



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 9 | Sayı/Issue: 1 | 2024/1

ISSN 2146 - 6203

ARABULUCULUK İLE TAHKİM ARASINDAKİ FARKLAR

DIFFERENCES BETWEEN MEDIATION AND ARBITRATION
Prof. Dr. Hacı KARA

UZAYA DAİR RİSKLER İLE İLGİLİ SİGORTALAR ÜZERİNE BİR HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A LEGAL ANALYSIS ON INSURANCE RELATED SPACE RISKS
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM
Av. Dr./Atty. Dr. Ahmet KARAYAZGAN

TÜRKİYE'DE UYGULANAN YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜ STATÜSÜNÜN TANIMI VE DIŞ TİCARET İŞLEMLERİNDEKİ MALİYET DÜŞÜRÜCÜ ETKİSİ

DEFINITION OF AUTHORIZED ECONOMIC OPERATOR STATUS APPLIED IN TÜRKİYE AND ITS COST-REDUCING EFFECT ON FOREIGN TRADE TRANSACTION
Fatma YILMAZ DAĞNIK
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Gencay KARAKAYA

7887 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARI İŞİĞINDA LİMİTED ŞİRKETLER İÇİN ASGARİ SERMAYE KURALININ MİKTAR AÇISINDAN YETERLİLİĞİ VE SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİ SORUNU

THE ISSUE OF THE SUFFICIENCY AND SUSTAINABILITY OF THE MINIMUM CAPITAL REQUIREMENT RULE FOR LIMITED LIABILITY COMPANIES IN TERMS OF AMOUNT IN THE LIGHT OF PRESIDENTIAL DECISION NO. 7887
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mustafa YASAN

TİCARET ORTAKLIKLARININ KİŞİLİK DEĞERLERİNİN KORUNMASI AÇISINDAN HAKSIZ REKABET İLE SALDIRIYA SON VERİLMESİ

DAVALARININ KARŞILAŞTIRILMASI
COMPARISON OF THE CASES FOR UNFAIR COMPETITION AND TERMINATION OF ATTACK IN TERMS OF PROTECTION OF PERSONALITY VALUES IN COMMERCE PARTNERSHIPS
Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR

HUKUKİ AÇIDAN KREDİ TEMERRÜT SWAPLARI (CDS)

THE LEGAL ASPECT OF CREDIT DEFAULT SWAPS (CDS)
Dr. Utku SARUHAN

ADİL YARGILANMA HAKKI
ÇERÇEVESİNDE E. 2018/102
K. 2018/74 T. 21/6/2018 TARİHLİ
KARARIN VE KARARA KONU
BAŞVURUNUN
DEĞERLENDİRİLMESİ
EVALUATION OF THE DECISION
E. 2018/102 K. 2018/74 T. DATED
21/6/2018 AND THE APPLICATION
SUBJECT TO THE DECISION WITHIN
THE FRAMEWORK OF THE
RIGHT TO A FAIR TRIAL
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN
Arş. Gör./Res. Asst. Nazlıcan VARİŞ



ULAKBİM

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında
Dizinlenmektedir



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

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: 9/Sayı: 1
Volume: 9/Issue: 1
Yıl/Year: 2024

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 9/Sayı: 1
Volume: 9/Issue: 1
Yıl/Year: 2024

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: Ege Reklam Basım Sanatları San. ve Tic.
Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir/İstanbul
Place of Publication: (Sertifika No./Certificate No. 45604)
Tel: 0 216 470 44 70

Basım Tarihi/Publication Date: Mayıs/May 2024

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/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, Fatih/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 © 2024

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, Fatih/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 KURULU EDITORIAL BOARD

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

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. 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

2. Dergilerde yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

The articles published in the journals may not be used without giving reference to their source.

3. Dergide yayınlanan yazıların yayın hakları İstanbul Ticaret Odasına aittir.

Istanbul Chamber of Commerce owns the copyrights of the articles published in the journal.

4. Dergide yayınlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlarına aittir.

The opinions expressed in the published articles in the journal are those of the authors.

5. 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.

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

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 the articles are either in Turkish or in English.

7. 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.

8. 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

9. 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.

10. 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 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

11. 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. Makaleler en az 5, en fazla 10 adet anahtar kelime/keywords içermelidir.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words. Papers must contain at least 5 and at the most 10 keywords.*

12. 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.*

13. 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.*

14. Etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

On the subject of ethical principles and rules, it took the directives of the Committee on Publication Ethics -COPE (COPE: Committee on Publication Ethics) as a basis.

15. 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 proof-read by the author himself.*

16. 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.*

17. 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.*

18. 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

19. 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.

20. 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.

21. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**ift kr hakemlik**) dayanır. Dergiye gönderilen tm alışmalar ift kr hakem değerlendirilmesine tabi tutulduğundan hakem listesine yer verilmemiştir. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **double blind peer review**. Because of the double blind peer review the journal doesn't include referee list. 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.

REGESTA, TÜBİTAK ULAKBİM Türk Hukuk dizininde yer alan dergiler arasına kabul edildi.

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>

REGESTA is accepted amongst the journals that are ranked in the TUBITAK ULAKBİM Index.

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

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirme süreci Editör/Yayın Kurulu tarafından yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki kör hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Düzeltme istenilen yazı değerlendirilmesi için tekrar hakeme gönderilir. Hakem değerlendirme raporları TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kuruluna aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

REVIEWER EVALUATION PROCEDURE

The editor/the publication board works on the initial review procedure of the papers submitted to the journal; and the papers endorsed based on their form and their content would be submitted to at least two blind reviewers for evaluation. Based on the reports of the reviewers, it is decided to either revise or to publish the paper. The paper requested to be revised would be submitted to the reviewer one more time. Reviewer evaluation reports would be kept at least for a period of five years after the date of publication in the form that would enable them to be examined by the TÜBİTAK ULAKBİM TR index commission. The publication board makes the final decision regarding the publication of the papers. Unpublished papers shall not be remanded.

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2024 yılına ait ilk sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Prof. Dr. Hacı KARA'nın “*Arbuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar*” olup; bunun yanı sıra Doç. Dr. Orkun BAYRAM ve Av. Dr. Ahmet KARAYAZGAN'ın “*Uzaya Dair Riskler ile İlgili Sigortalar Üzerine Bir Hukuki Değerlendirme*”, Fatma YILMAZ DAĞNIK ve Doç. Dr. Gencay KARAKAYA'nın “*Türkiye’de Uygulanan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün Tanımı ve Dış Ticaret İşlemlerindeki Maliyet Düşürücü Etkisi*”, Doç. Dr. Mustafa YASAN'ın “*7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Işığında Limited Şirketler İçin Asgari Sermaye Kuralının Miktar Açısından Yeterliliği ve Sürdürülebilirliği Sorunu*”, Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR'in “*Ticaret Ortaklıklarının Kişilik Değerlerinin Korunması Açısından Haksız Rekabet ile Saldırıya Son Verilmesi Davalarının Karşılaştırılması*” ve Dr. Utku SARUHAN'ın “*Hukuki Açıdan Kredi Temerrüt Swapları (CDS)*” isimli yazılarına yer verilmiştir.

Karar İncelemesi bölümünde ise Doç. Dr. Tayfun ERCAN ve Arş. Gör. Nazlıcan VARİŞ'in “*Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde E. 2018/102 K. 2018/74 T. 21/6/2018 Tarihli Kararın ve Karara Konu Başvurunun Değerlendirilmesi*” isimli incelemesine yer verilmiştir.

Dergimizin çift kör hakem uygulaması gibi yüksek akademik kriterleri ile iş dünyasını yakından ilgilendiren güncel konuları değerlendiren makale ve uzman görüşlerine yer vermemiz dergimize ilginin artmasını sağlamıştır. Akademisyenlere ve iş dünyasına gösterdikleri yoğun ilgi nedeniyle teşekkür ediyoruz.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 9/Sayı: 1

Yıl: 2024

İÇİNDEKİLER

Makaleler..... 1

Araştırma Makalesi

Arabuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar

Prof. Dr. Hacı KARA..... 3

Uzaya Dair Riskler ile İlgili Sigortalar Üzerine Bir Hukuki Değerlendirme

Doç. Dr. Orkun BAYRAM

Av. Dr. Ahmet KARAYAZGAN..... 49

Türkiye’de Uygulanan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün Tanımı ve Dış
Ticaret İşlemlerindeki Maliyet Düşürücü Etkisi

Fatma YILMAZ DAĞNIK

Doç. Dr. Gencay KARAKAYA..... 79

7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Işığında Limited Şirketler İçin Asgari
Sermaye Kuralının Miktar Açısından Yeterliliği ve Sürdürülebilirliği Sorunu

Doç. Dr. Mustafa YASAN..... 121

Ticaret Ortaklıklarının Kişilik Değerlerinin Korunması Açısından Haksız

Rekabet ile Saldırıya Son Verilmesi Davalarının Karşılaştırılması

Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR..... 147

Hukuki Açıdan Kredi Temerrüt Swapları (CDS)

Dr. Utku SARUHAN..... 207

Karar İncelemesi 261

Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde E. 2018/102 K. 2018/74 T. 21/6/2018

Tarihli Kararın ve Karara Konu Başvurunun Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Tayfun ERCAN

Arş. Gör. Nazlıcan VARİŞ..... 263

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 9/Issue: 1

Year: 2024

CONTENTS

Articles..... 1

Research Articles

Differences Between Mediation and Arbitration

Prof. Dr. Hacı KARA..... 3

A Legal Analysis on Insurance Related Space Risks

Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM

Atty. Dr. Ahmet KARAYAZGAN 49

Definition of Authorized Economic Operator Status Applied in Türkiye and Its

Cost-Reducing Effect on Foreign Trade Transaction

Fatma YILMAZ DAĞNIK

Assoc. Prof. Dr. Gencay KARAKAYA 79

The Issue of the Sufficiency and Sustainability of the Minimum Capital

Requirement Rule for Limited Liability Companies in Terms of Amount in the

Light of Presidential

Decision No. 7887

Assoc. Prof. Dr. Mustafa YASAN..... 121

Comparison of the Cases for Unfair Competition and Termination of Attack in

Terms of Protection of Personality Values in Commerce Partnerships

Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR 147

The Legal Aspect of Credit Default Swaps (CDS)

Dr. Utku SARUHAN 207

Decision Analysis 261

Evaluation of the Decision E. 2018/102 K. 2018/74 T. Dated 21/6/2018 and the

Application Subject to the Decision Within the Framework of the Right to a

Fair Trial

Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN

Res. Asst. Nazlıcan VARİŞ..... 263

MAKALELER ARTICLES

* Arabuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar
Differences Between Mediation and Arbitration
Prof. Dr. Hacı KARA

* Uzaya Dair Riskler ile İlgili Sigortalar Üzerine Bir Hukuki Değerlendirme
A Legal Analysis on Insurance Related Space Risks
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM
Av. Dr./Atty. Dr. Ahmet KARAYAZGAN

* Türkiye’de Uygulanan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün Tanımı ve Dış Ticaret
İşlemlerindeki Maliyet Düşürücü Etkisi
*Definition of Authorized Economic Operator Status Applied in Türkiye and Its
Cost-Reducing Effect on Foreign Trade Transaction*
Fatma YILMAZ DAĞNIK
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Gencay KARAKAYA

* 7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Işığında Limited Şirketler İçin Asgari Sermaye
Kuralının Miktar Açısından Yeterliliği ve Sürdürülebilirliği Sorunu
*The Issue of the Sufficiency and Sustainability of the Minimum Capital Requirement Rule
for Limited Liability Companies in Terms of Amount in the Light of Presidential
Decision No. 7887*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mustafa YASAN

* Ticaret Ortaklıklarının Kişilik Değerlerinin Korunması Açısından Haksız Rekabet ile
Saldırıya Son Verilmesi Davalarının Karşılaştırılması
*Comparison of the Cases for Unfair Competition and Termination of Attack in Terms of
Protection of Personality Values in Commerce Partnerships*
Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR

* Hukuki Açıdan Kredi Temerrüt Swapları (CDS)
The Legal Aspect of Credit Default Swaps (CDS)
Dr. Utku SARUHAN

#ARABULUCULUK İLE TAHKİM ARASINDAKİ FARKLAR*

(DIFFERENCES BETWEEN MEDIATION AND ARBITRATION)

Prof. Dr. Hacı KARA**

ÖZ

Uluslararası sözleşmelerin çoğunda sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf çıkması halinde tarafların alternatif arabuluculuk sistemlerinden olan arabuluculuk (*mediation*) ve tahkime (hakem yargılaması) (*arbitration*) başvurulmasına dair hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte arabuluculuk ve tahkim (hakem yargılaması) kesin hatlarla ayrılmış iki farklı alternatif çözüm yolunu ifade etmektedir.

Arbuluculuk 6325 sayılı “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu (HUAK)*” ile hayatımıza girmiş 2013 yılından itibaren önce isteğe bağlı (ihtiyari) olarak sonrasında ise dava şartı arbuluculuk, bir diğer ifadeyle zorunlu arbuluculuk uygulanmaya başlamıştır. Ayrıca HUAK’ın uygulanmasını göstermek üzere 2018 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu HUAKY (HUAKY) düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur. Dava şartı arbuluculuk 2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı “*İş Mahkemeleri Kanunu*”, 2018 yılında yürürlüğe giren, 7155 sayılı “*Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunu*” ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na eklenen 5/A maddesi ve 2020 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)’un 73A maddesi ile günlük yaşamımızda yerini almıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 03.01.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 20.01.2024 tarihinde birinci hakem; 13.02.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, haci.kara@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8255-6277

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; KARA, Hacı, “Arbuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 3-48.

Hakem yargılaması ise önce mülga 1086 “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)*”, 2011 yılından itibaren de 6100 sayılı “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)*” ve 2001 yılından itibaren de 4686 “*Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)*” başta olmak üzere muhtelif kanunlarla zorunlu ve isteğe bağlı olarak alternatif çözüm yolu için uygulanmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 60 vd. maddeler uygulanır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde ise Türkiye’nin de tarafı bulunduğu, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası İçin New York Sözleşmesi, 1961 tarihli Avrupa Ticari Tahkim Sözleşmesi (*European Convention on International Commercial Arbitration*) hükümleri uygulanır.

Bu çalışmada, arabuluculuk ve tahkim hakkında yasal düzenleme incelendikten sonra bu iki müessese arasındaki farklar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Tahkim, Arabuluculuk ile Tahkim Arasındaki Farklar, İsteğe Bağlı ve Zorunlu Arabuluculuk, Ticari Arabuluculuk, Ticari Tahkim, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri

ABSTRACT

The majority of international conventions contain a provision that in the event of a dispute arising out of the contract, the parties may resort to mediation and arbitration, which are alternative mediation systems. However, mediation and arbitration refer to two different alternative solutions that are strictly separated.

Mediation entered our lives with the "Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK)" numbered 6325, and as of 2013, first as optional (voluntary) and then as a condition of litigation, in other words, mandatory mediation started to be applied. Mediation as a condition of litigation has taken its place in our daily lives with the "Labor Courts Law" numbered 7036 adopted in 2017, the "Law on the Procedure for the Initiation of Proceedings Regarding Money Receivables Arising from Subscription Contracts" numbered 7155, which entered into force in 2018, Article 5/A added to the Turkish Commercial Code numbered 6102, and Article 73A of the Law on Consumer Protection numbered 6502, which entered into force in 2020.

Arbitral proceedings, on the other hand, have been applied as a mandatory and optional alternative remedy by various laws, firstly by the abrogated 1086 "Code of Civil Procedure (CPL)", then by the 6100 numbered "Code of Civil Procedure (CCP)" since 2011 and by the 4686 "In-

ternational Arbitration Law (IAA)" since 2001. In the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, Articles 60 et seq. of the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law are applied. In the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the provisions of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 and the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961, to which Turkey is a party, are applied.

In this study, after examining the legal regulations on mediation and arbitration, the differences between these two institutions will be examined.

Keywords: Mediation, Arbitration, Differences between Mediation and Arbitration, Voluntary and Mandatory Mediation, Commercial Mediation, Commercial Arbitration, Alternative Dispute Methods

GİRİŞ

I. ARABULUCULUK

Arabuluculuk Türk hukuk sistemine, “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)*”² ile Türk Hukukuna girmiştir. Ayrıca HUAK’ın uygulanmasını göstermek üzere 2018 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu HUAKY (HUAKY)³ düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur. Kanuna 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 ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade eder [HUAK m. 271(b)]⁴.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Sayısı: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331

³ RG 02.06.2018/30439

⁴ Banu Bilge Sarıhan, ‘Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması’ (2021) 4 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 417, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd/issue/64466/955106>> Erişim Tarihi 12 February 2024; Cenk Akil, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı’ Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Emel Hanağası and Mustafa Göksu (Ed.)

HUAK m. 1/2'ye göre ise “*tarafaların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” hakkında arabulucuya gidilebilir. İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (BKDYHK) m. 34 uyarınca⁵ taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli kabul edilmiştir⁶.

HUAK uyarınca “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa⁷ ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.*” (HUAK m. 3/1). Kanunun 18/A/1-18 maddesi uyarınca “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz*”. Böylece bu husus açıkça ve emredici bir dille düzenlemiştir.

Bu çerçevede, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, dava, hakem mahkemesi yerine, devlet mahkemesinde açılmış, davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak, tahkim ilk itirazında bulunmadığı için devlet mah-

(2014), I, (1st edn, Yetkin Yayınları) 75 vd.; Cafer Eminoğlu and Ersin Erdoğan, Ticari Davalarda Arabuluculuk (2020) (1st edn, Adalet Yayınevi) 29

⁵ HUAK m. 17/B: 1) Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. 2) Birinci fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklarda, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir. Bu şerh, tarafların anlaşamaması veya tarafların şerhin kaldırılması konusunda anlaşması halinde arabulucunun talebiyle, üç aylık sürenin sonunda ise kendiliğinden kalkar. 3) Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir. (4) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir. 5) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında 18 inci madde hükmü uygulanır.

⁶ Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (2023) (9th edn, Yetkin Yayınları) 836

⁷ Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ TBB Dergisi (2020) 147, 111-142, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi147/112/>> Erişim Tarihi 06 Februry 2024

kemesi, davaya bakabilecek bir konuma kavuşmuşsa, uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi olsa bile, buna ilişkin hükümler işlerlik kazanamaz. İşlerlik kazanabilmesi için, tahkim sözleşmesinin yapılması hâlinde, dava şartı arabuluculuğun uygulanma alanı bulamayacağını öngören hukukî düzenlemenin tahkim sözleşmesinin varlığı nedeniyle davanın hakemlerde açılması halinde kaydını da içerecek şekilde, açıkça bir düzeltmeye tabi tutulması gerekir.

Tahkimde hakemler, arabuluculuğun tüketilmesinin tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmasının zorunlu bir ön şartı olduğuna karar verirlerse tarafların tahkim yoluna başvurmadan önce arabulucuya başvurmaları gerekir⁸.

A. İHTİYARİ ARABULUCULUK

HUAK'ın temeli ihtiyari arabuluculuğa dayanmaktadır. Dava şartı (zorunlu) arabuluculuk mevzuatta yapılan değişiklikle sonradan düzenlenmiştir⁹.

B. DAVA ŞARTI ZORUNLU ARABULUCULUK

1. İş Davalarında Arabuluculuk

İş davalarında zorunlu arabuluculuk “*İş Mahkemeleri Kanunu (İMK)*”nun¹⁰ 3'üncü maddesi ile düzenlenmiştir¹¹. Buna göre İMK'ya,

⁸ Cemile Demir Gökyayla, ‘Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu’ (2019) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 581, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682338>> Erişim Tarihi: 28 December 2023; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk 2012 (1st edn, Yetkin Yayınları) 21 vd.

⁹ Anayasa Mahkemesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun; A- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasına, B- 4. maddesine, C- 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarına, D- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına, E- 13. maddesine, F- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarına, G- 16. maddesine, H- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasına, I- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına, J- 19. maddesine, K- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendine, L- 21. maddesine, M- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler.” biçimindeki ikinci cümlesine, N- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.” ibaresine, O- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendine, P- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendine, R- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasına, yönelik iptal istemlerini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2013/89 10.7.2013, RG 25.01.2014/28893

¹⁰ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221

bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı arabuluculuk uygulanmaz¹².

İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41/1'inci maddesindeki "Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır" hükmü ile İMK'daki arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği haller daha da genişletilmiştir¹³.

Kanun yürürlüğe girdikten sonra bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacakları ve tazminatları ile ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarını açmak için tarafların öncelikle zorunlu arabuluculuk sürecini tamamlaması gerekecektir. 13.06.1952 tarihli ve 5953 sayılı **"Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun"**da düzenlenen gazeteci ile 20.04.1967 tarihli ve 854 sayılı **"Deniz İş Kanunu"**nda¹⁴ düzenlenen gemi adamı, bu madde kapsamında işçi sayılır. İMK'da hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK hükümleri uygulanır.

Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir. Arabuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkeme-

¹¹ Betül Azaklı Arslan, Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2018) 29

¹² Sarıhan (n 3) 420; Seyhan Selçuk, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı" (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1173

¹³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012 RG 22.06.2012/28331. 6325 sayılı Kanunda en son olarak İcra İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (BKDYH), Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 05.04.2023 ile değişiklik yapılmıştır. RG 05.04.2023/ 32154. Kanun 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanunun Geçici 1'inci maddesi gereğince, "İMK'nın 3/1 maddesine eklenen menfi tespit ve istirdat davaları hakkındaki hüküm, 01.09.2023 tarihinde ve sonrasında açılacak davalar hakkında uygulanır."

¹⁴ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul tarihi: 20.04.1967, RG 29.04.1967/ 12586.

si adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür. Arabuluculuğa başvuru usulü, arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir (HUAK m. 18/A-4; HUAKY m. 23/1)¹⁵.

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 dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (HUAK m. 18/A-2; HUAKY, m. 25/5).

Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir (HUAK m. 18/A-4; HUAKY, m. 23/1).

Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Mahkeme kararı büro tarafından 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve onuncu fıkrada belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro tekrar, HUAK uyarınca arabulucu görevlendirir.

¹⁵ Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taşkokmaz, Medeni Usûl Hukuku (2017), I (15th edn, On İki Levha Yayıncılık) 110-333

Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar (HUAK m. 18/A-6; HUAKY, m. 24/1)

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemeyi gönderir (HUAK m. 18/A-9; HUAKY, m. 25/5).

Arabulucu, taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir (HUAK m. 18/A-10; HUAKY, m. 25/8).

Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır (HUAK m. 18/A-11; HUAKY, m. 25/9).

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler

sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saat-ten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır.

Bu madde uyarınca arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir¹⁶.

2. Ticari Davalarda Arabuluculuk

Mutlak ve nispi ticari davalar TTK m. 4’de sayılmıştır¹⁷. 7155 sayılı **“Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”**¹⁸ 20’inci maddesi ile Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nın 5’inci maddesinden sonra gelmek üzere 5/A maddesi eklenmiştir. TTK 5/A/1 maddesine göre “Bu Kanunun 4’üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” 7155 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile TTK’ya eklenen geçici 12/1. madde uyarın-

¹⁶ Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (2022) (5th edn, Adalet Yayınevi) 307; İlker Koçyiğit and İzzet Yeşilkaya, Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ticari Davalarda-İş Uyuşmazlıklarında-Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (Adalet Yayınevi 2020) 7 vd.

¹⁷ Koçyiğit and Yeşilkaya (n 15) 158

¹⁸ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına ilişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG 19.12.2018/30630

ca, “Bu Kanunun dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.”¹⁹.

İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 31. maddesi ile “paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında” ibaresi “para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında,” olarak değiştirilmiştir. Kanunun Geçici 1’inci maddesi gereğince “TTK’nın 5/A(1) maddesi ile İMK7036 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen menfi tespit ve istirdat davaları hakkındaki hüküm, 01.09.2023 tarihinde ve sonrasında açılacak davalar hakkında uygulanır”²⁰.

3. Tüketici Davalarında Arabuluculuk

Tüketicini Korunması Hakkında Kanun (TKHK)’un²¹ 3. maddesinde tüketici işlemi: “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır²².

¹⁹ Mehmet Akif Tutumlu, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15(169), Terazi Hukuk Dergisi, 1904; Eminoglu and Erdoğan (n 3) 179; Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Arabuluculuk Daire Başkanlığı (2021) 111 vd., <<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210432T%C3%BCketici.pdf>>, Erişim Tarihi 12 February 2024

²⁰ Budak and Karaaslan (n 15) 308; Hacı Kara, Arabuluculuk Yıllığı-2020 (Ticari Davalarda Arabuluculuk, s. 109-165), (Begüm Kocamaz-Baybüke Kurtuluş) (Ed.) (2020) (1st edn, Seçkin Yayıncılık) 109 vd.; Murat Atalı and İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku (2022), (5th edn, Yetkin Yayınları) 768 vd.; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (2022) (5th edn, Yetkin Yayınları); Tekin Memiş, AB Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (2020) (1st edn, Seçkin Yayıncılık)

²¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835

²² Sezer Çabri S, 6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Adalet Yayınevi 2016) 1 vd.; Şebnem Akipek, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi (1999) (1st edn, Seçkin Yayıncılık) 3 vd. Murat Atalı, 6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi iç Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan (2014) (Emel Hanağası and Mustafa Göksu) (Ed.), I (1st edn, Yetkin Yayınları) 397 vd.

Hem önceki kanun, sonraki kanun değerlendirmesi hem de özel genel Kanun değerlendirilmesi yapıldığında, TKHK'nın, TTK'ya göre daha özel bir kanun olarak değerlendirilmelidir. Nitekim THKK'da tanımlanan tüketici işlem kavramı da bunu desteklemektedir²³.

Ayrıca TKHK'nın 83/2. maddesinde açıkça “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” hükmü de yer almaktadır. Bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İlk olarak sigortacıya karşı dava açan sigortalı “ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmiyorsa” bu kişi tüketici olarak kabul edilir²⁴. Diğer yandan sigorta şirketine karşı dava açan kimse “ticari veya mesleki amaçlarla hareket ediyorsa” ticari bir dava söz konusu olacak ve dava ticaret mahkemesinde görülecektir. Bu durumda zorunlu arabuluculuk söz konusu olacaktır²⁵.

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”²⁶ 59 uncu maddesi ile TKHK'ya 73/A

²³ İbrahim Ermenek, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu, ‘Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk’ (Şebnem Akipek Öcal and Abdülkerim Yıldırım (ed) (2021) (1st edn, Adalet Bakanlığı Yayınları) 126; ibid, 421

²⁴ Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, (n 18) 11; Yargıtay 11. HD, 15082/3733, 21.05.2018 “...Dava, bireysel emeklilik sigorta sözleşmesine istinaden yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir. Dava tarihi olan 06.02.2015 tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı [TKHK]'nın 3/1-k maddesinde tüketicinin, 3/1-l maddesinde ise, tüketici işleminin ifade edeceği düzenlenmiş, aynı Kanun'un 73/1 ...hüküm altına alınmıştır. ...Buna göre, mahkemece, tüketici konumundaki davacı tarafından açılan ve 6502 sayılı Kanun kapsamında olan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan işlemlerin de tüketici işlemi ve anılan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin tüketici mahkemeleri olduğu nazara alınarak 6100 sayılı HMK'nın 115/2 maddesi gereğince davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir...”, <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 19 Ağust 2020.

²⁵ Yargıtay 11. HD, 1010/2784, 16.04.2018 “...Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacının doğumunu yaptıran ve hamileliğini takip eden doktorun, davalıya Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi ile sigortalandığı, zarara neden olduğu iddia edilen doktorun mesleki faaliyeti nedeni ile sigorta yaptırdığı, tüketici olmadığı, davacılar ile davalı arasında yapılmış bir sözleşmenin de bulunmadığı, davada [TTK'nın] sigorta hukukuna ilişkin maddelerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle, davanın usulden reddine, yasal sürede talep hâlinde ...Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi ye rindedir...”. <www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 19 Ağust 2020.

²⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.7.2020, RG 28.07.2020/31199

maddesi eklenmiştir²⁷. Bu yeni maddeyle tüketici davaları açısından zorunlu dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. TKHK 73/A maddesine göre “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır²⁸. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73’üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar²⁹
- ç) 74’üncü maddede belirtilen davalar³⁰

²⁷ İbrahim Özbay, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik’, Tokat Gazi-osmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2023) 1(1) 3 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/issue/76318/1270009>> Erişim Tarihi 13 February 2024

²⁸ Ali Cem Budak, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri’ (2014)16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı Dokuz EÜHFD 77, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588455>> Erişim Tarihi 12 February 2024; Karşılaştırmalı hukukta tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları için bkz. Alper Uyumaz, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 113 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26649/281235>>, Erişim Tarihi 13 February 2024; Evrim Erişir, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler’ iç Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı 14 Kasım 2020 (2021), (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları) 312, <<https://openaccess.ihu.edu.tr/entities/publication/f6354a8e-92d6-44b5-ba7c-7975ed7748a5/full>>, Erişim Tarihi 12 February 2024; Pervin Yıldız, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’, <<https://baskentarabuluculuk.com/wp-content/uploads/2020/04/PERV%C4%B0N-YILDIZ-T%C3%BCketici-Mahkemeleri-Dava-%C5%9Eart%C4%B1-Arabuluculuk.pdf>>, Erişim Tarihi 12 February 2024

²⁹ TKHK m. 73/6: “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.”

³⁰ Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (n 18) 123; TKHK m. 74: “(1) 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. (2) 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

d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda

HUAK'ın 18/A-11 maddesi tüketici aleyhine uygulanmaz³¹.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez. Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir (TKMK m. 73/A-3).

Bu durumda bir tüketici işlemi olarak kabul edilen sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davalar için TKHK m. 73/1 “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.” hükmü gereğince tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Bu tür davalar bakımından da TKHK'na eklenen 73/A maddesinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır hükmü getirildiğinden, bu hüküm uyarınca dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulacaktır³².

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. (3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşınması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır.”

³¹ HUAK m. 18/A-11: “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıkarsa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.”

³² ibid 308; Gökçen Topuz, Tüketici Mahkemeleri (2018) 31, (1st edn, Yetkin Yayınları); ibid, 517

4. Bazı Davalarda Özellikle Kira Davalarında Arabuluculuk

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (BKDYH)'un³³ 37'nci maddesi ile 18/A maddesinden sonra gelmek üzere 6325 sayılı HUAK'a eklenen hükme göre:

1. Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır:

a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar.

c) Kat Mülkiyeti Kanunundan³⁴ kaynaklanan uyuşmazlıklar.

ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar

01.09.2023 tarihinden itibaren dava şartı olarak arabuluculuğa tabidirler (BKDYH m. 43/1).

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenecektir.

Buna göre düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından taşınmazın bulunduğu yer, diğer anlaşma belgeleri bakımından ise arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır³⁵. Mahkeme taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda ku-

³³ RG 05.04.2023/32154

³⁴ Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun Numarası: 634 Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 02.07.1965/12038. RG'de yayımlanmıştır.

³⁵ Lindsay v. Lewandowski (Lindsay v. Lewandowski (2006) 43 Cal. Rptr. 3d 846, 853) kararı çok aşamalı tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin bir ABD mahkeme kararıdır. Karara konu olan olayda, taraflar, arabuluculuk aşamasının başarısız olması hâlinde arabulucunun "bağlayıcı arabuluculuğa" devam edecekleri konusunda anlaşma yapmışlardır. ABD mahkemesi "bağlayıcı arabuluculuk" gibi bir usulün var olmadığı ve böyle bir usule arabuluculuk ya datahkim kurallarından hangisinin uygulanması gerektiğinin bilinmemesi karşısında uyuşmazlık çözüm yolu anlaşmasını geçersiz saymıştır. Kararda, tarafların arabulucunun hakem olarak görev yapmasına ilişkin ifadelerinin herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması hâlinde arabulucunun hakem olarak karar verebileceği belirtilmiştir. Demir (n 7) 584

rum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir. Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında HUAK 18'inci madde hükmü uygulanır.

Bu hükmü ihdas eden Kanunla, bu Kanuna eklenen 18/B maddesinin dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemele-ri ile Yargıtay'da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz (BKDYH Geçici m. 3/1).

C. SİNGAPUR SÖZLEŞMESİ

UNCITRAL tarafından onaylanan, 07 Ağustos 2019 Singapur'da ve sonrasında New York'taki Birleşmiş Milletler merkezinde imzaya açılan **Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Sözleşme-Konvansiyon)** (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*) (New York, 2018) (*The Singapore Convention on Mediation*)³⁶ altıncı komitenin A/73/496 nolu kararı ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 20.12.2018 tarih ve 73/198 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Sözleşme 07.08.2019 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, uzlaşma anlaşmalarına başvurma hakkı ve bunların uygulanması için uyumlaştırılmış bir yasal çerçeve oluşturur.

Ayrıca sözleşme, uluslararası ticaretin kolaylaştırılması ve ticari uyuşmazlıkların çözümünde alternatif ve etkili bir yöntem olarak arabuluculuğun teşvik edilmesi için bir araçtır³⁷. Bağlayıcı bir uluslararası araç olarak, uluslararası arabuluculuk çerçevesine kesinlik ve istikrar getirmesi ve böylece başta Birleşmiş Milletlerin Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi, SKH (*Sustainable Development Goal, SDG 16*)³⁸ olmak üzere Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine) katkıda bulunması beklenmektedir.

³⁶ Mustafa Erkan, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi (1st edn, Onikilevha Yayınevi 2020) 57; Sözleşmenin son durumu hakkında bkz. . <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status> Erişim Tarihi 04 February 2023

³⁷ Sözleşme, 07 Ağustos 2019'da Devletlerin ve bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının imzasına açılmıştır. <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements> Erişim tarihi: 02.08.2023; Bağlayıcı bir uluslararası araç olarak, uluslararası arabuluculuk çerçevesine kesinlik ve istikrar getirmesi ve böylece başta SDG 16 olmak üzere Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine (SKH) katkıda bulunması beklenmektedir.

³⁸ BM SDG 16, <<https://turkiye.un.org/tr/sdgs/16>> Erişim Tarihi 02 November 2023

Türkiye bu Sözleşme’yi “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonunun Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunla” kabul etmiştir³⁹. Sözleşme Türkiye’nin yanı sıra daha 53 devlet tarafından imzalanmıştır.

Sözleşme, (a) Sulh anlaşmasının en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde olması veya (b) Sulh anlaşmasının taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin: (i) Sulh anlaşmasından doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten veya (ii) Sulh anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması hallerinde uygulanır.

Sözleşmenin 1’inci maddesi gereğince, “Sözleşme’nin ticari bir uyuşmazlığı çözmek için taraflarca yazılı olarak akdedilen arabuluculuktan kaynaklanan uluslararası sulh anlaşmalarına uygulanacağını öngörmektedir. Madde 1 ayrıca, bir tüketici tarafından kişisel, ailevi veya evle ilgili amaçlarla veya aile, miras veya iş hukukuna ilişkin olarak akdedilen sulh anlaşmalarının Sözleşme’nin kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (1958), Mahkeme Seçimi Anlaşmalarına İlişkin Sözleşme (2005) ve Medeni veya Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (2019) gibi mevcut ve gelecekteki sözleşmelerle olası çakışmaları önlemek amacıyla, bir hüküm veya hakem kararı olarak icra edilebilen bir sulh anlaşması da Sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur.” Türkiye bu Sözleşmeyi 07.08.2019 tarihinde imzalamıştır. Konvansiyon, 07 Ağustos 2019 tarihinde aralarında Türkiye’nin de bulunduğu.

³⁹ Türkiye adına 07.08.2019’da imzalanan Sözleşme, 5235 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı üzerine 7282 sayılı ve 25.02.2021 tarihli kabul Kanunu ile kabul edilmiştir. Kabul Kanunu 11.03.2011 T. ve 31420 S. RG’de yayımlanmıştır. Kanunun yürürlük tarihinin 11 Nisan 2022 olarak tespit edilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3 üncü maddesi gereğince 5235 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile karar verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Karar 25.02.2022 T. ve 31761 S. RG’de yayımlanmıştır; Geniş bilgi için bkz. Dilek Aydemir, ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention’ (2021), Public and Private International Law Bulletin, 1, 191 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/59618/819689>> Erişim Tarihi: 04 February 02.2023.; Talat Kaya, ‘Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Me-selesi’ (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 979 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909914>>, Erişim Tarihi: 04 February 2023; Sözleşme, Devletlerin ve bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının ("Taraflar" olarak anılacaktır) imzasına açıktır.

Sözleşme, Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuktan Kaynaklanan Uluslararası Uzlaşma Anlaşmalarına İlişkin UNCITRAL Model Kanunu (2018) ile uyumludur⁴⁰. Bu yaklaşım, Devletlere Sözleşme'yi, Model Yasa'yı bağımsız bir metin olarak veya hem Sözleşme'yi hem de Model Yasa'yı arabuluculuğa ilişkin kapsamlı bir yasal çerçevenin tamamlayıcı araçları olarak kabul etme esnekliği sağlamayı amaçlamaktadır.

Bir ticari uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk sonucunda taraflarca yazılı olarak yapılan ve yapıldığı sırada milletlerarası nitelik taşıyan anlaşmaya (sulh anlaşmasına) uygulanan bu Sözleşmenin uygulama alanı 1'inci maddede düzenlenmiştir. Buna göre, (a) Sulh anlaşmasının en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde olması veya (b) Sulh anlaşmasının taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin: (i) Sulh anlaşmasından doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten; veya (ii) Sulh anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması halinde Sözleşme uygulanır. Sözleşme hükümleri (a) taraflarından birinin (tüketici olarak) şahsı veya ailesi veya evi için yaptığı işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için yapılan; (b) Aile, miras ve iş hukukuna ilişkin olan sulh anlaşmalarına ve (a) (i) Mahkemece tasdik edilen veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan ve (ii) Mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmaları; (b) Hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen sulh anlaşmalarına ise uygulanmaz.

Sözleşmenin 3'üncü maddesi gereğince, taraflarının hem uzlaştırma anlaşmalarının uygulanması hem de ihtilaflı bir tarafın Sözleşme kapsamındaki bir uzlaştırma anlaşmasına başvurma hakkı ile ilgili temel yükümlülüklerini ele almaktadır. Sözleşmenin Taraflarından her biri, Sözleşmenin herhangi bir gereklilik öngörmediği durumlarda izlenecek usul mekanizmalarını belirleyebilir.

Bir sulh anlaşmasına dayanma formalitelerini kapsar, yani, ihtilaflı taraf, yetkili makama kendileri tarafından imzalanan sulh anlaşmasını ve sulh anlaşmasının arabuluculuktan kaynaklandığının kanıtını sunacaktır. Yetkili makam, Sözleşme gereklerine uyulduğunu doğrulamak için gerekli her türlü belgeyi talep edebilir (Sözleşme m. 4).

Aleyhine başvuru ihtilaflı tarafın talebi üzerine bir mahkemenin hangi gerekçelerle tedbir vermeyi reddedebileceğini tanımlar. Bu gerekçeler, uyuşmazlığın taraflarına ilişkin olarak, uzlaştırma sözleşmesi ve arabuluculuk usulü olmak üzere üç ana kategoride toplanabilir. 5. madde,

⁴⁰ <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements> Erişim tarihi: 02.08.2023

mahkemenin re'sen yardım vermeyi reddedebileceği iki ek gerekçe içerir. Bu gerekçeler, kamu düzenine ve uyumsuzluk konusunun arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyeceğine ilişkindir. Uzlaşma anlaşmaları için en elverişli çerçevenin uygulanmasını sağlamak amacıyla, Madde 7 daha elverişli kanun veya antlaşmanın uygulanmasını öngörmektedir (Sözleşme m. 5).

İlk çekince olarak, Sözleşme Tarafına, belirtilen ölçüde, taraf olduğu veya herhangi bir devlet kurumunun veya bir devlet kurumu adına hareket eden herhangi bir kişinin taraf olduğu uzlaşma anlaşmalarını Sözleşmenin uygulanmasından hariç tutmasına izin verir. İkinci bir çekince olarak, Sözleşmeye Taraf bir Tarafın, Sözleşmeyi yalnızca ihtilaflı tarafların Sözleşmenin uygulanmasını kabul ettikleri ölçüde uygulayacağını beyan etmesine izin verir (Sözleşme m. 6). Sözleşme ve bunlara ilişkin herhangi bir çekince, 9. Maddede belirtildiği gibi, Sözleşmenin ilgili Taraf için yürürlüğe girmesinden sonra akdedilmiş olan sulh anlaşmalarına ileriye dönük olarak uygulanır.

Sözleşme Madde 8 çekinceleri içermektedir. *Birinci çekince, Sözleşme Taraflarından birinin, taraf olduğu veya herhangi bir devlet kurumunun veya bir devlet kurumu adına hareket eden herhangi bir kişinin taraf olduğu sulh anlaşmalarını, beyanda belirtilen ölçüde Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakmasına izin verir. İkinci bir çekince, Sözleşme'ye Taraf olan bir ülkenin, Sözleşme'yi yalnızca ihtilaflı tarafların Sözleşme'nin uygulanmasını kabul ettikleri ölçüde uygulayacağını beyan etmesine izin verir.*

Sözleşme ve Sözleşmeye konulan çekinceler, Madde 9'da belirtildiği üzere, Sözleşmenin ilgili Taraf için yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen sulh anlaşmalarına ileriye dönük olarak uygulanır.

Sözleşme'ye uygun ve tarafları bağlayıcı olarak hazırlanan sulh sözleşmesinin⁴¹ uygulanabilir bir hukuki mahiyet kazanması ancak başvuru- lan ülkenin hukuk kurallarının uygulanması ile mümkün olabilecektir⁴².

Sözleşme, UNCITRAL Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Yapılan Uluslararası Uzlaşma Anlaşmalarına İlişkin Model Kanun (2018)⁴³ ile uyumludur. Bu yaklaşımın amacı, Devletlere, arabuluculuğa ilişkin kapsamlı bir yasal çerçevenin tamamlayıcı araçları olarak Sözleşme'yi, tek başına bir metin olarak Model Kanun'u veya hem Sözleşme'yi hem de Model Kanun'u kabul etme esnekliğini sağlamaktır.

⁴¹ Erkan (n 35) 93-115

⁴² ibid 144

⁴³ ibid 55

II. TAHKİM

Tahkim (*arbitration*), taraflar arasında doğmuş ve ileride doğması muhtemel olan belirli hukuki uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında, taraflarca seçilen tarafsız hakem ya da hakemler tarafından nihai olarak karara bağlanmasıdır⁴⁴. Amerikan Tahkim Derneği, tahkimi şu şekilde tarif etmektedir: **"Tahkim, bir uyuşmazlığın, nihai ve bağlayıcı bir karar (hüküm) için bir veya daha fazla tarafsız kişiye götürülmesidir. Hükümler yazılı olarak verilir ve genellikle nihai ve dava taraflarını bağlayıcıdır."**

Türk Hukuku uyarınca arabulucu ancak tarafların açık ve yazılı onaylarının bulunması koşuluyla tahkim aşamasında hakem olarak görev yapabilir⁴⁵.

Taraflar arasındaki ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesine dair bir anlaşmaya veya mevcut sözleşmede tahkim şartının varlığına bağlı olan ve bu anlaşmayla gerekçelendirilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴⁶. Tahkim taraflar arasındaki ihtilafları çözmede özel bir yöntemdir. Bu yöntem, tarafların aralarındaki ihtilafı bir veya daha fazla hakemden oluşan tarafsız bir heyete götürmek istemeleri hakkında uygulanır. Taraflar normalde aralarındaki sözleşmeye koyacakları bir tahkim klotu ile tahkimin uygulanması konusunda anlaşır. Tabi ki taraflar arasında ihtilaf çıkmasından sonra da tarafların bu konuda anlaşmaları mümkündür⁴⁷.

Tahkim, çekişmeli bir yargılamadır ve hakemler, uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisine sahiptir. Hakem, olayların nasıl gerçekleştiği hakkında vicdani bir kanaate varırsa, hukuk kurallarını uygulayarak hangi tarafın haklı olduğu konusunda tarafları bağlayıcı ve nihai bir karar verir⁴⁸.

Davacının, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın çözülebileceğine inanmamasını gerektiren ciddi sebepler var ise (örneğin davalı, davacının samimi sulh girişimlerini sonuçsuz bırakmışsa), artık, arabuluculuk faaliyetine başvurmak suretiyle daha fazla zaman kaybetmek ve masrafa katlanmak yerine tahkime başlamak isteyebilir⁴⁹.

⁴⁴ Hakan Pekcanitez, 'İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı' (2010), 12 (özel sayı) 636, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46934/588926>> Erişim Tarihi 25 October 2023

⁴⁵ ibid 593

⁴⁶ Clare Ambrose and Karen Maxwell, London Maritime Arbitration (1st edn, LLP Limited 1996) 19

⁴⁷ Ambrose and Maxwell (n 45) 1

⁴⁸ ibid 581

⁴⁹ ibid 585

Tahkime başvurulması zamanaşımını keser. Arabuluculuğa başlanması ise zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerin işlemlerini durdurur ama kesmez [HUAk.m16(2)]⁵⁰.

A. MİLLİ TAHKİMİ DÜZENLEYEN KANUNLAR

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Anayasa'nın 125'inci maddesinde⁵¹ “*Yargı Yolu*” başlığı altında tahkim düzenlenmiştir. Anayasanın 2'nci maddesi ile Anayasa'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen hükümle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi öngörülmüştür⁵².

⁵⁰ ibid 583

⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863. Anayasa m. 125: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidebilir.

Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

⁵² Hakkı Susmaz, Atike Eda Manav Özdemir, Açıly Şahin, Güray Özsu and Gül Süslü, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler (2021) (1st edn, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk Ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları) 8, <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/Publications/TAHK%C4%B0M%20K%C4%B0TABI/TAHK%C4%B0ME%20%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0N%20TE-MEL%20KAVRAMLAR,%20D%C3%9CZENLEMELER%20VE%20G%C3%9CNC-EL%20GEL%C4%B0%C5%9EMELER.pdf>>, Erişim Tarihi: 20 January 2023

2. İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun

İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun⁵³ Dokuz maddeden oluşur. Türk şirket ve müesseselerinin hukuki ve ticari işlemlerinde Türkçe kullanmasını zorunlu tutmaktadır. Dolayısıyla Tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin tespitinde 805 sayılı Kanun hükümleri yargı mercilerince göz önüne alınacaktır.

3. İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu

İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu (İstTMK)⁵⁴, 16 maddeden oluşmaktadır.⁵⁵ Kanunun amacı, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.⁵⁶

⁵³ İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 805, Kabul Tarihi: 10.04.1926, RG 22.04.1926/353. “İstanbul’da bir tahkim merkezi kurulması düşüncesi, 2/10/2009 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planında yer almıştır. Bu Eylem Planının, “Hukuk Alt Yapısının Güçlendirilmesi” başlıklı Bölümünde “İstanbul’da bağımsız ve özerk yapıya sahip uluslararası alanda rekabet edebilecek düzeyde kurumsal bir tahkim merkezinin oluşturulması ve arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde kullanılması”, ikinci öncelik olarak belirlenmiştir.” Pekcanitez (n 43) 640

⁵⁴ İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu, Kanun Numarası: 6570, Kabul Tarihi: 20.11.2014, RG 29.11.2014/29190; <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6570&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>>, Erişim Tarihi: 04 February 2023; “İstanbul Tahkim Merkezi şu andaki yapılanması ile 20 kişilik bir Genel Kurul ile kurulmaktadır. İstanbul tahkim Merkezinin profesyonel, özerk, uzmanlardan oluşan ve milletlerarası nitelikli bir yapılanmaya gereksinimi vardır. İstanbul Tahkim Merkezi’nin yapılanması etkin karar alabilme, şeffaflık, uzmanlık ve nötr olma esası dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira özellikle başlangıç aşamasında tahkim merkezinin kurallarının yapılması, alt yapısının kurulması tanıtılması gibi son derece önemli görevler bulunmaktadır.” Ziya Akıncı, ‘Neden İstanbul Tahkim Merkezi?’ (2013) 8(79) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 95, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203159>> Erişim Tarihi 25 October 2023

⁵⁵ İstanbul tahkim merkezinin yapısı, İstanbul Tahkim Merkezi Yasa Tasarısı’nda düzenlenmiştir. Tasarıya göre merkez, Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Denetçi, Danışma Kurulu, Milli ve Milletlerarası Tahkim Divanları ve Genel Sekreterlikten oluşmaktadır. Akıncı (n 53) 85

⁵⁶ İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu 1

Bu Kanunun uygulanmasını sağlamak ve Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine tabi İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur⁵⁷.

4. Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Milli tahkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)’nın⁵⁸ 11’inci kısmında, 407-444 üncü maddeler arasında milli tahkim düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinde (HMK m. 436-440) bazı değişiklikler yapılmıştır⁵⁹.

5. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun (MÖHUK) madde 1/1’inci gereğince, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanun hükümlerine tabidir. Kanun 66 maddeden oluşmaktadır ve 60, 61, 62 ve 63 üncü maddelerinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir⁶⁰. MÖHUK madde 2/1 uyarınca Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

6. Milletlerarası Tahkim Kanunu

Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁶¹, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak tahkim kurallarını düzenler. Kanun milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemekte olup, 19 maddedir. MTK’nın 1’inci maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu MTK hükümlerinin taraflar ya

⁵⁷ <<https://istac.org.tr/>>, Erişim Tarihi: 07 December 2020

⁵⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836

⁵⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7251, Kabul Tarihi: 22.07.2020, RG 28.07.2020/31199

⁶⁰ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728

⁶¹ Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.2007/26728

da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.

7. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (KHİSK) dokuz maddeden oluşmaktadır. 1'inci maddeye göre KHİSK ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektedir.⁶²

Kanuna göre, “*Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşma, milletlerarası tahkim anlaşması (KHİSK m. 2/b) ve sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri, yabancılık unsuru (KHİSK m. 2/b)*” sayılır.

8. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK)’n amacı, *doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasla-*

⁶² Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, Kanun Numarası: 4501, Kabul Tarihi: 21.01.2000, RG 22.01.2000/23941, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4501&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

rı düzenlemektir. Bu Kanun, doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak muameleyi kapsamaktır” (DYYK m. 1)⁶³.

9. Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname

Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (GBKKHK)⁶⁴ Kanunun amacı genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay dahil) ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir.

659 sayılı KHK’nın Hukuk Birimlerinin Görevleri başlıklı 4 üncü maddesinde, hukuk birimlerinin, idarenin taraf olduğu tahkim yargılamalarında idareyi temsil edebilecekleri düzenlenmiştir. 659 sayılı KHK’nın 7/2’nci maddesinde, ulusal ve uluslararası mahkeme ve tahkim mercilerinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti veya idarelerin taraf ya da müdahil oldukları davalardan, Cumhurbaşkanlığı hukuk birimi tarafından takibi gerekli görülenler ve bunlarla ilgili icra işlemleri, ilgili idarenin de vekili sıfatıyla Cumhurbaşkanlığı hukuk birimince takip ve müdafaa edilebileceği hükmü düzenlenmiştir⁶⁵.

⁶³ Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Kanun Numarası: 4875, Kanun No: 05.06.2003, RG 17.06.2003/25141, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4875&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁶⁴ Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, KHK Numarası: 659, Kabul Tarihi: 26.09.2011, RG 02.11.2011/28103, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=659&MevzuatTur=4&MevzuatTertip=5>>, Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁶⁵ <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.659.pdf>>, Erişim Tarihi: 07 December 2020

10. Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun

Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun⁶⁶ dokuz maddeden oluşmaktadır ve Kanuna göre, Genel, Katma ve Özel Bütçeli idareler ve belediyelerle, sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya il özel idarelerine ait olan idare ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adli yargı organlarının görevinde bulunanlar bu Kanunda yazılı tahkim usulüne göre çözüme kavuşturulurlar.

B. TAHKİMDE TANIMA VE TENFİZ İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*)⁶⁷, 07.06.1959 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve dünya genelinde 160'dan fazla ülke taraftır⁶⁸. Türkiye de bu Sözleşmeye taraftır⁶⁹. Konvansiyonun uygulanabilmesi için ilgili hakem kararının yabancı ve uyuşmazlığın ticari mahiyette olması gerekmektedir. Türkiye, Konvansiyonun uygulanması yönünden sadece ticari mahiyette bulunan uyuşmazlıklara uygulanacağına ilişkin çekince koymuştur. Konvansiyon-

⁶⁶ Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3533, Kabul Tarihi: 29.06.1938, RG 16.07.1938/3961, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3533&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁶⁷ <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/crefaa/crefaa_e.pdf>, Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁶⁸ 10.06.1958 tarihli New York Konvansiyonu'na taraf devletlerin listesi için bkz. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=XXII-1&chapter=22&clang=en> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁶⁹ 3731 sayılı ve 08.05.1991 tarihli ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 21.05.1991 T. ve 20877 S. RG'de yayımlanmıştır. Konvansiyonun onaylanmasına dair 15.08.1991 tarihli ve 91/2151 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 25.09.1991 T. ve 21002 S. RG'de yayımlanmıştır. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21002.pdf>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

da; tahkim sözleşmelerinin ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile tenfizin reddi sebepleri tahdidi olarak düzenlenmiştir⁷⁰. Konvansiyon, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunundaki tanıma ve tenfiz ilkelerinin temelini oluşturmaktadır.

2. Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)

Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷¹ (Cenevre Sözleşmesi) (*European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 21 April 1961*)⁷² Cenevre Sözleşmesinin X(8) maddesi uyarınca, 07.01.1964 yürürlüğe girmiştir. Ancak, Cenevre Sözleşmesinin Ek 4. paragrafı uyarınca IV. Maddenin 3 ila 7. paragrafları 18.10.1965'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cenevre Sözleşmesini 21.04.1961 tarihinde imzalamış ve 24.01.1992 tarihinde sözleşmeye taraf olmuştur⁷³.

3. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)⁷⁴, 1966 tarihli'dir. Türkiye de Sözleşme tarafları arasındadır⁷⁵. Dünya Banka-

⁷⁰ Serhat Eskiörük, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, (2009), 164, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 146 vd. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/uluslararasi_uyusmazlik_semp.pdf>, Erişim Tarihi 06 December 2023

⁷¹ Rabi Koral, 'Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi)' (1964), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30 (3-4), 745 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96474>>, Erişim Tarihi 03 February 2023

⁷² Sözleşme metni için bkz. <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9104/113850>>, Erişim Tarihi: 03 February 2023

⁷³ 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanan "Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşmenin" onaylanması hakkında Kanun, Kanun Numarası: 359, Kabul Tarihi: 29.08.1961, RG 05.09.1961/10898, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf>> Erişim Tarihi 01 November 2023

⁷⁴ <<https://icsid.worldbank.org/>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁷⁵ Türkiye, ICSID Konvansiyonunu 02.06.1987 tarihinde imzalamıştır. 27.05.1988 tarihli ve 3460 sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduguna Dair Kanun 02.06.1988 tarihli RG'de yayımlanmıştır. Türkiye, Uygun Bulma Kanununu 06.12.1988 T. ve 20011 S RG'de yayımlanan 07 Ekim 1988 tarihli ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

sının merkezinin bulunduğu yer olan Washington DC’de bulunmaktadır. ICSID Konvansiyonu, Dünya Bankasının uluslararası yatırımı teşvik etme hedefini ilerletmek için Dünya Bankası İcra Direktörleri tarafından formüle edilmiş çok taraflı bir anlaşmadır. ICSID tahkimi, uluslararası yatırım anlaşmazlıklarında ilgili tarafların özelliklerini dikkate almak suretiyle, ev sahibi devlet ile yatırımcılar arasında bir denge sağlamaktadır.

Türkiye ICSID Konvansiyonunu; yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebilmesi; Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısı ile Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID’e götürülmemesi ve Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer ülkelerle imzalayacağı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmalarına ilişkin münferit ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı’na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64’üncü maddesine rezerv konulması şartlarıyla kabul etmiştir⁷⁶.

4. Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonu

21.04.1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Konvansiyonu (*European Convention on International Commercial Arbitration. Geneva, 21 April 1961*)⁷⁷, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu’nun⁷⁸ çalışmaları neticesinde düzenlenmiştir. Türkiye, 1961 tarihinde Cenevre’de tanzim edilen Avrupa Konvansiyonunu 21.04.1961 tarihinde imzalamıştır⁷⁹.

Mezkûr Sözleşme, 23 Eylül 1991 tarihli ve 21000 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 13 Ağustos 1991 tarihli ve 91/2138 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır. Avrupa Konvansiyonu, milletlerarası ticari tahkimin tanıma ve tenfizden önceki safhalarını düzenlemektedir.

⁷⁶ Detaylı bilgi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁷⁷ <https://treaties.un.org/doc/treaties/1964/01/19640107%2002-01%20am/ch_xxii_02p.pdf> , Erişim Tarihi: 03 February 2023

⁷⁸ <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁷⁹ 3730 sayılı ve 08.05 1985 tarihli Onay Kanunu 21.05.1991 T. ve 20877 S. RG’de yayımlanmıştır. <<https://www.kanunum.com/files/3730-1.pdf>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

Avrupa Konvansiyonu, tahkim anlaşması yapılırken mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı akit devletlerde olan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ticari muamelelerden doğan tahkimlere ilişkin çözüm yolu sunmaktadır⁸⁰.

Avrupa Konvansiyonunun 1'inci maddesi uyarınca tahkimin konusu uluslararası ticari ilişkilerle sınırlandırılmıştır. Konvansiyonun uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birinci şart tahkim anlaşması yapıldığı sırada tarafların mutad meskenlerinin farklı akit devletlerde bulunmasıdır. İkinci şart ise, uyuşmazlığın uluslararası ticari ilişkiden doğmuş olmasına ilişkindir. Ticari olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklara Konvansiyon uygulanamaz.

C. AD HOC VE KURUMSAL TAHKİM

Tahkim doktrinde çeşitli unsurları dikkate alınarak ayrımlara tabi tutulmaktadır⁸¹. Biz bu ayrımlara göre ad hoc ve kurumsal tahkimi inceleyeceğiz.

1. Ad Hoc Tahkim

Milletlerarası uygulama dikkate alındığında, milletlerarası ticarî tahkimin kurumsal olarak (enstitü tahkimi)¹ veya herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın (ad hoc) gerçekleştiği görülmektedir. Kurumsal tahkimde, tahkimin cereyan edeceği kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları vardır. Taraf iradeleriyle düzenlenmemiş hususlar, bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. İşte, böyle bir kurumun organizasyonuna tâbi olarak ve bu kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek tahkim, kurumsal tahkimdir (*Institutional Arbitration*)⁸².

Ad hoc (Geçici) Tahkim, tarafların herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmadan, hakem veya hakem heyetini oluşturdukları bunun yanı sıra, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku, uyuşmazlığın çözümleneceği yeri ve uyuşmazlığa uygulanacak dili kısaca tahkim usulünü belirledikleri çözümleyecek hakemlerin taraflarca seçildiği tahkim türüdür⁸³. Bu tahkim türün-

⁸⁰ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c060/tbmm18060114s0499.pdf>> ve <<https://www.kanunum.com/files/3730-1.pdf>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

⁸¹ Pekcanıtez, Özekes, Akkan and Taşkokmaz (n 14) 2604

⁸² ibid 79

⁸³ Ceren Zeynep Karaca, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü. Yayınlanmamış YL Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2022), 67-68, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>>

de hakem veya hakem heyeti, tarafların anlaşmasıyla ve sadece o taraflar arasındaki somut uyuşmazlığı çözmek için geçici olarak belirlenir⁸⁴.

6100 sayılı HMK'nın 424. madde hükmünde; “*Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Kanuni düzenleme uyarınca, kanunun emredici hükümleri hariç uyuşmazlığa uygulanacak kuralları tarafların serbestçe belirlenmesinde kanuni sakınca bulunmamaktadır.

Uygulamada Ad Hoc tahkimde tarafların yaygın şekilde tahkime uygulanacak kurallar olarak “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)” tahkim kurallarını seçtikleri görülmektedir⁸⁵. Taraflar sözleşmede UNCITRAL tahkim kurallarına yer verdiklerinde veya tarafların uygulanacak tahkim kuralları hakkında anlaşamaması üzerine tahkim heyetince karar verilmesi halinde, uyuşmazlığın çözümünde bu kurallar uygulanır. Nitekim, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1’inci maddesi uyarınca, taraflar, sözleşmesel olsun ya da olmasın, belirli bir hukuki ilişki bakımından aralarındaki bir uyuşmazlığın UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözüme bağlanacağını kararlaştırmışlarsa, söz konusu uyuşmazlıklar, taraflarca kabul edilecek değişiklikler de göz önünde tutularak bu Kurallara göre çözümlenir⁸⁶.

2. Kurumsal Tahkim

Kurumsal Tahkim (*Institutional Arbitration*) ise, “*Bir kurum tarafından önceden belirlenmiş olan detaylı kurallara uyulmak suretiyle, kurum nezdinde uluslararası nitelik taşıyan doğmuş veya ileride doğması*

kezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi 04 April 2023; Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Tahkim, (2011), Yayınlanmamış Doktora Tezi, 140, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=tmrqGPgLsv3Gz443nn3fzg&no=tJKLhL3_qwB07CGoBC2brw>, Erişim tarihi 04 April 2023

⁸⁴ Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günsel Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku (2016) (5th edn, Beta Yayınları) 2; Susmaz, Özdemir, Şahin, Özsu and Süslü (n 51) 7

⁸⁵ <<https://www.uncitral.org/pdf/englishli/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>> Erişim Tarihi: 07.12.2020

⁸⁶ Ergun Özsunay, UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle), (2014), 3, (1st edn, İstanbul Ticaret Odası Yayınları) 5

muhtemel uyuşmazlıkların çözülmesi”ni ifade etmektedir⁸⁷. Kurumsal tahkimde, tahkimin cereyan edeceği kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları vardır. Taraf iradeleriyle düzenlenmemiş hususlar, bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. İşte, böyle bir kurumun organizasyonuna tâbi olarak ve bu kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek tahkim, kurumsal tahkimdir⁸⁸. Kurumsal tahkimin tercih edilmesinde kuruma duyulan güven, sürece ilişkin öngörülebilirlik temel etkenleri teşkil etmektedir⁸⁹.

Kurumsal tahkimde tahkim yargılamasının gerçekleşeceği kurumun önceden hazırlanmış yargılama kuralları bulunmaktadır. Tahkim bakımından, aksi taraf iradeleriyle belirlenmediği müddetçe, söz konusu kurumun kuralları uygulanacaktır. Buna göre bir tahkim kurumunun organizasyonuna tabi bir şekilde ve bu kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek tahkime, kurumsal tahkim denilmektedir. Taraflarca kurumsal tahkim merkezlerinin tercih edilme sebebi, bu merkezlerin tahkim yargılamasını detaylı olarak düzenlemesi ve süreci yürütecek teknik ve idari teşkilatlanmaya sahip olmalarıdır⁹⁰. Uluslararası ticaret ve yatırım uygulamasında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için kurulmuş çeşitli kurumlar vardır⁹¹.

Milli olarak, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (İTOTAM); Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID*⁹²), Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (*World Intellectual Property Organisation Arbitration and Mediation Center, WIPO*), İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi (*Organisation of Islamic Cooperation (OIC) Arbitration Center*), Daimi Tahkim Mahkemesi (*Permanent Court of Arbitration, PCA*), Milletlerarası

⁸⁷ Cemal Şanlı ve diğerleri, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım Yayın (2023) (10th edn, Beta Yayıncılık) 588-590; Konuralp (n 82) 141; Şaban Kayıhan/Atakan Selanik, *Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü* (2022) (1st edn, Seçkin Yayıncılık) 56-57; Yusuf Enes Beggi, *Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Çözülmesi* (2023) (1st edn, Platon Hukuk Yayınevi) 15

⁸⁸ ibid 79

⁸⁹ Karaca (n 82) 66-67

⁹⁰ Nomer, Ekşi and Gelgel (n 83) 3

⁹¹ Şanlı (n 86) 302 vd.

⁹² Merkezi Washington’da olsa dahi, Avrupa yakın ülkelerin taraf olduğu birçok ICSID davasının duruşmalarının da Paris’te yapıldığı görülmektedir. ibid 81

Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (*ICC Arbitration Court*)⁹³, eski adıyla İsviçre Odaları Tahkim Kurumu (*Swiss Chambers' Arbitration Institute, SCAI- Zurich and Geneva*)⁹⁴, yeni adıyla İsviçre Tahkim Merkezi (*Swiss Arbitration Center, SAC*), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC*)⁹⁵, Amerikan Tahkim Derneği (*American Arbitration Association, AAA*)⁹⁶, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*London Court of International Arbitration, LCIA*)⁹⁷, Kahire Tahkim Merkezi (*Cairo Arbitration Cente*)⁹⁸, Tahıl ve Yem Ticareti Derneği, uluslararası tarım ürünleri ticaretinde (*The Grain & Feed Trade Association, GAFTA*) ve Uluslararası Yağlı Tohumlar ve Bitkisel Yağlar Federasyonu (*Federation of Oils Seeds & Fats Association International, FOSFA*)⁹⁹ tahkim merkezleri ve Singapur Tahkim

⁹³ Uluslararası alanda en önemli merkez Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Merkezidir. ICC olarak anılan bu merkez 1919 yılında kurulmuş, bugüne kadar 16.000 uyuşmazlığı sonuçlandırmış, 2009 yılında 128 ülkeden 2095 tarafı içeren 817 davaya bakmıştır. ibid 637. Paris özellikle Türkiye'ye yakın olan bölgede en çok tahkim yapılan yerlerin başında gelmektedir. Bunda kuşkusuz Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkiminin merkezinin Paris'te bulunması önemli rol oynamaktadır. ibid 80

⁹⁴ Cenevre ve Zürih milletlerarası tahkim uygulamasında en çok seçilen tahkim yerleri olarak dikkati çekmektedir. İsviçre, ülkesindeki tahkim kurallarını "İsviçre Kuralları" olarak yeknesaklaştırmış ve uygulamacılara kolaylık sağlamayı hedeflemiştir. MTO Tahkim istatistikleri dikkate alındığında Paris'ten sonra tahkim yeri olarak seçilen yerin İsviçre (Cenevre ve Zürih) olduğu görülmektedir. ibid 81.

⁹⁵ "Stockholm Tahkim Merkezi 1917 yılında Stockholm Ticaret Odası bünyesinde kurulmuştur. Davalar İngilizce, Rusça, Fransızca ve Almanca olarak açılabilir. Tarafların anlaşması şartıyla uyuşmazlık başka dillerde de yürütülmektedir. 2009 yılında 215 başvuru yapılmış bunların yarısında en az bir İsveç vatandaşı yer almıştır.", ibid 637

⁹⁶ ABD ve özellikle Kuzey Amerika'daki uyuşmazlıkların çözümünde AAA (The American Arbitration Association) önemli bir rol oynamaktadır. ibid 82

⁹⁷ Milletlerarası tahkim uygulamasında ön plana çıkan yerlerden biri de Londra'dır. Londra özellikle deniz tahkiminde çok yaygın kullanılan bir tahkim yeridir. Uygulamada birçok konşimentoda tahkim yerinin geleneksel olarak Londra olarak yazıldığı merkezi Londra'da bulunan LCI milletlerarası tahkim konusunda uygulamacılar tarafından kabul görmektedir. ibid 81.

⁹⁸ "Kahire Tahkim Merkezi 1979 yılında kurulmuş ve 1976 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen UNCITRAL kuralları çerçevesinde şekillendirilmiştir. Asya ve Afrika'daki ülkelerin ekonomik gelişimine katkıda bulunmak ve uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuştur.", ibid 637.

⁹⁹ Jacques Covo, 'Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA' (2020) 40(2) Londra, Public and Private International Law Bulletin, <<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/CFC5926F74AE49C2A5E80E538DB3AD8D>>, Erişim Tarihi 27 October 2023, 859

Merkezi (*Singapore Arbitration Center*)¹⁰⁰ gibi kurumlar, kurumsal tahkim merkezlerine örnek olarak gösterilebilir. Ad hoc (Geçici) tahkim, Kurumsal tahkim ile kıyaslandığında tercih edilme sebeplerinden birisi olarak, organizatör kuruluşa ayrıca ödeme yapılmaması bağlamında daha ucuz olması gösterilebilecektir¹⁰¹.

III. İHTİYARİ VE ZORUNLU TAHKİM

A. İHTİYARİ TAHKİM

Uyuşmazlığın mahkemelerde çözümlenmesi yerine tarafların isteği üzerine tahkim nezdinde çözümlenmesidir. Asıl olan ihtiyari tahkimdir. İsteğe bağlı tahkimi mecburi tahkimden ayıran en temel kıstas, tarafların yasa gereği zorunlu tutulmaksızın salt kendi istekleri üzerine uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesidir.

6100 sayılı HMK'nın 407 ile 444. madde hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. HMK'nın 412. madde hükmü uyarınca, hukuki ilişkiden doğmuş veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının isteğe bağlı tahkim nezdinde çözümlenebilmesi için yazılı şekilde tahkim sözleşmesinin yapılması veya sözleşmeye tahkim şartının eklenmesi gerekmektedir. Yazılı şekil, geçerlilik şartıdır.

B. ZORUNLU TAHKİM

Zorunlu tahkim taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde tarafların devlet yargısına başvurmaksızın tahkim yoluna başvurusu gerekli olan bir yargılama türüdür.

Özel Kanun hükümleri ile düzenlenen **zorunlu tahkim** ise ancak istisnai hâllerde mümkündür. Zorunlu tahkim, *Noterlik Kanununun* 49/4. maddesinde¹⁰², 91 sayılı *Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin* m.13/II. maddesinde, *Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun* 6. maddesinde¹⁰³, *Tüketici-*

¹⁰⁰ Singapur Tahkim Merkezi 1991 yılında kurulmuştur ve bugün Asya'nın önde gelen tahkim kuruluşlarından. ibid 637

¹⁰¹ Harç ve giderler bulunmamasına karşın hakem ücretleri ve duruşmanın yapılacağı yerin kiralanmasına ilişkin ücretler dikkate alındığında ad hoc tahkimde de yapılan masrafların az olmadığı hakkındaki görüş için bkz. Konuralp (n 82)140; ibid, 4

¹⁰² Noterlik Kanunu, Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.01.1972 tarihli, RG 05.02.1972/14090

¹⁰³ Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Numarası: 5894, Kabul Tarihi: 05.05.2009, RG 16.05.2009/27230

nin Korunması Hakkında Kanun'un 68/1. maddesinde ve Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanunda¹⁰⁴ düzenlenmiştir.

IV. ARABULUCULUK İLE TAHKİM ARASINDAKİ FARKLAR

Zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk arasında bazı farklılıklar bulunduğu gibi, arabuluculuk ile tahkim arasında da önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkları açıklayacak olursak:

Zorunlu arabuluculuğun hukuki dayanağı 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu; 13.1.2011 tarihli (01.07.2012 yürürlük tarihi) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. İhtiyari arabuluculuğun temel kaynağı da 07.06.201 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve 7445 sayılı 05.04.2023 BKDYH'dır¹⁰⁵.

Arabulucunun yetkisi bakımından sicile kayıtlı arabulucu olması zorunludur. İhtiyari arabuluculukta ise arabulucu sicile kayıtlı bir arabulucu olabileceği gibi tarafların üzerinde mutabık kalacakları bir arabulucu da olabilir. Mutlaka sicile kayıtlı olması gerekmez.

İş davaları, ticari davalar ve tüketici davaları için zorunlu arabuluculukta arabulucuya başvurmak dava şartıdır. İhtiyari arabuluculukta ise bu bir şart aranmaz. İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) 3/1 maddesine göre¹⁰⁶: “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya

¹⁰⁴ Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3533, Kabul Tarihi: 29.06.1938, RG 16.07.1938/3961

¹⁰⁵ RG 22.06.2012/28331

¹⁰⁶ İMK m. 3/2: “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 dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.”

başvurulmuş olması dava şartıdır. İş Mahkemeleri Kanunu 3/3 maddesi gereğince ise “İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları...” zorunlu arabuluculuk dava şartından hariçtir. TTK’nın 4 üncü maddesi ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalar gereğince, *“konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A)”*¹⁰⁷.

6325 sayılı TKHK’na göre¹⁰⁸ dava açmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Ayrıca birtakım uyuşmazlıklarda da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bunlar: a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar. b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar. c) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar. ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar. 2) Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir. 3) Bu madde kapsamında düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu olup bu şerh taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından taşınmazın bulunduğu yer, diğer anlaşma belgeleri bakımından ise arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme taşınmazla ilgili anlaşma belgeleri bakımından yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri

¹⁰⁷ 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun 20. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰⁸ TKHK m. 73/A: “1) 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: 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 ve d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayından doğan uyuşmazlıklar. 2) 6325 sayılı HUAK 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz. 3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez. 4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.”

icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler; bu kapsamda kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir ve gerektiğinde duruşma açabilir. 4) Anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında 18 inci maddede hükmü uygulanır (BKDYHK m. 37). Ancak BKDDYHK'nın 38'inci maddesine göre 1) HUAK'a eklenen 18/B maddesinin dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz.

İhtiyari arabuluculukta ise adından da anlaşılacağı üzere arabulucuya başvurulup başvurulmaması tamamen isteğe bağlıdır.

Olayda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun anlamında yabancılık unsuru¹⁰⁹ bulunmaktaysa hem zorunlu hem de ihtiyari arabuluculuk kurallarına göre arabuluculuk uygulanabilir.

Zorunlu arabuluculukta arabulucu ve arabuluculuk bürosu adres araştırması yapılabilir¹¹⁰. İhtiyari arabuluculukta ise adres araştırması arabulucu veya taraflarca yapılabilir.

¹⁰⁹ Doktrinde yer alan bir görüşe göre, “Yabancılık unsuru ile ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka, diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan bağlantısı ifade edilir. Daha açık ifade ile, yabancılık unsuru hukuki ilişkinin birden çok hukuk sistemi ile ilişki içinde olması demektir¹³”. Doktrinde yer alan diğer görüşe göre, “bir hukuki olay veya ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan unsur” yabancılık unsurudur¹⁴. Bir başka görüşe göre ise, “yabancılık unsuru herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsur” dur. Merve İldan, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılık Unsuru, (2020), Medipol Üniversitesi Yayınlanmamış YL Tezi, (2020), 6, <https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://acikerisim.medipol.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12511/7834/Ildan-Merve-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi 06 December 2023

¹¹⁰ HUAKY m. 24/2: “Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.” HUAKY m. 24/3: “Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar.”

Yetki bakımından zorunlu arabuluculukta davalının, davalı birden fazla ise herhangi birinin yerleşim yeri veya işin yapıldığı yerdir¹¹¹. İhtiyari arabuluculukta ise yetkiye dair bir şart düzenlenmiş değildir.

İş davalarında arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir (İşMahK m. 3/10)¹¹². Ticari davalarda ise arabulucu görevlendirildiği tarihten itibaren: TTK m. 5/A-(2) uyarınca “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir¹¹³.” Diğer davalarda da üç hafta içinde arabuluculuğun sona erdirilmesi gerekir. Bu süre zorunlu hâllerde bir hafta daha uzatılabilecektir. İhtiyari arabuluculukta ise herhangi bir süre bulunmamaktadır. Tüketici davalarında da Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir¹¹⁴.

Zorunlu arabuluculuk gerektiren tüm davalarda arabuluculuk bürosuna veya arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğünce arabulucu seçilir ya da görevlendirilir¹¹⁵. İhtiyari arabuluculukta ise arabulucu taraflarca seçilir¹¹⁶.

Arabuluculuk süreci zorunlu arabuluculukta, arabuluculuk bürosuna başvuru ile başlar (İşMahK m. 3/17). İhtiyari arabuluculukta ise dava açılmadan önce: Taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır (Aksi kararlaştırılabilir). (HUAK m. 13/2). Dava açıldıktan sonra ise: Tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece ertelenir (HUAK m. 15/5).

Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk süreci arabuluculuk bürosuna başvurulması ile başlar (İşMahK m. 3/17). İhtiyari arabuluculukta ise böy-

¹¹¹ İşMahK m. 3/5: “Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”

¹¹² 3 Hafta+1 hafta= 4 haftada (en fazla)

¹¹³ 6 Hafta+2 hafta=8 haftada (en fazla)

¹¹⁴ 3 Hafta+1 hafta= 4 haftada (en fazla)

¹¹⁵ İşMahK m. 3/6: “Arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir.”

¹¹⁶ HUAK m. 14/1: “Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.”

le bir süre öngörülmemiştir. Davanın açılıp açılmadığına göre sürelerde farklılık olacaktır. Arabulucu ve taraflarca ilk tutanağın imzalandığı tarihten itibaren süre işlemeye başlar. *Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.* (HUAK m. 16/1).

Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk faaliyetinin sürelerle etkisi düzenlenmiştir. Zamanaşımı ve hak düşürücü süre durur¹¹⁷. Aynı şekilde ihtiyari arabuluculukta da zamanaşımı ve hak düşürücü süre durmaktadır¹¹⁸.

Arabuluculuk ücreti zorunlu arabuluculukta 2 saate kadar devlet tarafından, 2 saati aşan kısım eşit olarak taraflarca karşılanır¹¹⁹. İhtiyari arabuluculukta ise ücretin tamamı taraflarca karşılanmak zorundadır.

¹¹⁷ İşMahK m. 3/17: “Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.”

¹¹⁸ HUAK m. 16/2: “Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”

¹¹⁹ HUAK m. 18/A-13: “Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.” İşMahK m. 3/14: Tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.” TKHK m. 70/A-2: “07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz”. HUAK m. 18/A-11: “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf

Arabuluculuk yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm faaliyeti sürdürülmektedir. Arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirir.

Tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlar. Arabulucu, tarafların menfaatlerine ilişkin uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması amacıyla taraflara yardım eder. Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu uyuşmazlığın çözülmesi için kendi önerisini getirebilir. Kısacası, arabulucu esasında tarafları bir araya getirmekte ve onların çözümlerini bulmalarını sağlamakta ve uyuşmazlık sulh ile çözülmektedir.

HUAK'ın bu hükmü Türk Hukukunda arabuluculuk faaliyetini, tahkim yargılamasından ayıran temel unsurları ortaya koymaktadır. Buna göre, taraflar çözüm üretemezse arabulucu bir çözüm önerebilir ancak önermek zorunda değildir [HUAK.m15(7)].

Arabuluculuk faaliyeti sırasında, taraflardan bir tanesi arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirebilir [HUAK m. 17/1(c)]. Arabuluculuğa başlanması ise zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerin işlemesi durur ama kesilmez (HUAK m. 16/2).

Sona erme bakımından arabulucu, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunu tespit ederse taraflara danıştıktan sonra arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilir [HUAK.m17/1(b)]. Buna göre arabulucu, taraflar kendi çözümlerini üretmediklerinde uyuşmazlığı sona erdirmek için bir çözüm üretmek ve uyuşmazlığı sona erdirmek zorunda değildir. Üstelik arabulucu bir çözüm üretse de bu tavsiye niteliğinde olacaktır ve bağlayıcı değildir. Zira arabuluculuk bir yargılama ve karar mekanizması değildir¹²⁰.

Tahkim yargılaması ise, çekişmeli bir yargılamadır¹²¹. Hakem, uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisine sahiptir. Hakem, tıpkı hâkim gibi, tarafların iddia ve savunmalarını dinlemektedir¹²². Tarafların delillerini inceler ve tarafların sundukları beyanları ve delilleri çerçevesinde vicdani kanaatini tesis edip hüküm verir. İspatlanamayan konularda ise ispat

lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.”

¹²⁰ Azaklı Arslan, (n 9) 68

¹²¹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (2019), (1st edn, Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları) 39

¹²² ibid 2593; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (n 120) 71

yükünü davacı taraf, iddiasının dayanağı olan olayların kanıtlanmasının sonuçlarına katlanır.

Hakem, olayların nasıl gerçekleştiği konusunda vicdani bir kanaate varır ve hukuk kurallarını uygulayarak hangi tarafın haklı olduğu konusunda tarafları bağlayıcı ve nihai bir karar verir. Hakem kararı, yasal şartlar gerçekleştiğinde, şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Aynen mahkeme kararları gibi, hakem kararı da ilamlı icra yoluyla icra edilir. İspat yükü, ispat ölçüsü, iddiaları somutlaştırma yükü, delil ikame yükü devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da uygulama alanı bulur¹²³.

Tahkimi sona erdiren sebepler arasında tarafların kendi uyuşmazlıklarını çözmek için bir çözüm üretememeleri veya hakemlerin, davacı davasını takip etmekten vazgeçmedikçe, uyuşmazlığın çözüme kavuşabilmesi için yargılamaya devam edilmesini faydasız bulmaları gibi haller sayılmaz.

Tahkimde davacının davasından feragat etmesi veya davacının davalının muvafakatiyle davasını geri alması dışında taraflardan bir tanesinin tahkimden çekildiğini bildirmesi yargılamayı sona erdirmez (HMK m. 435; MTK m. 13/b). Davalının davaya iştirak etmemesi hâlinde ise yargılamaya devam edilir (HMK m. 430/1 (b ve c); MTK m. 11/c. 3 ve 4). Buna ek olarak, tahkime başvurulması zamanaşımını keser.

Özetle belirtmek gerekirse, HUAK 18/2'nci madde uyarınca taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi", arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden" talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Karar, ilgili kanuna uygun olarak alınır, bağlayıcıdır ve birçok ülkede temyize tabi değildir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (*Alternative Dispute Resolution, ADR*)'nin ve özellikle arabuluculuğun gerçek faydaları, sunduğu uygulamanın esnekliğinde yatmaktadır. Bu esneklik, daha az zaman ve para maliyeti ile daha iyi bir "uzlaşma etkinliği" sağlamakta, tarafların ve her uyuşmazlığın ihtiyaçlarına uyan taze yaklaşımlar geliştirilmesine imkân vermektedir. Bir uyuşmazlığın karmaşık sorunlar, kapsamlı dokümantas-

¹²³ ibid 75

yon ve çok sayıda tanık içermesi durumunda, tahkim, özellikle bazı yetki alanlarında, mahkemeye dava açmaktan çok daha pahalı ve zaman alıcı olabilmektedir.

Tahkim gibi alternatif süreçler, seçilen (veya genellikle atanan) yansız bir kişi ya da kişiler tarafından sürecin sonucunda taraflara bir karar (hüküm) sunulması bakımından yargılayıcı niteliktedir. Tahkim, dava açmada karşılaşılan sorunların bazılarının üstesinden gelmek için geliştirilmiştir.

Arabuluculukta doğrudan bir yönlendirme ile bile olsa yansız bir kişinin, tarafların kendi aralarında sonuca veya uzlaşmaya varmasına yardım etmeyi amaçladığı uzlaştırmadır. Arabuluculukta süreçler, tahkimde olduğundan farklı olarak nitelik olarak yargılayıcı değildir. Arabuluculuk ise, yansız bir kişinin, tarafların kendi aralarında sonuca veya uzlaşmaya varmasına yardım etmeyi amaçladığı için yargılayıcı değildir.

Tahkim, bir üçüncü tarafa uyuşmazlığın sonucuna karar verme yetkisi verse de, hakemin, uyuşmazlık konusunda uzman olması ve vereceği kararın daha kabul edilebilir olması beklenir. Tahkim süreci de, dava süreci gibi, hasmane ve çoğunlukla resmidir; ancak, bir mahkeme duruşmasının aksine, işlemler özel olarak gerçekleşir ve hakemi veya hakemler kurulunu taraflar seçer. Tahkimde taraflar, davanın mahiyetine uygun usulü kendileri seçerler kararlaştırırlar ve hakem, tarafların usule ilişkin kararını geçersiz kılamaz¹²⁴.

SONUÇ

Arabuluculuk, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder. Yani arabuluculuk, bir uyuşmazlığa üçüncü tarafın dahil olduğu bir süreçtir. Bir arabulucu, bir sonucu dayatamaz ancak bunun yerine, kendi anlaşmalarına varmaları için uyuşmazlık taraflarına yardım eder. Katılımcıların, yansız kişi veya kişilerin yardımıyla, seçenekler geliştirmek, alternatifleri değerlendirmek ve ihtiyaçlarını kapsayacak mutabakata dayalı bir uzlaşmaya varmak için uyuşmazlık konularını sistemli bir şekilde izole ettiği süreçtir. Arabulucu, tarafların kendi çözümlerini üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilir.

Tahkim ise, dava açmada karşılaşılan sorunların bazılarının üstesinden gelmek için geliştirilmiştir. Tahkim, bir uyuşmazlığın, nihai ve bağla-

¹²⁴ Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (2022) (5th edn, Adalet Yayınevi) 305; ibid 581-583

yıcı bir karar (hüküm) için bir veya daha fazla tarafsız kişiye götürülmesidir. Hükümler yazılı olarak verilir. Nihai ve dava taraflarını bağlayıcıdır. Yani tahkim, bir uyuşmazlığın, nihai ve bağlayıcı bir karar (hüküm) için bir veya daha fazla tarafsız kişiye götürülmesidir.

Tahkim, bir üçüncü tarafa uyuşmazlığın sonucuna karar verme yetkisi verse de, hakemin, uyuşmazlık konusunda uzman olması ve vereceği kararın daha kabul edilebilir olması beklenir. Karar, ilgili kanuna uygun olarak alınır, bağlayıcıdır. Tahkim süreci de, dava süreci gibi, hasmane ve çoğunlukla resmidir; ancak, bir mahkeme duruşmasının aksine, işlemler özel olarak gerçekleşir ve hakemi veya hakemler kurulunu taraflar seçer.

Tahkimde taraflar, davanın mahiyetine uygun usulü kendileri seçerler kararlaştırırlar ve hakem, tarafların usule ilişkin kararını geçersiz kılamaz. Bir uyuşmazlığın karmaşık sorunlar, kapsamlı dokümantasyon ve çok sayıda tanık içermesi durumunda, tahkim, özellikle bazı yetki alanlarında, mahkemeye dava açmaktan çok daha pahalı ve zaman alıcı olabilmektedir.

Uluslararası ticari tahkim uygulamasında çeşitli devletlerde kurulan tahkim merkezleri, uyuşmazlıkların kendi ülkelerinde çözümlenmesi için rekabet etmektedir.

Sonuç olarak, arabuluculuk ve tahkim birbirlerinden son derece farklıdır. Arabuluculuk genellikle henüz bir uyuşmazlık nedeniyle tahkim veya devlet mahkemeleri huzurunda dava açmadan tarafların bir araya geleerek uyuşmazlığı sulhen çözmelerine hizmet eder. Bu itibarla, arabuluculuk, tahkim yoluna başvurmadan önce denenecek bir uyuşmazlık çözüm faaliyeti olarak bir ön basamak teşkil edebilir. Diğer bir ifadeyle, tahkim ve arabuluculuk arasındaki ilişki, arabuluculuk ile mahkemeler arasındaki ilişki gibidir. Arabuluculuk, mahkemeler huzurundaki yargılamaya alternatif olduğu ölçüde tahkime de alternatiftir. Tahkim ise, bir uyuşmazlığın yargılama faaliyeti sonucunda ilamlı icra yoluyla icra edilebilir bir hakem kararı verilmesi suretiyle nihai olarak çözüme bağlanmasını hedefler.

KAYNAKÇA

AKİL C, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Emel Hanağası and Mustafa Göksu (Ed.) (2014) I, (1st edn, Yetkin Yayınları) 75 vd.

AKİPEK Ş, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi (1999) (1st edn, Seçkin Yayıncılık)

AKINCI Z, ‘Neden İstanbul Tahkim Merkezi?’ (2013) 8(79) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203159>> Erişim Tarihi 25 October 2023

AMBROSE C and MAXWELL K, London Maritime Arbitration (1996) (1st edn, LLP Limited)

ATALI M, ERMENEK İ and ERDOĞAN E, Medeni Usûl Hukuku (2022), (5th edn, Yetkin Yayınları)

ATALI M, 6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi in Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, (2014), (Emel Hanağası and Mustafa Göksu) (Ed.), I, (1st edn, Yetkin Yayınları)

AYDEMİR D, ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention’ (2021) Public and Private International Law Bulletin, 1, 191 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ppil/issue/59618/819689>> Erişim Tarihi: 04 February 2023

AZAKLI ARSLAN B, Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Yetkin Yayınları 2018)

BUDAK A C and KARAASLAN V, Medeni Usul Hukuku (2022) (5th edn, Adalet Yayınevi)

BUDAK A C, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri’ (2014)16 (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı Dokuz EÜHFD 77-103, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588455>> Erişim Tarihi 12 February 2024

BEGGİ Y E, Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu Nezinde Çözümlemesi (2023), (1st edn, Platon Hukuk Yayınevi)

COVO J, ‘Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA’ (2020) 40(2) Londra, Public and Private International Law Bulletin, <<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/CFC5926F74AE49C2A5E80E538DB3AD8D>> Erişim Tarihi 27 October 2023

ÇABRİ S, 6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Adalet Yayınevi 2016)

DEMİR GÖKYAYLA C, ‘Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu’ (2019) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575-616, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682338>> Erişim Tarihi: 28 December 2023

EMİNOĞLU C and ERDOĞAN E, Ticari Davalarda Arabuluculuk (2020) (1st edn, Adalet Yayınevi)

ERİŞİR E, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler’ in Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı 14 Kasım 2020 (2021), (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 309-357, <<https://openaccess.ihu.edu.tr/entities/publication/f6354a8e-92d6-44b5-ba7c-7975ed7748a5/full>> Erişim Tarihi 12 February 2024

ERMENEK İ, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu, ‘Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk ’ (Şebnem Akipek Öcal and Abdülkerim Yıldırım (ed) (2021) (1st edn, Adalet Bakanlığı Yayınları) 126-121

ERKAN M, Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi (2020) (1st edn, Onikilevha Yayınevi)

ESKİYÖRÜK S, Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu, (2009), 164, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB_Books/uluslararası_uyumazlık_semp.pdf>, Erişim Tarihi 06 December 2023

İLDAN M, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılık Unsuru, (2020) Medipol Üniversitesi Yayınlanmamış YL Tezi, 2020, <<https://efaidn.bmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://acikerisim.medipol.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12511/7834/Ildan-Merve-2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Erişim Tarihi 06 December 2023

KARA H, Arabuluculuk Yıllığı-2020 (Ticari Davalarda Arabuluculuk, s. 109-165), (Begüm Kocamaz-Baybüke Kurtuluş) (Ed.) (2020), (1st edn, Seçkin Yayıncılık)

KARACA C Z, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü. Yayınlanmamış YL Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2022), <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 04 April 2023

KONURALP S, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Tahkim, (2011), Yayınlanmamış Doktora Tezi,, 140, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=tmrqGPgLsv3Gz443nn3fzg&no=tJKLhL3_qwB07CGoBC2brw>, Erişim tarihi 04 April 2023

KAYA T, ‘Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi’ (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909914>> Erişim Tarihi 04 February 2023

KAYIHAN Ş and SELANİK A, Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü, (2022), (1st edn, Seçkin Yayıncılık)

KOÇYİĞİT İ and YEŞİLKAYA İ, Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ticari Davalarda-İş Uyuşmazlıklarında-Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları (Adalet Yayınevi 2020)

KORAL, Rabi, ‘Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi)’ (1964) 30(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 745-783, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96474>> Erişim Tarihi 03 February 2023

MEMİŞ T, AB Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (2020) (1st edn, Seçkin Yayıncılık)

NOMER E, EKŞİ N and ÖZTEKİN GELGEL G, Milletlerarası Tahkim Hukuku (2016) (5th edn, Beta Yayınları) 2

ÖZBAY İ, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik’ (2023) 1(1) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-22, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/toguhfd/issue/76318/1270009>> Erişim Tarihi 13 February 2024

ÖZBEK M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (2022) (5th edn, Yetkin Yayınları)

ÖZSUNAY E, UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010 Yılında Revize Edilmiş Şekliyle) (2014) (1st edn, İstanbul Ticaret Odası Yayınları)

PEKCANITEZ H, ÖZEKES M, AKKAN M and TAŞKOKMAZ H, Medeni Usûl Hukuku (2017) I (15th edn, On İki Levha Yayıncılık)

PEKCANITEZ H, ‘İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı’ (2010), 12 (özel sayı), 635-636, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46934/588926>> Erişim Tarihi 25 October 2023

SARIHAN B B, ‘Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması’ (2021) 4 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415-440 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/neuhfd/issue/64466/955106>> Erişim Tarihi 12 February 2024

SELÇUK S, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı’ (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1173-1213

SUSMAZ H, MANAV ÖZDEMİR A E, ŞAHİN A, ÖZSU G and SÜSLÜ G, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler (2021), (1st edn, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk Ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları) <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/Publications/TAHK%C4%B0M%20K%C4%B0TA>

BI/TAHK%C4%B0ME%20%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0N%20TEMEL%20KAVRAMLAR,%20D%C3%9CZENLEMELER%20VE%20G%C3%9CNCEL%20GEL%C4%B0%C5%9EMELER.pdf> Erişim Tarihi: 20 January 2023

ŞANLI C ve diğerleri, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım Yayın (2023) (10th edn, Beta Yayıncılık)

TANRIVER S, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 TBB Dergisi, 111-142, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi147/6/index.html>>, Erişim Tarihi 02 February 2024

TAŞPOLAT TUĞSAVUL M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* 2012 (1st edn, Yetkin Yayınları)

TOPUZ G, *Tüketici Mahkemeleri* (2018) (1st edn, Yetkin Yayınları)

TUTUMLU M A, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15(169) *Terazi Hukuk Dergisi* 1904-1909

Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Arabuluculuk Daire Başkanlığı (2021), <<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210432T%C3%BCketici.pdf>> Erişim Tarihi 12 February 2024

UYUMAZ A, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012) 20(1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 103-132, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26649/281235>> Erişim Tarihi 13 February 2024

YILDIZ P, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’, <<https://bas-kentarabuluculuk.com/wp-content/uploads/2020/04/PERV%C4%B0N-YILDIZ-T%C3%BCketici-Mahkemeleri-Dava-%C5%9Eart%C4%B1-Arabuluculuk.pdf>> Erişim Tarihi 12 February 2024

YILMAZ E, ARSLAN R, TAŞPINAR AYVAZ S and HANAĞASI E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2023) (9th edn, Yetkin Yayınları)

BM SDG 16, <<https://turkiye.un.org/tr/sdgs/16>>, Erişim Tarihi 02 November 2023

<<https://www.singaporeconvention.org/convention/text>>, Erişim Tarihi: 04 February 2023

<www.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi: 19 August 2020

- Araştırma Makalesi -

**UZAYA DAİR RİSKLER İLE İLGİLİ SİGORTALAR ÜZERİNE
BİR HUKUKİ DEĞERLENDİRME***

(A LEGAL ANALYSIS ON INSURANCE RELATED SPACE RISKS)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM**

Av. Dr./Atty. Dr. Ahmet KARAYAZGAN***

ÖZ

Türkiye'nin uzay politikalarıyla ilgili 10 yıllık vizyonunu, stratejilerini, hedeflerini ve projelerini belirlediği Milli Uzay Programı'nın 10 maddesi açıklanmıştır. Bu durum ülkemiz açısından hukuk ve birçok sektör açısından yeni ve gelişmeye açık bir çalışma ve araştırma alanını yaratmıştır. Uluslararası uzay hukuku halihazırda temel olarak beş büyük Birleşmiş Milletler anlaşması (Hukuki dokümanlar arasında, Dış Uzay Anlaşması, Geri Dönüş ve Kurtarma Anlaşması, Sorumluluk Sözleşmesi, Tescil Sözleşmesi ve Ay Anlaşması gibi belgeler yer amaktadır) ile uluslararası teamlük hukukundan oluşmaktadır. Diğer yandan ilgili bildirgeler ve kılavuz ilkeler ("yumuşak hukuk") ve ulusal mevzuat da not edilmelidir. Uzay ilişkili risklere dair sigortalar, bir sigorta şirketi için çok yeni ve ilginç bir sigorta branşıdır, çünkü diğer geleneksel sigorta branşları ile ilişkisi yoktur. Uzay sektörü için şu anda hem birinci taraf ve hem de üçüncü taraf teminatlarına dair sigortalar mevcuttur. Uzay sigortası birinci taraf temina-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.03.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 19.04.2024 tarihinde birinci hakem; 03.05.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Rektör Danışmanı, İstanbul Gedik Üniversitesi, İİSBF., Yönetim Bilişimleri Bölümü, e-mail: orkun.bayram@gedik.edu.tr, Orcid ID: 0000-0001-9958-7822

*** Karayazgan Hukuk Bürosu, ahmet@karayazgan.av.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2652-9987

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; BAYRAM, Orkun, KARAYAZGAN, Ahmet, "Uzaya Dair Riskler ile İlgili Sigortalar Üzerine Bir Hukuki Değerlendirme", REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 49-78.

tı esas itibarı ile, dört teminat türüne ayrılır. Bunlar çoğu uydu projesinin aşamalarını yansıtan, uydunun hazırlanması ve fırlatılması, ardından yö-rüngeye yerleştirilmesi ve işletilmesi. Ancak, piyasada henüz standart bir hale getirilmiş sigorta ürünleri bulunmamakta ve daha çok terzi usulü ürünlerin oluşturulduğu görülmektedir. İş bu çalışma ile, uzay hukuku ve ülkemiz hukuku da dikkate alınarak, sigorta sektörü özelinde konuya giriş ve uzaya ilişkin riskler açısından sigorta ürünlerine dair çalışma usul ve esaslarına dair bir bilgilendirme yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uzay Hukuku, Uzay Sigortaları, Fırlatma Öncesi Sigorta, Fırlatma Sigortası, Üçüncü Taraf Sorumluluk Sigortaları

ABSTRACT

The announcement of Turkey's 10-point National Space Program, outlining the country's vision, strategy, goals, and projects for the next decade in the realm of space policies, has opened up new avenues for study and research, particularly in the legal domain and various frameworks. International space law primarily comprises five key United Nations treaties (the Outer Space Treaty, Return and Recovery Treaty, Liability Convention, Registration Convention, and Moon Treaty), alongside customary international law. Additionally, it includes relevant declarations, guidelines (referred to as "soft law"), and national legislations. Space-related risk insurance represents a novel and intriguing branch for insurance companies, distinct from traditional insurance lines. Currently, there exist both first-party and third-party coverages for the space sector. First-party coverage in space insurance typically encompasses four types, aligning with different phases of satellite projects: satellite preparation and launch, orbital placement, and operational phases. Notably, standardized insurance products for space risks are not yet widely available, with more customized offerings being developed. This study aims to introduce the space insurance sector, considering both international space law and local regulations, while providing insights into working procedures and principles governing insurance products related to space risks.

