

İŞLETME HUKUKU

Güncellenmiş
4. BASKI

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ



E K İ N

Basım Yayın Dağıtım

2012

© 2012 Ekin Yayınevi

Tüm hakları mahfuzdur. Bu kitabın tamamı ya da bir kısmı 5846 Sayılı Yasa'nın hükümlerine göre, kitabı yayınlayan yayınevinin izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ya da herhangi bir kayıt sistemi ile çoğaltılamaz, özetlenemez, yayınlanamaz, depolanamaz.

Sertifika No: 0607-16-008681

1. Baskı: Mart 2002
2. Baskı: Mart 2005
3. Baskı: Ekim 2009
4. Baskı: Şubat 2012

ISBN 978-605-5335-24-3

Sayfa Düzeni ve Kapak Tasarımı: Vildan TATLI

Baskı ve Cilt:

Star Ajans Ltd. Şti.
Alaaddinbey Mah. 634. sk.
NİLTİM Ayaz Plaza No: 24
Tel. (0224) 249 33 20
Sertifika No: 15366

EKİN Basım Yayın Dağıtım

Altıparmak Cad. Burç Pasajı
No.27-29 Osmangazi/BURSA
Tel .: (0.224) 220 16 72 - 223 04 37
Fax.: (0.224) 223 41 12
e-mail: info@ekinyayinevi.com
www.ekinyayinevi.com

4. BASKIYA ÖNSÖZ

Bu kitap İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri öğrencilerinin “*İşletme Hukuku*” derslerinde okutulmak üzere yazılmıştır. Bilindiği gibi İİBF’lerinin bazılarının ders programlarında Ticaret Hukuku dersleri yanında İşletme Hukuku bazılarında ise sadece İşletme Hukuku dersleri bulunmaktadır. İşletme Hukuku derslerinde genellikle Ticaret Kanununun 1. kitabı olan “Ticari İşletme Hukuku” okutulmaktadır. Bu gün için işletmeler açısından Tüketici Hakları, Rekabet Kuralları gibi yeni gelişen hukuk konuları büyük bir önem kazanmış bulunmaktadır

Amerikan eğitim sisteminde işletme öğrencilerine yönelik olarak okutulan “*Business Law*” (*İşletme Hukuku*) derslerinde tüm sayılan bu konular özetle okutulmaktadır.

Biz de akreditasyon çalışmaları çerçevesinde İşletme Hukuku derslerini içerik yönünden Amerikan Sistemine yaklaştırmak istedik. Bu nedenle “İşletme Hukuku” derslerinde okutulmak üzere; klasik Ticari İşletme Hukuku konularına ek olarak Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku, Tüketici Hakları, Sözleşme Hukuku, Rekabet Kuralları, İş Hukuku, Vergi Hukuku konularına da yer veren bir *İşletme Hukuku Ders Kitabı* hazırlamaya çalıştık. Konuların açıklanmasında 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu dikkate alınmıştır. Ancak bazı İİBF’lerde “İşletme Hukuku” dersleri yanında “Ticaret Hukuku” dersleri de olduğundan beş yüz sayfayı aşan bu kitabın her iki derste de kısım kısım okutulma olanağı da doğmaktadır.

Kitabın “Sözleşmeler Hukuku”, “İş Hukuku” ve “Vergi Hukuku” bölümleri genel esasları ihtiva edecek şekilde Doğan Şenyüz, tarafından yazılmıştır.

Av. Sibel Yılmaz Ticaret Hukukuna ait bölümlerin yeni kanuna göre güncellenmesinde desteğini esirgemedi. Kendisine teşekkür ediyoruz.

Kitabın tüm İİBF ve benzeri okul öğrencileri için yararlı olması tek dileğimizdir.

İ.Yılmaz ASLAN - Doğan ŞENYÜZ
Ocak, 2012, Bursa

KISALTMALAR

A.T.	: Avrupa Topluluğu
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
age	: adı geçen eser
APS	: Avrupa Patent Sözleşmesi
art	: article
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AVAD	: Avrupa Vakfı Dergisi
b	: bent
B	: Bası
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BATİHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BD	: Bursa Barosu Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: bakınız
C	: Cilt
c	: cümle
CMLR	: Common Market Law Review
Çev	: Çeviren
DrI	: Derleyen
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E/K	: Esas/Karar
ECR	: European Court Report
EEC	: European Economic Community
El Rev	: European Law Review
EnTas KHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Karar-name
f	: fıkra
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
K	: Kanun
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m	: madde
Mark KHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NK	: Noterlik Kanunu
Nr	: Numara
O.J.	: Official Journal
p	: page
Pat KHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s	: sayfa
S	: Sayı
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIP's	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TSHH	: Tüketici Sorunları Hakem Heyeti
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: Versus
vb.	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Vol	: Volume
VUK	: Vergi Usul Kanunu
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü
YKD	: Yargıtay Kararlar dergisi
Yön	: Yönetmelik

İÇİNDEKİLER

1. BÖLÜM İŞLETME VE TİCARİ İŞLETME

1. İŞLETME.....	1
1.1. GENEL OLARAK	1
1.2. İŞLETME ÇEŞİTLERİ	3
2. TİCARİ İŞLETME.....	4
2.1. GENEL OLARAK	4
2.2. TANIMI VE UNSURLARI	4
2.2.1. Tanımı	4
2.2.2. Unsurları	6
2.2.2.1. Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak	6
2.2.2.2. Sürekli Olma	7
2.2.2.3. Bağımsızlık	7
2.2.2.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma	8
2.3. TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI	9
2.4. TİCARİ İŞLETMENİN MERKEZİ VE ŞUBELERİ	12
2.4.1. Merkez	12
2.4.2. Şube	12
2.5. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ	14
2.6. TİCARİ İŞLETMENİN REHNİ	17
2.6.1. Genel Olarak	17
2.6.2. Ticari İşletme Rehini Sözleşmesi	18
2.6.3. Rehnin Kapsamı	19
2.6.4. Rehnin Hükümleri	21
2.6.5. Rehnin Paraya Çevrilmesi	22
2.6.6. Rehnin Sona Ermesi	22

2. BÖLÜM TİCARİ İŞLER VE TABİ OLDUKLARI HÜKÜMLER

1. GENEL OLARAK	23
2. TİCARİ İŞİN BELİRLENMESİ	24

2.1. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN HUSUSLAR	24
2.2. BİR TİCARİ İŞLETMEYİ İLGİLENDİREN İŞLER	24
2.3. TİCARİ İŞ KARİNESİ	24
2.4. TARAFLARDAN BİRİ İÇİN TİCARİ İŞ OLAN SÖZLEŞMELER	25
3. TİCARİ İŞ OLMAYA BAĞLANAN SONUÇLAR	26
3.1. TESELSÜL KARİNESİ	26
3.2. TİCARİ İŞLERDE FAİZ	27
3.2.1. Genel Olarak	27
3.2.2. Faiz Serbestisi (İradi Faiz)	28
3.2.3. Kanuni Faiz	29
3.2.4. Ticari Faize İlişkin Özel Hükümler	30
3.3. YASAK VE EN YÜKSEK SINIRI AŞAN İŞLEMLER	31
3.4. TİCARİ İŞLERDE ZAMANAŞIMI	32
4. TİCARİ HÜKÜMLER	33
4.1. GENEL OLARAK	33
4.2. TİCARİ HÜKÜMLERİN UYGULANMA SIRASI	33
4.2.1. Genel Olarak	33
4.2.2. Emredici Hükümler	34
4.2.3. Sözleşme Hükümleri	34
4.2.4. Ticari Hükümler	35
4.2.5. Ticari Örf ve Adet	35
4.2.6. Genel Hükümler	37
5. CARİ HESAP	37
5.1. GENEL OLARAK	37
5.2. CARİ HESABIN İŞLEYİŞİ	38
5.3. CARİ HESABIN HÜKÜMLERİ	39
5.4. CARİ HESABIN SONA ERMESİ	40
5.5. ZAMANAŞIMI	40
6. TİCARİ DAVALAR	41
6.1. MUTLAK TİCARİ DAVALAR	41
6.2. NİSPİ TİCARİ DAVALAR	42
6.3. HERHANGİ BİR TİCARİ İŞLETMEYİ İLGİLENDİRMEYEN HAVALA, VEDİA İLE FİKİR VE SANAT ESERLERİNE İLİŞKİN HAKLARDAN DOĞAN DAVALAR	42

3. BÖLÜM

TACİR SIFATI VE TACİR OLMANIN HÜKÜMLERİ

1. TACİR SIFATI	43
1.1. GENEL OLARAK	43
1.2. GERÇEK KİŞİLERİN TACİR SIFATI	43
1.2.1. Tanımı	43

1.2.2. Unsurları	44
1.2.2.1. Bir Ticari İşletmenin Varlığı	44
1.2.2.2. Ticari İşletmenin İşletilmesi	45
1.2.2.3. Ticari İşletmeyi Kısmen de Olsa Kendi Adına İşletme.....	45
1.2.3. Küçükler ve Mahcurlar	46
1.2.4. Ticaret Yapmaktan Men Edilenler.....	47
1.3. TÜZEL KİŞİLERİN TACİR SIFATI	48
1.3.1. Genel Olarak	48
1.3.2. Ticaret Şirketleri.....	48
1.3.3. Ticari İşletme İşleten Dernekler ve Vakıflar	49
1.3.4. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Teşekkül ve Müesseseler.....	49
1.3.5. Donatma İştiraki.....	51
2. TACİR OLMANIN HÜKÜMLERİ.....	51
2.1. GENEL OLARAK	51
2.2. İFLASA TABİ OLMA	52
2.3. TİCARET UNVANI SEÇME VE KULLANMA ZORUNLULUĞU	53
2.3.1. Genel Olarak	53
2.3.2. Tescil	54
2.3.3. Ticaret Unvanının Şekli	55
2.3.3.1. Genel Olarak	55
2.3.3.2. Gerçek Kişilerin Ticaret Unvanı.....	55
2.3.3.3. Adi Şirketin Ticaret Unvanı.....	55
2.3.3.4. Kollektif ve Komandit Şirketlerin Ticaret Unvanları	56
2.3.3.5. Limited, Anonim ve Kooperatif Şirketlerin Ticaret Unvanı	57
2.3.3.6. Diğer Tüzel Kişi Tacirler	57
2.3.3.7. Donatma İştirakinin Ticaret Unvanı	58
2.3.3.8. Ekler	58
2.3.3.9. Şubelerin Ticaret Unvanı	58
2.3.4. Ticaret Unvanı Üzerindeki Hak ve Korunması.....	59
2.3.5. Ticaret Unvanının Devri.....	60
2.3.6. İşletme Adı.....	60
2.4. TİCARET SİCİLİ VE SİCİLE TESCİL YÜKÜMLÜLÜĞÜ	61
2.4.1. Genel Olarak	61
2.4.2. Ticaret Sicili Teşkilatı	62
2.4.3. Tescil	63
2.4.4. Sicil Memurunun İnceleme Görev ve Yetkisi	65
2.4.5. Tescilin ve İlanın Etkisi	65
2.5. TİCARİ DEFTER TUTMA ZORUNLULUĞU	66
2.5.1. Genel Olarak	66
2.5.2. Defter Tutma Yükümlülüğü.....	67
2.5.2.1. Kapsamı	67

2.5.2.2. Sorumluluk	68
2.5.2.3. Defterlerin Saklanması	68
2.5.2.4. Tasdik ve Beyan Yükümlülüğü	69
2.5.3. Çeşitli Defterler	70
2.5.3.1. Yevmiye Defteri	70
2.5.3.2. Defteri Kebir	70
2.5.3.3. Envanter, Bilanço ve Finansal Tablolar	70
2.5.3.4. Karar Defteri	71
2.5.3.5. Diğer Defterler	72
2.5.4. Ticari Defterlerin Teslim ve İbrazı	72
2.5.5. Ticari Defterlerin Delil Olarak Kullanılması	73
2.5.5.1. TACİRİN LEHİNE DELİL OLMA	74
2.5.5.2. TACİRİN ALEYHİNE DELİL OLMA	75
2.5.5.3. CEZAİ SORUMLULUK	77
2.6. BASİRETİLİ BİR İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA	77
2.7. TACİRLER ARASI İHTAR VE İHBARLAR	78
2.8. TİCARET KARİNESİ	79
2.9. ÜCRET VE FAİZ İSTEME HAKKI	80
2.10. FATURA VE TEYİT MEKTUBU	80
2.11. ÜCRET VE CEZANIN İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEME	82
2.12. TİCARİ ÖRF VE ADETE TABİ OLMA	82
2.13. ODAYA KAYDOLMA ZORUNLULUĞU	82
2.14. HAPİS HAKKINI KULLANMADA KOLAYLIKTAN YARARLANMA	83
2.15. TİCARİ SATIŞ VE TRAMPA	83

4. BÖLÜM

TACİR YARDIMCILARI

1. GENEL OLARAK	85
2. BAĞLI TACİR YARDIMCILARI	86
2.1. TİCARİ TEMSİLCİ	86
2.1.1. Tanımı	86
2.1.2. Atanması	86
2.1.3. Temsil Yetkisinin Kapsamı	87
2.1.4. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	88
2.2. TİCARİ VEKİL	89
2.2.1. Tanımı	89
2.2.2. Atanması	90
2.2.3. Temsil Yetkisinin Kapsamı	90
2.2.4. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi	91
2.3. REKABET YASAĞI	91

2.4. PAZARLAMA SÖZLEŞMESİ VE PAZARLAMACI	92
2.4.1. Tanımı	92
2.4.2. Atanması	92
2.4.3. Pazarlamacının Yükümlülük ve Yetkileri.....	93
2.4.4. İşverenin Özel Yükümlülükleri	93
2.4.4.1. Faaliyet Alanı	93
2.4.4.2. Ücret	94
2.4.4.3. Harcamalar	95
2.4.5. Hapis Hakkı	95
2.4.6. Pazarlama Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	95
3. BAĞIMSIZ TACİR YARDIMCILARI.....	96
3.1. SİMSAR (TELLAL).....	96
3.1.1. Genel Olarak	96
3.1.2. Tanımı ve Unsurları	97
3.1.2.1. Tanımı	97
3.1.2.2. Unsurları	97
3.1.3. Ücret.....	97
3.1.5. Tellallığın Sona Ermesi.....	98
3.2. ACENTE	98
3.2.1. Genel Olarak	98
3.2.2. Tanımı, Unsurları ve Çeşitleri	99
3.2.2.1. Tanımı	99
3.2.2.2. Unsurları	100
3.2.2.3. Çeşitleri	101
3.2.3. Temsil Yetkisi	101
3.2.4. Borçları	102
3.2.5. Hakları	103
3.2.6. Müvekkilin Borçları	105
3.2.7. Acente Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	106
3.2.8. Denkleştirme İstemi	106
3.2.9. Rekabet Yasağı Anlaşması	109
3.2.10. Acenteye İlişkin Hükümlerin Uygulanma Sahası	110
3.3. KOMİSYONCU	111
3.3.1. Genel Olarak	111
3.3.2. Tanımı ve Unsurları	111
3.3.2.1. Tanımı	111
3.3.2.2. Unsurları	112
3.3.3. Borçları	112
3.3.4. Hakları	113
3.3.5. Komisyoncunun Taraf Olması	114
3.3.6. Sona Ermesi	115

3.4. TAŞIMA İŞLERİ KOMİSYONCUSU	115
3.4.1. Tanımı ve Unsurları	115
3.4.1.1. Tanımı	115
3.4.1.2. Unsurları	115
3.4.2. Borçları	116
3.4.3. Hakları	116
3.4.4. Komisyoncunun Taşıma İşini Kendi Üzerine Alması	116
3.4.5. Zamanaşımı	116
4. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ	117
4.1. TANIMI	117
4.2. UNSURLARI	117
4.2.1. Süreklilik	117
4.2.2. Kendi Adına ve Hesabına Hareket	118
4.2.3. Tek Satış Hakkı	118
4.2.4. Satış Arttırma Faaliyetlerinde Bulunma	119
4.3. HUKUKİ MAHİYETİ	119

5. BÖLÜM

HAKSIZ REKABET VE ALDATICI REKLAMLAR

1. HAKSIZ REKABET	121
1.1. GENEL OLARAK	121
1.2. TANIMI	122
1.3. HAKSIZ REKABET HALLERİ	123
1.3.1. KÖTÜLEMEK	124
1.3.2. KENDİNİ VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ REKABETTE AVANTAJLI DURUMA GETİRMEK	125
1.3.3. HAKKI OLMAYAN UNVANLARI, MESLEK, DERECE VE SEMBOLLERİ KULLANMAK	126
1.3.4. KARIŞTIRILMA	126
1.3.5. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM	127
1.3.6. GÖSTERMELİK İLE ALDATMA	128
1.3.7. EK EDİMLERLE MÜŞTERİYİ GERÇEK DEĞER HAKKINDA ALDATMAK	130
1.3.8. MÜŞTERİLERİN KARAR VERME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ İLE SINIRLAMAK	130
1.3.9. GİZLEME	131
1.3.10. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ HAKSIZ REKABET HALLERİ	131
1.3.11. SÖZLEŞMEYİ İHLALE VEYA SONA ERDİRMeye YÖNELTMEK	132
1.3.12. BAŞKALARININ İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA	133
1.3.13. ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI İFŞA ETMEK	134

1.3.14. İŞ ŞARTLARINA UYMAMAK.....	134
1.4. HAKSIZ REKABET NEDENİYLE AÇILABİLECEK HUKUK DAVALARI	135
1.4.1. Davacılar	136
1.4.2. Davalılar	136
1.5. İHTİYATİ TEDBİR.....	138
1.6. ZAMANAŞIMI	138
1.7. HÜKMÜN İCRASI	139
1.8. CEZA DAVALARI	139
2. ALDATICI REKLAMLAR	140
2.1. REKLAM VE HUKUKİ MAHİYETİ.....	140
2.1.1. Reklamın Tanımı	140
2.1.2. Reklamın Hukuki Mahiyeti	141
2.2. ALDATICI REKLAM KAVRAMI VE BU KONUDAKİ DÜZENLEMELER	142
2.2.1. Genel Olarak	142
2.2.2. Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Aldatıcı Reklam	144
2.2.2.1. Genel Olarak	144
2.2.2.2. Aldatıcı Reklamın Unsurları.....	145
2.2.2.2.1. Yanlış Reklam	145
2.2.2.2.2. Yanıltıcı Reklam.....	145
2.2.2.2.3. Aldatma Kabiliyeti	146
2.2.3. TKHK'da Reklamlarla İlgili Düzenlemeler	147
2.2.3.1. Genel Olarak	147
2.2.3.2. Ticari Reklamlarda Uyulması Gereken Genel İlkeler	149
2.2.3.2.1. Genel Olarak.....	149
2.2.3.2.2. Temel İlkeler	150
2.2.3.2.3. Ahlaka Uygunluk	152
2.2.3.2.4. Dürüstlük ve Doğruluk.....	152
2.2.3.2.5. Satış Özendirici Reklamlar.....	155
2.2.3.2.6. Doğrudan Satış Reklamları	156
2.2.3.2.7. Karşılaştırmalı Reklamlar	157
2.2.3.2.8. Reklamlar ve Başka Firmalar	159
2.2.3.2.9. Küçüklere Yönelik Reklamlar	160
2.2.3.3. Can ve Mal Güvenliğini Tehlikeye Düşürücü Reklamlar	162
2.2.3.4. Zayıf Kişileri İstismar Edici Reklamlar	163
2.2.3.5. Aldatıcı Reklam Kıtası	164
2.2.3.6. Reklamlarda Yer Alan İddiaların İspatı.....	165
2.2.3.7. Reklamların Uygunluğundan Yükümlü Olanlar	165
2.3. TÜKETİCİNİN ALDATICI REKLAMLARA KARŞI BAŞVURABİLECEĞİ YOLLAR	167
2.3.1. TKHK. Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar.....	167
2.3.1.1. Ayıplı Maldan Doğan Seçimlik Haklar Ve Tazminat.....	167
2.3.1.2. Reklam Kuruluna Şikayet.....	167

2.3.2. Genel Hükümler Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar	168
2.3.2.1. BK'nın Aldatmaya İlişkin Hükümleri	168
2.3.2.2. TTK'nın Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri	169

6. BÖLÜM

ŞİRKETLER HUKUKU

BİRİNCİ KISIM GENEL BİLGİLER.....	171
1. GİRİŞ	171
2. ORTAKLIKLARIN SINIFLANDIRILMASI.....	172
İKİNCİ KISIM ADİ ŞİRKET	172
1. TANIMI VE UNSURLARI	172
1.1. TANIM.....	172
1.2. UNSURLARI	173
2. KURULUŞU	173
2.1. ŞEKİL VE İSPAT	173
2.2. SERMAYE PAYI	173
2.3. ŞİRKETİN KONUSU	174
2.4. TİCARET SİCİLİNE TESCİL	174
3. TARAF EHLİYETİ	175
4. SERMAYE PAYININ DEVRİ	176
5. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARILMA.....	177
6. SONA ERMESİ	177
7. ZAMANAŞIMI.....	179
ÜÇÜNCÜ KISIM KOLLEKTİF ŞİRKET	180
1. TANIMI VE UNSURLARI	180
1.1. TİCARİ İŞLETME.....	180
1.2. TİCARET UNVANI.....	180
1.3. GERÇEK KİŞİ.....	181
1.4. SINIRSIZ SORUMLULUK.....	181
1.5. TÜZEL KİŞİLİK	181
2. KOLLEKTİF ŞİRKETİN KURULUŞU	182
2.1. GENEL OLARAK	182
2.2. KOLLEKTİF ŞİRKETİN KURULMASI	182
2.2.1. İç İlişki	183
2.2.2. Dış İlişki	183
2.2.2.1. Kollektif Şirketin Üçüncü Kişilerle İlişkisi	184
2.2.2.2. Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkileri	185
3. ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK	185

4. KOLLEKTİF ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ.....	187
4.1. YÖNETİM HAKKI VE GÖREVİ	187
4.2. DENETİM HAKKI	188
4.3. ORTAKLAR KURULU	189
4.4. KAR VE ZARARA KATILMA.....	189
4.5. REKABET YASAĞI.....	190
5. KOLLEKTİF ŞİRKETİN SONA ERMESİ VE TASFİYESİ.....	191
5.1. GENEL OLARAK	191
5.2. KOLLEKTİF ŞİRKETTE SONA ERME SEBEPLERİ	191
5.2.1. Fesih (Dağıtma) Sebepleri.....	191
5.2.2. İnfisah (Dağılma) Sebepleri	191
5.3. KOLLEKTİF ŞİRKETTİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI.....	192
5.4. TASFİYE	192

DÖRDÜNCÜ KISIM KOMANDİT ŞİRKET.....193

1. GENEL OLARAK	193
2. TANIMI VE UNSURLARI	193
3. KOMANDİT ŞİRKETİN KURULUŞU.....	194
4. KOMANDİT ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ.....	195
4.1. ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER	195
4.2. ŞİRKETİN VE ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİLERİ	196
4.3. ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK, SONA ERME VE TASFİYE.....	197

BEŞİNCİ KISIM ANONİM ŞİRKET.....197

1.TANIMI VE UNSURLARI	197
2. ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞU	198
2.1. KURULUŞ SİSTEMİ	198
2.2. ÇEŞİTLERİ	199
2.3. KURUCULAR.....	199
2.4. ESAS SÖZLEŞME.....	201
3. TÜZEL KİŞİLİĞİ KAZANMA VE SONUÇLARI	202
4. ANONİM ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ.....	203
4.1. GENEL OLARAK	203
4.2. YÖNETİM KURULU	203
4.2.1. Kuruluş Biçimi.....	203
4.2.2. Yönetim ve Temsil	205
a. Genel olarak.....	205
b. Temsil yetkisi.....	206
c. Yönetim görevleri	207
aa. Sır saklama yükümlülüğü	208
ab. Şirket ile işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395)	208

ac. Rekabet yasağı (TTK m. 396)	209
d. Bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 392).....	210
e. Müzakereye katılma yasağı	211
f. Yönetim kurulu toplantıları (TTK m. 390)	212
4.2.3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu	212
a. Yönetim kurulunun ve üyelerinin organ sıfatı	212
b. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun özelliği	213
i. Farklılaştırılmış Müteselsil sorumluluk.....	213
ii. Kusurlu sorumluluk	216
c. Sorumluluktan kurtulma hali	217
d. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları	217
e. İbra	218
4.3. MÜDÜRLER.....	218
4.4. ANONİM ŞİRKETTE DENETLEME	219
5. GENEL KURUL	225
5.1. GENEL KURUL VE TOPLANTILARI	225
5.2. TOPLANTILARA KATILMA VE KARAR YETER SAYISI	228
5.2.1. Toplantılara Katılma Hakkı	228
5.2.2. Toplantı Yeter Sayısı	229
5.3. KARARLAR.....	229
5.3.1. Genel Olarak	229
5.3.2. Oy Hakkından Yoksunluk	230
5.4. TOPLANTI TUTANAğI	230
5.4.1. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	231
5.4.2. Özel Denetim İsteme Hakkı	232
5.5. GENEL KURUL KARARLARININ ETKİSİ , İPTALİ ve BUTLANI.....	233
5.5.1. Kararların Etkisi	233
5.5.2. Kararların İptali ve Butlanı	233
5.5.2.1. İptal davası açabilecek kişiler.....	233
5.5.2.2. İptal sebepleri	234
5.5.2.3. Butlan	234
5.5.2.4. Ortak Hükümler	235
5.6. ESAS SÖZLEŞMENİN DEğİŞTİRİLMESİ.....	236
5.6.1. Genel Olarak	236
5.6.2. Toplantı ve Karar Yeter Sayısı.....	238
5.6.3. İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu	239
5.6.4. Tescil	240
5.6.5. Esas Sermayenin Artırılması ve Azaltılması	241
6. PAY SENETLERİ VE DİĞER MENKUL KIYMETLER	241
6.1. PAY SENETLERİ.....	241

6.2. BORÇLANMA SENETLERİ İLE ALMA VE DEĞİŞTİRME HAKKI	
İÇEREN MENKUL KIYMETLER.....	243
7. SONA ERME VE TASFİYE.....	244
7.1. SONA ERME SEBEPLERİ	244
7.2. TASFİYE	245
ALTINCI KISIM SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNÜŞ KOMANDİT ŞİRKET	248
1. TANIM VE UNSURLARI	248
YEDİNCİ KISIM LİMİTED ŞİRKET	250
1. TANIM.....	250
2. NİTELİKLERİ.....	250
2.1. ORTAKLARIN SAYISI	250
2.2. TİCARET UNVANI	251
2.3. ESAS SERMAYE	251
2.4. SINIRLI SORUMLULUK	251
2.5. TİCARİ İŞLETME.....	252
2.6. ESAS SERMAYE PAYI.....	252
2.7. AMAÇ VE KONU	252
2.8. TÜZEL KİŞİLİK	252
3. LİMİTED ŞİRKETİN KURULUŞU.....	252
3.1. KURULUŞ SAFHALARI	252
3.2.1. Esas Sözleşmenin Hazırlanması	252
3.2.2. Tescil	254
4. ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ	255
5. ORTAKLARIN HAK VE BORÇLARI.....	256
5.1.Esas sermaye payının işlemlere konu olması.....	256
5.1.1. Devir	256
5.1.2. Miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra.....	257
5.1.3. Tescil	257
5.2. Birden fazla ortağa ait esas sermaye payı, bu pay üzerinde çeşitli haklar	257
5.3. Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri.....	258
5.4. Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı.....	259
5.5.Bilgi alma ve inceleme hakkı.....	259
6. LİMİTED ŞİRKETİN YAPISI.....	260
6.1. GENEL OLARAK	260
6.2. GENEL KURUL.....	260
6.3. YÖNETİM VE TEMSİL.....	262
6.4. TİCARİ MÜMESSİL VE VEKİLLERİN TAYİNİ	264
6.5. DENETÇİLER	265
7. LİMİTED ŞİRKETİN SONA ERMESİ VE TASFİYE.....	265

7.1. SONA ERME	265
7.2. TASFİYE	266

7. BÖLÜM

KIYMETLİ EVRAK HUKUKU

BİRİNCİ KISIM GENEL OLARAK KIYMETLİ EVRAK.....	267
1. TERİM	267
2. TÜRK MEVZUATINDA KIYMETLİ EVRAK	268
3. TANIM	268
3.1. SENET NİTELİĞİ TAŞIMASI	269
3.2. BİR HAKKIN TEMSİL EDİLMESİ	269
3.3. HAK VE SENET BİRLİKTELİĞİ	269
4. KIYMETLİ EVRAK HAKKININ DOĞUMU	270
5. KIYMETLİ EVRAKIN SINIFLANDIRILMASI	270
5.1. NAMA YAZILI KIYMETLİ EVRAK	271
5.2. EMRE YAZILI KIYMETLİ EVRAK	271
5.3. HAMİLE YAZILI KIYMETLİ EVRAK	273
6. KIYMETLİ EVRAKTA DÖNÜŞTÜRME	273
7. KIYMETLİ EVRAKIN ZİYAI VE İPTALİ	274
7.1. GENEL OLARAK	274
7.2. İPTAL KARARININ SONUÇLARI	275
7.2.1. Senet borçluları yönünden	275
7.2.1.1. Temel borç ilişkisine dayalı alacak davası açılması	276
7.2.1.2. Yeni senet düzenlenmesi davası açılması	276
7.2.2. Senede zilyet olan üçüncü şahıs yönünden	277
7.3. İPTAL DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME	277
İKİNCİ KISIM KAMBİYO SENETLERİ	278
1. TERİM	278
2. KAMBİYO SENETLERİNE ÖZGÜ NİTELİKLER	278
3. KAMBİYO SENETLERİNDE EHLİYET, İMZA VE TEMSİL	279
3.1. EHLİYET	279
3.2. İMZA	279
3.3. TEMSİL	280
4. POLİÇE	281
4.1. GENEL OLARAK	281
4.2. POLİÇENİN ŞEKİL UNSURLARI	281
4.3. POLİÇEYİ İMZA EDENLERİN SORUMLULUĞU	282
4.3.1. Muteber Olmayan İmzaların Bulunması	282
4.3.2. Salahiyet Olmaksızın İmza	283

4.3.3. Keşidecinin (Düzenleyenin) Sorumluluğu	283
4.4. MUHATABIN DURUMU	284
4.5. CİRO	284
4.6. VADE	285
4.7. ÖDEME	286
4.8. HAMİLİN DURUMU VE HAKLARI	287
4.9. AVAL	289
4.10. ARAYA GİRME	289
4.10.1. Araya Girme Suretiyle Kabul	290
4.10.2. Araya Girerek Ödeme	291
4.11. ZAMANAŞIMI	292
5. BONO	292
5.1. BONONUN HUKUKİ NİTELİĞİ	292
5.2. BONONUN UNSURLARI	293
5.3. BONODA ŞEKİL ŞARTLARININ NOKSANLIĞI	294
5.4. BONODA HAK SAHİBİ	294
5.5. BONOYU DÜZENLEYENİN SORUMLULUĞU	295
6. ÇEK	296
6.1. GENEL OLARAK	296
6.2. ÇEKİN UNSURLARI	297
6.3. ÇEKTE ŞEKİL ŞARTLARININ NOKSANLIĞI	298
6.4. ÇEKTE HAK SAHİBİ	298
6.5. ÇEK BORÇLUSUNUN SORUMLULUĞU	300
6.6. KARŞILIK	303
6.7. KARŞILIKSIZ ÇEK	303
6.7.1. Genel Olarak	303
6.7.2. Karşılıksız Çekte Karşılığın Bulunmadığının Tespiti	304
6.7.3. Karşılıksız Çekte Sorumluluk	308
6.7.4. Çek Karşılığının Ödenmemesi ve Yaptırımlar	309
6.7.5. Çekte Ciro	311
6.7.6. Çekten Cayma	311
ÜÇÜNCÜ KISIM KAMBİYO SENETLERİNE BENZEYEN SENETLER	312
1. EMRE YAZILI HAVALA	312
2. EMRE YAZILI ÖDEME VAADİ	313
DÖRDÜNCÜ KISIM EMTİA SENETLERİ	313

8. BÖLÜM

SÖZLEŞMELER HUKUKU SÖZLEŞME SERBESTİSİ

1. GİRİŞ	315
2. SÖZLEŞMEYLE OLUŞTURULAN BORÇ İLİŞKİSİ VE UNSURLARI	316
3. SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ	316
4. SÖZLEŞMELERİN MEYDANA GELMESİ	316
4.1. ÖNERİ	316
4.2. KABUL	318
5. SÖZLEŞME SERBESTİSİ	318
6. SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI	319
7. SÖZLEŞMELERİN YORUMU	319
8. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI	320
8.1. TARAFLARIN FİİL EHLİYETİNE SAHİP OLMASI	320
8.2. SÖZLEŞMENİN KONUSUNUN EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA, KAMU DÜZENİNE, GENEL AHLAKA VE KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMAMASI	321
8.3. SÖZLEŞMENİN KONUSUNUN İMKANSIZ OLMAMASI	322
8.4. ŞEKLE UYULMASI	322
8.4.1. Kanuni Şekil-İradi Şekil	322
8.4.2. Geçerlilik Şekli-İspat Şekli	323
8.4.3. Yazılı Şekil-Resmi Yazılı Şekil	323
8.4.3.1. Adi Yazılı Şekil	323
8.4.3.2. Resmi Şekil	324
8.5. İRADE BEYANLARININ SİHHATLİ OLMASI	325
8.5.1. Latife Beyanı ve Zihni Kayıt	325
8.5.2. Muvazaa	325
8.5.2.1. Mutlak Muvazaa	325
8.5.2.2. Nispi Muvazaa	326
8.5.3. Yanılma (Hata)	326
8.5.3.1. Yanılmanın Niteliği	326
8.5.3.2. Yanılmanın Sonucu	327
8.5.4. Aldatma (Hile)	327
8.5.4.1. Aldatmanın Niteliği	327
8.5.4.2. Aldatmanın Sonuçları	328
8.5.5. Korkutma (İkrah, Tehdit)	328
8.5.5.1. Korkutmanın Şartları	328
8.5.5.2. Korkutmanın Sonuçları	329
8.5.5. Aşırı Yararlanma (Gabin)	329
9. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK ŞARTLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMLARI	330
9.1. YOKLUK	330
9.2. MUTLAK BUTLAN	330

9.3. NİSBI BUTLAN	331
10. SÖZLEŞMELERDE TEMSİL.....	332
10.1. TEMSİL KAVRAMI.....	332
10.2. TEMSİL ÇEŞİTLERİ	333
10.2.1. İradi Temsil-Kanuni Temsil	333
10.2.2. Dolaysız Temsil-Dolaylı Temsil.....	333
10.2.3. Yetkili Temsil-Yetkisiz Temsil	334
10.2.4. Temsilin Sona Ermesi.....	335
11. BORCUN HÜKÜMLERİ	336
11.1.1 BORCUN İFASI	336
11.1.2. İFANIN KONUSU.....	336
11.1.2.1. İfa Yerine Edim-İfa Uğruna Edim	337
11.1.2.2. Tam İfa-Kısmen İfa.....	337
11.1.2.3. Bölünemeyen Borcun İfasi-Bölünebilen Borcun İfasi	337
11.1.2.4. Parça Borçlarında İfa-Çeşit Borçlarında İfa	338
11.1.2.5. Seçimlik Borçlarda İfa.....	338
11.1.2.6. Para Borçlarında İfa	338
11.1.2.6.1. Para Borçlarında Faiz	339
11.1.3. İFA YERİ.....	340
11.1.3.1. İRADİ İFA YERİ.....	340
11.1.3.2. KANUNİ İFA YERİ.....	340
11.1.4. İFA ZAMANI	341
11.1.5. İFANIN İSPATI	341
12. BORCUN İFA EDİLMEMESİ.....	342
12.1. İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ.....	342
12.2. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ.....	343
12.3. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ	343
12.3.1. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI.....	343
12.3.2. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI	344
12.3.2.1. Genel sonuçlar.....	344
12.3.2.2. Özel sonuçlar	344
13. BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR.....	346
13.1. BORÇLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	346
13.1.1 ALACAKLIYA HALEFİYET	346
13.1.2. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİLİNİ ÜSTLENME.....	346
13.1.3. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN YARARINA SÖZLEŞME	347
13.2. MÜTESELSİL BORÇLULUK.....	347
13.2.1. Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişki	348
13.2.2. Borçluların Kendi Aralarındaki İlişki	348
13.3. MÜTESELSİL ALACAKLILIK.....	348
13.4. KOŞULA BAĞLI BORÇLAR	349

13.4.1. KOŞUL ÇEŞİTLERİ.....	349
13.4.1.1. Geciktirici Koşul- Bozucu Koşul.....	349
13.4.1.2. Tesadüfî Koşul-İradi Koşul-Karma Koşul.....	350
13.5. BAĞLANMA PARASI (PEY AKÇESİ).....	350
13.6. CAYMA PARASI.....	351
13.7. CEZA KOŞULU (CEZÂİ ŞART).....	351
13.8. ALACAĞIN DEVRİ.....	351
13.9. BORCUN ÜSTLENİLMESİ.....	353
13.10. SÖZLEŞMENİN DEVRİ.....	353
13.11. BORCA VE SÖZLEŞMEYE KATILMA.....	354
13.11.1. BORCA KATILMA.....	354
13.11.2. SÖZLEŞMEYE KATILMA.....	354
13.12. DEVİR VE BİRLEŞMEYLE BORÇLARIN GEÇİŞİ.....	354
13.12.1. MALVARLIĞI VEYA İŞLETMENİN DEVRALINMASI.....	354
13.12.2. İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ŞEKİL DEĞİŞTİRME.....	355
14. BORÇLARIN SONA ERMESİ.....	355
14.1. İFA.....	355
14.2. ÖLÜM VE EHLİYETSİZLİK.....	355
14.3. SÜRENİN SONA ERMESİ.....	356
14.4. İBRA.....	356
14.5. YENİLEME.....	356
14.6. DÖNME VE FESİH.....	357
14.7. BOZMA.....	357
14.8. BİRLEŞME.....	357
14.9. İFANIN İMKANSIZLIĞI.....	358
14.10. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ.....	358
14.11. TAKAS.....	359
14.11.1. TAKASIN ŞARTLARI.....	359
14.11.2. TAKASIN HÜKMÜ.....	360
14.12. ZAMANAŞIMI.....	361
14.12.1. ZAMANAŞIMININ ŞARTLARI.....	361
14.12.2. ZAMANAŞIMININ BAŞLAMASI VE HESAPLANMASI.....	363
14.12.3. ZAMANAŞIMININ DURMASI VE KESİLMESİ.....	363
14. BORÇLAR KANUNUNDAKİ SÖZLEŞMELERİN SINIFLANDIRILMASI.....	365
14.1. MÜLKİYETİN DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELER.....	365
14.1.1. SATIŞ SÖZLEŞMESİ.....	365
14.1.2. MAL DEĞİŞİM (TRAMPA) SÖZLEŞMESİ.....	367
14.1.3. BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ.....	367
14.2. KULLANDIRMA Yİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELER.....	368
14.2.1. KİRA SÖZLEŞMESİ.....	368
14.2.2. KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİ.....	368

14.2.3. TÜKETİM ÖDÜNCÜ (KARZ) SÖZLEŞMESİ	369
14.3. İŞ GÖRME AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER	369
14.3.1. HİZMET SÖZLEŞMESİ	369
14.3.2. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ	370
14.3.3. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ	370
14.3.4. ESER SÖZLEŞMESİ	371
14.3.5. YAYIM SÖZLEŞMESİ	371
14.3.6. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ	372
14.3.7. VEKALETSİZ İŞ GÖRME	372
14.3.8. KREDİ MEKTUBU ve KREDİ EMRİ	372
14.3.9. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ	373
14.3.10. KOMİSYON SÖZLEŞMESİ	373
14.3.11. HAVALE SÖZLEŞMESİ	373
14.4. SAKLAMA AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER	374
14.5. GÜVENCE AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER	374
14.5.1. KEFALET SÖZLEŞMESİ	374
14.5.2. REHİN SÖZLEŞMESİ	375
14.6. SONUÇLARI ŞANS VE TESADÜFE BAĞLI SÖZLEŞMELER	375
14.6.1. KUMAR VE BAHİS	375
14.6.2. PİYANGO VE ŞANS OYUNLARI	376
14.6.3. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ	376
14.6.4. ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİ	376
14.7. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ	376

9. BÖLÜM

İŞLETMELERİN SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI I: TÜKETİCİ HAKLARI

1.GENEL OLARAK	377
2.TÜKETİCİ	378
3.TÜKETİCİ HAKLARININ GENEL ÇERÇEVESİ	379
4. TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL VE HİZMETLERDEN DOĞAN HAKLARI	380
4.1.AYIP KAVRAMI	380
4.2.AYIP ÇEŞİTLERİ	381
4.2.1. Maddi Ayıplar	381
4.2.2. Hukuki Ayıplar	382
4.2.3. Ekonomik Ayıplar	382
4.2.4. Miktar Eksiklikleri	383
4.3. AYIBA KARŞI TEKEFÜL BORCUNUN ŞARTLARI	383
4.4.TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI	387
4.5. GARANTİLİ MALLARIN AYIPLI ÇIKMASI	389

5. HAKSIZ SÖZLEŞME KOŞULLARINA KARŞI TÜKETİCİNİN KORUNMASI	392
5.1. GENEL OLARAK	392
5.2. GENEL KURALLAR.....	393
5.3.TÜKETİCİ KREDİLERİ.....	396
5.3.1.GENEL OLARAK	396
5.3.2. TAKSİTLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ.....	396
5.3.3.TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMESİ	399
5.3.4. KREDİ KARTLARI	403
5.4. KAPIDAN TÜKETİCİ İŞLEMLERİ	404
5.5. MESAFELİ SÖZLEŞMELER.....	406
5.6. KAMPANYALI SATIŞLAR.....	407
5.7. PROMOSYONLU SATIŞLAR	409
5.8. ABONELİK SÖZLEŞMESİ	410
5.9. TATİL AMAÇLI SÖZLEŞMELER	412
5.9.1. DEVRE TATİL SÖZLEŞMELERİ	412
5.9.2. DEVRE MÜLK SÖZLEŞMELERİ	414
5.9.3. PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ	415
6.TÜKETİCİ SORUNLARININ ÇÖZÜM YERLERİ	418
6.1.REKLAM KURULU	418
6.2.TÜKETİCİ KONSEYİ.....	419
6.3.TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETİ	420
6.4.TÜKETİCİ MAHKEMELERİ	420
7.PARA CEZALARI.....	423

10. BÖLÜM

İŞLETMELERİN SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI II: REKABET KURALLARI

1. GENEL OLARAK	425
2. REKABET KANUNLARININ İŞLEVİ	426
2.1. GENEL OLARAK	426
2.2. REKABET KAVRAMI	427
3. İŞLETME (TEŞEBBÜS) KAVRAMI	428
4. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA, KARAR VE UYUMLU DAVRANIŞLAR	429
4.1. GENEL OLARAK	429
4.2. ANLAŞMA	430
4.3. UYUMLU DAVRANIŞ	431
4.4. İŞLETME BİRLİĞİ KARARLARI	432
4.5. REKABETİ SINIRLAMA AMACI VE ETKİSİ	433
4.6. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA ÖRNEKLERİ	434
4.6.1. Fiyatların ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti	434

4.6.2. Pazar Paylaşma	435
4.6.3. Üretimin Sınırlanması	436
4.6.4. Girişlerin Engellenmesi	437
4.6.5. Ayrımcılık	437
4.6.6. Ek Yükümlülük Koymak	438
4.7. MUAFİYET	438
4.7.1. Genel Olarak	438
4.7.2. Bireysel Muafiyet Koşulları	438
4.7.3. Grup Muafiyeti	439
4.7.4. Muafiyetin Sonuçları	440
4.7.5. Muafiyetin Geri Alınması	441
5. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	442
5.1. HAKİM DURUM	442
5.1.1. Genel Olarak	442
5.1.2. Tanımı	442
5.1.3. Unsurları	443
5.1.3.1. Ekonomik Güç	443
5.1.3.2. Bağımsızlık	443
5.1.3.3. Devamlılık	444
5.1.4. Hakim Durumun Saptanmasında Kullanılan Kıstaslar	444
5.1.4.1. Pazar Payı	444
5.1.4.2. Dikey Bütünlük	445
5.1.4.3. Teknolojik Üstünlük	446
5.1.4.4. Kullanılmayan Kapasite	446
5.1.4.5. Üründe Çeşitlilik	446
5.1.4.6. İndirim Sistemi	446
5.1.4.7. Performans	446
5.1.4.8. Ürüne Bağlılık	446
5.1.4.9. Hukukun Koruduğu Tekel Hakları	446
5.2. İLGİLİ PAZAR	447
5.2.1. Coğrafi Pazar	447
5.2.2. İlgili Ürün Pazarı	448
5.3. BİRLİKTE HAKİMLİK: OLİGOPOL PAZARI	448
5.4. KÖTÜYE KULLANMA	449
5.4.1. Kavram	449
5.4.2. Girişleri Engelleme ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma	449
5.4.3. Mal Vermeyi Kesme	450
5.4.4. Tekelden Temin Yükümlülüğü Koymak	451
5.4.5. Haksız Ticari Koşullar Koymak	451
5.4.6. Ayrımcılık	451
5.4.7. İndirim Sistemleri	453

5.4.8. Ek Yükümlülük Koymak	454
5.4.9. Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması	455
6. BİRLEŞME VE DEVİRLER	455
6.1. GENEL OLARAK	455
6.2. ÇEŞİTLERİ	457
6.2.1. Yatay Birleşmeler	457
6.2.2. Dikey Birleşmeler	457
6.2.3. Conglomerate Birleşmeler (Aykırı Birleşmeler)	458
6.3. DÜZENLENİŞ TARZI	458
6.3.1. Birleşme ve Devrin Hukuki Şekli	458
6.3.2. Yasaklama Sebepleri	459
6.3.3. Birleşme ve Devir Yöntemleri	460
6.4. YASAKLAMA USULÜ	462
6.4.1. Geçerli Olmak İçin İzin Alması Gereken Birleşmeler	462
6.4.2. Birleşme Veya Devralmaların Bildirilmesi	464
6.4.3. Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi	464
7. İDARİ PARA CEZALARI	464
7.1. ZAMANAŞIMI	466
7.2. CEZA VE PİŞMANLIK YÖNETMELİKLERİ	467
7.2.3. GENEL OLARAK	467
7.2.4. KARTELLERİN ORTAYA ÇIKARILMASI AMACIYLA AKTİF İŞBİRLİĞİ YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK	467
7.2.5. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA UYUMLU EYLEM VE KARARLAR İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALİNDE VERİLECEK PARA CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK	468

11. BÖLÜM İŞ HUKUKU

Giriş	469
1. BİREYSEL İŞ HUKUKU	470
1.1.İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI	471
1.1.1. İŞÇİ	471
1.1.2. İŞVEREN	471
1.1.3. İŞVEREN VEKİLİ	472
1.1.4. ALT İŞVEREN	472
1.1.5. İŞYERİ	473
1.2.İŞ HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI	474
1.3.İŞ SÖZLEŞMESİ	476
1.3.1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	476
1.3.2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ	477

1.3.3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ.....	478
1.3.3.1. Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri	478
1.3.3.2. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri	479
1.3.3.3. Tam ve Kısmi İş Sözleşmeleri	480
1.3.3.4. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri	481
1.3.3.5. Takım Sözleşmeleri	482
1.3.4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	482
1.3.4.1. Tarafların Ehliyetli Olmaları	482
1.3.4.2. Şekle Tabi Olma	483
1.3.4.3. Çalıştırma Yasağına Uyma	484
1.3.4.4. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Uyma	485
1.3.5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ	487
1.3.5.1. İşçinin Borçları	488
1.3.5.1.1. İş Görme Borcu	488
1.3.5.1.2. İş Özenle Yapma Borcu	492
1.3.5.1.3. Sadakat Borcu	493
1.3.5.1.4. Rekabet Yapmama Borcu	493
1.3.5.1.5. Çalışma Genelge ve Talimatlarına Uyma Borcu	494
1.3.5.2. İşverenin Borçları	494
1.3.5.2.1. Ücret Ödeme Borcu	494
1.3.5.2.2. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu	498
1.3.5.2.3. Alet ve Makine Sağlama Borcu	499
1.3.5.2.4. Eşit Davranma Borcu	499
1.3.5.2.5. Diğer Borçlar	500
1.3.6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	500
1.3.6.1. Ölüm Hali	500
1.3.6.2. Tarafların Karşılıklı Anlaşma	501
1.3.6.3. Belirli Sürenin Bitimi	501
1.3.6.4. Süreli Fesih Bildirimi	502
1.3.6.4.1. Feshin Bildirilmesi	502
1.3.6.4.2. Feshin Geçerli Sebebe Dayanmasına Gerek Olup / Olmaması	503
1.3.6.4.3. Feshin İhbarında Bulunmanın Usul ve Sonuçları	505
1.3.6.5. Haklı Sebeplerle Fesih	506
1.3.6.5.1. İşçi Açısından Haklı Sebepler	507
1.3.6.5.2. İşveren Açısından Haklı Sebepler	509
1.3.6.5.3. Haklı Sebeplere Dayanan Fesihte Bulunmanın Usul ve Sonuçları	512
1.3.7. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	514
1.3.7.1. Kıdem Tazminatı	514
1.3.7.1.1. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma	514

1.3.7.1.2. Kıdem Tazminatının Hesabı ve Ödenmesi	516
1.3.7.1.2.1 Kıdem Tazminatının Hesabı	516
1.3.7.1.2.2. Kıdem Tazminatının Ödenmesi	519
1.3.7.2. İşçiye Çalışma Belgesi Verilmesi	519
1.3.7.3. İşçiden İbraname Alınması	519
1.3.7.4. Yıllık Ücretli İzin Ücreti	519
2. TOPLU İŞ HUKUKU	520
2.1 SENDİKALAR	520
2.2. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTEĞİ VE ÖZELLİKLERİ	521
2.3. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	522
2.3.1. Toplu İş Sözleşmesinde Taraflar	522
2.3.2. Toplu İş Sözleşmesinde Yetkili Sendika	522
2.3.3. Toplu Görüşmeler	523
2.4. GREV ve LOKAVT	527
2.4.1. GREV	527
2.4.2. LOKAVT	529

12. BÖLÜM VERGİ HUKUKU

1. VERGİ HUKUKUNUN TANIMI	531
2. VERGİ HUKUKUNUN ÖZEL HUKUKLA İLİŞKİSİ	531
3. VERGİ VE VERGİYE İLİŞKİN KAVRAMLAR	532
3.1. VERGİNİN NİTELİKLERİ	532
3.2. VERGİ YÜKÜMLÜSÜ	533
3.3. VERGİ SORUMLUSU	534
3.4. VERGİ ÖDEVLİSİ	535
3.5. VERGİNİN KONUSU	535
3.6. VERGİYİ DOĞURAN OLAY	536
4. VERGİLENDİRME İŞLEMLERİ	536
4.1. VERGİNİN TARHI	537
4.1.1. Matrah	537
4.1.1.1. Matrahın Yükümlüce Tespiti	537
4.1.1.2. Matrahın Vergi Dairesince Tespiti	538
4.1.1.3. Matrahın Kanunca Tespiti	538
4.1.2. Oran	539
4.2. VERGİNİN TEBLİĞİ	539
4.2.1. Beyan Üzerine Tarhiyat İşleminin Tebliğ Karşısındaki Durumu	540
4.2.2. İdarece Tespit Edilen veya Kanunda Hazır Verilen Matrahlar Üzerine Tarhiyat İşleminin Tebliği	541
4.3. VERGİNİN TAHAKKUKU	541

4.4. VERGİNİN TAHSİLİ	542
5. YÜKÜMLÜLERİN ÖDEVLERİ	543
5.1. BİLDİRİME İLİŞKİN ÖDEVLER	543
5.2. BEYANNAME VERME ÖDEVİ	544
5.3. DEFTER TUTMA ÖDEVİ	545
5.4. DEFTER TUTMA NİZAMINA İLİŞKİN ÖDEVLER	546
5.5. BELGE DÜZENİNE İLİŞKİN ÖDEVLER	547
5.6. DEFTER ve BELGELERİ SAKLAMA ve İBRAZ ÖDEVLERİ	550
5.6.1. Saklama Ödevi	551
5.6.2. İbraz Ödevi	551
6. VERGİ İDARESİNİN DENETİM VE BİLGİ EDİNME YOLLARI	551
6.1. YOKLAMA	552
6.2. İNCELEME	553
6.3. ARAMA	554
6.4. BİLGİ TOPLAMA	554
6.4.1. Talep Üzerine Bilgi Verme	554
6.4.2. Sürekli Bilgi Verme	554
7. VERGİ KABAHAHAT VE SUÇLARI	555
7.1. KABAHAHAT ve SUÇ KAVRAMI	555
7.2. KABAHAHAT VE SUÇLARIN FARKLARI	556
7.3. VERGİ KABAHAHATİ KAVRAMI ve ÇEŞİTLERİ	557
7.3.1. Vergi Kabahatı Kavramı	557
7.3.2. Vergi Kabahatleri	557
7.3.2.1. Vergi Ziyatı Kabahatı	557
7.3.2.1.1. Vergi Ziyatına Sebep Olan Fiiller	558
7.3.2.1.1.1. Ağır Nitelikli Fiiller	558
7.3.2.1.1.2. Hafif Nitelikli Fiiller	560
7.3.2.1.1.3. Orta Nitelikli Fiiller	561
7.3.2.1.2. Vergi Ziyatı Kabahatinin Cezası	561
7.3.2.2. Genel Usulsüzlük Kabahatı	562
7.3.2.3. Özel Usulsüzlük Kabahatı	563
7.3.3. Vergi Suçları	564
7.3.2.1. Kaçakçılık Suçu	565
7.3.2.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu	566
7.3.2.3. Mükelleflerin Özel İşlerini Yapma Suçu	566
7.3.2.4. Haysiyet ve Şeref Saldırı Suçu	566
8. VERGİ BORCUNU ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER VE VERGİ UYUŞMAZLIKLARI İLE KABAHAHATLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI	567
8.1. ÖDEME	567
8.2. ÖLÜM	567
8.3. AF	567

8.4. TERKİN (SİLME).....	568
8.5. YANILMA	568
8.6. HATALARIN VARLIĞI.....	568
8.7. CEZALARDA İNDİRİM.....	569
8.8. MÜCBİR SEBEPLER.....	569
8.9. ZAMANAŞIMI.....	570
8.9.1. Vergilerde Zamanaşımı	570
8.9.1.1. Vergi Tebliğ (Tarh) Zamanaşımı	570
8.9.1.2. Vergi Tahsil Zamanaşımı	571
8.9.2. Cezalarda Zamanaşımı	571
8.9.2.1. Ceza Kesme Zamanaşımı.....	571
8.9.2.2. Ceza Tahsil Zamanaşımı	572
8.10. VERGİ ve CEZADAN VAZGEÇME.....	572
8.11. PİŞMANLIK.....	572
8.12. UZLAŞMA	573
8.12.1. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma.....	573
8.12.2. Tarhiyat Sonrası Uzlaşma	574
8.13. DAVA AÇMA.....	576
9. VERGİ YARGILAMASI.....	576
9.1. Vergi ve Cezalara Karşı Vergi Mahkemesinde Dava Açma.....	576
9.2. Davanın Tarafları	576
9.3. Davada Görevli ve Yetkili Mahkeme	577
9.4. Davanın Açılma Süresi ve Biçimi	577
9.5. Dava Süreci	578
9.6. Vergi Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yolları	580
9.6.1. Olağan Kanun Yolları	580
9.6.1.1. İtiraz Yolu	580
9.6.1.2. Temyiz Yolu.....	581
9.6.1.3. Karar Düzeltilmesi Yolu	583
9.6.2. Olağanüstü Kanun Yolları.....	583
9.6.2.1. Kanun Yararına Bozma	583
9.6.2.2. Yargılamanın Yenilenmesi	584
9.7. Vergi Yargılamasında İspat ve Delil	584
10. TÜRK VERGİ SİSTEMİ.....	586
KAYNAKLAR	587

1. BÖLÜM

İŞLETME VE TİCARİ İŞLETME

1. İŞLETME

1.1. GENEL OLARAK

Ticari işletme kavramı 6102 sayılı (yeni) Türk Ticaret Kanunu'nda (kısaca “Kanun” ya da “TTK” olarak anılacaktır) tanımlanmıştır. Kanun’un “Ticari İşletme” başlıklı 11. maddesi uyarınca; “ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”. Kanun’da yapılan tanımlama ile 6762 sayılı (eski) Türk Ticaret Kanunu’ndaki (kısaca “Eski Kanun” olarak anılacaktır) ticari işletmelerin nelerden ibaret olduğunu sayım yöntemi ile belirten düzenleme değişmiştir. Ancak tanımdan açıkça anlaşılacağı gibi bu “işletmenin” değil “ticari işletmenin” tanımıdır. ARKAN’a göre işletme; bir girişimci (müteşebbis) tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlanabilir.¹ POROY’a göre işletme, sermaye-emek-idare (müteşebbis) üçlüsünün bir araya gelip, belirli bir organizasyon içinde ve bir cüz-ü tam olarak faaliyet göstermesi olarak tarif edilir.²

Doktrinde “teşebbüs terimi ile işletme terimleri arasında, hukuk alanında fonksiyon ifa eden kavramın, teşebbüs terimi ile daha doğru olarak ifade edileceği öne sürülmüştür. ARSLANLI’ya göre işletmeye göre teşebbüs daha dar bir kavram ifade eder, KARAYALÇIN’a göre ise işletme teknik iktisadi, teşebbüs ise iktisadi hukuki bir kavramdır ve teşebbüsün içinde

¹ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Genişletilmiş Altıncı Baskı, Ankara, 2001, s. 18.

² POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku; İstanbul 1995, s. 25.

bir kaç işletme olabilir. Her iki yazar da teşebbüs teriminin işletme terimi yerine kullanılmasını önermişlerdir.”³

DOMANİÇ ise “ticari işletme ile ilgili kavramlar olarak iktisadi faaliyet, iktisadi işletme ve ticari teşebbüs terimlerine değinmiştir. İktisadi faaliyetler, gelir temin etmek maksadı ile yapılan bütün işleri ifade eder. Bu işler bir organizasyonla olabileceği gibi ferdi de olabilir. Gelir temin etmek için işçilik, seyyar satıcılık, memurluk, imâlatçılık yapmak yahut fabrikalar işletmek veya evini kiraya vermek birer iktisadi faaliyettir. İktisadi işletme ise, yine gelir temin etmek maksadı ile emek ve sermayenin, müstakil bir organizasyon teşkil edecek şekilde birleşmesi ve faaliyete geçmesidir. Diğer bir deyişle iktisadi işletme, gelir temini maksadı ile kurulan bir ünite, bir cüzü tamdır. Örneğin; bir kimsenin para kazanmak amacı ile resim atölyesi veya bir fabrika kurması, bir çiftlik işletmesi, taksi çalıştırması birer iktisadi işletme ve gelir teminine yönelmiş bir organizasyondur. ... Ticari işletme, en geniş kavram olan iktisadi faaliyetler içinde yer alan, iktisadi işletmeler ise, bunların sadece bir nevi olup her iktisadi işletme ticari işletme, teşkil etmez. Devamlı bir gelir sağlamak maksadı ile bağımsız olarak yapılan bütün iktisadi faaliyetler tarzında tanımlanan ticari teşebbüste, ticari işletme kavramından farklı ve onu da içine alan daha geniş bir ifadedir. İktisadi faaliyetlerle iktisadi işletmenin bir kısmının ve bir nevini teşkil eden ticari teşebbüs kavramı, esnaf işletmesi de dahil, bütün ticari faaliyetleri ihtiva eder. Ancak her ticari işletme bir ticari teşebbüs ise de her ticari teşebbüs bir ticari işletme değildir.”⁴

İşletmecilik Bilimi ile uğraşanlar işletme ve teşebbüs terimlerini şöyle tanımlamaktadırlar: “Girişim (teşebbüs) belirli bir yasal, finansal, örgütsel ve ekonomik özelliğe sahip kuruluş olarak tanımlanabilir. Çoğu kez kamu girişimlerinden söz edilir. Örneğin; Türkiye’de sıkça sözü edilen KİT’ler (Kamu İktisadi Teşebbüsleri) genellikle sermayesinin yarısından fazlası devlete ait olan ekonomik, sosyal ve mali düşüncelerle kurulan girişimlerdir. İşletme daha çok bir fabrika, satış mağazası gibi mal veya hizmet üreten ya da pazarlayan teknik bir birim, girişim ise hukuksal, ekonomik ve finansal bir kuruluş olarak tanımlanabilir. Örneğin; Koç Holding bir girişim, Arçelik buzdolabı fabrikası bir işletmedir, ancak her işletme bir girişim de-

³ POROY/YASAMAN; s. 25.

⁴ DOMANİÇ, Hayri; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler; Cilt 1, İstanbul 1988, s. 92 vd.

ğildir. Bir bakıma girişim, işletmeye göre daha geniş bir anlam taşır. Bununla birlikte çoğu kez işletme ve girişimin eş anlamda kullanıldığı görülür.”⁵

Teşebbüs terimi artık kanuni bir terim olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile tanımlanmıştır. 4054 sayılı kanunun 3. maddesine göre “Teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder”. 4054 sayılı Kanun’a göre teşebbüs tanımının içine küçük bir şahıs işletmesinden bir holdinge kadar tüm iktisadi birimler girmektedir. Serbest meslek faaliyetlerinin dahi teşebbüs sayıldığı kabul edilmektedir.⁶ Bu itibarla 4054 sayılı Kanun’un teşebbüs kavramının; TTK’nın ticari işletme kavramından daha geniş olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte biz işletme terimi ile teşebbüs terimini birbirinin eşiti olarak görüyor ve bu şekilde kullanıyoruz. TTK’da düzenlenen işletme ise “ticari işletme” olduğu için “ticari” sıfatı ile birlikte kullanılması gerekmektedir. Ticari işletme kavramı sadece işletme ya da teşebbüs kavramından daha dar bir kavramdır.

1.2. İŞLETME ÇEŞİTLERİ

İşletmeler çeşitli açılardan tasnif edilebilir. İşletme büyüklüğü temel alınarak yapılacak bir ayrıma göre işletmeleri; büyük işletmeler, orta ve küçük boyutlu işletmeler olarak, iş kolu esasına göre, endüstri, ticaret ve hizmet işletmeleri, üretilen malların niteliğine göre, tüketim malı üretenler endüstri malı üretenler olarak, işletmelerin sahipliğine göre özel sektör ve kamu sektörü işletmeleri olarak, son olarak da işletmenin hukuki yapısına göre, tek kişi işletmesi, adi ortaklık, şahıs şirketleri, sermaye şirketleri ve kooperatif işletmeleri olarak tasnif etmek mümkündür.

Ticaret Kanunumuza göre ise işletmeleri büyüklüğüne göre, esnaf işletmeleri, ticari işletmeler şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Eski Kanun’da faaliyet alanlarına göre yapılan, fabrika, ticarethane, zirai işletme ve sanatsal işletmeler tasnifi yeni sistemde terk edilmiş bulunmaktadır.

⁵ SABUNCUOĞLU, Zeyyat; TOKOL, Tuncer; İşletme; Bursa 2001, s. 4-5.

⁶ Ayrıntısı için Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku; Genişletilmiş 2. Basım; Bursa 2001, s. 31 vd.

2. TİCARİ İŞLETME

2.1. GENEL OLARAK

Ticari işletme yeni Kanun’da esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. Eski Kanun’da sayma yöntemi ile belirlenen ticari işletmelerin yeni Kanun’da tanımlanması isabetli olmuştur. Zira sayma yöntemi; ileride ortaya çıkacak olan yeni bazı işletme türlerini öngöremeyecektir ve bazı eksikliklerin, tartışmaların doğmasına sebep olabilecektir.

