine güven duymaları sağlanmış ve arabuluculuğun anlaşmayla sonuçlanabilmesine önemli bir zemin hazırlanmıştır.

KAYNAKÇA

Abugalı G, *Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi* (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Akıncı Z, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) 18(4) BATİDER 94-109

Akil C, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı’ (2014) 1 Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan 75-137

Aydoğdu M and Kahveci N, *Tüketici Hukuku* (1st edn, Adalet Yayınevi 2021)

Bayraktar M, ‘Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış’ (2015) 89(4) İstanbul Barosu Dergisi 151-172

Bulur A, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi’ (2007) 65(4) Ankara Barosu Dergisi 30-46

Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021)

Ermenek İ, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu’ in Şebnem Akipek Öcal and Abdülkerim Yıldırım (eds), *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (1st edn, 2021)

Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin Yayınları 2003)

İnal H T, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayınları 2014)

Kaplan Y, ‘Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 28(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 115-146

Kekeç E K, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler (3rd edn, Adalet Yayınevi 2016)

Koçyiğit İ and Yeşilkaya İ, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (1st edn, Legal Yayınevi 2016)

Muran H, ‘Arabuluculuk, Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır?’ (2011) 85(3) İstanbul Barosu Dergisi 43-74

Özbay İ, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri’ (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan 459-475

Özbek M, ‘Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk’ (2001) 3 Ankara Barosu Dergisi 113-140

Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü I-II (4th edn, Yetkin Yayınları 2016)

Özekes M, ‘Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi’ (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 40-46

Özel Ç, Tüketicinin Korunması Hukuku (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

Pekcanıtez H, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri’ (2005) 5 Hukuki Perspektifler Dergisi 12-16

Pekcanıtez H, Özekes M, Akkan M and Taş Korkmaz H, Medeni Usul Hukuku 1 (15th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Somer P, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları’ in Gözde Zeytin Çağrı (ed), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020)

Şahin T, Çelik Y and Ruhi A C, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Tanrıver S, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış’ (2006) Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan 821-842

Tanrıver S, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111-142

Tanrıver S, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 19(64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151-177

Tanrıver S, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2020)

Tanrıver S, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi’ (2009) Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan 637-657

Taşpolat Tuğsavul M, Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde (1st edn, Yetkin Yayınları 2012)

Tutumlu M A, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15(169) Terazi Hukuk Dergisi 1904-1909

Uyumaz A, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012) 20(1) SÜHFD 103-132

Yazıcı Tıktık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (1st edn, On İki Levha Yayınları 2013)

Yıldırım M K, ‘İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında’ (2007) Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan 337-360

#TÜRK TİCARET SİCİLİ İŞLEMLERİNE DAYANAK OLUŞTURAN YABANCI MİRASÇILIK BELGELERİNİN TANINMASI VE TASDİKİ*

(RECOGNITION AND LEGALISATION OF FOREIGN CERTIFICATES OF
SUCCESSION FOR REGISTRATION AT THE TURKISH TRADE REGISTRY
OFFICES)

Dr. Deniz ERGENE¹

ÖZ

Yabancı mirasçılık belgelerine dayanılarak Türk ticaret sicillerinde tescil işlemi yapabilmesi için yabancı mahkemelerden edinilen mirasçılık belgelerinin Türkiye’de mirasçılık belgesi niteliği kazanması gerekir. Mirasçılık belgesi yabancı idarî mercilerden alınmışsa, bu belge, verildiği devletin yetkili makamınca ya da verildiği devlet ülkesindeki Türk konsoloslğunca tasdik edilirse ya da apostille şerhi taşırsa Türk hukukunda da mirasçılık belgesi vasfı taşıyan bir resmî belge olarak kabul edilir. İdarî mercilerden alınmış mirasçılık belgesine, milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla *ipso iure* (tasdik veya şerh gerektirmeksizin) resmiyet tanınmış da olabilir. Mirasçılık belgesi yabancı mahkemeden alın-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 01.10.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 19.10.2021 tarihinde birinci hakem; 16.11.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ İzmir Barosu, Serbest Avukat, e-posta: denizergene@gmail.com. ORCID ID: orcid.org/0000-0002-5516-3259.

Çalışmanın taslak hâlini okuyarak, yapıcı eleştirilerini esirgemeyen, saygıdeğer hukukçu Av. Nur Özcan’a teşekkürü bir borç bilirim.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atf için; ERGENE, Deniz, “Türk Ticaret Sicili İşlemlerine Dayanak Oluşturan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması ve Tasdiki”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 495-530.

mişsa, bu belgenin Türk hukukunda mirasçılık belgesi olarak kabul edilebilmesi için tanınması gerekir. Yabancı çekişmesiz yargıda verilen mirasçılık belgelerinin sadece şeklen kesinleşmesinin, maddî kesin hüküm kesbetmemesinin tanımaya engel olduğu görüşünde olan yazarlar ve Yargıtay kararları bulunmasına rağmen, doktrindeki ve içtihadındaki ağırlıklı görüşe göre, mirasçılık belgesinin verildiği devlet hukukunda çekişmeli ya da çekişmesiz yargıda edinilmiş olması tanınma kabiliyetine etki etmez. Bu usûllerle tanınan veya tasdik edilen yabancı mirasçılık belgeleri mirasçılığa karine teşkil eder ve ticaret sicillerinde tescile dayanak oluşturabilir.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Sicili, Tescil, Yabancı Mirasçılık Belgesi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, Tanıma, Çekişmesiz Yargı, Maddî Kesin Hüküm, Şeklî Kesin Hüküm, Tasdik, Apostille

ABSTRACT

Turkish trade registry offices register succession of shares if provided with certificates of succession having the effect of presumption of correctness. However, foreign certificates of succession do not have such an effect in Turkish law, unless they are legalized or recognized. Foreign certificates should –in principle- be legalized if issued by a foreign administrative authority. Legalization requires the approval of the authentication authority of the state of issue or of the Turkish consulate in the country of issue. According to some international treaties, foreign public documents are exempt from legalisation requirement. Depending on the wording of the treaty, the foreign certificate may have the effect of presumption of correctness ipso iure, or by bearing only an Apostille. Certificates of succession should be recognized if issued by a foreign court. There are some cassation court cases and some authors who deny the possibility of recognition of foreign certificates of succession, if given in non-contentious court proceedings. In support of their position, they put forth the lack of res iudicata effect of such certificates. Yet according to the majority of the legal literature –and according to the author of this article- foreign certificates of succession may be recognized by Turkish courts, if they are definitive in the country of issue.

Keywords: Trade Registry, Registration, Foreign Certificate of Succession, Recognition of Foreign Judgments, Recognition, Non-Contentious Court Proceedings, Res Iudicata, Definitive Judgments, Legalization, Apostille

GİRİŞ

Türk hukukunda, mirasçılardan tereke üzerinde hak sahibi olmaları için mirasçılık belgesine ihtiyaçları yoktur. Zira Türk hukukunda miras ölüm anında, *ipso iure* mirasçılara intikâl eder. Ancak mirasçılardan hâlihazırda maliki oldukları tereke üzerinde tasarruf işlemleri yapabilmeleri mirasçılık sıfatlarını ispat etmelerine bağlıdır. Mirasçılar, mirasçılık sıfatlarını mirasçılık belgesi² ile ispat ederler.³ Nitekim bu sebeple ticaret sicili, mirasçı sıfatı ile başvuran ilgilinin talebi üzerine tescil işlemi yapmadan önce, ilgilinin mirasçı olduğunu ispat eden bir mirasçılık belgesini sunmasını talep etmekte haklıdır. Mesele, sunulan mirasçılık belgesinin yabancı bir belge niteliğinde olması hâlinde ortaya çıkar.⁴

Mirasçılık sıfatına dayanılarak tescil işlemlerinin yapılması için sicle Türk mahkemelerinden ya da Türk noterlerinden edinilmiş bir mi-

² Mirasçılardan mirasçı sıfatlarını ve miras alacaklılarının alacaklı sıfatını ispata yarayan belgenin “mirasçılık belgesi” ifadesi ile olduğu kadar, uygulamada ve doktrinde, “veraset senedi”, “veraset belgesi” ve “veraset ilâmı” ifadeleri ile de anıldığı görülür. Türk Medenî Kanunu’nda “mirasçılık belgesi” ifadesi tercih edilmiş olduğu için, biz de bu çalışmada yalnızca “mirasçılık belgesi” terimini kullanmayı tercih ettik.

³ Mirasçılık belgelerinin hukukî nitelik ve sonuçlarının tamamı bu eserin hem konu hem de hacim bakımından sınırlarını aşar. Bu sebeple çalışmamızda mirasçılık belgelerinin hukukî nitelik ve sonuçlarına, yalnızca yabancı mirasçılık belgelerinin Türkiye’de hukukî sonuç doğurmasını ilgilendirdiği kadarı ile değiniyoruz. Mirasçılık belgeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zekerîya Kurşat, Terekenin Korunması Önlemleri (Filiz Kitabevi 2010), 251 vd.; Ahmet Cahit İyilikli, ‘Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü’ (2017) 9 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 281; Mustafa Dural and Turgut Öz, Türk Özel Hukuku: Miras hukuku, Cilt IV (12th edn, Filiz Kitabevi 2017) 400 vd.; Rona Serozan and Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 489 vd.

⁴ Bu çalışmada, çalışmanın yayımlandığı derginin hususiyetini göz önünde bulundurarak, özellikle ticaret sicillerinin yabancı mirasçılık belgelerine dayanan işlemleri üzerinde durduk. Ancak makalemizde yer alan bilgi ve görüşlerden, tapu sicillerindeki işlemler hariç, yabancı mirasçılık belgelerine dayanan diğer tasarruf işlemleri –örneğin banka işlemleri- için de istifade edilebilir.

rasçılık belgesi sunulduğunda, bu belgeler Türk hukukunda mirasçılığa karine teşkil ettiğinden, sicil memuru ilgili mirasçılık belgelerine dayanarak işlem yapmak hususunda tereddüt etmez. Buna mukabil sunulan mirasçılık belgesi yabancı ülke mercilerinden edinilmiş (i.e. yabancı bir mirasçılık belgesi) ise, söz konusu belge Türkiye’de mahkeme kararı ya da resmî belge niteliği taşımadığından, sicil -kural olarak- salt bu yabancı belgeye dayanarak işlem yapamaz. Zira bir devlet mahkemesinde verilen kararlar ve bir devlet merciince düzenlenen resmî belgeler –kural olarak- yalnızca bu devlet ülkesinde hukukî etki doğurur. Bu belgelerin Türkiye’de de hukukî bir etki doğurması için ve dolayısıyla Türk sicillerinin yabancı resmî belgelere dayanarak işlem yapabilmesi için **yabancı mahkemelerden edinilen kararların Türkiye’de de mahkeme kararı niteliği kazanması, yani tanınması (I)** veya **yabancı idarî mercilerden edinilen bu belgelerin Türkiye’de de resmî belge niteliği kazanmasını** temin edecek merasimlere başvurulması, yani –kural olarak- **tasdiki (II)** icap eder.

I. Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Tanınması

Yabancı mahkemelerden alınan kararlar -kural olarak⁵- Türkiye’de *ipso iure* bir etki doğurmaz.⁶ Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de hukukî bir etki doğurabilmesi için, Türk mahkemelerince –tabiri caizse- “millîleştirilmesi” gerekir. Yabancı mahkeme kararı, icra organlarının bir işlemini gerektiriyorsa *tenfiz* yoluyla; icra organlarının dahli olmak-

⁵ İstisnai olarak, kimi milletlerarası anlaşmalarda “doğrudan tanıma” ya da “doğrudan tenfiz” öngören hükümler bulunabilir. Bu hâllerde âkit devlet mahkemelerinin kararları, diğer âkit devletlerde ipso iure hukukî etki doğurur. Bknz. Ebru Şensöz, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü’ (2012) 2 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 390 vd.; Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Beta Basım 2013) 2

⁶ Ata Sakmar, Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları (Fakülteler Matbaası 1982) 1; Şeref Ertaş, ‘Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi’ (1988) 1-4 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı 365, 369; Ekşi (n 5) 1; Ergin Nomer, Devletler Hususî Hukuku (22nd edn, Beta Basım 2017) 504; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk (17th edn, Beta Basım 2021) 711; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk (9th edn, Beta Basım 2021) 620

sızın, salt idarî bir işlemin yapılmasını gerektiriyorsa *tanıma* yoluyla “millîleştirilir”.⁷

Yabancı bir mahkemeden edinilen mirasçılık belgesine dayanarak Türk ticaret sicillerinde talep edilen tescil işlemi de –bir nevi- idarî işlem niteliğinde olduğu için, talep eden ilgilinin –öncelikle- söz konusu yabancı mahkeme kararını Türk mahkemelerinde *tanıtması* icap eder⁸. Ne var ki içtihat ve doktrinde yabancı mahkemelerden alınan mirasçılık belgelerinin tanınmasının hukuken mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. İçtihat ve doktrinde, mirasçılık belgelerinin tanınması aleyhinde ifade edilen tereddütler, ağırlıklı olarak Türk hukukundaki mirasçılık belgelerinin çekişmesiz yargı yolunda alınmasından ve dolayısıyla maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesinden kaynaklanır.⁹ Bu sebeple çekişmesiz yargı işleri sonucunda alınan yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması meselesi (I.a) ile çekişmeli yargıda alınan yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması meselesini (I.b.) ayırarak inceleme gereği duyduk.

a. Çekişmesiz Yargı Sonucunda Alınan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması

Türk hukukunda mahkemelerin mirasçılık belgesi düzenlemesi - kural olarak¹⁰- çekişmesiz yargı işidir. Mirasçılık belgesi düzenlemekle

⁷ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, Resmi Gazete (RG.) 12.12.2007/26728, m. 58 (3) “Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul [i.e. tanıma usulü] uygulanır.” [Vurgu eklenmiştir.] Sakmar (n 6) 149; Ekşi (n 5) 4. Nomer (n 6) 508; Çelikel and Erdem (n 6) 713; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 623-625

⁸ Ertaş (n 6) 378; Nuray Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku (Beta Basım 2013) 92; Belirtmek gerekir ki ticaret sicillerindeki tescil işlemlerinin “bir nevi idarî” ifadesiyle nitelendirdiğimiz vasfına, ticaret sicillerinin Türk idare teşkilâtındaki konumundan bağımsız olarak işaret ediyoruz. O kadar ki doktrinde Şanlı bırakınız ticaret sicilindeki tescil işlemlerini, mirasçıların bankalardaki işlemlerini dahi –tanıma ve tenfiz davaları arasında bir seçim yapma bakımından- “idarî” işlemler arasında saymıştır. bkz. Cemal Şanlı, ‘Yabancı Veraset İlâmlarının Türk Mahkemelerinde ‘Tanınması’ veya ‘Delil’ Olarak Kullanılması’ İlhan Postacıoğlu’na Armağan (Bayrak Matbaacılık 1990) 295

⁹ Ertaş (n 6) 384; Ergin Nomer, ‘Yabancı Veraset İlâmlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları’ (1991) 65 İstanbul Barosu Dergisi 792, 793; Şanlı (n 8) 296 vd.; Ekşi (n 5) 567 vd.

¹⁰ Çekişmeli yargıda görülen mirasçılık haklarına ilişkin davalarda da mirasçılık sıfatına dair hüküm verilebilir. Bu hâli bir sonraki alt başlıkta inceliyoruz.

görevli sulh hukuk mahkemesi, ilgilinin talebi üzerine yargılama değil, bir nevi adlî belgelendirme faaliyeti yapar.¹¹ Mahkeme, bu belgelendirme faaliyeti kapsamında, ölüm anında maddî hukuk bakımından *ipso iure* doğmuş ve kazanılmış olan¹² mirasa ilişkin hakları yalnızca açıklar.¹³ Diğer bir ifadeyle, sulh hukuk mahkemesinin mirasçılık belgesini düzenlemesi, inşâî değil, açıklayıcı bir karar niteliğindedir.¹⁴ Belgede miras hakkının bulunduğu tespit edilenler, üçüncü kişiler ve idare nezdinde –özellikle de tasarruf işlemlerinde bulunmak amacıyla- mirasçılık sıfatlarını ispat etmiş sayılırlar.¹⁵ Yani belgede gösterilen miras hakları lehine bir karine meydana getirilmiş olur¹⁶ ve her karine gibi, bu karinenin de aksinin ispatı mümkündür. Nitekim mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği kanunda da sarahaten öngörülmüştür.¹⁷ Buna göre sulh hukuk mahkemesinden alınan mirasçılık belgesi şeklen kesinleşse bile, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Öyle ki mirasçılık belgesinin şeklen kesinleşmesinden sonra dahi, maddî hukuk gerçeğini yansıtmadığı ileri sürülerek iptal davasına konu edilmesi mümkündür.¹⁸ Hülâsâ, Türk mahkemelerinden dahi alınsa mirasçılık belgesi maddî kesin hüküm doğurmaz.¹⁹

¹¹ Nuri Erişgin, ‘Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi’ (2003) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 126, 127; Kurşat (n 3) 275, 276

¹² Dural and Öz (n 3) 403; Serozan and Engin (n 3) 497 vd.

¹³ İyilikli (n 3) 284; Kurşat, (n 3) 254, 255

¹⁴ Erişgin (n 11) 127; Kurşat (n 3) 254, 256; Serozan and Engin (n 3) 491

¹⁵ Erişgin (n 11) 128; Kurşat (n 3) 310

¹⁶ Şanlı (n 8) 291; Kurşat (n 3) 255; Serozan and Engin (n 3) 491

¹⁷ Bknz. Türk Medenî Kanunu (TMK), Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607, m. 598 (3) “Mirasçılık belgesinin geçersizliği her zaman ileri sürülebilir.”

¹⁸ Nüfus kayıtlarındaki düzensizlik, tahrifat ya da sair bir sebeple mahkemece düzenlenen mirasçılık belgesinin, maddî hukuktaki gerçeği yansıtmadığı bir iptal davası ile her zaman ileri sürülebilir. Kurşat (n 3) 314. Dural and Öz (n 3) 400; 401; Serozan and Engin (n 3) 491. Bu hâlde görülecek mirasçılık belgesinin iptali davası çekişmeli yargıya konu edilir ve bu sebeple söz konusu karar sonucunda verilen hüküm maddî kesin hüküm teşkil eder. Bknz. Kurşat (n 3) 316-318

¹⁹ Ahmet Cemal Ruhi, ‘Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Ülke Mahkemelerinden Verilen Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Tanınması’ (2006) 3 Yargıtay Dergisi 271; Kurşat (n 3) 313. Bu husus Yargıtay kararlarında da tespit edilmiştir. Bknz. “Aksi sabit

Türk mirasçılık belgelerinin dahi maddî kesin hüküm teşkil etmiyor olması, çekişmesiz yargıda alınan ve benzer şekilde kesin hüküm teşkil etmeyeceği var sayılan yabancı mirasçılık belgelerine dayanılarak tasarruf işlemi yapılmasına ve dolayısıyla yabancı mahkemelerden alınan mirasçılık belgelerinin tanınmasına tereddütle yaklaşılmasına sebebiyet vermiştir.²⁰ Zira sadece Türk hukukunda değil karşılaştırmalı hu-

oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmek suretiyle verilen mirasçılık belgesi klasik anlamda bir ilam da değildir. İlam kavramı, yalnız çekişmeli yargıya ait bir terim olup, çekişmesiz yargıya yabancıdır. Her zaman aksi, iddia ve ispat edilebilir. Yapılan işlemi tam bir dava olarak nitelemek de yerinde olmaz. Nizasız kaza yoluyla alınan kararlar, hiçbir zaman maddi anlamda kesin karar niteliğini taşımaz.” [Vurgu eklenmiştir.] Yargıtay 12 HD, 4320/12324, 09.06.2009 bknz. <www.kazanci.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Filhakika, bir ilgilinin talebi ile düzenlenen mirasçılık belgesi maddî kesin hüküm doğuruyor olsa idi (bir sebeple maddî hukuka uygun olmayacak şekilde düzenmiş olan) mirasçılık belgesi, ölüm anında ipso iure kazanılmış olan kimi hakların kaybına sebebiyet verebilirdi. Aynı istikamette bknz. Erişgin (n 11) 126, 127

²⁰ Bu kaygıyı açıkça ifade eden bir Yargıtay kararı için bknz. “Türk hukukunda mirasçılık belgesi, aksi isbat oluncaya kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenilebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış veraset kararına Türk hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güç de yükletilemez. Aksi her zaman isbat edilebileceğine göre tanınması ya da tenfizî yoluna da gidilemez.” Yargıtay 2 HD, 4387/11476, 19.07.2006 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Görüldüğü gibi Yargıtay, tanıma yolu ile bir yabancı mahkeme kararına mutlaka maddî kesin hüküm etkisi tanınacağı varsayımından hareket etmiş ve verildiği devlet hukukunda maddî kesin hüküm kuvvetini haiz olmayan bir karara Türk hukukunda maddî kesin hüküm kuvveti vermeyi kabul etmemiştir. Halbuki aşağıda açıklayacağımız üzere ve sonraki tarihli Yargıtay kararlarında isabetle hükme bağlandığı üzere, çekişmesiz yargıda alınmış yabancı mirasçılık belgelerine, tanıma yoluyla çekişmesiz yargıda alınmış Türk mirasçılık belgelerinden daha fazla kuvvet tanınmayacaktır. Diğer bir ifadeyle çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık belgesi, tanınmayla maddî kesin hüküm değil, sadece karine teşkil edecektir.