Keywords: Space Law, Space Insurance, Pre-Launch Insurance, Launch Insurance, Third-Party Liability Insurances

1. Uzay Hukuku Kavramı

Uzay hukuku, uzayla ilgili faaliyetleri yöneten hukuk olarak tanımlanabilir. Uzay Hukuku, antlaşmalar ve diğer hukuk araçlarından oluşan uluslararası kamu hukukundan oluşur. Uzay hukuku, ulusal hükümetler tarafından çıkarılan yerel kanunlar ve yönetmelikler ve özel uluslararası kanunlar ile daha da gelişmektedir. Uzay hukuku, dünya atmosferinin ötesindeki nesneleri ve faaliyetleri düzenleyen hukuk bütünüdür ifade eder¹. Bu hukuk, başlangıçta devlet aktörlerinin davranışlarını yöneten antlaşmalar ve yumuşak hukuk (soft law) araçlarından oluşan uluslararası kamu hukukunun bir alt kümesi olarak ortaya çıkmıştır. Ancak zamanla, uzay hukuku, ulusal hükümetler tarafından çıkarılan yerel yasa ve mevzuatı, ve farklı milletlerden oluşan devlet dışı aktörler arasındaki ilişkileri yöneten uluslararası özel hukuku da içine alacak şekilde genişlemiştir².

Ancak hem ulusal hem de uluslararası hukuk; diğer geleneksel hukuk alanlarına göre, sadece ülkeler için değil tüm dünya için oldukça yeni ve gelişmekte olan bir alandır. Kavramları, tanımları, kuralları ve yaptırımları ile halen değişime ve gelişime açık olup, uygulama ve yaşamın gelişimine paralel olarak düzenlenmesi ve yorumlanması gereken birçok boşluk olduğu söylenebilir³. Bu yönüyle de, hukukçular için de çok yeni ve cazip bir uzmanlık alanı olmaya adaydır.

Havayolu taşımacılığına güvenliği Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) tarafından emanet edilen aksine, uzay uçuşlarının güvenliğine ilişkin sorunlar hala her devletin hükümet kurumlarının düzeyinde çözülmektedir. Ancak, uzay güçleri arasındaki artan işbirliği, Hindistan, Brezilya, Çin gibi yeni paydaşların ortaya çıkışı ve "uzay turizmi" alanında özel işletmecilerin ortaya çıkması, uluslararası toplumun mevcut yasal çerçeveyi yeniden düzenleme ve uyarlama ihtiyacını göz önünde bulundurmasına neden olmuştur⁴.

Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan, Uzayın Barışçıl Kullanımları Komitesi (United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer

¹ Luinaud, Mathieu, and Virgile Salmon, 'The contribution of space objects insurance regulations to space traffic management.' (2023) 10 (1) Journal of Space Safety Engineering 112-121

² Cho, Hong-Je, 'A Study on Space Insurance of Foreign nation's Law.' (2011) 26 (1) The Korean Journal of Air & Space Law and Policy 271-297

³ Harrington, Andrea J. 'Legal and regulatory challenges to leveraging insurance for commercial space.' (2017) 41 J. Space L. 29

⁴ Yağcı, Özgüç, 'Uzay Turizmindeki Gelişmeler ve Bu Kapsamda Türkiye'ye Öneriler.' (2023) 10 (4) Journal of Recreation and Tourism Research 72-94

Space), uluslararası uzay hukukunun geliştirilmesi için oluşturulmuş bir forumdur. Komite, uzayla ilgili faaliyetlere ilişkin beş uluslararası anlaşma ve beş ilke dizisi imzalamıştır⁵. Bu beş anlaşma, herhangi bir ülke tarafından uzaya el konulmaması, silahların kontrolü, keşif özgürlüğü, uzay nesnelerinin neden olduğu hasarların sorumluluğu, uzay araçlarının ve astro-notların güvenliği ve kurtarılması, zararlı müdahalenin önlenmesi gibi konuları ele alıyor. uzay faaliyetleri ve çevre ile ilgili, uzay faaliyetlerinin bildirilmesi ve tescili, bilimsel araştırma ve doğal kaynakların uzayda kullanılması ve uyuşmazlıkların çözümü olarak sayılabilir⁶. Andlaşmaların her birisinde; uzayın, uzayda yürütülen faaliyetlerin ve uzaydan elde edilebilecek her türlü faydanın, uluslararası işbirliğini teşvik etmeye vurgu yaparak tüm ülkelerin ve insanlığın refahını arttırmaya yönelik olması gerekliliği vurgulanmaktadır⁷.

Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılan anlaşmaların, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) bir kanunla onaylamasına bağlı olduğu belirtilmektedir. Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve bir yıldan kısa süreli anlaşmalar ise, devlet bütçesine yük getirmemek ve kişilerin Türkiye vatandaşlarının yabancı ülkelerdeki mülkiyet haklarına zarar vermemek kaydıyla yayımlandıklarında yürürlüğe girerler. Bu tür anlaşmalar, yayımlandıkları tarihten itibaren iki ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulur. Ancak, milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmaları ve kanunla verilen yetkiye dayalı ekonomik, ticari, teknik veya idari anlaşmalar için TBMM'nin onayı gerekli değildir. Ancak, bu tür anlaşmaların, ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını etkileyenlerinin yayımlanmadan yürürlüğe konulamayacağı belirtilir. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşma için bu prosedür izlenir (1982 Anayasası md. 90). Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası anlaşmalar, kanun hükmündedir ve bu tür anlaşmaların Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası anlaşmalar ile kanunlar arasında çıkan uyuşmazlıklarda, milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.

⁵ Space Law: The Law of Outer Space, (22 Haziran 2023). Retrieved from Georgetown Law Library < <https://guides.ll.georgetown.edu/spacelaw> > erişim tarihi: 7 Temmuz 2023

⁶ Affairs, U. N, 'Space Law Treaties and Principles.' (6 Haziran 2023) Retrieved from United Nations Office for Outer Space Affairs < <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> > erişim tarihi : 8 Temmuz 2023

⁷ Quinn, Adam G, 'The new age of space law: The outer space treaty and the weaponization of space.' (2008) 17 Minn. J. Int'l L. 475

Sigorta mevzuatı alanında ise, henüz uzay sigortasına dair özel hüküm ve düzenlemelerin bulunmadığı görülmektedir. Ancak bu durumda kıyasen uygulanması gereken SK. (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu) ve TTK (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu) hükümlerinin ise, bir çok konuda ihtiyaç ve uyumsuzluklara cevap vermeyeceği aşıkâr gözükmeğdir.

2. Uluslararası Piyasalarda Uzay Sigortası

6 Nisan 1965 tarihinde “Early Bird” uydusunun fırlatılmasıyla ilk uzay uydu sigortası da doğmuştur. Başlangıçta sigorta kapsamı yalnızca yer risklerine sınırlanmıştır. 1968 yılında, Intelsat III serisi uydular fırlatma aşamasında sigortalanmıştır. 1975 yılında ise risk kapsamı genişletilerek, daha kapsamlı bir sigorta sözleşmesinin imzalanmış ve, uydunun yörünge yaşamının sona erdiği ana kadar olan süreç kapsama alınmıştır. İlk tazminat ödemesi 1977 yılında, Thor-Delta roketinin imha olması ve OTSI uydusunun kaybedilmesiyle gerçekleşmiştir. 1980 yılında altı yeni ticari uydular sigortalanmaya başlanmıştır⁸.

Uzay hukuku gelişirken, sigortacılar ve sigortalara dolan talep de artmaktadır. Özel uzay sektörü ticari sözleşmelerinde, ürünün kendisi için olduğu kadar, fırlatma ve tekrar giriş sorumluluğu için de sigorta gerekmektedir. Buna karşılık, devlet ve askeri uydular, ayrıca sigortalanamakta, genellikle riskleri üzerlerinde tutmaktadırlar⁹.

Küresel sigorta piyasasında, bazı sigorta şirketleri ticari uydular ve fırlatma araçları ile ilgili uzay girişimlerine özel teminatlar vermektedir¹⁰. Uzay sigortası piyasası, dünya etrafında yörüngeye fırlatılan uyduların değeri için teminat sağlamaktadır¹¹. Fırlatma araçları ve uydular, fırlatma tesislerine ulaştıklarında bile sigortalması gereken bir varlık olduklarından, üretilirken veya taşınırken diğer tüm ürünler gibi geleneksel sigorta kapsamında ele alınır¹².

⁸ Atlas Magazine, Space Insurance, (Mayıs 2007) < <https://www.atlas-mag.net/en/article/space-insurance> > erişim tarihi 7 Temmuz 2023

⁹ Posner Katharine, Marland Tim and Chrystal Philip, Margo on Aviation Insurance, (4th edn, Croydon, UK LexisNexis, 2014) 410

¹⁰ Global Eurospace Editorial Team, ‘Space Insurance and the New Era of Space Exploration’ (Global Eurospace, 22 Eylül 2021)

¹¹ Twibell, Ty S, ‘Space Law: Legal Restraints on Commercialization and Development of Outer Space.’ (1996) 65 UMKC L. Rev. 589

¹² Global Eurospace Editorial Team, ‘Space Insurance and the New Era of Space Exploration’ (Global Eurospace, 22 Eylül 2021)

Global Aerospace gibi şirketler, ilk ticari uyduların ve fırlatma araçlarının risklerini karşılamak için finansal desteğe ihtiyaç duydıkları andan itibaren uzay çalışmaları için sigorta sağlamaya başlamıştır¹³. Sigorta teminatları, ağırlıklı olarak birinci şahıs teminatı (uzaya fırlatılan mülkün değerini kapsayan) ve üçüncü şahıs teminatından (fırlatma faaliyetlerinden kaynaklanan üçüncü şahıs sorumluluğu teminatı) oluşmaktadır¹⁴. Ancak, uzay faaliyetleri ile ilgili riskler çok büyük olduğu için, sigortacılar bunun altından müşterek sigorta ve reasürans ile kalmaya çalışmaktadır.

2.1. Uzay Sigortasının Önündeki Güçlükler

Police yazımı (Underwriting) , sigortacılıkta sözleşme aşamasının merkezinde yer alır. Police yazımı derken, sigortacının riski kabul etmesi (ve dolayısıyla poliçeyi 'underwriting' etmesi) yönünde bir karar alınması anlaşılır. Yazım süreci/ Underwriting'in amacı, ilk olarak riskin sigortalabilir olup olmadığını ve sigorta kapsamına alınıp alınamayacağını, ikinci olarak da hangi şartların ve prim oranının uygulanması gerektiğini belirlemektir

Bu anlamda, uzaydaki risklerin yönetimi, sigortacılar için sözleşme analizi ve danışmanlığı, risk değerlendirmesi, modelleme, sigorta ürünleri, alternatif risk transfer fırsatları ve hasar takibini içeren çok karmaşık bir disiplini oluşturmaktadır. Bu fark, uzay çalışmalarını diğer ticari faaliyetlerden çok farklı kılan sofistike ve son derece tehlikeli teknolojiden kaynaklanmaktadır¹⁵.

Bu durum, sigorta şirketlerinin yüksek düzeyde uzmanlık sağlamasını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda, uzay sigortacılarının, fırlatıcıların geçmişini detaylı bir şekilde izlemesi ve değerlendirmesi, doğru risk olasılıklarının anlaşılabilmesi için gereklidir. Buna karşılık, sigortalı adayları için ise, sigortacıların ihtiyaç duyacağı temel bilgileri anlamak ve müzakerre için yeterli süre tanımak önemlidir. Diğer yandan sigortalı adaylarının;

<<https://www.global-aero.com/space-insurance-and-the-new-era-of-space-exploration/>
> erişim tarihi 28 Mart 2024

¹³ Montpert, Philippe, 'Space insurance.' in LeSley Jane Smith, Ingo Baumann, Contracting for Space, (Routledge 2016) 283-289

¹⁴ Jeanne Suchodolski, 'An Overview and Comparison of Aviation and Space Insurance' (2018) 14 J. Bus. & Tech. L. 469

¹⁵ Malinowska, Katarzyna, 'Risk Assessment in Insuring Space Endeavours: A Legal Approach' (2017) 42 (3) Air & Space Law 330. <<https://katarzynamalinowska.eu/wp-content/uploads/2021/03/Risk-Assessment-in-insuring-space-endeavours.pdf>> erişim tarihi 18. Mart 2024

böylesine zorlu bir piyasada, teminat kapsamı, sigorta bedeli, ve prim maliyeti arasında optimum bir denge sağlamak için önceliklerini doğru bir şekilde tespit etmeleri de önemlidir¹⁶.

Uzay faaliyetinin büyük ve ciddi kayıp olasılığı, sigorta şirketlerinin müşterek sigorta ve reasürans kapsamında riskleri paylaşmak üzere bir araya gelmelerini de zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, primin tespiti de sigortacı için önemli bir mücadele alanıdır. İstatistiki bilgilerdeki yetersizlikler nedeniyle, aktüerya hizmetini kullanmak ve spesifik tarifeleri tasarlamak zordur¹⁷.

Ulusal mevzuatlar açısından bakıldığında, risk değerlendirmesi, ispat yükümlülüğü, hasar yönetimi, polişe iptali, prim ödeme koşulları gibi birçok açıdan ulusal düzenlemeler, uzay sigortasının gereklerini ve ihtiyaçlarını karşılamının çok uzağındadır.

Diğer yandan hasar yönetimi noktasında, bir hasar durumunda sigorta konusuna erişmenin fiziksel imkansızlığı karşısında, hasar talebi birçok halde tam olarak belirlenemeyen nedenler ve rastgele sonuçlar üzerinden çözümlenmek durumunda kalınmaktadır. Bu, yalnızca referans telemetrik verilerle karşılaştırılarak karakterize edilen somutlaştırılmaya çalıştırılmak suretiyle, taleplerin tazmin edilmesine yol açmaktadır.

2.2. Sigortalılar Kim Olabilir?

Devlet ve askeri uydulara dair riskler, genellikle bunların sahipleri üzerinde ise de, ticari olarak özel kişi veya kurumlar tarafından sahip olunan uyduların mali destekçileri, genellikle sigorta satın alınmasını şart koşmaktadır. Ticari uydular, dünya çapında iletişim ve televizyon yayınları (SkyTV, Direct TV) için kullanılmış ve uydu radyosunu (SiriusXM), görüntüleme uydularını ve yakında 5G ağlarını kapsayacak şekilde genişlemiştir¹⁸

Olası sigortalı adayları, fırlatma sahası ve ilgili tesislerin sahibi veya işletmecisi; fırlatma aracının tasarımı, üretimi ve işletilmesinde yer alan yüklenici ve taşeronlar; uzay aracının veya herhangi bir bileşeninin ve uzay aracında taşınan herhangi bir ekipman veya yükün tasarımı, üretimi ve işletilmesinde yer alan yüklenici ve taşeronlar; uzay aracının veya her-

¹⁶ Parashchak, O. 'Space Insurance Industry Outlook: Price & Coverage for Satellites & Space Flight' (beinsure, 22 Haziran 2023) <<https://beinsure.com/space-insurance->> 7 erişim tarihi 23 Temmuz 2023

¹⁷ Blount, P. J., 'Renovating space: The future of international space law.' (2011) 40 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 515

¹⁸ Parashchak (n 16) 8

hangi bir faydalı yükün, uydunun sahibi ve nihai operatörü; veya uzay aracında taşınan veya buradan fırlatılan diğer nesneler; ve uzay aracının yeteneklerinden yararlanmayı planlayan tüm müşteriler olarak ifade edilebilir¹⁹. Bu taraflar, uzay faaliyetlerinin bir sonucu olarak kayıp veya sorumluluğa maruz kalabilir, ve bunun neticesi, geleneksel uygulama gereği ve/veya kanunun gerektirdiği şekilde kendi aralarında yaralanma, kayıp veya hasar riskini paylaşırlar.

2.3. Sigorta Konusu Risklerin Tasnif Edilmesi

Sigortacılar, bir riski değerlendirirken, uydunun donanım seçiminin mirası ve yörünge içi güvenilirliği, fırlatma riskleri için fırlatma aracının uçuş geçmişi, aşırı yükleme ve tasarım marjları (bir tasarım parametresinin işlevselliği sağlamak için gereken minimum değeri ile gerçek kapasitesi arasındaki farklar); sigorta bedeli, sigortalının risk yönetimine yaklaşımı ve üreticinin teknik gözetimi gibi hususları dikkate alır²⁰.

Uzay sigortasına geldiğimizde, her şeyden önce teknik ve mühendislik bilgilerine dayalı teknik risk seçimi ve değerlendirmesini içerir. Sonuç olumluysa ve riskin sigortalanabilir olduğu kanıtlanırsa, sigorta şartlarının analizi ve müzakereler gerçekleşir. Bu husus ayrıca, önerilen teminatın proje parametreleriyle uyumlu olup olmadığının doğrulanmasını ve istisnaların, muafiyetlerin, hasar formüllerinin ve hasar prosedürlerinin profilinin çıkarılmasını da kapsar. Son olarak, yukarıdaki sonuçlara göre prim oranı ve sigortacının riskteki payı belirlenir²¹.

Uzay sigortasında risk değerlendirmesi her durumda ayrı ayrı harcanması gereken bir çabadır ve bu nedenle poliçenin şartları olay esası olarak, bireysel olarak kararlaştırılır. Ayrıca, sadece her uzay projesi ayrı bir risk değerlendirmesine tabi olmakla kalmaz, aynı zamanda projenin her aşaması da (yani fırlatma, uydunun operasyonu) ayrı bir risk değerlendirmesine tabidir. Tek bir poliçenin fırlatma ve yörünge aşamalarını kapsadığı durumlarda bile ayrı fiyatlar uygulanmaktadır. Uzay üçüncü şahıs sorumluluk sigortası yapılırken de biraz farklı kriterler dikkate alınmalıdır. Bu durumda, maruz kalınan risk fırlatma sahasının konumu, fırlatma sahası detayları, fırlatma yörüngesi ve etki bölgesi temelinde ölçülür. Bu kriter-

¹⁹ Posner Katharine, Marland Tim, Chrystal Philip, Margo (9) 410

²⁰ Parashchak (n 16) 4

²¹ Malinowska (15) 331

ler, insan yerleşimlerine olan uzaklıkları, komşu bölgelerdeki nüfus yoğunluğu vb. açısından tartılır²².

Daha fazla kapasite ve daha geniş bir uygulama yelpazesine sahip uydulara olan talebin artmasıyla birlikte, başlangıçta uzay aracı kayıplarının çoğu fırlatma hatasıyla ilişkilendirilirken, daha fazla hasar, uzay aracının kendisinin arızalanmasıyla ilgili olmaya başlamıştır. Uzay aracının işletilmesine dair sürekli ve katlanan artış ve uzaydaki insan varlığı ve etkinliği, kaçınılmaz olarak kayıp riskini daha da artırmaktadır²³.

Genel olarak, sigortaya, yer riskleri ve yörünge içi risk olarak sınıflandırılan uzay yolculuğu riskleri konu edilebilir. Her şeyden önce, bir fırlatma öncesinde, çeşitli üretim sahaları ve fırlatma tesisleri, kurulum ve işletme sırasında doğal afetler veya yangın gibi tehlikelere maruz kalmaktadır²⁴. Fabrikalar ve fırlatma sahaları için alınan mal sigortası/inşaat/montaj, fırlatma öncesi ve fırlatma aşamalarında, elleçleme ve kurulum operasyonları sırasında üretim sahaları ve fırlatma sahaları için teminat sağlar.

Sigortaya konu olabilecek kalemler; tesislerin teknik özellikleri (beyaz odalar, patlayıcılar, ...), elleçlenen ürünler (uydular ve rampalar) ve yürütülen operasyonlar gibi gelişmiş tesis ve ekipmanlardır. Ek olarak, fırlatma öncesi ve fırlatma sırasında muhtelif karmaşık işlemler de vardır. Bunlarla ilgili herhangi bir olayda tüm operasyon engellenebilir veya geciktirilebilir. Örneğin, ticari uzay görevlerinde bir uydunun hizmetindeki gecikmeler maliyetli risklerdir. Bu özellikle uzay aracı kullanıcıları, TV kanalları ve internet sağlayıcıları gibi bireysel transponder kullanıcıları için olduğu kadar bankalar, araba üreticileri ve telekomünikasyon ağlarını kullanan büyük endüstriler için de önemlidir. Zira bu durum, yayın gibi ticari kuruluşların imajına ve ticari gelirlerine önemli zararlar verebilir.

Sigortayı ilgilendirebilecek başka bir risk alanı, fırlatma başarıyla tamamlansa bile, uzay aracının çalışma ömrü boyunca hasar, arıza veya kayba uğramasıdır. Sonuçta, herhangi bir ekipmanın arızalanması, bazen uzay aracının pert olmasına da yol açabilir. Öte yandan, bir aracın fırlatılması sırasında veya bir uzay aracının yörüngedeki operasyonları sırasında sorumluluk nedeniyle meydana gelen hasar, fırlatma sahasında kişilere veya mala zarar verilmesi, bir fırlatmanın yapılamaması gibi sorumluluk risklerini de gündeme getirecektir. Sigortayı ilgilendirebilecek başka bir

²² ibid 333

²³ ibid 412

²⁴ Bensoussan, Denis. 'Space tourism risks: A space insurance perspective.' (2010) 66 (11-12) *Acta Astronautica* 1633-1638

risk alanı ise, fırlatma başarıyla tamamlandıktan sonra bile bir uzay aracının çalışma ömrü boyunca hasar, arıza veya tamamıyla pert olmasına ilişkin olabilir. Hatta herhangi bir ekipmanın arızalanması bile tam bir kayba yol açabilir.

Geleneksel zarar ve sorumluluk sigortası risklerine ek olarak: politik riskler (müsadere veya ambargo) , ticari riskler (örneğin başlatıcı için müşterinin mali başarısızlığı), fırlatma gecikmeleri (gecikme, uydudaki hasara (özellikle mali kayıplara) bağlanabilir), finansal kayıplar, (teşvikler - garanti geri ödemeleri (sistemin uydu üreticisi tarafından yetersiz performans durumunda kullanıcı tarafından başka şekilde ödenmeyecek olan uydu satış sözleşmesindeki tutarlar gibi) gibi riskler de gündeme gelebilir.

Keza, bunlara ilaveten, test ve fırlatma öncesi garantiler (entegrasyon ve test aşamalarında uydunun ve/veya fırlatıcının uğradığı kayıp veya hasarlar), yörünge içi yaşam riskleri (işletim ömrü boyunca bir mezarlık yörüngesine fırlatılınca kadar ortaya çıkabilir), yapımcı tarafından ürünün özelliklerine uygun olmaması, bir uydu arızasının tetiklediği hizmet kesintisi/gelir kaybı/olay yayınları riskleri (uydu sahiplerini veya operatörlerini ve hatta televizyon kanalları, internet servis sağlayıcıları, VSAT servisleri (bankalar, dağıtım zincirleri ve endüstriyel gruplar) gibi uydu kullanıcılarını ilgilendiren risklerdir) ifade edilebilir.

Geleneksel zarar ve sorumluluk sigortası risklerinin yanı sıra, politik riskler (el koyma veya ambargo gibi); ticari riskler (örneğin fırlatıcı için müşterinin mali başarısızlığı); fırlatma gecikmeleri (gecikme, özellikle finansal kayıplara neden olarak uydu üzerinde hasara yol açabilir); teşvik-garanti geri ödemeleri (uydu üreticisinin sistem performansında tatmin edici olmaması durumunda satış sözleşmesinde belirtilen miktardaki ödeme yapması); test ve fırlatma garantileri (uydu ve/veya fırlatıcı, entegrasyon ve test aşamalarında meydana gelen zarar veya hasarı kapsar); yörünge yaşam riskleri (uydunun çöplük yörüngesine fırlatılana kadar operasyonel yaşamı boyunca ortaya gündeme gelebilir); teşvik riskleri (ürünün, üretici tarafından belirtilen özelliklerle uygun olmaması riski); hizmet kesintisi/gelir kaybı/etkinlik yayını riskleri (uydu sahipleri veya işletmecileriyle birlikte televizyon kanalları, internet servis sağlayıcıları, VSAT hizmetleri²⁵ (bankalar, dağıtım zincirleri ve sanayi grupları) gibi uydu kulla-

²⁵ VSAT (Very Small Aperture Terminal) “merkez yer istasyonu” (Hub istasyonu) ile coğrafi olarak birbirinden uzak noktalar arasında çift yönlü uydu iletişimi sağlayan bir sistemdir. VSAT sistemi, ses, veri, video konferans, internet, intranet gibi birçok hizmeti destekler. Turksat, < <https://www.turksat.com.tr/tr/uydu/turksat-vsats> > erişim tarihi 29.Mart 2024

nıcılarını etkileyen uydu arızası nedeniyle gelir kaybına veya ek masraflar).

2.4. Sigorta Teminatları

Sigorta açısından uzay sigortası, tıpkı havacılık sigortası gibi, gövde ve sorumluluk teminatları bulunmaktadır. Gövde teminatı roketin veya uydunun gövdesinde meydana gelen hasarlar içindir. Sorumluluk teminatı ise sigortalı nesnenin diğer kişilere veya mallara verdiği zararlar içindir. Örneğin, gövde teminatı bir meteorun çarpması ve hasar görmesi halinde uydunuzun tamir masraflarını karşılayacaktır. Sorumluluk teminatı, uydunun uzaydan inip birinin arabasını ezmesi veya kazara Çin uzay istasyonu ile çarpışması durumunda zarar gören tarafa ödeme yapar. Günümüzün havacılık sigortası kapsamı ile uzay sigortası arasındaki en büyük farklardan biri, yolcular için teminat satın alma şansıdır. Şu anda uzay sigortası yalnızca aracın fiziksel gövdesi, aracın taşıdığı herhangi bir şey (faydalı yük olarak kabul edilir) ve aracın başkalarına verdiği zararlar için sorumluluk teminatı sunmaktadır²⁶.

Uzay sigortaları genellikle kişiye ve duruma özel hazırlanan ve tasarlanan sigortalardır. Her poliçe sahibinin ihtiyaçlarına göre tasarlanır. Bugünün kapsama alanları arasında, uydu fırlatma, yörüngedeki uydu, uzay aracı transit öncesi, transit ve fırlatma öncesi, uydu beklenmedik durum, sadece uydu fırlatma aracı uçuşu, uydu yörüngesinde üçüncü taraf sorumluluğu, gelir kaybı ve iş durması, yörünge içi teşvikler (sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi), üretim tesisi / fırlatma rampası riskleri yer almaktadır.

Ancak teminat çalışma usul ve esasları itibariyle genel olarak iki başlık altında toplanabilir.

2.5. Birinci Taraf Sigortası

Birinci taraf sigortası, poliçede adı geçen kişinin zararlarını karşılayan sigortadır. Dolayısıyla, sigorta ettiren/sigortalı (birinci taraf) tarafından sigorta şirketine (ikinci taraf) karşı birinci şahıs sigorta talebinde bulunulur. Bu konuda bir uydu için düzenlenmiş birinci taraf uzay sigortasına dair teminat örnek tablosu şu şekilde verilebilir: Uzay sigortası, bu kap-

²⁶ Lichtenstein Ellen, 'Space (Insurance): The Final Frontier' (2022), <<https://agentsync.io/blog/insurance-101/space-insurance-the-final-frontier>> erişim tarihi 31.Mart 2024

şamda uzay fırlatmalarının sağlanmasında önemli olan üç tür teminat olarak öngörölmüşür²⁷.

2.5.1. Fırlatma Öncesine Dair (Pre-Launch) Sigorta

Bu sigorta, bir bütün riskler (all-risks) sigortasıdır. Fırlatma öncesi dönemde meydana gelebilecek maddi hasarlar için geniş kapsamlı bir sigorta poliçesidir. Bu sigorta, uydu üreticisinin tesislerinden fırlatma alanına taşınmaya başladığı andan itibaren başlar ve uyduyu fırlatma aracına entegre etme, fırlatma hazırlıkları gibi tüm süreçleri kapsar. Başka bir deyişle, poliçenin şartlarına, koşullarına ve dışlanmalarına tabi olarak, bu sigorta, uzay aracının fiziksel kaybını veya zararını, aynı zamanda tamamlayıcı uzay aracını veya fırlatma aracını veya bileşenlerini kapsar; ayrıca, sigortalı malın kaybı veya zararının planlanan fırlatmanın ertelenmesi veya iptaline yol açması durumunda ortaya çıkan ek masraflar için kapsama sahip olabilir. Ayrıca, bu kapsam, kaybın veya hasarın sonucu olarak tamamen kaybedilen gelirlere ilişkin iş kesintisi için yapılan harcamaları da içerir. Bu noktada, kapsam genellikle ayrı bir fırlatma sigorta poliçesi altında başlar ve kaybın riski fırlatma sigortacılarına devredilir²⁸.

2.5.2. Sigorta Süresi

Bu geniş kapsamlı sigorta, fırlatma aşamasının başlangıcından uydu yerleştirme aşamasının sonuna kadar, yani yörünge testi tamamlanana kadar meydana gelen maddi hasarlar ve işlev bozuklukları için verilmektedir. Bu teminat, fırlatma aracının uçuşuyla ilgili riskleri, fırlatmanın ateşlenmesinden başlamak üzere güvence altına alır. Bu sigorta temel olarak, uydu riski ve sahipliği üreticiden alıcıya geçtiğinde sona erer. Ancak sigortalının isteği doğrultusunda, bu kapsam genellikle fırlatmadan sonraki 365 gün boyunca daha uzun bir süre için sağlanabilir.

²⁷ Covers for satellites in commercial flight, Munich Re, <<https://www.munichre.com/en/solutions/for-industry-clients/space-and-satellite-insurance-solutions.html>> erişim tarihi 12 Kasım 2021 ; The final frontier: Risk management for space innovations, Denis Bousquet and Julien Cantegreil (21 Eylül 2021) <<https://www.propertycasualty360.com/2021/09/21/the-final-frontier-risk-management-for-space-innovations/>> erişim tarihi 11 Kasım 2022

²⁸ ibid 413

2.5.3. Teminat Dışında Kalan Haller

Uzay sigortası tipik olarak (1) savaş riskleri; (2) nükleer riskler; (3) hatalı tasarım; (4) aşınma ve yıpranma; ve (5) mekanik veya elektriksel arıza veya arıza şeklinde istisnaları bünyesinde barındırmaktadır²⁹.

2.5.4. Hasar Süreci

Bu sigorta kapsamında bir kısmı veya tam bir kayıp olasılığına malul bir şekilde işaret eden bir "olay" meydana geldiğinde, sigortalı, sigortacıya, olayın koşullarını açıklayan yazılı bir bildirimde bulunmakla yükümlüdür. Bu sigortada "Olay", risk dönemi boyunca uzay aracına zarar veren veya onu kaybeden veya başarısız kılan bir olayı ifade eder. Bu tür bildirim, mümkün olan en kısa sürede sigortacıya verilmesi gereklidir. Poliçede, sigortalının belirli yetkililerinin bu tür bir olayı fark ettikleri tarihten itibaren, poliçede öngörülen belirli bir gün sayısı içinde veya riskin sona ermesinden belirli bir gün sayısı sonra olmak üzere, iki olaydan hangisi önce gerçekleşirse, bunu müteakiben mümkün olan en kısa sürede sigortacıya bildirimde bulunmalıdır³⁰. Kısmi bir kayıp durumunda, yani uydu sadece kısmen operasyonel veya hizmet ömrü kısaltılmış ise, maddi hasarlar karşılanır. Ancak, kısmi kayıp durumunda meydana gelen zarar, belirli bir sınırı aşıyorsa, sigortacı bu durumda, sigorta konusunu pert sayarak, tam kayıp işlemi yapabilir. Pert sayılma veya tam bir kayıp durumunda, önceden belirtilen miktar (mutabakatlı kıymet) ödenir. Bu tutar, asgaride bir yeni uydunun maliyeti, fırlatma maliyeti ve fırlatma sigortası maliyetini içeren uydunun yerine koyulması değerinden oluşur.

2.6. Fırlatma ve Yörünge (Launch and in-orbit) Sigortası

Bu sigorta ile, uydunun ayrılma aşamasından, ilk işletme aşamasına, yörüngeye yerleştirme, geliştirme ve test aşamalarına ve kabul noktasına kadar meydana gelebilecek riskleri transfer etmek için de güvence verilmektedir. Başka bir ifade ile, sigorta, uydunun yörünge hayatına dair risklerini kapsar. Uydu işletmecileri tarafından, genellikle fırlatma ve yörünge paket sigorta teminatları tercih edilmektedir.

Bu sigorta aynı zamanda gelir kaybı için de teminat sağlayabilir. Uydu sahipleri için muhtemel iş kesintisi, uydu kullanıcıları için iş kesintisi ve uydu üreticileri ile fırlatma hizmeti sağlayıcıları için deniz kargo/malzeme sigortaları gibi kapsam dışı işlerin yanı sıra, bu konuda uz-

²⁹ ibid 415

³⁰ İbid 418

man sigortacılar motor testleri, yörünge hizmeti, insanlı uzay uçuşu, uzay limanları, fırlatma gecikmesi için siyasi ve kredi risk kapsamı gibi ek teminatlar sunabilmektedir.

Gelir kaybı sigortası, varlık tabanlı fırlatma ve yörünge kapsamı kadar yaygın olmasa da, gelir veya sonuç kayıplarının sigortalı bir kayıptan doğrudan olarak tanımlanabildiği durumlarda temin edilebilir. Uydu transponderlarının bireysel kullanıcıları, sahipleri veya kiracıları, genellikle kira ödemeleri, alternatif kapasite sağlama maliyetleri ve gelir kaybı için bu tür bir kapsam arayışındadır. Bu kapsam genellikle tazminat temelinde düzenlenir ve nadiren mutabakatlı değer esasında düzenlenir³¹.

2.6.1. Sigorta Bedeli

Sigorta açısından sigorta bedeli, uzay aracının değiştirilmesi maliyeti ve yeni bir uydu fırlatma maliyetine göre belirlenir. Sigorta bedeli, varlığın amortismanına tabi tutulmasıyla zaman içinde azalabilir. Diğer bazı sigortalarda ise, “yenileme bedeli”³² üzerinden teminat verilebilmektedir. Kapsamın kararlaştırılan değer bazında sağlanması durumunda, temel hesaplama yöntemi, uzay aracının değiştirilmesi ve yeniden fırlatılmasının maliyetidir.

2.6.2. Sigorta Süresi

Bu tür sigorta, üç aşamayı kapsamaktadır. Buna göre, sigorta, fırlatma aracının motorunun kasıtlı olarak ateşlenmesiyle başlar ve yörüngede devreye alma ve yörüngedeki uydu çalışma ömrünün bir kısmı ile uzatılır. Kesin teminat süresi, fırlatma artı yörüngede 12 aylık yaşam gibi fırlatmadan önce sigortalı ve sigortacı tarafından önceden belirlenir. Bu ilk kapsama süresinin ötesinde, yıllık yenileme poliçeleri yoluyla yörüngedeki fazın kapsamını daha da genişletmek sağlanabilir.

Bu kapsam yıllık bazda yazılır ve uydunun sağlığına göre gözden geçirilir.

³¹ İbid 422

³² İbid 415: “Yenileme /İkame değeri, bir varlığın kayıp öncesi durumundaki benzer tür ve kalitedeki bir varlıkla değiştirilmesinin maliyetini ifade eden bir mal sigortası terimidir. İkame maliyeti, amortisman ve piyasa değeri gibi diğer faktörleri dikkate alan gerçek nakit değeri /rayiç bedel şeklinde değerlendirme yönteminden farklıdır. Bu nedenle, birinci esasa göre verilen teminat, ikincisine oranla daha pahalıdır.”

2.6.3. Hasar Süreci

Sigorta kapsamında yer alan kısmi veya tam kayba yol açması muhtemel bir olay meydana geldiğinde, sigortalının bu olayın koşullarını açıklayan yazılı bir bildirimde bulunması gereklidir. Bu bildirim, mümkün olan en kısa sürede sigortacıya verilmesi gerekmektedir. Poliçede, sigortalı şirketin belirli yetkililerinin bu tür bir olayı fark ettikleri tarihten itibaren belirli bir gün sayısı içinde veya riskin sona ermesinden belirli bir gün sayısı olmak üzere, ikisinden hangisi önce gerçekleşirse, bildirim şartı getirilebilir. Bu sigortada "Olay", risk dönemi boyunca uzay aracına zarar veren, kaybına veya başarısızlığına neden olan bir olayı ifade eder. Olayın bir hasar/kayıp ile sonuçlanması durumunda, sigortalı şirket, sigortanın şartlarına göre bir bilgi ve begeleri sunmakla yükümlüdür. Hasar kanıtı ve içeriği, tazminat sürecinin önemli bir kısmını oluşturur. Bu bilgi ve belgeler, hasarın temianatta olduğu ve ödemesi için için asgari ve yeterli detayı içermelidir ve ayrıca bir kısmi veya tam kayba yol açan olayın olası nedenini tanımlamalıdır. Bununla birlikte, uyduya erişimin fiziksel kısıtlılıkları ve teknik karmaşıklıklarından dolayı, sigortalının bu tür bir hasar kanıtını poliçenin belirlediği süre içinde sigortacıya sunması zor olabilir. Hasar kanıtı sunulmasının ardından, sigortacı hasar kanıtını kabul edebilir, reddedebilir veya daha fazla açıklama isteyebilir. Bu süreç poliçede belirtilen bir gün sayısı içinde tamamlanmalıdır.

Hasara dair bilgi ve belgelerin sunulmasını müteakip sigortacı tarafından hasarın teminat içerisinde kabul edilmesinin ardından, bir ibraname hazırlanır ve imzalanır, ancak bu ibraname, ödeme yapılmasına bağlı olarak geçerli olur. Tazminat ödemesi, hasara dair bilgi ve belgelerin sunulmasından itibaren belirli bir süre içinde sunulmalıdır.

Kısmi bir kayıp durumunda, yani uydu performansının veya hizmet ömrünün kısmen etkilendiği durumlarda, yine hasar ödemesi yapılır. Ancak, kısmi kayıp durumunda, zararın belirli bir sınırı aşması durumunda, bu durum pert sayılabilir, ve yine tam kayıp gibi işlem yapılabilir. Operasyonun herhangi bir aşamasında kısmi kayıplar, yakıt kaybı, bireysel transponder veya diğer bileşen kaybı gibi çeşitli sorunlardan kaynaklanabilir. Poliçede, bu tür kayıpları takip eden gerçek performans/hayat süresini beklenen performans/hayat süresiyle karşılaştırmak için önceden tanımlanmış bir formül yer alır ve ödenecek yüzde oranı buna göre hesaplanır. Pert veya tam bir kayıp durumunda, yani uydunun fiziksel olarak tahrip olması veya tamamen işe yaramaz hale gelmesi durumunda, sigortalı değer ödenir³³.

³³ ibid 416

2.6.4. Sigorta Bedeli, Sovtaj ve Muafiyet

Sigorta bedeli, uydunun hizmet ömrünün başlangıcında ikame değerine dayanan, taraflarca üzerinde anlaşmaya varılmış bir değerdir. Toplam, bir uydunun tüm değerini kapsar. Sigortacılar, tam kayıp durumunda, uzay aracının mülkiyetini alma seçeneğine sahip olsa da, lisanslama düzenlemeleri, ihracat kontrolleri ve sözleşmeden doğan fikri mülkiyet kısıtlamaları, bunu sigortacılar için pratik olmayan bir seçenek haline getirmektedir.

Muafiyet ise, büyük bir uydu filosunun dahil olduğu durumlar dışında, poliçelerde nadiren yer almaktadır.

2.7. Üçüncü Şahıs Teminatı

Üçüncü şahıs sigortası, sigortalının sebep olduğu zararlara karşı korumaya sağlar. Üçüncü şahıs sorumluluk kapsamı, kimi yerde yerel yasalar tarafından zorunlu tutulabilir. Sigorta ettiren/sigortalı, bir tüzel kişi veya gerçek kişi olabilir. Bu sigortada sigorta ettiren/sigortalılar, fırlatma hizmeti sağlayıcıları, uydu operatörleri ve finansal kurumlar gibi diğer katılımcılardır. Üçüncü şahıs talepleri, bir sözleşmeye dayalı olabilir, örneğin uzay nesnelerini tedarik edilen devlet veya kuruluş tarafından yapılan talepler gibi. Üreticilere yönelik sözleşme dışı talepler olabilir. Bu talep kategorisi, zararın sözleşmeye taraf olmayan bir devlette meydana geldiği mağdurların doğrudan üreticiye dava açtığı durumlar gibi üçüncü tarafları içerir. Ayrıca, iş ortakları tarafından üreticiye karşı kusurlarından sorumlu tutmak için getirilebilecek sözleşme dışı talepler de olabilir. Bu anlamda, “ürünle ilgili sorumluluk” poliçeleri, ürünün kusurlu olması, inşa halindeki araç dışında bir maddi ve/veya bedensel hasara neden olduğunda, uzay aracının imalatında yer alan sanayicilerin ve hizmet sağlayıcılarının bu hasardan kaynaklı sorumluluğunu kapsar.

Üçüncü taraf sorumluluk sigortası gereklilikleri, ürünü başlatan ülke, menşe ülke tarafından belirlenir, bu nedenle öncelikle kapsam ve şartları iyi anlaşılmalıdır. Üçüncü şahıs sorumluluk teminatlarının, yörüngedeki uydular ile üçüncü şahıs uydularına verilen hasar için de sağlanmasına dikkat edilmelidir ³⁴.

2.7.1. Hasar Süreci

Üçüncü taraf sigorta taleplerinde, birinci taraf sorumlu olan sigortalıdır; ikinci taraf ise sigortacıdır ve zarar gören talepte bulunan diğer kişi üçüncü taraftır. Başka bir deyişle, sigorta ettiren/sigortalıdan değil, zarar

³⁴ ibid 9

gören hak sahibinden gelmektedir. Bu sigorta açısından not edilmesi gereken önemli bir husus, poliçede de yer alan bir özel şart ile teyit edildiği üzere; fırlatmanın yapıldığı devletin, 29 Mart 1972 tarihli “Uluslararası Uzak Nesneleri Tarafından Oluşturulan Hasarlara İlişkin Sorumluluk Sözleşmesi'nden” kaynaklanan zararlar kapsamı ile ilgili olarak; hasar talebini, davayı veya bir iddiayı makul bir şekilde sonlandırma veya uzlaşma hakkını ve seçeneğini kullanma hakkını ve yetkisi saklıdır³⁵. BU sözleşmenin 1. Maddesi kapsamında zarar terimi, yaşam kaybı, kişisel yaralanma veya diğer sağlık bozuklukları ile, devletlerin veya gerçek veya tüzel kişilerin mülkiyetine veya uluslararası hükümetlerarası organizasyonların mülkiyetine ait malların kaybı veya hasarı anlamına gelmektedir. Ayrıca, "Fırlatma" terimi, başarılı olsun olmasın bir fırlatmayı ifade ederken, "Fırlatma Devleti" terimi, (i) Bir Uzak Nesne'nin fırlatılmasını gerçekleştiren veya düzenleyen bir Devlet; (ii) Bir Uzak Nesne'nin fırlatıldığı bir Devletin topraklarından veya tesisleri ifade etmektedir³⁶.

2.7.2. Poliçenin Şekli

Uzak araçlarının faaliyetlerinde ve dış uzayda insan varlığı ve etkinliğinde yaşanan artan ve sürekli artan artış, artan kayıp riski şeklinde ek maruziyeti kaçınılmaz kılacaktır. Bu durum aynı zamanda uzak sigortası pazarının büyümesine ve net ve açık poliçe diline olan ihtiyacın artmasına neden olur. Ancak, uzak araçları genellikle birbirinden farklı olduğundan, özelleştirilmiş sigorta kriterlerine ihtiyaç duyabilir. Sonuç olarak, belirli standartlar dahilinde uzak araçları poliçelerinin genel yapısı ve kapsamı kapsayan el yazısı poliçeler yaygın olarak kullanılmaktadır. Uzak aracı sigortası, belirli yönlerden havacılık sigortası modeline benzerlik gösterir. Buna göre, uzak aracı sigortası, uzak aracına veya gemideki ekipmana yönelik kayıp veya hasar riski ve üçüncü taraflara ve yolculara yönelik sorumluluk riskleri olmak üzere ikiye ayrılabilir³⁷.

3. Türk Uygulamasında, Uzak Hukuku ve Sigortası

TUA, 13.12.2018 tarihli ve 23 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuştur. Amacı yabancı uzak bilim ve teknolojisine olan bağımlılığı azaltmak, uluslararası arenada rekabet gücünü artırmak, bilimsel ve

³⁵ ibid 427

³⁶ Convention on International Liability for Damage Caused by Space Object; <https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/ast/media/Conv_International_Liab_Damage.pdf> erişim tarihi 25 Temmuz 2023

³⁷ ibid 412

teknolojik altyapı oluşturmak ve Ar-Ge çalışmalarıyla çeşitli yeni teknolojiler geliştirmektedir. Ayrıca yüksek teknoloji girişimcilik destek programlarını hazırlamakla sorumlu kılınmıştır³⁸. TUA, 2022-2026 yıllarını kapsayan 5 yıllık Stratejik Planlarını 21 Ekim 2021 tarihinde 5018 No.'lu Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve Kamu İdarelerince Hazırlanacak Stratejik Plan ve Performans Programlarının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yayımlamıştır. Stratejik Plan, genel hedefler ve görevler, iç ve dış paydaşlarla ilişkiler, personel pozisyonları, kullanım için ayrılan binaların ve mülklerin durumu ve 2022-2026 yıllarında işlemler ve toplam bütçe tahminleri için yıllık bütçelemeyi içermektedir. Bu plana göre, Türkiye iletişim uydularıyla uzay faaliyetlerine ilk adımını atmıştır³⁹ Türkiye'nin uydu geliştirme çabaları 2000'lerden itibaren artmış ve yer gözlem uyduları ön plana çıkmıştır. Teknoloji transferiyle geliştirilen BİLSAT, TÜBİTAK UZAY tarafından tasarlanan çeşitli bileşenlerle birlikte 2003 yılında Türkiye'nin ilk yer izleme ve uzaktan algılama uydusu olarak fırlatılmıştır. BİLSAT'ın geliştirilmesi sırasında kazanılan yetenekler ve kabiliyetler sayesinde, TÜBİTAK UZAY tarafından tasarlanan ve üretilen Türkiye'nin ilk milli ve yerli mikro-ölçekli uydusu olan RASAT 2011 yılında ilk kez fırlatılmıştır. Haziran 2024 döneminde fırlatılması planlanan TURKSAT 6A, tasarımına 2014 yılında başlanan ve güvenli veri iletim kapasitesini artıran ve kritik yetenekleri sunan bir uydudur⁴⁰.

Türkiye'deki ilk gözlemevi 1911 yılında Kandilli-İstanbul'da kurulmuştur. Daha sonra üniversiteler bünyesinde ve TÜBİTAK altında yeni gözlemevleri kurulmuştur. 2020 yılı itibarıyla Türkiye'de birçok gözlemevi bulunmaktadır. Ülkemizdeki bu gelişmeler ve yaklaşımlar, bu alanda önemli bir güvence olan sigortanın da öne çıkmasını ve dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de gelişmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Ancak bu tür sigortanın geleneksel sigortalarla karşılaştırıldığında çok farklı ve karmaşık riskleri içermesi, güçlü bir sermaye yapısı, risk taşıma kapasitesi, organizasyon ve altyapı gerektirmesi, yerel sigorta şirketlerinin bu sigorta alanına girmesini zorlaştırmakta, dünya pazarında olduğu gibi onları uluslararası işbirliklerine yönlendirmektedir. Şüphesiz, uzmanlaşmış uluslara-

³⁸ Türkiye Uzay Ajansı <<https://www.tua.gov.tr/tr>> erişim tarihi 23 Haziran 2023

³⁹ Türkiye Uzay Ajansı, 2022-2026 Stratejik Plan, <<https://cdn.tua.gov.tr/616ebf277e94b.pdf>> erişim tarihi 4 Mayıs 2024

⁴⁰ Türksat <<https://www.turksat.com.tr/tr/haberler/turksat-6anin-haziran-2024te-uzaya-firlatilmasi-bekleniyor>> erişim tarihi 4 Mayıs 2024

rası sigorta brokerlerinin katkı ve girişimleri, uluslararası pazarda açılma açısından çok önemlidir⁴¹.

Küresel olarak uzay sigortası başlangıçta havacılık pazarında yazılmış olsa da, erken 1980'lerde uzman teminatçıları istihdam eden ayrı bir uzay sigortası ortaya çıkmıştır, ancak Türk Sigorta Piyasasında böyle bir durum söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, Türk Sigorta Piyasasında hem havacılık hem de uzay sigortasında sigortacıların uzmanlaşmış bölümleri bulunmamaktadır ve ilgili süreçlerde (teklif verme, yeniden sigortalama, hasar) tüm bölümler süreçlere dahil olmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte, sigorta mevzuatında ayrı bir şekilde düzenlenmemekte olup şu an mülkiyet, havacılık ve sorumluluk sigortasıyla ilgili branşlar altında ele alınmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, Türkiye'de ilk defa yerli ve milli Türkiye Sigorta A.Ş. tarafından, 5A ve 5B uyduları, yörüngedeki faaliyetlerinde yaşanabilecek aksaklıklara karşı sigortalanmıştır⁴².

3.1. Uzay Sigortası

Türk hukukunda, sigortaların yurt dışında yaptırılmasına ilişkin genel bir yasak bulunmaktadır. Bu konu, SK 15. Maddesinde ele alınmaktadır. Türkiye'de yerleşik kişiler, Türkiye'de sigortalanabilir menfaatlerini Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketlerine sigorta ettirmek zorundadır. Ancak uzay sigortası söz konusu olduğunda, uzay projesinin taraflarının pek çok durumda Türkiye'de ikamet eden kişilerle sınırlı olmaması, sigortalanan menfaatin Türkiye ile sınırlı olmaması ve hatta sigortasının da her süreci ile çok büyük bir uzmanlık gerektirmesi karşısında, bu durumda yer alan yasağın gündeme gelemeyecektir. Diğer bir deyişle, bu sigortanın yurt dışında yerleşik sigortacıardan yaptırılması mümkün ve hatta bir gerekliliktir. Buna benzer durumlarda, kanunun gereğinin yerine getirilmesi zımnında Türk uygulamasında sıklıkla karşılaşılan frontiker şirket ve fronting polişle ile Türkiye'de yerleşik sigortacılar üzerinden yapılması uygulamasının; bu derece yeni ve uzmanlık gerektiren bir sigorta türü için benimsenmesi, sigorta ile ilgili süreçlerde tıkanmaya ve telafisi güç sonuçlara yol açabilecektir.

Bu nedenle asgari şart ve sınırlarının belirlenmesi kaydıyla, yurt dışında yerleşik şirketlerden temin edilmesine dair bir mevzuat getirilerek,

⁴¹ Samson, Victoria A., Joshua D. Wolny, and Ian Christensen. 'Can the Space Insurance Industry Help Incentivize the Responsible Use of Space?'(2018) Proceedings of the 69th International Astronautical Congress

⁴² Türksat, <<https://www.turksat.com.tr/tr/haberler/turkiyenin-haberlesme-uydulari-millikaynaklarla-sigortalandi>> erişim tarihi 4 Mayıs 2024

hukuken buna imkan verilmesi uygun olacaktır. Bu anlamda, SK'nın Cumhurbaşkanına verdiği genişletme yetki uyarınca bu sigortanın, yurt dışından yaptırılabilir sigortalar kapsamına alınması suretiyle hayata geçirilmesi mümkündür.

Her halukarda, bu kadar büyük ve karmaşık risk ve teminatlar nede niyle, özellikle uydularla ilgili olarak, başta Türkiye Piyasasında üst sıralarda yer alan yabancı ortaklı olanlar dahil sigorta şirketleri aracılığıyla, müşterek sigorta ve reasürans şeklinde düzenlenebilecektir.

Türkiye'de yerleşik sigortacılar, riskin bulunduğu yerde genellikle bu tür büyük ve karmaşık sigortaların dahil edilmesi sürecinde yerel poliçeyi müşterek sigorta veya fronting olarak düzenlerler. Fronting işleminde, birincil bir sigortacı, poliçe düzenleyerek resmi sigortacı olarak hareket eder, ancak daha sonra riskin tamamını, bir komisyon karşılığında bir reasüröre devreder.

3.2. Uzak Sigortası Yapabilmek İçin Gerekli Branş Ruhsatı

Türk Sigorta mevzuatında, uzak ve havacılık sigortası için özel bir branş tanımı ve ilgili lisans tanımı yapılmamıştır. Bu durumda, denetim ve düzenleme kurumu olan SEDDK tarafından bu konuda açık bir düzenleme getirilmedikçe, mevcut sigorta branşlarından biri altında değerlendirilmek zorunda kalacaktır. Şu anda göz önünde bulundurulabilecek branşlar, "I - HAYAT DIŞI GRUBU" başlığı altında yer alan "A. Bu Branşlar Altında Yapılabilir Sigortalar ve Tazminat Ödemeleri" olarak şunlardır: Madde 5. Uçak - Uçağa zarar vermekten kaynaklanan tazminat ödemeleri "*Madde 8. Yangın ve doğal afetler a) yangın b) patlama c) deprem d) sel d) deprem ve sel dışındaki doğal afetler e) nükleer enerji f) toprak kayması tazminat ödemeleri (3, 4, 5, 6 ve 7 kapsamındaki mallar için geçerli değildir)*"; "*Madde 9. Genel hasarlar a) dolu veya don zararından kaynaklanan tazminat ödemeleri (3, 4, 5, 6 ve 7 kapsamındaki mallar için geçerli değildir) b) hırsızlık ve 8. maddede listelenmeyen diğer olaylar kaynaklı hasarlardan kaynaklanan tazminat ödemeleri;*" "*Madde 11. Uçak sorumluluğu Uçaktan kaynaklanan sorumluluktan doğan tazminat ödemeleri (taşıyıcı sorumluluğu dahil);*" "*Madde 13. Genel sorumluluk - 10, 11 ve 12. maddelerde listelenmeyen tüm sorumluluklara ilişkin tazminat ödemeleri.*"

Ancak, havacılık ve uzak endüstrileri ve riskleri farklıdır. Havacılık endüstrisi, dünya atmosferi içindeki tüm uçaklarla ilgili her şeyi kapsar ve uçakların veya uzak araçlarının tasarımı, imalatını ve bakımını içerir. Endüstri, dünya atmosferinin ötesinde operasyonları genişletir ve ticari uçaklardan kargo uçaklarına, yolcu jetlerine ve uzak istasyonlarına ve uyduya kadar her şeyi kapsar. Buna karşılık, Havacılık, dünya atmosferi ve

çevre uzayında uçuş bilimi ve mühendisliğidir. Uzay endüstrisi de uçakların veya uzay araçlarının tasarımını, imalatını ve bakımını içerir. Bu çerçevede, havacılık ve uzay endüstrilerinin farklı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. En önemli fark, uzay endüstrisinin çok daha geniş bir endüstri olmasıdır. Bu nedenle, sigorta açısından, onu ayrı bir branş ve düzenleme altında ele almak uygun olacaktır.

Diğer yandan, yargı yetkisine bağlı olarak, PML ya kanunla önceden belirlenir ya da sadece göstergelerinden bahsedilirken, lisanslama işlemlerinde her bir uzay faaliyeti için ayrı bir PML (probable maximum loss / muhtemel maksimum kayıp) hesaplanır. Sigortalama kararları tipik olarak PML değerlendirmelerinden etkilenecek ve bir risk için devredilen reasürans miktarı normalde PML değerlemesine dayanmaktadır. Örneğin, sorumluluk sigortasının PML'ye dayandırılmasının en karakteristik örneği ABD ve Avustralya uzay hukukunda bulunabilir⁴³. Türk Hukukunda bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, PML'nin hesaplanması; kanunda sabit miktarlar olarak belirtilmese veya hesaplama faktörlerinin ABD ve Avustralya'da olduğu gibi kesin bir şekilde düzenlenmese bile, Türk Hukuku açısından da gerekli olduğunun altı çizilmelidir.

3.3. İlk Defa Yürürlüğe Girecek Sigorta Ürünlerine Dair Asgari Gereklilik

Uzay sigortalarının Türkiye'de lisans sahibi olacak sigortacılar üzerinden düzenleneceği durumda, sigortacı, ilk kez devreye almadan önce ilgili sigorta ürününe dair sigorta teminatları, teknik esaslar ve şartlar, bunların devreye alınmasından on iş günü önce SEDDK'yı bilgilendirmeleri gerekir (SKÇEY Madde 25(3) Sigorta Şirketleri Ve Reasürans Şirketlerinin Esasları). Bu yükümlülüğün ihlali, SK. 32(4) maddesi uyarınca SEDDK'nın aldığı tedbirlerin de ihlali anlamına gelecek ve aynı kanunun 24(2)(i) maddesi uyarınca idari para cezası verilmesini gerektirecektir.

3.4. Sigorta ve Reasürans için Sermaye Yeterliliği

Dünyada olduğu gibi Türkiye'de de hayat dışı sigortacılar risklerini yönetmekte, ve böylece sigortalama riskini belirli bir tür ve bölgeye, teminat türlerine ve coğrafi olarak poliçelere göre çeşitlendirerek maliyetli sermayeden tasarruf etmeye çalışmaktadır. Hayat dışı sigortacılar için, sigortalama riski çok önemlidir. Hem prim hem de muallak/rezerv riskleri, nihai hasar maliyetlerini tahmin etmede büyük hata olasılığını ortaya ko-

⁴³ ibid 338

yar. Karşılık riski, hasarlar gerçekleştikten (veya gerçekleşmiş ancak rapor edilmemiş hasarlar için karşılıklarda meydana geldiği varsayıldıktan) sonra, nihai maliyetler ile muallak tahminleri arasındaki olası sapmayı içerir. Ayrıca, Türkiye'de lisanslı sigorta şirketleri, sermaye yapılarındaki sınırlar nedeniyle, çoğunlukla önemli miktarlardaki risklerini reasürörlere devretmekte ve bu da ulusal sınırlar da dahil olmak üzere, ek risk yazım imkanı sağlamaktadır, ve böylece hem sedan sigorta şirketlerinin sahip olduğu sermaye miktarını hem de sigorta şirketleri ve reasürörlerin sahip olduğu toplam sermaye ihtiyacını azaltmaktadır. Bu bağlamda, Türk sigortacılarının SEDDK tarafından 2021/13 Sayılı Genelge ile kabul edilen finansal ve teknik kriterleri sağlayan reasürans şirketleri ile çalışmaları önem arz ettiği de not edilmelidir.

3.5. Uzay Sigortası

Türk Sigorta Piyasası tarafından üretilen veya geliştirilen belirli bir sigorta ürünü bulunmamaktadır. Türkiye'deki sigortacılar söz konusu olduğunda, reasürörlerin poliçe özel şartlarının herhangi bir değişiklik yapmaksızın, poliçelerine eklemek suretiyle, frontiker şirket olarak hareket etmektedir. Bu eki eklerken, birçok halde bu metinleri, anlam kaybı olacağı düşüncesiyle tercüme etmekten bile kaçınmaktadır. Daha da önemlisi, çoğu durumda yasal uygunluk incelemesi ve denetimi bile yapmamaktadır. Bu tür sigortalarda aktif bir rol oynayan sigorta ve reasürans brokerlerinin de bu konuda ellerini taşın altına koymaktan kındıkları görülmektedir. Bu durum hasar süreçlerinde bir çok halde önemli hukuki uyumsuzlukların temelini oluşturmuş, ve oluşturmaya devam etmektedir. Bu kadar önemli riskler, zorlu poliçe ve hasar yönetimi düşünüldüğünde, dikkate alınması gereken bir diğer kuruluş da, ORYM (Özel Riskler Yönetim Merkezi), taraflar arasında işbirliğini sağlamak, oluşturulacak havuz, organizasyon veya işbirliği mekanizmalarını yürütmek amacıyla kurulmuştur. ORYM, kamu yararına olan risklerin sigortalanması, sigorta veya reasürans havuzları, sigorta ve reasürans şirketlerinin kurulması veya kurulmasının koordinasyonunu sağlamak amacıyla kurulmuştur.

3.6. Sigorta Sözleşmesinde Önemli Tanımlar

Uzay sigortası çerçevesinde özellikle, kayıp (loss), yanlış beyan (misrepresentation), önemli değişiklikler (material changes), özen yükümlülüğü (due diligence) kavramlarının, ayrıca ve farklı bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Kayıp kavramı, kısmi ve tam kayıp, yapısal toplam kayıp (constructive total loss) olarak ayrışmakta ve tanımlar içerisinde, en karmaşık ve spesifiklikleri içermektedir. Bu ayırım, örneğin uy-

du sigortasında uygunun teknik özelliklerine uymama ve öngörülen amacına zarar verme derecesine bağlıdır. Taraflar kayıp oranını, yedek transponder sayısı, yerleşik elektrik gücü, yakıt rezervleri ve tasarlanan yaşam süresi de dahil olmak üzere belirli uydu teknolojisine göre hesaplayacaktır. Tam kayıp, fırlatma aracının, uydunun patlamasını veya kaçınılmaz olarak uygunsuz bir yörüngeye oturmasını kapsar. Uydunun kapasitesinde %75 ila %90 arasında bir azalma meydana gelirse, bu tam tazminata ve sovtaj hakkının sigortacıya devredilmesine olanak tanıyan bir yapısal tam kayıp olacaktır. Kısmi kayıp, yapıcı tam kayıp eşliğinin altında kalan bir kayıptır. Kısmi kayıp halinde, sigorta, uydunun kaybettiği kapasite veya yaşam süresi kadar bir zararı kapsar⁴⁴.

Diğer yandan önemli hususlar, sigortalının, sigortacıyı uydunun teknolojisindeki değişiklikler konusunda güncel tutmasını gerektirir, aksi takdirde sigortalı ilgili zarar için tazmin imkanını kaybedebilir.

3.7. Sigorta Hüküm ve Şartlarının, Türk Hukuku ile Uyumlu Olması

Burada kanuna uygunluk; poliçe özel ve genel şart ve klozlarının, TTK'nın emredici hükümlerine uygun olması anlamına gelmektedir. Uzay sigortasına özel kloz ve şartların, poliçelerde kullanılmadan önce yasal uygunluk denetiminden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak, TTK hükümlerinin büyük risklere dair sigortalar için özel düzenlemeleri içermemesi ve çoğunlukla tüketicilere yönelik yazılmış olması, özellikle bu tür özel bir durum ve karmaşık sigorta için poliçe hükümlerinin, emredici hükümlerle uyumlu hale getirilmesini güçleştirdiği ve ürünün bütünlüğünün sağlanmasını zorlaştırdığı not edilmelidir.

Türk yargısının yetkili olduğu ve özellikle Türk Hukukunun geçerli olduğu hallerde, öncelikle, emredici hükümler açısından TTK'nın Sigorta Kitabı esas alınacaktır⁴⁵. Emredici ve koruyucu birçok hükmün yer aldığı bu Kitapta, prim ödemeleri, beyan ve bildirim yükümlülükleri, tazminat ödemeleri gibi her branş için geçerli olan genel hükümler; Zarar sigortaları (mal ve sorumluluk sigortaları) için, uzay sigortasının birinci şahıs ve üçüncü şahıs teminatları açısından ilgili olduğu ölçüde, fazla veya eksik

⁴⁴ Ritz L.S., 'Benjamin, Splash and Crash: Satellite Liability and Insurance' <<https://www.thomsoncoe.com/resources/publications/splash-and-crash-satellite-liability-and-insurance/> > erişim tarihi 24 Ekim 2023

⁴⁵ Türk mahkemelerinin yetkili olduğu, ve özellikle uzay hukukuna ilişkin meselelerin yabancılik unsuru ihtiva ettiği hallerde sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu konu hakkında başka bir bilimsel çalışma yapılacağı için bu kitap bölümünde detay verilmemiştir.

sigorta gibi özel hükümler, son derece önemlidir. Burada not edilmesi gerekir ki, büyük bir risk olarak kabul edilebilecek uzay sigortasının özel şart ve klozların içerik ve düzenlemelerinin birçok durumda, kanunda “büyük riskler” kavramı açısından bir ayırım yapmayan TTK düzenlemelerinin ruhuna uygun olarak ile sınırlandırması gündeme gelebileceğinden, bu durum ciddi uyum ve uygulama sorunları yaşatabilecektir. Bu nedenle, sözleşmelerin yorumlanmasında ve uygulanmasında ihtilafların önlenmesi amacıyla, öncelikle TBK sözleşme hükümlerine öncelik verilmesi ve reasürör, sigortacı ve sigortalı arasında, uzay sigortasının fronting şeklinde verilecek teminatlarını içeren sigortaların özel şartlarının Türk Hukuku ile uyumlu hale getirilmesine çalışılması önemle tavsiye edilmektedir.

3.8. Uzay Sigortasına Uygulanacak Genel Şartlar

Sigorta ürünleri, Sigorta mevzuatı gereğince SEDDK tarafından onaylanan yerel genel koşullara tabi olmak zorundadır. Bu bağlamda, sigorta sözleşmelerinin ana içeriği, SEDDK tarafından onaylanan genel koşullara uygun olarak düzenlenir ve sigorta şirketleri tarafından aynı şekilde uygulanır (SK 11. maddesi). Ancak, genel şartı olmayan ve ilgili poliçe özel bir brans ise, konuyla ilgili genel koşullar oluşturulana kadar TTK'nın sigorta bölümünün genel hükümleri uygulanır (SEDDK Genelgesi no. 2007/12, md.3).

Bu düzenlemeler bir arada düşünüldüğünde, uzay sigortası açısından genel bir koşulun uygulanmasının öne çıkmayacağı, ancak Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Kitabı'nda belirtilen hükümlere uygun hareket edilmesi gerekeceği görülmektedir. Öte yandan, yukarıda bahsedilen paragrafta göre, işin doğasına uygun olarak sigorta sözleşmelerinde özel koşullar oluşturulabilir. Bu konular, sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilir ve yanıltıcı bir düşünceye yol açmayacak şekilde "özel koşullar" başlığı altında belirtilir. Uzay sigortası açısından da bu makalede belirtilen prensiplere uygun hareket edilmesi gerekecektir.

3.9. Uzay Sigortasının, Zorunlu Havacılık Sigortası Karşısında Durumu

Havacılık sektöründe, ilgili mevzuattan kaynaklanan zorunlu sigortalar bulunmaktadır, bunlara TSHK da dahildir. Örneğin, TSHK 138. maddesine göre, Türk ve yabancı sivil uçak işletmecileri Türk hava sahasında uçmak istediklerinde üçüncü kişilere meydana gelebilecek zararlara karşı teminat olarak sigorta sözleşmesi yapmak zorundadırlar. Bu madde tarafından belirtilen sigorta şartlarına uymayan uçaklar, T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından uçuştan men edilecektir.

Ayrıca, TSHK 132. maddesine göre, yolcu, yük ve posta taşımacılığı yapma yetkisine sahip olan taşıyıcılar, en az 124. madde prensiplerine göre belirlenen sınırlarla finansal sorumluluk sigortasına sahip olmak zorundadırlar. Bu sigorta, taşıma sözleşmeleri altında meydana gelebilecek tazminat taleplerini kapsamalıdır⁴⁶. Sigorta ayrıca, bu Kanun kapsamında öngörülen taşıyıcıların çalışanlarının ve temsilcilerinin sorumluluklarını da kapsamalıdır. İç ve uluslararası hava yollarında faaliyet gösteren taşıyıcılar tarafından yapılacak sigorta sözleşmesi ve kapsadığı riskler, uluslararası standartlar ve Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı 'nın görüşü dikkate alınarak Ticaret Bakanlığı tarafından onaylanacaktır. Anılan Kanunun bu maddesinde belirtilen sigorta şartlarına uymayan uçaklar, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından uçuştan men edilecektir.

Bu bağlamda, ilgili mevzuat incelendiğinde, amaç ve kapsam göz önüne alındığında, havacılık faaliyetleri için iç mevzuattan kaynaklanan zorunlu sigortaların uzay sektörü için gündemde olmayacağı söylenebilir, çünkü uzay sektörü bu düzenlemelerin kapsamı ve amacı içinde yer almamaktadır. Örneğin, 2920 Sayılı Kanunun amacı sivil havacılığı düzenlemektir ve kamu kurum ve kuruluşlarının ve gerçek ve tüzel kişi özel hukuk tüzel kişilerinin sivil havacılık faaliyetlerine uygulanır.

Ancak, uzay hukuku açısından büyük riskler ve zararlar gündeme gelebileceği için, yasal düzenlemelerin tamamlanması gerekmektedir. Lider uzay endüstrisine sahip ülkelerde, özel uzay faaliyetleri için birincil sorumluluk üstlenmek için zorunlu sigorta limitleri mevcut ulusal uzay mevzuatında belirtilmektedir. Örneğin, ABD'de 3. taraf sorumluluğu için maksimum 500 milyon dolar; bu özel faaliyetlerden kaynaklanan devlet zararı için maksimum 100 milyon dolar; Birleşik Krallık ve Fransa'da 3. taraf sorumluluğu için 60 milyon euro belirlenmiştir.

3.10. Sigortalı Adayları

Türk sigorta piyasasında, potansiyel sigortalılar genellikle uzay aracının veya bileşenlerinden herhangi birinin imalatında yer alan taşeronlar ve uzay aracının üzerinde taşınan ekipman veya yüklerden herhangi birinin sahibi ve sonrasında uyduyu işleten kişi veya kurumlardır.

⁴⁶ Rosa, Ana Cristina van Oijhuizen Galhego. 'Aviation or space policy: New challenges for the insurance sector to private human access to space.' (2013) 92 (2) Acta Astronautica 235-242

3.11. Hasar Yönetimi

Sigorta Şirketinin Hasar Yönetimi, bu derece uzmanlık isteyen ve önemli tutarlara varan bir sigorta konusuna dair hasarda, yabancı eksperin kullanılması kaçınılmazdır. Bu konu, Sigortacılık Sektöründeki Uluslararası Faaliyetlere İlişkin Karar⁴⁷ ile düzenlenmiştir. Buna göre, “*yabancı sigorta eksperlerinin Türkiye’de faaliyet gösterebilmesi karşılıklılık esasına dayanır. Ancak, yabancı reasürans şirketlerinin, reasürans sözleşmelerine ilişkin olarak Türkiye’de görevlendireceği kişiler bu madde kapsamı dışında bırakılmıştır*”. Diğer bir ifadeyle bu ikinci durumda müttekabiliyet aranmayacaktır. Ayrıca, Türkiye’de sigorta eksperliği yapacak yabancılar hakkında, Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta eksperlerinin tabi olduğu hükümler geçerli olacağının da altının çizilmesi gerekecektir.

4. Sonuç

Uluslararası piyasalarda da tartışıldığı üzere bir fon veya havuz oluşturulması veya böyle bir organizasyonun oluşumuna katılım Türk sigorta şirketleri için de son derece önemli olacaktır. Ülkemiz, havacılık alanında büyük stratejileri olan ve büyük hedefler koyan bir ülke olarak, uzay faaliyetlerinde önemli bir teminat sağlayan uzay sigortası, mevzuat ve altyapısı üzerinde de çalışmalıdır. Ayrıca bu anlamda uzay sigortacılığı alanında, Ülkemizde, tarım sigortalarına dair havuz TARSİM, deprem sigortalarına dair sistem DASK gibi başarılı olmuş önemli kuruluş ve oluşumların hukuki dayanak ve uygulamalarından elde edilen tecrübelerden faydalanılması uygun olacaktır. Son olarak, T.C. Devleti tarafından oluşturulan ve özel hukuk ilkelerine göre faaliyet gösteren, büyümekte olan bir Türk Reasürans şirketinin varlığı da yukarıda belirtilen teşkilata öncülük etmesi açısından önemlidir. Bu reasürans şirketi, DASK ve ORYM’nin yanı sıra yurt dışından reasürans teminatlarının alınması konusunda TARSİM’e destek veren operatör sıfatıyla faaliyet göstermektedir.

KISALTMALAR

b.	: Bent
BK Kararı	: Bakanlar Kurulu Kararı
DASK	: Doğal Afet Sigortaları Kanunu
f./ fk.	: Fıkra
GŞ	: Genel Şart

⁴⁷ RG 3.8.2007 / 26602

ICAO	: The International Civil Aviation Organization
Kuruluş	
Yönetmeliği	: Sigorta ve Reasürans Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
Md	: Madde
No.	: Numara
ORYM	: Özel Riskler Yönetim Merkezi
PML	: Probable maximum loss / muhtemel maksimum kayıp
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SBM	: Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi
SEDDK	: Sigorta Düzenleme ve Denetleme Kurumu
SK	: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
SKÇEY	: Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik
T.	: Tarih
TARSIM	: Tarım Sigortaları Havuz İşletmesi A.Ş.
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TK	: Tahkim Komisyonu
TSHK	: 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
TUA	: Türk Uzay Ajansı
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VSAT	: Very Small Aperture Terminal
ZDS	: Zorunlu Deprem Sigortası
ZMSS	: Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

KAYNAKÇA

Atlas Magazine, Space Insurance, < <https://www.atlas-mag.net/en/article/space-insurance> > erişim tarihi 7 Temmuz 2023

Affairs U. N, 'Space Law Treaties and Principles. United Nations Office for Outer Space Affairs' <<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html>> erişim tarihi 23 Haziran 2023

Bensoussan D, 'Space tourism risks: A space insurance perspective.' (2010) 66 (11-12) Acta Astronautica 1633-1638

Blount P. J., 'Renovating space: The future of international space law.' (2011) (40) Denv. J. Int'l L. & Pol'y 515

Cho Hong-Je. 'A Study on Space Insurance of Foreign nation's Law.' (2011) 26 (1) The Korean Journal of Air & Space Law and Policy 271-297

Çakır T, 'Türk Uzay Operasyonlarına İlişkin Kanun'un Hazırlanması Konusunda Öneriler.' (2020) (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 175-196

Harrington, A J., 'Legal and regulatory challenges to leveraging insurance for commercial space.' (2017) (41) J. Space L. 29

<https://www.thompsoncoe.com/resources/publications/splash-and-crash-satellite-liability-and-insurance/> erişim tarihi 24 Ekim 2023

Luinaud M. and Virgile S, 'The contribution of space objects insurance regulations to space traffic management.' (2023) 10 (1) Journal of Space Safety Engineering 112-121

Montpert P, 'Space insurance." Contracting for Space. Routledge' (2016) 283-289

Quinn A G, 'The new age of space law: The outer space treaty and the weaponization of space.' (2008) (17) Minn. J. Int'l L. 475.

Parashchak O., 'Space Insurance Industry Outlook: Price & Coverage for Satellites & Space Flight' (be insure, <https://beinsure.com/space-insurance-industry-outlook-price-coverage/#:~:text=The%20technological%20challenges%20of%20flexible%20p> aylo-ads%20and%20new,some%20space%20programs%2C%20particularly%20those%20involving%20untested%20technology) erişim tarihi 22 Haziran 2023

Posner K., Marland T., Chrystal and Philip, 'Margo on Aviation Insurance' (2014) (Fourth Edition, Croydon, UK LexisNexis) 410

Rosa A C. van Oijhuizen G., 'Aviation or space policy: New challenges for the insurance sector to private human access to space.' (2013) 92 (2) Acta Astronautica 235-242

Samson V A., Joshua D. Wolny, and Ian C., ‘Can the Space Insurance Industry Help Incentivize the Responsible Use of Space?.’ (2018) Proceedings of the 69th International Astronautical Congress

Suchodolski J., ‘An Overview and Comparison of Aviation and Space Insurance.’ (2018) (14) J. Bus. & Tech. L. 469

Space Insurance and the New Era of Space Exploration, Global Eurospace, (22 Eylül 2021, <https://www.global-aero.com/space-insurance-and-the-new-era-of-space-exploration/>) erişim tarihi 28 Mart 2024

Space Law: The Law of Outer Space. Georgetown Law Library: <https://guides.ll.georgetown.edu/spacelaw> erişim tarihi 22 Haziran 2023

Türkiye Uzay Ajansı < <https://www.tua.gov.tr/tr> > erişim tarihi 23 Haziran 2023

Turksat <<https://www.turksat.com.tr/tr/uydu/turksat-vsatsat> > erişim tarihi 29 Mart 2024

Twibell Ty S., ‘Space Law: Legal Restraints on Commercialization and Development of Outer Space.’ (1996) (65) UMKC L. Rev. 589

Von der Dunk F., ‘International space law.’ (2015) Handbook of space law. Edward Elgar Publishing, 29-126

Yağcı Ö., ‘Uzay Turizmindeki Gelişmeler ve Bu Kapsamda Türkiye'ye Öneriler.’ (2023) 10 (4) Journal of Recreation and Tourism Research 72-94

“TÜRKİYE’DE UYGULANAN YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜ STATÜSÜNÜN TANIMI VE DIŞ TİCARET İŞLEMLERİNDEKİ MALİYET DÜŞÜRÜCÜ ETKİSİ”

(DEFINITION OF AUTHORIZED ECONOMIC OPERATOR STATUS APPLIED IN
TÜRKİYE AND ITS COST-REDUCING EFFECT ON FOREIGN TRADE
TRANSACTION)

Fatma YILMAZ DAĞNIK**

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Gencay KARAKAYA***

ÖZ

Küreselleşme ile birlikte hızla büyüyen dünya ticaret hacmi önceleri devletlerin gücünü göstermek ve gelecek hedeflerini belirlemek için pay almak istedikleri bir pazarken, zamanla devletlere kolektif hareket etme zorunluluğu getiren, sürekliliğinin sağlanması ve korunması gereken, her an tehdit unsuruna dönüşebilecek bir güç haline gelmiştir.

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon’a gerçekleştirilen terör saldırıları ile ülkelerin ticari faaliyetlerinin terör saldırılarına olan zayıflığı ortaya çıkmış hem ulusal hem global ticaretin güvenli ve aksamaya mahal vermeden sürdürülebilmesinin önemi siyasi ve ekonomik gündemde yerini almıştır. Küresel ticaretin aksamadan sürmesini sağlayarak güvenliğin yeniden dizayn edilmesi

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.03.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 23.03.2024 tarihinde birinci hakem; 07.04.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu çalışma yazarlardan Fatma YILMAZ DAĞNIK’ın yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Ticaret Bakanlığı İstanbul Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü, Şube Müdürü, f.yilmaz15@ticaret.gov.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6450-6989

*** İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü, Öğretim Görevlisi, gkarakaya@ticaret.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/000-0002-2662-6031

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; YILMAZ DAĞNIK, Fatma, KARAKAYA, Gencay, “Türkiye’de Uygulanan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün Tanımı ve Dış Ticaret İşlemlerindeki Maliyet Düşürücü Etkisi”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 79-120.

hususunda oluşan ihtiyaç, uluslararası ticarete ülkelerin ticari eşya giriş çıkışlarında fiziki kontrol mekanizmasından vazgeçmelerini mecbur kılmış, güven ve prestije dayalı ticaret sisteminin önemini ise arttırmıştır.

Türkiye’de yasal ticaretin desteklemesi, yasadışı ticari faaliyetlerin engellenmesi ve kaynakların ticari faaliyetlerin güvenle yürütülmesi için kullanılması amacıyla Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü sistemi uygulanmaktadır. Bu çalışmayla bir yandan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün tanımı ve sağladığı ticari kolaylıklar anlatılırken diğer yandan statünün firmaların dış ticaret işlemlerindeki maliyet düşürücü etkisi anlatılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü, Ticaretin Kolaylaştırılması, Uluslararası Ticaret, Dünya Gümrük Örgütü, İhracat, İthalat

ABSTRACT

With globalization, the rapidly growing world trade volume, initially a marketplace for states to demonstrate power and define future goals, has gradually transformed into a force that necessitates collective action by states-a force requiring continuity, protection, and susceptible to becoming a threat at any moment.

The terrorist attacks on the World Trade Center and the Pentagon on September 11, 2001, exposed the vulnerability of countries' commercial activities to terrorist attacks. The importance of ensuring the security and uninterrupted sustainability of both national and global trade has taken its place in the political and economic agenda. The need for redesigning security by ensuring the seamless continuation of global trade has compelled countries to move away from physical control mechanisms in the entry and exit of commercial goods, thereby increasing the significance of a trade system based on trust and prestige.

In Turkey, the Authorized Economic Operator (AEO) Status system is implemented with the aim of supporting legal trade, preventing illegal commercial activities, and ensuring the safe conduct of resources for commercial activities. The advantages provided by this status are discussed, highlighting the commercial facilitations it offers while attempting to explain its cost-reducing impact on companies' international trade transactions.

Keywords: Authorized Economic Operator, Trade Facilitation, International Trade, World Customs Organization, Export, Import

GİRİŞ

Dünya ticaret hacmindeki gelişim her yıl artmaya devam etmekte ve bu gelişim dış ticaretin boyutunu da geliştirerek, dış ticareti küresel bir organizasyona dönüştürmektedir. Küreselleşen ticaret ortamında bir malın üretimi farklı coğrafyalarda tamamlanabilmekte ve dolayısı ile bir ticari eşyanın üretim aşamasına birden fazla ülke katılmaktadır. Bu durumun, şirketlerin rekabet ortamındaki pozisyonunu değiştirmiş ve sonuç olarak şirketler çok uluslu boyut kazanmıştır. Söz konusu değişimlerle birlikte gelenen noktada, gümrük işlemlerinin önemi artmış ve gümrükler küresel ticaretin sürdürülebilmesinde en önemli aktör haline gelmiştir.

Dünyada 11 Eylül saldırıları ile ortaya çıkan ticaretin güvenliği sorunu devletleri küresel ticaretin korunmasında beraber hareket etmeye itmiştir. Yasadışı ticaretin önlenmesi, yasal ticaretin desteklenerek küresel ticaretin kolaylaştırılması amacıyla dünyada farklı isimlerde ama aynı amaçta Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü uygulaması kullanılmakta olup, uygulama Türkiye’de de Avrupa Birliği uyum müktesebatı çerçevesinde ulusal mevzuata dâhil edilmiştir.

Türkiye’de Ticaretin Kolaylaştırılması çalışmaları kapsamında uygulanan ve tüm süreçleri Ticaret Bakanlığı tarafından yürütülen Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün; firmaların dış ticaret maliyetlerine olan etkisinin mevzuat ışığında değerlendirilerek, verilerle avantajlarının incelenmesi çalışmanın konusu oluşturmaktadır. Bu bağlamda YYS kavramının ortaya çıkışından başlanarak Türkiye ulusal mevzuatına girişi ile söz konusu statüye sahip olmak için aranan koşullar ve gerekli belgelerin yanı sıra kontrol süreçleri ile yaptırımlar ilgili mevzuat kapsamında anlatılmıştır.

YYS mevzuatı tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de dinamik bir mevzuattır. Amaç ticaretin kolaylaştırılması olduğundan küresel ticaretin değişen ihtiyaçlarını uygulamalara yansıtmak oldukça önemlidir. Bu önem binaen çalışma ile hem kamu çalışanları hem de özel sektör temsilcileri için, YYS uygulamasının en güncel mevzuat bilgileri ışığında anlatılması ve sağladığı kolaylıkların dış ticaretteki maliyet unsurları özelinde değerlendirilerek, statünün maliyet düşürücü etkisinin vurgulanması amaçlanmıştır.

1. DÜNYADA YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜ (AEO) KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Yerel ve uluslararası ticaret dinamiklerine bakıldığında son yıllarda yaşanan değişimlerin ölçeği oldukça dikkat çekici hale gelmiştir. Küreselleşme olgusu ile birlikte perçinlenen değişim süreci; dünya ticaret hacminin sürekli artması, ticareti yapılan ürünlerin çeşitlenmesi, arz zincirlerinin

farklı ülkelerde gerçekleşen süreçleri kapsayacak şekilde yaygınlaşması, teknolojik gelişmelerin yoğunlaşması, rekabet kavramının küresel boyuta taşınması ve ülkeler arası entegrasyonların hareket kazanmasıyla devam etmektedir.

Uluslararası ticaretin sahip olduğu bu çok boyutlu yapı, eşyanın uluslararası hareketinin hız kazanması ihtiyacını doğurmuştur. Her yıl artış gösteren uluslararası ticaret hacmi ülkelere giren ve ülkelere çıkan ticarete konu eşya kontrolünün önemini arttırmakta olup, harcanan bütçe, artan nüfus yoğunluğu ile artan ürün çeşitliliği, ticaret erbabının güvenlik gereksinimleri ve var olan insan kaynakları baz alındığında söz konusu eşya girişi ve çıkışı kontrolleri gün geçtikçe zorlaşmaktadır¹.

Bu bağlamda hızla artan nüfus yoğunluğu ile birlikte artan uluslararası ticaret hacmi dikkate alındığında gümrük idareleri ülkeye giren çıkan ticari eşyanın kontrol edilmesinde daha spesifik davranış modeli geliştirmek zorunda kalmıştır. Sınırlı bütçe ve sınırlı insan kaynağı düşünüldüğünde zorlaşan kontroller için risk analizi çalışmaları geliştirilmiş, bu çalışmalar sonunda ise, ülkeye giren ve ülkeden çıkan her eşyanın kontrolünün sağlanamayacağı nedeni ile ülkeye giren ve ülkeden çıkan risk oluşturabilecek eşyanın kontrolü üzerine çalışmalar şekillendirilmiştir².

Riskli eşya statüsünde değerlendirilecek eşyanın belirlenmesi hususunda gümrük idarelerince yaşanmış olumsuz deneyimlerdeki olaylardan oluşturulan profiller baz alınarak riskli eşya profili geliştirilmiştir.

Lakin nüfus ve ticaret hacmi konusunda büyümenin kaçınılmazlığı ile uluslararası ticaret her geçen gün gelişimini sürdürmüş ve bu gelişim yeni uygulama ve ayrıcalıklara ihtiyaç oluşturmıştır. Özellikle uluslararası arenada tehdit unsuruna dönüşen terör örgütlerinin varlığı güvenlik konusunda farklı yöntemlerin geliştirilmesi gerektiği gerçeğini gündeme getirmiştir³.

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon’a gerçekleştirilen terör saldırıları ile ülkelerin ticari

¹ Aydın Güngör, GÜMRÜK İŞLEMLERİ UYGULAMALARI Kavram-Teori-Uygulama-Dijital Uygulamalar (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara, 2022) 87

² Abdulkadir Tekin and Ümit Engin Tekin, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na Göre GÜMRÜK İŞLEMLERİ Mevzuat-Teori, Uygulama-Vergilendirme (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2023) 63

³ Merve Özsoy, Türk Gümrük İdaresinin İdari Kapasitesinin Geliştirilmesinde DGÖ Küresel Ticaretin Güvenli Kılınması ve Kolaylaştırılmasına Yönelik Standartlar Çerçevesi (SAFE FoS) AB Gümrük Rehber İlkelerinin Uygulanması, (Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı Tezi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Ankara, 2011) 67

faaliyetlerinin terör saldırılarına olan zayıflığı ortaya çıkmış hem ulusal hem global ticaretin güvenli ve aksamaya mahal vermeden sürdürülebilmesinin önemi siyasi ve ekonomik gündemde yerini almıştır. Küresel ticaretin aksamadan sürmesini sağlayarak güvenliğin yeniden dizayn edilmesi hususunda oluşan ihtiyaç, uluslararası ticarete ülkelerin ticari eşya giriş çıkışlarında fiziki kontrol mekanizmasından vaz geçmelerini mecbur kılmış, güven ve prestije dayalı ticaret sisteminin önemini ise arttırmıştır.

Devletler ticaret paydaşlarına farklı bir bakış açısı ile yaklaşma kararı almış ve gümrüklerde iş birliği içerisinde yasal mevzuata uygun faaliyetini sürdüren çok uluslu firmalar ile küresel ticaretin korunması amacıyla uzlaşmanın önemli olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda riskli ticari geçmişe sahip firmaların kontrolleri daha etkin bir şekilde sürdürülürken güvenli profile sahip firmaların hızlı ve güvenli bir şekilde ticari faaliyetlerini sürdürmelerine olanak sağlanmasının uygun olduğu karara varılmıştır. Böylece Dünya Gümrük Örgütü çatısı altında küresel ticaretin güvenli şekilde sürmesi doğrultusunda çalışmalar başlatılarak ilk adım atılmıştır. Devletler ile özel sektör temsilcilerince karşılıklı beklenti ve öneriler doğrultusunda ortak fayda altında birleşme sağlamaya yönelik kararlar alınmaya çalışılmıştır. Örgüt tarafından belli periyotlarda gerçekleşen toplantılarda küresel ticaretin aksaklığa mahal vermeden sürdürülmesinin ve gümrük idarelerince belirlenen mevzuata uygun hareket edilmesinin küresel ticari menfaatlerin korunması adına ne denli önemli olduğu vurgulanmıştır⁴.

Bu süreçte Amerika Birleşik Devletleri tarafından geliştirilen kısa adı ile; C-TPAT (Customs-Trade Partnership Against Terrorism) Terörizme Karşı Gümrük ve Ticaret Ortaklığı yetkilendirilmiş yükümlü uygulamasının başlangıcı olarak kabul edilmektedir.

C-TPAT, ABD pazarı için seçilmiş ithal ürünlerine yönelik bir gümrük uyum programı olarak tasarlanmıştır. Söz konusu sistem ile; ticarete konu tüm paydaşların uluslararası kargo güvenliğinin akreditasyon usulü ile temininin sağlanması hedeflenmiştir⁵.

Aynı dönemde düzenlenen ABD Kongresi'nin en önemli gündem maddesi de ülke güvenliği olmuş ve bu madde doğrultusunda ülkeye giren eşya ve yolcu kontrollerinde aşırı bir tutum sergilenmiştir. Yaşanan terör saldırısının etkisi ile güvenlik adı altında uygulanan sıkı kontroller ticaret

⁴ ABD Gümrük ve Sınır Muhafazası (Customs-Trade Partnership Against Terrorism, 2015) 1

⁵ Dünya Gümrük Örgütü (DGÖ) (2012a), WCO Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade (the SAFE Framework)

erbabının maliyet ve zaman konusunda zarara uğramasına neden olmuştur⁶.

Ülke güvenliğini korumaya yönelik uygulamaların ticari paydaşları zarar uğratması sonucu firmalar bir araya gelerek kısa adı USA CBP (USA Customs and Border Protection) olan ABD Gümrük ve Sınır Muhafazası ile görüşme talebinde bulunmuşlardır. Yapılan görüşmeler sonunda ise; ülke güvenliği için fayda sağlayacağı kabul edilen C-TPAT Programının öncelikle ABD’nin sınır komşuları arasında en yoğun ticari ilişkiye sahip Kanada ve Meksika ülkeleri ile uygulanması kararı almıştır. Bu iki ülke ile uygulanan program bir süre sonra yetersiz kalmış ve kapsamının küresel boyuta taşınması gerekliliği bir ihtiyaç haline gelmiştir. ABD bu girişimi tamamlamak ve küreselleştirmek amacıyla DGÖ üyesi ülkelerin tamamının katıldığı toplantıya katılım sağlayarak uluslararası arz zinciri güvenliğinin sağlanması için geliştirdiği programı açıklamıştır.