2.2. TANIMI VE UNSURLARI

2.2.1. Tanımı

TTK’nın 11. maddesinin 1. fıkrasında, ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır Aynı maddenin 2. fıkrasında ise ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu’na çıkarılacak kararnamede gösterileceği düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde yapılan değişikliğin gerekçelerine yer verilmiştir. Buna göre;

“Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür. Söz konusu eğilimin öznel sistemin vatani olan Almanya’da görülmesi ve bu anlayışın 1998 Alm.TK.nın hedeflerinden biri olması ilgi çekicidir. Onun

için, ticarî işletmenin tanımlanması kaçınılmaz olarak değerlendirilmiştir. Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamaz. Diğer taraftan, ticarî işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticarî işletmenin biraz da eskimiş - görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadırlar. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticarî işletmenin bu üç birime özgü olduğu zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan "müesseselerin", ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşımaları bile kanunen ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki "ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler" ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka "diğer müesseseler" ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın "müessese" olduğu izlenimini vermektedir. Oysa her iki birim "müessese" değil "ticarî işletme" dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticarî işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, "ticarethane" sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde "ticaret" sözcüğü "mal alışverişi" anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim "e-ticaret" kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir.

Ticarî işletme Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticarî işletme

"işletme"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir "işletme" olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletme"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun "teşebbüs"ünden ayrılmıştır".

Gerçekten eski Kanun döneminde tüm ticari işletmelere uygulanabilecek bir tanım Ticaret Sicili Tüzüğünde yer almıştır. Bu tanıma göre *"bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle, Türk Ticaret Kanunu'nun 17. maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını faaliyetler ticari işletme sayılamaz."* Bu olumsuz cümleyi olumluya çevirecek olursak; 'gelir sağlama amacını güden, sürekli, bağımsız ve esnaf faaliyetlerini aşan işletmelere ticari işletme denir' sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda Kanun'a alınan ticari işletme tanımından hareketle ticari işletmenin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Gelir sağlamayı hedef tutmak, sürekli olmak, bağımsız olmak ve esnaf faaliyetlerini aşmak.

2.2.2. Unsurları

2.2.2.1. Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak

Gelir sağlamayı hedef tutmak demek; işletmenin çeşitli şekillerde ekonomik menfaatler elde etmeye yönelik olması demektir. Bu doğrudan kar paylaşmak şeklinde olabileceği gibi, yapılacak olan giderlerin azaltılması suretiyle ekonomik menfaat elde etme şeklinde de olabilir. Bu son duruma tüketim kooperatifleri örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda tüketim kooperatifleri de, diğer unsurlar da varsa, ticari işletme sayılacaktır.⁸

Gelir sağlamayı amaçlamış olmak her zaman kar etmeyi gerektirmez. İşletme zarar da etse hedefi gelir elde etmek ise bu unsur gerçekleşmiş olur. Ancak hedefi gelir elde etmek olmayıp, kamuya hizmet olan bir işletmenin bu unsuru tamamlaması söz konusu değildir. Örneğin, sadece yoksul insanlara ücretsiz hizmet vermek için kurulmuş olan bir hastanenin gelir sağlama amacı bulunmamaktadır.

⁸ BOZER, Ali; GÖLE, Celal; Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi; 16. Baskı, Ankara 2000, s. 7-8, KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku; Güncelleştirilmiş 8. Baskı Konya 1998, s. 20, KARAHAN, gelir elde etme amacını iktisadi faaliyette bulunma şeklinde anlamakta ve iktisadi faaliyeti de "yapılan işletmecilik faaliyetiyle gelir sağlamanın hedef edinilmiş olması" olarak kabul etmektedir.

2.2.2.2. Sürekli Olma

Bir işletme kurulduktan sonra ilelebet faaliyet göstermesi zorunlu değildir. Hatta bazı işler mahiyeti gereği olarak kısa süreli olabilir. Bazı işler yılın sadece belirli mevsimlerinde yapılabilir. Bu durum onların ticari işletme sayılmasını engellemez. Burada süreklilik unsurunun kastettiği arızı veya tesadüfi olarak yapılan işleri ticari işletmelerden ayırmaktır. Yani burada önemli olan işletmenin tesadüfi olarak bir kez bir faaliyette bulunması değil sürekli olarak işletilmesi kast ve niyeti ile açılmış olmasıdır.

2.2.2.3. Bağımsızlık

Bağımsızlık unsuru, işletmenin kendisi ile şubeleri arasındaki ilişkiyi belirlemek amacıyla konulmuştur. Şubeler bağımsız olmadıkları için bir ticari işletme sayılmazlar. Tüm şubeleri ve merkezi ile birlikte ticari işletme bir bütün teşkil eder, şube ticari işletmenin bir bölümü, cüzüdüdür. Bu tanımlamadaki bağımsızlık unsuru daha çok kişilikle ilgilidir. Her ticari işletme bir tacir tarafından işletilmektedir. Şubeleri işleten ayrı bir kişilik bulunmaz. Şubeler ve merkez aynı gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilir. Ancak, tacire bağlı onun talimatlarıyla çalışsa bile tellal, komisyoncu ve hatta tacirle ilişkisi sürekli olan acente dahi, ayrı bir kişilik altında ticari işletme işlettikleri için, bağımsız birer tacirdirler ve işletmeleri de ticari işletmedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde bulunan teşebbüs tanımı bağımsızlık unsuruna yer vermişse de buradaki bağımsızlık, karar alma mekanizması bakımındandır yani daha çok hukuki değil iktisadi bağımsızlığı ön plana çıkarmaktadır. İşletmenin karar alma mekanizması görünüşte (hukuki olarak) bağımsız bile olsa, iktisadi olarak bir bağımlılık varsa, örneğin; başka bir işletmenin sermayesinin tamamı aynı kişiye ait ise, bu iki işletme ekonomik bir birlik teşkil edecek ve belki de tek bir işletme olarak kabul edilebilecektir. Bu Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaçlarının Ticaret Kanunu'ndan farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesi teşebbüs tanımında açıkça “bağımsız karar alabilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” tek bir işletme olarak kabul etmektedir. Burada iki unsur birlikte aranmaktadır: karar alma bakımından karşılıklı bağımlılık ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme. Eğer bu unsurlar varsa iki teşebbüs ayrı tüzel kişilikleri olsa bile tek teşebbüs olarak kabul edilecektir.

Ancak Ticaret hukuku bakımından işletmenin hukuki bakımdan bağımsızlığı ön plandadır.

2.2.2.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma

TTK'nun 15. maddesine göre “İster gezici olsun, ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır”..” Maddenin başlığı ise “esnaf”tır. Buradan esnafı şu şekilde tanımlamak gerekmektedir; bulunduğu iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden çok bedeni çalışmayı gerektiren, sanat veya ticaretle uğraşan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan kişilerdir. Bu tanımın tersinden gidecek olursak bir kişinin yaptığı iktisadi faaliyet bedeni çalışmadan daha çok nakdi sermaye gerektiriyorsa, sanat veya ticaretle uğraşmıyorsa ya da geliri kararnamede belirlenecek olan sınırı aşıyorsa bu durumda ilgili kişi esnaf kabul edilmeyecektir.

Görüldüğü gibi, bu kıstasların da çok kolay belirlenebilir kıstaslar olmadığı açıktır. Bu nedenle TTK'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında Fıkra-sında Bakanlar Kurulu'na kimlerin esnaf sayılacağını belirlemek üzere kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu eski Kanun döneminde de 1463. maddenin 2. fıkrası ile kendisine verilmiş olan bu yetkiye dayanarak 1986 yılında bir kararname çıkarmış bulunmaktadır. Ancak Yeni TTK ile verilen yetki kapsamında Bakanlar Kurulu henüz yeni bir kararname çıkarmış değildir. 21 Temmuz 2007 Tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2007/12362 sayılı Kararname ile kimlerin esnaf sayılacağını esasları tespit edilmiş ve 25 Ocak 1986 tarih ve 86/10313 sayılı Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. . Buna göre;

“1) 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63 üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12 nci ve 17 nci maddelerinin uygulaması bakımından;

a) Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı-

na göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkârlar odalarına kaydedilmeleri,

Ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması,

b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri kararlaştırılmıştır”.

Kanun’un 11. maddesinin 2. fıkrasında da ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de 6762 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği günlerde öğretinin, esnaf işletmesi ile ticarî işletme arasındaki sınırı çizme konusunda, 6762 sayılı Kanunun 17 nci maddesinden çıkarmaya çalıştığı kriterlerin uygulamada etkili olmadığı, uygulamada sınır Bakanlar Kurulu kararnameleriyle belirlendiği için, bu uygulamanın kanunlaştırıldığı ifade edilmektedir.

2.3. TİCARİ İŞLETMENİN MALVARLIĞI

Bir ticari işletme, tacirin, çeşitli üretim unsurlarını bir araya getirerek onları işletilmeye müsait bir malvarlığı haline getirmesi ve onu işletmesiyle

oluşmaktadır. Bu nedenle her işletmenin çeşitli malları, hakları ve hukuki ilişkileri bulunmaktadır. Bir işletmenin işletilebilmesi için, sürekli olarak ona tahsis edilmiş olan unsurlar bir işletmeyi oluşturur. Bu unsurların terkihi, işletmenin özelliklerine göre farklılıklar arz edebilir. TTK'nın 11. maddesinin 3. fıkrasında işletmeye dahil olan unsurlardan bazıları örnek olarak sayılmıştır. Buna göre “aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur”.

Burada belirtilen sözleşme, işletmenin oluşturulmasına ilişkin olan mukavele değil, işletmenin devredilmesi halinde düzenlenecek olan sözleşmedir.. Yani işletmenin devri halinde, sözleşmede aksi belirtilmedikçe sürekli olarak işletmeye tahsis edilmiş tüm unsurlar işletmeye dahil sayılacaktır.

Tesisat diğer bir ifade ile duran malvarlığı, ticari işletme faaliyetinin yürütülmesine sürekli bir şekilde tahsis edilmiş olan menkuller, gayri menkuller ve bunların mütemmim cüzleri ile teferruatlarıdır. Bir işletmenin fabrikasının kurulu olduğu taşınmaz, fabrikası içinde bulunan makineleri, aletleri ve taşıt araçları vb. işletmenin tesisatı sayılır. Bu arada fabrikanın işletilmesi için tahsis edilmiş olan nakdi sermaye, hammaddeler, bitmiş ürünler de ticari işletmeye dahildir.

Kiracılık hakkının işletmeye ait unsurlar arasında sayılması bazı sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Çünkü 6570 sayılı Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun'a göre sözleşmede kiracıya, kiralananın devir hakkı açıkça verilmemişse, kiracının kiralananı devretmesi mümkün değildir. Bu nedenle işletmenin, kiracılık hakkının devrinin özel bir düzenlemeye tabi tutulması önerilmektedir.¹⁴ Gerçekten bazı hallerde işletme, içinde bulunduğu gayri menkulün değerini kendi faaliyetleri neticesinde arttırmış olabilir. Bu durumda o yerde bulunmanın işletme tarafından oluşturulmuş bir değeri bulunmaktadır. Bu değerinde işletmeye dahil olması gerekmektedir. Bu sorunu gören kanun koyucu 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda konuya açıklık getirmiştir. 6098 sayılı Kanun'un “Kira ilişkisinin devri” başlıklı 323. maddesi uyarınca;

“ Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz.

¹⁴ ARKAN; s. 31.

Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralarda devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.”

Görülebileceği üzere ticari işletmenin devrinde kiracılık hakkının intikal edip etmeyeceği noktasında ortaya çıkan sorunlar nedeni ile Borçlar Kanunu’nda özel bir hüküm getirilerek işyeri kiralarda kiraya verenin haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamayacağı hüküm altına alınmış, kiracıyı koruyan bu hükmün yanında kiracılık hakkını devreden eski işyeri kiracısının belirli bir süre devralan ile birlikte sözleşmeden doğan borçlardan sorumlu olmasını öngörülerek kiraya veren için de koruma sağlanmıştır. .

İşletmenin adları da işletmeye dahildir. Bunlar; ticaret unvanı, işletme adı ve markadır. Bu noktada ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceği yönündeki kuralın yeni TTK’da da korunduğu belirtilmelidir. TTK’nın 49. maddesi hem bu kuralı, hem de bir işletmenin devrinin aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça unvanın da devri sonucunu doğuracağı kuralını yinelemiştir. Diğer yandan maddede devir halinde devralanın, unvanı aynen kullanma hakkına sahip olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Bunlar dışında işletmeye sürekli bir şekilde tahsis edilmiş olan patent hakkı, know-how, endüstriyel tasarımlar ve resimler ve faydalı modeller de işletmeye dahil unsurlardandır. Bunlara “işletmenin gayri maddi malları” denmektedir. Bazı yazarlar işletmenin malvarlığını maddi mallar ve gayri maddi mallar olarak ikiye ayırmaktadırlar. Tesisat ve döner varlıklar maddi mallar içinde, kiracılık hakkı, sınai haklar, fikri haklar ve peştamaliye (Goodwill) ise gayri maddi mallar arasında gösterilmektedir.¹⁵

Bazı yazarlar ise bu ayrımın işlevsel olmadığını, işletmenin mal varlığını esas unsurlar ve tali unsurlar olarak ikiye ayırmak gerektiğini ve esaslı unsurlar devredilmediği sürece işletmenin devredilmiş sayılmayacağını belirtmektedirler. Her işletmenin esas unsuru birbirinden farklıdır. İşletmenin unsurları demek, işletmenin müşterilerini bir arada tutan unsurlar demektir. İşletmenin devri demek, müşterileri bir arada tutan esas unsurların devri demektir. Bu her işletme için farklıdır. Örneğin; ismarlama ayakkabıcıda unvan, muhallebicide kiracılık hakkı, sınai bir işletmede patent hakkı, bir plaj işletmesinde tesisat esas unsur olabilir.

¹⁵ KARAHAN; s. 31 vd, ARKAN; s. 30.

Ticari işletmeye tahsis edilmiş olan bu mal varlığı, fiilen tacirin diğer mallarından ayrılmış olsa bile hukuken ayrı bir varlık teşkil etmez. Yani tacirin işletmesi nedeniyle girdiği borçlardan dolayı sorumluluğu sadece işletmeye tahsis edilmiş olan mallarla sınırlanmamıştır. Bu nedenle, işletmeye tahsis edilmiş olan mal varlığının tacirin diğer mallarından hukuki anlamda herhangi bir farkı yoktur. Ancak deniz hukukunda donatanın sorumluluğu gemi ile sınırlı tutulmuştur. Bu istisnai bir durumdur. Genel olarak, işletmenin malvarlığının böyle bir ayrı hukuki varlığı ve tacirin diğer mallarından ayrı bir hukuki özelliği yoktur.

2.4. TİCARİ İŞLETMENİN MERKEZİ VE ŞUBELERİ

2.4.1. Merkez

Ticari işletmenin merkezinin ne olduğu kanunda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte işletmenin idari, hukuki ve ticari faaliyetlerinin toplandığı yer, işletmenin merkezidir.¹⁶ Her tacir, işletmesini ve onunla ilgili bazı hususları, işletmenin merkezinin bulunduğu yeri ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır. TTK'nun 40. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu hükümden anlaşılabacağı üzere, her işletmenin bir merkezinin olması gerekmektedir. İşletmenin merkezi, işletmenin teknik işlerinin yürütüldüğü yerden farklı olabilir. Gerçek kişi tacirin ikametgâhı ile işletmenin merkezi, farklı yerler olabilir. Tüzel kişi tacirlerin ve derneklerin merkezi, tüzüklerinde ve ana sözleşmelerinde gösterilen yerdir.

2.4.2. Şube

Ticari işletmenin tek bir merkezden idare edilemeyecek kadar büyümesi halinde, çeşitli yerlerde faaliyetini sürdürebilmek için şubeler açması zorunluluğu doğar. Her işletmenin amacı kârını arttırmaktır. Bunun için daha çok pazarlara girmesi gerekir. Yeni pazarlara girmenin en güvenli yollarından birisi de o pazarda kendi şubelerini açmaktır. Eğer işletme yeni pazarlardaki bağımsız satıcılara mal vermeye göre, şube açmayı daha az maliyetli görüyorsa bunu tercih edecektir. Böylece şube, iktisadi etkinliğin, büyümenin ve yayılmanın zorunlu bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. TTK pek çok yerde şubeden söz ettiği halde şubeyi tanımlamamıştır. Ancak 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun

¹⁶ KARAHAN; s. 33, ARKAN; s. 33, MİMAROĞLU; s. 207.

9. maddesinde şube şu şekilde tanımlanmıştır: “bir merkeze bağlı olduğu halde, ister merkezin bulunduğu odanın, ister başka odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde kendi başına sınai faaliyet ve ticari muamele yapan yerler ve satış mağazaları bu Kanunun uygulanması bakımından şube sayılır.” Çeşitli kanunlardaki düzenlemelerden hareketle şubenin unsurlarını ve sonuçlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- i) Şube merkezin bir parçasıdır. Şubenin ayrı bir kişiliği yoktur, şubeler merkezin bir parçasıdır, bu nedenle ona bağımlıdır. Şubenin yaptığı işlemler nedeniyle her türlü hak veya borç merkeze aittir. Şube ve merkez aynı kişiye aittir.
- ii) Şube dış ilişkilerinde bağımsızdır. Her ne kadar şube, merkez ile aynı kişiye ait ve merkeze bağımlı ise de, şube dış ilişkilerinde serbesttir. Bununla birlikte, şubenin merkezden ayrı olarak bir işletme politikası olamaz, bu nedenle merkezin işletme politikasını tamamlayıcı şekilde ve ondan aldığı talimatlar çerçevesinde faaliyet göstermesi gerekir. Ancak buna rağmen, şubenin üçüncü kişilerle girişeceği muamelelerde merkezden bağımsız olarak hareket edebilme serbestisinin ve merkezin yaptığı işler çeşidinden işleri yapabilme yetkisinin bulunması gerekir. Şube merkezin yaptığı işlerin benzerlerini yapar.
- iii) Şubenin, işletmenin genişleme ihtiyacından doğduğunu belirtmiştik. Bu nedenle, doğal olarak şubenin merkezden ayrı bir yerde olması gerekmektedir. Ancak ticari hayatın karmaşık yapısı içinde, bazen şube ile merkezin aynı bina içinde fakat farklı idari yapıyla idare edilen bir şekilde olması mümkündür. Bu durum da çeşitli ihtiyaçlardan doğmuştur. Bu nedenle şube ile merkezin mutlaka ayrı yerlerde olması zorunluluğu yoktur. Ancak şubenin mutlaka ayrı bir yönetim teşkilatı vardır. Bununla birlikte yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı gibi, şubenin merkezden ayrı bir muhasebesi olması gerekir, ancak kendi muhasebesini kendisi tutması gerekmez. Aynı şekilde şubenin müstakil sermayesinin bulunması da zorunlu değildir.
- iv) TTK’nın 40. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre şubelerin bulundukları Ticaret Siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Tescil, şubenin kurulduğu andan itibaren 15 gün içinde yapılmalıdır. Ay-

rica şubelerin bulundukları yer ticaret odalarına kayıt olmaları da gerekir.

- v) Şubeler, merkez ile aynı ticaret unvanını kullanırlar ancak şube olduklarını belirtmek zorundadırlar (TTK m. 48/1). Merkezi yabancı bir ülkede olan şubeler, merkezin ticaret unvanını kullanırken merkezinin ve şubenin bulunduğu yeri de belirtmek zorundadırlar (TTK m. 48/3).
- vi) Merkezi yurt dışında bulunan işletmelerin, Türkiye'deki şubelerinin başına tam yetkili bir ticari mümessil atanması zorunluluğu vardır (TTK m. 40/4). Ticari mümessil, en geniş temsil yetkisine sahip olan tacir yardımcısıdır. Ticari mümessilin temsil yetkisi kural olarak iki şekilde sınırlanabilir. Birincisi ticari mümessilin temsil yetkisi bir şubenin işlerine hasredilebilir, ikincisi birlikte temsil halleridir. Yani ticari mümessilin temsil yetkisi belli bir şubenin işleri ile sınırlandırılabilir. Aynı şekilde bir anonim şirketi veya kooperatifi temsile yetkili kişilerin temsil yetkileri de sadece merkez veya şubenin işleri ile sınırlanabilir.
- vii) Ticari işletmenin devri halinde, şube işletmenin bir parçası olduğundan şube de devredilmiş olur.
- viii) Şubenin üçüncü kişilerle giriştiği işlemlerin geçerli olduğunu belirtmiştik. Şube kendi yaptığı işlemler nedeniyle doğan ihtilaflar sebebiyle, şube aleyhine, şubenin bulunduğu yerde dava açılabilir. Böylece şube ile iş yapan üçüncü kişilerin, merkezin bulunduğu yere giderek dava açmaları zorunluluğu ortadan kalkmış olmaktadır. Bununla birlikte iflas davası şubeye karşı açılmaz, merkeze karşı açılması gerekir.

2.5. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

TTK'nın 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, ticari işletmenin çeşitli hukuki işlemlere konu olması mümkündür. Ticari işletmenin bir bütün olarak devri de mümkündür. Ticari işletmenin bir mal varlığı olarak devri ile bir şirketin başka bir şirketi devralması ya da bununla birleşmesini birbirine karıştırmamak gerekir. Şirketlerin birleşme veya devirleri TTK'nın 134-194. maddeleri arasında düzenlenmiş iken bir malvarlığı olarak işletmenin devri, TTK'nın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Burada ele alınacak olan işletme devri, TTK'nın 11. maddesi anlamında bir malvarlığı olarak ticari işletmenin devridir.

Eski TTK döneminde ticari işletmelerin devri TTK'da düzenlenmemiş, Eski Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenmiş idi. Yeni TTK ticari işletmenin devrini yeni Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi ile birlikte 11. maddenin 3. fıkrasında düzenlemiştir. TTK'nın 11. maddesine göre; "Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil edilir".

Görüldüğü üzere yeni Kanun'da ticari işletmenin devri, yazılı olarak yapılmış olması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi şartına bağlanmıştır. Diğer yandan işletmeye dahil olan malvarlığı unsurlarının tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına da gerek yoktur.

Eski Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık yeni TTK'nın 11. maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan "bütün"ü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir.

6762 sayılı eski TTK gibi, yeni TTK da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurlarını, bir ticarî işletmeyi "bütün" bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan "tesisat" sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak Kanun'da zikredilmiştir. Nihayet, "kiracılık hakkı" da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları bütünün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Üçüncü fıkrada yer alan "aksi öngörülmedikçe" ibaresi ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceğini öngörmektedir. Ancak bu hüküm

işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse unvanını devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olanak tanıyorsa veya rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni bir işletmede de kullanabilir¹⁷.

TTK'nın 11. maddesine ve Borçlar Kanunu'nun 202. maddesine göre ticari işletmenin devri, aktif ve pasifi ile bir bütün halinde devridir. Yani ticari işletmenin aktifinin ve pasifinin birlikte devri gerekir. Sadece aktiflerin devredilerek pasiflerin devredilmemesi halinde yapılan devir işlemi geçersizdir. Çünkü aktifler, pasifte yer alan borçların teminatını oluşturmaktadır.¹⁸ Bununla birlikte devrin geçerli olabilmesi için, ticari işletmenin malvarlığına dahil olan tüm unsurların devri zorunlu değildir. Taraflar sözleşmeye koyacakları hükümlerle, malvarlığına dahil olan unsurlardan bazılarını devrin kapsamı dışında bırakabilirler. Bununla birlikte, ticari işletmenin işletilmesi için gerekli olan esaslı unsurların devredilmiş olması gerekir. Sözleşmede aksine hüküm olmadığı sürece, işletmeye sürekli olarak tahsis edilmiş olan tüm unsurlar devredilmiş sayılır.

Devir ile ticari işletmenin en önemli unsuru olan müşteri çevresi de devralana geçer. Bu nedenle devredene sözleşmede açık bir hükümle rekabet yasağı konmamış bile olsa işletmenin devri, müşteri çevresinin de devrini gerektirdiğinden, devredenin müşteri çevresinin devralana geçmesi için gerekli olan süre kadar devralanla rekabet etmemesi gerekir.

Eski TTK döneminde kiracılık hakkının, devrin kapsamında olup olmadığı tartışmalı iken yukarıda da ifade edildiği üzere yeni Borçlar Kanunu'na eklenen bir hüküm ile bu tartışma ortadan kaldırılmıştır. Eski dönemde 6570 sayılı Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun'a göre sözleşmede açıkça belirtilmedikçe, kiracının kiralananı devir hakkı yoktur ancak bu kanundan sonra yürürlüğe giren eski TTK'nın ticari işletme ile ilgili olarak özel bir düzenleme yaparak, bu kanunun genel kuralından ayrılmak istediği ifade edilerek kimi yazarlarca ticari işletmenin devrinin, ticari işletmenin unsurları arasında kiracılık hakkının da olması halinde, kiracılık hakkının da devrini kapsadığının kabulü gerekeceği ifade edilmiştir.¹⁹ Yeni dönemde bu görüş yasalaşmış, kiraya verenin böyle bir durumda haklı bir gerekçesi söz konusu olmadıkça devre izin vermekten kaçınamayacağı düzenlenmiştir.

¹⁷ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, s.4.

¹⁸ ARKAN; s. 40, KARAHAN; s. 38.

¹⁹ İMREGÜN; s. 14, ARKAN; s. 42, KARAHAN; s. 39, MİMAROĞLU; s. 205.

Yeni Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi uyarınca ticari işletmenin devri, alacaklılara ve iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ancak devrin Ticaret Siciline tescil ve ilanı ile hüküm ifade eder. BK m. 202 sadece ilandan söz etmektedir. Bununla birlikte devir ile tacir değişmiş olacağından durumun, TTK 31. ve 40. maddelere göre Ticaret Sicili'ne tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanı zorunludur.²⁰ Diğer yandan TTK'nın 11. maddesinde de devir sözleşmesinin Ticaret Sicili'ne tescil ve ilan edilmesi zorunlu kılınmıştır. Yapılan bu tescil ve ilan ile ticari işletmenin tüm borçları devralana geçer. Burada borcun naklini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinden farklı olarak, alacaklının onayını almaya gerek yoktur. Burada borçlar, TTK'nın emredici hükmü nedeniyle nakledilmiş olmaktadır. Bununla birlikte devreden tacir de devrin tescil ve ilanına kadar olan borçlardan dolayı, borçlar muaccel ise tescil ve ilan tarihinden itibaren iki yıl süre ile sorumlu olmaya devam eder, eğer borçlar muaccel değil ise borçların muaccel olacağı tarihten itibaren devir edenin sorumluluğu iki yıl daha devam edecektir. İlan yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, iki yıllık süre işlemeye başlamaz. Sözleşmeye veya üçüncü (kişi) alacaklılara yapılacak ihbarlara devralanın işletmenin borçlarından sorumlu olmayacağı ya da sorumluluğunun sınırlı olacağı şartının konulmuş olması üçüncü kişiler açısından geçerli değildir. Üçüncü kişilerin kanundan doğan haklarını kısıtlayıcı hükümler onlara karşı hüküm, ifade etmez. Ancak tarafların kendi aralarındaki sözleşmeye koyacakları böyle bir hüküm iç ilişki bakımından geçerlidir.

Ticari işletmesini devreden gerçek kişi tacir, artık tacir sıfatını kaybeder. İşletmesini devrettiğini tescil ve ilan ettirdiği tarihten itibaren bir yıl daha iflasa tabi olmaya devam edecektir. Alacaklılara karşı sorumluluğu ise iki yıl daha sürecektir. Devredene kefil olan veya onun lehine rehin verenlerin sorumluluğu da devredenle birlikte devam eder.²¹

2.6. TİCARİ İŞLETMENİN REHNI

2.6.1. Genel Olarak

Ticari işletme rehini Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Daha sonra çıkarılan 1447 sayılı Ticari İşletme Rehini Kanunu ile düzenlenmiştir. Tacirin her zaman tüm alışverişini, yatırımlarını nakit kullanarak yapması mümkün olmayabilir. Ya da kredi kullanarak yapmak daha hesaplı olabilir.

²¹ ARKAN; s. 44.

Bu gibi durumlarda, tacir ya kredi kurumlarından kredi kullanmak ya da yatırım konusu olan makineleri kredili olarak satın almak isteyecektir. Bu ise ancak kredi verenin ya da kredili satış yapanın yeterince temin edilebilmesi ile mümkündür. Tacir, kredi karşılığında gayri menkullerini teminat gösterebilir, bu tapuya tescil ile kurulan bir rehin olup, “ipotek” denmektedir. Tacir menkullerini de teminat olarak verebilir, bunun için teminat teşkil edecek olan menkul malların kural olarak alacaklıya teslim edilmesi gerekmektedir. Buna “menkul” rehini denmektedir. Menkul rehini ancak malların alacaklıya teslimi ile geçerli olarak kurulmuş sayılır. Ancak bu durum ticari hayatın ihtiyaçlarına uygun değildir. Gerçekten tacir satın aldığı makineleri hem kendinde tutarak işletmek, hem de bunları borcuna karşılık göstermek istemektedir. Böyle bir sonucun elde edilmesi için Borçlar Kanunu’nun rehine ilişkin hükümleri yetersiz kaldığından 1447 sayılı Ticari İşletme Rehini Kanunu çıkarılmıştır.

Ticari İşletme Rehini Kanunu’na göre, rehinin konusunu ticaret siciline tescilli olan bir ticari işletme veya esnaf siciline kayıtlı olan bir esnaf işletmesi oluşturabilir.

2.6.2. Ticari İşletme Rehini Sözleşmesi

Ticari işletme rehini, işletmenin tescil edildiği yerdeki noterlikçe re’sen düzenlenen bir rehin sözleşmesi ile kurulur.

Bu sözleşmenin rehin vereni, tacir ya da esnaf olabilir; rehin alan ise, tüzel kişiliği haiz, sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, yani bankalar, kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler olabilir. Özel finans kurumlarının da ticari işletme rehini sözleşmesine taraf olabileceği kabul edilmektedir.²²

Tacirin temsilcisi, ticari mümessil bile olsa özel olarak yetkilendirilmedikçe, işletme rehini sözleşmesi yapamaz. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, ana sözleşmede özel bir kayıt yer almamış olsa bile, ticari işletme rehini kurulması konusunda karar almaya yetkilidir. Kollektif şirketler bakımından ticari işletmeyi rehin etmek olağanüstü işlerden sayılır ve ancak ittifakla yapılabilir.²³

Sözleşmenin yapıldığı günden itibaren 10 gün içinde işletmenin kayıtlı olduğu Ticaret Sicili’ne veya Esnaf Sicili’ne tescili gerekir. Rehin ancak

²² ARKAN; s. 47.

²³ ARKAN; s. 48.

tescil ile hüküm ifade eder. Ancak buradaki süre hak düşümü süresi değildir, yani daha sonradan da tescil ettirmek mümkündür. Bu son halde de, sözleşme tescil ile hüküm ifade edecektir.²⁴

Tescil edilmesi gereken hususlar şunlardır: alacaklının ticaret unvanı, adres ve ikametgahı, alacağın Türk Lirası olarak miktarı, alacak miktarı belli değilse ticari işletmenin ne miktar için teminat teşkil edeceği ve alacak faizi ile faiz oranı. Tescil harç ve masraflarının hangi tarafça ödeneceği de rehin sözleşmesinde gösterilir.

Ticari işletmenin rehin edildiğini mümkün olan en geniş kesime duyurabilmek ve böylece alacaklının haklarını en geniş şekilde koruyabilmek amacı ile, rehine dahil olan unsurların ayrıca kendi sicilleri varsa bu sicillere de ticari işletmeye ait olan bu unsurun, ticari işletme rehini ile rehin edildiği bildirilir. Örneğin; işletme, tacirin kendi taşınmazı üzerinde kurulu ise, tapu sicilinin beyanlar hanesine, işletme rehini belirtilir. Böylece sonradan taşınmaz üzerinde ipotek hakkı sahibi olacak olan üçüncü kişilere karşı ticari işletme rehini sahibi korunmuş olur. Aynı şekilde, taşıt araçları varsa bunların Trafik Sicili'ne, markalar, patentle ve diğer sınai haklar varsa Patent Enstitüsü'ne ticari işletme rehininin, ticaret sicil memuru tarafından bildirilmesi gerekir.

2.6.3. Rehnin Kapsamı

Ticari işletme rehininin kapsamına, ticaret unvanı, işletme adı, rehinin kurulması anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları, patentler, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar dahildir.

Ticari işletmenin taşınmazları ve kiracılık hakkı, ticari işletme rehini kapsamına dahil değildir.

Ticaret unvanı ve işletme adı, ticari işletme rehinine dahil edilmesi gereken zorunlu unsurlardandır. Bunların olmaması halinde, sözleşme geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, ticaret unvanı sadece tacirlere özgüdür, yani esnaflar ticaret unvanı kullanamazlar. Bu nedenle esnaf işletmesi rehininde ticaret unvanının eksikliği sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Tacirlerin ve esnafların işletme adı kullanmaları zorunlu değildir, ancak kullandıkları takdirde Ticaret Sicili'ne tescili zorunludur. Bu durumda, eğer tacir ya da esnaf işletme adı kullanmıyorsa, bunun eksikliği de rehin sözleşmesini geçersiz kılma-

²⁴ POROY/YASAMAN; s. 50, KARAHAN; s. 45, ARKAN; s. 49, MIMAROĞLU; s. 221.

yacaktır. Kredili satış yapan yerlerin rehin hakkı sadece vadeli satışa konu teşkil eden makine, araç, motorlu nakil araçları üzerinde kurulabilir, bu nedenle ticaret unvanı ve işletme adı rehinin kapsamı dışında kalır.²⁵ Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğinden, rehinin para çevrilmesi sırasında, ticaret unvanının en azından ticari işletmenin esash unsurlarıyla birlikte satılması gerekir.

Menkul işletme tesisatı da ticari işletme rehininin, zorunlu unsurlarındandır. Menkul işletme tesisatının tamamı değil sadece, makine, alet, araç, motorlu nakil aracı niteliğinde olanları rehine dahildir. Bunların rehinin kapsamına girmesi için, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmaları ve işletmenin faaliyetine tescil edilmeleri gerekir. İşletmeye sonradan alınan menkul işletme tesisatlarının da, rehinin kapsamına alınabilmesi için on gün içinde noter marifetiyle rehinli mallar listesine, bunlarında geçirilmesi gerekir. Sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş bulunan menkul işletme tesisatının, ticari işletme rehini kapsamına alınması zorunludur, aksi halde sözleşme geçersiz olur. Menkul işletme tesisatının 3. kişilere ait olması durumu değiştirmez. Ancak Finansal Kiralama yolu ile oluşturulmuş olan işletme üzerinde rehin tesisi, Finansal Kiralama Kanunu 8. maddesi çerçevesinde mümkün değildir.

Sınai hakların da, ticari işletme rehini kapsamına alınması mümkündür. Ancak bunların kısmen veya tamamen rehin kapsamı dışına çıkarılması mümkündür.

Ticari İşletme Rehni Kanunu'na 2003 yılında eklenen bir hüküm ile sanayi işletmelerinde rehin konusu yapılabilecek unsurlar ayrıca belirlenmiştir. Buna göre sanayi işletmelerinde rehlin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları ile markalar, patentler, modeller, resimler, lisanslar gibi sınai haklardan bir veya daha fazlası rehlin konusu yapılabilir. Ticari işletme rehnine konu olan kredilerle satın alınan makine, ekipman, araç, alet ve cihazlar rehnedilebilir. Rehlinli malların alacaklıların belirleyeceği muhtemel rizikolara karşı sigorta ettirilmesi de zorunludur. Hükümden de anlaşılabileceği üzere sanayi işletmelerinde ticaret unvanı ve işletme adının rehlin kapsamı dışında bırakılması mümkündür.

²⁵ ARKAN; s. 52.

2.6.4. Rehnin Hükümleri

Rehin tescil edilmekle taraflar arasında ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder. Her şeyden önce rehin verenin, ticari işletmesini normal olarak işletme hak ve yetkisine herhangi bir sınırlama gelmiş olmaz. Bununla birlikte rehin veren, rehin alacaklısının haklarına zarar verecek işlemlerden kaçınmak zorundadır. Örneğin; alacaklının izni olmadan rehine dahil olan münferit unsurları devredemez veya bunlar üzerinde başka aynı haklar tesis edemez, bunların yerini değiştiremez, takas edemez.

Rehin veren, alacaklının iznini almadan değiştirme, temlik, aynı haklarla sınırlama veya alacaklıya zarar verme kastı ile malları tahrip veya imha ederse, alacaklının şikayeti üzerine bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. Ticari işletme sahibinin kusurunun ağırlığını dikkate alan hakim, alacaklının talebi üzerine, rehin ile temin edilen alacak miktarına kadar ek bir tazminata da (cezaî tazminat) karar verir.

Sözleşmenin tescili ile rehin hakkı sahibi, herkese karşı ileri sürülebilecek olan bir hak kazanmış olur. İşletme içinde bulunduğundan rehine dahil edilmiş olan ve üçüncü kişiye ait olan mallar bakımından da, bu durum geçerlidir.

İşletmenin kayıtlı bulunduğu sicil bölgesi içinde bulunan unsurlar hususunda üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz. Rehine dahil olan bazı unsurları devralan kişi eğer ticaret sicil bölgesi içinde ise, bu malların mülkiyetini kazanamayacaktır, rehin alanın hakları devralana tercih edilmiştir.

Rehine dahil olan unsurlar, sözleşmenin tescil edildiği sicil bölgesinin dışında ise bunları iyi niyetle, yani rehinli olduğunu bilmeden devralan üçüncü şahıslar devir ile mülkiyet hakkını kazanırlar. Bununla birlikte bu şekilde devre konu olan unsurlar kendi özel sicillerine de rehin oldukları tescil edilmiş ise yine iyiniyetle hak kazanılması mümkün olmayacaktır.

Ticari işletme rehini konusu olan malların, ziyai veya üçüncü kişilerin korunması gibi nedenlerle, rehin edilen unsurların tamamı veya bir kısmına ilişkin tazminat veya sigorta bedeli ödenmesi gerektiği takdirde, rehin alan, rehin verenin, varsa talep hakkı veya sigorta veya tazminat bedeli üzerinde rehin hakkına sahip olur. Bu durumda sigortaya veya tazminat borçlusu üçüncü kişiye ihtar çekilerek ödemeleri rehin verene değil rehin alana yapması kendisine bildirilmelidir.

2.6.5. Rehnin Paraya Çevrilmesi

Rehnin paraya çevrilmesi, İcra ve İflas Kanunu 145 vd. maddelerinde düzenlenen, menkul rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlere göre yapılır. Borçlu, borcunu ödemez ise ticari işletme rehinine dahil olan unsurlar icra vasıtasıyla satılarak elde edilen gelirden borç ödenir. Rehine dahil olan mallar veya haklar satılmak yerine alacaklıya verilmek suretiyle borcun ödenmesi mümkün değildir (lex commissoria yasağı). Alacağın ödenmesi için rehine dahil olan unsurların satışı zorunludur. Hangi malların satılacağına icra memuru tarafından, tarafların menfaatleri de gözeticilerle karar verilir. Alacağı karşılamaya yetecek kadar unsurun satılması gereklidir. Ayrıca koruma, idare ve işletme tedbirleri de icra memuru tarafından yerine getirilir. Rehin alan merhunun para çevrilmesini talep edebileceği gibi, alacağını garanti altına almak için rehinli malların ihtiyati haczini de talep edebilir.

2.6.6. Rehnin Sona Ermesi

Rehin normal olarak, borçlunun borcunu ödemesi ile sona erer. Ancak alacaklı alacağını tahsil ettiği halde, rehini terkin ettirmek istemeyebilir. Bu durumda rehin verenin mahkeme kararı olarak rehini terkin ettirmesi gerekir. Alacaklı gaip ise veya alacağını almaktan imtina ediyorsa borçlu alacağını almasını usulüne göre tebliğ eder ve süre verir. Bu süre içinde alacaklı gelmez veya gelip de alacağını almaktan kaçınırsa, borçlu borcunun tamamını icra dairesine yatırır ve tetkik mercii, paranın alacaklı adına saklanmasına ve rehnin terkinine karar verir.

Eğer rehin devam ederken, ticari işletme sicilden terkin edilecek olursa, sicil memuru durumu alacaklıya tebliğ eder, alacaklının alacağı terkinle birlikte muaccel olur ve alacaklının iki ay içinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte bulunması gerekir. Aksi halde rehin hakkı kendiliğinden düşer.

Rehnin sona erdiği, rehnin kurulduğunun bildirildiği diğer sicillere de bildirilir.

1447 sayılı Kanun'da özel hüküm bulunmayan hallerde, gayrimenkul rehinine ilişkin hükümler, bu kanuna aykırı olmamak kaydıyla uygulanır. Bu kanunun uygulanmasından doğacak anlaşmazlıkların halinde sicilin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi yetkilidir.

2. BÖLÜM

TİCARİ İŞLER VE TABİ OLDUKLARI HÜKÜMLER

1. GENEL OLARAK

Ticari ilişkilere uygulanan hukuk kuralları ile adi işlere uygulanan hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Gerçekten, ticari işlere ticari hükümler uygulanır, adi işlere ise genel hükümler uygulanır. Örneğin, ticari satışlarda uygulanacak satıcının tekeffülü hükümleri ile adi işlerde uygulanacak satıcının tekeffülü hükümleri birbirinden farklıdır. Tacir olmanın sonuçları genellikle ağırlaştırılmış sorumluluklar içermektedir, ticari işlerle adi işlere uygulanacak faiz farklıdır, ticari işlerde ve adi işlerde, birlikte sorumluluk hallerinde sorumluluğun paylaşılması birbirinden farklıdır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür, bazılarına aşağıda değinilecektir. Sonuç olarak, adi işler ve ticari işler farklı hükümlere bağlandığına göre hangi işlerin ticari iş olduğunun kesin bir şekilde tespit edilmesi, ticari hükümlerin hangi olaylara uygulanacağını tespiti açısından bir zorunluluktur.

Ticari işi tanımlarken yararlanabileceğimiz iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Bunlar TTK'nın 3. ve 19. maddeleridir. 3. maddeye göre *“Bu Kanun'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”*.

19. maddeye göre ise *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır”*.

Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.” Bu hükümlerden hareketle ticari işin ne olduğunu tespit etmek mümkündür.

2. TİCARİ İŞİN BELİRLENMESİ

2.1. TÜRK TİCARET KANUNU’NDA DÜZENLENEN HUSUSLAR

3. maddenin birinci kısmında bu kanunda düzenlenmiş olan hususlar “ticari işlerdendir” denmektedir. Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen işlerin kimin tarafından yapıldığına bakılmaksızın ticari iş olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Tarafların tacir olması dahi gerekmemektedir. Örneğin; çek TTK’da düzenlenmiştir. Memur A memur B’ye bir çek keşide edip verse bu ticari bir iş sayılacaktır. Bundan başka haksız rekabet Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olduğundan her halükarda ticari iş sayılacaktır. Kanun burada aksi kanıtlanamayan bir kanuni düzenleme getirmiştir.

2.2. BİR TİCARİ İŞLETMEYİ İLGİLENDİREN İŞLER

TTK’nın 3. maddesine göre bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Bu durumda bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iştir diyebiliriz. Burada “ilgilendiren” kavramını geniş anlamda anlamak gerekmektedir. Yani sadece ticari işletmenin faaliyeti ile doğrudan ilgili işleri değil, bunlara hazırlık mahiyetinde olan işleri ve ticari teamüle göre dolaylı olarak da olsa ticari işletmeyle ilgili olan işleri de ticari saymak gerekir. Bunun dışında 3. maddede sadece hukuki işlemler değil fiiller de ticari iş sayıldığına göre, bir ticari işletmeyi ilgilendiren haksız fiiller de ticari iş sayılacaktır. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren haksız fiilin, karşı tarafının da tacir olması ya da ticari işletme ile ilgili olması gerekmez. Taraflardan birisi için ticari iş niteliği taşıyan bir haksız fiil diğeri için adi iş niteliğinde olabilir. Ticari kamyonu ile bir başkasının evine giren tacir açısından bu fiil, ticari bir fiil olduğu halde ev sahibi açısından bu adi bir iştir.

2.3. TİCARİ İŞ KARİNESİ

TTK’nın 19. maddesine göre *“bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak; gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari*

işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.” Kanun burada tüm tacirleri kapsayan yani tüzel kişi ve gerçek kişi tacirleri kapsayan bir karine getirmiştir. Buna göre, tacirin her türlü borçları ticari borçtur, dolayısıyla her türlü işleri de ticari iştir. Ancak kanun, bu karinenin sadece gerçek kişiler bakımından aksinin ispatına olanak tanımıştır. Yani tüzel kişi tacirler bakımından istisna yoktur, tüzel kişi tacirlerin adi işi olamaz, onların her türlü işi ticari iştir. Gerçek kişiler ise iki şekilde bu karineyi çürütebilirler.

Birincisi, gerçek kişi tacirin, işlemi yaparken bu işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını belirtmesi halinde iş ticari iş, sayılmayacaktır.

İkincisi, tacirin yaptığı işin, ticari iş sayılmasına halin icabı müsait değil ise bu iş yine ticari iş sayılmayacaktır. Örneğin; tacirin evine bir buzdolabı alması halinde, halin icabı bu işin ticari iş sayılmasına müsait değildir. Bu durumda, her olayın somut koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2.4. TARAFLARDAN BİRİ İÇİN TİCARİ İŞ OLAN SÖZLEŞMELER

TTK’nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır*”. Kanun burada da bir karine getirmektedir. Bu karineye göre, bir sözleşme taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde ise, diğer tarafın tacir olup olmadığına ya da ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır. Bu karine sadece sözleşmeden doğan ticari işler için geçerlidir, haksız fiillerden doğan ticari işler bakımından bu karine geçerli değildir. O zaman şunu söyleyebiliriz, bir sözleşme taraflardan birinin ticari işletmesi ile ilgili ise her iki taraf için de ticari iş sayılacaktır. Örneğin; bir memur evine bir halı mağazasından halı alacak olursa halı tüccarı açısından ticari işletmesi ile ilgili olan ve bu nedenle ticari iş mahiyetindeki bu sözleşme, memur için de ticari iş sayılacaktır.

Burada; 19. maddenin 1. ve 2. fıkraları arasında çelişki varmış gibi görülebilir. Gerçekten tacirler sözleşme yaparken bu sözleşmenin, ticari işletmeleri ile ilgili olmadığını belirtmek suretiyle ya da halin icabına göre kendileri açısından yapılan işin ticari iş olmadığını ileri sürebilecekken, tacir olmayanların böyle bir olanağı bulunmamaktadır. Bu durum tacir olmayanlar aleyhine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Ancak burada, 2. fıkra hükmü ile 1. fıkra hükmünün sağladığı olanağın oldukça daraltıldığını kabul etmek gere-

kir. Yani kendisi açısından ticari iş olmadığını belirten tacirin de sözleşme yaptığı karşı taraf açısından sözleşme, bir ticari iş oluşturuyorsa 2. fıkra nedeniyle, birinci tacir 1. fıkradaki olanağı kullanamayacaktır.

3. TİCARİ İŞ OLMAYA BAĞLANAN SONUÇLAR

3.1. TESELSÜL KARİNESİ

Müteselsil borçluluk, aynı alacak nedeniyle borç altına girmiş bulunan birden fazla borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından ayrı ayrı sorumlu olmaları demektir. Yani alacaklı, müşterek borçlulardan herhangi birisinden alacağın tamamını talep edebilir. Kendisinden alacağın tamamı talep edilmiş olan borçlu, kendi hissesinin borcun tamamından daha az kısmını kapsadığından bahisle, borcun tamamını ödemekten kaçınamaz, borcun tamamını ödemek zorundadır. Ödemeyi yapan borçlu, alacaklının sahip olduğu hakların halefi olur. Ödemeyi yapan borçlu, daha sonra diğer borçlulara hisseleri oranında fazla ödediği miktarı rücu edebilir. Yani hissesinden fazla ödediği kısmı, diğer borçlulardan isteyebilir. Ödemeyi yapan borçlu, alacaklının haklarına halef olacağından, eğer asıl alacağa bağlı fer'i haklar varsa bu haklar da ödeyen borçluya geçer. Örneğin; borcu temin eden bir rehin verilmiş ise, bu rehin hakkının da ödeyen borçluya alacaklı tarafından geçirilmesi gerekir. Eğer alacaklı, fer'i hakları ödemeyi yapan borçluya geçmesini sağlamaz ise, bu nedenle ödeyen borçlunun uğrayacağı zararları tazmin etmek zorunda kalabilir.

Adi borçlulukta ise alacaklıya karşı birlikte borç altına giren borçlular, alacaklıya karşı hisseleri oranında sorumludurlar. Yani alacaklı, borçluların her birinden borcun tamamını değil, sadece kendi hisselerine düşen miktarlarını isteyebilir.

Borçlar Kanunu'na göre, adi borçluluk esastır. Yani sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, müşterek borçlular arasında adi borçluluğun olduğu, müteselsil borçluluğun olmadığı kabul edilir. Eğer müteselsil borçluluk yaratılmak isteniyorsa sözleşmeye açık bir hüküm konması gerekir.

Ticaret Kanunu'nda ise, 7. maddede ticari borçlarda müşterek borçluluk halinde borçlular arasında müteselsil borçluluğun esas olduğu kabul edilmiştir. Buna göre *“İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar”* Görüldüğü gibi, Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu'nun ilkelerini ters çevirmiştir. Eğer borçlular bakımından ticari bir

iş nedeniyle müşterek borçluluk söz konusu olursa, sözleşmede bu konuda hüküm olmasa bile müteselsil borçluluk söz konusu olacaktır. Buna “teselsül karinesi” denmektedir. Ticari işlerde de, müşterek borçlular arasında, adi sorumluluk oluşturulabilir. Bunun için sözleşmeye müşterek borçlular arasında adi sorumluluk olacağına dair bir hüküm konması gerekmektedir.

Ticaret Kanunu’nun 7. maddesinde teselsül karinesi, sadece müşterek borçlular arasında değil, asıl borçlu ile kefil, birden fazla kefil varsa kefiller arasında da kabul etmiştir. Gerçekten 7. maddenin 2. fıkrası uyarınca *“Ticari borçlara kefalet halinde, hem asıl borçlu ile kefil ve hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerlidir.”*

Borçlar kanuna göre aksi kararlaştırılmış olmadıkça, önce asıl borçluya başvurmadan kefile başvurulamaz. Ancak ticari borçlara kefalet halinde, alacaklı sözleşmede böyle bir hüküm olmasa bile, asıl alacaklıya başvurmadan doğrudan kefile başvurabilir. Buna “müteselsil kefalet” denir. Ancak 7. maddenin son cümlesine yapılan ekleme uyarınca kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.

3.2. TİCARİ İŞLERDE FAİZ

3.2.1. Genel Olarak

Faiz, kapital faizi ve temerrüt faizi olmak üzere ikiye ayrılır. Kapital faizi, mahrum kalan bir miktar paraya, mahrumiyet süresi ve mahrum kalan paranın miktarı ile orantılı olarak sağlanan medeni semeredir. Kapital faizi mahrum kalan paraya vade tarihine kadar ödenen faizdir. Temerrüt faizi ise, para borcunu zamanında ödemeyen borçlunun, ödemesi gereken faizdir. Temerrüt faizi, alacağına ödeme zamanında kavuşamayan alacaklıya ödenen bir çeşit tazminat olarak da kabul edilebilir. Temerrüt faizi talep edebilmek için, borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir, yani alacağını ödemesi gereken tarihte ödememiş olması gerekir. Borçlunun temerrüde düşmesi kural olarak vadenin dolması ile gerçekleşir. Bazı hallerde ise borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar çekmek gerekir.

Kapital faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, kural olarak, mahkemeye başvuru tarihinden itibaren, ayrıca kapital faizi için de temerrüt faizi talep edilebilir. Temerrüt faizinin ödenmesinde gecikme halinde, temerrüt faizi talep edilemez.¹

¹ ARKAN; s. 65.

Haksız fiillerden doğan tazminat alacaklarına da faiz işletilmesi genel olarak kabul edilmektedir. Bu faize ise “tazminat faizi” denmektedir.

Faiz oranı, eğer sözleşme ile taraflarca kararlaştırılmış ise buna “akdi faiz”, sözleşmede kararlaştırılmamış olmakla birlikte kanundan dolayı ödenmesi gereken faiz oranına ise “kanuni faiz” denmektedir.

Faiz, asıl alacağa bağlı bir haktır, bu nedenle fer’i bir borç teşkil eder. Akıbeti, asıl alacağın akıbetine bağlıdır, örneğin asıl borç zamanaşımına uğramış ise fer’i bir borç olan faiz borcu da zamanaşımına uğrar. Asıl borç ödeme suretiyle sona ererse, kural olarak faiz borcu da sona erer. Bununla birlikte, birikmiş faizlere ilişkin borcun anaparanın ödenmesiyle sona ermeyeceği kararlaştırılmışsa ya da halin icabından böyle anlaşıyorsa faiz borcu devam eder.

3.2.2. Faiz Serbestisi (İradi Faiz)

Adi işlerde ve ticari işlerde faizin sözleşme ile serbestçe kararlaştırılmasını önleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Üstelik TTK’nın 8. maddesinin 1. fıkrasında açıkça “*ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir*” denmektedir. Borçlar Kanunu’nda ise, sözleşme serbestisinin faizlerle ilgili olarak geçerli olmayacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla adi işlerde ve ticari işlerde sözleşmenin tarafları borca uygulanacak olan kapital faizini ve gecikme halinde temerrüt faizini serbestçe kararlaştırabilirler.

Ödünç para verme işleri, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki özel hükümler saklıdır. 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilmiş olan 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, bu kararname, ödünç para verme işini devamlı olarak, meslek halinde yapan, bu işlere aracılık eden gerçek kişiler ile, finansman şirketleri ve factoring şirketlerine uygulanacağından, bunların uygulayacakları azami faiz oranları ile alacakları, diğer masraf ve gelirlerini tespit etmeye veya serbest bırakmaya Hazine Müsteşarlığı yetkilidir. (m. 13) Bankaların mevduata ve krediye verecekleri faiz oranları çeşitli Bakanlar Kurulu kararları ve T.C. Merkez Bankası’nın tebliğleri ile tespit edilmiştir.

Faizin anaparayı geçmesinin hiçbir mahzuru bulunmamaktadır. Eskiden faizin anaparayı geçemeyeceğine dair hüküm var idi ise de, bu sınırlamayı koyan Murabaha Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmış olduğundan,

ne ticari işler ne de adi işler açısından faizin anaparayı geçemeyeceğine ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Sözleşme serbestisi bu alanda da geçerlidir.

Kural olarak faize faiz yürütülmesi yasaktır. Bu yasaklama hem kapital faizi hem de temerrüt faizi için geçerlidir. Bu yasağa ticari işler bakımından bazı istisnalar getirilmiştir.

Faiz konusundaki sözleşme serbestisinin en geniş sınırlarını BK'nun ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin kuralları ile gabin hükümleri oluşturmaktadır. Eğer uygulanan faizler, tacirin ekonomik varlığını tehlikeye sokacak derecede yüksek ise ahlaka aykırılık nedeniyle mahkeme bunu makul seviyeye çekebilir ya da gabin nedeniyle de faiz oranına müdahale edilebilir, eğer faiz çok fahiş ise tacir bu fahiş olan faizin müzayaka halinde olduğu için kabul ettiğini ispat etmekle bu faiz oranının makul bir düzeye çekilmesini talep edebilecektir. Adi işlerde ise fahiş olan faizin indirilmesi her zaman talep edilebilir.

Faizin arttırılması taraflardan birinin yetkisine bırakılmış ise, bu taraf Medeni Kanun'un 2. maddesi çerçevesinde bu yetkisini, doğru ve dürüst bir kişi gibi kullanmak durumundadır.

3.2.3. Kanuni Faiz

Faiz ödenmesi gereken hallerde, faiz oranı sözleşmede belirtilmemişse, kanunda öngörülen faiz oranı uygulanır. Buna “kanuni faiz” denir. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1. maddesine göre adi ve ticari işlerde kapital faizi ödenmesi gereken durumlarda, faizin oranı sözleşme ile taraflarca tespit edilmemişse, bu ödeme yıllık, yüzde dokuz oranı üzerinden yapılır.

Adi işlerde ve ticari işlerde temerrüt faizi için de anılan Kanun'un 2. maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Temerrüt faizi ödenmesi gereken hallerde, ödenecek oran sözleşme ile belirlenmemiş ise kanunun öngördüğü oran (yıllık %9) uygulanır. Buna “kanuni temerrüt faizi” denir. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan orandan (%9) fazla ise arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Ticari ve adi işlerde, temerrüt faiz miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi kapital faiz miktarı yukarıdaki Merkez Bankasının reeskont oranlarına göre daha yüksek olarak kararlaştırılmış ise, temerrüt faizi, akdi kapital faiz miktarından az olamaz. Yani kısacası taraflar akdi kapital faizini sözleşmede kararlaştırmışlar fakat temerrüt faiz oranını kararlaştırmamışlarsa, temerrüt faiz oranı, akdi kapital faiz oranından daha az olmayacaktır.

Yabancı para borçlarında da kapital faizi veya temerrüt faizi serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak kararlaştırılmamışsa, yabancı para borcunun temerrüt faizinde devlet bankalarının yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Ticari borçlarda temerrüt faizi ile ilgili olarak ek başka bir olanak daha sağlanmıştır. Buna aşağıda değinilecektir.

3.2.4. Ticari Faize İlişkin Özel Hükümler

Yukarıdaki düzenlemeler kural olarak, hem adi işler hem de ticari işler için geçerlidir. Bununla birlikte ticari işlerle ilgili olarak kanun bazı istisnai hükümler kabul etmiştir. Bu istisnaların amacı, ticari işlerde daha fazla özgürlük ve daha fazla kazanç sağlamak olanağı yaratılmasıdır.

Her şeyden önce kural olarak, adi işlerde faiz talep edebilmek için faizin talep edileceğinin, sözleşmede yer alması gerekir. Ticari işlerde ise TTK'nın 20. maddesine göre sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa bile, taccirler verdiği avanslar veya yaptığı masraflar için ödeme tarihinden itibaren faize de hak kazanır. Öte yandan BK'nın 387. maddesine göre ticari olmayan tüketim ödöncü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, ödöncü alanın vadeye kadar geçen süre için kapital faizi ödemesi söz konusu değildir. Oysaki ticari tüketim ödöncü sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bileşik faiz kural olarak yasaktır. Ancak kanun ticari işlerle ilgili olarak sadece iki sözleşme çeşidi bakımından bileşik faize belirli şartlarla izin vermiştir. TTK'nın 8. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Üç aydan aşağı olmamak üzere faizin ana paraya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütölmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödöncü sözleşmelerinde geçerlidir”* Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, cari hesap sözleşmelerinde ve her iki taraf bakımından ticari iş mahiyetinde olan ödöncü sözleşmelerinde üç aydan az

olmamak kaydıyla belirli dönemlerde faiz ana paraya eklenerek tekrar faiz yürütülebilir. Bu kurala aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir.

Bunun dışında kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için ticari iş sayılırlar, bunlarda da müracaat hakkının kullanılması dolayısıyla temerrüt faizine faiz yürütülmesi söz konusu olmaktadır.

Kanuni temerrüt faizi ile ilgili olarak da ticari işlerden doğan borçlarla ilgili olarak daha yüksek temerrüt faizi talep edebilme olanağı tanınmıştır. Gerçekten sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise ticari ve adi iş ayrımı olmaksızın geçmiş günler için kanuni faiz (%9) talep edilebilecek iken, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan orandan (%9) fazla ise arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur. 01.01.2011 itibarı ile kanuni faiz oranı ve adi işlerdeki temerrüt faizi oranı %9 iken, ticari işlerdeki temerrüt faizi oranı %15'tir.

3.3. YASAK VE EN YÜKSEK SINIRI AŞAN İŞLEMLER

Bilindiği gibi Borçlar Kanunu'na göre kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmeler geçersizdir. Sözleşmenin tamamı değil de sadece sözleşmede yer alan hükümlerden bazıları, kanunun emredici hükümlerine aykırı ise, sadece o sözleşme hükümleri geçersiz olur; şu kadar ki tarafların, geçersiz olan hükümler olmadan sözleşmenin geri kalanını yapmayacakları sonucuna ulaşıyorsa sözleşmenin tamamı geçersiz olur.

TTK'nın 1530. maddesi de yukarıda sözünü ettiğimiz BK 27. maddesinin düzenlediği hususları düzenlemektedir. Maddenin ilk kısmında aynen BK 27. maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi ticari hükümlerle yasak edilmiş işlem ve şartların, aksine bir hüküm bulunmadıkça, batıl sayılacağından söz edilmiştir.

Aynı maddenin devamında ise şöyle denilmektedir: "...Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz."

Maddenin, en yüksek sınırı aşan edalar hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır, diyen kısmı gereksizdir. Çünkü en yüksek sınırı aşan kısmın batıl olması nedeniyle, fazla ödemenin iadesi BK'nın 77. maddesine göre talep edilecektir, BK'nın 77. maddesinin aksine burada ödemenin hata ile yapıldığının kanıtlanması gerekmemektedir.³

1530. madde BK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Yani fazlaya ilişkin kısmın batıl sayılması ile taraflar kalan kısmının da geçersiz sayılmasını talep edemeyeceklerdir. Bu kısım olmayınca, biz bu sözleşmeyi yapmazdık iddiası dinlenmeyecektir. Örneğin; savaş halinde yetkili makamın belirlediği, belirli bir fiyatın üstünde yapılmış olan sözleşmenin, bu fazla olan fiyat kısmı bakımından geçersiz sayılması söz konusu olacak ve sözleşme yetkili makamın belirlediği fiyattan yapılmış sayılacaktır. Satıcı ise yüksek fiyat olmasaydı bu sözleşmeyi yapmayacaktım diyerek BK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasını talep edemeyecektir.

3.4. TİCARİ İŞLERDE ZAMANAŞIMI

TTK'nın 6. maddesine göre *“Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.”* Bu hüküm ticari hükümlerde yer alan zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Benzer bir hüküm BK'nın 148. maddesinde de mevcuttur. TTK 6. maddesi sadece Ticaret Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerinin değil tüm ticari hükümlerdeki zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği ile ilgilidir.

6. maddede, kanunda aksinin kararlaştırılmış olması halinde, o hükmün uygulanacağı da belirtilmektedir. Gerçekten kanunda bazı hallerde, zamanaşımı sürelerinin taraflarca sözleşme ile değiştirilmesine, kısaltılmasına veya uzatılmasına izin verebilmektedir.

Örneğin; eski TTK döneminde 25. maddenin 4. fıkrasında zamanaşımı müddetinin kısaltılabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak yeni TTK bu düzenlemeyi Kanun'dan kaldırmıştır.

³ ARKAN; s. 81.

4. TİCARİ HÜKÜMLER

4.1. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ticari hayata ilişkin kurallar ticari olmayan işlere uygulanan kurallara göre farklılıklar arz eder. Ticari işlere, ticari hükümler uygulanır. Bu durumda ticari hükümlerin adi hükümlerden ayırt edilmesi gerekmektedir. Hangi hükümler adi hükümlerdir, hangileri ticari hükümlerdir? TTK'nın 1. maddesinde ticari hükümlerin hangi hükümler olduğuna dair bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Kanun 3. maddede yer verdiği ticari iş tanımlamasını aynen ticari hükümler için de öngörmüştür. Buna göre *“Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir.”*

Burada Kanun TTK hükümlerini başka hiç bir koşul aramadan ticari hüküm olarak kabul etmektedir. Ancak ticari hükümler TTK hükümlerinden ibaret değildir. Gerçekten cümlenin sonraki kısmına göre bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler de ticari hükümlerdir. Ticari hayattaki gelişmeler neticesinde ve kanun yapma tekniği bakımından bir ticari işletmeyle ilgili olabilecek tüm kuralları bir tek kanun içinde toplamak mümkün olmayabilir. Bu nedenle TTK dışındaki kanunlarda da ticari hükümlerin bulunması kaçınılmazdır.