Türk hukukunda yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması koşulları açıkça ve ayrıca düzenlenmiş olsa böyle bir tereddüt yaşanmazdı. Karşılaştırmalı hukukta, yabancı çekişmesiz yargıda verilen mirasçılık belgelerinin tanınması usûlünün, yabancı çekişmeli yargıda verilenlerin tanınması usûlünden ayrı düzenlendiği yönünde bknz. Andrea Bonomi, ‘Successions Internationales: Conflits de Loi et de Juridictions’ (2011) 350 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye 403. Ancak belirtmek gerekir ki ayrı düzenleme usûlüne gidildiğinde dahi tanıma koşulları neredeyse aynı kalmıştır.

kukta da çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesinleşmez.²¹ Bu nitelikleri taşıyan, i.e. maddî hukuk gerçeğini yansıtmıyor olma ihtimâli bulunan, sonradan iptal edilmesi mümkün olan bir yabancı mirasçılık belgesine dayanılarak Türkiye’de tasarruf işlemi yapıp yapılamayacağı (ilk bakışta haklı bir) tereddüt doğurmuş ve bu kapsamda yabancı mahkeme kararlarının tanınması usûlünün “kesinleşme” koşulu üzerinde durulmuştur.

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması MÖHUK m. 58 hükmü gereğince (karşılıklılık şartı hariç) tenfiz koşullarına bağlanmıştır. Kanunda yer alan bu atıf sebebiyle, tanımaya da uygulanan MÖHUK m. 50 uyarınca, tanımanın ön şartlarından biri yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olmasıdır²². Mevzuatımızdaki bu düzenleme, kesinleşme koşulunu öngörmek suretiyle -tabir-i caizse- Türkiye’de “millîleştirilerek piyasaya” sokulacak olan yabancı mahkeme kararının hukuk güvenliğine hâlel getirmediğinden emin olmayı amaçlar. Bu şart vasıtasıyla sonradan kaldırılabilir veya bozulabilecek bir karara Türkiye’de hukukî sonuç bağlanmasından imtinâ edilmiştir.²³ Filhakika kesinleşmemiş bir yabancı mahkeme kararının, tanıma yoluyla Türkiye’de maddî kesin hüküm etkisi doğurmasına vesile olunacak olsa ve söz konusu yabancı mahkeme kararı, verildiği ülkede sonradan kaldırılacak ya da bozulacak olsa, verildiği devlet kanunlarına göre hüküm ve sonuç doğurmayan bir karara Türkiye’de hukukî sonuç bağlanmış olur. Bu durumun hukuk güvenliğini tehdit edeceğinde şüphe yoktur.

Yabancı mahkemelerden alınan mirasçılık belgelerinin Türkiye’de de hukukî sonuç doğurması için tanınması karşısındaki en kuvvetli tereddüt, işte bu hukuk güvenliği tehdidine dayanır. Doktrinde ve içtihadta (azınlıkta kalmakla birlikte) taraftar bulan bir görüş, bu tehlide cevaben,

²¹ O kadar ki, çekişmesiz yargı kararlarının bazılarına hâkim olan (maddî kesin hükme benzeyen) inşâî etki ve ne bis in idem etkisi dahi, çekişmesiz yargı kararının maddî kesin hüküm teşkil ettiği sonucuna varılmasına yeterli değildir. Bknz. Baki Kuru, Nizasız Kaza (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 180, 187

²² Çelikel and Erdem (n 6) 720, 721; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 634, dn 391. Ayrıca belirtmek gerekir ki kanunda tanıma ve tenfize dair, sarîh bir ön şart ve aslî şart ayrımı yoktur. Bu ayrım, kanunun analiz edilmesi üzerine doktrinde benimsenmiştir. Bu ayrımı benimseyen eserler için bknz. Sakmar (n 6) 54; Şanlı (n 8) 296; Ekşi (n 5) 109 vd.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 628,629

²³ Şanlı (n 8) 296

yabancı bir mahkeme kararının tanınabilmesi için yalnızca şekli değil, maddî anlamda da kesin hüküm teşkil etmesi gerektiğini savunur. Çekişmesiz yargıda edinilen yabancı mirasçılık belgeleri şeklen kesinleşse dahi, maddî kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu görüşe göre “kesinleşme” ön şartını yerine getirmez ve bu sebeple tanın(a)maz.²⁴ Doktrinde ve içtihadta ağırlıklı kabul edilen ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre ise, MÖHUK m. 50’de ifade bulan “kesinleşme” teriminin daraltıcı biçimde yorumlanmasına gerek yoktur, yabancı mahkeme kararlarının tanınması için kararının salt şekli anlamda kesinleşmiş olması yeterlidir.²⁵ Nitekim birçok Yargıtay kararı da bu görüşü benimsemiştir.²⁶ Şu

²⁴ Şanlı (n 8) 296, 297; Nomer (n 9) 792; Ergin Nomer, ‘Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı’ in Hayri Domanıç (ed), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta Basım 2001) 911-918; İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Belgeleri (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1998) 34-37; Ruhi (n 19) 289, 290; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 641 vd.; Çelikel and Erdem (n 6) 721. Yargıtay 2 HD, 3841/10889, 10.07.2001 bknz. Nuray Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları (Arıkan Basım 2007) 349-351; Yargıtay 2 HD, 4387/11476, 19.07.2006 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 14 HD, 14569/10281, 12.12.2016 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

²⁵ Sakmar (n 6) 57; Ertaş (n 6) 391; Bilgin Tiryakioğlu, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 38; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2001) 5771; Cemile Demir Gökyayla, ‘Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması’ in Mehmet Ünal (ed), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (Yetkin Yayınları 2006) 568, 569; Banu Şit, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı’ (2011) 1 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62; Ekşi (n 5) 571; Ekşi (n 8) 128

²⁶ Yargıtay 7 HD, 7822/8489, 29.12.2011 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 7 HD, 6691/1100, 23.02.2012 <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 8 HD, 20799/13665, 27.06.2014 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 14 HD, 1856/645, 04.02.2021 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Yargıtay bir kararında da, doğrudan doğruya MÖHUK’ta yer alan tanıma düzenlemesinin “kesinleşme” şartını değilse de, bir milletlerarası anlaşmada yer alan tanıma düzenlemesinin “kesinleşme” şartını uygulamış ve salt şeklen kesinleşen mirasçılık belgesinin tanınabileceğine hükmetmiştir. Bu içtihadta konu anlaşma düzenlemesinin MÖHUK ile aynı koşulu öngördüğü, birindeki yorumun diğerine de teşmil edilebileceği yönündeki tespitler için bknz. Ekşi (n 8) 131. Karar için bknz. Yargıtay 2 HD, 13533/15443, 21.12.2004 bknz. <www.kazanci.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Yargıtay, 2000’li yıllardan önceki tarihli kararlarında da yabancı çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık

hâlde yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasının mümkün olup olmadığını tayin edebilmek için MÖHUK m. 50’de öngörülen “kesinleşme” teriminin salt şekli kesinleşme anlamına mı geldiğinin, yoksa maddî kesinleşmeyi de mi kapsadığının belirlenmesi gerekir.

Çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması ile ilgili olarak doktrin ve içtihadattaki çelişkili görüşler, özetle MÖHUK m. 50’de öngörülen “kesinleşme” teriminin hem dar hem de geniş yoruma müsait olmasından kaynaklanır. Filhakika, MÖHUK m. 50 hükmünde ya da maddenin gerekçesinde, hükümde öngörülen “kesinleşmenin” şekli kesinleşmeye mi yoksa maddî kesinleşmeye mi işaret ettiğini gösteren sarıh bir ifade yoktur.

Kanaatimizce kanun koyucu “kesinleşme” terimini dar anlamda kullanmak istiyor olsaydı (i.e. sadece şekli anlamda değil, mutlaka maddî anlamda da kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına müsaade etmek istiyor olsaydı) bunu hükümde açıkça belirtirdi. Buna mukabil maddede geniş bir yoruma imkân sağlayabilecek şekilde (i.e. hem salt şekli kesinleşme, hem de şekli ve maddî kesinleşme anlamına gelebilecek şekilde) geniş dokulu bir terime yer verilmiş olması, hükmün uygulanmasında geniş yorumun tercih edilmesi gerektiğinin göstergelerinden biridir. Ancak elbette bu yorum aracı hükmün anlamını tespit etmekte yeterli değildir. Zira MÖHUK m. 50, diğer kanun hükümleri gibi, sadece sözüyle değindiği bütün konularda değil, özülle de de-

belgelerinin salt şeklen kesinleşmesini tanımaya yeterli bulmaktaydı. Bknz. Yargıtay 2 HD, 303/1284, 10.02.1986 [Ekşi (n 24) 306, 307]; Yargıtay 2 HD, 12861/5906, T. 11.06.1990 [Nomer (n 9) 789]; Yargıtay 2 HD, 6373/6410, 22.06.1990 bknz. <www.kazanci.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Yargıtay, bu erken tarihli kararlarında yabancı mirasçılık belgelerinin maddî kesin hüküm teşkil etmemesini tanıma engeli olarak görmeyerek, tanıma taleplerini aslî tanıma koşulları bakımından incelemiştir. Bu kararlarda Yargıtay, yabancı çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgelerinin tanınmasını, belge Türkiye’de bulunan gayrimenkul terekeye ilişkin sonuç doğurduğu için (karar Türk milletlerarası kamu düzenine aykırı sonuç doğurduğu için) bu kısım bakımından reddetmiştir. Yoksa maddî kesin hüküm teşkil etmediğinden değil. Bu sebeple söz konusu erken tarihli içtihadı göre de yabancı mirasçılık belgeleri, maddî kesin hüküm teşkil etmese dahi menkul terekeye ilişkin kısım bakımından –kısmen- tanınabilir. Erken tarihli bu içtihadı aynı şekilde yorumlayan bir eser için bknz. Kuru, (n 25) 5824, 5825. Erken tarihli bu içtihadı aynı şekilde yorumlayıp eleştiren bir eser için bknz. Nomer (n 9) 793

ğindiği bütün konularda uygulanır.²⁷ Bu sebeple hükmün özülle değindiği tüm konuların da belirlenmesi icap eder.

MÖHUK m. 50’de öngörülen “kesinleşme” şartının özünün tayin edilebilmesi için, bu düzenlemenin MÖHUK’un tanımaya ilişkin diğer hükümleri ile ilişkisinin belirlenmesi gerekir. MÖHUK m. 58 (2) “İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da [ihtilâflı kaza kararları ile] aynı hükme tâbidir.” hükmünü içerir. MÖHUK, bu düzenlemesiyle, maddî kesin hüküm teşkil etmesi imkân dâhilinde olmayan çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasının mümkün olduğunu öngörür. Kanuna göre, maddî kesin hüküm teşkil etmesi mümkün olmayan çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasının koşullarından biri bu kararın “kesinleşmiş” olması olduğuna göre, söz konusu “kesinleşme” terimi ile maddî değil, şeklî kesinleşme kast ediliyor olmalıdır.²⁸ Kanun koyucu abesle iştigal ediyor olamayacağına göre, bir taraftan maddî kesin hüküm teşkil etmesi mümkün olmayan çekişmesiz yargı kararlarının tanınabileceklerini hükme bağlayıp, diğer taraftan bu kararların ancak maddî kesin hüküm teşkil etmeleri koşuluyla tanınacaklarını öngörüyor olamaz. Bu sebeple MÖHUK’un tanımaya ilişkin düzenlemelerinin tutarlı yorumu, m. 50’te ifade bulan “kesinleşme” ile kast edilenin salt şeklî kesinleşme olmasını gerektirir.²⁹

Hukuk düzenimizin, yabancı mirasçılık belgelerine ilişkin hükümlerini bir bütün olarak incelediğimizde de (MÖHUK’u bir bütün olarak

²⁷ TMK m. 1 “Kanun, sözülle ve özülle değindiği bütün konularda uygulanır.”

²⁸ Ekşi (n 5) 571

²⁹ Kesinleşme ile hem şeklî hem de maddî anlamda kesinleşmenin kast edildiği görüşünü savunanlar, bu tespit karşısında MÖHUK m. 58 (2) düzenlemesinin sadece inşâî etkili çekişmesiz yargı kararlarını işaret ettiğini ifade ederler. Bu sebeple inşâî etkili olmayan mirasçılık belgelerinin tanınmasının mümkün olmadığını belirtirler. Bknz. Şanlı (n 8) 298; Nomer (n 24) 918. Halbuki çekişmesiz yargı kararları, inşâî etkili dahi olsa, gerçek anlamda maddî kesin hüküm teşkil etmez. Bknz. Kuru (n 21) 187. Nitekim, salt inşâî etkili çekişmesiz yargı kararlarının tanınabileceği görüşünü savunan yazarlar da, bu kararların gerçek anlamda maddî kesin hüküm teşkil etmediğini teslim ederler. Bknz. Şanlı (n 8) 298, Nomer (n 21) 187 dn. 23. Yine de bu yazarlar, salt inşâî etkili çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına imkân tanımak gerektiğini savunmak suretiyle, inşâî nitelikli kararların ne bis in idem etkisinden istifade ederek Türk hukukunda hukuk güvenliğini korumayı amaçlarlar. Halbuki, yabancı çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgelerinin tanınması (bu kararların ne bis in idem etkisi bulunmamasına rağmen) Türk hukukunda hukuk güvenliğini, Türk mirasçılık belgelerine kıyasla daha fazla tehdit etmez. Bu son hususu aşağıda ayrıca açıklıyoruz.

incelediğimizde vardığımız sonuç ile) aynı sonuca ulaşırız. Tapu Kanununun 37. maddesi uyarınca, yabancı gerçek kişilere miras sebebiyle yapılacak intikaller yabancı mirasçılık belgelerine dayanacak ise, bu yabancı mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerince tanınmış olması gerekir.³⁰ Abesle iştiğâl etmesi söz konusu ol(a)amayacak olan kanun koyucu, milletlerarası miras hukukunun en hassas konularından biri olan terekeye dâhil gayrimenkullerin iktisabında dahi (kamu düzenini ilgilendiren kimi kısıtlar dâhilinde) yabancı mirasçılık belgelerinin tanınabileceğini öngördüğüne göre, terekedeki -daha az hassas görülen- sair haklara dair mirasçılık belgelerinin de tanınmasını *a fortiori* kabul ediyor olmalıdır.

Açıkladığımız tüm bu gerekçelerle, MÖHUK m. 50'nin sözüyle ve özüyle şeklen kesinleşmiş tüm yabancı mahkeme kararlarına uygulandığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerince tanınmasına kategorik olarak karşı çıkılamayacağını düşünüyoruz. Çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık belgeleri, tanınmanın aslî koşullarını da sağlıyorsa Türk mahkemelerince tanınabilir. Bu tanıma sonucunda söz konusu yabancı mirasçılık belgesi Türkiye'de de çekişmesiz yargıda alınmış bir mirasçılık bel-

³⁰ Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG. 29.12.1934/2892, m. 37 “Yabancı hakiki şahısların intikal işleri Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinden verilen veyahut kendi salâhiyetli makamlarından verilip te Türk kanunlarının veraset usulü hakkındaki hükümlerine uygun olduğu Türk mahkemelerince tasdik edilen veraset senetlerine istinaden yapılır.” Çalışmamız gayrimenkul terekenin intikâline ilişkin değildir. Çalışmamızda bu hükme atıfta bulunuyor olmamızın tek sebebi, çekişmesiz yargıda verileceği kuvvetle muhtemel olan yabancı mirasçılık belgelerinin, Türk hukukunda, Türk mahkemelerince kural olarak tanınacağına kanun koyucu tarafından öngörüldüğünü vurgulamaktır. Bu sebeple söz konusu maddede yer alan çeşitli terimlerin, hususiyetle “tasdik” teriminin, ne sebeple “tanıma” olarak anlaşılması gerektiğine dair açıklamalar için konu ile doğrudan alâkalı eserlere atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bknz. Ertaş (n 6) 385; Şanlı (n 8) 303, 304; Ataman-Fıganmeşe (n 24) 39 vd.; Demir Gökyayla (n 25) 560,561; Ekşi (n 5) 558. Ayrıca bknz. Yargıtay 2. HD, E. 2002/8254; K. 2002/9339, T. 12.07.2002 [Ekşi (n 24) 353, 354]. Gayrimenkul terekeye dair mirasçılık belgelerinin tanınmasına dair koşulların yerine gelmesinin (yabancı mahkemenin Türk miras hukukunun ve Tapu Kanununun ilgili hükümlerini uygulamış olmasının) fiiliyatta neredeyse imkânsız olması, hukuk düzenimizin tanımaya prensip olarak imkân verdiği gerçeğini değiştirmez.

gesinin doğurduğu sonuçları doğurur.³¹ Diğer bir ifadeyle, söz konusu yabancı mirasçılık belgesi mirasçılığa karine oluşturur ve bu belge dayanak gösterilerek, ticaret sicilinden tescil işlemi yapılması talep edilebilir.

Yukarıda saydığımız tüm yorum araçları ile bu kanaate varmış olmamız, aksi görüşteki yazarların hukuk güvenliğini öne alan kaygılarını göz ardı ettiğimiz anlamına gelmez. Verildiği devlet mahkemelerince sonradan kaldırılabilir ya da bozulabilecek bir yargı kararına (örneğin yalnızca açıklayıcı nitelikteki bir mirasçılık belgesine) Türkiye’de hukukî sonuç bağlamak, bir düzeyde, hukuk güvenliğini tehdit eder. Örneğin Türkiye’de bir ticaret sicili, çekişmesiz yargıda edinilmiş yabancı (ama Türk mahkemelerince tanınmış) bir mirasçılık belgesini esas alarak bu belgede mirasçı olarak gösterilen üç mirasçı lehine muristen intikâl eden payları tescil etse, ancak söz konusu yabancı mirasçılık belgesi sonradan, verildiği devlet mahkemelerince iptal edilse ve murisin dördüncü bir mirasçısının olduğu tespit edilse, hukuk güvenliğine pekâlâ halel gelir. Zira verildiği ülkede artık hiçbir hukukî sonuç doğurmayan ilk mirasçılık belgesi, Türkiye’de maddî hukuk gerçekleri hilâfına hukukî sonuç doğurmuş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki bu hukuk güvenliği tehdidi, *per se* tescil işlemine dayanak oluşturan mirasçılık belgesinin yabancı olmasından kaynaklanmaz. Zira aynı risk, Türk mahkemelerinden alınabilecek mirasçılık belgeleri için de söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, Türk mirasçılık belgeleri ile de söz konusu hukuk güvenliği tehdidi doğar. Türk kanun koyucusu, mirasçıların murisin ölümü anında hak kazandıkları tereke üzerinde, miras paylaştırılmadan önce de tasarrufta bulunabilmelerini temin etmek adına bu tehdidi “göze almıştır.” Yabancı bir mirasçılık belgesine, tanıma yoluyla Türk mirasçılık belgeleri ile aynı kuvveti (i.e. karine teşkil etme kuvvetini) tanımak, kanun koyucunun hâlihazırda “göze aldığı” bu tehdidi artırmaz. Dolayısıyla bu hukuk güvenliği tehdidi, yabancı mirasçılık belgelerinin maddî kesinlik taşımamaları sebebiyle tanınmalarına engel olunmak suretiyle önlenebilir değildir. Bu sebeple söz konusu daraltıcı yorumu tercih etmekte mirasçılık belgeleri bakımından hukukî yarar yoktur.

Çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerince tanınmasına (maddî kesin hüküm teşkil etmemesi gerekçesiyle) engel olarak hukuk güvenliğinin korunacağı fikrini savunan yazarlar ve mahkeme kararları, tanıma kararının bir sonucu olarak, bu yabancı mi-

³¹ Sakmar (n 6) 182; Ertaş (n 6) 370; Ekşi (n 5) 332, 333

rasçılık belgelerine Türk hukukunda maddî kesin hüküm kuvveti tanınacağı varsayımından hareket ederler.³² Verildiği hukuk düzeninde maddî kesin hüküm kuvveti taşımayan yabancı mirasçılık belgelerine, tanımayla Türk hukukunda maddî kesin hüküm kuvveti tanınıyor olsa idi, bu durum elbette hukuk güvenliğine (Türk kanun koyucusunun Türk miras hukukunu koyarken “göze aldığı” ötesinde) ciddi hâle getirirdi. Zira bu hâlde, söz konusu belgede mirasçı veya miras alacaklısı olarak gösterilenlerin, bu sıfatlarının varlığının, yokluğunun ya da niteliğinin yeniden hükme alınmasını talep eden yeni bir dava açılmazdı, açılrsa bile bu dava kesin hüküm sebebiyle reddedilirdi. Halbuki çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgelerinin tanınmasıyla bu türden bir sonuç doğmaz.³³ Diğer bir ifadeyle yabancı mirasçılık belgesi, verildiği mahkemenin hukukunda maddî kesin hüküm doğurmazken, Türk hukukunda (salt tanınmış bir yabancı mahkeme kararı olduğu için) maddî kesin hüküm doğurur hâle gel(e)mez, yalnızca mirasçılığa karine teşkil eder.³⁴ Zira

³² Bu kanıyı yansıtan tespitler için bkznz. Nomer (n 24) 918, 919; Ataman-Figanmeşe (n 24) 34, 35. Ataman-Figanmeşe bu hususu şu şekilde ifade eder “Verildiği ülke hukuku uyarınca bile maddî anlamda kesinliğe sahip olmayan bir kararın Türkiye’de tanınıp, bu yolla ülkemizde kesin hüküm gücünü kazanmasının hukuk güvenliğine aykırı bir durum ortaya çıkaracağı açıktır.” Yargıtay içtihadında da benzer kaygıların paylaşıldığı görülür. “Türk hukukunda mirasçılık belgesi, aksi isbat oluncaya kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenilebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış veraset kararına Türk hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güç de yükletilemez. Aksi her zaman isbat edilebileceğine göre tanınması ya da tenfizi yoluna da gidilemez.” Yargıtay 2 HD, 4387/11476, 19.07.2006 bkznz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

³³ Kanımızca, maddî kesin hüküm etkisinin tanınmanın olmazsa olmaz bir sonucu olduğu zannı MÖHUK m. 58 (1)’de yer alan “Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır.” düzenlemesinden kaynaklanır. [Vurgu eklenmiştir.] Bu hükümden hareketle tanınmanın olmazsa olmaz bir sonucunun maddî kesin hüküm olduğu sonucuna varanlar bulunur. Halbuki bu düzenleme, yalnızca yabancı mahkeme kararına kesin delil veya kesin hüküm etkisi tanınmak istenmesinin usûlünü gösterir. Yoksa tanınan her yabancı mahkeme kararının, mutlaka hem kesin delil hem de kesin hüküm etkisini haiz olacağını düzenlemez. Nitekim çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgeleri bakımından, tanıma ile yalnızca kesin delil etkisi doğacak, maddî kesin hüküm etkisi ise (Yargıtay’ın da açıkladığı gerekçelerle) doğmayacaktır.