Küresel iş birliği içerisinde ticaretin güvenli hale getirilmesinin mümkün olacağı hususunda hemfikir olan DGÖ üyelerince güvenli ve hızlı ticaret yolunda uluslararası ilk girişim olan kısa adı ile; SAFE Çerçevesi Standartları (WCO SAFE Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade) başlatılmıştır⁷.

Dünya Gümrük Örgütü 2005 yılında dünyanın önemli ticaret merkezlerinin herhangi bir terör saldırısına uğraması sonucunda küresel ticaretinin olumsuz etkilemesinin önüne geçmek, diğer ülkelerin zarar görme riskini azaltmak amacıyla Küresel Ticaret Ortamının Kolaylaştırılması ve Güvenliğine İlişkin Standartlar Çerçevesini kısa adı; SAFE-Framework’ u rehber olarak yayımlamıştır. Kamu tarafı olarak gümrük idaresi ile özel kuruluşları teröre karşı tek bir duruş sergileme konusunda bir araya getiren rehber gümrük idarelerinin özel kuruluşları belge alma konusunda zorlaması gerektiği görüşünü savunmaktadır.

Cenevre’de uluslararası tedarik zincirinin güvenlik altına alınabilmesi için yetkilendirilmiş yükümlü (AEO) programının ulusal mevzuatlara uygulanması konusunda net duruş sergilenmiş olup ülkeler, kendi aralarında ‘karşılıklı tanıma anlaşmaları’ yapmaları yönünde de teşvik edilmiştir. Bu sayede farklı ülkeler için ortak sorun haline gelen güvenlik konu-

⁶ Gümrükler ve Vergilendirme Çalışmaları Merkezi (GVÇM), (Review of Accredited Operator Schemes, Charles Sturt University 2014) 9-10

⁷ Gümrükler ve Vergilendirme Çalışmaları Merkezi (GVÇM), (Review of Accredited Operator Schemes, Charles Sturt University 2014) 9-10

sunda ticari güvenliğin sağlanmasında uygulamada bir standardizasyon geliştirilmesi hedeflenmiştir.



şekil: Authorized Economic Operator (AEO) sertifikasyon logosu (Ticaret Bakanlığı 2023)

2. YETKİLENDİRİLMİş YÜKÜMLÜ KAVRAMININ TÜRKİYE MEVZUATINA GİRİşİ

Dünya devletlerini beraber hareket etmeye iten nedenler her geçen gün artmaktadır. En büyük nedeni küreselleşme olan bu durum devletler arası anlaşmaları artırmakta; birlikler, örgütler, anlaşmalar, bölgeler gittikçe önem kazanarak, beraber hareket etme ve ortak menfaatte bir araya gelme gereksinim haline gelmektedir. Bu birlik duygusunu oluşturan en büyük faktör ise terör saldırılarının etkisidir.

Amerika Birleşik Devletleri 11 Eylöl tarihinde yaşanan terör saldırısı ile oluşan ticari ve finansal kaosu kontrol altına almak için C-TPAT Programı'nı uygulamaya sunmuştur. DGÖ'nün bu gelişmeye kayıtsız kalmayarak Programı gündemine taşması sonrasında DGÖ üyesi bir topluluk olan AB uluslararası gündemin etkisiyle AB mevzuatında değişiklik yapmıştır.

Bu değişiklikler kapsamında 13 Nisan 2005 tarihinde 648/2005 sayılı Tüzükle Topluluk Gümrük Kodunda yapılan değişiklik sonucu Yetkilendirilmiş Ekonomik Operatör (AEO) uygulaması AB mevzuatına girmiştir. Sonrasında ise; 18 Aralık 2006 tarihli 1875/2006 sayılı Komisyon Tüzüğü ile Yetkilendirilmiş Ekonomik Operatör uygulaması Topluluk Gümrük Yönetmeliğine dâhil edilmiş ve düzenlemeler 1 Ocak 2008 tarihi itibari ile de yürürlüğe girmiřtir⁸.

⁸ Nihat Özey, Türkiye'de Dış Ticaret Kolaylıklarının Artırılması Bakımından Yetkilendirilmiş Ekonomik Operatör (AEO) Sisteminin Değerlendirilmesi (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 70- 87

Öte yandan 3 Ekim 2005 tarihinde Lüksemburg'ta yapılan Hükümetlerarası Konferans (HAK) ile Türkiye resmen AB'ye katılım müzakerelerine başlamıştır. Türkiye'nin 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararının 28'inci maddesi⁹ gereğince Topluluk Gümrük Kodu hükümlerine uyum yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰.

AB Gümrük Kodunda yapılan değişiklik sonrası Türkiye AB uyum süreci çalışmaları kapsamında; Türkiye’de Gümrük Kanunu’nda¹¹ ve Gümrük Yönetmeliği’nde¹² değişiklikler yapılmıştır. Sonuç olarak 2009 yılında yetkilendirilmiş yükümlü kavramı ulusal mevzuatımıza girmiştir.

Kronoloji içerisinde bakıldığında 10 Ocak 2013 tarihinde Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği¹³ adıyla yeni bir yönetmelik çıkmış ve Yetkilendirilmiş Yükümlü hükümleri Gümrük Yönetmeliğinden çıkarılmıştır.

Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği (GİKY) 21 Mayıs 2014 tarihinde tamamen değiştirilmiş ve önceki yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır¹⁴. Hem dünyada hem de ülkemizde çok da eski sayılmayan AEO kavramı süreç içerisinde ihtiyaç duyulan mevzuat değişiklikleri ile şekillenmektedir.

⁹ 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Madde 28/1 Türkiye, bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihte, Topluluk Gümrük Kodunu oluşturan 12 Ekim 1992 tarih ve 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile onun uygulama hükümlerini belirleyen 2 Temmuz 1993 tarih ve (EEC) 2454/93 sayılı Komisyon Tüzüğünü temel alan aşağıdaki konulara ilişkin hükümleri kabul eder: (a) malların menşei; (b) malların gümrük değeri; (c) malların gümrük birliği alanına girişi; (d) gümrük beyanı; (e) serbest dolaşıma giriş; (f) askıya alma düzenlemeleri ve ekonomik etkisi olan gümrük işlemleri; (g) malların dolaşımı; (h) gümrük borcu; (i) itiraz hakkı.

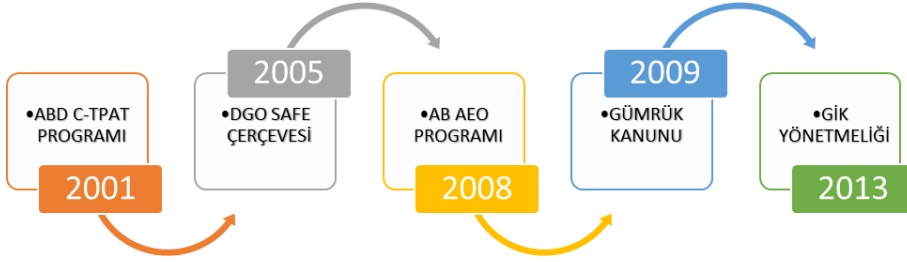
¹⁰ Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), (Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1694-2000, Cilt 1, 2001) 187

¹¹ 5/A maddesi 18.06.2009 tarihli 5911 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 07.07.2009 tarihli 27281 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹² 07.10.2009 tarihli, 27369 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Gümrük Yönetmeliği’nin 4 ila 21’nci maddeleri ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

¹³ 10.01.2013 tarihli 28524 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ 21.05.2014 tarihli 29006 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.



Şekil: Yazar tarafından gelişim sürecini vurgulamak amacıyla oluşturulmuştur. 27.12.2023

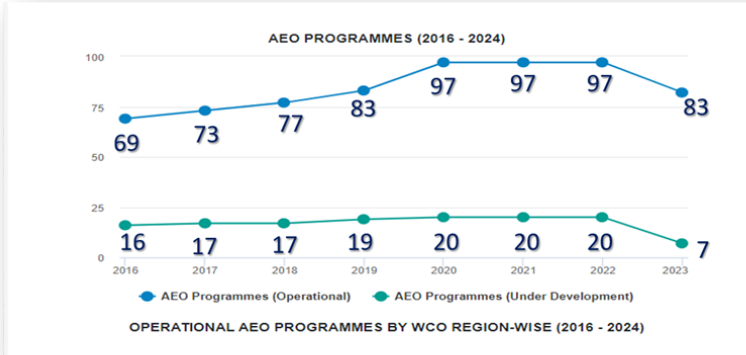
AEO uygulaması esasen her ülke özelinde ayrı bir amaç ile gündeme alınmıştır. ABD; yaşanan terör nedeni ile güvenlik ihtiyacı açısından C-TPAT, DGÖ; güvenlik açısında SAFE Çerçevesi, AB; uyum ve standart açısından AEO programını mevzuatlarına alırken Türkiye; AB müktesebatına uyum ve ticaretin kolaylaştırılması çalışmaları kapsamında Yetkilendirilmiş Yükümlü Uygulamasını mevzuatına almıştır.

Türkiye’de gümrük ve dış ticaret işlemleri içerisinde yer alan YYS uygulamasına yönelik işlemler Ticaret Bakanlığı ve yetkili Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlükleri tarafından yürütülmektedir.



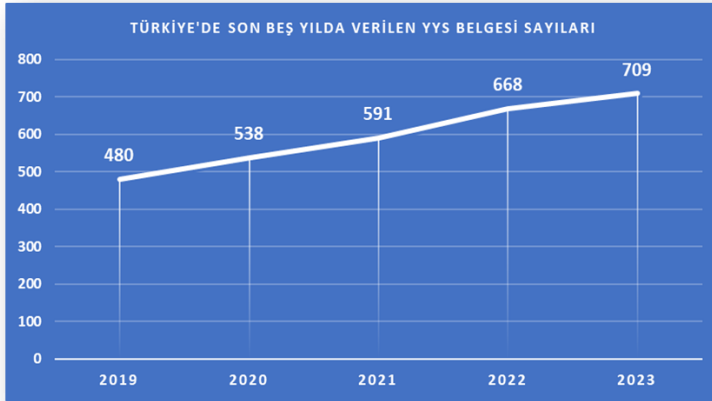
Şekil 3: Türkiye’de kullanılan Yetkilendirilmiş Yükümlü Logosu (Ticaret Bakanlığı 2024)

Dolayısı ile Türkiye’ye özgü bir sistem olmamakla birlikte dünya genelinde gümrük hizmetlerinin uluslararası standartlar doğrultusunda uyumlaştırılmasını amaçlayan birçok ülke ve birlik tarafından kabul edilen Yetkilendirilmiş Yükümlü uygulaması küresel ölçekte kabul gören yaygın bir uygulamadır. Dünya Gümrük Örgütü verilerine göre; 2023 yılı itibari ile dünyada 83 ülkede AEO programı aktif olarak kullanılmaktadır. 7 ülkede ise süreç geliştirilme aşamasındadır.



Şekil 4: World Customs Organization, 2024 (<https://aeo.wcoomd.org/>) erişim tarihi 05.01.2024

Ticaret Bakanlığınca yayınlanan yıllık faaliyet raporu verilerine göre 2023 yılı itibari ile Türkiye’de düzenlenen YYS sertifika sayısı 709 âdete ulaşmıştır. Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de uluslararası firmalar ülke sınırları dışında güvenle ticari faaliyetini sürdürmek ve dünya pazarında varlık göstermek için Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsüne sahip olmak istemektedir¹⁵.



Şekil: Ticaret Bakanlığı Faaliyet Raporlarından derlenerek yazar tarafından oluşturulmuştur. 05.01.2024 (<https://istanbulbolge.ticaret.gov.tr/yayinlar/faaliyet-raporu-2022>)

¹⁵ World Customs Organization, (2023) Strategic Trade Control Enforcement (STCE) Implementation Guide

YY5 uygulaması uluslararası bir belge olması nedeni ile ülkeler arasında kabul edilen karşılıklı tanıma anlaşması ile uygulama alanı genişleterek küresel ticaretin gelişmesine de katkı sağlamaktadır.

Karşılıklı tanıma, bir gümrük idaresi tarafından usulüne uygun olarak alınan bir işlem veya kararın veya verilen bir yetkinin, diğer bir gümrük idaresi tarafından tanınıp kabul edilmesini ifade eden geniş bir kavramdır¹⁶.

YY5 uygulaması, ülkeler arasında imzalanan karşılıklı tanıma anlaşmaları ile taraflara özel bir statü kazandırmaktadır. DGÖ 2023 yılı verilerine göre dünyada 103 adet ikili, 5 adet çok taraflı karşılıklı tanıma anlaşması bulunmaktadır¹⁷. Türkiye ile Güney Kore arasında karşılıklı tanıma anlaşması bulunmaktadır¹⁸.

Türkiye’de Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsüne ilişkin mevzuat bilgileri Tablo’da sınıflandırılmıştır. Uygulamaya yönelik işlemler ilgili Kanun, Bakanlar Kurulu Kararı, Yönetmelikler ve Tebliğler kapsamında yürütülmektedir.

Ticari faaliyetlerin daha kolay ve güvenli sürdürülmesi, aynı zamanda yasadışı ticaretin önlenmesini teminen ilgili hükümler gerekli durumlar oluşması halinde yetkili makamlarca revize edilebilmektedir. Uluslararası uygulamalara da paralel olarak ulusal mevzuatta yapılan düzenlemeler küresel arz zincirinin korunması adına oldukça önemlidir.

YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜ STATÜSÜNDE UYGULANAN MEVZUAT TABLOSU	
KANUNLAR	Gümrük Kanunu Madde: 5A, 71
BAKANLAR KURULU KARARLARI	Türkiye İle Avrupa Topluluğu Arasında Gümrük Birliğinin Uygulanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Karar Madde: 19 İla 24
YÖNETMELİKLER	1- Gümrük Yönetmeliğı Madde: 140 İla 168, 184, 229, 238/A, 493 İla 498, Geçici Madde 19, Ayrıca (114 ve 196) 2- Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliğı
TEBLİĞLER	1- Gümrük Genel Tebliğı (Gümrük İşlemleri – Seri No: 16) 2- Gümrük Genel Tebliğı (Transit Rejimi – Seri No: 14)

Tablo: YY5 Mevzuat Tablosu. İlgili mevzuatları göstermek amaçlı yazar tarafından oluşturulmuştur.

¹⁶ World Customs Organization, (2024). SAFE Standards Framework (SAFE Standartlar Çerçevesi)

¹⁷ World Customs Organization, (2024). SAFE Standards Framework (SAFE Standartlar Çerçevesi)

¹⁸ 09 Haziran 2014 tarihinde İstanbul Ticaret Odası’nda (İTO) düzenlenen Türkiye-Güney Kore Yetkilendirilmiş Yükümlü Karşılıklı Tanıma Anlaşması imzalanmıştır. <<https://ticaret.gov.tr/haberler/turkiyeguney-kore-yetkilendirilmis-yukumlu-karsilikli-tanima-anlasmasi-imzalandi>>

Mevzuattaki tanımı ile YYS: serbest bölgeler dahil Türkiye gümrük bölgesinde yerleşik olan ve en az 3 yıldır fiilen faaliyette bulunan, gümrük idaresinde son bir yıl içerisinde en az yüz adet (ithalat, ihracat, transit, tır karnesi, özet beyan kapsamında) işlem gerçekleştirmiş olan gerçek ve tüzel kişilere verilen statüdür¹⁹.

2.1. Türkiye’de Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün Koşulları

Günümüzde ticarete konu eşya üretim aşamasında geniş coğrafyaya yayılarak çoklu ülke kategorisinde bir üretim zincirinden sonra hazır hale gelmektedir. Firmalar hammadde, insan kaynağı, montaj, paketlenme, depolama gibi aşamalar için farklı ülkeleri üretim sürecine eklemektedir²⁰.

Dolayısıyla bu üretim zincirine eklenen ülkelerin herhangi birinde yaşanacak aksaklık ya da gecikme küresel ölçekteki arz zincirini olumsuz etkilemekte ve yaşanan olumsuzluklar domino etkisi yaratarak global arz zincirinin zarar görmesine sebep olmaktadır.



Şekil: Yazar tarafından metinde bahsedilen domino etkisini pekiştirmek amaçlı oluşturulmuştur. 09.01.2024

Türkiye’de ticaretin kolaylaştırılarak güvenli sürdürülmesine yönelik çalışmalar ulusal düzenlemelerin yanı sıra DGÖ, DTÖ, AB ve diğer uluslararası kuruluşların düzenlemeleri de dikkate alınarak yürütülmekte olup, küresel ticaretin dinamik yapısı nedeni ile her geçen gün değişen uluslararası prensiplere uyum içerisinde hareket edilmektedir²¹.

Odağında güven olgusu yer alan Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü; gerçek/tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarına verilen bir statüdür.

¹⁹ Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği, Madde 4/1

²⁰ Celalettin Cantekin, Dış Ticaret ve Finansmanı (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2014) 46

²¹ Ticaret Bakanlığı 2021 Yılı Faaliyet Raporu, 77

YYS belgesi sahipleri Türkiye Gümrük Bölgesi'ne eşya giriş-çıkışı sırasında uygulanan emniyet ve güvenlik kontrollerine ilişkin kolaylaştırılmalardan ve basitleştirilmiş uygulamalardan yararlanmak üzere ayrıcalıklı olarak ticari faaliyetlerini sürdürebilmektedir²².

Yasadışı ticari faaliyetleri önlemek isteyen Gümrük İdareleri YYS uygulaması ile mevzuat çerçevesinde güvenli bulduğu kurum/kuruluşlarca yürütülen ticari işlemlerde risk kontrolünü azaltarak bu aşamada kullandığı kaynaklarını daha yüksek kontrol gerektiren riskli işlemlere yönlendirebilmektedir. Güvenli ticareti destekleyen uygulamanın sertifika süreci kısaca; firma tarafından yetkili Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü'ne yapılan başvurunun incelemeye alınması ile başlamaktadır²³.

İlgili Bölge Müdürlüğü başvuru, başvuru ekinde yer alan belgeler ve Ticaret Bakanlığı veri tabanındaki veriler üzerinden incelemektedir. Herhangi eksik ya da YYS sertifikası alınmasına engel bir durum tespit edilmemesi halinde Bölge Müdürlüğü başvuru ekinde yer alan soru formunu²⁴ Bakanlığın merkez teşkilatının ilgili birimi olan Gümrükler Genel Müdürlüğü'ne iletmektedir.

İletilen soru formu Gümrükler Genel Müdürlüğünce incelemeye alınmaktadır ve bu aşamada herhangi bir eksiklik tespit edilmesi veya ek bilgi istenmesi gereken bir durum oluşması halinde Genel Müdürlük tarafından başvuru sahibi ile irtibata geçilerek ek bilgi/belge talep edilmektedir.

Söz konusu inceleme neticesinde herhangi bir eksiklik tespit edilmemesi veya ek bilgi/belge istenmemesi halinde başvuru Bakanlığın sonradan kontrolden sorumlu birimine iletilmektedir. Bu aşamada firma faaliyetleri çerçevesinde kullanılan tesislerinin yerinde incelemesini yapmak için Ticaret Müfettişi görevlendirilmektedir.

Ticaret Bakanlığınca görevlendirilen Ticaret Müfettişinin gerçekleştirdiği yerinde inceleme sonrası oluşturduğu rapor ile Gümrükler Genel Müdürlüğü sertifika sürecini ilerletmektedir. İncelemeler sonunda başvuru sahibi firma tarafından, Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü için aranan kriterlerin asgari düzeyde karşılanması halinde yetkili Bölge Müdürlüğü firma adına Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası düzenlemektedir. Aksi bir karar alınması durumunda ise; yetkili Bölge Müdürlüğünce ilgili başvurunun reddedildiği gerekçesi ile birlikte başvuru sahibine iletilmektedir.

²² Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği Madde:4/1

²³ Erkut Onursal, Mevzuat ve Teknik Yönleri ile Dış Ticaret. (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2021) 72

²⁴ Ek-2 Soru Formu Yetkilendirilmiş Yükümlü Başvurularında Kullanılacak Olan Elektronik Soru Formu (v3.3.1) (<ticaret.gov.tr>)

Kısaca bahsedilen sertifika süreci çalışmanın devamında detaylandırılarak anlatılacak ve Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün sağladığı avantajlar üzerinde durulacaktır.

Bu bağlamda Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü sahibi olmak isteyen firmaların (GİK Yönetmeliği 9 uncu maddesinde; “Resmî daireler, sermayesinin tamamı devlete ait olan iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait bağlı müesseseler” hariç tutulmuştur.) Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği’nin 5 ila 8 inci maddelerde belirlenmiş koşulları sağlaması gerekmektedir.



Şekil: GİK Yönetmeliğinde belirtilen koşulları gösteren şekil yazar tarafından oluşturulmuştur. 11.01.2024

2.1.1. Güvenilirlik Koşulu

GİK Yönetmeli 5 inci maddesine özetle başvuruda bulunan firmanın; Yönetim kurulu üyeleri, sermayesinin %10 ve fazlasına sahip gerçek kişiler ile gümrük ve dış ticaret işlemlerinde temsil yetkisini haiz çalışanlarının ve varsa bu statülere haiz yurtdışında ikamet eden yabancı uyruklu olanlar da dahil olmak suretiyle Yönetmelik 5/1-a’da belirtilen ceza mahkûmiyet kararı bulunmamasını,

Başvurunun kayda alındığı ayın ilk gününden geriye dönük üç yıl içinde, on ikişer aylık üç dönem ayrı ayrı olmak üzere, her bir dönem içerisinde ithalat, ihracat, transit ve özet beyana ilişkin beyannamelerden kaynaklı gümrük, KDV ve ÖTV mevzuatı ihlali nedeniyle uygulanan ceza kararı toplam sayısının Yönetmelik 5 inci maddesi hükümlerinde belirtilen oranları aşmamış olmasını, gümrük ve vergi mevzuatlarının yanı sıra ilgili mevzuatlar uyarınca kesinleşmiş vergi, ceza ve sosyal güvenlik prim borcu bulunmamasını,

Sertifika başvurusunun yapıldığı yıldan önceki takvim yılı içinde veya başvurunun yapıldığı ayın ilk gününden geriye dönük bir yıl içerisinde gümrük idaresinde en az yüz adet beyan kapsamında işlem yapılmış olmasını ifade etmektedir.

Güvenilirliğe ilişkin koşulların kontrolü ilgili Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğünce gerçekleştirilecek ön inceleme neticesinde belirlenmektedir. Gümrük İdaresi ön incelemesinde; Bakanlık veri tabanları üzerinden cezalara ilişkin sorgu yaparak, adli sicil belgelerini kontrol ederek ve borç bulunmadığına dair belgeleri kontrol ederek koşulun sağlanıp sağlanmadığı hususunda karara varmaktadır.

Mevzuat kapsamında yürütülen gümrük ve dış ticaret işlemleri çok kapsamlı olduğundan zaman zaman mevzuat uygulamalarında tereddüt yaşanabilmektedir. Gümrük İdarelerince yaşanan tereddüt Ticaret Bakanlığı ilgili birimce ortadan kaldırılmasını talep etmektedir.

5/1-a' ya ilişkin 18.12.2023 tarihinde Gümrükler Genel Müdürlüğü Yukarıda 5/1-da' belirtilen YYS sahibi firmalarda yönetim kurulu üyeleri, şirketin yüzde on ve daha fazlasına sahip gerçek kişiler ile gümrük ve dış ticaret işlemlerinde temsil yetkisine haiz kişilerden herhangi birinin hakkında ceza ve mahkûmiyet kararının olmaması gerektiği bildirilmektedir.

Bu bağlamda, ceza davası sebepli askıya alınan YYS belgelerinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) kararı ile sonuçlanan dava halinde Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüklerince uygulanacak işlemler tereddüt oluşturmuş bunun üzerine Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü 18.12.2023 tarihli ve 91992958 sayılı yazıları ile²⁵;

“...anılan kişiler hakkında yürütülen kovuşturma sürecinin sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde

Yönetmeliğin 154 üncü maddesi uyarınca gerçekleştirilen sertifikanın askıya alınması işleminin sonlandırılması” şeklinde karar vererek söz konusu tereddüdü ortadan kaldırmış ve idarece uygulanacak işlemlere netlik kazandırmıştır.

Güvenilirlik Koşulu sadece yukarıda belirtilen hususlardan ibaret değildir. Tüm bunların yanı sıra Gümrük Kanunu kapsamındaki ilgili ko-

²⁵ Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün ilgili yazısı:

https://www.gumrukkulliyati.com/index.php?id=docs/gumruk_mevzuati/dosyalar/tasarruflu_yazilar/18.12.2023_91992958_yys_icin_hukmun_geriye_birakilmasinin_kesinlesmesi_sonrasi_askiya_almanin_sonlandirilmasi.htm#secili

şulların başvuru aşamasında sağlanması ve belge sahibi olduktan sonra da korunması gerekliliği güvenilirlik koşulu içerisinde yer almaktadır.

Başvuru sahibi tarafından Tablo’da belirtilen koşulların son 3 yılda her bir 12 aylık dönemde sağlanmış olması gerekmektedir. İç kontrol mekanizması ile firmalar yukarıda bahsi geçen maddelere yönelik cezai durumun oluştuğunu tespit ederek kendisi için ihbar (GK 234/3 kapsamında) başvurusunda bulunursa hesaplamada bu ceza dikkate alınmamalıdır.

YY5 GÜVENİLİRLİK KOŞULU OLARAK CEZA KARAR SAYILARI						
GİK Yönetmeliği İlgili Madde	Ceza Türü	Dikkate Alınacak Minimum Tutar (TL)	Minimum Ceza Kararı Sayısı	Minimum Ceza Kararı Sayısı Oranı	Örnek	Açıklaması
5/1/c	GK 234 ila 238	3 x (241/1)	5 adet	Beyanname Sayısı Toplam (ithalat+ihracat) x % 1	İthalat+ihracat beyanname sayısının yılda 1500 adet olması durumunda	Ceza karar sayısı 5’ten fazla olmak üzere, 15 adedi geçmemesi gerekir
5/1/d	GK 234 ila 238	75 x (241/1)	2 adet	Beyanname Sayısı Toplam (ithalat+ihracat) x % 0,2	İthalat+ihracat beyanname sayısının yılda 1500 adet olması durumunda	GK 234-238 maddeleri ile KDV 51. Madde ve ÖTV Kanunu 16. Maddesi ile ilgili olarak ceza kararlarının 3 adedi geçmemesi gerekmektedir
	KDVK 51 ve ÖTVK 16	250 x (241/1)				
5/1/f	GK 239	3 x (241/1)	10 adet	Beyanname Sayısı Toplam (ithalat+ihracat) x % 2	İthalat+ihracat beyanname sayısının yılda 1500 adet olması durumunda	239. ve 241. maddenin katlarını uygulanması ile ilgili olarak ceza kararlarının 30 adedi geçmemesi gerekmektedir
	GK 241	241. Maddenin katlarının uygulanması				

Tablo: Tablo. YYS danışmanlık firmalarının kullandığı benzer tablolar revize edilerek yazar tarafından oluşturulmuştur.

Ayrıca GİK Yönetmeliği 5/1/c ve 5/1/d maddelerinden dolayı kesilen cezalarda, uzlaşmaya konu ve vaki olması halinde; hesaplamada bu cezalar dikkate alınmamalıdır.

2.1.2. Ticari Kayıtların Güvenilirliği ve İzlenebilir Olması Koşulu

GİK Yönetmeli 6 ncı maddesine göre Ticari Kayıtların Güvenilirliği ve İzlenebilir Olması Koşulu özetle başvuru sahibince;

Ticari ve varsa taşımaya ilişkin kayıtlarının, eşya hareketinin sipariş-ten teslimine kadar olan tüm aşamaları ile tereddüt oluşturmayacak şekilde izlenebilmesini ve gümrük idarelerince yapılan ya da sonradan kontrol kapsamında yapılacak denetimlerin sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülmesinin temin edilmesini,

İç kontrol mekanizmasını aksaksız yürütmesi ve bu hususta personel istihdamı ya da danışmanlık hizmeti almasını, kontrol sistematığı ile tespit edilen gümrük mevzuatına uyum konusunda aksaklık ya da sorun bulunması halinde gümrük idaresinin bilgilendirilmesini,

Serbest dolaşımda olan/olmayan eşya ayrımını gözetten bir lojistik kayıt sistemine sahip olunmasını,

Tüm beyanlara ilişkin Gümrük İdarenin isteği doğrultusunda sunulacak şekilde ve özel mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, beyanın gerçekleştiği yılın sonundan itibaren beş yıl süreyle ilgili belgelerin saklanması, etkin bir arşivleme sistemine sahip olunması,

Bilgisayar sistemini yetkisiz girişlerden korumaya ve verilerini güvenceye almaya yönelik uygun bilişim teknolojisi güvenlik önlemlerine sahip olunmasını ifade etmektedir.

Ticari kayıtların güvenilirliği ve izlenebilir olmasına ilişkin koşulların kontrolü soru formunda bilgi talep edilmesi ve Ticaret Bakanlığınca görevlendirilen Ticaret Müfettişlerinin rapora bağlanmak suretiyle gerçekleştirildiği yerinde inceleme uygulaması ile yürütülmektedir.

YYs statüsüne hak kazanmak için en önemli aşama yerinde inceleme aşamasıdır. Gümrük idaresi ve yükümlü arasında interaktif bir süreç olan bu aşamada Ticaret Müfettişi tarafından oluşturulan rapora istinaden sertifika sürecini ilerletmektedir.

Bilişim teknolojisi ve güvenlik önlemlerine sahip olunması koşuluna istinaden yapılan kontrol ise; yetkili Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan ön incelemede ISO 27001 belgesinin talep edilmesi yoluyla sağlanmaktadır.

2.1.3. Mali Yeterlilik Koşulu

GİK Yönetmeli 7 nci maddesine göre *Mali Yeterlilik Koşulu* özetle başvuru sahibinin;

İstigal ettiği iş alanının özellikleri göz önüne alındığında, taahhütlerini karşılamaya yeterli bir mali durumda bulunmasını ve hakkında iflas veya konkordato işlemleri başlatılmamış olmasını ifade etmektedir. Mali yeterliliğe ilişkin koşulların kontrolü başvuru sahibinin mali yapısının başvuru yılından önceki üç yıl esas alınmak suretiyle Yeminli Mali Müş-

vir tarafından incelenerek olumlu görüşle sonuçlandırdığı rapor üzerinden yürütülmektedir.

Ocak ilâ Mart ayları içerisinde yapılacak başvurularda bir önceki yılla ilişkin mali tabloların tamamlanamamış olması halinde, yeminli mali müşavirin raporunda başvuru yılından önceki ikinci, üçüncü ve dördüncü yılı esas almış olması gerekmektedir.

2.1.4. Emniyet ve Güvenlik Koşulu

GİK Yönetmeli 8 inci maddesine göre *Emniyet ve Güvenlik Koşulu* özetle başvuru sahibinin;

Genel güvenliğe ilişkin tedbirlerin alınmış ve firma faaliyetleri çerçevesinde kullanılan binaların izinsiz giriş ve sızmaları önleyecek nitelikte olmasını,

Herhangi bir eşyanın değiştirilmesi, kaybolması ya da sürece yabancı eşya eklenmesi risklerine karşı gerekli tedbirlerin alınmış ve işlem sahalarının gümrük idaresinin denetimini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmiş olmasını,

Yasaklama ve kısıtlamalara tabi eşya olması durumunda, bunlara ilişkin ithalat ve/veya ihracat lisanslarıyla ilgili işlemleri takip edecek ve bu kapsamdaki eşyayı diğer eşyadan ayıracak bir iş akışına sahip olmasını,

Uluslararası arz zincirinin güvenilirliğinden emin olmak için, iş yaptığı kişi ve firmaların kimliklerinin açıkça tespit edilip, bu kişi ve firmaların uygun emniyet ve güvenlik tedbirleri aldıklarının kontrolüne yönelik önlemleri almasını,

Personele ilişkin mevzuat çerçevesinde; güvenlik açısından hassas pozisyonlarda görev yapacaklar hakkında işe başlama öncesi ve sonrasında periyodik olarak güvenlik araştırması yapılmasını, çalışan kaynaklı ortaya çıkabilecek risklere karşı güvenlik tedbirlerinin alınmasını, arz zinciri güvenliği ile ilgili eğitim programlarına ilgili personelin aktif katılımının sağlanmasını ifade etmektedir.

Emniyet ve güvenliğe ilişkin koşulların karşılanmasının kontrolü soru formunda bilgi talep edilmesi ve Ticaret Bakanlığınca görevlendirilen Ticaret Müfettişlerinin rapora bağlanmak suretiyle gerçekleştirdiği yerinde inceleme uygulaması ile yürütülmektedir. Ticaret Bakanlığınca yapılan inceleme ile değerlendirilme yöntemi kapsamında koşulların uygunluğu puanlanmakta olup sonuca göre süreç ilerletilmektedir.



Şekil: Türkiye’de YYS beldesi vermeye yetkili Gümrük İdareleri haritası. GGM Sunumu revize edilerek yazar tarafından oluşturulmuştur.

Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası sahibi olmak isteyen firmalar başvurularını GİK Yönetmeliğinin 10 uncu maddesinde belirtilen belgelerle birlikte, şirket merkezlerinin ticaret siciline kayıtlı olduğu şehre bağlı olarak aynı Yönetmeliğin 20 no’lu ekinde yer alan tabloya göre ilgili Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü’ne yapabilmektedirler. Bu kapsamda Ticaret Bakanlığı’na bağlı;

- ✚ Doğu Karadeniz Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ Doğu Marmara Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ Ege Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ GAP Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ İstanbul Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ Orta Anadolu Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ Orta Akdeniz Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü
- ✚ Uludağ Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü

olmak üzere isimleri belirtilen sekiz Gümrük İdaresinden ilgili idareye firma yetkilisi tarafından YYS başvurusu yapılabilmektedir. GİK Yönetmeliği 11 inci maddesinde:

“2) Resmî daireler, sermayesinin tamamı devlete ait olan iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait bağlı müesseseleri...” ‘ne ilişkin başvuru işlemlerinin Orta Anadolu Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü tarafından yürütüleceği bildirilmektedir.

3. YYS SERTİFİKASI BAŞVURU SÜRECİNDE GEREKLİ BELGELER

Serbest bölgeler dahil Türkiye gümrük bölgesinde yerleşik olan ve en az 3 yıldır fiilen faaliyette bulunan, gümrük idaresinde son bir yıl içerisinde en az yüz adet (ithalat, ihracat, transit, tır karnesi, özet beyan kapsamında) işlem gerçekleştirmiş olan gerçek ve tüzel kişiler yetkilendirilmiş yükümlü sertifikası başvurusunda bulunabilmektedirler²⁶.

Ayrıca, mevcut bir sertifikanın kayıp veya zayi olması sebebiyle, kayıp veya zayi olan sertifikadaki bilgileri birebir içeren yeni bir sertifikanın düzenlenmesi için başvuruda bulunulabilmektedir.

“Halihazırda sertifika sahibi olan ve ek izin/yetki talebinde bulunacak firmalar hariç” ilk kez belge alınmasına yönelik işlem başlatmak isteyen yükümlülerin yetkilendirilmiş yükümlü başvurularına ilişkin işlemler e-Devlet kapısı üzerinden de yürütülebilmektedir²⁷.

T.C. Ticaret Bakanlığı resmî web sayfası üzerinden de başvurulara ilişkin rehberler yayımlanmakta olup, başvuru süreci ve sonrasında yönelik her aşama detaylı bir şekilde anlatılmaktadır. Güncel mevzuat bilgileri ve düzenlemeler de aynı site içerisinde yükümlülerin iş ve işlemlerini yürütmesinde kolaylık oluşturması amacıyla açıklanmaktadır.



Şekil: Süreç döngüsü yazar tarafından oluşturulmuştur.

²⁶ Ticaret Bakanlığı YYS Sertifikası Başvuru Rehberi 2021, 77

²⁷ Gümrükler Genel Müdürlüğü, Yetkilendirilmiş Yükümlü Elektronik Başvuru Kılavuzu (Yükümlü İşlemleri, 2020) 2

3.1. Başvuru Formu: GİK Yönetmeliği Ek-1/A'da yer alan belgedir. Belge üzerinde söz konusu başvurunun; ilk kez belge alınmasına yönelik mi, mevcut bir sertifikanın bilgi değişikliği ya da yetkilerinde değişiklik talebi nedeniyle ile mi yapılmakta olduğu belirtilmektedir. Formda başvuru sahibine ilişkin bilgiler ile adres bilgileri de yer almakta olup, form üzerinde firma ya da kurum mührü bulunması zorunludur. Bölge Müdürlüğüne yapılacak başvuruda forma eklenen tüm belgeler form içerisindeki ilgili alanda da işaretlenmek suretiyle bildirilmelidir.

Söz konusu formun Elektronik İmza Kanunu uyarınca e-imzalı olması gerekmektedir. Ayrıca, sertifika kapsamında yararlanılmak istenen ayrıcalıklarda (götürü teminat, onaylanmış ihracatçı, izinli alıcı, yerinde gümrükleme...vb ayrıcalıkları gibi) form üzerinde belirtilerek ayrıcalık özelinde ek bilgi/belge zorunluluğu var ise bu hususlar dikkate alınarak belgelerin hazırlanması önem arz etmektedir.

3.2. Soru Formu: GİK Yönetmeliği Ek-2'de yer alan soru formunda özetle; kayıtların nasıl tutulduğuna, kontrollerin nasıl yapıldığına, arşiv sistemine, iç denetim usullerine, gümrük kurallarına uyuma, tesislerde emniyet ve güvenlik hususlarına, eşyanın emniyet ve güvenliğine, arz zinciri güvenliğine, personel güvenliğine, şoförlerin güvenliğine ve kriz yönetimine ilişkin soruların cevaplandığı öz değerlendirme formudur.

Soru formunun, yetkilendirilmiş yükümlü statüsü talebinde bulunan gerçek kişi ise kendisi, tüzel kişi ise tüzel kişiliği doğrudan temsil eden imza yetkisini haiz gerçek kişi/kişiler tarafından imzalanmış olması gerekmektedir.

3.3. Adli Sicil Belgeleri/Beyan Formları: Yönetim kurulu üyeleri, sermayesinin yüzde on ve fazlasına sahip gerçek kişiler ile gümrük ve dış ticaret işlemlerinde temsil yetkisini haiz çalışanlarının (varsa sürekli yurtdışında ikamet eden, yabancı uyruklu olanlar hariç) ibraz etmesi gereken belgedir. Adli sicil belgelerinin başvuru tarihinden geriye dönük en geç 2 ay içinde resmi kuruma verilmek üzere alınmış olmaları gerekmektedir.

Sürekli yurtdışında ikamet eden, yabancı uyruklu kişilerde ise; GİK Yönetmeliğinin 5/b maddesinde belirtilen suçlardan ceza veya mahkûmiyet kararı bulunmadığını ilgili kişi ya da yönetim kurulu başkanı tarafından imzalanmış, Yönetmelik Ek-3'te yer alan örneğe uygun beyan formu asılları ile ibraz etmeleri gerekmektedir.

3.4. SGK Prim Borcu Olmadığını Gösterir Yazı: Bu belge, tüzel kişiler için ticaret unvanı ve vergi numarasını, ilgili kurumca elektronik ortamda üretilen bar-kod ve referans numarasını, belgenin internet ortamında alındığı tarihi, saati ve sorgulamanın Türkiye genelinde yapıldığına

ilişkin bilgileri gösteren “İhale Konusu Olmayan İşlerle İlgili e-Borcu Yoktur Belgesi” olmak zorundadır.

Sosyal Güvenlik Kurumundan alınacak “Borcu Yoktur Yazısı” ibraz edilmesi halinde, söz konusu belgenin Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği’nin 4 no.lu ekinde yer alan örneğe uygun form ile Sosyal Güvenlik Kurumunun ilgili birimlerinden alınan yazı aslı olması ayrıca; kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunmakla birlikte, bu borcun teminata bağlandığını, yapılandırıldığını, tecil edildiğini, taksitlendirildiğini veya mahsup talebi kabul edildiğini gösterir söz konusu yazının başvuru tarihinden geriye dönük en geç 1 ay içerisinde alınmış olması gerekmektedir.

3.5. Vergi Borcu Olmadığını Gösterir Yazı: Başvuru sahibinin başvuru tarihinden geriye dönük en geç 2 ay içerisinde bağlı bulunduğu vergi dairesinden ve varsa nakil gelinen vergi dairelerinden alması gereken belgedir. Başvuranın kesinleşmiş vergi borcu bulunmadığını veya borcu bulunmakla birlikte bu borcun teminata bağlandığını, yapılandırıldığını, tecil edildiğini, taksitlendirildiğini veya mahsup talebi kabul edildiğini gösterir yazısının aslının başvuruya eklenmesi gerekmektedir.

3.6. Mali Durumunu Gösteren YMM Raporu: Mali yapıya ilişkin YMM raporu, yeminli mali müşavir tarafından, şirketin son 3 yılı esas alınarak ve mali tabloları incelenerek, karşılaştırmalı olarak Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği Ek-5’e uygun olarak hazırlanmış olması gerekmektedir. Sonuç bölümünde, “Yapılan tespit ve incelemeler sonucunda Raporun 6.2 no.lu kısmında belirtilen hususlar olumlu veya olumsuz olarak sonuca bağlanmıştır.” şeklinde duruma uygun ifadeye yer verilmiş olarak rapor aslı veya noter onaylı örneği başvuruya eklenmelidir.

3.7. ISO 9001 ve ISO 27001 Sertifikaları: ISO 9001 ve ISO 27001 sertifikaları, Avrupa Akreditasyon Birliğinin karşılıklı tanıma anlaşmalarına imza atmış akreditasyon kurumları tarafından akredite edilmiş uygunluk değerlendirme kuruluşlarınca düzenlenmiş olması gerekmektedir.

ISO 9001 sertifikası; başvuru sahibinin gümrük, dış ticaret, üretim, lojistik, yönetim ve idari organizasyon faaliyetlerini, ISO 27001 sertifikası ise; gümrük ve dış ticaret işlemlerini ve bu işlemlerine ilişkin lojistik, depolama, muhasebe, finans ve bilgi işlem faaliyetlerinin bilgi varlıkları ile bu varlıkları korumak amacıyla kullandığı güvenlik önlemlerini, kapsamlı ve bu faaliyetlerin yürütüldüğü, kısmen kiralama yoluyla edinilenler hariç olmak üzere GİK Yönetmeliği 10/15 kapsamındaki tüm idari bina ve tesislere ilişkin olarak alınmış olması gerekmektedir.

4. YYS- I ve YYS-II STATÜLERİ

21 Şubat 2020 tarihli ve 31046 sayılı (Mükerrer) Resmî Gazete' de GİK Yönetmeliğinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklik kapsamında YYS belgelerine ihracat odaklı ayırıştırma yapılarak YYS-I ve YYS-II statüleri getirilmiştir²⁸.

Belirli kolaylıklardan faydalanmak için Yetkilendirilmiş Yükümlü statüsüne ek olarak talep edilebilen statülerdir. Belge sahibi olan ya da belge almak için ilk kez başvuruda bulunan yükümlüler

tarafından, talep edilen statüye ilişkin gerekli belgeler ile bağlı oldukları Gümrük ve Dış Ticaret Bölge Müdürlüğü'ne başvuru yapması gerekmektedir.

YYS-I ve II statülerine başvurmak zorunlu olmamakla birlikte talepte bulunmayan firmalar ek statülerin dışında Temel YYS sertifikasına sahip olmaya devam etmektedir.

4.1. YYS-I için; Temel YYS koşullarını taşımakla beraber buna ek olarak imalatçı olmak, ilgili başvurudan geriye dönük bir yıl içerisinde asgari 5 milyon USD tutarında ihracat işlemi gerçekleştirmek ve aynı süre geçerli olmak üzere çalışan sayısının asgari 50 işçi olması ya da çalışan sayısına bakmaksızın istenen süre içerisinde 10 milyon USD tutarında ihracat işlemi gerçekleştirme şartı bulunmaktadır.

Bu koşulları sağlayan yükümlülere YYS-I kapsamında ek kolaylıklar tanınmaktadır. Belge sahipleri gümrük iş ve işlemlerinde daha az belge kontrolü, daha az muayene işlemine tabi olma avantajlarının yanı sıra, izinli alıcı tesislerinde yerinde gümrükleme ve ihracatta yerinde gümrükleme için başvuruda bulunabilme avantajlarına sahip olmaktadır.

4.2. YYS-II için ise; Temel YYS koşullarını taşımakla beraber buna ek olarak imalatçı olmak, ilgili başvurudan geriye dönük bir yıl içerisinde asgari 1 milyon USD tutarında ihracat işlemi gerçekleştirmek ve aynı süre geçerli olmak üzere çalışan sayısının asgari 30 işçi olması ya da çalışan sayısına bakmaksızın istenen süre içerisinde 5 milyon USD tutarında ihracat işlemi gerçekleştirme şartı bulunmaktadır.

Bu koşulları sağlayan yükümlülere YYS-II kapsamında ek kolaylıklar tanınmaktadır. Belge sahipleri gümrük iş ve işlemlerinde daha az belge kontrolü ve daha az muayene işlemine tabi olma avantajlarına sahip olmaktadır.

²⁸ İlgili Resmî Gazete: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/02/20200221M1-1.htm>>



Şekil: Türkiye’de verilen Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası örnek amaçlı paylaşılmıştır.

Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası; Gümrük İdareleri ile belge sahipleri arasında iş birliği oluşturarak, ülkedeki ticaret erbabının uluslararası arenada rekabet gücünü artmasını sağlamaktadır.

Uluslararası piyasalarda güvenilir bir firma olarak bilinmek; uluslararası pazarlarda tedarikçi olarak daha çok tercih edilme, tedarik masraflarının azalması ve tedarikçilerle iş birliğinin artması, işlemlerin daha az maliyetli ve daha hızlı gerçekleştirilmesi yoluyla ihracat hacminin yükselmesi, gümrüklerdeki eşya hareketlerinin ve araç sevkiyatlarının hızlandırılması, ulusal ve uluslararası piyasalarda ticaret ortağı olarak daha çok tercih edilme ve ticari maliyetlerin düşmesi gibi firmalara birçok önemli getirileri olan bir belgedir.

Sertifika düzenlendiği tarihten sonraki ilk iş günü geçerli hale gelir. Askıya alma, geri alma ve iptal yaptırımlarından herhangi biri uygulanmadığı sürece sertifikanın geçerlilik süresi sınırsızdır. Uygulanan yaptırımlara ilişkin süreçler ilgili tablolarda anlatılmaktadır.

UYGULANAN YAPTIRIMLAR	
ASKIYA ALMA	
Durum	Sonuç
YY için aranan koşullardan herhangi birinin artık karşılanmadığının firma tarafından bildirilmesi halinde,	Eksiklikleri gidermek için 30 gün tanınır. Eksiklik giderilmezse sertifika 30 gün askıya alınır.
YY için aranan koşullardan herhangi birinin artık karşılanmadığının gümrük idaresi tarafından tespit edilmesi halinde,	Sertifika 30 gün askıya alınır.
Gümrük işlemlerinden veya gümrük cezalarından doğan kesinleşmiş herhangi bir kamu alacağının, süresi içinde ödenmediğinin tespit edilmesi halinde,	Kesinleşmiş gümrük vergisi ve/veya ceza borcu ödeninceye kadar askıya alınır.
Yasak eşya ticareti veya insan ticareti, göçmen kaçakçılığı nedeniyle dava açılması halinde,	Sertifika 30 gün askıya alınır.

Tablo: *Sertifikanın askıya alınması durumunu anlatan tablo yazar tarafından mevzuat kapsamında oluşturulmuştur.*

Sertifikanın Tabloda yer alan nedenlerle *Askıya Alınması* durumunda; askıya alındığı süre boyunca sertifika kapsamı ile kazanılan tüm hak ve yetkilerden durdurulmaktadır. Ancak, askıya alma yaptırımının işletilmesinden önce başlamış ve henüz tamamlanmamış gümrük işlemleri bu durumdan etkilenmeyerek sürdürülebilmektedir.

UYGULANAN YAPTIRIMLAR	
GERİ ALMA	
Durum	Sonuç
30 günlük askıya alma süresi bitmesine rağmen kaybedilen koşulların tekrar sağlanamaması halinde,	Sertifika geri alınır.
Sertifika sahibi şirkete, devir suretiyle sertifika sahibi olmayan bir başka şirketin katılması durumunda, sertifika sahibi şirket tarafından yapılan başvurunun reddedilmesi halinde,	Başvuru sahibi firmanın mevcut sertifikası geri alınır.
Dış ticaret işlemlerinde temsil yetkisi bulunanlar hakkında dava açılmış olması ve belirtilen sürelerde temsil yetkisinin sona erdirilmemesi halinde,	Sertifika geri alınır.

Tablo: *Sertifikanın geri alınması durumunu anlatan tablo yazar tarafından mevzuat kapsamında oluşturulmuştur.*

Sertifikanın Tabloda yer alan nedenlerle *Geri Alınması* durumunda; geri alındığı süre boyunca sertifika kapsamı ile kazanılan tüm hak ve yetkiler de geri alınmaktadır. Ancak, geri alma yaptırımının işletilmesinden önce başlamış ve henüz tamamlanmamış gümrük işlemleri bu durumdan etkilenmeyerek sürdürülebilmektedir.

UYGULANAN YAPTIRIMLAR	
İPTAL	
Durum	Sonuç
Sertifikanın yanlış veya eksik bilgilere veya sahte belgelere dayanılarak verildiği anlaşılmış halinde,	Sertifika iptal edilir.
YK üyeleri, sermayesinin %10 ve fazlasına sahip ortaklar ile gümrük ve dış ticaret işlemlerinde temsil yetkisi bulunanlar hakkında kesinleşmiş yargı kararının bulunması halinde,	Sertifika iptal edilir.
Sertifika kapsamı hak ve yetkiler ile özel tipte mühürlerin başkası adına kullanılması halinde,	Sertifika iptal edilir.

Tablo 5: *Sertifikanın iptali durumunu anlatan tablo yazar tarafından mevzuat kapsamında oluşturulmuştur.*

Yetkilendirilmiş yükümlü sertifikaları iptal edilen firmalar 3 yıl süreyle sertifika başvurusunda bulunamamaktadır.

Yaptırımların dışında statü sahiplerinin kontrol mekanizmasına tabii tutulması da önemli bir unsurdur. Bu kapsamda; yetkilendirilmiş yükümlü sertifikası almaya hak kazanmış firmaların her yıl yıllık faaliyet raporu hazırlanması gerekmektedir. Firma bünyesinde Gümrük idaresince ibrazı istenildiğinde sunulmak hazır bulundurulması gerekmektedir. Firma tarafından başvuruda yapılan beyanların iç kontrol mekanizması ile kontrol edilerek hataların tespit edilmesi ve gümrük idaresine bildirilmesi firmalara önemli maliyet avantajı sağlamaktadır. Ayrıca statü sahipleri beş yılda bir soru formu hazırlanması ve Ticaret Müfettişlerince yerinde inceleme uygulamasına tabi tutulmaktadırlar.

5. YYS SAĞLADIĞI KOLAYLIKLAR ve BU KOLAYLIKLARIN FİRMALARIN DIŞ TİCARETTEKİ MALİYET UNSURLARINA ETKİSİ

Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü sahiplerinin aşağıdaki basitleştirilmiş uygulamalardan, muhtelif şartların yerine getirilmesi halinde fayda-

lanmalarına izin verilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde YYS ile kazanılan kolaylıklar ve bu kolaylaştırmaların firmaların dış ticaret işlemlerindeki maliyetlerine etkileri üzerinde durulacaktır.

Statünün sağladığı kolaylıklar, Basitleştirilmiş Usullere İlişkin, Beyanın Kontrol Türüne İlişkin ve Emniyet ve Güvenliğe İlişkin kolaylıklar olmak üzere üç ana başlık altında sınıflandırılmıştır²⁹.

YYS sahibi firmalara **Basitleştirilmiş Usuller** kapsamında tanınan kolaylıklar; Eksik Beyan, Kısmi Teminat, Götürü Teminat, Onaylanmış İhracatçı Yetkisi Kapsamında A.TR düzenleme, Fatura beyanı, EUR.MED Fatura Beyanı düzenleme, İhracatta Yerinde Gümrükleme, İzinli Gönderici, İzinli Alıcı, İthalatta Yerinde Gümrükleme Uygulamalarını ifade etmektedir.

Beyanın Kontrol Türü kapsamında tanınan kolaylıklara bakıldığında; Yeşil Hat uygulaması,

Beyannamenin belge kontrollerine tabi tutulması halinde kontrollerinin öncelikle yapılması, Beyanname kapsamı eşyanın muayeneye tabi tutulması halinde muayenenin öncelikle yapılması uygulamalarını ifade etmektedir.

Emniyet ve Güvenlik Kontrolleri kapsamında tanınan kolaylıklar ise; Azaltılmış zorunlu bilgilerden oluşan özet beyan verme kolaylığı, Özet beyana ya da özet beyan yerine geçen belgelere veya özet beyan olarak kullanılan bilgilere dayalı emniyet ve güvenliğe ilişkin gümrük kontrollerinin azaltılması ve bu kontrollerin öncelikle yapılması, Sınır kapılarından öncelikli geçiş hakkı tanınması uygulamalarını ifade etmektedir.

Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsüne sahip olan firmalar, yukarıda üç başlık altında sıralanmış kolaylıklardan bir kısmına otomatik olarak sahip olmaktadır. Temel hakların dışında ise firmaların talebine ve ek şartlara bağlı olarak yararlanabilecekleri daha fazla hak ve kolaylıklardan faydalanmak mümkündür. Aşağıda yer alan Tablo'da ek şartlara bağlı olmaksızın tüm YYS sahiplerinin yararlanabileceği kolaylıklar ile YYS sahiplerinin talebine ve ek şartlara bağlı olarak tanınan kolaylıkların listesi yer almaktadır.

²⁹ Sami Süygün, A'dan Z'ye Dış Ticaret, Dış Ticaretin Finansmanı Doç. Dr. Kemal EYÜBOĞLU (Gazi Kitabevi, Ankara 2020) 295

EK ŞARTLARA BAĞLI OLMASIZIN BÜTÜN YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜLERİN YARARLANDIĞI KOLAYLIKLAR	TALEBE VE EK ŞARTLARA BAĞLI OLARAK YETKİLENDİRİLMİŞ YÜKÜMLÜLERİN YARARLANDIĞI KOLAYLIKLAR
Daha Az ve Öncelikli Belge Kontrolü Ve Muayene Tabi Olma	İhracatta ve İthalatta Yerinde Gümrükleme İzni
Eksik Belge İle Beyanda Bulunabilme	Götürü Teminat Uygulaması
Kısmi Teminat Uygulaması	ATR Dolaşım Belgesi Düzenleyebilme
Eşya Türüne Göre Sınırlandırma Olmadan Araç Üstü (Supalan) İşlem Yapılabilmesi	Fatura Beyanı ve EURMED Fatura Beyanı Düzenleyebilme
Yeşil Hattan (Taşıt Üstü Dahil) Yararlanabilme	İzinli Gönderici Yetkisi ve Sınır Kapılarından Öncelikli Geçiş Hakkı
Azaltılmış Zorunlu Bilgilerden Oluşan Özet Beyan Verme	İzinli Alıcı Yetkisi
Özet Beyana İlişkin Emniyet ve Güvenlik Kontrollerinin Azaltılması ve Öncelikli Yapılması	YYs – I ve YYs – II Statü Sahipleri İçin Diğer Sertifika Sahiplerine Göre Daha Az Muayene ve Belge Kontrolü

Tablo: Temel kolaylıklar ve talebe bağlı olan kolaylıkların ayrımını göstermek için yazar tarafından oluşturulmuştur.

5.1. Basitleştirilmiş Usullere İlişkin Kolaylıklar

5.1.1. Eksik Belgeyle Beyan

Bilindiği üzere firmaların yasal gümrük iş ve işlemlerinde, ilgili rejim hükümleri gereğince ibraz ederek beyannameye eklemeleri gereken belgeler bulunmaktadır. Normal şartlarda bu belgeler sunulmadan gümrük işlemlerinin sürdürülmesi sağlanamamaktadır.

Ancak sertifika sahibi firmalar tescil tarihinde hazır olmakla birlikte, temin edilememiş olan Eksik Beyan Usulüne konu olabilecek; Fatura, A.TR Dolaşım Belgesi, Menşe İspat Belgeleri, Navlun Makbuzu ve Sigorta Poliçesi ile İşlenmiş Tarım Ürünleri Analiz Sonuç Raporu belgelerinden bir ya da daha fazlasını beyannameye eklenmeksizin beyanda bulunabilme hakkına sahip olmaktadır. Firma tarafından gümrük beyannamesinin tescil tarihinden itibaren bir ay içinde beyannamenin tescil edildiği gümrük müdürlüğüne ibraz edilmesi gerekmektedir.

5.1.2. Kısmi Teminat Uygulaması

Sertifika sahiplerinden gümrük antrepo rejimi, gümrük kontrolü altında işleme rejimi ve geçici ithalat rejimine tabi tutulan eşya için teminat alınması öngörülen durumlarda, ithalat vergilerinin %10’u oranında temin-

nat alınmaktadır. Yine YYS sahipleri, dahilde işleme rejiminde %1 oranında indirimli teminat verme hakkına sahiptir. ÖTV bu kapsamda değildir.

5.1.3. Götürü Teminat Uygulaması

Bu yetki ile uygulamadan faydalanma talebi uygun bulunan sertifika sahipleri, geriye dönük bir yıl içerisinde gerçekleştirilen gümrük işlemlerine ilişkin teminata konu olan gümrük vergileri tutarının %10'u olarak teminat verebilmektedir. Eşyayı gümrük vergilerinin teminata bağlanmasını gerektiren bir gümrükçe onaylanmış işlem veya kullanıma tabi tutulduğunda, kendileri için belirlenmiş tutardaki teminatı, her işlem için ayrı ayrı teminat vermeden, teminata bağlanması gereken tutardan bağımsız olarak ve herhangi bir düşüm yapılmaksızın bir yıl süreyle kullanılabilir. Yetki süresinin her yıl güncellenmesi gerekmektedir.

5.1.4. Basitleştirilmiş İşlem Kapsamında A.TR Düzenleme ve Vize Etme İzni

Bu izin ile gümrük idaresi ortadan kalkarak YYS sahibine bir anlamda kamu idaresi yetkisi vermektedir. Yani Bakanlığın yetki verdiği kişiler ya da kuruluşlar tarafından; A.TR Dolaşım Belgelerini düzenleme ve vize işlemi, gümrük idarelerine ibraz etme zorunluluğu olmaksızın düzenlenebilmektedir.

Yetki için, bir önceki yıl en az 50 A.TR Dolaşım Belgesinin düzenlenmiş olması şartı bulunmaktadır. Söz konusu yetki uzun süreden beri mevcut olmasına rağmen pek fazla kullanılmamaktadır. Bu kolaylığın kullanılmasının firmalara hem zaman hem de maliyet kazancı sağlayabileceğinden kullanımının artmasının ihracata önemli katkı sağlayabileceği düşünülmektedir.

5.1.5. Eşyanın Kıymetine Bakılmaksızın Fatura Beyanı ve EUR.MED Fatura Beyanı Düzenleme İzni

Serbest Ticaret Anlaşması yapılan ülke veya ülke gruplarıyla tercihli ticarete, Türkiye ile Avrupa Birliği arasında uygulanan tarım ürünlerinin tercihli ticaretinde ve ülkemiz tarafından tek taraflı olarak tanınan Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi³⁰ rejimi kapsamında gerçekleştirilen tercihli ticarete eşyanın kıymetine bakılmaksızın eşya ve ülke-ülke grubu bazında

³⁰ Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi (GTS) Tanımı: Gelişmekte olan ülkelerin sanayi malları ihracatlarını arttırabilmek amacıyla, gelişmiş ülkelerin bu ülkelere yaptıkları ithalatta belirli bir taviz marjı tanımlarını öngören bir sistemdir.

fatura beyanı veya EUR.MED fatura beyanı düzenleyebilme izni verilebilmektedir.

Ayrıca söz konusu yetki; A.TR Dolaşım Belgesinin Bakanlık tarafından uygun görülmüş kişi ve kuruluş tarafından, onaylanma ve vize işlemi için gümrük idarelerine ibraz edilme zorunluluğu olmadan düzenlenebilmesini ifade etmektedir. Yetki için, bir önceki yıl aynı eşyanın ihracaatında en az 50 adet EUR.1 veya EUR.MED Dolaşım Belgesinin düzenlenmiş olması şartı bulunmaktadır. 31 Aralık 2023 tarihli ve 32416 sayılı (5.Mükerrer) Resmi Gazete’de Gümrük Müşavirliği ve Yetkilendirilmiş Gümrük Müşavirliği Asgari Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ³¹ yayımlanmıştır. Bu kapsamda gümrük müşavirliği ücretlerindeki indirim hakkı yılbaşı itibari ile YYS sahibi firmalar için devam etmektedir. Ayrıca, YYS sahibi firmalarda A.TR, ve fatura beyanı / EUR.MED fatura beyanın firmanın kendisi düzenlediği için bir ücretlendirmeye tabi olmayacaktır. Menşe Şahadetnamesi düzenlenmesi halinde bu ücretlendirmeye tabi olunacaktır. Bu son tebliğ YYS belgesinin avantajlarını arttıran gelişmeler içermektedir.

5.1.6. Taşıt Üstü İşlem Yapabilme

Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası sahiplerinin eşyası, eşyanın özelliğine bakılmaksızın (dökme eşya, büyük hacimli eşya gibi) geçici depolama yerleri ve antrepoya alınmayarak, gümrük idaresi yetkililerinin gözetimi altında sahibine teslim edilmekte olup, söz konusu yetki için, vergilerin teminata bağlanması şartı bulunmaktadır.

5.1.7. İhracatta Yerde Gümrükleme

Statü sahibi firmalar eşyayı ihracat gümrük müdürlüğüne sunmaksızın ihraç işlemlerini, bağlı olduğu gümrük idaresi tarafından uygunluk aldığı kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Yetki için, firmanın asgari fiili ihracat tutarını gerçekleştirme şartı bulunmaktadır.

2017 yılından önce İhracatta Yerde Gümrükleme İzni kapsamında taşınacak parsiyel eşyaların, izinli gönderici yani YYS kapsamında taşınması zorunluluğu bulunmakta idi. Güncel mevzuatta bu hüküm kaldırılarak, İhracatta Yerde Gümrükleme İzni kapsamındaki eşyanın, herhangi bir taşımacı ile taşınma işleminin yapılabileceği hususu ifade edilmiştir.

³¹ İlgili Resmi Gazete linki: <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/12/20231231M5-4.htm>>

GİK Yönetmeliği YYS sahibi firmaların tesislerinde kamera sistemi bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca söz konusu izin talep edilmiş ya da alınmış ise; en az 1 aylık kamera kaydının tutulması gerekmektedir. Aksi durumlarda yetki askıya alınmaktadır.

5.1.8. İzinli Gönderici

Söz konusu yetki, sertifikası sahibi firmaların koşulları sağlamaları halinde eşyayı hareket gümrük müdürlüğüne sunmaksızın transit işlemlerini kendi tesislerinde gerçekleştirebilmelerini ifade etmektedir. Yetki için, Uluslararası Taşımacı Yetki Belgesi, transit işlem kotası, Kapsamlı Teminat veya Kapsamlı Teminattan Vazgeçme Sertifikası ve onaylanmış şartları bulunmaktadır.

YYS kapsamında İzinli Gönderici yetkisi son ermektedir. Bu izin 2022 yılı başına kadar YYS kapsamında verilmiştir. Bu tarihten itibaren yapılan değişiklik ile YYS kapsamından çıkarılarak Gümrük Yönetmeliği kapsamına alınmış ve 14 Seri Nolu Tebliğ şartlarına göre verilmeye başlanmıştır.

Gümrük Yönetmeliği geçici 19 uncu maddesinde hâlihazırdaki YYS kapsamında verilen izinlerin 31.12.2023 tarihine kadar geçerli olduğu ifade edilmiş olup, bu tarihten sonra İzinli Gönderici yetkisine devam etmek istenmesi halinde 14 Seri Nolu Tebliğ kapsamında, son tarihten önce başvuru yapılması gerekmektedir. Burada da söz konusu izin talep edilmiş ya da alınmış ise; en az 1 aylık kamera kaydının tutulması gerekmektedir. Aksi durumlarda yetki askıya alınmaktadır.

5.1.9. İzinli Alıcı

Bu yetki ile statü sahibi firmalar eşyayı varış gümrük müdürlüğüne sunmaksızın transit işlemlerini kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Yetki için, Uluslararası Taşımacı Yetki Belgesi, transit işlem kotası, teminat kotası, YYS-I belgesi ve tesislerin uygunluğu gibi şartlar bulunmaktadır. Söz konusu izin talep edilmiş ya da alınmış ise; en az 1 yıllık kamera kaydının tutulması gerekmektedir. Aksi durumlarda yetki askıya alınmaktadır.

5.1.10. İthalatta Yerinde Gümrükleme

Bu yetki ile statü sahibi firmalar eşyayı ithalat gümrük müdürlüğüne sunmaksızın ithal işlemlerini kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Yetki için, YYS-I belgesi, fiili ihracat kotası, imalatçı olmak, teminat kotası ve tesis uygunluğu gibi şartlar bulunmaktadır.

GİK Yönetmeliği’nde 2020 yılında yapılan değişiklik öncesinde bu yetki kapsamındaki eşyaların sadece İzinli Alıcı yetkisi ile yapılabileceği hususu bulunuyorken, Yönetmelik değişikliği ile söz konusu hüküm ortadan kaldırılmıştır. Güncel mevzuatta bu yetki kapsamındaki taşıma işlemi herhangi bir taşımacı ile yapılabilmektedir. Burada da söz konusu izin talep edilmiş ya da alınmış ise; en az 1 yıllık kamera kaydının tutulması gerekmektedir. Aksi durumlarda yetki askıya alınmaktadır.

5.2. Beyan Kontrol Türüne İlişkin Kolaylıklar

5.2.1. Yeşil Hat

Yeşil hat; eşyanın belge kontrolüne veya muayeneye tabi tutulmadığı hat olarak tanımlanmaktadır. Sadece yetkilendirilmiş yükümlü sertifikasına sahip kişiler tarafından kullanılan yeşil hatta hem ithalat hem ihracat beyannameleri işlem görmektedir³².

Yeşil hatta işlem gören eşyanın vergileme unsurlarına ilişkin belge ve fiziki kontrol işlemleri ithalatın gerçekleştiği esnasında yapılmamaktadır. YYS sahibi olmanın en büyük avantajlarından biride gümrük işlemlerinin hızlı ve güvenli yürütülmesi ile zaman maliyetinin düşürülmesidir. Statü ile firmaların gümrük işlemlerinin tamamlanma süresi bir saatin altına düşürülmektedir. Bunun yanında hem gümrük idaresinde yığılma ortadan kalkmakta hem de firmalar ticaret maliyetlerinden zarara uğramamaktadır. Bilindiği üzere salgın, doğal afet, savaş ve son dönemde sıkça gündeme gelen korsanlık başta olmak üzere terör saldırıları gibi nedenler ile tedarik zincirinde küresel aksaklıklar yaşanabilmektedir. Yaşanan olumsuzlarda söz konusu statünün firmalara ciddi bir zaman ve maliyet avantajı yarattığı tecrübe edilmiştir.

5.2.2. Daha Az ve Öncelikli Kontrol

Yetkilendirilmiş yükümlüler diğer firmalara göre daha az belge kontrolüne veya muayeneye tabi tutulmaktadır. Kontrollerin yapılması gerektiği durumlarda ise; yetkilendirilmiş yükümlülere diğer yükümlülere kıyasla öncelik tanınmaktadır.

Ayrıca yetkilendirilmiş yükümlüler diğer firmalara göre daha az emniyet ve güvenlik amaçlı olarak özet beyana dayalı olarak yapılan gümrük kontrollerine tabi tutulmaktadır. Bu kontrollerin yapılması gerektiği

³² Nilüfer Argın and A. Can Bakkalcı, *Türkiye’nin Dış Ticaret Tarihi Uygulama Politika Mevzuatı*(Ekin Yayınevi, Bursa, 2011) 204

durumlarda ise; yetkilendirilmiş yükümlülere diğer yükümlülere kıyasla öncelik tanınmaktadır.

5.3. Emniyet ve Güvenlik Kontrollerine İlişkin Kolaylıklar

5.3.1. Azaltılmış Zorunlu Bilgilerden Oluşan Özet Beyan Verebilme

Yetkilendirilmiş yükümlülerin eşyasını taşıdıkları durumda taşıyıcılar azaltılmış zorunlu bilgilerden oluşan özet beyan verebilmektedir. Örneğin; taşıtın kimliği, yükleme/boşaltma yeri, brüt ağırlık, nakliye ücreti, ödeme şekli, eşyanın bulundurulduğu yer vb. kutucuklarının doldurulması zorunlu tutulmamaktadır.

5.3.2. Sınır Kapılarından Öncelikli Geçiş

Statü sahiplerine, izinli gönderici yetkisi kapsamında gerçekleştirdikleri taşımalarda, sınır kapılarından öncelikli geçiş hakkı tanınmaktadır. Bu kapsamda söz konusu geçiş hakkı Mayıs 2019 tarihinden bu yana Kapıkule’de uygulanmaktadır.

Uluslararası ticarete işlem maliyetlerini arttıran görünen ve görünmeyen unsurlar bulunmaktadır. Zaman maliyeti de görünmeyen unsurlar arasında yer almaktadır. Dış ticaret işlemleri sırasında gerekli olan evrak sayısı fazla olduğundan gümrüklerde uzun bekleme süreleri ile yaşanabilmektedir. Bu bağlamda ticaretin kolaylaştırılmasına yönelik çalışmaların kapsamı zaman maliyetini de etkileyecek ölçüde genişletilmektedir. “Ticaretin Kolaylaştırılması Türkiye Stratejisi ve Beş Yıllık Planı (2018-2022)” kapsamında Ticaretin Kolaylaştırılması Komitesince yürütülecek çalışmalar;

- “1. Gümrük ve Ticaret Prosedürlerinde Şeffaflığın Sağlanması
2. Gümrük ve Ticaret Prosedürlerinin Kolaylaştırılması
3. Ticari Maliyetlerin Azaltılması
4. Gümrük ve Ticaret Prosedürlerinden Sorumlu Kurumlar Arasında ve Yabancı Ülke İdareleri ile İşbirliğinin Geliştirilmesi
5. Ticaretin Kolaylaştırılmasında Kapasitenin Geliştirilmesi” şeklinde beş temel başlık altında toplanmıştır³³.

Bu kapsamda sınır kapılarından öncelikli geçiş hakkı uygulaması YYS sahibi firmalar üzerinde dış ticaretteki evrak prosedürlerinin ve gümrük idarelerince gerçekleştirilecek kontrollerin azaltılması önemli zaman

³³ Ticaretin Kolaylaştırılması Koordinasyon Komitesi (Ticaretin Kolaylaştırılması Türkiye Stratejisi ve Beş Yıllık Eylem Planı) 19

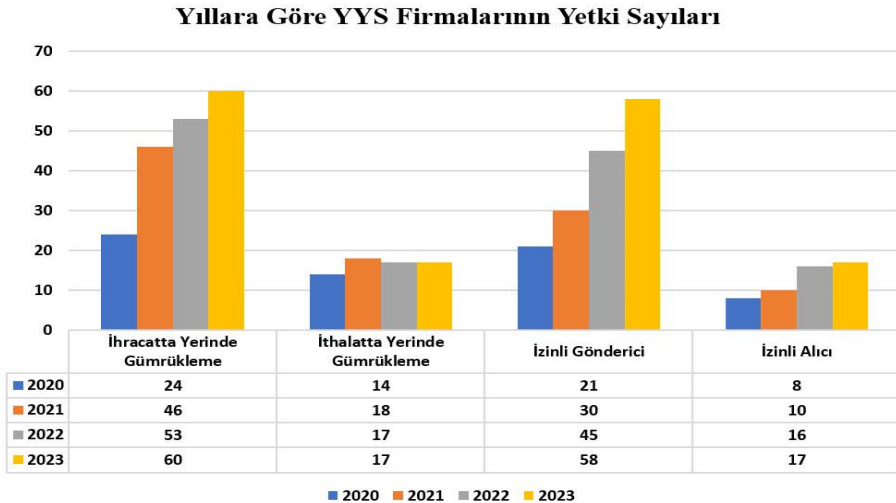
maliyeti kazandırmaktadır. Arz zincirinin güvenliğinin sağlanması düsturu üzerine kurulan YYS sisteminin temel hedefi en yalın ifade ile; üreticiden tüketiciye kadar olan süreç içerisinde yer alan (alıcı, satıcı, nakliyecisi, gümrük, antrepo, müşavir...gibi) tarafların tamamının yasal ve güvenilir bir ortamda kontrolünü sağlamaktır.

Çünkü önemli olan yasal ve güvenilir ticareti desteklemek, yasa dışı ticaretin önüne geçmek ve kaynakları bu yöndeki çalışmalarda kullanmaktır. Türkiye’de coğrafik konumu nedeni ile sıkça rastlanan bir sorun haline gelen, kaçakçılık faaliyetlerinin önlenmesi çalışmalarının sıkılaştırılması ve gümrük idarelerinde yaşanan yoğunluğun azaltılmasına yönelik beklentilerin YYS uygulamasının yaygınlaşması ile sağlanabileceği düşünülmektedir.

6. YYS SAHİBİ FİRMALARIN 2020-2023 YILLARI ARASINDA ALDIKLARI YETKİ SAYILARI

Temel YYS belgesi hak ve kolaylıkları dışında sertifika sahipleri, talepleri doğrultusunda ve mevzuatta belirlenen şartların sağlanması koşulu ile ek hak ve kolaylıklardan da yararlanabilmektedir.

Ticaret Bakanlığı resmi verilerinin kullanıldığı grafikte, son dört yılda Türkiye genelinde YYS firmalarının talepleri sonucunda yapılan incelemeler ile verilen; İhracatta Yerinde Gümrükleme, İthalatta Yerinde Gümrükleme, İzinli Gönderici ve İzinli Alıcı yetkilerine ilişkin istatistikler yer almaktadır.



Şekil: Ticaret Bakanlığı resmi verileridir. 08.02.2024 Değer: Adet

YY5 belgesi sahibi firmalar ihracatta yerinde gümrükleme kolaylığı ile ticarete konu eşyanın ihraç işlemlerini kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Bu kolaylık ile gümrük kontrollerinde yaşanabilecek bekleme sürelerine maruz kalmadan eşyaya ilişkin işlemi kendi tesisinde yürüten belge sahipleri zaman maliyeti, stok maliyeti, lojistik maliyetler ve bekleme sürelerinden kaynaklı artacak sigorta maliyetleri gibi giderleri kontrol altına alarak ticari faaliyetlerini sürdürebilmektedir³⁴.

2020 yılında 538 firma Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası almaya hak kazanmıştır. Bu firmalardan 24 tanesi İhracatta Yerinde Gümrükleme izni alarak, ihracata yönelik gümrük işlemlerini; firmanın kendi onaylanmış tesislerinde yapıp ticarete konu eşyasını iç gümrük müdürlüğüne getirmeksizin yine onaylanmış tesislerde mühürleyerek çıkış gümrük idaresine sevk edebilme hakkına sahip olmuştur.

Bu uygulama YY5 kapsamında kullanılan ayrıcalıkların başında yer almaktadır. 2021 yılında 591 firmanın 46'sı, 2022 yılında 668 firmanın 53'ü, 2023 yılında ise; 709 firmanın 60 tanesi söz konusu ayrıcalığı almaya hak kazandığı görülmektedir.

İthalatta Yerinde Gümrükleme İzni alan firmalara bakıldığında ise; YY5 belgesi alan firmalardan 2020 yılında 14 firma, 2021 yılında 18 firma, 2022 yılında 17 firma ve son olarak 2023 yılında 17 firma; ithal edilecek eşyayı gümrük idaresine sunmadan, gümrük işlemlerini Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikası sahibi firmanın kendi tesislerinde yapmasını sağlayan ayrıcalığı almaya hak kazandığı görülmektedir.

İzinli Gönderici verilerine bakıldığında; YY5 sahibi firmalardan 2020 yılında 21 firma, 2021 yılında 30 firma, 2022 yılında 45 firma ve 2023 yılında ise; 58 firma eşyanın transite ilişkin gümrük işlemlerini kendi tesislerinde yaparak, transit eşyasını iç gümrük müdürlüğüne sunmadan kendi tesislerinde mühürleyerek doğrudan çıkış gümrük idaresine sevk edebilme ayrıcalığına hak kazandığı görülmektedir.

İzinli Alıcı verilerine bakıldığında ise; YY5 sahibi firmalardan 2020 yılında 8 firma, 2021 yılında 10 firma, 2022 yılında 16 firma ve 2023 yılında ise 17 firma transit rejimine tabi eşyasını varış gümrük müdürlüğüne sunmaksızın izinli alıcı veya ithalatta yerinde gümrükleme kapsamında onaylanmış tesislerde teslim alarak transit işlemlerini ilgili tesislerde sonlandırma ayrıcalığına hak kazandığı görülmektedir.

³⁴ ³⁴ Mehmet Güzel, Dünya Gümrük Örgütü Küresel Ticaretin Kolaylaştırılması ve Güvenliği Çalışmaları ve Türkiye (Akademisyen Kitapevi 2023) 350

Bu yetkiler ile firmalar gümrük iş ve işlem süreçlerinde ciddi zaman kazanarak ticari faaliyetlerini sürdürecektir. Gümrük idaresi tarafında güvenilir olduğu tespit edilen firmalar ticari eşyanın gümrük kontrollerinde boşaltılıp tekrar yüklenmesi, vergi sigorta, elleçleme gibi maliyetlerden de korunarak kendi içinde işlem sürelerini yürütebilecektir.

SONUÇ

Ticaret maliyetlerinin her geçen gün artması, tüm dünyayı etkileyen savaşlar, doğal afetler ve özellikle son dönemde artan korsancılık başta olmak üzere terör faaliyetleri küresel arz zincirini zora sokmaktadır. Gümrük idareleri yasal ticareti destekleyerek yasa dışı ticaretin önüne geçmek için ticaretin kolaylaştırılması kapsamında faaliyetlerine yön vermektedir. Burada amaç yasal ticaret yapan yükümlü üzerindeki kontrollerin azaltılarak yasa dışı ticareti önlemek için diğer kontrollere yoğunlaşmak ve ticaretin güvenli bir sistemde sürdürülmesini desteklemektir.

Ülkelerin coğrafik özellikleri, sahip olduğu kaynakları, üretim çeşitliği, ticaret yolları üzerindeki konumu gibi unsurlar uluslararası arenada önemli güç haline gelmiştir. Her ülkenin üretim çeşitliliği ve yoğunluğu farklıdır. Bu da ülkeleri ticari açıdan birbirine bağlı kılmaktadır. Yakın geçmişte yaşanan salgın hastalıklar başta olmak üzere Rusya/Ukrayna savaşı, İsrail’in Filistin Devleti’ne saldırması, savaşlar, doğal afetler, iklim krizi, artan maliyetler ve Kızıldeniz başta olmak üzere artan terör saldırıları devletleri kolektif ticaret bilinci ile hareket etmeye sevk etmektedir.

YYs sertifikasının devlet ile özel sektör arasında bir güven anlaşması olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Devletler güvendiği, uygulamadaki şartları sağlayan ve koruyan ticaret erbabına gümrük idaresinin yetkilerinden bir kısmını vererek hem gümrüklerdeki yoğunluğun azalmasını hem de yasa dışı ticarete yönelik yakalamaların artmasını sağlamaktadırlar. Bu bağlamda Türkiye’de YYS sahibi bir firma olmak statü sahiplerine hem ulusal ticarete hem de uluslararası arenada güvenilirlik ve prestij kazandırmaktadır. Aynı zamanda firmaların transit, depolama, zaman, lojistik gibi birçok ticaret maliyetlerinin de azalmasını sağlayan uygulama yasal ticaret yapan firmaların ulusal ve küresel “rekabet gücünü” arttırmaktadır.

Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü uluslararası ticarete giderek artan öneme sahip bir uygulama olarak, farklı ülkelerde farklı adlarla ama aynı amaç doğrultusunda uygulanmaktadır. YYS sahibi olan firmalar, gümrük iş ve işlem süreçlerini, statünün sağladığı kolaylık ve ayrıcalıklardan faydalanarak sürdürmektedirler. Rekabetin gün geçtikçe arttığı ortamda teda-

rik zincirine hız, güvenlik ve sürdürülebilirlik kazandıracak unsurlarının öneminin arttığı bilinmektedir. Statü sahibi olmak firmalara rekabet avantajı sağlamasının yanı sıra hem ulusal hem de uluslararası ölçekte prestij kazandırdığı da görülmektedir.

Bunun yanında belge ile dış ticaret işlemlerinde ayrıcalıklara sahip olan firmalar bu ayrıcalıkları maliyet unsurlarına yansıtarak rakiplerine karşı finansal avantaja sahip olarak faaliyetlerini genişletme imkânı bulabileceği de tespitler arasında yer almaktadır.

YYs sahibi firmalar “Yeşil Hat” kolaylığı ile; diğer firmalara göre daha “az ve öncelikli gümrük kontrolüne” tabii tutulmakta ve gümrük işlemlerini beklemeden hızlı bir şekilde sonlandırmaktadır. Bu avantajla gümrük kontrollerinde ya da aktarmalarda yükleme/boşaltma sırasında ticari malın zarar görme riski ortadan kalkmaktadır. Statü sahibi firma hem ticaretini sekteye uğratmadan sürdürmekte hem de buna bağlı olarak artacak sigorta masraflarını da engellemektedir. Gümrük işlemlerindeki kolaylıklar YYs sahibi firmalara hem “zaman maliyeti” hem de “sigorta maliyetleri” konusunda oldukça avantaj sağlamaktadır.

Yapılan incele sonucunda Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikasının; firmaların dış ticaretteki maliyet unsurları arasında oldukça önemli yer tutan, “lojistik maliyet” üzerinde de büyük avantaj sağladığı görülmektedir. Firmalar antrepo, limanda veya demir yolu sahasında kendilerine ayrılan süreden daha fazla kalarak süresi geçen konteynerlere uygulanan demuraj, ardiye, depolama gibi işlemlere ilişkin maliyetleri lojistik maliyet kapsamında değerlendirmektedir. YYs sahibi firmalar “ihracatta ve ithalatta yerinde gümrükleme” kolaylıkları ile ticarete konu eşyayı ihracat ya da ithalat gümrük müdürlüklerine sunmadan işlemleri kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Bu sayede lojistik maliyetlerini büyük ölçüde düşürmekte olan statü sahipleri ayrıca eşyanın yükleme/boşaltma masraflarının maliyetini de sahip olduğu yetki avantajıyla düşürmektedir.

Dış ticaret işlerinde firmaların diğer bir maliyet unsuru da “operasyon maliyetidir.” Gümrük müşavirlik ücretleri, gümrük memurlarına işlemler özelinde ödenen fazla mesai ve yolluk bedelleri, firmalara ödenen işlem bedelleri operasyon maliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. YYs statüsü ile işlemlerini yürüten firmalar yoğunluk nedeni ile zaman zaman karmaşık hale gelebilen gümrük işlemlerine maruz kalmadan” izinli alıcı ve izinli gönderici” ayrıcalıklarını kullanarak eşyayı işlemlere göre hareket ya da varış gümrüğüne sunmaksızın transit işlemlerini kendi tesislerinde gerçekleştirebilmektedir. Bu ayrıcalıklar ile müşavir firmalarına düşen iş azaldığından firmaların müşavirlik hizmet bedeline ilişkin maliyeti azalmaktadır. Bununla beraber gümrük işlemlerini fazla mesai ve yol-

luk bedeli de gerektirmeden sürdürebilen statü sahipleri genel operasyon maliyetlerini büyük ölçüde düşürmektedir.

Türkiye’de tüm dünyada olduğu gibi gümrük kontrolleri yasa dışı ticari faaliyetleri durdurmak ve yasal ticareti kolaylaştırmak amacıyla yürütülmektedir. Bu bağlamda kontroller kapsamında firmaların eksik ya da hatalı işlemlerinin tespitinde gümrük idaresince mevzuat kapsamında ceza uygulanmaktadır. Bu kapsamda firmaların dış ticaretteki maliyet unsurlarına “cezai işlem maliyetleri” de girmektedir.

Firmaların YYS belgesi başvurularında aranan koşullar arasında iç kontrol sistemi ile firmanın kendisini gümrük idaresi titizliğinde kontrol etmesi ve herhangi bir hata ya da yanlış tespit ettiğinde gümrük idaresine bildirimde bulunması koşulu bulunmaktadır. Bu koşulla birlikte Yetkilendirilmiş Yükümlü Sertifikasının firmalara kazandırdığı iç kontrol mekanizması sayesinde yanlış işlem riskini azaltarak karşılaşılabilecek ceza maliyeti ortadan kalkmaktadır.

Firmalara belge ile verilen haklar “vergi maliyetlerinde” de avantaj sağlamaktır. Eksik Beyan Usulüne konu olabilecek; Fatura, A.TR Dolaşım Belgesi, Menşe İspat Belgeleri, Navlun Makbuzu ve Sigorta Poliçesi ile İşlenmiş Tarım Ürünleri Analiz Sonuç Raporu belgelerinden bir ya da daha fazlasını beyannameye eklenmeksizin beyanda bulunabilme hakkına sahip olmaktadır. Diğer firmaların böyle bir hakkı bulunmamakta ve belge asılları işlemde gümrük idaresince istenmektedir. Bu bağlamda süresi içerisinde gümrük idaresine ibraz etme koşulu ile belge asılları olmadan işlemlerini sürdürebilen YYS sahibi firmalar için ek “vergi maliyeti” oluşmamaktadır.

“Stok maliyetlerinde” ise; firmaların stokta beklettiği malın saklama, elleçleme, değerini kaybetme gibi maliyetleri içermektedir. Bu aşamada işlemlerin hızlı gerçekleşmesi, ürün değerini yitirmeden stoktan cari işleme sokulması, statü sahibi firmaların kendi tesislerinde gümrük idaresine gelmeden işlemlerini yürütebilmesi kolaylığına bağlıdır.

“Taşıma maliyetleri” kapsamında, deniz ve nehir yolu ile taşınan eşya için, taşıma hizmeti karşılığında gemi şirketine ödenen navlun bedelleri, yakıt bedelleri, ayrıca; limanlarda bekleme süreleri, laboratuvar süreçleri de maliyet açısından firmalar için önemli unsurlardandır. Statü sahibi firmalar işlemlerini gümrük idaresince kontrolden geçmeden yeşil hat üzerinden yürütebilmektedir. Yeşil hatta işlemleri gerçekleşen YYS sahipleri eşyanın gümrükte bekleme sürelerinden etkilenmeden işlemlerini yürütmekte bu da firmalara stoksuz çalışma olanağı saylayarak finansman maliyetlerini pozitif etkilemektedir.

“Nakit akışı kaynaklı finansman maliyeti” açısından ise; gümrük işlemlerini hızla ve kısa sürede gerçekleştirebilen statü sahibi firmalardan “kısmi teminat kapsamında” gümrük antrepo rejimi, gümrük kontrolü altında işleme rejimi ve geçici ithalat rejimine tabi tutulan eşya için teminat alınması öngörülen durumlarda, ithalat vergilerinin %10’u oranında teminat alınmaktadır. Teminatlı işlemlerin olması halinde paranın finansman maliyeti dikkate alındığında söz konusu belgenin sağladığı maliyet avantajı firma için büyük anlam ifade etmektedir.

Bilindiği üzere, tedarik süreçlerinde firmalar ile tedarikçiler arasındaki termin sürelerine riayet oldukça önemlidir. Termin süreleri aşıldığında firmalar müşterilerini kaybetme riski ile karşı karşıya kalabilmekte hatta tedarikçileri ile yaptıkları sözleşmelere riayet etmedikleri için yüklü para cezaları ve yaptırımlara maruz kalmaktadırlar.

Zaman maliyeti olarak değerlendirilse de ceza boyutu ile maliyeti artıran bir risk faktörü olarak “termin süreleri” de önemli bir unsurdur. YYS sahibi firmaların termin sürelerine riayet edebilmeleri için gümrüklerde öncelikli geçiş ve daha az kontrole tabi olma avantajları ayrıca yerinde gümrükleme kolaylıkları firmaların ticari faaliyetlerinin riskini önemli ölçüde azaltarak fayda sağlamaktadır.

Ticaret Bakanlığı başta olmak üzere ilgili tüm kamu kurumları Türkiye dış ticaret hedeflerinin gerçekleştirilmesi doğrultusunda ticaret erbabı ile ortak hareket ederek ticareti teşvik eden politikalar üretmektedir.

Firmaların belgeye sahip olması ulusal ve uluslararası ölçekte rekabet gücüne sahip olması anlamına gelmektedir. Devlet otoritesinin söz konusu statü ile belge sahibi üzerindeki kontrollerini azaltarak indirmekte hatta firmalara gümrük idaresi gibi davranma konforu tanımaktadır.

Çalışmanın başında 11 Eylül saldırıları sonunda ticaret sisteminin aldığı darbeye karşı küresel arz zinciri sürdürülebilirliği için devletlerin, birlik ve örgütlerin bir araya gelerek çözüm ürettiğinden bahsedilmiştir. Tekrar belirtmek gerekir ki günümüz küresel ticaret risklerine bakıldığında savaşlar, salgın hastalıklar, krizler dışında terör saldırılarının da ticareti sekteye uğratmaktadır.

Bu bağlamda devletler ticari faaliyetleri güven içerisinde yürütmek için firmalara kontroller ve denetimlere tabii olacak şekilde yetki vermeyi sürdürecektir. Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü bu açıdan uluslararası karşılığı olan önemli bir statüdür.

Avrupa Birliğine uyum çalışmaları kapsamında ticari faaliyetlerini sürdüren Türkiye’de belge başvuruları dünya ile aynı oranda ilerlemekte ve söz konusu yetkinin verilmesine yönelik işlemler, Ticaret Bakanlığı ilgili birimleri tarafından titiz ve temkinli bir inceleme süreci sonunda kontrole tabi olmak suretiyle yürütülerek nihayete erdirilmektedir.

Çoklu krizlerin yaşandığı günümüzde, bir yandan artan koridor savaşları, bir yandan COVID gibi salgın hastalıklar nedeni ile değişen tüketim alışkanlıkları dünyanın alışıla gelmiş düzenini de değiştirmektedir. Küresel ticaretin omurgası tedarik zincirinin sürdürülebilirliğidir. Türkiye’nin Doğu ile Batıyı birleştiren coğrafik üstünlüğü, Asya ile Avrupa arasında köprü olma niteliği küresel ticaretin sürdürülebilirliği açısından oldukça önemli bir özelliktir.

Ayrıca Türkiye; 2050 Sıfır Karbon hedefleri doğrultusunda Avrupa’ya coğrafi yakınlığı, yaklaşık dört saatlik kısa uçuş mesafesi ile yetmiş-ten fazla ülkeye ulaşabilme kapasitesi ve sahip olduğu deniz, kara ve hava yolları kapasitesi ile oldukça güçlü bir ticari paydaş olarak varlığını sürdürmektedir.

Transit merkezi olarak dünya gündeminde de önemli bir yer alan Türkiye alternatif ticaret yollarının arandığı günümüz dünyasında Uzak Doğuyu Avrupa’ya bağlayan Orta Koridorun da coğrafik en önemli ve kritik noktasında yer almaktadır.

Türkiye’nin sahip olduğu gücü ve konumunun önemi ile önümüzdeki dönemde YYS sahibi firmalara büyük avantaj sağlayacak Karşılıklı Tanıma Anlaşmaları yapacağı düşünülmekte ve belge sahiplerine önemli ek avantajlar sağlanacağı öngörülmektedir.

9 Haziran 2014 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı ile Kore Cumhuriyeti Kore Gümrük İdaresi arasında Karşılıklı Tanıma Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma ile Türkiye’deki YYS sahibi firmalar Kore Gümrük İdaresinde kolaylık ve ayrıcalıklarını kullanarak ticari faaliyetlerini sürdürebilmektedir. Söz konusu anlaşmanın sağladığı kolaylığın boyutunun Türkiye’de YYS sahibi firmalar tarafından tam olarak anlaşılmadığı düşünülmektedir. Bu kapsamda firmaların karşılıklı tanıma anlaşması olan Kore ile ticari faaliyetlerini geliştirmesi açısından sahip olduğu haklara ilişkin Ticaret Bakanlığınca bilgilendirme yapılmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

Firmaların dış ticaret işlemlerindeki maliyetlerine etkisi incelenmiş ve Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsünün; en yüksek maliyet unsuru olarak karşımıza çıkan lojistik maliyet üzerinde, navlun ücretleri, yakıt bedelleri, limanlarda bekleme süreleri nedenli maliyetler, hamaliye bedelleri gibi maliyetleri ifade eden taşıma maliyetleri üzerinde, stok maliyetleri üzerinde, termin sürelerinden kaynaklı maliyetler üzerinde, sigorta maliyetleri ve operasyon maliyetleri üzerinde, nakit akışı kaynaklı finansman maliyetlerinde, cezai işlem maliyetleri ile vergi maliyetlerinde ve firmalar için önemli ölçüde maliyet düşürücü etkisi olduğu, ayrıca; belge sahibi olarak ticari faaliyetlerini yürütmenin firmalara prestij açısından da önemli getirileri olduğu tespit edilmiştir.

Çalışma ile Yetkilendirilmiş Yükümlü Statüsü'ne bir bakış açısı geliştirmek amaçlanmıştır. Kısaca Yetkilendirilmiş Yükümlü kavramının dünyada ortaya çıkışı ve ulusal mevzuatımıza girişi süreci aktarılmış olup, söz konusu statüye ilişkin başvuru süreci, belge alma ve belgenin kontrolü bilgilerinden bahsedilerek YYS uygulamasının firmaların dış ticaret işlemlerindeki maliyet düşürücü etkisi vurgulanmak istenilmiştir.