4.2. TİCARİ HÜKÜMLERİN UYGULANMA SIRASI

4.2.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bazen aynı konuda hem ticari hükümler hem de adi hükümler olabilmektedir. Bu durumda ticari işlerle ilgili bir uyuşmazlığın çözümünde hakim, bu hükümleri hangi öncelik sırasına göre çözümleyecektir. Bir başka açıdan ve daha geniş olarak soracak olursak hakim, elindeki bir ticari uyuşmazlığı çözümlerken, hangi kurallardan hangi sıraya göre yararlanacaktır?

Burada her şeyden önce, özel hukuk alanında sözleşme serbestisinin varlığı hatırlanmalıdır. İkinci olarak, her ne kadar sözleşme serbestisi varsa da sözleşmelerin BK'nın 27.. maddesi çerçevesinde kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağı da unutulmamalıdır. Bu hususları göz önünde tutarak TTK'nun 1. maddesinin 2. fıkrasına bakmak gerekir. Buna göre *“Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf*

ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir”. Bu hüküm ticari uyuşmazlıkların çözümünde uyulması gereken sırayı göstermektedir. Benzer bir hüküm Medeni Kanun’un 1. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre *“Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir”*

Tüm bu hükümleri, yani TTK’nın 1. maddesini, MK ‘nın 1. maddesini ve BK’nın 27. maddesini, sözleşme serbestisi ilkesiyle birlikte değerlendirecek olursak karşımıza şöyle bir sıralama çıkmaktadır: Kanunun emredici hükümleri, sözleşme hükümleri, ticari hükümler, ticari örf ve adet, genel hükümler (yani adi hükümler; adi hükümlerin de kendi içinde bir sırası vardır, buna göre, adi hükümler, adi örf ve adet bu dahi yoksa hakimin yarattığı hukuk uygulanacaktır).

4.2.2. Emredici Hükümler

Emredici hukuk kuralları, kişilere bir zorunluluk yüklerler, bu kuralarda bir emir veya bir yasaklama bulunmaktadır. Kişiler kendi iradeleri ile kanunun emredici kurallarını bertaraf edemezler, bundan farklı bir çözüme gidemezler. Dolayısıyla kanunun emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmeler geçersizdir.⁴

Ticari hükümlerin de emredici olması mümkündür. Bu duruma diğer kanunlardaki emredici hükümlerle birlikte emredici ticari hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu itibarla hakim, ticari bir uyuşmazlığı çözümlerken, çözüme esas alacağı sözleşmenin, kanunun emredici hükümlerine aykırı olup olmadığını, yani geçerli olup olmadığını re’sen incelemek zorundadır. Eğer emredici kurallara aykırı bir sözleşme söz konusu değil ise, yani sözleşme geçerli ise, sözleşmeye göre karar verir. Sözleşme geçersiz ise ticari hükümlere bakacaktır.

4.2.3. Sözleşme Hükümleri

Yukarıda belirttiğimiz TTK’nın 1. maddesinde sözleşmelere bakılmasına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özel hukuk alanında sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olduğu, genel bir hukuk kuralıdır.

⁴ ASLAN, İ. Yılmaz; Hukuka Giriş, Bursa, 2001, s. 54 vd.

Eğer taraflar arasında bir sözleşme varsa ve ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin, tarafların kendi koydukları kurallar varsa, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile bu kuralların uygulanacağı tabidir. Kanunun tamamlayıcı hükümlerinin benimsediği çözüm tarzından daha farklı çözümlerin, sözleşme ile kabul edilmesi mümkündür. Yani tarafların kanunun tamamlayıcı hükümlerinin aksine sözleşme yapması mümkündür.

4.2.4. Ticari Hükümler

Ticari bir işle ilgili olarak geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı hallerde, kanun ticari hükümlerin uygulanmasını emretmektedir. Burada kast edilen, hiç şüphesiz emredici olmayan ticari hükümlerdir. Yedek hüküm niteliğindeki bu hükümler, sözleşmede hüküm olmayan hallerde uygulanacaktır. Ticari hükümler, TTK’da düzenlenen hükümler ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren ve diğer kanunlarda yer alan hükümlerdir. TTK hükümleri genel hükümlerdir. Bir konuda özel kanunlarda düzenlenen özel ticari hükümler varsa, genel olanlardan öncelikli olarak uygulanır.

4.2.5. Ticari Örf ve Adet

Hakkında ticari bir hüküm olmayan ticari işlerde mahkeme, ticari örf ve adet göre karar verir. TTK’nın 2. maddesinde “Ticari örf ve adet” başlığını taşıyan bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre “*Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.*” Başlık, ticari örf ve adet olmasına karşın ilk fıkrada teamülden bahsedilmektedir. Teamül, henüz örf ve adet aşamasına ulaşmamış olan ve toplumda sürekli olarak uygulanmakta olan toplumsal kurallardır. Bunların örf ve adet olabilmesi için, yeterli bir uzunlukta süre geçmemiş olabilir ya da bundan sonra da uygulanacaklarına dair genel inanç tam olarak oluşmamış olabilir. Teamüller, hükme esas alınamaz, yani teamüller kanunda aksine bir hüküm olmadıkça hukuk kaynağı olarak kabul edilmeyecektir. Kanunda açıkça teamüle bir atıf olan hallerde, teamül hükme esas alınabilir. Bunun dışındaki hallerde teamül, sözleşmelerin yorumunda rol oynar.

Ticari örf ve adetin hükme esas alınacağı, esasen 1. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. 2. maddenin 2. fıkrası uyarınca ise “*Bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanlara üstün tutulur.*

İlgililer aynı bölgede değillerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır”

Bu hükümlerden, ticari örf ve adet ne olduğunu çıkarma imkanı bulunmamaktadır. Örf ve adet, toplumda uzun bir süreden beri uygulanmakta olan ve bundan sonrada uygulanacağına dair genel bir inanç oluşmuş bulunan toplumsal kurallardır. Her örf ve adet kuralı, hukuk kuralı değildir. Bunlardan sadece kanunda boşluk olan hallerde, o boşluğu dolduracak mahiyette olan örf ve adet kuralları, hukuk kuralı haline gelebilir. Bunların da hukuka aykırı olmaması gerekir. Kanunda boşluk olmasa bile, kanunun doğrudan atıf yaptığı hallerde de, örf ve adet kuralları uygulanır.

Kanun, ticari örf ve adeti, genel ve özel olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bunlardan genel olanlara göre, özel olanlar daha öncelikli olarak uygulanacaktır. Özel örf ve adetler, belirli bir bölgeye veya ticaret şubesine mahsus olan ticari örf ve adetlerdir. Gerçekten genel ticari örf ve adete göre, tarafların üyesi oldukları ticaret kolundaki örf ve adet daha farklı ise, özel olanın uygulanması menfaatler dengesine daha uygundur. Ancak taraflar her zaman aynı ticaret kolundan olmayabilirler ya da aynı bölgeden olmayabilirler. Bu durumda kural olarak, ifa yerindeki örf ve adet uygulanır. Ancak aksi kanunda veya sözleşmede belirtilmiş de olabilir. Yani, ifa yerindeki örf ve adetin uygulanması kuralı emredici bir hüküm değildir.

Hakim, tacirler arasında geçerli olan örf ve adetin ne olduğunu nasıl tespit edecektir? Bununla ilgili olarak 5590 sayılı Kanun’un 17. maddesinin d bendinde, odalara bölgelerindeki ticari ve sınai örf ve adeti tespit etme görevi verilmiştir. Oda meclisleri bu yetkiyi kullanırlar. Dolayısıyla hakim, taraf tacirlerin, belirli bir konuda örf ve adetin uygulanmasını ileri sürmeleri halinde onların bağlı oldukları odadan bu konudaki ticari örf ve adetin ne olduğunu sorması gerekir. Tabii ki bundan önce hakimin, bu olayda örf ve adetin uygulanması gerekip gerekmediğine karar vermesi gerekmektedir. Eğer örf ve adet uygulanması gerekiyorsa, yani ticari hüküm yoksa, hakim odanın bildirdiği ticari örf ve adet kuralına göre olayı çözümlmek zorundadır.

TTK’nın 2. maddesinin son fıkrasına göre *“Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır”* Burada açıkça anlaşılan şudur ki, tacir olmayanlara kural olarak ticari örf ve adet uygulanmaz. Ancak, tacir olmayanlara, ticari örf ve adetin uygulanabilmesi için, onun bu ticari örf ve adeti bildiği ya da bilmesi gerektiğinin kanıtlanması gerekir.

4.2.6. Genel Hükümler

Olayın çözümünde ticari örf ve adet dahi yok ise, olay genel hükümlere göre çözülür. MK'nın 1. maddesine göre ticari olmayan, adi hükümler, adi örf ve adet de ticari bir işin çözümünde uygulanabilecektir. Burada dikkate değer husus şudur: Borçlar Kanunu veya Medeni Kanun gibi kanunlarda yer alan adi hükümlerden önce ticari hükümler uygulanacaktır. Ticari hükümler dahi yoksa o zaman adi hükümler uygulanacaktır. Kanunumuz ticari işlerde adi kanunlardan önce tacirler arsında geçerli olan örf ve adetin uygulanmasının daha uygun olacağını düşünmüştür. Adi hükümler dahi olmayan hallerde, adi örf ve adet uygulanacaktır. Bu dahi yoksa hakim yasa koyucu gibi davranarak kendisi hukuk yaratacaktır.

5. CARİ HESAP

5.1. GENEL OLARAK

TTK'nın 89. maddesi cari hesabı tanımlamıştır. Buna göre “İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir..”

Cari hesap sözleşmesi, birbiriyle sürekli bir ilişki içinde olan kişiler arasında akdedilecektir. Bu kişilerin tacir olması da gerekmemektedir. Ancak kanunun ifadesinde yer alan para, mal, hizmet ve diğer hususlar konusunda sürekli olarak birbirinden alacaklı olan kişilerin, genel olarak tacirler olacağını varsayabiliriz.

Burada sözü edilen cari hesap, borçlu cari hesabıdır. Gerçekten tarafların zaman zaman alacaklı, zaman zaman da borçlu durumuna geçebildikleri cari hesaba, “borçlu cari hesabı” denir. Taraflardan birinin sürekli olarak alacaklı, diğer tarafın da sürekli olarak borçlu olduğu cari hesaplara ise “alacaklı cari hesabı” denir. Bankalarda açılan cari hesaplar, alacaklı cari hesabıdır.

Cari hesap sözleşmesi, yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir, taraflar arasında yazılı sözleşme olmadıkça, cari hesap sözleşmesi geçerli olmaz. Burada sözü edilen yazılı sözleşme, adi yazılı sözleşmedir.”

Cari hesap sözleşmesi, TTK'da düzenlendiği için TTK'nın 3. maddesine göre ticari işittir.

Bankaların belirli süreli ve belirli bir limitli olarak açtığı krediler, müşteri tarafından kredi süresince istenildiği zaman kullanılıp, ihtiyaç kalmayınca kapatılıp tekrar kullanılması mümkün olduğundan cari hesap olarak kabul edilmektedir.

Cari hesap bir hesaplaşma yöntemidir. Taraflar karşılıklı olarak borçlarını nakit ödemededen kurtulurlar, hesaben ödemiş olurlar, bu itibarla cari hesap bir ödeme aracıdır.

5.2. CARİ HESABIN İŞLEYİŞİ

Cari hesap sözleşmesi taraflar arasında borç ve alacak doğuran bir asıl borç ilişkisine bağlı olarak kurulur. Böylece taraflar aralarındaki belirli bir sözleşmeden doğacak, alacak ve borçların cari hesaba geçirilmesini kararlaştırmış olurlar. Kural olarak, sözleşme yapıldıktan sonra doğan alacaklar, cari hesaba geçirilebilir. Ancak taraflar aralarında anlaşarak, sözleşme yapılmadan önceki alacakları da cari hesaba geçirebilirler.

Cari hesaba geçirilecek alacakların, aynı neviden alacaklar olması gerekir. Çünkü cari hesapta alacaklar birbiriyle takas edilmekte olduğundan sadece aynı neviden alacaklar takas edilebilir, bu yüzden sadece aynı neviden alacaklar cari hesaba geçirilebilir.

Kambiyo senetleri, tahsil edilmesi halinde geçerli olmak üzere, cari hesaba geçirilebilir. Eğer senet vadesinde ödenmez ise sahibine iade edilir ve cari hesaptan çıkarılır.

Takası kabil olmayan alacaklarla, belirli bir amaca sarf edilmek veya ayrıca emre amade tutulmak üzere teslim olunan para ve mallardan doğan alacaklar, cari hesaba geçirilemez.

Cari hesaba geçirilen alacaklar, her hesap devresi sonunda bir bakiye çıkarılmak suretiyle yenilenir. Yenileme (Tecdit) bir borcun tarafların anlaşması suretiyle sona erdirilerek, onun yerine yeni bir borç geçirilmesi anlamına gelir. Hesap devresi sonunda, tek tek kalemlerde yazılı bulunan alacaklar sona ermekte, onun yerine bakiye üzerinde yeni bir alacak doğmaktadır. Böylece tek tek alacaklar sona erer ve yeni bir alacak doğmuş olur.

Bakiye çıkarma işlemi, zimmet ve matlup hesaplarında bulunan kayıtların birbiriyle takas edilmesi suretiyle yapılmaktadır. Takas, aynı neviden karşılıklı ve muaccel iki alacağın, büyük olanından küçük olanının çıkarılması suretiyle küçük olan alacağın sona erdirilmesi anlamına gelmektedir. Cari hesapta takas işlemi, bakiye çıkarıldığı anda gerçekleşir diyenler varsa da, alacaklar karşılaştığı anda yapılmış sayılır. Böylece zimmet ve matlup

tarafına farklı faiz oranları uygulanması halinde, haksız durumların ortaya çıkması önlenmiş olur.⁵

Cari hesabın sona ermesinde de bakiye çıkarılır. Cari hesabın işlediği sürece hesap dönemlerinde yapılan bakiye çıkarma işlemine “hesabın kapatılması”, cari hesap sonunda yapılan bakiye çıkarma işlemine “hesabın kesilmesi” denir.

Cari hesabı, her iki taraf tutabileceği gibi taraflardan yalnız birisi de tutabilir. Hesabın kapatılmasından sonra, cari hesabı tutan taraf, ilgili döneme ait hesap özetini karşı taraf bildirir. Karşı taraf, bakiyeyi aldığı tarihten itibaren bir ay içinde noter marifetiyle veya taahhütlü mektupla veya telgraf-la ya da güvenli elektronik imza içeren bir yazıyla itirazda bulunmazsa, bakiyeyi kabul etmiş sayılır.

Hesap dönemlerinin ne kadar bir süreyi kapsayacağına taraflar karar verirler. Ancak bu süre kararlaştırılmamışsa, her takvim yılı sonunda hesabın kapatılması gerekir. Hesaba faiz işletiliyorsa, hesap dönemi üç aydan daha kısa sürelerde olamaz. Çünkü cari hesapta, üç aydan daha kısa sürelerle faize faiz işletmek mümkün değildir.

Taraflar tek tek kalemlere cari hesaba geçirildikleri andan itibaren ve bakiyeye de bakiye çıkarıldığı andan itibaren faiz işletebilirler. Taraflar üç aydan aşağı olmamak üzere, diledikleri zaman, faizlerin anaparaya eklenmesini kararlaştırabilirler.

5.3. CARİ HESABIN HÜKÜMLERİ

Bir alacağın cari hesaba geçirilmiş olması, o alacakla ilgili sözleşmeye ilişkin tarafların, sahip oldukları dava ve müdafaa haklarını düşürmez. Böyle bir dava sonucunda, sözleşme veya işlem iptal edilirse, buna dayanan alacak, cari hesaptan çıkarılır.

Cari hesaptan önceki alacakların cari hesaba geçirilmesi, aksi kararlaştırılmadıkça tecdit edilmiş sayılmaz (yenileme sayılmaz).

Çıkarılıp kesinleşen bakiye, bir sonraki döneme ait bir kalem olarak hesaba geçirilir. Dönem sonunda çıkarılan bakiye, taraflar bakımından hukuken talep edilebilir bir alacak ve borç oluşturmaz. Bakiye, ancak hesap kesildikten sonra, hukuken talep edilebilir bir alacak haline gelir.

⁵ ARKAN; s. 343, BOZER, GÖLE; s. 229.

Cari hesap taraflarından birinin şahsi alacaklısı, borçlunun cari hesaptaki bakiye alacağına haciz koyabilir. Bu durumda hesap kapatılarak bakiye çıkarılır. Bu durumda, borcundan dolayı haciz tebliğ edilen taraf on beş gün içinde hacizi kaldırtmazsa diğer taraf mukaveleyi fesih edebilir, etmezse haciz ettiren kimsenin durumu, cari hesaba yeni kalemler geçirilmek suretiyle ağırlaştırılamaz. Meğer ki, hesaba geçirilen kalemler haciz anından önce doğmuş bulunan hukuki bir münasebetten ileri gelmiş olsun.

5.4. CARİ HESABIN SONA ERMESİ

Cari hesap, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da yapılabilir. Eğer cari hesap belirli süreli olarak yapılmışsa, bu sürenin sona ermesi ile cari hesap da sona erer. Belirsiz süreli olarak yapılmış ise, taraflar feshi ihbarda bulunmak suretiyle, cari hesabı sona erdirebilirler. Burada fesih, cari hesabın kapatılması dönemi sonunda geçerli olur.

Bakiye alacağı haczedilen taraf, 15 gün içinde haczi kaldırtmazsa diğer taraf cari hesabı fesih etme hakkına sahiptir.

Taraflardan birinin iflas etmesi halinde de, cari hesap sözleşmesi sona erer.

Belirli süreli olarak yapılan bir cari hesap sözleşmesinin taraflarından biri ölür veya hacir altına alınırsa, her iki taraf ve halefleri on gün önce haber vermek şartıyla, cari hesap sözleşmesini fesih edebilir. Şu kadar ki, bakiyenin ödenmesi ancak hesabın 94. maddeye göre kapatılması gereken tarihte istenebilir.

5.5. ZAMANAŞIMI

Cari hesaptan doğacak davalarla ilgili zamanaşımı TTK'nın 101. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*Cari hesabın tasfiyesine, kabul edilen veya mahkeme kararıyla saptanan artan tutara ya da faiz alacaklarına, hesap hata ve yanlışlarına, cari hesabın dışında tutulması gereken veya haksız olarak cari hesaba geçirilmiş olan kalemlere veya tekrarlanan kayıtlara ilişkin bulunan davalar, cari hesap sözleşmesinin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrarlar.*"

Bu hüküm ile zamanaşımının hangi andan itibaren işleyeceği tartışmalarına son verilmiştir. Sayılan hallerin tamamında zamanaşımı süresi cari hesap sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 5 yıl geçince zamanaşımına uğrayacaktır.

6. TİCARİ DAVALAR

TTK'nın 4. maddesinde hangi davaların ticari dava sayılacağı ve 5. maddesinde de ticari davaların görüleceği mahkemeler. Kanun'un 4. maddesine göre, ticari davaların belirlenmesinde 3 farklı kıstas kullanılmıştır. Bunlardan birincisi, mutlak ticari davalardır. Mutlak ticari davaların, taraflarının kim olduğu, ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı araştırılmadan bunlar ticari dava sayılmıştır. Ticari dava sayılabilmesi için, bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gereken davalar da 4. maddede gösterilmiştir. Yani bazı davaların ticari dava sayılabilmesi için, taraflardan en az birisi için ticari işletmeyle ilgisi olması gerekir. Son grupta ise her iki taraf için de ticari sayılan hususlardan doğan davalardır ki bunlara “nispi ticari dava” denir.

Ticari davalara Ticaret Mahkemeleri'nde bakılır.

6.1. MUTLAK TİCARİ DAVALAR

TTK'nın 4. maddesinde bazı davalar, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılmıştır. Bunlar şunlardır:

- i) TTK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları tarafların sıfatına bakılmaksızın, uyumsuzluğun ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı aranmaksızın ticari sayılır.
- ii) Rehin karşılığı ödünç para verme işi ile uğraşanlar hakkındaki MK m. 962-969'dan doğan davalar ticari sayılır.
- iii) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinden doğan davalar ticari dava sayılırlar.
- iv) Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan doğan davalar ticari dava sayılır.
- v) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde düzenlenen hususlardan doğan davalar ticari davadır.

- vi) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır.
- vii) TTK dışındaki bazı özel kanunlardaki işlerden kaynaklanan davaların da ticari dava sayılacağı hükme bağlanmıştır. Örneğin Kooperatifler Kanunu ve finansal kiralama sözleşmesinden doğan davalar, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılmıştır.

6.2. NİSPİ TİCARİ DAVALAR

Her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan davalar ticari dava sayılmıştır. TTK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasında her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Eski TTK'da yer alan 21. madde atfı da kaldırılmıştır. Bu nedenle taraflardan yalnız birisinin ticari işletmesiyle ilgili olan davaların diğer tarafı da tacir olsa bile, onun ticari işletmesiyle ilgili olmadığı sürece ticari dava sayılıp sayılmayacağı yönündeki tereddütler ortadan kalkmıştır. Ticari dava kabul edilmesi için uyumsuzluğun her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğmuş olması gerekmektedir.

6.3. HERHANGİ BİR TİCARİ İŞLETMEYİ İLGİLENDİRMEYEN HAVALE, VEDİA İLE FİKİR VE SANAT ESERLERİNE İLİŞKİN HAKLARDAN DOĞAN DAVALAR

TTK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca; herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar ticari dava olarak kabul edilmeyecektir.

3. BÖLÜM

TACİR SIFATI VE TACİR OLMANIN HÜKÜMLERİ

1. TACİR SIFATI

1.1. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirttiğimiz gibi geçmişten bugüne ticaretle uğraşan kişilere, diğer kişilerden farklı davranılmış, bunlara uygulanan hukuk kuralları da genel hukuk kurallarından daima farklı olmuştur. Bu farklılık genellikle onların daha bilgili, daha tecrübeli ve geleceği daha iyi kestirebilen kişiler olmaları, kazançlarının ya da risklerinin sınırlarının oldukça geniş olması, devletin ve halkın güvenliğinin sağlanması bakımından bunların denetlenmesi gereği, yapılan işin istismara açık olması, devletin vergi almak istemesi, bir yandan da zenginliğin ve refahın artmasının istenmesi gibi sebeplerden oluşmaktadır. Tacirlere uygulanan hükümler, sadece Ticaret Kanunu'ndaki hükümler değil diğerleri de, genel hükümlerden oldukça farklılık arz etmektedir. Bu nedenle bu hükümlerin kimlere uygulanacağını, kimlere uygulanmayacağını belirlenmesi açısından tacir sıfatının tespit edilmesi gerekmektedir. TTK tacir sıfatının gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından elde edilmesini ayrı ayrı düzenlemiştir. Aşağıda bu hükümler incelenecektir. TTK ayrıca tacir olmanın bazı özel hükümlerini de belirtmiştir. Burada tacir olmanın hükümleri üzerinde de durulacaktır.

1.2. GERÇEK KİŞİLERİN TACİR SIFATI

1.2.1. Tanımı

TTK'nın birinci kitabının birinci kısmının başlığı tacirdir. Ancak taciri tanımlayabilmek için önce ticari işletmeyi tanımlamış daha sonra ticari

işletmeye göre taciri tanımlamıştır. TTK'nın 12 ila 15. maddelerinin başlığı “gerçek kişiler”dir yani bu maddelerde gerçek kişilerin tacir olmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Gerçek kişilerin tacir olmasına ilişkin genel tanım 12. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları bu genel tanıma tamamlayıcı iki istisna getirmektedir.

TTK. 14. Maddesinin 1. Fıkrası taciri şu şekilde tanımlamaktadır: *“Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimseye tacir denir.”*

Bu genel tanımda ilk dikkati çeken husus, tacir kavramının ticari işletme kavramına dayanarak tanımlanmış olmasıdır. TTK ticari işletmeyi temel alan bir kanun olduğu için önemli tüm kavramlar ticari işletme kavramıyla tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle, bir gerçek kişinin tacir olabilmesi için, bir ticari işletmenin var olması gerektiğini, bu ticari işletmenin kısmen de olsa kendi adına işletilmesi gerektiğini ve ticari işletmenin işletilmesi gerektiğini anlıyoruz.

1.2.2. Unsurları

1.2.2.1. Bir Ticari İşletmenin Varlığı

Bir gerçek kişinin tacir olması için gerekli olan birinci unsur, ortada bir ticari işletmenin bulunmasıdır. Ticari işletmenin ne olduğunu yukarıda incelemiştik. Ortada bir ticari işletme yok ise, gerçek kişi tacir sıfatını alamaz. Ancak 12. maddenin iki istisna düzenlediğini belirtmiştik, bu istisnalardan birisi, ortada bir ticari işletme olmadığı halde gerçek kişilerin bazı koşullar altında yine de tacir gibi sorumlu olacaklarına ilişkindir. Gerçekten 12. maddenin 3. fıkrasına göre *“Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”*

Görülebileceği gibi kanunumuz aslında bir ticari işletmesi ya da şirketi olmayan kişilerin, sanki varmış gibi davranarak iyi niyetli, bu durumu bilmeyen, kişileri kandırmalarına karşı onların güvenliğini düşünerek bu gibi kişileri tacir gibi sorumlu tutmuştur. Burada dikkat edilecek olursa, bu kişiler tacir olur denmemekte, sadece tacir gibi sorumlu olur denmektedir. Yani bu kişilere tacir olmanın sadece sorumluluk yükleyen hükümleri uygulanacak, tacir lehine olan hükümler uygulanmayacaktır. Böylece bir yandan iyiniyetli kişiler korunurken öte yandan bu şekilde davranan kişilere de bir ceza yaptırım uygulanmış olmaktadır.

1.2.2.2. Ticari İşletmenin İşletilmesi

Tacir olmak için bir ticari işletmeye sahip olmak yeterli değildir, aynı zamanda bu ticari işletmenin işletiliyor olması yani faaliyete geçmiş olması gerekmektedir. Ancak TTK bir ticari işletmesi olup da bunu henüz işletmeye başlanamamakla birlikte, üçüncü kişilere bu işletmeyi açtığını ve işletmeye başladığını duyuran kişileri de tacir saymıştır. Gerçekten 12. maddenin 2. fıkrasına göre *“Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlanamamış olsa bile tacir sayılır.”*

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ortada bir ticari işletmenin var olduğu gerçeğidir, ancak işletme henüz faaliyete geçmemiştir. Bu durumda kanun tacir sayılır demektedir, yani tacire sorumluluk getiren ya da tacir lehine olan her türlü hükümler bu kişiye uygulanacaktır.

TTK’nın 20. maddesinin 1. fıkrasına göre tacirler ticari işletmelerini ticaret siciline kaydettirmek zorundadır, bununla birlikte ticaret siciline kayıt olmak, tacir olmak için zorunlu bir unsur değildir.¹ Ticaret siciline tescil ettirmese bile ya da var olan tescili terkin ettirse de, eğer bir gerçek kişi bir ticari işletmeyi kısmen dahi kendi adına işletiyorsa tacir olur.

1.2.2.3. Ticari İşletmeyi Kısmen de Olsa Kendi Adına İşletme

Bir gerçek kişinin tacir olabilmesi için, ticari işletmenin kısmen de olsa onun adına işletiliyor olması gerekmektedir. Yani bir ticari işletmeyi müdür, genel müdür, işletme müdürü, ticari mümessil, vekil gibi her ne ad altında olursa olsun başkaları adına işleten kişiler kendileri tacir olamazlar. Aksine, kimin adına işletiyorlarsa o gerçek kişi, tacir olur. Burada diğer önemli bir husus, gerçek kişinin işletmeyi bizzat kendisinin işletiyor olmasının gerekli olmamasıdır. Yani temsilcileri vasıtasıyla onun adına işletiliyor olması, onun tacir olması için yeterlidir. Bir kişi kendisine ait olan ya da ortağı olduğu bir işletmeyi, bizzat kendisi işletebileceği gibi, işletme ortakları tarafından veya temsilcileri tarafından, kısmen de olsa onun adına işletilmekle gerçek kişi tacir sıfatını alacaktır. Demek ki adi ortaklıkta, ortaklar, işletmelerini hep birlikte işletiyorlarsa ya da içlerinden birisi diğerleri adına

¹ Yargıtay 11. HD., 19.10.1990 tarih ve 6902/6670 sayılı kararı. Yargıtay Kararları Dergisi C. XVII. S. 2, s. 223.

işletiyorsa veya ortakları temsilen bir müdür işletmeyi işletiyorsa, her halükarda ortakların her biri, işletme kısmen de olsa kendi adına işletildiği için tacir olacaktır.²

Bir ticari işletmenin sahibi her zaman tacir olmayabilir. Gerçekten bir ticari işletmenin sahibi, maliki, olan kişi ancak ve ancak bu ticari işletme kendisi adına işletiliyorsa tacir olacaktır. Yani örneğin bir başka kişiye kiraya verdiği için kiracısı adına işletiliyorsa, malik değil işletmeyi kendi adına işleten kiracı tacir olacaktır.³

1.2.3. Küçükler ve Mahcurlar

TTK'nın 13. maddesi yukarıdaki genel kuralda yer alan “kendi adına işletme” unsurunu teyit eden bir düzenleme getirmektedir. Gerçekten temsilci sıfatıyla hareket eden veli veya vasi, eğer temsil olunan küçük veya mahcur adına bir ticari işletme işletiyorlarsa, kendileri değil adına işletme işletilen küçük veya mahcur tacir olur. Buna göre “*küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur.*”

Bu hükmün ortaya çıkardığı birinci sonuç, tacir olmak için fiil ehliyetine sahip olmanın aranmadığıdır. Yani fiil ehliyeti tam olmayan küçükler ve mahcurlar da tacir olabilirler. Doğal olarak bunların fiil ehliyetleri ya hiç olmadığından ya da sınırlı olduğundan, ticari işletmenin gerektirdiği hukuki işlemleri bizzat kendileri yapamazlar, onların yerine kanuni temsilcilerinin yani veli veya vasinin yapması gerekmektedir. Veli veya vasi, Medeni Kanun hükümlerinin kendilerine tanıdığı yetkiler çerçevesinde, küçük ve mahcura ait olan işletmeyi işletecektir. Bu işletmenin her türlü hukuki sorumluluğu küçük veya mahcura ait olacak, ancak cezai sorumluluk, veli veya vasiye ait olacaktır. Yani eğer işletme kötüye giderse, küçük veya mahcur iflas edecektir ancak hileli iflas halinde, cezai sorumluluk veli veya vasiye ait olacaktır.⁴

² Ortaklar arasında gizli ortak varsa, işletme aktif ortak adına fakat pasif ortak hesabına işletildiğinden pasif ortak tacir olmaz. Bkz. ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Ankara 2001, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, s. 109.

³ TEKİL, Fahman; Ticari İşletme Hukuku; İstanbul, 1997, s. 121.

⁴ POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku; Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul 1995, s. 96. Küçük ve Mahcurlar kendileri bir ticari işletme işletecek olurlarsa tacir sayılmazlar bkz. ARKAN; s. 110.

1.2.4. Ticaret Yapmaktan Men Edilenler

TTK'nın 14. maddesine göre;

“Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.

Birinci fıkraya aykırı hareketin doğurduğu hukuki, cezai ve disipline ilişkin sorumluluk saklıdır”.

Bazı kimselerin ticaretle uğraşmalarını kanun yasaklamıştır. Örneğin; devlet memurları, avukatlar, noterler ticaretle uğraşamazlar. Öte yandan 2007 sayılı Kabotaj Kanunu ile bazı işleri yapmak Türk vatandaşlarına tahsis edilmiştir. Bazı işleri yapabilmek için ruhsat veya izin almak gerekmektedir. Örneğin; eczane açmak için eczacılık ruhsatı almak gerekir, bankacılık, sigortacılık yapmak veya aracı kurum olmak için Anonim Şirket olmak gerekmektedir. Bu gibi şartları yerine getirmeden bu faaliyetlerin yapılması halinde bu faaliyetleri yapanlar, tacir olurlar ancak kendi tabi olmaları gereken kanun açısından uygulanması öngörülen yaptırımlar da uygulanır.

Eskiden evli kadınların eşlerinden izin almadan ticaretle uğraşamayacağı kabul edilirdi ancak bunu düzenleyen Eski Medeni Kanun'un 159. madde hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁵ Yeni Medeni Kanun ise farklı bir düzenleme ile serbestlik ilkesini getirmiştir. Yeni Medeni Kanun'un 192. maddesine göre *“Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur”* Yani kadının veya erkeğin seçmiş olduğu iş nedeniyle evlilik birliği temelinden sarsılacak olursa, buna yol açan taraf evlilik birliğinin sona ermesi bakımından kusurlu sayılabilecektir. Ancak tacir olma bakımından birbirlerinin iznine gerek olmadığı açıktır.

⁵ Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 ve 30/31 sayılı kararı Resmi Gazetenin 02.07.1992 tarihli ve 21272 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

1.3. TÜZEL KİŞİLERİN TACİR SIFATI

1.3.1. Genel Olarak

Tüzel kişilerin tacir sıfatına ilişkin düzenleme TTK'nın 16. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm, hangi tüzel kişilerin tacir olacağını ve olmayacağını düzenlemektedir. Buna göre tacir olacak tüzel kişiler şunlardır: *“Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.”*

Aynı maddenin 2. fıkrasında ise tacir olamayacak tüzel kişiler belirtilmiştir. Buna göre *“Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”*

16. madde hükmü sınırlayıcı bir hüküm değildir, yani tacir sayılacak tüzel kişiler 1. fıkra da sayılanlardan ibaret değildir. Tacir olmanın ana kısıtı, bir ticari işletmeyi işletmektir. Bu nedenle bir ticari işletmeyi işleten ve tacir sayılamayacakları 2. fıkra da belirtilmeyen tüzel kişiler de, tacir sayılırlar.⁶

1.3.2. Ticaret Şirketleri

TTK'nın 16. maddesinin 1. fıkrasına göre ticaret şirketleri tacirdirler. Ticaret şirketlerinin nelerden ibaret olduğu TTK'nın 124. maddesinde sayılmıştır. Bunlar, kollektif şirket, komandit şirket (adi komandit ve paylı komandit), limited şirket, anonim şirket ve kooperatiflerden ibarettir. Ticaret şirketlerinden kollektif şirketlerin ve komandit şirketlerin zaten bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulmaları zorunludur. Ancak anonim ve limited şirketler için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ticaret şirketleri, Ticaret Sicili'ne tescil ile tüzel kişilik kazanırlar ve tüzel kişilik kazandıkları andan itibaren tacir sıfatına da sahip olurlar.

⁶ ARKAN; s. 112.

1.3.3. Ticari İşletme İşleten Dernekler ve Vakıflar

Yeni Medeni Kanun'un 56. maddesine göre *"Dernekler, en az yedi gerçek kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğudur."* Aynı Kanun'un 101. maddesinde ise vakıf tanımlanmıştır. Buna göre; *"vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır."*

TTK'nın 16 maddesinin 1. fıkrasına göre "amacına ulaşmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler tacir sayılırlar". Ticari bir işletmeyi işletme kıstası, burada da tacir olmanın ölçütü olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, kamu yararına⁷ hizmet etmek üzere kurulmuş olan dernekler ile gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların, ticari işletme işletseler bile tacir sayılmayacakları belirtilmiştir. Demek ki amacına ulaşmak için bir lokanta işleten Kanarya Sevenler Derneği tacir olarak kabul edilirken, maden suyu işletmesi işleten Kızılay tacir sayılmayacaktır.

Eski TTK döneminde vakıfların tacir kabul edilip edilmeyecekleri konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmasa da dernekler için öngörülen kıstasların vakıflar için de kullanılması kabul edilmekteydi. Yukarıda da açıklandığı üzere Yeni TTK vakıfları da tüzel kişi tacirler arasında düzenleyerek tereddütleri gidermiş ve amacına varmak için ticarî işletme işleten tüzel kişiler arasına "vakıflar" da konulmuştur.

1.3.4. Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Teşekkül ve Müesseseler

TTK'nın 16. maddesine göre kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

Kamu tüzel kişileri, karma ekonominin icabı olarak çeşitli şekilde ekonomik hayata katılmaktadırlar. Bu, sermayesinin tamamı kamu tüzel

⁷ Dernekler Kanunun 58 ve 59. Maddelerine göre bir dernek ancak Bakanlar Kurulu kararı ile kamuya yararlı dernek olarak kabul edilebilir.

⁹ Ticari şekilde işletilme kıstasının kamu işletmesinin kuruluş kanunda belirtilmiş olması gerekmez, bu husus TTK hükümlerine göre tespit edilir. Bu konuda Yargıtay'ın aksi görüşü bulunmaktadır. Bkz. KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku; Konya 1998, Güncelleştirilmiş 8. Bası; s. 80.

kişisine ait bir işletme kurmaktan, özel sektör tarafından kurulmuş olan işletmelere çeşitli oranlarda katılmaya kadar çeşitlilik göstermektedir. Öte yandan kamu tüzel kişileri, kurdukları işletmeleri, bazen ayrı bir tüzel kişilikle idare etmekte iken, bazen bunlara tüzel kişilik vermemekte doğrudan doğruya kendileri işletmektedirler. Bunlardan hangilerinin tacir sayılacağı hangilerinin sayılmayacağı ise oldukça tartışmalıdır.

Her şeyden önce 16. maddenin kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerden bahsettiğini belirtelim. Burada kullanılan kavramlar artık kullanılmamaktadır. Bunun yerine Kamu İktisadi Teşebbüsü, İktisadi Devlet Teşekkülü, İktisadi Kamu Kuruluşu, müessese, bağlı ortaklık ve iştirak kavramları kullanılmaktadır. Kavramları bir kenara bırakarak 16. maddede, sermayesinin çoğunluğunun kamu tüzel kişileri veya bunlar tarafından kurulmuş kamu işletmeleri tarafından sağlanmış olan ve böylece kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen işletmelerden söz edildiğini kabul edebiliriz. Bu durumda iştirakler, zaten tacir sayılmaları nedeniyle bu maddenin kapsamı dışındadır. Diğer işletmeler ise iki koşuldan birinin gerçekleşmesi halinde tacir olarak sayılacaklardır. Bu koşullar şunlardır: a) Kuruluş kanunlarında özel hukuk hükümlerine göre idare edileceğinin belirtilmiş olması veya b) Ticari şekilde işletilmek üzere kurulmuş olması.

Kamu tüzel kişileri ancak bir kanunla işletme kurabiliyorlardı, ancak kamu işletmelerinin ancak bir kanunla kurulabileceğini düzenleyen 3460 ve 440 sayılı kanunlar yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Artık kamu işletmeleri, Yüksek Planlama Kurulu tarafından hazırlanan örnek ana statülere göre kurulmaktadır. O zaman bu ifadenin ana statülerine göre özel hukuk hükümlerine göre idare edilecekleri belirtilen kamu işletmeleri şeklinde anlamak gerekmektedir.

Kamu işletmelerinin tacir sayılabilmesi için, ikinci kıstas bunların ticari şekilde işletilmek üzere kurulmuş olmalarıdır. Ticari şekilde işletilmek, işletmenin karlılık ve verimlilik esaslarına göre işletilmesi anlamına gelmektedir.⁹

Bu iki kıstasın birbirine veya bağlacı ile bağlanmış olması nedeniyle, herhangi birinin varlığı halinde ilgili kamu işletmesinin tacir olarak kabul edilmesi için yeterlidir.¹⁰

Kamu işletmesinin tüzel kişiliği varsa, bu tüzel kişilik tacir olarak kabul edilecektir. Bazen de kamu tüzel kişileri işletmeleri ayrı bir tüzel kişi-

¹⁰ Aksi görüşler de bulunmaktadır. Bkz. POROY/YASAMAN; s. 101.

lik oluşturmada idare etmektedirler. Bu gibi durumlarda 16. maddenin 2. fıkrasına göre kamu tüzel kişinin kendisinin tacir olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Gerçekten bu hükme göre kamu tüzel kişisi, bir işletmeyi doğrudan doğruya kendisi işletse bile tacir sayılamayacaktır. Bu nedenle bu işletmelerin kendileri tüzel kişiliği olmasa bile tacir sayılırlar, ancak iflas gibi tacir olmanın bazı sonuçları bunlara uygulanamaz.¹¹

1.3.5. Donatma İştiraki

TTK'nın 17. maddesine göre *“tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanır”* Donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. TTK'nın 1064. maddesinin 1. fıkrasına göre *“Birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır.”*

Kanun, donatma iştiraki ile ilgili olarak, tacire ait hükümlerin donatma iştirakine de aynen uygulanacağını belirtmektedir. Kanun'un 17. maddesi, adi şirketten farklı olarak donatma iştirakinin ortaklarını değil, kendisini tacir hükümlerine tabi tutmuştur. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmamasına rağmen 17. maddenin donatma iştirakini ortaklarından ayrı bir varlık gibi gördüğü anlaşılmaktadır.¹²

2. TACİR OLMANIN HÜKÜMLERİ

2.1. GENEL OLARAK

Tacir olmanın hükümleri TTK'da iki başlık halinde düzenlenmiştir. Kanunun 18. maddesi “Genel olarak” başlığı altında tacirlerin iflasa tabi olması, ticaret unvanı kullanma yükümlülüğü, Ticaret Sicili'ne kayıt yükümlülüğü, defter tutma yükümlülüğü, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile ihtar ve ihbarların şeklini düzenlenmiştir. TTK'nın 19 ila 23. maddelerinde ise “Özel olarak” başlığı altında ticari iş karinesi, ücret isteme hakkı, fatura ve teyit mektubu verme yükümlülüğü, ücret ve cezanın tenkisini isteyememe ve ticari satış ve mal değişimi düzenlenmiştir. Tacir olmanın sonuçları ile ilgili bu müesseseler aşağıda incelenmiştir.

¹¹ ARKAN; s. 121.

2.2. İFLASA TABİ OLMA

TTK'nın 18. maddesine göre tacirler, her türlü borçlarından dolayı iflasa tabidirler. Kanun, her türlü borç dediğine göre, tacirler sadece ticari borçları nedeniyle değil, ticari olmayan borçları nedeniyle de iflas yoluyla takip edilebileceklerdir. İflas, kural olarak sadece tacirler için öngörölmüş bir yol olmakla birlikte, İcra ve İflas Kanunu'nun 43. maddesi tacirler dışındaki bazı kişilerinde iflasa tabi olabileceklerini belirtmiştir. Buna göre, iflasa tabi olan kişiler şunlardır: tacir sayılanlar, tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar, özel kanunlarına göre iflasa tabi olan kişiler.

TTK'nın 12. maddesinde ve 16. maddesinde kimlerin tacir olacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla bunlar iflasa tabidirler. Tacir olmayanlar özel kanunlarda hüküm olmadıkça, iflas yolu ile takip edilemezler. Özelleştirme kapsamına giren kamu işletmeleri, 4046 sayılı Kanun'un geçici 15. maddesi nedeniyle iflasa tabi değildirler. Tüzel kişiliği olmayan kamu işletmeleri aleyhine de, taraf ehliyetleri olmadığından, iflas yolu ile takip yapılamaz.

Yukarıda açıkladığımız gibi, aslında bir işletmesi olmadığı halde varmış gibi, ya da hukuken varolmayan bir şirket ortağı gibi işlemler yapan kişiler tacirler gibi sorumlu olurlar, dolayısıyla iflasa da tabidirler. Tacirlere ilişkin hükümler, donatma iştiraki hakkında da uygulanacağından donatma iştiraki de iflasa tabidir.

Sadece tacirlerin iflasa tabi olacağı hükmüne, kanunlarla bazı istisnalar getirilmiştir. Yani tacir olmadıkları halde bazı kişiler iflasa tabi tutulmuşlardır.

Kollektif şirket ortakları, ortaklık borçları nedeniyle ortaklıkla beraber sorumludurlar. Bu nedenle TTK'nın 238. maddesinin 2. fıkrasına göre "*İcra emrinin şirkete tebliğine rağmen borç ödenmediği takdirde alacaklı şirketle birlikte ortakların veya bazılarının da doğrudan iflasını isteyebilir.*" TTK'nın 240. maddesine göre alacaklı, alacağını ortaklıktan alamadığı takdirde, ortakları iflas yolu ile takip edebilir. Bu durumda ortaklık borçları nedeniyle, ortakların sınırsız sorumluluğu ilkesi nedeniyle, kollektif şirketlerde ortakların da iflasının istenebileceği kabul edilmiştir.

Komandit şirketlerle ilgili olarak, Kanun'un 317. maddesinde kollektif şirketlere ilişkin yukarıda sözünü ettiğimiz hükümlere bir atıf yapılmıştır. Bu atıf nedeniyle, komandit şirket ortaklarının da ortaklık borçları nedeniyle iflasa tabi oldukları kabul edilmektedir. Ancak TTK'nın 319.

¹² ARKAN; s. 121, 122. Aksi görüş bkz. KARAHAN; s. 82 dipnot 29'da sayılan yazarlar.

maddesinde yer alan ve komanditer ortakların mesuliyetinin koyduğu veya taahhüt ettiği sermayeyi aşamayacağına ilişkin özel hüküm göz önünde tutulacak olursa, komandit şirket ortaklarından, sadece sınırsız sorumlu ortak olan komandite ortakların iflasa tabi olacakları kabul edilmelidir.¹³ Komanditer ortaklar açısından, iflas yolu ile takip yapılsa bile, sorumluluğu sadece taahhüt ettiği ve ödemediği sermaye miktarı kadar olacaktır, bu nedenle bir kişinin tüm mallarının tasfiyesi anlamına gelen iflas ile bu hükmün bağdaştırılma imkanı bulunmamaktadır.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre kanuna aykırı işlemleri ile bankaların iflasına neden olan ve bankayı bağlayıcı işlem yapmaya yetkili yöneticilerinin de bankaya verdikleri zararlar sınırlı olarak, iflaslarının istenmesi mümkündür. Ancak bunun için Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nun kararı ve Mevduat Sigorta Fonu'nun talebi gerekmektedir. Ayrıca bu kanuna aykırı işlemler banka ortaklarına menfaat sağlamak için yapılmış ise banka ortakları hakkında da sağladıkları bu menfaatle sınırlı olarak iflas istenebilir. Eğer banka fona devredilmiş ise, bankanın iflası istenmeden de bu kişilerin iflası istenebilir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. maddesine göre, sermaye piyasası kurumlarının tedrici tasfiyeye girmesi veya iflası durumlarında, kurulca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla; %10'undan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticileri ile yatırım fonu yöneticilerinin şahsen iflaslarını istemeye Sermaye Piyasası Kurulu yetkilidir.

Bunların dışında son olarak ticareti bırakmış olan tacirlerin de, İcra İflas Kanunu'nun 44. maddesine göre, ticareti bıraktıklarının ilanından itibaren bir yıl daha iflas yolu ile takipleri mümkündür.

2.3. TİCARET UNVANI SEÇME VE KULLANMA ZORUNLULUĞU

2.3.1. Genel Olarak

TTK'nın 18. maddesine göre, tacirler, kanun hükümlerine uygun olarak bir ticaret unvanı seçmeye mecburdurlar. Kanun 39. maddesi ile de, tacirlerin ticari işlerini yaparken bir ticaret unvanı kullanmalarını zorunlu tutmuştur. Yani tacirler, ticari işletmeleri ile ilgili olarak yapacakları her hukuki işlemi, bu unvan ile yapmak zorundadırlar. Örneğin, yaptıkları söz-

¹³ Kırş. ARKAN; s. 126, KARAHAAN; s. 84.

leşmeleri, düzenledikleri senetleri, bankalarda açtıkları hesapları hep bu unvan ile imzalamaları gerekmektedir. Ticaret unvanı, işletme adından farklıdır. İşletme adı, işletmeyi belirtir. İşletme adına bakarak genellikle bu işletmeyi kimin işlettiğini tespit edemeyiz. Ticaret unvanı, taciri belirten bir ad olması nedeniyle büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle Kanun, ticaret unvanı ve işletme adına bir fasıl ayırmıştır. Kanun'un 39. maddesinden 53. maddesine kadar ticaret unvanı ve işletme adı düzenlenmiştir. İşletme adına ayrılan 53. maddede ticaret unvanına ilişkin düzenlemelere atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemlerini yaparken kullandığı ada denir. Dolayısıyla ticaret unvanının fonksiyonu tacirleri birbirinden ayırmaktır. Sadece tacirlerin ticaret unvanı kullanması mümkündür, yani tacir olmayanlar ticaret unvanı kullanamazlar. Bir tacirin ticaret unvanını başka bir tacirin haksız yere kullanması haksız rekabet teşkil eder.

Ticaret unvanının Ticaret Sicili'ne tescili zorunludur. Ayrıca tacir, ticaret unvanını işletmesinin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazmak zorundadır.

Ticaret unvanlarının gerçek durumu yansıtması, aldatıcı, yanıltıcı veya yanlış izlenim uyandırıcı ya da başkalarının ticaret unvanları ile karışıklık yaratıcı olmaması gerekir. Bazı hallerde istisna olarak ticaret unvanının gerçek durumu yansıtmamasına izin verilebilmektedir. Tacir ile ilgili olarak sonradan ortaya çıkan bazı değişikliklerle ilgili olarak bu değişikliklerin unvana yansıtılmamasına izin verilmektedir.

2.3.2. Tescil

TTK'nın 40. maddesine göre *"her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir."* Ayrıca tacirin ticaret unvanı ile birlikte kullanacağı imzayı notere tasdik ettirerek bunu sicil memuruna vermesi gerekir (imza sirküleri). Tacir tüzel kişi ise imzaya yetkili olanların imzasını aynı şekilde notere tasdik ettirerek sicil memuruna vermesi gerekir.

2.3.3. Ticaret Unvanının Şekli

2.3.3.1. Genel Olarak

Ticaret unvanları, çekirdek kısmı ve ekler olmak üzere iki kısımdan oluşur. Çekirdek kısmı, ticaret unvanında bulunması zorunlu olan unsurları ifade eder ve her tacir türü için birbirinden farklıdır. Ek kısmı ise bazı haller hariç, kullanılması zorunlu olmayan unsurlardan oluşmaktadır. Ticaret unvanının çekirdek kısmının nasıl teşkil edeceği, gerçek kişiler ve tüzel kişiler için ayrı ayrı belirlenmiştir.

2.3.3.2. Gerçek Kişilerin Ticaret Unvanı

Gerçek kişi tacirlerin, ticaret unvanının çekirdeğini, kendi ad ve soyadları oluşturur. Buna istedikleri ekleri yapabilirler. Tacirin ticaret unvanında yer alan ad ve soyadı kısaltılarak yazılamaz.

Tek başına ticaret yapan hakiki şahıslar, ticaret unvanlarına, bir şirketin varlığı zannını uyandıracak ekler yapamazlar.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, ticaret unvanının gerçek durumu yansıtması gerekmektedir. Ancak bazı hallerde sonradan ortaya çıkabilecek değişikliklerin ticaret unvanına yansıtılmaması mümkündür. Gerçekten TTK'nın 47. maddesinin 1. fıkrasına göre ticaret unvanında ismi yer alan kişinin sonradan ismi mahkeme kararıyla değiştirilse bile ticaret unvanındaki isim değiştirilmeyebilir.

Tacirin ölümü halinde, mirasçıların ticaret unvanını değiştirmeden ticarete devam etmeleri mümkündür.¹⁴

2.3.3.3. Adi Şirketin Ticaret Unvanı

Bilindiği gibi adi şirket ortakları da, ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından bizzat kendileri tacir olurlar. Bu nedenle her birinin ayrı ayrı ticaret unvanları olması gerekmektedir. Ortaklığın temsili hükümlerine göre, eğer birkaç ortak birlikte işlem yapmak zorunda iseler, bunların her birinin ticaret unvanlarının ayrı ayrı yazılması gerekmektedir. Ancak genellikle adi şirketin ticaret unvanının, ortaklardan birinin adı ve soyadı ile adi şirket olduğunu gösteren bir ibarenin eklenmesi suretiyle de kullanılabileceği kabul edilmek-

¹⁴ ARKAN; s. 250.

tedir. Yani “Ali Ak ve Ortakları” şeklinde bir ticaret unvanı da geçerli bir ticaret unvanıdır.¹⁵

2.3.3.4. Kollektif ve Komandit Şirketlerin Ticaret Unvanları

TTK’nın 42. maddesinin 1. fıkrasına göre kollektif şirketin ticaret unvanında, bütün ortakların ad ve soyadları veya en azından bir ortağın ad ve soyadı ile şirket ve türünü gösteren bir ibare yer almak zorundadır. Kollektif şirketlere sadece gerçek kişiler ortak olabilirler. Kanun ortakların bir tanesinin adı ve soyadının ticaret unvanında bulunmasını yeterli görmüş olmakla birlikte, ortakların tamamının ad ve soyadının yazılmasını da imkan dahiline almıştır.

Komandit şirketlerde iki tip ortak bulunmaktadır; komandite ortaklar şirket borçları nedeniyle sınırsız sorumlu olan ve şirket işlerini idare eden ortaklardır. Komanditer ortaklar ise şirkete sadece sermaye koyan ve şirketin idaresine karışmayan pasif ortaklardır ki bunların şirket borçlarından sorumluluğu ödemedikleri sermaye borçlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle adi ve sermayesi paylara bölünmüş olan komandit şirketlerin, ticaret unvanlarında, komandite ortaklardan en az birinin adı ve soyadının bulunması zorunludur. TTK’nın 42. maddesinin 2. fıkrasına göre ticaret unvanına komanditer ortakların ad ve soyadları veya ticaret unvanları yazılamaz. Ancak yazılacak olursa, TTK’nın 320. maddesine göre ticaret unvanı geçersiz olmaz ama ismi ticaret unvanında yer alan komanditer ortak komandite ortak gibi sorumlu olur.

TTK’nın 47. maddesine göre şirkete yeni ortak alınması halinde, ticaret unvanının değiştirilmesi zorunlu değildir. Ayrıca ticaret unvanında adı bulunan ortaklardan birisinin şirketten ayrılması halinde, ayrılan ortağın yazılı onayı ile yine ticaret unvanı değiştirilmeyebilir. Aynı şekilde ticaret unvanında adı bulunan ortağın ölmesi halinde, mirasçılar şirkete ortak olurlarsa ya da ortak olmasalar bile yazılı onay verilerse ticaret unvanı gene değiştirilmeyebilir.

Ticaret unvanında bulunan gerçek kişilerin ad ve soyadları kısaltılarak yazılamaz. Eğer Türkiye’nin herhangi bir yerinde aynı ticaret unvanı daha önce tescil edilmiş ise sonrakine ayırt edici eklerin yapılması zorunludur.

¹⁵ ARKAN; s. 243, KARAHAN; s. 129, POROY/YASAMAN; s. 225, İMREGÜN, Oğuz; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri; İstanbul 1995 Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı; s. 86, TEKİL; s. 245.

2.3.3.5. Limited, Anonim ve Kooperatif Şirketlerin Ticaret Unvanı

TTK'nın 43. maddesine göre limited, anonim ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarında, işletme konusunu ve şirket nevini gösteren ibareyi göstermeleri zorunlu ve yeterlidir. Ancak bu durumda, aynı konuya sahip pek çok anonim, limited veya kooperatif şirket söz konusu olacağından bunların birbirinden ayırt edilmelerini sağlayıcı ekler yapılması zorunludur. Bunların ticaret unvanlarında gerçek kişilerin ad ve soyadları bulunması halinde, şirket nevini gösteren ibarenin kısaltılmadan açık bir şekilde yazılması gerekir. Burada amaç, üçüncü kişilerin dikkatlerini şirket nevine çekerek, unvanda adı ve soyadı bulunan kişinin şahsen sorumlu olduğu şeklinde bir kanaat oluşmasını önlemektir.

TTK'nın 39. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; *“tescil edilen ticaret unvanı, ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazılır. Ayrıca, tacirin işletmesiyle ilgili olarak kullandığı her türlü kâğıt ve belgede, tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermaye, internet sitesinin adresi ve numarası gösterilir. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, sırasıyla yönetim kurulu başkan ve üyelerinin; müdürlerin ve yöneticilerin adları ile soyadları gösterilir. Tüm bu bilgiler şirketin internet sitesinde de yayımlanır”*.

Eğer aynı ticaret unvanı Türkiye'nin her hangi bir yerinde daha evvel tescil edilmiş ise sonrakine ayırt edici eklerin yapılması zorunludur.

2.3.3.6. Diğer Tüzel Kişi Tacirler

Yukarıda belirttiğimiz gibi amacına ulaşmak için, ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar da tacir olurlar, bunların ticaret unvanları adlarıdır. Kamu işletmelerinden tüzel kişiliğe sahip olarak kurularak tacir olanların ticaret unvanı kuruluş kanunlarında veya ana sözleşmelerinde gösterilen adlarıdır. Tüzel kişiliğe sahip olmayan kamu işletmeleri ise, bu işletmeye sahip olan kamu kurumunun adı ve işletmenin adından oluşan bir ticaret unvanı kullanırlar. Örneğin “Ankara Belediyesi Ekmek Fırını” gibi. Kamuya yararlı dernekler ise derneğin adı ve işletmenin adından oluşan bir ticaret unvanı kullanırlar. Örneğin “Kızılay Afyonkarahisar Maden Suyu İşletmesi” gibi.¹⁶

¹⁶ ARKAN; s. 245.

2.3.3.7. Donatma İştirakinin Ticaret Unvanı

TTK'nın 44. maddesinin 2. fıkrasına göre donatma iştirakinin ticaret unvanı iki şekilde olabilir. Birincisi, donatma iştiraki ortaklarından en az birisinin adı ve soyadı ile donatma iştiraki olduğunu gösteren ibareden oluşur. Örneğin "Ali Ak Donatma İştiraki" gibi. İkincisi ise, donatma iştiraki olarak işletilen geminin adı ve donatma iştiraki olduğunu gösterir bir ibareden oluşur. Örneğin "Gökova Donatma İştiraki" gibi. Donatma iştirakinin ticaret unvanında bulunan soyadları ve gemi adı kısaltılarak yazılamaz.

Donatma iştirakine yeni ortak alınması halinde, ticaret unvanı değiştirilmeyebilir. Ortaklardan birisi ayrılacak olursa, onun yazılı onayı ile adı ve soyadı ticaret unvanında kalmaya devam edebilir. Ortaklardan birinin ölümü halinde, mirasçılar donatma iştirakine katılırlarsa ya da yazılı onay verilerse ölen ortağın adı soyadı ticaret unvanında kalmaya devam edebilir.

2.3.3.8. Ekler

Yukarıda belirtmiş olduğumuz zorunlu unsurlar dışında, tacir ticaret unvanına istediği ekleri yapabilir. Ancak bazı eklerin kullanılması Bakanlar Kurulu'nun iznine tabidir. Gerçekten TTK'nın 46. maddesine göre "Türk", "Türkiye", "Cumhuriyet" ve "Milli" kelimelerinin bir ticaret unvanında kullanılması Bakanlar Kurulu'nun iznine tabidir.

Kullanılacak eklerin, tacirin kimliği ve işletmenin büyüklüğü ve önemi ya da mali durumu hakkında üçüncü kişilerde yanlış bir kanat oluşmasını sağlayacak şekilde olmaması gerekir. Kullanılacak olan eklerin, kamu düzenine ve gerçeğe uygun olması gerekir.

Eklerin yanlış, yanıltıcı veya diğer ticaret unvanlarıyla karışıklık yaratıcı olmaması gerekir. Tek başına ticaret yapan bir kişinin, sanki ortakları varmış gibi ekler kullanması, aslında doktor olmayan bir kişinin doktor unvanını kullanması gibi durumlarda, ticaret unvanında kullanılan bu ekler aldattıcıdır.

2.3.3.9. Şubelerin Ticaret Unvanı

Şubeler de bir ticaret unvanı kullanmak zorundadırlar. Bunların ticaret unvanı, merkezleri ile aynıdır. Ancak şube, merkezin ticaret unvanını şube olduğunu belirtmek suretiyle kullanır. Bu unvana, şube ile ilgili ekler yapılabilir, örneğin neredeki şubesi olduğunu gösterir ekler caizdir.

Merkezi yurt dışında bulunan şirketlerin şubelerinin, ticaret unvanında merkezin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi zorunludur. Şubeler de bu unvanları bulundukları yerdeki Ticaret Sicili'ne tescil ettirirler.

2.3.4. Ticaret Unvanı Üzerindeki Hak ve Korunması

TTK'nın 50. maddesine göre *“usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanmak hakkı sadece sahibine aittir.”* Bir ticaret unvanını tescil ettirmekle, tacir onun üzerinde münhasıran hak sahibi olmaktadır. Yani bu ticaret unvanını tacirden başkası kullanamayacaktır. Eğer haksız yere bu ticaret unvanını kullananlar olursa, tacir bu kullanımı yasaklama hakkına sahip olacaktır. Gerçekten TTK'nın 52. maddesine 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, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir”.*

Eski TTK sistemde ticaret unvanının korunması bakımından gerçek kişi- tüzel kişi ayrımı mevcuttu. Buna göre gerçek kişi tacirin tescil ettirdiği ticaret unvanının aynını, **aynı sicil dairesinde** tescil ettirmek isteyen sonraki tacirler, kendi ticaret unvanlarını öncekinden açıkça ayırt etmeye yarayacak ekleri yapmak zorundaydı. Böylece ilk tescil yaptıran gerçek kişi tacirin ticaret unvanı, tescil edildiği ticaret sicil dairesi içinde, ticaret unvanına ilişkin hükümler çerçevesinde korunmaktaydı ve tescil edildiği sicil bölgesi dışında, aynı korumanın sağlanması, ticaret unvanı hükümlerine göre değil, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde mümkün olabilmekteydi. Buna karşılık tüzel kişiye ait ve tescilli bir ticaret unvanının sadece sicil bölgesi içinde değil Türkiye'nin her yerinde ticaret unvanına ilişkin hükümler çerçevesinde koruma imkanı bulunmaktaydı. İşte Yeni TTK bu ayrımı ortadan kaldırarak ticaret unvanlarının tamamını tüm Türkiye çapında korumuştur. Gerçekten TTK'nın 45. maddesi uyarınca; *“Bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde ek yapılır”.*

2.3.5. Ticaret Unvanının Devri

TTK'nın 49. maddesine göre “*Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez.*

Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın dahi devri sonucunu doğurur. Devir halinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir.” Ticaret unvanını işletmeden ayrı olarak devredenler ve devralarak kullananlar hakkında TTK'nın 51. maddesine göre cezai hükümler uygulanır. Bir işletmeyi devralan kişi, aksi sözleşmede belirtilmediği sürece ticaret unvanını da devralmış sayılır. Devralan devraldığı bu ticaret unvanını, değişiklik yapmadan aynen kullanma hakkına sahiptir.¹⁷

Tacirin ölümü halinde, işletme ile birlikte ticaret unvanı üzerindeki haklar da mirasçılara geçer. Mirasçılar, ticaret unvanı ve işletme üzerindeki haklarını hep birlikte kullanabilirler. Mirasın paylaşımı sırasında, işletme ve ticaret unvanı bir mirasçıya geçebilir, bu durumda mirasçının ticaret unvanını aynen kullanmaya hakkı vardır. Ancak işletme ile ticaret unvanının ayrı ayrı mirasçılara verilmesi söz konusu olamaz.¹⁸

2.3.6. İşletme Adı

TTK'nın 53. maddesinde “işletme adı” düzenlenmiştir. Ticaret unvanından farklı olarak, işletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adlara “işletme adı” denir. İşletme adı kullanılması zorunlu değildir. Ancak kullanılması halinde, tescili zorunludur. İşletme adını esnaflar da kullanabilir, oysa ticaret unvanı sadece tacirlere özgüdür. Çelik Palas Oteli, Bol Kepçe Lokantası birer işletme adı örneğidir.

Tacir istediği bir işletme adını seçip kullanmakta serbesttir. Bununla birlikte seçilen işletme adının aldatıcı, yanıltıcı veya başkalarının işletme adı ile karışıklık yaratıcı olmaması ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.

Ticaret unvanının aksine işletme adı, işletmeden ayrı olarak devredilebilir. Tacir, işletmesini kendinde tutarak, sadece işletme adını başka birine devredebileceği gibi işletme adının kullanımı için lisans da verebilir. Hatta işletmeyi başkasına, işletme adını ise daha başka birine devredebilir. Ancak

¹⁷ Lehte ve aksi görüşler için bakınız; ARKAN; 250-251.