³⁴ Kuru (n 25) 5824

tanınmış yabancı mahkeme kararlarına, tanındığı devlet ülkesindeki millî kararlar için mevcut olandan daha fazla bir sonuç bağlanmaz.³⁵

Çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık belgelerinin (doktrinde ve içtihadta endişe edildiği gibi) Türk mahkemelerinde tanınmasıyla maddî kesin hüküm kuvveti kazanmadığı 2011 ve 2021 yıllarında verilen iki Yargıtay kararında sarahaten tespit edilmiştir; **“Yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgeleri usulsüz olarak verilmiş bir kararla dahi olsa Türk Mahkemesince tanınmakla Türk Mahkemesi tarafından verilmiş bir mirasçılık belgesi gibi hüküm ve sonuç doğurur.** Bu olgunun sonucu olarak Türk Mahkemelerince verilen ve aksi sabit oluncaya kadar geçerli bulunan mirasçılık belgelerinin nasıl iptali istenilebiliyorsa tanınmasına karar verilmiş bulunan yabancı mahkemelerce verilmiş mirasçılık belgelerinin de iptali istenebilir. Yabancı mahkemeler tarafından hasımsız olarak verilmiş mirasçılık belgelerinin Türk Mahkemesi tarafından hasımlı olarak açılmış dava sonucunda **tanınmış olması, mirasçılık belgesini hasımlı hale getirmez ve ona ilam niteliği kazandırmaz.** Böyle bir ilamın Türk Mahkemesince tanınmış olması yabancı mirasçılık belgesine Türk Hukukunun mirasçılık belgelerine tanıdığı değerden daha fazla değer verilmesini gerektirmez.”³⁶“[...] **Türk Mahkemelerince verilen ve aksi sabit oluncaya kadar geçerli bulunan mirasçılık belgelerinin nasıl iptali istenilebiliyorsa tanınmasına karar verilmiş bulunan yabancı mahkemelerce verilmiş mirasçılık belgelerinin de iptali istenebilir.**”³⁷

Yargıtay’ın aktardığımız bu kararlarında ayrıntıyla açıkladığı üzere, çekişmesiz yargıda alınan ve verildiği ülkede maddî kesin hüküm teşkil etmeyen mirasçılık belgeleri, Türk hukukunda tanınmakla Türk hukukunda maddî kesin hüküm teşkil etmez ve bu sebeple hukuk güvenliğine (Türk kanun koyucusunun “göze aldığından” fazla) halel getirmez. Nasıl ki Türk mahkemelerinden alınan ve maddî kesin hüküm teşkil et-

³⁵ Daha açık ifadesiyle, Türk hukukunda tanınan yabancı bir mirasçılık belgesinin, Türk hukukundaki etkileri, ilke olarak, kararı veren mahkemenin hukukuna göre belirlenir. Ancak her hâlükârda bu etki, Türk hukukunda, benzer şekilde çekişmesiz yargıda verilen mirasçılık belgelerine tanınan etkiyi aşamaz. Bknz. Sakmar (n 6) 182 Ertaş (n 6) 370.

³⁶ [Vurgu eklenmiştir.] Yargıtay 7 HD, 7822/8489, 29.12.2011 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

³⁷ [Vurgu eklenmiştir.] Yargıtay 14 HD, 1856/645, 04.02.2021 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

meyen mirasçılık belgeleri iptal edilebilir, aynı şekilde yabancı mahkemelerden alınan ve maddî kesin hüküm teşkil etmeyen mirasçılık belgeleri de iptal edilebilir. Tanınmış olan yabancı mirasçılık belgesinin iptaline dair hüküm, belgenin verildiği ülkede alınabileceği gibi, Türk mahkemelerinden de talep edilebilir.³⁸ İptal kararı, belgenin verildiği devlet mahkemelerinden alınmış ise, bu kararın da Türk mahkemelerinde tanınmasının talep edilmesi gerekir. Türk mahkemelerinden iptal hükmünün alınmasıyla ya da yabancı iptal hükmünün tanınmasıyla, iptal edilen mirasçılık belgesine dayanılarak yapılmış olan tasarruf işlemlerinin iptali mümkün olur.³⁹

b. Çekişmeli Yargı Sonucunda Alınan Yabancı Mirasçılık Belgelerinin Tanınması

Türk hukukunda mirasçılık sıfatını veya vasiyet alacaklısı sıfatını gösteren mahkeme kararları yalnızca çekişmesiz yargıda alınmaz. Bir çekişmeli yargı kararı da pekâlâ mirasçılık sıfatını veya vasiyet alacaklısı sıfatını gösteriyor olabilir.⁴⁰ Örneğin çekişmesiz yargıdan alınmış olan mirasçılık belgesinin iptali davası, miras ortaklığındaki yasal mirasçıların, atanmış mirasçıların mirasçılık sıfatlarının veya paylarının yeniden hükme bağlanmasını gerektirebilir. Benzer şekilde ölüme bağlı tasarrufun iptali davası, önceki tarihli bir mirasçılık belgesinde vasiyet alacaklısı olarak gösterilen kişinin, vasiyet alacaklısı sıfatının değişmesine ya da önceki tarihli bir mirasçılık belgesinde atanmış mirasçı olarak gösterilen

³⁸ Bu davanın mirasçılık belgesinin tanınmasının iptali davası olarak açılabilceği ve tanınmanın iptali davasının Türk hukukundaki mirasçılık belgesinin iptali davası niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından tespit edilmiştir. Bknz. Yargıtay 7 HD, 7822/8489, 29.12.2011 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 14 HD, 1856/645, 04.02.2021 bknz. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

³⁹ Benzer istikamette, tasarruf işlemlerinin sonradan iptal edilebileceğine ilişkin bknz. Demir Gökyayla (n 25) 568, 569

⁴⁰ Yargıtay 1 HD, 4103/4715, 21.04.2004 bknz. <www.kazanci.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay HGK, 2009/7, 376/528, 18.11.2009 [İyilikli (n 3) 284, 285 dn. 7]; Yargıtay 4 HD, 2225/7147, 26.06.2015 [İyilikli (n 3) 287 dn. 21]; Kurşat (n 3) 276, 277; Ataman-Figanmeşe (n 24) 46; Neşe Baran Çelik, 'Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi' (2019) 41 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441

kişinin mirasçılık sıfatının değişmesine sebebiyet verebilir.⁴¹ Bu davaların tamamı çekişmeli yargıda görülür ve bu davalarda verilen kararlar şeklen kesinleşmekle maddî kesin hüküm teşkil eder.⁴²

Çekişmeli yargıda verilen bu hükümler, uygulamada “veraset ilâmı” ismiyle anılır⁴³ ve esasında TMK m. 598 anlamındaki mirasçılık belgesi teriminin sınırlarını aşar.⁴⁴ Yine de bu hükümler mirasçılık sıfatını ya da vasiyet alacaklısı sıfatını (üstelik maddî hukuk cephesinden kesinleşebilen bir tespit hükmüyle) gösterdiğinden, doktrinde geniş anlamda “mirasçılık belgesi” başlığı altında incelenir⁴⁵. Biz de bu sebeple yabancı çekişmeli yargıda alınan ve mirasçılık sıfatını veya vasiyet alacaklısı sıfatını gösteren hükümleri, geniş anlamda “mirasçılık belgesi” başlığı altında değerlendiriyoruz.

Çekişmeli yargıda ve maddî kesin hüküm kesbedecek şekilde verilen mirasçılık belgelerinin yabancı hukuk düzenlerinde de bulunması mümkündür. Şayet tanınması talep edilen yabancı mirasçılık belgesi, verildiği ülke hukukuna göre çekişmeli yargıda alınmış ve tanınması talep edildiğinde kararı veren mahkemenin hukukuna göre kesinleşmiş ise, bir önceki başlıkta açıkladığımız yaklaşım farklılıkları, söz konusu mirasçılık belgesinin tanınmasında tereddüt dahi doğurmaz.⁴⁶ İlgili yabancı mirasçılık belgesi hem şekli hem de maddî anlamda kesinleştiği için –tanınmanın aslî şartlarını da sağlıyorsa- tanınır.

II. Yabancı İdarî Mercilerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Tasdiki Mecburiyeti

Ülkemizde mirasçılık belgeleri mahkemeden alınabildiği gibi, noterden de alınabilmektedir.⁴⁷ Birçok yabancı hukuk düzeninde de miras-

⁴¹ Şanlı (n 8) 292; Kurşat (n 3) 316-318

⁴² Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2001) 5034; Ruhi (n 19) 274

⁴³ Ekşi (n 5) 557

⁴⁴ Çekişmeli yargı yolu ile elde edilen mirasçılık belgelerinin, “teknik anlamda” (i.e. TMK m. 598 anlamında) mirasçılık belgesi olmadığı yönünde bkz. Kurşat (n. 4) 277

⁴⁵ Kurşat (n 3) 276; İyilikli (n 3) 284-287; Erişgin (n 11) 127

⁴⁶ Ertaş (n 6) 384; Şanlı (n 8) 296, 298; Nomer (n 9) 792; Ataman-Figanmeşe (n 24) 47. Karşılaştırmalı hukukta yabancı mirasçılık belgelerinin çekişmeli yargıda verilebildiğine dair bkz. Bonomi (20) 375 vd.

⁴⁷ TMK m. 598 (1) “Başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince veya noterlikçe mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verilir.” Yargı

çılık belgesi vermek hususunda yalnızca mahkemeler değil, kimi idarî merciler de yetkilendirilmiştir.⁴⁸ Bu sebeple, Türk sicillerinde tescil işlemi yaptırmak isteyen bir ilgilinin, işleme esas teşkil etmesini talep ettiği mirasçılık belgesini yabancı bir devletin noteri ya da idarî merciinden edinmiş olması mümkündür. Ancak sicilin bu belgeye dayanarak tescil işlemi yapabilmesi için söz konusu belgenin Türkiye’de de resmî belge niteliğini haiz olması gerekir.

Bir önceki başlıkta açıkladığımız tanıma usûlünün, yabancı idarî mercilerden alınmış olan mirasçılık belgelerine Türkiye’de resmîyet kazandırmak amacıyla kullanılması mümkün değildir.⁴⁹ Zira MÖHUK m. 50 tanıma usûlünü, yalnızca mahkemelerden sadır olan belgelere hasretmiştir.⁵⁰ Yabancı idarî mercilerden alınmış mirasçılık belgelerinin

Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6217, Kabul Tarihi: 31.03.2011, RG. 14.04.2011/27905, m. 19 ile bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “sulh mahkemesince” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya noterlikçe” ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

⁴⁸ Ekşi (n 8) 111; Şanlı (n 8) 295; Bonomi (n 20) 405; Christian Hertel, ‘European Certificate of Succession – Content, Issue and Effects’ (2014) 15 *Era Forum – Journal of the Academy of European Law* 395; Kazım Sedat Sirmen, ‘Kanunlar İhtilâfı ve Usûl Kurallarını Birlikte İhtiva Eden Tüzükler: Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük (AB 650/2012)’ in Işık Özkan, Ceyda Süral and Uğur Tüttüncübaşı (eds) *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet Yayınevi 2016) 500

⁴⁹ Yargıtay 2. HD, E. 2002/8254; K. 2002/9339, T. 12.07.2002 [Ekşi (n 24) 353, 354]. Ancak doktrinde, bazı yabancı hukuk sistemlerinde, özünde idarî merciler tarafından düzenlenen mirasçılık belgelerinin aynı hukuk sisteminin mahkemelerince tasdik edildiği hatırlatılır. Şanlı İtalyan hukuk sisteminde bu usûlün benimsediğini, mirasçılık belgelerinin belediyelere verildiğini ancak bu belgelerin sonradan sulh mahkemelerince tasdik edildiğini belirtir. Bknz. Şanlı (n 8) dn. 5. Doktrinde bu gibi hâllerde yabancı mahkemenin tasdik kararının tanınabileceği ifade edilmiştir. Şanlı (n 8) 295, 296; Ekşi (n 5) 560; Ekşi (n 8) 115

⁵⁰ Şanlı (n 8) 295; Nomer (n 24) 921; Ruhi (n 19) 288; Demir Gökyayla (n 25) 563-566; Ekşi (n 5) 559; Nomer (n 6) 507, 544; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 634 vd. Yargıtay 2. HD, E. 2002/8254; K. 2002/9339, T. 12.07.2002 [Ekşi (n 24) 353, 354]

Türk hukukunda resmî belge niteliğini haiz olabilmesi için ya tasdik edilmesi ya da tasdik mecburiyetinden muaf tutulmuş olması gerekir.⁵¹

Tasdik mecburiyeti ve bu mecburiyetten muafiyet hâllerini incelemeye geçmeden evvel, yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerine Türk hukukunda tanıma usûlüyle etki sağlamanın mümkün olmadığına dair ilkeye ilişkin doktrinde ifade bulan bir özellikli hâlin üzerinde durmak icap eder. Doktrinde Ekşi, oldukça sınırlı koşullara tâbi bazı hâllerde, yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin de tanınmasının mümkün kılınabileceğini ifade etmiştir. Ekşi'ye göre; yabancı devlet hukukunda mirasçılık belgesi düzenleme yetkisi yalnızca idarî mercilere verilmiş ise ve bu idarî mercilerin –yazarın ifadesiyle– “mahkeme gibi” hareket ettikleri kabul ediliyorsa, yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin de Türk mahkemelerince tanınması mümkün olmalıdır.⁵² Tanıma usûlüne tâbi tutulacak bir kararın yabancı bir mahkemeden mi, yoksa yabancı idarî mercilerden mi edinildiği, bu mahkeme ve merciler hangi devletin kurumları ise, o devletin hukukuna göre tayin edilir. Daha teknik ifadesiyle, tanımada, yabancı “mahkeme” veya “idarî merci” vasıflandırması –kural olarak- *lex fori*ye göre değil, kararı veren mahkeme veya merciin kendi hukukuna göre yapılır.⁵³ Bu ilkeye göre, yabancı mirasçılık belgesini veren idarî merci, belgenin verildiği devlet hukukunda nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin veya mirasçılık belgesi vermek dışında başka hangi idarî veya dinî görevleri ifa ediyor olursa olsun, şayet mirasçılık belgesini verirken “mahkeme gibi” hareket ediyorsa, bu belgeyi düzenleyen merciin verildiği devlet hukukuna göre “bir mahkemeden” verildiği sonucuna varmak ve Türk hukukunda tanınmasına müsaade etmek gerekir.⁵⁴ Belgeyi düzenleyen yaban-

⁵¹ Gülören Tekinalp, ‘Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki ve Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi’ (1986) 2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 158; Çelikel and Erdem (n 6) 526; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 569 vd.

⁵² Ekşi (n 5) 560. Aksi istikamette bkz. Ataman-Figanmeşe (n 24) 30

⁵³ Ekşi (n 8) 111. Bir belgenin mahkemeden verildiğinin tetkikinde, kural olarak, belgeyi veren devlet hukukuna göre vasıflandırma yapılacağı, ancak bununla birlikte kararın tanıma devletinde de “bir mahkeme kararı” niteliğinde olması gerektiği yönünde bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 634, 635

⁵⁴ Yabancı hukuklarda yasama veya yürütme organlarına yargılama yetkisi verilebildiğini, örneğin Danimarka’da boşanma kararının kral tarafından verilebildiğini, bu gibi hâllerde söz konusu organların faaliyetleri “objektif bir yargılamanın özelliklerini” taşıdığı müddetçe, bu organların kararlarının geniş anlamda mahkeme kararı olarak

cı merciin Türk hukukundaki muadilinin mahkeme değil, idarî veya dinî bir merci olması bu vasıflandırmayı değiştirmez. Kanaatimizce bu tür bir vasıflandırmanın yapılabildiği hâlde, teknik anlamda “yabancı bir idarî merciden” değil, isimlendirmesi ne olursa olsun “yabancı bir mahkemeden” alınmış mirasçılık belgesinin Türk mahkemelerince tanınması söz konusu olur.⁵⁵ Bu sebeple, Ekşi’nin üzerinde durduğu bu özellikli hâlin, tanıma usûlünün yalnızca yabancı mahkemelerden sadır olan belgelere hasredildiği ilkesinin bir istisnasını değil, uygulamasını oluşturduğu görüşündeyiz.

Özetle, yabancı hukuk düzeninde –mahkeme gibi hareket etmeyen- idarî mercilerden alınan mirasçılık belgeleri tanıma usûlüne tâbi tutulamaz. Buna rağmen bu mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin, Türkiye’de ticaret sicilinde tescil işlemine dayanak oluşturması talep edilebilir. Sicil memuru, tescil işlemine dayanak olacak yabancı belgenin Türkçeye tercümesi ile de kural olarak yetinemez. Zira söz konusu belge, henüz Türk hukukunda resmî bir belge kuvvetinde değildir. Söz ko-

değerlendirilmesi gerektiğini belirten bir eser için bkz. Ertaş (n 6) 380. İdarî mercilerce verilen boşanma kararları bakımından aynı istikamette bkz. Tiryakioğlu (n 25) 37, dn. 100, 101. Doktrinde Giray, “bir mahkeme gibi” hareket etmek, “objektif bir yargılamanın özelliklerini” taşımak ifadelerinden anlaşılması gerekenin ne olduğunu –özetle- yabancı devletin egemenliğinin bir görünümü olarak kazaî bir işlev görmek kriteri ile billurlaştırmıştır. Bknz. Faruk Kerem Giray, ‘Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir mi?’ (2019) 2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 613-616. Nitekim bir merciin tâbi olduğu devletin egemenliğinin bir görünümü olarak faaliyet gösterip göstermediğinin, bu faaliyetin kazaî bir nitelik taşıyıp taşımadığının merciin tâbi olduğu devlet hukukuna bakılarak tayin edileceğinde şüphe yoktur. Özetle verildiği devlet hukukunda bu nitelikleri taşıyan bir faaliyet sonucunda verilen mirasçılık belgesi, “idarî bir merci” tarafından dahi verilmiş olsa, bir mahkeme kararı niteliğindedir ve Türk mahkemelerinde tanıma usûlüne tâbi tutulabilir. Aksi istikamette Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 6) 635, dn. 392

⁵⁵ Türk mahkemelerinde görülmekte olan tanıma davasında, mirasçılık belgesi veren yabancı merciin bir mahkeme gibi hareket ettiğinin –mirasçılık belgesi düzenleme yetkisini devletten aldığı, devletin egemenliği adına karar verdiğinin, sürecin aleliyle ilkesine uygun işlediğinin, merciin tarafsızlığının teminat altına alındığının, tüm ilgililerin merci önünde kendilerini temsil etmelerine imkân tanındığının- ispatının her zaman kolay olmayacağını hatırlatmak isteriz. Nitekim içtihatla bu istikamette bir karara rastlamadık.

nusu yabancı mirasçılık belgesinin Türkiye’de de resmî belge kuvvetinde olabilmesi ve bu yolla tescile dayanak oluşturabilmesi için **usûlüne uygun biçimde tasdik** edilmiş olması (I.a.) veya **tasdik mecburiyetinden muaf** tutulmuş olması (I.b) gerekir.

a. Yabancı İdarî Mercilerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Tasdiki

Hukuk düzenimizde nispeten yakın zamana kadar, mirasçıların te-reke üzerinde tasarruf etmelerine imkân sağlayan idarî merciler ve ticaret sicilleri, yalnızca mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine dayanarak işlem yapabiliyordu.⁵⁶ Örneğin, murise ait bir gayrimenkulün mirasçılar adına tescili için tapu memuru ya da murise ait ortaklık paylarının mirasçılara intikâlinin tescili için sicil memuru, mirasçılık sıfatının mutlaka mahkemeden edinilmiş bir mirasçılık belgesi ile ispat edilmesini arıyordu. Diğer bir ifadeyle bu tarihlerde mahkemelerden edinilmiş mirasçılık belgeleri mirasçılık sıfatını ispata yarayan yegâne araçtı.⁵⁷ Nitekim bu sebeple ilgili tarihlerde yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin Türk Sicillerinde (ve sair idarî mercilerde) tescile dayanak oluştur(a)mayacağında bir tereddüt yoktu.⁵⁸