KAYNAKÇA

ABD Gümrük ve Sınır Muhafazası (2015), Customs-Trade Partnership Against Terrorism, Erişim tarihi: 14.05.2023, Link: [http://www.cbp.gov/border-security/ports-entry/cargo-security/c-tpat-customs-trade-partner ship-against-terrorism](http://www.cbp.gov/border-security/ports-entry/cargo-security/c-tpat-customs-trade-partner-ship-against-terrorism) ss:1

Argın N and B C, Türkiye'nin Dış Ticaret Tarihi Uygulama Politika Mevzuat (Ekin Yayınevi, Bursa 2011) 159-231, 285-317

Cantekin C, Dış Ticaret ve Finansmanı (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2014) 46

Devlet Planlama Teşkilatı (DPT), 'Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları 1694-2000, Cilt 1 (2001) 187

Dünya Gümrük Örgütü (DGÖ) (2012a), WCO Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade (the SAFE Framework), Erişim tarihi: 28.01.2024

Güngör A, GÜMRÜK İŞLEMLERİ UYGULAMALARI Kavram-Teori-Uygulama-Dijital Uygulamalar (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2022) 87

Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği, 21.05.2014/29006

Gümrük Yönetmeliği <https://www.gumrukkulliyati.com/index.php?id=docs/gumruk_mevzuati/dosyalar/yonetmelik_2009/gumruk_yonetmeligi_08.10.2009#secili>

Gümrük Kanunu<https://www.gumrukkulliyati.com/gumruk_kanunu#secili>

Gümrükler ve Vergilendirme Çalışmaları Merkezi (GVÇM), 'Review of Accredited Operator Schemes, Charles Sturt University' (2014) Erişim tarihi: 10.05.2023 <<http://www.customs.gov.au/webdata/resources/files/Review-of-Accredited-Operator-Schemes.pdf>> 9- 10

Gümrükler Genel Müdürlüğü, 'Yetkilendirilmiş Yükümlü Elektronik Başvuru Kılavuzu- Yükümlü İşlemleri' (2020) 22 <YYS E Başvuru Kılavuz - Yükümlü v2 09.2021.pdf> Erişim tarihi: 15.01.2024

Güzel M, DÜNYA GÜMRÜK ÖRGÜTÜ Küresel Ticaretin Kolaylaştırılması ve Güvenliği Çalışmaları ve Türkiye (Akademisyen Kitapevi 2023) 350

Tekin A and Tekin Ü E, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na Göre GÜMRÜK İŞLEMLERİ Mevzuat-Teori, Uygulama-Vergilendirme (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara 2023) 63

TKKK (Ticaretin Kolaylaştırılması Koordinasyon Komitesi), ‘Ticaretin Kolaylaştırılması Türkiye Stratejisi ve Beş Yıllık Eylem Planı (2018-2022)’ 19 <<https://kolayticaret.gov.tr/userfiles/files/EylemPlaniFull.pdf>>

T.C. Ticaret Bakanlığı, ‘2021 Yılı Faaliyet Raporu’ 76-87 <<https://ticaret.gov.tr/yayinlar/1%CC%87dare-faaliyet-raporu>>

T.C. Ticaret Bakanlığı, ‘YYS Sertifikası Başvuru Rehberi’ (2014) 9 <<https://ticaret.gov.tr/data/5d48321313b8762b40ceadf3/Ba%C5%9Fvuru%20Rehberi.pdf>>

T.C. Ticaret Bakanlığı, ‘Gümrük İşlemlerinin Kolaylaştırılması Yönetmeliği Değişikliklerine İlişkin Açıklamalar’ (2020) 13 <<https://ticaret.gov.tr/data/5e4e490c13b8766e38db6a99/GI%CC%87K%20Deg%CC%86is%CC%A7iklikleri%2026.02.2020%20Ac%CC%A7%C4%B1klamalar.pdf>> Erişim tarihi 15.01.2024

TÜİK (Türkiye İstatistik Kurumu) <<https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/GenelAramaSayfasiGetirAction.do>> Erişim Tarihi: 13.02.2024

Onursal E, Mevzuat ve Teknik Yönleri ile DIŞ TİCARET (Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara, 2021) 69-77

Özay N., Türkiye’de Dış Ticaret Kolaylıklarının Artırılması Bakımından Yetkilendirilmiş Ekonomik Operatör (AEO) Sisteminin Değerlendirilmesi Doktora Tezi, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019) 70- 87

Özsoy, M., (2011), “Türk Gümrük İdaresinin İdari Kapasitesinin Geliştirilmesinde DGÖ Küresel Ticaretin Güvenli Kılınması ve Kolaylaştırılmasına Yönelik Standartlar Çerçevesi (SAFE FoS) AB Gümrük Rehber İlkelerinin Uygulanması”, Gümrük ve Ticaret Uzmanlığı Tezi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Ankara, ss: 67

Süygün, S, A’dan Z’ye DIŞ TİCARET, Dış Ticaretin Finansmanı Doç. Dr. Kemal EYÜBOĞLU (Gazi Kitabevi, Ankara 2020) 295

World Customs Organization, Strategic Trade Control Enforcement (STCE) Implementation Guide’ (2023) <<https://aeo.wcoomd.org/about>>

World Customs Organization, ‘SAFE Standards Framework (SAFE Standartlar Çerçevesi)’ <<https://aeo.wcoomd.org/about>> Erişim tarihi: 17.01.2024

- Araştırma Makalesi -

**№7887 SAYILI CUMHURBAŞKANLIĞI KARARI IŞIĞINDA
LİMİTED ŞİRKETLER İÇİN ASGARİ SERMAYE KURALININ
MİKTAR AÇISINDAN YETERLİLİĞİ VE
SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİ SORUNU***

*(THE ISSUE OF THE SUFFICIENCY AND SUSTAINABILITY OF THE MINIMUM
CAPITAL REQUIREMENT RULE FOR LIMITED LIABILITY COMPANIES IN TERMS
OF AMOUNT IN THE LIGHT OF PRESIDENTIAL DECISION NO. 7887)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Mustafa YASAN**

ÖZ

Asgari sermaye gerekliliği, sınırlı sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu sermaye şirketlerinde ortakların, alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin etkin bir şekilde korunabilmesi için kabul edilmiş bir müessesedir. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin ekseriyetinde sembolik sermayeli ya da sermayesiz limited şirketlerin kuruluşuna imkân tanınsa da Türk hukukunda bu kural halen geçerliğini korumaktadır. Ancak asgari sermaye kuralından beklenen faydanın elde edilebilmesi için gerçekçi ve sürdürülebilir bir miktarın kanun koyucu tarafından öngörülmesi gerekir. Türk hukukunda limited şirketler için bu miktar Cumhurbaşkanlığının Kanunun yürürlüğe girmesinden 11.5 yıl sonra ilk kez kullandığı artırma yetkisi sayesinde 7887 sayılı Karar ile 50.000 TL olarak güncellenmiştir. Buna rağmen, 50.000 TL’lik güncel asgari sermaye miktarının TTK’nın yürürlüğe girmesinden günümüze kadar yaşanan, özellikle yüksek enflas-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 09.02.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 28.02.2024 tarihinde birinci hakem; 28.03.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, avmyasan@yahoo.com, mustafa.yasan@idu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/orcid.org/0000-0003-0741-9720

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; YASAN, Mustafa, “7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Işığında Limited Şirketler İçin Asgari Sermaye Kuralının Miktar Açısından Yeterliliği ve Sürdürülebilirliği Sorunu”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 121-146.

yon ve döviz kurlarındaki artış sebebiyle Türk Lirasında hissedilen değer kaybı gibi ekonomik gelişmeler karşısında yetersizliği ve kanun koyucunun asgari sermaye kuralından beklentilerinin karşılanabilmesi noktasında sürdürülebilirlikten uzaklığı inkâr edilemez.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirketler, Asgari Sermaye Kuralı, 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Sermayenin Korunması İlkesi, Asgari Sermaye Kuralının Sürdürülebilirliği

ABSTRACT

Minimum capital requirement is an institution regulated in order to effectively protect the interests of partners, creditors and the public in capital companies where the principle of limited liability is valid. Although the majority of comparative law systems allow the establishment of limited liability companies with or without symbolic capital, this rule (minimum capital requirement) is still respected in Turkish law. However, in order to obtain the expected benefit from the minimum capital rule, a realistic and sustainable amount must be foreseen by the legislator. In Turkish law, this amount for limited liability companies was updated to 50,000 TL with the Decision No. 7887, thanks to the increase authority used by the Presidency for the first time 11.5 years after the Turkish Code of Commerce came into force. Despite this, the inadequacy of the current minimum capital amount of 50,000 TL in the face of economic developments that have been experienced since the entry into force of the TCC, such as high inflation and the depreciation of the Turkish Lira due to the increase in exchange rates, and its lack of sustainability in terms of meeting the legislator's expectations from the minimum capital rule cannot be denied.

Keywords: *Limited Liability Companies, Minimum Capital Rule, Presidential Decree No. 7887, Principle of Capital Protection, Sustainability of the Minimum Capital Rule*

GİRİŞ

Limited şirketlerde sermayenin korunması ilkesinin bir gereği olarak geçerlik kazanmış olan asgari sermaye kuralından kanun koyucunun beklentilerinin karşılanabilmesi, bir başka deyişle şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin ve şirket ilişkisinin tarafları olan ortakların menfaatlerinin

korunabilmesi için asgari sermaye miktarının yeterli ve gerçekçi bir şekilde belirlenmesi kritik bir öneme sahiptir. Sermayenin korunması için öngörülen diğer müesseselerin (sermaye koyma borcunun yerine getirilmesine yaptırımların bağlanması [TTK m.128 f.7], bağımsız denetimin ve internet sayfası yükümlülüğünün geçerli kılınması [TTK m.635, 1524], şirkete borçlanma yasağının öngörülmesi [TTK m.644 f.1.b) vb.) etkisinin otuzu aşan kez değişikliğe muhatap olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) mevcut halinde artık yitirilmiş olduğu dikkate alındığında, limited şirketlere ilişkin hukuki rejim için asgari sermaye kuralının miktar açısından yeterliliğinin ve sürdürülebilirliğinin önemi daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Limited şirketlerde asgari sermaye kuralı TTK m.580’de düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrası asgari sermaye miktarını belirlerken ikinci fıkrası ise Yürütme organını asgari sermaye miktarının güncellenebilmesi için yetkilendirmiş ve aynı zamanda görevlendirmiştir. TTK m.580 f.1’de limited şirketler için asgari sermaye miktarı 10.000 TL olarak düzenlenmiştir. Bu miktar, Kanunun Resmi Gazete’de 14.02.2011’de yayınlanmasından itibaren yaklaşık 11.5 yıl boyunca değiştirilmeden aynı kalmıştır. En nihayetinde, 25.11.2023 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan ve 01.01.2024’te yürürlüğe giren 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL olarak güncellenmiştir. Türkiye’de özellikle son 10 yıldır etkisini hissettiren enflasyonist ortama ve bunun neticesinde Kanunda öngörülen asgari sermaye miktarının reel ekonomik koşullara göre değerini yitirmesine rağmen limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 11.5 yıl güncellenmemesi bir eksiklik olarak ileri sürülmüştür. 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı m.2 ile limited şirketlerde asgari sermaye miktarı artık 50.000 TL olarak değiştirilmiş olsa da öngörülen güncel asgari sermaye miktarının kanun koyucunun limited şirketleri düzenlerken esas aldığı hedefler açısından yeterliliği ve sürdürülebilirliği hakkında soru işaretleri varlığını halen sürdürmektedir. Çalışmamızda bu soru işaretleri üzerinde durulacak, asgari sermaye miktarının güncel ekonomik gelişmeler karşısında olması gereken rakamsal karşılığı ile ilgili görüş ve önerilerimiz sunulacaktır.

I. LİMİTED ŞİRKETLERDE MİKTAR AÇISINDAN ASGARİ SERMAYE KURALI

A. Limited Şirketlerde Asgari Sermayeye Duyulan İhtiyacın Gereksinimleri

TTK Türkiye’nin 1959’da başlayan Avrupa Birliği (AB) hikayesinin sonucunda yürürlüğe girmiş olan bir kodifikasyon çalışmasıdır. 1999 AB

Helsinki Zirvesi ile aday ülke statüsü kazanan Türkiye bunun sonucunda hukuk sistemini AB mevzuatı ile uyumlu hale getirmeyi üstlenmiş ve milenyumun başından itibaren temel alanlarda reform niteliğindeki kodifikasyon çalışmalarını yürütmüştür. Bu çalışmalardan biri de yaklaşık 11 yıllık bir çabanın sonucu olarak 14.02.2011’de Resmi Gazete’de yayınlanan ve 01.01.2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK olmuştur. Uygulaması en çok olan limited şirketleri de ilgilendirecek şekilde ticaret şirketlerine ilişkin yeni bir hukuki rejim meydana getirmek isteyen kanun koyucu, TTK ile, AB yatırım iklimine uygun ve Avrupa şirketler hukukları ile rekabet edebilen bir Türk limited şirketler hukuku için zorunlu bağımsız denetim, internet sayfası yükümlülüğü, şirkete borçlanma ve şirketle işlem yapma yasakları gibi müesseselere geçerlik kazandırmak istemiştir. Anonim şirketlere yakınlaştırılmış, kurumsal yönetim ilkesi benimsenmiş, profesyonellik, şeffaflık ve hesap verilebilirlik kavramları ile dizayn edilmiş bir limited şirketler hukuku sayesinde ancak ağırlaştırılmış kriterleri ve yükseltilmiş standartları karşılayabilen girişimcilerin limited şirket ilişkisinin tarafını teşkil etmesi istenmiş ve limited şirketlerin kuruluşu için gerekli olan koşullar zorlaştırılmıştır. Bu sayede, denetimden yoksun, şeffaflıktan uzak, hesap vermeyen, yatırımcıların, ortakların, üçüncü kişi alacaklıların ve kamu idaresinin menfaatlerini ihlal eden veya tehlikeye düşüren limited şirketlere ilişkin kötüniyetli uygulamaların önüne geçilmek istenmiştir¹. İşte kanun koyucu aynı saikle sermayenin korunması ilkesini limited şirketlere ilişkin hukuki rejimin odağına koymuş ve sermayenin korunması ilkesinin hayata geçirilebilmesi için de asgari sermaye kuralına emredici bir hüküm olarak TTK m.580’de yer vermiştir².

¹ Ayhan Kortunay, ‘Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler’ (2009) 25(2) Batider 317, 336; Muharrem Tütüncü, Sermaye TTK m.580 in Kemal Şenocak (ed) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV (1st edn, Seçkin Yayınevi 2023) 4122

² Asgari sermaye kuralına ilişkin düzenlemenin emredici karakteri haiz olduğu, emredici karakter sebebiyle şirket sözleşmesi ile asgari sermaye miktarından daha düşük miktarda bir sermayenin belirlenemeyeceği, şirket sözleşmesi değişikliği niteliğindeki sermayenin azaltılması ile de kanuni asgari sermaye miktarının altına inilemeyeceği hakkında bkz. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3rd edn, Yetkin Yayınevi 2021) 420; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (15th edn, Beta Yayınevi 2021) 403; Oruç Hami Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (1st edn, Seçkin Yayınevi 2017) 14; Hakan Çebi, Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) 44; Esra Hamamcıoğlu, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi (1st edn, Yetkin Yayınevi 2022) 65, 66; Hakan Çebi, Şirketler Hukuku (1st edn, Seçkin Yayınevi 2020) 341, 342; Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku Cilt II Şirketler Hukuku (3rd edn, Kuram Yayınevi 2016) 206; Osman Karaköse, Limited Şirketlerde

Asgari sermaye kuralına, sermayenin ve dolayısıyla limited şirket ilişkisinin tarafı olsun olmasın şirket tüzel kişiliğinden alacaklı olanların ve sağlıklı sürdürülebilir bir limited şirketler uygulaması ile kamu yararı arasındaki yakın ilişki sebebiyle devletin menfaatlerinin korunması için ihtiyaç duyulmaktadır³. Bu ihtiyaç, asgari sermaye kuralının dışında sermayeyi koruyan diğer müesseselerin etkin bir şekilde uygulanmaması ihtimalinde önemini ve kritik konumunu artırmaktadır⁴. Türk limited şirketler hukukunda ortaya çıkan durum maalesef tam da bu şekildedir. TTK 14.02.2011’de Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra, yürürlüğe girmeden iki ve yürürlüğe girdikten sonra ise otuzdan fazla olmak üzere defalarca değişikliklere maruz kalmıştır. Bu değişiklikler neticesinde Kanunun 1535 maddesinin yaklaşık 1/3’ü doğrudan ya da dolaylı şekilde etkilenmiştir. İtiraf etmek gerekirse bu değişiklikler, özellikle limited şirketleri de ilgilendirecek şekilde sermaye şirketleri ile ilgili olarak kanun koyucunun TTK’yı hazırlarken esas aldığı hedeflerden sapmaya yol açan, profesyonellik, şeffaflık, hesap verilebilirlik, denetlenebilirlik ve kurumsallık gibi limited şirketler hukukunun önceliklerinden vazgeçilen değişiklikler olmuştur. Zira, 6335 sayılı Kanun ile başlayan bu değişiklik dalgası neticesinde limited şirketler pratik olarak bağımsız denetimin kapsamı dışında bırakılmış (TTK m.635), internet sayfası yükümlülüğünden yine pratik olarak muaf tutulmuş (TTK m.1524), şirkete getirilecek nakit sermayenin tamamının şirket kurulduktan sonra getirilebilmesine bir başka deyişle sermayesiz bir şekilde limited şirketlerin kurulabilmesine imkân tanınmıştır (TTK m.585). Bir başka deyişle, TTK’da 13.01.2011’den günümüze kadar gerçekleşen değişiklikler sebebiyle, profesyonellik, hesap verilebilirlik, şeffaflık ve sermayenin korunması gibi sermaye şirketlerine özgü kriterlerin sağlanabilmesi ve ilkelerin hayata geçirilebilmesi için başvuru-

Yan Edim Yükümlülükleri (1st edn, Seçkin Yayınevi 2022) 22; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (13th edn, Vedat Yayınevi 2017); Tütüncü (n 1) 4120

³ Türk hukukunda asgari sermaye kuralına geçerlik kazandırılmış ancak azami sermaye miktarına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Ortak sayısı açısından azami bir sınırın düzenlendiği tek şirket türü olan limited şirketlerde azami sermaye miktarı açısından bir üst sınır belirlenmemiştir. Bu tercih isabetlidir. Bu sayede limited şirketlerin gelişiminin önüne engel getirilmemiştir. Bkz. Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri (6th edn, Dora Yayınevi 2018) 414; Melis Gizem Çığsar, Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni (1st edn, Seçkin Yayınevi 2019) 25. İsviçre hukukunda limited şirketlerin azami sermaye miktarı ile ilgili yaşanan gelişmeler hakkında bkz. Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (n 2) 110; Tütüncü (n 1) 4120

⁴ Asgari sermaye miktarının kamu borçları dolayısıyla limited şirketlerde arz ettiği önem hakkında bkz. Eslem Ayaz, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları (2nd edn, Seçkin Yayınevi 2014) 48-52

labilecek en etkili ve belki de tek müessese olarak asgari sermaye kuralının önemi teorik de olsa artmış olmaktadır⁵.

B. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Miktarı

TTK'da limited şirketlerin kurucu unsurları arasında yer alan sermayeye özgülünen maddelerden biri TTK m.580'dir⁶. 01.07.2012'de TTK yürürlüğe girdiği haliyle, "En az tutar" başlığını taşıyan bu maddede önce limited şirketlerde esas sermayenin asgari miktarının 10.000 TL olduğu gösterilmiş (TTK m.580 f.1) ve devamında ise Kanuni asgari sermaye miktarının kanun değişikliğine ihtiyaç duyulmaksızın güncelliğinin sağlanabilmesi ve gerçekleştirilecek normatif ve ekonomik gelişmelerle uyumlu hale getirilebilmesi için Cumhurbaşkanlığı yetkilendirilmiş ve aynı zamanda görevlendirilmiştir (TTK m.580 f.2). Ancak Cumhurbaşkanlığının asgari sermaye miktarı üzerindeki tasarruf yetkisinin de bir üst sınırı bulunmaktadır. Bu sınır maddede yazılı tutarın (10.000) en fazla 10 katı olarak kabul edilmiştir⁷. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı Kararı ile limited şirketlerde asgari sermaye miktarı TTK m.580 f.1'de bir değişiklik olmadığı müddetçe, en fazla 10 katına kadar artırılabilir. Bu sayede kanun değişikliğine gerek duyulmadan idari bir düzenleme ile enflasyon ve diğer ekonomik gelişmeler sebebiyle paranın reel değerinde meydana gelen azalmaya karşı asgari sermaye miktarının esnek ve kolay bir yöntemle artırılabilmesi hedeflenmiştir⁸. Artırma yoluyla asgari sermaye miktarında

⁵ Asgari sermaye kuralının sermayenin korunması ilkesine hizmet ediyor olması ve sermayenin alacaklılar için bir karşılık ve garanti fonu işlevi görmesi sebebiyle sermayenin, tasfiye sermayesinin azaltımı ihtimalleri haricinde ortaklara geri verilemeyeceği, sermayeden iade niteliği taşıyan her ödemenin yasak olduğu, yasak ihlal edildiğinde sermaye ile şirket malvarlığı arasındaki denkleğin bozulacağı ve aktiflerin alacaklılar aleyhine azalmış olacağı hakkında bkz. Çebi, Limited Şirketler Hukuku (n 2) 46; Çebi, Şirketler Hukuku (n 2) 342

⁶ Sermayenin limited şirketten alacaklı olanların en büyük güvencesini oluşturduğu, şirketin kredibilitesini belirlemesi bakımından önemli olduğu, bu sebeple hem korunması hem de dış dünyaya karşı açıkça ifade edilmesi için şirket sözleşmesinde mutlaka gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 2) 390; Çığsar (n 3) 23

⁷ Anonim şirketlerde kanuni asgari sermaye miktarının Cumhurbaşkanlığı tarafından artırılabilmesi TTK m.332 f.1'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme limited şirketlere ilişkin TTK m.580 f.1'den önemli bir farklılık içermektedir. Bu farklılık TTK m.332 f.1'de Cumhurbaşkanlığına verilen artırma yetkisinin TTK m.580'in aksine on kat vb. gibi bir sınırlamaya tabi tutulmamasıdır. Bkz. Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9th edn, Dora Yayınevi 2013) 623, 624

⁸ Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (n 2) 49

güncelliğin sağlanmasının hedeflendiği ve güncellenme ihtiyacının sürekliliği gerektirdiği dikkate alındığında, asgari sermaye kuralının güncel ekonomik gelişmeler karşısında etkinliğini koruyabilmesi için, kanuni asgari sermaye miktarının Cumhurbaşkanlığı tarafından en fazla 10 katına kadar artırılabilmesinin bir defaya mahsus kullanılabilir bir yetkinin konusunu teşkil etmeyeceğini kabul etmemiz gerekir. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanlığının yetkisini kullanarak 7887 sayılı Karar ile limited şirketlerde asgari sermayeyi 50.000 TL olarak güncellediği dikkate alındığında, yeni bir Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 10 katına kadar artırma yetkisinin kullanılması sayesinde limited şirketlerde asgari sermayenin ilerleyen dönemlerde bir sonraki artırım ile 500.000 TL'ye kadar yükseltilebilmesi mümkün olabilecektir.

Cumhurbaşkanlığı, kendisine tanınan kanuni asgari sermaye miktarını artırmak ve bu sayede ekonomik ve normatif gelişmeler karşısında güncelliği sağlayabilmek yetkisini kullanmak için, TTK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den itibaren 11.5 yıl geçmesini beklemiştir. Zira 25.11.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı m.2 ile limited şirketlerde kanuni asgari sermaye miktarı üzerinde ilk kez bir güncelleme gerçekleştirilmiş ve 01.10.2024 tarihinden itibaren limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 50.000 TL olarak geçerlik kazanacağı düzenlenmiştir. 26.11.2023 tarihli Resmi Gazete'de ise 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının yürürlüğe giriş tarihinin 01.01.2024 olarak düzeltilmiş olduğu ifade edilmiştir⁹. Kısaca belirtmek gerekirse, 01.01.2024'ten itibaren limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL'ye yükseltilmiş olmaktadır. Cumhurbaşkanlığı, 01.01.2012'de 10.000 TL olarak yürürlüğe giren asgari sermaye miktarının, 11.5 yıl içerisinde yaşanan ekonomik ve özellikle karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde yaşanan normatif gelişmeler karşısında güncelliği yakalayabilmesi için 5 kat artırılarak 50.000 TL olarak belirlenmesini gerekli ve yeterli kabul etmiştir. Buna karşın, Cumhurbaşkanlığı Kararında güncellenmiş asgari sermaye miktarlarının mevcut anonim şirketler ve limited şirketler için de geçerlik kazanıp kazanmayacağı, mevcut anonim şirketler ve limited şirketlerin belirli bir süre içerisinde sermayelerini yeni asgari

⁹ 25.11.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Kararda güncellenmiş asgari sermaye miktarının yürürlük tarihi olarak 01.10.2024'ün gösterilmesi ve bir gün sonraki 26.11.2023 tarihli Resmi Gazete'de Kararın ilgili maddesinin yürürlük tarihinin 01.01.2024 olarak düzeltilmesi dikkat çekmektedir. Ancak işaret ettiğimiz dikkat, bu denli önemli bir detayla ilgili olarak idari düzenleyici işlemlerin hazırlanması ve yürürlüğe girmesi aşamasında inisiyatif sahibi kurumların ve mevzuat hazırlama komisyonlarının özensiz hareket etmesinden kaynaklanmaktadır.

sermaye miktarları dikkate alınarak artırmakla yükümlü olup olmayacakları belirtilmemiştir. Bu noktada Ticaret Bakanlığı devreye girmiş ve duyuru ve ticaret sicil müdürlüklerine hitaben gönderdiği içyazı ile Cumhurbaşkanlığı Kararının yol açtığı şüpheyi gidermeye çalışmıştır. Ancak Ticaret Bakanlığı, biraz sonra açıklanacağı üzere hem usul hem de esas açısından yanlış bir yaklaşım sergilemiştir. Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü 30.11.2023 tarihinde resmi internet sayfasından yapmış olduğu duyuruda Cumhurbaşkanlığı Kararında güncellenen asgari sermaye miktarlarının 1 Ocak 2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yeni kurulacak anonim ve limited şirketler bakımından uygulanacağını belirtmiş ve sermayesi belirtilen tutarların altında olan mevcut şirketler bakımından bu aşamada sermaye artırımı yapılması zorunluluğunun bulunmadığına açıklık getirmişse de şirketlerin özkaynak yapılarını güçlendirmeleri bakımından sermayelerini en az anılan tutarlara artırmalarında fayda bulunduğuna işaret etmiştir¹⁰. Yine Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü ticaret sicil müdürlüklerine gönderdiği içyazıda ise ticaret siciline tescil talebinde bulunacak mevcut anonim şirketler ve limited şirketlerin içyazıda gösterilen konu başlıkları için tescil taleplerinin Cumhurbaşkanlığı Kararı ile güncellenen asgari sermaye miktarlarına artırım gerçekleşmeden kabul edilmemesi gerektiğini bildirmiştir. Kanaatimce, olması gereken hukuk açısından mevcut anonim şirketler ve limited şirketlerin de güncellenmiş kanuni asgari sermaye miktarlarına tabi olmaları, bu sebeple belirli bir süre içerisinde mevcut sermayelerini artırmaları, aksi takdirde tıpkı TTK Yürürlük Kanununda TTK'nın yürürlüğe giriş sürecinde olduğu gibi bu durumun şirketler için kendiliğinden sona erme sebebine yol açacağı bir hukuki rejime geçerlik kazandırılması gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararında ise mevcut anonim şirketler ve limited şirketler için bir geçiş süreci düzenlenmemiş, geçici bir hükme de yer verilmemiştir. Bu eksiklik şüphesiz özensiz bir hukuk yapım sürecinin neticesidir. Ticaret Bakanlığı ise bu olumsuz durumu ortadan kaldırmak için duyuru ve içyazı şeklinde birbiriyle çelişen tasarruflarda bulunarak mevcut anonim şirketler ve limited şirketler için de Cumhurbaşkanlığı Kararı ile güncellenen asgari sermaye miktarlarının uygulanmasını *de facto* dahi olsa zorunlu hale getirmiştir. Geline durumun, her ne kadar Cumhurbaşkanlığı Kararının yol açtığı boşluğun giderilmesi saikinden kaynaklansa da, mevzuat yapım teknikleri, normlar hiyerarşisi ile uyuşmadığı, hukuk güvenliği ve ciddiye-ti açısından belirsizlikler ve sakıncalar içerdiği açıktır.

¹⁰ <<https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/anonim-ve-limited-sirketlerde-asgari-sermaye-tutarlari-artirilmistir>> Erişim Tarihi 04 Şubat 2024

C. Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Miktarının Belirlenmesinde Kanun Koyucunun Motivasyonu ve Kodifikasyon Çalışmaları Devam Ederken Yaşanan Gelişmeler

Limited şirketlerin kuruluşu için asgari bir sermayenin taahhüt edilmesinin zorunlu kılınması kadar ne miktarda asgari sermayenin öngörülmüş olması da kanun koyucunun asgari sermaye kuralına geçerlik kazandırılması ile ilgili beklentilerinin karşılanabilmesi için önem arz etmektedir. TTK Resmi Gazetede 14.02.2011'de yayınlandığında bu miktar 10.000 TL olarak belirlenmiştir¹¹. Sermayenin korunması ilkesinin gereklerinin sağlanabilmesi, ciddiyetten uzak ve kötüniyetli limited şirket kuruluşlarından alacaklıların, ortakların ve kamunun menfaatlerinin korunabilmesi için limited şirkete 10.000 TL değerindeki malvarlığının (sermayenin) taahhüt edilmesi¹² gerekli ve yeterli kabul edilmiştir¹³. Asgari sermaye kuralı sadece şirketin kuruluşu anında geçerli olan bir kural değildir, bununla birlikte şirketin devamı boyunca sermayenin azaltılması yoluyla dahi olsa ihlal edilemeyecek emredici karakteri haiz bir kuraldır¹⁴. Emre-

¹¹ TTK Yürürlük Kanunu m.20'de hali hazırda kurulmuş olan limited şirketlerin sermayelerini Kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren üç yıl içerisinde 10.000 TL'ye yükseltmeleri gerektiği aksi takdirde söz konusu şirketler için kendiliğinden sona erme sebebinin gerçekleşeceği, Ticaret Bakanlığının söz konusu süreyi birer yıl ve en fazla iki kez uzatma hakkına sahip olduğu, limited şirketlerin sermayelerini artırmak için yapacakları genel kurul toplantılarında toplantı yeter sayılarının aranmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3rd edn, Oniki Levha Yayınevi 2016) 485, 486; M. Şakir Başaran and Fazıl Aydın, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Tüm Yönleri ile Limited Şirketler* (1st edn, Bilge Yayınevi 2011) 163; Bilgili and Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (n 7) 623

¹² 6335 sayılı Kanun'dan önce nakit sermayenin tamamının kuruluştan önce şirkete getirilmesi şirketin tescili talebinin kabulü için bir ön koşul olarak kabul edilmişti.

¹³ Asgari sermaye kuralının öngörülmesindeki saikin limited şirketler için bir ciddiyet sınırı ve sorumluluk fonu meydana getirmek ve şirketten alacaklı olanlara belirli bir asgari sorumluluk miktarını garanti etmek olduğu hakkında bkz. Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (5th edn, Seçkin Yayınevi 2022) 674; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 2) 9. Limited şirketin kamu borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulması ve asgari sermaye kuralı arasındaki ilişki hakkında bkz. Ayaz (n 4) 48

¹⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (7th edn, Adalet Yayınevi 2021) 784; Çebi, *Limited Şirketler Hukuku* (n 2) 44; Bozkurt (n 2) 206; Çığsar (n 3) 24. Ayrıca bkz. Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 2) 240. Yazar İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde geçerlik kazanan, açıkça düzenlenen iyileştirici sermaye azaltmalarının TTK'da düzenlenmemesine rağmen Türk hukuku için de uygulanabilir olduğunu, bu sayede sermayenin azaltılması ancak sonradan tekrardan artırılması söz konusuysa, kanuni asgari sermaye miktarının altına inilebilmesinin mümkün olduğunu ancak bu ihtimalde her iki kararın da aynı genel kurul toplantısında alınmasının gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (n 2) 259

dici karakterin şirketin devamı halinde de geçerli olduğunu ispat eden bir düzenleme olarak şirkette sermaye kaybının yaşanması halinde uygulanacak olan (TTK m.633'te yapılan atıf sebebiyle) TTK m.376 f.2'yi işaret edebiliriz. Buna göre, limited şirkette sermayenin 2/3'ünün karşılıksız kalması halinde şirket genel kurulunun sermayenin kalan 1/3'ü ile yetinecek şirketin devamı yönünde karar alabilmesi için dahi sermayenin kalan 1/3'ünün kanuni asgari sermaye miktarının altında olmaması gerekmektedir¹⁵. Ancak kanun koyucu, asgari sermaye miktarının zaman içerisinde yeterli olmayabileceğini düşünmüş ve güncelliğin sağlanabilmesi için Cumhurbaşkanlığına bir görev ve aynı zamanda yetki devri gerçekleştirmiştir. Bu yetki ve görev devrinin Kanundaki asgari sermaye miktarının en fazla 10 katına kadar artırılabilmesi şeklinde sınırlandırılması eleştirilere yol açabilir. Buna ilaveten, Cumhurbaşkanlığının kendisine yükletilen bu görev ve yetkiyi Kanun yürürlüğe girdikten ancak 11.5 yıl geçtikten sonra ve 11.5 yılda yaşanan ekonomik ve normatif gelişmeler ile uyumu tartışmalı olacak şekilde asgari sermaye miktarını 10.000 TL'den 50.000 TL'ye çıkararak kullanmış olması da bir diğer eleştiri kaynağı olarak kabul edilebilir. Öte yandan, işaret ettiğimiz eleştirilere rağmen, yaşanabilecek ekonomik ve normatif gelişmeler karşısında esnek bir şekilde asgari sermaye miktarında güncelliğin yakalanılabilmesi için TTK m.580 f.2 ile yürütme organına önemli bir rol yüklenmesini ise kanun koyucunun isabetli ve öngörülü yaklaşımının sonucu olarak da kabul edebiliriz.

TTK'nın, taslak ve tasarı şeklinde kaleme alınması ve TBMM komisyonlarında ve Genel Kurulunda görüşülmesi de dahil olmak üzere, hazırlanması aşamasında limited şirketlerde asgari sermaye miktarı belirlenirken kanun koyucunun tercihlerinde ve kabullerinde değişikliklerin yaşandığı görülmüştür. 2000'de başlayan kodifikasyon çalışmalarında ilk olarak limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL olarak belirlenmiştir¹⁶. O günün koşullarında limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 50.000 TL olarak belirlenmesi iddialı bir yaklaşım olarak kabul edilmiştir ve limited şirketlerin kurulmasını ekonomik olarak zorlaştırabileceği, hatta neredeyse imkânsız hale getirebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim, TTK Tasarısını görüşen TBMM nezdinde kurulan komisyon özellikle anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarının da 50.000 TL olarak belirlenmesinden hareketle ileri sürülen eleştirileri dikkate almış ve henüz TTK Tasarısı TBMM Genel Kurulunda görüşülmeden önce limited

¹⁵ Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (n 2) 170

¹⁶ TTK Tasarısı 75, 77

şirketlerde asgari sermaye miktarını 25.000 TL'ye indirmiştir¹⁷. Daha sonra ise Tasarı TBMM'de görüşülürken verilen bir önerge ile limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı 10.000 TL olarak değiştirilmiş ve 13.01.2011'de TBMM'de Genel Kurulunda kabul edilerek kanunlaşan, 14.02.2011'de Resmi Gazete'de yayınlanan ve 01.01.2012'de yürürlüğe giren TTK'nın 580. maddesi 1. fıkrasında gösterilen bu miktar 01.01.2024'te yürürlüğe giren 24.11.2023 tarihli ve 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına kadar geçerliğini korumuştur¹⁸.

Doktrinde, TTK Tasarısının ilk halinde limited şirketler için 50.000 TL olarak öngörülen asgari sermaye miktarının komisyondaki müdahale neticesinde 25.000 TL'ye indirilmesinde Alman GmbHG ve AktG'de geçerli olan anonim şirketler ile limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarları arasındaki ½ olarak ortaya çıkan oran ile yeniden uyum sağlanması çabasının etkili olduğu ifade edilmiştir¹⁹. Devamında, Tasarı TBMM Genel Kurulunda görüşülürken limited şirketler için asgari sermaye miktarının 25.000 TL yerine 10.000 TL olarak belirlenmesine yönelik önerge kabul edilirken ise sadece "Limited şirketler için belirlenmiş olan asgari sermaye miktarının ekonomik gerekçelerle değerlendirilmesi ve asgari sermayenin Bakanlar Kurulu (Cumhurbaşkanlığı) kararıyla artırılabilir olması" gerekçe olarak belirtilmiştir. Bu güncellenmenin o günkü koşullar içerisinde, özellikle Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği başta olmak üzere ticaret dünyasının aktörlerinin müdahaleci taleplerini karşılamak isteyen kanun koyucunun tercihinin bir sonucu olduğu kabul edilmelidir. Buna ilaveten, asgari sermaye miktarının kodifikasyon sürecinde 50.000 TL'den 10.000'e (öngörülen ilk miktarın 1/5'ine) indirilmesi, kanun koyucunun, TTK'nın hazırlanması aşamasında limited şirketler için öngördüğü, pro-

¹⁷ Komisyon çalışmaları devam ederken anonim şirketlerle limited şirketler arasında asgari sermaye tutarları arasında bir farkın belirlenmesi gerektiği, Tasarıdaki limited şirketlere özgü hedeflere ulaşılabilmesi ve mehz kanunlarla denklğin sağlanabilmesi için limited şirketlerin asgari sermayesinin anonim şirketlerin asgari sermayesinin yarısı kadar olmasının yerinde olduğu, bu sebeple ya anonim şirketin asgari esas sermayesinin 100.000 TL'ye çıkartılması ya da limited şirketlerin asgari sermayesinin 25.000 TL'ye indirilmesi yoluna başvurulabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II (2nd edn, Adalet Yayınevi 2014) 2186; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınevi 2007) 95; Murat Alışkan, Limited Şirketler Tarihçe Niteliği (1st edn, Legal Yayınevi 2013) 129; Tütüncü (n 1) 4121

¹⁸ Kendigelen (n 11) 485; Tütüncü (n 1) 4122

¹⁹ Patrick C. Leyens, 'German Company Law: Recent Developments and Future Challenges' (2005) 06(10) German Law Journal 1407, 1409; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (n 17) 2186; Yıldız (n 17) 77

fesyonellik, kurumsallık ilkelerinden ve sadece güçlü finansal yapıya sahip limited şirketlerin Türk ticaret hayatında yer alması hedefinden vazgeçtiği şeklinde de yorumlanabilir. Maalesef bu yorumu haklı çıkaracak kanun değişiklikleri TTK henüz yürürlüğe girmeden gerçekleştirilmeye başlamış ve Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 11.5 yıl içerisinde yaklaşık 1/3 oranındaki maddenin doğrudan ya da dolaylı şekilde etkilenmesine neden olacak şekilde otuzdan fazla kez kanun değişikliğine yol açan müdahaleler tecrübe edilmiştir. Bu müdahaleler neticesinde limited şirketlerde bağımsız denetim neredeyse imkânsız hale getirilmiş ve limited şirketler *de facto* denetimden yoksun bırakılmıştır. Buna ilaveten, limited şirketler internet sayfası yükümlülüğü dışına çıkarılmış, şirkete borçlanma yasağı etkisini kaybetmiş, limited şirketlerin kuruluşunda nakit sermaye taahhüdünde bulunulması yeterli kabul edilerek nakit sermaye taahhütlerinin şirketin kuruluşundan sonraki 24 ay içerisinde ödenmesine bir başka deyişle limited şirketlerin sermayesiz kuruluşuna imkân tanınmıştır. Tüm bu müdahalelerin, limited şirketlerde esas alınan kurumsallık, profesyonellik, hesap verilebilirlik, şeffaflık, denetlenebilirlik vb. hedeflerden sapıldığına, şirketleşme olgusu için tespit edilen olması gereken kriterlerden vazgeçildiğine delalet eden değişiklikler olduğu itiraf edilmelidir. Asgari sermaye kuralının gerekliliği ve bu kuralın miktar açısından yeterliliği TTK'da sermayenin korunması ilkesi ve onunla bağlantılı müesseseleri ilgilendiren ve kanun koyucunun kodifikasyon aşamasında limited şirketlere olan bakış açısına tezat oluşturan değişiklikler dikkate alındığında önemini daha da artırmıştır.

Limited şirketlerde asgari sermaye miktarı belirlenirken, anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ile oransal bir ilişki kurulmak istenmiş olabilir. Nitekim TTK 14.02.2011'de Resmi Gazete'de yayınlandığı haliyle esas sermaye sistemi geçerli olan anonim şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL olarak belirlenmiştir. Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerde ise başlangıç sermayesi 100.000 TL olarak kabul edilmiştir (TTK m.332). Dolayısıyla, limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ile esas sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı arasında 1/5 şeklinde bir oran ortaya çıkmıştır. Bu oransal ilişki, 6762 sayılı eski TTK'da ortaya çıkan limited şirketler ve anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarları arasındaki 1/10 şeklindeki oransal ilişkiden farklıdır. Nitekim eski TTK'da limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 5.000.000.000 TL (22.12.2001 tarihli ve 2001/3500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik eTTK m.507 f.1) iken anonim şirketlerde asgari sermaye miktarı ise 50.000.000.000 TL (22/12/2001 tarihli ve 2001/3500 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik eTTK m.272) olarak

kabul edilmişti. Limited şirketlerdeki ve anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarları arasında TTK ile ortaya çıkan 1/5 şeklindeki oransal ilişkinin kaynak kanunların TTK'ya yansımaları olduğu da ileri sürülebilir. Nitekim, Almanya şirketler hukukunda anonim şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 Euro iken (AktG Art.7) klasik (genel anlamdaki) limited şirketler için asgari sermaye miktarı 25.000 Euro olarak kabul edilmiştir (GmbHG Art.5). Dolayısıyla Alman hukukunda limited şirketler ve anonim şirketlerin asgari sermaye miktarları arasındaki oran TTK'dan farklı olarak 1/2 şeklinde belirlenmiştir²⁰. İsviçre Borçlar Kanununda (OR) ise asgari sermaye miktarı anonim şirketlerde 100.000 İsviçre Frangı (OR Art.621), limited şirketlerde ise 20.000 İsviçre Frangı olarak kabul edilmiştir (OR Art.773). Dolayısıyla, İsviçre Hukukunda limited şirketler ve anonim şirketlerin asgari sermaye miktarları arasındaki oran TTK'da da görüldüğü gibi 1/5 şeklinde ortaya çıkmaktadır²¹.

Bu tespitler ışığında, Türk kanun koyucusunun, limited şirketlerde asgari sermaye miktarını belirlerken bilinçli bir şekilde anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ile bir oransal ilişki kurmak istediğini, bu ilişkiyi kurarken de eski TTK'dan farklı bir oranı bilinçli bir şekilde esas aldığı, kaynak hukuk sistemleri arasında kodifikasyon çalışmasının başından beri Alman hukukunun değil de İsviçre hukukunun benimsediği oransal ilişkiye bağlı kalmayı tercih ettiğini ifade etmek kanaatimizce çok iddialı olabilir. Zira, TTK Tasarı halindeyken limited şirketlerde asgari sermaye miktarı ile ilgili olarak komisyonlarda ve TBMM Genel Kurulunda gerçekleştirilen müdahaleler neticesinde başlangıç noktasından tamamen farklı bir asgari sermaye miktarının limited şirketler için geçerlik kazanmış olması, limited şirketlerde sermaye sistemini temelden etkileyen değişikliklerin kodifikasyon çalışmaları tamamlanmış olsa da günümüze kadar gerçekleştirilen otuzu aşan kanun değişiklikleri ile yaşanması, TTK'da limited şirketler ve anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarları arasın-

²⁰ Michael Beurskens and Ulrich Noack, 'The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?' (2008) 09(09) German Law Journal 1069, 1083. Alman limited şirketler hukukunda mini limited şirketler için asgari sermaye koşulunu kaldıran düzenlemeler ve reform hareketleri için bkz. Fatih Aydoğan, 'Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda Yapılan Değişiklikler' (2009) 25(3) Batider 391, 391-421; Hasan Pulaşlı, 'Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar' (2009) 25(2) Batider 37, 37-54

²¹ Bruno Becchio, Urs Wehinger, Alfred S. Farha and Stanley Siegel, Swiss Company Law (2nd edn, Kluwer Law International / Verlag 1996) 152; Urs P. Gnos, Markus Vischer, Daniela Caleff and Karin Eckhardt-Hohl, Swiss Law on Limited Liability Companies (1st edn, Schulthess 2010) 97; Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 7) 722; Tütüncü (n 1) 4125

daki 1/5 şeklindeki oranın, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin sonucu olarak ortaya çıktığını kabul etmemize engel teşkil etmektedir. Buna karşın, 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile TTK'daki limited şirketler ve anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarları arasındaki 1/5 şeklindeki oransal ilişkiye bağlı kalındığı da kabul edilmelidir. Nitekim 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı 10.000 TL'den 50.000 TL'ye, esas sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ise 50.000 TL'den 250.000 TL'ye yükseltilerek limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ile esas sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı arasındaki 1/5 şeklindeki oransal ilişkinin devam ettirildiği görülmektedir²².

II. LİMİTED ŞİRKETLERDE ASGARİ SERMAYE MİKTARININ YETERLİLİĞİNİN VE SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİNİN EKONOMİK GELİŞMELER KARŞISINDA SORGULANMASI

A. Ekonomik Gelişmelerin Limited Şirketlerdeki Asgari Sermaye Miktarına Etkisi

Kanun koyucu TTK'da, limited şirketlerde asgari sermaye kuralı ile ilgili olarak tercihini, şirketin sahip olması gereken asgari bir sermayenin taahhüt edilmesini sermayenin korunması ilkesinin hayata geçirilebilmesi amacıyla bir zorunluluk olarak düzenleyerek kullanmış olsa da bu amacın gerçekleşebilmesi için öngörülen asgari sermaye miktarının bugün için gerçekçiliği, yeterliliği ve sürdürülebilirliği açısından ciddi soru işaretlerinin varlığı inkâr edilemez²³. Bu soru işaretleri, Türkiye'de yaklaşık 10

²² Limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarı ile anonim şirketlerdeki asgari sermaye miktarı arasında 1/5 şeklindeki oranın yetersiz olduğu, oranın 1/10 şeklinde kabul edilmesi gerektiği, bu sebeple limited şirketlerde asgari sermaye miktarı 50.000 TL ise anonim şirketlerde ise bu miktarın 500.000 TL olarak belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (7th edn, Oniki Levha Yayınevi 2012) 346, 347

²³ Şener tarafından 2017 yılında kaleme alınmış Limited Ortaklıklar Hukuku kitabında da tespit edildiği üzere, Kanun tarafından asgari sermaye miktarının belirlenmesinin özellikle şirketle işlem yapan üçüncü kişi alacaklılar için güvence teşkil etmesi, bu sebeple asgari sermayenin alacaklıların korunmasına hizmet etmesi, asgari sermaye miktarının belirlenmiş olmasının bir ciddiyet eşiği olarak anlam ifade etmesi, buna karşın yaşanan enflasyon ve reel ekonominin ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda kanuni asgari sermayenin oldukça düşük bir rakama karşılık gelmesi sebepleriyle, Yürütme Organının idari işleme (Cumhurbaşkanlığı) asgari sermaye miktarını artırma yetkisini kullanması gerektiği hakkında bkz. Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (n 2) 109. Ayrıca bkz. Funda Özden, 'Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme: Tek Kuruş Sermaye Ödemeksizin Limited Şirket Kuruluşu (TTK m. 585, c. 3) - Peki Yeterince İyi Düşü-

yıldır yeniden yaşanmakta olan enflasyonist ekonomik ortama rağmen, TTK'nın Resmi Gazete'de yayınlanarak kanunlaşmasından itibaren ancak 13 yıl geçtikten sonra 7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 10.000 TL'den sadece 50.000 TL'ye yükseltilmesi sebebiyle daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır²⁴. Dolayısıyla, enflasyon gerçeğine rağmen, bir yandan limited şirketlerde asgari sermaye miktarının güncellenebilmesi için 13 yıl beklenmiş olması bir yandan da 13 yıl sonra Cumhurbaşkanlığı Kararı ile asgari sermayenin sadece 50.000 TL olarak belirlenmesi günümüzün ekonomik gerçekleri ile uyumsuzluğu ve kanun koyucunun asgari sermaye kuralından beklentilerini karşılayabilme kabiliyetinden yoksunluğu sebebiyle eleştirilere konu olabilmektedir²⁵. Bu eleştirilerin haklılığını, Türk Lirasının TTK'nın Taslak çalışmasının tamamlandığı 2005 yılından günümüze kadar Amerikan Doları ve Euro kurları karşısındaki değer kayıplarından ve Türkiye'deki enflasyon oranlarından hareket ederek daha açık bir şekilde ortaya koyabiliriz.

Çalışmamızın bu kısmında önce hem kodifikasyon çalışmasının orijinal versiyonunda (TTK Tasarısının henüz TBMM genel kurulunda görüşülmeden önceki, komisyonlara sevk edildiği) öngörülen 25.000 TL, hem de kanunlaşan asgari sermaye miktarı olan 10.000 TL için 2005'ten günümüze yaşanan reel değer kaybını ortaya koymaya çalışacağız. Bu sayede kanun koyucunun asgari sermaye kuralının gerekliliğinden beklentileri

nülmüş mü?', (2022) 12(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1666, 1682; Tütüncü (n 1) 4129

²⁴ Kanuni asgari sermaye miktarı 10.000 TL iken asgari sermaye sınırı düzenlemesinin amacı ve asgari sermaye miktarının yaklaşık olarak en az 1/3'ünün şirketin kuruluş masrafları için harcandığı dikkate alındığında asgari sermaye miktarının şirketle hukuki ilişkiye girecek kimseleri korumak için elverişli olmaması sebebiyle Cumhurbaşkanı tarafından söz konusu miktarın artırılmasına yönelik yetkinin yakın zamanda kullanılması gerektiği hakkında bkz. Tütüncü (n 1) 4129

²⁵ Bu durum TTK Tasarısı 2005'te yayımlandıktan sonra Merhum Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu Hocamız tarafından aynı yıl (2005) kaleme alınan eserde de (19 yıl önce) ortaya konmuştu. Yazar, Tasarının ilk halinde limited şirketler için öngörülen 50.000 TL'ye itiraz edilemeyeceğini, buna karşın anonim şirketlerin asgari sermayesinin limited şirketlerin asgari sermayesinin on misli olması gerektiğini, dolayısıyla anonim şirketlerde asgari sermaye miktarının 500.000 TL olarak belirlenmesinin doğru olacağını ifade etmiştir. Bir başka deyişle, kanun koyucunun beklentileri dikkate alındığında bundan yaklaşık 19 yıl önce kaleme alınmış bir eserde dahi limited şirketler için kanuni asgari sermaye miktarının 50.000 TL olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Moroğlu (n 22) 346, 347. 19 yıl önce kaleme alınan bir eserde limited şirketlerde kanuni asgari sermaye miktarı için önerilen 50.000 TL'ye ancak 01.01.2024 tarihinde uygulanan 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile geçerlik kazandırılabilmesi, mevcut kanuni asgari sermaye miktarının olması gerekenden çok alt seviyede yer aldığı göstermesi sebebiyle kanaatimizce oldukça manidardır.

ile 01.01.2024'ten itibaren Cumhurbaşkanlığı Kararı ile güncellenerek geçerli olan asgari sermaye miktarının değeri arasındaki tutarsızlığı ortaya koymaya çalışacağız. Bu tespit ve değerlendirmeleri yaparken de başlangıç olarak 2005 yılının sonunu esas alacağız. Nitekim, 2000 yılında başlayan TTK kodifikasyon çalışması, Adalet Bakanlığınca görevlendirilen akademik kurul tarafından hazırlanan taslağın tamamlanmasını müteakiben Bakanlar Kurulunun imzalaması ile tasarı haline gelmiş ve TTK Tasarısı olarak 09.11.2005'te TBMM'ne sunulmuştur. Bu sebeple, günümüz koşulları dikkate alınarak kanun koyucunun saikin ve hedeflerinin gelişen süreçte asgari sermaye miktarının yeterliliği açısından gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili bir değerlendirme yapılırken başlangıç noktası olarak 2005 yılı son aylarının esas alınacağını ifade etmek isteriz.

30.12.2005'te 1 ABD Doları 1.34 TL, 1 Euro ise 1.58 TL'ye karşılık gelmekteydi²⁶. Buna göre, 10.000 TL yaklaşık 7.462,6 ABD Doları, 6.329,1 Euro ediyordu. Çalışmanın kaleme alındığı 22.12.2023 tarihi itibarıyla 1 ABD Doları 29,1344 TL, 1 Euro ise 32,1304 TL değerindedir²⁷. Güncel kur değerleri (22.12.2023) dikkate alındığında ise 10.000 TL asgari sermaye tutarı 343,236 ABD Dolarına ve 311,231 Euroya karşılık gelmektedir. 2005 Aralık'tan günümüze kadar TL karşısında ABD Doları 21,742 kat, Euro ise 20,335 kat artmıştır. Dolayısıyla güncel kur değerlerindeki ortalama artış oranı $(21,742 + 20,335 : 42,077) (42,077 / 2 : 21,0385)$ dikkate alındığında TTK yürürlüğe girdiğinde 10.000 TL olarak tespit edilen limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarının bugün itibarıyla olması gereken karşılığı $10.000 \times 21,0385 : 210.385$ TL olarak belirlenebilmektedir. Şayet TTK kodifikasyon çalışması Tasarı halindeyken benimsenen yaklaşım dikkate alınarak 25.000 TL olarak öngörülen asgari sermaye miktarı üzerinden bir güncelleme ve yeniden değerlendirme yapılırsa, olması gereken güncel asgari sermaye miktarı olarak $25.000 \text{ TL} \times 21,0385 : 525.962,5 \text{ TL'ye}$ ulaşılabilir. Benzer bir değerlemeyi enflasyon verileri üzerinden de yapabiliriz. Ancak bu noktada, bu güncellemeyi Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından duyurulan resmi enflasyon verileri ile gerçekleştirdiğimizi, buna karşın özellikle son yıllarda TÜİK tarafından sunulan enflasyon verilerine alternatif olarak bağımsız kurum ve kuruluşlar tarafından ortaya konan enflasyon verilerinin resmi verilerin iki katına varacak kadar daha yüksek çıktığını ifade etmek isteriz. TCMB'nin resmi web sayfasındaki tüketici fiyat endeksine göre enflasyon hesaplama verileri dikkate alınarak 31 Aralık 2005'teki 10.000 TL'nin

²⁶ <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023

²⁷ <https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023

22.12.2023'te olması gereken karşılığı 147.289,03 TL iken TTK Tasarısının ilk versiyonunda benimsenen asgari sermaye tutarı olan 25.000 TL'nin 22.12.2023'te olması gereken karşılık değeri aynı enflasyon verileri ile hesaplandığında 368.222,58 TL olarak hesaplanmaktadır²⁸.

İster döviz kurları isterse enflasyon oranları esas alınsın yukarıdaki hesaplamalardan yola çıkıldığında inkâr edilemeyecek bir gerçek vardır. O da limited şirketlerde öngörülen asgari sermaye kuralının miktarı kodifikasyon çalışmasının tasarı haline gelmesinden günümüze kadar (yaklaşık 18 yıl içerisinde) reel değerini nerdeyse tamamen yitirmiştir. Limited şirketlerdeki asgari sermaye miktarının reel değerinin kaybının derinliği TTK'nın Tasarı halinde öngörülen 25.000 TL'lik asgari sermaye miktarı dikkate alındığında daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. 18 yıl içerisinde gerçekleşen bu değer kaybının giderilmesi ve limited şirketlerde asgari sermaye miktarının güncel değerine geçerlik kazandırılabilmesi için Cumhurbaşkanlığı TTK'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık 11.5 yıl geçtikten sonra TTK m.580 f.2'de düzenlenen artırma yetkisini 24.11.2023 tarihli 7887 sayılı Kararı ile ilk kez kullanarak asgari sermaye miktarını 50.000 TL olarak belirlemiştir. Yukarıda yapmış olduğumuz hesaplamalar dikkate alındığında, TTK m.580 f.1'de limited şirketler için ilk olarak öngörülen 10.000 TL ve hatta Cumhurbaşkanlığının 7887 sayılı Kararı ile güncellenen 50.000 TL'lik asgari sermaye miktarının bugün itibarı ile gerçekçi ve yeterli olmaktan çok uzakta olduğu şüphesizdir. Cumhurbaşkanlığı tarafından limited şirketlerde asgari sermaye miktarının 50.000 TL'ye çıkartılması, enflasyonist ekonomik ortam ve döviz kurlarında yaşanan değişimler dikkate alındığında asgari sermaye miktarının öngörülmesindeki beklentilerin karşılanması açısından maalesef yetersiz bir girişim olarak nitelendirilebilir. Özellikle, asgari sermaye kuralının gerekliliği benimserken gerekçe olarak, şirketle ilişkiye giren üçüncü kişi alacaklıların, yatırımcıların ve ortakların menfaatlerinin korunması saikinin kabul edildiği dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı tarafından henüz yeni belirlenen 50.000 TL'lik asgari sermaye miktarının bu ihtiyacı bugün dahi karşılamadığı kabul edilmelidir.

²⁸ <<https://herkesicin.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/ekonomi/hie/icerik/enflasyon+hesapl+ayici>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2023

B. Limited Şirketlerde Asgari Sermaye Miktarının Yeterliliği ve Sürdürülebilirliği Hakkında Olması Gereken Hukuk Açısından Tespitlerimiz ve Önerilerimiz

Limited şirketlerde geçerlik kazanan asgari sermaye kuralından beklentilerin karşılanabilmesi için öngörülen asgari sermaye miktarının yeterliliği ve sürdürülebilirliği olmazsa olmaz bir koşuldur. Sermayenin korunması ilkesinin hayata geçirilebilmesi ve bu sayede alacaklıların, ortakların, yatırımcıların ve kamunun menfaatlerinin gözetilebilmesi için TTK m.580 ve 7887 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile geçerlik kazanan 50.000 TL’lik asgari sermaye miktarı günümüzün ekonomik gerçekleri ve karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmeler dikkate alındığında yeterli ya da sürdürülebilir seviyede midir? Bu soruya vereceğimiz cevap “Hayır” olacaktır²⁹.

Sermayenin korunması ilkesinin hayata geçirilebilmesi için TTK ile bağımsız denetim, şirkete borçlanma yasağı, internet sayfası yükümlülüğü, işlem denetçiliği, nakit sermaye koyma borcunun tamamının şirketin tescilinden önce yerine getirilmesi zorunluluğu gibi reform niteliğindeki düzenlemelere geçerlik kazandırılmış olmasına rağmen, 6335 sayılı Kanun ile başlayan müdahaleler sebebiyle işaret ettiğimiz düzenlemelerde değişikliklere gidilmiş ve bu değişiklikler söz konusu düzenlemeleri ilga ederek (işlem denetçiliğinin kaldırılması gibi) ya da yumuşatıp esnekleştirerek (nakit sermaye taahhütlerinin tamamının şirketin kuruluşundan sonra yerine getirilebilmesine imkân tanınması gibi) TTK kodifikasyon çalışmasına ilham veren reform iddiasından maalesef vazgeçilmesine sebebiyet vermiştir.

TTK ile sermaye yapısı güçlü, AB yatırım iklimine uygun, rekabet gücü yüksek Türk sermaye şirketlerinin varlığı hedeflenmiş ve bu sebeple şirketleşme olgusunun asgari sermaye miktarı dahil koşulları ağırlaştırılmak istenmiştir³⁰. Bu sayede tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanan kötüniyetli şirket kuruluşlarının önüne geçilmek hedeflenmiştir³¹. Asgari

²⁹ Asgari sermaye miktarının alacaklıların menfaatlerinin korunması için gerekli olmadığı, asıl önemli olanın sermayenin tesisi ve korunmasına ilişkin olarak önlem alınmasının olduğu hakkında bkz. Şener, Ortaklıklar Hukuku (n 13) 674; Alışkan (n 17) 131

³⁰ Kanun koyucunun limited şirketleri yeni anlayışla düzenlemeyi tercih etmesinin isabetli bir tercih olmadığı, Türkiye’nin gerçeklerine, Türk limited şirketler pratiğine uymadığı, Türkiye’de halen küçük işletmelerin bir sermaye şirketi olarak işletilmesi şeklindeki yaklaşımın devam ettiği ve limited şirketlerin bu ihtiyacı giderdiği, limited şirketlerin sayısının anonim şirketlerden daha fazla olduğu, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için uygun olduğu hakkında bkz. Alışkan (n 17) 85, 86

³¹ TTK Tasarısı 3-5

sermaye miktarının yeterli ve gerçekçi bir şekilde belirlenmesi kanun koyucunun bu yöndeki beklentilerinin karşılanabilmesi için önem arz etmektedir. Buna karşın, limited şirketlerde asgari sermaye miktarının ülkemizde yaşanan enflasyonist ekonomik ortama rağmen uzun yıllar geçtiği halde güncellenmemesi, yaşanan ekonomik gelişmelere uyum sağlanabilmesi için kendisine yetki ve görev yüklenen Cumhurbaşkanlığı tarafından asgari sermaye miktarına 7887 sayılı Kararına kadar müdahale edilmemesi de kanun koyucunun TTK Gerekçesinde altını çizdiği reform iddiasından vazgeçildiğini ortaya koyan bir diğer işarettir. Cumhurbaşkanlığının TTK m.580 f.2’de düzenlenen asgari sermaye miktarını 10 katına kadar artırma şeklindeki yetki ve aynı zamanda görevini Kanunun yürürlüğe girmesinden 11.5 yıl geçtikten sonra 7887 sayılı Kararı ile ilk kez kullanması ve bunun neticesinde asgari sermaye miktarının 50.000 TL’ye çıkartılması da bir önceki başlıkta yapmış olduğumuz hesaplamalar ve değerlendirmeler dikkate alındığında, güncel asgari sermaye miktarının bugün itibarıyla yeterli veya sürdürülebilir bir seviyede olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Asgari sermaye miktarının yeterliliği ve sürdürülebilirliği ile ilgili değerlendirme yapabilmemiz için karşılaştırmalı hukukta 1 Pound / 1 Euro sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişmelere de kısaca değinmemiz gerekmektedir³². Birleşik Krallık şirketler hukuku ile ortaya çıkan 1 Pound sermayeli (sembolik sermayeli) limited şirketler ile rekabet edebilmek için Almanya’nın başını çektiği kıta Avrupası ülkelerin şirketler hukukunda 1 Euro sermayeli limited şirketlere geçerlik kazandırılmıştır³³. AB üye ve aday ülkelerinin neredeyse tamamında 1 Euro (1 Para birimi) ile limited şirketlerin kurulabilmesi mümkün kılınmışken iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. Geleneksel limited şirketlerin yanında 1 Euro ile kurulabilen farklı bir tür limited şirketlere geçerlik kazandıran ve Almanya’da benimsenen düalist yaklaşım ve geleneksel limited şirketlerde sermaye miktarının 1 Euro olarak belirlenebilmesini esas sözleşmede açıkça göstermek kaydıyla mümkün kılan monist yaklaşım³⁴. Türk şirketler hukuku açısın-

³² 2005 öncesi Alman şirketler hukukundaki gelişmeler ve özellikle limited şirketlerdeki sınıraşan hareketler sebebiyle şirket kurma özgürlüğü çerçevesindeki Adalet Divanı kararlarının etkileri hakkında bkz. Leyens (n 18) 1409. Birleşik Krallık şirketler hukukunda asgari sermaye kuralı hakkında bkz. Alan Dignam and John Lowry, *Company Law* (8th edn, Oxford University Press 2014) 119; Carsten Gerner-Beuerle and Michael Schillig, *Comparative Company Law* (1st edn, Oxford University Press 2019) 743

³³ Beurskens and Noack (n 20) 1083; Tütüncü (n 1) 4124, 4125

³⁴ Birleşik Krallık şirketler hukukunda geçerlik kazanan 1 Pound sermaye ile kurulabilen limited şirketler ile kıta Avrupası hukuk sistemlerinde geçerlik kazanan 1 Euro sembolik sermayeli limited şirketlere ilişkin gelişim hakkında bkz. Alessio Bartolacelli, ‘Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition, European’

dan bugün itibarıyla limited şirketlerde sermayenin 1 TL (sembolik sermayeli) olarak belirlenebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme için henüz hazırlık çalışması yoktur. Bu konu şirketler hukuku kodifikasyon çalışmaları ile ilgili inisiyatif sahibi kurumların henüz gündeminde değildir. TTK 30'dan fazla kez kanun değişikliğine konu olmasına rağmen asgari sermaye kuralını ortadan kaldıran, sembolik sermayeli limited şirketlerin kuruluşuna izin veren bir kanun değişikliği girişimi henüz gündeme gelmemiştir. Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı, limited şirketlerde asgari sermaye miktarını 50.000 TL'ye çıkartarak kanuni asgari sermayenin, en azından güncel ekonomik gelişmeler karşısında reel değerini kaybedene kadar, sembolik bir değerde kalmasına engel olmuştur. Böylece, 1 TL (sembolik sermayeli) sermayeli limited şirketlerin *de facto* geçerlik kazanmasının önüne şimdilik geçilmiştir.

Asgari sermaye kuralının sorgulanmadığı, sembolik sermayeli limited şirketlerin tartışılmadığı, buna karşın asgari sermaye miktarının Cumhurbaşkanlığının artırımına rağmen yetersiz kaldığı, kurumsallaşma, denetlenebilirlik, şeffaflık ve sermayenin korunması gibi hedeflerden uzaklaşan yürürlükteki hukuki rejimin TTK'nın Gereğesinde işaret edilen hedeflerle, Türkiye'nin ekonomik ve sosyal yapısıyla, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerle, kanun koyucunun TTK'yı kaleme alırken dayandığı motivasyon kaynakları ile ve tabi ki Türkiye'nin her şeye rağmen varlığını sürdüren AB üyeliği vizyonu ile uyumlu olmadığı açıktır. Olması gereken ise bir yandan limited şirketlerin kuruluşundaki gereklilikleri, standartları yükseltmek bir yandan da şirketin yönetimini, denetimini ve sermayenin korunmasını sıkı tedbirlerle disiplin altına almaktır. Kanun koyucu tercihini 1 TL'lik sembolik sermayeli limited şirketler olgusu için kullanmadığı müddetçe limited şirketlerde asgari sermaye gerekliliğine ilişkin koşulların miktar açısından reel ekonomik gerçekler ile uyum sağlanacak şekilde zorlaştırılması, bir başka deyişle şirket tüzel kişiliğinden alacaklı olan üçüncü kişiler, ortaklar ve kamunun haklarının korunmasına hizmet edebilecek bir seviyede 2005 Aralık'tan günümüze kadar yaşanan değer kayıplarının telafi edilebileceği, döviz kurları ve enflasyon oranları ile uyumlu

(2017) 14(1) *Company and Financial Law Review* 187, 187-233; Alessio Bartolacelli, *Capital Requirements and the Abuse of Companies* in Hanne S. Birkmose, Mette Neville and Karsten Engsig Sorensen (eds) *Abuse of Companies* (1st edn, Kluwer Law International 2019) 179, 179-209. Asgari sermaye kuralının gerekliliği ile ilgili karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkan yaklaşımlar hakkında ayrıca bkz. Prasad Krishnamurthy, 'Rules, Standards, and Complexity in Capital Regulation' (2014) 43(2) *The Journal Of Legal Studies* 273, 273-296; Wolfgang Schoen, 'The Future of Legal Capital' (2004) 05(3) *European Business Organization Law Review* 429, 429-448

şekilde asgari sermaye miktarının yeniden belirlenmesi ideal bir limited şirketler hukuku için önerilerimiz olarak sayılabilir³⁵. Zira, Türk hukuku açısından asgari sermaye kuralı hakkında limited şirketler için geçerli olan hukuki rejim sürdürülebilir değildir. Bu olumsuz durumun ortadan kaldırılması ihtimalinde, bir daha yaşanmaması amacıyla Cumhurbaşkanlığının TTK m.580 f.2’de düzenlenen kanuni asgari sermaye miktarını 10 katına kadar artırma yetki ve görevini her yıl düzenli bir şekilde ekonomik gelişmelere bağlı olarak kullanması, her yıl ortaya çıkan döviz kurlarına, altın fiyatlarına ya da enflasyon verilerine göre yeniden değerlendirilerek limited şirketlerde asgari sermayenin yeniden belirlenerek güncelliğin sağlanması da olması gereken açısından önerilerimiz arasında yer almaktadır.

Ancak, limited şirketlere kanun koyucunun neden ihtiyaç duyduğu da bu noktada göz ardı edilmemelidir. Türk ticaret uygulamasında limited şirketler özellikle küçük ve orta ölçekli faaliyet konuları için tercih edilmektedir. Sınırlı sorumluluk, tüzel kişilik gibi sermaye şirketlerine özgü ilkelerin sağladığı kolaylıklardan yararlanmak isteyen girişimcilerin önü olması gerekenden daha yüksek bir asgari sermaye miktarına geçerlik kazandırılarak kapatılmamalıdır³⁶.

Limited şirketlerin kurulabilmesi için asgari sermaye gerekliliği miktar açısından olması gereken seviyede belirlenmediği gibi limited şirketlerin bağımsız denetimi, şeffaf ve kurumsal yönetimi ve sermayenin korunması için tedbir mahiyetinde sıkı bir hukuki disiplin sağlayan düzenlemelere de yer verilmemiştir. İşaret edilen bu çarpıklığın giderilmesi için yapılması gerekenlerin ideali, TTK’nın Gerekçesindeki hedeflerin hayata geçirilmesidir. Bir başka deyişle, TTK’da fabrika ayarlarına geri dönülmesidir. Bunun için öncelikle, limited şirketlerin kuruluşu için esasa ve şekle ilişkin koşulların ağırlaştırılması ve dolayısıyla asgari sermaye miktarının ortakların, alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin korunmasına hizmet edecek bir seviyeye güncel ekonomik veriler ile uyumlu, döviz karşılıkları ve enflasyon oranlarını takip edecek bir seviyeye yükseltilmesi gerekmektedir. Buna ilaveten, limited şirketlerde nakit sermaye taahhütlerinin ta-

³⁵ Aksi yönünde görüş için bkz. Tütüncü (n 1) 4129. Yazar, asgari sermaye eşliğinin mevcut halinin alacaklıların korunması hedefini yerine getirmekten oldukça uzak olmasına rağmen, asgari sermaye miktarının küçük ve orta ölçekli işletmelerin şirketleşebilmeleri ve sınırlı sorumluluk imkanından faydalanabilmeleri için söz konusu meblağın artırılması, bununla birlikte alacaklıların korunmasına yönelik etkin başkaca tedbirlerin alınması gerektiği, bu sayede asgari sermaye sınırı uygulamasının tamamen terk edilmesinin de gündeme gelebileceğini belirtmektedir.

³⁶ Ayrıca bkz. Tütüncü (n 1) 4129

mamının kuruluştan önce yerine getirilmesi bir mecburiyet olarak Kanunun Resmi Gazete’de 14.02.2011’de yayınlandığı ilk versiyonuna sadık kalınarak yeniden düzenlenmelidir. Limited şirketlerde kuruluşun koşullarının ağırlaştırılmasına ilaveten sermayenin korunması, denetlenebilirlik, şeffaflık, kurumsal yönetim ve hesap verilebilirlik ilkeleri ışığında limited şirketlere ilişkin hukuki rejimde bir anlamda Kanunun Resmi Gazetede yayınlanan ilk versiyonundaki yaklaşımına dönülmelidir. Dolayısıyla, bağımsız, tarafsız, profesyonel ve bütünsel bir denetim mekanizmasına ayırım yapılmaksızın tüm limited şirketlerde geçerlik kazandırılması, hem ortaklar hem de müdürler için şirkete borçlanma yasağının açık bir şekilde ve kesin çizgilerle esnetilemeyecek ölçüde yeniden kaleme alınması, limited şirketlerde müdürlerin sahip olmaları gereken eğitim, ehliyet, tecrübe vs. koşullarının kurumsal ve profesyonel yönetim ilkelerine uygun olarak yeniden belirlenmesi, limited şirketlerin tamamının internet sitesi kurma mecburiyetine tabi tutulması vb. doğrultusundaki düzenlemelere geçerlik kazandırılmalıdır. Buna ilaveten, 1923’ten sonra Türkiye’nin Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olmak için gayret gösterdiği, bu gayretin son halkasının da 1999 Helsinki AB Zirvesi ile AB aday ülke statüsünden kaynaklanan iç hukuk sisteminin AB hukuku müktesebatı ile uyumlu hale getirilmesi için yürütülen kodifikasyon reformu süreci olduğu, bu sürecin durağan olmadığı ve sürekli güncellenmeyi gerektirdiği, bu sebeplerle türlü eksikliğine rağmen TTK’nın 2012’de yürürlüğe girmesi ile bu sürecin tamamlanmış olmadığı, sonuç itibarıyla, 1 TL’lik (sembolik sermayeli) limited şirketlere düalist yaklaşıma bağlı kalınarak (klasik limited şirketlerin yanında limited şirketlerin özel hükümlere tabi tutulduğu bir alt türü olarak) geçerlik kazandırılmasının yerinde olduğu, bu sayede bir yandan klasik limited şirketlerde asgari sermaye miktarının çalışmamızda yapmış olduğumuz hesaplamalar ile uyumlu olacak, sermayenin korunması ilkesinin hayata geçirilmesine katkı sağlayacak seviyeye çıkartılması, bir yandan da Türk ticaret hayatında daha çok küçük ve orta ölçekli işletmelerden oluşan ve henüz kurumsallaşmanın başında yer alan şirketleşme çabalarının yaygınlığı dikkate alındığında, küçük birikim sahiplerinin bu birikimlerini yatırıma dönüştürebilmelerine olanak sağlamak ve bu sayede Anayasa’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça ifade edilen teşebbüs ve rekabet hürriyetinin etkin olmasına imkân tanımak, küçük birikimlerle de şirketleşme olgusunun faydalarından yararlanmak isteyenlerin önünü açmak amacıyla asgari sermaye gerekliliği sembolik olarak belirlenen limited şirketlere Türk hukukunda da geçerlik kazandırılması olması gereken açısından diğer önerilerimiz olarak öne çıkmaktadır.

SONUÇ

Limited şirketlerde asgari sermaye kuralının gerekli olup olmadığı ile ilgili tartışmalar karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde sembolik sermayeli limited şirketlerin kabul edilmesi ile sonuçlanmış olsa da Türk hukukunda asgari sermayenin limited şirkete tahsisi halen kanun koyucu tarafından benimsenen bir zorunluluk olarak geçerliğini korumaktadır. Nitekim asgari sermaye kuralını kaldırmayan, 1 TL sembolik sermayeli limited şirketleri gündemine almayan kodifikasyonla yetkili hukuk çevrelerine ilaveten Cumhurbaşkanlığı 7887 sayılı Karar ile limited şirketlerde asgari sermayeyi 50.000 TL'ye çıkarmış ve bu sebeple Karara kadar geçerli olan 10.000 TL'lik asgari sermayenin zaman içerisinde *de facto* sembolik bir asgari sermayeye dönüşebilmesine de şimdilik engel olmuştur. 1 TL sembolik sermayeli limited şirketlere klasik limited şirketlerin yanında geçerlik kazandırılması TTK ile hedeflenen AB hukuku ile uyum sağlama hedefinin bir yansıması olarak önerilebilir. Ancak bu durum, klasik limited şirketlerde asgari sermaye miktarının sermayenin korunması ilkesini hayata geçirebilecek, gerçekçi ve yeterli bir seviyede belirlenmesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır.

Asgari sermaye kuralının, limited şirkete asgari sermaye miktarının taahhüt edilmesinin emrediciliği yönünde bir şüphe bulunmamaktadır. TTK m.580 ve Cumhurbaşkanlığının 7887 sayılı Kararı ile limited şirketlerde söz konusu asgari sermaye miktarı 01.01.2024'ten itibaren 50.000 TL olarak geçerlik kazanmıştır. Bu noktada güncel asgari sermaye miktarının ekonomik gelişmelerle uyumlu olmadığı da açıktır. Nitekim TTK kodifikasyon çalışmasının Tasarı haline geldiği tarih olan 09.11.2005'ten günümüze kadar yaşanan ve özellikle son 10 yıldır etkisini güçlü bir şekilde yeniden hissettiren enflasyonist ortam sebebiyle 50.000 TL'lik güncel asgari sermaye miktarı dahi kanun koyucunun asgari sermaye kuralına duyduğu gereksinimi karşılamaktan çok uzaktadır. Kanun koyucunun asgari sermaye miktarını kanun değişikliği ile artırmaması, kanun koyucu tarafından yetkili ve görevli kılınan Cumhurbaşkanlığının 7887 sayılı Kararına kadar asgari sermaye miktarına müdahale etmemesi asgari sermaye miktarının geline süreçte sürdürülebilirlikten uzak ve yetersiz kalmasına neden olmuştur. Bu olumsuz durum 7887 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile güncellenen 50.000 TL'lik asgari sermaye miktarı için de geçerlidir. İster döviz kurlarındaki değişiklik isterse de güvenilirliği sorgulanan TCMB verilerine yansıyan enflasyon oranları dikkate alınsın yaşanan ekonomik gelişmelere göre kanun koyucunun asgari sermaye kuralından beklentilerini karşılayabilecek kabiliyette olması gereken asgari sermaye miktarı bugün için 50.000 TL'nin 4 katından az olmamalıdır. Cumhurbaşkanlığının TTK m.580 f.2'de düzenlenen kanuni asgari sermaye miktarını 10

katına kadar artırma yetkisini ve görevini güncel ekonomik gelişmelere göre her yıl yeniden değerlendirme yaparak kullanması bu noktada asgari sermaye miktarının gerçeklikten yoksun kalmasının da önüne geçebilecek bir tedbir olarak ortaya konabilir.

KAYNAKÇA

Alışkan M, Limited Şirketler Tarihçe Niteliği (1st edn, Legal Yayınevi 2013)

Ayaz E, Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları (2nd edn, Seçkin Yayınevi 2014)

Aydoğan F, 'Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda Yapılan Değişiklikler' (2009) 25(3) Batider 391-421

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (3rd edn, Yetkin Yayınevi 2021)

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (15th edn, Beta Yayınevi 2021)

Bartolacelli A, 'Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition' (2017) 14(1) European Company and Financial Law Review 187-233

Bartolacelli A, Capital Requirements and the Abuse of Companies in Birkmose H S, Neville M and Sorensen K E (eds), Abuse of Companies (1st edn, Kluwer Law International 2019) 179-209

Başaran M Ş and Aydın F, Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Tüm Yönleri ile Limited Şirketler (1st edn, Bilge Yayınevi 2011)

Becchio B, Wehinger U, Farha A S and Siegel S, Swiss Company Law (2nd edn, Kluwer Law International Verlag 1996)

Beurskens M and Noack U, 'The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?' (2008) 9(9) German Law Journal 1069-1092

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (6th edn, Dora Yayınevi 2018) (Şirketler Hukuku Dersleri)

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9th edn, Dora Yayınevi 2013) (Şirketler Hukuku)

Bozkurt T, Ticaret Hukuku Cilt II Şirketler Hukuku (3rd edn, Kuram Yayınevi 2016)

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

Çebi H, Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Adalet Yayınevi 2019) (Limited Şirketler Hukuku)

Çığışar M G, Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Rehni (1st edn, Seçkin Yayınevi 2019)

Dignam A and Lowry J, Company Law (8th edn, Oxford University Press 2014)

Gerner-Beuerle C and Schillig M, Comparative Company Law (1st edn, Oxford University Press 2019)

Gnos U P, Vischer M, Caleff D and Eckhardt-Hohl K, Swiss Law on Limited Liability Companies (1st edn, Schulthess 2010)

Hamamcıoğlu E, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi (1st edn, Yetkin Yayınevi 2022)

Karaköse O, Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri (1st edn, Seçkin Yayınevi 2022)

Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, Oniki Levha Yayınevi 2016)

Kortunay A, ‘Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler’ (2009) 25(3) Batider 317-341

Krishnamurthy P, ‘Rules, Standards, and Complexity in Capital Regulation’ (2014) 43(2) The Journal Of Legal Studies 273-296

Leyens P C, ‘German Company Law: Recent Developments and Future Challenges’, (2005) 6(10) German Law Journal 1407-1417

Moroğlu E, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (7tg edn, Oniki Levha Yayınevi 2012)

Özdin F, ‘Girişimcileri Teşvik Amaçlı Bir Düzenleme: Tek Kuruş Sermaye Ödemeksizin Limited Şirket Kuruluşu (TTK m. 585, c. 3) - Peki Yeterince İyi Düşünülmüş mü?’ (2022) 12(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1666-1701

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (13th edn, Vedat Yayınevi 2017)

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

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II (2nd edn, Adalet Yayınevi 2014) (Şirketler Hukuku Şerhi)

Pulaşlı H, ‘Limited Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar’ (2009) 25(2) Batider 37-54

Schoen W, ‘The Future of Legal Capital’ (2004) 5(3) European Business Organization Law Review 429-448

Şener O H, Limited Ortaklıklar Hukuku (1st edn, Seçkin Yayınevi 2017) (Limited Ortaklıklar Hukuku)

Şener O H, Ortaklıklar Hukuku (5th edn, Seçkin Yayınevi 2022) (Ortaklıklar Hukuku)

Tütüncü M, Sermaye TTK m.580 in Şenocak K (ed), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV (1st edn, Seçkin Yayınevi 2023)

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınevi 2007)

“TİCARET ORTAKLIKLARININ KİŞİLİK DEĞERLERİNİN KORUNMASI AÇISINDAN HAKSIZ REKABET İLE SALDIRIYA SON VERİLMESİ DAVALARININ KARŞILAŞTIRILMASI”

(COMPARISON OF THE CASES FOR UNFAIR COMPETITION AND TERMINATION OF ATTACK IN TERMS OF PROTECTION OF PERSONALITY VALUES IN COMMERCE PARTNERSHIPS)

Dr. İbrahim Akan ÖZDEMİR**

ÖZ

Ticaret ortaklıkları, TTK md. 125/1 hükmü gereğince tüzel kişi vasfına sahip olmaları neticesinde, TMK md. 48 hükmünde ifade edildiği gibi “insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara” sahip olacaktır. Böylece bir ticaret ortaklığının kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir eylemde bulunulması halinde, ilgili ortaklık kişilik hakkının korunmasına yönelik olarak saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men’i talebiyle dava açma imkanından faydalanabilecektir. Teknolojik gelişmelerin neredeyse artık ayak uyduramaz seviyedeki hızı neticesinde gündeme daha sık gelmeye başlayan kişilik değerlerinin ihlaline ilişkin eylemler açısından, internet ve sosyal medyanın cüretli tavrı, ticaret ortaklıklarını da yaygın biçimde etkiler hale gelmiştir. Kaygı verecek düzeyde kolaylaşan kişilik hakkı ihlallerine karşı, ticaret ortaklıklarının hukuken sahip oldukları korunmaya dair reflekslerini yeniden gözden geçirmek makul bir tercih olacaktır. Bu anlamda aynı paralellikte hükümler içermekle korunma talebi açısından hakların yarışması imkanının bulunması-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 11.03.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.04.2024 tarihinde birinci hakem; 20.04.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Öğretim Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akanozdemir@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8146-0775

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; ÖZDEMİR, İbrahim Akan, “Ticaret Ortaklıklarının Kişilik Değerlerinin Korunması Açısından Haksız Rekabet ile Saldırıya Son Verilmesi Davalarının Karşılaştırılması”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 147-206.

na rağmen, birtakım farklılıklara da sahip iki kavram olarak haksız rekabet ve saldırıya son verilmesi davalarının karşılaştırılma ihtiyacı, çalışma konusunun seçiminde temel motivasyonu oluşturmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Değeri, Haksız Rekabet, Saldırı, Korumaya Dava, Ticaret Ortaklıkları

ABSTRACT

As a result of being a legal entity in accordance with the provision of Turkish Commercial Code art. 125/1, commerce partnerships will have "all rights other than those related to human characteristics" as stated in the Turkish Civil Code art. 48. Thus, in case of an unlawful attack on the personal values of a commercial partnership, the relevant partnership will be able to benefit from the opportunity to file a lawsuit to demand the protection or prohibit unfair competition of its personality right. The audacious attitude of the internet and social media in terms of attack on personality values, which have started to come to the agenda more frequently as a result of the almost uncontrollable speed of technological developments, has also started to widely affect commerce partnerships. In this sense, although there is the possibility of competing rights in terms of the demand for protection by containing the same parallel provisions, the need to compare unfair competition and cessation of aggression cases, which are two concepts with some differences, constituted the main motivation in choosing the subject of the study.

Keywords: Personality Value, Unfair Competition, Attack, Protective Case, Commerce Partnerships

GİRİŞ

Kişilik kavramı, gerçek ve tüzel kişilerin sahip oldukları temel kişilik değerlerinin bütünüdür. Söz konusu değerlerin tamamını hukuki korunma şemsiyesi altına alan kavram ise kişilik hakkıdır. Hukuk düzeni tarafından korunan bu kişilik değerlerinin birtakım saldırılara maruz kalması muhtemeldir.

Tüzel kişiler de tıpkı gerçek kişiler gibi sahip oldukları kişilik hakkı nedeniyle hukuki korunma kavramının öznesi olabilecektir. Bu doğrultuda tüzel kişilik vasfına sahip ticaret ortaklığı da kişilik hakkına yönelik maruz kaldıkları saldırılara karşı korunma imkanından faydalanabileceklerdir. Ortaklıkların korunmaya değer kişilik değerleri arasında şerefi, haysiyet

ve itibarı, ekonomik bütünlüğü, özgürlüğü ve iktisadi varlığı, unvanı, özel ve gizli alanı sayılabilecektir.

Kişilik hakkının korunmasına yönelik koruyucu davalar hususunda yasa koyucunun Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 25 düzenlemesi yanında haksız rekabet neticesinde ortaya çıkacak ihlal eylemleri açısından da TTK md. 54 vd. hükümlerini ihdas ettiği görülmektedir. Birbirleriyle paralel nitelikte olan düzenlemelere bakıldığında, kişilik değerleri ihlal edilen kimseler tarafından “saldırı tehlikesinin önlenmesi” veya “sürmekte olan saldırıya son verilmesi” ya da saldırının “hukuka aykırılığının tespiti” hususunda dava açılabilir. Her iki kavram açısından öncelikle kişilik hakkına yönelik davranışın hukuka aykırı nitelikte olup olmadığı ya da hukuka uygunluk sebeplerini içerisinde barındırıp barındırmadığının tespiti doğru sonuca varılması açısından kıymetlidir.

Kişilik hakkına yönelik saldırının önlenmesinin artık çok güçleştiği bu hız çağında, saldırıya son verilmesine yönelik dava imkanı daha da ön plana çıkmaktadır. Böylece kişilik hakkına saldırıda bulunulmuş olan bir ticaret ortaklığı, kendini koruyabilmek adına -tıpkı gerçek kişiler için geçerli olduğu üzere- söz konusu saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men’i hususunda dava açma yoluna başvuru yapabilecek, bununla birlikte ayrıca mahkemeden kararının yayımlanmasını da talep edebilecektir.

Özellikle teknoloji ve internetin sağladığı birtakım fırsatlar neticesinde, herhangi bir hususu eleştirme veya yorumlama açısından entelektüel kapasitesi müsait olmayan kendi halinde bir insan dahi, akıllı telefonu ve internet erişimi yardımıyla, sosyal medya veya şikayet siteleri üzerinden toplumun büyük bir kesimini olumsuz şekilde etkileme ve hatta yönlendirebilme imkanını cebinde taşımaktadır. Böylelikle kişilik hakkı ihlallerinin gün geçtikçe artması ve daha sık gündeme gelmesi karşısında, saldırıya son verilmesi açısından yasal korunma imkanına dair birtakım olasılıkların dikkatle ve yeniden gözden geçirilmesinin yerinde ve faydalı olacağı düşünceyle çalışmamızda, haksız rekabetin men’i ve saldırıya son verilmesi davaları açısından muhtemel durumların titizlikle irdelenmesine gayret edilmiştir.

I. TİCARET ORTAKLIKLARININ KİŞİLİK DEĞERLERİNİN KORUNMASI

A. Genel Olarak

Kişilik hakkı kavramı¹, kişilerin hukuki alemde “*var olmaları*” nedeniyle sahip oldukları, isim, resim, şeref ve haysiyet, özel ve gizli hayat

¹ Kişilik hakkı ifadesiyle nitelenen kavram, kişisel değerlerin farklı görünüşlerinin tamamını içerisinde barındırmakta olan genel bir hakkı ifade etmektedir. Buradan hareketle

alanı, kişisel veriler, meslek ve ticari itibar gibi “*kişisel değerler*”in hukuk düzeni tarafından “*korunması*” amacına yönelik bir hak olarak tanımlanabilir². Kişilik hakkı ve korunması hususu Türk ve İsviçre hukukunda düzenlenirken, söz konusu kişisel değerler tek tek sayılmak yerine, kavrama dair bir genel çerçeve oluşturulmak suretiyle, içeriğinin doldurulmasına ilişkin tercihin öğreti ve yargı kararlarına bırakıldığı gözlenmektedir³.

“kişilik hakları” deyimi yerine tek bir hak olarak, öğretideki yaygın eğilim doğrultusunda, “kişilik hakkı” ifadesinin kullanılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Serap HELVACI, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I) (Beta Yayınları 2001) 42; Halûk TANDOĞAN, ‘Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması’ (1963) XX (1) AHFD 1, 14; Hüseyin HATEMİ, Kişiler Hukuku (7th, On iki levha Yayıncılık 2018) 66 prg.2; Mustafa DURAL and Tufan ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku (II) (23th, Filiz Kitabevi 2022) 102 prg.499; Kemal ATASOY, ‘Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası’ (Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan Özel Sayı) (2016) 1 (3) MÜHF-HAD 269, 272; Murat DOĞAN, ‘İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde)’ (2003) 7 (1-2) AÜEHFD 387, 389. Ayrıca kişilik hakkı kavramının TMK 24/I’de tekil olarak zikredilmiş olmasına rağmen, maddenin devamında çoğul olarak kullanılmasının, tek bir kişilik hakkının varlığını kabul eden kanun koyucunun bu görüşü ile çeliştiği hususunda bkz. Serap HELVACI, Gerçek Kişiler (7th, Legal Yayıncılık 2016) 145 dpn.440

² Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ and Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (17th Filiz Kitabevi 2018) 167,186; HATEMİ, (n 1) 75 prg.39; Jale AKİPEK, Turgut AKINTÜRK and Derya ATEŞ, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (I) (17th, Beta Yayınları 2021) 348; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 130 ff

³ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 172; Rona SEROZAN, ‘Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler’ (1977) 11 (14) MHAD 93, 93; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 103 dpn.263; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 102 prg.500; DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 392; ATASOY, (n 1) 271. Gerçekten de hızla ilerleyen teknoloji ve bu değişimle gündeme gelecek olan yeni kavramlar, kişilik değerleri açısından da birtakım yeni durum ve farklı bakış açıları geliştirme ihtiyacı doğuracaktır. Bu nedenle söz konusu esnek tavrın daha gerçekçi ve daha makul olacağı söylenebilir. Wolf SIEBERT, (çeviri Bilge ÖZTAN) ‘Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler’ (1969) 26 (1-2) AHFD 217, 226; Mine KAYA, ‘Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması’ (2010) 68 (4) Ankara Barosu Dergisi 279, 280. Buna karşın Alman Medeni Kanunu (BGB) md. 823/I’de bu konu hükme bağlanırken, Türk ve İsviçre hukukuna nazaran farklı bir yolun izlenerek kişilik hakkı kapsamında korunmakta olan kişisel değerlerin yasada sayıldığı gözlenmektedir. Hükümde kişilik hakkına saldırının haksız fiil niteliği öne çıkarılarak kişinin özgürlüğüne, sağlığına, hayatına ve malvarlığına yönelik olarak saldırıda bulunulması halinde meydana gelecek zararların tazmini yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Bu genel çerçeveye ilişkin yasal düzenlemelere ticaret ortaklıkları açısından bakıldığında “*kişilik hakkının korunması*” hususunda TMK md. 23, 24, 25 hükümleri karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında -aynı doğrultudaki korumaya yönelik- “*haksız rekabet*” kavramı bakımından Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 57 ve 58 ile Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 54 vd. hükümlerinin ihdas edilmiş olduğu görülmektedir. Yasa koyucu tarafından haksız rekabet oluşturacak hususlara TTK md. 55 hükmünde -biraz daha ayrıntılı şekilde olmakla birlikte- tıpkı TMK’da tercih edildiği gibi sınırlandırılmaksızın, örnekleme yoluyla işaret edilmektedir.

B. Kişilik Hakkı Kavramı

Mutlak bir hak olan kişilik hakkının korunması bakımından öne çıkmakta olan gerek TMK md. 23, gerekse TMK md. 24 hükümleri, kişiyi dıştan gelen tehlikelere karşı korumak üzere düzenlenmiştir⁴. Ancak bu iki madde arasında bir ayrım söz konusudur. Kişilik hakkının korunmasına yönelik amaç, TMK md. 23’de kişiliğin “*hukuki işlem*” vasıtasıyla saldırıya uğraması ihtimali üzerinden düzenlenmekteyken; TMK md. 24’de ise “*hukuka aykırı fiil*” ile yapılacak olan saldırılar açısından hükme bağlanmıştır⁵.

Tüzel kişiler de kişilik hakkına sahip olduklarından, bu hakka dair hukuki korunma imkanından faydalanabileceklerinin de kabulü gerekecektir⁶. Ticaret ortaklıkları tüzel kişilik vasfına sahiptir (TTK md. 125/1). Böylelikle ticaret ortaklıkları, hak ehliyetine sahip oldukları yani tüzel

⁴ TANDOĞAN, (n 1) 5; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 205; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 18 ff; Yaşar KARAYALÇIN, ‘Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması’ (1962) (XIX) AHFD 251, 266; Aydın ZEVKLİLER, Ayşe HAVUTÇU, Şeref ERTAŞ, M. Beşir ACABEY and Damla GÜRPINAR, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler) 102; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 148 prg.721

⁵ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 18,24; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 205; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 139,140 dpn.417,421; Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları (46th Yetkin Yayınları 2021) 296; KARAYALÇIN, (n 4) 266; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 148; ZEVKLİLER, HAVUTÇU, ERTAŞ, ACABEY and GÜRPINAR, (n 4) 103; Mehmet AYAN and Nurşen AYAN, Kişiler Hukuku, (5th, Mimoza Yayınları 2014) 72 ff; Doruk GÖNEN, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması (On iki levha Yayıncılık 2011) 137,138,151; KAYA, (n 3) 291. Bu görüşün aksine, TMK 23 hükmünün kişinin içe karşı korunması, TMK md. 24’ün ise kişinin dışa karşı korunması olarak değerlendirilmesi hususunda bkz. SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 94

⁶ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 205; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 101 ff; GÖNEN, (n 5) 137; DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 390; AYAN and AYAN, (n 5) 55; BGE 95 II 488 (Bger) (e.t.18.03.2024)

kişilik vasfını kazandıkları andan -yani ortaklık esas sözleşmesinin tescilinden- itibaren^{7 8} yukarıda hukuki koruma altında bulunduğunu ifade ettiğimiz kişilik hakkını oluşturan değerleri de kazanmış olacaklardır⁹.