¹⁸ İMREGÜN; s. 91.

aksi kararlaştırılmış olmadıkça, işletmenin devri işletme adının da devrini gerektirir.

İşletme adını seçip tescil ettiren tacir, bunun üzerinde tekel hakkına sahip olur. Bu hak, gerçek kişi ve tüzel kişi tacirler bakımından hiç bir ayrım olmaksızın tüm Türkiye çapındadır. TTK'nın *“ticaret unvanının, ticari dürüstlüğü aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespiti, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir”* düzenlemesini içeren 52. maddesi 53. maddenin atfı ile işletme adları için de uygulanır.

Tescil ettirilmemiş işletme adları, haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir.

2.4. TİCARET SİCİLİ VE SİCİLE TESCİL YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2.4.1. Genel Olarak

Tacirler TTK'nın 18. maddesine göre işletmelerini Ticaret Sicili'ne tescil ettirmek zorundadırlar. Tacirin birden fazla işletmesi varsa, her birini ayrı ayrı tescil ettirmelidir. İşletmelerin şubeleri varsa, şubelerde bulundukları yerin ticaret siciline tescil ettirilirlir. Aksine hareket halinde, TTK'nın 38. maddesine göre cezai yaptırım uygulanır.

Ticaret Sicili TTK'nın 24 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Ticaret Sicili, aleni sicillerdendir, sadece ilgililer değil herkes bu sicilleri inceleyebilir. Ticaret Sicili Medeni Kanun'un 7. maddesi anlamında resmi sicildir. Bu nedenle, iddiasını buna dayandıran kişiler, iddialarını başkaca delillerle ispat etmek durumunda değildir, bunların içerdiği hususların doğru olduğu varsayılır. TTK'nın 37. maddesi uyarınca; tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması halinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçünü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur.

2.4.2. Ticaret Sicili Teşkilatı

Ticaret sicili, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odaları bünyesinde kurulacak ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulur. Bir yerde oda mevcut değilse veya yeterli teşkilatı yoksa ticaret sicili, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca belirlenecek bir odadaki ticaret sicili müdürlüğü tarafından tutulur.

Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar tüzükle gösterilir. Bu kayıtlar ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen merkezi ortak veri tabanı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulur.

Ticaret sicili müdürlüğünün kurulmasında aranacak şartlar ve odalar arasında sicil işlemleri ile ilgili olarak varlığı gerekli işbirliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Ticaret sicili, ticaret sicili müdürü tarafından yönetilir. Ticaret sicili müdürü, tüzükte belirlenen nitelikleri haiz kişiler arasından oda meclisi tarafından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak atanır. Aynı usulle sicil müdürlüğünün iş hacmine göre, yeteri kadar müdür yardımcısı görevlendirilir.

Ticaret sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet ve ilgili oda müteselsilen sorumludur. Devlet ve sicil görevlilerini atamaya yetkili kurum zararın doğmasında kusuru bulunanlara rücu eder. Ticaret sicili müdürü ve yardımcıları ile diğer personeli, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı kamu görevlisi olarak cezalandırılır ve bunlara karşı işlenmiş suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılır.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, ticaret sicili müdürlüklerinin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri, adı geçen Bakanlıkça alınan önlemlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlüdür.

Ticaret sicili müdürlüğünün kurulması, sicil defterlerinin tutulması, tescil zorunluluğunun yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar, sicil müdürlerinin kararlarına karşı itiraz yolları, sicil müdür ve yardımcıları ile diğer personelde aranacak nitelikler, disiplin işleri ile bu konuyla ilgili diğer esas ve usuller bir tüzükle düzenlenir.

2.4.3. Tescil

Hangi hususların sicile tescil edilmesi gerektiğine dair belirli bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun bunun yerine her bir konuyu düzenlerken bu konuyla ilgili işlemlerin tescilinin gerekip gerekmediğini de ilgili bölümde belirtmiştir. Bu nedenle bir hususun tescilinin gerekip gerekmediğini anlamak için ticaret sicilini ve tescili düzenleyen TTK 24 vd. maddelere değil ilgili konunun düzenlendiği bölümlere bakmak gerekmektedir. Örneğin bir anonim şirketin kuruluşunda nelerin tescil edilmesi gerekeceği anonim şirketle ilgili düzenlemeler arasında yer almaktadır.

Tescil kural olarak, ilgililerin talebi üzerine yapılır. Bir işlemin ilgisi, o işlemle doğrudan doğruya ilgisi olan kişilerdir. Dolaylı olarak ilgili olan kişilerin tescil talebinde bulunması söz konusu değildir. Örneğin, bir anonim şirketle ilgili hususların tescilini talep etmeye yetkili olan anonim şirketin kendisidir, ortaklar değil. Birden fazla ilgili varsa, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça sadece birisinin talebi yeterlidir. Tescil talebi, dilekçe ile yapılır. Dilekçe sahibi, kimliğini ispat etmek zorundadır. Dilekçedeki imza noterlikçe onaylanmışsa ayrıca kimliğin ispatlanmasına gerek yoktur. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça tescil talebi, tescili gereken hususun ortaya çıkmasından itibaren 15 gün içinde yapılmalıdır. Bu süre tescili gerekli işlemin veya olgunun gerçekleştiği, tamamlanması bir senet veya belgenin düzenlenmesine bağlı olan durumlarda, bu senet veya belgenin düzenlendiği tarihten başlar. Ticaret sicil müdürlüğünün yetki çevresi dışında oturanlar için bu süre 1 aydır.

Tescil edilmiş hususlarda meydana gelen değişikliklerinde, değişikliğin ortaya çıktığı tarihten itibaren 15 gün içinde tescili gerekir.

Tescilin dayandığı işlemler veya olaylar sona ererse yine 15 günlük süre içinde tescil edilmiş hususların terkin ettirilmesi gerekir.

İlgililer bazı hallerde bazı hususların geçici olarak tescilini de talep edebilirler. Gerçekten TTK'nın 32. maddesinin son fıkrasına göre *“Çözümü bir mahkeme kararına bağlı bulunan veya sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan hususlar, ilgililerin istemi üzerine geçici ola-*

rak tescil olunur. Ancak, ilgililer üç ay içinde mahkemeye başvurdıklarını veya aralarında anlaşıklarını ispat etmezlerse geçici tescil resen silinir. Mahkemeye başvurulduğu takdirde kesinleşmiş olan hükmün sonucuna göre işlem yapılır.”

Kural olarak sicil, talep üzerine yapılır. Yani sicil memuru, tescili gereken bir hususun tescil ettirilmediğini fark ettiği takdirde, kendisi re’sen tescil yapamaz. Bu durumda ilgilileri, tescile davet etmesi gerekir. Tescili zorunlu olup da kanuni şekilde ve süresi içinde tescili istenmemiş olan veya tescil edilen hususun gerçeği tam olarak yansıtmayan veya üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşıyan ya da kamu düzeyine aykırı olan bir durumu haber alan sicil müdürü, ilgilileri, belirleyeceği uygun bir süre içinde kanuni zorunluluklarını yerine getirmeye veya o hususun tescilini gerektiren sebeplerin bulunmadığını ispat etmeye çağırır. Sicil müdürünce verilen süre içinde tescil isteminde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kişi, sicil müdürü tarafından ikiyüz Türk Lirasından dörtbin Türk Lirasına kadar idari para cezasıyla cezalandırılır.

Süresi içinde kaçınma sebepleri bildirildiği takdirde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesi, dosya üzerinde inceleme yaparak tescili gerekli olan bir hususun bulunduğu sonucuna varırsa, bunun tescilini sicil müdürüne emreder, aksi takdirde tescil istemini reddeder. Süresi içinde tescil isteminde bulunmayan veya kaçınma sebeplerini bildirmeyen kişinin yukarıda belirtilen para cezasıyla cezalandırılması bu tescilin emrine engel oluşturmaz. Mahkemenin kararının 15 gün içinde temyiz edilmesi mümkündür.

Bazı hallerde, kanunun açıkça izin vermesi halinde, ilgilinin talebi olmadan tescil mümkündür. Örneğin; merkezin kaydının silinmesinin bildirilmesi halinde şubenin kaydı da re’sen silinir, iflasın açılması, kaldırılması, kapanması halleri iflas memurunun talebi üzerine sicil memuru tarafından re’sen sicile işlenir.

TTK’nın 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; tescil edilen hususlar, kanun veya tüzükte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur. İlan, aleniyeti sağlamak bakımından önemlidir.

2.4.4. Sicil Memurunun İnceleme Görev ve Yetkisi

Sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelenir. Tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtılmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır. Yapılan inceleme sonucunda, tescil memuru kanuna aykırılıklar tespit ederse, tescil, değişiklik veya terkin talebini reddedecektir.

TTK'nın 34. maddesine göre sicil memurunun kararlarına karşı, kararın tebliğinden itibaren 8 gün içinde görevli Asliye Ticaret Mahkemesi'ne dilekçe ile itiraz edilebilir. Kural olarak, itiraz, evrak üzerinden incelenir. Ancak sicil memurunun kararı, üçüncü kişilerin sicilde kayıtlı bulunan menfaatlerini ihlal ediyorsa, itiraz edenle üçüncü şahıs da dinlenir, gelmezlerse evrak üzerinden karar verilir.

2.4.5. Tescilin ve İlanın Etkisi

Ticaret sicilinin, sicile tescil talebinde bulunan ilgili bakımından iki şekilde etki doğurması mümkündür. Kural olarak tescil, bildirici mahiyette bir işlemdir. Yani hukuk dünyasına çıkmış olan bir hukuki durumun üçüncü kişilere duyurulması, bildirilmesi fonksiyonunu görür. Örneğin; bir kişinin tacir olması için ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi yeterlidir, ayrıca ticari işletmesini tescil ettirmiş olması gerekmez. Ancak ticari işletmenin tescilini kanun zorunlu görmektedir. Bu zorunluluğun yerine getirilmemiş olması tacir sıfatının kazanılmasını önlemez. Bu itibarla kural olarak tescil bir hukuki durumun bildirilmesi fonksiyonunu görür.

Ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde, tescil kurucu bir rol de oynayabilir. Gerçekten ticaret şirketleri ancak tescil ile tüzel kişilik kazanırlar. Anonim şirketlerde, ana sözleşme değişiklikleri tescil ile hüküm ifade eder,, ticaret unvanı ve işletme adı tescil edildikleri takdirde ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlere göre korunurlar, aksi halde haksız rekabet hükümlerine göre korunurlar.

Tescil, üçüncü kişiler bakımından da etkiler doğurur. Gerçekten TTK'nın 36. maddesi tescilin, üçüncü kişileri ne şekilde etkileyeceğini göstermektedir.

Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği; ilanının tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu günler, tescilin ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olan sürelerle de başlangıç olur.

Bir hususun tescil ile beraber derhâl üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhâl işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır.

Üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez.

Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

2.5. TİCARİ DEFTER TUTMA ZORUNLULUĞU

2.5.1. Genel Olarak

Defter tutmak, tacirin işletmesinin gidişatını takip edebilmesi bakımından bir zorunluluktur. Gerçekten tacirin bir kayıt sistemi olmadan işletmesinin karda veya zararda olduğunu anlaması mümkün değildir. Öte yandan defterler sadece tacirin kendisi için değil aynı zamanda alacaklılar ve varsa ortaklar açısından da yararlıdır. Bunlarda verdikleri borcun veya koydukları sermayenin batıp batmadığını işletmenin durumunu takip etmek suretiyle ancak defterlerden öğrenebilirler. Defterler devlet için de büyük öneme sahiptir. Devlet ancak defterlere bakarak kimden ne kadar vergi alacağını doğru bir şekilde tespit edebilir. Dolayısıyla vergiye esas olacak matrah defterlerdeki kayıtlara göre tespit edilir.

Tüm bu nedenlerle TTK'nın 64. maddesine göre “*Her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle malvarlığı durumunu, Türkiye Muhasebe Standartlarına ve 88 inci madde hükümleri başta olmak üzere bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorunludur. Defterler, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulur. İşletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir*”.

2.5.2. Defter Tutma Yükümlülüğü

2.5.2.1. Kapsamı

TTK'nın 18. ve 64. maddesi, tacirlerin, defter tutmalarının zorunlu olduğunu belirttikten sonra, hangi defterlerin tutulması gerektiğini de belirlemiştir.

Buna göre yevmiye, defteri kebir ve envanter defteri dışında tutulacak defterler Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından bir tebliğ ile belirlenir. Teni TTK eskisinden farklı olarak pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterleri de ticari defterlerden kabul etmiştir.

Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlüdür.

Ticari defterler, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır. Kapanış onayları, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar yapılır. Şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hâllerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır. Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağı Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirlenir.

Defterler ve gerekli diğer kayıtlar Türkçe tutulur. Kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamları açıkça belirtilmelidir. Defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılır. Bir yazım veya kayıt, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilemez ve değiştirilemez. Kayıt sırasında mı yoksa daha sonra mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmeler yasaktır.

Tamlık, kısaca işletme iş ve işlemlerin eksiksiz olarak, yani herhangi bir boşluk yaratmadan muhasebeleştirilmesi, kaydı gereken bir iş ve işlemin kayıt dışı bırakılmaması demektir. Muhasebedeki tamlık ilkesi bilânçodaki tamlık ilkesinden farklıdır. İkincisi aktif ve pasiflerin tamlığını, aktif ve pasif listesinin ne eksik ne de fazla olmasını ifade eder. Doğruluk, kaydın gerçeğe uygun ve sadık bir biçimde iş ve işlemi yansıtmasıdır. İşlemin gerçeğe sadık bir şekilde muhasebe kaydı haline gelmesi, inceleyenin yanlış yorumlara yöneltilmeden aktarılmasıdır. Zamanında kayıt, muhasebe kaydının zama-

nında yapılması, sonraya bırakılmaması gereğini ifade eder. İlke muhasebe kaydının 5-10 gün gibi belirli süre içinde yapılmasını öngörmemekte, genel kabul gören muhasebe kurallarına uygun olarak "zamanında" ölçüsünü kullanmaktadır. "Zamanında", hemen veya derhal anlamına gelmediği gibi, haftalara da izin vermemekte, gerçekçi ancak kısa bir süreye yani, muhasebeleştirmenin olağan süresine işaret etmektedir. Düzen ilkesi ile yapılan iş ve işlemlerin kaydının zaman akışına göre, yani kronolojik sırada tarih ve belge numarası dikkate alınarak yapılması kastedilmektedir²⁰.

Defterler ve gerekli diğer kayıtlar, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulabilir; şu şartla ki, muhasebenin bu tutuluş biçimleri ve bu konuda uygulanan yöntemler Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmalıdır. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması şarttır.

2.5.2.2. Sorumluluk

Tacir bu defterleri yardımcıları aracılığı ile tutmakta olsa bile bunlara geçirilmiş kayıtlar tacirin kendisi tarafından tutulmuş sayılır. Bu nedenle ticari defterlerin kısmen veya tamamen mevcut olmamasından yahut kanuna uygun surette tutulmamasından veyahut saklanması mecburi olan defter ve kağıtların gereği gibi saklanmamasından doğan mesuliyet doğrudan tacire, tacir gerçek kişi değilse işletmenin yetkililerine aittir.

2.5.2.3. Defterlerin Saklanması

Tacir, ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini, defter kayıtlarının dayandığı belgeleri sınıflandırılmış bir şekilde on yıl süre ile saklamakla yükümlüdür. Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin

²⁰ Gereke m. 65

²² ARKAN; s. 324, KARAHAN; s. 232, POROY/YASAMAN; s. 149, MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, Birinci Cilt İşletme Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 444.

çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyile başlar.

Gerçek kişi olan tacirin ölümü hâlinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi hâlinde kendisi defter ve kâğıtları saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmî tasfiyesi hâlinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar on yıl süreyle sulh mahkemesi tarafından saklanır.

Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde zıyaa uğrarsa tacir zıyayı öğrendiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Bu dava hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir.

Böyle bir belge alınmaz ise defterlerin ibrazı veya teslimi mümkün olamayacağından, tacir aleyhine açılacak davalarda defterlerini kullanamayacak ve davaları kaybetmesi söz konusu olabilecektir. Mahkemeler tacirin elinde olmayan ve gerekli özeni göstermesine karşın meydana gelen hırsızlık gibi diğer olaylarda da zayı belgesi verebilmektedirler. Yeter ki olay inandırıcı olsun.²² Kanun'un 82. maddesinin 7. fıkrasındaki sayım sınırlayıcı değildir, Yeni Kanun'da afet olarak kabul edilebilecek haller yanında hırsızlık da zayı belgesinin verilmesi için bir gerekçe olarak kabul edilmiştir.

2.5.2.4. Tasdik ve Beyan Yükümlülüğü

Ticari defterler, açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır. Kapanış onayları, izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar yapılır. Şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hâllerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır. Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağı Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirlenir.

Yeni TTK uyarınca sadece envanter, yevmiye ve defteri kebir değil, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesi ile ilgili olmayan defterler de açılış ve kapanış onayına tabidir. Zira Kanun tüm bu defterleri ticari defter olarak

kabul etmiş ve aralarında bir ayırım yapmaksızın ticari defterlerin açılış ve kapanışlarda noter tarafından onaylanacağını belirtmiştir.

2.5.3. Çeşitli Defterler

2.5.3.1. Yevmiye Defteri

Yevmiye defteri (günlük defter), kayda geçirilmesi gereken işlemleri belgelerden çıkararak, tarih ve sırasıyla ve madde halinde tertipli olarak yazmaya mahsus defterdir. Kayda geçirilmesi gereken işlemler, tacirin ticari işletmesi dolayısıyla, malvarlığında meydana gelen ve mal, para veya senet verilmesi gibi kıymet hareketlerini gerektiren işlemlerdir²⁴. Her işlemin alacaklı ve borçlu hesaba geçirilmesi gerekir, yani kanun çift kayıt sistemini benimsemiştir. Yevmiye defterinin kapanış onayının izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna kadar noter marifeti ile yapılması gerekir.

2.5.3.2. Defteri Kebir

Defteri kebir (büyük defter) yevmiye defterine geçirilmiş olan işlemleri, buradan alarak sistemli bir surette, hesaplara dağıtan ve tasnifli olarak bu hesaplarda toplayan defterdir. Yevmiye defterine sadece yapılış sırasına göre kaydedilen hesaplar, defteri kebir hesabı çeşidine göre yazılacaktır. Aynı çeşitten olan hesaplar bir arada toplanmış olacaktır.

2.5.3.3. Envanter, Bilanço ve Finansal Tablolar

TTK'nın 66 ila 77. maddeleri envanter ve bilanço hakkında düzenlemeler içermektedir. Her tacir, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarır. Tacir açılıştan sonra her faaliyet döneminin sonunda da böyle bir envanter düzenler. Faaliyet dönemi veya başka bir kanuni terimle hesap yılı on iki ayı geçemez. Envanter, düzenli bir işletme faaliyetinin akışına uygun düşen süre içinde çıkarılır.

²⁴ ARKAN; s.314.

Maddi duran malvarlığına dahil varlıklarla, ham ve yardımcı maddeler ve işletme malzemeleri düzenli olarak ikame ediliyor ve toplam değerleri işletme için ikinci derecede önem taşıyorsa, değişmeyen miktar ve değerle envantere alınırlar. Ancak bunun için bunların mevcutlarının miktar, değer ve bileşim olarak sadece küçük değişikliklere uğramış olması gerekir. Ancak kural olarak üç yılda bir fiziksel sayım yapılması zorunludur.

Aynı türdeki stok malvarlığı kalemleri, diğer aynı nitelikteki veya yaklaşık aynı değerdeki taşınabilir malvarlığı unsurları ve borçlar ayrı ayrı gruplar halinde toplanabilir ve ortalama ağırlıklı değer ile envantere konulabilir.

Tacir, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilanço) çıkarmak zorundadır. Tacir aynı zamanda gelir tablosunu hazırlar.

Yılsonu finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartları'na uyularak düzenlenmeli, açık ve anlaşılır olmalı ve düzenli bir işletme faaliyeti akışının gerekli kıldığı süre içerisinde çıkarılmalıdır. Yılsonu finansal tabloları Türkçe ve Türk Lirası ile düzenlenir. Diğer kanunlar yer alan istisnalar saklıdır. Finansal tablolar, tacir tarafından tarih atılarak imzalanır.

2.5.3.4. Karar Defteri

Tüzel kişi tacirler tarafından tutulan karar defterine gerek genel kurul veya ortaklar kurulu, gerek varsa idare meclisi tarafından müzakere neticesinde alınan kararlarla, toplantıda hazır bulunan üyelerin adları ve soyadları ve toplantı günü ile beyan edilen oy ve müzakerelerin tam bir surette bilinmesi için, gerekli diğer hususlar geçirilir ve bu kararların altı şirket namına imza koymaya yetkili olanlar tarafından imza edilir. Anonim şirketlerde, genel kurul karar defteri (toplantı ve müzakere defteri olarak da ifade edilmektedir) ile yönetim kurulu karar defteri olmak üzere iki ayrı karar defteri tutulması gerekmektedir. Yeni TTK düzenlemesi uyarınca karar defteri de ticari defterlerdendir ve bu nedenle açılış ve kapanış tasdikine tabidir.

2.5.3.5. Diğer Defterler

Tacirlerin işletmelerinin bünyelerinin gerektirdiği diğer defterleri de tutmaları zorunludur. Aksi taktirde ismen sayılmış olan defterlerin tutulması halinde dahi defterler usul ve yasaya uygun tutulmamış sayılacaktır. Bu defterler imalat defteri (VUK 197-199. m.) bitim işleri defteri (VUK 200. m.), istihsal defteri (VUK 201-202. m.), damga vergisi kayıtları defteri (VUK 205. m.) nakliyat vergisi defteri (VUK 236. m.) yabancı nakliyat kurumlarının hasılat defteri (VUK 207. m.), ambar defteri (VUK 209. m.) anonim şirketlerde pay defteri (TTK.375, m.), tahvil çıkarılmışsa genel tahvil sahipleri defteri limited şirketlerde pay sahipleri defteri gibi defterlerdir.

Bunların dışında tacirler kanunen tutulması zorunlu olan defterlerin tutulmasını kolaylaştırmak amacıyla yardımcı başka defterler de tutabilirler. Bu defterlerin tutulması tamamen tacirin kendi seçimine bırakılmıştır. Şu kadar ki tacir bazı ihtiyari defterleri tutmak isterse bunları kullanmadan önce ticaret sicili memuruna beyanname ile bu durumu bildirmesi gerekir. İhtiyari defterler, ancak zorunlu defterlerin tam ve usulüne uygun olarak tutulmuş olması halinde ve onlarla birlikte tacir lehine delil olarak kullanılabilir. Zorunlu defterlerden ayrı olarak tacir lehine delil olarak kullanılamaz.

2.5.4. Ticari Defterlerin Teslim ve İbrazı

Tacirin ticari defterleri herkes tarafından incelenemez. Kanun, ticari defterlerin hangi hallerde mahkeme tarafından istenerek incelenebileceğini düzenlemiştir. Ticari defterlerin tamamının incelenebileceği hallerde, ticari defterlerin tesliminden; kısmen incelenebileceği hallerde ise, ticari defterlerin ibrazından söz edilmektedir. TTK'nın 85. maddesine göre, *“malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme, ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir”*.

Miras halinde, tacirin mirasçıları mirası kabul veya reddetme haklarını kullanabilmek bakımından, tacirin mali durumunu öğrenmek amacıyla defterlerin teslimini talep edebilirler.

Mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda da mahkemenin ticari defterlerin teslimini talep etmesi mümkündür. Zira bu hallerde şirketin veya mal ortaklığının haklarının, alacak ve borçlarının belirlenmesi gerekir.

TTK'nın 83 maddesine göre “*Ticari uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı gerçek ve tüzel kişi bile olsalar, tarafların ticari defterlerinin ibrazına, re’sen veya taraflardan birinin istemi üzerine karar verebilir*”. 84. maddeye göre ise; “*Bir hukuki uyuşmazlıkta, ticari defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyuşmazlıkla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenir. Gerekli görülürse, defterlerin ilgili yapraklarından suret alınır. Defterlerin geri kalan içerikleri, onların Türkiye Muhasebe Standartlarına uygunluklarının denetimi için gerekliyse mahkemeye açıklanır*”. Defterlerin ibrazını gerektiren hallerde, defterlerin yalnız ihtilaflı konularla ilgili kısımlarının incelenmesi gerekmektedir. Ancak defterin hangi kısımlarının ilgili olduğu konusunda ihtilaf çıkacak olursa, defterlerin her tarafının incelenmesi gerekecektir.²⁶

Saklanması zorunlu olan belgeleri, sadece görüntü veya başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse, giderleri kendisine ait olmak üzere, o belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmakla yükümlüdür. Gerektiği takdirde belgeleri, giderleri kendisine ait olmak üzere bastırmalı ve yardımcı araçlara ihtiyaç duyulmadan okunabilen kopyalarını sunabilmelidir (TTK m. 86).

İşletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlü olan işletme sahipleri için bu yükümlülükler, ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren başlar. (TTK m. 87)

Defterlerin başka bir yerde olması ve taşınmasının mahzurlu olması halinde, defterlerin bulunduğu yer mahkemesinden bilirkişi raporu veya defterlerin suretleri istenebilir.

2.5.5. Ticari Defterlerin Delil Olarak Kullanılması

Eski TTK döneminde 6762 sayılı Kanun’un 82 ila 86. maddeleri arasında düzenlenen “ticari defterlerin ispat kuvveti” konusuna yeni TTK düzenlemesinde yer verilmemiştir. Ancak bu konu 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) düzenlenmiş ve anılan Kanun 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. HMK’nın ticari defterlerin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesi uyarınca;

“(1) Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir.

²⁶ POROY/YASAMAN; s. 152.

(2) Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır.

(3) İkinci fıkrafta belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiç bir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz.

(4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur.

(5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır”.

2.5.5.1. TACİRİN LEHİNE DELİL OLMA

Bir kişinin kendi düzenlediği belgelerin, kendisi lehine delil olması kural olarak mümkün değildir. Bu kuralın bir istisnasını ticari defterler oluşturmaktadır. Gerçekten kanun, ticari defterlerin belirli şartlarla sahibi lehine delil olarak kullanılmasını kabul etmiştir.

i) Davanın her iki tarafının da ticari defter tutmakla yükümlü kişilerden oluşması gerekir. Tarafların tacir veya tacir hükümlerine tabi oldukları ya da tacir gibi sorumlu oldukları için ticari defter tutmak zorunda olması gerekir. Eğer taraflardan birisinin ticari defter tutma yükümlülüğü yok ise, diğer tarafın defterlerinin delil olarak kullanılma imkanı bulunmamaktadır. Aksi halde, tacirlerin tacir olmayanlara karşı açacakları davalarda, defterlerine keyfi olarak yazacakları kayıtlarla, dava kazanmaları gibi abes bir durum ortaya çıkardı.

ii) Dava konusu uyuşmazlığın, her iki taraf için de defterlere kaydedilmesi gereken hususlardan olması gerekir. Eğer dava konusu olan uyuşmazlığın, taraflardan biri için defterlere yazılması gerekmeyen bir husus olması halinde, yine defterlerin karşılıklı olarak ibrazı bir sonuç doğurmaya caaktır. Bu durumda ilgili konuyu defterine geçirmeyen kişinin, defter tutması gerekmeyen herhangi bir kişiden farkı yoktur. Oysa ki, defterlerin delil olması sadece defter tutması gereken kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda müm-

kün olmasının arkasında yatan fikir, bunların kayıtlarının karşılaştırılmasıdır. Her iki taraf için de denk sayılacak koşullar yok ise, defterlerin de sahibi lehine delil olarak kullanılması mümkün olamaz.

iii) Kanıt olarak gösterilen defterlerin kanuna uygun olarak tutulmuş olması gerekir. Bu gibi davalarda sadece ticari defterlerin delil olarak kullanılması söz konusu olduğundan, her şeyden önce defterlerin, ticari defter niteliğine sahip olması gerekir. Kanunda tutulması zorunlu olan defterlerin, tamamının tutulmuş olması gerekir. Bunların birbirlerini doğrulaması gerekir. Bu defterlerin tamamının tutulmuş olması ve kanuna uygun olarak tutulmuş olması yeterli değildir, ayrıca defterlerin onayının ve beyanının zamanında yapılmış olması gerekir.

Defterlerin kanıt olarak kullanılabilmesi için, defter kayıtlarının dayandırıldığı belgelerin de ibrazı gerekli değildir. Aksi halde, defterlerin özel delil olmasının bir önemi kalmazdı. Eğer defterlerle kanıt yerine belgelerle kanıt yolu seçilmiş ise, artık defterlerin delil olarak kullanılması mümkün değildir. Bu durumda istisnai bir yol olan ticari defterlerle ispat yolu yerine, klasik usul hukuku kurallarına göre ispat söz konusu olacaktır.

iv) Karşı taraf ileri sürülen ve tacirin kendi defter kayıtları ile doğrulanan iddiaların aksini, kendi defterleri ile veya diğer geçerli kanıtlarla çürütememiş olması gerekir. Her iki tarafın defterleri kanuna uygun olarak tutulmuş ve defterlerdeki kayıtlar iddia sahibinin iddiaları ile aynı doğrultuda ise, iddiasını defterleri ile kanıtlamak isteyen tarafın iddiaları kanıtlanmış sayılır. Eğer her iki tarafın defterleri, kanuna uygun olarak tutulduğu halde, birbirini doğrulamıyorsa, defterler delil olarak kullanılamaz.

Karşı taraf defterlerini ibraz etmez ise veya ibraz etse bile defterlerini kanuna aykırı tutuğu tespit edilecek olursa, iddia sahibinin defterleri kendisi lehine kanıt oluşturur. Bu durumda karşı taraf defterlerde bulunan kayıtlarla desteklenen iddiaları, diğer muteber delillerle çürütebilir, böylece defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılmasını önlemiş olur.

2.5.5.2. TACİRİN ALEYHİNE DELİL OLMA

Ticari defterlerin davalarda delil olarak kullanılması mümkündür. Bunun için kural olarak, davanın ticari dava olması gerekmez. Gerçekten tacir olmayan bir kişi dahi, tacire karşı açtığı bir davada davasını tacirin defterlerine dayandırabilir. Bu durumda yani, defterlerin tacirin kendisi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için, herhangi bir koşul aranmaz. Bir kişinin kendinden sadır olan her türlü belge ve kayıt onun aleyhine delil olarak kul-

lanılabilir. Bir kişi açtığı davada tacirin defterlerine dayanırsa ve tacirin defterleri kendisinin aleyhine olarak davacının iddialarını teyit ediyorsa, davacı davasını kazanır. Tacirin defterlerinin kendisi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için, defterlerin kanuna uygun bir şekilde tutulmuş olması da gerekmez. Defterler kanuna aykırı olarak tutulmuş dahi olsa, sahibi aleyhine delil olarak kullanılabilir.

Defterler kanuna aykırı olarak tutulmuş ise, bu defterlerde yer alan ve tacir lehine olan kayıtlar dikkate alınmaz. Bir defterdeki tacir lehine olan kayıtların, aleyhe olan kayıtlarla birlikte ele alınabilmesi için, defterlerin kanuna uygun olarak tutulmuş olması gerekir. Yani, kanuna uygun olarak tutulmuş olan defterlerdeki kayıtlar bir bütündür; aleyhe olanlar gibi lehte olanlarla birlikte kullanılır.

Bir davada taraflardan birisi, iddialarını diğer tarafın ticari defterleri ile kanıtlayacağını ve defterlerin münderecatını kabul edeceğini ileri sürmüş ise, diğer tarafın defterlerini ibraz etmesi gerekir. İbrazdan kaçınırsa, ibraz eden taraf iddiasını ispatlamış sayılır. İbraz etmesi halinde ise Mahkeme bu defterlerdeki kayıtlara göre hüküm tesis edecektir. Defterler incelendiğinde kayıtlar, iddia sahibini doğrulayıcı değil ise, mahkeme defterlerin kanuna uygun olarak tutulup tutulmadığına bakmalıdır. Eğer defter kanuna uygun olarak tutulmuş ise, delillerini defterlere hasreden iddia sahibinin, davasını ispat edemediği kabul edilmelidir. Eğer defterler kanuna uygun olarak tutulmamışsa, defter sahibinin lehine olan bu kayıtlar, iddia sahibinin davasını kaybetmesine yol açmaz. Çünkü kanuna aykırı olan defterlerdeki kayıtlardan sadece tacir aleyhine olanlar, delil olarak kullanılabilir, tacir lehine olanlar ise delil olarak kullanılamaz. Bu durumda iddia sahibi, iddiasını başka delillerle kanıtlayabilir.

Bir örnekle durumu somutlaştıralım. A, tacir B aleyhine açtığı alacak davasında B'nin defterlerini kabul ettiğini beyan etmiştir. B defterlerini ibraz etmekten kaçınırsa, hakim A'ya iddiasının doğruluğu konusunda yemin teklif eder, A yemin ederek davasını kazanır. B defterlerini ibraz ederse ve defter kayıtlarında A alacaklı görünüyorsa, A davasını kazanır. Defter kayıtlarında A alacaklı görünmüyorsa, hakim defterlerin kanuna uygun olarak tutulup tutulmadığını inceler. Kanuna uygun olarak tutulmuş ise, A'nın iddiasını reddeder. Kanuna aykırı olarak tutulmuş ise, A iddiasını başka delillerle ispatlayabilir. Eğer kanuna aykırı olarak tutulmuş olan defterlerde, A alacaklı olarak fakat alacağı ödenmiş şeklinde görülüyorsa, lehte olan hükümler delil olarak kullanılamayacağından, A'nın iddiasını ispatladığı kabul edilir. Bu son durumda defterler kanuna uygun olarak tutulmuş olsa idi, lehte ve

aleyhe olan hükümler birlikte delil olarak kullanılabilceğinden A'nın iddiasının reddedilmesi gerekecekti.

2.5.5.3. CEZAI SORUMLULUK

TTK'nın 562. maddesinde ticari defterlerle ilgili yasal yükümlölüklerini yerine getirmeyen kişiler hakkında uygulanacak cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. Buna göre; 64. maddenin 1. fıkrası uyarınca defter tutma yükümlölüğünü yerine getirmeyenler, 64. maddenin 2. fıkrası uyarınca belgelerin kopyasını sağlamayanlar, 64. maddenin 3. fıkrasına uyarınca gerekli onayları yaptırmayanlar, 65. maddeye uygun olarak defterlerini tutmayanlar, 66. maddeye aykırı hileli envanter çıkaranlar, 86. maddeye göre belgeleri ibraz etmeyenler iki yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılırlar.

TTK'nın 88. maddesine aykırı hareket edenler (Türkiye Muhasebe Standartları'na aykırılık) yüz günden üç yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

2.6. BASİRETİİ BİR İŞ ADAMI GİBİ DAVRANMA

TTK'nın 18. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.”* Tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlölüğü, ticaretine ait faaliyetlerle sınırlıdır. Yani, kendi ticaret alanı dışındaki ticaret alanlarında ve diğer adi işlerinde de, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlölüğü yoktur.

Basiretli bir iş adamı, faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki tedbirli, bilgili, ileriye gören, hesabını iyi yapan, yaptığı ticaretin koşullarını iyi bilen, faaliyetini yaparken bu faaliyetin gerçekleştirileceği koşulları öngörebilen ya da tetkik ve araştırma yapmak suretiyle öğrenmek ve bilmek durumunda olan bir iş adamıdır. Bu kıstas objektif bir kıstastır. Yani, tacirin kendi bilgi ve tecrübesine göre yapması gereken davranışlar değil bu ticaret alanındaki tedbirli, bilgili ve tecrübeli bir iş adamının yapması gereken davranışlar esas alınır. Bu alanda faaliyet gösteren tüm tacirlerden aynı özeni, tedbiri ve tecrübeyi göstermeleri beklenir. Örneğin; bir taşımacı, taşıdığı yükün, yağmurdan zarar görme ihtimaline binaen hava durumunu araştırması, dolarla borç alan bir tacirin yaşadığı ülkede devalüasyon olabileceğini, bir inşaat ihalesi

alan müteahhidin enflasyon nedeniyle maliyetlerin inşaat süresine göre artabileceğini öngörmesi gerekir.

Tacirler yaptıkları sözleşmelerle ilgili olarak, bu sözleşmeyi yaparken ileride ortaya çıkabilecek her türlü koşulu, öngördükleri ve tüm bu koşullara rağmen kendi menfaatlerini en iyi şekilde gözeterek bu sözleşmeyi yaptıkları varsayılır. Bu nedenle de sonradan sözleşmenin yapıldığı koşullar değiştiği gerekçesiyle, sözleşmenin değiştirilmesini talep edemezler. Akde vefa ilkesi, koşulların, taraflardan birinin tamamen mahvolacağı kadar çok değişmesi halinde terk edilebilir. Eğer karşı tarafın sözleşmeye aynen uymasını talep etmek MK 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ise, o zaman basiretli bir tacir gibi davranma zorunluluğu ortadan kalkabilir. Ancak ülkemizde piyasa koşullarının çok hareketli olduğu dikkate alınacak olursa, asıl olanın akde vefa olduğu, fevkalade nadiren de bu kuraldan ayrılmanın mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Tüzel kişi tacirlerin kendileri gibi, yönetici ortaklarının da basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülükleri vardır.²⁷

2.7. TACİRLER ARASI İHTAR VE İHBARLAR

TTK'nın 18. maddesinin 3. fıkrasına göre *“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. .”*

Bu hükmün gerekçesine göre; hükümdeki şekil geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan "muteber olması için" ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. Bu şekilde Yargıtay'ın eski düzenlemeyi ispat şartı olarak kabul eden yaklaşımı benimsenmiştir.

Hükümde yapılan bir diğer değişiklik iadeli taahhütlü mektubun taahhütlüye dönüştürülmesidir. Son olarak düzenlemeye Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikler ile paralel olarak güvenli elektronik imza kullanılarak gönderilen elektronik postalar eklenmiştir. Böylece tacirler arasında belirtilen amaçlar ile

²⁷ TEKLİ; s. 136 vd.

gönderilen ihbar veya ihtarlar güvenli elektronik imza içeren elektronik postalar ile de gönderilebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan açıkça anlaşılacağı gibi, ihbar ve ihtarların şekle tabi olması, sadece tacirler arasındaki ihtar ve ihbarlar için sözkonusudur; her iki tarafın tacir olması gerekmektedir; taraflardan sadece birinin tacir olması halinde bu hüküm uygulanmaz.²⁹

Bu hükümde açıkça belirtilmese bile, ihbar edilen işin tarafların ticari işletmesiyle ilgili olması gerekir. İhbarın konusu da sınırlayıcı olarak sayılmıştır; ihbar ve ihtarların şekle bağlı olması kuralı sadece diğer tarafı temerrüde düşürmek, sözleşmeyi fesih ya da ondan dönme amacıyla yapıldığı takdirde uygulanır. Bunların dışındaki konularda ise, ihtar veya ihbarların burada yazılı usullerle yapılması gerekmez; Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde serbestçe yapılabilir.³⁰

2.8. TİCARET KARİNESİ

TTK'nın 19. maddesine göre *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını, diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır.”*

Kanun, tacirin borçlarını, kural olarak ticari saymakla birlikte iki istisna kabul etmiştir. Bunlardan birincisi, tacirin sözleşme yaparken sözleşmenin ticari işletmesiyle ilgisi olmadığını beyan etmesidir. İkincisi ise, işin mahiyeti gereği ticari olmadığının anlaşılması halidir. Örneğin; tacirin evine yatak odası takımı alması halinde bunun ticari işletmesiyle ilgisi olmadığı halin icabından anlaşılmaktadır.

Tüzel kişi tacirler için ise, bu istisnalar söz konusu değildir; kanun açıkça bu istisnaları gerçek kişi tacirler için öngörmüştür. Tüzel kişi tacirlerin her türlü borcu ticari borçtur, onların adi işleri ve adi borçları olamaz.

²⁹ İMREGÜN; s. 52, ARKAN; s. 145.

³⁰ ARKAN; s. 145.

2.9. ÜCRET VE FAİZ İSTEME HAKKI

Ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet gören tacir, münasip bir ücret isteyebilir. Burada işin kime yapıldığının önemi yoktur, bir tacire veya tacir olmayana yapılmış olabilir. Burada kanunun kastettiği, ücret isteyebilme hakkı, hiç şüphesiz, tacirin yaptığı sözleşmelerle sınırlı değildir. Gerçekten tacir, ticari işletmesiyle ilgili olarak, bir işin görülmesi için sözleşme yapmış, ancak bu iş karşılığında alacağı ücretin ne olacağı sözleşmede belirtilmemiş ise, tacir ücret isteyebilir. Ancak bunun dışında tacir, söz konusu işi arada bir sözleşme olmadan yapsa, bu durumda vekaletsiz iş görme sözkonusu olur ve tacir bu durumda dahi ücret isteme hakkına sahiptir.

TTK'nın 20. maddesine göre, tacir başkaları için gördüğü işler nedeniyle sadece ücret değil, yaptığı masraflar varsa, verdiği avanslar varsa, bunlar için de faiz isteme hakkına sahiptir. Burada talep edilebilecek faiz gecikme faizi değil, kapital faizidir. Böylece kanun ticari işletmenin gelir sağlama amacına yönelik olduğu gerçeğini göz önünde tutarak, sözleşmede kararlaştırılmamış bile olsa, tacire işletmesiyle ilgili olarak bir iş yaptıran kişilerin ücret ödemesi gerektiğini düşünmüştür. Vekaletsiz iş görme halinde, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, ücret talep edilmesi söz konusu değildir. Ancak Ticaret Kanunu, tacirler bakımından bu kurala bir istisna getirmiştir. Eğer vekaletsiz iş gören bir tacir ise ve gördüğü iş, ticari işletmesi ile ilgili ise, bu iş nedeniyle bir ücret talep edebilir. Bu düzenleme tacir lehine bir düzenlemedir. Örneğin; bir müşterisinin hesabında para olmayan banka müşterisinin menfaatini düşünerek karşılıksız olan bir çekini öderse bu iş için belirli bir komisyon (ücret) talep edebilecektir. Bundan başka müşteri eğer, derhal ödeme yapmaz ise, banka geçecek süre ile ilgili olarak faiz de isteyebilecektir.³¹

2.10. FATURA VE TEYİT MEKTUBU

TTK'nın 21. maddesine göre “(1) Ticarî işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir”.

Fatura aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nda da düzenlenmiştir. VUK 229. maddesi faturayı şu şekilde tanımlamaktadır: “Satılan emtia veya

³¹ ARKAN; s. 134.

yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere, emtiayı satan veya iş yapan tüccar tarafından müşteriye verilen vesikadır.”

Faturada yer alması gereken bilgiler şunlardır; sözleşme konusu malın veya işin türü, miktarı, fiyatı ve tutarı ve mal alıcıya teslim edilmiş ise, teslim tarihi yer alır. VUK’a göre, faturanın 10 gün içinde kesilmesi gerekmektedir. Ticaret Kanunu’nda ise, böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. VUK’na göre, fatura kesmek zorunludur; ancak Ticaret Kanunu’na göre müşteri talep ederse kesilmesi gerekmektedir. Fatura bedeli ödenmiş ise, bunun da gösterilmesi gerekir. Bu genellikle “bedeli ödenmiştir” ya da “tahsil edilmiştir” ibareleri yazılmak suretiyle belirtilir. Ancak, ticari örf ve adete göre, faturanın altının imzalanması halinde bedeli ödenmiş, imzanın üstüne atılması halinde bedeli ödenmemiş anlamına geldiği kabul edilmektedir.

Bir faturayı alan kimse, aldığı tarihten itibaren fatura içeriğine sekiz gün içinde itiraz etmezse, fatura içeriğini kabul etmiş sayılır. Bu hüküm eşitlik ve hakkaniyet ilkesi gereğince, sadece tacirler hakkında hüküm ifade eder. Tacir olmayan bir kişi, kendisine gönderilen bir faturaya, sekiz gün içinde itiraz etmek zorunda değildir. Fatura gönderilmesi halinde, sekiz gün içinde itiraz edilmemesi, bu fatura ile ilgili davada ispat yükünü ters çevirir. Yani, fatura gönderen tacir, iddiasını ispat etmek zorunda değildir, faturayı alan ve süresi içinde itiraz etmeyen tacir, bunun aksini ispat etmek zorundadır.

Proforma fatura, sözleşmenin yapılmasından önceki döneme ilişkindir; bu nedenle fatura hükümleri, bir çeşit icap veya icaba davet olan proforma faturaya uygulanmaz.

Faturaya itirazda bulunulmaması sadece fatura içeriğinin kabul edildiği sonucunu doğurur. Faturanın ilgili olduğu işin yapıldığını veya malın teslim edildiğini kanıtlamaz.

Sözlü olarak,, telefon ya da telgrafla veya herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla ya da teknik araçlarla bir sözleşme yapan tacir bunu teyit eden bir yazı alırsa, bu yazıyı aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde bir itirazda bulunmamışsa, teyit mektubunun yapılan sözleşmeye ve beyanlara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır. Böylece teyit mektubu yazılı bir delil niteliğine kavuşmuş olur. Teyit mektubunun itiraz edilmemiş olması nedeniyle, kabul edilmiş sayılabilmesi için, bir sözleşmenin içermesi gereken tüm unsurları içermesi gerekir. Bir sözleşmede bulunması gereken unsurları içermeyen bir teyit mektubu, icap veya icaba davet niteliğinde olacaktır, buna cevap verilmemesi kabul anlamına gelmez.

2.11. ÜCRET VE CEZANIN İNDİRİLMESİNİ İSTEYEMEME

TTK'nın 22. maddesine göre *“Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 121inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez”*. Bu hüküm sadece tacirin, ticari işletmesiyle ilgili borçları hakkında uygulanır. Yani, tacirin ticari olmayan borçları hakkında, uygulanmaz. Bu hüküm, sadece tacirler ve tacir gibi sorumlu olanlar hakkındadır tacir olmayanlara uygulanmaz. Ücret ve cezanın indirilmesini talep edememe üç durumla ilgilidir.

- i) Faizin mütedahil taksitlerin ve bağışladığı meblağın tediyesinde temerrüde düşen borçlu için öngörülen cezai şart,
- ii) Akdin icra edilmemesi veya eksik olarak icra edilmesi hali için öngörülen cezai şart,
- iii) Hizmet sözleşmesi ve gayrimenkul satış imkanını hazırlamak veya bunlardan birinin icrası hususunda aracılık etmek için kararlaştırılan ücretin indirilmesi hususunda, tacirin bunların fahiş olduğu iddiasıyla indirim isteme hakkı yoktur.

Tacirin ücret ve cezanın indirilmesini talep edememesi, mutlak bir hüküm değildir. Tacir, ticari borçları ile ilgili olarak dahi fahiş olmanın ötesinde, tacirin ekonomik bakımdan yıkımına yol açacak derecede ağır ve yüksek bir cezai şartın indirilmesini talep etmesi mümkündür. Çünkü bu derecede yüksek bir cezai şart, ahlak ve adaba aykırı sayılır.

2.12. TİCARİ ÖRF VE ADETE TABİ OLMA

Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre tacir olmayanlar hakkında ticari örf ve adet, ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır. Yani, ticari örf ve adet, tacirler hakkında mutlak olarak uygulanacaktır; bilip bilmemelerinin bir önemi yoktur.

2.13. ODAYA KAYDOLMA ZORUNLULUĞU

Tacirlerin kendileri ile ilgili olan odalara kayıt olma zorunlulukları bulunmaktadır. Gerçekten 5590 sayılı Odalar ve Borsalar Kanunu, tacir sıfatını haiz, tüm gerçek ve tüzel kişilerin ve bunlara ait şube ve fabrikaların bulundukları yerin mensubu oldukları oda veya ajanlıklarına kaydolmalarını zorunlu olduğunu belirtmektedir.

Eğer tacir, aynı kanunda yapılan sanayici tanımına uyuyorsa, Sanayi Odasına kaydolmalıdır. Odaya kayıt yükümlülüğü, bir ay içinde yerine getirilir. Tacir kendiliğinden kayıt işlemini yaptırmaz ise, oda re'sen kayıt yapabilir. Üyelerin kayıt ücreti, yıllık aidat ve munzam aidat ödeme zorunlulukları vardır.

2.14. HAPİS HAKKINI KULLANMADA KOLAYLIKTAN YARARLANMA

Hapis hakkı, kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklıya, zilyetliği altında bulunan borçluya ait menkul mallar ile kıymetli evraki iade etmeyerek, bunları alacağın teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir aynı haktır.³²

Medeni Kanun'un 950. maddesinde hapis hakkının koşulları düzenlenmiştir. Buna göre; *“Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evraki, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir.”* Burada dikkat edilecek olursa, hapis hakkının kullanılabilmesi için, hapsedilecek olan taşınır veya kıymetli evrak ile alacak arasında nitelik itibarıyla bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Bu bağlantının varlığını kanıtlama yükü de, hapis hakkını kullanacak olana aittir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, tacirler için bu bağlantının kanıtlanması açısından bir kolaylık getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre *“Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı varsayılır.”* Böylece tacirler arasındaki ilişkiler söz konusu olduğunda, hapis hakkını kullanacak olan tacirin, zilyetlikle alacak arasında bir bağlantının var olduğunu kanıtlaması gerekmemektedir. Aksini iddia eden karşı taraf tacirin, bunu ispat etmesi gerekmektedir.

2.15. TİCARİ SATIŞ VE TRAMPA

TTK'nın 23. maddesinde tacirler arasındaki satışlarla ilgili olarak özel bazı düzenlemeler getirilmiştir. Kural olarak ticari satışlar da Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Ancak kanun, ticari satışlarla ilgili olarak bazı konularda Borçlar Kanunu hükümlerine istisnalar getirmiştir. Bu istisnalar kısım kısım icrası kabil olan sözleşmelerde alacaklının hakları, alıcının temerrüdü ve malın ayıplı çıkmasına ilişkindir. Bu konuda ilerideki bölümlerde bilgi verilecektir.

³² ARKAN; s. 146.

4. BÖLÜM

TACİR YARDIMCILARI

1. GENEL OLARAK

Günümüz ekonomik koşullarının ulaştığı nokta göz önüne alınacak olunursa, tacirin tüm işlerini bizzat kendisinin yapamayacağı aşıkardır. Bu durumda tacirin, ticari işletmesi ile ilgili işlerin yürütülmesinde başka bazı kişilerin yardım ve desteğine ihtiyacı bulunmaktadır. Tacir, eğer bir fabrika işletiyorsa, fabrikasındaki makineleri çalıştıracak, bakımını yapacak işçilere, taşıma vasıtalarını kullanacak sürücülere, hesapları tutacak muhasebecilere, üretilen malları satacak pazarlamacılara, hammaddeleri bulacak ve alımları yapacak kişilere ve tüm bunları organize edecek bir yönetim sistemine ihtiyaç duyacaktır. İşletmenin boyutlarına göre bu işlerin yapılması bazen bir kaç yardımcıyla, bazen de yüzlerce kişiden oluşan ekiplerle yapılacaktır. Tacir, işlerini genişletmek için işletmesinin bulunduğu yer dışında da faaliyetler göstermek isteyebilir. Bu gibi durumlarda pazarlama tercihine göre genişlemek istediği yerlerde kendisine bağlı kişilerden yararlanabileceği gibi, kendisinden bağımsız olarak çalışan kişilerle de çalışabilir. Dolayısıyla seçilen pazarlama yöntemine göre genişleme, bazen ticari temsilciler, bazen acenteler, bazen bayiler, bazen de alelade satıcılar vasıtasıyla yapılacak ve bunların tacir ile arasındaki ilişki birbirinden farklı olacaktır.

Tacire yardımcı olan kişilerden bazılarının taciri temsile yetkisi olduğu halde, bazılarının taciri temsil yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin; fabrikada çalışan işçilerin, alelade satıcıların ve bayilerin taciri temsil yetkileri yoktur. Bunların yapacağı hukuki işlemler ile tacir borç altına girmez ve haklar kazanmaz. Buna karşılık ticari temsilci, ticari vekil, pazarlamacı gibi yardımcıları tacire bağımlı olarak çalışırlar ve taciri temsile yetkilidirler. Öte yandan, simsar, komisyoncu ve acente ise, kendileri de birer tacir sayıldıkları

halde, ticari işletmelerinin amacı, tacire aracılık etmek olduğundan, tacire geçici olarak veya sürekli olarak yardım ederler ve temsil yetkisine de sahiptirler.

Bağlı tacir yardımcılarının, hizmetinde bulundukları tacirin izni olmadan, onunla rekabet edecek bir işi, kendi adlarına ya da başkaları adına yapmaları yasaklanmıştır.

Burada taciri temsile yetkili olan tacir yardımcıları, tacire bağımlı olup olmama esasına göre bir ayırım yapılarak incelenecektir.

2. BAĞLI TACİR YARDIMCILARI

2.1. TİCARİ TEMSİLCİ

2.1.1. Tanımı

Borçlar Kanunu'nda temsil genel olarak 40 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Buna karşın ticari hayatın gereklerini göz önüne alan Kanun'un 547 vd maddelerinde genel olarak temsilden ayrı olarak, ticari temsilci ve diğer ticaret vekilleri düzenlenmiştir. Bağlı tacir yardımcılarının içinde en geniş yetkilere sahip olanı ticari temsilcidir. Kural olarak, temsilcinin temsil yetkisinin sınırları temsil olunanın iradesi ile belirlenir. Ticari temsilciin temsil yetkisinin sınırları, doğrudan kanun tarafından belirlenmiştir. Tacir ile ticari temsilci arasındaki ilişki, bir hizmet akdinden doğabileceği gibi, vekalet ya da şirket sözleşmesinden de doğabilir. Ticari temsilciin tanımı BK'nın 547. maddesinin 1. fıkrasında verilmiştir. Buna göre; *“Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir”*. Buradan hareketle ticari temsilciin tanımı şu şekilde yapılabilir: Ticari temsilci, işletme sahibi tarafından işletmesini idare etmek ve kendisi adına hukuki işlemlere vekaleten imza koymak üzere yetki verilen kişidir.

2.1.2. Atanması

Ticari temsilci, ticari işletmeler için atanabileceği gibi, diğer işletmeler için de atanabilir. Ticari temsilcinin atanması şekle bağlı değildir. Temsilci yazılı veya sözlü olarak atanabileceği gibi, bu atama açık veya örtülü şekilde de yapılabilir. BK'nın 547. maddesinin 2. fıkrası uyarınca işletme

sahibi, temsilcilik yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır. Ancak ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu tescil yapılmış olmasına bağlı değildir. Bu nedenle ticaret siciline tescilin kurucu değil, açıklayıcı olduğunu kabul etmek gerekir.

Ticari temsilci, işletme sahibi tarafından atanır. İşletme sahibi bir kanuni temsilci tarafından temsil ediliyorsa, kanuni temsilci tarafından, işletmeyi bir tüzel kişilik işletiyorsa, tüzel kişiliğin yetkili organları tarafından da ticari temsilci atanabilir. İşletme sahibi bir ticari temsilci atamak zorunda değildir, kendi iradesine kalmıştır. Ancak TTK'nın 40. maddesinin 4. fıkrası uyarınca merkezi yurt dışında olan ticari işletmeler Türkiye'deki şubeleri için, ikametgahı Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari temsilci atamak zorundadırlar.

Kanundaki düzenlemeden, ticari temsilcinin bir gerçek kişi olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır.¹ Her ne kadar temsile ilişkin kurallara göre temsilcinin temyiz kudretini haiz olması yeterli ise de, ticari temsilcinin tam ehliyeteye sahip bir gerçek kişi olması işin mahiyeti ve önemi nedeniyle doğaldır.²

2.1.3. Temsil Yetkisinin Kapsamı

Borçlar Kanunu'nun 548. maddesinde, ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı düzenlenmiştir. Kanun'un 549.. maddesinde ise ticari temsilcinin temsil yetkisinin, nasıl sınırlanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

Ticari temsilci bir işletmenin idaresi için atandığından, normal olarak o işletmenin idaresi için gerekli olan tüm yetkilere sahiptir. Ticari temsilcinin temsil yetkisi, neredeyse, işletme sahibinin yetkilerine yakın bir kapsama sahiptir. Ticari temsilci, işletmenin gayesine dahil olan bilumum işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kendisinden daha az temsil yetkisine sahip olacak ya da temsil yetkisi olmayacak olan personeli işe almaya ya da işten çıkarmaya da yetkisi vardır.

Ticari temsilci, işletme sahibini kambiyo senetleri düzenleyerek borçlandırabilir. Bir işletmenin olağan ve olağanüstü her türlü işlemlerini yapabilir. Ticari temsilci, bir işletme sahibini borçlandırıcı her türlü işlemi yapabilecektir, örneğin kredi alabilir, başka işletme sahiplerine kefil olabilir.

¹ BOZER, GÖLE, s. 259; ARKAN; s. 160; MİMAROĞLU; s. 484; KARAHAN; s. 255.

² Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. KARAHAN; s. 256 vd. Krş. ARKAN; s. 159.

Ticari temsilci, işletmenin sahibinin yapabileceği işlerden sadece, kanunda sayılmış olan bazı işler ile mahiyeti icabı olarak ticari temsilcinin yapmasının mümkün olmayan işleri yapamaz.

Ticari temsilci resmi makamlar önünde, bu arada mahkemelerde de işletme sahibini temsile yetkilidir.

Kanun ticari temsilcinin açıkça yetkili kılınmadıkça taşınmazları devir edemeyeceğini veya aynı bir hak ile sınırlayamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla ticari temsilcinin gayrimenkuller satın almaya ve gayrimenkuller üzerinde şahsi haklar tesis etmeye yetkisi olduğunu kabul etmek gerekir.

Ticari temsilci bir işletmeyi idare etmekle görevli olduğu için, o işletmeyi ortadan kaldıracak ve kendi varlık sebebini ortadan kaldıracak işlemleri yapamaz: Örneğin; işletmeyi devrederek, iflasını isteyerek veya rehin ederek onun sona ermesini sağlayamaz. İşletmenin hukuki yapısı ile ilgili temel değişiklikler yapamaz; örneğin işletmelerin birleşmesine, yeni ortak alınmasına, tüzel kişi işletmelerin tür değiştirmesine ya da feshine ilişkin işlemler yapamaz. Bu tür işlerin yapılması ticari temsilci kurumunun mahiyetiyle bağdaşmaz.

Ticari temsilcinin temsil yetkisi, işletme sahibinin iradesi ile de sınırlanabilir. BK'nın 549.. maddesinde ticari temsilcinin temsil yetkisinin sadece bir şubenin işleri ile sınırlandırılabilmesi ya da birlikte temsil zorunluluğu getirilmek suretiyle, ticari temsilcilerden yalnız birinin, tek başına işletme sahibini temsil etmesi yasaklanabilir. Bu sınırlamalar, ticaret siciline tescil edilmedikçe iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz. Bu kısıtlamalar dışında yapılacak olan kısıtlamalar tescil edilmiş olsa bile iyi niyetli, yani bu kısıtlamaları bilmeyen üçüncü kişilere karşı geçerli değildir.

Böylece, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sadece iki tür kısıtlama geçerlidir: Birincisi, ticari temsilcinin temsil yetkisinin sadece belirli bir şubenin işlerine hasrolunması; ikincisi ise, birlikte temsil zorunluluğu getirilmiş olmasıdır.

Yapılacak olan diğer kısıtlamalar, örneğin miktar kısıtlamaları veya işin belirli kısımlarının yapılmayacağına ilişkin kısıtlamalar, sadece böyle bir kısıtlamanın varlığını bilen (müspet vukuf) kişilere karşı geçerli olacaktır.

2.1.4. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Borçlar Kanunu'nun 550. maddesine göre; ticari temsilcinin temsil yetkisi, ancak, ticaret siciline tescil suretiyle geri alınabilir. Temsil yetkisinin geri alındığının tescil ve ilan edilmemesi halinde, iyiniyetli üçüncü şahıslar

bakımından hüküm ifade etmez. Yani yetkinin devam ettiğini zanneden üçüncü kişilerle yapılan işlemler, işletme sahibini bağlamaya devam eder. İşletme sahibinin, ticari temsilcinin aralarındaki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla her zaman ticari temsilciyi azletmesi mümkündür.

Ticari temsilci de, her zaman ticari temsilcilikten istifa edebilir. Ancak, işlerin uygun olmadığı bir zamanda istifa ile işletme sahibine zarar verecek olursa, bu zararları tazmin etmek zorunda kalabilir.

İşletme sahibinin fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölümü, ticari temsilcinin yetkisinin sona ermesine sebep olmaz. İflas halinde ise, artık tacirin işletme üzerindeki yetkileri sona erdiğinden, ticari temsilcinin de yetkileri sona erer.

Ticari temsilcinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde, ticari temsilcilik yetkisi sona erer.³ Ticari temsilcinin iflası halinde ise, temsil yetkisi sona ermez.

İşletmenin devri, işletmenin tasfiye haline girmesi ve işletme sahibi tüzel kişi ise, tüzel kişiliğin son bulması hallerinde de ticari temsilcinin temsil yetkisi sona erer.

2.2. TİCARİ VEKİL

2.2.1. Tanımı

Ticari vekil Borçlar Kanunu'nun 551. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre: *“Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.”* Bu tanımdan anlaşılabacağı gibi ticari vekil, ticari işletme için atanır. Yani, ticari vekil, ticari işletmelere özgü bir temsilcidir. Diğer işletmeler ticari vekil tayin edemezler. Ticari vekillerin, ticari temsilcilerden farklı olarak, kısmi yetkili olmaları da mümkündür. Tanımdan açıkça anlaşılabacağı gibi tacir, ticari vekili işletmenin bütün işlerini yapmaya yetkili kılabilceği gibi, sadece belirli işlerin yapılması konusunda da kısmi yetki verebilir. Örneğin, fabrika müdürü genel yetkili, satın alma müdürü ise kısmi yetkili ticari vekildirler.

³ Krş. ARKAN; s. 166.

2.2.2. Atanması

Ticari vekil, tacir ya da ticari temsilci tarafından atanır. Atama işleminin geçerli olabilmesi için tescil vs. gibi herhangi bir şekil şartı aranmamıştır. Hatta işletmenin personelinden bazılarına verilen görevler onun taciri temsilen işlemler yapmasını gerektiriyorsa, bu durumda zımnen dahi ticari vekil atanmış olur. Örneğin, işletmenin satın alma müdürünün, aksi halin icabından anlaşılmadıkça, satın aldığı mallarla ilgili ödemeleri de yapmaya yetkili olduğu kabul edilir; bir mağazanın kasa görevlisinin tahsilat yapmaya yetkili olduğu kabul edilir.

2.2.3. Temsil Yetkisinin Kapsamı

Ticari vekilin temsil yetkisi, işletmenin olağan işleri ile sınırlıdır. Ticari temsilci ise, hem olağan hem de olağanüstü işleri yapmaya yetkilidir. Ticari vekilin tacir adına borç alması, kambiyo taahhüdünde bulunması gibi olağanüstü işlemleri yapabilmesi için özel yetki almış olması gerekir. Bir işletmenin hangi işlerinin olağan işler, hangi işlerinin olağanüstü işler olduğunun belirlenmesinde güçlükler vardır. Bu durumda somut olaya göre söz konusu işin, o işletme bakımından her zaman yapılan işlerden olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bir fabrika müdürü için, fabrikada çalışacak işçilerin işe alınması, hammadde temini, siparişleri kabul etmek gibi işler mutad (olağan) işlerdendir. Ancak işletmenin satış bölgesini değiştirmek, bankadan kredi almak, işletmenin gayrimenkullerini satmak ya da bir aynı hakla sınırlamak, üretim sistemini değiştirmek için makineler almak ya da işletmenin makinelerini satmak olağanüstü işlerdendir.

Genel yetkili ticari vekilin temsil yetkisi de sınırlanabilir. Genel yetkili ticari vekilin temsil yetkisinin sınırlanması için, ticaret siciline tescil ve ilan gerekli değildir, ancak üçüncü kişilere duyurulması için mektup, duyuru vs. yollarla bildirilmesi gerekir. Aksi halde, iyiniyetli üçüncü kişilerin yapacağı işlemler bakımından tacir bağlı olmaya devam edecektir.