Türk Medenî Kanunu’nda ve Noterlik Kanunu’nda⁵⁹ 2011 yılında yapılan değişiklikle beraber, ticaret sicillerinin Türk noterlerinden alınan mirasçılık belgelerine dayanarak da tescil işlemi yapmaya başlanmasından sonra, yabancı noterlerden ve sair yabancı idarî merciden alınan mi-

⁵⁶ Medenî Kanunumuzda yapılan değişiklik ve Noterlik Kanunumuza 2011 yılında eklenen 71/A, 71/B ve 71/C maddeleri ile noterlerden de mirasçılık belgesi alınması mümkün kılınmıştır. Bknz. Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6217, Kabul Tarihi: 31.03.2011, RG. 14.04.2011/27905

⁵⁷ Kurşat (n 3) 305; Zekerîya Kurşat, ‘Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme’ Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz Kitabevi 2011) 583

⁵⁸ Şanlı (n 8) 295; Demir Gökyayla (n 25) 565; 2011 tarihindeki mevzuat değişikliğinden önceki tarihli eserlerde yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin, tasdik edilmesinden ya da tasdik mecburiyetinden muaf tutulmasından sonra dahi, yalnızca Türk mahkemelerinden mirasçılık belgesi alınması için delil olarak kullanılması ihtimâlî üzerinde durulmuştur bknz. Şanlı (n 8) 305, 306

⁵⁹ Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG. 05.02.1972/14090.

rasçılık belgesinin de Türk sicillerinde tescile dayanak oluşturmamasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gereği hasıl olmuştur.⁶⁰

Ticaret sicillerinin yabancı resmî belgelere dayanarak işlem yapılması pekâlâ mümkündür. Nitekim Ticaret Sicil Yönetmeliği⁶¹ m. 32 (2) yabancı resmî belgeler esas alınarak yapılacak işlemlerle ilgili olarak “Yabancı bir hukuka tabi olarak yabancı bir ülkede düzenlenmiş belgelerin Türk konsolosluğundan veya Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi hükümlerine göre tasdik ettirilmesi ve noter onaylı Türkçe çevirisi ile birlikte müdürlüğe verilmesi zorunludur.” hükmünü öngörmektedir. Ticaret Sicil Yönetmeliğinin bu hükmü, esasında HMK⁶² m. 224’de öngörülen yabancı resmî belgelerin Türkiye’de de resmî belge kuvveti kazanma koşullarının kısmen tekrarıdır. Nitekim HMK m. 224 “Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır. Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır.” hükmünü içerir. Bu iki hüküm karşılaştırılarak incelendiğinde, HMK’nın Ticaret Sicili Yönetmeliğinden daha geniş bir düzenleme getirdiği görülür. Filhakika, HMK yabancı resmî belgenin tasdiki için hem Türk konsolosluklarını, hem de belgenin verildiği devletin yetkili makamını gösterirken, Ticaret Sicili Yönetmeliği tasdik için yetkili merciler arasında yalnızca Türk konsolosluklarını göstermiştir.⁶³ Yönetmelikte yer alan bu eksikliğe⁶⁴ rağmen, ticaret sicillerinin HMK düzenlemesini

⁶⁰ Ticaret sicili işlemlerine özgü olmamakla birlikte, benzer bir gerekliliğin 2011 yılındaki mevzuat değişikliğinden sonra hasıl olduğu yönünde bkznz. Ekşi (n 7) 561, 562

⁶¹ Ticaret Sicili Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi: 19.12.2012, RG. 27.01.2013/28541

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836

⁶³ Benzer şekilde tasdik mecburiyetinden muafiyete ilişkin olarak da HMK, Türkiye’nin taraf olduğu tüm sözleşmelere atıf yaparken, Ticaret Sicili Yönetmeliği yalnızca Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında Sözleşmeye atıf yapmıştır. Bu hususa bir sonraki alt başlıkta değiniyoruz.

⁶⁴ Ticaret Sicili Yönetmeliği düzenlemesindeki bu eksiklik, yönetmeliğin eski usul kanunumuzda yer alan düzenleme esas alınarak hazırlanmasından kaynaklanmış olabilir. Filhakika eski usul kanunumuzda da yabancı resmî belgeleri tasdike yalnızca konsolosluklar yetkilendirilmişti. Bu hususta açıklama için bkznz. Çelikel and Erdem

esas olarak, yalnızca Türk konsoloslukları tarafından değil, belgenin verildiği devletin yetkili makamları tarafından tasdik edilen belgelere dayanarak da tescil işlemi yapması gerekir.⁶⁵ Zira HMK m. 224 uyarınca belgenin verildiği devletin yetkili makamının tasdiki ile *kanunen* resmî belge niteliğini kazanan bir yabancı resmî belgenin ispat kuvveti, bir *yönetmelik düzenlemesi ile düşürülemez*.

Hülâsâ, yabancı resmî belgenin Türk konsolosluğunca veya belgenin verildiği devletin yetkili makamınca tasdiki üzerine, söz konusu yabancı resmî belgenin o devletin kanunlarına uygun olarak, yetkili ve resmî bir memur tarafından düzenlenmiş bir belge olduğu ve bu sebeple Türk hukukunda da resmî belge sayıldığı kabul edilir.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle **tasdik işlemi “yabancı ülkelerde düzenlenen resmî belgelere Türk**

(n 6) 526. HMK’nın yürürlüğe girmesinden bir yıl sonraki bir Bakanlar Kurulu kararı ile ihdas edilen Ticaret Sicili Yönetmeliğinin, -mülga kanunu değil- yürürlükteki kanunu esas almış olması gerekirdi.

⁶⁵ Uygulamada, yabancı resmî belgelerin, belgeye resmîyet kazandıran mercide imzalanmasından sonra, verildiği devletin yetkili makamlarınca tasdik edildiği, ardından bu tasdikin de Türk konsolosluklarınca tasdik edildiği görülür. Yabancı resmî belgenin çifte tasdiki olarak isimlendirdiğimiz bu uygulamada, -esasinda- belgenin Türk hukukunda da resmî belge kuvvetinde olabilmesi için ikinci tasdike lüzum yoktur. Zira HMK m. 224 uyarınca, yabancı resmî belgenin Türk hukukunda resmî belge kuvvetini kazanması için, salt belgenin verildiği devletin yetkili makamınca ya da salt Türk konsolosluğunca tasdik edilmesi yeterlidir. Yine de uygulamadaki, çifte tasdik usûlünü bütünüyle gereksiz olmadığı kanaatindeyiz. Zira ilgili, yalnızca belgenin verildiği devletin tasdik için yetkilendirdiği makamdan tasdik alacak olsa, Türk sicil memuru bu tasdiki veren makamın, ilgili hukuk düzeninde gerçekten tasdike yetkilendirilmiş merkezî makam olup olmadığını bilemeyebilir. Bu haklı şüphe ilgilinin Türk ticaret sicillerindeki işlemlerini geciktirebilir. Halbuki belgenin verildiği ülkedeki Türk konsolosluğu, ilgili hukuk düzeninde hangi makamın tasdike yetkilendirildiği bilgisine sahiptir. Dolayısıyla çifte tasdik, sicil memurunun -haklı- şüphesini ortadan kaldırmaya ve ilgilinin zaman kazanmasına yarar. İlgilinin zaman kazanmak için, çifte tasdik yerine, sadece konsolosluk tasdiki alması da düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk konsoloslukları için de tasdikten tasdiki (çifte tasdik), resmî belgenin doğrudan doğruya konsoloslukça tasdikinden daha kolay ve hızlı yürür. Zira bir belgeyi imzalayan memurun verildiği devlet hukukunda yetkili ve resmî bir memur olup olmadığının Türk konsolosluğunca araştırılması, tek bir merkezî tasdik makamı için daha kolay, ülkenin herhangi bir yerindeki, herhangi bir memur için daha zordur. Bu sebeple Türk konsolosluklarından tasdikten tasdikinin talep edilmesi, doğrudan doğruya tasdik talep edilmesine kıyasla daha hızlı sonuç verebilir.

⁶⁶ Bu tasdik yabancı resmî belgenin o devletin kanunlarına uygun olarak, yetkili ve resmî bir memur tarafından düzenlendiğine ilişkindir. Bknz. Tekinalp (n 51) 158

hukukundakine eşit düzeyde ispat gücü kazandırır.”⁶⁷ Bu sebeple tasdik işlemi üzerine, Türk hukukundakine eşit bir ispat gücü kazanan yabancı mirasçılık belgesi esas alınarak, ticaret sicilince tescil işlemi yapılabilir.

Yabancı resmî belgelerin Türk resmî belgeleri ile aynı ispat kuvvetini kazanmasını öngören bu düzenlemelerde, yabancı mirasçılık belgelerini müstesna tutan açık bir hüküm yoktur. Buna rağmen doktrinde, Türkiye’de resmî belge kuvveti kazanmış olsa dahi yabancı mirasçılık belgelerine dayanarak idarî işlem yapılamayacağı savunulmuştur.

Doktrinde Ekşi, Türk hukukunda noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisini öngören düzenlemelerin müdahaleci kural niteliğinde olduğunu ifade ederek, yabancı mirasçılık belgelerine Türk hukukunda resmî belge kuvveti kazandırılrsa dahi, bu belgelerin Türk noterlerince verilen mirasçılık belgeleri ile aynı sonucu doğurmayacağını savunur.⁶⁸ Yazara göre, Noterlik Kanunu’nun 71A, 71B ve 71C maddelerinin Türk noterlerine yabancılık unsuru içeren miras ilişkileri söz konusu olduğunda mirasçılık belgesi verme yetkisi tanımamış olması ve genel olarak yurt dışında noterlik görevi ifa eden Türk konsolosluklarına mirasçılık belgesi verme yetkisi tanımamış olması bu düzenlemelerin müdahaleci kural niteliğinde olduğunu gösterir.⁶⁹

Kanaatimizce, yabancılık unsuru ihtiva eden miras ilişkilerinin⁷⁰ söz konusu olduğu hâllerde Türk noterlerine ve Türk konsolosluklarına

⁶⁷ Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 573 [Vurgu eklenmiştir.]; Yargıtay 13 HD, 5631/7554, 12.10.1993 bknz. <www.kazanci.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

⁶⁸ Ekşi (n 5) 567

⁶⁹ ibid 562-567

⁷⁰ Esasında Noterlik Kanununun 71B maddesi (murisin, mirasçıların veya miras alacaklılarının yabancı olması, yerleşim yerlerinin yurt dışında olması, terekenin yurt dışında olması, ölüme bağlı tasarrufların düzenlendiği yerin yabancı ülke olması gibi) yabancılık unsuru içeren tüm miras ilişkilerinde noterlerin mirasçılık belgesi veremeyeceğini sarahaten düzenlemez. Hükümde yabancılık unsuru içeren miras ilişkilerinden, yalnızca, mirasçılık belgesinin “yabancılar tarafından talep edilmesi” durumu sarahaten zikredilmiştir. Bununla birlikte, Noterlik Kanununun 71B maddesinde mirasçılık belgesi “verilmesinin yargılamayı gerektirmesi” hâli de noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisinin olmadığı hâller arasında sayılmıştır. Miras ilişkilerinin genel olarak yabancılık unsuru içermesi de mirasçılık belgesi verilmesinin yargılamayı gerektirdiği hâllerdendir, zira bu hâl miras ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitini gerektirir. Nitekim bu sebeple Noterlik Kanununun uygulama yönetmeliği niteliğindeki Mi-

mirasçılık belgesi düzenleme yetkisini vermeyen Noterlik Kanununun *ratio legis*i, yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin Türk hukukunda mirasçılık belgesi vasfı kazanmasına engel olmak değildir. Kanun koyucunun bu düzenleme ile asıl maksadı Türk mahkemelerinin iş yükünü hafifletmek ve yargı hizmetlerini hızlandırmaktır.⁷¹ Bu amaç çerçevesinde, nüfus kayıtları incelenerek kolaylıkla mirasçılık belgesi düzenlenebilen hâllerde, ilgililerin sulh mahkemelerine hiç başvurmaksızın, hızlıca ve kolayca tereke üzerinde tasarruf etmelerine imkân sağlanmak istenmiştir. Kanımızca yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi taleplerinin bu –hızlandırılmış– usûlden mahrum bırakılmasının sebebi, Türk noterlerinin ve Türk konsolosluklarının yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgelerini kolaylıkla düzenleyemeyecek olmasıdır. Filhakika, murisin veya mirasçıların yabancı olması durumunda Türk noterleri ve konsoloslukları yabancı nüfus kayıtlarına kolaylıkla ulaş-

rasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yargılamayı gerektiren (ve bu sebeple noterlerce mirasçılık belgesinin verilemeyeceği) hâller arasında “talebin yabancılık unsuru taşıması” da sayılmıştır. Bknz. Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG. 04.10.2011/28074) m. 5 “Nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması, yabancılar tarafından talep edilmesi veya mirasçılık belgesi verilmesinin bilirkişi incelemesi yapılmasını, tanık dinlenmesini gerektirmesi ya da talebin yabancılık unsuru taşıması gibi yargılamayı gerektiren durumlarda, noterlerce mirasçılık belgesi verilemez.” Kanunda yalnızca yabancıların talep ettiği mirasçılık belgelerinin noterler tarafından verilemeyeceği düzenlenirken, yönetmelikte yabancılık unsuru taşıyan her hâlde noterlerin mirasçılık belgesi veremeyeceğinin öngörülmüş olması, yönetmelik düzenlemesi ile kanunî düzenlemenin aşıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bknz. Çelikel and Erdem (n 6) 633 dn. 96; Şanı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 6) 496. Yönetmelik düzenlemesinin kanunî düzenlemeyi aştığı görüşüne katılmıyoruz. Zira kanunî düzenlemede zaten “yargılamayı gerektiren” hâller noterlerin mirasçılık belgesi verme yetkisinin dışında tutulmuştur. Yönetmelikte de “talebin yabancılık unsuru taşıması gibi yargılamayı gerektiren durumlarda” ifadesine yer verilerek, bu hâlin kanunen öngörülmüş olan “yargılamayı gerektiren” hâllerden biri olduğu vurgulanmıştır. Bu yönüyle yönetmelikte yer alan düzenlemenin kanuna aykırı olmadığı, yalnızca kanunda yer alan “torba ifadesi” açıklayıcı bir niteliği bulunduğunu kanaatindeyiz. Bu sebeple, yabancılık unsuru içeren tüm miras ilişkilerinin kanunda öngörülmüş olan “yargılamayı gerektiren” hâller arasında olduğunun yönetmelikte sarahaten zikredilmiş olmasının, uygulamanın yeknesak gelişmesi bakımından faydalı olduğunu düşünüyoruz. Benzer istikamette, yönetmeliğin bu düzenlemesinin kanun koyucunun amacına uygun olduğu yönünde bknz. Kurşat (n 57) 589

⁷¹ Kurşat (n 57) 594

maz ve miras ilişkisine uygulanacak hukuku kolaylıkla tespit edemez. Bu sebeple Türk noterlerinin veya konsolosluklarının mirasçılık belgesi düzenleme yetkisi bulunsa idi, yargı hizmetleri hızlanmak şöyle dursun, yavaşlayabilirdi. Buna mukabil yabancı idarî merciler, hususiyetle murisin vatandaşı olduğu devletin idarî mercileri, murisin nüfus kayıtlarına hem daha hızlı, hem de daha güvenilir biçimde ulaşabilir.

Hülâsâ, kanımızca bu düzenlemenin *ratio legis* yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin Türk hukukunda da mirasçılık belgesi vasfı taşımasına engel olmak değil, mümkün mertebe Türk yargı hizmetlerini hızlandırmaktır. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin, yabancı idarî mercilerden alınıp tasdik edilerek Türk hukukunda da resmî belge kuvvetini kazanmış mirasçılık belgelerine Türk hukukunda mirasçılık belgesi vasfı tanımaya engel olacak biçimde müdahaleci kural olduğu görüşüne iştirak etmiyoruz.⁷² Kanımızca yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin Türkiye’de mirasçılığa ya da miras alacıklılığına karine teşkil edebilmesi için belgenin verildiği ülkedeki yetkili mercilerce ya da o ülkedeki Türk konsolosluklarınca tasdik edilmesi yeterlidir.⁷³ Bu sebeple, ticaret sicilleri de tasdik koşulunu sağlayan ya-

⁷² Öte yandan Türkiye’de bulunan gayrimenkul terekenin yabancı mirasçıya veya miras alacaklısına intikâlini düzenleyen kanunlarımız müdahaleci kural niteliğindedir. Bu bakımdan şayet yabancı idarî merci tarafından düzenlenen ve tasdik edilip Türk hukukunda da mirasçılık belgesi niteliği kazanan yabancı mirasçılık belgesi Türkiye’de bulunan gayrimenkul terekenin intikâli amacıyla kullanılmak istenirse, bu talep Türk tapu sicillerince reddedilmelidir. Diğer bir ifadeyle, Türkiye’de bulunan gayrimenkul terekenin yabancı mirasçıya veya miras alacaklısına intikâlini düzenleyen kuralların müdahaleci kural olması sebebiyle, tasdik edilmiş yabancı mirasçılık belgesi, Türk hukukunda Türkiye’de bulunan gayrimenkul terekenin intikâli bakımından mirasçılık belgesi kuvvetini haiz olamaz. Çalışmamız menkul terekeye dâhil ortaklık paylarının tescilini konu aldığından, bu müdahaleci kurallar, çalışma konumuz bakımından yabancı mirasçılık belgesinin Türk hukukunda sonuç doğurmasına engel olmaz.

⁷³ Belirtmek isteriz ki genel olarak ana metinde -ve nihayet bu cümlede- Türk hukukunun bugün yürürlükte olduğu hâlini ele alarak (i.e. de lege lata) bir tespitte bulunuyoruz. Buna mukabil de lege ferenda yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerine Türk hukukunda sonuç bağlamadan önce, bunların içeriğe dair asgarî bir kontrolden geçirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Nitekim doktrinde yabancı resmî belgelerin, hiçbir içerik kontrolüne tâbi tutulmaksızın, resmî belge kuvvetini haiz olmasının hukuk güvenliğini tehdit edebileceği ifade edilmiştir [Bknz. Tekinalp (n 51) 160]. Bu kaygıyı dikkate alarak de lege ferenda önerdiğimiz asgarî kontrolün, hususiyetle kamu düzeni kontrolü olması gerektiği ve Türk mahkemelerince icra edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Nitekim benzer bir yaklaşım Brüksel IV olarak da adlandırılır.

bancı idarî mercilerden edinilmiş mirasçılık belgelerine dayanarak tescil işlemi yapılabilir.

b. Yabancı İdarî Mercilerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Tasdik Mecburiyetinden Muaf Olduğu Hâller

Ticaret sicilinde tescil işlemine dayanak tesis edecek olan yabancı idarî mercilerden alınmış mirasçılık belgesinin Türk hukukunda da mirasçılık belgesi vasfı taşıması, bir önceki başlıkta incelediğimiz tasdik mecburiyetinden muaf tutulmuş olabilir. Zira Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası anlaşmalar, taraf devlet mercilerince düzenlenen ve belirli nitelikleri haiz yabancı resmî belgelerin Türkiye'de resmî belge vasfı taşımasının tasdik mecburiyetinden muaf tutulduğunu öngörür.⁷⁴ Bu milletlerarası anlaşmalardan uygulamada en sıklıkla başvurulana, Apostille Sözleşmesi olarak da anılan, Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesidir.⁷⁵ Nitekim ticaret sicillerinin yabancı resmî belgeleri esas alarak yapacağı işlemlerle ilgili olarak Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 32 (2)'nin bu sözleşmeye ismen atıfta bulunmasının, sözleşmenin uygulamadaki öneminden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Apostille Sözleşmesi uyarınca, âkit devlet organlarınca düzenlenen resmî belgeler, düzenlendikleri devletin yetkilendirdiği makamın verdiği apostille şerhi vasıtasıyla, diğer âkit devletlerde de resmî belge sayılır. Bu sözleşmeye göre apostille şerhi konulmuş bir yabancı resmî belge, Türk konsolosluklarınca tasdik edilmesine gerek olmaksızın Türk hukukunda da Türk resmî belgelerinin ispat kuvvetine sahip olur.⁷⁶ Sözleşmenin uygulama alanına giren ve girmeyen belgelerin hangileri olduğu

lan Yetki, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi, Miras Hukukuna Özgü Belgelerin Kabulü ve Tenfizi ve Avrupa Mirasçılık Belgesinin Yaratılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğünde de benimsenmiştir. Bu Avrupa Birliği Tüzüğünde, yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin, kabul edilmesi talep edilen devlet ülkesinin yetkili mercilerinde “açık kamu düzenine aykırılıklar” bakımından inceleneyeceği ve bu inceleme üzerine “kabul edilebileceği” düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Sirmen (n 48) 496 vd. Türk hukukunda da yabancı idarî mercilerden alınan ve tasdik edilen mirasçılık belgeleri için benzer bir kontrol mekanizmasının inşa edilmesinin faydalı olacağı görüşündeyiz.

⁷⁴ Çelikel and Erdem (n 6) 524 vd.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 570 vd.

⁷⁵ RG. 16.09.1984/18517

⁷⁶ Tekinalp (n 51) 159; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 571, 572

sözleşmede öngörülmüştür. Yabancı idarî ve kazaî mercilerden alınan belgeler ile noterlerce düzenlenen belgeler Apostille Sözleşmesi uyarınca tasdik mecburiyetinden muaf tutulan belgelerdendir.⁷⁷ Sözleşmede mirasçılık belgeleri Apostille Sözleşmesinin uygulama alanının dışında bırakılmamıştır.⁷⁸ Bu sebeple yabancı idarî mercilerden alınıp apostille şerhi konulan mirasçılık belgeleri, Türk konsolosluklarınca tasdik edilmese dahi ticaret sicillerinde tescil işlemine dayanak oluşturabilir.