C. Haksız Rekabet Kavramı

Yasa koyucu tarafından haksız rekabet kavramı hususunda TBK md. 57 ve TTK md. 54 vd. hükümlerinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Haksız rekabete ilişkin hükümlerin tesis edilme amacının ekonomik alanda söz konusu olan rekabetin, ticari ahlak ve dürüstlüğe uygun yöntemler doğrultusunda yapılmasının sağlanması ve böylece rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenerek serbest rekabet ilkesinin fonksiyonel hale getirilmesi olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Bu doğrultuda ticaret ortaklıklarının kişilik değerleri de söz konusu korunma alanına dahil olmaktadır.

⁷ Kollektif ortaklık TTK md. 232 hükmü gereğince; komandit ortaklık TTK md. 215 ve 305 hükümleri doğrultusunda; anonim ortaklık TTK md. 355 düzenlemesine göre; limited ortaklık TTK md. 588'e göre; kooperatifler ise KoopK (Kooperatifler Kanunu) md. 7'de ihdas edildiği üzere, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Yasa koyucunun sayılan bu hükümlerin tamamında kullanmakta olduğu ifade tarzı ve TTK md. 355 hükmünün gerekçesinden anlaşılabileceği üzere burada dile getirilen tescil "kurucu" etkiye sahip olacaktır.

⁸ Ortaklık, tescilden önce tüzel kişilik kazanmamış olmakla organları da oluşmayacaktır. Bütün ortakların oluşturduğu genel kurul, tescil ile birlikte organ sıfatına sahip olacaktır. TTK md. 339/3 hükmü gereğince ortaklık esas sözleşmesi ile atanmış olan ilk yönetim kurulu üyeleri de esas sözleşmenin tescili ile yönetim kurulu organı sıfatı kazanacaktır. Ortaklık esas sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurların -örneğin ortaklık ilk yönetim kurulu üyelerinin- bulunmaması, esas sözleşmenin geçersizliği ve netice olarak da tescil talebinin reddi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda ise artık ortaklığın zorunlu organları bulunmayacağı gibi ortaklık tüzel kişilik vasfı da kazanamayacağından, böylece ortaklığın sermayesi üzerindeki tasarruf yetkisi doğmamış olacak ve faaliyetlerine de devam edemeyecektir. Necla AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirketlerde Kuruluş (Vedat Kitapçılık 2014) 191, 328

⁹ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 102. Ayrıca tüzel kişiliğin kuruluş süreci öncesinde ve kuruluş sırasındaki kişilik hakkı ihlallerine yönelik ihtimallere dair, özellikle TBK md. 620/2 hükmü doğrultusundaki muhtemel çözüm önerileri hususunda bkz. GÖNEN, (n 5) 35 ff. Ancak ticaret ortaklıkları açısından kuruluş prosedürünün yasa koyucu tarafından -TTK md. 212, 339, 575 hükümlerinde görüleceği üzere- hızlandırılmasına dair sağlanmış imkanlar karşısında, kuruluş sırasında gündeme gelebilecek bir kişilik hakkı ihlalinin -teorik olarak mümkün olmakla birlikte- uygulama açısından karşılaşılabileceği çok güç bir ihtimal olacağı belirtilmelidir.

¹⁰ Hikmet Sami TÜRK, 'Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi' (1985) XIII (2) BATİDER 119, 124

Haksız rekabet kavramının düzenlenmiş olduğu TBK md. 57 hükmünde işaret edildiği üzere, “(g)erçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesi ile karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini(...)” talep edebilecektir. Hükmün devamında ise “ticari işlere ait haksız rekabet” ihtimalinde TTK md. 54 vd. hükümlerinde yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir. İlk bakışta bu ifadeden TBK md. 57 hükmünün adi işlerde haksız rekabete ilişkin, TTK md. 54 vd. maddelerinin ise ticari işlerdeki haksız rekabet ihtimallerine yönelik olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Ancak doktrinde çoğunlukla TTK md. 54 vd. hükümleri karşısından TBK md. 57 hükmünün uygulanma alanının artık kalmadığı ifade edilmektedir¹¹.

Yasa koyucunun TTK md. 54/1 hükmünde yer alan ifadeye göre, haksız rekabet düzenlemeleriyle öngörmüş olduğu amacın “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” olduğu görülmektedir. Burada yasa koyucunun tercih etmiş olduğu “bütün katılanlar” ifadesi ile haksız rekabet kavramının artık yalnızca rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil; üreticilerin, işletmecilerin, araçların ve müşterilerin yani piyasa aktörleri ve medya olmak üzere kamuya ait ekonomik menfaatleri de içine alacak şekilde koruma alanının genişletildiği gözlenmektedir¹². Haksız rekabet ihtimalinde -örneğin gerçeğe aykırı ilan, iftira

¹¹ Hüseyin ÜLGEN, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA and N.Fusun NOMER ERTAN, Ticari İşletme Hukuku (6th, Vedat Kitapçılık 2019) 553; Reha POROY and Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku (16th, Vedat Kitapçılık 2017) 321; Ali BOZER and Celal GÖLE, Ticari İşletme Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2011) 145. TTK md. 54 vd. hükümlerinin yalnızca ticari alanda ortaya çıkacak haksız rekabet açısından düzenlenmemiş olmasının bu sonucu doğurduğu hususunda bkz. Sevilay EROĞLU, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması (Beta Yayınları 2000) 219. Mevcut yasal düzenlemeler açısından bakıldığında ise TBK md. 57 hükmünün adi işlerde, TTK hükümlerinin ise ticari işlerde uygulanması gerektiği hususunda bkz. Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku (19th, Beta Yayınları 2018) 173

¹² TTK md 54/1 hükmündeki düzenleme ve madde gerekçesindeki ifadeler doğrultusunda haksız rekabet kavramına dair kapsamın artık -yalnızca rakiplere yönelik olarak düzenlenmiş olan 6762 sayılı TTK'daki haline nazaran- içerisine tüketici ve kamuyu da almak suretiyle genişletilmiştir. Bu doğrultuda ayrıca bkz. Hamdi YASAMAN, ‘6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler’ Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyum 25-26 Kasım 2011 (Kadir Has Üniversitesi Yayınları 2012) 33,34; BAH-TİYAR, (n 11) 174; BOZER and GÖLE, (n 11) 151; POROY and YASAMAN, (n 11) 328; EROĞLU, (n 11) 221. Rakip olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olan

niteliğinde beyan ya da ortaklığın ticari/ekonomik bütünlüğü, saygınlığı ve onuru aleyhine reklam faaliyetinde bulunmak gibi- dürüstlük kurallarına aykırı fiil ve davranışlar ortaya koymak suretiyle “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen*” düzeyde ticari itibarı sarsmak ve bu şekilde kişilik hakkına saldırma amacı söz konusu olmaktadır¹³. Tüm bu unsurların her birinin haksız rekabetin men’i yoluyla ticaret ortaklıklarının kişilik değerlerinin korunmasına hizmet etme imkanı bulunacaktır.

TTK md. 54/2’ye bakıldığında kişilik hakkına saldırının bir başka görünümü olarak nitelediğimiz haksız rekabet kavramı, “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*” olarak ifade edilmektedir. TTK md. 56/1-b hükmü gereğince ise, “*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse*”, haksız rekabete konu olan davranışa son verilmesini talep edebilecektir. Görüldüğü üzere yasa koyucu burada da, -tıpkı kişilik hakkına saldırı niteliğindeki fiillere karşı olduğu gibi- saldırının durdurulması imkanını öngörmektedir. Böylece ticaret ortaklıkları, yasada öngörülen koşulların oluşması halinde, kişilik hakkına yönelik saldırılara karşı haksız rekabete ilişkin bu korunma imkanından da faydalanabilecektir.

Ticaret ortaklıklarının kişilik hakkı aleyhine hukuka aykırı bazı davranışlar ile “*haksız rekabet*” olgusunun birleştiği durumlar söz konusu olabilmektedir¹⁴. TTK md. 55 hükmünde sayılan haksız rekabet hallerine bakıldığında, hükümde yer alan örneklemelerden özellikle TTK md. 55/1-a-1 ve 1-a-2’de yer alan kıstasların, ortaklığın kişilik hakkına yönelik saldırı olarak nitelendirilebileceği durumlarla çakışabileceği görülmektedir. TTK md. 55/1-a-1 hükmüne göre “(b)aşkalarını ve onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı ve-

davranış, manevi amaçlara ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi biçim, tezahür şekli veya içerik açısından objektif olarak bir başka kişinin iktisadi faaliyet yahut rekabet ilişkilerini olumsuz şekilde etkileyecek ölçüdeyse geniş anlamda haksız rekabet olgusunun varlığı söz konusu olacaktır. Kemal ŞENOCAK, ‘Haksız Rekabet Açısından Ekonomik Boykot’ (2009) XXV (1) BATİDER 67, 82

¹³ AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 395,396

¹⁴ KARAYALÇIN, (n 4) 266. Kişilik hakkı ihlallerine yönelik haksız rekabet örnekleri hususunda bkz. GÖNEN, (n 5) 105 ff

ya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek” yönündeki davranışlar haksız rekabet olarak değerlendirilecektir¹⁵.

TTK md. 55/1-a-1 hükmünde yer almakta olan “*kötülemek*” eylemine konu olan “*yanlış açıklama*” tabiriyle kastedilen, gerçeği yansıtmayan beyanlarla mağdurun iktisadi durumu ve rekabet ilişkilerine zarar verilmesidir¹⁶. Bunun yanında “*yanıltıcı*” beyanda ise kişileri, örneğin bir ticaret ortaklığı veya onun malları hususundaki beyan ve ifadelerin takdim ediliş tarzı ya da seçilen sözcüklerle hatalı bir fikre sevk etme ve yanlış kanaat uyandırma amacı söz konusu olmaktadır¹⁷. Dile getirilen diğer kavram olarak “*lüzumsuz yere incitici*” açıklamalar ise, başkaları veya ürünleri hakkında olumsuz intiba oluşturmaya ve ona karşı sempatiyi ortadan kaldırmaya yönelik orantısız ve aşırıya kaçır tarzdaki ifadelerdir¹⁸. Madde gerekçesinde yer alan ifadeyle “*ölçüsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyuşmuyorsa, eleştiri (beyan) inciticidir.*”

Dile getirilen açıklamanın yanlışlığının tespiti hususundaki temel kıstas açıklamanın gerçeğe uygun olup olmadığı iken; açıklamanın yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olup olmadığı açısından kullanılacak ölçütün açıklamanın “orta yetenekteki olağan muhatabında” oluşturacağı etki olarak ifade edilmektedir¹⁹.

TTK md. 55/1-a-2’ye göre ise, “*gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak*” suretiyle kendisinin ticari işletmesini, mal ve ürünlerini, faaliyetlerini veya üçüncü kişiyi rekabette öne geçirerek daha avantajlı duruma getirmek de haksız rekabet kavramını gündeme getirecektir.

¹⁵ “Açıklama gerçek ise bu durumda haksız rekabetten bahsedilemez. Yanıltıcı açıklamadan kastedilen ise açıklamanın takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenim neticesinde açıklama konusunun olduğundan değişik ve olumsuz algılanmasıdır.” Yargıtay HGK 11-2475/246, 11.03.2021 (Yargıtay) (e.t.13.04.2024)

¹⁶ ŞENOCAK, (n 12) 91

¹⁷ Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku (23th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017) 345; ŞENOCAK, (n 12) 92

¹⁸ ŞENOCAK, (n 12) 92; ÜLGEN, HELVACI, KAYA and NOMER ERTAN, (n 11) 568

¹⁹ ÜLGEN, HELVACI, KAYA and NOMER ERTAN, (n 11) 569

II. TİCARET ORTAKLIKLARININ KİŞİLİK DEĞERLERİ AÇISINDAN HAKSIZ REKABET İLE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Haksız rekabet kavramı ile kişilik hakkının korunmasına yönelik TMK hükümlerine dair imkanların ile kıyas edilmesinden önce; haksız rekabet ile rekabet hukuku kavramlarının birbiriyle ilişkisine değinmek gerekir. Haksız rekabet ve rekabet hukuku kavramları benzer olmalarına rağmen farklı bakış açıları ortaya koymaktadırlar²⁰. Haksız rekabete ilişkin yasal düzenleme ile rekabet hukukuna dair hükümlerin yer aldığı RKHK hükümlerinin bir araya gelerek geniş anlamda rekabet hukukunu oluşturduğu ve böylece ekonomik düzenin korunmasını sağlamak üzere yasal bir zemin inşa edildiği ifade edilmektedir²¹. Haksız rekabet hükümleri, “*tacir ve ticari işletmeyi*” korumayı amaçlamaktayken, rekabet hukuku ile yasa koyucunun korumayı amaçladığı husus “*rekabet düzeni*” olmaktadır²². Rekabet hukukunun bu anlamda kamu hukuku karakterinin ağır bastığı görülmektedir²³. Böylelikle RKHK hükümlerinin, ticaret ortaklıklarının kişilik değerleri aleyhine saldırılara son verilmesi veya haksız rekabetin

²⁰ İ. Yılmaz ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri (5th, Ekin Yayıncılık 2015) 12 ff; ÜLGEN, HELVACI, KAYA and NOMER ERTAN, (n 11) 547

²¹ Bengül KAYIŞ, Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı (Yetkin Yayınları 2012) 24

²² TÜRK, (n 10) 127; Ercüment ERDEM, ‘Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi’ Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı I (Beta Yayınları 2002) 377, 384; POROY and YASAMAN, (n 11) 323,324; ARKAN, (n 17) 337,338; ASLAN,(n 20) 12; EROĞLU, (n 11) 224. Rekabet düzeni kavramı, piyasada serbest rekabet ortamına zarar verecek nitelikteki eylemlerin, kararların, anlaşmaların önlenerek ekonomik anlamda piyasadaki sistemin doğru ve adil işlemesine yönelik yaptırımlara dair kuralların bütünüdür. ÜLGEN, HELVACI, KAYA and NOMER ERTAN, (n 11) 548; Cevdet İlhan GÜNAY, Rekabet Hukuku Dersleri, (Yetkin Yayınları 2014) 26,32; Mustafa ATEŞ, Rekabet Hukukuna Giriş (Adalet Yayınevi 2013) 32 ff; Çağlar ÖZEL and Semih Sırrı ÖZDEMİR, Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler (2017) (19) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayı 189, 201

²³ TÜRK, (n 10) 127; EROĞLU, (n 11) 224. RKHK hükümleriyle, -etkin bir rekabet ortamını sağlamaya yönelik birtakım usul hukukuna dair kuralların da yasada yer alması neticesinde- Rekabet Kurulu tarafından yasada yasaklanan faaliyet ve hukuki işlemler hususunda araştırma ve soruşturma yapılarak, gerektiğinde tedbir alınması ve ayrıca tespit edilen sorumlular hakkında idari para cezası verilmesiyle rekabet düzenin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. POROY and YASAMAN, (n 11) 324; ARKAN, (n 17) 338

men’i hususundaki korunma tedbirleri açısından doğrudan bir etkisi söz konusu olmayacaktır.

Bir diğer karşılaştırma alanı olarak, ticaret ortaklıklarının kişilik değerlerini ihlal edici davranışların haksız rekabet hükümleri ile olan benzerlik ve ayrılıklarının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu anlamda kişilik değerlerinin ihlal edildiği iddiasını gündeme getirecek davranışlardan bir çoğunun haksız rekabet hükümlerinin düzenlendiği TTK md. 55/1-a-1 ile 55/1-a-2’de zikredilen kıstaslar içerisinde değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu duruma rağmen kişilik hakkı ihlallerinin tamamıyla haksız rekabet hükümleri içerisinde bulunup bulunmadığı hususunun sorgulanması gerekir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kişilik değerlerinin ihlaline yönelik bir eylemin ne zaman haksız rekabet ya da ne zaman kişilik hakkının ihlali olduğunun tespiti her zaman kolaylıkla yapılamayacaktır. Aynı olayın bazı durumlarda iktisadi hayatın ihlali neticesinde haksız rekabet olarak değerlendirilmesi mümkün iken somut olayın özelliğine göre bazen de kişilik hakkına yönelik haksız saldırı olarak nitelenmesi mümkün olabilecektir²⁴.

Gerçekten de iktisadi yönden kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı müdahalelerin muhakkak serbest rekabet alanı içerisindeki düzenlemeler açısından doğrudan karşılık bulması mümkün olamayabilir. Örneğin saldırının doğrudan ortaklığın faaliyetine değil de örneğin ortaklarına yahut yöneticilerine yöneltilerek dolaylı olarak ortaklığın kişilik hakkı hedef alınmış olabilir²⁵. Yine aynı doğrultuda “*belirli kimseler için kara liste hazırlanması, bir ortaklığın ödeme gücünün zayıf olduğunun yayılması, mesleki yazışmaların habersizce incelenmesi ya da yayınlanması, meslek sırlarının çalınması*”²⁶ gibi haksız rekabet düzenlemelerinin somut olay açısından doğrudan uygulanıp uygulanamayacağından emin olunamadığı hallerde, kişilik hakkının ihlaline yönelik hukuki korunma yollarına başvurulması daha makul olabilecektir.

Bazı durumlarda ise aynı eylemin her iki kavramın etki alanına dahil olabilmesi mümkün olabilecektir. Söz konusu davranışın bir taraftan ticaret ortaklıklarının kişilik değerlerinin ihlal ederken diğer taraftan haksız rekabet kıstaslarında belirlenmiş olan bir durumla “*çakışması*” halinde ise, saldırıya uğramış olan ticaret ortaklığının hak ve talepleri açısından bir “*kannun çatışmasının*” oluşup oluşmayacağının tespiti gerekir.

²⁴ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 145

²⁵ ibid 145. Bu hususa ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. ileride dpn.119-121

²⁶ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 145

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, gerek kişilik hakkının korunmasına yönelik TMK md. 23, 24 ve 25 hükümleri doğrultusunda saldırıya son verilmesi imkanı ile TTK md. 54 vd. hükümleri yardımıyla haksız rekabetin men'i talebi hususundaki düzenlemelerin aslında birbiriyle aynı doğrultuda ve benzer düzenlemeler içermekte olduğudur. Bir hukuki ihtilafa ilişkin, hangi kanunun uygulanması gerektiği hususunun gündeme gelebilmesi için, konuyla ilgili birden fazla kanuni düzenleme bulunması yanında bu hükümlerin birbirleriyle çatışan zıt düzenlemeler olması aranmaktadır²⁷. “Birbirine yakın konuları düzenleyen iki kanundan biri diğerini tamamlıyorsa ve ona aykırı düzenlemeler içermiyorsa zaten böyle bir sorun ortaya çıkmayacak” ve kanun çatışmasından bahsedilemeyecektir²⁸.

Böylelikle kişilik hakkının ihlali halindeki koruma imkanları ile haksız rekabete ilişkin kanuni düzenlemeler arasında bir genel/özel kanun ayırımından ziyade, hakların yarışması/telâhuku bulunduğu söylenebilecektir. Çünkü bir maddî vakıa birden fazla hukukî sebep zemininde ileri sürülebiliyor ve her ikisi de aynı neticeyi husule getirmeye yönelik ve mahsus ise, burada artık hakların yarışması söz konusu olacaktır²⁹. Bu tespiti teyit eder nitelikteki, hakların telâhukuna ilişkin emsal karar niteliğindeki 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (YİBK) da “...hakların telâhukunun söz konusu olabilmesi için de aynı isteğin kanundaki iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi şarttır” ifadeleri yer almaktadır³⁰.

Netice olarak ticaret ortaklığının kişilik değerlerinin ihlaline yönelik bir eyleme karşı, TMK'da yer alan kişilik hakkını korumaya yönelik hükümlerle TTK düzenlemelerindeki haksız rekabet ihtimalleri birlikte gündeme gelebilir. Böylesi bir çakışmanın tespiti halinde ise, saldırıya uğramış olan ortaklık tarafından, saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'ine yönelik aynı doğrultuda ve birbirleriyle yarışır nitelikteki talepler, -terditli olarak- mahkemeye sunulabilecektir³¹.

²⁷ Kemal GÖZLER, Hukuka Giriş (11th, Ekin Yayıncılık 2014) 344

²⁸ M.Kemal OĞUZMAN and Nami BARLAS, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar (Vedat Kitapçılık 2012) 85

²⁹ Andreas von TUHR, (Çeviri Cevat EDEGE) Borçlar Hukukunun Umumi Kısım (I-II) (Yargıtay Yayınları 1983) 39; Ahmet Cahit İYİLİKLİ, ‘Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gereğe Feda Edilmesi’ (2021) 48 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245, 253

³⁰ Yargıtay İBK 15/6, 4.6.1958 (RG 1.10.1958, S.10021)

³¹ Abdülkadir ARPACI, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler (2th, Beta Yayınları 2000) 132; Cemile TURGUT, Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı (On iki levha Yayıncılık 2021) 128 dpn.201. “...Sağlık Bakanlığı'nın yukarıda açıklanan düzen-

Hal böyle olunca, mahkemece kişilik hakkı saldırıya uğrayan açısından elverişli olan kanun hükmünün uygulanarak bu doğrultuda karar verilmesi söz konusu olabilecektir³² (TBK md. 60). Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda da, bir kimsenin bir ticaret ortaklığına karşı hukuka aykırı saldırının kişilik hakkına dair korumanın düzenlenmiş olduğu TMK md. 24 “yanında” haksız rekabet eylemlerinin düzenlenmiş olduğu eTTK md. 56 ve 57’ye aykırı bir hareket olarak nitelendirdiği görülmektedir³³.

B.İhlal Edilme İhtimali Bulunan Kişilik Değerleri Açısından

Ticaret ortaklıklarının kişilik değerlerinin gerçek kişilerinkine nazaran daha dar bir kapsama sahip olduğu görülmektedir. Çünkü tüzel kişiler, gerçek kişilere has olan birtakım özelliklere sahip değildir. Bu anlamda ticaret ortaklıkları, sahip oldukları kişilik hakkı kavramı içeriğine dahil olan örneğin mesleki ve ticari anlamda sahip olduğu şeref ve haysiyeti, unvanı, ekonomik özgürlük ve iktisadi varlığı veya gizli alanı gibi kişilik değerlerinin korunması imkanından faydalanabilecektir³⁴.

lemesine göre göğüs hastalıkları verem uzmanı olan davacının branşının yeterli olmadığı yönünde müşterilere bilgi verdiği anlaşılan davalıların eyleminin hukuka aykırılık ve dolayısıyla davacının kişilik hakları ile ticari itibarına saldırı oluşturmayacağı gözetilerek istemin tümünden reddedilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 4. HD 13091/14674, 27.11.2008 (Yargıtay) (e.t.13.04.2024)

³² “Hakların yarışmasında, tek bir dava sebebine dayanılmakta olup, davanın bir tek talep sonucu vardır. Ancak bu bir tek talep sonucunu haklı gösteren hukuksal sebepler (kanun hükümleri) birden fazladır. Bu durumda zarar gören açıkça dava dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayandığını açıklamış olabilir. Davacı olayda birden fazla sorumluluk sebebi bulunması karşısında, davasını bunlardan birine izafe edebilir. Hâkim, davacının bildirdiği hukuki sebeple bağlı olmayıp, davacının dayandığı dava sebebine uygulanacak kanun hükmünü kendiliğinden araştırıp bulmak ve uygulamakla yükümlü olduğundan, hakların yarışması durumunda da davacının yarışan kanun hükümlerini noksan göstermiş veya hiç göstermemiş olmasının bir önemi yoktur. Hâkim davaya uygulanacak yarışan kanun hükümlerini kendiliğinden araştırıp bulmakla yükümlüdür. Burada, hâkimin yarışan kanun hükümlerinden davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü kendiliğinden gözetip uygulaması gerekmektedir.” Yargıtay 6 HD 3170/492, 02.02.2022 (Yargıtay) (e.t.13.04.2024)

³³ Yargıtay 11 HD 23202/11357, 16.10.2008 (ÜLGEN,HELVACI,ARSLAN and NÖMER ERTAN, (n 11) 569 dpn.31

³⁴ Teoman AKÜNAL, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler (Filiz Kitabevi 1988) 40; Bilge ÖZTAN, Tüzel Kişiler (2th, Turhan Kitabevi 1998) 30. “(...)saygınlık, onur, sır çevresi gibi manevi nitelikteki kişisel değerlerle, mesleki ve ekonomik kişisel değerlere gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de sahip olduğu söylenebilir. Tüzel kişilerin kişisel değerler üzerindeki kişilik haklarının korunması gerekir.” Yargıtay HGK 4-687/26, 01.02.2012 (Yargıtay) (e.t. 18.03.2024)

1. Şeref ve Haysiyet

Şeref ve haysiyet kavramı, ticaret ortaklığının etik ve ahlaki kriterlere uygun hareket etme yönündeki tercihi nedeniyle, toplum tarafından kendisine atfedilen kıymet ve itibarı ifade etmektedir³⁵. Bir fiilin veya davranışın “küçük düşürücü”, “yanlış tanıtıcı” ya da “zor duruma sokmaya” yönelik olması, muhatabının itibar ve onuruna zarar vermeye yönelik saldırı halleri olarak değerlendirilerek bu eylemlere karşı kişilik hakkının korunması hususu gündeme gelecektir³⁶.

Ticaret ortaklıklarının kişilik hakkı kavramı içerisinde korunması gereken değerlerden ilk akla gelecek olan ortaklığın “şeref ve haysiyeti”; onun ticari ve ekonomik itibarını, piyasada oluşturduğu güveni, ayrıca mesleki ve ticari sırlarını da içine alacak genişlikte vasıflandırılabilir³⁷. Bu anlamda haksız rekabet kavramı açısından konuya bakıldığında da TTK md. 55/1-a-1 hükmü öne çıkmaktadır. Hükme göre, “dürüstlük kuralına aykırı³⁸ reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle” başkaları ve onlara ait malların, iş ürünlerinin, ticari işlerinin “yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülenmesi” haksız rekabet halleri arasında sayılmaktadır. Böylelikle her iki kavram açısından, ortaklığın kişilik değerlerinden herhangi birine saldırı niteliğindeki davranışların çoğunlukla, ortaklığın şeref ve haysiyeti aleyhine saldırı olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır.

2. Unvan

Bunun yanında “ticaret ortaklığının unvanı”³⁹ da kişilik hakkı kavramı kapsamında korunması gereken kişisel değerler arasında kabul edil-

³⁵ Aynı doğrultuda bkz. AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 387 ff; ATASOY, (n 1) 275,276; KAYA, (n 3) 283; GÖNEN, (n 5) 123 ff

³⁶ Yargıtay 4 HD 14497/4830, 16.04.2003 (Legalbank) (e.t. 05.02.2024)

³⁷ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 128; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 131; GÖNEN, (n 5) 126; BGE 107 II 4; BGE 119 II 97 (Bger) (e.t.05.02.2024). “...davacının borçlu sıfatını taşımadığı açık olan bir olay habere konu edilirken “G.’ye rekor haciz” başlığının kullanılması nedeniyle, sanki G.A.Ş. borçlarını ödeyemez duruma düşmüş gibi gösterilmiştir. Bu hali yayında gerçeklik ve özle biçim arasında bulunması gereken denge unsurlarından yoksun olduğundan hukuka aykırı niteliktedir.” Yargıtay HGK 4-74/88, 18.02.2004 (Legalbank) (e.t. 05.02.2024)

³⁸ Dürüst davranışa aykırı olarak nitelenecek eylem, bu yöndeki bir “davranış” veya “ticari uygulamalarla” gerçekleşebilecektir. YASAMAN, (n 12) 35

³⁹ TTK md. 39 ve devamındaki maddelerde hükme bağlanmış olan ticaret unvanı, “tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemleri yaparken kullanacağı isim” olarak nitelendirilmektedir. ARKAN, (n 17) 271; ÜLGEN, HELVACI, KAYA and NOMER ERTAN, (n 11)

mektedir⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki kişilik hakkına yönelik bir davranışın saldırı olarak kabulü için, muhakkak unvanın kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Saldırı yapılan ticaret ortaklığına dair vasıfları içerir şekildeki işaret, ibare ya da ifadelerin kullanılmış olması bu anlamda yeterli olacaktır⁴¹. Örneğin reklam filminde bir ticaret şirketinin üretmekte olduğu ürünün ima edilmek suretiyle, bu ürün üzerinden şirketin kişilik hakkına saldırı niteliğinde aşağılayıcı ve gerçeğe aykırı ifadeler kullanılması ihtimalinde durum böyle olacaktır. Haksız rekabet açısından yasada düzenlenen hallerden bu ihtimale ilişkin olanlarına bakıldığında da yine TTK md. 55/1-a-1 hükmü öne çıkmaktadır. Hükme göre dürüstlük kuralına aykırı reklamlar, davranışlar açısından özellikle “başkalarını kötülemek” amacıyla gerçek dışı, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamalarda bulunulması haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir.

3. Ekonomik Özgürlük ve İktisadi Varlık

Ortaklığın kişilik hakkı kavramına dahil olan ve korunması gereken kişilik değerlerinden bir diğeri de ekonomik özgürlüğü ve iktisadi varlığıdır. Anayasal hak ve özgürlükler çerçevesinde tıpkı herkes gibi ortaklıklar da ekonomik ve ticari faaliyetlerini, diledikleri mesleki faaliyet alanı üzerinden serbestçe yürütebilecektir⁴².

Ticari ve ekonomik faaliyetlere dair özgürlüğü ya da iktisadi varlığı, hukuka aykırı şekilde yok etme veya bunlara zarar vermeye yönelik davranışlar da kişilik değerlerine saldırı niteliğinde kabul edilecektir⁴³. Bu anlamda örneğin üretim veya pazarlaması yapılmakta olan “ürünün kalitesi” de ortaklığın iktisadi varlığı kavramına ait unsurlar arasında sayılabilecektir. Ortaklığın üretim faaliyetlerine ilişkin güvenilirliği ve itibarı olarak ifade edebileceğimiz, bünyesinde mevcut olan ürünün kalitesine ilişkin

397; POROY and YASAMAN, (n 11) 432; BAHTİYAR, (n 11) 132; BOZER and GÖLE, (n 11) 121

⁴⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 135. Nitekim TTK md. 52/I hükmüne göre “Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını... isteyebilir.” Unvanın kişilik hakkını oluşturan değerler arasında yer alamayacağına dair aksi görüş için ise bkz. GÖNEN, (n 5) 78 ff

⁴¹ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 191

⁴² HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 137; AYAN and AYAN, (n 5) 68,77

⁴³ AYAN and AYAN, (n 5) 77; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 144 ff; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 199,201

haksız itham veya iftiralar yahut orantısız ve maksadı aşacak düzeydeki eleştiri ve şikayetlerin de ortaklığın iktisadi varlığı aleyhine sonuç doğuracağı şüphesizdir⁴⁴. Bu yöndeki bir davranışın, aynı zamanda bu durumda da TTK md. 55/1-a-1 hükmünde dile getirilmekte olan “başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanıltıcı açıklamalarla kötülemek” ifadesini de karşılaması sebebiyle haksız rekabet halleri arasında sayılabileceğini belirtmek gerekir.

Ortaklığın kişilik değerlerine yönelik gerçekleştirilecek böylesine bir eylemin, başka ortaklıklarca gerçekleştirilmesi⁴⁵ yanında üretilen malın alıcı veya kullanıcısı vasfındaki tüketicisi tarafından yapılma ihtimali de söz konusu olabilir. Özellikle internet yoluyla birtakım şikayet siteleri üzerinden itham ve iftiralar ya da abartılı ifadelerle ticaret ortaklığının, üretimini yaptığı ürünler üzerinden yıpratılmasına yönelik “gerçeğe aykırı” beyan ve suçlamalar, hukuka aykırı saldırı olarak değerlendirilebilecektir. Ancak ileri sürülen hususların gerçeğe uygun olması halinde, toplumun uyarılması açısından üstün kamu yararı kavramı devreye girerek hukuka uygunluk sebebi gündeme gelecek ve davranış saldırı olarak nitelenemeyecektir. TTK md. 55/1-a-1 hükmüne göre davranışın haksız rekabet olarak nitelenmesi için davranışın yanlış ve yanıltıcı olması gerektiği açıkça madde metninde bir koşul olarak öngörülmektedir. TTK md. 55’in gerekçesinde de bu durum “yani kötülemede bulunanın açıklamaları gerçekse haksız rekabet oluşmaz” ifadesi ile dile getirilmektedir. Ancak madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, “ölçüsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyuşmuyorsa” beyan “gereksiz yere incitici” olarak kabul edileceğinden artık haksız rekabetin varlığı ileri sürülebilecektir.

Ticaret şirketleri tarafından üretilen veya piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin ayıplı olması durumunda bu hususa ilişkin toplumun uyarılması gayesi yanında, şirketin bu davranışının toplum önünde ifşa edilerek kişinin kendi mağduriyetini gidermek amacıyla da bu yola başvurulduğu gözlenmektedir. Hatta konusu ve amacı yalnızca bu şikayetlerin yayımlanmasına yönelik olarak kurulmuş birtakım internet siteleri dahi mevcuttur. Söz konusu internet sitelerinde şikayet edilmiş olan şirketlere, düzelt-

⁴⁴ Bu yöndeki davranışların aynı zamanda ortaklığın ticari itibarına, yani şeref ve haysiyetine yönelik saldırı olarak nitelendirilmesi de mümkündür.

⁴⁵ Saldırının ticari faaliyette bulunan bir ortaklık tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde “haksız rekabet” hükümlerinin gündeme gelmesi de söz konusu olabilecektir. Bu hususa ilişkin değerlendirmeler için bkz. dpn.10 ff

me ve cevap hakkını anımsatacak nitelikte⁴⁶ savunma imkanının tanınmakta olduğu görülmektedir. Bu imkana rağmen, eleştirinin dozu ve meydana getirdiği olumsuz neticelerin “*hukuka aykırı saldırı*” boyutuna ulaşması halinde -ki bu hususun takdirini hakim yapacaktır- kişilik hakkının korunması anlamında saldırıya son verilmesi için dava yoluna başvurulması gündeme gelebilecektir.

Ortaklığın iktisadi varlık ve ekonomik özgürlüğü aleyhine saldırı oluşturan bir başka davranış olarak öne çıkan “*ekonomik boykot*” kavramı ise, ileride ayrı bir başlık altında ayrıntılı şekilde değerlendirilmektedir⁴⁷.

4. Gizli Alan

Bir diğer kişilik değeri olan kişinin “*hayat alanı*”⁴⁸ açısından konuya bakıldığında, hayat alanı tabirini “*varlık alanı*” ya da “*varlığını sürdürebilme alanı*” olarak anlamak daha doğru bir sonuca götürecektir. Gerçek kişilerde olduğu gibi ticaret ortaklıklarının da üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesini istemeyeceği şekilde bir “*gizli alana*” sahip olduğu söylenebilir⁴⁹. Bu anlamda ortaklığın “*ticari ve mesleki sırları*”⁵⁰ ya da sahip olduğu “*patent*”lere ilişkin gizlenmesini arzu ettiği bilgiler, üretime dair yapmakta olduğu “*ar-ge faaliyetleri*”, “*müşteri portföyü*” gibi unsurlar, faaliyet gösterdiği sektördeki diğer ortaklıklarla yaptığı -örneğin fiyat politikası hususundaki- anlaşmalar, ticaret ortaklığının korunmasını talep edebileceği “*gizli varlık alanı*” içerisinde kabul edilecektir. Bu hususlardan bir veya birkaçının rıza dışında ele geçirilmesi, saklanması yahut üçüncü kişilerle paylaşılması halinde ise bu durum ortaklığın kişilik hakkına saldırı niteliğinde değerlendirilecektir.

⁴⁶ Düzeltme ve Cevap hakkı hususundaki açıklamalar için bkz. ileride dpn.180-193

⁴⁷ Bkz. ileride dpn.97-111

⁴⁸ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 138,139 prg.675-677; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 119 ff

⁴⁹ Federal Mahkeme tarafından tüzel kişilerin de gizli alanlarının olabileceğinin hükme bağlandığı gözlenmektedir. BGE 64 II 169 (Servat) (e.t. 18.03.2024) Ticaret ortaklıklarının kural olarak tüm işleri ticari olmakla -adi sahaları bulunmadığından- bu ortaklıkların varlık alanını özel alan olgusundan ziyade gizli alan kavramıyla ifade etmek daha doğru olacaktır.

⁵⁰ Ticari ve mesleki sırların paylaşılmasının mutlak manada hukuka aykırı olduğu söylenecektir. Bu bilgilerin paylaşılmasının bir banka kredisi açısından ortaklık tarafından bizzat yerine getirilmesi mümkündür. KAYA, (n 3) 288. Bununla birlikte bir başka şirket ile birleşme ya da konsorsiyum oluştururken veya akdedilecek bir sözleşme hazırlığı döneminde birtakım hususların paylaşılmasının “gerekliliği” dahi gündeme gelebilir.

Ticaret ortaklığına ait kişisel veriler de gizli alan içerisinde kalması gerekecek mahremiyette olabilir⁵¹. Bazı durumlarda kişisel verilerin gizliliği ve korunması hakkına aykırı bir davranış, ortaklığın ekonomik kişiliğine saldırı oluşturacak nitelikte de zuhur edebilecektir⁵². Örneğin ekonomik verilerin ortaklığın gizli alanına dahil bir kavram olmasından hareketle, ödeme güçlüğüne dair bilgilerin -üstün kamusal yarar gibi hukuka uygunluk sebepleri dışında- “*ortaya dökülmesi*” halinde kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁵³. Burada sözü edilen eylem aynı zamanda TTK md. 55/1-a-1’de dile getirilen haksız rekabet hallerinden, “*başkalarının faaliyetlerini, ticari işlerini gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek*” unsurunu akla gelmektedir. Ancak bir görüşe göre bu ihtimalde haksız rekabetten ziyade kişilik hakkına yönelik ihlalin mevcut olacağı iddia edilmektedir⁵⁴.

Ancak üstün kamusal yarar iddiasının suiistimale çok müsait bir olgu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin kamu yararının varlığına dair iddianın arka planında, daha çok seyredilme veya diğer değişle ilgili sitenin daha çok ziyaret edilmesine yönelik gaye söz konusu olabilmektedir. Böylece özellikle “*kamuoyunu bilgilendirmek*” veya “*kamuoyu oluşturmak*” kisvesi arkasına saklanmak suretiyle halkın bu hususlara duyduğu zafiyeti kullanarak, kişilerin gizli alanlarına saldırıda bulunulabildiği gözlenmektedir⁵⁵. Bu nedenle ticaret ortaklığının gizli alanına saldırı oluşturan fiiller açısından hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülecek üstün kamu yararı iddiasının, hakkaniyet ölçüleri içerisinde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir.

⁵¹ GÖNEN, (n 5) 93 ff

⁵² Ortaklığın faaliyet gösterdiği sektördeki ekonomik kapasitesi, kredibilitesi ya da sermaye gücüne dair diğer ortaklıklarca bilinmemesi gereken stratejik bilgilerin depolanması ya da “*ortaya dökülmesi*” kişilik hakkına saldırı niteliğinde kabul edilebilecektir. Ekonomik kişiliğe karşı saldırılar hususunda ayrıca bkz. GÖNEN, (n 5) 99 ff

⁵³ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 199,201; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 146

⁵⁴ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 145. Bu yöndeki bakış açısının dayanağını kanaatimizce, 6762 sayılı TTK’da haksız rekabet kavramının yalnızca rakipler arasında olduğuna yönelik düzenleme oluşturmaktadır. Ancak 6102 sayılı TTK hükümlerine göre haksız rekabet kavramının, yalnızca rakipler arasında değil, bütün katılanlar açısından hüküm doğuracak şekilde genişletilmiş olduğu görülmektedir. Bu husustaki açıklamalar hususunda bkz. dpn.12

⁵⁵ Murat DOĞAN, ‘Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası’ (2001) V (1-4) AÜEHFD 369, 372

C. Davranışın Kişilik Değerlerini İhlale Yönelik Unsurları Açısından

1. Saldırının Varlığı

Kişilik değerlerine yönelik fiilin saldırı olarak kabul edilebilmesi için, yazılı olan yahut olmayan bir hukuk kuralına aykırı olarak ve ayrıca kişilik değerlerini yok etmeye veya azaltmaya yönelik olumlu ya da olumsuz davranış niteliğinde olması gerekecektir⁵⁶. Bu değerlendirmeye paralel olarak bir eylemin haksız rekabet olarak değerlendirilebilmesi için, “aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” niteliğinde zuhur etmiş olması aranmaktadır (TTK md. 54/2). Ayrıca TTK md. 55/1-a hükmünde tek tek sayılan “(d)ürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar”ın mevcudiyeti halinde kişilik değerlerine yönelik bu eylemler haksız rekabet niteliğinde olacaktır.

Büyük bir hızla gelişmekte olan teknoloji, kişilik hakkı ihlallerine ilişkin saldırı yöntemlerini aynı hızla çeşitlendirmekte olduğu gibi, saldırının etki alanının da hızla genişlemesine olanak vermektedir⁵⁷. Artık neredeyse günün her saatinde yanımızda bulundurduğumuz ve adeta vücudumuzun bir uzvu haline gelmiş olan akıllı telefonlar, içeriğindeki internete ulaşım imkanı sayesinde sosyal medyayı, yazılı ya da görsel basının tüm unsurlarını ve hatta radyo-televizyon yayınlarını anında çok geniş bir kitlenin gündemine dahil edebilmektedir.

Bu gelişmelerin bir sonucu olarak bir davranışın kişilik hakkının korunması açısından hukuka aykırı olup olmadığı ya da hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olup olmadığının tespiti her somut olayda kolayca yapılamayabilir. Ancak özellikle birbiriyle çakışan menfaatler söz konusu olduğunda dengeli bir yaklaşım ortaya konulması gerekecektir.

Bir ticaret ortaklığının kişilik hakkına saldırı oluşturabilecek ilk akla gelen yöntemler arasında radyo-televizyon yayınları; dergi, gazete ve kitaplar; reklamlar; ilan ve broşürler; internet üzerinden yayımlanan haberler, ortaklık hakkında yayımlanan birtakım ticari raporlar ve bu hususlara ilişkin bazı yorumlar sayılabilecektir.

2. Hukuka Aykırılık

Kişilik değerlerine yönelik bir eyleme karşı hakimın müdahale edebilme imkanına dair yasanın aradığı ilk koşul, -TMK md. 24/I’de yer alan “hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hâkimden, saldırıda

⁵⁶ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 92-94; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 152; GÖNEN, (n 5) 150,151

⁵⁷ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 198

bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” ifadesinde de belirtildiği üzere- davranışın hukuka aykırı nitelikte olmasına dair gerekliliktir. Buradan hareketle, hakimden korunma talep edilecek davranışın öncelikle *“hukuka aykırı”* bir saldırı niteliğinde olup olmadığının tespiti önem arz edecektir.

Öğretide hukuka aykırı olan davranış, bir hukuki değeri korumaya yönelik olarak hukuk düzeninin koyduğu emir ve yasakların haklı bir sebep olmaksızın ihlali neticesinde, zarar verme yasağının haklı bir sebebe dayanmaksızın ihlal edilmesi şeklinde nitelenmektedir⁵⁸. Aynı doğrultuda bir davranışın kişilik hakkına karşı hukuka aykırı saldırı olarak nitelenebilmesi için, söz konusu eylemin *“kişiliğin korunmasına yönelik olarak düzenlenen bir emir veya yasağa ters düşmesi, böylece hukuk kurallarını ihlal etmesi yani söz konusu fiilin hukuk düzeni tarafından hoş görülmemesi nedeniyle gerçekleştirilmesine hukuken izin verilmemiş olması”* gerekecektir⁵⁹.

Hukuka aykırılığın tespiti sürecinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, saldırı olarak ileri sürülmekte olan davranışın hukuki olarak meşru bir zeminde yer alıp almadığının tespitidir. Buradaki ölçü ise TMK 24/II de belirtilen hukuka uygunluk sebepleri olacaktır. Bu sebeplerden hiçbirinin bulunmaması halinde, artık kişilik hakkı aleyhine saldırı olarak ileri sürülen davranışın hukuka aykırılığından bahsedilebilecektir⁶⁰. Haksız rekabet açısından TTK md. 55/1-a hükmüne bakıldığında da bir davranışın haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için aranmakta olan hukuka aykırılık koşulunun madde metninde ifade edildiği görülmektedir.

⁵⁸ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I) (7th, Filiz Kitabevi 2017) 84; Kemal OĞUZMAN and Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler(2)(14th, Vedat Kitapçılık 2018) 14; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14th, Yetkin Yayınları 2012) 586; Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14th, Beta Yayınları 2015) 138,139; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 144; AYAN and AYAN, (n 5) 78,79; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 97; GÖNEN, (n 5) 151,152; GÖZLER, (n 27) 417; Şahin AKINCI, Borçlar Hukuku Bilgisi (6th, Sayram Yayınları 2012) 141

⁵⁹ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 218 ff; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 152 ff; AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 402; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 144 ff

⁶⁰ Koruyucu davalar için hukuka aykırılık unsurunun varlığı yeterliken, tazminat davalarında hukuka aykırılığın varlığıyla birlikte kusurun ve zararın gerçekleşmesi aranmaktadır. DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 161; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 180,185

3. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kişilik hakkı aleyhine yapılan saldırılara ilişkin olarak TMK md. 24/II metninde yer alan “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası; daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar; ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça*” ifadesiyle hukuka uygunluk sebepleri yasada tek tek belirtilmiştir. Bu sebeplerden herhangi birinin varlığı ortaya konulmuş olan davranışı hukuka aykırı saldırı olarak nitelenmesini engelleyecektir⁶¹.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak nitelikteki bu temel kıstasların varlığı, -haksız rekabet hükümleri arasında açıkça zikredilmemiş olmasına rağmen- bir eylemin haksız rekabet olarak nitelenmesini engelleyecektir. Böylelikle TTK md. 55 hükmünde belirlenmiş olan haksız rekabet hallerinden birinin varlığına rağmen, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcudiyeti hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak ve haksız rekabet korumasına artık gerek kalmayacaktır.

Kişilik değerinin ihlal edilmekte olduğu iddiasına karşı, bu davranışın hukuka uygunluk sebeplerinden birisine dayandığı iddiasında bulunan gerçek ya da tüzel kişi, artık bu durumu ispatla yükümlü olacaktır⁶².

a. Kişilik Hakkı İhlal Edilenin Rızası

Kişilik hakkına yönelik bir saldırı durumunda mağdurun buna rıza göstermesi, hukuka aykırılığı kural olarak kaldıracak ve bu ihtimalde artık koruyucu dava açılma imkânı bulunmayacaktır⁶³. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus ise, gösterilecek rızanın hukuka, ahlaka ve adaba aykırı olmamasına dair koşuldur. Aksi ihtimalde hukuka uygunluk iddiası ileri sürülemeyecektir⁶⁴.

Kişinin kendi hakkındaki malumat üzerindeki hakları çerçevesinde kişi hakkındaki bilgi, yalnızca o kişinin rızası ile yayılabilecek veya alenileştirilebilecektir⁶⁵. Rızanın açık olarak belirtilmesi yanında örtülü olması da mümkündür⁶⁶.

⁶¹ Rona SEROZAN, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Vedat Kitapçılık 2011) 467,468; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 219

⁶² OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 219

⁶³ GÖNEN, (n 5) 153; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 150; OĞUZMAN and ÖZ, (n 58) 22

⁶⁴ AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 424; AYAN and AYAN, (n 5) 72; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 146

⁶⁵ Ancak zamanın ünlü şahsiyetleri hakkındaki malumat paylaşımının, bu kurala istisna teşkil edeceği ifade dilmektedir. SIEBERT, (n 3) 219 dpn.11

⁶⁶ SEROZAN, Kişiler Hukuku, (n 61) 471; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 221

Örneğin ticaret ortaklığının kişilik değerlerinden herhangi birine dair bir hususun görsel ya da yazılı basın, internet, sosyal medya veya kamuya açık platformlarda paylaşılması, bazı hallerde ortaklığın menfaatlerine uygun da olabilir. Bu ihtimalde artık söz konusu fiile ortaklığın rıza gösterdiği varsayılabilir ve bu durum da kişilik hakkı aleyhine gibi görünen davranışı hukuka uygun hale getirecektir.

Yine ortaklığın kendi internet sitesinde⁶⁷ yayınlamış olduğu birtakım bilgiler ya da ekonomik verilerin haber yapılması veya analiz edilerek yayımlanması durumunda, artık rızanın örtülü olarak verilmiş olduğu söylenebilir. Ancak burada da dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu bilgilerin analiz ve yorumunun, -dürüstlük kuralları çerçevesinde değerlendirildiğinde- bilgilendirme amacına uygun ve manipülasyona sebep olmayacak ölçülülükte olması gerekir. Aksi durumda söz konusu eylemin rızanın varlığı iddiasıyla hukuka uygun olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilir.

Rızanın örtülü olarak varlığına ilişkin bir başka varsayım olarak, gerçek ya da tüzel kişinin, “*kişilik hakkına saldırı riski taşıyan bir faaliyete katılmış olması*” halinde, söz konusu risk kapsamında muhtemel kişilik hakkı ihlallerine maruz kalma açısından rızasının varlığı iddiasını gündeme getirebilecektir⁶⁸. Örneğin toplumun büyük çoğunluğunun tepki gösterdiği -geleneğe, toplumsal ahlak anlayışına, dini veya milli hassasiyetlere aykırı- bir davranışın, meydan okurcasına desteklenmesi halinde, bu eylemde bulunanın kişilik hakkına karşı -örneğin ekonomik boykot gibi-⁶⁹ muhtemel saldırılara dair rızasının bulunduğu ileri sürülebilecektir. Ancak tepkisel bir davranış olarak ortaya konulacak kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka uygunluk sebeplerinden birisine dahil edilebilmesi için, burada da “*amaca uygunluk*” ve “*ölçülülük*” kriterlerine uyulması gerekmektedir.

Rızanın geri alınması açısından söylenmesi gereken husus ise, saldırının gerçekleşip sona ermesinden sonra rızanın geri alınması halinde, geçmişte kalan saldırının hukuka aykırılığı ileri sürülemeyecektir⁷⁰. Bu

⁶⁷ TTK md. 1524 hükmüne göre, TTK md. 397 uyarınca denetime tabi olan sermaye ortaklıklarının internet sitesi açma ve ortaklık tarafından kanunen paylaşılması gereken hususları site içeriğinde yayımlama zorunluluğu söz konusudur.

⁶⁸ SEROZAN, Kişiler Hukuku, (n 61) 471; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 224,225

⁶⁹ Ekonomik boykot hususundaki açıklamalar için bkz. ileride dpn.97-111

⁷⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 149

ihtimalde artık yalnızca rızanın geri alınması sonrasında meydana gelecek olan saldırılar hukuka aykırı olarak nitelenecektir⁷¹.

b. Üstün Nitelikte Özel Yarar

Öğretide, tıpkı gerçek kişiler gibi tüzel kişiler açısından da üstün nitelikte özel yararın mevcut olabileceği kabul görmektedir⁷². Örneğin aynı ticari sektörde faaliyet göstermekte olan ticaret ortaklığı veya ticari işletmelerin işletenleri tarafından, oluşturulmuş birlik vasıtasıyla alınmış olan kararlara uymayan bir ticaret ortaklığına karşı boykot uygulamaları, üstün özel yarar nedeniyle hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir⁷³.

Üstün nitelikte olduğu iddia edilen özel yararın da, kişilik hakkından kaynaklanan bir yarar olması gerekecektir. Aksi durumda -örneğin kira hakkı, alacak hakkı veya mülkiyet hakkının söz konusu olduğu durumlarda- hiçbir yarar kişilik hakkından daha üstün olamayacağından, müdahalenin de hukuka aykırılığı neticesi doğacaktır⁷⁴.

Bir başkasının kişilik hakkına saldırıda bulunan failin, kendisi veya üçüncü kişinin üstün yararı iddiasıyla söz konusu eyleme başvurduğu iddiası, TBK md. 64 hükmünde de ifade edildiği üzere, saldırının haklı savunma kapsamına girmesi durumunda hukuka uygun olarak kabul edilecektir⁷⁵. Hakkın kullanılması açısından sınırların aşılması veya kötüye kullanılması halinde ise hukuka uygunluk iddiası dayanağını yitirecek ve bu ihtimalde sorumluluk gündeme gelecektir⁷⁶.

c. Üstün Nitelikte Kamusal Yarar

Günümüzde kişilik hakkına yapılan müdahalenin, kamusal yararın üstünlüğünden hareketle hukuka uygun olduğunun ileri sürüldüğü alanlar,

⁷¹ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, davacının daha önce yayın için verdiği izni geri alarak rızasından vazgeçmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı ve geri alma kararından itibaren, fotoğraflarının rızası dışında yayımlanamayacağını açıkça hüküm altına alınmış olduğu görülmektedir. Yargıtay 4 HD 3322/8240, 23.06.2003 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

⁷² GÖNEN, (n 5) 155

⁷³ DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 403

⁷⁴ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 154,155; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 150; GÖNEN, (n 5) 155

⁷⁵ OĞUZMAN and ÖZ, (n 58) 37; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 225,228

⁷⁶ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 154; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 228 dpn.786; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 151; AYAN and AYAN, (n 5) 85

daha ziyade kitle iletişim araçlarının kullanımı neticesinde meydana gelmektedir. Bu hususa ilişkin bir tedbir mahiyetinde kanun koyucu tarafından, kişilik hakkına dair ihlalin kitle iletişim vasıtalarıyla yapılması ihtimalinde, korunma yollarına dair birtakım yasal düzenlemeler ihdas edilmiş olduğu görülmektedir. Bunlar arasında özellikle “*Basın Kanunu*”ndaki düzenlemeler yanında, internet aracılığıyla meydana getirilen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin olarak ayrıca 5651 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*”daki hükümler öne çıkmaktadır.

Kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan müdahalenin hukuka uygunluk koruması altına girdiği alanlar daha ziyade, okuyucu ve izleyicileri bilgilendirmek ve belki de böylelikle kamuyu korumak amacıyla yapılan bildirimlerdir. Ancak söz konusu olay ile ilgili düşünce ve eleştirilerin, kamusal yarar amacıyla ortaya konması gerekmektedir. Yani kamunun aydınlatılmasına ilişkin menfaatin, ancak kişilik hakkına müdahale edilenin menfaatlerine oranla daha üstün olduğu hallerde, kişilik değerlerini ihlal edecek seviyedeki davranışın hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir⁷⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararda, tüzel kişinin de gizli alanının olabileceği ve gizli hayat alanı ile kamusal yarar dengesinde, tercihin tüzel kişinin kişilik hakkı lehine yapılması gerektiği yolunda bir sonuca varılmış olduğu gözlenmektedir⁷⁸. Ticaret ortaklıklarının sahip oldukları ticari sırları ve üretime ilişkin teknik farklılıkları içeren uygulamaları da bu anlamda ortaklığın gizli alanı olarak değerlendirilebilecektir.

⁷⁷ TANDOĞAN, (n 1) 23; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 232; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 152,153; GÖNEN, (n 5) 155,156

⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 3 Haziran 1971 tarihli bu kararında, bir dernek tarafından sadece üyelere dağıtılan adres defterinin, Adressenverlag isimli adres satım firmasını işleten Heinrich Metzler tarafından satışa çıkarılmış olması nedeniyle kişilik hakkının zedelendiğini iddiasıyla açılan davada, adı geçen derneğe üyeliğin, üyelerin gizli hayat alanlarından sayılmış olduğu görülmektedir. Üye listelerinin çevrede duyurulması ve çoğaltılması ise hem üyelerin ve hem de derneğin kişilik hakkına saldırı olarak nitelenmiştir. Saldırıda bulunan kişi tarafından ileri sürülen, mağdurun gizli yaşamının korunması istemini ortadan kaldıracak kadar yüksek değere sahip kamusal çıkarın bulunduğu iddiasının ise Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmediği görülmektedir. İlhan ULUSAN, ‘Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi ile ilgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı’ (çeviri 1973) 7 (10) MHAD 209, 209 ff

Gerçeğe aykırı haberlerin yayımlanması durumunda artık hukuka uygunluk iddiası ileri sürülemeyecektir⁷⁹. Ancak bilginin gerçek olduğu hallerde dahi bilginin yanıltıcı şekilde veya hiç gerek olmayan yer ve zamanda ya da kötüleyici bir tavırla kullanılmış olması halinde, meydana gelebilecek kişilik hakkı ihlalleri açısından artık hukuka uygunluk iddiası hakkaniyet ve dürüstlük kuralı açısından uygun karşılanmayacaktır⁸⁰. Ayrıca olayın okuyucuya aktarılış tarzı veya şekli hususunda, kuşku yaratıcı dil ve ayrıca küçük düşürücü, tahrik edici ifadelerden kaçınılmamasının da kişisel değerleri ihlal edebileceği dile getirilmektedir⁸¹. Böylece bilgilendirme ve eleştiri hürriyetinin belli kıstaslara bağlı olması gerektiği kabul edilmelidir⁸². Üstün kamu yararının ve eleştiri hürriyetine dair tüm kıstasları takdir yetkisi ise hakime ait olacaktır⁸³.

Bir olayın üzerinden zaman geçmiş olmasıyla birlikte, tekrar gündeme getirilmesinde kamu yararı yok ise, burada da kişilik hakkına saldırının varlığı söz konusu olacaktır⁸⁴. Kişilerin dijital geçmiş ve internet üzerinde rahatsız edici içerikli kişisel veri, haber ve ifadelerle ilgili, bunların bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması, silinmesi ve daha fazla yayılmasına son verilmesine ilişkin talepleri, “*unutulma*

⁷⁹ Haberi yayınlayanın kusurunun olup olmadığı ise yalnızca talep edilebilecek tazminat açısından önem arzedecektir. TANDOĞAN, (n 1) 30

⁸⁰ Haksız rekabet açısından bakıldığında da aynı doğrultuda bir yaklaşım söz konusudur. TTK md. 55 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere “ölçüsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyumuyorsa, eleştiri (beyan) incitici-dir.” Böylece beyan artık haksız rekabet olarak değerlendirilecektir.

⁸¹ SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 106; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 235 ff; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 135,136; OĞUZMAN and ÖZ, (n 58) 35; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 123; GÖNEN, (n 5) 156; Yargıtay 4 HD 340/957, 08.02.1996; Yargıtay 4 HD 6132/5830, 04.06.1991; Yargıtay HGK 4-370/438, 25.06.2003 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

⁸² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “basın hak ve hürriyetinin, yine yasalarca korunan kişilik haklarından üstün tutulabilmesi için bu hürriyetin (haber verme, yorum ve eleştiri hürriyetinin), öğretide ve uygulamada tartışmasız benimsenen ‘gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağ kuralları’ çerçevesinde kullanılması gerekir” ifadesini kullanmak suretiyle, bu kıstaslardan her hangi birinin ihlalinin hukuka aykırılığı da beraberinde getireceğini dile getirmektedir. Yargıtay HGK 4-74/74, 10.02.1999; Yargıtay HGK 4-197/189, 23.03.2005 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024); Yargıtay HGK 4-1162/631, 08.05.2013 (Yargıtay) (e.t. 18.03.2024)

⁸³ ZEVLİLİLER, HAVUTÇU, ERTAŞ, ACABEY and GÜRPINAR, (n 4) 105; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 154; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 234

⁸⁴ SEROZAN, Kişiler Hukuku, (n 61) 425; KAYA, (n 3) 330; Yargıtay 4 HD 8085/334, 19.01.1988 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

hakki” olarak ifade edilmektedir⁸⁵. Özellikle üzerinden “*uzunca bir süre*” geçtikten sonra birtakım olumsuz durum ve olayların topluma veya kişiye yeniden hatırlatılmasının engellenmesi hususunda tıpkı kişiler gibi ortaklıkların da unutulma hakkının bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir⁸⁶. Örneğin geçmişinde ağır bir ekonomik kriz veya iflas tehlikesi geçirmiş yahut üretime ilişkin birtakım olumsuzluklar yaşamış bir ortaklığın, daha sonra bu durumu düzelterek halk nezdinde ve faaliyet ettiği sektörde prestijini yeniden kazanmış olması ihtimalinde; artık eskide kalmış haberlerin yeniden hatırlatılması hususunda kamu yararı bahanesinin arkasına sığınmaması gerekir. Bu eylemin ayrıca “*gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek*” kıstasına uygun olacağı iddiasının kabulü mümkün olacağından, burada aynı zamanda TTK md. 55/1-a-1 hükmünden hareketle haksız rekabetin de gündeme geleceği söylenebilecektir.

Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda, saldırıya uğrayan hakkında ileri sürülen iddiaların asılsız olduğunun mahkemece sabit olmasına rağmen, bu durumun yeniden gündeme getirilmesinin de kişilik hakkına karşı haksız bir saldırı olarak nitelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁸⁷.

Bir başka örnek olarak piyasadaki bazı malların bedellerinin tüketici hakları aleyhine fahiş derecede yükseltilmiş olması halinde, bu mallara karşı “*boykot çağrısı*” yapılmasında, üstün nitelikte kamu yararının bulunduğu iddiasının da, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır⁸⁸. Ancak böylesi bir ihtimalde mahkemece, tüketicinin korunması gerekçesi açısından ileri sürülen gayenin yerindelik ve ölçülülüğü yanında bu iddianın kişisel bir menfaate bahane olarak ortaya konulup konulmadığının tespit edilmesi burada da gerekecektir.

⁸⁵ Aydın AKGÜL, ‘Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı” (2016) (116) TBB Dergisi 11, 16; Serdar GÜLENER, ‘Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı” ’ (2012) 102 TBB Dergisi 219, 226; Allyson Haynes STUART, ‘Google Search Results: Buried If Not Forgotten’ (North Carolina Journal Of Law & Technology) 15 (3) 2014 <<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/>> (e.t.06.02.2024) 463, 463. Çevrimiçi unutulma hakkının yalnızca habere yönelik olarak değerlendirilmeksizin, kişiler tarafından paylaşılmış fotoğraf, video yahut yazı içerikleri açısından da geçerli ve mümkün olması gerektiği hususunda bkz. TURGUT, (n 31) 107,108

⁸⁶ Tüzel kişiler açısından unutulma hakkı hususunda bkz. GÖNEN, (n 5) 87; TURGUT, (n 31) 255 ff

⁸⁷ Yargıtay HGK 4-253/270, 12.05.2004 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

⁸⁸ DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 404

d. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Bu halde kamu görevlilerince ortaya konulmuş olan davranış bir kimsenin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olsa dahi, söz konusu fiil kişilik hakkına tecavüz olarak kabul edilmemektedir⁸⁹. Çünkü burada hukuka uygunluk nedeni oluşturan fiilin öznesi kanunu uygulama yetkisine sahip olan kamu görevlileri olmakla birlikte, kullanılan yetkinin dayanağını da kanuni bir düzenleme oluşturmaktadır.

Ancak bu ihtimalde, birtakım koşulların da yerine getirilmiş olması gerekecektir. Örneğin söz konusu yetkinin kullanılması sırasında, uyulması gereken maddi ve şekli şartların kanunlarca düzenlenmiş olması ve yetkinin de bu çerçeveye uygun olarak kullanılması halinde hukuka uygunluktan bahsedilebilecektir⁹⁰.

Öğretide, kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedeniyle, kişilik hakkına yapılan saldırıların birçoğunun üstün kamu yararına dayandığı ve bazı durumlarda bu iki kavramı birbirlerinden ayırmanın zor olduğu belirtilmektedir⁹¹. Örneğin kamu ihalelerinden yasaklanan şirketlerin ilan edilmiş olduğu⁹²; SPK tarafından yasaklı şirketlerin ilan edilmiş olduğu⁹³; emniyet müdürlüğü tarafından, meydana gelmiş bir suçla ilişkin olarak ticaret ortaklığının işletme adı veya ticaret unvanının yer aldığı açıklamalarda ya da Rekabet Kurulu tarafından ticaret ortaklığı hakkında verilmiş hukuki, cezai veya idari kararların yayınlandığı hallerde⁹⁴, görünüş itibarıyla ortaklığın kişilik değerlerinin ihlal edildiği iddiası ileri sürülebilecektir. Ancak buna rağmen, gerek üstün kamu yararı, gerekse kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedeniyle ortaya konulan bu davranış artık hukuka uygun hale gelmiş olacaktır.

TBK md. 64 hükmündeki “*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*” ifadesinin de kanunun tanıdığı bir yetki olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu yorum neticesinde haklı savunma olgusu da, kişilik hakkı ihlali oluşturacak bir davranışın, kanunun tanıdığı yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelmesini mümkün kılacaktır⁹⁵. Netice olarak “*bir kimsenin gerek kendisinin*

⁸⁹ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 156

⁹⁰ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 155; OĞUZMAN and ÖZ, (n 58) 27; AYAN and AYAN, (n 5) 81

⁹¹ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 229; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 119

⁹² Bkz. <<https://www.turkiye.gov.tr/kik-yasakli-sorgula>> (e.t.18.03.2024)

⁹³ Bkz. <<https://idariyaptirimlar.spk.gov.tr/IslemYasaklari>> (e.t.18.03.2024)

⁹⁴ ÜLGİN, HALVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 561

⁹⁵ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 248,249

gerek başkasının şahıs varlığına veya mal varlığına karşı yapılan hukuka aykırı ve halen mevcut bir tecavüzü def etmek için tecavüzde bulunana karşı zaruri mukabil tecavüzde bulunması”⁹⁶ olarak ifade edilecek haklı savunma hali mevcut ise, eyleme dönüştürülen bir kişilik hakkı ihlali artık kanunun verdiği bir yetkinin kullanıldığı iddiasıyla hukuka uygun olarak nitelenebilecektir.

D. Görünüm Şekilleri Açısından Karşılaştırma

1. Ekonomik Boykot

Belirli kişiler ya da ortaklıklar tarafından -organize olunmuş bir şekilde- bir kişi ya da ortaklıkla ekonomik faaliyetlerin kesilmesi⁹⁷ ve böylelikle bu ticaret ortaklığına mal satmak veya ortaklığın ürettiği mallardan almaktan kaçınmak yoluyla, ortaklığın kişilik hakkı değerlerinden ekonomik bütünlük ve varlığı aleyhine saldırıda bulunmaya yönelik davranışlar “ekonomik boykot” olarak nitelenmektedir⁹⁸. Ekonomik boykotun aktörleri, bu eylemi bireysel olarak yapan gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bu eyleme katılmaya başka kişileri, ortaklık veya kuruluşları davet veya sevk edenler de olabilir⁹⁹.

Sözleşme yapma yanında yapmama özgürlüğünün de söz konusu olması nedeniyle, bir ortaklıkla ekonomik faaliyetin kesilmesi, kişisel bir tercih olarak hukuka uygun olabileceken; bu eylemin organize bir şekilde başkalarını davet ve teşvik de ederek yapılması, kişilik değerleri aleyhine hukuka aykırı bir tavır olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁰. Böylelikle bu yön-
deki bir eylemin hem haksız rekabet hükümlerini hem de kişilik hakkına yönelik ihlal olarak gündeme gelmesi mümkün olacaktır.

Bir ticaret ortaklığının ekonomik olarak boykot edilmesi, ticari ve mesleki faaliyetlerini yerine getirebilme ve iktisadi varlığını devam ettirebilmesi bakımından ciddi bir tehdit ve tehlike oluşturacaktır. Bu nedenle ilk bakışta söz konusu eylemin ortaklığın kişilik hakkına saldırı veya haksız rekabet niteliğinde olacağı muhakkaktır. Ancak bu yöndeki bir davran-

⁹⁶ Kemal OĞUZMAN, ‘İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler’ Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 7, 18,19

⁹⁷ DURAL and ÖGÜZ, (n 1) 147; GÖNEN, (n 5) 115

⁹⁸ SEROZAN, Kişiler Hukuku, (n 61) 115 ff; ŞENOCAK, (n 12) 68

⁹⁹ ŞENOCAK, (n 12) 68

¹⁰⁰ GÖNEN, (n 5) 117

nışın kişilik değerleri aleyhine bir eylem olarak kabul edilip edilmemesi, mevcut durum itibarıyla ortada hukuka uygunluk nedenlerinin var olup olmadığının tespitine bağlı olacaktır.

Ekonomik boykot eyleminin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için ise hukuka uygunluk sebeplerinden bir veya birkaçına dayanılarak gerçekleştirilmesi yeterli olacaktır. Bu anlamda saldırının hukuka uygun olduğu iddiasının gerekçesini daha ziyade üstün özel yarar, üstün kamusal yarar ya da hatta haklı savunma iddiası oluşturabilecektir. Boykot gerekçesi olarak dile getirilen hususun, kişisel bir gayenin bahanesi olarak ileri sürüldüğünün anlaşılması halinde artık bu eylem hukuka aykırı olarak kabul edilecektir¹⁰¹.

Boykot olarak nitelenen tavrı ortaya koyanların, bu eylemleri açısından hukuka aykırılığın ortadan kalkmış olduğunu ileri sürebilmeleri için, kişilik hakkı ihlal edilen veya haksız rekabete maruz kalmış ortaklığın bu hakkına nazaran daha üstün nitelikte bir özel yahut kamusal yararın varlığını ispat etmeleri gerekecektir¹⁰². Bu doğrultuda, kişilik değerlerine müdahale edilen kişinin saldırıya son verme veya haksız rekabetin men'i talebinden daha yüksek değerde ve ağırlıkta bir "*kamusal menfaatin*" varlığı halinde müdahalenin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekecektir¹⁰³.

Bir başka örnek olarak aynı ticari alanda faaliyet göstermekte olan ticaret ortaklıklarınca oluşturulan bir birlik tarafından, sektörde hukuka uygun şekilde belirlenmiş olan fiyat politikalarına uymayan ticaret ortaklığına karşı boykota gidilmesi yönündeki tercih ve davranışlar ise, -dürüstlük kuralına da uygun olması koşuluyla- "*üstün özel yarar*" kavramına dahil edilerek hukuka uygun bir eylem niteliğinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁴. Ancak önemle ve temkinle belirtmek gerekir ki, bu yönde bir eylemin RKHK md. 4 ve 56 hükümleri doğrultusunda geçersizliğinin gündeme gelmesi kuvvetle muhtemel olacaktır.

Bu hususa ilişkin farklı bir örnek olarak, bazı malların fiyatlarındaki artışların protesto edilerek, gerek basın ve yayın kuruluşları, gerekse meslek odaları tarafından bu ortaklığa dair mallar hakkında boykot çağrısı yapılmasına yönelik tavır, tüketicinin korunmasına yönelik olacağından, artık kamusal yararı gözetme amacına hizmet etmesi nedeniyle hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁵.

¹⁰¹ TANDOĞAN, (n 1) 19

¹⁰² DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 147; GÖNEN, (n 5) 119-120

¹⁰³ SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 102-106; ULUSAN, (n 78) 214-216

¹⁰⁴ DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 403

¹⁰⁵ ibid 404

Haksız rekabet kavramı açısından yapılacak değerlendirmede söylenilmesi gereken husus, boykot açısından haklı bir gerekçenin bulunması halinde bu eylem artık haksız rekabet olarak nitelenemeyecek olmasıdır¹⁰⁶. Örneğin kimyasal atıklarını yakınındaki nehre boşaltan bir ortaklığa karşı yürütülen boykot eylemi veya çağırısı da artık haksız rekabet olarak kabul edilmeyecektir¹⁰⁷. Bu yaklaşım kişilik hakkının korunmasına yönelik talepler için de üstün kamusal yarar açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturacak olması nedeniyle geçerli olacaktır.

Ekonomik boykot kavramı birtakım uluslararası sorunlar açısından, belirli bir ülke halkının mevcut duruma yönelik tepkisini yansıtmaya biçimi olarak da gündeme gelebilmektedir. Devletlerin siyasi kararları içerisinden, özellikle uluslararası hukuka aykırı nitelikte olanlarına karşı, “zarar gören kişilerin” kişilik hakkını, “haklı savunma” kavramı üzerinden korumak adına, bazı ülkelerde kamuoyunun ekonomik boykot yoluna başvurduğu gözlenmektedir¹⁰⁸.

Uluslararası hukuka aykırılıkta ısrar eden ülkeler ve bu ülkeleri destekleyenler üzerinde ekonomik ve ticari yaptırımlar uygulamak, hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenebilecektir. Çünkü haklı savunma imkanı, TBK md. 63 ve 64 hükümleri gereğince üçüncü kişi adına da kullanılabilir olan bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. TMK md. 24/2’de yer almakta olan, gerek “üstün nitelikteki özel yarar” gerekse “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” kıstasları, TBK md. 63 ve 64 hükümleri ekseninde değerlendirildiğinde bu sonuca kolayca varılabilecektir¹¹⁰.

Böylelikle hukuka aykırı saldırıya uğrayan ülke halkı ile yakınlığı ve gönül bağı bulunan bir başka ülke halkının, uluslararası hukuka aykırı saldırıyı destekleyen ticaret ortaklıklarına karşı ekonomik boykot tercihinde bulunmaları; kişilik hakkı kavramı ve/veya haksız rekabet olgusuna

¹⁰⁶ ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 569

¹⁰⁷ ŞENOCAK, (n 12) 90

¹⁰⁸ Ancak ekonomik boykot ile ambargo kavramlarının birbirlerine karıştırılmaması gerekir. Bu iki kavram arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı açıklamalar hususunda bkz. ŞENOCAK, (n 12) 81

¹⁰⁹ von TUHR, (n 29) 372; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Halûk BURCUOĞLU and Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6th, Filiz Kitabevi 1988) 656 ; OĞUZMAN and ÖZ, (n 58) 29; EREN, (n 58) 606, 607; NOMER, (n 58) 146; AYAN and AYAN, (n 5) 84; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 154; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 254

¹¹⁰ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 154; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 233

nazaran daha üstün nitelikte kabul edilecek kamusal yararın varlığına dayalı olarak hukuka uygunluk zemininde değerlendirilecektir¹¹¹. Ancak haklı savunma veya üstün kamusal yarar iddiasının -tıpkı TTK md. 55 hükmünün madde gerekçesinde de belirtildiği üzere- “*amaca uygunluk*” ve “*ölçülülük*” kriterlerine uygun olması gerekliliğinin, hakkın kötüye kullanılmasını engelleme açısından önemli birer kıstas olarak göz önünde bulundurulması gerekecektir.

2. Ortaklığın Tarafı Olduğu Sözleşmeler

Ticaret ortaklıklarının sahip oldukları kişilik hakkına dair korunma imkanı açısından değinilmesi gereken bir diğer yasal düzenleme de TMK md. 23 hükmüdür¹¹². Hükme göre hiç kimse, kendi izni veya onayıyla dahi olsa, hak ve fiil ehliyetinden yahut özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi, bunların hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasına katlanmaya da zorlanamayacaktır. Böylece ticaret ortaklığının, tarafı olduğu bir hukuki işlem nedeniyle kişilik hakkına dair ihlalin söz konusu olduğu durumlarda, TMK md. 23/2 hükmünün koruması altında olacağını belirtmek gerekir¹¹³.

Bu anlamda özellikle ortaklığın iktisadi özgürlüğünü kısıtlar nitelikteki örneğin uzun bir süre bağlılık içeren; kararlarını serbestçe almasını engelleyen; hukuka aykırı rekabet yasağı şartlarını kabul eden; ortaklık için hayati değerdeki mesleki sırlarının açıklanmasını öngören ya da ortaklığın gelecekteki alacaklarının tamamını devir veya rehin eder şekilde ekonomik geleceğini veya varlığını olumsuz etkileyebilecek ölçüde borç

¹¹¹ Günümüzde uluslararası hukuka aykırı bir şekilde soykırım veya işgal faaliyetinde bulunan ülke menşeli ticaret ortaklıklarına karşı boykot çağırısı yapıldığı sıklıkla gözlenmektedir. Ekonomik boykot çağırısının, özellikle çağrıya dayanak oluşturan söz konusu olumsuz fiillere maddi ve manevi destekte bulunan ortaklıklar aleyhine yapılması halinde bu durum, aleyhine çağrıda bulunan ticaret ortaklığının kişilik hakkına yönelik müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilecektir.

¹¹² Helvacı, tüzel kişilerin TMK md. 23/2 hükmünden faydalanabileceği alanların gerçek kişilerdeki kadar geniş olamayacağını ifade etmektedir. HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 143. Aynı doğrultuda bkz. OGUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 171; AKIN ÜNAL, Keleşçeleme Sözleşmeleri, (Adalet Yayınevi 2012) 73; NİL KARA-BAĞ BULUT, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi (On iki levha Yayıncılık 2014) 89

¹¹³ HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 143; ÜNAL, (n 112) 130; GÖNEN, (n 5) 141-144; KARABAĞ BULUT, (n 112) 89,90

altına girmesine yönelik sözleşmeler açısından TMK md. 23/2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilecektir¹¹⁴.

Bu ihtimallerden herhangi birinin ticaret ortaklığı açısından mevcudiyeti halinde, TTK md. 23/2 hükmünün kişilik hakkının korunmasına ilişkin fonksiyonu, kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ortaklığın saldırıya son verilmesi davası açabilmesi için gereken hukuki gerekçeyi oluşturabilecektir¹¹⁵. Böylelikle ticaret ortaklığının tarafı olduğu bir sözleşmesel ilişki açısından TMK md. 23/2 doğrultusundaki korunmaya dair temel ilkeler: sözleşmenin, taraflardan biri için iktisadi özgürlüğün diğer tarafa devredilmesi neticesini doğurması; taraflardan birinin diğer tarafın keyfine tabi kılındığı ve sözleşmenin taraflarından birinin özgürlüğünün özünü tehlikeye girmiş olmasıdır¹¹⁶. TMK md. 23/2 hükmünde vurgulanmakta olan ahlaka aykırılık olgusu -üzerinde anlaşılmış olmasına rağmen- edimin, kişilik üzerindeki etkileri bakımından geçersizliğini gündeme getirmektedir¹¹⁷.

Ancak bazı durumlarda TMK md. 23/2 ile birlikte TBK md. 27/2 hükmünün yardımıyla, sözleşme içeriğinde yer alan yalnızca kişilik hakkına aykırı olan kısmın hükümsüzlüğü iddiasında bulunmak da mümkün olacaktır¹¹⁸. Bu açıdan iki yasal hükmün birbirini tamamlaması neticesinde Böylelikle bir yandan ortaklığın kişilik hakkı korunurken, diğer yandan sözleşmeye dayalı birtakım ortaklık menfaatlerinin zarar görmesi de engellenmiş olacaktır. Bu tercih imkanının mevcudiyeti ise ortaklık çıkarları açısından daha makul sonuç sağlanabilecek hallerde önem kazanacaktır.

Ticaret ortaklıklarının tarafı olduğu sözleşmelerdeki, ortaklığın iktisadi özgürlüğü ve bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracak hükümler açısından TMK md. 23/2 hükmünün koruyucu etkisinin, haksız rekabete iliş-

¹¹⁴ GÖNEN, (n 5) 144. Özellikle tüzel kişilerin ticari ve ekonomik özgürlüklerinin kısıtlanması yoluyla geleceklerinin tehlikeye atılması anlamına gelebilecek, kişilik hakkını ihlal eder nitelikteki sözleşmeler bakımından da TMK md. 23/2 korumasının geçerli olabileceği örnekler için bkz. KARABAĞ BULUT, (n 112) 252,253; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 217 ff

¹¹⁵ TMK md. 23 hükmünün emredici karakteri nedeniyle hükmün hakim tarafından re'sen uygulanması da gerekecektir. OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 221

¹¹⁶ ibid 218

¹¹⁷ KARABAĞ BULUT, (n 112) 109; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 220

¹¹⁸ Nagehan KIRKBEŞOĞLU, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük (Vedat Kitapçılık 2011) 177 ff; KARABAĞ BULUT, (n 112) 446 ff; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 221

kin koruma kavramı bakımından bir karşılığı bulunmamaktadır. Haksız rekabet olgusunun TMK md. 24 hükmünde düzenlenmiş olan kişiliğin dışarıdan gelen saldırılara karşı korunması kavramı ile koşutluğu söz konusudur. Tıpkı TTK md. 24 hükmünde olduğu gibi haksız rekabete ilişkin hükümlerde de başkaları tarafından yapılmış olan bir eylemin/davranışın muhatapta oluşturacağı olumsuzluğa karşı kişinin korunması amaçlanmaktadır.

Oysa yasa koyucu TMK md. 23/2 hükmü ile kişiyi, bizzat tarafı olduğu ve kendi iradesiyle de onayladığı/onaylamak zorunda kaldığı sözleşmelerdeki hükümlere karşı korumaktadır. Ticaret ortaklıklarının ise, kapitalizmin getirdiği zorlu piyasa şartlarında bu tip sözleşmelerin tarafı olması ise çok kolay ve muhtemeldir. Böylesi bir ihtimalin zuhuru halinde, ticaret ortaklığının iktisadi varlığı ve özgürlüğünün korunması açısından haksız rekabet hükümleri fonksiyon icra edemeyecektir. Kişilik hakkının korunması imkanı açısından, söz konusu ihlalin durdurulmasına yönelik dava yoluna başvurulabilecektir.

3. Ortak ve Yöneticilerin Kişilik Hakkına Yönelik Saldırının Ortaklığa Etkisi

Bazı ortaklıklarda yönetim kurulu başkanı, yöneticisi veya ortaklarından birinin gerek toplum nezdinde gerekse ticari faaliyette bulunulan sektörde, ortaklıkla adeta bütünleşerek toplum nezdindeki “yüzü/çehresi” halini almaktadır¹¹⁹. Böylelikle bu kişilerin kişilik hakkına yönelik saldırıların bazı hallerde ticaret ortaklığının kişilik hakkına saldırı kavramı ile çakıştığı durumlar da gündeme gelebilecektir¹²⁰. TTK md. 55 hükmünde sayılan hususların “*haksız rekabet hallerinin başlıcaları*” olarak ifade edilmiş olması sebebiyle sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Buradan hareketle söz konusu hükmün geniş yorumlanması durumunda bu yöndeki bir eylemin, TTK md. 55/1-a-1 hükmündeki kıstaslar açısından ticaret ortaklığına vereceği dolaylı zarar nedeniyle haksız rekabet olarak kabul edilmesi de mümkün olabilecektir.

¹¹⁹ Pulaşlı’ya göre yönetim kurulu başkanının bu temsilci vasfı, adeta bir futbol karşılaşmasındaki takım kaptanlığı gibi hakem ve karşı takım nezdindeki pozisyonu gibidir. Yazar yönetim kurulu başkanının ortaklığın temsiline dair konumunu, sosyal yaşamda ortaklığın muhatap alınması açısından müşahhas bir figür olarak ifade etmektedir. Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi (I) (2nd, Adalet Yayınevi 2015) &30 1012 prg.255

¹²⁰ OĞUZMAN, (n 96) 39

Bu doğrultuda ticaret ortaklığı müdürünün ya da ortaklarından birinin şahsında, ortaklığın faaliyet konusunu derinden ve olumsuz etkileyecek nitelikteki kişilik hakkı ihlalleri, ortaklığın şeref ve haysiyetini, ticari itibarını, iktisadi varlığını ya da gizli alanına dair ortaklığın korunması gereken kişilik değerlerine de saldırı neticesi doğurabilecektir¹²¹.

Örneğin bir yatırım şirketinin ortaklarından bir veya birkaçının yolsuzluk ve dolandırıcılık nedeniyle göz altına alındığına dair asılsız iddialar; borsada işlem gören bir ortaklığın yöneticilerinin ortaklığın içini boşalttığına dair gerçeği yansıtmayan iftiralar ya da bir otel müdürünün otelde konaklayan kişilere tacizde bulunduğu dair doğru olmayan haberler, iftiranın muhatabı olan kişinin kişilik hakkına yönelik olması saldırı yanında yöneticisi veya ortağı olduğu ortaklığın kişilik değerlerine de hukuka aykırı saldırı niteliği taşıyacaktır.

III. TİCARET ORTAKLIĞININ KİŞİLİK DEĞERLERİNİN KORUNMA İMKANLARI

A. Haksız Rekabetin Men'i Davası

Yasa koyucu TTK md. 54 hükmünde, haksız rekabet kısmında düzenlenmiş olan hükümlerdeki gayenin “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” olduğunu ifade etmektedir. Bu gayenin tesisi için getirilen düzenlemelere bakıldığında, gerekli olması halinde hukuki açıdan başvurulacak dava imkanlarının TTK md. 56 hükmünde belirlenmiş olduğu görülmektedir.

Ticari ortaklıkların kişilik değerlerinin ihlali ihtimalinin gündeme geldiği durumlarda, kişilik hakkının korunmasına ilişkin saldırıya son verilmesi (durdurulması) imkanının haksız rekabet kavramı açısından karşılığı, TTK md. 56/1-b hükmünde dile getirilen “*haksız rekabetin men'i davası*”¹²² olacaktır. Burada da devam etmekte olan bir haksız rekabet halinin “*durdurulması*” yahut gerçekleşme tehlikesi veya yeniden gerçek-

¹²¹ Konuyla ilgili geniş değerlendirmeler hususunda bkz. yukarıda dnp.35 ff

¹²² Madde metninde yasa koyucu tarafından tercih edilmiş olan “men davası” tabiri yerine, kişilik hakkı saldırıya uğramış olan kişi açısından talep etme imkanı olarak TMK md. 25 hükmünde öngörülen önleme, son verme veya durdurma kavramlarının kullanılmasının daha isabetli olacağı hususunda bkz. ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NÖMER ERTAN, (n 11) 605

leşme ihtimalinin “önlenmesi” talep edilebilecektir¹²³. Söz konusu davanın açılması için ise failin kusurlu olma koşulu bulunmamaktadır¹²⁴.

B.Saldırıya Son Verilmesi (Durdurulması) Davası

Kişilik hakkı, kişiye sahip olduğu kişilik değerlerine hürmet ve saygı duyulmasını talep etme imkanı tanımaktadır¹²⁵. Böylelikle bu değerleri açısından saldırıya maruz kalan gerçek ya da tüzel kişi, TMK 25/I’de hükme bağlandığı üzere koruyucu davalar yardımı ile kişilik hakkını “*koruma*” imkanını kullanabilecektir. Söz konusu davalar ile amaçlanan fonksiyon, bir saldırının önlemesi, yok edilmesi veya etkisizleştirilmesi sağlanarak davalının bu davranışından vazgeçmeye zorlanması olacaktır¹²⁶.

Koruyucu davaların yasa koyucu tarafından saldırının meydana gelme zamanına göre bir ayırıma tabi tutulmuş olduğu gözlenmektedir. TMK md. 25/I hükmünde, saldırı öncesindeki safha için “*saldırı tehlikesinin önlenmesi*”; saldırının başlamış olması halinde “*saldırıya son verilmesi/durdurulması*”; sona ermiş olduğu durumlarda ise “*saldırının hukuka aykırılığının tespiti*” davasının açılacağı ifade edilmektedir.

Henüz saldırının başlamadığı yahut saldırının sona ermiş olduğu hallerde, saldırıya son verilmesi mümkün olamayacağından söz konusu dava açılmayacaktır¹²⁷. Maddi aleme ilişkin sonuçları devam etmeyen, yalnız-

¹²³ BAHTİYAR, (n 11) 182; ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 605; BOZER and GÖLE, (n 11) 164; POROY and YASAMAN, (n 11) 421,422; EROĞLU, (n 11) 242,243

¹²⁴ ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 605; ARKAN, (n 17) 352; BOZER and GÖLE, (n 11) 164; POROY and YASAMAN, (n 11) 421

¹²⁵ SIEBERT, (n 3) 228

¹²⁶ TMK md. 25/III’de, “Davacının maddi ve tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.” ifadesi yer almaktadır. Böylece saldırıya uğrayan kişinin koruyucu davalar yanında ayrıca “maddi tazminat”, “manevi tazminat” ve “kazancın geri verilmesi” davalarını açabilme imkanı da bulunmaktadır. Netice olarak yasa koyucu tarafından, kişilik hakkı ihlal edilmiş olan davacıya ayrıca, hukuka aykırı saldırının “neticelerinin” yok edilmesi, düzeltilmesi veya onarılmasına yönelik olarak, davalının bir edime zorlanması hususunda “hak talebinde” bulunabilme imkanı da sağlanmaktadır. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 180. Maddi ve manevi tazminat talebine ilişkin bu davalar, ifaya yönelik davalardır. Hüseyin HATEMİ and Burcu KALKAN OĞUZTÜRK, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler) (Vedat Kitapçılık 2014) 65

¹²⁷ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 156; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 254; AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 398; AYAN and AYAN, (n 5) 93

ca söylenip, yazılıp, görüntülenip kaybolan, yani saldırının devam etmediği anlık durumlarda -sonuç ve etkileri insanların zihninde devam etmekte olmasına rağmen-¹²⁸ ancak “*hukuka aykırılığın tespiti*” davası açılabilir¹²⁹.

Kişilik değerlerine yönelik saldırının başlamış olması ve saldırının maddi aleme dair sonuçlarının da devam etmesi halinde¹³⁰ ise, bu hususta dava yoluna başvurularak saldırıya son verilmesi ya da bir diğer değişle saldırının durdurulması mahkemeden talep edilebilecektir¹³¹. Yani devam etmekte olan saldırıya son verilme ihtimali eğer mümkün ise, saldırıyı ortadan kaldırmak suretiyle kaynağını da kurutarak¹³², devamında oluşabilecek muhtemel maddi ve manevi zararları “*önlemek*” üzere saldırıya son verilmesi davasının açılması mümkün olabilecektir¹³³. Bu anlamda açılacak bir son verme davasında davacı tarafından, kişilik hakkına saldırı fiilini içermekte olan kitap, broşür gibi yazılı metinlerin toplattırılması, silin-

¹²⁸ Saldırı niteliğindeki eylemin olumsuz sonuç ve etkilerinin de ortadan kaldırılmasına dair ayrıca -TMK md. 25/2 hükmü ile düzenlenmiş olan- son verme davası ile birlikte kararın “yayımlanması” ya da “üçüncü kişilere bildirilmesi” imkanı bulunmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. ileride dpn.182 ff

¹²⁹ DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 394

¹³⁰ Haksız eleştiri, küçük düşürücü sözler, sırların ifşa edilmesi işlenmekle sona ermekte olup maddi alemden sonuçları devam etmemekte ise de, bu durumun bir kitap, afiş, broşür yahut internet sitesinde varlığını sürdürmesi halinde artık devamlı bir saldırı kaynağı oluşturması nedeniyle bu saldırıya karşı durdurma davası açılabilir. DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 393. TTK md. 56/1-c hükmünde de haksız rekabet oluşturmakta olan fiilin durdurulması yanında sonuçlarının da ortadan kaldırılması hususunun düzenlendiği görülmektedir.

¹³¹ AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 396. Saldırının haber alınması neticesinde, dava açılırken saldırının önlenmesi ve durdurulması taleplerinin terditli olarak da talep edilebileceği hususunda bkz. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 81; DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 382 dpn.50

¹³² Kaynağını kurutmak kavramı, “Kişi en başta, saldırının durdurulmasını (müdahalenin men’ini, tecavüzün ref’ini) isteyebilir. Özel olarak hakaretin geri alınmasını veya yazının tekzipini, ele geçirilen mektubun ve resmin geri verilmesini, negatiflerin yakılması- nı, teyp bandının silinmesini sağlayabilir. Böylece saldırının kaynağını kurutmuş olur.” ifadesiyle tanımlanmaktadır. SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 95,96

¹³³ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ‘Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)’ Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, (Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Ankara Fakülteler Matbaası 1980) 141, 159; EREN, (n 11) 782; KARAYALÇIN, (n 4) 266; HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 159; SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 95 ff; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 130; DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 395

mesi, imha edilmesi ya da internette yer alan ifadelerin paylaşımından kaldırılması veya yayının durdurulması mahkemeden istenebilir¹³⁴.

Saldırıya son verilmesi davasının açılabilmesi için ihlal edildiği ileri sürülen kişisel değerin, gerçek anlamda hukuki olarak korunmayı hak edip etmediğinin hakim tarafından tespit edilmesi gerekecektir¹³⁵. Ayrıca saldırının hukuka aykırı olması gerekmekte olup, bir zararın doğmuş olması ya da saldırıda bulunan kişinin kusurunun bulunup bulunmamasının burada artık bir önemi bulunmamaktadır¹³⁶. Bazı durumlarda ise saldırıya yönelik fiillerin ancak bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde hukuka aykırılığın mevcudiyetinin kabul edilebileceği hususu ise gözden uzak tutulmamalıdır¹³⁷.

Bilimsel gelişmeler neticesinde, aleniyetin -abartılı ve cüretli bir tavırla- kişilik hakkının sınırlarını zorlayan müdahalesi karşısında, özellikle teknolojinin getirdiği yeni imkanlara dair örneklerin daha ciddi değerlendirilmesi gerekliliği aşîkârdır¹³⁸.

Bu doğrultuda yasa koyucu tarafından son verme davasına konu teşkil edecek saldırının internet yayını yoluyla yapılma imkanına dair de birtakım yasal tedbirler almış olduğu gözlenmektedir. 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*'un 9. maddesi ile internet içeriğinin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine yönelik bir düzenleme ihdas edilmiştir. Hükme göre "*İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını*" isteyebileceklerdir. Hükümde ayrıca içerik ve yer sağlayıcısından her birinin bu talebe yönelik olarak yirmi dört saat içerisinde bir cevap vermek durumunda olduğu ve bu hususta doğrudan sulh ceza hâkimine başvurulabileceği öngörülmektedir. Düzenlemenin devamında yer alan 9A maddesiyle ise, hayat alanının gizliliği açısından paylaşılmış olan içeriğe erişimin engellenmesi talebiyle doğrudan Bilgi Tekno-

¹³⁴ DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 393

¹³⁵ TANDOĞAN, (n 1) 214

¹³⁶ SEROZAN, Düşünceler, (n 3) 96,97; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 254; AYAN and AYAN, (n 5) 93; DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 156; AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 398; ÖZTAN, Temel Kavramlar, (n 5) 300; GÖNEN, (n 5) 164

¹³⁷ TÜRKMEN, 1407

¹³⁸ SIEBERT, (n 3) 218

lojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Başkanlığı'na başvuru imkanının yasa-ya eklenmiş olduğu görülmektedir¹³⁹.