BK'nın 552. maddesinin son fıkrasına göre *“Toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, o ticari işletme içinde, müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir biçimde, yazıyla aksine duyuru yapılmış olmadıkça, aşağıdaki işlemler için yetkilidirler:*

1. Ticari işletmenin alışılmış bütün satış işlemlerini yapmak.
2. Yetkili oldukları işlemler hakkında faturaları imzalamak.

3. Ticari işletmenin alışılmış işlemlerinden doğan borçların ifa edilmesine veya bunların hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin ihtar veya diğer açıklamaları işletme sahibi adına yapmak; bu nitelikteki ihtar veya diğer açıklamaları, özellikle alışılmış işlem dolayısıyla teslim edilmiş mallara ilişkin ayıp bildirimlerini ticari işletme adına kabul etmek.

Toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, kendilerine yazıyla yetki verilmiş olmadıkça, işletme dışında ve kasa görevlileri atanmışsa, işletme içinde satış bedellerini isteyip alamazlar. Bu kişiler, satış bedellerini almaya yetkili bulundukları hâllerde, faturaları kapatmaya veya makbuz vermeye de yetkilidirler.”

2.2.4. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Ticari vekil her zaman azledilebilir. Azil herhangi bir şekle bağlı değildir. Ticari vekilin atanması ticaret siciline tescil edilmediğinden, azlinin de tescili mümkün değildir. Ancak, azilden sonra, ticari vekilin, iyiniyetli üçüncü kişilerle yapacağı işlemlerden tacirin sorumlu olmasını önlemek gayesiyle mektup, sirküler vs yollarla ticari vekil azledildiğinin üçüncü kişilere duyurulması gerekir. Ticari vekil de her zaman istifa edebilir. Ancak bu iki durumda da tacir ile ticari vekil arasındaki sözleşmeden doğan talep hakları saklıdır.

2.3. REKABET YASAĞI

Borçlar Kanunu’nun 553. maddesi uyarınca; “Bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramazlar.

Buna aykırı davranırlarsa işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir”.

Madde düzenlemesinden de anlaşılabilceği üzere rekabet yasağına aykırı harekette bulunulması halinde, işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla uğradığı zararın giderilmesini, ticari temsilcinin kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla alınan ücretin kendisine verilmesini ya da aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir.

2.4. PAZARLAMA SÖZLEŞMESİ VE PAZARLAMACI

2.4.1. Tanımı

Yeni Borçlar Kanunu'nun 448 ve devamı maddelerinde Eski BK'da yer almayan pazarlamacılık sözleşmesine yer verilmiştir. Hizmet sözleşmeleri üst başlığı altında düzenlenen bu sözleşme Kanun'un 448. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; *“pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*.

Pazarlamacılık sözleşmesi ile iş görmeyi üstlenen kimseye de pazarlamacı adı verilir. Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımından anlaşılacağı üzere bu sözleşmenin temel unsurları; süreklilik, ticari işletme sahibi hesabına hareket, her türlü işlemin yapılmasına aracılık ve/veya sözleşme akdi, işletme dışında faaliyet göstermek ve ücrettir.

2.4.2. Atanması

Pazarlamacı bir pazarlamacılık sözleşmesinin akdi ile atanacaktır. Ancak bu sözleşme için Kanun herhangi bir şekil şartı öngörmüş değildir. Bu nedenle iradelerin açıkça ya da örtülü olarak uyuşması ile pazarlamacılık sözleşmesi kurulabilir.

2.4.3. Pazarlamacının Yükümlülük ve Yetkileri

Pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür. İşverenin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkiliyse talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır işveren razı olmadıkça bunlarda değişiklik yapamaz.

Pazarlamacı pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhal ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür.

Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar. Özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez.

Pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür.

Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir. Sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar, bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılamayı yazılı olarak üstlenebilirler.

2.4.4. İşverenin Özel Yükümlülükleri

2.4.4.1. Faaliyet Alanı

Pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa işveren, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma

yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir. Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmuş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır.

2.4.4.2. Ücret

İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür.

Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin yazılı anlaşma, kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması koşuluyla geçerlidir.

Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak, deneme süresi iki ayı geçemez.

Pazarlamacı, belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilir.

Belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse pazarlamacıya, sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir.

Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir.

Pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesi, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir.

Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, işverenin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür.

2.4.4.3. Harcamalar

Pazarlamacı, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlüdür.

Harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

2.4.5. Hapis Hakkı

Pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınır, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir.

Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoyamaz.

2.4.6. Pazarlama Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kural olarak hizmet sözleşmesinin sona erme nedenlerini düzenleyen hükümler BK'nın 469. maddesi gereğince pazarlamacılık sözleşmesi bakımında da uygulanır. Ancak kanun koyucu pazarlama sözleşmesine özel bazı sona erme halleri de düzenlemiştir.

Komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyarak feshedebilir.

Aynı koşullar altında pazarlamacı da, kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir.

Sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenir.

Sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacı, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlüdür. Ancak, pazarlamacının hapis hakkı saklıdır.

3. BAĞIMSIZ TACİR YARDIMCILARI

3.1. SİMSAR (TELLAL)

3.1.1. Genel Olarak

Simsarlık bir aracılık faaliyetidir. Amacı, belirli bir akdi yapmak isteyen kişilerin birbirlerini bulmalarını ve sözleşme yapmaları için uygun ortamın oluşturulmasını sağlamaktır. Simsarlık, ticari iş niteliğindeki sözleşmelere yapılabileceği gibi, diğer her türlü sözleşmenin yapılmasında da söz konusu olabilir.

Eski dönemde tellallığa ilişkin olarak, hem BK'da hem de TTK'da hükümler bulunmakta iken Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu revizyonu çalışmalarında TTK'daki ticaret işleri telallığına ilişkin hükümler Kanun kapsamından çıkarılmış ve bu kurum sadece BK'da "Simsarlık Sözleşmesi" başlığı altında düzenlenmiştir.

BK'nın 520. maddesi uyarınca; *"simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir"*.

Simsarlık sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme değildir. Şekil serbestisi geçerlidir. Ancak BK m. 520/3 gereğince taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.

Simsarlık, vekaletin bir türüdür. Bu nedenle simsarlık sözleşmesine ilişkin olarak özel hükümler olmayan hallerde vekaletle ilişkin hükümler uygulanır.

Simsar taraflardan birisinin temsilcisi sıfatıyla sözleşme yapamaz. Sözleşmeyi taraflar yapar, simsar sadece onları bir araya getirir.

3.1.2. Tanımı ve Unsurları

3.1.2.1. Tanımı

BK'nın 520. maddesi uyarınca; *“simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir”*. Bu tanım uyarınca simsarlık sözleşmesi, simsarın bir ücret karşılığında bir sözleşmenin kurulması olanağını sağlamayı veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi kabul ettiği bir sözleşmedir.

3.1.2.2. Unsurları

Simsar, eğer işletmesi ticari işletme niteliğinde ise, kendisi de bir tacir olduğundan, tacirin bağımsız yardımcılarından birisidir. Tacir ile arasında bağımlılık gerektirecek türden bir ilişki yoktur.

Simsar ile tacir arasındaki ilişki geçicidir. Bu ilişki genellikle belirli bir işin yapılmasına yöneliktir. İşin yapılması ile bu ilişki de son bulur. Ticari temsilcilik, ticari vekillik veya acentelik gibi sürekli bir ilişki gerektirmez.

Simsarlık bir ücret karşılığında yapılır. Simsar aracılık ettiği sözleşmenin yapılması halinde, sözleşme geciktirici şarta bağlı olarak yapılmışsa şartın gerçekleşmesi ile ücreti hak kazanır.

3.1.3. Ücret

Simsarlık ücret mukabili yapılır. Dolayısıyla simsarın en temel hakkı ücret talep etme hakkıdır. Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Diğer bir ifade ile evlenme simsarlığından doğan ücret ödeme borcu bir eksik borçtur.

Simsar, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır. Simsarın faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşulla bağlanmışsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir. Tüm çabalarına karşın sözleşme yapılamamışsa, aksi kararlaştırılmadıkça ücret talep edilemez. Sözleşme simsarın faaliyetleri sonucunda derhal yapılamasa bile sonradan yapılmış ise, simsar yine de ücret talep edebilir. Simsarın ücret talep

edebilmesi için, sözleşmenin yapılmış olması yeterlidir, yerine getirilmiş olması da gerekmez.

Simsarlık sözleşmesinde simsarın yapacağı giderlerin kendisine ödeneceği kararlaştırılmışsa, simsarın faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmamış olsa bile giderleri ödenir. Simsarlık ücretinin tespitinde taraflar serbesttirler. Sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm yok ise, ücret, tarifelere göre yoksa o yerde uygulanan teamüle göre ödenir. Ücreti hangi tarafın ödeyeceği sözleşme veya kanun ile belirlenmemiş ise, mahallindeki ticari teamül nazara alınır; bu da yoksa taraflar bu ücreti yarı yarıya öderler.

Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder.

Simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin fahiş olması halinde, borçlu taraf bu ücretin makul bir seviyeye indirilmesini hakimden talep edebilir.

3.1.5. Tellallığın Sona Ermesi

Normal olarak işin yapılması ile simsarlık ilişkisi son bulur. Simsar her zaman azledilebileceği gibi, simsar da her zaman istifa edebilir. Ancak uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Simsarın azlinden sonra taraflar arasında sözleşme gerçekleşecek olursa, simsar ücret talep edebilir. Sözleşmede masrafların ödeneceği kararlaştırılmış ise, azliden sonra da masraflar talep edilebilir. Simsarın ya da diğer tarafın ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası halinde de simsarlık ilişkisi sona erer.

Ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Ticari simsarlıktan kaynaklanan ücret alacağı ise on yıllık zamanaşımına tabidir. (BK m. 146 ve 147)

3.2. ACENTE

3.2.1. Genel Olarak

Acente, üretilen malların pazarlanmasında alternatif yöntemlerden birisidir. Gerçekten, tacir, ticari işletmesinin faaliyetlerini merkez dışındaki yerlere de genişletmek istediği taktirde, bunu, o bölgeye pazarlamacı atamak veya şube açmak gibi kendisine tamamen bağımlı, fakat giderleri de tama-

men kendisine ait yöntemleri tercih edebileceği gibi, o bölgede bir acente ile veya tek satıcıyla anlaşmak gibi daha bağımsız olan fakat giderleri de kendilerine ait olan kişilerle anlaşma yolunu da seçebilir. Tacirin tek satıcı ile anlaşması halinde karın bir kısmını tek satıcıya bırakması gerekmektedir; ancak acente ile anlaşması halinde ise, acenteye yapılan işe göre bir komisyon ödeyecektir. Bu son durumda, ticari hayattan doğacak riskler, yani kar ve zarar tacire ait olacaktır.

Birçok tacir bu son yolu, yani acenteler aracılığı ile çalışmayı tercih ederler. Sigortacılık gibi birçok iş ise mahiyeti itibarıyla acentelik ilişkisi kurmaya daha uygundur.

Acentelik, TTK 102 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Başka bazı özel kanunlarda da acentelikle ilgili hükümler bulunmaktadır. Örneğin, sigorta acenteleri, Sigortacılık Kanunu'nda, seyahat acenteleri, Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nda, sermaye piyasasında aracı kurum olan acenteler ise Sermaye Piyasası Kurulu'nun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde düzenlenmiştir.⁴

3.2.2. Tanımı, Unsurları ve Çeşitleri

3.2.2.1. Tanımı

Acente, TTK'nın 102. maddesinde tanımlanmıştır, buna göre: *“Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir”*.

Görüldüğü gibi, acentelik ilişkisi sadece ticari işletmelerle ilgili olarak kurulabileceğinden, bu ilişkinin bir tarafında daima bir tacir bulunmaktadır, öte yanında ise acente. Tacir ile acente arasındaki bir sözleşme ile kurulan bir ilişki söz konusudur. Bu sözleşmenin herhangi bir şekle tabi olacağı belirtilmemiştir, bu durumda şekil serbestisi geçerlidir. Ancak acentenin tacir adına sözleşmeler yapma yetkisi olacak ise bu yetkinin yazılı bir yetki belgesi ile verilmesi ve bu yetki belgesinin acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi gerekmektedir (TTK m. 107).

⁴ ARKAN; s. 185.

Yine 104. maddeye göre, acenteye belirli bir bölge tahsis edilmesi gerekmektedir; ancak, acentenin bu yerdeki tekel hakkı yazılı olarak kararlaştırılmak suretiyle kaldırılabilir.

3.2.2.2. Unsurları

Acentenin, tacire bağlı bir sıfatı yoktur. Gerçekten 102. madde tanımından anlaşılacağı gibi; acentenin ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi tabi bir sıfatı olmaması gerekmektedir. Bunun anlamı şudur; acente kendi çalışmalarını kendisi yönlendirir. Bununla birlikte müvekkili tacirin emir ve talimatlarına uyma zorunluluğu da vardır; nihayetinde acentenin faaliyetleri sonucunda yapılacak sözleşmelerin her türlü riski müvekkile ait olacaktır. Ancak bu durum acentenin doğrudan doğruya müvekkilinin denetim ve gözetimi altında olduğu ve ona bağımlı olduğu anlamına gelmez.

Acentelik ilişkisi belirli bir ticari işletme ile ilgili olarak kurulur. Ticari işletme mahiyetinde olmayan işletmelerin, acente sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Acente, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin yapılmasına aracılık eder veya işletme adına sözleşmeler yapar. Acente müvekkili tacir adına aracılık faaliyetleri yapmakla yükümlüdür.

Acentelik kural olarak belirli bir yer veya bölge içinde yapılır. Ancak bu unsur acenteliğin ayırt edici bir unsuru değildir, çünkü taraflar yazılı olarak belirli bir bölge veya yerde acenteye tanınan tekel hakkını kaldırabilirler. Örneğin; sigorta acentelerine genellikle belirli bir bölge veya yer tahsis edilmemektedir.

Acentelik ilişkisi sürekli bir ilişkidir. Yalnızca belirli bir işin görülmesi için acentelik ilişkisi kurulamaz, bu durumda simsarlık veya duruma göre, komisyonculuk ilişkisi söz konusu olur. Acente müvekkili adına, kendisine tahsis edilmiş bölge veya yerde sürekli olarak aracılık faaliyetleri yaparak müvekkilinin sözleşmeler yapmasına olanak sağlar ya da kendisi müvekkili adına sürekli olarak sözleşmeler yapar. Süreklilik unsuru, acenteyi, komisyoncu ve simsardan ayırır.

Acentelikten söz edilebilmesi için, acentenin, bu işi meslek edinmiş olması gerekir. Acentenin bu işi meslek edinmiş olması, süreklilik unsurunun bir sonucudur. Bunun anlamı, acentenin başka hiçbir iş veya mesleği

yapamayacağı değildir. Yani, acentelerin başka işleri de yapmaları mümkündür.

3.2.2.3. Çeşitleri

TTK'da iki çeşit acente düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, aracı acentedir; bunlar müvekkilleri hesabına sözleşme yapmazlar; sadece müvekkillerinin kendilerine tahsis ettiği bölge veya yer içinde sözleşmeler yapabilmeleri için aracılık faaliyetinde bulunurlar. Bunlara acentelikle ilgili TTK hükümlerinde boşluklar olması halinde simsarlık hükümleri, onda dahi boşluk varsa vekalet hükümleri uygulanır.

İkinci tip acenteler ise, müvekkilleri adına sözleşmeler yaparlar. Bunlara “temsilci acente” denir, bunların müvekkilleri adına sözleşme yapabilmeleri için yazılı bir yetki belgesine ihtiyaç vardır. Bu yazılı yetki belgesinin acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi gerekmektedir. Bu tür acenteliğe de TTK'nın acentelik hakkındaki hükümleri uygulanır, bunlarda boşluk varsa komisyoncuyla ilişkin hükümler, bunlarda dahi boşluk varsa vekaletle ilişkin hükümler bunlara da uygulanır.

Acente, yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili adına bir sözleşme yaparsa müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur.

Acentelik, yapılan ticari faaliyetin türü yönünden de sigorta acenteleri ve satış ve sürüm acenteleri olarak ikiye ayrılabilirler.⁶

3.2.3. Temsil Yetkisi

Acentenin temsil yetkisi TTK'nın 105 ila 108. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Acenteye yazılı bir temsil yetkisi verilmiş ise, acente müvekkili adına sözleşmeler yapma yetkisine sahip olur. Böyle bir yetki verilmemişse sadece aracılık yapma yetkisine sahip demektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi yetki belgesinin acente tarafından tescil ve ilanı gerekir. Buradaki tescil bildirici mahiyettedir. Acentenin sözleşme yapma yetkisi sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olması için tescil ve ilan edilmiş olması gerekir. Acente temsil yetkisini aşarak işlemler yaparsa, müvekkil bunu kabul etmek zorunda değildir. Acente, yetkisi

⁶ MİMAROĞLU; s. 512.

olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, müvekkili adına bir sözleşme yaparsa müvekkili bunu haber alır almaz icazet verebilir; vermediği takdirde acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur.

Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Acentenin bu yetkisi sözleşme ile kısıtlanamaz. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir.

Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz.

Acentenin, müvekkilini mahkemelerde temsil yetkisi sadece, kendi aracılık ettiği veya müvekkil adına yaptığı sözleşmelerle sınırlıdır. Böyle bir davada acente hakkında değil müvekkil hakkında hüküm verilir ve elde edilen hüküm acente aleyhine değil, müvekkil aleyhine icra edilebilir.

Müvekkilinin özel ve yazılı izni veya vekâleti olmadan acente, bizzat teslim etmediği malların bedelini kabule ve bedelini bizzat ödemediği malları teslim almaya yetkili olmadığı gibi bu işlemlerden doğan alacağı yenileyemez⁷ veya miktarını indiremez.

3.2.4. Borçları

Acentenin borçları TTK’nın 109 ila 112. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Acente, kendisine bırakılan bölge veya ticaret dalı içinde sözleşme uyarınca, müvekkilinin işlerini görmeye ve menfaatlerini korumaya mecburdur. Bu nedenle acente müvekkilinin sözleşme yapacağı kişileri özenle seçmek zorundadır. Acente genellikle tacir konumunda olacağından, tacir olmanın en genel sonucu olan basiretli bir iş adamı gibi davranma zorunluluğu vardır. Acente müvekkiline ait malları stokunda bulunduruyorsa, bunları özenle saklamalıdır. Bunlar kendisinde iken meydana gelen zararlardan, kusuru olmadığını kanıtlamadıkça sorumlu olur.

Acentenin müvekkiline bilgi verme borcu vardır. 110. maddeye göre acente, üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu beyanlarını, bölgesindeki pi-

⁷ Eski TTK’da “tecil” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen Yeni TTK’da alacağın vadesinin ertelenmesi yerine alacağın yenilenmesi ifadesi kullanılmıştır. Madde gerekçesinde bu değişiklik hakkında herhangi bir açıklama yoktur. Bu nedenle değişikliğin sehven yapılmış olduğu düşünülmektedir.

yasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları ona zamanında bildirmek zorundadır.

Acente, müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilir. Ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa veya acente en yararlı şartlar çerçevesinde harekete yetkiliyse, basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre işlemi yapar.

Acente, müvekkili hesabına teslim aldığı eşyanın taşınma sırasında hasara uğradığına dair belirtiler varsa, müvekkilinin taşıyıcıya karşı dava hakkını teminat altına almak üzere, hasarı tespit ettirmek ve gereken diğer önlemleri almak, eşyayı mümkün olduğu kadar korumak veya tamamen telef olması tehlikesi varsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 108 inci maddesi gereğince yetkili mahkemenin izniyle sattırmak ve gecikmeksizin durumu müvekkiline haber vermekle yükümlüdür. Aksi takdirde, ihmali yüzünden doğacak zararı tazmin eder.

Satılmak üzere acenteye gönderilen mallar çabuk bozulacak cinsten ise veya değerini düşürecek değişikliklere uğrayacak nitelikteyse ve müvekkilden talimat almaya zaman uygun değilse veya müvekkil izin vermede gecikirse, acente yetkili mahkemenin izniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 108. maddesi gereğince eşyayı sattırmaya yetkili ve müvekkilin menfaatleri bunu gerektiriyorsa zorunludur.

Acente, müvekkiline ait olan paraları vaktinde müvekkiline göndermelidir. Aksi halde, gecikme nedeniyle faiz ve ayrıca tazminat ödemek zorunda kalabilir.

Acente, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, müvekkili ile rakip olan bir başka tacirin de acenteliğini alamaz. Müvekkil de aynı yer ve bölge için, kural olarak başka acente atayamaz.

3.2.5. Hakları

Acente, kural olarak bağımsız bir aracı olduğundan, acenteliğin kendisinin de bir işletme olması nedeniyle, işletmesini yürütmek için yaptığı masraflara kendisi katlanacaktır. Bununla birlikte, acente, işlerini ifa için yaptığı olağanüstü masrafların tazmini isteyebilir. Yapılan masrafların olağan ya da olağanüstü olduğunun somut olayın koşullarına göre tespit edilmesi gerekir. Olağanüstü masrafların talep edilebilmesi için acentenin işi yapmış olması da gerekmez, acentenin gerekli çabayı göstermiş olması yeterli-

dir. Acentenin müvekkili için yaptığı olağanüstü masraflar için faiz talep etme hakkı da vardır.

Ücret talep etme hakkı acentenin en önemli hakkıdır. Acente kendisinin aracılık ettiği veya müvekkil adına yaptığı anlaşmalar nedeniyle ücret talep etme hakkına sahiptir. Acente kendisi aracılık etmemiş olsa bile, kendisine tahsis edilen bölge içindeki şahıslarla müvekkil arasında doğrudan doğruya yapılan ve acentelik faaliyet konusu içine giren işlemlerden dolayı da bir ücret isteyebilir. Müvekkil bu şekilde kendisi doğrudan doğruya yaptığı işlemleri derhal acenteye bildirmek zorundadır.

Acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra kurulan işlemler için acente;

a) İşleme aracılık etmişse veya işlemin yapılmasının kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde işlemi hazırlamış ve işlem de acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra uygun bir süre içinde kurulmuşsa,

b) Birinci veya ikinci fıkraların birinci cümleleri uyarınca ücret istenebilecek bir işleme ilişkin olarak üçüncü kişinin icabı, acentelik ilişkisinin sona ermesinden önce acenteye veya müvekkile ulaşmışsa,

ücret isteyebilir. Bu ücretin, hâl ve şartlara göre paylaşılması hakkaniyet gereği ise, sonraki acente de uygun bir pay alır.

Acente, ayrıca, müvekkilinin talimatına uygun olarak tahsil ettiği paralar için de tahsil komisyonu isteyebilir.

Acente, kurulan işlem yerine getirildiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanır. Taraflar bu kuralı acentelik sözleşmesiyle değiştirebilir; ancak müvekkil işlemi yerine getirince, acente, izleyen ayın son günü istenebilecek uygun bir avansa hak kazanır. Her hâlde acente, üçüncü kişi kurulan işlemi yerine getirdiği anda ve ölçüde ücrete hak kazanır. Üçüncü kişinin işlemi yerine getirmeyeceği kesinleşirse, acentenin ücret hakkı düşer; ödenmiş tutarlar geri verilir.

Aracılık edilen sözleşmeyi müvekkilin kısmen veya tamamen yahut öngörüldüğü şekliyle yerine getirmeyeceği kesinleşse bile, acente ücret isteyebilir. Müvekkile yüklenemeyen sebeplerle sözleşmenin yerine getirilemediği hâlde ve ölçüde acentenin ücret hakkı düşer.

Sözleşmede hüküm yoksa ücretin miktarı, acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut değilse hâlin gereğine göre o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir.

Acentenin hak kazandığı ücretin, doğumu tarihinden itibaren en geç üç ay içinde ve her hâlde sözleşmenin sona erdiği tarihte ödenmesi gerekir. Ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün

konular hakkında acente bilgi istediği takdirde müvekkil bu bilgileri vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilinden isteyebilir. Müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkil buna izin vermezse sorunu mahkeme duruma en uygun şekilde karara bağlar. Bu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılması acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir.

Acente, müvekkilindeki bütün alacakları ödeninceye kadar, acentelik sözleşmesi dolayısıyla alıp da gerek kendi elinde gerek özel bir sebebe dayanarak zilyet olmakta devam eden bir üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır ve kıymetli evrak ile herhangi bir eşyayı temsil eden senet aracılığıyla kullanabildiği mallar üzerinde hapis hakkına sahiptir. Müvekkile ait mallar acente tarafından sözleşme veya kanun gereği satıldığı takdirde, acente bu malların bedelini ödemekten kaçınabilir. Müvekkil aciz hâlinde bulunduğu takdirde, acentenin henüz muaccel olmamış alacakları hakkında da bu haklar geçerlidir.

3.2.6. Müvekkilin Borçları

Müvekkil, acenteye;

- a) Mallarla ilgili belgeleri vermek,
- b) Acentelik sözleşmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hususları ve özellikle iş hacminin acentenin normalde bekleyebileceğinden önemli surette düşük olabileceğini bildirmek,
- c) Acentenin yaptığı işleri kabul edip etmediğini ya da yerine getirilmediğini uygun bir süre içinde bildirmek,
- d) Acentenin istemeye hak kazandığı ücreti ödemek,
- e) Ücret, avans ve olağanüstü giderler hakkında 20 nci madde hükümlerine göre faiz ödemek, zorundadır.

Bu düzenlemelere aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde, geçersizdir.

3.2.7. Acente Sözleşmesinin Sona Ermesi

Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir.

Belirli süre için yapılan bir acentelik sözleşmesinin, süre dolduktan sonra uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, sözleşme belirsiz süreli hâle gelir.

Müvekkilin veya acentenin iflası, ölümü veya kısıtlanması hâlinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 513 üncü maddesi hükmü uygulanır. Buna göre sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme kendiliğinden sona erecektir.

Haklı bir sebep olmadan veya üç aylık ihbar süresine uymaksızın sözleşmeyi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

Müvekkilin veya acentenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası sebebiyle acentelik sözleşmesi sona ererse, işlerin tamamlanması hâlinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına oranlanarak belirlenecek uygun bir tazminat acenteye ya da bu maddede yazılı hâllere göre onun yerine geçenlere verilir.

Acentelik sözleşmesinden doğan tüm talep hakları beş yıllık zaman aşımına tabidir.

3.2.8. Denkleştirme İstemi

Acentenin denkleştirme talebi Türk içtihat hukuku tarafından tanınmaktadır. Bu sebeple, TTK'nın 122. maddesi yeni bir hukukî kurumu tanıtmamakta fakat ilk defa kanunî düzenlemeye kavuşturmaktadır. Çünkü, Yargıtay 1996 yılında verdiği bir kararla olumlu bir kanun boşluğunu doldurmuş, hukukun geliştirilmesi yönünden önemli bir hizmet yapmış, ilkesel bir kararla denkleştirme talebinin dogmatik düzenine işaret etmiş, daha sonra içtihadını yerleştirmiştir. Bu talebin amacı ve niteliği tartışmalıdır. Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre işletmeye bağlanan müşteri kitlesinin sürekli olarak işletmeye kazanç sağladığı dikkate alınırsa bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan acenteye yardım düşüncesine dayanmaz. Hakkaniyet temeline oturtulduğu için de saf bir malî hak şeklinde nitelendirilemez. Diğer görüş uyarınca, talep acenteyi feshin olumsuz sonuç-

larından korur. Birinci fıkrada "tazminat" sözcüğü kullanılmış olmasına rağmen, talep klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamaz; ancak, öğretide buna rağmen talebin geniş anlamda zararın giderilmesine yöneldiği yaklaşımları benimsenir⁸.

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;

1. Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,
2. Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve
3. Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa,

acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.

Düzenlemede talebe hak kazanabilmenin şartlarını birbirine eklenir (kümülatif) tarzda belirtmektedir. Birinci bent, acentenin sağladığı, yani işletmeye bağladığı "yeni" müşterilerin, denkleştirme talebine hak kazanmanın şartı olduğunu ve bunların acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işletmeye "önemli" çıkarlar sağlamakta devam etmelerinin de gerektiğini hükme bağlamaktadır. İkinci bentte yer alan (ikinci) şart işletmeye acente tarafından yeni müşteri kazandırılmış olması ve sözleşme devam etseydi acentenin, işletmeye kazandırdığı "yeni" müşteriler dolayısıyla ücret alacak olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle acente bu ücretleri yitirir. Acentelik sözleşmesine göre "yeni" müşteriler sebebiyle ücret sözleşmenin sona ermesine rağmen bir şekilde ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülemez. Burada ödendiği söylenen kök ücret olup, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonlar dikkate alınamaz. Üçüncü şart ise, talebin hakkaniyete uygun olmasıdır. Bu şart bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları ile tanımlanır. Acente bu konularda olumsuz not almamış olmalıdır. Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, "yeni" müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve "hakkaniyet"

⁸ Gerekçe m. 122

unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmıyorsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da "yeni" müşteriler edinmesi gayretle olur. Markanın tanıtılması kadar, kendisine yönelme sağlanması ve yönelmenin korunması da gayretle olur. Üçüncü şart, gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir⁹.

Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.

Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.

Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.

Talepten acente sözleşmesinin yapılmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin, tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır. Maddenin kaynağı olan Alm. TK'nın 89b paragrafının dördüncü bendiyle ilgili öğretide vazgeçmenin tam anlamıyla serbest iradeyle yapılmış olması gereği üzerinde durulur. Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolanılmasıdır. Hükümde denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu sorunu hükümde açık bırakılmıştır. Bunun sebebi, hukuk geliştirme olanaklarının önünün kapatılmamasıdır. Öğreti ve yargı kararları menfaat dengesine uygun en iyi çözümü "hukuk" olarak ortaya koymalıdır. Alman öğretisinde bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu görüşü hakimdir. Bunun sebebi olarak hükmün niteliği gösterilir. Hüküm

⁹ Gerekçe Madde 122 f.1.

adalet temeline dayalı olduğu için acentenin, böyle bir gereksinimi duymayıp istemini ileri sürmekte bir yılı aşan süreyle gecikmesi hükmün öngörülme amacına aykırı olarak kabul edilmektedir. Ayrıca zamanaşımını kesen ve durduran sebeplerin istemle bağdaşmadığı da ileri sürülür. Ancak, talep ileri sürülmüş ve kabul edilmiş ise hak düşürücü süre işlemez hale gelir. İstem itirazla karşılaşmış ise bir yıllık süre içinde yargı yoluna müracaat edilmesi gerekir¹⁰.

Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır. Acente ile tek satıcı ve diğer müvekkile "yeni" müşteri kazandıran sürekli iş yapma ilişkileri arasında denkleştirme talebi yönünden farklılık yaratmanın haklılık ve adalet temeli zayıf olduğu için bu düzenleme öngörülmüştür. Tek satıcının işletmeye (müvekkile) bağlılığının acente düzeyinde olmadığı, tek satıcının daha bağımsız bir konumda bulunduğu itirazı, tek satıcının işletme ile "arızî" sınırını aşan iş yapılması olgusunun varlığı karşısında gücünü yitirir. Ayrıca "devamlılık" unsurunun rekabetin korunması hukukunda sempati ile karşılanmadığı unutulmamalıdır. "Devamlı" sayılmayan hizmetler de "yeni" müşteri sağlayabilir¹¹.

3.2.9. Rekabet Yasağı Anlaşması

Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir. Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolaısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır.

Normal olan acente ilişkisinin sona ermesiyle acentenin serbest hale gelmesi, arzu ediyorsa acentelik mesleğini, sona eren ilişkinin içine girdiği alan dahil, istediği alanda sürdürmesidir. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Taraflar (çoğu kez müvekkilin isteği ve hatta baskısı ile) rekabet yasağının sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesini kararlaştırabilirler. Bu düzenleme söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılmasını öngörmektedir. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Sözleşmenin zamanı önem

¹⁰ Gerekçe m.122 f. 4.

¹¹ Gerekçe m. 122 f.5.

taşır. Alman öğretisinde ve mahkeme kararlarında rekabet sınırlaması sözleşmesinin acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce yapılması halinde koruyucu olacağı; acente sözleşmesinden önce yapılan sözleşmenin, acente sözleşmesi yönünden baskı yaratabileceği; sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılabilecek böyle bir sınırlama anlaşmasının da amaca uygun düşmeyebileceği görüşü ileri sürülür. Ayrıca sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılan sözleşmelerde ikinci fıkra uygulanamaz. Çünkü müvekkil ilişkinin tasfiyesini ve acentenin bazı alacaklarını böyle bir sözleşmenin yapılmasına bağlayabilir. Sözleşmenin sadece yazılı olarak yapılması yeterli değildir; ayrıca anlaşmanın bütün şartlarını içeren ve müvekkilin imzasını içeren bir belgenin makul bir süre içinde acenteye verilmiş olması gerekir; aksi halde acente sınırlama sözleşmesinin hüküm kazanmadığı definde bulunabilir. Sınırlama sözleşmesi en çok iki yıl için yapılır¹².

Müvekkil, sözleşme ilişkisinin sona ermesine kadar, rekabet sınırlamasının uygulanmasından yazılı olarak vazgeçebilir. Bu hâlde müvekkil, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur.

Taraflardan biri, diğer tarafın kusurlu davranışı nedeniyle haklı sebeplerle sözleşme ilişkisini feshederse, fesihten itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını diğer tarafa yazılı olarak bildirebilir.

Bu düzenlemelere aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir.

3.2.10. Acenteye İlişkin Hükümlerin Uygulanma Sahası

TTK'nın 103. maddesine göre acenteliğe ilişkin hükümler, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere şu ilişkilere de uygulanır:

a) Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar. Bunların acenteden farkı, sözleşmeleri müvekkilleri hesabına ama kendi adlarına yapmalarıdır, acente ise müvekkili adına yapar. Bunlar daha çok komisyoncuya benzemektedirler; ancak komisyon ilişkisinden de sürekli olmaları nedeniyle ayrılırlar.

b) Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar. Bunlar da acente hükümlerine tabi olacaktır. Böylece yabancı tacir ile arasında sürekli bir ilişki olmasa bile, onun adına işlemler yapan kişiler acente hükümlerine

¹² Gereke m. 123 f.1.

tabi olacaklar ve böylece yabancı müvekkilleri aleyhine davalarda acente hakkında açılarak, Türk mahkemelerinde bu davaların görülmesi sağlanmış olacaktır.

3.3. KOMİSYONCU

3.3.1. Genel Olarak

Komisyoncu bağımsız tacir yardımcılarındandır. Tacir ile komisyoncu arasındaki ilişki bir çeşit dolaylı temsildir. Bu ilişki geçici bir ilişkidir, süreklilik arz etmez, özellikle belirli bir işin sona ermesiyle ilişki de sona erer. Bu yönden acente ilişkisinden farklıdır.

Komisyoncu, esas olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak taşıma işleri komisyoncusuna ait TTK 917 –930. maddelerinde özel düzenlemeye yer verilmiştir. Bundan başka 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda da gümrük komisyonculuğu düzenlenmiştir. Borsa komisyoncuları ise 5590 sayılı Kanun'da, sermaye piyasasındaki komisyoncular ise Sermaye Piyasası Kanunu 30 vd. maddelerde düzenlenmiştir.

Komisyoncu hakkında hükümlerde boşluk olan hallerde vekalet hükümleri uygulanır.

Komisyonculuğun meslek olarak yapılması şart değildir. Arızı olarak da komisyonculuk yapılabilir. Ancak komisyonculuğu sürekli olarak yapan bir kişinin işletmesi TTK 11.maddesinin 1. fıkrasındaki koşulları karşılıyor ise kendisi de tacir olur.

İsmi komisyoncu olmakla birlikte emlak komisyoncuları, tellaldir.

3.3.2. Tanımı ve Unsurları

3.3.2.1. Tanımı

BK'nın 532. maddesinde alım satım komisyonculuğu tanımlanmıştır; buna göre, alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir. Bu tanımdan hareketle genel olarak komisyoncunun da ücret karşılığında, kendi adına ve müvekkili hesabına hukuki işlem yapmayı üstlenen kişi şeklinde tanımlanması mümkündür.

3.3.2.2. Unsurları

Komisyoncu, kendi adına ve müvekkili hesabına işlem yapar. Komisyoncu, aracılık ettiği işlemleri kendi adına yaptığı için, karşı tarafın komisyoncunun başkası hesabına davrandığını bilmesi gerekmemektedir. Bu nedenle komisyoncunun yaptığı işlemler nedeniyle doğan haklar ve borçlar, önce komisyoncu üzerinde doğar. Bu hakların ve borçların komisyon sözleşmesine göre, müvekkile geçirilmesi gerekir. Burada sözleşmeden doğan hakların müvekkile geçirilmesi için ikinci bir işlem gerektiğinden, dolaylı temsilden söz edilir. Oysa simsar üçüncü kişilerle doğrudan kendisi sözleşme yapmaz, sadece müvekkilinin sözleşmeler yapması için aracılık eder, sözleşmeyi müvekkil bizzat kendisi yapar. Komisyoncu acenteden de farklıdır. Çünkü acente sözleşmeyi müvekkili adına yapar, yani yaptığı işlemlerden doğacak haklar ve borçlar doğrudan doğruya müvekkil üzerinde doğar, ikinci bir işleme gerek kalmaz. BK'nın 509. maddesinin ilk fıkrasına göre, müvekkil komisyoncuya karşı tüm yükümlülüklerine yerine getirmekle, komisyoncu tarafından yapılan sözleşmeden doğan haklar müvekkile ait olur. Bu halde, alacağın devri için ikinci bir işleme gerek kalmaz. Ayrıca üçüncü kişi komisyoncunun başkası adına davrandığını biliyorsa ya da üçüncü kişi, açısından sözleşmenin müvekkil veya komisyoncu ile yapılmış olması arasında bir fark yoksa yine ikinci bir işleme gerek olmadan haklar ve borçlar müvekkile geçer.

Komisyon, menkul mallara ve kıymetli evrak alım satımına ilişkin olmalıdır. Diğer konularda yapılacak olan komisyon sözleşmeleri ile ilgili olarak özel düzenlemeler yoksa alım ve satım komisyoncusuna ilişkin hükümler onlara da uygulanır. Taşıma işleri komisyonculuğu ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır.

Komisyoncu ile müvekkili arasındaki ilişki sürekli değildir. Belirli bir işin yapılmasına yöneliktir. Komisyoncunun temsil yetkisi bir tek işlemdir.

Komisyoncu ücret karşılığında faaliyet gösterir. Ücretsiz yapılan komisyon işlerine vekaletle ilişkin hükümler uygulanır.

3.3.3. Borçları

Komisyoncunun borçları BK 533 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Komisyoncu müvekkiline yaptığı işle ilgili olarak bilgi vermeye mecburdur. Eğer işi yapmış ise bu durumu derhal müvekkiline bildirmelidir.

Komisyoncu müvekkilinin menfaatlerini korumak zorundadır. Örneğin mal ayıplı çıkarsa, ya da yolda hasar görürse, hasarı derhal tespit ettirmeli ve müvekkiline derhal haber vererek onun emir ve talimatlarına göre hareket etmelidir. Komisyoncunun, müvekkil tarafından özel olarak talep edilmedikçe malları sigorta ettirmesi gerekli değildir. Ancak halin icabına göre, basiretli bir iş adamı davranmanın bir gereği olarak malların sigortalanması gerekiyorsa malları sigorta ettirmelidir. Komisyoncu, gönderilen malın çabuk bozulacağından korkuyorsa müvekkiline haber vererek malı derhal satırmaya mecburdur.

Komisyoncu müvekkilinin emir ve talimatlarına uygun olarak hareket etmek zorundadır. Özellikle müvekkil satılacak mallarla ilgili olarak asgari bir miktar öngörmüş ise bundan daha aşağı o malı satamaz, satın alınacak mallarda azami bir fiyat öngörmüşse bundan yukarı satın alamaz. Eğer aksine davranacak olursa müvekkilin zararın ödemek zorunda kalır. Şu kadar ki böyle davranmasaydı müvekkilin daha fazla zarar göreceğini ve durumun yeniden talimat almaya elverişli bulunmadığını kanıtlamak kaydıyla bu sorumluluktan kurtulabilir. Komisyoncu müvekkilin emrinden farklı olarak malı daha düşük bedelle satın alır ya da daha yüksek bir bedelle satar ise bu fazlalıkları da müvekkiline vermek zorundadır, bunlardan kendisi yararlanamaz. Satım komisyoncusu müvekkilinin emri olmadan veresiye mal satamaz veya malı teslim almadan parasını ödeyemez. Ancak o yerdeki ticari teamül böyle ise sorumluluktan kurtulur.

Komisyoncunun en temel borcu müvekkili hesabına yapmış olduğu sözleşmeden doğan hakları ve borçları müvekkile geçirir.

3.3.4. Hakları

Komisyoncu, müvekkilinin menfaati için yaptığı tüm masrafları ve verdiği paraları faizi ile birlikte müvekkilinden isteyebilir. Komisyoncu acenteden farklı olarak, sadece olağan masrafları değil, olağanüstü masrafları da talep edebilir. Komisyoncu sadece kendi personelinin ücretlerini müvekkilinden talep edemez. Bunun dışında kalan her türlü masrafını talep edebilir.

Komisyoncunun en temel hakkı ücret isteme hakkıdır. Kural olarak, komisyoncu, işi yapmakla ücrete hak kazanır. Ancak işin yapılmamasına müvekkil sebep olmuş ise komisyoncu yine de ücretini talep edebilir. Komisyoncu gerekli girişimlerde bulunmuş olmakla birlikte sözleşme başka nedenlerle yapılamamışsa, kural olarak komisyoncu ücret talep edemez.

Ancak, komisyoncunun emeğine karşılık, o yerdeki adete göre makul bir tazminat verilmesi gerekir.

Komisyoncu, müvekkiline karşı kötü niyetle davranır, özellikle, müvekkilinin hesabına satın aldığından fazla ve sattığından noksan bir fiyat geçirirse, ücret alma hakkı tamamıyla düşer. Eğer komisyoncu hesaba, sattığından daha düşük, aldığından daha yüksek bir bedel geçirecek olursa müvekkil aradan çekilerek, komisyoncuyla alıcı veya satıcı addedebilir.

Komisyoncu sattığı malın bedeli ve aldığı malın kendisi üzerinde hapis hakkına sahiptir.

Komisyoncu çeşitli sebeplerle malın elinde kalması halinde, mahkemen malın açık arttırma ile satılmasını talep edebilir. Mahkeme dosya üzerinden karar verebilir. Ancak mal derhal bozulacak bir mal değil ise müvekkili resmi yoldan davaya çağırarak gerekir.

3.3.5. Komisyoncunun Taraf Olması

Kural olarak komisyoncu ile müvekkili arasındaki ilişki güvene dayalı bir ilişkidir. Bu nedenle menfaatlerin çelişmemesi gerekir. Menfaatlerin çelişmesi halinde ise müvekkilin özel olarak korunması gerekir, çünkü bu ilişkide inisiyatif komisyoncunun elindedir. Kanun, istisnai olarak, bazı durumlarda komisyoncunun kendi kendisi ile işlem yapmasına izin vermiştir. Komisyoncu, borsada kayıtlı veya piyasada cari fiyatı bulunan kambiyo senedi ve diğer kıymetli evrak veya ticari malları, müvekkil tarafından aksine talimat verilmedikçe, bizzat satabilir veya satın alabilir. Bu durumda müvekkil hesabına yapılan satış işlemi borsa veya cari fiyattan daha düşüğe, alış işlemi ise daha yükseğe yapılamaz. Bu hallerde komisyoncunun kendisi ile işlem yaptığı andaki değerler esas alınır. Komisyoncunun komisyon işlerinde alışılmış olan ücret ve giderlerini bu hallerde bile isteme hakkı vardır. Komisyoncu, bu tür bir işlemin yapıldığını aynı gün vekalet verene bildirmek zorundadır.

Komisyoncunun müvekkiline işlemin yapıldığını bildirdiği fakat üçüncü şahsın ismini bildirmediği hallerde de, eğer kendi kendisiyle işlem yapabileceği şartlar varsa, kendisi ile işlem yapmış sayılır.

Vekalet verenin vekaleti geri aldığı haberi komisyoncuya ulaştığı anda, komisyoncunun işlemi kendisiyle yapma hakkı düşer. Ancak bu haber kendisine ulaşmadan önce komisyoncu, işlemin yapıldığı bildirimini göndermiş ise işlem geçerli olur.

3.3.6. Sona Ermesi

Kural olarak komisyonculuk süreklilik arz etmediğinden, işin yapılması ile komisyon ilişkisi de sona erer. Taraflardan birinin ölümü, iflası veya hacir altına alınması da komisyon ilişkisini sona erdirir.

Komisyon sözleşmesinden doğan tüm davalar beş yılda zamanaşımına uğrar.

3.4. TAŞIMA İŞLERİ KOMİSYONCUSU

3.4.1. Tanımı ve Unsurları

3.4.1.1. Tanımı

Taşıma işleri komisyonculuğu TTK 917 vd maddelerde düzenlenmiştir. 917. maddede yer alan tanıma göre “taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşıtmayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.”

Taşıma işleri komisyonculuğuna TTK’da yer alan özel hükümler saklı kalmak üzere, komisyonculuk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır

3.4.1.2. Unsurları

Taşıma işleri komisyoncusu kendi adına ve müvekkili hesabına eşya taşıtmayı taahhüt eder. Kural olarak taşıma işleri komisyoncusu eşyaları kendisi taşımaz başka taşıyıcılara taşıtırır.

Taşıma işleri sözleşmesi, sadece eşya taşıma işine ilişkindir, yolcu taşıma işine vekalet hükümleri uygulanır.

Taşıma işleri komisyonculuğu bir ticari işletme faaliyetidir. Bu nedenle taşıma işleri komisyonculuğu faaliyetini ancak ticari işletme niteliğine haiz işletmeler yürütebilir. Esnaf işletmeleri taşıma işleri komisyonculuğu yapamaz.

Taşıma işleri komisyonculuğu bir ücret mukabili yapılır. Ücret alınmaması halinde BK vekaletle ilişkin hükümleri uygulanır.

3.4.2. Borçları

Taşıma işleri komisyoncusunun esas borcu eşyayı taşıtmaktır. Taşıma işleri komisyoncusu kendisi de bir tacirdir. Bu nedenle taşıyıcıları ve ara komisyoncuları seçmekte tedbirli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır. Taşıma komisyoncusu eşyanın taşınmasını bizzat da üstlenebilir.

Taşıma işleri komisyoncusu bağımsız bir yardımcı olmakla birlikte müvekkilin emir ve talimatlarına uymak ve müvekkilinin menfaatlerini korumak zorundadır. Taşıyıcı ile kararlaştırdığı ücretten daha fazlasını müvekkili hesabına geçiremez. Taşıyıcıya karşı rücu hakkını korumakla mükelleftir, aksi halde sorumlu olur.

3.4.3. Hakları

Taşıma işleri komisyoncusu, taşıma sözleşmesine göre ücrete hak kazanır. Eşyanın taşıyıcıya veya taşıyana teslimi üzerine komisyoncunun ücreti ödenir. Ücret olarak taşıma giderlerini de içeren tek bir bedel kararlaştırılmışsa, taşıma işleri komisyoncusu taşımaya ilişkin olarak taşıyıcının veya taşıyanın hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Bu durumda komisyoncu, giderlerin ödenmesini, ancak bunun olağan olduğu hallerde isteyebilir.

Taşıma işleri komisyoncusunun taşınacak olan eşyalar veya onu temsil eden senetler üzerinde hapis hakkı vardır. Eşyanın taşınmasına birden fazla komisyoncu sırayla aracılık etmişlerse, sonuncu olarak aracılık eden komisyoncular, kendilerinden önceki komisyoncuların haklarını ve özellikle onların eşya üzerindeki hapis haklarını kullanmaya mecburdurlar.

Komisyoncu, taşıyıcının ücretini ödediği takdirde, taşıyıcının hakları komisyoncuya geçer.

3.4.4. Komisyoncunun Taşıma İşini Kendi Üzerine Alması

Taşıma işleri komisyoncusu, eşyanın taşınmasını bizzat üstlenebilir. Bu hakkını kullanırsa, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükler yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılır. Bu durumda, kendi faaliyeti için isteyeceği ücretin yanı sıra olağan taşıma ücretini de isteyebilir.

3.4.5. Zamanaşımı

Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinden doğan bütün davalar bir yılda zamanaşımına uğrar. Zamanaşımının başlangıcı, zamanaşımına

uğramış bir istem veya hakkın def'i olarak ileri sürülebilmesi bakımından ve zararın taşıma işleri komisyoncusunun kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilden veya ihmalden doğması halinde TTK'nın 855. maddesi hükümleri uygulanır ve zamanaşımı süresi 3 yıla çıkar.

4. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

4.1. TANIMI

Tek satıcılık sözleşmesiyle ilgili doktrinde ve uygulamada çok çeşitli tanımlar yapılmış olmakla birlikte İŞGÜZAR tarafından yapılan aşağıdaki tanımın genel kabul gördüğünü söyleyebiliriz.¹³ Buna göre:

“Tek satıcılık sözleşmesi yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde sürekli, öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımcı mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisarı olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcıda sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunma yükümlülüğünü üstlenir”.

4.2. UNSURLARI

Yukarıdaki tanımdan hareketle tek satıcılık sözleşmesinin belirleyici unsurlarının; süreklilik, kendi adına ve hesabına hareket etme, tek satış hakkı ve satış arttırma faaliyetlerinde bulunma olduğunu söyleyebiliriz. Tabii ki tek satıcılık sözleşmesine başka hükümler de konabilir. Ancak bu sayılanlar ayırt edici unsurlardır. Bunları kısa kısa açıklayacağız.

4.2.1. Süreklilik

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek satıcı arasında sürekli bir ilişki kurar. Bu sözleşme belirli bir süre ile sınırlanmış olsa bile bu süreklilik özelliği vardır. Çünkü tek satıcı belirli bir malı bu süre içinde sürekli olarak yapımcıdan alacaktır. Belirli bir münferit alım ile sözleşme sona ermemektedir. Bu sözleşme ile belirli veya belirsiz bir süre içinde münferit pek çok

¹³ Hasan İŞGÜZAR; Tek Satıcılık Sözleşmesi; Ankara 1989, s. 14.

satış sözleşmesi yapılacağı kararlaştırılmış olmaktadır. Tek satıcılık sözleşmesi, yapılacak bu münferit satış sözleşmelerinin genel çerçevesini oluşturmaktadır.

Tek satıcılık sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olduğu için, sözleşmede hüküm olmayan hallerde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler hakkındaki genel ilkeler uygulanacaktır.¹⁴

4.2.2. Kendi Adına ve Hesabına Hareket

Tek satıcı, sözleşme konusu malları yapımcıdan satın alarak kendi müşterilerine satar. Yani, yapımcıyla yaptığı sözleşme nedeniyle satın aldığı malların mülkiyeti kendisine geçer, dolayısıyla satıştan elde edeceği karlar da kendisine aittir. Tek satıcı, satın alıp müşterilerine sattığı mallarla ilgili olarak her türlü riski üstlenen kişidir. Bu satışlarda elde edeceği kar veya zarar kendisine aittir.

Tek satıcılık sözleşmesinin bu özelliği tek satıcıyı, acente ve komisyoncu gibi diğer bağımsız tacir yardımcılarından ayırır. Acente ve Komisyoncu daima müvekkilleri hesabına iş yaparlar. Yani, bunların yapacağı işlemlerden doğan hak ve borçlar müvekkillerine aittir. Tek satıcı ise kendi adına ve hesabına çalışır. Bu nedenle tek satıcı yapımcının temsilcisi değildir. Ondan ekonomik ve hukuki olarak bağımsız bir tacirdir.¹⁵

4.2.3. Tek Satış Hakkı

Tek satıcı, yapımcı ile arasında yapmış olduğu sözleşmeyle, belirli bir bölgede sözleşme konusu malların tek satıcısı olur. Tek satış sözleşmesinin gelişmesini sağlayan en önemli unsurlardan birincisi budur. Çünkü, tek satıcı yapımcı firmanın mallarını, belirli bir bölgede diğer satıcılarla rekabet etmeden tek başına satmak suretiyle çıkar sağlayacaktır. Öte yandan yapımcı da, tek satıcının sözleşme konusu bölgede satışlarını arttırmak için yoğun çaba göstermesi nedeniyle mallarının daha fazla satılmasını sağlamış olacaktır.¹⁶

¹⁴ İŞGÜZAR; s. 65 vd.

¹⁵ İŞGÜZAR; s. 16, Haluk TANDOĞAN; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri; C 1/1. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara 1985, s. 32.

¹⁶ İŞGÜZAR; s. 16.

Tek satıcılık sözleşmesiyle, yapımcı tek satıcının bölgesine doğru-
dan satış yapmamayı üstlenir. Bu durumda tek satıcıya basit tekel sağlanmış
olur. Eğer yapımcı başka bölgelerdeki diğer tek satıcıların birbirlerinin böl-
gesine satış yapmamalarını temin ederse, tekel güçlendirilmiş olur. Yapımcı
ayrıca üçüncü kişilerin de tek satıcının bölgesinde satış yapmalarını önleyici
tedbirleri almayı da üstlenmiş ise mutlak tekel söz konusu olur.¹⁷

4.2.4. Satış Arttırma Faaliyetlerinde Bulunma

Tek satıcılık sözleşmesinin yapımcı bakımından en faydalı yönü, tek
satıcının kendi bölgesi içinde satış arttırma faaliyetlerini yoğunlaştırarak,
sözleşme konusu malın daha fazla satılmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle
tek satıcının tesadüfi satışlarla yetinmemesi ve satış arttırmak için özel ve
yoğun çaba göstermesi gerekmektedir. Satışların arttırılması öncelikle tek
satıcının karını arttıracığından, bu konuda istekli davranması normaldir. Tek
satıcılık sözleşmesinde satış arttırma faaliyetlerinde bulunma koşulu iki tara-
fın da menfaatine sonuçlar verir.¹⁸

4.3. HUKUKİ MAHİYETİ

Tek satıcılık sözleşmesinin hukuki mahiyeti konusunda çok çeşitli
görüşler ileri sürülmüştür.¹⁹ Özellikle satış, satış benzeri, acente, acente ben-
zeri iş görme sözleşmesi olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır. Tek
satıcılık sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmediği için
çok sayıda görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüş çokluğuna karşın tek satıcılık
sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu genel kabul
görmüştür.

Tek satıcılık sözleşmesinin iki ayrı değiş tokuş ilişkisinden oluştuğu
kabul edilmektedir. Birincisi; yapımcı sözleşme konusu bölgede malın tek
satış hakkını tek satıcıya terk etmekte ve ayrıca bu bölgede sözleşmeye konu
teşkil eden malları bizzat satmamak ve tek satıcı dışındaki kişilere sattırma-
mak yükümlülüğünü üstlenmektedir. Buna karşılık tek satıcı da kendisine
bırakılan bölgede malın sürümünü arttırıp, geliştirmek, hızlandırmak borçları
altına girmektedir. İkincisi; yapımcının malı, tek satıcıya teslim etmek hak

¹⁷ Nurkut İNAN; "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batıder C.XVII S. 2, s. 58.

¹⁸ İŞGÜZAR; s. 18, TANDOĞAN; s. 33.

¹⁹ İŞGÜZAR; s. 19, TANDOĞAN; s. 39.

ve borcu ile tek satıcının, malı teslim alma (tesellüm etme) ve mal bedelini ödeme borçlarıdır.²⁰

Görüleceği gibi bu iki değişik tokuştan birincisi yapımcı ile tek satıcı arasındaki çerçeve sözleşmeyi diğeri ise münferit satış sözleşmelerini göstermektedir. Münferit satış sözleşmeleri, çerçeve sözleşmede gösterilen temel ilke ve kurallar çerçevesinde düzenlenecek ve bu çerçevede yorumlanacaktır. Çerçeve sözleşme ise sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmelere uygulanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilir. Örneğin, mahiyeti uygun düştüğü ölçüde, acente ya da adi ortaklık hakkındaki hükümler kıyasen uygulanabilir.²¹

Yeni TTK'da tek satıcılık sözleşmesi tanımlanmamakla birlikte yukarıda acentelik sözleşmesine ilişkin bölümde anlatılan denkleştirme tazminatı isteminin tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi halinde de talep edilebileceği kabul edilmiştir (TTK m. 122/son). Bu konuda detaylı bilgi almak için acentelik sözleşmesinde denkleştirme tazminatı konusunu inceleyiniz.

²⁰ İŞGÜZAR; s. 32, TANDOĞAN; s. 40.

²¹ Ayrıntısı için bkz. İŞGÜZAR; s. 34 vd., TANDOĞAN; s. 41.

5. BÖLÜM

HAKSIZ REKABET VE ALDATICI REKLAMLAR

1. HAKSIZ REKABET

1.1. GENEL OLARAK

Rekabet kavramı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanmıştır. Buna göre rekabet mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arası özgürce ekonomik kararlar verebilmesini sağlayan yarışı ifade eder. Rekabet kavramı ticaret özgürlüğünü kabul etmiş olan bir anayasal sistem içinde, liberal ekonomik sistemin temelini oluşturmaktadır. Rekabet ülkenin kıt kaynaklarının en etkin kullanımını sağlayacak bir yol olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle devlet rekabeti koruyucu tedbirler almaktadır. Bu tarz rekabeti koruma amaçlı tedbirler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Bu tedbirlerin incelendiği hukuk alanına rekabet hukuku veya antitrust hukuku denmektedir. Haksız rekabet hukuku ise daha çok ticaret özgürlüğünün kötüye kullanılması ve rakiplere karşı aldatıcı ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları önlemeye çalışmaktadır. Haksız rekabet hükümlerinin birinci amacı rakipleri korumaktır. Haksız rekabet hükümleri klasik olarak ticaret hukuku kapsamında yer alır ve özel hukukun bir dalı olarak kabul edilir ancak rekabet hukuku çok disiplinli bir daldır, bir yönüyle kamu hukuku bir başka yönüyle özel hukuk ilkeleriyle iç içedir. Karma bir niteliğe sahiptir. Ancak her iki hukuk dalının da sonuçta rekabeti koruyucu, adil, haklı ve sağlıklı bir rekabet ortamı yaratılmasına katkıda bulunduğuna şüphe yoktur.

Haksız rekabet esasen TTK'da düzenlenmişse de başka kanunlarda da haksız rekabete ilişkin hükümler bulunmaktadır. TTK 54 vd maddelerde haksız rekabet hükümleri topluca düzenlenmiştir. Ancak TTK 230, 311, 396 ve 626. maddelerinde çeşitli şirket ortaklarının rekabet yasağına ilişkin düzenlemeleri yer almaktadır.

Borçlar Kanunu'un 57. maddesinde, haksız rekabet başlığı altında haksız rekabetin şekil ve sonuçları düzenlenmektedir. Eski Kanun döneminde de yürürlükte olan bu hükmün TTK düzenlemesi ile birlikte fazla bir uygulama alanının kalmadığı kabul edilmiş ise de yeni Kanun döneminde de bu ikili düzenleme şekli korunmuştur.. Ayrıca BK 444-446. maddelerinde işçinin haksız rekabet yasağı, 626 madde ise adi ortaklık ortaklarının rekabet yasağı düzenlenmiştir.

Bunlardan başka Markaların Korunması Hakkında KHK, Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun gibi diğer mevzuatta da haksız rekabeti önleyici özel hükümler bulunmaktadır.

1.2. TANIMI

Haksız rekabet TTK'nın 54. maddesinde "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımdan açıkça anlaşılacağı gibi, haksız rekabetten söz edebilmek için ortada aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar olmalıdır. Yani aldatıcı olmayan, gerçekleri belirten ve yanıltıcı olmayan bir şekilde gerçeklerin açıklanması haksız rekabet oluşturmamalıdır. MK'nın 2. maddesinde dürüst davranma başlığı altında yer alan ve "herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" diyerek bir dürüstlük ilkesi getirilmiş ve "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı" belirtilmiştir. TTK'nın 54. maddesindeki tanım iktisadi rekabet hakkının dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılmasını düzenlemektedir. Yani 54. madde MK 2. maddenin bir özel görünümü şeklindedir. Rekabet hakkının hangi hallerde dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmış sayılacağı TTK 55. maddede sayılmıştır. BK 49 vd. maddelerde haksız fiiller düzenlenmiştir. Haksız fiillerden söz edebilmek için failin kusurlu davranışlarla bir başkasına zarar vermesi aranmaktadır. Haksız rekabette bir haksız fiil çeşididir, bununla birlikte, bir hak-

sız rekabetin varlığının ileri sürülebilmesi için haksız rekabet edenin kusurlu olması aranmaz. Haksız rekabet davalarında sadece tazminat talep edileceği zaman kusur aranmaktadır. Diğer davalar bakımından kusur aranmaz.

Haksız rekabet hallerinde, haksız fiillerde olduğu gibi bir zararın doğması ya da zarar doğma tehlikesi ortaya çıkmış olmalıdır. İleride zarar doğma ihtimalinin varlığı dahi haksız rekabetin kabulü için yeterli olabilir.

Haksız rekabet davalarının açılabilmesi için, haksız rekabette bulunan ile haksız rekabete uğrayanın rakip olmaları da gerekmez. Farklı iş alanında olsalar bile birinin tescilli unvanı ile diğerinin iltibasa meydan verecek olması halinde haksız rekabetin varlığı kabul edilebilir.¹

1.3. HAKSIZ REKABET HALLERİ

TTK'nın 55. maddesinde ise özellikle hangi davranışların haksız rekabet hallerinden sayılacağı 6 ana başlık ve alt başlıklar halinde sayılmıştır.

Bu kategoriler dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticarî uygulamaların, yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanılan halleri, görünüş şekilleridir. Dürüstlük kurallarına aykırılığın somut örnekleri olan bu kategoriler sınırlı sayıda değildir. TTK'nın 54. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne giren ancak 55. maddede sayılmamış bulunan bir hâl de haksız rekabet oluşturur. Özel olarak sayılan kategorilerden birine giren bir somut olay kanunen haksız rekabet oluşturmaz. Çünkü, önce kategorinin kapsamında bulunup bulunmadığı yorumu gerektirir. Söz konusu altı kategori şöyle sıralanabilir: (1) dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar, (2) sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yöneltilmeler, (3) başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, (4) üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme, (5) iş şartlarına uymama ve (6) dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma. Böylece 55. madde 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesine nazaran sadece özel haksız rekabet hâlleri yönünden değil, bu hâller arasına katılan yeni konular ve korunan kişi ve menfaatler yönünden de genişlemiş ve geliştirilmiştir. Bu yeni hükümler davranış kurallarını, davranışları, tutumları ve işletme faaliyetleriyle saf, dürüst, yani hukuka uygun rekabeti bozabilecek tüm kişilere bozulmamış rekabetin tüm katılanların menfaatine sağlanması için yöneltilmiştir. Korunan sadece rakipler, onlar bağlamında işletmeler ve soyut anlamda haklı, dürüst,

¹ ARKAN; s.294 (Altıncı Bası)

hukuka uygun rekabet değil, aynı zamanda alıcılar ve dar söylemde tüketicilerdir. Bu sebeple, tedarikçiler ile geniş anlamda alıcılar arasındaki ilişki kuralların kapsamına alınmıştır. Alıcının veya tedarikçinin rakip sıfatını taşımasına gerek yoktur. Söz konusu yenilik (a) bendinin (6) numaralı alt bendinde belirgindir. Ucuzluğu seçilmiş bazı mallara uygulayıp, yani bunları tedarik fiyatının altında satıp avlanmak istenen müşterilerdir. Bunun gibi (a) bendinin (2) numaralı alt bendinde gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı karşılaştırmalar ile korunan gene alıcılardır. Öyle ise korunanlar; rakipler, tedarikçiler, alıcıları özellikle tüketicilerdir².

1.3.1. KÖTÜLEMEK

Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek haksız rekabet hallerinden biridir.