Yabancı idarî mercilerden alınan bir mirasçılık belgesinin, apostille şerhi sayesinde, Türk hukukunda da mirasçılık belgelerinin ispat kuvvetini haiz olması için, elbette belgenin düzenlendiği devletin de Apostille Sözleşmesi'ne taraf olması gerekir. Sözleşmeye yüz yirmi devlet taraftır.⁷⁹ Apostille Sözleşmesinin milletlerarası alanda bu düzeyde kabul görmüş olması, uygulamada sıklıkla bu sözleşmedeki usûle başvurulmasına ve Ticaret Sicili Yönetmeliğinde yalnızca bu milletlerarası anlaşmaya atıf yapılmasına sebebiyet vermiştir.

Yine de hatırdı tutmak gerekir ki, yabancı mirasçılık belgesinin düzenlendiği devletin Apostille Sözleşmesine taraf olmamış olması da pekâlâ mümkündür.⁸⁰ Kaldı ki, belgenin düzenlendiği devlet Apostille Sözleşmesine taraf olsa dahi, bu sözleşmede öngörülen usûl zorunlu olmadığından⁸¹, ilgililer HMK M. 224'te öngörülen konsolosluk tasdiki usûlünü ya da daha elverişli bir yöntem olması sebebiyle başka bir milletlerarası anlaşmada öngörülen muafiyet usûlünü tercih edebilirler. Filhakika bazı iki taraflı milletlerarası anlaşmalarda da resmî belgelerin tasdik mecburiyetinden karşılıklı olarak muaf tutulduğunu görürüz.⁸²

⁷⁷ Tekinalp (n 51) 160 vd.

⁷⁸ Şanlı (n 8) 305

⁷⁹ Bknz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41>> erişim tarihi 25 Eylül 2021.

⁸⁰ Birleşmiş Milletlere üye yüz doksan üç devlet olduğu düşünüldüğünde, bir yandan Apostille Sözleşmesinin ne kadar kapsayıcı olduğu, diğer yandan da sözleşmeye taraf olmayan yetmiş üç devlette düzenlenen resmî belgelerin apostille şerhi taşıyamayacağı görülür.

⁸¹ Çelikel and Erdem (n 6) 525; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 572

⁸² Bonomi (n 20) 402; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 573

Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı hukukî ve adlî işbirliği anlaşmalarında, yabancı resmî belgelere *ipso iure* resmîyet sağlanmıştır.⁸³ Bu anlaşmalara göre, bir âkit devletin idarî mercilerince düzenlenen resmî belgeler, tasdike veya şerhe gerek olmaksızın (i.e. *ipso iure*) diğer âkit devlet ülkesinde düzenlenen resmî belgeler ile aynı ispat kuvvetine sahip olur. Bu anlaşmalar uyarınca âkit devletlerin resmî mercilerinden alınan bir mirasçılık belgesi, ayrıca bir tasdik işlemine gerek olmaksızın, kendiliğinden Türk ticaret sicillerinde tescil işlemine dayanak oluşturabilir.

Ticaret sicilinde tescil talep eden ilgili, tescile dayanak oluşturmasını istediği mirasçılık belgesine apostille şerhi konması yerine, bu belgeye *ipso iure* resmîyet tanınmasını talep edebilir. Diğer bir ifadeyle bu iki taraflı anlaşmalar yalnızca tasdik mecburiyetine değil, tabiri caizse apostille şerhi “ihtiyacına” da muafiyet oluşturur. Mirasçılık belgesini veren yabancı idarî merciin tâbi olduğu devlet Apostille Sözleşmesi'ne taraf olsa dahi, bu sözleşme âkit devletler arasında zorunlu bir usûl öngörmediğinden, sicile başvuran ilgili, kendisi için daha elverişli şartlar öngören iki taraflı anlaşmanın hükümlerinin uygulanmasını talep edebilir.⁸⁴ Yabancı resmî belgelere *ipso iure* resmîyet sağlayan iki taraflı anlaşmaların ilgiliye daha elverişli şartlar öngördüğü aşikârdır, zira bu hâlde ilgili, sicile yalnızca belgenin tercümesini sunmakla yetinir.⁸⁵

Hülâsâ, tescil işlemine dayanak olarak gösterilen mirasçılık belgesi, Türk konsolosluklarınca veya belgenin düzenlendiği devletin yetkili makamlarınca tasdik edilmemiş olsa dahi, milletlerarası bir anlaşma sebebiyle tasdik mecburiyetinden muaf tutulmuşsa, sicilde tescil işlemine esas alınabilir. Bu muafiyetin mutlaka Apostille Sözleşmesinden kaynaklanması ve belgenin Apostille şerhi içermesi gerekmez. Zira Ticaret Sicili Yönetmeliğinden farklı olarak, HMK m. 224 düzenlemesi bu muafiyetin Apostille Sözleşmesinden başka milletlerarası anlaşmalardan da kaynaklanabileceğini öngörür. Ticaret sicili memurunun da, yönetmelik

⁸³ Örneğin Türkiye-Arnavutluk ve Türkiye-İran arasında imzalana hukukî ve cezai konularda adlî işbirliği anlaşmasında bu sonucu doğuran hükümler bulunur. Bknz. sırasıyla RG. 08.11.1997/23165, RG. 10.03.2011/27870

⁸⁴ Tekinalp (n 51) 160

⁸⁵ Yabancı resmî belgenin “kendiliğinden” Türk hukukunda sonuç doğurmasından kasıt, elbette, tercüme külfetinden de muaf olunması değildir. İlgilinin belgenin onaylı Türkçe tercümesini de sicile sunması icap eder. Bknz. Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 32

düzenlemesi ile kelimesi kelimesine bağlı kalmayıp, kanunî düzenlemeyi esas alması ve Apostille Sözleşmesi dışındaki milletlerarası anlaşmalar gereğince tasdik mecburiyetinden muaf olan yabancı resmî belgeleri de tescil işlemine dayanak kabul etmesi gerekir.

SONUÇ YERİNE BİR UYGULAMA KILAVUZU

Türkiye’de yabancıların kurumsal yatırımlarını artırmaları sebebiyle, Türk ticaret sicillerine yönelik, yabancı mirasçılık belgelerine dayanan tescil talepleri artmıştır. Uygulamadaki bu ihtiyaç artışına rağmen, doktrin ve içtihadta yabancı mirasçılık belgelerine dayanarak idarî işlemler yapılıp yapılamayacağı, yapabilirse hangi nitelikleri haiz yabancı mirasçılık belgesine dayanarak işlem yapabileceği sorularına birbiri ile çelişkili cevaplar verilmiştir. Çalışmamızda doktrin ve içtihadtaki bu çelişkileri önce özetledik, ardından gidermeye çalıştık.

Çalışmamızın bu **sonuç** bölümünde, yukarıda ayrıntıyla açıkladıklarımızı, yukarıda açıkladığımız hâliyle özetlemek **yerine**, uygulama(cı)ya daha yararlı olacağını düşündüğümüz **bir kılavuz** sunmayı tercih ediyoruz. Çalışmada vardığımız sonuçlar üzerine inşa ettiğimiz bu kılavuzda, yabancı bir mirasçılık belgesine istinaden ticaret sicilinde tescil talep edildiğinde hangi yolun izlenmesi gerektiğini adım adım açıklamaya gayret ediyoruz.

Yabancı bir mirasçılık belgesine istinaden ticaret sicilinde tescil talebinde bulunulduğunda, öncelikle bu belgenin yabancı ülkede bir mahkemeden mi, yoksa bir idarî merciden mi sadır olduğunun tespit edilmesi gerekir.

1. Yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgelerinin, tasdik edilmelerine rağmen, Türk hukukunda da mirasçılık belgesi niteliğini haiz olmasına doktrinde tereddütle yaklaşılmıştır. Türkiye’nin taraf olduğu ve yabancı resmî belgelerin Türkiye’de hukukî sonuç doğurmasının koşullarını öngören milletlerarası anlaşmaların uygulama alanı mirasçılık belgelerini de kapsadığından, kanaatimizce bu yabancı mirasçılık belgelerine Türk noterlerinden verilen mirasçılık belgeleri ile aynı sonucun bağlanmasına, kategorik olarak karşı çıkmamak gerekir. Bu sebeple mirasçılık belgesi yabancı bir idarî merciden alınmış ise, bu belgenin milletlerarası bir anlaşma ile tasdik mecburiyetinden muaf tutulup tutulmadığının belirlenmesi gerekir.

a. Mirasçılık belgesi bir milletlerarası anlaşma ile **tasdik mecburiyetinden muaf** tutulmuşsa, bu milletlerarası anlaşmanın yabancı belgeye *ipso iure* resmiyet tanıyıp tanımadığının belirlenmesi icap eder.

i. Tasdik muafiyeti sağlayan milletlerarası anlaşma, mirasçılık belgesine *ipso iure* resmiyet tanıyorsa, bu belgenin noter onaylı tercümesine dayanılarak tescil işlemi yapılabilir.

ii. Tasdik muafiyeti sağlayan milletlerarası anlaşma, Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesinin öngördüğü apostille şerhi gibi, konsolosluk tasdikine kıyasla basitleştirilmiş bir onay usûlü öngörüyorsa, bu usûl takip edilerek, ticaret sicilinde tescil işlemi yapılabilir.

b. Mirasçılık belgesi **tasdik mecburiyetinden muaf tutulmamış** ise verildiği devletin yetkili makamından ya da Türk konsolosluklarından tasdik edilmesi gerekir. Yabancı idarî mercilerden alınmış bir mirasçılık belgesi, tasdik muafiyetinin yokluğunda ancak verildiği devletin yetkili makamının veya Türk konsolosluğunun tasdiki üzerine tescil işlemine dayanak oluşturabilir.

2. Yabancı mahkemelerden alınan mirasçılık belgelerinin, Türk mahkemelerinden alınan mirasçılık belgeleri ile aynı hukukî sonucu doğurmasına doktrinde ve içtihatla tereddütle yaklaşılmıştır. Bu tereddüt, çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgelerinin maddî kesin hüküm teşkil etmemesi üzerine inşa edilmiştir. Bu sebeple yabancı bir mahkemenin alınmış mirasçılık belgesinin ticaret sicilinde tescil işlemine dayanak oluşturması talep ediliyorsa, öncelikle söz konusu belgenin yabancı mahkeme önünde, çekişmeli yargıda mı yoksa çekişmesiz yargıda mı alındığının belirlenmesi gerekir.

a. Mirasçılık belgesi, yabancı mahkemede **çekişmeli yargıda verilmiş** ve verildiği mahkemenin hukukunda maddî kesin hüküm teşkil etmiş ise, bu yabancı mahkeme hükmünün Türk hukukunda da maddî kesin hüküm teşkil edecek biçimde Türk mahkemelerince tanınmasına doktrinde ve içtihatla karşı çıkılmaz. Bu sebeple yabancı çekişmeli yargıda alınan mirasçılık belgesi, Türk mahkemelerince tanınması üzerine ticaret sicilinde tescil işlemine dayanak oluşturabilir.

b. Mirasçılık belgesi yabancı mahkemede **çekişmesiz yargıda verilmiş** ise maddî kesin hüküm teşkil etmeyen bu yabancı mahkeme kararının Türk hukukunda tanınmasına doktrinde azınlıkta kalan bir görüş karşı çıkmış, bir kısım içtihat da bu görüşü takip etmiştir. Doktrinde, bizim de iştirak ettiğimiz çoğunluğun görüşüne ve Yargıtay kararlarının ağırlıklı kısmına göre ise, çekişmesiz yargıda alınan yabancı mirasçılık

belgelerinin verildikleri mahkemenin hukukunda şeklen kesinleşmiş olması, bu belgelerin Türk mahkemelerince tanınması için yeterlidir. Bu nitelikteki yabancı mirasçılık belgelerinin maddî kesin hüküm kuvvetinde olmaması Türk mahkemelerince tanınmasına engel teşkil etmez. Bu sebeple yabancı çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgeleri de Türk mahkemelerince tanındıktan sonra ticaret sicilinde tescil işlemine dayanak oluşturabilir.

Yabancı mirasçılık belgesine dayanarak ticaret sicilinde tescil talep eden ilgili, yukarıda saydığımız bu usûllerden istifade ederek, yabancı mirasçılık belgesinin tanınmasını ya da tasdik edilmesini, doktrindeki veya içtihadattaki farklı görüşlerin benimsenmesi sebebiyle temin edemedi ise, Türk mahkemelerinden mirasçılık belgesi talep edebilir. Bu hâlde yabancı mirasçılık belgesi, Türk mahkemelerinde mirasçılık sıfatını ispat aracı olarak kullanabilir. İspat aracı olarak sunulan yabancı mirasçılık belgesi, tasdik edilmiş ya da apostille şerhi almış ise resmî belge niteliğinde olacağından kesin delil teşkil eder.⁸⁶

Yabancı mirasçılık belgesine dayanarak ticaret sicilinde tescil talep eden ilgili, yukarıda saydığımız bu usûllerden istifade ederek, yabancı mirasçılık belgesinin tanınmasını ya da tasdik edilmesini temin etti ya da tasdik mecburiyetinden muaf olduğunu ispat etti ise, sicil bu belgeye dayanarak tescil işlemi yapar. Ne var ki bu tescil işleminin maddî hukuk gerçeğini yansıtmadığı sonradan ileri sürülebilir.⁸⁷ Zira yabancı mahkemelerden çekişmesiz yargıda alınan mirasçılık belgeleri de yabancı idarî mercilerden alınan mirasçılık belgeleri de niteliğinde göre tanınmayla ya da tasdikle, Türk hukukunda yalnızca Türk mirasçılık belgelerinin doğurduğu sonuçları doğurur. Bu sebeple bu yabancı belgeler, Türk mirasçılık belgeleri gibi mirasçılık sıfatına ilişkin olarak yalnızca bir karine oluşturur ve her karine gibi bu karinenin de aksi ispat edilebilir. Aksinin ispat edilmesi durumunda söz konusu tescil işlemlerinin iptal edilmesi icap eder.

⁸⁶ Ataman-Fıganmeşe (n 24) 45

⁸⁷ Yabancı mirasçılık belgesine dayanılarak yapılabileceğini belirttiğimiz tescil işlemlerinden, yalnızca, yabancı mahkemeden çekişmeli yargıda alınan mirasçılık belgesine dayananların sonradan maddî gerçeği yansıtmadığı ortaya çık(a)maz. Zira yalnızca bu belge mirasçılık sıfatına ilişkin olarak maddî kesin hüküm teşkil eder.

Niteliğine göre tasdik edilmiş ya da tanınmış yabancı mirasçılık belgesinin aksi (i.e. maddî gerçeği yansıtmadığı) Türk mahkemelerinde ispat edilebileceği gibi, mirasçılık belgesinin verildiği devlet mahkemelerinde de ispat edilebilir. Yabancı mirasçılık belgesinin aksi Türk mahkemelerinde yeni bir mirasçılık belgesi talep edilmesi yolu ile ileri sürülebileceği⁸⁸ gibi, yabancı mirasçılık belgesinin tanınmasına ilişkin bir karar alınmış ise bu tanıma kararın iptali talebiyle de ileri sürülebilir⁸⁹. Diğer taraftan, yabancı mirasçılık belgesi verildiği devlet mahkemelerince iptal edilmiş ise, bu iptal hükmünün tanınması da Türk mahkemelerinde talep edilebilir. İptal hükmünün tanınması talebinin ayrı bir davada ileri sürülmesi şart değildir. İlgili, sicil kayıtlarının düzeltilmesi talebiyle açtığı davada da yabancı iptal hükmünün tanınmasını talep edebilir⁹⁰. Yabancı iptal hükmü için müstakil bir tanıma davası açıldı ise, sicil kayıtlarının düzeltilmesinin talep edildiği davada, tanıma davasının bekletici mesele yapılması da istenebilir.⁹¹ Ticaret sicili, iptal hükmüne sonuç bağlayan sicil kayıtlarının düzeltilmesi davası neticesinde, maddî hukuka aykırı olarak yapılmış olan tasarruf işlemlerini düzeltir.

KAYNAKÇA

Ataman Fıganmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Belgeleri (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 1998)

⁸⁸ Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru içeren mirasçılık belgesi düzenlemesi ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkzn. Baran Çelik (n 40) 439 vd.

⁸⁹ Yabancı mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerince tanınmasına ilişkin kararların iptali talebinin mirasçılık belgesinin iptali niteliğinde olduğuna dair bkzn. Yargıtay 7 HD, 7822/8489, 29.12.2011 bkzn. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021; Yargıtay 14 HD, 1856/645, 04.02.2021 bkzn. <www.hukukturk.com> erişim tarihi 24 Eylül 2021

⁹⁰ Tanıma için müstakil bir dava açılmasının zorunlu olmadığı, mevcut bir davada delil olarak kullanılacak yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının talep edilebileceği yönünde bkzn. Ertaş (n 6) 401; Kuru (n 25) 5816; Ekşi (n 8) 98

⁹¹ Derdest tanıma davalarının bekletici mesele yapılabildiği yönünde bkzn. Yargıtay 2 HD, 274753/1287, 21.01.2013 bkzn. <www.sinerjias.com.tr> erişim tarihi 24 Eylül 2021. Doktrinde tanıma davalarının bekletici mesele yapılmaması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bknz. Ertaş (n 6) 401

Baran Çelik N, 'Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi' (2019) 41 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 439

Bonomi A, 'Successions Internationales: Conflits de Loi et de Juridictions' (2011) 350 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 71

Çelikel A and Erdem B B, Milletlerarası Özel Hukuk (17th edn, Beta Basım 2021)

Demir Gökyayla C, 'Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye'de Hüküm ve Sonuç Doğurması' in Mehmet Ünal (ed), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (Yetkin Yayınları 2006) 559

Dural M and Öz T, Türk Özel Hukuku: Miras hukuku, Cilt IV (12th edn, Filiz Kitabevi 2017)

Ekşi N, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları (Arıkan Basım 2007)

Ekşi N, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku (Beta Basım 2013)

Ekşi N, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Beta Basım 2013)

Erişgin N, 'Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi' (2003) 3 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121

Ertaş Ş, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1988) 1-4 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı 365

Giray F K, 'Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir mi?' (2019) 2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 609

Hertel C, 'European Certificate of Succession – Content, Issue and Effects' (2014) 15 Era Forum – Journal of the Academy of European Law 393

İyilikli A C, 'Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü' (2017) 9 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 281

Kuru B, Nizasız Kaza (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961)

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2001)

Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2001)

Nomer E, ‘Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı’ in Hayri Domaniç (ed), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı (Beta Basım 2001) 909

Nomer E, ‘Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları’ (1991) 65 İstanbul Barosu Dergisi 789

Nomer E, Devletler Hususî Hukuku (22nd edn, Beta Basım 2017)

Ruhi A C, ‘Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Ülke Mahkemelerinden Verilen Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Tanınması’ (2006) 3 Yargıtay Dergisi 265

Sakmar A, Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları (Fakülteler Matbaası 1982)

Serozan R and Engin B İ, Miras Hukuku (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Sirmen K S, ‘Kanunlar İhtilâfı ve Usûl Kurallarını Birlikte İhtiva Eden Tüzükler: Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük (AB 650/2012)’ in Işık Özkan, Ceyda Süral and Uğur Tütüncübaşı (eds) Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Adalet Yayınevi 2016) 455

Şanlı C, ‘Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde ‘Tanınması’ veya ‘Delil’ Olarak Kullanılması’ İlhan Postacıoğlu’na Armağan (Bayrak Matbaacılık 1990) 291

Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk (9th edn, Beta Basım 2021)

Şensöz E, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü’ (2012) 2 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 389

Şit B, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı’ (2011) 1 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61

Tekinalp G, ‘Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki ve Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi’ (1986) 2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 157

Tiryakioğlu B, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996)

Kurşat Z, Terekenin Korunması Önlemleri (Filiz Kitabevi 2010)

Kurşat Z, ‘Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme’ in Ersin Çamoğlu et al. (eds), Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan (Filiz Kitabevi 2011)

**# ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAY SENETLERİ
DEVİRİNİN ESAS SÖZLEŞMEYLE SINIRLANDIRILMASI***
(*LIMITATION OF THE TRANSFER OF REGISTERED SHARES IN JOINT STOCK
COMPANIES BY THE ARTICLES OF ASSOCIATION*)

Dr. Ufuk ÜNLÜ**

ÖZ

Pay senetleri, anonim ve sermaye şirketlerinin ortaklarına, sermaye paylarını belgelemek adına verdikleri kıymetli kâğıtlardır. Anonim şirketlerde pay senetleri, hamiline veya nama yazılı olabilir. Nama yazılı pay senedi anonim ortaklık payını temsil etmek üzere çıkarılan ve belli bir kişinin adına düzenlenmiş olup, sahibinin adını da içeren kıymetli evraktır. Nama yazılı pay senetleri, isminden de anlaşılacağı gibi “nama” yani “pay sahibinin adına” hazırlanır. Nama yazılı pay senetlerinin devri kanuni olarak veya esas sözleşme ile sınırlandırılabilir. Bu kapsamda anonim şirket esas sözleşmeleri, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir. Esas sözleşme ile sınırlama nama yazılı pay senetlerinin borsaya kote edilmesi ve edilmemesine göre farklılık gösterir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 06.08.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 07.09.2021 tarihinde birinci hakem; 14.09.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** TC Cumhurbaşkanlığı, ufuk1984@hotmail.com ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2547-7609

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; ÜNLÜ, Ufuk, “Anonim Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 3, 2021, s. 531-548.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Pay, Pay Senedi, Esas Sözleşme, Kotasyon, Devir

ABSTRACT

Shares are securities issued by joint stock and capital companies to their shareholders in order to certify their capital shares. Shares in joint stock companies may be bearer or registered. A registered share certificate is a valuable document issued to represent an anonymous partnership share and issued in the name of a certain person, including the owner's name. Nama written shares are prepared "name", i.e. "in the name of the shareholder", as the name implies. The transfer of registered shares may be limited by law or by the articles of association. In this context, the articles of association of the joint stock company may stipulate that the registered shares may be transferred only with the approval of the company. By the articles of association, the limitation differs according to the fact that nama written shares are listed on the stock exchange and not.