¹³⁹ Konu ile ilgili olarak Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda ise, 5651 Sayılı Kanunun 9. maddesi ile TMK md. 25 açısından bir karşılaştırma ve değerlendirme yapılmış olduğu görülmektedir. Kararda, Yargıtay'ca kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi veya kişiler açısından, genel mahkemelerdeki dava hakkını hüküm altına alan TMK md. 25 düzenlemesinin genel, 5651 sayılı Yasanın 9. maddesi hükmünün ise tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. “Dava, davalı tarafa ait internet sitesinde, davacının kişilik haklarına saldırılması nedeniyle, yayınların hukuka aykırılığının tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulması istemine ilişkindir. Yerel mahkemece mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesi reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur. Davacı, davalı tarafa ait internet sitesinde 02/10/2008 ile 03/10/2008 günleri arasında yapılan yorumlarla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek yayınların hukuka aykırılığının tespiti ile düzeltilmesine ve üçüncü kişilere duyurulmasına karar verilmesini istemiştir. Davalı taraf 23/05/2007 günü yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa'nın internet alanına ilişkin özel düzenlemeler içeren bir yasa olduğunu, bu nedenle olayda genel hükümler yerine bu yasanın uygulanması gerektiğini, davacının 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesine uygun biçimde başvuruda bulunmadığını, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına yönelik istemin Sulh Ceza Mahkemesinden alınması gerektiğinden görev itirazında bulunmuştur.

Yerel mahkeme 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince yayından çıkarma ve cevaba ilişkin istemlerin içerik sağlayıcısı veya olmazsa yer sağlayıcısına başvurularak yerine getirilmesinin istenebileceği, istemin reddedilmiş sayılması durumunda kişinin yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine başvurması gerektiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliği yönünde karar vermiştir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasa 25.05.2007 günü yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanın sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleyle ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Yerel mahkeme gerekçesinde yer alan 9. maddede ise “içeriğin yayından çıkartılması ve cevap hakkı” düzenlenmiştir.

Davacı, dava ve cevaba cevap dilekçesinde davanın özel hukuka dayalı olduğunu ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere göre açıldığını ve davalıların eyleminin haksız eylem niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Medeni Yasa'nın 25. maddesinde kişilik hakkının korunması için açılacak davalara yer verilmiştir. Buna göre davacı, yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve bu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu tür istemlerle açılan davaların görülme yeri de genel mahkemelerdir. Şu durumda davacı istemi gözetilerek işin esasının incelenerek varılacak sonuca göre karar vermesi gerekirken yerinde olmayan hukuki nitelikleme ile görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 4 HD 8571/9921, 15.09.2009 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

Saldırının durdurulması davası açısından uygulamadaki örneklerle bakıldığında, ihtilafların daha ziyade şeref ve haysiyet, gizli hayat alanı veya mesleki ve ticari değerler aleyhine saldırılar üzerinde yoğunlaştığı gözlenmektedir¹⁴⁰.

Örneğin ortaklık veya ürünleri aleyhine internette dolaşmaya devam eden bir video¹⁴¹ ya da kaleme alınmış bir yazı; televizyon kanallarında yayımlanmaya devam eden bir reklam filmi; basımına, yayımlanmasına veya dağıtımına devam edilen bir yazılı eser ya da günlük yayın yapan gazete, internet sitesinde bu yayını -gazetenin arşivinde tutmak suretiyle istenildiği zaman ulaşılabilecek şekilde- devam ettirdiği süre boyunca¹⁴², kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan ticaret ortaklığı tarafından saldırıya son verilmesi hususunda dava yoluna başvurulabileceklerdir.

Saldırıya son verilmesi davası ile bir taraftan hukuka aykırılığın tespiti¹⁴³ sağlanmaktayken, bir taraftan da hukuka aykırı saldırının tekrarını da yasaklamaya yönelik bir karar elde edilebilecektir¹⁴⁴. Bu sonuca doğru-

¹⁴⁰ DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 156

¹⁴¹ KAYA, (n 3) 324

¹⁴² Normal şartlar altında günlük bir gazetede çıkan haberin, saldırının mahiyeti açısından, bir gün sonrası itibarıyla, işlenmiş ve sona ermiş olduğu kabul edilerek artık durdurma davası açılmayacağı ileri sürülebilecek olsa da, gazetenin internet sayfasındaki bu haberin yayınının varlığını sürdürdüğü, gazete arşivine girilerek veya sitenin haber arama motorundan aratılarak, hatta Google arama motorundan haberin başlığı ile direkt ulaşmanın mümkün olabildiği ihtimallerde dileyen herkesin söz konusu habere ulaşabilme ihtimali değerlendirildiğinde, artık bu halin, durdurma davasının konusunu oluşturan tipik bir örnek olarak nitelenebileceği söylenebilecektir. DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 396, 397

¹⁴³ Kişilik hakkına yönelik saldırılara karşı başvurulabilecek koruyucu davalar arasında saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası da bulunmaktadır. Söz konusu tespit davasıyla, özellikle sona ermiş olan saldırının devam eden etkilerine son vermek ve hatta bu etkilerin yok edilmesi amaçlanmaktadır. DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 158; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 131; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 258; EREN, (n 11) 782; ÖZTAN, Temel Kavramlar, (n 5) 301. TMK 25/I'de de bu husus "...sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir." şeklindeki açık ifade ile dile getirilmektedir. Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasının bu yönüyle "saldırıya son verilmesi" davasına yaklaşmakta olduğu ifade edilmektedir. HELVACI, Gerçek Kişiler, (n 1) 160. Aksi görüşle hukuka aykırılığın tespiti davası açabilmek için, sona eren saldırının etkisinin devamının aranmasının yerinde olmadığı hususunda bkz. Selâhattin Sulhi TEKİNAY, 'Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler' Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 55, 59

¹⁴⁴ AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 399. Böylelikle saldırıya son verilmesi davasının cevap ve düzeltme hakkından mahiyet itibarıyla farklılığının söz konusu olduğu

dan ulaşmanın teknik olarak mümkün olamayacağı hallerde ise, saldırıya son verilmesi davasında “ayrıca” yeni saldırıların önlenmesi talebinin ileri sürülebilmesi de mümkün olacaktır¹⁴⁵.

C. Davaların Karşılaştırılması

1. Tarafları Açısından

a. Davacı Sıfatı

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Böylelikle kişilik hakkı saldırıya uğrayan veya saldırıya maruz kalmış gerçek ya da tüzel kişiler bizzat “davacı” sıfatıyla bu davayı açabilecektir¹⁴⁶. Haksız rekabetin men’i davası açısından bakıldığında ise, -konumuz açısından- ticaret ortaklıklarına karşı ihlalin gündeme geldiği hallerde davacı sıfatı, hukuka aykırı davranışa muhatap olmak durumunda kalan ticaret ortaklığına ait olacaktır¹⁴⁷. Çünkü dava açma hakkı ekonomik çıkarları bakımından zarar gören veya görme tehlikesi bulunan kimsede bulunmaktadır. Böylelikle ticaret şirketinin ortakları ya da yönetim kurulu üyelerinin şahsen dava açma hakkı söz konusu olamayacaktır¹⁴⁸.

Ticaret ortaklıkları TTK md. 124 hükmünde sayılmış olduğu üzere “kollektif, komandit, anonim limited ve kooperatif” ortaklıklardır. TTK md. 125 hükmüne göre bu ortaklıklar, tüzel kişiliği haiz olmaları hasebiyle TMK md. 48’de dile getirilmekte olan tüm haklardan faydalanabileceklerdir. Böylelikle ticaret ortaklıkları HMK md. 51 hükmüne göre dava ehliye-

hususunda bkz. DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 394 dpn.20; DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 381 dpn.48

¹⁴⁵ Örneğin yazılı veya görsel saldırının birbiri ardına devam etmekte olan bir program olarak gerçekleşmesi ihtimali yahut internet yayınının süreklilik arz etmesi ya da bir kitabın ikinci cildinin yayınının engellenmesi halleri gibi, özellikle dava sonrasında devam edebilecek türden saldırıların önlenmesi bakımından, saldırıya son verilmesi davası ile birlikte saldırı tehlikesinin önlenmesinin de talep edilmesi makul bir tercih olacaktır. DURAL and ÖĞÜZ, (n 1) 157; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 255,261; GÖNEN, (n 5) 165

¹⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kişilik Hakları, (n 133) 149; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 250; GÖNEN, (n 5) 214,215. Davayı açıp sürdürecektir olan organın yürütme (icra) organı olduğu hususunda bkz. AYAN and AYAN, (n 5) 99

¹⁴⁷ Bununla birlikte, haksızlığa maruz kalan kişiler yanında, müşteriler ile mesleki ve ekonomik birlikler veya tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumak amacındaki kamusal nitelikli kurumlar haksız rekabete ilişkin davalarda davacı sıfatına sahip olabilmektedir. ARKAN (n 17) 355; ÜLGEN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 610 ff; POROY and YASAMAN, (n 11) 412; BAHTİYAR, (n 11) 183,184

¹⁴⁸ ARKAN (n 17) 355. Bu hususta ayrıca bkz. dpn.119-121

tine sahip olacak ve kişilik hakkının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği hallerde, açacağı saldırıya son verilmesi davasında yetkili organı tarafından temsil edilecektir (HMK md. 52). Bunun yanında muhtemel bir davada yetkili organı bulunmayan ortalık ise, TMK md. 427/4 hükmü gereğince vesayet makamı tarafından atanacak olan yönetim kayyımı tarafından temsil edilecektir¹⁴⁹.

Ticaret ortaklıkları, sahip oldukları tüzel kişi vasfı nedeniyle, iradelerini dış alemde ortaya koymak üzere, bir “*organ*”a gereksinim duyacaktır (TMK md. 49,50). Organ, -tüzel kişiye ait örgüt bünyesinde yer almakla birlikte- tüzel kişinin medeni haklardan faydalanabilmesini, yani aktif olarak hukuk hayatına katılmasını sağlayan kişi veya kişi grubu olarak tanımlanabilir¹⁵⁰. Böylece ortaklığın kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde, bu hakkın korunmasıyla yükümlü olan -temsil organı vasfındaki- bu kişi veya kişiler, ortaklığı temsilen saldırıya sona verilmesi davasını açabilecektir¹⁵¹. Organ vasfına sahip olan bu kişilerin, söz konusu davayı açma hususunda ortaklık adına bir avukatı vekil olarak tayin etmeleri de mümkündür¹⁵².

Kollektif ortaklıklarda temsile yetkili olan kişiler ile bunların ortaklığı yalnız başına mı yoksa birlikte mi temsile yetkili oldukları, “*kollektif şirket sözleşmesinde*” zorunlu olarak yer alması gereken kayıtlardandır (TTK md. 213/1-f). Kollektif ortaklığı temsil yetkisine sahip olan kişiler, ortaklık adına dava açma yetkisine de sahiptirler.

Komandit ortaklıklarda temsil yetkisi “*komandite*” ortaklara ait bulunmakta olup, komanditer ortakların bu yetkiye sahip olamayacakları yasa da açıkça belirtilmektedir (TTK md. 318). Ortaklığın kişilik hakkına saldırıda bulunulması halinde saldırıya son verilmesi davasını böylece temsil yetkisine sahip olan komandite ortaklar açabileceklerdir.

Anonim ortaklıklarda ortaklığı yönetme ve temsil yetkisinin “*yönetim kuruluna*” ait olduğu TTK md. 365’de hükme bağlanmıştır. Ayrıca TTK md. 370 hükmüne göre, ortaklığın temsil yetkisinin -esas sözleşmede aksinin öngörülmemesi ve yönetim kurulunun tek kişiden oluşmadığı durumlarda- çift imza ile kullanılabileceği ifade edilmektedir. Ortaklık adına

¹⁴⁹ GÖNEN, (n 5) 214,215

¹⁵⁰ Mehmet HELVACI, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (2th, Beta Yayınları 2001) 3 ff; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 311

¹⁵¹ HMK md. 52 hükmü gereğince tüzel kişiler “yetkili organları” vasıtasıyla temsil edilecektir.

¹⁵² OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 307

saldırıya son verilmesi davası, TTK md. 339/2-g hükmünde belirtildiği üzere esas sözleşmeyle kendisine imza yetkisi verilmiş yönetim kurulu üyeleri vasıtasıyla açılabilir. Bununla birlikte TTK md. 370/2 hükmüne göre, temsil yetkisinin bölünebilmesi ve devredilebilmesi de mümkündür. Böylece örneğin ortaklığın hukuki işlemleri hususunda yetkilendirilmiş olması halinde, ilgili yönetim kurulu üyesinin de -ki bu üyenin ortaklığın avukatı olması da mümkün olabilir- saldırıya son verilmesi davasını ortaklık adına açması söz konusu olabilecektir.

Limited ortaklıklarda temsil yetkisi, “*müdür*” sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa, tüm ortaklara veya -içlerinde en azından bir ortağın bulunması koşuluyla- üçüncü kişilere verilebilecektir (TTK md. 623). Ortaklığın kişilik hakkının hukuka aykırı şekilde ihlali halinde saldırının sona erdirilmesi davası açılmasına dair yetki bu müdür ya da müdürler kuruluna ait olacaktır (TTK md. 623 ve 624).

TTK md. 124 hükmünde ticaret ortaklığı olarak zikredilen kooperatiflerde ise, temsil yetkisinin kooperatifi yöneten ve icra organı vasfında nitelenen yönetim kuruluna ait olduğu hükme bağlanmıştır (KoopK md. 55). Bu hükümden hareketle kooperatifin kişilik hakları aleyhine bir saldırı durumunda söz konusu davayı açma yetkisi de yönetim kuruluna ait olacaktır.

Kişilik hakkına yönelik saldırının ticaret ortaklığının yöneticileri ya da ortaklarını şahsi olarak etkilemesi halinde, artık bu kişilerin de dava açmakta hukuki menfaatleri bulunacak ve davacı sıfatına sahip olabilme imkanları gündeme gelebilecektir¹⁵³. Aynı doğrultuda yönetici veya ortaklarının kişilik haklarına yönelik saldırıların, ortaklığın kişilik değerlerinin ihlali şeklinde sonuç doğuracağı durumlar da söz konusu olabilecektir¹⁵⁴. Ancak kişilik hakkına yönelik müdahalenin içeriğine göre, saldırının doğrudan ortaklık tüzel kişiliğine mi, yoksa ortaklıkla -konum ve görev itibarıyla- arasında ilişki bulunan yönetici, çalışan ya da ortaklara yönelik mi olduğunun doğru tespit edilmesi gerekecektir¹⁵⁵. Bu ihtimallerde HMK md. 57 hükmü gereğince, kişilerin her biri ayrı ayrı saldırının önlenmesi

¹⁵³ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 255,256; GÖNEN, (n 5) 129

¹⁵⁴ Bir ortaklığın kaçakçılık yaptığına ilişkin iftira, hem ortaklık tüzel kişiliğinin hem de yönetici ve ortaklarının şeref ve haysiyetine, -yani kişilik hakkına- saldırı niteliğinde değerlendirilecektir. OĞUZMAN, (n 96) 39

¹⁵⁵ GÖNEN, (n 5) 215. Ayrıca bkz. Yargıtay 4 HD 4843/8616, 01.07.2004 (Legalbank) (e.t. 05.02.2024)

davası açabilecekleri gibi, söz konusu saldırı fiilinin hepsinin kişilik hakkını ihlal etmesi halinde bu davayı birlikte de açabileceklerdir¹⁵⁶.

Ortaklık yöneticileri veya ortakların, ilgili ortaklıktaki görevleri veya ortak olmaları nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde, saldırıya son verilmesi davasının ilgili ortaklık tarafından açılması da mümkün olabilir¹⁵⁷. Bu hususa ilişkin olarak HMK md. 113 hükmünde de dile getirildiği üzere: “(...)tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

Açılmış olan dava neticesinde saldırının durdurulmasına hükmedilmesi halinde saldırıya maruz kalanların tamamının bu karardan yararlanabilecek olmasına rağmen, kişilik hakkı ihlal edilenlerden birinin açmış olduğu davanın reddedilmesi halinde, dava açmış olan diğer mağdurların davası bu karardan etkilenmeyecektir¹⁵⁸.

Kişilik hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı karakteri nedeniyle, ortaklık tarafından açılması düşünülen bir saldırıya son verilmesi davasında bu hak, tüzel kişiliğin sona ermesi halinde -yani tasfiyenin tamamlanmasıyla- ortadan kalkacak olup; söz konusu dava hakkı aynı gerekçeyle bir başkasına devir de edilemeyecektir¹⁵⁹.

b. Davalı Sıfatı

Koruyucu davalarda “*davalı*” sıfatı, kişilik hakkına saldırıda bulunan gerçek veya tüzel kişilere ait olabilecektir¹⁶⁰. TMK md. 24 hükmünde çoğul olarak tercih edilmiş olan “*saldırıda bulunanlara*” ifadesinden yola çıkılarak, davanın yöneltilebileceği kişiler çerçevesine, saldırının gerçekleşmesine destek olan, yardım eden, izin veren yahut teşvik eden kişilerin de dahil edilmesi mümkündür¹⁶¹. Haksız rekabetin men’i davasında dava

¹⁵⁶ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 150; GÖNEN, (n 5) 216

¹⁵⁷ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 250,251

¹⁵⁸ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 256

¹⁵⁹ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 153; GÖNEN, (n 5) 216,217

¹⁶⁰ GÖNEN, (n 5) 218; AYAN and AYAN, (n 5) 101. Gerçek kişilerin davalı sıfatının varlığı açısından saldırıda bulunanın gerçek kişi olması yeterliyken, tüzel kişilerde davalı sıfatının varlığı için, organların davranışının saldırı niteliğinde olması aranmaktadır. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 154

¹⁶¹ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 154; GÖNEN, (n 5) 218

aynı doğrultuda haksız rekabeti gerçekleştiren kişiye yöneltilecektir¹⁶². Hukuka aykırı saldırı eyleminin bir tüzel kişilik tarafından ortaya konulmuş olması ihtimalinde tüzel kişilik, organının görevi sırasında yaptığı eylemlerden sorumlu tutulacaktır¹⁶³. Kişilik hakkı saldırıya uğramış ortaklık, saldırıda bulunmuş olan tüzel kişiliğe veya onun saldırıyı ortaya koyan organına yahut her ikisine karşı saldırıya son verilme davasını açabilecektir (TBK md. 49, TMK md. 50/3). Haksız rekabet davası açısından da TTK md. 57/1 hükmünde belirtildiği üzere men davasının, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada yapılan ihlaller açısından çalışanlar ve işçiler hakkında da açılabilmesi görülmektedir. Ayrıca haksız rekabet konusu eylemin basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları tarafından ortaya konulması halinde¹⁶⁴ ise TTK md. 58 hükmündeki hallerin oluşması durumunda dava “yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine” açılabilir.

Her iki dava açısından da sorumluların birden çok olması halinde her birine ayrı ayrı dava açılabilme imkanı yanında, hepsine birden tek bir dava açılması da mümkündür¹⁶⁵.

İnternet üzerinden yapılan saldırılar hususunda ise, davalının tespiti-ne dair öncelikli husus, web sitesinin yayına hazırlayan/sunan kişi yahut kurumun belirlenmesi noktasında karşımıza çıkacaktır. Yine her iki dava açısından da kişilik değerlerinin ihlaline yönelik saldırının internet ortamında meydana gelmiş olması halinde, saldırıya son verilmesi ve men’i davaları içerik sağlayıcısına karşı açılacaktır. İçerik sağlayıcısının bilgilerine ulaşılamadığı durumlarda ise artık dava internet servis sağlayıcısına (İSS) yöneltilebilecektir. Söz konusu davalarda İSS’den, kişilik hakkına saldırı olarak nitelenen yayına erişimin durdurulması yanında yapılan düzeltme ve mahkeme kararının yayımlanmasının talep edilmesi de mümkün olacaktır¹⁶⁶.

¹⁶² ARKAN (n 17) 358; BAHTİYAR, (n 11) 184; POROY and YASAMAN, (n 11) 414; ÜLGEN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 612

¹⁶³ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 311

¹⁶⁴ Kötüleme yoluyla haksız rekabet hallerinin daha ziyade basın yoluyla yapıldığı ifade edilmektedir. POROY and YASAMAN, (n 11) 335

¹⁶⁵ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 272; GÖNEN, (n 5) 219

¹⁶⁶ İnternet servis sağlayıcısına karşı, -yayıncı sıfatıyla- haksız rekabete ilişkin davaların açılabilmesine dair TTK md. 58 hükmünden kıyasla, kişilik hakkının ihlali halinde son verme davasının da servis sağlayıcısına karşı açılabilmesi hususunda bkz. DOĞAN,

2. Yetkili Mahkeme ve Dava Açma Süresi Açısından

Kişilik hakkının korunması hususunda açılacak davalar bakımından, davacının kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı TMK md. 25/5 hükmünde açıkça dile getirilmektedir. Böylelikle davacı kendi seçimine göre bu yerlerden dilediğinde saldırıya son verilmesine ilişkin taleplerini içeren davasını açılabilir. TMK 25/son hükmü ile kanun koyucunun, HMK düzenlemelerine göre yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf eden bir kesin yetki düzenlemesinden ziyade, sadece ek ve yeni bir yetkili mahkeme öngörme gayesinde olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷.

Haksız rekabet davası da ise kural olarak davalının yerleşim yerinde açılacağı gibi, davanın zarar görenin ikametgahı mahkemesinde açılma imkanı da söz konusu olabilecektir¹⁶⁸. Bununla birlikte HMK md. 16 gereğince her iki durumda da -saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'i davasının- haksız fiilin işlendiği yahut zararın meydana geldiği veya meydana gelme ihtimali bulunan yer mahkemesinde de açılacağı söylenebilir¹⁶⁹.

Durdurma Davası, (n 1) 403 dpn.55. Ayrıca kişilik hakkının ve hayat alanının gizliliğinin ihlali halinde, saldırıya dair içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesine ilişkin 5651 sayılı yasanın 9. ve 9A maddesi gereğince sulh ceza hakimine başvurma imkanı hususundaki açıklamalar için bkz. dpn.139,191. Bununla birlikte 1 Nisan 2023 tarihli Resmi Gazete'de 32150 sayı ile yayımlanmış olan 28.03.2023 tarih ve 2023/DK-İD/119 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı vasıtasıyla -5651 sayılı yasanın 2/s maddesinde dile getirilen- sosyal ağ sağlayıcılarının yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin belirlenmiş usul ve esaslar hükmüne bağlanmıştır. Böylelikle sosyal ağlar vasıtasıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin tedbirlerin de burada yer alan hükümler çerçevesinde düzenlenmiş olduğu gözlenmektedir.

¹⁶⁷ Recep AŞİT, 'Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler' (2017) 23 (2) MÜHF-HAD 467, 480; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 272. Ancak Helvacı, yasa koyucu tarafından TMK'nın önceki halinde yer almakta olan "de" ekinin yeni düzenlemede çıkarılmış olma sebebinin "kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı halinde açılacak davalar açısından kesin yetki kuralı getirilmek" olduğu kanaatindedir. Serap HELVACI, 'Le For des Actions en Protection de la Personnalité' (2005) 37 (54) Annales De La Faculté de Droit d'Istanbul 369, 369. Bu haklı eleştirinin dayanağını oluşturmakta olan eksikliğin, Yargıtay tarafından verilen kararlarla giderilmeye çalışıldığı gözlenmektedir. Yargıtay HGK 4-127/130, 13.02.2008; Yargıtay 4 HD 779/1343, 09.02.2007 (Kazancı) (e.t. 05.02.2024)

¹⁶⁸ ÜLGEN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 616; POROY and YASAMAN, (n 11) 429

¹⁶⁹ Özellikle haksız fiilin işlendiği yerin yurt dışında olması ihtimaline ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler hususunda bkz. AŞİT, (n 167) 483 ff

Maddi veya manevi tazminat ya da kazancın iadesi davaları ile kişilik hakkını koruyucu davaların beraberce açılma ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda ise davanın, koruyucu davalar için yetkili kılınmış olan, davacı veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'i davasının kişilik değeri ihlal edilmiş olan ticaret ortaklığı tarafından açılacak olması halinde, *“davacının yerleşim yeri mahkemesi”* tespit edilmelidir. Ticaret ortaklıkları, TTK md. 125/1 hükmü gereği tüzel kişi olduklarından, TMK md. 51 hükmü gereğince ortaklıkların yerleşim yeri kuruluş belgelerinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer olacaktır. Ticaret ortaklıklarının işlerinin yönetildiği yer ise ortaklık merkezinin bulunduğu yer olarak ifade edildiğinden¹⁷¹, saldırıya son verilmesi davası ortaklığın merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilecektir. Ticaret ortaklıkları ve kooperatifler, ortaklık esas sözleşmelerinde ortaklık merkezini belirtmek durumundadırlar (TTK md. 213, 305, 339, 567,576 ve KoopK. md. 4/1).

Kişilik hakkına yönelik saldırının internet ortamında söz konusu olduğu hallerde, içerik sağlayıcının veya İSS'nin yurtdışında bulunması ihtimalinde de yetkili mahkemenin tayinine dair gereklilik gündeme gelecektir. Bu durumda uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 35 hükmü gereğince, *“zarar verenin zararın bu ülkede meydana geleceğini bileceği durumda, zarar görenin mutlak meskeni ya da zararın meydana geldiği ülke hukuku”* olan Türk Hukuku olacaktır. Böylelikle yurt dışında bulunan bir web sitesi sahibi ya da internet servis sağlayıcısına (İSS) karşı açılacak bir saldırıya son verme veya haksız rekabet davası MÖHUK md. 40'ın atfı doğrultusunda, TMK md. 25/5 hükmü gereğince davacının -Türkiye'deki kendi yerleşim yeri mahkemesinde, haksız rekabetin men'i davası ise HMK md. 16 gereğince zarar görenin ikametgahı mahkemesinde *“de”* açılabilir ve kararın infazı hususunda ise milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurulacaktır¹⁷².

Koruyucu davalar açısından dava açma süresi -tazminat davalarından farklı olarak- hiçbir zamanaşımı veya hak düşürücü süreyle kayıtlı-

¹⁷⁰ OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 271

¹⁷¹ Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ and Sema TAŞPINAR AYVAZ, Medenî Usul Hukuku (2th, Yetkin Yayınları 2016) 205; Hakan PEKCANİTEZ, Oğuz ATALAY and Muhammet ÖZEKES, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (5th, Vedat Kitapçılık 2017) §3 68 prg.273

¹⁷² DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 405

mamıştır¹⁷³. Saldırıya son verilmesi talebine ilişkin davanın açılması, saldırının varlığı sürdüğü sürece mümkün olacaktır¹⁷⁴. Aynı doğrultuda haksız rekabete ilişkin açılacak bir müdahalenin men'i davasında da zamanaşımı veya hak düşürücü süre söz konusu olmayıp, müdahale devam ettiği sürece davanın açılma imkanı söz konusu olabilecektir¹⁷⁵. Ancak davaların açıldığı sırada, ortaklığın kişilik hakkının korunmasına ilişkin menfaatinin bulunması koşulu da gözden uzak tutulmamalıdır¹⁷⁶.

3. Dava ile Birlikte İleri Sürülebilecek Başkaca Talepler Açısından

a. Eylemin İhtiyati Tedbir Yoluyla Durdurulması

Kişilik hakkının ihlali halinde, davacı tarafça saldırıya son verilmesi davası açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunularak saldırının derhal durdurulması da talep edilebilecektir (HMK md. 390/I). İhtiyati tedbir talebinin koşullarının düzenlendiği hükme göre, *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”* (HMK md. 389).

Yasa koyucu tarafından -tıpkı kişilik hakkı ihlallerinde olduğu gibi- haksız rekabetin men'i açısından ileri sürülecek taleple birlikte, haksız rekabet oluşturan eyleme yönelik ihtiyati tedbir talebinde bulunma imkanının TTK md. 61 hükmünde düzenlenmiş olduğu gözlenmektedir. Haksız rekabetin men'i talebine ilişkin talebe yönelik tedbir kararı açısından farklılık ise, bu ihtimalde hak sahibinin talebi üzerine haksız rekabet konusu malların bulunması halinde bunlara el konulma imkanının varlığıdır¹⁷⁷.

¹⁷³ Nitekim uygulamada bu doğrultudaki önleme davası açısından zamanaşımının geçerli olmayacağı kabul edilmekte olduğu görülmektedir. Yargıtay HGK 66/T-485/130, 19.02.1969 sayılı kararın konuyla ilgili kısmı için bkz. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 164 dpn.557

¹⁷⁴ DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 396

¹⁷⁵ TTK md. 60 hükmünün lafzının, zamanaşımı süresinin haksız rekabete dair tüm davaları kapsadığına yönelik yanıltıcı bir üsluba sahip olduğu, ancak devam etmekte olan haksız rekabet eylemleri açısından açılacak müdahalenin men'i ve tespit davalarının tıpkı TMK md. 25 hükmünde olduğu gibi zamanaşımına tabi olmayacağı hususunda bkz. ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 618; ARKAN (n 17) 360; POROY and YASAMAN, (n 11) 418; BAHTİYAR, (n 11) 185

¹⁷⁶ GÖNEN, (n 5) 223; HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 162 ff

¹⁷⁷ ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 620

Saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'i davası açılırken ya da davanın devam ettiği sırada da davacı tarafından, saldırının ihtiyaten durdurulmasına ilişkin tedbir talebinde bulunulması mümkündür (HMK md. 390/I). Aynı şekilde bu ihtimalde saldırıya son verilmesi davası neticeleninceye kadar -mahkemece aksi bir karar verilmediği sürece- durdurulmuş olan saldırı veya haksız rekabetin “eylemsizliği” devam edecektir.

Bir görüşe göre saldırıya son verme davası açılmak suretiyle elde edilecek menfaatin, ihtiyati tedbir kararı almakla da elde edilebileceği ve hatta saldırıya son verme davası açısından gündeme gelecek olan muhtemel uzun yargılama süresi nedeniyle tedbir talebinin daha tercih edilebilir olduğu ileri sürülmektedir¹⁷⁸.

Oysa ki açılacak esas davadan önce mahkemece verilecek bir tedbir kararı, “geçici nitelikte” sonuç doğuracak olması nedeniyle saldırıyı durdurmak hususunda başlı başına yeterli olamayacaktır¹⁷⁹. Çünkü “İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar.” (HMK md. 397). Nihayetinde tedbir kararının etkisinin devam edebilmesi için hemen ardından, saldırıya son verilmesi ya da etkilerinin ortadan kaldırılmasına ilişkin bir başka dava açılmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hususun ise gözden kaçırılmaması gerekir.

Bir diğer husus ise, saldırının durdurulmasına dair bir tedbir talebinin kabulü halinde, doğrudan saldırının “tekrarının” önlenmesine dair bir kararın elde edilemeyecek olmasıdır. Kişilik hakkına yönelik saldırı şayet tekrar edebilecek nitelikteyse, bu durumun devamının önlenmesi yönündeki bir karar için, saldırıya son verilmesine ilişkin tedbir talebi tek başına yeterli olmayacaktır. Bu taleple birlikte saldırının tekrarının önlenmesine dair bir tedbir talebinin de ayrıca mahkemeye iletilmesi gerekecektir. Oysa bu imkan saldırıya son verilmesi kararı ile elde edilebilecektir.

Bununla birlikte ayrıca, yalnızca tedbir kararı ile saldırıya son verilmesinin talep edilmesi halinde mahkeme saldırının durdurulması yönünde tedbir kararı verebilecekken, kararın yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi imkanı ise bu ihtimalde artık mümkün olamayacaktır. Saldırıya son verilmesi ve haksız rekabetin men'i davasında kararın ya-

¹⁷⁸ KAYA, (n 3) 294

¹⁷⁹ POROY and YASAMAN, (n 11) 420

yımlanması talep edilebilecektir. Saldırıya son verilmesi talebinde bir farklılık olarak ayrıca üçüncü kişilere bildirilmesini talep imkanı da yer almaktadır. Bu yolla kişilik hakkına yönelik saldırının olumsuz nitelikteki etkilerinin daha etkin şekilde giderilmesine yönelik imkan da kaçırılmamış olacaktır¹⁸⁰.

b. Kararın Yayınlanması veya Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Kişilik değerleri aleyhine bir eylem veya davranış nedeniyle saldırıya son verilmesi veya haksız rekabet oluşturan davranışın men'i talebiyle açılmış bir dava neticesinde -mahkeme tarafından saldırının hukuka aykırı olduğu yönünde kanaat oluşması halinde- saldırıda kullanılan dergi, gazete, kitap, afiş gibi araçların toplatılması veya basımının durdurulması ya da internet yoluyla yapılan saldırılarda yayın içeriğinin silinmesi yahut yayının son verilmesine ilişkin hüküm kurulabilecektir¹⁸¹. Haksız rekabetin men'i açısından bu yöndeki taleplerin TTK md. 56/1-c hükmünde ayrıntılı olarak belirtildiği görülmektedir.

Bazı durumlarda sadece bu karar vasıtasıyla, kişinin toplum içindeki itibarının tamiri mümkün olamayabilecektir. Bu ihtimalde artık kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya kararın yayımlanması istenerek amaçlanan sonuca bu şekilde ulaşılabilir¹⁸². Böylelikle TMK md. 25/2 hükmü gereğince davacı tarafça ayrıca talep edilmiş olması halinde failin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kararın yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi kararı da verilebilecektir¹⁸³.

Burada ise yasa koyucunun yine kişilik hakkı ihlallerinde olduğu gibi haksız rekabet oluşturacak eylem neticesine verilecek mahkeme kararının yayınlanması hususunu düzenlediği görülmektedir (TTK md. 59). Hükme göre davacı tarafça talep edilmesi koşuluyla mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra haksız rekabete ilişkin mahkeme kararının ilan edilmesi mümkün olacak ve burada da yine ilanın şekli ve kapsamı mah-

¹⁸⁰ Bkz. dpn.185

¹⁸¹ DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 396

¹⁸² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kişilik Hakları, (n 133) 167; OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 254, 255; ÖZTAN, Temel Kavramlar, (n 5) 301

¹⁸³ Söz konusu talep “bağımsız bir dava” niteliğinde olmayıp, kişilik hakkı aleyhine saldırılara karşı açılacak davalarla birlikte ileri sürülecek nitelikte bir taleptir. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 141,142; GÖNEN, (n 5) 169. Kararın yayımlanmasına nazaran üçüncü kişilere bildirilme imkanının daha ziyade, kişilik hakkına saldırının etkilerinin “sınırlı bir çerçevede” devam ettiği hallerde tercih edilebileceği söylenebilir. OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 261

kemece belirlenecektir¹⁸⁴. Ancak bir küçük farklılık söz konusudur ki: o da kararın üçüncü kişiye bildirilmesi imkanı haksız rekabet düzenlemeleri arasında bulunmamaktadır.

Bu imkan neticesinde, kişilik hakkına yönelik saldırının gerek maddi alem, gerek zihinlerde devam etmekte olan olumsuz etki ve sonuçlarının daha etkin bir biçimde düzeltilerek ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır¹⁸⁵. Yani mahkeme tarafından bu yönde karar verilebilmesi için, yayımlanan veya bildirilen kararın “saldırının etkilerini ortadan kaldıracak nitelikte” olması gerekecektir¹⁸⁶.

Yapılacak yayın veya üçüncü kişiye bildirilecek metnin içeriği hakim kararıyla belirlenebileceği gibi, yazının davacı tarafça hazırlanması veya üçüncü bir kişiye hazırlattırılması yanında davalı tarafça bir geri alma yazısı şeklinde düzenlenmesi de mümkün olabilecektir¹⁸⁷.

Kararın yayımlanmasına ilişkin mahkeme kararına davalı tarafça uyulmaması halinde, İİK md. 30 ve md. 343 hükümleri doğrultusunda, lehine karar verilen davacının şikâyeti üzerine icra mahkemesi tarafından hapisle tazyik kararı verilebilecektir¹⁸⁸.

TMK md. 25/2 hükmünde yer alan, kişilik hakkına yönelik saldırılara ilişkin olarak kararın yayımlanması imkanına paralel nitelikteki diğer yasal düzenlemelere de değinmek gerekir.

Bu anlamda kişilik hakkının zedelendiğini ileri sürmekte olan ortaklığın, “saldırıyı kınayan bir karar verilmesini ve bu kararın yayımlanmasını” talep imkanının bulunacağını, -TBK md. 58/2 hükmünden kıyasla söylemek mümkündür.

Yine TTK md. 52/II hükmüne göre ticaret ortaklığının kişilik değerlerinden olan “unvanına” saldırı ihtimalinde de “mahkeme, davayı kaza-

¹⁸⁴ ÜLGİN, HELVACI, ARSLAN and NOMER ERTAN, (n 11) 617

¹⁸⁵ DOĞAN, Durdurma Davası, (n 1) 396

¹⁸⁶ Örneğin Yargıtay, kişilik hakkına saldırı fiilinin üzerinden uzunca bir süre geçmiş olması halinde, artık mahkeme kararının yayımlanmasında saldırının etkilerini ortadan kaldırma açısından hukuki yararın bulunmayacağı görüşündedir. Yargıtay 4 HD 5057/6963, 23.06.2005; Yargıtay HGK 4-96/276, 04.04.2012 (Yargıtay) (e.t.18.03.2024)

¹⁸⁷ HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 137,138; GÖNEN, (n 5) 170

¹⁸⁸ Bunun yanında ayrıca kesinleşmiş bir karara rağmen, karara uymayarak mağdurun kişiliğine yönelik saldırı eylemine devam eden kişi, davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmediği iddiasında da bulunamayacak ve talep halinde davacının uğradığı zararı tazmin etmekle de yükümlü olacaktır. HELVACI, Koruyucu Davalar, (n 1) 172

nan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına” karar verebilecektir.

D. Düzeltme ve Cevap Hakkı ile Karşılaştırma

Saldırıya uğrayan kişiye tanınmış olan düzeltme ve cevap hakkı, anayasamızda basın ve yayımla ilgili hükümler arasında yer almakta olan 32. maddede, “düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.” ifadeleriyle dile getirilmektedir. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, şeref ve haysiyetine karşı yazılı veya görsel yayınlar ya da kitle iletişim araçları vasıtasıyla saldırıda bulunulan kişi, bu hukuka aykırı fiile karşı cevap ve düzeltme hakkını kullanabilecektir¹⁸⁹.

Bu doğrultuda 5187 sayılı Basın Kanunu md. 14 hükmünde düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına ilişkin hususlar düzenlenmektedir¹⁹⁰. Söz konusu maddeye 13 Ekim 2022 tarihli ve 7418 sayılı değişiklikle eklenmiş olan kısımda ise, saldırının “internet” yoluyla yapılması halinde, düzeltme ve cevap imkanının nasıl, ne şekilde ve hangi sürelerle riayet edilerek yerine getirilmesi gerektiğine ayrıntısıyla yer verilmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁹ AKİPEK, AKINTÜRK and ATEŞ, (n 2) 415

¹⁹⁰ Davalının kendisinden özür dilenmesi talebi ile cevap ve düzeltme yazısının yayımlanması arasındaki benzerlik yanında, davalının hakim tarafından kınanması talebini içeren davanın da, haksız saldırının tespiti davası olarak değerlendirilebileceği hususunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Kişilik Hakları, (n 133) 166

¹⁹¹ Madde metninde şu ifadeler yer almaktadır: “Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer sürelî yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. (Ek cümleler:13/10/2022-7418/7 md.) İnternet haber sitelerinde ise zarar gören kişinin düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç bir gün içinde, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, URL bağlantısı sağlanmak suretiyle, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Yayın hakkında verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının uygulanması ya da internet haber sitesi tarafından içeriğin kendiliğinden çıkarılması durumunda, düzeltme ve cevap metni ilgili yayının yapıldığı internet haber sitesinde ilk yirmi dört saati ana sayfada olmak üzere bir hafta süreyle yayımlanır”. Basın Kanunu md. 14 hükmüne göre ayrıca ilgililer tarafından, “Düzeltilme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılması, saldırıya son verilmesi ve haksız rekabetin men'i davasından fonksiyonu itibariyle farklılık göstermektedir. Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasındaki gaye, saldırının durdurulmasından ziyade, saldırının yapıldığı platformda -ki genellikle bu bir kitle iletişim aracıdır- cevap ve düzeltme metnini yayınlatmak suretiyle saldırılan kişinin kendini savunarak saldırının olumsuz etkilerinin bertaraf edilmesine yöneliktir¹⁹². Oysa saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'ine ilişkin verilen mahkeme kararının, saldırının yapılmış olduğu platformda yayımlanma koşulu bulunmamaktadır. Bunun yanında haksız rekabetin men'i veya saldırıya son verilmesi davası neticesinde elde edilebilecek olan, saldırının tekrarının önlenmesi imkanının, düzeltme ve cevap hakkının kullanılması halinde elde edilemeyeceğinin de belirtilmesi gerekir¹⁹³.

SONUÇ

Ticaret ortaklıklarının kişilik değerlerini oluşturmakta olan şeref ve haysiyeti, ticari itibarı, unvanı, ekonomik özgürlüğü, iktisadi bütünlüğü, gizli hayat alanına dahil ticari sırları, hukuk düzeni tarafından oluşturulan kişilik hakkı çatısı altında korunmaktadır. Söz konusu koruma, birtakım kurallar getirilmek suretiyle, bahse konu kişilik değerlerinin zarar görmesi engellenerek telafisi güç ya da imkânsız zararların önlemesine yöneliktir.

Kişilik hakkının korunmasına dair yasa koyucunun ihdas ettiği TMK md. 25 hükmüne bakıldığında, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti gibi koruyucu nitelikte dava imkanları yanında, maddi ve manevi zararların tazminine yönelik dava ihtimallerinin de öngörüldüğü gözlenmektedir.

Aynı doğrultuda özellikle ticari alandaki piyasa aktörlerinin kişilik değerlerinin korunması açısından yasa koyucunun ihdas ettiği TTK md. 54 vd. hükümlerine göre, haksız rekabetin söz konusu olduğu hallerde, haksız rekabetin men'ini talep edebilmektedir.

bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren on beş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.”

¹⁹² OĞUZMAN, SELİÇİ and OKTAY ÖZDEMİR, (n 2) 260

¹⁹³ DOĞAN, Önleme Davası, (n 55) 381

Kişilik değerlerine yönelik saldırılar karşısında, tazminat hukukuna ilişkin muhataba yöneltilecek taleplerin bazı durumlarda meydana gelen zararları gideremeyeceği gibi tamir dahi edemeyebileceği, bir gerçeklik olarak ciddiyetini korumaktadır. Bu açıdan bakıldığında kişilik hakkına dair değerlerin kırılğan ve hassas yapısı nedeniyle tazminat kurumunun her durumda beklenen tatmini sağlama hususundaki yetersizliği, koruyucu dava yoluyla saldırı ve neticelerinin büyümesi ve daha çok tahribata yol açmasının engellenmesine yönelik tercihi ön plana çıkaracaktır. Teknolojinin getirdiği hız göz önünde bulundurulduğunda ise, saldırının önlenmesi imkanının gittikçe zorlaşması nedeniyle kişilik hakkına yönelik saldırıya son verilmesine ilişkin davanın daha makul bir tercih olacağı söylenebilecektir.

Ortaklığın kişilik değerlerine yönelik bir ihlal eylemi karşısında, hukuki korunma imkanı açısından saldırıya son verilmesi ve/veya haksız rekabetin men'ine yönelik talebinin ileri sürülebilmesi için öncelikli koşul, saldırının hukuka aykırı nitelikte olmasıdır. Kişilik değerine yönelik davranış açısından hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde ise, hakkın korunması imkanı ortadan kalkacaktır. Kişilik değerini ihlal eden davranışın hukuka uygun olduğu iddiası, ortaklığın rızası, üstün nitelikte kamusal veya özel yarar ya da haklı savunma gibi kanunun verdiği bir yetkinin kullanıldığı gerekçesine dayandırılabilir. Saldırının yöneltildiği ortaklığın kişilik değerlerinin korunmasına yönelik menfaatleri açısından, hukuka uygunluk hallerinin gerçekten mevcut olup olmadığının ise her somut olayın özelliğine göre dikkat ve titizlikle irdelenmesi gerekecektir.

Kişilik değerinin ihlaline yönelik eylemin hukuka uygunluk sebeplerinden üstün kamusal yarar gerekçesine dayandırıldığı durumlarla, daha ziyade kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan eylemler açısından karşılaşılmaktadır. Bu hallerde kişiliğe yönelik olumsuz eylemlerin okuyucu ve izleyicileri bilgilendirmek amacıyla yapıldığı ileri sürülmektedir. Ancak kişisel bir menfaat veya husumet nedeniyle kişilik hakkına aleyhine yapılan bir saldırının gerekçesi olarak kamu yararı bahanesinin arkasına sığınılması makul karşılanamayacaktır. Örneğin geçmişinde ağır bir ekonomik kriz ya da üretime ilişkin birtakım kötü tecrübeler yaşamış bir ortaklığın, daha sonra bu zafiyeti telafi ederek yeniden prestij kazanmış olmasına rağmen, eskide kalmış haberlerin yeniden hatırlatılması durumunda kamu yararının var olduğu savunmasına şüpheyi yaklaşılmalı, unutulma hakkının varlığı da bu perspektifte değerlendirilmelidir.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan ortaklığın rızası, açık ya da örtülü şekilde de ortaya konulabilir. Örneğin ticaret ortaklığının, toplumun büyük çoğunluğunun tepki gösterdiği örneğin dini veya milli hassasiyetle-

re aykırı bir davranışı açıkça desteklemesi halinde, kişilik değerlerine yönelik muhtemel beyan ve davranışlara karşı örtülü olarak rıza gösterdiği söylenebilir.

Ortaklığın kişilik değerlerine yönelik eylem, beyan ve davranışlara karşı TMK hükümleri yoluyla korunma imkanının bulunması yanında TTK hükümleri doğrultusunda belirlenen kıstaslara uygun olması halinde haksız rekabet kavramı yardımıyla da korunması mümkün olacaktır. Özellikle ticaret ortaklıkları açısından kişilik değerlerine saldırı niteliğindeki bir çok davranışın haksız rekabet alanına da girdiği söylenebilecektir. Böylesine bir çakışmanın olduğu durumlarda ortaklığın kişilik değerlerinin korunmasına yönelik imkan açısından bu iki kavrama dayalı hakların yarışması söz konusu olacaktır. Kişilik değerine yönelik ihlale karşı ticaret ortaklığı, bu haklarından dilediğini kullanabileceği gibi birden fazla olan sorumluluk sebebinin varlığı nedeniyle terditli olarak taleplerini bu sebeplere dayandırarak da talep edebilecektir.

Ancak kişilik değerlerinin zarar gördüğü eylemler açısından haksız rekabet kavramı ile kişilik hakkının korunması kavramının kapsadığı alanlar açısından bir farklılık söz konusudur. Haksız rekabetin men'i davası açısından kişilik değeri TTK md. 55 hükmünde belirlenen ve bir başkası tarafından yapılan açıklama, davranış veya eyleme karşı korunmaktayken; bu durumun kişilik hakkının korunmasına yönelik saldırıya son verilmesi davası bakımından karşılığı TMK md. 24 hükmündeki kişilik hakkına saldırı ihtimalidir.

Oysa kişilik hakkının korunmasına yönelik koruma, kişinin kendi fiilleri neticesinde meydana gelen kişilik değerlerine zarar veren hukuki işlemleri de kapsamaktadır. TTK md. 23/2 hükmüne göre hiç kimse özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği gibi onların hukuka veya ahlaka aykırı sınırlandırılmasına da izin veremeyecektir. Bu anlamda tarafı olduğu sözleşmelerdeki birtakım hükümlerin ortaklığın kişilik hakkına saldırı niteliğinde kabul edileceği durumlarda mevcut olabilir. Ticaret ortaklığının özgürlüğünü kısıtlayacak nitelikte uzun bir süre bağlılık içeren ya da kararlarını serbestçe almasını engelleyen sözleşmeler açısından TMK md. 23/2 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Ortaklığın bu ihtimalde kişilik haklarını korumaya yönelik korumadan faydalanmak adına başvurabileceği yol, kişilik hakkının korunmasına yönelik TMK md. 25 hükmünde belirlenmiş dava imkanı olabilecektir. Bu ihtimalde haksız rekabet kavramı ortaklığın kişilik değerlerinin korunması açısından bir fonksiyon taşımaktadır. Ayrıca ortaklığın TTK md. 23 hükmü ile birlikte TBK md. 27/1 hükmünden faydalanmak suretiyle tarafı olduğu sözleşme hakkında tamamen veya TBK md. 27/2 hükmü gereğince de sadece kişilik hakkına

aykırı olan maddeler açısından hükümsüzlük iddiasında bulunması da mümkün olacaktır.

Güncelliğini günümüzde de koruyan bir diğer olgu ise ekonomik boykot kavramıdır. Özellikle ekonomik boykotun gerekçesi, üstün özel veya kamusal yarar ya da haklı savunma gibi kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması savunmasına dayanabilecektir. Bu hususların somut olay açısından mevcut olduğunun tespiti halinde ise, artık bu eylem kişilik hakkına saldırı niteliğinde değerlendirilemeyecek ve kişilik hakkının saldırıya uğradığı iddiasında bulunan ortaklık, hukuki korunma imkanından faydalanamayacaktır. Ancak saldırının hukuka uygunluk kriterine sahip olduğu iddiasının, amaca uygunluk ve ölçülülük kısıtları açısından titizlikle değerlendirilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Ticaret ortaklığının toplum nezdindeki görünen yüzü haline gelmiş olan bir yönetici, yönetim kurulu başkanı veya ortağın kişilik hakkına yönelik yapılmış saldırıların, ortak veya yöneticinin ötesine geçerek ortaklığın kişilik hakkına tecavüz olarak nitelendirilebileceği durumlar da söz konusu olabilecektir. Bir yatırım şirketinin yönetici veya ortaklarının yolsuzluk iddiasıyla göz altına alındığına dair asılsız haberler ya da borsada kayıtlı bir ortaklığın CEO'sunun şirketin içini boşalttığına dair gerçeği yansıtmayan iftiralarda bulunulması halinde durum bu şekilde değerlendirilebilecektir. Böylesi bir durumda ilgili ortak veya yönetici, kişisel olarak saldırıya son verilmesi davası açabileceği gibi, bahse konu davanın kişilik hakkı dolaylı olarak saldırıya uğrayan ortaklık tarafından haksız rekabetin men'i ya da saldırıya son verilmesi davasının açılması mümkün olacaktır.

Saldırıya son verilmesi veya haksız rekabetin men'i davası ile birlikte davacı, saldırının ihtiyaten durdurulmasına ilişkin tedbir talebinde de bulunabilecektir. Tedbir talebinin dava açılmadan önceki bir tarihte yapılması halinde, tedbirin etkisinin devam edebilmesi için -talebin hemen ardından ve yasal süre içerisinde- söz konusu davaların açılması gerekecektir. Ayrıca davacı tarafça talep edilmesi ve mahkemece kabulü halinde kararın yayımlanması da mümkün olabilecektir. Kararın üçüncü kişiye bildirilmesi imkanı ise haksız rekabetin men'i davasında bulunmayıp yalnızca saldırıya son verilmesi davasında mümkün olacaktır. Her iki imkan daha ziyade, saldırı neticesinde ortaklığın toplum içindeki zedelenmiş ya da zarar görmüş olan itibarının bahse konu yolun kullanılması neticesinde tamirinin mümkün olabileceği hallerde önem kazanacaktır.

Kişilik değerlerinin ihlaline yönelik eylemin internet yayını yoluyla yapılması ihtimaline ilişkin olarak ise, yasa koyucu tarafından birtakım başkaca tedbirler aldığı da gözlenmektedir. Bu doğrultuda internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda ticaret ortaklığı tara-

findan -5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri yardımıyla- internet içeriğinin yayından çıkarılması ve yayımlanan içeriğe erişimin engellenmesi talebinde bulunulması da mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY N, Anonim Şirketlerde Kuruluş (Vedat Kitapçılık 2014)

AKGÜL A, 'Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı" (2016) (116) TBB Dergisi 11-38

AKINCI Ş, Borçlar Hukuku Bilgisi (6th, Sayram Yayınları 2012)

AKİPEK J, AKINTÜRK T and ATEŞ D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (I) (17th, Beta Yayınları 2021)

AKÜNAL T, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler (Filiz Kitabevi 1988)

ARKAN S, Ticari İşletme Hukuku (23th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2017)

ARPACI A, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler (2th Beta Yayınları 2000)

ARSLAN R, YILMAZ E and TAŞPINAR AYVAZ S, Medenî Usul Hukuku (2th, Yetkin Yayınları 2016)

ASLAN İY, Rekabet Hukuku Dersleri (5th, Ekin Yayıncılık 2015)

AŞİT R, 'Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler'(2017)23(2) MÜHF-HAD 467-492

ATASOY K, 'Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası' (Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan Özel Sayı) (2016) (1) 3 MÜHF-HAD 269-301

ATEŞ M, Rekabet Hukukuna Giriş (Adalet Yayınevi 2013)

AYAN M and AYAN N, Kişiler Hukuku (5th, Mimoza Yayınları 2014)

BAHTİYAR M, Ticari İşletme Hukuku (19th, Beta Yayınları 2018)

BOZER A and GÖLE C, Ticari İşletme Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2011)

DOĞAN M, ‘Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası’ (2001) V (1-4) AÜEHFD, 369-420 (Önleme Davası)

DOĞAN M, ‘İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde)’ (2003) 7 (1-2) AÜEHFD 387-406 (Durdurma Davası)

DURAL M and ÖĞÜZ T, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku (II)(23th, Filiz Kitabevi 2022)

ERDEM E, ‘Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi’ Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı I (Beta Yayınları 2002)

EREN F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14th, Yetkin Yayınları 2012)

EROĞLU S, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması (Beta Yayınları 2000)

GÖNEN D, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması (On iki levha Yayıncılık 2011)

GÖZLER K, Hukuka Giriş (11th, Ekin Yayıncılık 2014)

GÜLENER S, ‘Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak “Unutulma Hakkı” ’ (2012) 102 TBB Dergisi 219-240

GÜNAY Cİ, Rekabet Hukuku Dersleri, (Yetkin Yayınları 2014)

HATEMİ H, Kişiler Hukuku (7th, On iki levha Yayıncılık 2018)

HATEMİ H and KALKAN OĞUZTÜRK B, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler) (Vedat Kitapçılık 2014)

HELVACI M, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (2th, Beta Yayınları 2001)

HELVACI S, ‘Le For des Actions en Protection de la Personnalité’ (2005) 37 (54) Annales De La Faculté de Droit d'Istanbul 369-375

HELVACI S, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I) (Beta Yayınları 2001) (Koruyucu Davalar)

HELVACI S, Gerçek Kişiler (7th, Legal Yayıncılık 2016) (Gerçek Kişiler)

İYİLİKLİ AC, ‘Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükmün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi’ (2021) 48 TAAD 245-274

KARABAĞ BULUT N, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi (On iki levha Yayıncılık 2014)

KARAYALÇIN Y, ‘Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması’ (1962) (XIX) AHFD 251-275

KAYA M, ‘Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması’ (2010) 68 (4) Ankara Barosu Dergisi 279-334

KAYIŞ B, Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı (Yetkin Yayınları 2012)

KIRKBEŞOĞLU N, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük (Vedat Kitapçılık 2011)

NOMER HN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14th, Beta Yayınları 2015)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (I) (7th, Filiz Kitabevi 2017)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU N, ‘Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)’ Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, (Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Ankara Fakülteler Matbaası 1980) 141-180 (Kişilik Hakları)

OĞUZMAN K, ‘İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler’ Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 7-54

OĞUZMAN MK and BARLAS N, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar (Vedat Kitapçılık 2012)

OĞUZMAN K and ÖZ T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2) (14th, Vedat Kitapçılık 2018)

OĞUZMAN K, SELİÇİ Ö and OKTAY ÖZDEMİR S, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (17th Filiz Kitabevi 2018)

ÖZEL Ç and ÖZDEMİR SS, Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler (2017) (19) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayı 189-206

ÖZTAN B, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları (46th Yetkin Yayınları 2021)

- ÖZTAN B, Tüzel Kişiler (2th, Turhan Kitabevi 1998)
- PEKCANITEZ H, ATALAY O and ÖZEKES M, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (5th, Vedat Kitapçılık 2017)
- POROY R and YASAMAN H, Ticari İşletme Hukuku (16th, Vedat Kitapçılık 2017)
- PULAŞLI H, Şirketler Hukuku Şerhi (I) (2th, Adalet Yayınevi 2015)
- SEROZAN R, ‘Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler’ (1977) 11 (14) MHAD 93-112 (Düşünceler)
- SEROZAN R, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (Vedat Kitapçılık 2011) (Kişiler Hukuku)
- SIEBERT W, (Çeviri ÖZTAN B) ‘Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler’ (1969) 26 (1-2) AHFD 217-230
- STUART AH, ‘Google Search Results: Buried If Not Forgotten’ (North Carolina Journal Of Law & Technology) 15 (3) 2014 <<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/>> 463-517
- ŞENOCAK K, ‘Haksız Rekabet Açısından Ekonomik Boykot’ (2009) XXV (1) BATİDER 67-95
- TANDOĞAN H, ‘Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması’ (1963) XX (1) AHFD 1-36
- TEKİNAY SS, ‘Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler’ Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 55-66
- TEKİNAY SS, AKMAN S, BURCUOĞLU H and ALTOP A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6th, Filiz Kitabevi 1988)
- TURGUT C, Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı (On iki levha Yayıncılık 2021)
- TÜRK HS, ‘Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi’ (1985) XIII (2) BATİDER 119-129
- ULUSAN İ, ‘Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi ile ilgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı’ (çeviri 1973) 7 (10) MHAD 209-219
- ÜLGEN H, HELVACI M, KAYA A and NOMER ERTAN NF, Ticari İşletme Hukuku (6th, Vedat Kitapçılık 2019)
- ÜNAL A, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Adalet Yayınevi 2012)

von TUHR A, (Çeviri EDEGE C) Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı (I-II) (Yargıtay Yayınları 1983)

YASAMAN H, ‘6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler’ Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyum 25-26 Kasım 2011 (Kadir Has Üniversitesi Yayınları 2012) 33-44

ZEVKLİLER A, HAVUTÇU A, ERTAŞ Ş, ACABEY MB and GÜRPINAR D, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler) (10th, Turhan Kitabevi 2018)

< www.bger.ch > (Bger)

< www.karararama.yargitay.gov.tr > (Yargıtay)

< www.kazanci.com.tr > (Kazancı)

< www.legalbank.net > (Legalbank)

< www.servat.unibe.ch > (Servat)

HUKUKİ AÇIDAN KREDİ TEMERRÜT SWAPLARI (CDS)*

(THE LEGAL ASPECT OF CREDIT DEFAULT SWAPS (CDS))

Dr. Utku SARUHAN¹

ÖZ

Kredi temerrüt swapları, bir borç ilişkisinde borçlunun borç yükümlülüğünü taraflarca belirlenen şekilde yerine getirmemesi halinde, koruma satıcısı tarafın koruma alan tarafa kararlaştırılan ödemeyi yapma yükümlülüğü altına girdiği, buna karşılık koruma alıcısının kredi olayı gerçekleşene kadar prim ödemesi yükümlülüğü taşıdığı bir türev sözleşme türüdür. Türkiye’de CDS sözleşmelerine ilişkin kapsamlı bir düzenleme altyapısının bulunmaması nedeniyle CDS sözleşmelerinin hukuki niteliği henüz tartışılmamıştır. Bu çalışmada CDS sözleşmelerine uygulanacak hükümler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerinin CDS sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı, bu hükümlerin uygulanması halinde doğabilecek olası sorunlar ile CDS sözleşmelerinin kumar ve bahis itirazı karşısındaki konumu tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Swap, Kredi Temerrüt Swapları, Türev Sözleşmeler, Sigorta, Kredi Olayı

ABSTRACT

Credit default swaps are a type of derivative contract in which, in a debt relationship, if the debtor does not fulfill its debt obligation as deter-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 22.01.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 16.02.2024 tarihinde birinci hakem; 03.03.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Uzman, utkusaruhan@outlook.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-3980-3647

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; SARUHAN, Utku, “Hukuki Açıdan Kredi Temerrüt Swapları (CDS)”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 1, 2024, s. 207-260.

mined by the parties, the protection seller is obliged to make the agreed payment to the protection buyer, while the protection buyer is obliged to pay the premium until the credit event occurs. Due to the lack of a comprehensive regulatory infrastructure regarding CDS contracts in Türkiye, the legal nature of CDS contracts has not yet been discussed. In this study, the provisions to be applied to CDS contracts, whether the provisions of the Turkish Commercial Code No. 6102 regarding insurance contracts will be applied to CDS contracts, the possible problems that may arise if these provisions are applied, and the position of CDS contracts against gambling and betting objections are discussed.

Keywords: Swap, Credit Default Swaps, Derivative Contracts, Insurance, Credit Event.

GİRİŞ

Türkiye yaklaşık kırk yıllık bir swap işlemleri geçmişine sahip olmakla birlikte², son on yıllık süreçte Borsa İstanbul A.Ş. (BİST) ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) nezdinde swap piyasalarının açılması, bankalar arası tezgâhüstü swap işlemlerinin artması, ülkeler arası swap anlaşmalarının stratejik önem kazanması ile birlikte swap kavramı gündelik dile oldukça yerleşmiştir.

Türev piyasalarda tarafların belirli süre içerisinde birbirlerine belirli periyotlarla ödeme taahhütleri verdikleri ve borç yükümlülüklerini karşılıklı olarak aktardıkları swap sözleşmesi kavramı ile birlikte anılan bir diğer kavram, uluslararası piyasalarda gelişmekte olan ülke ekonomileri için de bir gösterge olarak kabul edilen Kredi Temerrüt Swapları (*Credit Default Swaps – CDS*)³ olmuştur. Basit bir anlatım ile CDS sözleşmelerinin, bir ihraççı tarafından çıkarılan borçlanma enstrümanlarında ihraççının yükümlülüklerini yerine getirmeme riskinin sözleşmenin bir tarafından diğer tarafına aktarıldığı bir finansal enstrüman olarak tanımlanması mümkündür.

² Türkiye’de ilk swap işlemleri 16 Temmuz 1985 tarihinde TCMB ile ticari bankalar arasında gerçekleştirilmiştir (TCMB 1986 yılı Faaliyet Raporu).

³ Çalışmamızda kredi temerrüt swaplarının kısaltması için uygulamada yerleşik kısaltma olan CDS kullanımı tercih edilmiştir. Günlük kullanımda CDS sözleşmeleri yerine kısaca CDS ifadesi kullanılmaktadır. CDS ifadesi finans jargonunda beş yıllık ülke CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı tarafından ödenen CDS primi için de kullanılmaktadır.

Finans literatüründe CDS sözleşmelerin bir türev sözleşme mi yoksa bir sigorta enstrümanı mı olduğu konusu halen popüler bir tartışma konusudur. Bu çalışmada, CDS sözleşmelerinin oluşturulduğu 90'lı yılların başlarından bu yana gelişimi ve bu durumun CDS sözleşmelerinin hukuki niteliğine etkileri ile birlikte bu sözleşmenin unsurları, özellikleri, tarafların karşılıklı yükümlülükleri ele alınmaya çalışılacaktır. CDS sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi, ilerleyen dönemde bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi noktasında önem taşımaktadır.

Türkiye'de CDS sözleşmelerine ilişkin bir piyasanın bulunmayışı, dolaylı olarak Türk hukukunda bu işlemlere uygulanacak hükümler konusunda bir düzenleme boşluğu yaratmıştır. Bu çalışmada CDS sözleşmelerine uygulanacak hükümler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)⁴ sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerinin CDS sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı, bu hükümlerin uygulanması halinde doğacak olası sorunlar ile CDS sözleşmelerinin kumar ve bahis itirazı karşısındaki konumu tartışılacaktır.

I- TÜREV SÖZLEŞMELER İÇİNDE KREDİ TEMERRÜT SWAPLARININ YERİ

A. Genel Olarak

Finansal piyasalarda, türev ürünlerin değerlerinin temel değişken olan dayanak varlıkların fiyat davranışından türetilmeleri (elde etmeleri) ya da bir diğer ifade ile temeldeki dayanak varlık üzerinden elde edilen yeni bir değer türev sözleşmelerin konusunu teşkil etmeleri itibarıyla *türev araç, türev ürün, türev sözleşme* olarak adlandırılmaktadırlar⁵. Türev sözleşmeler kavramı, özellikle dalgalı kur ve faiz sisteminin ortaya çıkma-

⁴ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.02.2011/27846

⁵ Herman Cousy, 'The Delicate Relationship Between Law and Finance: The Classification of Credit Default Swaps' (2014) *Journal of South African Law* 2014 (2) 230; Nithya Narayanan, 'Credit Default Swaps: Legal Implications' (2013) *Corporate Law Cases Journal* 295, 1; John Biggins and Colin Scott, 'Private Governance, Public Implications and the Tightrope of Regulatory Reform: The ISDA Credit Derivatives Determinations Committees' (2013) *Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper No. 57/2013*, 4. Türev sözleşmelere ilişkin daha fazla bilgi için bkz. John Hull, *Options, Futures, and Other Derivatives* (9th Edition, Pearson, 2017) 1; Arslan Kaya and Koray Demir, 'Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu – Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri' (2018) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76 (1) 183; Alastair Hudson, 'The Legal Aspect of Financial Derivatives' (1996) *Business Law Review* 17 (10) 198 – 220, 199; Henry Schafer and Frank Beate, *Derivate Finanzinstrumente im Jahresabschluss nach HGB und IFRS* (Hans – Böckler – Stiftung, Germany, 2008) 21

sından sonra korunma amacıyla, mevcut finansal araçlara alternatif olarak, müşterilerin yatırım finansmanı, risk yönetimi gibi çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla oluşturulan ve risklerin taraflar arasında taşınmasına olanak veren finansal tekniklerin tamamını kapsayan bir kavramdır⁶.

Türev sözleşmeler, sınırsız bir çeşitliliğe ve finansal teknik olarak oldukça karmaşık bir yapıya sahip olabilmektedirler⁷. Bu sözleşmelerde tarafların edimleri farklı şekilde kombine edilebildiği gibi, şarta bağlı bir yapıya da sahip olabilir. Bu nedenle tüm türev sözleşmeleri içine alacak bir tanım oluşturmak kolay değildir. Türev sözleşmelerin ortak paydası, değerlerini taraflarca belirlenen bir dayanak varlık üzerinden almalarıdır. Her türev araç kendine özgü özellikleri ile farklı hak ve yükümlülükler içermektedir⁸. Türevlerin kullandığı dayanak varlık konuları da (elektrik, sigorta, hava durumu, kredi türevleri gibi) çeşitlenerek, tür sayısını oldukça arttırmıştır⁹.

B. Türev Sözleşmelerin Tasnifi

Literatürde türev sözleşmeler; dayanak varlıklar, temelinde yatan sözleşmenin niteliği (forward – opsiyon bazlı sözleşme ayrımı), vadeleri ve diğer pek çok yönden tasnife tâbi tutulmaktadır¹⁰. CDS sözleşmelerinin borç yükümlülüklerini dayanak varlık almasından hareketle, çalışmamızda türev araçları bir varlığın ya da bir borç yükümlülüğünü dayanak varlık olarak temel almasını üzerine kurgulanan anapara türevleri – kredi türevleri tasnifi takip edilecektir.

1. Anapara Türevleri

Anapara türevleri, bir dayanak varlığın ileri bir tarihte satımı, alım ya da satım hakkının satımı ya da tarafların karşılıklı nakit akışları ve da-

⁶ Ayşe Dilşad Keskin, 'The Concept of Financial Derivative Instrument from the Legal Point of View' (2008) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 24 (4) 125 – 156, 125; Kaya and Demir (n 5) 181; Ahmet Kirman, 'Opsiyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği'nin Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (Ankara, 1998) 713 – 745, 714

⁷ Utku Saruhan, Vadeli İşlem Sözleşmelerinde İfa İhlalleri (On İki Levha Yayınları, 2022) 24

⁸ ibid 25; Sudi Apak and Metin Uyar, Türev Ürünler ve Finansal Teknikler (Beta Yayınları, 2011) 12 vd.

⁹ Hull (n 5) 1

¹⁰ ibid 1; Ayşe Dilşad Keskin, Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği (Yetkin Yayınları 2008) 63 vd.

yanak varlıkların değişimi üzerine işlem gerçekleştirdikleri, organize ve tezgâhüstü piyasalarda kurulan finansal sözleşmeleri ifade etmektedir¹¹.

Anapara türevleri gerek ekonomik açıdan gerekse hukuki altyapı açısından iki temel türev sözleşme türü olan forward sözleşmeler¹² ve opsiyon sözleşmeleri¹³ üzerine kurgulanmıştır. Bu iki temel türev sözleşme türünün unsurları ve özellikleri farklı şekillerde kombine edilerek yeni türev sözleşme türlerinin oluşturulması mümkündür. Günümüzde anapara türevleri, bu kategorinin başlıca sözleşmeleri olan forward sözleşmeleri, opsiyon, vadeli işlem sözleşmeleri ve swap sözleşmeleri ekseninde isimlendirilmekte ve incelemeye konu edilmektedirler. Vadeli işlem sözleşmeleri (*futures*), *swap* ve bu sözleşmeleri temel alarak geliştirilen diğer türev sözleşmeler, ileri tarihte dayanak varlığın değerine bağlı olarak bir ödeme içermeleri ile forward sözleşme temeline dayanmakta iken; *swaption*, *future – option* gibi ileri tarihte kullanılmak üzere alıcı tarafın bir prim ödemek suretiyle bir hakka sahip olduğu sözleşmeler opsiyon temeline dayanmaktadır¹⁴.

¹¹ Organize piyasalar ya da diğer kullanımı ile teşkilatlanmış piyasalar; belirli hukuki ve operasyonel bir altyapıya sahip, birden çok piyasa katılımcısının varlığı ile çoklu fiyat sistemi kullanılmak suretiyle belli bir mekânda işlem gerçekleştirilen piyasalardır. Tezgâhüstü piyasalar; belirli bir mekâna sahip olmayan, işlem usul ve esaslarının düzenlendiği, tarafların sözleşme serbestisi içerisinde arzu ettikleri şekilde işlem gerçekleştirdikleri, herhangi bir hukuki ve operasyonel altyapıya sahip olmayan piyasalardır (İsmail Kırca, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2000, 55; Saruhan (n 7) 16 vd.)

¹² Forward sözleşmesi tarafların kendi aralarında miktarını ve cinsini belirledikleri bir varlığı (döviz, faiz, tarımsal ürün vs.) vade tarihinde ödenecek belirli bir fiyat karşılığında gelecekteki belirli bir zamanda teslimini almak veya satmak kaydıyla yaptıkları bir sözleşmedir (Keskin (n 6) 128; Yusuf Gökhan Penezoğlu, Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri (Kazancı Hukuk Yayınevi 2004) 56 vd.; Ersan Ersoy and Ulaş Ünlü, 'Tezgahüstü türev piyasa işlemleri' (2016) Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi 6(1) 143 – 163, 144 – 145).

¹³ Opsiyon sözleşmeleri, sahibine belirli bir bedel (opsiyon primi – opsiyon fiyatı) karşılığında, sözleşme konusu döviz, emtia veya finansal aracı, opsiyonun türüne göre belirlenmiş bir tarihte (Avrupa tipi opsiyonlar) veya öncesinde (Amerikan tipi opsiyonlar), sözleşme kurulurken belirlenmiş bir fiyattan satın alma veya satma hakkı veren sözleşmelerdir (Ersoy and Ünlü (n 12) 145; Kırca (n 11) 186 vd.; Keskin (n 6) 132 vd.)

¹⁴ Opsiyon hakkının borçlar hukuku çerçevesinde yenilik doğuran hak niteliği için bkz. Necip Kocayusufpaşa, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukukuna Giriş (Birinci Cilt), (Filiz Kitapevi 2017) 110

2. Kredi Türevleri

Kredi türevleri, referans varlığın¹⁵ sahipliğini değiştirmeden, alacakların zamanında tahsil edilememesi ya da beklenen düzeyde getiri elde edilememesi risklerinin piyasa oyuncuları (koruma alıcıları – koruma satıcıları) arasında transfer edildiği ürünlerdir¹⁶. Kredi türevleri, 1990'lı yılların başında kullanılmaya başlanmış ve ardından 1997 Asya, 1998 Rusya Ekonomik Krizlerinden sonra büyük bir işlem hacmine sahip olmuşlardır¹⁷. Bu araçlarda, referans kuruluşun yükümlülüklerini yerine getirmediği ya da referans varlık olarak belirlenen alacakların ödenmediği durumlarda, koruma alıcısı tarafın uğradığı zararın telafisi için koruma satıcısı taraf bir ödeme gerçekleştirmektedir. Bu sözleşmelerde bir taraf, taraflar arasında belirlenen kredi olayının (credit event) gerçekleşmesi durumunda karşı tarafın zararına karşı bir koruma sağlamayı taahhüt etmektedir. Kredi türevleri, bir borçlanma aracını ihraç eden kimsenin kredi ödeme pozisyonuna bağlı olarak getiri sağlayan finansal ürünler olarak da tanımlanmak-

¹⁵ Bazı çalışmalarda referans varlık yerine dayanak varlık ifadesine yer verilmektedir. Bu ifadelerin her ikisi de doğru olmakla birlikte; dayanak varlık kavramı, anapara türevlerinin vade tarihinde fiziken teslimle sonuçlanabilmesi sebebiyle kullanılmaktadır. CDS sözleşmelerinde yalnızca kredi olayının gerçekleşmesine konu olan bir eylem ya da durum söz konusu olduğundan türev sözleşme terminolojisinde yer alan dayanak varlık (underlying asset) yerine referans varlık (reference asset) kullanımının daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

¹⁶ Antulio N Bomfim, 'Credit Default Swaps' (2022) Finance and Economics Discussion Series No: 2022 – 023, Federal Reserve Board, Washington, D.C., 1; Willa E Gibson, 'Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions' (1999) Journal of Corporation Law 24 (2) 379 – 416, 387; Elizabeth Howell, 'Regulatory Intervention in the European Sovereign Credit Default Swap Market' (2016) European Business Organization Law Review 17, 321; Nadja Wurz, Credit Default Swaps (Diplomarbeit, Wien Universität, Dezember 2007) 5 vd.; Neslihan Turguttopbaş, 'Kredi Temerrüt Swapları ve İlgili Riskin Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanan Hukuki Prosedür' (2013) Bankacılar Dergisi 24 (84) 37 – 53, 38; Massimo Telesca 'Analysis of Credit Default Swaps: Market, Applications and Legal Issues' (2003) 3; Narayanan (n 5) 2; Apak and Uyar (n 8) 179; Kredi riskinin bertaraf edilmesi için geliştirilen ürünlerden biri de kredi sigortalarıdır. Ancak kredi sigortalarının, düzenlemelere bağlı sınırlara ve kısıtlamalara tabi olması, piyasalarda kullanılması önünde engel teşkil etmiş ve kredi türevleri bu boşluğu kapatmak için oluşturulmuştur (Cousy (n 5) 230).

¹⁷ Cousy (n 5) 231; Telesca (n 16) 3; Wurz (n 16) 1

tadır¹⁸. Bu imkân, kredi riskinin taraflar arasında transferine, kredi risklerinden korunmaya ve bu işlemlerden kâr elde edilebilmesine imkân tanır¹⁹.

Finansal piyasalarda, büyük oyuncular - özellikle sigorta şirketleri ile faktöring, alacak yönetim şirketleri - alacaklarını tahsil etme yönünde oluşan kredi risklerini ortadan kaldırmak ve mevcut risklerini yönetmek için kredi türevlerini kullanmaktadır²⁰. Kredi türevlerinde referans varlığı, bir şirketin ya da ülkenin kredi itibarı teşkil etmektedir²¹.

Kredi türevlerinin başlıca türleri²²; Toplam Getiri Swapları (*Total Return Swaps* – TRS), Kredi Spread Opsiyonları (*Credit Spread Options* – CSO), Krediyeye Dayalı Tahviller (*Credit – Linked Notes* – CLN), Teminatlı Borç Yükümlülükleri (*Collateralized Debt Obligations* – CDO), Kredi Temerrüt Opsiyonu (*Credit Default Option*) ve Kredi Temerrüt Swapı (*Credit Default Swaps* – CDS) türev sözleşmelerdir. Kredi türevlerin sayısı ve kullanımı her geçen gün artmakla birlikte, en popüler kredi türev sözleşmeleri kredi swapları olarak da anılan Credit Default Swaps (CDS) ile Total Return Swaplarıdır²³.

C. Kredi Temerrüt Swapları Kavramı

İngilizce kökenli *Swap* kelimesi sözlük anlamı itibarıyla trampa, değiş tokuş anlamlarına karşılık gelmektedir²⁴. International Business Machines Corporation (IBM) ve World Bank'ın (Dünya Bankası) modern bir para takası üzerinde anlaşmaya vardıklarını kamuoyuna açıkladıkları 1979

¹⁸ Frank Partnoy and David A. Skeel, 'The Promise and Perils of Credit Derivatives' (2007) University of Cincinnati Law Review 75, 1019 – 1051, 1021

¹⁹ Cousy (n 5) 231; Kredi riski, bir tarafın sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmemesi olarak tanımlanmaktadır.

²⁰ Hull (n 5) 571 vd.; Turguttopbaş (n 16) 42

²¹ Hull (n 5) 571

²² Cousy (n 5) 231

²³ Schuyler K Henderson, 'Credit Derivatives and Operational Risk, or Why a Credit Default Swap is Not Like a Bond' (2007) Law and Financial Markets Review 1 (1) 31 – 44, 31; International Organization of Securities Commissions, The Credit Default Swap Market Report FR04/12 June 2012 (IOSCO Report) 1; Wurz (n 16) 6; Apak and Uyar (n 8) 179; Nadire Ebru Buz and Güray Küçükkocaoğlu, 'Ülke Kredi Temerrüt Takası (CDS) Primini Etkileyen Faktörler, Türkiye Uygulaması', Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, 25(1) 27 – 52, 30. Bu iki tür türev sözleşme, referans sözleşmenin tarafları arasındaki ödeme akışının kredi tabanlı bazı varlıkların veya yükümlülüklerin fiyat hareketleri ve ifa edilme durumlarına bağlı bir ödeme değişimini temel almaktadır (Gibson (n 16) 387).

²⁴ Keskin (n 10) 45; Saruhan (n 7) 30 dp. 99'deki yazarlar.

yılından bu yana kullanımı hızlı şekilde artan swap, belirlenen süre içinde tarafların birbirlerine belirli periyotlarla ödeme taahhütleri verdikleri ya da sözleşme taraflarının üçüncü kişilere olan ödeme yükümlülüklerini – gelecekteki ödemelerini (faiz, anapara veya faiz ve anapara şeklinde) değiş – tokuş etmelerini öngören ve tezgâhüstü piyasalarda işlem gören türev sözleşme türü olarak tanımlanabilir²⁵. Swapların türev sözleşmeler arasında sayılmasının sebebi, gelecekteki bir tarihte tarafların karşılıklı teslim yükümlülüklerini içermeleridir²⁶. Yukarıda açıklandığı üzere swaplar, anapara swapları ve kredi swapları olarak iki farklı kategoride ele alınmakla birlikte, bu iki tür arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır²⁷.

CDS sözleşmelerinin temel çıkış noktası, sözleşme konusu referans kuruluşun ya da referans varlığı temerrüt riskinden kaynaklı korunma ihtiyacıdır²⁸. CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı taraf ve koruma satıcısı taraf bulunmaktadır. Bu taraflardan biri prim ödeme karşılığında koruma elde ederken, diğer taraf referans varlık teşkil eden alacağın ödenmemesi durumunda koruma alıcısı tarafın alacağını ya da belirlenen meblağı ödeyerek koruma alıcısı tarafa koruma sağlamaktadır²⁹.

Gerçekleştirdikleri işlemlerden kaynaklı olarak büyük bir risk yükü altında olan büyük bankalar, *hedge* fonları, sigorta şirketleri ile diğer finansal kuruluşlar tezgâhüstü piyasalarda CDS sözleşmelerine taraf olmaktadır³⁰. CDS sözleşmeleri tezgâhüstü piyasalarda oluşturulan sözleşmeler olmaları itibarıyla, doğrudan tarafların ihtiyaçlarına yönelik kurulmaları yönünden esnek bir yapıya sahiptirler³¹.

Kanaatimizce kredi temerrüt swapları, türev sözleşmeleri içerisinde değerlendirdiğinde, referans varlığın ileri bir tarihte alım satımına ilişkin bir süre ve taahhüt içermediği göz önüne alındığında forward temelli sözleşmelerden ayrılmaktadır. Kredi temerrüt swaplarının, isminde swap

²⁵ Burçin Acar; 'Swap İşlemlerinin Muhasebe ve Vergisel Açısından Analizi', Vergi Raporu Dergisi, Sayı: 11, Mart 2009, 101 – 116, 112; Keskin (n 10) 49; Saruhan (n 7) dp. 100'deki yazarlar.

²⁶ Kristin N Johnson, 'Things Fall Apart: Regulating the Credit Default Swap Commons' (2011) University of Colorado Law Review 82 (1) 167 – 258, 224

²⁷ Bkz. dp 10 ve ilgili bölüm.

²⁸ Telesca (n 16) 4

²⁹ Hull (n 5) 571

³⁰ Turguttopbaş (n 16) 42; Narayanan (n 5) 2; Johnson (n 26) 172; Howell (n 16) 322; Wurz (n 16) 6

³¹ Oskar Juurikkala, 'Financial Engineering Meets Legal Alchemy: Decoding the Mystery of Credit Default Swaps' (2014) Fordham Journal of Corporate & Financial Law 19 (3) 425 – 487, 431

geçmesine karşın tam olarak bir swap içerdiği de söylenemez. Nitekim, taraflar arasında işlem ve vade tarihlerinde karşılıklı bir değişimden söz etmek mümkün değildir.

1. Kredi Temerrüt Swaplarının Gelişimi

Çalışmamızın konusunu teşkil eden CDS sözleşmeleri 1990'ların başında fikir olarak geliştirilmelerine karşın, Amerikan bankası *JP Morgan* tarafından, kendi banka bilançosundaki kredi risklerine karşı, bu risklerin koruma satıcılarına aktarılması amacıyla 1994 yılında ilk kez kullanılmış bir türev enstrüman çeşididir³².

CDS sözleşmeleri ilk ortaya çıktıkları 90'lı yıllarda bir borç yükümlülüğünün yerine getirilmemesi riskine karşılık korunma sağlanması amacıyla kurulan sözleşmelerdir³³. Bu dönemde, referans kuruluş ile bir borç ilişkisi içerisinde olmayan ya da elinde referans varlık bulunmayan tarafların, kredi olayının yaşamasından dolayı bir zarara uğramamalarına rağmen koruma alıcısı olarak CDS sözleşmeleri çerçevesinde bir kazanç sağlama- larından dolayı CDS sözleşmeleri ciddi eleştirilere uğramıştır³⁴. Bu yapı, özellikle spekülasyon ve kumar kapsamında değerlendirilmiş ve yasaklanmaya çalışılmıştır³⁵. Bu eleştiriler neticesinde gerçekleştirilen değişiklikler CDS sözleşmelerine ilişkin hukuki çerçeveyi de ciddi anlamda etkilemiştir³⁶.

CDS sözleşmeleri, kullanıma başladıkları dönemde tezgâhüstü piyasalarda iki taraf arasında serbestçe kurulmalarından kaynaklı olarak risk ve maliyet açısından taraflara ilave yükler getirmişlerdir. Bu dönemde

³² ibid 430 - 431; Ružica Petrovic, Tamara Milenković Kerkovic and Dragana Radenković Jocić, 'Legal Nature and Role of Swap Arrangements and Options as Financial Instruments' (2019) *Economic Themes* 57 (4) 459 – 480, 466;

³³ Johnson (n 26) 197

³⁴ ibid 194. CDS sözleşmelere ilişkin bir diğer endişe de literatürde “ahlaki tehlike (moral hazard) ” olarak değerlendirilen ve CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı tarafın ödeme talep edebilmek üzere kredi olayını tetikleyecek işlemler yürütmesidir. Referans varlığa ya da referans kuruluşun bir alacağına sahip olan koruma alıcısı taraf, alacaklarından kaynaklı haklarını kullanarak karşı tarafın temerrüde düşmesini, iflâs etmesini ya da borcun yeniden yapılandırılmasını talep edebilir. Bu durumda koruma alıcısı taraf manipülasyon yaparak kendi kârına yönelik olarak sonuç elde edebilecektir (Narayanan (n 5) 9 vd.; ibid 198)

³⁵ Johnson (n 26) 194

³⁶ Alman Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu BaFin'in 2010'daki Yunanistan Borç Krizi akabinde çıplak CDS sözleşmeleri yasaklayan kararı için bkz. Howell (n 16) 333 vd.

CDS sözleşmeleri, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklı kredi risklerine ek olarak, CDS sözleşmesi metinlerindeki kayıtların geçerliliği ile sözleşmelerin icra edilebilirliği konuları başta olmak üzere pek çok hukuki riski de içinde barındırmaktaydı. Hukuki riskler, piyasalarda tarafların bu sözleşmelere taraf olma kararını ve dolaylı yoldan CDS primlerini etkilemekteydi³⁷. Bu durumun bertaraf edilmesi için uluslararası piyasalarda CDS sözleşmeleri standart hale getirilmesine yönelik çalışmalar yürütülmüştür. Dünya türev piyasalarında etkin bir özel girişim olan *International Swaps and Derivatives Association, Inc.*'nin (ISDA) 90'lı yıllarda bu konudaki çalışmaları neticesinde, CDS piyasasındaki taraf sayıları ve işlem hacimleri artmıştır.

CDS sözleşmeleri özellikle 1990'ların ikinci yarısında 2008 Küresel Ekonomik Krize kadar oldukça etkin olarak kullanılmış, 2008 Krizi ile sekteye uğramış finansal ürünlerdir³⁸. CDS sözleşmeleri, 1990'ların sonlarından itibaren çıplak CDS sözleşmeleri ile birlikte oldukça yüksek bir hacim yakalamalarına karşın, ABD'deki 2008 Krizinin müsebbibi olarak görülmeleri sebebiyle kullanımlarda ciddi bir düşüş yaşamışlardır³⁹. Özellikle finansal tüketicilerin bankalardan kullandıkları konut kredileri (*mortgage*) temel alınarak finansal kuruluşlar arasında kurulan tezgâhüstü işlemler, büyüklükleri ve içerdikleri riskler yönünden büyük bir domino etkisi yaratmış ve bu durumun dünya ekonomisinde yarattığı ciddi dalgalanma ile birlikte türev araçların yeteri kadar regülasyona tâbi tutulmadığı yönünde tartışma doğmuştur⁴⁰. Bu durumu Yunanistan'da gerçekleşen

³⁷ Patrick Augustin, Marti G Subrahmanyam, Dragon Y Tang and Sarah Q Wang, 'Credit Default Swaps: Past, Present and Future' (2016) *Annual Review of Financial Economics* 8, 175 – 196, 192

³⁸ Hull (n 5) 571 vd.; IOSCO Report (n 23) 6 vd.

³⁹ Alan H Scheiner, 'The Next Wave: Developments in Credit Default Swap Litigation' (2009) *Business Law Today* 18 (5) 53 – 56, 53; Didik Siswantoyo and Lakshmi Karri 'Impacts of Introduction of Central Counterparties on Credit Default Swap Market' (2015) *University of Applied Sciences Northwestern Switzerland School of Business*, 1 vd.; CDS sözleşmelerin 2008 Krizindeki rolüne ilişkin iki film *Inside Job* (2008) ve *The Big Short* (2015).

⁴⁰ 2008 Krizinde Lehman Brothers, Bear Stearns, American International Group (AIG) gibi birçok büyük yatırım bankacılığı ve sigorta şirketleri, ipotek menkul kıymetleri üzerine CDS sözleşmelerinde satıcı olarak alacaklılara koruma tesis etmişlerdir. Mortgage kredilerinin geri dönüşlerinde yaşanan sorunlar neticesinde, bu şirketler alacakları koruma altına alacak gücü yaratamamışlar ve iflâsın eşiğine gelmişlerdir. Bu durumda ABD Hükûmeti bu şirketleri kurtarmak zorunda kalmış ve bu durum kamuoyunda büyük tepkilere sebep olmuştur. American International Group (AIG) gibi eski bir geçmişe sahip, büyük bir sigorta şirketinin CDS sözleşmelerinden kaynaklı olarak iflâs etme-

2011 Devlet Borcu krizi gibi olgular pekiştirmiştir⁴¹. Anılan süreçler, CDS sözleşmelerin yeteri kadar düzenlenmediği ve denetlenmediği sonucunu ortaya çıkarmıştır⁴². CDS sözleşmelerine ve diğer tezgâhüstü türev işlemlerine karşı oluşan kamuoyu neticesinde ABD’de *Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010 (Dodd – Frank Act)*, Avrupa Birliği’nde (AB) *European Market Infrastructure Regulation 2012 (EMIR)* tüzüğü ve *Markets in Financial Instruments Directive II (MiFID II)* Direktifi ile pek çok ülkede türev araçların ekonomiye etkisini sınırlandıracak ve ekonomiler açısından sistemik riskleri kontrol altına alacak şekilde ulusal ve bölgesel düzenlemeler oluşturulmuştur.

Türev araçların regülasyonu konusu 2008 Krizi sonrası finansal piyasalarda önemli bir tartışma konusu haline gelmiş ve bu durum neticesinde getirilen düzenlemeler 1990’lardan bu yana türev araçların işlem hacminde meydana gelen aşırı büyümeyi dizginlemiştir⁴³. Gerek ulusal ve uluslararası regülasyonlar gerekse risk unsurlarının önüne geçilmesi amacıyla, *International Organization of Securities Commissions (IOSCO)* ve *ISDA* kuruluşlarının tezgâhüstü türev sözleşmelerin standardize edilmesine

si, CDS Swaplarının küresel finansal krizin müsebbibi olarak gösterilmesi sonucunu doğurmuştur (Siswantoyo and Karri (n 39) 1; Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 182; Johnson (n 26) 171)

⁴¹ Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 177. CDS sözleşmelere yönelik bir diğer büyük eleştiri de CDS primleri üzerinden spekülasyon yaparak şirket ve ülke finansal itibarını sarsma konusunda araç olmalarıdır (Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 177).

⁴² ibid 182; IOSCO Report (n 23) 1 vd.

⁴³ CDS sözleşmelerle ilgili olarak mevzuattaki değişimlerle birlikte ortaya çıkan en önemli sonuç çıplak CDS kavramının ABD ve AB ekonomik alanlarında kısıtlanmasıdır. Türev piyasalarda tarafların dayanak varlığı elinde bulundurmadan gerçekleştirdikleri işlemler çıplak (naked), teminatsız (uncover) olarak anılmaktadır. Çıplak CDS sözleşmelerinde taraflar sadece gelişmelerden kâr elde etmek ve piyasada arbitraj yakalamak için bu sözleşmelerde dayanak varlığı ellerinde bulundurmadan taraf olabilmektedirler. Bu durumda ödediği primlerin boşa gitmemesi için kredi konusu olayın gerçekleşmesi, alıcının lehinedir. Buna karşın covered CDS yani teminatl CDS sözleşmelerinde, koruma alıcısı gerçekleşmesini istemediği bir olaya karşı prim ödeyerek kendini alacaklarının ödenmemesi riskini güvence altına almaktadır (Murdock, 'Credit Default Swaps: Dubious Instruments' (2013) Harvard Business Law Review Online, 133 – 141, 136; IOSCO Report (n 23) 3). Çıplak türevler neticesinde, varlık miktarlarının yüzlerce katı büyüklüğünde işlem hacmi türev piyasalarda oluşmaya başlamıştır. CDS piyasalarda belirli sayıda büyük oyuncunun işlem gerçekleştirmesi ve hepsinin birbiri ile ilişkisi içerisinde olması karmaşık bir yapı yaratmıştır (Johnson (n 26) 194). Bu durum sistemik risk yaratarak finansal krizin beklenenden çok daha derin etkiler doğurmasına sebebiyet vermiştir. 2008 Krizinin ardından çıplak (naked) türev işlemlerde kısıtlamalara gidilmiştir.

ilişkin çalışmaları türev araçlara yeni bir düzen getirmiş ve bu durum türev sözleşmelerinin içeriğini ve piyasalarını doğrudan etkilemiştir⁴⁴. CDS sözleşmelerinin standartlaştırılması ile merkezi karşı taraf hizmeti, ön ödeme- li CDS primi, teminat ve günlük değerlendirme (*mark to market*) uygulamala- rının yerleşmiş, özellikle ülke bazlı 5 yıllık CDS endeksleri (CDS Index) büyük popülarite ve işlem hacmi kazanmıştır⁴⁵. Günümüzde CDS primleri, risk analizcileri ve ekonomistler için önemli bir gösterge durumundadır⁴⁶. Nitekim CDS primi, ekonomik açıdan bir şirketin ya da ülkenin piyasalar- daki kredi riskini gösteren bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir⁴⁷.

2. Kredi Temerrüt Swaplarının Tanımı

Kredi temerrüt swaplarına ilişkin tanım konusunda literatürdeki ça-lışmalarda bu sözleşmenin risk aktarım mekanizmasına ve sigorta özelli- ğine vurgu yapılmaktadır⁴⁸. Sigorta özelliğini ön plana çıkaran yaklaşım CDS sözleşmelerini, belirli bir şirketin, yani borçlunun, temerrüde düşme riskine karşı alacaklıya sigorta sağlayan bir sözleşme olarak tanımlamak- tadır⁴⁹. Risk aktarımını ön plana alan yaklaşımda CDS sözleşmeleri; belirli bir kurumun ihraç ettiği kredi ve tahvil gibi borçlanma araçlarının temer- rüde düşme riskinin ödenen primlerle karşı tarafa aktarıldığı bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁵⁰.

Genel bir tanım ile, kredi temerrüt swap, referans kuruluş ya da refe- rans varlık nezdinde kredi olayının gerçekleşmesi durumunda koruma sa- tıcısı tarafın koruma alıcısı tarafa ödeme yapmayı taahhüt ettiği, koruma alıcısı tarafın da bunun karşılığında kararlaştırılan süre boyunca koruma satıcısına periyodik ya da toptan şekilde ödeme yapma yükümlülüğü altına girdiği, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵¹. Başka bir tanımda CDS

⁴⁴ IOSCO Report (n 23) 12; Juurikkala (n 31) 37; Partnoy and Skeel (n 18) 1025

⁴⁵ Bomfim (n 16) 18; IOSCO Report (n 23) 11

⁴⁶ Augustin, Subrahmanyam, Tang, Wang (n 37) 176

⁴⁷ Turguttopbaş (n 16) 40 – 41; Buz and Küçükkocaoğlu (n 23) 31, 33 vd.