Genel olarak "kötülemek" diye adlandırılan bu hüküm 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesinin birinci fıkrası hükmünün bir değişiklikle tekrardır. Değişiklik "fiyatlarını" sözcüğünün eklenmiş olmasındandır. Kötüleme soyut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetmeyi ve düşürmeyi kapsar. Hükmün yeni boyutu kötülemenin, perdelemenin, küçümsetmenin fiyatlara da yönelik olmasıdır. Kötüleme iki eylemle ifade edilmiştir: Yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar. Bu iki eylemin de nesnel bir değerlendirme ile gerçek olmaması gerekir; yani kötülemede bulunanın açıklamaları gerçekse haksız rekabet oluşmaz. "Yanlış" sözcüğü hükmün amacını açıkça belirtmektedir. Öğretide ve bazı mahkeme kararlarında "yanıltıcı" kavramı; iş ürününe, faaliyete, mallara veya fiyata ilişkin açıklamanın veya nitelendirmenin, takdim ediliş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle, bunların açıklama konusunu olduğundan değişik ve olumsuz algılaması şeklinde ifade edilmiştir. "Yanıltıcı" ibaresi hedef kitle veya farklı bir deyişle muhatapla birlikte değerlendirilmelidir. Gereksiz yere incitici beyanlar, amacını aşan değer yargılarıdır; amacın aşılmasıyla yargılar (eleştiri de denilebilir), gerçek dışı veya gerçeğe uymayan, gerçekle bağdaşmayan veya gerçeğe ters hâle gelmiştir. Ölçüsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyuşmuyorsa, eleştiri (beyan) inciticidir. Ölçüsüzlük hatta gerçeğe uygunluk sınırını zorluyorsa, gene gereksiz yere inciticilikten söz edilir. "Mal" ile gerçek anlamda ticarete konu, bir gereksi-

² Gerekçe m. 55.

nime cevap veren bir şey kastedilmiştir. İş ürünü ise çok daha geniştir. Bir patent, tasarım, makale, film, sahneye koyuş, bir icra, iş ürünüdür. Kötüleme sebebiyle hükmün uygulanabilmesi için kusurun varlığı şart değildir. Hüküm "başkasının" yani doğrudan bir kişinin veya kişiliği olmayan bir topluluğun kötülenmesi halinde de uygulanır. Meselâ, "X Kuru Temizleyicinin" verdiği hasar sebebiyle dava edildiği, ünlü bir dişçinin çalışmayacak kadar hasta olduğu gibi³.

1.3.2. KENDİNİ VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ REKABETTE AVANTAJLI DURUMA GETİRMEK

Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır.

(1) numaralı alt bent başkasının mallarını kötüleme olmasına karşılık (2) numaralı alt bent kendini veya üçüncü kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmek şeklinde tanımlanabilir. Bu bent iki varsayımı içermektedir: Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanları yapanın (1) kendisine, (2) rekabette üçüncü kişiye avantaj sağlaması. "Avantaj sağlanması" hükümde rekabette öne çıkarmak şeklinde ifade edilmiştir. Öne geçirmenin övme veya üstünlük belirtici şekilde olması gerekmez; gerçek dışı veya yanıltıcı olması yeterlidir. Bu, aksaklığı, eskimişliği, aşılımlığı, elverişsizliği, sağlığa zararlı maddeyi (meselâ benzoit maddesinin miktarını yazmayarak veya oranı küçük göstererek) veya etkileşimi saklayarak veya geçiştirerek veya yanlış coğrafi köken vererek (meselâ, şarapta başka üzüm kullanıldığı halde "kalecik karası" denilerek), gramajda doğru olmayan rakamlar yazarak olabilir. Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanlar; beyanı yapan kişinin kendi firması, işletmeyi tanıtıcı işaretleri, iş ürünleri, çalışmaları, fiyatları vs. hakkında olabileceği gibi, üçüncü kişinin bizzat kendisine, firmasına, ürünlerine vs. ilişkin bulunabilir. Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanlar, en geniş anlamda alıcıların alım kararlarını etkilemeye yöneliktir. Ancak davacının bu amacı ispatı şart değildir. Gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar kanun tarafından eşit güçte değerlendirilmiştir. Gerçek dışı; yalan, doğru olmayan, gerçeği saptıran anlamındadır. Her iki etkileyici

³ Gerekçe Madde 55/a (1) numaralı alt bent.

olgu incelenirken, hedef kitlenin ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bent, dürüstlük kurallarını sınırlı sayı olarak saymamıştır⁴.

Üçüncü kişiye avantaj sağlanması medya aracılığı ile yapılabilir. Bir uzmanlık dergisinde yanlış test yöntemi uygulanarak başka bir markaya üstünlük sağlanması gibi. Yoksa, uzmanların, o konuda niteliğe sahip kişilerin, tüketiciyi aydınlatmak amacıyla yaptıkları bilimsel yöntem ve değerlendirmeler hükmün kapsamı dışındadır. Hükümde, satış kampanyaları açıkça vurgulanarak hükme boyut kazandırılmıştır. Satış kampanyaları sadece mevsim sonu satışları değil, her türlü kampanyayı ve promosyonu ve bunlara ilişkin programları kapsar⁵.

1.3.3. HAKKI OLMAYAN UNVANLARI, MESLEK, DERECE VE SEMBOLLERİ KULLANMAK

Bu bent 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (4) numaralı bendinin tekrarıdır. Kaynakta farklı bir lafza sahip bulunan hüküm, öğreti ve mahkeme kararlarıyla oluşmuş bulunan birikimi korumak amacıyla aynen korunmuştur.. Bu bent aldatıcı reklamların özel bir halini düzenlemektedir. Bir kişinin aslında doktor olmadığı halde bu unvanı kullanması ya da tıp doktoru olarak anlaşılmamasını sağlayacak şekilde yanıltıcı beyanlarda bulunması haksız rekabet teşkil eder.

1.3.4. KARIŞTIRILMA

Bu bent karıştırılmayı, yani 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (5) numaralı bendinde kullanılan terimle iltibas düzenlemektedir. Buna göre; başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak haksız rekabet hallerinden biridir.

"Karıştırılma", yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar. Hüküm, karıştırılmayı dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenler. İç benzerlikten doğan karıştırılma (meselâ elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) hükmün kapsamı dışındadır. İç benzerlik "karıştırılma" kavramı ile tanımlanmaz. Dış görünüm koruması, takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasıdır. Karıştırılma nesnel değerlendirmeyi gerektirir⁶.

⁴ Gerekçe Madde 55/a (2) numaralı alt bent

⁵ Gerekçe Madde 55/a (2) numaralı alt bent

⁶ Gerekçe Madde 55/a (4) numaralı alt bent

1.3.5. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır.

Karşılaştırmalı reklamda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırır. "Başkası"nın, adıyla belirtilmesi veya tanımlanması gerekli değildir. Rakipleri işaret eden bir ifade de "başkası" olabilir. Karşılaştırmalı reklama örnekler: "Süper market (x)'den daha ucuza daha kaliteli", "Deterjanımız tanıdığınız (X) değildir. Şüphesiz (X)'den daha ucuz, daha etkili, üstelik (X)'den daha çevreci", "Herkesinkinden daha ucuz ve sağlıklı". Hukuka aykırı olan, nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı reklamdır⁷.

Karşılaştırma, reklamı yapanın kendisi veya rekabette avantajlı duruma getirmek istediği kişi ile rakip veya rakipler arasında olmalıdır. Karşılaştırma konuları, kişiler (kişilikler), mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatlardır. Dürüstlük kurallarına aykırı olan, karşılaştırmada beyanların, açıklamaların, ele alınan karşılaştırma unsurlarının doğru olmaması, yani yanlış veya yanıltıcı olması ya da rakibin ününü veya ürünlerinin sömürmesi, yanlış takdim edilmesi, tanıtılması, üstün yanlarının saklanmasıdır. Buna göre, hükmün üç karşılaştırmalı reklamı içerdiği görülür: Yanlış, yanıltıcı ve rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklam. Yanlış karşılaştırmalı reklam, dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan reklam demektir. Abartılı reklamın yanlış reklam sayılıp sayılmayacağı, somut olaya göre belirlenir. Abartı, bir reklamı yanlış denilen alana sokabilir. Bu tamamen mahkemenin takdirine kalmıştır. Başka bir deyişle bir reklamın "abartılı" olması onun "yanlış" olamayacağı anlamına gelmez; yanlış olarak kabul edilmesini önleyemez. Bir reklam, 260 km. hızla giden X marka otomobilde duyulan sesin motordan değil radyodan gelen müzik sesi olduğunu söylüyorsa, ancak bu gerçek değilse, yanlış ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. "Tepede yalnız" türü reklamlar da, gerçeği yansıtmıyorsa yanlış karşılaştırmalı reklam hükmüne tâbi olur. Ancak "Tepede yalnız" reklamlarında bazen doğru veya yanlış sonucuna varmak pek kolay olmayabilir. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen "İsviçre'nin en büyük sürücü okulu" olayında, öğrenci sayısının

⁷ Gerekçe Madde 55/a (5) numaralı alt bent

mı, cironun mu yoksa diğer hususların mı esas alınması gerektiği tartışılmıştı. Burada da takdir, mahkemeye aittir⁸.

Reklâm konusu ürünün, malın, faaliyetin vs. hedefi (muhatapı) olan ortalama tüketicide yanlış anlamalara, zanlara, algılamalara, düşüncelere yol açan (sebeup olan) açıklamalar, değerlendirmeler, yargılar vs. içeren reklamlar yanıltıcıdır. Yanıltma istatistiki bilgiler, temelleri farklı fiyatlar, önemli ve etkili olanın atlanılması, karşılaştırmanın ilgisiz ve önemsizler arasında yapılmasıyla gerçekleştirilir (yapılır)⁹.

Rakibin kendisinden, mallarından, iş ürünlerinden, faaliyetlerinden, tanınmışlığından gereksiz yere yararlanan, bunları gereksiz yere reklama alan karşılaştırmalı reklamlar da dürüstlüğe aykırıdır. Türkçede "gereksiz yere tanınmışlığından yararlanma" karşılığının tercih edildiği bu tür reklamda rakibin tanınmışlığının sömürüsü vardır. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda bir yatağın (döşeğin, şiltenin) reklamı bir rakibin yatağı ile karşılaştırılarak yapılıyordu. Rakibin ürünü "Lattoflex" diye biliniyordu. Reklamda "Lattoflex'e karşı bir ürün olarak yeni sansasyonel bir şilte geliştirdik, bizimki yeni bico-flex şilte" denildi. Görüldüğü gibi burada rakibin ürünü ad verilerek reklama konulmuş, karşılaştırmada onun tanınmışlığından, güvenilirliğinden yararlanılmıştır. Karşılaştırmalı reklamda, kötüleme ve avantajlı duruma getirme sömürü bağlamında yapılmaktadır¹⁰.

Fiyatlar da karşılaştırmalı reklamın özellikle konusunu oluşturur. Karşılaştırma ucuzluk temelindedir. Hukuka aykırı olan, şartların, karşılaştırılanların farklı olmasıdır. Nihayet karşılaştırmalı ilânın bir diğer uygulama alanı ürün, faaliyet, mal testleridir. Daha önce de belirtildiği gibi ölçü bilimseliktir¹¹.

1.3.6. GÖSTERMELİK İLE ALDATMA

Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır. Şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin

⁸ Gerekçe Madde 55/a (5) numaralı alt bent

⁹ Gerekçe Madde 55/a (5) numaralı alt bent

¹⁰ Gerekçe Madde 55/a (5) numaralı alt bent

¹¹ Gerekçe Madde 55/a (5) numaralı alt bent

benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

Bu bendin konusu olan haksız rekabet eylemi İsviçre öğretisinde, "göstermelik (mostra) ile aldatma" veya "mostra ile avlama" diye adlandırılmaktadır. Kastedilen, bazı malların seçilmesi, onların fiyatının tedarik fiyatının altında mostra (göstermelik) olarak satışa sunulması, böylece avlanan tüketicinin aldatılmasıdır. Mostra kullanmak arz (sunma) şeklindedir. Hükümdeki "seçilmiş bazı malların " ibaresi "mostra"yı ifade etmektedir. Dürüstlüğü aykırı olan, sunulan malın "mostra" rolü oynaması, yani kalitesi ve tedarik fiyatı ile seçilmiş mallara hatta miktara özgülenmiş bulunmasıdır. Gerçekte sunanın malı, mostranın kalitesi düzeyinde değildir veya mostrayı gösterenin elinde mostranın kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı varsa - daha yüksek fiyatla satmakta, satmayı amaçlamaktadır. Mostralık mal satıcı veya takdim edici tarafından çeşitli amaçlarla kullanılabilir: Yüksek kalite, düşük fiyatla avlanan müşteriye başka mal, başka fiyat uygulamak vs. Müşteri toplam arz konusunda yanıltılabilir. Müşteri satış yerine gittiğinde veya mal kendisine gönderildiğinde, kalitesi, sınıfı ve özellikleri itibarıyla hatta bazen fiyatıyla başka bir malla karşılaştırılabilir ya da o malın bittiği belirtilip başka fiyatta mal verilebilir. Avlanan müşterinin nasıl kötüye kullanıldığı önemli değildir; bu hüküm de belli bir şekle ve kalıba da bağlanmamıştır. Mostra ile avlama yöntemi, bir anlamda ahlâk kuralları ile bağdaşmayabilir. Ancak bu husus hükmün uygulanmasında önem taşımaz¹².

Hüküm yanıltmanın hangi hallerde varlığının karine olarak kabul edileceğini de göstermiştir: Bunun için reklamı yapılan fiyatın aynı çeşit malların (iş ürünlerinin veya faaliyetinin) benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması gerekir. Başka bir deyişle ancak bu halde yanıltma karinesi kabul edilir. Önemli olan aynı çeşit mal, benzer hacimde alımdır. Rakiplerin yeteneği hakkında yanıltmak ile kastedilen, onların kapasitesine ilişkin olarak alıcıların hatalı algılamaya yöneltilmesidir. Tedarik fiyatından o malın satıcıya mâl olma fiyatı anlaşılır¹³.

¹² Gerekçe Madde 55/a (6) numaralı alt bent

¹³ Gerekçe Madde 55/a (6) numaralı alt bent

1.3.7. EK EDİMLERLE MÜŞTERİYİ GERÇEK DEĞER HAKKINDA ALDATMAK

Bu bendin konusu, müşteriye armağanlar, primler ve indirimler gibi avantajlar vaad ederek, vererek veya tanıyarak müşterilerin malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürmeden, yöneltilemesidir. Hükümün ağırlık merkezi müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır. Bu düzenleme dürüstlüğe aykırı iki eylem içermektedir: (1) Müşterinin karar verme özgürlüğü yanıltma ile etkilenmektedir (2) Malın değeri armağanlar, bedelsiz verilen mallarla saklanmakta, müşteri bunu düşünmekten saptırılmaktadır. Hükümdeki "sunum" sözcüğü, icap anlamını da içerir¹⁴.

1.3.8. MÜŞTERİLERİN KARAR VERME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SALDIRGAN SATIŞ YÖNTEMLERİ İLE SINIRLAMAK

Bu düzenleme her türlü saldırgan satış yöntemini kapsamaktadır. Hüküm saldırgan reklamları içermez. Başlıca sebepler şunlardır: (1) Bendin merkez unsuru satış yöntemidir. Reklam ise diğer doğrudan işlevlerin yanında satışa yardımcı bir araçtır. Ayrıca hükümün temelindeki düşünce, müşterinin makbul sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluluğu altında bırakılmasıdır. Bu düşünce özellikle "saldırgan" ibaresinde ifadesini bulur. Kastedilen, şaşırtan, beklenmedik evin kapısına gelerek yapılan (kapıdan), bir kamyondan veya yoldan zorla çevirerek yapılan satışlardır. Reklamda ise bu unsur mevcut değildir. (2) Diğer yandan kaynak İsviçre Kanununun tasarısında yer alan ve saldırgan reklamları açıkça zikreden ibare, Parlamentoda, yukarıda anılan gerekçelerle hükümden çıkarılmıştır. Bu alt bendin saldırgan reklamlara yer vermemesi, bu tür reklamların dürüstlük kurallarına uygun görüldüğü anlamına gelmez. Saldırgan reklamlar, genel hükümün kapsamındadır¹⁵.

"Özellikle saldırgan" ibaresindeki "özellikle" kelimesi hükümün uygulanabilmesinin şartıdır. Her saldırgan satış yöntemi, haksız rekabet oluşturmaz. Aksi halde, tüm işportacıların, kamyon veya minibüsten satış yapanların, otomobile el sallayıp sizi lokantasına davet edenlerin bu hükümün kapsamına girmesi gerekir. Oysa, amaç bu değildir. Önemli olan saldırganlığın

¹⁴ Gereke Madde 55/a (7) numaralı alt bent

¹⁵ Gereke Madde 55/a (8) numaralı alt bent

özellik taşıması ve muhatabını adeta köşeye sıkıştırmasıdır. Bu yönden kapıdan satış önem kazanır¹⁶.

1.3.9. GİZLEME

Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye yanıltmak haksız rekabet hallerinden biridir.

Gizleme de yanıltmanın, gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir halidir. Onun için hükmün (2) numaralı alt bendinden farklılığının belirlenmesi gerekir. (9) numaralı alt bentte malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin, özellikleri, miktarı, kullanım amaçları veya tehlikeleri gizlenerek müşteri yanıltılmaktadır. (2) numaralı alt bendin aksine yanıltma sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketleme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılmaktadır. Meselâ, büyük bir paketten ancak yarısını dolduracak kadar çerez çıkması, tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması, kolonya şişesinin doluymuş gibi görünmesine rağmen şişenin iç hacminin çok küçük olması gibi. Ayrıca (2) numaralı alt bent müşteriler de dahil piyasanın rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelirken, (9) numaralı alt bent sadece tüketiciyi dikkate alan bir hükümdür. Etiketdeki bilgiler de (2) numaralı alt bentte kullanılan "açıklamaları" akla getirebilir, ancak bir etikette, olası tehlikeleri, yan etkileri ve sağlığa dokunan diğer hususları gizlemek veya mevcut olmayan nitelik ve özelliklere yer vermek (2) numaralı alt bentteki açıklamadan farklıdır. (2) numaralı alt bentteki açıklamalar "aktif" (9) numaralı alt benttekiler ise pasif niteliktedir. Ancak iki hüküm arasındaki fark, gene de somut olaya göre belirlenmelidir¹⁷.

1.3.10. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLE İLGİLİ HAKSIZ REKABET HALLERİ

55. maddenin a. bendinin 10,11 ve 12. alt bentleri doğrudan tüketicinin korunması ile ilgili bulunan haksız rekabet hâlleridir.

Amaç, tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form örneklerinde, ilân ve reklamlarda kullanılan belirsiz,

¹⁶ Gereke Madde 55/a (8) numaralı alt bent

¹⁷ Gereke Madde 55/a (9) numaralı alt bent

yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadeler, lafızlarla tüketicinin korunmasıdır. Form ve sözleşme örnekleri malın fiyatını, taksit şartlarını, taksit maliyetini, gerçek maliyeti karartabilir. Bu eylemler yukarıdaki üç bendin uygulama alanının kapsamındadır. Taksitle satışın şartlarında açık olmamak, uygulanan faizi veya vade farkını, ödemelerin nasıl yapılacağını ve taksitle satış yapmanın unvanını açıklamamak, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Çünkü müşteri (çoğu kez tüketici) sürpriz sayılabilecek oranda yüksek vade farkları ve faiz oranları ile karşılaşabilir; ödemelerin Türk Lirası ile yapılmayacağını, kredi kartı kullanılması halinde ek komisyon istendiğini sonradan görebilir. İlân bir holdingden verilmiş olabilir, satışı yapacak firma açıklanmadığı için, müşteri o grupta tanıdığı şirketten başka, tanımadığı, daha kalitesiz mal satan bir şirketten mal almak durumunda kalabilir¹⁸.

1.3.11. SÖZLEŞMEYİ İHLALE VEYA SONA ERDİRMeye YÖNELTMEK

Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin dışından gelen eylemlerle sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltmesi haksız rekabet olarak kabul edilmiş, bu gibi haller de sınırlı sayıda olmayacak şekilde 4 alt bentte sıralanmıştır;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek

Bir sözleşme, tarafları bağladığı gibi, çok istisnâî kanunî istisnalar bir yana, sadece taraflarca ihlâl edilebilir ve sona erdirilebilir; ancak üçüncü kişiler taraflardan birini sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltebilir. Bir sözleşmenin salt "ihlâlî" hukuka aykırıdır; ihlâl kavramı özünde hukuka aykırılığı içerir ve ifade eder. Bir sözleşmenin bir tarafının, açıkçası müşteri konumunda bulunan kişinin, haklı sebebi varsa, şartlar gerektirirse sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddedebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak, edimi yerine getirmemek veya sözleşmeyi sona erdirmek bir ihlâl ise hukuka aykırıdır. Sözleşme yönünden üçüncü kişinin sözleşmenin tarafını, yani müşteriyi kendisiyle sözleşme yapsın diye sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltmesi haksız rekabettir. Bu eylem zaten Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında haksız fiildir; (1) numaralı alt bent bunun haksız rekabetteki görünümünü düzenleyen bir özel hükümdür¹⁹.

¹⁸ Gerekçe Madde 55/a (10), (11), (12) numaralı alt bentler

¹⁹ Gerekçe Madde 55/b (1) numaralı alt bent

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

Bu alt bent (1) numaralı alt bent ile aynı düşünceye dayanmakta ve onun işçiler, vekiller, yardımcı kişilerle gerçekleştirilmesini düzenlemektedir. Bu hüküm 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (6) numaralı bendinin tekrarıdır²⁰.

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

Üçüncü kişilerin rakibin işçilerini, vekillerini veya diğer yardımcı kişilerini üretim ve iş sırlarını ifşaya veya ele geçirmeye yöneltmesi eski hukukumuzda da düzenlenmişti. Yeni hüküm bir anlamda 6762 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (7) numaralı bendinin tekrarıdır²¹.

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

Bu alt bent (b) bendinin taksitli satış, kredili satış vs. satış türlerine uygulanmasıdır²².

1.3.12. BAŞKALARININ İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA

Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma haksız rekabet olarak kabul edilmiş, bu gibi haller de sınırlı sayıda olmayacak şekilde 3 alt bentte sıralanmıştır;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

²⁰ Gerekçe Madde 55/b (2) numaralı alt bent

²¹ Gerekçe Madde 55/b (3) numaralı alt bent

²² Gerekçe Madde 55/b (4) numaralı alt bent

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

Hüküm kapsamına giren hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmaktır. Bu fıkra haksız rekabet hukukunu temellendiren emek ilkesinin geniş bir uygulamasıdır. Hüküm başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimleri haklı olmayan yararlanmaları önlemeyi amaçlamaktadır. Hükümdeki yararlanma, ekonomik yarar elde etmeyi, başkasının emeğiyle haklı olmadığı halde sonuç almayı ifade etmektedir²³.

1.3.13. ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI İFŞA ETMEK

Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek haksız rekabet hallerinden biridir. Özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur. (d) bendi ile (b) bendinin ortak yönleri vardır. Ancak birincisi elde etme, ikincisi ise kullanmayı esas almaktadır.

1.3.14. İŞ ŞARTLARINA UYMAMAK

İş şartlarına uymamak haksız rekabet hallerinden biridir. Özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

Kanaatimizce bazı rakipler, defterlerini tam tutup vergilerini tam öderken ve işçilerini sigortalı çalıştırırken, bazılarının bu kurallara uymadan vergi kaçırması ve sigortasız işçi çalıştırması her ne kadar başka kanunlar açısından cezai yaptırım gerektiriyorsa da bu düzenleme kapsamında haksız rekabet teşkil eder.

1.3.15. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI İŞLEM ŞARTLARI KULLANMAK

Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak haksız rekabet hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. . Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

²³ Gerekçe Madde 55/c

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

1.4. HAKSIZ REKABET NEDENİYLE AÇILABİLECEK HUKUK DAVALARI

TTK'nın 56. maddesi haksız rekabet nedeniyle açılacak davaları belirtmiş bulunmaktadır. Buna göre haksız rekabet nedeniyle açılacak hukuk davaları şunlardan ibarettir.

(1) Tespit davası: fiilin haksız olup olmadığının tespiti gayesi ile bir dava açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için haksız rekabet fiilinin devam etmekte olması gerekir. Bu davanın sonundan genellikle durdurma ve tazminat davaları gelecektir.²⁶

(2) Men Davası: Devam etmekte olan bir haksız rekabetin durdurulması, önlenmesi için açılır. Eğer haksız rekabet yapıp bitmiş ise bu dava açılmaz. Bu dava ile haksız rekabeti yapan kişiye, bu duruma son vermesi emredileceği için bir edim davasıdır.²⁷

(3) Ref'i davası: Bu davanın amacı haksız rekabet yapılmadan önceki halin iadesinin sağlanmasıdır. Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini istemek mümkündür²⁸. Diğer yandan tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası da talep edilebilir.

(4) Maddi tazminat davası: Haksız rekabet sonucunda bir zarar doğmuşsa ve haksız rekabette bulunan kusurlu ise maddi tazminat davası açılabilir.²⁹ Tazminat olarak fiilen uğranılan zararın kanıtlanmasında zorluk olan hallerde hakim, haksız rekabet neticesinde, davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.

²⁶ Ayrıntısı için bkz. MİMAROĞLU; s. 413, ARKAN; s.281, GÖLE; s. 175, KARAYALÇIN; s. 468

²⁷ GÖLE, s. 177, MİMAROĞLU;s. 414, ARKAN; s.282, KARAYALÇIN;s.469

²⁸ MİMAROĞLU;;s. 414, ARKAN; s. 282, GÖLE; s. 179, KARAYALÇIN; s. 468

²⁹ GÖLE; s. 182, MİMAROĞLU; s. 415, ARKAN; s.282, KARAYALÇIN; s. 469

(5) Manevi tazminat davası: BK. 58. maddesinde gösterilen şartlar varsa manevi tazminat davası da açılabilir.³⁰

Tazminat davaları dışında kalan diğer haksız rekabet davalarının açılabilmesi için haksız rekabette bulunanın kusurlu olması aranmaz.

1.4.1. Davacılar

56. maddeye göre bu davaları, (1) haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimseler -bu kimseler rakipler veya rakip olmayan tacirler olabilir-. (2) Haksız rekabet yüzünden ekonomik çıkarları zarar gören ya da böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek müşteriler açabilir. Ancak müşteriler araçların ve malların imhasını isteyemezler.

Ayrıca bu davalardan tespit, men ve ref'i davalarını ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikli kurumlar da açabilirler.

Eski TTK döneminde müşterilerin bu davaları açabilmeleri için haksız rekabetten zarar görmüş olmaları aranmakta ve müşterinin dava açabilmesi için sadece zarar görme "ihtimalinin" varlığı yeterli görülmemekte iken³¹ Yeni TTK'da müşterilerin dava açabilmesi için zarar tehlikesinin varlığı da yeterli hale gelmiştir. Dolayısıyla Yeni TTK'da müşterilerin dava açma hakkının kolaylaştırıldığını söylemek mümkündür.

1.4.2. Davalılar

Haksız rekabet davaları, haksız rekabetin oluş şekline göre çeşitli kişilere yöneltilir.

(1) Her şeyden önce doğrudan doğruya haksız rekabeti yapan "fail" hakkında açılabilir.

(2) Bundan başka eğer haksız rekabet fiili bir müstahdem veya işçi tarafından vazifesinin yerine getirilmesi sırasında işlenmişse, müstahdem veya işçi yanında istihdam edene karşı tespit, men ve ref'i davaları açılabilir.

³⁰ MİMAROĞLU; s. 415, GÖLE; s. 184

³¹ GÖLE; s. 187, MİMAROĞLU; s. 407

Bu davalarda istihdam eden BK 66. maddede belirtilen kurtuluş beyyinesinden yararlanamaz. Buna karşılık tazminat davalarında BK 57. madde hükümlerine göre hareket edilir.³²

(3) Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, tespit, men ve düzeltme davaları, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir; ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılrsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, yukarıda anılan davalar, 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.

Aynı fıkra da sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.

(4) İki durumda üçüncü kişiler aleyhine dava açılması kabul edilmiştir. Birincisi 55. maddenin 2. fıkrasının son kısmında yer alan durumdur. Buna göre; üçüncü kişiler hakkında onların durumları hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunarak rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek haksız rekabettir. Bu durumda bu beyanlarda bulunanlar yanında üçüncü kişiler hakkında da haksız rekabet davası açılabilir.³³

TTK'nın 56. maddesinin 4. fıkrasına göre; bir kimse aleyhine verilmiş men ya da düzeltme hükmü haksız rekabete konu olan malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur.

³² GÖLE; s. 192, ARKAN; s. 286, MİMAROĞLU; s. 410

³³ MİMAROĞLU; s. 410

³⁵ GÖLE; s. 172, MİMAROĞLU; s. 417, KARAYALÇIN; s. 467

1.5. İHTİYATİ TEDBİR

Bazı hallerde dava açmak yeterli bir çözüm olmayabilir. Çünkü dava sonuçlanıncaya kadar haksız rekabet amacına ulaşır veya haksız rekabet nedeniyle ileride telafi edilmesi mümkün olmayacak zararlar doğabilir. Bu nedenle haksız rekabetin bir an önce önlenmesi gerekebilir. TTK'nın 61. maddesinde bu gibi durumlar için belirli koşullarla ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kabul edilmiştir.³⁵ Buna göre;

"Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.

(2) Ayrıca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir.

(3) El koyma ile ilgili uygulama bu konudaki mevzuata tabidir.

(4) Gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar".

1.6. ZAMANAŞIMI

Bu davalar davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki; ceza kanunları gereğince daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil işlenmiş bulunursa, bu müddet hukuk davaları hakkında da geçerlidir. Men davaları mahiyeti gereği olarak zamanaşımına tabi değildir.³⁶

³⁶ GÖLE; 200, MİMAROĞLU; s. 414, ARKAN; s. 288

1.7. HÜKMÜN İCRASI

Men ve ref'i davalarının sonucunda bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm haksız rekabete mevzu olan malları, doğrudan doğruya veya dolayısıyla ondan elde etmiş olan şahıslar hakkında da icra olunur. Kural olarak bir ilam kimin aleyhinde alınmışsa onun aleyhine icra olunur 56. maddenin son fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiş bulunmaktadır³⁷.

1.8. CEZA DAVALARI

TTK'nın 62. maddesinde haksız rekabet fiiline bazı cezai yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

“(1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar”.

³⁷ ARKAN; s. 287, POROY; Ticari İşletme Hukuku; s. 205

2. ALDATICI REKLAMLAR

2.1. REKLAM VE HUKUKİ MAHİYETİ

2.1.1. Reklamın Tanımı

Satış arttırma faaliyetleri çok çeşitli olmakla birlikte bunların en önemli ve en etkilisi reklamlardır.³⁹ Hatta piyasaya yeni çıkan bir malın tanıtımı için bir miktar reklam gideri ayrılması zorunlu görülmektedir.⁴⁰ Reklam pazara sürülen yeni bir malın veya mevcut bir malın rakiplerine göre üstünlüklerinin kamuya anlatılmasında en önemli yoldur. Günümüzde özellikle kitle iletişim araçlarının çok gelişmiş olması reklamların aynı anda yüz milyonlarca kişiye hitap edebilmesi olanağını ortaya çıkarmıştır. Böyle bir güç daima dürüst ve doğruları yansıtacak şekilde kullanılmalıdır. Bu gücün kötüye kullanılmasını önlemek bu yolla tüketicilere, rakiplere genel olarak kamu düzenine zarar verilmesini önleyici hukuk kurallarına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu amaçla çeşitli hukuk sistemlerinde çeşitli düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Türkiye'de de bu konuda çıkarılmış çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.⁴¹

Reklam çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. TKHK'nın 16 ve 17. maddelerinde reklamlarla ilgili düzenleme getirildiği halde reklamın tanımı verilmemiştir. Ancak buna bağlı olarak çıkarılan Reklam Kurulu Yönetmeliğinde bir tanım bulunmaktadır. Buna göre "Ticari ilan ve reklam; mal veya hizmetleri tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla kişi, kurum ve kuruluşlar tarafından bir bedel ödenerek herhangi bir vasıta ile yayımlanan pazarlama haberleşmesi niteliğindeki duyuruyu ifade eder". Bu tanımlamada reklamın yapılış amacı ve şekli ön plana çıkmaktadır. Aldatıcı Reklamlarla ilgili Üye Devletlerin Hukuki, İdari ve Düzenleyici Hükümlerini Birbirine

³⁹ ASLAN; İ Yılmaz; Tüketici Hukuku; Bursa 1997, s. 245 vd.

⁴⁰ ÖCAL; Akar; "Reklam Ve Haksız Rekabet" Eskişehir İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C.VI S.II 1970 s. 96

⁴¹ Aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması ile ilgili olarak kapsamlı bir çalışma Celal GÖLE tarafından daha 1983 yılında yapılmış bulunmaktadır. Bu çalışma konuyu esas itibarıyla BK. ve TTK. açısından incelemiş ve çeşitli ülke uygulamaları ve mevzuatlarına yer vermiştir. Burada BK. ve TTK. açısından konuya girilmeyecek, konunun gerektirdiği hallerde de konular sayın Göle'den özetlenecektir. Bizim burada ele alacağımız esas itibarıyla TKHK'un getirdiği "yeniliklerin" incelenmesi olacaktır.

Yaklaştırılması Hakkında, Avrupa Topluluğu Konseyi bir yönerge çıkarmıştır.⁴² Bu Yönergenin 2. maddesinde reklam tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre "reklam, bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak gayri menkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin satışını arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım anlamına gelir." Bu tanımlamada daha çok reklamın amacı üzerinde durulmuş ve şekli önemsizdir.

Reklam Kurulu Yönetmeliğindeki tanımlama çok isabetli olmamıştır. Reklam karşılığı mutlaka bir bedel ödenir; ama bunun tanımlamada yer almasının reklamın niteliğini açıklamak açısından önemi yoktur. Kişinin bazı hallerde reklam için bir bedel ödemediği örnekler de düşünülebilir. Yönetmeliğin daha çok medya aracılığı ile yapılan reklamları düşünerek bu tanımla yaptığı anlaşılıyor. Reklam araçları sadece medya ile sınırlı değildir. Yaratıcı insan zekası çok çeşitli reklam vasıtaları bulmaktadır.

Reklam her şeyden önce belirli ve çok çeşitli vasıtalarla yapılır.⁴³ Reklamda reklamı yapılanın kim olduğu anlaşılmak zorundadır, aksi halde reklam hedefine ulaşmaz. Reklam topluma en azından bu mala ilgilenen bir kitleye yöneliktir; belirli bir kişi hedef alınmaz. Dolayısıyla yüz yüze satışlarda malın tanıtımı reklam olarak kabul edilemez.⁴⁴ Reklamın amacı bir mal veya hizmetin veya ticari bir düşüncenin ilgilenmesi muhtemel kişilere tanıtılmasıdır.

2.1.2. Reklamın Hukuki Mahiyeti

Reklam bir mal veya hizmetin satın alınmasını sağlama amacına yönelik olarak yapılır. Dolayısıyla reklamı yapan ile bu malla ilgilenen kişi arasında bir hukuki işlemin, bir sözleşmenin yapılmasına yol açmaktadır. Sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla ta-

⁴² 84/450/AET sayılı ve 10 Eylül 1984 tarihli Yönerge 19.9.1984 tarihli O.J. No L 250/17 (Topluluk Resmi Gazetesinde) yayınlanmıştır.

⁴³ GÖLE, Celal; Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1983 s. 35

⁴⁴ GÖLE; s. 37, Ticaret Ve Sanayi Bakanlığının " Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ"inin Kapsam başlıklı 2. maddesinde bu vasıtalar şu şekilde sayılmıştır. Kanunun 16. maddesindeki hükümler ile bu tebliğde belirtilen ilkeler, gerçek ve tüzel kişi olarak reklam veren, reklam ajansı, reklamcı, mecra kuruluşları, basın, radyo, sinema, açık hava ana mecraları ile satış geliştirme (promosyon) , doğrudan postalama (direct mail) doğrudan satış ve pazarlama, taksitli, kampanyalı, kapıdan satış yöntemlerinin gerektirdiği reklamları ve satış yeri tanıtım malzemesi, ambalaj, el ilanı gibi destek reklam araçlarını kapsar.

mam olur. Bu iradelerden önce açıklanana icap, sonra açıklana ise kabul denmektedir. Bu itibarla reklam yapanın iradesinin sözleşmede daha önce açıklandığı düşünülerek reklamın bir icap olabileceği düşünülebilir.⁴⁵ Ancak bir iradenin icap olarak kabul edilebilmesi için çeşitli koşullar aranır. Her şeyden önce açıklanan iradenin akdin esaslı unsurlarını içermesi ve ciddi olması gerekir. Eğer açıklanan irade icabın unsurlarını taşııyorsa buna icaba davet denir. BK'nın 8. maddesi tarife ve cari fiyat gönderilmesini icap olarak kabul etmemektedir. Ancak fiyat göstererek bir malın teşhir edilmesini ise kural olarak icap kabul etmiştir. İcap ve icaba davetin anlamı karşı tarafı bir sözleşme yapmaya davet etmektir.⁴⁶ Reklam da karşı tarafı teşkil edebilecek kişileri sözleşme yapmaya davet etmek amacını taşıdığı için hukuki niteliği itibariyle icap veya icaba davet olma ihtimali akla gelmektedir. Eğer reklamda bir sözleşmenin yapılması için gerekli tüm esaslı unsurlar varsa ve karşı tarafın sadece bunu kabulü ile sözleşmenin hüküm ifade etmesi mümkün ise bu reklamın bir icap olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak genellikle reklamlarda aşırı abartmalara yer verilmesi, reklamı yapanın genellikle satıcı değil üretici veya genel dağıtıcı olması, yani sözleşmenin doğrudan doğruya tarafını teşkil edecek olan kişi olmaması, reklamın icaptan çok icaba davet olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.⁴⁷ Bununla ilgili tüm kişiler sözleşme yapmak için görüşmeye davet edilmektedir.

Reklam icap veya icaba davet olabileceği gibi bazen ilan suretiyle vaad, bazen de piyango niteliğini de kazanabilir.⁴⁸ Her olayın somut koşullarına göre ayrı ayrı incelenmesi ve reklamın hukuki mahiyetinin ne olduğuna ona göre karar verilmesi gerekmektedir.

2.2. ALDATICI REKLAM KAVRAMI VE BU KONUDAKİ DÜZENLEMELER

2.2.1. Genel Olarak

Aldatıcı reklam kullanan kimse rakiplerine nazaran müşterileri üzerinde emeğinin neticesi olmayan, layık olmadığı bir tesir temin etmeye ça-

⁴⁵ GÖLE; s. 44, ADAK, Agah; "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi Ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet" Adana İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 1975 S.4 s. 362

⁴⁶ GÖLE; s. 44

⁴⁷ GÖLE; s. 45, ADAK; s. 362

⁴⁸ GÖLE; s. 45, ADAK; s. 362-363

lıymış olur. Bu nedenle, aldatıcı reklamlardan rakipler yanında asıl menfaatleri zarar görenler müşterilerdir.⁴⁹

Aldatıcı reklamın kapsamlı bir tanımı hukukumuzda verilmiş değildir. Yukarıda bahsettiğimiz Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde aldatıcı reklam da tanımlanmıştır. Buna göre "Mizansenin de dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltıcı olan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği nedeniyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri nedeniyle bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir."

Görüldüğü gibi Konsey Yönergesi bir reklam nedeniyle fiilen zararın doğmuş olmasını değil doğma ihtimalinin varlığını, tüketicinin yanıltılması ihtimalinin varlığını dahi aldatıcı reklam kabul etmiştir. Ancak tüketicinin yanıltılması ihtimali başka bir unsurla desteklenmiştir; reklamın bu niteliği nedeniyle tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileme ihtimali de aranmıştır. Yani abartılı olduğu açıkça belli olan ve bu nedenle tüketicinin pazar davranışlarını etkilemeyecek olan bir reklam aldatıcı sayılmayacaktır.

Türk hukukunda aldatıcı reklamların ilgili olabileceği çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların en başında BK 57. maddesi ve TTK 54 vd maddeler yer almaktadır. BK ve TTK hükümleri genel olarak haksız rekabeti düzenlemektedirler. Bunlardan başka, 1930 yılında yürürlüğe giren 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu 187. maddesinde, 1928 yılında yürürlüğe giren 1262 sayılı İспенçiyari Tıbbi Müstahzarlar Kanunda, 1963 tarihli ve 308 sayılı Tohumlukların Tescil, Kontrol ve Sertifikasyonu Hakkındaki Kanunda, 1981 tarihli Sermaye Piyasası Kanunda aldatıcı reklamlara ilişkin hükümler bulunmaktadır.⁵⁰ TTK 54 vd. maddelerin genel nitelikte düzenleme getirmiş olması nedeniyle BK 57. maddesinin uygulama alanının pek kalmadığı genellikle kabul edilmektedir.⁵¹ Diğer özel düzenlemeler ise çok

⁴⁹ KARAYALÇIN; s. 459, DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.I.; s. 291

⁵⁰ GÖLE; s. 53 vd.

⁵¹ GÖLE; s. 153, POROY; Ticari İşletme Hukuku; İstanbul 1991 6. bası s. 198, MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku; Ankara 1978 3. bası, Banka Ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s.382, KARAYALÇIN; s.450, ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını Ankara 1993 s.271, DOMANIÇ, TTK, ile BK. arasındaki ahenksizliğe rağmen BK. 48. maddesinin uygulama alanlarının olabileceğini düşünmektedir. DOMANIÇ, Hayri; Ticaret Hukukunun Genel Esasları; İstanbul 1988 s. 242vd. BK. 48. maddesi şu şekildedir: "Haksız rekabet madde 48- Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayyir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut, bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

dar alanları kapsamaktadır. Bu nedenle burada kısaca TTK açısından aldatıcı reklam üzerinde durularak daha sonra TKHK'nın getirdiği düzenlemeler incelenecektir.

2.2.2. Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Aldatıcı Reklam

2.2.2.1. Genel Olarak

TTK 54 vd maddeleri haksız rekabeti düzenlemiştir. 54. madde genel bir tanım getirmiştir. Buna göre, kipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Bu tanım esasen MK'nın 2. maddesinin özellikle rekabet alanındaki görünümünden ibarettir.⁵² 55. maddede ise özellikle ne gibi davranışların iyi niyet kurallarına aykırı sayılacağı liste halinde ve örnek kabilinden olmak üzere sayılmıştır. 55.maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışların haksız rekabet hallerinden olduğu ifade edilmiş, alt bentlerde yanıltıcı açıklamalar ile başkalarını, onların mallarını, iş ürünlerini veya faaliyetlerini kötülemek; kendisini veya üçüncü bir kişiyi rekabette öne geçirmek haksız rekabetin özel görünümünden sayılmıştır.

Demek ki TTK açısından bir reklam yanlış veya yanıltıcı ise aldatıcı reklam sayılır. Bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında bu iki kıstas aranacaktır. Eğer bir reklam yanlış ise aldatıcıdır. Eğer bir reklam yanlış değilse, ama yanıltıcı unsurlar taşıyorsa yine aldatıcı reklam olarak kabul edilecektir.

Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur."

Bu hüküm tüketicilere dava imkanı vermediği için de konumuz açısından önemli değildir.

⁵² Bu nedenle TTK. 56. maddesinin gereksiz olduğu dahi savunulmuştur. Bu konudaki tartışmalar için bkz. MOROĞLU, Erdoğan; "Karşılaştırmalı Reklamlar Ve Yargıtay Kararları" Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11 13-14 Mayıs 1994, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını tebliğin tartışmalar kısmı s. 26

⁵⁶ GÖLE; s. 62

2.2.2.2. Aldatıcı Reklamın Unsurları

2.2.2.2.1. Yanlış Reklam

Yanlış bir reklam esas itibarıyla aldatıcıdır.⁵⁶ Ancak bazı hallerde reklam yanlış olduğu halde aldatıcı kabul edilmeyebilir.⁵⁷ Çünkü bazı hallerde reklamın yanlışlığı herkesçe bilinebilecek şekilde yapılır. Her reklamda bir miktar abartma olmakla birlikte bazı reklamlarda o kadar barizdir ki buna hiç kimse inanmaz. Örneğin bu yağ o kadar hafiftir ki bunu kullanırsanız uçarsınız. Bu reklamdaki yanlışlık açıkça abartı sınırları içinde kaldığı için bu reklam aldatıcı sayılmayacaktır.⁵⁸ Ancak abartı olduğu anlaşılamayacak şekilde gerçeğe aykırı bilgiler verilmesi aldatıcı reklam teşkil eder. Örneğin işletmenin kuruluş tarihinin gereğe uymaması, satılan malın menşinin doğru olarak yazılmaması, bir tacirin gerçeğe aykırı olarak piyasanın en eskisi ve en tecrübeli olduğunu iddia etmesi, gazete veya diğer yayınların baskı adedinin fazla gösterilmesi.⁵⁹

2.2.2.2.2. Yanıltıcı Reklam

Bir reklamın lafzen doğru olması, onun aldatıcı olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmez.⁶⁰ Reklamdaki lafzı, reklamdaki vaad ve gösterinin desteklemesi ve reklamın tüketiciyi ilgilendirecek esaslı bazı noktaları belirtmeyi ihmal etmemesi gerekir. Eğer, reklamdaki ifade ile reklamdaki vaad arasında bir ilişki yoksa ve ifade, vaadi kanıtlamıyorsa o reklamı yanıltıcı olarak kabul edebiliriz.⁶¹ Reklamdaki gösterinin, reklamdaki lafzı ifadeyi desteklemediği hallerde yanıltıcı reklamdan bahsedilebilir.⁶² Bir reklamdaki

⁵⁷ Sanayi Ve Ticaret Bakanlığının "Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ" (TRKGM-95/142-143) (bundan böyle sadece "tebliğ" olarak anılacaktır) 4. maddesini a bendinde reklamların yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olması zorunlu tutulmuştur. Burada "gerçekçi" sözcüğünün anlamı belirli değildir. Bundan "doğru" olmak dışında başka bir şey kastedilmiş, özellikle reklamlarda abartı kullanılması yasaklanmış olarak kabul edilemez. Aksi halde reklamcılık önemli bir darbe almış olur çünkü her reklamda bir ölçüde abartma olur.

⁵⁸ ADAK; s. 363, daha fazla örnek için bkz. GÖLE; s. 63vd.

⁵⁹ ÖCAL; s. 99

⁶⁰ GÖLE; s. 67

⁶¹ GÖLE; s. 67, unlu besin maddeleri reklamında, radyoda geri planda tavuk gıdıklamasının kullanılması, bu besinlerde taze yumurtanın kullanıldığı izlenimini vermektedir. Oysa ki aslında üretimde taze yumurta değil yumurta unu kullanılmaktadır. Bu durumda reklam aldatıcı kabul edilmiştir.

⁶² GÖLE; s. 68, bir otomobil boyasının soğuğa ve sıcağa dayanıklı olduğunun gösterilmesi için otomobil üzerinde benzin yakıldığını buna karşın boyanın bozulmadığını gösteren bir reklam, benzinin 5

lafzı açıdan doğru olan ifade tüketici açısından önemli sayılacak yeterli bilgileri ve gerekli açıklamaları kapsamadığı hallerde de o reklam yanıltıcı dolayısıyla aldatıcı olarak kabul edilebilir.⁶³

Bazı hallerde reklamın lafzının birden fazla anlamı olabilir; bu gibi durumlarda anlamlardan birinin yanıltıcı olması halinde reklam aldatıcı reklam olarak kabul edilebilir.⁶⁴ Aynı şekilde reklamlarda kullanılan belirsiz ifadeler de tüketiciyi yanıltabilir. Bu nedenle tüm reklam, kelimeleri, resimleri ve anlamı ile tüketici için anlaşılır olmalıdır.⁶⁵

2.2.2.2.3. Aldatma Kabiliyeti

Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması gerekir. Hiçbir tüketiciyi aldatamayacak derecede abartılı olan reklamlar aldatıcı reklam olarak kabul edilemez. Bu nedenle tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin varlığı aranmalıdır. Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için yalnız bir tüketicinin aldanmış olması yeterli midir? Yoksa tüketicilerin ne kadarının aldanmış olması gerekir? Bu konuda kesin kıstaslar koymak mümkün değildir. Her reklam belli kitleyi hedef almaktadır; bazı reklamlar sadece çocukları, bazıları sadece yetişkin kadınları, bazıları ev hanımlarını, bazıları ise belli meslekten olan insanları hedef almaktadır. Bu duruma göre hangi kişilerin aldanması veya aldanma ihtimali göz önüne alınacaktır?

Konsey Yönergesinde açıkça, "yöneltildiği veya ulaştığı kişileri aldatıcı veya aldatması ihtimali olan" ibaresi kullanılarak bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında sadece yöneltildiği, hedef kitleyi, değil ulaştığı herhangi kişileri aldatan veya aldatıcı olan kıstasının uygulanması gerektiğini belirtmiş olmaktadır.

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının saptanmasında esas itibariyle ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin göz önüne alınması ve

saniyede boyaya zarar verebilecek kadar ısı vermeyeceğinin kanıtlanması halinde aldatıcı kabul edilebilir.

⁶³ GÖLE; s. 70, Örneğin bir ekmek reklamında, reklamı yapılan ekmeğin çocukların büyümeleri için gerekli olan mineral ve vitaminleri kapsadığı iddiası, lafzi açıdan geçerli olabilir. Ancak bu ekmeğin kapsadığı vitamin ve mineraller, piyasaya sürülen diğer tüm ekmeklerde asgari standart olarak bulunuyorsa, bu reklamı da aldatıcı olarak kabul etmek mümkündür.

⁶⁴ GÖLE; s. 70

⁶⁵ GÖLE; s. 72, Tebliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında Tebliğde yer alan ilkelerin reklamların içerdiği sözlü ve yazılı kelimeler, sayılar, görsel sunumlar, müzik ve ses efektleri dahil olmak üzere reklamın tüm içeriğine uygulanacağını belirtmektedir.

reklamın bu kişiler açısından aldatıcı olup olmadığının belirlenmesi gerekir.⁶⁶ Aksi halde, örneğin bilgisiz saf bir tüketici esas alınırsa neredeyse tüm reklamlar aldatıcı sayılarak yasaklanabilir.⁶⁷

Konsey Yönergesi bir reklamın aldatıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde tüm niteliklerinin dikkate alınması gerektiğini özellikle belirli konulardaki içerdiği bilgilerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre bir reklamdaki şu konulardaki bilgilerin, onun aldatıcı olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerekir. Mal ve hizmete ulaşma kolaylıkları, cinsi, yapılışı, bileşimi, üretim yöntemi ve tarihi, özellikleri, coğrafi veya ticari menşei, kullanım amacına uygunluğu, kullanımından beklenebilecek sonuçlar, test ve deneme sonuçları, fiyat veya fiyatın tespitine ilişkin bilgiler, reklam yapanın kimliğine, mali durumuna, sahip olduğu haklar ve aldığı ödül ve payeler hakkındaki bilgiler.⁶⁸

2.2.3. TKHK'da Reklamlarla İlgili Düzenlemeler

2.2.3.1. Genel Olarak

TKHK'da reklamlarla ilgili iki madde bulunmaktadır. 16. madde "Ticari Reklam ve İlanlar" başlığını taşımaktadır. Bu itibarla 16. maddenin, sadece aldatıcı reklamları düzenlediğini ileri sürmek zordur. 16. madde tüm ticari reklamlar hakkında genel ilkeler koymaktadır.

4822 sayılı Kanun ile değişik 16. maddeye göre;

"Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır."

"Tüketicii aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz."

⁶⁶ Nitekim Tebliğ, 4. maddenin (e) bendinde "ortalama reklam izleyicisi", 15. maddenin (f) bendinde "ortalama bir çocuk" kıstasları kullanılmıştır.

⁶⁷ GÖLE; s. 74

⁶⁸ Tebliğ'in 6. maddesinin (d) bendinde de benzer bir düzenleme getirilerek belirli konulardaki bilgilerin doğru olması gereği belirtilmiştir.

“Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.”

“Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatlamakla yükümlüdür.”

“Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler.”

4822 sayılı kanun öncesinde, 16. madde iki fıkradan ibaretti. Şimdi üç yeni fıkra daha eklenmiştir. Ayrıca ilk iki fıkraya da eklemeler yapılmıştır. İlk fıkraya, **“Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere”**, **“kamu düzenine”** ve **“kişilik haklarına”** aykırı olmama ilkeleri de eklenmiştir. İkinci fıkraya ise **“örtülü reklam yapılamaz”** ilkesi eklenmiştir.

Burada, görüldüğü gibi, önce bir genel ilke getirilmiş, ikinci fıkra da bazı reklamlar yasaklanmıştır. Yasaklanan reklamlar şunlardır; aldatıcı reklamlar, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşüren reklamlar, zayıf insanları istismar edici reklamlar, örtülü reklamlar. Bunlar aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

Yeni eklenen üçüncü fıkra ile rakip firmaların karşılaştırmalı reklam yapması serbest bırakılmaktadır.

Dördüncü fıkra ile reklamda yer alan somut iddiaları ispat etme yükümlülüğü getirilmiştir. İspat yükümlülüğü reklam verene aittir.

Beşinci fıkra ile sorumlular çevresi gösterilmektedir. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları, 16. madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Bu, şu anlama da gelmektedir; bu maddenin ihlali halinde uygulanacak para cezası dahil tüm yaptırımlar, sadece reklam verene değil, mecra kuruluşları ve reklamcılara da uygulanabilecektir.

TRHK'da reklamlarla ilgili diğer bir hüküm, 17. maddede yer almaktadır. Bu madde uyarınca; "ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, 16. madde hükümlerine aykırı reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, aynı yöntemle düzeltme ve para cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Reklam Kurulu bu yaptırımların bir veya birkaçını birlikte uygulayabilir. Reklam Kurulu kararları Bakanlıkça uygulanır. " Reklam Kurulu'nun kuruluşu, işleyişi ve görev ve yetkileri son bölümde incelenecektir. Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri tespit ederek Bakanlığa göndermiş, Bakanlık da bunları 21 Aralık 1995 tarihli Resmi Gazete ile TRKGM-95/142-143 sayılı Tebliğ olarak yayınlamış bulunmaktadır. Bu

tebliğ, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik (Reklam İlkeleri Yönetmeliği) ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁶⁹

2.2.3.2. Ticari Reklamlarda Uyulması Gereken Genel İlkeler

2.2.3.2.1. Genel Olarak

TKHK 16. maddesine göre, ticari reklam ve ilanların uyması gereken genel ilke belirtilmiştir. Buna göre **"Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır."**

Burada dikkat edilecek olursa, bir reklamın kanuna ve ahlaka uygun olması zaten bir genel hukuk kuralının tekrarı niteliğindedir. BK'nın 26. ve 27. maddelerinde yer alan ve akitlerle ilgili bu ilke, reklamlarla ilgili olarak da kabul edilmiş olmaktadır. Burada 26 ve 27. maddelerde yer alan kişisel haklara aykırı olmama ilkesinin açıkça yer almaması bir eksikliktir. Tabi ki, kişilik hakları MK hükümlerince korunduğu için, kişilik haklarını ihlal eden reklam yapılamaz; ancak bunu önleyecek olan kamu gücü değildir. Hakları ihlal edilen kişi bizzat bu reklamları durdurabilir; yayınlanmamışsa, yayını önleyebilir, böyle bir reklamdan zarar görürse bu zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Ancak, burada düzenlenen hususlar kamu gücünün kullanılmasını da gerektirmektedir, bu nedenle reklam ve ilanların ulaştığı nokta dikkate alındığında MK hükümlerinin yetersiz olduğunu, kişilik haklarının burada da sayılması gerektiğini belirtmek gerekir. Bu eksiklik 4822 sayılı TKHK ile tamamlanmıştır. 16. maddenin birinci fıkrasına reklam ve ilanların kişilik haklarına uygun olması gerektiği ilkesi eklenmiştir.

Yine 4822 sayılı Kanun ile, reklam ve ilanların kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği yolunda bir değişiklik yapılmıştır. Kamu düzeni belirsiz bir kavramdır. Bu gibi belirsiz kavramların kanunda yer alması sektörün huzursuz olmasına sebep olacaktır, yasal belirlilik ve güvenlik ilkesine aykırıdır. Öte yandan uygulamacılara, sınırları belli olmayan yetkiler vermesi nedeniyle de her zaman keyfiliğe yol açabilecektir.

Yine 4822 sayılı Kanun ile, 16. maddeye Reklam Kurulu'na belirlenen ilkelere uygun davranılması gereği de eklenmiştir. Bunun çok pratik bir sebebi bulunmaktadır. Para cezalarına ilişkin hükümler Reklam Ku-

⁶⁹ 14.06.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olan "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik" ekler arasında verilmiştir.

rul'nun tespit ettiği ilkelere atıf yapmamakta, sadece 16. maddeye atıf yapmakta idi, bu nedenle Reklam Kurulu tarafından tespit edilen ilkelere aykırılık halinde para cezası uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkabilecek idi. Bu değişiklik ile Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkelere aykırılık halinde de para cezası ve diğer yaptırımların uygulanmasında her hangi bir tereddüt kalmayacaktır.

Kanuna aykırılık nispeten somut bir ilke olduğu için kolayca saptanabilir. Bir reklamın doğru olup olmadığı da çoğu zaman somut bazı verilerle kanıtlanabilir. Ancak ahlaka aykırılık ve dürüstlük ilkeleri için aynı şeyi söylemek zordur; burada işin içine etik karışmaktadır. Bu kıstasları saptayacak olan hakimin dünya görüşü, yaşadığı yerdeki ahlak anlayışı ve değer yargıları etkili olacaktır. Görüldüğü gibi 16/1 maddede sayılan ilkeler çok genel, somut olarak uygulanmasında değer yargılarına ve hakimin takdirine büyük ölçüde yer veren ilkelere aittir.

Fakat kanun 17/2. maddesinde, Reklam Kurulu'na ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme görevi vermiştir. Bu ilkeleri saptarken, Reklam Kurulu ülke koşullarının yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları da dikkate alacaktır. Reklam Kurulu iletişim özgürlüğünü esas alarak bu ilkeleri tespit etmiş ve 16. maddede yer alan ilkeleri biraz daha somutlaştırmaya çalışmıştır. Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 5. maddesinde "temel ilkeler", 6. maddesinde "ahlaka uygunluk" ve 7. maddesinde "dürüstlük ve doğruluk" başlığı altında 16. maddede yer alan ilkeler açıklanmaya ve somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinde TTK 54 vd. maddelere giren hususların reklamlar yolu ile işlenmesini yasaklayıcı hükümler bulunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 16. madde ve Reklam İlkeleri Yönetmeliği, sadece aldatici reklamları değil tüm ticari reklam ve ilanları düzenlemektedir.

2.2.3.2.2. Temel İlkeler

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 5. maddesi “Temel İlkeler” başlığı altında çeşitli hususları reklam ve ilanların uyması gereken temel ilke olarak tespit etmiştir. Bunlar 16. maddenin 1. fıkrasında sayılan hususların biraz daha somutlaştırılmış şeklidir. Buna göre: **“Ticari reklam ve ilânlarda, aşağıda belirtilen temel ilkeler esas alınır.**

- a) Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır.**

- b) Her reklam ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkele-
rine uygun olmalıdır.
- c) Reklamlar, güvenlik kurallarının gözetilmediği ve insan gü-
venliği açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durum-
larla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içeremez.
- d) Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın
"reklam" olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam haber ve
yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, "rek-
lam" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü
reklam yapılamaz.
- e) Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile
reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundu-
rularak hazırlanır. Reklamdaki ana vaadin istisnası niteli-
ğindeki ifade ve/veya görüntülerin;
 - 1) Yazılı mecralarda, okunabilir büyüklükte yazılarak,
 - 2) Görsel mecralarda, yalnızca sözle ve/veya okunabilirliğini
sağlamak şartıyla yazılı olarak,
 - 3) Sözlü mecralarda, anlaşılabilir biçimde okunarak belir-
tilmesi zorunludur.
- f) Reklamlar, insan onurunu zedeleyici biçimde yapılmamalıdır.
- g) Reklamlar, kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılamaz.
- h) Reklamlar, önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel veya
sosyal hayatını gösteremez ya da anlatamaz. Reklamlarda,
hiç kimsenin özel mülkü, önceden izin alınmadan bir kişisel
onay etkisi yansıtacak şekilde görüntülenemez veya belirtile-
mez.
- i) Reklamlar, kamu düzenini bozucu nitelikte olamaz; şiddet ha-
reketlerine yol açıcı, göz yumucu, özendirici veya destekleyici
unsurlar içeremez; yasadışı veya kınanacak davranışları ce-
saretlendiremez.
- j) Reklamlar, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete
dayalı ayrımcılık üzerine kurulamaz, ayrımcılığı destekleye-
mez, kötüleme içeremez, istismar edemez”.

2.2.3.2.3. Ahlaka Uygunluk

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ahlaka uygunluk kişisel değer yargılarına fazlaca yer veren bir kavramdır. Ancak, Reklam Kurulu'nun oluşum şekli bu konuda çıkabilecek çelişkili durumları çözebilecek niteliktedir. Ayrıca Reklam İlkeleri Yönetmeliği ile ahlaka aykırılık halleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Buna göre; **“Reklamlar, ahlaka uygunluk açısından aşağıdaki hususlara aykırı olamaz.**

- a. Genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içerebilir.**
- b. Cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifadeler ya da görüntüler taşıyamaz.**
- c. Korku ve batıl inançlar istismar edilemez.**
- d. Toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürllülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılamaz.**
- e. Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadeler yer verilemez.”**

Daha önceki Reklam İlkeleri Tebliğinde korku ve batıl inançların reklamlarda yer alamayacağı belirtiliyordu, şimdi ise “istismar edilemeyeceği” belirtilmektedir. Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadeler yer verilemez ilkesi ise yeni eklenmiştir. Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin, reklamların temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinin (a) bendinde de ahlaka aykırı olmama ilkesi bir kez daha vurgulanmaktadır.

2.2.3.2.4. Dürüstlük ve Doğruluk

Reklamların dürüst ve doğru olması, Kanun'un 16. maddesinde belirtildiği gibi, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 7. maddesinin başlığı da “Dürüstlük ve Doğruluktur”. Doğruluk ve dürüstlük kuralı özel hukukumuzun en temel kurallarındandır. Somut bir ilkedir. Genel esası MK'nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük ve doğruluk ilkelerine uygun davranmak zorundadır. Doğruluk ve dürüstlüğün kıstası ise kişiden kişiye göre değişmez, ortalama bir insanın davranış biçimi genel kıstas olarak kabul edilir. Rekabet hakkı da anayasal bir haktır. Ancak bu hakkın da diğer haklar gibi dürüstlük ve doğruluk ilkelerine uygun bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Nitekim Kanun'un 16. maddesinde bu ilke belirtilmiş, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin temel ilke-

ler başlıklı 5. maddesinin (a) bendinde de vurgulanmış ve aynı yönetmeliğin 7. maddesinde de aynı başlık altında düzenlenmiştir. Daha önceki, Reklam İlkeleri Tebliğinde reklamların dürüst ve doğru olması yanında bir de gerçekçi olması isteniyordu ancak, reklamların abartı sanatı üzerine kurulu olduğu düşünülecek olursa bunun çıkarılmış olmasının isabetli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 7. maddesine göre; **“Reklamların aşağıda belirtilen hususlara göre doğru ve dürüst olması esastır.**

- a) Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamaz.
- b) Çok kısa sürelerde imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak ya da yapılarını, izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz.
- c) Reklamlar, özellikle aşağıda belirtilen konularda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez. Bunlar;
 - 1) Malın yapısını, bileşimini, üretim yöntemi ve tarihini, amaca uygunluğunu, kullanım alanları ve imkanlarını, verim ve performansını, miktarını, ticari ya da coğrafi veya jeolojik kökeni, çevreye etkisi gibi özelliklerini,
 - 2) Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatını,
 - 3) Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartlarını,
 - 4) Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, bakım ve onarım şartlarını,
 - 5) Telif haklarını; patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi sınai mülkiyet haklarını ve ticaret unvanlarını,
 - 6) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller ve diplomalarını,
 - 7) Sosyal amaçlı yardımları,
 - 8) Hizmetlerin niteliklerini kapsar.