Keywords: Joint Stock Company, Share, Stock, Articles of Association, Quotation, Transfer

1. Giriş

Pay senedi anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas sözleşmesinde belirtilen payları temsil etmek üzere kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak çıkarılan ve payların tedavülünü sağlayan kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir. Bir başka deyişle pay senedi, payın kıymetli evraka bağlanmış halidir ve anonim şirketlerde paylar hamiline veya nama yazılı olarak çıkarılabilir. Nama yazılı pay senetleri kanunen emre yazılıdır. Eğer pay senedi nama yazılı ise "NAMA YAZILI" ibaresi büyük puntolarla göze çarpacak şekilde pay senedinin ön yüzünde yer almalıdır.

Pay senetlerinin devredilmesi mümkündür. Hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından meri mevzuatta veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama

yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. İstisnai olarak devrin sınırlandırılması da mümkündür. Bu sınırlama kanunen yahut esas sözleşme aracılığıyla olur. Nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilip edilmemesine göre ikiye ayrılır. Anılan senetlerin devrine ilişkin kısıtlamalar bu ayrıma göre belirlenir.

2. Pay Senedi

Pay kavramı, “*şirkette her bir ortağa düşen kısım*” olarak tarif edilmektedir¹. Anonim şirketlerde payların birleşmesi sonucu sermaye oluşur ve söz konusu bu payların kıymetli evraka bağlanmış haline hisse senedi (pay senedi) denir. Diğer bir ifadeyle pay senedi anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas sözleşmesinde belirtilen payları temsil etmek üzere kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak çıkarılan ve payların tedavülünü sağlayan kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir². Anonim şirketlerde pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olması zorunluluğu vardır. 6102 sayılı Kanun’un 486’ncı maddesine göre, anonim şirketlerde paylar hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Pay senedi bastırılıncaya kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır (6102, m.486).

Ayrıca azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır. Bu husus ile nama yazılı pay senetlerinin bastırılması olanağının yolu açılmıştır. Düzenleme uyarınca azlık isterse nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılacaktır. Böylece kapalı anonim şirketlerde özellikle aile şirketlerinde pay senedinin bastırılmaması ve dağıtılmaması yoluyla baskı yapılması, pay sahiplerinin bu sıfatlarını ispattan yoksun bırakılmaları, devir olanaklarının sınırlandırılması gibi hukuka aykırı yöntemlerin önüne geçilmiştir. Nama yazılı pay senetlerinin basılmaması ve pay sahiplerine dağıtılmaması, pay defteri bulunmayan, düzensiz olan ve güncel durumu yansıtmayan şirketlerde daha büyük sakıncalar do-

¹ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (İstanbul 2005) 271

² Hayri Domanıç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, (TTK Şerhi-1 İstanbul 1988) 1056

ğurmaktadır. Bu duruma aykırılık hâlinde pay sahiplerinin mahkemeye başvurabilecekleri şüphesizdir.

Pay senetlerinin kendine özgü şekil şartları vardır. Bu kapsamda pay senetlerinin; şirketin unvanını, sermaye tutarını, kuruluş tarihini, bu tarihteki sermaye tutarını, çıkarılan pay senedinin tertibini, bunun tescili tarihini, senedin türünü ve itibarî değerini, kaç payı içerdiğini belirtmesi ve şirket adına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından imza edilmiş olması şarttır. Kapalı şirketlerde baskı şeklinde imzanın delikli olması veya sahtekârlığı engelleyici diğer güvenlik önlemlerinin uygulanması gerekir. Bu durum belirtildiği üzere sadece kapalı şirketlere özgüdür. Çünkü halka açık olanlar hakkında SPK tebliğleri uygulanır. Ayrıca bir pay senedi veya ilmühaber, tedavülü mümkün olmayacak derecede yıpranmış veya bozulmuşsa ya da içeriği veya ayırt edici özellik ve nitelikleri tereddüde yer bırakmayacak tarzda anlaşılamıyorsa, sahibi, giderlerini peşin ödemek şartıyla, şirketten yeni bir senet veya ilmühaber istemek hakkını haizdir.

Anonim şirketler hukukunda şirket payının senede bağlanması iki sonucu vardır. Birincisi, pay senede bağlanıp da pay senedi çıkarıldığında, pay senedinin kıymetli evrak niteliğine sahip olması nedeniyle payın tedavül yeteneğini artırır. İkincisi, senedi devralan kişi, pay sahipliği mevkiini kolayca kazanabilir. Bu mevki, pay sahibi olarak kendisine tanınan haklar ve yüklenen borçlar çerçevesinde işgal eder. Bu şekilde hem pay sahibi, yatırım yapma ve göreceli de olsa yatırımını yönetme imkânına kavuşur³.

3. Pay Senetlerinin Devri

Hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder (6102, m.489). Nama yazılı paylar ise, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Bu durum istisnası, Kanunda veya esas sözleşmede devrin sınırlandırılmasının öngörülmüş olmasıdır. Ayrıca hukuki işlemle devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilir (6102, m.490). Burada hukuki işleme

³ Oğuz İmregün, Ticaret Hukuku Dersleri (İstanbul 1984) 587

açıklık getirilmiş ve kanunî intikallerde ciro ve zilyetliğin devrine gerek olmadığı belirtilmiştir.

490'ıncı madde hükmü uyarınca nama yazılı pay senetlerinin hukuki işlemle devri, aynı emre yazılı senetlerin devrinde olduğu gibi ciro edilerek zilyetliğin devralana geçirilmesi yoluyla yapılabilmektedir. Bu devir, emre yazılı senetlerin devrine ilişkin hükümlere tabidir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.11.1993 tarih ve E.1993/479 ve K.1993/8311 sayılı kararında, nama yazılı pay senedinin, senedin devralana teslimi olmaksızın, sadece ayrı bir kâğıda yazılan temlikname ile devredilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Pay defterine kayıt zorunluluğu, nama yazılı pay senedinin kıymetli evrak ile ilgili olmayan, kıymetli evrak olarak devrine ve özelliklerine engel teşkil etmeyen kıymetli evrak hukuku dışında bir işlemdir. Bu sebeple pay defterine kayıt zorunluluğu, nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olarak sayılmasına engel oluşturmamaktadır. Sadece pay sahipliğini, diğer pay sahiplerine karşı ileri sürmede geçici bir engel niteliği taşır⁴. Dolayısıyla nama yazılı pay senetlerinin devri, ortaklığa karşı ancak pay defterine kayıtlı hüküm ifade eder⁵.

Nama yazılı pay senedinin usulüne uygun olarak devredildiği ispat edilmediği sürece, devralan pay defterine yazılamaz. Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi olarak kabul edilir (6102, m.499).

Nama yazılı paylar açısından pay senetleri devrinin kanuni olarak veya esas sözleşmeyle sınırlandırılması mümkündür.

4. Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devrinde Kanuni Sınırlandırma

Nama yazılı pay senetlerinin tercih edilmesinin nedenleri Aytaç tarafından; *“ortak sayısının tesbitinde, ortakların tanınması ve takibinde, malvarlığının korunmasında, ortaklığın yabancılaşmasının önlenmesinde, tali mükellefiyetlerin sağlanmasında, senedin kaybolması halinde genel kurul toplantısına katılmada, vergi kaybını önlemede çeşitli yararları bulunmasına karşılık, ortaklık payının devrindeki güçlükler, halka*

⁴ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu Ortaklıklar, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, (12th edn, İstanbul 1995) 1465

⁵ Yargıtay 11 HD, 1848/10948, 8.11.2004

açılmayı engelleme, gizliliği sağlayamama bakımından sakıncalarından söz edilmektedir." şeklinde ortaya konulmuştur⁶.

Anonim şirkette ilke, nama yazılı payın serbestçe devredilebilmesidir. Bu ilkeye göre pay, ister çıplak, ister senede bağlanmış pay olsun, herhangi bir şirket organı, pay sahipleri veya üçüncü kişilerin onayı aranmaksızın diğer pay sahiplerine ve/veya üçüncü kişilere devredilebilir⁷. Bu ilkenin 6102 sayılı Kanunda öngörülen tek istisnası bedellerinin tümü ödenmemiş nama yazılı paylardır. Söz konusu paylar, esas sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, ancak şirketin onayı ile devredilebilir. Bu durum, ödenmemiş pay bedelinin güvencesidir. Şirket bedelinin tümü ödenmemiş olan şirketlerde ödeme gücü yetersiz kişilerle karşı karşıya kalmamalıdır. Ancak, salt payların bedellerinin ödenmemiş olması, şirkete onayı reddetmek hakkını vermez. Devralanın ödeme gücüne sahip olması ve dürüst olması halinde şirketin devir işlemine onay vermesi gerekir. Aksine hareket, kanuna ve dürüstlük ilkesine aykırıdır. Ayrıca devir, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşmişse, payların bedellerinin tümü ödenmemiş olsa bile şirketin onayına gerek yoktur (6102, m.491).

Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir. Nitekim şirket, teminatı keyfi olarak talep edemez; bunun için devralanın ödeme gücü ve dürüstlüğü tereddüt yaratmalıdır.

5. Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devrine Esas Sözleşmeyle Sınırlama

Kanuni sınırlamadan farklı olarak esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir. Esasında bu durumda devredilebilme ilkesi söz konusudur. İlke, devredilebilme sınırlamasının böyle bir esas sözleşme ile ve devrin şirketin onayına bağlanması suretiyle yapılabileceğidir. Esas sözleşme, böyle bir sınırlama getirmemişse payın serbestçe devri kuralı geçerli olur. İlke, şirketlerin esas sözleşmelerine, "nama yazılı payların devri şirketin onayına tabidir." hükmünü yazmalarına izin vermemekte, böyle bir sınırlamanın iki ayrı

⁶ Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri (Ankara 1988) 77

⁷ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Ankara 2016) 553

şirket sınıfında nasıl yazılması gerektiğini izleyen maddelere bırakmaktadır.

Esas sözleşme sınırlaması intifa hakkı kurulurken de geçerlidir. Bunun nedeni intifa hakkı sahibinin oy hakkını haiz olmasıdır. Diğer yandan, rehin hakkı sahibine bu hak tanınmamıştır. Esas sözleşmelerin böyle bir bağlam getirmesi kanuna aykırı olur.

Ayrıca tasfiyeye giren bir şirkette, şirket yönünden bağlam konulmasını, yani serbestçe devir ilkesinin sınırlandırılmasını haklı gösteren sebepler ortadan kalkacağı için şirket tasfiyeye girmişse devredilebilirliğe ilişkin sınırlamalar düşer.

5.1. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması

Konuya geçmeden önce pay senedinin borsaya kotasyonu hakkında bilgi vermek gerekir. Nama yazılı pay senedi, sahibinin adına hazırlanır. Bir pay senedinin yatırım aracı olarak seçilebilmesi için de, borsaya kote olması gerekmektedir. Halka arz edilecek olan pay senetlerinin borsa izni olması gerekmektedir ve bunun için de pay senedi borsaya kote ettirilir.

Borsaya kote olmak ya da bir başka deyişle kotasyon borsanın izniyle halka arz edilecek pay senetlerinin, borsaya kaydedilmesidir. Kote ettirilmemiş senetlerin ticareti olanaklı değildir. Kote olmuş senet, ilgili borsada tanındığını ve alım/satımının yapılmasına izin verildiği anlamına gelir. Pay senetlerinin ticaretinin yapıldığı bir piyasa olan her borsanın kendine özgü kuralları vardır.

Kotasyon başvurusu, ihraççı, halka arz eden, fon kurucusu veya ihraca aracılık eden yatırım kuruluşu tarafından yapılır. Borsaya sunulan bilgilerdeki ve belgelerdeki yanlışlıklardan ya da noksanlıklardan ihraççı veya fon kurucusu, halka arz edenler, ihraca aracılık eden yatırım kuruluşu, birden çok yatırım kuruluşunun aracılık ettiği ihraçlarda konsorsiyum lideri veya eş liderleri, piyasa danışmanı, varsa garantör ve bağımsız denetçi ile değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları ile hukukçu raporunu hazırlayanlar kusurlarına ve durumun gereklerine göre sorumludur. Bu kuruluşlar sermaye piyasası aracının borsada işlem görmeye başlamasından önce bu bilgilerin ve belgelerin içeriği ile ilgili önemli değişiklikler ve gelişmeler olması halinde Borsaya derhal yazılı olarak bilgi vermek zorundadırlar.

Bu kapsamda borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devrinde, devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır (6102, m.494). Burada 6102 sayılı Kanun kıymetli evrakın bir ilkesine istisna getirmiştir. Onay ile birlikte payların/pay senetlerinin mülkiyeti de devralana geçer. Buradaki onay, kıymetli evrak hukuku ilkelerine önemli bir istisna oluşturur. Çünkü nama yazılı hisse senetlerinde ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ve çıplak paylarda temlik geçişi sağlamamakta, intikal onayla olmaktadır. Onay sadece mülkiyeti değil pay senetlerine bağlı hakları da devretmektedir. Hem mülkiyetin hem de pay senedine bağlı malvarlığı ile yönetim ve denetim-inceleme haklarının anonim şirketin onayına bağlanması yönetsel unsurların birlikteliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda devir için onay verilmediği sürece hisse senetlerinin mülkiyeti ve paylara bağlı bütün haklar devredende kalır ve devreden tarafından kullanılır.

Diğer yandan, pay senetleri, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmişlerse anonim şirketin onayı işlevi değer yitirir. Çünkü söz konusu hallerde payların hükümleri ve malvarlığı hakları derhal ilgili kişiye (kişilere) geçer; yönetim haklarının geçmesi için ise anonim şirketin onayı gerekir. Şirket bu onayı vermediği sürece söz konusu haklar eski malikte kalır. Anonim şirket pay senetlerini alma önerisinde bulunması halinde ise hem mülkiyet hem de hisse senetlerine bağlı hakların tümü şirkete geçer. Şirketin kararını verebilmesi için üç aylık düşünme süresi vardır. Bu süre içinde reddetmemişse veya haksız red kararı vermişse, geçişi onaylamış sayılır. Şirketin kararı ya kanunî ya da kanunun izin verdiği bir esas sözleşme hükmüne uygun bir sıralamaya dayanmalıdır.

Öte yandan, borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devrine onay verilmeme nedenleri, 493'üncü maddede hüküm altına alınmıştır. Hüküm anonim şirketlerin, esas sözleşmelerine koyabilecekleri bağlam kurallarını göstermektedir.

Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, “*şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başyurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.*”

Hükümden anlaşılacağı üzere, bir anonim şirket borsaya kote edilmemiş bulunan pay senetlerinin devrine onay vermeyi iki halde reddedebilir:

- (1) Esas sözleşmesinde öngörülmüş bir haklı sebebe dayanarak,
- (2) Devreden kişiye, devre konu payları/pay senetlerini, başvurma anındaki gerçek değeri ile kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek.

Söz konusu durumlardan herhangi birinin varlığı halinde anonim şirket onay vermeyi reddedebilir. Mezkûr fıkranın gerekçesinde hükmün önemi vurgulanmıştır. Buna göre, yukarıdaki fıkra maddenin izleyen fıkralarıyla aydınlanan ve anlam kazanan bir hükümdür. Bilindiği üzere, anonim şirket her türlü haklı görülebilecek sebebi "haklı sebep" olarak esas sözleşmesine koyamaz. Haklı sebepler kanunen gösterilmiş olan kategorilerden birine girmelidir. Ayrıca esas sözleşmede haklı sebeplere göndermede bulunmak yeterli değildir. Haklı sebep kanundaki haklı sebeplere uygun bir şekilde somutlaştırılmalıdır. İkinci kural ise şöyle ifade edilebilir: Birinci fıkrada öngörülen onayın reddi sebepleri sadece pay senedinin hukukî bir işlemle devri hali için geçerlidir. Üçüncü kural kesin bir sonucu açıklar: şirketin onay vermemesi halinde devir geçersizdir. Anonim şirkete, devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri üzerinden devralma önerisinde bulunabilme olanağının tanınması, ona, haklı sebepler yanında, sağlanmış, uygun görmediği devirlerden kurtulabilme olanağıdır. Uluslararası uygulamada ve öğretide escape clause (kaçış, kurtuluş klotu) diye anılan bu hüküm kişisel unsurları öne çıkan anonim şirketlerde, (aile anonim şirketi, tek kişilik anonim şirket, iki gruptan oluşan anonim şirket ve genel olarak kapalı anonim şirket gibi) şirketin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen bir etkin araçtır. Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekmez.

493'üncü maddenin ikinci fıkrasında, "*Pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur*" denilerek haklı sebebin önemine vurgu yapılmıştır. Buradaki haklı sebep kavramı borçlar hukuku ile şahıs şirketleri hukukunda geçerli olan, ilişkiyi çekilmez hâle getiren haklı sebepten farklı olarak şirket yönünde önemi olan sebebi ifade eder. Hükümde haklı sebep kategorileri pay sahipleri çevresinin bileşimi, şirketin konusu ve işletmenin bağımsızlığı olarak belirlenmiştir.

Üçüncü fıkra, “Bundan başka, devralan, payları kendi adına ve hesabına aldığı açıkça beyan etmezse şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir” denilerek, anonim şirketin, devreden kişiden devralanın bir beyanını kendisine sunmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Devralan bu beyanında, pay defterine kaydını istediği pay senetlerini kendi adına ve hesabına aldığı açıkça beyan etmelidir. Bu beyan ile ikinci fıkradaki haklı sebeplerin dolanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Başka bir deyişle, anonim şirketin ileri sürebileceği bir haklı sebebi tarafların muvazaa ile hatta inançlı bir işlemle aşmaları, hükme aykırıdır.

“Paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra gereği iktisap edilmişlerse, şirket, payları edinen kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.” şeklinde hükme bağlanan dördüncü fıkraya göre belirtilen hallerde anonim şirket kural olarak onay vermekle yükümlüdür, ancak, şirket söz konusu pay senetlerini gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir. Hüküm hisse senetlerinin anonim şirket tarafından alınmasını öngörmektedir.

Değer ihtilaflarını ortadan kaldırmak amacıyla öngörülen beşinci fıkraya kapsamında, “Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir; bu hâlde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar”, ve varsayım içeren altıncı fıkraya göre, “Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır.”

Son olarak yedinci fıkra, esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramayacağını hüküm altına almıştır.

5.2. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Pay Senetleri Devrinin Esas Sözleşmeyle Sınırlandırılması

Anonim şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir (6102, m.495/1). Bu düzenleme, nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirketlerde, borsadan iktisap halinde, şirketin

iktisap edeni pay sahibi olarak tanımamak, yani esas sözleşmesine koymakta serbest olmadığını belirtmektedir. Esas sözleşmeye, ancak yüzde ile ifade edilen bir sınır öngören bir hüküm konulabilir: *"Bir gerçek veya tüzel kişi şirket sermayesinin en çok yüzde 0,5 kadar nama yazılı pay senedini borsada iktisap etmişse pay defterine kaydedilebilir. Bu yüzdeyi aşan iktisapların pay defterine yazılması reddedilebilir"* şeklinde bir esas sözleşme hükmü buna örnektir. Hükümdeki "pay sahibi olarak tanımak ibaresi" her zaman pay defterine kaydetmek şeklinde anlaşılamaz. Çünkü şirket devralanı pay sahibi olarak tanımadan da pay defterine kaydetmektedir (6102, m.499).

Ayrıca bu düzenleme kısaca, yabancılaşmaya engel olmak amacıyla öngörülmüştür. "Yabancılaşma" şirketin konumunun değişmesi anlamına gelir: Kontrolün başkalarına geçmesi, bağımsız olmaktan çıkıp bir şirketler topluluğu içinde bağımlı bir şirket haline gelmesi, yabancı uyruklu kişilerin, sıcak para kullanan fonların esiri olması, bazı niteliklerini veya haklarını, avantajlarını yitirmesi gibi. Meselâ bir havayolu şirketinin nama yazılı pay senetlerinin yüzde yirmi beşinden fazlasının yabancıların eline geçmesi halinde, uluslararası havacılık kurallarına göre, ulusal şirketlere tanınan bazı uluslararası kanalları kullanmak hakkı kaybediliyorsa, yüzdesel sınır şartı koruyucu rol oynayabilir. Özellikle avantaj kayıplarında nama yazılı pay senetleri önemli rol oynayabilir. Çünkü örnekteki "ulusal" olduğu kabul edilen şirketteki yabancılaşmanın (çoğu kez) pay defteri ile kanıtlanması gerekebilir; hamiline pay senetleri yeterli ve güvenilir görülmeyebilir. Düzenleme uygulanma şartı, nama yazılı pay senetlerinin borsaya kote edilmiş olması ve pay senetlerinin borsadan alınmasıdır. Düzenleme, haklı gerekçelerin varlığında veya yüzdesel sınırın aşılması halinde devralanı pay defterine kayıt olanağını yönetim kuruluna bırakacak esneklikte kaleme alınmıştır. Birleşme, şirketin kendi hisse senetlerini iktisap etmesi ve şirketin finansal durumunu iyileştirici bir önlemin uygulanması vs. gibi hallerde bu esneklik yönetim kuruluna yardımcı olabilir. Ancak yönetim kurulu takdir hakkını keyfi kullanamaz.