⁴⁸ IOSCO Report (n 23) 2

⁴⁹ Hull (n 5) 572; Turguttopbaş (n 16) 38; Telesca (n 16) 7; Marcus Smith, 'The Legal Nature of Credit Default Swaps' (2010) Lloyd's Maritime and Commercial Law Quar- terly, 386 – 410, 388; Johnson (n 26) 170

⁵⁰ Ersoy E and Ünlü U, 'Tezgahüstü türev piyasa işlemleri' (2016) Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi 6(1) 143 – 163

⁵¹ Juurikkala (n 31) 430; Scheiner (n 39) 53; Cousy (n 5) 231; Henderson (n 23) 31; Gib- son (n 16) 389; Narayanan (n 5) 2; Johnson (n 26) 194; Howell (n 16) 322; Biggins and Scott (n 5) 4; Erkan Eren, Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı

sözleşmeleri tarafların bir borç verenin iflâsı, temerrüdü veya yeniden yapılandırılması üzerine bahis oynadığı özel bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁵².

Kanaatimizce CDS sözleşmeleri, korumadan yararlanmak isteyen koruma alıcısı tarafın koruma satıcısı tarafa CDS primi olarak adlandırılan meblağı önceden kararlaştırdıkları süre ve koruma miktarı için ödediği, koruma satıcısı tarafın bunun karşılığında sözleşmenin konusunu teşkil eden referans kuruluş veya referans varlık nezdinde kredi olayının gerçekleşmesi durumunda, alıcıya uğradığı zararı telafi etmek amacıyla bir ödeme gerçekleştirmeyi kabul ettiği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵³. Farklı şekilde nitelendirilecek olursak, kredi temerrüt swapları, bir borç ilişkisinde borçlunun borç yükümlülüğünü taraflarca belirlenen şekilde yerine getirmemesi halinde, koruma satıcısı tarafın koruma alan tarafa kararlaştırılan ödemeyi yapma yükümlülüğü altına girdiği, buna karşılık koruma alıcısının kredi olayı gerçekleşene kadar prim ödemesi yükümlülüğü taşıdığı bir özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanabilir.

3. Kredi Temerrüt Swaplarının Unsurları

Bir sözleşme türünün hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için o sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının tespit edilmesi büyük önem taşır. CDS sözleşmelerinin tezgâhüstü piyasalarda, finansal kuruluşlar arasında yapılmasının sonucu olarak, taraflar arasında ileriki dönemde akdedilecek sözleşmelerin temel hatlarını belirlemek üzere bir çerçeve sözleşme (*master agreement*) imzalanması yaygın bir uygulamadır⁵⁴. Taraflar bu çerçeve sözleşmeye dayanarak ileride akdedecekleri bireysel sözleşmede sadece sözleşmenin kararlaştıracakları unsurlarını (koruma süresi, referans varlık, referans kuruluş, kavramsal anapara, sonlandırma yöntemi, kredi olayı ve fiziksel teslim talebi bildirim şartları, kredi olayı ve türleri, prim ödeme zamanları vb.) belirlemektedirler⁵⁵.

CDS sözleşmelerine ilişkin tanımlardan hareketle CDS sözleşmelerinde temel unsurlar⁵⁶;

Taraf Uygulaması ve Tezgah Üstü Türev Araçların Merkezi Takası (On İki Levha Yayıncılık 2019) 242; Wurz (n 16) 12

⁵² Partnoy and Skeel (n 18) 1021

⁵³ Aynı doğrultuda Bomfim (n 16) 1

⁵⁴ Narayanan (n 5) 3

⁵⁵ Henderson (n 23) 31; Scheiner (n 39) 54; Turguttopbaş (n 16) 39

⁵⁶ Siswantoyo and Karri (n 39) 8

- Koruma alıcısı taraf, (*Protection Buyer*),
- Koruma satıcısı taraf (*Protection Seller*),
- Referans kuruluş (*Reference Entity*)⁵⁷,
- Referans varlık (*Reference Asset*),
- Kavramsal anapara (*Notional Amount / Notional Principal*),
- CDS primi (*CDS Premium / CDS Spread*),
- Kredi olayı (*Credit Event*),
- Koruma Süresi

şeklinde belirlenebilir. Bunun dışında taraflar opsiyonel olarak teminat derecesi (*Degree of Margin*), geri kazanım oranı (*recovery rate*), teminat değerlendirme oranı (*hair – cut*), ek süre (*grace period*) kararlaştırabilirler.

a) Koruma Alıcısı ve Koruma Satıcısı

CDS sözleşmeleri, koruma alıcısı taraf ile alıcıya koruma satıcısı taraf olmak üzere iki taraftan oluşur.

CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı, kredi olayı gerçekleştiği takdirde, ortaya çıkabilecek zarardan korunma amacı ya da ticari amaçlarla sözleşmeye dâhil olan taraftır⁵⁸. Alıcı taraf, CDS sözleşmesi sona erece kadar ya da kredi olayı meydana gelene kadar sözleşmede kararlaştırılan primi ödeme yükümlülüğü altındadır⁵⁹. Alıcı taraf koruma satıcısı tarafa prim ödemeyi kabul ederek alacağını bir nevi sigortalatmış olmaktadır⁶⁰.

Alıcı taraf, kredi olayı gerçekleştiğinde, fiziken teslim ya da nakden uzlaşma yolu ile satıcıdan sözleşme konusu korunma altına alınan tutarı yani kavramsal anaparayı talep edebilir. Eğer elinde referans varlıktan kaynaklı bir alacak var ise, satıcıya bu varlıkları fiziken teslim ederek bunların nominal değerini talep edebilir. Kredi olayının meydana gelmesi ile koruma alıcısı tarafın prim ödeme yükümlülüğü de ortadan kalkar⁶¹.

Alıcının alacağını koruma altına alarak kredi olayının sonuçlarındaki riski üstlenen koruma sağlayıcı taraf CDS sözleşmelerinde satıcı olarak anılmaktadır⁶². Genellikle finansal kuruluşlar, korunma (*hedging*) şirketle-

⁵⁷ Hull (n 5) 178; Telesca (n 16) 9; ISDA Definitions Sec. 2.1

⁵⁸ Siswantoyo and Karri (n 39) 8 – 9; Apak and Uyar (n 8) 181; IOSCO Report (n 23) 3

⁵⁹ Smith (n 49) 388; Gibson (n 16) 389

⁶⁰ Bomfim (n 16) 8; Siswantoyo and Karri (n 39) 9

⁶¹ Petrovic, Kerkovic and Jovic (n 32) 466

⁶² Bomfim (n 16) 8; IOSCO Report (n 23) 3

ri ve sigorta şirketleri bu sözleşmelerde koruma satıcısı tarafındadır⁶³. Satıcı tarafın ödeme yükümlülüğü, kredi olayının gerçekleşmesine bağlıdır. Kredi olayının gerçekleşmesi ile, öncelikle alıcıya karşı yükümlülüklerini yerine getirerek güncel değer üzerinden referans varlıkları alıcıdan satın alırlar ve tahvillerin anapara değeri üzerinden kavramsal anaparayı alıcıya sağlamayı taahhüt ederler⁶⁴. Nakdi uzlaşma durumunda koruma satıcısı taraf alıcının elindeki tahvilleri satın almadan o değer üzerinden hesaplanacak nakdi uzlaşma ile aradaki farkı ödemeyi taahhüt etmektedir⁶⁵.

CDS sözleşmeleri taraflar arasında her türlü iletişim yöntemi ile tezgâhüstü piyasa ürünü olarak kurulabilir. CDS sözleşmeleri tezgâhüstü piyasalarda kurulmalarına karşın büyük ölçüde standartlaştırılmış sözleşmelerdir⁶⁶. Dünyadaki güncel regülasyonlar çerçevesinde merkezi karşı taraf uygulamasına tâbi olmaları itibarıyla CDS sözleşmeleri, koruma alıcısı – takas merkezi, takas merkezi – koruma satıcısı şeklinde kurulmaktadır. Merkezi karşı taraf kuruluşu fonksiyonunu icra eden takas merkezi, birbirleri ile CDS sözleşmesi yapma iradesi içerisindeki tarafların arasına girerek birbirine simetrik nitelik taşıyan iki ayrı sözleşmede taraflara karşı taraf olmaktadır⁶⁷. Bu durum CDS sözleşmesinde tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin garanti altına alınması ve tezgâhüstü piyasalarda gerçekleştirilen işlemlerin izlenmesi noktasında fayda sağlamaktadır.

b) Referans Kuruluş (Reference Entity) ve Referans Varlık (Reference Asset / Reference Obligation)

CDS sözleşmelerinde referans kuruluş, kredi olayının (temerrüt, iflâs vb.) öznesini oluşturan şirketi ya da ülkeyi ifade etmektedir⁶⁸. Referans kuruluş; ülke⁶⁹, kamu kuruluşu, yerel yönetim organı, şirket, şirketler topluluğunu ifade edebilir⁷⁰. Sözleşmede referans kuruluş tek bir kuruluş ola-

⁶³ Cousy (n 5) 232. Bu kuruluşlar sözleşmede elde ettikleri primler kanalıyla gelir sağlamaktadırlar.

⁶⁴ Scheiner (n 39) 53; IOSCO Report (n 23) 3

⁶⁵ Scheiner (n 39) 53

⁶⁶ Juurikkala (n 31) 431

⁶⁷ Cousy (n 5) 239; IOSCO Report (n 23) 4, 24 vd.; İşlemlerin merkezi karşı taraf kuruluşu aracılığıyla gerçekleştirilmesinin bir diğer sonucu da tarafların merkezi karşı taraf kuruluşunun gereklilikleri kapsamında minimum kredi itibarına ve sermaye gereksinimlerine tabi kılınmalarıdır (Cousy (n 5) 239; Eren (n 51) 103).

⁶⁸ Scheiner (n 39) 54; Wurz (n 16) 6; ISDA Definitions Sec. 2.1

⁶⁹ Özellikle gelişmekte olan ülkeler (emerging markets) Meksika, Brezilya, Türkiye gibi ülkelerin CDS sözleşmeleri popülarite arz etmektedir (Bomfim (n 16) 4).

⁷⁰ Cousy (n 5) 232; Scheiner (n 39) 54; Wurz (n 16) 27

bileceği gibi birden çok kuruluşu içine alacak şekilde bir referans kuruluş sepeti de olabilir⁷¹.

CDS sözleşmelerinin temelindeki borç ilişkisinden bağımsızlığının bir sonucu olarak, CDS sözleşmesinde referans kuruluş olarak belirlenen taraf, CDS sözleşmesinin bir tarafı değildir⁷². Bu duruma ek olarak, çıplak CDS sözleşmeleri, tarafların referans varlığa sahip olmasının ya da bu varlık üzerinde herhangi bir menfaatinin bulunmasının gerekmemesi üzerine kurgulanmıştır⁷³. Koruma alıcısı taraf kredi olayının gerçekleşmesinden kaynaklı olarak herhangi bir zarara uğramasa dâhi koruma satıcısı taraf CDS sözleşmesinde kararlaştırılan ödemeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür⁷⁴.

Referans varlık ya da Referans yükümlülük kavramları ise, referans kuruluşun borç yükümlülüğünün özelleştirilmiş halidir⁷⁵. Genellikle referans varlık, referans kuruluş tarafından çıkarılan tahvil yükümlülüğünü ifade etmekle birlikte, teminatlandırılmış borç yükümlülüğü (CDO), ipotega dayalı menkul kıymet, tahvil veya diğer doğrudan ve dolaylı kredi türleri (banka kredileri, ülke kredisi) gibi başka borçlanma enstrümanlarını da ifade edebilir⁷⁶.

Taraflar bir ülkenin belirli bir vadedeki tek bir tahvilini, kredi yükümlülüğünü referans varlık olarak belirleyebilir ya da sepet oluşturabilirler⁷⁷. Referans olarak belirlenecek kuruluş ya da varlık, tam ve kesin olarak sözleşmede belirlenmelidir.

c) Kavramsal Anapara (*Notional amount / Notional Principal*)

Kavramsal anapara ya da farazi anapara, CDS sözleşmelerinde koruma altına alınan miktarı ifade etmektedir⁷⁸. Taraflar, CDS sözleşmesi konusu kredi olayının gerçekleşmesinden kaynaklı olarak ortaya çıkabilecek zarar için temsili bir değer belirleyerek bu rakam üzerinden ya da bu

⁷¹ IOSCO Report (n 23) 33; Wurz (n 16) 52

⁷² Scheiner (n 39) 54

⁷³ Smith (n 49) 389

⁷⁴ ibid 389

⁷⁵ Scheiner (n 39) 54; ISDA Definitions Sec. 2.5

⁷⁶ Cousy (n 5) 232; Scheiner (n 39) 54; Eren (n 51) 242; Wurz (n 16) 27

⁷⁷ Telesca (n 16) 7; Cousy (n 5) 232

⁷⁸ Howell (n 16) 346

rakam üzerinden oranlama ile hesaplanacak belirli bir meblağı (kavramsal anaparayı) esas alarak sözleşme kurarlar⁷⁹.

Taraflar CDS sözleşmelerinin kuruluşunda kredi olayı neticesinde oluşacak zararın miktarından bağımsız olarak ve zararın belli bir miktarını ya da kısmını oransal olarak karşılamak üzere daha düşük bir anapara tutarı kararlaştırabilirler⁸⁰. Kavramsal anapara olarak anılan bu durum, oransal olarak değişkenlik göstermekte ve CDS primini doğrudan etkilemektedir⁸¹.

Kredi olayının gerçekleşmesi durumunda, koruma satıcısı tarafın ödeyeceği miktar da kavramsal anapara üzerinden hesaplanır⁸². Bu durumda kredi olayının gerçekleşmesi neticesinde koruma alıcısı taraf, taraflarca kararlaştırılan kavramsal anaparanın belirli bir yüzdesini talep edebilir⁸³. Bu noktada, kavramsal anapara kavramı, CDS sözleşmelerini bir zarar karşılama mekanizmasından uzaklaştırarak kredi olayının gerçekleşmesi şartına bağlı bir ödeme yükümlülüğü haline getirmektedir.

CDS sözleşmelerinde koruma satıcısı tarafın yükümlülüğü, koruma alıcısı tarafın kredi olayının gerçekleşmesinden kaynaklı zararından bağımsızdır. Taraflar bu zarara karşılık gelecek temsili bir meblağı alacak kalemi olarak belirlemektedir. Nitekim sözleşme zararın karşılanması temelinde kurulmuş olsaydı, zarar kapsamına giren pek çok konunun koruma satıcısı tarafından tazmin edilip edilmeyeceği hususu tartışma konusu olacaktı. Bilhassa çıplak CDS sözleşmelerinde⁸⁴ taraflar referans kuruluş ya da referans varlığın yer aldığı borç ilişkilerinden bağımsızdır. Bu duruma paralel şekilde korumayı üstlenen koruma satıcısının da risk konusu borç ilişkisi ile bir bağı bulunmamaktadır⁸⁵. Çıplak olmayan CDS sözleşmelerinde, taraflar sahibi oldukları kıymet ya da alacaklı oldukları alacağın tamamını ya da belirli bir oran dâhilinde belirli bir kısmını koruma altına alarak kavramsal anaparayı oluşturabilirler⁸⁶.

⁷⁹ ibid 322

⁸⁰ Bomfim (n 16) 1; CDS sözleşmesi değerinin, koruma alıcısının uğrayabileceği zarardan daha fazla olduğu sözleşmeler over-insured CDS olarak anılmaktadır (IOSCO Report (n 23) 3)

⁸¹ Howell (n 16) 322

⁸² Gibson (n 16) 389

⁸³ Telesca (n 16) 9

⁸⁴ Bkz. dp. 43

⁸⁵ Telesca (n 16) 21

⁸⁶ Petrovic, Kerkovic and Jovic (n 32) 466; Nominal değer, vade tarihinde yatırımcıya ödenecek olan ve tahvilin üzerinde yer alan değeri ifade etmektedir. Bu meblağ aynı

Kavramsal anapara, referans varlığın nominal değerinden daha düşük veya daha fazla olabilir, bu durumda nominal değer üzerinden oransal bir değerlendirmeye tâbi tutulabilir⁸⁷. Kavramsal anaparanın nominal değer üzerinden değerlendirilmesi durumunda yapılacak oranlama, geri kazanım oranı (*recovery rate*) olarak anılmaktadır⁸⁸. Kavramsal anaparaya ilişkin olarak tarafların bu oranı kararlaştırmaları, sözleşmede anapara üzerinden hesaplanacak CDS primini de etkileyecektir.

d) CDS Primi (*CDS Spread / CDS Premium*)

CDS sözleşmelerinde korumadan yararlanan koruma alıcısı taraf, koruma süresi boyunca koruma satıcısı tarafa CDS primini ödemekle yükümlüdür. Prim ödemesi, sözleşmenin başında toptan tek ödeme olabileceği gibi, sözleşme içerisinde 3, 6, 9, 12 ayda bir tekrarlanacak şekilde de yapılabilir⁸⁹.

CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı tarafın ödeyeceği prim kavramsal anapara üzerinden hesaplanmaktadır⁹⁰. CDS primi, CDS sözleşmelerinin kavramsal anaparası üzerinden belirli bir rakam ve baz puanla ifade edilen bir hesap üzerinden belirlenir.

CDS primleri, kavramsal anapara üzerinden hesaplanmasına karşın referans kuruluşun konusu ülkenin ve şirketin risklerine, itibarına, finansal durumlarına ve sözleşmede kararlaştırılan geri kazanım oranına bağlı olarak değişkenlik göstermektedir⁹¹. Finansal piyasalar açısından CDS sözleşmelerinin devrinin yapıldığı ikincil piyasalarda oluşan CDS primi, referans kuruluşun ya da referans varlığın ödenip ödenmeyeceği ya da borcun yeniden yapılandırılması konusunda bir gösterge olarak ele alınır⁹². Diğer yandan referans kuruluşun çıkardığı tahvil ya da diğer borçlanma aracının (referans varlığın) faiz oranına ve tahvil fiyatlamasına bağlı olarak da değişkenlik gösterebilir⁹³.

zamanda tahvil alıcısının başlangıçta ödediği meblağa da denk gelmektedir. Bu durumda alacaklı kupon ödemesini alamadığı için anaparasını korumuş olmaktadır.

⁸⁷ Bomfim (n 16) 7; Juurikkala (n 31) 250

⁸⁸ Apak and Uyar (n 8) 183

⁸⁹ Hull (n 5) 572; Cousy (n 5) 232; Wurz (n 16) 8; Bomfim (n 16) 1

⁹⁰ Bomfim (n 16) 1; Siswantoyo and Karri (n 39) 8; Gibson (n 16) 389; Petrovic, Kerko-
vic and Jovic (n 32) 389

⁹¹ Buz and Küçükkocaoğlu (n 23) 34 vd.

⁹² Howell (n 16) 322

⁹³ Siswantoyo and Karri (n 39) 16; IOSCO Report (n 23) 27

e) Kredi Olayı (*Credit Event*)

Kredi olayı, CDS sözleşmesi konusu referans kuruluşun ya da referans varlığın taşıdığı riskin gerçekleşmesini ifade eder. CDS sözleşmesinin temelinde yatan riskin gerçekleşmesi olgusu, referans varlık teşkil eden şirketin ya da ülkenin yükümlülüklerinin yerine getirmemesini veya getiremeyecek durumda olmasını ya da yükümlülüğe ilişkin başka bir olumsuz durumu ifade etmektedir⁹⁴. Kredi olayı, bir CDS sözleşmesinin kuruluşunda taraflar arasında kararlaştırılacak en önemli unsurdur.

Yükümlülüklerini yerine getirmeme, CDS sözleşmeleri açısından sözleşmede belirlenen teknik bir kavramdır. Kredi olayı, sadece referans kuruluşun yükümlülüklerini yerine getirmemesi anlamına gelmemektedir. Başka sebeplerden kaynaklı yükümlülüğün yerine getirilemediği durumlar da kredi olayı olarak kabul edilebilmektedir. Nitekim bazı durumlarda, şirketin ya da devletin, borcu ödeyebilecek yeterli imkânları bulunmasına rağmen ödeme engelinden ya da başka bir aksaklıktan kaynaklı olarak borcun ödenmemesi de kredi olayının gerçekleşmesine sebep olabilir. Örneğin uluslararası ekonomik yaptırımlardan kaynaklı olarak borcun ödenmemesi de kredi riski sonucunu doğurmaktadır⁹⁵. Kredi olayı genellikle temerrüde karşılık gelecek şekilde kullanıldığından, bu sözleşmeler kredi temerrüt swapları olarak anılmaktadır.

Sözleşmede taraflarca kararlaştırılacak kredi olayı tek bir olaya özgülenebileceği gibi, bir grup olaya da bağlanabilir⁹⁶. Uygulamada standart hale getirilmiş CDS sözleşmelerinde kredi olayı olarak yer alabilen olaylar şunlardır⁹⁷:

- Referans kuruluşun tâbi olduğu hükümler uyarınca referans kuruluşun temerrüde düşmesi⁹⁸,

⁹⁴ Hull (n 5) 572; Siswantoyo and Karri (n 39) 9; Cousy (n 5) 230; Scheiner (n 39) 54; Wurz (n 16) 7

⁹⁵ Bomfim (n 16) 5

⁹⁶ Telesca (n 16) 7

⁹⁷ ISDA Definitions Sec. 4.1.; Telesca (n 16) 7 – 8; IOSCO Report (n 23) 3, 13; Cousy (n 5) 230 – 232; Gibson (n 16) 389; Scheiner (n 39) 54; Hull (n 5) 573; Siswantoyo and Karri (n 39) 8 – 9; Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 187; Wurz (n 16) 13; Apak and Uyar (n 8) 179; Turguttopbaş (n 16) 42; Kredi olayı, yukarıda belirtilenlerle sınırlı olmayıp, taraflarca sözleşmede çok farklı şekilde ve içerikte tanımlanabilir. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde, CDS sözleşmelerinde yer alan hükümleri kendi ihtiyaçları çerçevesinde özelleştirebilirler.

⁹⁸ Temerrüt kavramı ile kredi olayı temelde birbirinden farklı olaylardır. Kredi olayı taraflarca temerrüt dışında başka sebeplere bağlanabilir. Temerrüt, ISDA Master Anlaşmasının 5 (a) maddesinde tanımlanmaktadır.

- Ödemenin yerine getirilememesi (*Failure to Pay*)⁹⁹
- Şirketin iflâsı (*Bankruptcy*)¹⁰⁰, tasfiyesi¹⁰¹, konkordato, likidasyon durumları, kayyum veya benzeri temsilci atanması,
- Borç yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi (*Obligation default*)¹⁰²,
- Yükümlülüğün hızlandırılmış ödemesi (*Obligation acceleration*)¹⁰³
- İlgili ve ilgisiz yükümlülüklerde çapraz temerrüt (*Cross default*)¹⁰⁴,
- Yeniden yapılandırma (*restructuring*)¹⁰⁵,
- Borcu tanımama (*repudiation*) ya da moratoryum¹⁰⁶,

⁹⁹ ISDA Definitions Sec. 4.5

¹⁰⁰ ISDA Definitions Sec. 4.2

¹⁰¹ Kredi olayının türleri her durum için geçerli değildir, örneğin iflâs kavramı sadece şirketler için, moratoryum kavramı devletler için kullanılmaktadır (Telesca (n 16) 8)

¹⁰² Borcun anaparasına, kuponuna ya da faizine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de bu grup dâhilinde değerlendirilmektedir (Siswantoyo and Karri (n 39) 8)

¹⁰³ ISDA Definitions Sec. 4.3. Yükümlülüğün hızlandırılmış ödemesi kavramı bir zaruret hali neticesinde referans kuruluşun, ödemenin yapamayacağı, ödemenin ve ilerideki ödemelerin yapamayacağı halinin oluşması neticesinde vade tarihinden önce temerrüde düşürülmesidir.

¹⁰⁴ Telesca (n 16) 7; Çapraz Temerrüt (Cross Default) kavramı; basit bir tanımlama ile bir borç yükümlülüğünün temerrüde, başka bir borç yükümlülüğünün temerrüde ya da temerrüde eş değer bir duruma düşmesine bağlayan sözleşme hükümleridir. Çapraz temerrüt hakkında daha fazla bilgi için bkz. Şerafettin Ekici, 'Banka Kredi Sözleşmelerindeki Çapraz Temerrüt Kayıtları' (2018) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(9) 247 – 280.

¹⁰⁵ ISDA Definitions Sec. 4.7. CDS konusu tahvil ödemesinde, vade tarihinin değiştirilmesi ya da uzatılmasını ifade eder (Siswantoyo and Karri (n 39) 8). Örneğin 2012 yılında borç krizinde olan Yunanistan 2012 tarihinde tahvilleri yeniden yapılandırma gerçekleştirmiş, ISDA bu yapılandırma olayının kredi olayını gerçekleştirdiğini kabul etmiştir (Turguttopbaş (n 16) 37 – 38). Tahvil borçlarının yeniden yapılandırılması tüm alacaklılar için bağlayıcıdır. Özellikle, bazı ABD'li finansal kuruluşların swap sözleşmelerinde yer alan kredi olayları listesinden yeniden yapılandırmayı çıkarmaya karar vermesi nedeniyle, yeniden yapılandırma olaylarına ilişkin büyük sorunlar ortaya çıkmıştır (Telesca (n 16) 8; IOSCO Report (n 23) 15). Yeniden yapılandırmada, anaparaya ve faize ilişkin olarak daha düşük getiri de öngörülebilir.

¹⁰⁶ ISDA Definitions Sec. 4.6; Ülke CDS sözleşmelerinde ortaya çıkan bir durum olarak tahvil borçlusu ülkenin yükümlülüklerini kabul etmesi ya da borçlarını ödemeyeceği konusunda moratoryum ilan edilmesini ifade etmektedir (Siswantoyo and Karri (n 39) 9).

- Kredi derecesinin belirli bir seviye altına inmesi, kredi itibarının azalması,
- Yerel para biriminin konvertibilitesini ya da piyasada likiditesini kaybetmesi,
- Hükümet müdahalesi (*Governmental Intervention*)¹⁰⁷.

Kredi türevleri, anapara türevlerinden farklı olarak belirli bir olayın (kredi olayı) gerçekleşmesi ile tetiklenmektedir. Bu nedenle gerçekleşecek olayın sınırlanması ve unsurlarının tam ve kesin olarak belirlenmesi önem taşımaktadır¹⁰⁸. Nitekim bu sözleşmeler kredi türevlerine özgü bir terminoloji kullanılarak yazıldıkları ve maddelerinin ayrıntılarında sayısız farklılıklara maruz kaldıkları için yorumlanmaları da tartışmalara konu olmaktadır¹⁰⁹. Belirsizliğin önlenmesi gayesi ile, piyasa katılımcıları sözleşmelerin standartlaşmasına ek olarak kredi olaylarının da standartlaşmasını tercih etmişlerdir. ISDA, kredi olaylarının belirlenmesi amacıyla rehberler ve standart sözleşmeler ortaya koymaktadır¹¹⁰. Günümüzde tezgâhüstü CDS piyasaların neredeyse tamamında ISDA kredi tanımlarından hareket edilmektedir¹¹¹. Bu duruma ek olarak kredi olayının tam olarak belirlenmesi, aynı zamanda kredi olayının zamanı konusunda da önem taşır, kredi olayının gerçekleşmesi ile alıcının prim ödeme yükümlülüğü sona erecek ve koruma satıcısı tarafın ödeme borcu muaccel olacaktır¹¹².

Bir kredi olayının gerçekleşmesi noktasında tespit edilecek hususlar şunlardır¹¹³;

- Kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmediği,
- Kredi olayının CDS sözleşmesinin sona erme tarihinden önce gerçekleşip gerçekleşmediği,

¹⁰⁷ Hükümet Müdahalesi (*Governmental Intervention*) ISDA 2003 tanımlarında yer almayan ve 2014 değişikliği ile gelen bir hükümdür. ISDA Definitions Sec. 4.8. Resmi Makam (*Governmental Authority*) kavramının tanımı için bkz ISDA Definitions Sec. 4.9 (b)

¹⁰⁸ Telesca (n 16) 10; Henderson (n 23) 33

¹⁰⁹ Scheiner (n 39) 53

¹¹⁰ Telesca (n 16) 10, Bu konuda en önemli çalışma ISDA tarafından 2014 yılında güncellenen ISDA Credit Derivative Definitions 2014 dokümanı 4. bölümünde kredi olaylarının tanımlarına yer verilmektedir. Dokümanda Bankruptcy, Obligation Acceleration, Obligation Default, Failure to Pay, Repudiation/Moratorium, Restructuring, Governmental Intervention olarak yedi tip kredi temerrüt hali belirlenmiştir.

¹¹¹ Scheiner (n 39) 53; IOSCO Report (n 23) 3

¹¹² Gibson (n 16) 389

¹¹³ Scheiner (n 39) 53

- Alıcı tarafın kredi olayının gerçekleştiğini, kararlaştırıldıkları şekilde koruma satıcısı tarafa bildirip bildirmediği.

Kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti konusunda, “önemlilik şartı” olarak ifade edilen, CDS sözleşmeleri kapsamında yükümlülük ödemesini tetikleyecek nitelikte olmayan temerrüt durumlarından kaçınmak amacıyla, kredi olayının gerçek bir temerrüt durumu oluşturup oluşturmadığının tespiti önem taşımaktadır¹¹⁴. Kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmediği hususu taraflardan bağımsız olacak şekilde sözleşmede kararlaştırıldığı usul ve yöntemle belirlenmelidir¹¹⁵.

Referans varlık konusunda bir diğer tartışma konusu, özellikle gelişmekte olan ülkelerin borçlanma yapısında ve mevzuatında borçlanmanın para birimini, türünü ve kapsamını sınırlayan kısıtlayıcı hükümlerin yer almasıdır. Örneğin gelişmekte olan ülkelerde ödemeler tatil edilse dâhi, ödemelerin yurt içinde kendi para birimi cinsinden yapılabileceği ileri sürülerek temerrütten ve dolaylı olarak kredi olayından kaçınma söz konusu olabilir. Bu durum CDS sözleşmelerinde kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır¹¹⁶.

Kredi olayına ilişkin taraflar arasında CDS sözleşmelerinde kararlaştırılan opsiyonel bir husus da ek süre verilmesidir (*grace period*)¹¹⁷. Olağanüstü haller (doğal afet, insan hatası vb.) neticesinde referans kuruluşun yükümlülüklerini ifa edebilmesi amacı belirli bir ek süre [uygulamada üç

¹¹⁴ Telesca (n 16) 8; Önemlilik kriteri, referans varlığın fiyatındaki veya bir referans orana bağlı borçlanma aracının dalgalanma eşiğindeki minimum değişikliklere göre belirlenir. Belirlenen bu eşiğin altındaki dalgalanmalar kredi olayı olarak nitelendirilmemektedir. (Telesca (n 16) 8). Kredi olayının gerçekleşmesinin tespiti noktasında, genellikle finansal süreli yayınlara gibi iki saygın kamu bilgi kaynağına referansla belirlendiği konusunda görüş birliğine varılmıştır. Taraflardan yalnızca birine bağlı olan kaynaklar kredi olayını tetikleme noktasında yeterli değildir. (Telesca (n 16) 9). ISDA dokümanında bu tür kamuya açık kaynaklar olarak Bloomberg, Reuters, Dow Jones Newswires, The Wall Street Journal, The New York Times, Nihon Keizai Shimbun, Asahi Shimbun, Yomiuri Shimbun, Financial Times, La Tribune, Les Echos, The Australian Financial Review, Debtwire sayılmıştır (ISDA Definitions Sec 1.34). Taraflar bu kaynaklarından sadece bazılarını kaynak olarak kabul edebilirler.

¹¹⁵ Wurz (n 16) 7

¹¹⁶ Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 186. Örneğin 2009 yılında AIG şirketini referans varlık olarak kabul eden CDS sözleşmelerinde yer alan kredi olayı şartlarının gerçekleşmediği iddiasıyla ödeme gerçekleştirilmemesi talebinde bulunulmuştur. Daha fazla bilgi için bkz. Turguttopbaş (n 16) 38

¹¹⁷ ISDA Definitions Sec. 1.46

(3) gün] verilmesi kararlaştırılabilir¹¹⁸. Bu durumda kredi olayı gerçekleşmemekte, borcun vadesi ertelenmektedir.

f) Koruma Süresi

CDS sözleşmesi ilişkisinde sözleşmenin başlangıcında taraflar korumanın geçerli olacağı bir koruma süresi ya da vade belirlemek zorundadırlar¹¹⁹. Koruma süresi CDS sözleşmesinin temelini oluşturan referans varlıklardan bağımsız şekilde taraflarca serbestçe belirlenebilir. Uygulamada CDS sözleşmelerinde koruma süresi, 3 aydan 12 aya kadar kısa süreli ya da 5 yıldan 10 yıla kadar uzun süreli olacak şekilde belirlenmektedir¹²⁰.

CDS sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarca kurulduğu tarih, işlem tarihi (*trade date*), sözleşme konusu korumanın başladığı tarih geçerlilik tarihi (*effective date*)¹²¹ ve korumanın sona erdiği tarih ifade eden bitiş tarihi (*termination date*) olmak üzere önemli kilometre taşları bulunmaktadır¹²².

g) Teminat

CDS sözleşmeleri için opsiyonel bir unsur olmakla birlikte, merkezi karşı taraf hizmeti çerçevesinde kurulan sözleşmelerde teminat zorunlu kılınan bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır¹²³. CDS sözleşmelerinde teminat kavramının temeli, sözleşmede koruma satıcısının kredi olayı durumunda CDS sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüklerinin yerine getirmesinin güvence altına alınmasıdır¹²⁴.

CDS primleri, CDS sözleşmesi süresince, referans kuruluşun kredi notu değişikliklerine, tahvil fiyatlarına ve piyasada oluşan diğer gelişmelere bağlı olarak değişkenlik göstermektedir¹²⁵. Teminat sisteminde, bu sözleşmeler günlük değerlemeye (*mark to market*) tâbi kılınarak, CDS primle-

¹¹⁸ Telesca (n 16) 11

¹¹⁹ Cousy (n 5) 232

¹²⁰ ibid 232; Siswantoyo and Karri (n 39) 8; Howell (n 16) 346

¹²¹ Uygulamada işlem tarihi ile geçerlilik tarihi arasında az bir süre bulunmaktadır.

¹²² Telesca (n 16) 8; Wurz (n 16) 26. Bu tarihler Confirmation dokümanında taraflarca kararlaştırılmaktadır. ISDA Definitions Sec. 1.13, 1.15

¹²³ IOSCO Report (n 23) 24; Tezgâhüstü türev araçların merkezi karşı taraf kuruluşlar ile merkezi takası hakkında daha fazla bilgi için bkz. Eren (n 51) 270.

¹²⁴ IOSCO Report (n 23) 23

¹²⁵ Scheiner (n 39) 54

ri günlük olarak değerlendirilmekte, günlük bazda kâr ve zarar hesaplanmaktadır¹²⁶. Bunun sonucunda, teminat seviyesinin belirlenen asgari seviyenin altında kalması durumunda merkezi karşı taraf kuruluşu, teminatın güncellenmesi amacı ile teminat tamamlama çağrısı (*margin call*) yapabilir¹²⁷. Teminat sistemine sunulan varlıkların da her gün değerlemesi yapılarak teminat seviyesi kontrol edilir. Teminat sistemi genel olarak işlem gören piyasaların düzenlemelerinde standardize edilmesine karşın, tezgâhüstü sözleşmelerde teminat olarak varlık, teminat değerlendirme oranı (*haircut*)¹²⁸, asgari teminat seviyesi ve diğer unsurları aralarında serbestçe kararlaştırabilirler¹²⁹. Uygulamada taraflar arası ilişkilerde, ISDA Master Agreement 2002 dokümanının eki niteliğindeki *Credit Support Annex* (Kredi Destek Eki) dokümanı ile teminata ilişkin esaslar düzenlenmektedir.

4. Kredi Temerrüt Swaplarının Türleri

Türev ürünlerin dinamik yapısına paralel olarak CDS sözleşmeleri zamanla kendi içerisinde pek çok yeni alt türe sahip olmuştur¹³⁰. CDS sözleşmeleri referans varlıklar (ülke – şirket – sektörel bazda), koruma süresi gibi açılardan çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır. CDS sözleşmeleri referans varlığın esas alındığı tasnife dayanılarak her biri müstakil birer türev sözleşme teşkil edecek şekilde de türlere ayrılmıştır.

Referans kuruluş bazında yapılan tasnifte¹³¹, *Single – name CDS*’lerde, kredi olayının öznesini teşkil eden referans varlık olarak sadece tek bir ülke ya da şirket riski konu alınmaktadır¹³². *Multi – name CDS* ya da *Index CDS*’lerde birden çok referans varlık, referans varlık sepeti

¹²⁶ Cousy (n 5) 239

¹²⁷ 2008 Krizinde AIG teminat tamamlama çağrılarını tamamlayamadığı için iflâs etmiştir (Scheiner (n 39) 54).

¹²⁸ Taraflar teminatı nakit olarak verebilecekleri gibi, tahvil, hisse vb. varlıkları da teminat olarak sunabilmektedir. Bu durumda bu varlıkların likiditasyonu göz önüne alınarak değerlerinin düşük olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nakit dışı varlıkların değerinden yapılan bu oranlamaya *haircut* adı verilmektedir.

¹²⁹ ISDA kapsamında teminat kararlaştırıldığında bu durum ISDA Credit Support Annex (CSA) üzerinden iletilmektedir (Scheiner (n 39) 54).

¹³⁰ Telesca (n 16) 6; Sade vanilya (veya geleneksel) CDS tanımı, kredi türevleri endüstrisinde, standart araçları, belirli yatırımcıların özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yapılandırılmış egzotik (veya karmaşık) türevlerden ayırmak için kullanılır. Egzotik türevler, hibrid enstrümanları yapılandırmak için genellikle farklı sınıfların unsurlarını içerir (Telesca (n 16) 4).

¹³¹ Cousy (n 5) 232; Johnson (n 26) 106

¹³² Siswantoyo and Karri (n 39) 11; IOSCO Report (n 23) 3

içerisinde yer almaktadır¹³³. *Multi – name CDS*’lerin de pek çok alt türü bulunmaktadır. Bunlar arasında yer alan *Basket CDS*’te¹³⁴, koruma satıcısı taraf tarafından seçilen ve belirli amaç için özel olarak oluşturulan 3 ila 100 farklı referans varlığın yer aldığı bir referans varlık sepeti CDS sözleşmelerine konu edilmektedir¹³⁵. *Add – up basket CDS* türünde referans varlık sepetinde yer alan referans varlıklardan herhangi birinin temerrüde düşmesi durumunda kredi olayı gerçekleşmiş sayılmaktadır¹³⁶. İlk temerrüt CDS (*First CDS* veya *First – to – default baskets*) türünde referans varlık sepetindeki borçlanma araçlarının herhangi birinin temerrüde konu olduğu durumlarda kredi olayı gerçekleşmiş kabul edilmektedir¹³⁷. Buna benzer şekilde k’inci temerrüt CDS türünde, referans varlık sepetindeki varlıklar nezdinde belirlenen temerrüt sayısına (k) ulaşınca kredi olayı gerçekleşmiş sayılır ve taraflar arasında sözleşme sona erer¹³⁸.

Kredi olaylarına göre yapılan tasnifte yer alan *Credit Exchange Agreements*, First CDS’in bir türü olarak, koruma alıcısı tarafa referans varlığı bir diğer referans varlıkla değiştirme hakkı veren enstrümanlardır¹³⁹. *Currency Inconvertibility Agreement*, gelişmekte olan ülkelerde yabancı yatırımcılar tarafından kullanılan bir sözleşme olarak, yerel para biriminin yabancı para birimine çevrilemezliği, konvertibilitenin sona ermesi ve para işlemi yapılamaması gibi yerel para kurundan kaynaklanan çeşitli risklere karşı koruma sağlamaktadır¹⁴⁰.

5. Kredi Temerrüt Swaplarının Sona Ermesi

CDS sözleşmeleri kredi olayının ortaya çıkması, tarafların karşılıklı anlaşması veya koruma süresinin dolması ile sona erer¹⁴¹.

¹³³ Bomfim (n 16) 1; Hull (n 5) 571; Cousy (n 5) 232; IOSCO Report (n 23) 3

¹³⁴ Bomfim (n 16) 2

¹³⁵ Siswantoyo and Karri (n 39) 11

¹³⁶ Hull (n 5) 581

¹³⁷ Telesca (n 16) 6; Bu ürün özellikle gelişmekte olan piyasalardaki risklerin bertaraf edilmesi noktasında kullanılmaktadır. First to default düzenlemesine ilişkin olarak bkz. CRR m. 240

¹³⁸ Hull (n 5) 581; CRR m. 241

¹³⁹ Telesca (n 16) 6

¹⁴⁰ ibid 7

¹⁴¹ Cousy (n 5) 232

a) Kredi olayının gerçekleşmesi

Kredi olayının gerçekleşmesi ile CDS sözleşmesi sona erer¹⁴². Kredi olayının gerçekleşmesi durumunda koruma alıcısı, koruma satıcısından ödeme talepe etme hakkına sahiptir¹⁴³.

Taraflarca sözleşmenin kuruluşu aşamasında kararlaştırılacak unsurlardan biri de kredi olayı neticesinde sözleşmenin sonlanma biçiminin belirlenmesidir. Sözleşmenin kredi olayının gerçekleşmesi neticesinde sona ermesi ile sözleşmenin tasfiyesinde iki farklı yöntem oluşturulmuştur. Bunlar; fiziki teslim ya da nakdi uzlaşma yöntemleridir¹⁴⁴. Kredi olayının meydana gelmesi durumunda koruma satıcısı taraf, alacak konusu tahvillerin yeni rayiç değerleri ile satışını sağlayarak elde edilen gelir ile üzerindeki farkı kendi ödeyerek tazmini sağlayabilir (nakdi uzlaşma – *cash settlement*) ya da alacak konusu varlığı teslim alıp (fiziki teslim – *physical delivery*) koruma alıcısına nominal değerini ödeyerek ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir¹⁴⁵.

Kredi olayının gerçekleşmesi ile koruma alıcısı taraf, taraflarca kararlaştırıldığı şekilde ve sürede “*Kredi Olayı Bildirimi (Credit Event Notice)*” gerçekleştirmekle yükümlüdür¹⁴⁶. Bildirim, kredi olayının gerçekleşmesinden itibaren belirli bir süre içerisinde yapılmalıdır¹⁴⁷. Alıcı kredi olayının gerçekleştiğini makul bir şekilde ayrıntıları ile birlikte satıcıya sunmalıdır. Satıcının kendine yeterli bir bildirim yapılmadığı takdirde, olayı araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴⁸. Kredi olayı bildirimine delil teşkil etmek için kamuya açık kaynaklardan kredi olayının gerçekleş-

¹⁴² IOSCO Report (n 23) 3

¹⁴³ Telesca (n 16) 9; Scheiner (n 39) 54

¹⁴⁴ Hull (n 5) 572; Telesca (n 16) 9; Scheiner (n 39) 54; Wurz (n 16) 7 vd.

¹⁴⁵ Siswantoyo and Karri (n 39) 8; Telesca (n 16) 4; Cousy (n 5) 232; Johnson (n 26) 194; Apak and Uyar (n 8) 181

¹⁴⁶ Scheiner (n 39) 54. ISDA Definitions Sec. 1. 32; Credit Event Notice dokümanı için bkz. <<https://www.isda.org/book/exhibits-to-2014-isda-credit-derivatives-definitions/>>

¹⁴⁷ Notice Delivery Period ISDA Definitions Sec. 1.23

¹⁴⁸ New York mahkemelerinde görülen DKR Soundshore Oasis Holding Fund Ltd. v. Merrill Lynch International and Merrill Lynch & Co., Inc. kararında mahkeme alıcının yaptığı bildirimde yeterli ayrıntılara yer vermemesi üzerine bu bildirimin geçerli olmadığı, satıcının bu durumu araştırma yükümlülüğü bulunmadığı kararını vermiştir. Mahkemeye göre, koruma alıcısı taraf kredi olayının gerçekleştiğini ayrıntıları ile belirtmelidir. Bu durumda usulüne uygun olarak ihtar yapıldığını kanıtlama yükü alacaklıdadır (Richard. D. Bernstein and Thomas H. French, 'Important Decision in Credit Default Swap Litigation' (2010) Pratt's Journal of Bankruptcy Law 6 (6) 511 – 516, 512).

tiğini kanıtlayan Kamuoyuna Açık Bilgi (*Publicly Available Information*) adında bir bildirim daha ek olarak iletilebilir¹⁴⁹.

i. Fiziki Teslim (*Physical Delivery*)

Fiziken teslimde, koruma alıcısı taraf kredi olayının gerçekleşmesi durumunda, elinde bulunan referans varlıkları koruma satıcısı tarafa satma hakkına sahip olmaktadır. Alıcı taraf tahvillerin üzerinde yazan nominal değeri, tahvilin üzerinde yazan değeri, temerrüt olmamış gibi satıcıdan tahsil eder¹⁵⁰.

Alıcı taraf fiziksel teslim talep ediyor ise, kredi olayı bildirimine ek olarak koruma alıcısı fiziksel teslim usulünü talep ettiğini bir bildirim ile koruma satıcısına bildirmek zorundadır¹⁵¹. Bunun ardından elinde bulunduğu referans varlıkları satıcıya devretmekle yükümlüdür. Buna karşılık koruma satıcısı, referans varlığın nominal değerini (*face value*) satıcıya öder. Bu noktada önemli bir husus koruma alıcısı tarafından teslim edilecek referans varlık türlerinin de taraflarca önceden kararlaştırılmış olmasıdır¹⁵².

ii. Nakdi Uzlaşma (*Cash Settlement*)

Kredi olayının gerçekleşmesinden sonra, fiziksel teslim için yapılacak devir işlemleri yasal düzenlemeler veya piyasa regülasyonları yoluyla engellenebilir, bu tür durumlarda nakdi uzlaşma yöntemi popüler ve etkili bir yöntem olarak ortaya çıkmıştır¹⁵³.

Nakdi uzlaşma yönteminde, koruma alıcısı ile satıcısı arasında bir devir gerçekleştirilmemektedir. Referans varlıklar alıcı nezdinde kalmaya devam etmekte ve referans varlıkların rayiç değeri (*market value*) ile no-

¹⁴⁹ Kamuoyuna Açık Bilgi (*Publicly Available Information*) Bildirimi için bkz. <<https://www.isda.org/book/exhibits-to-2014-isda-credit-derivatives-definitions/>>

¹⁵⁰ Fiziksel uzlaşma yöntemine ilişkin daha fazla bilgi için bkz. ISDA Definitions Sec. 8. Scheiner (n 39) 54; Henderson (n 23) 33; Telesca (n 16) 9; Smith (n 49) 388; Apak and Uyar (n 8) 181; IOSCO Report (n 23) 3

¹⁵¹ Scheiner (n 39) 54; IOSCO Report (n 23) 14. Fiziksel teslim bildirimi için bkz. erişim için bkz. <<https://www.isda.org/book/exhibits-to-2014-isda-credit-derivatives-definitions/>>

¹⁵² Sözleşmede doğrudan bir varlığın belirlenmesi gerekmemektedir. Referans kuruluş tarafından ihraç edilen her türlü borcun referans varlık olduğunu taraflar kararlaştırabilir (Bomfim (n 16) 7).

¹⁵³ Nakdi uzlaşma yöntemine ilişkin usul için bkz. ISDA Definitions Sec. 7; Telesca (n 16) 9; IOSCO Report (n 23) 13 vd.

minal değeri arasındaki fark koruma satıcısı tarafından alıcıya ödenerek, kredi olayından kaynaklı riskin gerçekleşmesinden dolayı oluşan zarar ortadan kaldırılmaktadır¹⁵⁴.

Referans varlığın güncel değerinin belirlenmesi, CDS sözleşmesinin eki niteliğindeki confirmasyon (*Confirmation*) dokümanında taraflarca belirlen bir hesaplama görevlisi (*calculation agent*)¹⁵⁵ tarafından da gerçekleştirilebilir¹⁵⁶.

Nakdi uzlaşmada koruma satıcısı tarafın koruma alıcısı tarafa ödeyeceği meblağın kapsamı konusunda farklı uygulamalar geliştirilmiştir. Bu uygulamalardan bazıları, tarafların aralarında kararlaştırabilecekleri üzere, koruma satıcısı tarafın koruma alıcısı tarafa sadece fiyat değişikliğini nakit olarak ödemesi (nakdi uzlaşma); koruma alıcısı tarafın satıcıya referans varlıkları işlem tarihinde kabul edilen nominal değer üzerinden teslim ederek, nominal değeri satıcıdan alması (fiziki teslim); koruma satıcısı tarafın koruma alıcısı tarafa sözleşmenin kuruluşunda kararlaştırdıkları sabit bir meblağı ödemesi (sabit ödeme); koruma satıcısı tarafın koruma alıcısı tarafa nominal değeri ödemesi ve bunun karşılığında koruma alıcısı tarafın da referans varlık ihraççısından aldığı gerçek ödemeyi satıcıya ödemesi (gerçek tahsilat ödemesi) şeklindedir¹⁵⁷.

Son dönemde nakdi uzlaşma yöntemine ek olarak ortaya çıkan ve koruma satıcısı lehine de sonuç doğuran bir yöntem olarak ISDA tarafından 2009 yılında ihale yöntemi (*the credit event auction*) oluşturulmuştur. Kredi olayının gerçekleşmesi sonrası, piyasada referans varlığın likiditesi kalmayacağı için bu varlığın rayiç değerini tam olarak belirlemek ve fiziksel teslim yönteminde teslim etmek için koruma alıcısının piyasadan referans varlık (Örn. tahvil) bulması her zaman mümkün değildir. Uygulamada genellikle CDS sözleşmesi konusu referans varlığın rayiç değeri kredi olayını izleyen otuz gün içerisinde belirlenmektedir¹⁵⁸. Bu durumdan kaynaklı olarak bu kıymetlerin olabilecek en yüksek bedelden satılmasını sağ-

¹⁵⁴ Scheiner (n 39) 54; IOSCO Report (n 23) 3. Kredi riski gerçekleşmesi durumunda referans varlık değerleri ciddi değer kaybedecektir. (Apak and Uyar (n 8) 181).

¹⁵⁵ Hesaplama yetkilisi (Calculation agent), sözleşmede kendine verilen görevler çerçevesinde kredi olayının tespiti, rayiç bedel tespiti ve diğer tespit görevlerini yerine getiren bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişidir (ISDA Definitions Sec. 1.5).

¹⁵⁶ Wurz (n 16) 26; Henderson (n 23) 34

¹⁵⁷ Turguttopbaş (n 16) 39

¹⁵⁸ Apak and Uyar (n 8) 181

lamak üzere ihale yöntemleri geliştirilmiştir¹⁵⁹. Bu sistemde piyasa değeri en iyi biçimde belirleneceği için bir hesaplama görevlisi bulundurulmasına gerek bulunmamaktadır. Kredi olayı neticesinde, koruma alıcısı tarafın elindeki tahviller uzman bir kuruluş tarafından (Örn. *ISDA Credit Derivatives Determinations Committees*) açık arttırma yöntemiyle satılır ve ortaya çıkan değer nominal değerle olan farkı koruma satıcısı tarafından alıcıya ödenerek nakdi uzlaşma tamamlanır¹⁶⁰.

b) Tarafların anlaşması

Tezgâhüstü sözleşmelerde tarafların aralarında yapacakları bir ikale anlaşması ile CDS sözleşmesini ileriye dönük etki doğuracak şekilde ortadan kaldıracabilmelerine bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz.

c) Koruma süresinin dolması

CDS sözleşmeleri başka bir açıdan bakıldığında belirli bir süre için koruma alıcısı tarafa, CDS sözleşmesi konusu referans varlığın ödenmesinin gerçekleştirilmemesinden kaynaklı koruma sağlamaktadır. Taraflarca CDS sözleşmesinde kararlaştırılan koruma süresinin bitmesi ile birlikte, referans varlık durumundan bağımsız olarak sözleşme sona erer ve tarafların karşılıklı yükümlülükleri ortadan kalkar.

II-Kredi Temerrüt Swaplarının Hukuki Niteliği

Kredi temerrüt swapları, müstakil bağımsız bir sözleşme türü olarak düzenlenmediği için türev sözleşmeler içerisinde genel bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Bu nedenle CDS sözleşmelerinin hukuki niteliği ve hukuki

¹⁵⁹ İhaleye ilişkin usul için bkz ISDA Definitions Sec. 6. Fiziksel teslim neticesinde, kredi olayının konusu varlığın piyasaya girecek olması sebebiyle piyasa hareketleri oluşmaktadır. Bu durumun piyasada satış baskısı oluşturmaması, piyasalar açısından istenmemekte olduğundan açık arttırma yöntemi tercih edilmektedir.

¹⁶⁰ IOSCO Report (n 23) 12; ISDA tarafından 2009 yılında oluşturulan Credit Derivatives Determinations Committees (ISDA Definitions Sec. 1.6.), merkezi karşı taraf, koruma alıcısı ve koruma satıcısı taraflar ile oluşturulan komitelerdir. Bu komiteler CDS sözleşmelerinde meydana gelen ihtilaflı durumlarda, piyasa teamülleri uyarınca kuralları uygulamak, kredi olayının gerçekleştiğinin ve ikincil referans kuruluşların tespiti konusunda karar vermektedir. Bu komite, aynı zamanda kredi olayının gerçekleştirilmesi neticesinde açık arttırma yapıp yapılmayacağı konusunu tespit etmektedir. Bu komiteler, yine ISDA tarafından oluşturulan Determinations Committees Rules (ISDA Definitions Sec. 1.7.), kuralları çerçevesinde süreç yürütürler. Komitelere ilişkin daha fazla bilgi için bkz. <<https://www.cdsdeterminationscommittees.org/>>

düzenlemelerdeki konumunu tespit etmek için öncelikle CDS sözleşmelerinin özelliklerini ve tarafların yükümlülüklerini incelemek gerekmektedir.

a. Kredi Temerrüt Swaplarının Özellikleri

CDS sözleşmesi, koruma alıcısı ve koruma satıcısı arasında sözleşme serbestisi çerçevesinde kurulan ve tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Taraflar irade serbestisi içerisinde, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadan rızai olarak CDS sözleşmesi kurabilmektedir.

CDS sözleşmesi, koruma satıcısının sağladığı korumanın belirli bir zaman dilimi için geçerli olması itibarıyla belirli süreli bir sözleşmedir. Diğer yandan bir tarafın düzenli olarak prim ödemesi, diğer tarafın da bu prim karşılığında koruma süresi boyunca bir koruma temin etmesi değerlendirildiğinde bu sözleşme sürekli edimli sözleşme olarak değerlendirilebilir¹⁶¹. Taraflar arasındaki prim ve ödenecek meblağ ilişkisinin bir karşılık ihtiva etmesi sebebiyle CDS sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmelidir¹⁶².

b. Kredi Temerrüt Swaplarında Tarafların Yükümlülükleri

CDS sözleşmesinde koruma alıcısının yükümlülüğü; tarafların kararlaştırdıkları şekilde prim ödeme borcunu yerine getirmek ve taraflarca fiziksel teslim kararlaştırıldığı takdirde elinde bulundurduğu referans varlıkları satıcıya devretmektir. Koruma alıcısının kredi olayının gerçekleştiğini satıcıya bildirmesinin bir külfet olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz¹⁶³. Nitekim, koruma alıcısı bildirimde bulunmadığı takdirde, koruma satıcısından ödeme talep etme hakkı ortaya çıkmayacaktır. Koruma alıcısının başlıca yükümlülüğünü teşkil eden prim ödeme yükümlülüğü; genellikle periyodik bir ödeme sistemine tâbi olduğundan, koruma alıcısı tarafın dönemli (periyodik) edim yükümlülüğüne tâbi olduğu ileri sürülebilir¹⁶⁴.

¹⁶¹ Sürekli edimler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Bası, Yetkin Yayınları 2019) 17; Kocayusufoğlu (n 14) 37

¹⁶² Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için bkz. Kocayusufoğlu (n 14) 98; Eren, ‘Özel Hükümler’ (n 161) 17

¹⁶³ Külfet kavramı, hukuk düzeninde bir kişiye yükümlülük olarak yüklenen davranışı ifade etmektedir. Yükümlü taraf, bu davranışı yerine getirmediği takdirde, elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanmaz ya da kaybeder. Daha fazla bilgi için bkz. Kocayusufoğlu (n 14) 31; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24 Bası, Yetkin Yayınları 2019) 45

¹⁶⁴ Dönemli edim yükümlülüğü için bkz. Eren ‘Özel Hükümler’ (n 161) 16; Kocayusufoğlu (n 14) 38

Taraflar aralarındaki sözleşmeye bağlı olarak CDS prim ödemesini peşin olarak da yapabilir. Alıcının prim ödeme borcunun kredi olayının gerçekleşmesi ile sona ermesi ele alındığında, bu açıdan da kredi olayının gerçekleşmesinin prim ödeme borcu açısından bozucu şart niteliği taşıdığı kabul edilebilir¹⁶⁵. Bozucu şart niteliğindeki kredi olayının gerçekleşmesi ile birlikte, bu ana kadar geçerliliğini sürdüren CDS sözleşmesi ileriye dönük olarak sona erecek, ödenen primler koruma satıcısının uhdesinde kalacaktır.

CDS sözleşmesinde koruma satıcısının başlıca yükümlülüğü, kredi olayı gerçekleştiği takdirde alıcıya kararlaştırılan ödemeyi yapma borcudur. Satıcı tarafın yükümlülüğü, kredi olayının gerçekleşmesi ile doğmaktadır. Bu durumdan hareketle koruma satıcısı tarafın alıcıya ödeme yükümlülüğünün ani edimli bir yükümlülük olduğundan söz edilebilir¹⁶⁶.

c. Kredi Temerrüt Swaplarının Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

CDS sözleşmeleri, sözleşme yapısı itibarıyla farklı sözleşmelerle yakınlık taşımaktadır. Uluslararası literatürde CDS sözleşmelerinin kumar ve bahis sözleşmesi, garanti sözleşmesi, menkul kıymetler, türev sözleşmeler ve sigorta sözleşmesi gibi hukuki kurumlar ile benzerlikleri zamanla tartışılmıştır.

i. Bahis Sözleşmesi

Kumar ve bahis konusu, türev sözleşmeler için her zaman bir handikap teşkil etmiştir. Nitekim bahis ve kumar, hukukta eksik borç olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷. Bir sözleşmenin bahis olarak sınıflandırılabilmesi için, sözleşmenin iki tarafının birbirine zıt iddialar ileri sürmesi ve gerçekleşen olgu neticesinde kaybeden tarafın kazanan karşısında bir edim yü-

¹⁶⁵ TBK m. 173’de düzenlenen bozucu şart, geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin sonuçlarının ortadan kalkması, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine tabi kılınmış ise söz konusu olmaktadır. Bozucu şarta bağlı hukuki işlemlerde, şartın gerçekleşmesi ile sözleşme, hüküm ve sonuçları şartın gerçekleştiği andan itibaren ileri doğru geçerli olmak üzere sona ermektedir (Eren (n 163) 1313 vd.).

¹⁶⁶ Bu noktada TBK m. 170 anlamında kredi olayının koruma alıcısının ödeme talebi açısından geciktirici şart teşkil edip etmediği hususunda, kredi olayının gerçekleşmesi ile yeni bir sözleşme doğmamakta, bu olaya kadar geçerli olan sözleşme sona ermektedir. Bundan hareketle, geciktirici şart olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

¹⁶⁷ Howell (n 16) 338; Kırca (n 11) 243 vd. İngiliz hukukunda bir işleme iki tarafın spekülasyon için girdiği haller kumar olarak nitelendirilmekteydi. 2005 yılında yürürlüğe giren Gambling Act ile bir sözleşmenin kumarla ilgili olması, onun uygulanmasını engellenemeyeceği hükmüne yer verilmiştir (Howell (n 16) 338).

kümlülüğü altına girmesi gerekmektedir¹⁶⁸. CDS sözleşmeleri, tarafların karşılıklı edimlerinin kredi olayına bağlı olması itibariyle tesadüf içeren ve taraflar arasındaki edimlerin asimetri içerisinde olması neticesinde risk ihtiva eden sözleşmelerdir. CDS sözleşmeleri de bir kredi olayının gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak sonuç doğuran bir sözleşme teşkil etmesi itibariyle bahis sözleşmesine ciddi anlamda yakınsamaktadır. CDS sözleşmelerinin bu yapısı, bu işlemlerin diğer türev sözleşmelerin olduğu gibi kumar ve bahis itirazına konu olma ihtimallerini ortaya çıkarmaktadır.

CDS sözleşmelerinin temelindeki ilişki ele alındığında, bu ilişkinin borçlunun temerrüdü ya da belirlenen farklı nitelikteki kredi olayının gerçekleşmesi üzerine taraflar arasında bir tür bahis teşkil ettiği değerlendirilebilir¹⁶⁹. İki tarafın birbirine zıt iddiası, kendileri lehine sonuç doğurmaktadır. Bu noktada CDS sözleşmeleri bahis sözleşmelerinden ciddi farklılıklar arz eder. Bahis sözleşmesinde taraflar bir yarışma ve şans olgusu üzerinden hareket ederek kazanç elde etmektedirler. CDS sözleşmelerinde taraflar, risklere karşı korunma, pozisyon değişikliklerinden kazanç elde etme, spekülasyon ve arbitraj amacıyla hareket etmektedirler.

Spekülasyon saikiyle yapılan sözleşmelerin kumar ve bahis itirazına konu olabilecekleri ileri sürülebilmekle birlikte pek çok hukuk sisteminde finansal araçların cazibesi karşısında türev sözleşmeleri kumar ve bahis itirazından istisna kılan hükümlere yer verilmiştir¹⁷⁰. Alman Menkul Kıymet Ticareti Hakkındaki Kanunu'nun (*Wertpapierhandelsgesetz – WpHG*) 99/13. bölümünde finansal türev işlemlerle ilgili çok önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, finansal türev işlemlere, türevleri ve varantları içine alacak şekilde, taraflardan en azından birinin ticari olarak finansal türev işlemlerine giren bir teşebbüs olması ya da ticari olarak organize edilmiş ticari faaliyetler ile birlikte finansal türev araçları satın alan, satan veya aracılık eden bir taraf tarafından işlem gerçekleştirilmiş ise, bu işlemlere karşı Alman Medeni Kanunu'nun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) kumar ve bahise ilişkin 762. madde hükmünde düzenlenen itirazın ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür¹⁷¹.

Türk hukukunda kumar ve bahis borçlarını eksik borç olarak kabul eden TBK m. 604 vd. hükmünün ikinci maddesinde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakin fiyat farkı esası üzerine

¹⁶⁸ Kırca (n 11) 243; Ömer Faruk Şenol, Hukuki Açıdan Bankaların Tezgâhüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 51

¹⁶⁹ Juurikkala (n 31) 431

¹⁷⁰ Smith (n 49) 406

¹⁷¹ Kırca (n 11) 258 – 259

yapılan vadeli satışların kumar ve bahis niteliğinde olmaları halinde bu itiraza konu olabilecekleri yer almaktadır. Bu hüküm aksi ile kanıt yolu ile yorumlandığında vadeli satışların kumar ve bahis saiki ile yapılmadıkları takdirde kumar ve bahis itirazına konu olmayacakları ortaya konulmaktadır. Bu hükmün, borsalarda oluşturulan türev işlemlerin kumar ve bahis itirazına konu olmayacakları yönünde bir yorum içerdiği kanaatindeyiz. CDS sözleşmeleri gerek tezgâhüstü bir türev araç olmaları gerekse de vadeli satış unsuru içermemeleri ile bu hükmün yarattığı istisnaya tâbi değildir. Türev sözleşmelerin spekülasyon saikiyle yapıldığı durumlarda, türev sözleşmelerin kumar ve bahis itirazına maruz kalma ihtimaline karşı Türk hukukunda henüz bir çözüm yaratılamamıştır¹⁷². Türev sözleşmelerin kumar ve bahis itirazından ari tutulacağına ilişkin bir hüküm tesis edilmesi hukuki öngörülebilirlik ve ekonomi anlamında olumlu sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz¹⁷³.

ii. Garanti Sözleşmesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁷⁴ açıkça düzenlenmeyen bir sözleşme olarak garanti sözleşmesi garantörün, borçlunun yükümlülüğünü yerine getirilmesini garanti alana garanti ettiği bir şahsi teminat sözleşmesidir¹⁷⁵. Garanti sözleşmesinde garantör, borçlu tarafın ifa konusu yükümlülük teşkil eden ödemesi, davranışı ya da sonucu gerçekleştirmemesi halinde garanti alana tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir¹⁷⁶.

İngiltere'de ve ABD'de CDS sözleşmelerinin akreditife, üçüncü taraf garantisine, mali garanti sigortasına benzediği yönünde görüşler bu-

¹⁷² Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Şenol (n 168) 50 vd.

¹⁷³ Bu konuda Şenol, türev işlemlerin sermaye piyasası düzenlemelerinde düzenlenmiş olmasından hareketle hukuk düzenince tanındığını, kumar ve bahise konu olamayacaklarını ileri sürmektedir. Konuya ilişkin açık bir hükmün yer almaması, tezgâhüstü türev işlemlerin çok geniş bir çeşitliliğe sahip olması – bu durum kumar ve bahis içeren sözleşmelerin tezgâhüstü türev araç olarak kabul edilmesi ile bir kaçış yolu yaratacaktır – ve TBK m. 604'ün emredici hükmü karşısında bu düzenlenmenin kumar ve bahis itirazlarının ileri sürülmesi ihtimalini ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz.

¹⁷⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836

¹⁷⁵ Garanti sözleşmeleri, literatürde saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır (Eren, 'Özel Hükümler' (n 161) 766 vd.). CDS sözleşmelerinin temelinde bir borç ilişkisi bulunması itibariyle kefalet benzeri garanti sözleşmesine benzerlik taşıdığı kanaatindeyiz.

¹⁷⁶ ibid 767

lunmaktadır¹⁷⁷. CDS sözleşmelerini garanti sözleşmelerinden ayıran temel unsur, kredi olayının gerçekleşmesi akabinde koruma satıcısının ödediği meblağı referans kuruluşa rücu edememesidir. Diğer yandan bahsi geçen ilişkiler üç taraflı hukuki ilişkiler niteliğinde iken, CDS sözleşmeleri iki taraflı bir hukuki ilişki teşkil etmektedir. Referans kuruluş ile koruma satıcısı arasında herhangi bir ilişki bulunmamakta ve referans kuruluşun yükümlülükleri ile koruma satıcısının yükümlülükleri birbirinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır.

İngiliz hukuku kaynaklı bir sözleşme türü olan tazminat/tazmin sözleşmesinin (*Contract of Indemnity*), Türk hukukundaki zarar sözleşmesine karşılık geldiği değerlendirilmektedir¹⁷⁸. Tazminat sözleşmesinde, borçlu alacaklıya, belirli bir sonucun veya belirli bir olayın meydana gelmesinden zarar görmeyeceğini taahhüt etmekte, alacaklı bunun karşılığında bir prim ödemektedir. Tazminat sözleşmesi, sadece sözleşme konusu menfaate ilişkin olarak sigortalının uğradığı zararın tazmini için yapılır. Tazminatın tutarı da ortaya çıkan zararı aşamaz. Dolayısıyla sözleşmede zararı üstlenen, zarar gören karşı tarafın fiilen uğradığı maddi zararı tazmin eder. CDS sözleşmelerinde bilhassa çıplak CDS sözleşmelerinde, referans yükümlülüğünün yerine getirilmemesi neticesinde referans varlık alacaklısı nezdinde ortaya çıkan zarar ile CDS sözleşmesi konusu kavramsal anaparanın bir ilişkisi bulunmamaktadır¹⁷⁹.

iii. Menkul Kıymet

2000'li yıllara kadar, CDS sözleşmeleri alım satımına konu olan sözleşmeler olmaları nedeniyle dünyada ve Türkiye'de bu sözleşmelerin birer menkul kıymet olduğu değerlendirilmekteydi¹⁸⁰. ABD hukukunda CDS sözleşmelerini açıkça ele alan ilk ABD mevzuatı *Commodity Futures Modernization Act 2001* (Emtia Vadeli İşlemler Modernizasyon Yasası) dü-

¹⁷⁷ Juurikkala (n 31) 437; Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde garanti sözleşmeleri TBK m. 603 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesi hükümlerine tabidir. Bu durumdan hareketle, yazılı şekil şartı, eş rızası hükümleri de bu görüşün kabulü varsayımında tartışma konusu olacaktır.

¹⁷⁸ Göktuğ Burucuoğlu; 'Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Zıyaı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı' (2019) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 16 dp. 42; Serdar Acar, 'Kulüp Sigortası (P&I)' (2007) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 20, 25 vd.

¹⁷⁹ Bkz. dp. 43

¹⁸⁰ Naci Arıkan, Türev İşlemlerin Hukuki ve Vergisel Boyutu (Maliye Hesap Uzmanları Derneği 2000) 39 dp. 14'te zikredilen yazarlar.

zenlemesinde, CDS sözleşmeleri de dâhil olmak üzere swap sözleşmelerinin ABD federal menkul kıymet kanun düzenlemesi *The Securities Act of 1933* kapsamında menkul kıymet olmadığı belirtilmiştir¹⁸¹. Kanun aynı zamanda CDS sözleşmelerinin emtia türevleri olarak düzenlenmesini de kapsam dışı bırakmıştır¹⁸².

Türkiye’de türev sözleşmeleri menkul kıymet olarak nitelendiren bu yaklaşım, yeni kanunda türev sözleşmelerin ayrı olarak düzenlenmesi ile kesin olarak sona ermiştir. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun¹⁸³ m. 3(b) hükmünde sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları şeklinde ikili bir ayrım içerisinde kategorilere ayrılmaktaydı. Bu durum türev araçların menkul kıymetler içerisinde değerlendirilebilmesi ihtimalini doğurmaktaydı. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹⁸⁴ (SerPK) ile daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilerek bu durum ortadan kaldırılmıştır¹⁸⁵. Nitekim CDS sözleşmelerinin alım satıma konu olması kavramı, merkezi karşı taraf hizmeti çerçevesinde oluşmuş bir kullanımdır. Taraflar arasında emirlerin eşleşmesiyle, merkezi karşı taraf kuruluşu her iki taraf ile birbirine simetrik nitelikte iki ayrı sözleşme kurmaktadır. Taraflar merkezi karşı taraf kuruluşu ile kurdukları sözleşmedeki pozisyonlarını, sözleşmenin devri ile bir üçüncü kişiye devredebilmektedirler. Bu durumda sözleşme tarafları sözleşme primindeki değişiklikler üzerinden kâr sağlama amacını gütmektedirler. Her ne kadar literatürde CDS alıcısı – CDS satıcısı ifadelerine yer verilse de CDS sözleşmelerinde alım satıma konu olan bir varlık bulunmamaktadır. Bu nedenle CDS sözleşmelerinin menkul kıymetler gibi bir alım satım ögesi olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

iv. Türev Sözleşme

Türev sözleşmeler sınırsız çeşitlilik içeren kategorik bir sözleşme kategorisidir. Finansın ve hukukun kesişim alanında yer alan bu sözleşme-

¹⁸¹ Juurikkala (n 31) 436

¹⁸² ibid 436

¹⁸³ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 2499, Kabul Tarihi: 2.7.1981, RG 30.07.1981/17416

¹⁸⁴ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513

¹⁸⁵ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun m. 3(1)–ş bendinde sermaye piyasası araçlarının “Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını,” şeklinde tanımlanmasıyla türev araçları ayrı bir kategori olarak tanımlamıştır.

lerin, türev piyasalara ilişkin uygulanacak regülasyonlara tâbi kılınması için türev sözleşme olarak nitelendirilmesi popüler bir uygulamadır. Ancak türev sözleşmelerin farklı türleri, hukuki nitelik açısından isimli sözleşmeler içinde farklı sözleşmelerin hükümlerine tâbi olabilir.

Öncelikle kredi temerrüt swaplarının bir swap sözleşmesi teşkil edip etmediği değerlendirilmelidir. Swap sözleşmeleri, anapara ve kredi üzerine kurulmaları açısından iki ayrı swap türü olarak ele alınmaktadır¹⁸⁶. Nitekim bu iki tür hukuki niteliğini de kapsayacak şekilde ciddi farklar arz etmektedir. Kredi türevleri, swap sözleşmelerinden ayrı olarak düzenlendiklerinden kategorik olarak bu sözleşmeleri bir swap türü olarak kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca swap sözleşmelerini, tarafların belirli değerleri belirli bir süre için özel bir formülle karşılıklı değişimi üzerinden yaptıkları bir sözleşme olarak ele aldığımızda CDS sözleşmelerinde tarafların karşılıklı bir değişim içinde bulunduklarını söylemek de çok mümkün görünmemektedir¹⁸⁷. CDS sözleşmelerinde swap sözleşmelerinden farklı olarak, taraflar arasında karşılıklı nakit akışı bulunmamakta ve taraflardan birinin temerrüt hali içinde bulunması da söz konusu değildir. CDS sözleşmelerinde bir taraf prim ödemesi yaparken diğer taraf kredi olayının gerçekleşmesi halinde ödeme yapmayı kabul etmektedir. Bu asimetrik edim yapısı ile CDS sözleşmeleri risklerin yönetilmesi açısından bir benzerlik taşısa da karşılıklı bir değişimin bulunmaması düzenlemelerde yer alan swap tanımlarından ve tâbi olduğu hukuki nitelikten kesin olarak ayrılmaktadır¹⁸⁸.

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere CDS sözleşmelerin referans varlığın hareketlerine dayanması ve referans varlığın teslimi olmadan ileri bir tarih için ödemelerin gerçekleştirilmesi itibarıyla kategorik anlamda bir türev sözleşme teşkil ettiği hususu tartışmasızdır¹⁸⁹. CDS sözleşmelerin ve diğer türev araçların regülasyonu ile temel görünüm, bu sözleşmelerin niteliği ve tarafların yükümlülüklerinin oldukça sınırlı düzeyde ele alınmasıdır. Türev sözleşmeler, finansal anlamda bir sözleşme kategorisi olmalarına ve piyasa düzenlemelerinde bu şekilde yer almalarına karşın, hukuki niteliği açısından bağımsız bir sözleşme kategorisi arz etmemekte-

¹⁸⁶ Swap sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. Keskin (n 6) 162 vd.

¹⁸⁷ Aynı görüşte Juurikkala (n 31) 453 – 454

¹⁸⁸ Para swaplarının hukuki niteliği satım sözleşmesi ile tüketim öduncü sözleşmesi özellikleri ile karma sözleşme niteliği taşıyan iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme, faiz swapları ise sui generis bir sözleşme türü olarak nitelendirilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Saruhan (n 7) 30 vd.

¹⁸⁹ Bkz. dipnot 25 ve ilgili metin.

dirler. Bu sözleşmelerde yer alan edimlere uygulanacak hükümlerin ve tarafların yükümlülüklerinin açıkça belirli olmaması sebebiyle bu sözleşmelerin hukuki nitelikleri belirsizlik arz etmektedir. Bu durumdan hareketle CDS sözleşmelerin kategorik olarak bir türev sözleşme olarak nitelendirilebileceği ama CDS sözleşmelerin hukuki niteliği açısından yalnızca bir türev sözleşme türü olduğu şeklindeki bir nitelendirmenin hukuki açıdan verimli olmayacağı kanaatindeyiz.

v. Sigorta Sözleşmesi

Sigorta sözleşmeleri, finans ile hukukun kesişim alanlarından biri olarak oldukça geniş bir düzenleme çerçevesine sahiptir¹⁹⁰. CDS sözleşmelerle ilgili uluslararası literatürdeki yıllara sâri popüler tartışma bu sözleşmelerin bir sigorta sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı hususudur. CDS işlemlerinin yürütüldüğü piyasaların işlem hacminin büyüklüğü ve piyasa oyuncularının (bankalar, hedge (korunma) fonları, büyük şirketler ve sigorta şirketleri) etkinliği göz önüne alındığında olayın hukuki boyutu pek dikkate alınmamaktadır¹⁹¹. Özellikle bu sözleşmelere sigorta hukuku hükümlerinin uygulanması ihtimali, piyasa oyuncuları için pek çok ekstra yükümlülük ortaya çıkaracağından bu sözleşmelerin türev araçlar içinde değerlendirilmesi yönündeki eğilim finans sektörü için pragmatik bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹².

CDS sözleşmelerini sigorta olarak kabul eden ve genelde sigorta hukukçularının içinde bulunduğu yaklaşım, CDS sözleşmelerini temerrüde karşı koruma sağlayan ve çeşitli piyasa katılımcıları tarafından yaygın olarak kullanılan basit sigorta sözleşmesi, özel olarak da kredi sigortası olarak ele almaktadır¹⁹³.

CDS sözleşmelerinin sigorta niteliği taşımadığını savunan yaklaşıma göre, sigorta sözleşmesinde sözleşme konusu malvarlığı sigorta alıcısının mülkiyetindedir. CDS sözleşmelerinde dayanak varlığın mülkiyetinin koruma alıcısında olmasına gerek bulunmamaktadır¹⁹⁴. Bu yaklaşım, CDS sözleşmeleri kredi işlemine yakın kabul etmekte ve CDS sözleşmesini ismi üzerinde bir swap olarak türev araçlar içinde değerlendirmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Sigortanın Avrupa hukukunda gelişimi için bkz. Cousy (n 5) 227 vd.

¹⁹¹ Cousy (n 5) 230

¹⁹² Howell (n 16) 321

¹⁹³ Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 17; Cousy (n 5) 229

¹⁹⁴ Juurikkala (n 31) 448; Hull (n 5) 574

¹⁹⁵ Smith (n 49) 389, 405; Juurikkala (n 31) 435, 448 – 449; Howell (n 16) 336

CDS sözleşmeleri ile sigorta sözleşmeleri benzerlik taşımakla birlikte, iki kurum arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır.

- CDS sözleşmeleri, sigorta işleminden farklı olarak CDS sözleşmeleri piyasada alım – satıma (sözleşmenin devri ile) konu olabilmektedir¹⁹⁶.

- Kredi sigortalarının sağladığı koruma yalnızca borcun geri ödenmemesi unsuruna bağlıdır. CDS sözleşmelerinde kredi olayı kavramı borcun ödenmemesi dışında; yeniden yapılandırma, iflâs ve belirlenecek diğer çeşitlerle genişletilebilir¹⁹⁷.

- Sigortacılık faaliyeti, kendine özgü mevzuatı olan, izinle yürütülebilen ve sözleşme kuruluşunda aydınlatma faaliyetleri içeren ve belirli kısıtlara tâbi bir faaliyet alanıdır¹⁹⁸. Buna karşın tezgâhüstü türev sözleşmeler piyasada tarafların serbestçe gerçekleştirebileceği ve tarafların merkezi karşı taraf hizmeti, raporlama, bildirim gibi farklı yönden kısıtlamalara tâbi olduğu sözleşmelerdir.

- Sigortada, sigorta konusunun poliçe sahibinin aleyhine gerçekleşecek bir olay olması gerektiği hususu çıplak CDS sözleşmelerinde geçerli değildir¹⁹⁹. Nitekim çıplak CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı tarafın borcun ödenmemesinden kaynaklı olarak bir zararı bulunmamaktadır. CDS sözleşmelerini sigorta sözleşmelerinden ayıran temel unsur koruma alıcısı tarafın CDS sözleşmesinin konusu referans varlığa sahip olmasına gerek olmamasıdır²⁰⁰. Diğer yandan, sigorta sözleşmeleri, sözleşmenin bitiminde sigortalı tarafın, sigorta konusuna karşı uğradığı zararlara ilişkin talepte herhangi bir menfaati yoksa geçersizdir²⁰¹. Bir işlemin bir sigorta işlemi olarak kabul edilmesi için sigortalının sigortalanabilir bir menfaati bulunması gerekmektedir²⁰². Çıplak CDS sözleşmelerinde koruma alıcısının sigortalanabilir bir menfaatinin bulunmaması, bu durumu sigorta kapsamının dışına çıkarmaktadır²⁰³. CDS sözleşmeleri sigorta sözleşmelerinden farklı olarak spekülâtif amaçlarla da kurulabilir²⁰⁴.

¹⁹⁶ Turguttopbaş (n 16) 38; Apak and Uyar (n 8) 184

¹⁹⁷ Cousy (n 5) 233; Scheiner (n 39) 53

¹⁹⁸ Smith (n 49) 393; Juurikkala (n 31) 444; Cousy (n 5) 234

¹⁹⁹ Juurikkala (n 31) 444

²⁰⁰ Scheiner (n 39) 53

²⁰¹ Telesca (n 16) 21; Juurikkala (n 31) 455; Cousy (n 5) 241; Sigortalanabilir menfaatin gerekli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Smith (n 49) 406.

²⁰² İngiliz hukukunda, sigortalanabilir menfaatin bulunması bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir (Cousy (n 5) 234).

²⁰³ Murdock (n 43) 136

²⁰⁴ Smith (n 49) 393; Telesca (n 16) 21

CDS sözleşmelerin bir sigorta teşkil edip etmediği yönündeki tartışmanın genişlemesi ve yargı alanları arasındaki farklılıklar oluşması neticesinde, 1997 yılında ISDA bu alanda çalışan İngiliz hukukçu *Robin Potts QC*'den bir görüş talep etmiştir. Literatürde *Pott Görüşü* olarak bilinen ve Avrupa, Birleşik Krallık ile ABD'de CDS sözleşmelerine ilişkin değerlendirmeleri etkileyen bu görüşte²⁰⁵, CDS sözleşmesinin alacaklı açısından sigortalanabilir bir menfaati korumayı amaçlayan bir sözleşme olmadığı ve tarafların bu sözleşmeden doğan haklarının herhangi bir sigortalanabilir menfaatin varlığına bağlı olmadığından hareketle kredi temerrüt swaplarının İngiliz hukukuna göre sigorta olmadığı yönünde görüş oluşturulmuştur²⁰⁶.

Diğer ülke örneklerinde de benzer şekilde piyasa lobilerinin çalışmaları neticesinde, CDS sözleşmelerin sigorta olarak kabul edilmesi finansal kuruluşlar açısından hukuki bir risk teşkil etmiş ve yürütülen faaliyetler neticesinde CDS sözleşmeleri türev sözleşmeler içerisinde kabul edilerek hem bahisten doğabilecek itirazlardan arı kılınmış hem de CDS sözleşmeleri ile sigorta düzenlemeleri arasına sınır konularak pragmatik bir çözüm elde edilmiştir.

Literatürde CDS sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. CDS sözleşmeleri sadece sigorta sözleşmeleri ve türev sözleşmeler arasındaki eksene özgülemek, genel türev araçlar kategorisi içerisinde tanımlayarak bu araçları bir swap ya da türev sözleşme olarak nitelendirilmek ya da doğrudan isimsiz sözleşmeler kapsamında *sui generis* nitelikte bir sözleşme olarak nitelendirmek bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi noktasında verimli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durum sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda bir belirleme ve yorumlama yapmaktan uzak olduğundan, bu tür genel bir tanımlamanın yeterli olmadığı kanısındayız. Türev sözleşmelerin sınırsız çeşitliliği karşısında, kazuistik bir çözümle her bir türev sözleşme için isimli bir düzenlemeye yer verilmesini beklemek gerçekçi görünmemektedir. Kanaatimizce CDS sözleşmeleri, bir sigorta sözleşmesi benzeri olarak değerlendirilebilmekle birlikte, sigorta sözleşmesinin bazı hükümlerinin uygulanabilir olmadığı göz önüne alındığında sigorta sözleşmesinden ayrılmaktadır. Bu durumda finansal bir türev sözleşme türü olan CDS sözleşmeleri için ilgili pozitif hukukun kıyasen uygulanacak hükümlerinin tespiti noktasında üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşmesi ve sigorta

²⁰⁵ Smith (n 49) 389, 405; Juurikkala (n 31) 435, 448 – 449; Howell (n 16) 336

²⁰⁶ Bu konudaki farklı görüşler ve gelişmeler için bkz. Juurikkala (n 31) 449.

sözleşmesi hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

III- Kredi Temerrüt Swaplarının Tâbi Olduğu Hukuki Düzenlemeler

a. Karşılaştırmalı Hukukta Kredi Temerrüt Swapları

2008 Krizi sonrası oluşturulan yatırımcıların ve piyasa işleyişlerinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, türev araçlara ilişkin ayrıntılı düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler yatırımcıları aydınlatma, zorunlu merkezi karşı taraf uygulamaları ve teminata ilişkin yükümlülükleri içermektedir²⁰⁷.

ABD’de 2010 yılında kabul edilen oldukça kapsamlı Dodd – Frank Act düzenlemesi²⁰⁸, Avrupa Ekonomik Alanı’nda (EEA) Mart 2013’te yasalaşan EMIR düzenlemeleri ve 2014 yılında yürürlüğe giren MiFID II Direktifi düzenlemeleri diğer hukuk alanlarını etkilemektedir. Bu piyasa düzenlemelerine ek olarak bankacılık rasyoları açısından önem taşımakla birlikte BIS nezdinde oluşturulan Basel III kriterlerinin getirdiği kısıtlar da bilhassa bankacılık sektöründe yürütülen CDS sözleşmeleri için büyük önem taşımaktadır²⁰⁹.

Alman hukukunda türev işlemlerin ticaretine ilişkin hükümlere yer verilen ve 1994 yılında yürürlüğe giren WpHG’nin tanımlar başlıklı 2. bölümünün 3. fıkrasında yer alan türev işlemler kategorileri arasında kredi türevleri yer almaktadır (Bent 4). Bu düzenlemede kredi türevleri, “*Kredi risklerinin transferine hizmet etmek üzere, ifanın taraflarca ertelendiği; alım, takas, vadeli işlem ya da opsiyon şeklinde tasarlanmış diğer işlemler (kredi türevleri)*” olarak tanımlanmıştır²¹⁰.

²⁰⁷ Juurikkala (n 31) 481; Siswantoyo and Karri (n 39) 22; Johnson (n 26) 235

²⁰⁸ Siswantoyo and Karri (n 39) 35; Dodd – Frank düzenlemesinin CDS sözleşmelere üç temel etkisi olmuştur, bunların ilki bankaların riskli faaliyetlere katılmalarını çeşitli yönlerden yasaklayan Volcker Kuralının uygulamaya konması, CDS işlemlerinin merkezi karşı taraf hizmetine tabi kılınması ve belirli olmayan tek bir referans varlıktan oluşan CDS sözleşmelerin kısıtlanması hususlarıdır (Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 183; Johnson (n 26) 234).

²⁰⁹ Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 176; G20’nin 2010 Seul’deki zirvesinde kararlaştırıldığı üzere, Basel III düzenlemesinde CDS sözleşmelerinde yer alan ve bankalarca kullanılan bazı boşluklar ortadan kaldırılmıştır (Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 183; IOSCO Report (n 23) 2, 30 vd.).

²¹⁰ Aynı tanım Alman Bankacılık Kanunu (Kreditwesengesetz – KWG) düzenlemesinin 1. bölümünün 11. fıkrasında yer almaktadır.

ABD’de CDS sözleşmelerinin tam bir belirliliğe kavuşması Dodd – Frank Act düzenlemesine dayanır. Türev piyasalara ilişkin kuralları belirleyen temel mevzuat olan *Commodity Exchange Act 1936* (CEA)²¹¹ düzenlemesinde CDS sözleşmeleri swapların bir türü olarak ele alınmaktadır. 2000 yılında yürürlüğe konulan *Commodity Futures Modernization Act 2000* düzenlemesinde tezgâhüstü swaplar genel olarak düzenlenmekteydi. Dodd – Frank Act düzenlemesinde CDS sözleşmelerinin tanımlanmamasına karşın, işlem yapan tarafların korunması amacına yönelik hükümler bulunmaktadır. ABD’de Dodd – Frank Act düzenlemesi, CDS sözleşmelerini sigorta nitelendirilmesinden hariç tutan ve CDS sözleşmelerini zorunlu merkezi karşı taraf (*central counterparty*) uygulamasına tâbi kılan hükümlere yer vermiştir²¹². Dodd – Frank Act’ın swapların hukuki niteliğine ilişkin en önemli maddesi bu düzenleme ile CEA düzenlemesinin 12. maddesine eklenen, swapların sigorta olarak değerlendirilemeyeceği ve herhangi bir eyalet hukukunda sigorta sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğini belirten 722. maddesidir. Aynı düzenlemenin 767. maddesinde menkul kıymetler üzerine kurulan swapların (*security-based swap*) federe eyaletlerin iç hukukunda sigorta sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği yer almaktadır²¹³. Amerika’da Dodd – Frank Act’a kadar tezgâhüstü piyasalara ilişkin bir kayıt bilgilendirme yükümlülükleri bulunmamaktaydı²¹⁴. Bu düzenleme ile CDS sözleşmelerinin özel olarak kayıt yükümlülüğüne tâbi kılınmasının gerekçesi olarak, CDS piyasalarında nitelikli büyük yatırımcıların yer alması sebebiyle 2008 Krizinde yaşandığı gibi sistemik risk etkisi taşımaları gösterilmektedir²¹⁵.

Avrupa Birliği hukukunda *Capital Requirement Regulation* (CRR) olarak da bilinen 26 Haziran 2013 tarihli 575/2013 sayılı AB Tüzüğü²¹⁶

²¹¹ CDS sözleşmeleri, CEA düzenlemesinde bir swap türü olarak yer almaktadır (m. 1a (47)).

²¹² Juurikkala (n 31) 440; Johnson (n 26) 173

²¹³ Kredi türevlerinin sigorta teşkil edip etmediğine ilişkin olarak ABD Hukukundaki gelişim ve tartışmalar için bkz. Juurikkala (n 31) 461.

²¹⁴ Johnson (n 26) 172

²¹⁵ Nitekim CDS piyasasındaki işlem hacimleri ve oluşturdukları riskler finansal sistem için bir sistemik risk arz etmektedir (Augustin, Subrahmanyam, Tang and Wang (n 37) 183; Murdock (n 43) 135). Kamuoyunda “London Whale” olayı olarak bilinen ve JP Morgan çalışanı Bruno Iksil’in JP Morgan’ı 2.6 milyar USD zarara uğratmasına sebep olan olaylar neticesinde bankaların bu işlemlerinden kaynaklı olarak daha fazla sermaye gereklilikleri içeren Basel 2.5 Sermaye Düzenlemesi olarak adlandırılan güncellemeler oluşturulmuştur (Murdock (n 43) 139).

575/2013 sayılı AB Tüzüğü <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0575>>

düzenlemesi genel olarak kredi türevlerini düzenleyen en kapsamlı düzenlemedir. Bu düzenlemede kredi türevlerin unsurlarını tanımlarına yer verilmekle birlikte, 204. maddede kredi türevlerinin özel türleri arasında CDS sözleşmeler yer almaktadır. Bu düzenlemede kredi türevlerinde geçerli olan kredi olayları ayrıntılı tanımlanmaktadır (m. 216)²¹⁷. Düzenlemeye göre taraflar kredi olayı sonrası nakdi uzlaşma durumunda zararın tespiti için yeterli ve etkin bir değerlendirme süreci yürütmelidirler (m. 216/b). Fiziksel teslim durumunda, koruma satıcısının referans yükümlülüğü kendisine transferini önleyici bir hükmün sözleşmede bulunmaması gerekmektedir (m. 216/c). Kredi olayının gerçekleştiğinin tespitini yapacak taraflar açıkça belirlenmiş olmalıdır (m. 216/d). Sözleşmede kredi olayının tespitini yalnızca koruma satıcısının sorumluluğuna bırakan hükümlere yer verilemez (m. 216/e).

Avrupa Birliğinin OTC türevler için temel düzenlemeleri olan MiFID II Direktifi²¹⁸ ve EMIR düzenlemesinde CDS sözleşmelere ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır²¹⁹. EMIR düzenlemesinin 4. maddesinde tezgâhüstü türev araçlar için işlemlerin zorunlu merkezi takas yükümlülüğüne yer verilmiştir. Düzenlemenin ikinci bölümünde tezgâhüstü türev araçlar için riskin azaltılması ve yetkili kuruluş olarak belirlenen *European Securities and Markets Authority*'ya (ESMA) raporlama yükümlülüklerine yer verilmiştir (m. 4 vd.). AB'nin 2008 Krizi sonrası müdahaleleri yansıtan ve 1 Kasım 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 236/2012 sayılı *Açığa Satış ve Kredi Temerrüt Takaslarının Bazı Görünümlerine İlişkin Tüzük*²²⁰ düzenlemesinde kredi temerrüt swapları, bir referans kuruluşla ilgili bir kredi olayı veya benzer nitelikte bir türev

²¹⁷ Hükümde yer alan kredi olayları; dayanak yükümlülüğün şartları uyarınca vadesi gelen tutarların ifa edilmemesi; iflâs, ödemeden acz, borçlunun borçlarını ödeyebilecek duruma olmaması veya borçlarını vadesi geldiğinde ödeyemediğini yazılı olarak kabul etmesi ve benzeri olaylar; anapara, faiz ve diğer getirilerinin ertelenmesi ya da borçtan feragat edilmesi amacıyla referans yükümlülüğün yeniden yapılandırılmasını ortaya çıkaran olayları şeklindedir.

²¹⁸ Düzenlemenin son bölümünde finansal enstrümanlar arasında ve "kredi transferi için kullanılan türev araçlar" (Section c (8)) yer almaktadır

²¹⁹ Juurikkala (n 31) 440; EMIR düzenlemesi olarak bilinen 648/2012 sayılı AB Tüzüğü <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0648>>. 15 Mart 2013'te yasalaşan EMIR düzenlemesi, 2008 Krizinin etkileri neticesinde sistemik risklerin önlenmesi amacıyla tezgâhüstü türev araçlarını, merkez karşı taraf kuruluşlarını, takas odalarını ve raporlama sorumluluklarını düzenleyen bir düzenlenmedir.

²²⁰ Regulation (EU) No 236/2012 of The European Parliament and of the Council of 14 March 2012 on Short Selling and Certain Aspects of Credit Default Swaps <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0236>>

sözleşmeye ilişkin diğer herhangi bir ödenmeme durumuna ilişkin olarak bir ödeme ya da başka bir kazanç karşılığı için ücret ödediği bir türev sözleşme olarak tanımlamaktadır (m. 2(1) – c). Bu düzenlemede, kamu (*sovereign*) tarafından ihraç edilen CDS sözleşmeleri²²¹ (m. 2(1) – e) bu düzenlemenin 4. ve 14. maddelerinde, bir gerçek veya tüzel kişinin kamu ihraççıları tarafından çıkarılan borçlanma araçlarına ilişkin kredi temerrüt takası işlemlerine, teminatsız bir pozisyona yol açmadığı takdirde girebileceği düzenlenmiştir²²². Bu Tüzük ile, kamu ihraççıları²²³ tarafından çıkarılan kıymetler üzerinde teminat olmadan pozisyon açılmasına izin verilmemektedir²²⁴. Dodd – Frank Act düzenlemesine benzer şekilde yapılan işlemlerin bildirilmesine ilişkin yükümlülükler de yer almaktadır²²⁵.