- d) Reklamlarda, alıcının satın alma işleminden doğan mevcut yasal haklarının fazlasını sağlamayan bir garantiye yer verilemez. Ancak, garantinin ayrıntılı şartları ve alıcının zararını karşılayıcı önlemler açık biçimde reklamlarda belirtildiği, ya da alıcı bu bilgileri satış yerinde yazılı olarak veya mal ile birlikte sağlayabildiği takdirde, "garanti", "garantili", "teminat", "teminat altında" veya aynı anlamı taşıyan başka kelimeler kullanılabilir.
- e) Kira yoluyla satış, taksitle veya diğer tüketici kredisiyle satış şartlarını içeren, reklamlar, malın peşin fiyatı, teminat, ödeme takvimi, faiz oranı, malların toplam maliyeti ya da diğer satış şartları konusunda yanlış anlamaya yer verecek biçimde sunulamaz.
- f) Kredi vermeye ilişkin reklamlarda, kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar ya da aranan diğer özellikler, geri ödeme koşulları, gerçek faiz ödemeleri ve olası diğer ödentiler konusunda tüketiciyi yanıltabilecek türde hiçbir ifade yer almaz.f) (Değişik - R.G.: 21.3.2009 - 27176 / m.1) Kredi hizmetlerine ilişkin reklamlarda, kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar ya da aranan diğer özellikler ve geri ödeme koşulları hususlarında tüketiciyi yanıltabilecek ifadeler yer verilemez. Reklamlarda kredinin faiz oranına yer verilmesi durumunda; noter masrafları hariç olmak üzere, sözleşmesel faiz, vergi ve varsa sigorta primi tutarları, kredi sözleşmesine ilişkin yardımcı hizmet giderleri ve değişik isimler altında alınan her türlü masraflar dahil, tüketicinin ödemesi gereken toplam maliyetin aylık ve yıllık yüzde değeri olarak açık ve anlaşılır bir biçimde belirtilmesi zorunludur.
- g) Reklamlar, araştırma sonuçlarını veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntılarını çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılamaz.
- h) Zehirli, yanıcı, parlayıcı ya da patlayıcı olan malların taşıdığı tehlike ve risklerin, tüketicinin ve çevrenin güvenliği açısından

dan, ambalaj ve/veya tanıtma ve kullanma kılavuzlarında açıkça belirtilmesi zorunludur”.

Bu ilkeler eski düzenlemede de aynen vardı, ufak tefek kelime değişiklikleri yanında bir hüküm çıkarılmış, bir hüküm eklenmiştir. Eski düzenlemede “tasarruf edenlere ve yatırımcılara” yönelik reklamlarla ilgili bir düzenleme vardı, bu çıkarılmıştır. Bunun yerine mahiyeti icabı tehlikeli olan mallarla ilgili uyarı yapma zorunluluğu getiren bir fıkra eklenmiştir. Ambalaj ve tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alması gereken bu uyarının, reklamlarla ilgisinin ne olduğu çok açık bir şekilde anlaşılamamaktadır.

2.2.3.2.5. Satış Özendirici Reklamlar

Bu başlık altında düzenlenen konular daha çok “promosyonlu satışlarla” ilgilidir. Promosyonlu satışlarla ilgili olarak özellikle, süreli yayınların yaptığı promosyonları düzenleyen, Kanun’un 11. maddesi çerçevesinde gerekli açıklamalar yapılacaktır. Ancak burada şu kadarını belirtelim ki Reklam İlkeleri Yönetmeliğinde düzenlenen hususlar süreli yayınlarla sınırlı değildir. Daha geniş bir alan düzenlenmektedir. Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 8. maddesinde yer alan bu düzenlemeden, satış özendirici reklamın, “mal ve hizmetlere yönelik pazarlama tekniklerini uygulamak ve yarışmalar düzenlemek suretiyle yapılan satışlarla” ilgili reklamlar olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu tanımlama içine her reklamın girmesi mümkündür. Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan bu hüküm şu şekildedir; **“Mal veya hizmetlere yönelik pazarlama tekniklerini uygulamak veya yarışmalar düzenlemek suretiyle yapılan satışları özendirici reklamlarda:**

- a) Reklamı yapılan mal veya hizmetlerin satın alınması halinde müşteriye ayrıca hediye mal veya hizmetlerin veya ikramiyelerin de verileceği belirtiliyorsa, hediyeli veya ikramiyeli mal veya hizmetlerin piyasa değeri ve bunun uygulanma süresinin açıklanması, hediye mal veya hizmetlerin veya ikramiyelerin verilmesine ilişkin reklam veya ilânda süre ile ilgili açıklamanın dışında herhangi bir koşulun ileri sürülmemesi,
- b) Reklamı yapılan mal veya hizmetlere ait belli sayıda kupon, etiket, kapak veya benzeri unsurların biriktirilip piyango veya ikramiye çekilişine katılma hakkını veren pazarlama tekniklerinin duyurulması halinde, promosyon süresi, ikramiye çekiliş sonuçlarının duyuruluş şekli, malın teslimi ile hizmetin yerine getirilme tarihinin açıklanması,

- c) **Reklamı yapılan mal veya hizmetlerle birlikte karşılıksız olarak verilen mal veya hizmetlerin ya da ikramiyelerin gerçek durumu yansıtması ya da taahhüt edilenden farklı olmaması, gerekir.”**

2.2.3.2.6. Doğrudan Satış Reklamları

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 9. maddesi “Doğrudan Satış Reklamları” başlığını taşımaktadır. 10 maddede ise sipariş edilmeden gönderilen mallarla ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeler daha çok kanunun 9/A maddesinde yer alan mesafeli satışlarla ilgilidir. Bu nedenle gerekli açıklamalar ilgili bölümde yer almıştır. Burada mesafeli satışların reklamları ile ilgili olarak getirilen düzenlemeler yer almakta, 10. maddede ise, çeşitli ülke kanunlarında düzenlenen ancak 4077 sayılı Kanun’da yer almayan, sipariş edilmeden gönderilen mallara ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu son düzenleme sadece reklamını değil konunun kendisini de ilk defa düzenlemiş olmaktadır.

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 9. maddesine göre, doğrudan satış reklamları **“Reklamı yapılan mal veya hizmetlerin alım satımının, kiralanmasının reklama cevap veren kişinin adresinde gerçekleştirileceği veya sağlanacağı mesajını veren”** reklamlardır.

Bu gibi reklamlarda şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir:

- “a) Reklama konu olan mal veya hizmetin, reklama cevap veren adresine ulaştırılacağı belirtilmesi,**
- b) Reklama konu olan mal veya hizmetin tanımının yapılması ve fonksiyonlarının ve satış fiyatının açıklanması,**
- c) Reklama cevap verenin, satış temsilcilerinin adresine getirdikleri mal veya hizmeti geri çevirme hakkı olduğunun belirtilmesi,**

zorunludur.”

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 10 maddesi ise, yine tüketicinin adresine gönderilen ancak tüketicinin sipariş etmediği mallarla ilgili bir düzenleme getirmektedir. Tüketicinin sipariş etmediği malı göndererek, malı reddetmediği ya da geri yollamadığı takdirde parasını ödemek zorunda kalacağına dair reklam yapılamayacağı bu hükümle belirtilmektedir. Yabancı hukuklarda bu gibi durumlarda tüketicinin, bu malı kabule zorunlu olmadığı, sessiz kalmasının kabul anlamına gelmeyeceği, bu malın saklanması veya geri gönderilmesinden sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. 10. madde

hükmünden dolayı olarak, aynı sonuçlara ulaşma imkanı bulunmaktadır. Bu konuda bir düzenlemenin kanunda yer alması daha uygun olurdu.

Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin “**Sipariş Edilmeden Gönderilen Mallar**” başlığını taşıyan 10. maddesine göre; “Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz.”

2.2.3.2.7. Karşılaştırmalı Reklamlar

4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun’un 16. maddesine rakiplerle karşılaştırmalı reklam yapılmasının serbest olduğunu belirleyen bir hüküm eklenmiştir. Buna göre; “**Aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.**” Önceki Reklam İlkeleri Tebliği’nin 9. maddesinde de bu olanak açıkça düzenlenmişti.

Reklam İlkeleri Yönetmeliği’nin 11. maddesi de “Karşılaştırmalı Reklamlar” başlığını taşımaktadır. Buna göre karşılaştırmalı reklamların uyması gereken kurallar şunlardır:

- “a) **Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,**
- b) **Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,**
- c) **Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir.”**

Önceki düzenlemede, rakiplerin kimliği belli olacak şekilde karşılaştırmalı reklam yapmak açık bir biçimde yasaklanmamıştı. Ancak, yukarıda (a) bendinde de anlaşıldığı gibi biraz dolambaçlı bir ifade ile de olsa rakiplerin “mal, hizmet veya marka adının” belirtilmemesi gerekmektedir. Örneğin rakibin ticaret unvanı veya işletme adı bu sayılanlara girmemektedir, bu durumda mukayeseli reklamda rakiplerin ticaret unvanı veya işletme adı belirtilebilecek midir? Kanaatimize göre, Bakanlık, karşılaştırmalı reklamlarda açıkça rakibin gösterilmesini önlemek istemiştir. Açık ifadeler olmasa bile, reklamdaki kiminle karşılaştırma yapıldığı zımnen anlaşılabilirse, bunu da yasaklamak hükmü fazla geniş yorumlamak anlamına gelir. O zaman mukayeseli reklam yasaklanmış sonucu dahi çıkabilir. Kanaatimize böyle bir yasaklama yersizdir. Çünkü reklamda ileri sürülen hususların zaten

kanıtlanması zorunluluğu olduğuna göre, yalan, yanlış veya aldatıcı reklamlar yapılamayacağına göre, isim dahi zikretmenin bir sakıncası olmaması gerekir. Kanunun ifade şekliyle serbestlik getirdiği anlaşıldığı halde, Yönetmelikle yasaklamalar getirilmesinin isabet derecesi de tartışılabilir.

Rakibin ismi belirtilerek yapılan karşılaştırmalı reklamlarla ilgili tereddüt olduğu açıktır. Bu durumda, en azından rakibin uzun süreler çabalararak yarattığı isimden haksız yere yararlanılma sonucunun doğmaması istenmektedir.⁷⁰ Reklam İlkeleri Yönetmeliği de aşağıda inceleyeceğimiz özel düzenlemelerle gerekli tedbirleri almıştır. Bir üreticinin hiç bir yanlış bilgiye yer vermeden, örneğin bir bilimsel tarafsız kuruluşun yapmış olduğu mukayeseli deneyleri, esaslı noktaları da açıklamak suretiyle reklamında kullanması halinde bu tüketicinin aydınlanmasını sağlar; bu nedenle aldatıcı olarak kabul edilmemesi gerekir.⁷¹ Ancak bilimsel araştırma sonuçlarının bir kısmının yanlış anlaşılmalara yol açacak şekilde verilmesi aldatıcı reklam olarak kabul edilir.⁷² Nitekim Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (g) bendine göre; **"Reklamlar araştırma sonuçlarını veya teknik ve bilimsel yayınlardan yapılan alıntılarını çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılamaz."** Aynı şekilde tanıklı reklamlarda da benzer esaslar yer almaktadır. Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 12. maddesine göre; **"Reklamlar, gerçek olmayan ve tanıklığına başvurulmuş kişinin tecrübesine dayanmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer veremez veya atıfta bulunamaz. Geçerliliğini yitiren veya başka nedenlerle uygulanamaz duruma gelen tanıklık ya da onay ifadeleri kullanılamaz."**

Karşılaştırmalı reklamlarda tüketicinin aldatılmasının önlenmesi, rakiplerin isminin istismarının önlenmesi, söylenecek hususların doğru olması zorunluluğu gibi çeşitli tedbirler alınmış olduğuna göre, reklamın tüketicinin bilgilendirilmesi işlevini tam olarak yapabilmesi için rakibin ismini kullanmak gerekiyorsa, kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Bu nedenle, getirilen düzenleme bu yönden uygun olmamıştır.

⁷⁰ ARKAN; s. 276, MOROĞLU; s. 6

⁷¹ GÖLE; s. 83,87vd.

⁷² GÖLE; s. 89

2.2.3.2.8. Reklamlar ve Başka Firmalar

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde haksız rekabet hükümlerine paralel hükümler de yer almış bulunmaktadır. Yönetmelikte yer alan haksız rekabet halleri bakımından Hukuk Mahkemeleri yanında, idari makamların da doğrudan müdahale yetkisine olanak tanınmış olmaktadır. Bu hükümler açısından tüketicinin korunması ikinci planda kalmaktadır. Bu hükümler rakipleri korur duruma geçmiştir. Bu nedenle, tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Şöyle bir durumla karşılaşmak mümkün olabilecektir: Örneğin, kötüleme nedeniyle rakip dava açmadığı halde, Reklam Kurulu reklam yapan firmaya Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin “Kötüleme” başlıklı 14. maddesine uygun davranmadığından para cezası verebilecektir. Ya da, kötülemeye dayalı olarak açılmış bir haksız rekabet davası devam ederken, Reklam Kurulu bir reklamı bu hükme göre yasaklayıp para cezası uygulayabilecektir. Gerçi 25. maddenin son fıkrası çifte cezalandırmayı önleyecek nitelikte ise de, hukuk mahkemesi kararından önce, idari işlemin kesinleşmiş olması halinde 25. maddenin son fıkrası hükümlerine göre, belki de ödenen cezaların geri istenmesi söz konusu olabilecektir. Bu başlık altında incelenmesi gerekli olan üç ayrı hüküm bulunmaktadır. Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 14, 15 ve 16. maddeleri, sırasıyla “kötüleme”, ticari itibardan haksız yararlanma” ve “taklit” başlıklarını taşımaktadırlar. Bu hükümler aşağıdaki gibidir; **“Reklamlar, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir malı veya hizmeti aşağılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez.”**

“Reklamlarda;

- a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz.
- b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamaz.”

“Reklamlar, başka reklamların genel düzenini, metnini, sloganını, görsel sunumunu, müzik ve ses efektlerini ve benzerlerini tüketiciciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak biçimde taklit edemez.”

2.2.3.2.9. Küçüklere Yönelik Reklamlar

Reklam İlkeleri Yönetmeliği çocuklara veya reşit olmayanlara, gençlere yönelik reklamlarla ilgili olarak da bazı kurallar getirmiştir. Buna göre çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik reklamların uyması gereken ilkeler şunlardır: **“Çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik olan veya onları etkileme olasılığı bulunan reklamlar ile içinde çocukların veya reşit olmayan gençlerin kullanıldığı reklamlar;**

- a) Saflıklarını, bilgi eksikliklerini ve tecrübesizliklerini istismar edemez.
- b) Fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz etkileyecek hiçbir ifade ya da görüntü içeremez.
- c) Bir mala veya hizmete sahip olmalarının ya da kullanmalarının veya yararlanmalarının tek başına yaşıtlarına göre fiziksel, sosyal ve psikolojik bir avantaj sağlayacağını veya bu mala veya hizmete sahip olmamanın veya yararlanmamanın aksi yönde bir sonuç yaratacağını ileri sürecek mesajlar içeremez.
- d) Taklit edebilecekleri şiddet unsurlarını taşıyamaz.
- e) Malın veya hizmetin fiyatı veya gerçek değerinin yanlış bir biçimde algılanmasına yol açacak şekilde verilemez. Reklamı yapılan malın veya hizmetin her aile bütçesine uygun olduğunu ifade edemez. Malın veya hizmetin kendilerine alınmasını ya da kiralanmasını sağlamak üzere ana-babalarını veya başkalarını ikna etmelerine yönelik doğrudan bir çağrıyı içeremez.
- f) Malı veya hizmeti kullanmanın veya yararlanmanın gerektirdiği beceriyi, olması gerekenden az gösteremez. Malın veya hizmetin kullanma veya yararlanma sonuçları gösterilir veya tanımlanırken, hedef alınan yaş grubundaki ortalama bir çocuğun veya reşit olmayan bir gencin ulaşabileceği sonucu esas almak zorundadır.
- g) Tehlikeli durumlara sokabilecek veya tanımadıkları kişilerle ilişki kurmaya ya da bilmedikleri veya tehlikeli yerlere girmeye teşvik edebilecek hiçbir ifade ya da görsel sunum veya hemen eyleme yönlendirici, emredici ifadeler içeremez.
- h) Önlem alınmadığı takdirde kendilerinin yahut çevrelerinin sağlığına zarar verebilecek mal veya hizmetlerin reklamları,

gerekli önlemlerin alınmasını sağlayan hatırlatıcı simge ve uyarıları kullanmak zorundadır.

- i) Reklamı yapılan malın gerçek boyutları, değeri, özellikleri, dayanıklılığı ve performansı hakkında yanıltılmalarına neden olabilecek ifade veya görsel sunumlar içermemek; malın kullanımının ek malzeme gerektirmesi halinde ya da gösterilen veya tarif edilen sonucu alabilmek için başka malzemelere gerek duyulması halinde ise, bu durumun açıkça belirtilmesine ilişkin hususları içermek zorundadır.**
- j) Mal veya hizmetlerin satış veya kiralanmaları için sözleşme yapmalarını ima edecek ifadelere yer veremez.**
- k) Kendileri veya çevreleri için tehlikeli araç, gereç ve nesneleri kullanır veya oynarken gösteremez.**
- l) Ana-babalarına, öğretmenlerine veya diğer kişilere duyduğu özel güveni kötüye kullanılmasına yönelik ifade veya görsel sunumlar içeremez. Ana-baba ve öğretmenlerin otoritesini ve sorumluluk duygusunu veya yargılarını yahut zevklerini zayıflatacak veya ortadan kaldıracak biçimde olamaz.**
- m) Ana-babanın çocuklarına yönelik sevgi, şefkat, bağlılık gibi hassasiyetleri istismar edemez.**

Bu tarz detaylı düzenlemeler yapmanın bazen sakıncaları da ortaya çıkabilir. Gençleri ve çocukları reklamların zararlı etkilerinden koruma endişesi, reklam sektörünün gereğinden fazla sınırlandırılması sonucunu da doğurabilir. Örneğin, yukarıdaki hükümlerden, (e) bendinde yer alan her aile bütçesine uygun olduğu ifade edilemez kuralı; (g) bendinde yer alan tanımadıkları kişilerle ilişki kurmaya ve tehlikeli yerlere girmeye teşvik edemez kuralı; (j) bendinde yer alan sözleşme yapmalarını ima edemez kuralı; (l) bendinde yer alan ana-baba ve öğretmenin zevklerini zayıflatamaz kuralı nasıl uygulanacaktır?

Her reklamın amacı, reklamı yapılan malın satışını sağlamaktır. Bu da sözleşmeler yapmak suretiyle olur. Tehlikeli yer ne demektir, özellikle sosyal bakımdan tehlike anlayışı herkese göre değişir, tanımadığımız kişiler ile ilişki ne demektir, örneğin, reklamda bir çocuğun, tanımadığı bir yaşlı ya da kör kişiyi karşıdan karşıya geçirse bu tanımadığımız kişilerle ilişki anlamına gelir mi? Ülkemizdeki tüm ana-babaların ve öğretmenlerin zevkleri aynıdır. Örneğin, klasik müzik veya arabesk müzik dinlemeyi aşığılayan bir reklam, klasik müzik veya arabesk müzik dinleyen ana-baba veya öğretmenlerin zevklerini zayıflatmak olarak yorumlanabilir mi?

Bu gibi düzenlemelerde tek tip olmaya yönelmek yerine “farklı” olmayı, özgür düşünmeyi ve yaratıcılığı özendirmeye çalışmak daha uygun bir tutum olurdu. Ana-babaların veya öğretmenlerin zevklerinin de aynen çocuklara geçmesini sağlamaya yönelik tedbirler almak, yaratıcılığı önleyici etkiler yaratacaktır.

2.2.3.3. Can ve Mal Güvenliğini Tehlikeye Düşürücü Reklamlar

Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrasında, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu reklam yapılamayacağı belirtilmiştir. Reklam İlkeleri Yönetmeliği’nin 5. maddesinin (c) bendinde ve 16. maddesinde aynı yönde hükümler bulunmaktadır. Burada şiddet hareketleri ve suç işlenmesi genellikle güvenlikle ilgili hususlar olduğu için ve kamu sağlığı da bir çeşit can güvenliği olarak düşünülebileceğinden, kanunda ayrı ayrı sayılan bu üç husus aynı başlık altında toplanmıştır. Burada can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, şiddet hareketlerinin ve suç işlemenin özendirilmesi, kamu sağlığının bozulması sanki reklamın doğrudan kendi etkisiymiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Burada anlatılmak istenenin, iki ayrı hususu kapsadığını kabul etmek lazımdır. Birincisi, reklamı yapılan malın bu etkileri doğurucu mahiyette olmasıdır. İkincisi ise, reklamdaki malın böyle bir etkisi olmasa bile, reklamın verilisinin bu etkileri doğurmasıdır. Örneğin bir çikolata reklamında bu çikolatayı yiyen çocukların arkadaşlarını dövebilecek güçte olduğunun reklamda vurgulanması böyle bir reklamdır. Çikolata, kendisi, şiddet eylemlerini özendirici olmadığı halde, reklamın mesajı şiddet eylemini özendiricidir. Öte yandan, bir tabanca reklamında en etkili ve öldürücü silah falanca marka tabancadır, şeklindeki bir reklam, reklamı yapılan malın niteliği gereği güvenliğini tehlikeye düşürücüdür. Tabi ki, bu kıstasın kullanılması her zaman yukarıdaki örnekler kadar net olmaz. Bu durumda TKHK’nın 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu kıstasın nasıl uygulanacağı çok net değildir. Burada, sanırım güvenliği bozucu tehlikenin ciddiyeti, yakınlığı gibi hususlar incelenecektir. Ayrıca bir mal bir yandan yararlı, bir yandan da zararlı etkilere sahip olabilir. Örneğin, bir ilaç bir hastalığı iyileştirirken, öte yandan sağlığı bozucu yan etkiler doğurabilir. Bu gibi durumlarda da, bu kıstasın nasıl uygulanacağı belli değildir. Ancak her halde, malın zararlı etkileri ile olumlu etkilerinin karşılaştırılması ve olumlu yönlerinin daha fazla ve zararlı etkilere rağmen vazgeçilemez olduğu hallerde bu kıstas uygulanarak, o malın reklamı engellenmemesi gerekir. İlaç reklamları zaten

kısıtlıdır. Ancak, ilaç örneği, en çarpıcı şekilde, çıkabilecek sorunu göstermektedir.

2.2.3.4. Zayıf Kişileri İstismar Edici Reklamlar

4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında bilgi ve tecrübesi noksan tüketicileri istismar edici reklamlar yanında hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklamlar da yasaklanmıştır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (d) bendinde, toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılmaz denmektedir. Aynı maddeye yeni eklenen (e) bendinde de hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü ve ifadelerle yer verilemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin 18. maddesinde küçüklere yönelik reklamlara ilişkin ilkeler özel olarak düzenlenmiştir. Yaşlılar, çocuklar, hastalar ve özürlüler diğer insanlara göre çeşitli açılardan eksiklikleri, zayıflıkları olan kişilerdir. Bu kişilerin diğerlerine göre daha fazla sevgi, şefkat ve ihtimama ihtiyaçları vardır. Bu nedenle bu kişilerin diğerlerinden farklı bir şekilde, özel olarak korunmaları yerinde olmuştur. Bu hükmün amacını da iki şekilde anlamak gerektiğini düşünüyoruz. Birincisi, burada sayılan kişilere yönelik reklamlarda, reklamın aldatma kabiliyetinin araştırılmasında, ölçü olarak normal insanların değil, burada sayılan kişilerin kullanılmasıdır. Örneğin çocuklara yönelik bir reklamın, yetişkin bir kişiyi aldatma kabiliyeti değil, vasat bir çocuğu aldatma kabiliyeti araştırılmalıdır. Bunun gibi çeşitli açılardan zayıf olan hastaların, yaşlıların, özürlülerin ve çocukların reklamlar suretiyle aldatılarak istismar edilmeleri engellenmelidir. Aslında bu reklamlar da aldatıcı reklamdır. Kanun bu kişilere yönelik aldatıcı reklamları özel olarak düzenleyerek, yargılara uygulayacakları kıstasları açıkça göstermek istemiştir. İkincisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu kişilere karşı toplumda genel bir hassasiyet vardır. Bu acıma hissi, vicdan, hakkaniyet duygusu, adalet ve diğer toplumsal değerlerden kaynaklanmaktadır. Belirli zayıflıkları olan kişilerin reklamlarda kullanılmak suretiyle ve onların bu zayıflıkları ön plana çıkarılarak, toplumda onlara karşı oluşan, yukarıda belirttiğimiz hisleri, belirli bir malın veya hizmetin satışını arttırmaya yöneltmek de bu kişilerin istismar edilmesi anlamına gelir. Tabi ki bu kişilerin zayıflıkları ön plana çıkarılmadan, toplumda onlara karşı oluşan duyguları istismar etmek amaçlanmadan, bir mal veya hizmetin tanıtılması amacıyla bu kişilerin reklamlarda rol almasında herhangi bir sakınca yoktur. Burada ince bir ayırım vardır. Her olayın somut koşulluna göre, bu kişilerin kullanıldığı reklamlarda, zayıflıklarının vurgulanarak

bu durumdan yararlanma kastının olup olmadığı veya reklamın böyle bir etkisinin olup olmadığı araştırılmalıdır.

2.2.3.5. Aldatıcı Reklam Kıstası

Aldatıcı reklamların, TTK açısından ne olduğu yukarıda açıklanmıştır. TKHK aldatıcı reklam tanımı yapmadan, doğrudan doğruya aldatıcı reklamın yasak olduğunu belirtmiş olduğundan, yukarıda yapılan tanımlama ve açıklamalar burada da geçerlidir. 16/2. maddede ayrıca yanıltıcı reklamdan ve tüketicinin bilgi ve tecrübe noksanlıklarını istismar edici reklamlardan da bahsedilmektedir. Yanıltıcı reklamın aldatıcı reklam kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik. Bilgisi ve tecrübesi eksik olan tüketicileri istismar eden reklamların da yasaklanmış olması, yine aldatıcı reklam kavramı içine girmektedir. Ancak aldatıcı reklamın saptanmasında, aldatma kabiliyetinin araştırılmasında, yukarıda ortalama bilgi ve tecrübeye sahip bir tüketicinin esas alınması gerektiğini belirtmiştik. Ancak, kanunun açıkça "bilgi ve tecrübe bakımından eksik tüketiciden" bahsettiği için burada uygulanan kıstasın biraz daha düşürülmek istendiği sonucuna varabiliriz.⁷³ Amerikan Federal Ticaret Dairesinin "bilgisiz ve dikkatli olmayan tüketici" ölçütünü kullandığı bazı kararları bulunmaktadır; Alman Hukukunda da gelişmeler bu yöndedir.⁷⁴ İsviçre, İtalya ve Türkiye'de genellikle "vasat alıcı" kıstası kullanılmaktadır.⁷⁵ Ancak TKHK 16. maddesinin 2. fıkrasında açıkça tecrübe ve bilgisi eksik tüketicileri istismar edici reklam ve ilanların yapılamayacağını amirdir. Bu nedenle bir reklamın aldatma kabiliyetinin olup olmadığını araştırırken, kıstas olarak "bilgisiz ve tecrübesiz" bir tüketiciyi aldatabilip aldatamayacağı kullanılacaktır. Ancak bu kıstasın uygulanmasında çok dikkatli olmak gerekmektedir. Bu kıstasın çok geniş olarak kullanılması halinde, tüm reklamların yasaklanması gibi istenmeyen bir sonuçla karşılaşılabilir. Somut olayın koşullarına göre bu kıstasın mümkün olduğu kadar dar yorumlanması

⁷³ Yargıtay iltibarla ilgili bir davada ölçü olarak "malın bilhassa perakende alıcıları olan kimselerin normal içtimai durumu ve bilgi ve ayırt etmek seviyesini", esas alırken, bir diğerinde "orta seviyedeki müşterileri" bir başka kararında ise "vasat bir alıcıyı" ve 1973 yılında verdiği son bir kararda ise "ortalama dikkat edenleri" göz önüne almıştır. GÖLE;s. 76 GÖLE, aldatıcı reklamlarla ilgili olarak da haklı olarak Yargıtay'ın iltibarla ilgili davalarda benimsediği ve uyguladığı "ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketici" ölçüsünü, aldatıcı reklam iddialarında da benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak 16/1 maddedeki bu ibarenin kıstasın biraz daha düşürülmesi ve bilgisiz ve tecrübesiz kişilerin ölçü alınmasını gerektireceğini düşünüyoruz.

⁷⁴ GÖLE; s. 77-78

⁷⁵ GÖLE; s. 78

ve ortalama bir tüketici ölçüsüne yaklaştırılması gerekir. Çünkü saf, hiç düşünmeden karar veren bir tüketicinin aldanması, diğer tüketicilere oranla çok daha yüksektir.⁷⁶ Esasen Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin çeşitli hükümlerinde ortalama tüketici ölçüsüne yer verilmiştir. Örneğin 5. maddenin (e) bendine göre, "reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır", 18. maddenin (f) bendine göre, "malın veya hizmeti kullanmanın gerektirdiği beceriyi, olması gerekenden az gösteremez. Ürünün kullanımının sonuçları gösterilir veya tanımlanırken, hedef alınan yaş grubundaki ortalama bir çocuğun ulaşabileceği sonucu esas almak zorundadır." Özellikle 5. maddenin (e) bendi temel ilke niteliğinde olduğu için önemlidir. Ancak TKHK'nın 16/2. maddesinin açık ifadesi karşısında, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin, bu hükmünün nasıl uygulanacağı mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkacaktır.

2.2.3.6. Reklamlarda Yer Alan İddiaların İspatı

4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine, reklamlarda yer alan somut iddiaların ispatlanması zorunluluğuna ilişkin bir yeni fıkra eklenmiştir. Buna göre **"Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatlamakla yükümlüdür"** Buna paralel olarak Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde de bir düzenleme yer almıştır. Esasen aynı düzenleme eski tebliğde de vardı. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre:

"Doğrulanabilir olgularla ilgili tanımlamalar, iddialar ya da örnekli anlatımlar kanıtlanmak zorundadır.

Reklam verenler, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelerin uygulanışını denetlemekle yetkili ve görevli olanlara böyle bir kanıtı hemen göstermekle yükümlüdür."

Böyle bir düzenlemenin kanuna girmiş olması yararlı olmuştur. Özellikle 25. maddedeki yaptırımların uygulanabilmesi, böylece ispat yükümlülüğünün idari bir yaptırıma bağlanması olumlu sonuçlar doğuracaktır.

2.2.3.7. Reklamların Uygunluğundan Yükümlü Olanlar

4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesine eklenen son fıkraya göre; **"Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu**

⁷⁶ GÖLE; s. 75

madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler”. Böylece kanuni düzenlemelere, reklamlarla ilgili tüm tarafların uymak zorunda oldukları kurallar belirtilmek suretiyle, iki yönlü etki yaratılmış olmaktadır. Birincisi, reklama, kanuna aykırı hususları kimin koyduğunun belirlenememesi ve bu nedenle yaptırım uygulanamaması ihtimali ortadan kalkmıştır. İkincisi ve daha önemlisi, bu hüküm sayesinde reklama katılanlar birbirlerini denetleyeceklerdir. Aksi halde, her biri reklamlara ilişkin kurallara uymamak nedeniyle idari yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Reklam İlkeleri Yönetmeliği de, “Yükümlülük” başlığını taşıyan 21. maddesinde, hem bu ilkeyi düzenlemiş hem de reklama katılanların kendi arasındaki ilişkiyi de belirlemiştir. Buna göre; **“Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları veya aracıları Kanunun 16 ncı maddesi ile bu Yönetmelikte belirtilen ilkelere uymakla yükümlüdür.**

Reklamcılar ya da reklam ajansları, Kanunun 16 ncı maddesine ve bu Yönetmelikte belirtilen ilkelere uygun reklam hazırlayarak reklam verenin yükümlülüklerini yerine getirmesine sağlayacak biçimde çalışmak ve bu konuda onu uyarmak zorundadır.

Reklam veren, mal veya hizmetleri konusunda reklamcıya doğru ve gerçeklere uygun bilgi ve belge vermek zorundadır.

Reklam verenin, Kanunun 16 ncı maddesine ve bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere uygun olmayan reklamını daha sonra düzeltmesi ve telafi etmesi kendisinden beklenen bir davranış olmakla birlikte, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere aykırı hareket edilmesine mazeret oluşturamaz.

Reklamı yayımlayan, nakleden veya dağıtan veya sunan mecra kuruluşları veya aracıları reklamın kabulünde ve kamuoyuna sunulmasında gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır”

Bu düzenlemelerle, reklam veren, reklamcı ve reklam kuruluşlarının sorumluluklarının dayanacağı ilkeler belirlenmiş olmaktadır.

2.3. TÜKETİCİNİN ALDATICI REKLAMLARA KARŞI BAŞVURABİLECEĞİ YOLLAR

2.3.1. TKHK. Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar

2.3.1.1. Ayıplı Maldan Doğan Seçimlik Haklar Ve Tazminat

Reklamlarda bir malın belirli özelliklere sahip olduğu veya sahip olmadığı belirtilmekte ise, bunun bir vasıf vaadi olarak kabul edilerek bunlardaki noksanlıklar malın ayıplı sayılması sonucunu doğurur. TKHK. 4 ve 4/A maddeleri satıcı tarafından reklam ve ilan edilen vasıfların malda olmasını ayıp saymıştır. Yukarıda 3. bölümde bu hususta verilen bilgiler çerçevesinde, tüketicinin orada belirtilen seçimlik hakları kullanması söz konusu olabilir. Tüketici, maldaki vaat edilen vasıfların yokluğu nedeniyle maldan zarar görmüş ise, yukarıda 4. bölümde açıklandığı şekilde, bu zararların tazmini için dava açabilir. Ancak her aldatıcı reklam, 4. madde anlamında vasıf vaadi olarak değerlendirilmeyebilir, bu nedenle aldatıcı reklamlarla mücadele de 4. madde ile verilen haklar yeterli değildir.

2.3.1.2. Reklam Kuruluna Şikayet

Tüketiciler bir reklamın, Reklam Kurulu tarafından incelenerek TKHK 17. ve 25. maddesinde yazılı tedbirlerin uygulanmasını isteyebilirler. Reklam Kurulu ticari reklamların uyması gereken ilkeleri belirlemek ve bunlara göre Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde bunları incelemek ve denetlemekle görevlidir. Reklam Kurulu bu görevini, bir reklamı re'sen incelemek suretiyle yerine getirebileceği gibi, bir tüketicinin başvurusu üzerine de yapabilir.

Tüketici örgütlerinin Reklam Kurulu'na başvuru yapabileceklerine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TTK 56. maddesi çerçevesinde tüketici örgütlerinin haksız rekabet davası olarak davalar açabileceğini belirtmiştik. 4077 sayılı Kanun'un 23 ve 24. maddelerine göre de, tüketici örgütlerinin tüketici mahkemelerinde tüketicileri ilgilendiren konularda dava açabilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Tüketici örgütleri tüketiciyi ilgilendiren konularda dava açabildiklerine göre, tüketiciyi aldatıcı olabilecek bir reklam ile ilgili olarak Reklam Kurulu'na da başvuruda bulunabilecekleri sonucuna ulaşmak gerekir.

Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (b) bendinde bu husus açıkça yer almış bulunmaktadır. Ayrıca Aynı Yönetmeliğin 9. maddesinin

de de başvurulara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; " Kurula başvurular yazılı olarak yapılır. Başvuru sahibi gerçek ve tüzel kişinin adı veya ticari unvanı ve adresini içermeyen başvurular, Kurulca kabul edilemez. Şikayet edilen reklamın, yazılı ya da basılı olanlarının asılları dilekçesine eklenir. Eklenecek nitelikte olmayanların fotoğrafları başvuru sahibi tarafından sağlanır. Televizyon filmleri ve radyo reklamları kayıtları 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 28 inci maddesi uyarınca Kurulca Radyo Televizyon Üst Kurulundan temin edilir.

Ticari reklam ve ilanlarla ilgili olarak, Kurula intikal ettirilmek üzere, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüklerine de başvuru yapılabilir”.

Reklam Kurulu incelediği bir reklamın, kanuna veya kendi tespit ettiği ilkelere aykırı olduğu kanaatine ulaşırsa, reklamın geçici olarak durdurulması, kesin olarak durdurulması, para cezası uygulanması ve aynı yöntemle düzeltilmesine karar verebilir. Reklam Kurulu’nun alabileceği kararlar ve bu durumda şikayeti reddedilenin veya aleyhine karar verilenin haklarının neler olduğu son bölümde, Reklam Kurulu başlığı altında incelenmiş olduğundan, burada tekrar edilmeyecektir. Ancak şu kadarını belirtelim ki Reklam Kurulu 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler nedeniyle, eskisine göre, çok daha güçlü ve etkili bir kurul olarak faaliyet gösterecektir.

2.3.2. Genel Hükümler Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar

2.3.2.1. BK'nın Aldatmaya İlişkin Hükümleri

BK’nın. 36. maddesine göre " Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir" Tüketici satıcının yaptığı aldatıcı bir reklam sonucunda, satıcı ile işlem yapmış ise ve satıcı bu reklamı bu sonuca ulaşmak için yapmış ise, akdin feshi mümkündür. Burada dikkat edilecek olursa iki önemli husus bulunmaktadır. Birincisi aldatıcı reklamın satıcı tarafından yapılmış olmasıdır. Çoğu zaman reklam satıcı tarafından değil üretici veya dağıtıcı firma tarafından yapılır bu durumda 36/1 maddesi uygulanamaz. İkincisi hileden bahsedilebilmesi için aldatıcı davranışların kasten yapılmış olması gerekir. Reklam satıcı tarafından yapılsa bile aldatma kastının varlığını kanıtlamak oldukça zordur.⁷⁷

Öte yandan BK’nın 36/2. maddesine göre " üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı

⁷⁷ GÖLE; s. 147 vd.

tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir." Aldatıcı reklamın üçüncü bir kişi tarafından yapıldığı hallerde ki yukarıda belirttiğimiz gibi durum genellikle böyledir, tüketicinin akdi fesih edebilmesi için satıcının bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini kanıtlaması gerekmektedir. Hile halinde dahi tüketicinin yaptığı işlem geçerli olmakta ama tüketiciye hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi fesih etme hakkı verilmektedir (BK m. 39). Bu durumda tüketici bu akde dayanarak verdiklerini geri sebpsiz zenginleşme veya istihkak davası hükümlerine göre isteyebilecektir. Ayrıca varsa uğramış olduğu zararları da BK'nın 49. vd maddelere göre isteyebilir. Görüldüğü gibi tüketicinin hileye dayanarak akdi fesih etmesi özellikle ispat yükü açısından tüketici lehine kullanılabilir gibi görünmemektedir.⁷⁸

2.3.2.2. TTK'nın Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri

Yukarıda da belirttiğimiz gibi aldatıcı reklamlar aynı zamanda TTK. 57. maddesine göre haksız rekabet oluşturmaktadır. Haksız rekabet hükümleri çerçevesinde tüketicinin aldatıcı reklamlar nedeniyle zarar görmesi durumunda yukarıda belirttiğimiz davaları açabilmesi mümkündür.

Aldatıcı reklamlar açısından özellikle düzeltme davasının çok önemli olduğu açıktır. Aldatıcı reklamlarla verilen mesajlar, reklamın durdurulmasına karar verilmiş olsa bile bir süre daha etkisini sürdürecektir. Bu etkilerin silinmesi eski halin iadesi için şarttır. 56. maddenin (c) bendi hakime açıkça "haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması", "haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanın düzeltilmesi" görevini vermiştir. Bu düzeltmenin ne şekilde yapılacağının belirtilmemiş olması bir boşluk olarak değerlendirilemez.⁷⁹ Her ne kadar 59. madde de davayı kazanan tarafın talebiyle, masrafları haksız çıkan taraftan alınmak üzere hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verilebilirse de bu yeterli değildir. Kanun davanın amacını ve bu dava ile elde edilmesi gereken sonucu açıkça belirtmek suretiyle, bu sonuca ulaşılabilecek uygun yolu bulma konusunda hakime geniş bir "takdir yetkisi" vermiştir. Kanun koyucu 59. maddede ilanın ne şekilde yapılacağı konusunda hakime açıkça bir takdir yetkisi vermiş bulunmaktadır. Burada da zımnen bu takdir yetkisinin verildiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz gibi düzeltici reklamlar yolu ile aldatıcı reklamın devam eden etkilerinin ortadan

⁷⁸ GÖLE; s. 151

⁷⁹ GÖLE; s. 181'de bu durumu boşluk olarak değerlendirmektedir.

kaldırılarak, eski halin iadesinin sağlanmasına karar verilmesi mümkündür. Bu güne kadar bu yola başvurulmamış olması, bundan böyle de başvurulamayacağı anlamına gelmez. Kanaatimizce bu davada düzeltici reklam yapılmasına karar verilmesine 56. maddenin (c) bendinin hem lafzı hem de ruhu uygundur.

Tüketiciler, müşteri sıfatıyla yukarıdaki tüm davaları açabilirler. Tüketicilerin bu davaları açabilmeleri için haksız rekabetten, ya da konumuz açısından özellikle aldatıcı reklamlardan zarar görmüş ya da böyle bir tehlike ile karşılaşma ihtimali içerisinde olmaları gerekmektedir.. Nitekim Avrupa Toplulukları Konseyi'nin Aldatıcı Reklamlar Hakkındaki Yönergesi'nde de tüketicinin zarar görme ihtimalinin varlığı dava açabilmesi veya idari makama başvurabilmesi için yeterli görülmüştür.

Tüketici örgütleri de bazı koşullarla bu davalardan bir kısmını açabilirler. TTK'nın 56. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da tespit, men ve düzeltme davalarını açabilirler. Tüketici örgütlerinin dava açabilmesi için iki koşul gereklidir. Birincisi tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili olmalarıdır. İkincisi kendi veya şubelerinin üyelerinden en az birinin haksız rekabet davalarını açma hakkının doğmuş olması gerekir.⁸² Tüketici örgütleri tazminat davalarını açamazlar.

Tüketicilerin aldatıcı reklamlara karşı açacakları haksız rekabet davalarında ispat yükünün dağılımı nasıl olacaktır? MK'nın 6. maddesine göre herkes iddiasını ispat etmek zorundadır. Bu durumda bir reklamın aldatıcı olduğunu iddia eden tüketicinin bu reklamın aldatıcı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak tüketicinin bir reklamın aldatıcı olduğunu kanıtlayabilmesi için elinde ne reklamlarla ilgili her hangi bir belge ne de bu reklamın özelliklerini gösterebilecek teknik bilgi vardır. Bir reklamın gerçeği yansıttığını ve yanıltıcı olmadığını ispat edecek deliller ve teknik bilgi reklam yapan kişinin elindedir. Reklam yapan için bu hususların kanıtlanması çok daha kolaydır.⁸³ Bu durumda ispat yükünün tüketici üzerinde bırakılması daha başlangıçta tüketicinin davayı kaybetmesi anlamına gelecektir.

⁸² GÖLE; s. 188 vd.

⁸³ GÖLE; s. 204

6. BÖLÜM

ŞİRKETLER HUKUKU

BİRİNCİ KISIM

GENEL BİLGİLER

1. GİRİŞ

İnsanlar çeşitli amaçlarla bir araya gelmek zorundadırlar. Önce aile olarak başlayan bu oluşum, giderek ortaklıklar şeklinde gerçekleşmiştir.

Bu birleşmeler, hem hayatı koruma hem de genel anlamda ekonomik diyebileceğimiz amaçlarla gerçekleştiriliyordu. Ancak toplum hayatı geliştikçe, birleşmeler arasında “ihtisaslaşma” olmuş ve bazıları topluluğun hayatı ile ilgili, bazıları ise kişilerin ekonomik veya sosyal sorunları ile ilgili gayeler güder olmuşlardır. Böylece daha sonra yapılan sınıflandırmada, kamu hukuku birleşmeleri ve özel hukuk birleşmeleri belirmiştir.¹

Şirketler, sosyal ve ekonomik ya da sair amaçlarla yapılan birleşmeler arasında, en geniş ve önemli yeri tutar.

Bir şirket değişik sebeplerle kurulabilir. Bu sebepleri başlıca a) Sermaye sağlamak, b) idareci emek sağlamak, c) mesuliyeti sınırlandırmak ve ç) rizikoyu dağıtmak olmak üzere dörde ayırmak mümkündür. İşletmeler büyüdükçe bu dört sebebin biri, birkaçı veya hepsi şirket kurulmasında az veya çok rol oynayabilir.²

Bu bölümde, Türk Hukuk sisteminde şirketlerin tanımı, unsurları, sermaye payı, yapısı, işleyişi, sona ermesi gibi konular incelenmiştir.

¹ Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 5, İstanbul 1993, s. 3

² Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, B. 2, Ankara 1973, s. 17

2. ORTAKLIKLARIN SINIFLANDIRILMASI

Türk Hukuk sisteminde ortaklıkları birçok açılardan sınıflandırmak mümkündür. Düzenleyici hükümler bakımından yapılan sınıflandırmaya göre aşağıdaki gibidir:

- a) Borçlar Kanunu’nda (m. 620-645) düzenlenmiş olan adi ortaklıklar
- b) Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan ticaret ortaklıkları (m. 124-644)

Bunlara, aynı Kanun’da düzenlenmiş olan ve deniz ticareti ile ilgili donatma iştiraki (TTK m. 1061-1087) katılabilir. Ticaret Ortaklıkları ise, kollektif, komandit -adi ve sermayesi paylara bölünmüş-, anonim, limited ve kooperatif olmak üzere beş tiptir.

Bunlardan Kooperatifler, TTK kapsamından çıkarılarak Kooperatifler Kanunu’nda düzenlenmiştir. (KK m. 100).

- c) Özel kanunlarda düzenlenen ortaklıklar ki, bunlar bankalar, sigorta ortaklıklar gibi faaliyet dalı itibariyle düzenlenmiş olabilecekleri gibi, iktisadi devlet teşekkülleri veya T.C. Merkez Bankası, Ereğli Demir Çelik Fabrikası A.Ş. gibi kendilerine özgü kanunlara da tabi bulunabilirler.³

İKİNCİ KISIM ADİ ŞİRKET

1. TANIMI VE UNSURLARI

1.1. TANIM

Borçlar Kanunu’nun 620/I. maddesinde, adi şirket sözleşmesinin tanımı düzenlenmiştir. Bu tanıma göre, “Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir”.

Tanımdan da anlaşılabilceği üzere adi şirketin kurulabilmesi için gerekli olan sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Adi şirket her-

³ Poroy, age., s. 12

hangi bir şekil şartına tabi olunmaksızın sözlü bir anlaşma ile kurulabilir. Adi şirketler de diğer şirketler gibi ortak bir amaca ulaşmak için kurulur ve bunun için iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını bir araya getirerek, bu amaca özgülemesi gerekir.

1.2. UNSURLARI

Adi şirketin tanımı, bu şirketin unsurlarının belirlenmesinde hareket noktasını oluşturmaktadır. (BK m. 620/I).

Buna göre şirketin unsurları; kişi unsuru, ortak amaç unsuru, sermaye unsuru (ki mu emek ya da mal olabilir), sözleşme unsuru ve ortak amaç için çalışma olarak belirlenebilir.

2. KURULUŞU

2.1. ŞEKİL VE İSPAT

Adi şirketin kuruluşu Kanun'da herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ortakların kendi aralarında sözlü olarak anlaşması şirketin kuruluşu için yeterlidir ancak taraflar adi şirket sözleşmesinin bir şekle bağlı olmasını öngörebilirler. Diğer yandan şirketin konusu uyarınca bir ticari işletme kurulacak ise bu ticari işletmenin de ticaret siciline tescil edilmesi gerekir.

Sermaye olarak bir şeyin mülkiyetinin devri veya bir alacağın temlik söz konusuysa ve mülkiyetin devri taahhüdü yasalarca şekle tabi tutulmuşsa, bu takdirde adi şirketin de sıhhat şartı olarak, şekle bağlı yapılması gerekir.⁴

Adi şirket ilişkisinin varlığının HUMK m. 200 gereğince yasal delillerle ispatlanması gerekir.

2.2. SERMAYE PAYI

Adi şirkette “sermaye payı” kavramı, adi şirket ortaklarının her biri tarafından aralarında mevcut ortak amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak konulan malvarlığı değerlerini ifade eder.⁵

⁴ Uygur, T.: Açıklamalı –İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 7, Ankara 1994, s. 517

⁵ Yongalık, A.: Adi Şirkette Sermaye Payı, BATİHAE Yayın No. 252, Ankara 1991, s. 29

Borçlar Kanunu'nun 621. maddesi uyarınca her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır.

Katılma payının fiilen ortaklığa getirilmiş olması, ortaklığın kurulması için bir şart değildir.⁶

Adi şirket tüzel kişiliği haiz olmadığı için; sermaye payı olarak mülkiyeti konulan gayrimenkul, tasarruf aşamasında tüm ortaklar adına tescil edilmelidir (Tapu Sicili Nizamnamesi m. 34).⁷

Ayrıca, marka, endüstriyel tasarım ve patent/faydalı model tescilinden doğan sınai hakların devrinin, tasarruf aşamasında tüm ortaklar adına özel düzenlenmelerine uygun biçimde yapılması gerekir.

Bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.

2.3. ŞİRKETİN KONUSU

Borçlar Kanunu'nda adi şirketin hangi amaçlarla kurulabileceği düzenlenmemiştir. Amaç temelde, kazanç sağlayıp paylaşmaktır. Bu amaca ulaşmak için belirli bir faaliyet konusu belirlenebilir. Adi şirket, bu kapsamda bir ticari işletme ya da esnaf işletmesi de işletebilir. Ancak şirketin faaliyet konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir.

2.4. TİCARET SİCİLİNE TESCİL

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bir adi şirketin ticari işletme işletmesi mümkündür. Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığından, bir ticari işletmeyi adi şirket şeklinde müştereken işleten kişilerden her biri tacir kabul edilir. Tacir sıfatı idareci ve temsilcilere münhasır olmayıp bütün ortaklara, ortakların her birine aittir. "Bir ticari işletmeye kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir" şeklindeki TTK' nın 12. maddesi bu sonucu beraberinde getirmektedir. Tacir kabul edilen adi şirket ortakları, tacirlerin tabi bulundu-

⁶ Poroy, age., s. 45

⁷ Yongalık, age, s. 63

ğu ve tacir olmanın neticelerini düzenleyen TTK'nın 18-23. maddeleri hükümlerine tabidir. Bunların da ticaret siciline kaydedilmesi, iflasa tabi tutulması, defter tutmaları, bir ticaret unvanı kullanmaları ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri icap eder⁸.

3. TARAF EHLİYETİ

Adi şirketin , tüzel kişiliği olmadığı için, taraf ehliyeti de yoktur.

Adi şirket tarafından açılacak dava, tüm ortaklar tarafından açılabilir. Açılacak davada, ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır.

Bütün ortaklar tarafından açılacak dava adi şirket adına değil, bütün ortaklar adına açılır ve hüküm de ortaklar hakkında verilir. Adi ortaklık adına hüküm verilemez; mesela dava konusu taşınmazın adi şirket adına tesciline karar verilemez. Adi şirkete karşı açılacak davalar için bir ayırım yapmak gerekir:

- a) Davanın konusu paradan başka bir şey (mesela taşınır veya taşınmaz bir mal) ise, davanın bütün ortaklara karşı birlikte açılması gerekir. Çünkü ortaklar, adi ortaklığın malları üzerinde elbirliği (iştirak) halinde maliktirler (BK m. 638) ve bu mallar üzerinde birlikte tasarruf edebilirler (MK m. 701 vd.). Bu durumda, davalı ortaklar arasındaki ilişki zorunlu dava arkadaşlığıdır.
- b) Davanın konusu para alacağı ise, ortaklar bu borçtan müteselsilen sorumlu olduklarından (BK m. 638) ve alacaklı müteselsil borçluların birinden borcun tamamını isteyebileceğinden (BK m. 163), davacı bir ortağa veya ortakların tümüne veya bazılarına karşı alacak davası açabilir (ihtiyari dava arkadaşlığı).⁹

Yönetici ortağın, diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerdendir. Yönetici ortağın, dava açma ve genel vekil tayin etme konusundaki diğer ortaklardan özel yetki alması gerekir. Kendisine özel yetki verilen yönetici ortak, genel vekili, tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık adına değil, ancak temsilcisi bulunduğu diğer ortaklar adına tayin edebilir ve ortaklar adına dava açtırabilir.¹⁰

⁸ Uygur, age., s. 519-520

⁹ Kuru, B. /Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1986, s. 153

¹⁰ 4. HD., 19.11.1979, E/K. 7184-12707

Adi şirket tarafından açılan veya adi şirket aleyhine açılan davalarda taraf teşkili tam değilse, mahkeme, taraf teşkilinin kurulması için uygun bir süre verir. Böyle bir süre tanımadan, taraf teşkili noksanlığı nedeniyle davanın usulden reddi mümkün değildir.¹¹

4. SERMAYE PAYININ DEVRİ

Sermaye payının devri, bir ortağın adi şirketteki payını üçüncü bir kişiye veya ortaklardan birine devrederek ortaklıktan ayrılmasını ifade eder. Payın üçüncü bir kişiye devri halinde devreden ortak şirketten çıkmakta ve onun yerine yeni bir ortak girmektedir. Bu devrin geçerli olabilmesi diğer ortakların bu devre rıza göstermesine bağlıdır. (TTK m. 632/1). Bu devir işlemine diğer ortakların tamamı rıza göstermedikçe payın devri adi şirket açısından geçerli olmaz, devir işlemi sadece devreden ortak ile devralan arasındaki iç ilişkide geçerli olur.

Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder ve payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz (TTK m. 632/2).

Adi şirket payının devri, esasen bu ortaklığa katılımdan kaynaklanan hak ve borçların bütünüünün devri, ortaklık sıfatının devri anlamını taşımaktadır. Bu nedenlerle alacağın temlikine ilişkin hükümlerin, adi ortaklık payının devrinde de uygulanması gerekir ve devir sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Buna karşılık adi ortaklık payının devri vaadi ise geçerlilik açısından herhangi bir şekil şartına tabi değildir (BK m. 184/2).¹²

Devreden ortağın bu davranışı, sözleşmeye aykırılık teşkil etmesinden dolayı, diğer ortaklara şirketin feshini isteme hakkı verir.¹³

Sermaye payının şirket ortaklarından birine tamamen devri söz konusu olduğunda devreden ortağın adi şirketteki ortaklığı sona erer. Devralan ortağın ortaklık sıfatında bir değişiklik olmamakla birlikte, şirketteki sermaye payında devir ölçüsünde bir artış olur.¹⁴

¹¹ HGK., 17.01.1990, E/K. 457-2

¹² Kendigelen, A.: Adi şirket, ticaret şirketleri ve kooperatife ilişkin payların devrinde şekil, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XVI, S. 182/1, Şubat 1997, s. 24

¹³ Geniş bilgi için bkz. Yongalık, age, s. 99 vd.

¹⁴ Yongalık, age., s. 94

5. ORTAKLIKTAN ÇIKMA VE ÇIKARILMA

Yeni TTK'da ortaklıktan çıkma ve çıkarılma hakkı da düzenlenmiştir. TTK'nın 633. maddesi uyarınca; bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan çıkabilir veya diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir.

Bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçer. Diğer ortaklar, ortaklıktan çıkan veya çıkarılan ortağa, kullanımını ortaklığa bıraktığı eşyayı geri vermekle yükümlü oldukları gibi, kendisini ortaklığın muaccel borçlarından doğan müteselsil sorumluluktan kurtararak, ortak sıfatının sona erdiği tarihte ortaklık tasfiye edilmiş olsaydı ödenmesi gereken tasfiye payını ödemekle yükümlüdürler. Ortaklığın henüz muaccel olmayan borçları için diğer ortaklar, çıkan veya çıkarılan ortağı borçtan kurtarmak yerine, kendisine bir güvence verebilirler. Çıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaşamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır (TTK m. 634).

Ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte, ortaklığın malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmezse, çıkan veya çıkarılan ortak, payına düşen borç tutarını, zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde diğer ortaklara ödemekle yükümlüdür (TTK m. 635).

Çıkan veya çıkarılan ortak, ortak olduğu dönemde henüz sonuçlanmamış işlerden doğan kâra veya zarara katılır. Ortaklık sıfatı sona eren kişi, o hesap yılı sonu itibarıyla, tamamlanmış olan işler sebebiyle varsa ortaklıktan kendisine düşecek kâr payını; devam eden işler hakkında da gerekli bilgisi isteyebilir (TTK m. 636).

6. SONA ERMESİ

Adi şirket (ortaklık) öncelikle, sözleşmede öngörülen özel bir hüküm varsa bu sebeplerle sona erer. Ancak sözleşmede özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, BK m. 639'da yedi bent halinde düzenlenen sebeplerle sona erer;

1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.

2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesiyle.

3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.

4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.

5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.

6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.

7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.

Ortaklık, belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabilir. Fesih bildirimi, dürüstlük kurallarına aykırı olarak ve özellikle uygun olmayan bir zamanda yapılamaz. Fesih bildirimi, ancak hesap yılı sonunda hüküm ifade eder. Sözleşmede öngörülmüş olan sürenin bitiminden sonra ortaklık, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülürse, belirsiz süreli ortaklığa dönüşür.

Ortaklık, fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder.

Ortaklık, ortaklardan birinin ölümüyle sona ererse, ölen ortağın mirasçısı, durumu hemen diğer ortaklara bildirmekle yükümlüdür. Mirasçı, gerekli önlemler alınıncaya kadar, ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlere, dürüstlük kuralları çerçevesinde devam eder. Diğer ortaklar da, geçici olarak, ortaklık işlerini aynı şekilde yürütmeye devam ederler.

Adi şirketin feshi üzerine tasfiye sürecine girilir. Ortaklığın borçları ödendikten ve ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve koymuş olduğu katılım payı geri verildikten sonra bir şey artarsa, bu kazanç, ortaklar arasında paylaşılır. Ortaklığın, borçlar, diğer-

ler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse zarar ortaklar arasında paylaşılır.

Ortaklığın sona ermesi halinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklar da dahil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır. Ancak ortaklık sözleşmesinde ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına belirli bazı işlemlerin yapılması öngörülmüşse, bu ortak ortaklığın sona ermesinden sonra da o işlemleri tek başına yapmak ve diğerlerine hesap vermekle yükümlüdür.

Ortaklar tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi de atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları halinde ortaklardan her biri tasfiye görevlisinin hakim tarafından atanması isteminde bulunabilir.

7. ZAMANAŞIMI

Adi şirket ile alacaklıları arasındaki ilişkiden doğan borçlar, hukuki ilişkinin niteliğine göre, genel hükümlere uygun olarak tespit edilecek zamanaşımı sürelerine tabi olurlar (BK m. 146, 147).¹⁶

Ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile bir şirketin müdürleri, temsilcileri, denetçileriyle, şirket veya ortaklar arasındaki alacaklar beş yılda zamanaşımına uğrar (BK m. 147, bent 4).

Ancak, adi şirket bütün aktif ve pasifiyle birlikte devredilmişse, devreden kişilerin şirket borçlarından kaynaklanan hukuki sorumluluğu iki yıl devam eder. Bu süre, muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar (BK m. 202).

Adi şirket sözleşmesine aykırı bir fiilde haksız fiilden dolayı doğan tazminata ilişkin zamanaşımına BK m. 72 değil, BK m. 146 uygulanır.

Zamanaşımı def'ine karşı ortak MK m. 2'ye dayanabilir. Bir ortağa hemen haber verilmesi gereken bir durumu kötü niyetle gizleyen ortağın zamanaşımı def'i, objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.¹⁷

¹⁶ Karayalçın, age., s. 169

¹⁷ HGK., 12.04.1961, E/K. (Dr. Karayalçın, age., s. 170, dn. 118).

ÜÇÜNCÜ KISIM KOLLEKTİF ŞİRKET

1. TANIMI VE UNSURLARI

Türk Ticaret Kanunu’nun 211. maddesinde kollektif şirket, “ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirket”.olarak tanımlanır.

Kanunda öngörülen bu tanımda ortaklığın unsurları şunlardır:

1.1. TİCARİ İŞLETME

Ticari işletmenin tanımına Türk Ticaret Kanunu’nun 11. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre ticari işletme, “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir”. Bu tanım göz önünde bulundurulduğunda bir ticari işletmenin unsurları aşağıdaki gibidir:

- a. İşletmenin çeşitli şekillerde ekonomik menfaatler elde etmeye yönelik olması,
- b. İşletmenin sürekli olarak işletilmesi kast ve niyeti ile açılmış olması,
- c. Bağımsızlık,
- d. Esnaf faaliyeti sınırlarını aşması.¹⁸

1.2. TİCARET UNVANI

Tacirler, kanun hükümlerine uygun olarak bir ticaret unvanı seçmeye ve ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmeye zorunludur (TTK m. 18).

Ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine ilişkin işlemlerini yaparken kullandığı ada denir.

Kollektif şirket ticaret unvanında, bütün ortakların veya ortaklardan en az birinin adı ve soyadıyla şirketi ve türünü gösterecek bir ibare yer alır.

¹⁸ Geniş bilgi için bkz. Aslan, İ.Y./Şenyüz, D. /Ergün, M.: İşletme Hukuku, Bursa 2002, s. 4 vd.

1.3. GERÇEK KİŞİ

Kollektif şirket en az iki gerçek kişi tarafından kurulabilir. Bundan dolayı tüzel kişiler, kollektif şirkete ortak olamazlar (TTK m. 211).

Kollektif şirket ortaklarının azami sayısı ve asgari sermaye konusunda kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca, şirkete ortak olmak için özel bir ehliyet de aranmamaktadır. Ancak şirket sözleşmesinde her ortağın sermaye olarak koymayı taahhüt ettiği para miktarının, para niteliğinde olmayan sermaye miktarının değerinin ve bu değer ne suretle biçilmiş olduğunun, sermaye olarak kişisel emek konulmuşsa bu emeğin niteliğinin, kapsamının ve değerinin belirtilmesi zorunludur.

1.4. SINIRSIZ SORUMLULUK

Kollektif şirket ortaklarının her birinin sorumluluğu, şirket alacaklılarına karşı sınırsızdır. Kanun'un 211. maddesinde şirket tanımı yapılırken şirketin gerçek kişilerce kurulacağı ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğunun şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olduğu ifade edilmiştir. Bu durum dış ilişki bakımındandır. Türk Ticaret Kanunu'nun 236/III'ncü maddesi uyarınca, ortakların bu sorumluluğuna aykırı olarak kollektif şirket sözleşmesine konan şartlar, üçüncü kişiler hakkında geçerli olmayacaktır. Kollektif şirketin tüzel kişiliğinin bulunması nedeniyle borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede ortaklık ve ikinci derecede de ortaklar sorumludur. Şirkete yeni giren kişi, girme tarihinden önce doğmuş olsa bile şirketin borçlarından ve taahhütlerinden diğer ortaklarla birlikte müteselsilen ve bütün malvarlığı ile sorumludur.

Şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket sorumludur. Ancak, şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalmış veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş ise, sadece ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dava açılabilir ve takip yapılabilir (TTK m. 237/I).

1.5. TÜZEL KİŞİLİK

Türk hukukunda kollektif şirketler tüzel kişiliğe sahiptir. Şirketin, ortakların kişiliğinden bağımsız ayrı bir kişiliği vardır. Kollektif şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır, aksine sözleşme üçüncü kişilere karşı geçersizdir (TTK m. 232).

2. KOLLEKTİF ŞİRKETİN KURULUŞU

2.1. GENEL OLARAK

Kollektif şirket sözleşmesi yazılı şekle tabidir; ayrıca sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması şarttır (TTK m.212).