Ayrıca istemde bulunmasına rağmen devralan, payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, şirket, payların pay defterine kaydını reddedebilir. Bu durum 495'inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen üst sınır kuralının dolanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Gerçekten, borsada başkası adına veya hesabına yapılan alımlarla birinci fıkra tamamen etkisiz hâle getirilebilir. Ret sebebinin ileri sürülebilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur.

Borsaya kote edilmiş pay senetleri hukukî bir işlemle değil de miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri şeklinde özel sebeplerin varlığı halinde devralanın pay sahibi sıfatını alması reddedilemez. Söz konusu durumlarda ne yüzdesel ne de başka bir sınırlama geçerli olur. Şirketin pay defterine kaydı reddedemeyeceği özel haller sayılırken cebri icradan iktisap varsayımına yer verilmemiştir. Ancak bunun unutulmuş olmaktan kaynaklanan bir hata olduğu konusunda öğreti görüş birliği içindedir. 6102 sayılı Kanun bu tür iktisabı da açıkça zikretmiştir.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlar (6102, m.496). Bu hükmün amacı, pay defterinin gerçek durumu yansıtmamasını sağlamaktır. Bildirim ile şirket, nama yazılı pay senetlerini kimin aldığını bilmese bile pay defterinde kayıtlı kişinin artık mezkûr hisse senetlerinin ve hakların sahibi olmadığını öğrenecektir. Çünkü anılan hüküm uyarınca borsaya kote pay senetleri borsada satılınca, oy hakkı ile ona bağlı haklar hariç, paya bağlı haklar devralana geçer. Anılan hüküm dolayısıyla, borsadaki devrin hemen şirkete bildirilmesi ve şirketin de ona göre gerekli işlemi yapması gerekir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında 6102 sayılı Kanun kapsamında borsaya kote edilmemiş bulunan nama yazılı pay senetlerinde "pay sahipliği haklarının bütünlüğü" ilkesinin kabul edildiği görülür. Bu durum Kanunun gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Anılan ilke, söz konusu pay senetlerinin devirlerinde, şirket onay vermediği sürece mezkûr pay senetlerinin mülkiyeti ile pay senetlerine bağlı tüm hakların devredende kaldığını; onay verilmesi halinde mülkiyetin ve hakların geçtiğini ve geçiş yönünden haklarda bölünme olmadığını ifade eder. Borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinde ise durum farklıdır. 6102 sayılı Kanun borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerine ilişkin hakların geçişinde "oy hakkı ile ona bağlı haklar"ı diğer pay sahipliği haklarından ayırmıştır. Borsaya kote nama yazılı pay senetlerine ilişkin bu sistem farklılığının sebebi, pay senetlerinin borsada işlem görmeleridir. Borsaya kote nama yazılı pay senetlerinde, devralanı pay sahibi olarak tanımayı şirketin reddetmesi halinde, pay senetlerinin mülkiyetinin geçmediğini kabul etmek yani işlemi geri çevirmek mümkün değildir. Böyle bir sonuç, borsaya güveni sarsar, hatta tamamen or-

tadan kaldırır. Bu tür kanunî bir düzenleme borsayı hamiline pay senetlerine özgülemek demek olur. Oysa borsaya pek uygun olmayan nama yazılı pay senetlerinin de borsada yeri olmalıdır.

Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetlerinin devrinde hakların geçişi 6102 sayılı Kanunun 497'nci maddesinde hüküm altına alınmıştır;

“(1) Borsaya kote nama yazılı paylar borsada iktisap edildikleri takdirde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile birlikte devralana geçer. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer.

(2) Devralan, şirket tarafından tanınuncaya kadar, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamaz. Tüm diğer pay sahipliği haklarının, özellikle rüçhan hakkının kullanılmasında, iktisap eden herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

(3) Şirket tarafından henüz tanınmamış bulunan devralanlar, hakların geçmesinden sonra, oy hakkından yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır. Söz konusu paylar genel kurulda temsil edilemez.

(4) Red hukuka aykırı ise şirket, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanır. Şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın red nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere, borsaya kote nama yazılı pay senetlerinin borsada ve borsa dışında iktisap edilmeleri, hakların geçişi yönünden farklı uygulamalara bağlanmıştır.

a) Nama yazılı pay senetlerinin borsa içinde borsa kurallarına göre iktisap edilmeleri halinde haklar, borsada, borsa kuralları uyarınca yapılan devir ile birlikte devralana geçmektedir. 6102 sayılı Kanun borsanın kendi kurallarına göre yaptığı devri esas almıştır.

b) Pay senetlerinin borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise geçiş anı, devralanın, pay defterine kayıt için şirkete başvurma tarihidir.

Her iki halde de, birinci fıkrada kullanılan "haklar" terimi ile "oy hakkı ile ona bağlı hakların kullanılması" dışındaki haklar kastedilmiştir. Her iki geçiş anında da oy hakkı ile (genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma gibi) ona bağlı haklar kullanılamaz. Bu varsayımda oy ve ona bağlı haklar yönünden hukukî duruma göre oy ve ona bağlı haklar devralana geçmiştir. Ancak devralan sadece bu hakları kendisi şirket

tarafından tanınıncaya kadar kullanamaz. Devredende ise devrolunan pay senetlerinden doğan hiçbir hak kalmamıştır. Birinci fıkrada istisnaya işaret edilmeksizin "haklar" denilmiş olmasının sebebi devredende hiçbir hakkın bulunmaması, hiçbir hakkın onda kalmamış olmasıdır. Hakların geçmesi hisse senetlerinin mülkiyetinin geçmesi anlamındadır⁸.

Borsadan iktisap halinde devralan, malvarlıksal hakların hemen sahibi olur. Pay senetlerinin borsanın dışında devralınması halinde devralan senetlerin mülkiyetini kazanır, malvarlıksal hakları ise ancak devri ispatlayınca edinir. Pay senetlerinin borsada ve borsa dışında iktisabı kavramlarını borsa kuralları belirler. 6102 sayılı Kanun bu konuda hiçbir hüküm getirmemiş, bunu borsa mevzuatına bırakmıştır. Bu kapsamda, sermaye piyasası araçlarının kota alınmasına, kotta kalmasına, işlem gördüğü pazarın değiştirilmesine, kota alınmaksızın işlem görmesine ve kottan çıkarılmasına ilişkin esasları ve kuralları düzenlemek üzere 2015 yılında, Borsa İstanbul A.Ş. Borsa Kotasyon Yönergesi çıkarılmıştır.

Öte yandan, nama yazılı pay senetleri ister borsada, ister borsa dışında iktisap edilmiş olsunlar, şirket devralanı pay defterine kaydetmediği sürece oy ve ona bağlı haklar kullanılamaz. Buna karşılık malvarlıksal haklar herhangi bir sınırlamaya bağlı olunmaksızın kullanılabilir. Bunun sebebi oy ve ona bağlı hakların şirket üzerindeki hâkimiyet ile doğrudan ilgili bulunması, buna karşılık hisse senetlerine yatırım yapan kişinin malvarlıksal hakları kazanmasının gerekliliğidir.

Anonim şirketler tarafından tanınmamış olmalarına rağmen, hakların geçmesi halinde, oy hakkından yoksun pay sahibi yine de pay defterine kaydedilerek açıklık sağlanır. Pay defterine kaydolmuş oy hakkı bulunmayan pay sahibinin hukukî durumu, içtihat ve öğreti tarafından belirlenecektir. Ancak 6102 sayılı Kanunun sistemi söz konusu kişiyi oy hakkı bulunmayan pay sahibi konumunda görmeye olanak tanımaktadır. Askıda oy hakkı teorisi, sistemin bir diğer yönden adlandırılması olarak kabul edilebilir. Çünkü 6102 sayılı Kanunun 499 uncu maddesinin dördüncü fıkrası hükmü⁹ ile sistem kendisini tanımlamaktadır.

⁸ Yavuz Akbulak, 'TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri', Ankara Barosu Dergisi (2016) (1) 519

⁹ III - Pay defteri

1. Kayıt MADDE 499-

...

Anonim şirketler, devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddeder, devralan hakkını mahkemede arar ve reddin haksızlığını belirten ve pay defterine kaydı emreden bir mahkeme kararı alırsa, bu karar kesinleşme tarihinden itibaren hüküm ifade eder; yoksa geriye etkili olmaz. Aksi halde, genel kurul kararlarının geçerliliği sorunu çıkardı. 497'nci maddenin dördüncü fıkrasıyla devralana tanınan dava hakkı ile anonim şirketin, keyfî, haksız, art niyetli red kararları ile devralanın oy hakkı ile oy hakkına bağlı haklarını devamlı olarak askıda tutmasına engel olunmuştur. Red kararı devralanın pay defterinde oysuz pay sahibi olarak kaydının silinmesi anlamına gelmez; zira şirket kaydı silemez. Ancak "oysuz pay sahibi" konumu devralanı hem tatmin etmez hem de onu bu pay senetlerini elden çıkarma, hatta şirketin istediği kişiye satma baskısı altında tutar. 6102 sayılı Kanun devralana dava hakkı tanıyarak bu sakıncalı duruma yargı yolu ile çözüm getirmeyi amaçlamaktadır. Bazı hallerde şirketin ret kararı yönetim kurulu kararının butlanına veya genel kurul kararının iptali veya butlanı kapsamına girebilir. Ancak kanun koyucu burada, diğer sebeplere tâbi olmayan bağımsız bir davaya yer vermiştir. Şartların varlığında devralanın davalar arasında seçim hakkı bulunup bulunmadığı noktasında kanun koyucu çözümü öğretiyeye ve mahkeme kararlarına bırakmıştır. Kusur halinde red kararının sebep olduğu zararlardan şirketin sorumlu tutulmasıyla da sistem tamamlanmıştır. Bu hükmün özelliği, kusursuzluğun ispatının şirkete bırakılmış olması, yani ispat yükünün yer değiştirmiş bulunmasıdır¹⁰.

6. Sonuç

Anonim şirketler açısından sadece hamiline ve nama yazılı olarak çıkarılabilen pay senetleri, payın kıymetli evraka bağlanmış hali olarak tanımlanmaktadır. 6102 sayılı Kanun açısından hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler hakkında, ancak zilyetliğin geçirilmesiyle hüküm ifade eder. Nama yazılı paylar ise, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Pay senetlerinin devri kanunla veya esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devro-

(4) Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir.

...

¹⁰ Akbulak (n 8) 520

lunabilir. Ayrıca esas sözleşme, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir.

Nama yazılı pay senedi, sahibinin adına hazırlanır. Bir pay senedinin yatırım aracı olarak seçilebilmesi için de, borsaya kote olması gerekmektedir. Halka arz edilecek olan pay senetlerinin borsa izni olması gerekmektedir ve bunun için de pay senedi borsaya kote ettirilir. Borsaya kote olmak ya da bir başka deyişle kotasyon borsanın izniyle halka arz edilecek pay senetlerinin, borsaya kaydedilmesidir

Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay senetlerinin devri, söz konusu senetlere bağlı hakların devrini de kapsar. Borsaya kote nama yazılı pay senetlerinin borsada ve borsa dışında iktisap edilmeleri, hakların geçişi yönünden farklı uygulamalara bağlanmıştır. Nama yazılı pay senetlerinin borsa içinde borsa kurallarına göre iktisap edilmeleri halinde haklar, borsada, borsa kuralları uyarınca yapılan devir ile birlikte devralana geçmektedir. 6102 sayılı Kanun borsanın kendi kurallarına göre yaptığı devri esas almıştır. Pay senetlerinin borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise geçiş anı, devralanın, pay defterine kayıt için şirkete başvurma tarihidir. Nama yazılı pay senetleri ister borsada, ister borsa dışında iktisap edilmiş olsunlar, şirket devralanı pay defterine kaydetmediği sürece oy ve ona bağlı haklar kullanılamaz. Buna karşılık malvarlıksal haklar herhangi bir sınırlamaya bağlı olunmaksızın kullanılabilir. Şirket tarafından tanınmamış olmalarına rağmen, hakların geçmesi halinde, oy hakkından yoksun pay sahibi gene de pay defterine kaydedilerek ağırlık sağlanır.

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devrinde, devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay senetlerinin devri bazı hallerde reddedilebilir. Buna ilişkin düzenlemede red nedenleri belirtilmiştir. İlgili madde, anonim şirketlerin, esas sözleşmelerine koyabilecekleri bağlam kurallarını içermektedir.

Esasen anonim şirketlerde nama yazılı pay senetleri genel ilke olarak serbestçe devredilebilir. Burada pay devrinin esas sözleşmeyle sınırlandırılması bazı şartlara bağlanarak bir nevi sınırlandırma usulü sınırlandırılmaktadır. Böylelikle pay devri serbestisinin ortadan kaldırılmasının ve kötüye kullanılmasının önüne geçilmekte ve payların şirkete yabancı olan 3'üncü kişilere devrolmasının engellenmektedir. Aslında esas sözleşme ile getirilen sınırlama anonim şirket bünyesindeki bağımsızlı-

ğın bozulma riskini bertaraf etmektedir. Sonuç olarak, anonim şirketlerde nama yazılı pay senetleri devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılmasına yönelik uygulamaların kanuni düzenlemelere uygun olarak yapılması büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü (İstanbul 2005)
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Ankara 2016)
- Domaniç H, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, (TTK Şerhi-1 İstanbul 1988)
- İmregün O, Ticaret Hukuku Dersleri (İstanbul 1984)
- Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, (12th edn, İstanbul 1995)
- Akbulak Y, TTK Işığında Anonim Şirketlerde Pay Senetleri, Ankara Barosu Dergisi (2016) (1) 519
- Aytaç Z, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri (Ankara 1988)
- Yargıtay 11 HD, 479/8311, 19.11.1993
- Yargıtay 11. HD, 1848/10948, 8.11.2004

UZMAN GÖRÜŞÜ

EXPERT OPINION

* Şirketler Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim
Arbitration in Corporate Law Disputes
Av./Atty. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI
Av./Atty. Muhammed Buğrahan HELVACI

ŞİRKETLER HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM

(ARBITRATION IN CORPORATE LAW DISPUTES)

Av./Atty. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI*

Av./Atty. Muhammed Buğrahan HELVACI**

ÖZ

Türkiye’de şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için tahkim yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda mevzuatta açık düzenleme olmaması sebebiyle şirketler hukuku uyuşmazlıklarından hangilerinin tahkime elverişli olduğu ve esas sözleşmeye tahkim şartı konulup konulamayacağı noktasında öğretide farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu konudaki uygulama Yargıtay kararları çevresinde şekillenmekte olup, öğretide bu konuda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. İşbu çalışmada 16 Ekim 2021 tarihinde gerçekleştirilen, Ticaret Bakanlığı, İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü ve alanında uzman akademisyenlerin katıldığı “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” isimli çevrimiçi seminerde tartışılan muayyen hususların özetine yer verilmesi suretiyle konunun farklı perspektiflerden aydınlatılmaya çalışılması ve mevcut durumun ortaya konulmasına hizmet edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Hukuku, Tahkim, Şirket Esas Sözleşmesi, Tahkime Elverişlilik

* İTOTAM Genel Sekreteri, Senem.Bahcekapili@ito.org.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2014-7961

** İTOTAM Avukat, bugrahan.helvacı@ito.org.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1608-1736

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

ABSTRACT

Since there is no clear regulation in the Turkish legislation on whether to resort to arbitration in order to resolve disputes arising from company law, there are different approaches in the doctrine regarding which of the company law disputes are arbitrable and whether an arbitration clause can be included in the articles of association. The practice on this subject is determined by the Court of Cassation's decisions, and it is stated in the doctrine that a legal regulation is needed on this issue. This study will serve to enlighten the subject from different perspectives and to present the current situation by giving a summary of certain issues discussed in the online seminar titled "Arbitration in the Resolution of Corporate Law Disputes", which was held on October 16, 2021, attended by the Ministry of Commerce, Istanbul Trade Registry Directorate and academics who are experts in their fields.

Keywords: *Company Law, Arbitration, Articles of Association, Arbitrability*

İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTO-TAM) olarak 16 Ekim 2021 tarihinde “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” konulu online seminer gerçekleştirilmiştir. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin önemi dikkate alındığında, şirketler hukuku alanında da tahkimden yararlanılmasının çok önemli olduğu düşünülerek ilgili seminer düzenlenmiştir.

Seminerin ilk kısmında Ticaret Bakanlığı ve İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından korporatif uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ile şirket esas sözleşmesine tahkim şartı konulup konulamayacağı hususları tartışılmış ve konu sicil uygulamaları bakımından ele alınmıştır. Seminerin ikinci kısmında ise şirketler hukuku alanında uzman akademisyenler, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve yürürlükteki Türk mevzuatı ışığında şirketler hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin görüşlerini paylaşmışlardır.

Bu çalışmada, şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim konusuna ilişkin sorunlar ve çözüm önerilerinin tüm yön-

leriyle ele alındığı seminerde görüşülen hususlar özetlenmiştir. Seminere ilişkin konuşmacıların detaylı tebliğleri bilahare yayınlanacaktır¹.

Şirketler hukukunun teknik ve özel uzmanlık getiren yapısı göz önüne alındığında, tahkimin uyuşmazlığı alanında uzman kişilerce çözme konusunda sağladığı avantaj çok önem arz etmektedir. Bu alandaki uyuşmazlıkların örneğin bir genel kurul kararının iptali davasının 4-5 yıl bir süreyle kesinleştiği göz önüne alındığında, tahkim yoluyla ihtilafın çok daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesi mümkündür. Tahkim yolunun tercih edilmesi devlet mahkemelerindeki iş yükünün azaltılmasına imkân sağlayacaktır.

Şirketler hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tahkimden yararlanılması bakımından konu ilk olarak Türk Ticaret Kanunu² (TTK) madde 340 hükmünde düzenlenen “emredici hükümler ilkesi” çerçevesinde ele alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu ile kabul edilen emredici hükümler ilkesi karşında anonim ve limited şirketler bakımından tahkim şartının şirket esas sözleşmesine konulup konulamayacağı sorunu tartışılmıştır.

Seminerde TTK m. 340 hükmünde öngörülen emredici hükümler ilkesinin, esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm olarak tahkim şartına yer verilmesine engel bir durum oluşturmadığı yönünde görüşler bildirilmiştir. Bu değerlendirme sırasında, yetkili mahkemenin şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi olduğunu düzenleyen TTK m.561’in gerekçesine yansıyan kanun koyucunun iradesi vurgulanmıştır. Şöyle ki, madde gerekçesinde maddenin “kesin ve münhasır yetkili bir mahkemeyi göstermediği, tahkim ve yetki sözleşmesi yapma yolunun açık olduğu” belirtilmiştir. Dolayısıyla gerekçeye yansıyan bu irade karşısında anonim ve limited şirketlere ilişkin tahkime elverişli belirli uyuşmazlıklar bakımından tahkim yoluna gidilebileceği ve tarafların esas sözleşmede tahkim şartına yer vermiş olmasının emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür.

¹ Bu çalışmada 16.10.2021 tarihindeki konferans kayıtları esas alınarak tartışılan konuların özetine yer verilmiştir. [İstanbul Ticaret Odası, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” (YouTube, 19 Ekim 2021), <<https://www.youtube.com/watch?v=WaExprnpqqg>> erişim tarihi: 22 Aralık 2020]

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2021, RG 14.02.2011/27846

Tahkime elverişlilik bakımından şirketler hukukundaki hangi uyuşmazlıkların elverişli olabileceği tartışılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (HMK) m. 408'de ve Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴ (MTK)' m. 1/IV.'de taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı düzenlendiğinden, Türk hukukunda benimsenen bu iki kriter çerçevesinde şirketler hukuku yönünden tahkime elverişlilik değerlendirilmiştir.

Sermaye koyma borcuna ilişkin uyuşmazlıkların (TTK m.127) iki tarafın iradesine tabi olan haklardan doğan nitelikte olduğu belirtilerek, sermaye koyma borcunun konusunun da taşınmazların aynına ilişkin olmadığı hallerde tahkim elverişli sayılacağı ileri sürülmüştür. Ortaklar arasında serbest tasarruf esasına göre düzenlenen bu tarz haklara dair uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunun ve tahkim kaydı veya tahkim sözleşmesi aracılığıyla, tahkim yargılamasına tabi kılınabileceğinin kabul edilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür.

TTK m.553'te düzenlenen, şirketin uğradığı zarar sebebiyle şirket, pay sahipleri ya da alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davaları ya da pay sahipleri ya da alacaklılar tarafından doğrudan zarar nedeniyle açılan sorumluluk davalarının iki tarafın iradesine tabi işler oldukları ve bu itibarla tahkim elverişli oldukları belirtilmiştir.