²²¹ Sovereign credit default swap; kredi olayı veya temerrüt durumunda bir ödemenin veya başka bir menfaatin bir devlet tarafından ödeneceği kredi temerrüt swaplarını ifade etmektedir. "Sovereign" kavramı ISDA tanımlarında devlet ve alt birimleri, hükümet veya hükümet adına onun yetkileriyle hareket eden herhangi bir kurum, bakanlık ya da kuruluş ve bunlarla sınırlı olmamak üzere merkez bankaları da dâhil olmak üzere diğer makamlar olarak tanımlanmıştır. Bkz. ISDA Definitions Sec. 2.4

²²² Bu yasağın piyasalar ve kamu tahvil ihraççıları üzerinde olumsuz etki doğurduğunun tespiti halinde on iki ayı geçmemek üzere yasağın geçici olarak kaldırılabilceği yer almaktadır (m. 14/2).

²²³ Bu düzenlemede tahvil ihraççısı kuruluşlar olarak üye devlet veya onun bir kuruluşu, onun herhangi bir temsilcisi, federe üyesi, ciddi finansman sorunları yaşayan veya bu sorunlarla karşı karşıya olan üyelerinin yararına finansmanı harekete geçirmek ve mali yardım sağlamak amacıyla iki veya daha fazla Üye Devlet tarafından kurulan uluslararası bir finans kurumu ve Avrupa Yatırım Bankası (European Investment Bank) belirlenmiştir.

²²⁴ Howell (n 16) 321, 338; Madde 4’de iki durum için maddeye istisna kılınmaktadır. Birincisi, devlet CDS sözleşmesinin ilgili olduğu koruma alıcısı gerçek ve tüzel kişinin devlet borcunda uzun bir pozisyona sahip olduğu, yani elinde devlet tahvilinin bulunduğu durumlarda, devlet CDS sözleşmesinin ihraççının temerrüt riskine karşı koruma sağladığı durumlarda riskten korunmaya izin verilmektedir. İkinci olarak gerçek veya tüzel kişinin, değeri devlet borcunun değeriyle ilişkili olan finansal sözleşmeler, varlık portföyü veya finansal yükümlülükler dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere varlıklara sahip olduğu veya yükümlülüklerle tabi olduğu durumlarda devlet borcunun değerinin düşmesi riski karşısında işlem gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir. Bu düzenlemeye bağlı olarak çıkarılan ve daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilen bir diğer diğer düzenleme 5 Temmuz 2012 tarih ve 918/2012 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02012R0918-20150212>>.

²²⁵ Cousy (n 5) 239. Türk Hukukunda tezgâhüstü türev araçlara ilişkin teminat yükümlülükleri Sermaye Piyasası Kurulu’nun Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’in (III – 37.1) 25. Maddesinde değişiklik gerçekleştiren 14 Ocak 2016’da Resmî Gazete’de yayımlanan Değişiklik Tebliği ile teminat yükümlülükleri ihdas edilmiştir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, artan regülasyonlar ve masraflar ile işlemlerden kaynaklı risklerin (karşı taraf, hukuki) bertaraf edilmesi sebeplerinden ötürü CDS sözleşmelerinin taslak sözleşmeler çerçevesinde standardize edildiği hususuna değinmiştik²²⁶. Standardize sözleşmelerde taraflar sözleşme hükümlerine belirli limitler dâhilinde çeşitli istisnalar getirebilmekle birlikte, sözleşmenin esaslı unsurlarını da karşılıklı olarak anlaşarak belirlemektedirler.

Dünyada CDS standart sözleşmeleri için en başarılı çalışma, ISDA tarafından oluşturulan *ISDA Master Agreement* sözleşme dokümanlarıdır²²⁷. ISDA dokümanı, tarafların ihtiyacına göre ülkeler, bölgeler bazında ve şirketlerin ihtiyacına yönelik olarak yerel yönetimler ve kamu otoritele-ri için uyarlanabilecek şekilde oluşturulmuştur²²⁸. ISDA'nın bu alandaki çalışmalarının amacı, piyasalarda kredi türevlerinden kaynaklanan riskleri azaltmak amacıyla standart dokümantasyonlar oluşturulması, işlem maliyetlerinin düşürülerek işlem hacimlerinin artırılmasıdır²²⁹. Özellikle merkezi karşı taraf hizmetlerinin gelişmesi ile birlikte, tezgâhüstü piyasalarda kurulacak sözleşmelerde teminatlandırma ve netleştirme hükümleri açıkça yer almıştır. CDS sözleşmeleri için ISDA standartlarının yaygınlaşması ile

²²⁶ Bkz. dipnot 37 ve ilgili metin.

²²⁷ Juurikkala (n 31) 431; ISDA, 1980'lerde ABD piyasalarında OTC swaplarının kullanımının artması neticesinde doğmuştur. Bu dönemde piyasada düzenleyici otorite ve mevzuat altyapısının bulunmaması neticesinde swap piyasalarında işlem yapan 18 kurum birleşerek 1985 yılında International Swaps and Derivatives Association'ın International Swap Dealers' Association'ın adıyla bir lobi kuruluşu kurmaları sonucunu doğurmuştur. Halen türev piyasalar için tek el konumunu sürdüren ISDA'nın temel hedefleri; türev piyasalardaki işlemler için standartlaştırılmış belgeler ve teamüller oluşturmak, piyasaya etkileyecek yeni düzenlemelere karşı lobi yapmak ve swap piyasalarının sınırlarını belirlemektir (Juurikkala (n 31) 470 – 471). ISDA swaplara ilişkin olarak dokümantasyonları ve tanımları hazırlayarak tarafların işlemlerden kaynaklı masraflarını ciddi anlamda düşürmüş ve işlem hacimlerini büyüttüştür (Johnson (n 26) 229).

²²⁸ Henderson (n 23) 32 – 33; IOSCO Report (n 23) 3, 12; ISDA günümüzde kredi türevleri dokümantasyonu üzerinde piyasalarda hakimiyete sahiptir. Piyasa katılımcılarının ISDA dokümanları için ücret ödemesi gerekmektedir. ISDA dokümanları hakkında daha fazla bilgi için bkz. <<https://www.isda.org/>>. ISDA'nın alternatifleri Avrupalı hukukçular tarafından İngiliz ve ABD hukukuna göre hazırlanmış olan EMA (European Master Agreement) dokümanıdır. Bunun dışında ülke içi CDS sözleşmelerine çerçeve teşkil etmek üzere AFB/BBF Master Agreement, Deutscher Rahmenvertrag (DRV) ve The Swiss Master Agreement, International Foreign Exchange Master Agreement (IFEMA) ve International Currency Options Market Master Agreement (ICOM) dokümanları kullanılmaktadır.

²²⁹ Telesca (n 16) 3; Bomfim (n 16) 114

birlikte, taraflar arasındaki ihtilaflardan kaynaklı dava konusu ve dava sayılarında da ciddi anlamda azalma gerçekleşmiştir²³⁰.

Swaplara ilişkin ilk ISDA Master Agreement'in 1987'de yayınlanmasının ardından, kredi türevlerine ilişkin ilk çalışma *ISDA Master Agreement 1992* versiyonunda yapılmıştır²³¹. Asya (1997) ve Rusya (1998) krizlerinin etkisiyle 2002'de yeni ve halen kullanılan güncel versiyonu *ISDA Master Agreement 2002* yayımlanmıştır²³². *ISDA Master Agreement 2002* dışında ISDA, kredi türevleri için tanımları belirleyen *ISDA 2014 Credit Derivatives Definitions* dokümanını oluşturmuştur²³³. Bu dokümanda taraflarca kararlaştırılacak hususların tanımları ayrı ayrı ele alınmaktadır. ISDA ayrıca taraflar arasında yapılacak her bir kredi türevi işlemi için anlaşılan noktaları²³⁴ içeren konfirmasyon (*confirmation*) dokümanlarını yayımlamıştır.

Uygulamada tezgâhüstü bir CDS sözleşmesine taraf olmak isteyen tarafların öncelikle aralarında ISDA anlaşması kurmaları gerekmektedir. Taraflar arasındaki ISDA Master Agreement 2002 çerçeve sözleşmesi, ISDA sözleşme yapısının merkezi olmaktadır²³⁵. Tarafların ISDA anlaşması kanalı ile bir CDS sözleşmesine taraf olması için, öncelikle bir onay mektubunu imzalayarak *ISDA Master Agreement 2002* ve *ISDA 2014 Credit Derivatives Definitions*'lara tâbi olduklarını kabul etmesi gerekmektedir²³⁶. Bu onay mektubu aynı zamanda taraflar arasındaki Master

²³⁰ IOSCO Report (n 23) 11; Henderson (n 23) 34

²³¹ IOSCO Report (n 23) 11

²³² Juurikkala (n 31) 471; IOSCO Report (n 23) 11; ISDA Master Agreement 2002 düzenlemesinde en kapsamlıları 2010 ve 2018'de olmak üzere çeşitli dönemlerde güncellemeler gerçekleştirilmiştir.

²³³ Bu doküman 1999 ve 2003 yılında çıkarılan versiyonların en son sürümünü teşkil etmektedir. Bu doküman CDS sözleşmelerin yanı sıra Toplam Getiri Swapları (TRS), Krediyeye Bağlı Tahviller (CLN) ve diğer kredi türevi işlemlerinin için kullanılmaktadır.

²³⁴ ISDA'nın yayınladığı yasal standart dokümantasyon ve gerçekleştirilen işleme özel Confirmation dokümanına göre; kredi türev sözleşmelerinde standart olarak kredi olayları, kredi olayları neticesinde ödeme şekli, referans varlık, korumu satıcısı, fiziki teslim tercih edildiği takdirde teslim şartları, ek süre (grace period) bulunmalıdır (Telesca (n 16) 11). Master Agreement ile birlikte geçerli olan ilgili dokümanlara erişim için bkz. <<https://www.isda.org/book/exhibits-to-2014-isda-credit-derivatives-definitions/>>

²³⁵ Borowicz, 'Contracts as Regulation: The ISDA Master Agreement' (2020) Capital Markets Law Journal, 1 – 23, 5.

²³⁶ Bu usulün dışında ISDA, tarafların elektronik sistemler üzerinden doğrudan birbirleri ile Master Agreement kurmalarına izin veren bir portal yönetmektedir.

Agreement'in bir parçasını oluşturmaktadır²³⁷. ISDA anlaşması katı bir anlaşma olmamakla birlikte, taraflar sözleşmede yer alan fesih hükümleri, vergi sorumluluklarını, belgelerin teslimine ilişkin anlaşmaları ve *Credit Support Annex (CSA)*²³⁸ dokümanında yer alan unsurları *Schedule* adı verilen bir dokümanla değiştirebilirler²³⁹.

Temel anlaşmaya ilişkin unsurların tamamlanmasından sonra taraflar işlem özelinde işlemin unsurlarını belirleyen ve işlemin yapıldığını teyit eden konfirmasyon (*Confirmation*)²⁴⁰ dokümanı ile sözleşme kurmaktadır²⁴¹.

b. Türk Hukukunda Kredi Temerrüt Swapları

Türk hukukunda türev sözleşmelerin temel dayanağı, türev sözleşmeleri bir sermaye piyasası aracı olarak kabul eden 6362 sayılı SerPK hükümleridir (m. 3(1) – §). Kanunda kredi türevleri, türev araçlar tanımının bir alt kategorisi olarak “...*kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri...*” (m. 3(1)–u) şeklinde yer almıştır.

Türk hukukunda CDS sözleşmelerine ilişkin olarak düzenlemeler bankacılık regülasyonlarında yer almaktadır. Bu düzenlemelerde kredi temerrüt swapları, kredi türevlerinin bir türü olarak “*Koruma satıcısının, koruma alıcısının ödeyeceği belli bir bedel karşılığında referans varlıktan kaynaklanan kredi riskini kısmen ya da tamamen üstlendiği ve ödeme şartının gerçekleşmesi durumunda koruma alıcısına koruma tutarını ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmeler,*” olarak tanımlanmıştır²⁴². Türkiye’de etkin bir

²³⁷ Telesca (n 16) 10. Tarafların kredi türevleri tanımını içeren bir onay mektubu aracılığıyla CDS sözleşmelerine girmeleri durumunda, taraflar aksini kararlaştırmadıkça bu koşullar sözleşmeye uygulanacaktır (Telesca (n 16) 11).

²³⁸ Credit Support Annex (CSA) olarak anılan ve sözleşmelerinde teminat unsurunu düzenleyen dokümanlar da sözleşme yapısına dâhildir.

²³⁹ Borowicz (n 235) 6

²⁴⁰ ISDA Definitions Sec. 1.2

²⁴¹ IOSCO Report (n 23) 11

²⁴² BDDK tarafından çıkarılan Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik (RG: 23 Ekim 2015 – Sayı: 29511) ve bağlı düzenlemesi Kredi Türevlerinin Standart Metoda Göre Sermaye Yeterliliği Standart Oranı Hesaplamasında Dikkate Alınmasına İlişkin Tebliğ (RG 3.11.2006/26335) m. 3 (1) – f.

CDS piyasasının bulunmaması bu sözleşmelere ilişkin daha ayrıntılı düzenleme yapılmasını geciktirmektedir.

Türk hukukunda bir özel hukuk sözleşmesi türü olarak incelendiğinde, CDS sözleşmesinde ve diğer kredi türevlerinde tarafların hak ve borçları ile diğer unsurlarına uygulanacak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türev sözleşmeler, sermaye piyasası mevzuatında tanımlanan bir yapıya sahip olsalar da TBK’da bu sözleşmelere ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır²⁴³. CDS sözleşmeleri, TBK ve diğer kanunlarda düzenlenmemiş bir sözleşme olması itibarıyla isimsiz (atipik) bir sözleşme türüdür. CDS sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliği ele alındığında, tarafların hak ve borçlarına kıyasen uygulanacak hukuk kurallarının tespiti için mevcut isimli sözleşme türlerinin kıyasen uygulanmak üzere incelenmesi gerekir. CDS sözleşmeleri ile benzerlik taşıyan sözleşmelerin başında sigorta sözleşmeleri gelir.

Türkiye’de ABD hukukuna benzer şekilde CDS sözleşmeleri ve diğer kredi türevlerinin sigorta olarak kabul edilmeyeceğini belirten bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktadan hareketle bu sözleşmelerin sigorta olarak değerlendirilerek TTK’nin ilgili hükümlerinin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Türk hukukunda sigorta sözleşmeleri (TTK m. 1401 vd.), sigortacının sigorta güvencesi sunarak sigorta rizikosunu taşıdığı ve sigorta ettirenin de prim ödeme yükümlülüğü taşıdığı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sigorta sözleşmeleri, zarar sigortaları (m. 1453 vd.) ve can sigortaları (m. 1487) şeklinde ikiye ayrılır.

CDS sözleşmelerinin mahiyeti gereği zarar sigortaları içinde mal sigortası (m. 1453 vd.) ve bilhassa uygulamadaki özel bir alt türü olarak alacak sigortası ile benzerlik taşıdığından söz edilebilir. Bu sözleşmeler başkası lehine sigorta kapsamında “*kimin olaksa onun lehine*” mantığı ile başkası lehine sigorta olarak yapılabilir (TTK m. 1454). Bu sözleşmelerde, sigortacı sigortalı alacaklıya, sigorta konusu alacağın ödenmemesi halinde uğradığı zararı ödemeyi taahhüt etmektedir. Alacaklı da bunun karşılığına sigortacıya prim ödemektedir.

Bu düzenlemelerde, koruma alıcısı, koruma satıcısı, koruma tutarı, ödeme şartı (kredi olayı), referans borçlusu, referans varlık kavramları da tanımlanmıştır.

²⁴³ Türev sözleşmelerde, sözleşmelerinin niteliğine yer veren bir düzenleme altyapısının bulunmaması eksiklik yaratmaktadır. Smith, düzenleyici rejimde yerleşik bir mekanizmanın olması gerekliliğini savunmaktadır (Smith (n 49) 389). Bunun istisnasını teşkil eden bir örnek olarak türev sözleşmeleri düzenleyen Azerbaycan Medeni Kanunu’nun m. 403.1 hükmü dikkat çekmektedir.

Öncelikle CDS sözleşmelerinde, koruma satıcısı bir zararı karşılamayı taahhüt etmemektedir. Kredi olayının gerçekleşmesi durumunda taraflarca önceden kararlaştırılan kavramsal anaparanın tamamı ya da bir kısmına karşılık gelen tutarı ödemeyi yüklenmektedir. Bu nedenle zarar kapsamına girecek diğer taleplerin dışlanmış olduğunun kabulü gerekir. Sigorta sözleşmelerine ilişkin bir diğer çelişki noktası da TTK m. 1472 hükmü uyarınca, zararı ödeyen sigortacının kanuni halef olarak sigortalının yerine geçmesi hususudur. CDS sözleşmesinde böyle bir halefiyet bulunmamakla birlikte, tarafların kararlaştırma usulüne uygun olarak referans varlık ya satıcıya temlik olur ya da ihale yöntemleri ile paraya çevrilir. Sigorta hükümleri ile CDS sözleşmeleri arasında uyumsuzluk teşkil eden üçüncü husus, farklı CDS sözleşmeleri ile bir referans varlığın birden çok sigortaya da konu edilebilmesidir. Bu durumda kredi olayının gerçekleşmesi durumunda birden çok koruma alıcısına ödeme yapılacaktır. Bu durum TTK'nın aynı rizikoya karşı aynı süre için birden çok sigortacıya sigorta ettirilmesi durumunda sigorta bedelinden daha fazla ödenemeyeceğini öngören TTK m. 1465 hükmünü de aşmaktadır. Ancak bu unsurların eksikliğinin CDS sözleşmelerine sigorta sözleşmesinin diğer hükümlerinin uygulanmasının önünde kesin bir engel yaratmadığı kanaatindeyiz.

CDS sözleşmelerinin Türk hukuku açısından sigorta sözleşmesi içerisinde değerlendirilmesinde, çıplak CDS sözleşmeleri ve çıplak olmayan CDS sözleşmeleri farklı sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle TTK m. 1408 hükmünde yer alan ve sigorta sözleşmesinin kurulmasında, sigortalının menfaatinin bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin geçersiz olacağını düzenleyen hüküm karşısında çıplak CDS sözleşmelerin Türk hukukunda TBK m. 27 uyarınca geçersizliğe tâbi olacağından söz edilebilir. Nitekim yukarıda da benzer tartışmalara yer verildiği üzere çıplak CDS sözleşmelerinde koruma alıcısı, referans varlığı elinde bulundurmadan CDS sözleşmesine taraf olmakta, salt pozisyonundan kâr elde etme amacıyla hareket etmektedir. Türkiye'de henüz AB'deki ve ABD'de yer alan ve çıplak CDS sözleşmelerini sınırlayan bir düzenleme ihdas edilmemiştir. Mevcut düzende finansal kuruluşlar ellerinde bulunmayan referans varlıklar için tezgâhüstü bir CDS sözleşmesi tesis edebilirler. TTK m. 1408 hükmünün getirdiği kesin hükümsüzlük yaptırımı, çıplak CDS sözleşmesinde taraflar için hukuki bir risk barındırdığından bu sözleşmelerin Türk hukuku dâhilinde yapılması önündeki başat engel olarak ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda sigortacılık faaliyetleri, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu²⁴⁴ ve bağlı ikincil düzenlemelere tâbi kılınmıştır. Bu kapsamda koruma satıcısı ile koruma alıcısı arasındaki ilişki sigorta sözleşmesi olarak kabul edildiği takdirde, koruma satıcısı ruhsat ve diğer kanuni yükümlülüklerle tâbi olacak, taraflar arasındaki ilişki SEDDK yetki alanına dâhil olacaktır. Bu durumda CDS sözleşmelerinin SerPK'da düzenlenen türev araçlar arasında yer almış olması (m. 3/1 – u) göz önüne alındığında Sermaye Piyasası Kurulu ile SEDDK arasında görev ve yetki uyumsuzluğu problemleri ortaya çıkacaktır.

CDS sözleşmelerin Türk hukukunda sigorta olarak değerlendirilmesi olasılığı, kanaatimizce bir düzenleme boşluğunun neticesinde doğmaktadır. Kredi türevlerinin sigorta sayılmamasına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, Türkiye’de finansal kuruluşların bu işlemleri yapmaları için sigortacılık düzenlemelerine tâbi kılınmaları ve pek çok yasal yükümlülük altına girmeleri sonucunu doğuracaktır. Bu durumun CDS piyasasının gelişimine, taraflar açısından bir hukuki risk yaratması itibariyle bir engel olduğu kanaatindeyiz. Bu konuda oluşturulacak bir düzenleme, sigortalının menfaatinin bulunmamasından hareketle çıplak CDS sözleşmelerinin geçersiz sayılması ihtimalini ortadan kaldırılabilecektir²⁴⁵.

SONUÇ

CDS sözleşmeleri, geliştirildiği dönemde koruma alıcısı tarafların olası kayıplarına karşı bir sigorta olarak oluşturulmuştur. Ancak bu dönemlerde, bu sözleşmeleri ve işlem piyasasını düzenleyen bir otorite olmaması beraberinde pek çok belirsizliği beraberinde getirmiştir. Bir sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının tam olarak öngörülememesi bu sözleşmenin tarafları için hukuki risk yaratmaktadır. Dünyada CDS sözleşmelerine ilişkin uygulama farklılıkları ve belirsizlikler, ISDA’nın bu açığa 90’lı yıllardan bu yana müdahale ederek CDS piyasasında kullanılacak sözleşmeleri standardize etmesi ve bu alanda bir tekel konumuna ulaşması sonucunu doğurmuştur.

Uluslararası literatürde CDS sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar finans sektörünün de etkileriyle, CDS sözleşmelerinin sigorta sözleşmesi ya da türev sözleşme türlerinden hangisine tabi olduğu girda-

²⁴⁴ Sigortacılık Kanunu, Kanun No: 5684, Kabul Tarihi: 3.6.2007, RG 14.06.2007/26552

²⁴⁵ Taraflar arasında çıplak CDS işlemlerini gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ya da hangi istisnalar dâhilinde gerçekleştirilmesine izin verileceği ayrı bir piyasa regülasyonu değerlendirmesi olup çalışmamızın konusu dışındadır.

bına takılmıştır. Bu sözleşmelere sigorta hükümlerinin uygulanması yönündeki görüşler, CDS sözleşmelerinin sigorta olarak kabul edilmesinin getireceği farklı düzenleme yükümlülükleri sebebiyle sekteye uğramış, piyasa lobileri bu sözleşmelerin sigorta teşkil etmeyen bir türev sözleşme olduğunu ileri sürerek bu sözleşmeleri sigorta hukukunun dışında bırakacak şekilde ulusal düzenlemelere de başarıyla sirayet eden bir lobi faaliyeti yürütmüşlerdir.

Türkiye’de etkin bir CDS piyasasının yokluğu ile Türkiye’de CDS sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin kapsamlı bir düzenleme altyapısının bulunmaması nedeniyle CDS sözleşmelerin sigorta hükümlerine tâbi olup olmadığı henüz tartışılamamıştır. Olası bir uyuşmazlıkta sigorta sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunun yakın gelecekte bir sorun olarak ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durum Sermaye Piyasası Kurulu ve SEDDK arasında bir yetki alanı sorunu yaratabileceği gibi, sigortacılık düzenlemelerindeki ruhsat alma ve diğer yükümlülükleri taşımayan finansal kuruluşların bu sözleşmeleri yürütemeyeceği sonucunu doğuracaktır. Piyasa düzenlemelerinde çıplak CDS sözleşmelerine ilişkin kısıtlamalar getiren AB Düzenlemeleri ile Dodd – Frank Act düzenlemelerinin Türk hukukunda karşılığının bulunmaması çıplak CDS sözleşmelerin ülkemizde yürütülebileceğini ancak TTK’nın sigorta sözleşmesinde sigortalının menfaatini şart koşan 1408. madde hükmü karşısında çıplak CDS sözleşmelerin geçersiz olacağının da piyasa katılımcıları için bir risk teşkil ettiğini dikkate almak gerekmektedir.

Netice itibariyle, sigorta hukuku, borçlar hukuku ve sermaye piyasası hukuku alanlarının kesişiminde bir sözleşme türü olarak CDS sözleşmelere ilişkin düzenleme boşluğu, bu işlemlerin ülkemizde yapılabilirliğine ilişkin olarak bir hukuki risk teşkil etmektedir. Türev sözleşmeleri kumar ve bahis itirazından ari kılan bir düzenlemenin de yokluğu ele alındığında türev sözleşmelerin geneline ilişkin kapsamlı bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

CDS: Credit Default Swaps

CRR: Capital Requirement Regulation (575/2013)

CEA: Commodity Exchange Act 1936

Dodd–Frank Act: Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010

EMIR: European Market Infrastructure Regulation (648/2012)

ESMA: European Securities and Markets Authority

IOSCO: International Organization of Securities Commissions

ISDA: International Swaps and Derivatives Association, Inc.

MiFID II: Markets in Financial Instruments Directive (2014/65)

RG: Resmî Gazete

Sec.: Section (Bölüm)

SEDDK: Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu

SerPK: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

SPK: Sermaye Piyasası Kurulu

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCMB: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

WpHG: Wertpapierhandelsgesetz

KAYNAKÇA

Acar B, 'Swap İşlemlerinin Muhasebe ve Vergisel Açıdan Analizi' (2009) Vergi Raporu Dergisi 11, 101 – 116

Acar S, 'Kulüp Sigortası (P&I)' (2007) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi

Apak S and Uyar M, Türev Ürünler ve Finansal Teknikler (Beta Yayınevi, 2011)

Arikan N, Türev İşlemlerin Hukuki ve Vergisel Boyutu (Maliye Hesap Uzmanları Derneği 2000)

Augustin P, Subrahmanyam MG, Tang DY and Wang SQ, 'Credit Default Swaps: Past, Present and Future' (2016) Annual Review of Financial Economics 8 175 – 196

Bernstein RD and French T H, 'Important Decision in Credit Default Swap Litigation' (2010) Pratt's Journal of Bankruptcy Law 6(6) 511 – 516

Biggins J and Scott C, 'Private Governance, Public Implications and the Tightrope of Regulatory Reform: The ISDA Credit Derivatives Determinations Committees' (2013) Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper No. 57/2013

Bomfim AN, 'Credit Default Swaps' (2022) Finance and Economics Discussion Series No: 2022 – 023, Federal Reserve Board Washington D.C.

Borowicz MK, 'Contracts as Regulation: The ISDA Master Agreement' (2020) Capital Markets Law Journal 1 – 23

Burucuoğlu G, 'Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Zıyı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı' (2019) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi

Buz, NE and Küçükkocaoğlu G, 'Ülke Kredi Temerrüt Takas (CDS) Primini Etkileyen Faktörler, Türkiye Uygulaması' Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi 25(1) 27 – 52

Cousy H, 'The Delicate Relationship Between Law and Finance: The Classification of Credit Default Swaps' (2014) Journal of South African Law 2014(2) 227 – 242

Ekici Ş, 'Banka Kredi Sözleşmelerindeki Çapraz Temerrüt Kayıtları' (2018) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(9) 247 – 280

Eren E, Türk Hukukunda Merkezi Takas Kuruluşları, Merkezi Karşı Taraf Uygulaması ve Tezgâh Üstü Türev Araçların Merkezi Takası (On İki Levha Yayıncılık 2019)

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24 Bası, Yetkin Yayınları 2019)

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Bası, Yetkin Yayınları 2019)

Ersoy E and Ünlü U, 'Tezgahüstü türev piyasa işlemleri' (2016) Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi 6(1) 143 – 163

Gibson WE, 'Are Swap Agreements Securities or Futures?: The Inadequacies of Applying the Traditional Regulatory Approach to OTC Derivatives Transactions' (1999) Journal of Corporation Law 24(2) 379 – 416

Henderson SK, 'Credit Derivatives and Operational Risk, or Why a Credit Default Swap is Not Like a Bond' (2007) Law and Financial Markets Review 1(1) 31 – 44

Howell E, 'Regulatory Intervention in the European Sovereign Credit Default Swap Market' (2016) European Business Organization Law Review 17

Hudson A, 'The Legal Aspect of Financial Derivatives' (1996) Business Law Review 17(10) 198 – 220

Hull JC, Options, Futures, and Other Derivatives (9th Edition, Pearson, 2017)

International Organization of Securities Commissions, The Credit Default Swap Market Report FR04/12 June 2012 (IOSCO Report)

International Swaps and Derivatives Association Inc., ISDA Credit Derivatives Definitions 2014 (ISDA Definitions)

International Swaps and Derivatives Association Inc., ISDA Master Agreement 2002

Johnson KN, 'Things Fall Apart: Regulating the Credit Default Swap Commons' (2011) *University of Colorado Law Review* 82(1) 167 – 258

Juurikkala O, 'Financial Engineering Meets Legal Alchemy: Decoding the Mystery of Credit Default Swaps' (2014) *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* 19(3) 425 – 487

Kaya A and Demir K, 'Türev İşlemlerin Hukuka Uygunluğu Sorunu – Bankaların Türev İşlemlerden Doğan Yükümlülükleri' (2018) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76(1) 177 – 201

Keskin AD, *Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği* (Yetkin Yayınları 2008)

Keskin AD, 'The Concept of Financial Derivative Instrument from the Legal Point of View' (2008) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24(4) 125 – 156

Kırca İ, *Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2000)

Kirman A, 'Opsiyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği' Ali Bozer'e Armağan, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları* (Ankara, 1998) 713 – 745

Kocayusufpaşa N, Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Borçlar Hukukuna Giriş* (Birinci Cilt) (Filiz Kitabevi 2017)

Murdock CW, 'Credit Default Swaps: Dubious Instruments' (2013) *Harvard Business Law Review Online*, 133 – 141

Narayanan N, 'Credit Default Swaps: Legal Implications' (2013) *Corporate Law Cases Journal* 295

Partnoy F and Skeel DA Jr., 'The Promise and Perils of Credit Derivatives' (2007) *University of Cincinnati Law Review* 75 1019 – 1051

Penezoğlu Y G, *Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri* (Kazancı Hukuk Yayınevi 2004)

Petrović R, Kerković T M and Jocić D R, 'Legal Nature and Role of Swap Arrangements and Options as Financial Instruments' (2019) *Economic Themes* 57(4) 459 – 480

Saruhan U, *Vadeli İşlem Sözleşmelerinde İfa İhlalleri* (On İki Levha Yayınları, 2022)

Schafer H and Frank B, *Derivate Finanzinstrumente im Jahresabschluss nach HGB und IFRS* (Hans – Böckler – Stiftung, Germany, 2008)

Scheiner AH, 'The Next Wave: Developments in Credit Default Swap Litigation' (2009) *Business Law Today* 18(5) 53 – 56

Siswantoyo D and Karri L, 'Impacts of Introduction of Central Counterparties on Credit Default Swap Market' (2015) University of Applied Sciences Northwestern Switzerland School of Business

Smith M, 'The Legal Nature of Credit Default Swaps' (2010) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 386 – 410

Şenol ÖF, *Hukuki Açıdan Bankaların Tezgâhüstü Piyasada Taraf Olduğu Türev İşlemler* (On İki Levha Yayıncılık, 2017)

Telesca M, 'Analysis of Credit Default Swaps: Market, Applications and Legal Issues' (2003)

Turguttopbaş N, 'Kredi Temerrüt Swapları ve İlgili Riskin Gerçekleşmesi Durumunda Uygulanan Hukuki Prosedür' (2013) *Bankacılar Dergisi* 24(84) 37 – 53

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, 1986 yılı Faaliyet Raporu

Wurz N, *Credit Default Swaps* (Diplomarbeit, Wien Universität, Dezember 2007)

İnternet Kaynakları

EUR – Lex, <<https://eur-lex.europa.eu/>> erişim tarihi 12.01.2024

ISDA Resmi İnternet Sitesi, <<https://www.isda.org/>> erişim tarihi 10.01.2024

KARAR İNCELEMESİ

DECISION ANALYSIS

* Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde E. 2018/102 K. 2018/74 T. 21/6/2018 Tarihli
Kararın ve Karara Konu Başvurunun Değerlendirilmesi

*Evaluation of the Decision E. 2018/102 K. 2018/74 T. Dated 21/6/2018 and the
Application Subject to the Decision Within the Framework of the Right to a Fair Trial*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN

Arş. Gör./Res. Asst. Nazlıcan VARIŞ

**#ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE E. 2018/102 K.
2018/74 T. 21/6/2018 TARİHLİ KARARIN VE KARARA KONU
BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ***

*(EVALUATION OF THE DECISION E. 2018/102 K. 2018/74 T. DATED 21/6/2018 AND
THE APPLICATION SUBJECT TO THE DECISION WITHIN THE FRAMEWORK OF
THE RIGHT TO A FAIR TRIAL)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Tayfun ERCAN
Arş. Gör./Res. Asst. Nazlıcan VARİŞ*****

ÖZ

Adil yargılanma, bir uyuşmazlığın, taraflar arasında fark gözetilmeksizin iddia ve savunmaların eşit ve karşılıklı yapıldığı dürüst bir yargılamayı ifade etmektedir. Adil yargılanma hakkı, bir kimsenin hakkına ulaşabilmesinin ilk koşuludur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile yer edinen bu düzenleme, hak arama özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerdendir. Adil yargılanma hakkı tek bir hakkı içermemektedir. Bir yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlayan birden çok hak vardır. Hukukumuzda Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkına ilişkin temel düzenleme yer almaktadır. Anayasa'nın diğer maddelerinde ve diğer mevzuatta özel güvence öngören düzenlemeler de bulunmakla, adil yargılanma hakkının içerdiği diğer unsurlara da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ulaşılmaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.03.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 23.03.2024 tarihinde birinci hakem; 07.04.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, dr.tayfunercan@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6207-668X

*** Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nazlican.varis@neu.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-3363-1848

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 çalışma, Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi yolu ile yapılan başvurunun ve bu başvuruya ilişkin ilk inceleme aşamasında verilen kararın, adil yargılanma hakkı temelinde incelemesine ilişkin hazırlanmıştır. Bu anlamda çalışmada öncelikle hukuki sorunun tespiti üzerinde durulmuş; sorunun tespitinin ardından, adil yargılanma hakkı çerçevesinde başvuru ve ilk incelemede verilen karar ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Asliye Ticaret Mahkemesi, Asliye Hukuk Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Somut Norm Denetimi

ABSTRACT

Fair trial refers to an honest trial in which claims and defenses are made equally and mutually, without discrimination between the parties to a dispute. The right to a fair trial is the first condition for a person to have access to his rights. This regulation, which is included in Article 6 of the European Convention on Human Rights, is one of the most effective safeguards that ensures the freedom to seek justice and the proper enjoyment and protection of fundamental rights and freedoms. The right to a fair trial does not include a single right. There are multiple rights aimed at ensuring that a trial is conducted fairly. In our law, Article 36 of the Constitution contains the basic regulation regarding the right to a fair trial. There are also regulations providing for special guarantees in other articles of the Constitution and other legislation, and other elements included in the right to a fair trial are also accessed by the European Convention on Human Rights.

This study has been prepared regarding the examination of the application made to the Constitutional Court through concrete norm review and the decision given at the first examination stage regarding this application, on the basis of the right to a fair trial. In this sense, the study primarily focused on identifying the legal problem; After determining the problem, the application and the decision given in the first examination were discussed separately within the framework of the right to a fair trial.

Keywords: Right to a Fair Trial, Commercial Court of First Instance, Civil Court of First Instance, Constitutional Court, Concrete Norm Review

I. KARARA KONU BAŞVURUNUN ÖZETİ

Taraflar arasında yapılmış olan anonim şirkete ait hisse devri ve anonim şirket ortaklık sözleşmelerinin, gereğinin yerine getirilmemesi üzerine ilgili sözleşmelerin feshi, sözleşmeye konu taşınmazın tapu kaydının iptali ve tescili ile kazanç kaybının tazmini talepleriyle dava açılmıştır. Davanın esasına bakıldığında, davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde açılması gerekirken, o bölgede Asliye Ticaret Mahkemesi bulunmadığından, dava 1. Düzce Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmıştır. Bunun üzerine Düzce 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla) 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında yer alan "*Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde ...*" ibaresinin Anayasamızın 2., 10., 36., 37., 141. ve 142. maddeleri çerçevesinde Anayasa'ya aykırılık taşıdığı kanaatinde bulunarak ilgili ibarenin iptali için başvuruda bulunmuştur¹.

İtirazın gerekçesini oluşturan ilgili hükümler çerçevesinde, Asliye Ticaret Mahkemeleri önünde görülecek uyuşmazlıkların önemi ve özellikleri nedeniyle, bu uyuşmazlıkların denetim, gözetimi ve çözümünde mey-

¹ İptali İstenen Kanun'un 5. maddesinin, 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle yeniden düzenlenen ve itiraz konusu kuralın da yer aldığı üçüncü fıkrası şu şekildedir: "Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri beş yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

1. İflas, (...) iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırma kaynaklanan iş ve davalara,
2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,
3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,
4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, (...) hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu fıkra da belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir."

dana gelebilecek hataların olabildiğince en aza indirgenecek şekilde bir heyet tarafından incelenmesi şeklindeki yargılama usulünün “*adil yargılanmaya yüksek düzeyde hizmet ettiği*” belirtilerek, Asliye Ticaret Mahkemesi olmayan yerlerde tek hakimle işleyen Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkili ve görevli kılınmasının “*hukuki güvenlik ilkesini*” zedelediğini, bölgeler arası farklılığın “*eşitlik ve ayrımcılık yasağına*” aykırı olacağını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesindeki “*hak arama özgürlüğü*” ile Anayasamızın 141. maddesinde yer alan “*davaların en az giderle ve makul sürede sonuçlandırılması ilkesine*” hizmet etmeyeceği belirtilmiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BAŞVURUYA YAKLAŞIMI

A. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI

Anayasa Mahkemesi’nin başvuruya yaklaşımı gerekçeleri ile şu şekilde olmuştur: İtiraz konusu kural, asliye ticaret mahkemelerinin kuruluşuna ve yapılanmasına ilişkin olduğu ve itiraz yoluna başvuran Mahkemenin yapısal olarak asliye ticaret mahkemesi olmadığı, yalnız önüne gelen uyuşmazlık yönünden asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan ve esasında asliye hukuk mahkemesi olduğundan hareketle itiraz konusu, 5235 sayılı Kanun’un 5. maddesinin, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 45. maddesiyle ile yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasında yer alan “*Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde...*” ibaresinin yer aldığı kurallın söz konusu “*uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmadığı*” belirtilerek itiraz konusu ibareye ilişkin başvuru, “*başvurucu Mahkemenin söz konusu başvuru hakkında yetkisizliği nedeniyle*” oyçokluğu ile ilk inceleme aşamasında reddedilmiştir.

B. KARŞI OY

Anayasa Mahkemesi’nin ilk incelemede verdiği bu karara karşı oy ise gerekçesi ile şu şekildedir: Başvuran mahkemenin, “*önündeki davanın görev yönünden niteliği*” itibarı ile “*Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatı ile*” Düzce 1. Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan hareketle, her ne kadar adalet teşkilatı içerisinde adı Asliye Hukuk Mahkemesi olarak nitelenmiş olsa da kendisine bakmakta olduğu “*davanın konusu itibarı verilen yetki nedeniyle ticaret mahkemesi görevi ve sıfatı ile*” Anayasa Mahkemesi’ne başvurduğuna işaret ederek, “*Ticaret Mahkemesi sayılamayacağı*” sonucunu yaratan nitelemesinin doğru görülmediği ifade edilmiştir. Düzce 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, önündeki davanın niteliğine göre, Kanundan kaynaklı, mahkemenin yetki alanı ve görev niteliği değişmekte oldu-

ğundan geçici de olsa o davanın gerektirdiği mahkemenin ismini almasını ve Asliye Ticaret Mahkemesi olarak ve bu sıfatta görev yapmasını zorunlu kıldığı belirtilmiştir. Bu bağlamda başvuran mahkemenin, “*görülen dava*” yönünden değil de “*kuruluşta verilen ismi*” ile nitelenerek Anayasa Mahkemesi’ne başvuru izin yetkisi bulunmadığı şeklindeki gerekçeye katılmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Yine gerekçede iptali istenen kuralın Ticaret Mahkemelerinin “*kuruluşundan ziyade yapılanmasına ilişkin*” olduğu düşünüldüğünde başvuran mahkeme dilekçesinde, kendisinin bu davada kanundan kaynaklı olarak ticaret mahkemesi sıfatına haiz olduğu kabul edildiğine göre, “*Asliye Ticaret mahkemelerinin bizzat kurulduğu yerlerdeki yapısı ile benzeri yapıda bulunmayan geçici yetki ile görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde*” görülecek bu dava yönünden usul ve esaslarında gördüğü aykırılıkları ve bunların Anayasaya aykırılıklarını niteleyerek başvuruda bulunmuş olduğunu, bu bağlamda, başvuran mahkemenin yetkisiz olduğunun söylene-meyeceği belirtilmiştir.

III. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN UYUŞMAZLIK KONULARININ TESPİTİ

Karara konu olayda ihlal, adil yargılanma hakkı temelinde iki noktada toplanmıştır. Bunlardan birincisi Anayasa Mahkemesi’nin red kararına temel oluşturan somut norm denetimi koşullarından biri olan “uygulanmakta olan norm”un ilgili başvuruda bulunup bulunmadığı noktasındadır. Bir diğer husus ise başvurunun gerekçesi bakımındandır. Gerek başvurunun sebebi gerekse de Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararın gerekçesi bizi adil yargılanma hakkına götürmektedir. Çalışmamızda da hem başvuru bakımından hem de Anayasa Mahkemesi’nin ilk inceleme aşamasındaki gerekçeli kararı üzerinden adil yargılanma hakkı bağlamında inceleme yapılacaktır.

IV. UYUŞMAZLIK KONULARININ İLGİLİ KARAR BAĞLAMINDA VE ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

Adil yargılanma hakkı Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan bir temel haktır. Bu hak Anayasamızın 36. maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Ancak Anayasa’da adil yargılanma hakkının içeriği belirlenmediğinden bu noktada ilgili unsurlar Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmeli, kapsam ve içeriği Sözleşmede yer alan maddeden hareketle belirlenmelidir².

Adil yargılanma hakkı birçok hakkı içinde barındıran bir üst başlıktır. Ancak ilgili uyuşmazlık çerçevesinde çalışmamız kapsamında üzerinde durmamız gereken husus, Kararın gerekçesinin toplandığı mahkemenin yetkisizliğine temel nokta ile başvurunun sebebinin oluşturan ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği noktalaradır.

A. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

5235 Sayılı Kanun'da yer alan hükümlere göre hukuk mahkemeleri sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile diğer kanunlarda kurulan di-

² Abdullah Çelik, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi (Bireysel Başvuru El Kitapları-3 Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014) 9

Adil Yargılanma Hakkı kenar başlığını taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6 şu şekildedir:

“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

ğer hukuk mahkemeleridir³. Hukuk mahkemeleri, coğrafi durumlar ve iş yoğunluğu göz önüne alınarak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından kurulmaktadır⁴.

Uzmanlık mahkemeleri, alanında özel olarak bilgi ve tecrübe sahibi hakimlerden oluşan, yalnızca belli başlı dava türlerini inceleyen ve bu nedenle de uyuşmazlıklara daha hızlı çözüm getirebilen ve tabiatıyla adaletin daha etkin işletilebileceği mahkemelerdir⁵. Türk Hukukunda da ticari uyuşmazlıklara ilişkin işlerde Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir⁶.

Ticari hayatın bir güven içerisinde yürümesi ve ticari hayatta yer alan kişilerin tarafları oldukları hukuki uyuşmazlıkların sürat içerisinde çözülmesi son derece önemlidir. Bir ticari davada, büyüklüğü ve miktarı fark etmeksizin, taraflar hakkında, en adil ve hızlı şekilde karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim taraflardan birinin dava sonucuna göre alacaklı mı borçlu mu olduğunu bilebilmesi, alacaklı ise buna göre yatırım yapabilmesi, borçlu ise borcuna işleyecek faizi bilebilmesi ve dolayısıyla ticari hayatına buna göre yön vermesi ticari hayatta devamlılığını sağlayacaktır. Elbette böyle bir durumda ticari bir davada şirketlerin büyüklüğüne göre getireceği sonuçlar da önemlidir. Örneğin değeri bir milyon Türk Lirası olan dava büyük bir şirket için önem arz etmeyebilir, ancak küçük çaplı bir ticari işletme için ticari yaşamda yıkıma sebep olabilecektir.

Bugün için “*ticaret mahkemeleri kurulan yerlerde*” değeri bir milyon Türk Lirasının altında olan uyuşmazlıklara tek bir ticaret mahkemesi hakimi bakmaktadır, bu değer üzerindeki ise başkan ve iki üyeden

³ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 7.10.2004/25606, Madde 4

⁴ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 7.10.2004/25606, Madde 5

“Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir. (Mülga fıkra: 09/02/2011-6110 S.K./13.md.) Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır.” Bu hüküm ile ticaret mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin husus ayrıkt tutulmuştur.

⁵ Bu yönde tanımlama için bkz. Ahmet Fatih Özkan, ‘Türkiye’de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok Mu Uzak bir İhtimal?’ (2017) [132] TBB Dergisi 231, 233

⁶ 6335 sayılı kanun ile değişik 6102 sayılı kanun ile beraber özel mahkeme niteliğine kavuşmuş ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki artık “iş bölümü” ilişkisi değil “görev” ilişkisidir. Asliye Ticaret Mahkemeleri Asliye Hukuk Mahkemelerinin bir alt türü değildir.

oluşan mahkeme heyeti bakmaktadır. O halde Kanuna göre iptal başvurusuna konu ibare nedeniyle, eğer bir yerde Ticaret Mahkemesi kurulmamış ise dava değeri ne kadar olursa olsun davaya tek hakimli Asliye Hukuk Mahkemesi bakacaktır. Ayrıca bazı esasa ilişkin konularda verilecek kararların içeriğinin ve dava esasının önemi itibari ile yine Kanunda yer alan ifade ile “*dava değerine bakılmaksızın*”, Kanunda belirtilen esaslara ilişkin konularda⁷ tüm yargılama safhaları, ihtiyati tedbir talepleri dahil, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülerek ve karara bağlanacaktır.

Taşrada meydana gelmiş bir ticari uyuşmazlıkta taşradaki işletmelerin daha küçük olması dolayısıyla zaten doğacak uyuşmazlıkların bir milyon Türk Lirası üzerine çıkmayacağı düşünülerek hareket edilmiş olabileceği göz önünde bulundurulduğu veya belirli bölgelerde ticari konularda daha az uyuşmazlık doğduğundan hareketle iş yükü baz alınarak, Ticaret Mahkemesinin açılması gereksiz görülerek bu işlerin Asliye Hukuk Mahkemesi’ne Ticaret Mahkemesi sıfatı ile verilmiş olabileceği düşünülebilir. Ancak küçük yerlerdeki küçük çaplı işletmeler için Kanunda belirlenen bu sınır yıkıma neden olabileceği gibi, büyük işletmelerin büyük çaplı davaları konusunda yetki kuralları nedeniyle taşrada görülmesi gereken ve esasında heyet tarafından çözümlenmesi gereken bir dava söz konusu olabilir. Ayrıca yalnız parasal sınır değil, dava konuları da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla hangi neden ile olursa olsun mahkemelerin kuruluşuna ilişkin düzenlemelerin eşitliği, hukuki güvenlik ilkesini, adil yargılanma hakkını zedeleyebileceği düşünülemez. Nitekim bu bölgelerde açılacak ve heyet

⁷ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 7.10.2004/25606, Madde 5

“1. İflas, iflasın ertelenmesi, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalara,

2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,

3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,

4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır.”

tarafından yürütülmesi Kanunda öngörülmüş konu veya değerdeki davalarından bir tanesinin dahi tek hakimli mahkemede görülmesi adil yargılanma hakkı ve hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir. Nitekim bu açıdan bu gibi küçük bir yerde küçük bir işletmenin örneğin tek hakim kararına iflasına karar verilmesi ile bu işletmenin ticari hayattan silinmesine yol açabilecektir. Her ne kadar ilk derece mahkemelerinin kararları Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından hem hukukilik denetimi hem de somut olay incelemesi yapılarak heyet denetimine tabi ise de her karara karşı yargı yolu açık olmadığı gibi yargı yolu süresinin geçirilmiş olabilmesi de mümkündür. Yine ticari hayatta sürat ve güvenin sağlanabilmesi için ticari uyuşmazlıkların en erken ve adil şekilde çözüme kavuşturulması da gerekemekle, yargı yolunun açık olması da hak ihlalini ortadan kaldırmamaktadır. Bunun gibi iflas kararı, konkordatonun reddi kararı vb. konularda tek bir hakim karar vermesi ticari hayatın devamı ile müşteri çevresinin korunması ve ticari itibarın korunması bakımından son derece önemlidir⁸. Ayrıca bu aşamada kanun yolunda bulunan davada ihtiyati tedbir talepleri bakımından da bu tedbir talebinin hangi mahkemeden isteneceği konusunda boşluk bulunmakla, tedbir talep edilememekte ve dava konusu, kanun yolu aşamasından sonra lehe sonuç alınsa dahi kaybedilebilmektedir⁹.

⁸ Nitekim böyle bir durumun farkı yoktur: “Bu husus Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren ve taşrada işlenen kasten öldürme suçuna orada müstakil bir Ağır Ceza Mahkemesi bulunması nedeniyle Asliye Ceza Mahkemesince bakılmasından farklı değildir. Toplu mahkeme sistemi, tartışma ve fikir alışverişine imkan vererek daha isabetli kararlar verilmesine hizmet etmektedir. Nitekim Kanun maddesinin gerekçesinde “...bu düzenlemeyle, içeriği ve sonuçları itibarıyla son derece önem arz eden uyuşmazlıkların heyet halinde görülmesi benimsenmiştir.” denilmek suretiyle kanun koyucu bu sistemle ticari davalar içinde özellik ve önem arz eden, özellikle mutlak ticari davaların heyet halinde yargılamasının yapılarak üç hakim denetim ve gözetiminde hataların asgari seviyeye düşürülmesini amaçlamıştır.” (Söz konusu başvurunun gerekçesinden.)

⁹ Dava öncesinde ya da dava süresince, dava konusu üzerinde talepte bulunan kimsenin, ileride elde etmesi muhtemel olan hakkını korumaya yönelik bir hukuki güvence olan ihtiyati tedbirler, Kanunun açık hükmü gereği, dava açılmadan önce davanın esası hakkında görevli ve yetkili mahkemeden ve dava açıldıktan sonra ancak davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir. Bölge Adliye Mahkemelerinin hayata geçmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunun 360. maddesinin atfı ile birlikte bu aşamada istinaf merci olay incelemesi yapabileceğinden ve artık görevli mahkeme olacağından bu aşamada sorun bulunmamaktadır. Ancak dosya, temyiz kanun yolu aşamasında iken tedbire ilişkin taleplerin nereye yapılması gerektiği konusunda Kanunda hüküm bulunmamaktadır ve Yargıtay uygulaması da temyiz aşamasında tedbir istenemeyeceği yönündedir. Ancak böyle bir halde dava konusu, dava kazanılsa bile, kaybedilecektir. Uygulamadaki bu sorun hakkında bkz. Ejder Yılmaz, ‘Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Kararı Verme Yetkisi’ (2009) [2] Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 213

Tüm bu sorunlar karşımıza özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı ve kanuni hakim ilkesi çıkmaktadır.

a) Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Değerlendirme

Adil yargılanma hakkına ilişkin ilk ihlalin mahkemeye erişim hakkı bağlamında olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının ön koşuludur¹⁰. Mahkemeye erişim hakkı, herkesin, bir uyuşmazlık hakkında kişisel hak ve yükümlülükleri hakkında bir sonuç alabilmek adına hukuki bir sorunu mahkeme önüne taşıyabilmesi adına mahkemeye erişim olanağı olarak karşımıza çıkarmaktadır¹¹. Bu noktada kişinin mahkemeye başvurmamasını engelleyen veya ‘mahkeme kararını anlamsız, etkisiz hale getiren sınırlamalar’, mahkemeye erişim hakkını ihlalinin doğuracaktır¹².

Mahkemeye erişim hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla da sınırlamalara tabidir. Anayasa’nın 36. maddesinde, mahkemeye erişim hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, herhangi bir tanımlama yapmaksızın kabul ettiği bir haktır, dolayısıyla bu hak için uygulanacak olan sınırlandırmalar, bu hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde olmamalıdır¹³. “Ashingdane/Birleşik Krallık” ve “Bayar ve Gürbüz/Türkiye” kararlarında da yer aldığı üzere, sınırlama, meşru bir amaç dahilinde olmalı ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmalıdır¹⁴.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi de mahkemeye başvuru hakkının, adil yargılanma hakkının önkoşulu olduğunu ifade eder. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2010/41,9.2.2012

Sözleşmenin 6. maddesinde “Herkes davasının ... esası konusunda karar verecek olan... bir mahkeme tarafından... görülmesini isteme hakkına sahiptir.” ibaresi yer almaktadır.

¹¹ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ise mahkemeye erişim hakkı, suç isnadı altındaki veya medeni haklarını icra etmesine yapılan müdahalenin keyfi olduğunu savunulabilir şekilde öne süren ve bu şikayetini Sözleşme’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sağladığı güvencelere sahip bulunan bir mahkeme nezdinde öne süremediğini iddia eden herkese açıktır” (bkz. özellikle, Roche/Birleşik Krallık [BD], B. No: 32555/96, 19/10/2005, § 117; Stanev/Bulgaristan, [BD], B. No: 36760/06, 17/1/2012, § 229)

¹² B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52

¹³ bkz. Golder/Birleşik Krallık, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 38

¹⁴ bkz. Ashingdane/Birleşik Krallık, B. No: 8225/78, 28/5/1985, § 57; Bayar ve Gürbüz Kararı/Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 40

Usul kurallarının da hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi ile adaletin sağlanmasına hizmet etmek yerine, kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır¹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de benzer kararı mevcuttur¹⁶.

Bu bağlamda özellikle bugünün şartlarında toplumsal düzen ve ticari hayat bakımından oldukça önem taşıyan ticari davalara bakan Asliye Ticaret Mahkemeleri hakkında 5265 sayılı Kanunla, usul hukuku bakımından getirilmiş kural bu çerçevede “*ticaret mahkemeleri kurulan yerlerde*” ibaresi ile bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde alanında uzman ticaret mahkemelerine ve heyet ile görülmesi gereken işlerde uyuşmazlığın heyet tarafından çözümü için mahkemeye erişimi kısıtlamaktadır. Bu noktada söz konusu sınırlamanın “*iş yoğunluğuna göre*” mahkemelerin kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda makul meşru bir amacı olduğu söylene- mediği gibi belirlilik içermemektedir. Nitekim adil yargılanma hakkını ihlal eden böyle bir sınırlama kanun ile yapıldığı için meşru kabul edilse dahi doğuracağı sonuçlar bakımından orantılı olmayabilecektir. Ayrıca bu husus eşitlik ilkesine de aykırıdır. Belirlilik içermeyen böyle bir ibare yerine yine ekonomik olacak farklı uygulamalar gözetilebilirdi. Bölge Ticaret Mahkemelerinin kurulması veya bu gibi dosyaların heyete gönderilmesi¹⁷, Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakimlerinden bu gibi zorunlu hallerde heyet oluşturulması (bugün için teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin yargı alanına tahsisinden sonra duruşmaların çevrimiçi olarak yapılabilmesi dahi mümkündür) veya ceza yargılaması veya idari yargıda olduğu gibi en yakın Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesi gibi bir yöntem uygulanması çok daha adil olacaktır.

b) Kanuni Hakim İlkesi Bağlamında Değerlendirme

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde açıkça, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, kanun ile kurulmuş bir mahkeme

¹⁵ Çelik (n 2) 31 vd

¹⁶ Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı için bkz. Efsthathiou ve Others/Yunanistan, B. No: 36998/02, § 24

¹⁷ Bu yönde görüş için bkz. Karara konu başvuru gerekçesi: “Asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme biçiminde yapılanmalarında fayda vardır. Mevcut sistem; hukuka Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkına ve hükümdeki değişikliğin amacına aykırıdır. Bu sebeple hükmün, asliye hukuk mahkemelerinin bu özellikteki dosyalarını heyete gönderebileceği şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Ya da bölge ticaret mahkemeleri kurularak bu sorun çözülebilir.”

tarafından davanın dinlenilmesini isteme hakkından söz edilmiştir. Bu husus, Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının da zımni bir unsuru olarak değerlendirilmiş¹⁸, Anayasa'nın 37. maddesinde de ayrıca yargılamayı yapan mahkemenin yasayla kurulması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Anayasamızın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini belirtilen hüküm de kanuni hakim ilkesinin incelenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanuni hakim düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da kişinin henüz bir uyuşmazlık çıkmadan önce, bir konuda uyuşmazlık yaşaması halinde hangi mahkemede davanın görüleceği konusunda önceden ve “kesin olarak” bilmesini gerektiren bir hükümdür¹⁹. Hemen belirtilmelidir ki kanuni hakim ilkesi yalnız mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alan konuların belirlenmesini değil, her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dahil, mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin tüm düzenlemeleri ifade etmekte, mahkemelerin görev ve yetki alanlarının açık ve anlaşılır biçimde tespit edilmesi gereğini ortaya koymaktadır²⁰. Ancak görülmektedir ki Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemeleri bakımından mahkemelerin kuruluşu noktasında “iş yoğunluğu” gözetilmesi dışında bir belirlilik sağlanamamaktadır.

Bu husus aynı anda hukuki güvenlik ilkesi ile de ilgilidir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin temelidir. Hukuki güvenlik ilkesi, normların belirli olmasını, sonuçlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin hukuki eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de güven duygusunu zedeleyici norm ve yöntemlerden kaçınmasını gerektirir²¹. Bu çerçevede de bir uyuşmazlık hakkında nerede olursa olsun aynı konudaki veya değerdeki davalara aynı şekilde kurulmuş mahkemeler bakmalıdır. Bu husus toplum vicdanı, hukuk kurallarına duyulan saygı, adaletin eşit ve

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 2002/170, 5.5.2004

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 2002/170, 5.5.2004; Anayasa Mahkemesi, 2005/8, 20.11.2008; Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için bkz. Zand/Avusturya, B. No. 7360/76, 16/5/1977; Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre D'Ovidio/İtalya, B. No. 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, 18/12/1980

²⁰ Çelik (n 2) 64

²¹ Bu bağlamda açılan bir davaya farklı yargı çevrelerinde farklı sayılarda hakimlerin yetkili ve görevli kılınması; kamunun devlete güven duygusunu, beraberinde de hukuki güvenlik ilkesini zedelenmektedir (Söz konusu başvurunun gerekçesinden).

doğru sağlanabilmesi ve dolayısıyla kamu düzeni bakımından son derece önemlidir.

Anayasa'nın "Kanuni Hâkim Güvencesi" kenar başlıklı 37. maddesi²² açısından, Kanunda, özellikle adaletin daha sağlıklı ve hızlı yerine getirileceği düşüncesinden hareketle ticaret mahkemelerinin bakacağı davalar belirlenmiş olduğundan ve yalnızca bazı yerlerde bu alanda iş yükünün az olmasından dolayı ticaret mahkemesi kurulmamış olması gerekçesi ile bu uyuşmazlıkların tek hakimli mahkemelerde görülecek olması kanuni hakim ilkesini ve yine hukuki güvenliği ihlal etmektedir. Nitekim her ne kadar ayrıca asliye hukuk mahkemesinde görüleceği belirtilmiş olsa da bir yere daha sonra bir ticaret mahkemesi kurulabileceği gibi, iş yoğunluğunun azalması üzerine kapatılabilmesi de mümkündür. Daha önemlisi de devlet buna ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmelidir ve bu noktada o bölgede o alanda dava sayısının az olması gerekçe oluşturmamalıdır. Böyle bir durumun neticesi hakların ihlali ile değil, yukarıda bahsettiğimiz üzere Bölge Ticaret Mahkemelerinin kurulması, Asliye Hukuk Mahkemeleri hakimlerinde heyet oluşturulması veya en yakın Asliye Ticaret Mahkemesi gönderilmesi gibi çözümler olmalıdır. Kanuni hakim güvencesi ile mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün yasal düzenleme ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirmektedir.

B. ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN BAŞVURUNUN İLK İNCELEME AŞAMASINDA REDDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

a) Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan somut norm denetimi başvurusu üzerine ilk incelemede karar somut norm denetiminin şartları üzerinde, mahkemenin yetkisizliği noktasında toplanmıştır. Somut norm denetiminde davaya bakan mahkeme, davada uygulanacak kanun ya da cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya aykırı bulması ya da taraflardan birinin öne sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasını ciddi veya haklı bulması sonucunda Anayasa Mahkemesi'ne itiraz eder ve kanun ya da cumhurbaşkanlığı

²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 (Mükerrer), Madde 37 şu şekildedir: "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

ğı kararnamesinin anayasaya uygunluğunu denetlemesini isteyebilir²³. Somut norm denetimi hak kayıplarının önüne geçilmesi ve hukuka aykırılığın giderilmesi konusunda en önemli denetim yollarından bir tanesidir. İtiraz yolunda, başvuru konusu normun anayasaya uygunluğunun denetimi, görülmekte olan bir dava aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu çerçevede itiraz yolunun koşulları: Bakılmakta olan bir davanın varlığı, davaya bakılmakta olan bir mahkemenin varlığı, davada uygulanacak bir normun varlığı, mahkemenin olayda uygulanacak hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmış olmasıdır²⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir başvuru halinde somut norm denetiminin şartları ile ilgili “ilk inceleme” aşaması geçilmeden yapılan iptal istemleri hakkında esastan bir karar verilemez²⁵. İtiraz başvurularında belirtilen hususlarda başvurunun uygun olmadığına karar verilirse işin esas incelemesine geçilmez ve başvuru reddedilir²⁶. İncelemeye konu kararda, Anayasa Mahkemesi'nin de ilk incelemede verdiği red kararı, somut norm denetimi ile mahkemenin başvurusu üzerine, “*davada uygulanacak bir norm olmadığından*” bahisle, başvuru hakkında mahkemenin yetkisizliği noktasındadır.

b) Davaya Uygulanacak Norm Konusu

Somut norm denetimi yolunda, anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine götürülecek kural ancak mahkemenin önündeki davada uygulanacak bir norm olmalıdır. Hangi kuralın “davada uygulanacak norm” kapsamında kabul edileceği ise öğretide tartışmalıdır. Davada uygulanacak normun, yargılama sürecindeki tüm kurallardan mı yoksa sadece mahkeme kararına doğrudan etki edecek kuralların mı bu kapsamda sayılacağı tartışma yaratmakla, dolayısıyla bir tanesi geniş diğeri ise dar yorumu barındıran temelde iki görüş bulunmaktadır.

Yazarlardan *Aliefendioğlu ve Kıratlı*, özünde, ancak davanın esasına etki edecek bir normun somut norm denetimi kapsamına alınabileceğini

²³ Çağlar Bilgin, ‘Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu’ (1988) [3] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 350, 351

²⁴ Bilgin (n 23) 352 vd

²⁵ Ali Karagülmez, ‘İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması’ in Mehmet Turhan and Hikmet Tülen Hikmet (eds.), Anayasa Yargısı İncelemeleri-1 (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2006) 191

²⁶ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün ilk inceleme aşaması ile ilgili 48. ve devamı maddeleri

savunmuşlardır. Aliefendioğlu, “... Hakim bir kuralı uygulamadan karar veremeyecek durumda ise, bu kuralı Anayasa Mahkemesine getirmesi gerekir.”²⁷ ifadesi ile Kıratlı ise: “...kanun koyucu davada uygulanacak bütün kanunları kastetmek isteseydi ‘bütün’ kelimesini kullanarak bunu açıkça belirtebilirdi. Bunu yapmadığına göre, kanun ifadesinin yorumlanmaya ihtiyacı var demektir. Yorumlama gerekince, bunun en geniş şekilde yapılması her zaman arzulanan bir şey değildir ...diyebiliriz ki, ... kanunun Anayasaya aykırılığı meselesi çözümlenmeden verilemiyorsa, bu kanunun Anayasaya aykırılığının Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi gerekir.”²⁸ açıklamaları ile davada uygulanacak norm konusunun daha dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir²⁹.

Katıldığımız diğer görüş ise kişilerin hak ve özgürlüklerinin ön planda olmasından dolayı, özellikle anayasaya aykırılığın söz konusu olduğu bir halde, gerçek bir güvence sağlayacak şekilde geniş yorumlama yapılması gerektiği yönündedir. Karamustafaoğlu bu konuda “davada uygulanacak norm” koşulunu son derece biçimsel uygulayarak yorum yolunu daraltmanın, gerçek bir hukuk devletinde geçerli olan koruyuculuk ve yargı denetimi ilkelerinin güçsüzleşmesine neden olacağını ifade etmiştir³⁰. Armağan, burada uygulanacak kuralın, taraflardan birine uygulanacak her kanun olarak anlaşılması gerektiğini, kanunun sonucu etki edip etmediği yönünde bir değerlendirmenin yapılmasının kötü kullanılmaya sebep olabileceği görüşündedir³¹. Armağan’ın geniş yorumu destekleyen tespit ve ifadesi şu şekildedir: “...dava esnasında ‘ehemmiyetsiz telakki olunmakla beraber hüküm verilmesinde ve yazılmasına neticeye esas olan ve karara tesir eden bir ‘teferruat kanun’unun varlığı halinde, vaziyet ...nazik olur. Bu gibi hallerde, ferdi hak ve hürriyetlerin, ‘ehemmiyetsiz’ bir kanunla

²⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, ‘Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu’ (1984) 1 [1] Anayasa Yargısı Dergisi, 101, 123

²⁸ Metin Kıratlı, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu) (AÜSBF Yayınları Sevinç Matbaası 1966) 80-81

²⁹ Özbudun bu konuda dar yorumun somut norm denetiminin niteliğine daha uygun düşeceğini belirtmiştir. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (16th edn, Yetkin Yayınları 2016) 443; Benzer yönde bkz. Bülent Tanör and Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası-na Göre Türk Anayasa Hukuku (Beta Yayınları 2012) 522

Benzer yönde görüş için ayrıca bkz. Kemal Fikret Arık, ‘Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında (Mukayeseli bir inceleme)’ (1961) 52 [9-10] Adalet Dergisi 831, 843 dn. 1

³⁰ Tuncer Karamustafaoğlu, ‘İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta olan Dava’ (2017) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 297, 301

³¹ Servet Armağan, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1967) 85- 86

*‘ehemmiyetli’ bir ihlale uğramaları bahis konusudur ki, tecviz edilemez... Demek ki, prensip hukuki ihtilaflı hal zımında uygulanacak ve taraflara tesiri olan her kanun hakkında aykırılık def’inin ileri sürülebilmesidir.*³² Bilgin de hangi normun esasa etkili olup olmadığının belirlenmesinin zor olacağını, bunun keyfiliğe yol açabileceğini ve çoğu zaman da normun o davada uygulanıp uygulanmayacağını karar aşamasından sonra ortaya çıkacağını, bir dava sebebi ile uygulanan bir normun dava sonucunu etki etmediği bir çok örneğin bulunduğunu ve nihayet *“esasa etkili olup olmadığına ve davanın hangi aşamasında uygulandığına bakılmaksızın, 2949 Sayılı Yasanın deyimiyle ‘o dava sebebiyle’ uygulanacak tüm normları uygulanacak norm saymak”* gerektiğini ifade etmiştir³³. Bu bağlamda da görüşümüzü destekleyen şu ifadelere yer vermiştir: *“Böylece, maddi hukuka veya yöntem hukukuna ait olsun, hatta mahkemenin kuruluşuna, yargıç ya da savcının görev statüsüne ilişkin bulunsun, o dava sebebiyle uygulanacak tüm normlar hakkında somut norm denetimi yolu işletilebilir.”*³⁴

Anayasa Mahkemesi’nin her iki yönde de kararları mevcuttur³⁵. Özellikle eski tarihli kararları genişletici yorumu benimsemiş iken son

³² Armağan (n 31) 86-87

Aliefendioğlu da *“...‘uygulanacak kural’* deyimini mahkemenin o dava nedeniyle uygulama durumunda kalacağı tüm kurallar olarak anlamaktayız.” demekle geniş yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi (1st edn, Yetkin Yayınları 1996) 139

³³ Bilgin (n 23) 360

Tanör/Yüzbaşıoğlu da Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un konuya ilişkin düzenlemesinin uygulanacak kural kavramını geniş yorumlamaya elverişli olduğunu ancak bunun davada uygulanacak tüm kuralları kapsayacak şekilde anlamamak gerektiği görüşündedir. Bkz. Tanör and Yüzbaşıoğlu (n 29) 522

³⁴ Bilgin (n 23) 360

³⁵ *“...davada uygulanacak yasa kuralı, o davanın çeşitli evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönden etki yapacak nitelikte bulunan veya tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karara varmak için göz önünde tutulması gereken kuraldır...”* Anayasa Mahkemesi, 2017/166, 18.01.2018 (RG 27.02.2018/30345)

Anayasa Mahkemesinin sözü geçen kalıplaşmış tanımlamasını kullandığı kararlara örnekler: Anayasa Mahkemesi, 2017/131, 14.06.2017; Anayasa Mahkemesi, 2002/23, 28.02.2002; Anayasa Mahkemesi, 2017/160, 28.12.2017 (RG 31.02.2018/30318)

“...‘uygulanacak yasa kuralı’, bakılmakta olan davayı, yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye ve davayı sona erdirmeye yarayacak kurallardır.” Anayasa Mahkemesi, 1996/12, 19.03.1996

(<<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1996-8->

yıllardaki kararları dar yorumu esas almaktadır. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin önüne gelen normda aykırılık olup olmadığının tespitinden öte kuralın ilgili olayda uygulanacak olup olmadığının tespitini yapacak kadar somut olayın içeriğine inmesinde fayda bulunmamakla, bu tutum yerine genişletici yorumu benimseyerek yalnız normun aykırılığının tespiti üzerinde durması eş zamana mal olacaktır. Burada faydacı bir yaklaşım ve anayasa yargısının varlık amacı ile temelde, Anayasaya bir aykırılık varsa, bu durumun fark edildiği en kısa sürede ortadan kaldırılması yönünde bir bakış açısı ile uygulamaya gidilmesi gerekmektedir.

Nitekim özellikle, yalnız itiraz yolu ile denetimin mümkün olabileceği bazı durumlarda, bu şekilde sıkı bir tutum sergilenmesi, bazı normlar üzerinde anayasal denetim yapılamaması sonucunu doğuracaktır³⁶. Diğer bir deyişle anayasa yargısı içerisinde yer alan somut norm denetimi yolunu tamamı ile kapatacaktır. Hukuk, insan hakları ve hukuk devleti temeline dayanan, gerektiğinde en kısa sürede hak ihlalinin ortadan kaldırarak yorum faaliyetini içerir. Sadece belirli durumlarda değil; her olay ve durumda göz önünde bulundurulmalıdır. İnsan hakları bireyi koruyan, devlete karşı ileri sürülen taleplerdir. Dolayısıyla mahkeme, önüne gelen olayda hak ve amacı temeli alarak, devlet ve toplumun yüksek amacı doğrultusunda ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik yorum yapma-

nrm.pdf> erişim tarihi 23.03.2024); "... Ancak, Anayasa'ya aykırı bulduğu kuralları uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yönetimince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya esas olacak kuraldır." Anayasa Mahkemesi, 2003/63, 08.07.2003 (<<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> Dosyalar/Kararlar/Karar PDF/2003-71-nrm.pdf> erişim tarihi 23.03.2024)

Geniş yorumu içeren eski tarihli kararları da mevcuttur: Örnek için bkz. Mahkemenin kuruluşu ve yargılama yöntemleriyle ilgili kuralları hakkında, Anayasa Mahkemesi, 1974/35, 6.5.1975 (AMKD [13] 488)

Duran, Anayasa Mahkemesinin bu konuda uygulamaları bakımından, 1970'li yıllarda verdiği kararlarındaki gibi liberal içtihatlarını mı devam ettireceği, yoksa bunun yerine uzun yıllardır yaptığı gibi daraltıcı uygulamaları ile yoluna devam mı edeceği yönünde yapılan belirlenimin, Mahkemenin, demokratik hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme ve Anayasayı koruma şeklindeki görevini ne derece gerçekleştirebileceğini ortaya koyacağını ifade etmiştir. Bkz. Lütfi Duran, 'Türkiye'de Anayasa Yargısının İflevi ve Konumu' (1984) [4] Anayasa Yargısı Anayasa Mahkemesinin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda (Bildiriler)- Anayasa Mahkemesi Yayınları 57

³⁶ Özen Ülgen, İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme (1st edn, Beta Yayınları 2013) 287

lıdır³⁷. Bu noktada gereken yerde genişletici yorumun benimsenmesi adaletin tesisine hizmet edecektir³⁸.

c) Başvuruya Konu Kuralın Davada Uygulanacak Olumsuz Etki Eden ve Usule İlişkin Bir Kural Olması

Anayasa Mahkemesi, bir uyumsuzluğa konu davanın, değişik evrelerinde ortaya çıkacak sorunların çözümünde olumlu ya da olumsuz etki yapacak türde kurallar ile tarafların iddia ve savunmaları hakkında bir karar vermek için doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılacak olan kurallar şeklinde bir kıstas ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin, “davada uygulanacak olan kural” ile ilgili olmak üzere kıstaslarından bir diğeri ise davanın sonuçlandırılmasında olumsuz etki yapacak nitelikte kurallardır³⁹. Özellikle yargı yolunu kapatan kurallar bakımından bu yönde inceleme yapıldığı Anayasa Mahkemesi kararlarında görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, mahkemelerin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümlerinin de “davada uygulanacak kural” olduğundan hareket ederek incelediği kararları mevcuttur⁴⁰. O halde Anayasa

³⁷ Zühtü Arslan, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler’ (2000) [17] Anayasa Yargısı Dergisi 274, 290

³⁸ Anayasa Mahkemesi, Sayıştay’ın itiraz yolu ile anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunduğu bir kararında özellikle Anayasamızın 152. maddesinde geçen ‘dava’ kavramını geniş yorumlamış ve her usul hukuku dalında ayrı içerik ve şekillere büründüğünü belirterek, bu alanlardan birine bağlı kalınarak yapılacak tanımın diğer yargı kollarında görülen işlerin dava kapsamı dışında bırakılması riskini ortaya çıkardığını ve bunun da anayasa yargısının işlevi ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2014/172, 13.11.2014. Anayasa Mahkemesi burada amaçsal yorum ile genişletici ilkeyi benimsemiştir. Bu yönde tespit, açıklamalar ve karar için bkz. Fatih Akıncı, Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum (2002) 10 [2] Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 839, 864

³⁹ “Dava konusu alacağın miktarı bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca kesin olması ve Yargıtay yolu kapalı olması durumlarının Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile ilk derece mahkemesi tarafından yapılan bir başvuruda, anılan olumsuz nitelikteki kural davada uygulanacak norm olarak kabul edilmiş ve inceleme yapılmıştır”: Anayasa Mahkemesi, 1985/23, 20.01.1986 (RG 16.04.1986/19080)

⁴⁰ Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 1964/50, 10.03.1965 (AYMKD [3] 105-106); Anayasa Mahkemesi, 1970/63, 13.04.1971 (AYMKD [9] 453-454); Anayasa Mahkemesi, 1974/35, 6.5.1975 (AYMKD [13] 489)

“Anayasa Mahkemesinin, temel amacı Anayasaya aykırı olan normların ayıklanarak kamu düzeninin sağlanması olan itiraz yolunda, somut olayın özelliklerine göre davanın her aşamasında ortaya çıkacak sorunların çözümünde etkili olan kuralları davada uygulanacak kural kabul edip genişletici yorumda bulunduğunu söylemek yanlış olma-

Mahkemesi, özellikle eski tarihli kararlarında, bir davada uygulanan tüm kuralları; davanın esasının yanı sıra mahkemelerin kuruluşuna, görevine, bu kuruluşta görev alan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının görevlendirmelerinin hukuka uygun yapıp yapılmadığına, yargılama usulüne ilişkin normlar da dahil; davada uygulanacak olan norm olarak kabul etmektedir⁴¹.

Anayasa Mahkemesinin 1974 yılında vermiş olduğu 773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 1. ve 6. maddelerinin Anayasa aykırılığı iddiası ile ilk derece mahkemesi tarafından yapılan bir itiraz başvurusuna ilişkin kararda⁴²

yacaktır.” Bkz. Ümit Mehmet Kadıgil ‘İtiraz Başvurularında ‘Davada Uygulanacak Kural’ Sorunu’ in Mehmet Turhan and Hikmet Tülen Hikmet (eds.), Anayasa Yargısı İncelemeleri-1 (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2006) 259, 266

⁴¹ Özen Ülgen, ‘İtiraz Yolu Başvurularında Uygulanacak Kural Sorunu’ in Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen and Ali Rıza Çoban (eds.) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2012) 203, 205

1960 Anayasası döneminde verdiği bir kararında: “...Esasen bir dâvada uygulama yeri bulunan Kanun hükmü deyim veya kavramı, o dâvada sadece dâvayı açan belgede uygulanması istenen hükümleri değil, aynı zamanda dâvanın esasına etkili ve sonucu da değiştirecek nitelikte olup, dolaylı biçimde uygulanacak hükümleri de kapsamaktadır. Kaldı ki, sözü geçen deyme böyle bir kapsam tanımak, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesiyle güdülen amaca da uygun düşmektedir. Çünkü bu denetimin asıl ereği yasalardaki Anayasa'ya aykırı olan kuralların olabildiği ölçüde ayıklanıp ortadan kaldırılmışım saplamaktır.” Anayasa Mahkemesi, 1971/28, 08.07.1971 (RG16.06.1972/14217)

⁴² “Önüne dava getirilen bir mahkemenin o davaya bakabilmesi için aranacak ilk koşul, mahkemenin kuruluşunun ve bu kuruluşta görev alan hâkim ve savcılarının görevlendirilmelerinin hukuka uygun bulunmasıdır. Kuruluşun hukuka uygunluğunda yahut bir kuruluşta görev alanların durumlarında kuşku uyandıran bir yön varsa yahut mahkemenin kuruluşunun birtakım nedenlerle hukuka aykırılığı o davada ileri sürülmüşse, mahkemenin böyle bir durum karşısında yapacağı ilk iş, kendi kuruluşunda veya bu kuruluşta görev alanların durumlarında hukuka uygunluk bulunup bulunmadığını incelemektir. Bu tür bir inceleme ise ancak ve ancak o mahkemenin kuruluşuna ve bu kuruluşta görev almaya ilişkin hukuk kurallarının hangilerinin olduğunu belirttikten sonra durumun o kurallarla karşılaştırıp soyut hukuk kuralları ile kendi somut durumu arasında uygunluk bulunup bulunmadığını araştırmak yolu ile olur. Hukuk dilinde, belli bir eylemli durumu belli hukuk kuralı veya kuralları ile karşılaştırıp eylemli durumun kurala uyup uymadığını araştırma, hukuk kuralını uygulama olarak anılır. Belli bir davaya bakmakta olan Devlet Güvenlik Mahkemesinin kuruluşuna ve bu kuruluşta görev almaya ilişkin bir itiraz ileri sürülmüş olması karşısında mahkemenin tutacağı yol, kendi kuruluşunu ve bu kuruluşta görev almayı düzenliyen 1773 sayılı Yasa kuralları ile kendi durumunu karşılaştırarak bir sonuca varmaktır ki, bu işlem dahi 1773 sayılı Yasanın

mahkemenin, önüne gelen davada, karar verebilmesi için aranacak ilk koşulun, mahkemenin kuruluşunun hukuka uygun bulunması gerektiğini, kuruluşun hukuka uygunluğunda şüphe uyandıran bir husus varsa veya yine mahkemenin kuruluşunun birtakım nedenlerle hukuka aykırılığı o davada ileri sürülmüşse, mahkemenin yapacağı ilk işin kuruluşunda hukuka uygunluk bulunup bulunmadığını incelemek olduğunu belirtmiştir. Bu karar ile Anayasa Mahkemesi, esas mahkemenin, kuruluşu, görevi ve buna benzer usule ilişkin hususların Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğini ve bu kuralların “davada uygulanacak olan norm” olarak kabul edildiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin, davada uygulanacak olan kuralı belirlerken ortaya koyduğu ölçüt, davada uygulanacak olan usul hükümlerini de kapsamaktadır. Bu bilgiler ışığında bir hüküm olumsuz etkisi bulunan bir usul normu da olsa davada uygulanacak norm kapsamında değerlendirilebilmelidir.

Ancak görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi, kendi görüşü doğrultusunda, yalnızca kendisine göre o davada uygulanacak olan kural olarak gördüğü kurallar üzerinde norm denetimini gerçekleştirmektedir⁴³. Kanaatimizce inceleme konusu başvuru açısından da bu şekilde olmuştur. Nitekim başvuruda da iptal talebine konu norm, tarafların o bölgede Asliye Ticaret Mahkemesi olmadığı için bu mahkemede dava açma yolunu kapatan, yani olumsuz etki eden bir normdur. Aynı zamanda norm mahkemelelerin kuruluşuna ilişkindir ve yargılama usulü bakımından da tarafların başta adil yargılanması hakkı kapsamında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu normun davada uygulanma olanağı olmadığından bahisle mahkemeyi, somut norm denetimine başvuru hususunda, yetkisiz görerek ilk incelemede verdiği red kararına katılmak mümkün değildir.

itiraz konusu 1. ve 6. maddeleri kurallarını o davaya uygulamak demektir.”: Anayasa Mahkemesi, 1974/35, 06.05.1975 (RG 11.10.1975/15380)

Benzer yönde: Mahkeme, kuruluşunun neredeyse ilk yıllarında, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 11 inci maddesinin B bendinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile yapılan bir itiraz başvurusunda verdiği kararında “...Dâva o zaman yürürlükte bulunan Askerî Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 3 üncü maddesine dayanılarak açılmış olmakla beraber görev yönünün mahkemece duruşmanın her hal ve derecesinde doğrudan doğruya nazara alınması gerektiğine göre iptali istenen ve görevi belli eden bendin bugün için mahkemenin uygulayacağı bir hüküm olduğunda şüphe bulunmadığı...” demek suretiyle bir usul hükmüne karşı olarak yapılan bir itiraz başvurusunda hükmün, davada uygulanacak olan kural olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 1964/50, 10.03.1965 (RG 20.06.1965/12032)

⁴³ Tanör and Yüzbaşıoğlu (n 29) 522; Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi (1st edn, Beta Yayınları 2004) 176

Öncelikle belirtmeliyiz ki somut norm denetimine başvurunun şartlarında bir tanesi, davaya bakmakta olan bir mahkemenin varlığıdır ki Anayasa Mahkemesi, mahkemeyi, bir kararında, *“bir davaya bakmakta olan, hakim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci”* şeklinde tanımlamıştır⁴⁴. Bununla beraber yine Anayasa Mahkemesi’ne göre davaya bakmakta olan mahkemenin, uyuşmazlığı çözmekte görevli mahkeme olması gerekmektedir⁴⁵. Anayasa Mahkemesi’nin kendisine başvuran mahkemenin görevli olup olmadığını incelemeye yetkisi olmadığı ileri sürülerek bu yöndeki içtihatları da eleştirilmiştir⁴⁶.

Bu noktada kararın karşı oyunda belirtilen bizim de katıldığımız bazı hususlara değinmekte fayda vardır: *“Başvuran mahkemenin Adalet teşkilatı içinde adı Düzce Asliye Hukuk Mahkemesi olarak nitelenmiş ise de kendisine bakmakta olduğu davanın konusu itibarı verilen yetki nedeniyle ticaret mahkemesi görevi ve sıfatı ile Mahkememize başvurduğu İptali istenen kural Ticaret Mahkemelerinin kuruluşundan ziyade yapılanmasına ilişkin olduğu düşünüldüğünde başvuran Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatı ile Düzce 1. Asliye Hukuk mahkemesi dilekçesinde tam da bu oluşumun yarattığı tabloya dikkat çekmiş, kendisinin bu davada Ticaret Mahkemesi olduğu kabul edildiğine göre Asliye Ticaret mahkemelerinin bizzat kurulduğu yerlerdeki yapısı ile benzeri yapıda bulunmayan geçici yetki ile görevli kendi mahkemesinde görülecek bu dava yönünden uygulama usul ve esaslarında gördüğü eksik ve yanlışlıkları ve bu manada bunların Anayasaya aykırılıklarını nitelemiş ve başvurmuştur.”* Nitekim Ticaret mahkemesi sıfatı ile Anayasa Mahkemesi’ne, mahkemenin kuruluşuna dair bir konuda adil yargılanma hakkına temel noktaya işaret ederek başvuru dahi yapamaz iken Ticaret mahkemesi sıfatı ile ve Ticaret Mahkemesinin yapılanmasından farklı olarak tek hakimle ile karar alabilmesi ne derece doğru olacaktır. Tersine bir durum açısından düşündüğümüzde ise bu hüküm zaten doğrudan Asliye Ticaret Mahkemesi olarak kurulmuş bir mahkemede olumsuz yönden etki edecek şekilde dahi uygulama olanağı bulamayacağından ve davada uygulanacak bir norm olarak değerlendirilmeyeceğinden asla somut norm denetimi yolu ile incelenmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir yaklaşımı bu konuyu bir

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 1967/15, 30.05.1967 (AYMKD [5] 119)

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 1963/41, 22.4.1963 (AYMKD [1] 231); Anayasa Mahkemesi, 1969/46, 6.1.1970 (AYMKD [8] 170-171); Anayasa Mahkemesi, 1976/9, 2.3.1976 (AYMKD [14] 56)

⁴⁶ Özbudun (n 28) 373-374

döngüye sokarak, bu kuralın aykırılığını asla değerlendirmeye almayacak hale getirmektedir. Bu noktada Mahkemenin bu sıfat ile başvuru hakkının bulunduğundan hareketle söz konusu hükmün tam da bu noktada bu mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi gerekir. Dolayısıyla başvuran mahkemenin görülen dava yönünden değil de kuruluştaki verilen ismi ile nitelenerek Anayasa Mahkemesine başvuru izni yetkisi bulunmadığı şeklindeki gerekçeye katılmak mümkün değildir. Burada yapılan başvuru özellikle ihlal ettiği hak çerçevesinde uygulanacak norm bakımından geniş yorumlanmalı ve olumsuz etki yaratan bir usul kuralı olarak değerlendirilmeli ve incelenmelidir. Biraz daha ileri gidersek, bu noktada Anayasa Mahkemesinin ilk incelemedeki kararı ile bir hususun üzerinde daha durmak gerekir ki o da şudur: Mahkemenin bu yönde yetkisiz olduğu vurgulanarak, yukarıda bahsettiğimiz sebeplerle başka bir merci somut norm denetimi açısından yetkili olamayacağından ayrıca Anayasanın 148. maddesinde yer alan hak ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır⁴⁷. Bu halde bu konu bireysel başvuru konusu yapılarak ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir. Bu durumda da bir sonuç alınmaz ise tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuru mümkün olabilecektir.

SONUÇ

Bir yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlayan birden çok hak vardır, adil yargılanma hakkı da bunlardan en önemlisidir. Karara konu olayda uyuşmazlıkta adil yargılanma hakkı temelinde iki noktada toplanmıştır. Bunlardan birincisi Anayasa Mahkemesi'nin red kararına temel oluşturan somut norm denetimi koşullarından biri olan "uygulanmakta olan norm"un ilgili başvuruda bulunup bulunmadığı noktasındadır. Bir diğer husus ise başvurunun gerekçesi bakımındandır. Gerek

⁴⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 (Mükerrer), Madde 148(3) şu şekildedir: "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin... ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir..."

Etkili Başvuru Hakkı kenar başlığını taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 13 şu şekildedir:

"Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

başvurunun sebebi gerekse de Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın gerekçesi bizi adil yargılanma hakkına götürmektedir.

Başvuru açısından yaptığımız değerlendirmeler sonucunda belirtmeliyiz ki mahkemelerin kuruluşuna ilişkin düzenlemelerin, hangi sebeple olursa olsun eşitliği, hukuki güvenlik ilkesini, adil yargılanma hakkını zedeleyebileceği düşünülemez. Bu bağlamda oldukça önem taşıyan ticari davalara bakan Asliye Ticaret mahkemeleri hakkında 5265 sayılı Kanunla, usul hukuku bakımından getirilmiş kural bu çerçevede “ticaret mahkemeleri kurulan yerlerde” ibaresi ile bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde alanında uzman ticaret mahkemelerine ve özellikle heyet ile görülmesi gereken işlerde uyuşmazlığın heyet tarafından çözümü için mahkemeye erişimi kısıtlamaktadır. Bu noktada söz konusu sınırlamanın “iş yoğunluğuna göre” mahkemelerin kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda makul meşru bir amacı olduğu söylenemez. Nitekim adil yargılanma hakkını ihlal eden böyle bir sınırlama meşru kabul edilse dahi doğuracağı sonuçlar bakımından orantılı değildir. Ayrıca eşitlik ilkesine de aykırıdır. Böyle bir ibare yerine yine ekonomik olacak farklı uygulamalar gözetilebilir, Bölge Ticaret Mahkemelerinin kurulması veya bu gibi dosyaların heyete gönderilmesi, Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakimlerinden bu gibi zorunlu hallerde heyet oluşturulması veya en yakın Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilmesi gibi bir yöntem uygulanabilirdi.

Anayasa'nın “Kanuni Hâkim Güvencesi” kenar başlıklı 37. maddesi açısından, Kanunda, özellikle adaletin daha sağlıklı ve hızlı yerine getirileceği düşüncesinden hareketle ticaret mahkemelerinin bakacağı davalar belirlenmiş olduğundan ve yalnızca bazı yerlerde bu alanda iş yükünün az olmasından dolayı ticaret mahkemesi kurulmamış olması gerekçesi ile bu uyuşmazlıkların tek hakimli mahkemelerde görülecek olması kanuni hakim ilkesini ve yine hukuki güvenliği ihlal etmektedir. Nitekim her ne kadar ayrıca asliye hukuk mahkemesinde görüleceği belirtilmiş olsa da bir yere daha sonradan ticaret mahkemesi kurulabileceği gibi, iş yoğunluğunun azalması ile kapatılabilmesi de mümkündür. Daha önemlisi de devlet buna ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmelidir ve bu noktada o bölgede o alanda dava sayısının az olması gerekçe oluşturmamalıdır. Böyle bir durumun neticesi, Anayasal hakların ihlali ile değil yukarıda bahsettiğimiz üzere Bölge Ticaret Mahkemelerinin kurulması, Asliye Hukuk Mahkemeleri hakimlerinde heyet oluşturulması veya en yakın Asliye Ticaret Mahkemesi gönderilmesi gibi çözümler olmalıdır. Kanuni hakim güvencesi ile mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün yasal düzenleme ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi ilk inceleme aşamasında, davada uygulanacak olan bir norm olmadığından bahisle red kararı vermiştir. Anayasa mahkemesinin davada uygulanacak norm olarak kabul etmediği ve mahkemeyi yetkisiz görerek reddettiği başvuruya ilişkin kuralın nasıl bir kural olduğu; davaya uygulanacak olumsuz etki eden bir usul kuralı olduğu belirlenerek bu yönde tespitler yapılmıştır. Nitekim başvuruda da iptal talebine konu norm, tarafların o bölgede Asliye Ticaret Mahkemesi olmadığı için bu mahkemede dava açma yolunu kapatan, yani olumsuz etki eden bir normdur. Aynı zamanda norm mahkemelerin kuruluşuna ilişkindir ve yargılama usulü bakımından da tarafların başta adil yargılanması hakkı kapsamında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu normun davada uygulanma olanağı olmadığından bahisle mahkemeyi yetkisiz göreyerek ilk incelemede red kararına katılmıyoruz. Mahkemenin bu yönde yetkisiz olduğu vurgulanarak değerlendirmeye alınmadığında, başka bir merci somut norm denetimi açısından yetkili olamayacağından, ayrıca Anayasanın 148. maddesinde yer alan hak ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır. Bu halde bu konu bireysel başvuru konusu yapılarak ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir. Bu durumda da bir sonuç alınmaz ise tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de götürülebilir.

KAYNAKÇA

Akıncı F, Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum (2002) 10 [2] Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 839

Aliefendioğlu Y, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi (1st edn, Yetkin Yayınları 1996)

Aliefendioğlu Y, 'Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu' (1984) 1 [1] Anayasa Yargısı Dergisi, 101

Armağan S, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1967)

Arık K F, 'Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında (Mukayeseli bir inceleme)' (1961) 52 [9-10] Adalet Dergisi 831

Arslan Z, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler' (2000) [17] Anayasa Yargısı Dergisi 274

Bilgin Ç, 'Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu' (1988) [3] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 350

Çelik A, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi (Bireysel Başvuru El Kitapları-3 Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014)

Duran L, ‘Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu’ (1984) [4] Anayasa Yargısı Anayasa Mahkemesinin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda (Bildiriler)- Anayasa Mahkemesi Yayınları 57

Kadıgil Ü M, ‘İtiraz Başvurularında ‘Davada Uygulanacak Kural’ Sorunu’ in Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen Hikmet (eds.), Anayasa Yargısı İncelemeleri-1 (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2006) 259

Kanadoğlu K, Anayasa Mahkemesi (1st edn, Beta Yayınları 2004) 176

Karagülmez A, ‘İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında İlk İnceleme Aşaması’ in Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen Hikmet (eds), Anayasa Yargısı İncelemeleri-1 (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2006) 191

Karamustafaoğlu T, ‘İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta olan Dava’ (2017) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 297

Kıratlı M, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu) (AÜSBF Yayınları Sevinç Matbaası 1966)

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (16th edn, Yetkin Yayınları 2016)

Özkan A F, ‘Türkiye’de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok Mu Uzak bir İhtimal?’ (2017) [132] TBB Dergisi 231

Tanör B and Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Beta Yayınları 2012)

Ülgen Ö, İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme (1st edn, Beta Yayınları 2013)

Ülgen Ö, ‘İtiraz Yolu Başvurularında Uygulanacak Kural Sorunu’ in Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen and Ali Rıza Çoban (eds), Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2012) 205

Yılmaz E, ‘Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Kararı Verme Yetkisi’ (2009) [2] Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 213



**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

KDV'den muaftır

ISSN 2146 - 6203