Şirketler hukukunda pay sahipleri sözleşmesinden doğan ihtilafların veya şirket sözleşmesi aracılığıyla mevcut ortaklara tanınan ön alım hakkı, alım hakkı ve geri alım haklarının iki tarafın iradesine tabi olma esasına göre düzenlenmeleri nedeniyle bu haklara dair uyuşmazlıkların da tahkime elverişli oldukları görüşü ileri sürülmüştür.

Şirket organlarının kararlarının iptaline veya geçersizliğinin tespiti- ne ilişkin davaların tahkime elverişliliği konusu da seminerde tartışılmıştır. Genel kurul kararları hakkındaki iptal davalarının yanı sıra, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının yokluk veya butlan nedeniyle kararların geçersizliğinin tespitine yönelik davalar bakımından her ne kadar doktrinde farklı görüşler olsa da, işbu davaların Ticaret Bakanlığı tarafından tahkime elverişli bulunmadığı dile getirilmiştir. Bununla bir-

³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2021, RG 04.02.2011/27836

⁴ Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453

likte kayıtlı sermaye sistemini tercih eden anonim şirketler özelinde ve yalnızca kayıtlı sermaye sistemi kapsamında alınacak sermaye artırımı, sermaye azaltımı, rüçhan haklarının sınırlandırılması, primli pay çıkarılması ve benzeri yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilmesinin mümkün olduğu belirtilerek, Yönetim Kurulu'nun TTK m. 460 hükmü çerçevesinde alacağı kararlar aleyhine açılacak iptal davalarının da tahkime elverişli olmadıkları belirtilmiştir. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da, Ticaret Bakanlığı bu davalar bakımından da konuya temkinli yaklaşıtlarını ve bu davaların tahkime elverişli nite-likte olmadığı kanaatinde olduklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte, bu konuda yapılacak çalışmalar bu alanın gelişmesiyle bu konuda farklı bakış açısı kazandırabileceğini de belirtmişlerdir.

Şirketin sona ermesine ilişkin fesih davası ve iflas davası gibi davaların da (anonim şirketler bakımından kuruluşta kanuna aykırılık sebebiyle fesih TTK m.353, genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 529, organ eksikliği sebebiyle sona erme TTK m. 530, haklı nedenle fesih TTK m. 531 ve limited şirketler bakımından sona erme TTK m. 636) tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığı ileri sürülmüştür. Fesih ve iflasa ilişkin tüm davaların Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açıldığı ve ticaret şirketlerinin feshine ve iflasına ilişkin uyuşmazlıkların tarafların iradesine tabi olmayan ve dolayısıyla tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar olduğu belirtilmiştir.

Tahkim şartının esas sözleşmeye dahil edilmesi de seminerde ele alınmıştır. Tahkim şartının esas sözleşmeye dahil edilmesi, tahkim şartına kuruluş esas sözleşmesinde yer verilerek ya da sonradan esas sözleşme değişikliği yoluyla esas sözleşmeye dahil edilerek söz konusu olabilmektedir. Fakat bu tahkim şartının sözleşmeye sonradan konulması durumunda, sözleşme değişikliğinin hangi nisapla alınacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bakanlık burada tahkim şartının esas sözleşme değişikliği yoluyla sonrada esas sözleşmeye dahil edilmesi için sermayenin tamamını temsil eden payların oybirliğinin aranması gerektiği yönünde görüşlerini bildirmiştir.

Seminerde, esas sözleşmeye konulacak tahkim şartının sicil müdürlüklerince nasıl incelenmesi gerektiği görüşülmüştür. Bu kapsamda, yeknesak bir tahkim şartı hazırlanmasının amaca uygun bir çözüm olabileceği ve sicil uygulamalarında ortaya çıkabilecek sorunların kısa sürede çözülebileceği belirtilmiştir.

Ortaklar arası ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların, pay satış sözleşmeleri ve pay sahipleri sözleşmelerinin taraf iradesine bağlı oldukları için tahkime elverişli olduğu ve bu konuda ne Yargıtay ne de öğretide bir tartışma olmadığı belirtilmiştir. Korporatif uyuşmazlıklar için ise öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı yaklaşımlar ve Yargıtay'ın genel kurul kararlarının iptalini ve şirketin feshini tahkime elverişli bulmadığı belirtilmiştir.

Seminerin ikinci kısmında, bu alanda uzman akademisyenlerce şirketler hukuku uyuşmazlıklarında tahkim konusu ele alınmış olup, İsviçre örneği üzerinde durularak somut çözüm önerileri getirilmiştir.

Korporatif uyuşmazlıklar bakımından her somut olay temelinde ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüş ve fesih davaları ile genel kurul kararının iptali de dâhil olmak üzere şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çok büyük ölçüde tahkime elverişli olduğunun düşünüldüğü belirtilmiştir. Ancak öğreti ve Yargıtay kararları arasındaki açık görüş ayrılığından dolayı bu konuda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir.

Kurucu ortakların esas sözleşmeyi imza ettikleri anda esas sözleşmeye konulan tahkim şartının bağlayıcı olduğundan bir kuşku olmadığı ancak ortaklar arası değişikliklerde yeni gelen ortakların tahkim sözleşmesiyle bağlı olup olmadığının tartışmalı bir mevzu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca esas sözleşmeye sonradan konulacak tahkim sözleşmesinin hangi nisaplara bağlı olacağının da tartışmalı bir mevzu olduğu dile getirilmiş ve Bakanlık tarafından oybirliği arandığı saptanmıştır. Ancak oybirliğinin menfaatler durumuna, gereklere ve uygulamaya uygun bir çözüm olup olmadığının hala tartışmalı bir mevzu olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının tek borç ilkesine aykırılık teşkil edip etmediğinin tartışmalı bir mevzu olduğu belirtilmiş ve tek borç ilkesine aykırılık meydana getirilmediği ileri sürülmüştür.

Esas sözleşmede bir tahkim şartı bulunmasının dünyada çok yaygın bir uygulama olduğu; Hollanda, Avusturya, Brezilya, Almanya, İspanya, Finlandiya, İsveç, İsviçre ve İtalya gibi ülkelerin esas sözleşmede tahkim şartının nasıl yer alacağını öngören yasal düzenlemelere sahip oldukları ifade edilmiştir. Örneğin, Almanya'da başlatılan tahkimlerin yaklaşık 1/3'ünün esas sözleşmede yer alan tahkim şartına bağlı olarak yürütüldüğü belirtilmiştir. Halka açık anonim şirketler olan Royal Dutch Shell Company, Cone, Petrobaz gibi şirketlerin sözleşmelerinde açıkça

tahkim hükümleri olduğu dile getirilmiştir. Bu minvalde 2019'da İsviçre'de kabul edilen düzenlemelerin Türk Mevzuatı bakımından örnek alınabileceği ve bunun Türkiye'deki tartışmalara büyük oranda ışık tutacağına düşünülüyor ileri sürülmüştür.

İsviçre'de de tıpkı Türkiye'de olduğu gibi tahkim konusunda iki büyük hukuki düzenlemenin mevcut olduğu ve iç tahkimin İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵ ve milletlerarası tahkimin de İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁶ ile yürütüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu'nda⁷ da bu alanda düzenlemeler olduğu belirtilmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (m. 697-n) şu düzenlemelere yer verildiği ifade edilmiştir:

“ 1. Esas sözleşme şirketler hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların İsviçre'de oluşturulan bir hakem kurulu tarafından çözümleneceğini öngörebilir. Esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça şirket organları, organların üyeleri ve pay sahipleri tahkim şartıyla bağlıdır.

2. Tahkim yargılaması Hukuk Muhakemeleri Kanunun 3. kısmına tabidir. Milletlerarası Özel Hukuk hakkındaki 18 Aralık 1987 tarihli Federal Kanunun 12. Bap hükümleri uygulanmaz.

3. Esas sözleşme özellikle bir tahkim kuralına atıfta bulunarak usulü düzenleyebilir. Hakem kararının hukuki sonuçlarıyla doğrudan etkilenebilecek kişilerin yargılamanın başlatılması ve sonuçlandırılması konusunda bilgilendirilmelerini, hakem kurulunun oluşturulmasına ve yargılamaya müdahil olarak katılabilmelerini gözetir. “

Ayrıca salt bu düzenlemenin de yeterli olmadığı belirtilerek sonradan esas sözleşmeye konulacak tahkim şartına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nda (m. 704) şu şekilde bir düzenleme getirildiği ifade edilmiştir: “Aşağıdaki kararlar için verilen oyların en az üçte iki çoğunluğu ve verilen oyların itibari değerlerinin çoğunluğuyla alınan bir genel kurul kararı gereklidir: Esas sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi.”

Belirtilen bu kanun maddelerinde özetle, hakem heyetinin İsviçre'de oluşturulacağı, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını (yani yapılacak tahkimin bir iç tahkim olacağı ve

⁵ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO), Kabul Tarihi: 19.12.2008, Yürürlük Tarihi: 01.01.2011

⁶ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA), Kabul Tarihi: 18.12.1987, Yürürlük Tarihi: 01.01.1989

⁷ İsviçre Borçlar Kanunu (OR), Kabul Tarihi: 30.03.1911, Yürürlük Tarihi: 01.01.1912

İsviçre Hukuku uygulanacağı) belirtilmektedir. İsviçre’deki tahkim şartının şirketlerin esas sözleşmelerine sonradan konulması halinde nitelikli bir çoğunluğun gerektiği ve esas sözleşmede yer alan tahkim şartının tescil ve ilan edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu’nun gerekçesinde, ilan edilen tahkim şartının 3. kişiler açısından hüküm ifade edebilmesi için İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü’nün 45. maddesinde de bir değişiklik yapılması gerektiği belirtilmiştir. İsviçre’deki tüm bu düzenlemelere paralel olarak Türk Kanunlarında değişiklikler yapılarak bu konudaki tartışmaların sona erdirilebileceği öne sürülmüştür. Son olarak başta İTOTAM olmak üzere tahkim merkezlerinin şirketler hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin özel kurallar geliştirmeleri gerekeceği ifade edilmiştir.

Yürürlükte mevzuat bakımından değerlendirmelerin yapıldığı seminerin son bölümünde, bütün gelişmiş hukuk sistemlerinde korporatif uyuşmazlıkların tahkimle çözülmeye elverişli kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu hukuk sistemleri arasındaki farkın ortaya çıktığı nokta olarak ise bazı hukuk sistemlerince halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinde tahkim şartının yer almasına müsaade edilmesi yahut edilmemesi gösterilmiştir. Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri’nde sermaye piyasası otoritesi tarafından halka açık şirketlerin esas sözleşmesine tahkim şartı konulmasına, yatırımcıların haklarını korumak bakımından dava yoluna gitmelerinin zorlaştırılmaması saikiyle, imkân tanınmadığı belirtilmiştir.

Kapalı şirketlerde yani halka açık şirket niteliği taşımayan şirketlerde tahkim yoluyla korporatif uyuşmazlıkların çözümünü reddeden gelişmiş bir hukuk sisteminin ise hiç bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu itibarla, Türk hukukunun içerisinde bulunduğu noktanın, gelişmiş hukuk sistemlerinin gerisinde olduğu vurgulanmıştır. Bu minvalde İsviçre’de kabul edilen kanun hükümlerinin Türkiye açısından yol gösterici olacağı fikrinin desteklendiği ifade edilmiştir. Ancak yakın zamanda bir kanun değişikliği yapılsa bile Türk Mevzuatının hâlihazırda şirket esas sözleşmesine tahkim şartı konulması noktasında uygun olduğu fikri ileri sürülmüştür.

Yürürlükte mevzuat karşısında tahkim şartının esas sözleşmeye koyulurken iki önemli ilkenin gündeme geldiği belirtilmiş, bu ilkelerin emredici hükümler ilkesi ve tek borç ilkesi olduğu belirtilmiştir. Emredici hükümler ilkesi söz konusu olduğunda mehz Alman kanununa bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Almanya’da esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının emredici hükümler ilkesine, diğer bir deyişle kanu-

nun amacına ve ruhuna, aykırılık teşkil etmediğinin kabul edildiği saptanarak Türkiye’de de esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmediğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Tek borç ilkesi söz konusu olduğunda ise, esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının tek borç ilkesine teknik olarak aykırılık teşkil etmesinin mümkün olmadığı, zira dava açmanın teknik anlamda bir borç değil hak olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda da esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının tek borç ilkesine aykırılık teşkil etmediğinin kabul edildiği belirtilmiştir.

Temel ilkelere aykırılık teşkil edilmediğinin saptanmasından sonra, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesinin mevcut hukuka göre hukuki etkisinin ne olacağının, yani bağlayıcılığının, belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tahkim şartına korporatif nitelik verilip verilmeyeceğinin saptanmasının bu bağlamda önemli olduğu saptanmıştır. Maddi anlamda esas sözleşme hükmü kabul edilen ve daha sonra gelen pay sahiplerini de bağlayacak bir etkinin mi verileceği; yoksa tahkim şartına korporatif nitelik tanınmayıp şekli bir esas sözleşme hükmü olduğu kabul edilerek, sonradan gelen paydaşları bağlamadığının bu kabul edileceği sorularının cevaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ayrımın bir diğer sonucunun da, tahkim şartının sonradan konması veya değiştirilmesi durumunda gerekecek oy çoğunluğunda ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Tahkim şartının maddi anlamda bir esas sözleşme hükmü olduğunun kabul edilmesi halinde, işbu şartın sonradan eklenmesi veya değiştirilmesi için esas sözleşme değiştirmede aranan gerekli yeter sayıların sağlanmasının gerekeceği; tahkim şartının şekli anlamda bir sözleşme hükmü olduğun kabul edilmesi halinde ise oybirliği aranacağı ifade edilmiştir.

İsviçre kanun koyucusunun oybirliği aramamak yönündeki tercihinin tahkim sözleşmesinin açıkça söylenmese de zımni olarak maddi anlamda esas sözleşme hükmü kabul edilmesi olduğu ileri sürülmüştür. Türk hukuku bakımından ise, kanun koyucunun tercihinin tahkim şartını maddi esas sözleşme hükmü sayma yönünde bir veri bulunmadığı saptanmıştır. Böyle bir tercih açık olarak belirtilmediği için Alman Hukuku’ndaki yaklaşımın benimsenmesi suretiyle tahkim şartına maddi anlamda esas sözleşme hükmü yani korporatif hüküm niteliği izafe edilmemesi gerektiği öne sürülmüştür. Bunun gerekçesi olarak tahkimin iradiliği gösterilmiş, esas sözleşmeye konulan tahkim şartının ancak onu koyan ortaklara karşı ileri sürülebileceği; diğer ortaklara karşı ise ancak ve ancak rıza göstermeleri halinde ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Bu

itibarla, esas sözleşmeye sonradan tahkim şartı eklenecekse oybirliği gerekeceği; sonradan pay sahibi olan ortakların ise kural olarak tahkim anlaşması ile bağlı olmadığı ifade edilmiştir.

Sonradan katılan pay sahiplerinin tahkim sözleşmesiyle bağlanmasının istendiği durumlarda ise esas sözleşmeye kaçış klozu (*payları devralanın tahkim şartıyla bağlı olmayı kabul etmemesi halinde payları gerçek değeri üzerinden şirkete satmayı önermek suretiyle pay defterine kayıttan kaçınma imkanı verecek bir klop*) konularak bu durumun temin edilebileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak mevcut hukuk sisteminde esas sözleşmeye tahkim şartı konulabileceği, bu şartın ancak oybirliği ile kendisini esas sözleşmeye dahil eden pay sahiplerini bağlayıcı olacağı, sonradan gelen pay sahiplerini kural olarak bağlamayacağı ifade edilmiştir.

Tahkim şartının şirketler hukuku uyuşmazlıklarındaki bağlayıcılığının ise somut uyuşmazlık özelinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Genel ilke olarak iki tarafın iradesine tabi olan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu belirtilmiştir. Genel kurul kararlarının iptali yahut butlan veya yokluk nedeniyle geçersizliğinin tespiti davalarının tahkime elverişli olduğu ve tahkime en çok ihtiyaç duyulan davaların bu davalar olduğu ileri sürülmüştür. Gerekçe olarak ise şirketin iptali talep edilen bir genel kurul kararına karşı ikinci bir genel kurul kararı alınıp ilk genel kurul kararından sarfı nazar edilebilmesinin mümkün olması yani aslında uyuşmazlığın tarafların iradesine tabi olması gösterilmiştir. Ticaret mahkemelerinin iş yükünün önemli bir kısmını genel kurul kararlarının iptali davaları oluşturduğundan bu alanın tahkime elverişli görülmesinin mahkemelerin tıkanıklığını çözeceği belirtilmiştir. Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar bakımından Ticaret Kanunu'nda öngörülen özel yargılama usulünün hakem mahkemesi tarafından da uygulanmak zorunda olduğu ve esasa uygulanacak hukukun sadece Türk Hukuku olabileceği belirtilmiştir. Bu alanda İTOTAM gibi tahkim merkezlerinin kabul edeceği şirketler hukukuna ilişkin özel tahkim kurallarının bu davaların görülmesini önemli ölçüde kolaylaştıracağı belirtilmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davaların iki tarafın iradesine tabi davalar oldukları ve bu itibarla tahkime elverişli oldukları belirtilmiştir. Yönetimde bulunan kişilerin kurucu pay sahibi oldukları durumlarda davanın açılması bakımından bir sıkıntı olmadığı belirtilmiş; ancak pay sahibi olmayan yöneticilerin kural olarak tahkim anlaşmasıyla bağlı olmayacağı, bunun sağlanması için göreve başlama

şartı olarak tahkime rıza gösterilmesinin aranabileceği belirtilmiştir. Her halükarda alacaklılar tarafından açılacak davaların tahkime elverişli olamayacağı zira tarafların anlaşmasından bahsedilemeyeceği dile getirilmiştir.

Tartışmalı bir mevzu olmakla birlikte, haklı nedenle fesih, organ-sızlık nedeniyle fesih ya da diğer sona erme nedenlerinin gerçekleştiğinin tespitine yönelik davaların kişiler hukukuna ilişkin davalar olmasından hareketle tahkime elverişli olmadıklarının düşünüldüğü belirtilmiştir. Limited şirketlerde çıkma ve çıkarma davalarının, iki tarafın iradesi-ne tabi olmasından hareketle tahkime elverişli uyuşmazlıklar olduğu belirtilmiştir.

SONUÇ

Şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği ve esas sözleşmeye tahkim şartı konulabilmesi gibi tartışmalı konuların detaylı bir şekilde ele alındığı bu seminerde birçok konu açıklığa kavuşturulmuştur. Yürürlükteki mevzuat açısından değerlendirme yapılırken aynı zamanda gelecekte yapılması gereken mevzuat değişikliklerine dair fikirler ifade edilmiştir. Bu toplantının sonucu olarak İTOTAM Şirket Ana Sözleşmesine konulabilecek örnek tahkim şartını hazırlamış ve internet sitesinde duyurmuştur. İTOTAM ayrıca gelecekte şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıklara ilişkin özel tahkim kuralları hazırlamayı değerlendirmektedir. Bu alanda Ticaret Bakanlığı, uygulamaya yön vermeleri bakımından Sicil Müdürlükleri ve bu alandaki uzmanların da dahil olduğu tüm paydaşlarla bir araya gelinerek çalışmalar yapılmasının tahkim kurumunun geliştirilmesi açısından önemli olduğu düşünülmektedir. Aşağıda İTOTAM tarafından hazırlanan ve ilan edilen esas sözleşmeye konulabilecek tahkim şartına yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2021, RG 04.02.2011/27836

İstanbul Ticaret Odası, “Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim” (YouTube, 19 Ekim 2021), < <https://www.youtube.com/watch?v=WaExprnpqqg> erişim tarihi: 22 Aralık 2020

İsviçre Borçlar Kanunu (OR), Kabul Tarihi: 30.03.1911, Yürürlük Tarihi: 01.01.1912

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ZPO), Kabul Tarihi: 19.12.2008, Yürürlük Tarihi: 01.01.2011

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA), Kabul Tarihi: 18.12.1987, Yürürlük Tarihi: 01.01.1989

Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453

Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2021, RG 14.02.2011/27846



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**
— 1882 —



İTOTAM
İSTANBUL TİCARET ODASI
TAHKİM VE ARABULUCULUK MERKEZİ

Şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların etkin ve alanında uzman kişilerce çözümünü temin etmek için şirket esas sözleşmesine İTOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi) tahkim şartını koyabilirsiniz.

ŞİRKET ANA SÖZLEŞMESİNE KONULABİLECEK ÖRNEK TAHKİM ŞARTI

Türk Ticaret Kanunu, işbu esas sözleşme ve şirket kararlarından kaynaklananlar da dahil olmak üzere pay sahipleri arasında veya şirket ve pay sahipleri arasında veya yönetim kurulu üyeleri ile şirket ve/veya pay sahipleri arasında doğacak tüm uyuşmazlıklar, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Uyuşmazlıklara İTOTAM Tahkim Kuralları yanında Türk Ticaret Kanunu'nun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili uyuşmazlığa özgü esasa ve usule ilişkin hüküm ve kuralları uygulanacaktır.

Uyuşmazlık (tek hakem veya üç hakemden oluşan hakem kurulu) tarafından çözüme bağlanacaktır.

Tahkim yeri İstanbul'dur.

Tahkim dili Türkçe'dir.

www.itotam.com

Sorularınız ve daha detaylı bilgi alabilmek için bizimle iletişime geçebilirsiniz.

Tel: +(90) 212 455 48 61 | +(90) 212 455 48 66



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