Kollektif şirket sözleşmesine aşağıdaki kayıtların yazılması zorunludur;

1. Ortakların ad ve soyadlarıyla yerleşim yerleri ve vatandaşlıkları,
2. Şirketin kolektif olduğu,
3. Şirketin ticaret unvanı ve merkezi,
4. Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu,
5. Her ortağın sermaye olarak koymayı taahhüt ettiği para miktarı; para niteliğinde olmayan sermayenin değeri ve bu değer ne suretle biçilmiş olduğu; sermaye olarak kişisel emek konulmuşsa bu emeğin niteliği, kapsamı ve değeri,
6. Şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, bunların yalnız başına mı, yoksa birlikte mi imza koymaya yetkili oldukları,

Ortaklar emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, şirket sözleşmesine diledikleri kayıtları koyabilirler.

Şirketin kuruluşuna gelinceye kadar, aşağıdaki safhaların gerçekleşmesi gerekir.

- a. Şirket sözleşmesinin hazırlanması,
- b. Sözleşmedeki imzaların noterce onaylanması,
- c. Sözleşmenin ticaret siciline tescili,
- d. İlan.

2.2. KOLLEKTİF ŞİRKETİN KURULMASI

Kollektif şirket yukarıdaki safhaları gerçekleştirip kurulduktan sonra ortakların kendi aralarındaki ilişkiler ve üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından bazı önemli sonuçlar doğmaya başlar. Bunlar kollektif şirketin faaliyetleri ile ilgili olup, iç ve dış ilişkiler olmak üzere iki alt başlık halinde incelenebilir.

2.2.1. İç İlişki

Kollektif şirket sözleşmesinin imzalanması ile ortakların birbiriyle olan ilişkilerinde sözleşmedeki hükümler ve sözleşmede hüküm olmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun 211 ila 231. maddeleri saklı kalmak üzere, aynı Kanun'un 124 ila 210. maddeleri uygulanır. Ortakların birbirleriyle olan ilişkilerinin düzenlenmesinde sözleşme serbestisi geçerlidir (TTK m. 217).

Buna göre, ortaklarca, kanuna uygun şirket sözleşmesi serbestçe düzenlenebilir.

Kollektif şirket ile ortaklar ve şirket ile üçüncü kişiler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda öncelikle şirket sözleşmesi uygulanır.

Şirket sözleşmesinde açık hüküm yoksa kollektif şirketlere ilişkin özel hükümler uygulanır (TTK m. 211 vd.).

Tüzel kişiliğin kazanılabilmesi için, şirketin ticaret siciline tescili yeterli olup, ilanı sadece bildirici niteliktedir (TTK m. 36, 37).

Şirket ticaret siciline tescilinden önceki safhada tüzel kişilik kazanmadığından, dava ortaklar adına veya onlar tarafından açılır.

Sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konulması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kollektif şirket adi şirket hükmündedir. Bu durumda TTK'nın 216. maddesinde düzenlenen tescil yükümlülüğüne ilişkin hüküm saklı kalmak üzere Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

2.2.2. Dış İlişki

Kollektif şirkette dış ilişki, ortaklığın ve ortakların üçüncü kişilerle olan münasebetlerini ifade eder. İç ilişkinin aksine, dış ilişkiyi düzenleyen hükümler emredici niteliktedir. Çünkü bu alanda ortaklıkla ilişki kuracak kişilerin ve dolayısıyla da kamunun yararı vardır.¹⁹

Kollektif şirkette dış ilişki konusu aşağıdaki alt başlıklar halinde incelenebilir.

¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age., s. 125

2.2.2.1. Kollektif Şirketin Üçüncü Kişilerle İlişkisi

A. Temsil

Kollektif şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Bundan sonra da aktif ve pasif husumet ehliyetine sahiptir.

Kollektif şirketlerde, temsil yetkisi bakımından sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir (TTK m. 218).

Temsile yetkili olan kişiler, şirket adına iş ve işlemleri yaparken ticaret unvanını da kullanmak zorundadırlar. Aksi halde şirket değil, söz konusu iş ve işlemleri yapanların kendileri sorumlu olurlar.

Şirketi temsile yetkili olan kişi, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi sınırlayan her şart, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. (TTK m. 233).

Şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı gerekli hükümlerine göre şirketin bağlanabilmesi için birlikte imza şart kılınmış ise bu şart üçüncü kişilere karşı da geçerlidir.

Şirketi temsil yetkisine sahip olan kimseler tarafından, açık veya zımni olarak şirket adına yapılmış olan işlemlerden dolayı, şirket alacaklı ve borçlu olur.

Bir ortağın şirkete ait görevlerini yerine getirirken işlediği haksız fiillerden şirket de doğrudan doğruya sorumludur.

Haklı sebeplerin varlığı halinde temsil yetkisi bir ortağın başvurusu üzerine mahkemece kaldırılabilir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde mahkeme temsil yetkisini ihtiyati tedbir olarak kaldırıp bu yetkiyi bir kayyım verebilir. Kayyımın atanmasını, görevlerini, mahkemece verilen temsil yetkisini ve bunların sınırlarını mahkeme re'sen tescil ve ilan ettirir.

Ticari mümessil temsil yetkisine sahip ortakların tümü tarafından üçüncü kişilere karşı geçerli olacak şekilde görevden alınabilir.

2.2.2.2. Ortakların Üçüncü Kişilerle İlişkileri

Şirket alacaklıları genel olarak üçüncü şahıslardır. İstisnaen ortaklar da şirket alacaklısı sıfatını kazanabilirler.²¹

Şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı birinci derecede şirket sorumludur (TTK m. 237/I).

Şayet şirkete karşı yapılan icra takibi semeresiz kalır veya şirket herhangi bir sebeple sona ererse, yalnız ortak veya ortakla birlikte şirket aleyhine dava açılabilir ve takip yapılabilir. Bu kural ortakların kişisel mallarına ihtiyatı haciz koymaya engel değildir. Bu istisna dışında, ortaklar şirket alacaklılarına karşı ikinci derecede sorumludurlar. Bu sorumluluğun niteliği sınırsız ve müteselsildir.

3. ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK

Türk Ticaret Kanunu'nun kolektif şirketle ilgili hükümlerinde, ortağın payının devri konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte ortaklar arasındaki değişiklikler, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi sonucunda gerçekleşeceğinden, kural olarak oybirliği ile verilir (TTK m. 226). Bunlar; ortaklık payının kısmen veya tamamen devri, şirkete yeni bir ortağın girmesi, ortaklıktan ayrılma veya ortaklığa mirasçılarının girmesi hallerinde söz konusu olur.

Kolektif şirketlerde hisse devrinin şartları düzenlenmiş olabilir. Bu durumda şirket esas sözleşmesinde öngörülen düzenleme geçerli olur.

Kolektif şirketlerde hisse devri, şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğini taşır. Yazılı olarak düzenlenir. İmzaların noterce onaylanması, tescil için zorunludur.

Hisse devri, iç ilişkilerde diğer ortakların devre muvafakat etmeleri ile geçerli olur. Dış ilişkilerde tescil ve ilan anından itibaren hüküm doğurur.

Türk Ticaret Kanunu, kolektif şirketlerde ortaklığın devrine ilişkin açık bir hüküm getirmemiştir. Bu konuda Türk Ticaret Kanunu m. 126 yol-lamasıyla, Borçlar Kanunu'nun adi şirkete dair hükümleri uygulanır. Esas sözleşmede hisse devrine ilişkin hükümler bulunmuyorsa, hisse ancak, bütün ortakların muvafakat etmesi halinde (oybirliği) devrolunabilir (BK m. 632).

²¹ Karayalçın, age., s. 269

Ortağın ölümü halinde şirket esas sözleşmesine bakılır (TTK m. 253).

Şirket sözleşmesinde şirketin ölen ortağın mirasçılarıyla devam edeceğine ilişkin düzenleme yoksa mirasçılarla diğer ortakların oybirliği ile verecekleri karar üzerine şirket bunların arasında devam edebilir. Mirasçılar veya içlerinden biri şirkette kalmaya razı olmazlarsa, diğer ortaklar, ölen ortağın razı olmayan mirasçılarına düşen payları ödeyerek onları şirketten çıkarır ve aralarında şirkete devam edebilirler. Bu durumda sağ kalan ortaklardan birinin şirketin devamına onay vermemesi sebebiyle oybirliği sağlanmadığı takdirde şirket sona erer.

Şirketin, ölen ortağın mirasçılarıyla diğer ortaklar arasında kolektif şirket olarak devam edeceği hakkında şirket sözleşmesinde hüküm varsa, mirasçılar kolektif sıfatıyla şirkete devam edip etmemekte serbesttirler. Mirasçılar şirketin devam etmesini isterlerse, diğer ortaklar bu isteği kabul etmek zorundadır. Ancak, kolektif sıfatıyla şirkette kalmak istemeyen mirasçı varsa, ölen ortağın payından kendisine düşen tutar ile komanditer olarak şirkete kabul edilmesini önerebilir. Diğer ortaklar bu öneriyi kabul etmek zorunda değildir. Mirasçılar şirkete kolektif ortak veya komanditer olarak girip girmeyeceklerini ortağın ölüm tarihinden itibaren üç ay içinde şirkete ihbar etmelidir. Durumun şirkete ihbarına kadar, mirasçılar şirkette komanditer olarak kalmış sayılırlar. Bu süre içinde ihbarda bulunmamış olan mirasçılar, sürenin sona ermesinden itibaren kolektif ortak sıfatını alırlar.

Ortaklardan birinin iflâsı halinde müflis ortak şirketten çıkarılabilir. Bu durumda şirket diğer ortaklar arasında devam eder ve müflisin payı masaya ödenir. Ancak sözleşme ile ortakların bu hakkının kaldırılması mümkündür.

Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir. Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunluk ile alınması öngörülebilir. Çıkarılan ortak bu kararın noter aracılığıyla tebliğinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde şirkete karşı çıkarılmanın iptali davasını açabilir. Ortaklarca çıkarma kararı alınmazsa her ortak, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden söz konusu ortağın şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir.

Süresiz şirketlerde ortaklardan biri şirketin feshi ihbarında bulunduğu takdirde, diğer ortaklar feshi kabul etmeyerek o ortağı şirketten çıkarıp şirketin kendi aralarında devam etmesine karar verebilirler. Bu hak ortaklarca alınan şirketin süresinin uzatılmasına ilişkin karara, 248. madde gereğince

ortaklardan herhangi birinin kişisel alacaklısının itiraz etmesi ya da 249. madde gereğince ortağın kişisel alacaklısının şirketin feshini istemesi durumlarında da geçerlidir. Bu durumda şirketin devam edeceğine ilişkin karar, alacaklıya tebliğ edilir ve borçlu ortak faaliyet dönemi sonunda şirketten çıkarılır.

Yalnız iki kişiden oluşan bir kolektif şirkette, ortaklardan birinin şirketten çıkarılmasını gerektiren haklı sebepler varsa diğer ortağın istemi üzerine mahkeme fesih ve tasfiye karar vermeksizin şirketin bütün iş ve işlemleri, varlıkları, alacak ve borçlarıyla davacı ortağa bırakılmasına ve diğer ortağın şirketten çıkarılmasına karar verebilir.

Bir ortağın şirketten çıkması veya çıkarılması halinde diğer ortaklar bunu tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür. Bir ortağın şirketten çıkması veya çıkarılması üçüncü kişilere karşı ancak tescil ve ilan tarihinden itibaren geçerli olur.

Çıkan veya çıkarılan ortak, ayrılmadan önce başlamış olan işlerin doğrudan doğruya sonuçları olan hak ve borçlara katılır.

4. KOLLEKTİF ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ

4.1. YÖNETİM HAKKI VE GÖREVİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 218. maddesi uyarınca, "Ortaklardan her biri ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Ancak şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir".

Yönetim işleri şirket sözleşmesiyle bir ortağa verilmiş ise, onun yönetim hak ve görevi diğer ortaklar tarafından sınırlandırılmayacağı gibi kendisi görevden de alınamaz. Ancak haklı sebeplerin varlığında ortaklardan birinin istemi üzerine mahkeme kararı ile yönetim hak ve görevi sınırlandırılabilir veya geri alınabilir. Görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmal veya yönetimde iktidarsızlık gibi haller haklı sebep sayılır.

Yönetim işleri, şirket sözleşmesi yapıldıktan sonra alınan bir kararla bir ortağa verilmişse o ortak, ortakların çoğunluğunun kararıyla görevden alınabilir. Çoğunluk elde edilemediği takdirde, yönetim işlerine bakan ortağın şirketin sözleşmesini ihlal ettiği veya olayda haklı sebep bulunduğu iddiasıyla, her ortak ilgili yönetici ortağın görevden alınması için mahkemeye başvurabilir.

Şirket işlerinin yönetimi, ortakların tümüne veya birkaçına verilmiş ise, bunların her biri yalnız başına yönetim hak ve görevini haizdir. Bununla beraber, şirketi yönetmekle yükümlü olan ortaklardan bazısı, yapılacak bir işin, şirketin menfaatlerine uygun olmadığını ileri sürerlerse, yönetim hak ve görevini haiz diğer ortaklar, çoğunluk kararıyla o işi yapabilirler.

Şirket sözleşmesinde şirket işlerinin yönetimi kendilerine verilmiş ortakların birlikte hareket etmeleri yazılı ise, ortakların gecikmesinde tehlike görülen haller istisna olmak üzere her işte anlaşmaları gerekir. Anlaşamadıkları takdirde durum ortaklar kuruluna götürülür ve bu kurul tarafından verilecek karara göre hareket edilir.

Kollektif şirkette yönetim işleri, olağan işler ve olağanüstü işler olmak üzere iki çeşittir.

Şirketin yönetimi kapsamındaki hususlar, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işler ile sınırlıdır. Şirketi yönetenler, şirket menfaatine uygun gördükleri işlerde, olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat ve kabul ile tahkime de yetkilidirler. Şu kadar ki, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek veya ticari işletme rehni kurmak gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ortakların oybirliği şarttır (TTK m. 223).

Yönetici ortaklar, şirketin yararına olmayan yönetim işlemlerine karşı itiraz haklarını kullanabilirler. Ancak yönetim şirket sözleşmesiyle bir ortağa verilmişse, bu ortak, diğer ortaklar itiraz etseler ve karşı çıksalar bile, hileye dayalı olmamak şartıyla, şirketin yönetimi için gereken işlemleri yapabilir (TTK m. 222)

Ortak yetkisiz olarak şirketten çektiği ve şirket hesabına bir yerden tahsil ettiği parayı derhal, şirketten aldığı ödünü aldığı tarihten itibaren faizi ile şirkete vermek zorundadır (TTK m. 224).

4.2. DENETİM HAKKI

Kollektif şirkette ortaklar, sadece koydukları sermaye ile değil, bütün malvarlıkları ile sınırsız ve müteselsilen sorumludurlar. Bundan dolayı, ortakların son derece geniş bir denetleme hakkı mevcut olup, bu hak sözleşme ile kısıtlanamaz.

Buna göre, bir ortak yönetim hakkını ve görevini haiz olmasa da, şirket işlerinin gidişi hakkında bizzat bilgi edinmek ve şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek ve bunlara göre kendisi için şirketin finansal durumunu gösterecek bir hesap tablosu düzenlemek hakkına sahiptir. Buna aykırı sözleşme geçersizdir (TTK m. 225).

Denetim hakkının kullanılmasında dürüstlük kurallarına uyulmalı, inceleme ortaklık faaliyetini aksatmayacak şekilde ve iş saatleri içinde yapılmalıdır. Bu hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.²²

4.3. ORTAKLAR KURULU

Ortaklar kurulu, ayrı bir organ olarak şirketin en yetkili karar organıdır.

Ortaklar, kurul toplantılarına, bizzat veya bir temsilci aracılığı ile katılma hakkına sahiptirler.

Her ortak bir oy hakkını haizdir. Buna aykırı sözleşme geçersizdir. Şirket sözleşmesinin her ne şekilde olursa olsun değiştirilmesine ilişkin kararlar oybirliği ile diğer kararlar ise kanunda veya şirket sözleşmesinde aksi-ne hüküm yoksa ortakların çoğunluğunun oylarıyla verilir. Oybirliği şirketteki ortakların tümünün, çoğunluk ise şirketteki ortakların salt çoğunluğunun olumlu oylarıyla alınması gereken kararları ifade eder.

4.4. KAR VE ZARARA KATILMA

Yönetici ortaklar, şirketin faaliyet dönemi sonunda TTK'nın ticari defterlere ilişkin hükümlerine uygun finansal tablolarını hazırlayıp imzalar ve ortaklar kurulunun onayına sunarlar. Finansal tablolar ortakların çoğunluğunun onayı ile kesinleşir. (TTK m. 227/I). Aynı toplantıda karın dağıtımı da karara bağlanır. Ortaklar, bu kararın kanuna, şirket sözleşmesine, şirket kararlarına ve dürüstlük kuralına aykırı olması halinde karın kullanılması hakkındaki karara karşı karar tarihinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilirler.

Ortaklar, kar ve zarardan kendilerine düşen payın belirlenmesini, şirket sözleşmesiyle veya sonradan alacakları bir kararla, içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye bırakabilirler. Bu ortağın veya üçüncü kişinin vereceği kararın hakkaniyete aykırı olmaması şarttır. Söz konusu kararın öğrenil-

²² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age., s. 121

mesinden itibaren üç ayın geçmesi, belirlenen kar payının ortak tarafından tamamen veya kısmen alınması veya başka bir kimseye devredilmesi zararın ödenmesine başlanması gibi açık veya zımni kabulü gösteren durumlarda dava hakkı düşer.

Kar ve zararın paylaşılmasına ilişkin karara hakkaniyet kurallarına aykırı olduğu takdirde mahkemece iptal olunur. Bu halde kar ve zarar adi şirket hükümlerine göre paylaşılır.

Şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde faiz ve ücretler faaliyet dönemi içinde ödenir.

Her ortak, şirketten faaliyet dönemi sonunda gerçekleşen kardan kendisine düşen payı, şirkete ödünç olarak verdiği paranın ve kararlaştırılmıyorsa koyduğu sermayenin faizlerini, şirket sözleşmesi gereğinde hak ettiği ücreti, kanuna veya şirket sözleşmesine göre yılsonu bilançosu çıkarılmıyorsa çıkarılmasını, bilançoda kar payı saptanmamışsa saptanmasını ve alacaklarını istemek hakkına sahiptir. Ortağa tanınan bu hakları kaldıran veya daraltma sonucunu doğuran sözleşme şartları geçersizdir.

Ortaklar oy birliği ile karar almadıkça hiçbir ortak, sermayesinden eksilen kısmı tamamlamaya zorlanamaz. Sermayenin zararlar eksilen kısmı, aksine karar yoksa gerçekleşecek kar ile kapatılır.

4.5. REKABET YASAĞI

Bir ortak, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremez (TTK m. 230/I). Ancak diğer ortakların açık ya da zımni muvafakatleri ya da onayları varsa, rekabet yasağı işlemez.

Yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin de sorumluluğu sınırlandırılmamış ortaklarından olduğunu diğer ortaklar bildikleri hâlde önceki şirketten ilişkisinin kesilmesini aralarında açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabul ettikleri varsayılır.(TTK m. 230/II).

Bir ortak rekabet yasağına aykırı hareket ederse, şirket, bu ortaktan tazminat istemekte veya tazminat yerine bu ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış saymakta, üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını istemekte serbesttir. Bu

²⁷ HGK., 13.01.1967, E/K. T-1511/133, Batider, C. IV, S. 2, s. 342 vd.

seçeneklerden birine diğerk ortaklar çoğunlukla karar verir. Bu hak, bir işlemin yapıldığının veya ortağın diğerk bir şirkete girdiğinin öğrenildiğı tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl sonra zamanasına uğrar. Hakları ihlal edilen ortakların, şirketin feshini istemek hakkı saklıdır (TTK m. 231).

5. KOLLEKTİF ŞİRKETİN SONA ERMESİ VE TASFİYESİ

5.1. GENEL OLARAK

Şirketin sona ermesi, şirketin kendiliğinden veya bir irade beyanı ile kazanç elde etmek ve paylaşmak amacının son bulmasıdır. Sona eren şirket, tasfiye haline girer.

Kollektif şirketi sona erdiren sebepler genel olarak, fesih ve infisah halleri olmak üzere ikiye ayrılır.

5.2. KOLLEKTİF ŞİRKETTE SONA ERME SEBEPLERİ

5.2.1. Fesih (Dağıtma) Sebepleri

Fesih, ortaklığın varlığına iradi olarak son vermektir. Bu ortakların veya ortakların şahsi alacaklılarının iradesi ya da yargısal irade (mahkeme kararı) olabilir.

5.2.2. İnfisah (Dağılma) Sebepleri

Kollektif şirketler, Türk Ticaret Kanunu’nun 253. madde hükmü saklı kalmak üzere, Borçlar Kanunu’nun 639 ve 640. maddelerinde belirtilen sebeplerle kendiliğinden sona erer (TTK m. 243).

Bu sebepler şunlardır:

- a) Konkordato ile sonuçlanmış olsa bile şirketin iflası.
- b) Şirket sermayesinin tamamının veya üçte ikisinin kaybedilmesine rağmen, sermayenin tamamlanmasına veya geri kalan sermaye ile yetinmeye karar verilmemiş olması.
- c) Şirketin diğerk bir şirket ile birleşmesi.

- d) Kanunun 215 inci maddesinde gösterilen süre içinde veya sonra tescil ve ilan yapılmamışsa, aradan ne kadar süre geçmiş olursa olsun, ortaklardan herhangi birinin istemi üzerine ve bu ortağın noter aracılığıyla diğer ortaklara uygun bir süreyi içeren ihtar göndermiş olması şartıyla mahkemece feshe karar verilmesi.
- e) 254 üncü madde hükmü saklı kalmak üzere ortaklardan birinin iflası.

5.3. KOLLEKTİF ŞİRKETTİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

5.3.1. Kollektif şirketin sona ermesi halinde ortaklar, sona ermeyi tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 250). İflas sebebiyle şirketin infisahı halinde bu yükümlülük iflas memuruna aittir.

5.3.2. Şirketi yönetmeye yetkili olanlar, sona ermiş şirket adına ve hesabına işlem yapamazlar. Aksi takdirde bu işlemlerinden müteselsilen ve sınırsız sorumlu olurlar. Fesih kanuna uygun bir şekilde tescil ve ilan edilmedikçe bütün ortakların üçüncü kişilere karşı sorumluluğu devam eder.

5.3.3. Sona erme halinde ortaklar, şirket alacaklılarına karşı birinci derecede sorumlu olurlar.

5.3.4. Sona eren kollektif şirket, tasfiye haline girer.

5.4. TASFİYE

Sona eren kollektif şirket tasfiye memurları, tasfiye zamanında ortakların tasfiyeye ilişkin oybirliği ile verdikleri kararlara göre hareket ederler (TTK m. 268/I).

Tasfiye memurları, önceden seçilmişlerse şirketin sona ermesini hemen izleyen günlerde ve şirketin sona ermesinden sonra ortaklarca seçilmiş veya mahkemece atanmışlarsa seçimlerinden ve atanmalarından hemen sonra şirket işlerini gören kişileri çağırarak onlarla birlikte, gelmedikleri takdirde yalnız başlarına, şirketin finansal durumunu gösteren bir envanter ile bilanço düzenlerler. Tasfiye memurları gerek görürlerse şirket mallarına değer biçmek için uzmanlara başvurabilirler. Düzenlenen envanter ile bilanço, tasfiye memurlarının önünde şirket işlerini yönetenler tarafından imzalanır. (TTK m. 287/I).

Tasfiye memurlarının tasfiye işlerini yapmak ve şirketi temsil yetkileri vardır.

Tasfiye memurları tasfiyenin gereklerinden olmayan yeni bir işlem yapamazlar. Aksi takdirde, bu tür işlemlerden dolayı ortaklara karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Tasfiye memurları, şirketin işletme konusu kapsamındaki işlemlere, ancak ortakların oybirliği ile, feshe mahkemece karar verilmiş olan durumlarda ortaklar oybirliğini sağlayamazlarsa, mahkemenin onay kararıyla devam edebilirler (TTK m 292 ve 293)

Tasfiyenin sona ermesi üzerine, şirketin ticaret unvanının sicilden silinmesi ve bunun tescil ve ilanı için durum, tasfiye memurları tarafından ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir (TTK m. 303).

DÖRDÜNCÜ KISIM KOMANDİT ŞİRKET

1. GENEL OLARAK

Komandit şirketler iki gruba ayrılır. Bunlardan ilki bir şahıs şirketi olan adi komandit şirket ve ikincisi de bir sermaye şirketi olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket olarak isimlendirilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda, önce adi komandit şirket, anonim şirketlerden sonra ise (TTK m. 304 vd.) sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (TTK m. 564 vd.) düzenlenmiştir.

Kanundaki sistematige uygun olarak adi komandit şirket önce incelenecektir. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise, anonim şirketlerden sonra ele alınacaktır.

2. TANIMI VE UNSURLARI

Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya birkaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirket komandit şirkettir (TTK m. 304/I).

Sorumluluğu sınırlı olmayan ortaklara komandite, sorumluluğu sınırlı olanlara komanditer denir.

Komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerekir. Tüzel kişiler ancak komanditer ortak olabilirler.

Komandit şirketin tanımından hareketle, unsurlarını tespit etmek mümkündür. Buna göre, komandit şirketin unsurları şunlardır:

- a. Ticari işletme,
- b. Ticaret unvanı,
- c. Ortaklardan sorumluluğu sınırlı olan ve olmayanların olması.

3. KOMANDİT ŞİRKETİN KURULUŞU

Komandit şirketin kuruluş safhaları, aynen kollektif şirketlerde olduğu gibidir (TTK m. 305, 212-216).

Komandit şirkette ilk safha, sözleşmenin yazılı şekilde düzenlenmesidir (TTK m. 305).

Şirket sözleşmesinde her komanditer ortağın sermayesinin miktarı, cinsi ve ortak sıfatından kaynaklanan ve bir yönetim hakkı niteliğinde olmaması gereken, komanditer ortaklara verilen yönetim görevleri açıkça belirtilir (TTK m. 305/2)

Şirketin komandit olup olmadığı sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Ortaklar tarafından şirkete verilen ad ve nitelik, o şirketin türünün belirlenmesinde yalnız başına yeterli olmaz. Bir şirketin komandit olduğu açıkça saptanamıyorsa o şirket kollektif sayılır.

Komandit şirket sözleşmesinde, kollektif şirket sözleşmesinde bulunması gereken kayıtlardan başka komanditerlerin adları ve her birinin koydukları veya koymayı taahhüt ettikleri sermayenin cins ve miktarları yazılarak tescil ve ilan ettirilir (TTK m. 307).

Komandite ortaklar, sermaye borcu olarak para veya paradan başka bir sermaye ya da kendi emek ya da ticari itibarlarını koyabilirler. Komanditer ortaklar kişisel emeğini ve ticari itibarını sermaye olarak koyamaz.

Şirket sözleşmesinin imzalanmasından sonra, ortakların sözleşmedeki imzalarının notere onaylatılması zorunludur (TTK m. 305, 212). Bundan sonra şirketin kurucu ortaklar tarafından ticaret siciline tescili gerekir.

Komandit şirket ticaret siciline tescil edildiğinde tüzel kişilik kazanır. Ardından Ticaret Gazetesi'nde yapılacak ilan, kurucu değil bildirici nitelik taşıır (TTK m. 232 ve m. 36/2).

Kanunda öngörülen zorunlu kayıtları içermeyen veya sözleşmesi kanuna uygun biçimde yapılmayan bir komandit şirkete adi şirket hükümleri uygulanır (TTK m. 214).

4. KOMANDİT ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ

Komandit şirketin işleyişi ortaklar arasındaki ilişkiler ve şirketin ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkileri başlıkları altında incelenebilir.

4.1. ORTAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Komandit şirkette ortakların birbirleriyle olan ilişkileri şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunmayan durumlarda, bu Bölümde yazılı hükümler saklı kalmak şartıyla, kolektif şirketlere ilişkin 217 ilâ 231 inci maddeler uygulanır (TTK m. 308)

İster komandite ister komanditer olsun her ortağın bir oy hakkı vardır. Bu kurala aykırı düzenlemeler geçersizdir. Şirket komandite ortaklar tarafından yönetilir. Komanditerler, şirket işlerini göremeye görevli ve yetkili olmadıkları gibi, yönetim hakkını haiz kişilerin yetkileri içinde yaptıkları işlere de itiraz edemezler. Ancak olağanüstü iş ve işlemlerde, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi, tür değiştirme, birleşme ve bölünme gibi yapısal değişikliklerde, şirkete ortak alınması, çıkarılması ve payın devri türünden temel işlemlerde komanditerler de oy hakkına sahiptir (TTK m. 309).

Her komanditer, iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde, şirketin envanterleriyle bilançosunun içeriğini, diğer finansal tablolarını, bunların doğruluğunu ve geçerliliğini incelemeye yetkilidir. Komanditer, bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi bir uzmana da yaptırabilir. Uzmanın şahsı hakkında bir itiraz ileri sürülürse komanditerin istemi üzerine mahkeme tarafından bir işlem denetçisi atanmasına karar verilir. Bu karar kesindir. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, mahkeme, komanditerin istemi üzerine şirketin işlerinin ve varlığının bizzat veya bir işlem denetçisi tarafından incelenmesine her zaman izin verebilir (TTK m. 310).

Komanditerlerin denetim hakkını kısıtlayıcı nitelikteki sözleşme hükümleri geçersizdir (TTK m. 310/IV).

Kolektif ortakların, şirket konusunu oluşturan işlemlerin aynını yapamayacaklarına ilişkin düzenleme komanditerler hakkında uygulanmaz. Ancak, komanditer, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder (TTK m. 311).

Komanditer, iş yılı sonunda gerçekleşen kar payını ve şirket sözleşmesinde kararlaştırılmış olan faizleri nakden alır. Ancak koyduğu sermaye

herhangi bir sebeple azalmış ise noksanı tamamlanıncaya kadar kar ve faizi isteyemez. Ancak gelecek yıllarda elde edilecek kar paylarından sermaye noksanını tamamladıktan sonra artan kısımdan önce geçmiş yıllara ait birikmiş faizler ödenir (TTK m. 312).

Komanditerler, önce aldıkları ve usulüne göre tahakkuk ettirilmiş faizi ve kar paylarını, şirketin sonradan meydana gelen zararını kapatmak için geri vermeye zorunlu tutulamazlar (TTK m. 313).

Komanditerler, kanuna ve şirket sözleşmesine göre düzenlenen ve kar gösteren bir bilançoya göre iyiniyetle aldıkları ancak usulsüz tahakkuk ettirilmiş kar paylarını veya şirket sözleşmesi ile kabul edilmiş olan faizleri geri vermeye zorunlu tutulamazlar (TTK m. 314).

4.2. ŞİRKETİN VE ORTAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE OLAN İLİŞKİLERİ

Komandit şirketler, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edilir. Kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri komandit şirkete de uygulanır.

Komanditer ortaklar, orak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olamazlar. Ancak şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tüccar memuru olarak atanabilir.

Bir komanditerin sorumluluğu koyduğu veya taahhüt ettiği sermaye miktarını aşamaz. Ancak adı şirketin unvanında bulunan komanditer, üçüncü kişilere karşı komandite bir ortak gibi sorumlu olur.

Ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak hareket ettiğini açıkça bildirmeksizin, şirket adına işlemlerde bulunan komanditer ortak, bu işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu olur.

Şirket, ticaret siciline tescil edilmeden önce işlemler yapılmışsa, komanditer, bu tür şirket borçları için, üçüncü kişilere karşı, sorumluluğunun sınırlı olduğunun onlar tarafından bilindiğini ispat etmediği takdirde, komandite ortak gibi sorumlu tutulur.

Alacaklı, komanditerin koyduğu sermayeye biçilen değer, bu sermayenin konulduğu andaki değerinin altında olduğunu ispat edebilir. Aradaki fark tutarınca komanditer sorumludur.

Komanditer ortak, koymayı taahhüt ettiği sermaye tutarınca, kendisinin şirkete girmesinden önce doğan borçlardan da sorumludur.

Komanditerin, şirket yönetimine karışması sonucunu doğurmayacak şekilde öğüt vermesi, görüş açıklaması, olağanüstü iş ve işlemler ile şirketin iş ve işlemleri üzerinde haiz olduğu denetleme haklarını kullanması, kanunda yazılı hâllerde yönetim işlerini gören kimselerin atanmalarına, görevden alınmalarına katılması, şirket içinde ikinci derecedeki hizmetlerde ve görevlerde çalıştırılması, komanditer sıfatıyla sorumluluğunu etkilemez.

4.3. ORTAKLAR ARASINDA DEĞİŞİKLİK, SONA ERME VE TASFİYE

Komandit ortaklar arasında değişiklik, şirketin sona ermesi ve tasfiyesi konularında, kollektif şirket hükümleri uygulanır (TTK m. 328). Ancak şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça komanditerin ölümü veya kısıtlanması şirketin sona ermesi sonucunu doğurmaz.

BEŞİNCİ KISIM ANONİM ŞİRKET

1.TANIMI VE UNSURLARI

Türk Ticaret Kanunu'nun 329/I maddesine göre, anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı sadece mal varlığı ile sorumlu bulunan şirkettir.

Kanunda öngörülen tanımda, amaç ve konuda yer alan esaslı unsurlar şunlardır:

a. Belirli ve paylara bölünmüş esas sermaye

Anonim şirket esas sözleşmesinde gösterilen sermaye miktarı sabit olup, paylara bölünmüştür. Esas sermaye miktarının değiştirilmesi, sadece esas sözleşmenin değiştirilmesi ile mümkündür.

b. Şirketin borçlarından dolayı sadece şirket tüzel kişiliğinin malvarlığı ile sorumlu olması

Anonim şirket borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumludur. Bu sebeple, şirket alacaklıları –bazı istisnalar dışında- ortaklara başvuramazlar.

c. Ortakların şirket borçlarından dolayı sermaye payları ile sınırlı sorumluluğu

Anonim şirkette ortaklar, taahhüt etmiş oldukları pay bedellerinin ödenmemiş kısmından ortaklığa karşı, ortaklık infisah etmiş olsa bile sorumludurlar. Bu sorumluluk, payın –pay senedinde bulunan- itibari değer üzerindedir.²⁷ İstisnai olarak itibari değerinden yüksek bedel ile pay çıkarılmışsa (TTK m. 347) bu bedel ile sorumlu olur.²⁸

d. Kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi amaç ve konular

Anonim şirketler, kanun tarafından yasak edilmeyen her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilirler (TTK m. 331). Yeni TTK’da ortaklık ehliyetinin esas sözleşmede belirlenen amaç ve konu ile sınırlı olması ilkesi (ultra vires) kaldırılmıştır.

2. ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞU

2.1. KURULUŞ SİSTEMİ

Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz (TTK m. 333).

Şirket esas sözleşmesinin, Türk Ticaret Kanunu’nun 339’ncu maddesinde yazılı hususları içermesi, esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kurucular tarafından imzalanarak notere onaylatılması şarttır.

Buna göre, yürürlükteki kanuna uygun olarak hazırlanan esas sözleşme Ticaret Sicil Memurluğu tarafından incelenip, sicile tescil edilmekte ve anonim şirket kurulmaktadır.²⁹

²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age., s. 187-188

²⁹ Çeşitli kuruluş sistemleri konusunda geniş bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age., s. 224-225

2.2. ÇEŞİTLERİ

Yeni TTK’da tedrici kuruluş biçimi kaldırılmıştır. Anonim şirketler; ani şekilde kurulur.

Ani kuruluşta, sermayenin (şirket payları) tamamı, kurucu ortaklar tarafından taahhüt edilmektedir. Başkalarına müracaat edilmemektedir.

2.3. KURUCULAR

Pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur. Kurucular, bu işlemi, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılır. Söz konusu üçüncü kişi, kendisi hesabına iş gören kimsenin bildiği veya bilmesi gereken bir hususu kendisinin bilmediğini ileri süremez.

Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır.

Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirimini aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca, hem şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur.

Şirket tek pay sahibi olacak şekilde kendi payını iktisap edemez, ettiremez.

Anonim şirket ortak sayısına üst bir sınır getirilmemiştir.

Anonim şirkete gerçek ve tüzel kişilerin ortak olması mümkündür.

Anonim şirkete kurucu ortak olabilecek gerçek kişilerin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları gerekir.

Anonim şirkete kurucu ortak olabilecek gerçek kişileri aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür.

- a. Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip ve rüştünü kazanmış (Örneğin, 18 yaşını tamamlamış) her gerçek kişi anonim ve

limited şirkete kurucu olarak ortak olabilir. Kısıtlılık söz konusu ise vasi kısıtlının yerine esas sözleşmeyi imzalayacaktır.

- b. Evlenmekle reşit sayılanlar ile kazai rüşt kararı alanlar reşit sayıldıklarından medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak koşuluyla anonim ve limited şirkete kurucu ortak olabilirler. Bunlardan haklarında kısıtlılık söz konusu olanların yerine vasi esas sözleşmeyi imzalayacaktır.
- c. Evlilik yapmamış, kazai rüşt kararı almamış ve 18 yaşını bitirmemiş küçükler de anonim ve limited şirkete kurucu ortak olabilir. Ancak küçükler esas sözleşmeyi imzalamazlar. Bunların yerine kanuni temsilcileri esas sözleşmeyi imzalayacaktır.
- d. Küçükler, velayet altında iken ana ve baba sağ ve velayet hakkı nez edilmemiş ise ana ve baba küçük yerine esas sözleşmeyi imzalayacaktır (MK m. 336). Baba ölmüş ya da velayet hakkı nezedilmiş ise bu takdirde velayet hakkı anaya verileceğinden ana küçük yerine esas sözleşmeyi imzalayacaktır. Ana da ölmüş ya da anadan velayet hakkı nez edilmiş ise bu takdirde baba küçük adına ana sözleşmeyi imzalayacaktır. Ana ve baba ölmüş veya her ikisinden velayet hakkı nez edilmiş ise, bu takdirde mahkemece atanan vasi, küçük yerine esas sözleşmeyi imza edecektir (MK m. 336). Ana ve baba evli değilse, esas sözleşmeyi velayet hakkı olan ana imzalar. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa esas sözleşmeyi küçük adına ya hakim atadığı vasi ya da velayetin verildiği baba imzalar (MK m. 337).
- e. Kısıtlılık altına alınanlar (hacir altına alınanlar) kanuni temsilci marifeti ile temsil edilirler ve kanuni temsilci kısıtlılık uygulamasına tabi tutulan kişi yerine esas sözleşmeyi imza eder. Bu sebeple kısıtlının şirkete kurucu ortak olması için vasi tarafından temsil edilmesi durumunda Sulh Mahkemesince verilen izin kararının Asliye Mahkemesince onanması gerekir.³¹
- f. Evli kadınlar da şirkete kurucu ortak olabilirler (MK m. 192, 193).
- g. Devlet memurları şirkete kurucu ortak olabilirler. Ancak kurucu ortak oldukları anonim şirketin yönetim ve denetim organlarında görev alamazlar.

³¹ Doğan, A.A. : Sermaye Şirketleri Kuruluş ve Genel Kurul Rehberi, B. 2, Ankara 1999, s. 39

Anonim şirkete kurucu ortak olacak tüzel kişilerin ya Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olması veya tabi oldukları kuruluş kanunlarının buna uygun olması gerekir.

2.4. ESAS SÖZLEŞME

Anonim şirket esas sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesinde belirtilen unsurları içermelidir..

Esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onanması şarttır.

Esas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır:

- a) Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.
 - b) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
 - c) Şirketin sermayesi ile her payın itibarı değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları.
 - d) Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları; belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları.
 - e) Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödül tutarı.
 - f) Kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler.
 - g) Yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar.
 - h) Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları; oy hakları.
 - i) Şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre.
 - j) Şirkete ait ilanların nasıl yapılacağı.
 - j) Pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları.
 - k) Şirketin hesap dönemi.
- İlk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşme ile atanır.

Yukarıda belirtilenlerden bazılarının şirket esas sözleşmesinde mutlaka bulunması gerekmez. Yani bazıları ihtiyari niteliktedir. Örneğin, şirketin kurulması için ortaklık hesabına satın alınan şey yoksa, bu konudaki unsurun sözleşmede gösterilmesi gerekmez. Keza, şirket sözleşmesine, şirketin süresini yazmak da zorunlu değildir. Zira, şirketin süresi belirsiz de olabilir.

3. TÜZEL KİŞİLİĞİ KAZANMA VE SONUÇLARI

Şirket esas sözleşmesinin tamamı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur (TTK m. 354/I).

Anonim şirket ticaret siciline tescil edildiği an tüzel kişilik kazanır. Tescilin kurucu ve ilanın bildirici etkisi vardır. Bu sebeple, ilanın tüzel kişiliğin kazanılmasına bir etkisi yoktur.

Anonim şirket tüzel kişilik kazanınca, esas sözleşme hükümleri derhal yürürlüğe girer.

Tescil ile birlikte kurucuların yetkileri sona erer ve şirketin organları faaliyete geçerler.

Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girenler, bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur. Şirketçe kabul olunmadığı takdirde kuruluş giderleri kurucular tarafından karşılanır. Bunların pay sahiplerine rücu hakları yoktur (TTK m. 355).

Tescil ile şirkete getirilmesi taahhüt edilen ayın sermaye için tasarruf safhası başlar.

Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fıkri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz. Nakden taahhüt edilen payların itibarı değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde

ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir (TTK m. 342).

Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir (TTK m. 128/V).

4. ANONİM ŞİRKETİN İŞLEYİŞİ

4.1. GENEL OLARAK

Anonim şirketlerde, şirket faaliyetleri, organları eliyle yürütülür. Bunlardan genel kurul karar organı, yönetim kurulu ise yönetim ve temsil , organıdır. Denetçi yeni TTK sisteminde bir organ olmaktan çıkarılmış, denetim görevi bağımsız denetleme kuruluşlarına bırakılmıştır.

4.2. YÖNETİM KURULU

4.2.1. Kuruluş Biçimi

Anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetim ve temsil olunur (TTK m. 365). Yönetim kurulu, anonim şirkette olması gereken zorunlu bir organdır. Şirketin bu organının noksan olması bir infisah sebebi sayılmaktadır (TTK m. 530/I).

Anonim şirketlerin esas sözleşmesiyle tayin veya genel kurulca seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır.

Esas sözleşmede düzenleme olduğu takdirde, yönetim kuruluna yedek yönetim kurulu üyelerinin tayin ve seçimi mümkündür. Asıl üyelerin boşalması halinde yedek üyeler asıl üyelerin yerine getirilmektedirler.

Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin

internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.

Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur. Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz.

Anonim şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra, yönetim kurulu üyeleri yapılacak genel kurulca seçilir.

Kamu tüzel kişilerin yönetim kuruluna katılması konusunda ise, özel düzenleme mevcuttur (TTK m. 334).

Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.

Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süre ile seçilirler. Esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, aynı kişinin yeniden seçilmesi mümkündür.

Herhangi bir sebeple bir üyelik boşalırsa, yönetim kurulu, kanuni şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunar. Bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması hâlinde selefinin süresini tamamlar. Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer.

Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler. Yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebilir. Görevden alınan üyenin tazminat hakkı saklıdır.

Kamu tüzel kişilerini temsilen yönetim kurulu için seçilen kuruluş temsilcilerinin azli ise anonim şirket genel kurulunun yetkisi dışındadır. Fakat bu yönde herhangi bir karar vermek yetkisi kamu tüzel kişilerine aittir.³⁴

³⁴ Eriş, age., s. 893-894

Esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır. Bu şekilde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır (TTK m 360).

4.2.2. Yönetim ve Temsil

a. Genel olarak

Anonim şirket yönetimi konusunun ticaret hukuku, sermaye piyasası hukuku ve vergi hukuku bakımından araştırılması ve incelenmesi gereken önemli yönleri bulunmaktadır.

Yönetimin temel ilkeleri içinde pay sahipleri, kamuoyunu bilgilendirme ve çıkar sahipleri yanında yönetim kurulunun göz ardı edilmesi mümkün değildir.

Anonim şirkete iyi bir yönetim sisteminin uygulanabilmesi için inceleme ve gözetim, kontrol ve denge, iç denetim, sorumluluğun paylaşılması, risk dağılımı, hukuka uygunluk ve en iyi işleyişin çok açık ve kesin çizgilerle belirlenmesi gerekir.

Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetim ve temsil olunur.

Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, en az bir başkan vekili seçer. Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir (TTK m. 366/I).

Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir (TTK m. 366/II).

Başkan ve başkan vekili, seçildikleri süre kadar görev yaparlar.

Anonim şirketler için öngörülen bu yapılanma bir zorunluluk olmayıp, takdire bağlıdır. Ancak, konunun önemi göz önüne alındığında, bu doğrultuda iş bölümü ve çalışma yürüten şirket sayısının da pek fazla olmadığı gözlenmektedir. Bu durum, hem şirketin kamuoyundaki itibarını hem de çalışanların performansını önemli biçimde olumsuz yönde etkilemektedir.

Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.

Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

b. Temsil yetkisi

Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.

Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler. Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler dolayısıyla şirketin rücu hakkı saklıdır.

Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.

Temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez; ancak, temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir

şubenin işlerine özgülediğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir.

Temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemten dolayı şirkete başvurmalarına engel değildir.

Temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Şirketin rücu hakkı saklıdır.

Sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu şart piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmaz.

Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

Yönetim ve temsile yetkili olan yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız eylemlerden anonim şirket sorumlu olur. Bu durum, diğer şirket yetkili ve çalışanları için de aynen geçerlidir.

Tüzel kişi kusurlu ve kusursuz sorumlu olabilir.

Tüzel kişiliğin haksız eylemden sorumlu tutulabilmesi için eylemin organ tarafından işlenmesi, esas sözleşmede veya işletme konusu içinde olması ve eylemin kusurlu ve hukuka aykırı olması gerekir.

Yönetim kurulu, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline verir. Temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bildirildiğinin (müspet vukuf) ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir.

c. Yönetim görevleri

Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Yönetim kurulu üyelerine ücret verilip verilmemesi, bu sorumluluğa etki etmez.

Ayrıca, yöneticiler ile şirket ve ortaklar arasındaki ilişki, vekalet akdinde olduğu gibi, güvene dayanan bir ilişkidir ve şirketler hukukunda bundan yöneticilerin sadakat borcu doğar.³⁵

Sadakat borcu olan yöneticiler yönünden aşağıdaki yükümlülükler bulunmaktadır.

aa. Sır saklama yükümlülüğü

Yönetim kurulu üyeleri, görevleri gereği öğrendikleri şirkete ait sırları açıklayamazlar. Aksi halde şirket, uğradığı zararının tazminini talep edebilir. Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki güvene dayalı sözleşme ilişkisi, ki bu çoğu kez vekalet, bazen de hizmet sözleşmesidir, sır saklama yükümlülüğünün dayanağını oluşturur.

ab. Şirket ile işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395)

Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları (alt ve üst soyundan biri ya da eşi yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri) kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.

Şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler. Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır.

Buna göre, şirketin konusuna giren bir işlem yönetim kurulu üyesi ile yapılamaz. Şirket konusuna göre, yan konularda da, yönetim kurulu ortaklıkla işlem yapamaz. Yasa koyucu, yönetim kurulu üyelerinin ortaklıktaki yetkilerini göz önüne alarak bu yetkilerinin kötüye kullanılması olasılığından hareketle söz konusu yasağı getirmiştir.³⁶

³⁵ Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s. 127

³⁶ Eriş, age., s. 953

Ancak, yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin alması halinde, bu yasak uygulanmaz.

ac. Rekabet yasağı (TTK m. 396)

Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir. Bu haklardan birinin seçilmesi rekabet yasağına aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir.

Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri için konu rekabet yasağı, bir sermaye şirketinde yönetime katılan kimsenin, mesleki bilgisi ve yöneticilik kabiliyetini, aynı konuda, kendisi için olsun, başkası için olsun değerlendirmesini, hatta aynı nevi ticari işle meşgul diğer bir şirkete katılmasını dahi önleyecek mahiyettedir. Şüphesiz bu yasak, aynı zamanda meslek ve ticaret icrası serbestisine konulmuş ağır bir tahdidi tazammum eder.³⁷

Türk Ticaret Kanununun amacı da, şirketin iş sırlarına, müşteri, satıcı ve işçi çevrelerine hakim üyelerin bu görev ve yetkilerini kötüye kullanmalarını ve bu yoldan şirketin zararına şahsi yarar elde etmelerini engellemektedir.

Kanun bu amacı güderken, hem şirketin, başarılı üyelerin hizmetinden yoksun kalmaması, hem de şirket ve ortakların zararını önleme düşüncesi ile hareket etmiş ve ihtiyaca göre yasağın genel kurul kararı ile kaldırılabilceğini de kabul etmiş, konuya esneklik getirmiştir.³⁸

Rekabet yasağına konu olan davranışlar iki çeşit olabilir.

³⁷ Kalpsüz, T.: Anonim şirketlerde idare meclisi üyelerinin şirketle rekabet teşkil eden davranışları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 303, Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu' na Armağan, Ankara 1972, s. 347-348

³⁸ Domaniç, H: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 627

- i. Şirketin konusuna giren işler neviden bir işi yapmak,
- ii. Şirketin konusuna giren işler neviden işlerle meşgul bir şirkete sorumluluğu sınırsız bir ortak sıfatıyla girmek.

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır (TTK m. 375);

- a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.
- b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi.
- c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması.
- d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.
- e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.
- f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.
- g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.

d. Bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 392)

Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez.

Yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Bir üyenin bu konudaki istemi de reddedilemez; soruları cevapsız bırakılamaz.

Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin

yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir.

Başkan bir üyenin, üçüncü fıkra da öngörülen bilgi alma, soru sorma ve inceleme yapma istemini reddederse, konu iki gün içinde yönetim kurulu na getirilir. Kurulun toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde üye, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir, mahkemenin kararı kesindir.

Yönetim kurulu başkanı, kurulun izni olmaksızın, yönetim kurulu toplantıları dışında bilgi alamaz, şirket defter ve dosyalarını inceleyemez. Yönetim kurulu başkanının bu isteminin reddedilmesi hâlinde başkan, dördüncü fıkra ya göre mahkemeye başvurabilir.

Yönetim kurulu üyesinin bu hakları kısıtlanamaz, kaldırılmaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir.

Her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir.

e. Müzakereye katılma yasağı

Yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz. Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır. Tereddüt uyandıran hâllerde, kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya da ilgili üye katılamaz. Menfaat uyuşmazlığı yönetim kurulu tarafından bilinmiyor olsa bile, ilgili üye bunu açıklamak ve yasağa uymak zorundadır.

Bu kurallara aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler.

Müzakereye, yasak nedeniyle katılmamanın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır.

f. Yönetim kurulu toplantıları (TTK m. 390)

Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hâlinde de uygulanır.

Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar.

Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.

Üyelerden hiçbirisi toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır. Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi kararın geçerliliği için gereklidir.

Kararların geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır.

4.2.3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

a. Yönetim kurulunun ve üyelerinin organ sıfatı

Anonim şirketin, medeni haklarını kullanabilmesi için organlara sahip olması ve bu organlar aracılığı ile iradesini açıklaması gerekir (MK m. 50). Anonim şirketteki bu organ yönetim kurulu olarak gözükmektedir (TTK m. 365).

Aynı şekilde, yönetim kurulu üyelerinin her biri de organ sayılmaktadır (MK m. 50/II).

Bunun sonucu olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir organ sorumluluğudur.

Yönetim kurulu üyelerinin organ sıfatı kabul edildiği takdirde bu şahısların yapmış oldukları işlem ve fiillerin sonuçlarının anonim ortaklık üzerinde doğması doğaldır.⁴⁰

⁴⁰ Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001, s. 31

TTK'nın 553. maddesi uyarınca; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, **kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça**, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.

Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler. Pay sahibinin açtığı davayı hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaştırır.

Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, **zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde**, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 557/I).

b. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun özelliği

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun iki temel özelliği bulunmaktadır.

i. Farklılaştırılmış Müteselsil sorumluluk

557. maddenin 1. fıkrası ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından farklılaştırılmış teselsül esası benimsenmiştir.

Bu yaklaşım müteselsil sorumluluğun "birlikte verilen zarar" için söz konusu olabileceği, birlikte verilen zarar dışındaki sorumluların tek başlarına verdikleri zararlardan, sadece zararı verenin sorumlu tutulması gerektiği ve müteselsil sorumluların teselsül tavanına kadar, kusurlarına ve somut olay gerçeğine göre zararı tazmin etmeleri anlayışına dayanmaktadır. Bu yaklaşım 557 nci maddenin birinci fıkrasında, "aynı zararın" tazmini ibaresi bağlamında, birlikte zarar vericilerden, yani tazminat yükümlülerinden her biri-

nin kusuruna ve durumun gereklerine göre ve her birine "şahsen isnat edilebildiği ölçüde" şeklinde ifade edilmiştir.

Madde Gerekçesi'nde farklılaştırılmış teselsül anlayışının ilkeleri şu şekilde sıralanmıştır:

Birinci ilke: 557. maddenin birinci fıkrası, dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül, birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlemektedir; yoksa bu hüküm sorumluların iç ilişkideki sorumluluk ilişkileri hakkında öngörölmüş bir rücu hükmü değildir.

İkinci ilke: Müteselsil sorumluluğun kabul edildiği durumlarda (çoğu kez) zararın bir kısmı, müteselsil sorumlular tarafından birlikte verilebilir, bir kısmı da, tazminat yükömlülerinden bazılarının, anonim şirkete ilişkin hükümler anlamında hukuka aykırı, kişisel eylem ve kararlarının ürünü olabilir. Meselâ; A, B, C, D, E adlı üyelerden oluşan bir yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise ve bunun 2000'i bu beş kişi tarafından birlikte verilmiş, geriye kalanın 1000'i A, 500'ü D ve 500'ü de E'ye tek başlarına isnat ediliyorsa, 2000'den A, B, C, D, E müteselsilen ve zararın diğer bölümünden de kendilerine isnat edilen tutarda A, D ve E tek başlarına sorumlu olur.

557. maddenin birinci fıkrasında yer alan "aynı zarar" ibaresi ile "birlikte verilen zarar" kastedilmiştir. Birinci fıkrada sorumluların "tek başına verdikleri zarar"dan söz edilmemiştir. Ancak hükümde yer alan "bu zarardan" ve "aynı zarardan" ibareleri bu farkı vurgular. Mahkemenin, talep edilen şirket zararında önce "aynı zarar" ve "tek başına verilen zarar" ayrımı yapması gerekliliğini ortaya koyar. Zararın tümü davacı tarafından "aynı zarar" diye nitelendirilerek talep edilmiş olsa bile mahkeme bu araştırmayı yapacak, ondan sonra teselsülde farklılaştırmaya gidilecektir.

Konuya davacı açısından bakıldığında "aynı zarar", "tek başına verilmiş zarar" ayrımı davacının aleyhinde değildir. Örneğe dönersek: Davacı ispat ettiğı 4000 tutarındaki zararın 2000'ini A, B, C, D, E'den müteselsilen, 1000'ini A'dan, 500'ünü D'den, 500'ünü de E'den alacaktır. Böylece zararın tümü karşılanacaktır. D ve E'nin ödeme güçleri bulunmadığı için 1000'in tahsil edilememesi davacının zararın tümünü elde etmesine engel olur. Ancak, bu kayıp farklılaştırılmış teselsül anlayışının ürünü değildir; kayıp D ve E'nin durumundan doğmaktadır. Bunlar tek başlarına dava edilmiş olsalardı, zarara uğrayan gene bu kayıpla karşılaşacaktı. Eski anlayışta 1000 de A, B ve C'den istenebiliyordu. Ancak bu müteselsil sorumluluk kavramı ile açıklanamayan haksız bir uygulamaydı. Çünkü A, B ve C bu suretle nedensellik ilkesi dışında sorumlu tutulmaktadırlar.

557. maddenin sistemini açıklayabilmek için şu örnek de verilebilir: Yatırım için arsa arayan bir anonim şirkete, yönetim kurulu üyesi A, kardeşine ait bir arsayı aldirmayı planlamaktadır. Bu amaçla, kimseye haber vermeden avukata da bir satış vaadi sözleşmesi hazırlatmış ve ona 1000 ödemiştir. Sözleşme (geçersiz olmasına rağmen) A ile kardeşi arasında imzalanmıştır. Planını yönetim kurulu üyesi B'ye açan A ondan yardım istemiş ve kardeşinin B'ye bir miktar para vereceği vaadinde de bulunmuştur. B, bazı emsaller göstererek söz konusu arsanın fiyatını savunacaktır. Yönetim kurulu A, B, C, D ve E'den oluşmaktadır. Konunun karara bağlanacağı gün D ve E, A'nın, Tasarının 393 üncü maddesine göre toplantıya katılamayacağı itirazında bulunmuşlarsa da bu itiraz A, B ve C'nin oyları ile reddedilmiştir. D ve E ayrıca, arsanın emsalleri ile fiyatını karşılaştıran ve imar durumunu gösteren bir uzman raporunun kurula sunulabilmesi için toplantının ertelenmesini önermişlerdir. Bu öneri de A, B ve C'nin oylarıyla reddedilmiştir. Toplantıda B emsaller hakkında yanıltıcı bilgiler vermiştir. Sonuçta B'nin yaptığı karşılaştırmaların ciddi olduğuna inanan C'nin de katılması ile arsa A, B ve C'nin oyları ile alınmış ve para ödenmiştir. Bir yıl sonra kurul tamamen değişmiştir. Bu arada arsanın imar durumu olmadığı da anlaşılmıştır. Yeni kurul, avukata ödenen 1000 de dahil olmak üzere 5000 zarar için A, B, C, D, E'ye karşı sorumluluk davası açıp bu tutarı davalılardan müteselsilen talep etmiştir. Mahkeme D ve E bakımından davayı reddetmiş, birlikte verilen bir zarar olmadığı gerekçesiyle avukata ödenen 1000'den tek başına A'yı sorumlu tutmuş, 4000 için de A, B, C'yi müteselsilen sorumlu bulmuştur. Mahkeme A ve B'nin yaptıkları anlaşma dolayısıyla olayda kasıtları bulunmasına karşı, C'nin Tasarının 393 üncü maddesini ihlâl eden davranışını kusur olarak nitelendirip ona BK m. 43 ile 44'ü uygulayıp müteselsil sorumluluktaki payını yüzde doksan olarak belirlemiştir. Buna göre 1000 A tarafından ödenecektir. A, B, C müteselsil sorumludur. Ancak A ile B'nin sorumluluk tavanları 4000 iken C'nin sorumluluk tavanı 3600'dür. Bir an için B'nin ödeme gücünün bulunmadığını düşünelim. Şirket 4000'in tamamını A'dan alabilecektir. Bu tavan C için 3600'dür. A ve B'nin ikisinin de varlıksız, C'nin zengin bir kişi olduğunu varsayarsak 3600 C'den istenebilecektir. Olayda A ve B'nin ödeme güçleri bulunmadığı için şirket 1400 kayıptadır. Ancak bu farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk anlayışının ürünü değildir. Çünkü 1000'lik kayıp, birlikte verilen zarardan kaynaklanmamaktadır. Uygun nedensellik kurallarına göre bunu C'den istemek, bunun için müteselsil sorumluluk kavramını kullanmak hem yanlış olurdu, hem de adalete aykırı düşerdi. 400'lük kayıp ise genel hükümlerin ve hâkimin takdirinin doğal sonucudur. Yeni anlayış

davacıyı (adalet temelinde) kayba uğratmamış, onun zararı kanuna aykırı olarak başkalarına yüklemesine engel olmuştur.

Üçüncü ilke: Farklılaştırılmış teselsül, müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü gruplarının ortaya çıkması sonucunu da doğurabilir. Meselâ, İsviçre Federal Mahkemesinin 11/06/1996 tarihli kararına (BGE 122 III 324) konu olan olayda, davacılar, yedi yönetim kurulu üyesi ile denetim organından 5.309.298 -İsviçre Frangını müteselsilen talep etmişlerdi. Mahkeme denetim organının sorumlu olmadığına ve 1 ilâ 7. sıra numarasında davalı olarak yer alan davalı yedi yönetim kurulu üyesinin 3.211.803- İsviçre Frangından ve 1 ilâ 5. sıra numarasında anılan davalı üç yönetim kurulu üyesinin de ayrıca 805.555-İsviçre Frangından müteselsilen sorumlu olduklarına karar verdi, kalanı da ispat edilmemiş zarar olarak reddetti.

Dördüncü İlke: Gerek aynı zarar, gerek tek başına verilen zarar belirlenirken mahkeme BK m. 43 ve 44'ü de (şartları varsa) uygular. Bu gereklilik birinci fıkradaki "bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre" hükmünde ifadesini bulmuştur. Ayrıca, 553. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları da dikkate alınır. BK m. 51 ve 52. maddeleri ayrıca iç ilişkide rücu dolayısıyla da uygulanabilir. Meselâ, kot bezi üreten bir anonim şirkette genel kurul yönetim kurulunun, kot pantolon ve ceket üretimi için yatırım yapması talimatını vermiştir. Yönetim kurulu, kot pantolon ve ceket iç pazarına girmemiş ve ihracatın zorluğuna, pazarda büyük oranda kapasite fazlası mal bulunduğuna işaret etmiş olmasına rağmen, genel kurul talimata ilişkin kararı almıştır. Şirket iki yıl sonra bu yatırımdan zarara uğramıştır. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine alınan teknolojinin eski olduğu ve pazarlama kanallarının kurulamadığı gerekçesiyle sorumluluk davası açıldığında mahkeme BK m. 52 (1)'de yer alan şirketin "zarara razı olduğu" ve/veya "zararın ihdasına" yardım ettiği olgularını dikkate alacağı gibi, eski teknolojinin alınmasında üyeler arasında kusur yönünden farklılaştırma yapacaktır.

ii. Kusurlu sorumluluk

Türk Ticaret Kanununda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yönünden kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir (TTK m. 553)

Ancak yönetim kurulu üyeleri, kusurlu olmadıklarını kanıtlayıncaya kadar kusurlu sayılırlar (TTK m. 553/I).

⁴³ Eriş, age., s. 982

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu Türk Ticaret Kanunu dışındaki kanunlarda da yer almaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır: Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu.

c. Sorumluluktan kurtulma hali

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluktur. Çünkü niteliği tartışmalı olmakla birlikte, ortaklık ile ortak arasında bir sözleşme ilişkisi vardır: Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve TTK'nın 553. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yönetim kurulu üyesi kusursuz olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.⁴³

d. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludurlar (TTK m. 553/I).

Bu sorumluluğa dayalı bir davanın sübjektif hak sahibi tarafından (ortaklık, pay sahibi ve ortaklık alacaklısı) açılabilmesi için sadece illiyet bağı ve zararın ispatlanması yeterli sayılır. Yönetim kurulu üyesinin kusurlu olduğu varsayımı önceden kabul edildiği için, bunun aksinin ispatı üyeye düşmektedir (TTK m. 553/I).

Ortaklar ile alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin eylemleri sonucu nedeniyle de zarara uğrayabilirler. Bu zararların tazmini için ortaklar ile alacaklılar, yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilirler.

TTK'nın 555. maddesi uyarınca şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep edebilirler.

Şirket alacaklılarının tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkı sadece şirketin iflası halinde mümkündür. Ancak pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemleri önce iflas idaresince ileri sürülür. İflas idaresi bu davayı açmadığı takdirde, her pay sahibi veya şirket alacaklısı bu davayı açabilir. Elde edilen hasıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir (TTK m. 556).

e.İbra

İbra niteliği itibarı ile yönetim kurulu üyesini sorumluluktan kurtaran, menfi bir borç ikrarıdır.

TTK'nın 558. maddesinde yeni bir düzenleme ile ibra kararının genel kurul kararı ile kaldırılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme son yıllarda oldukça sık rastlanan ancak Yargıtay tarafından uygun görülmeyen, bir genel kurulun aldığı kararı zamanaşımı süresi içinde bir diğer genel kurulun kaldırması uygulamasına ilişkin ihtilafı, yüksek mahkemenin kararlarına uygun olarak çözüme kavuşturmaktadır. Hükme temel veren düşünce, hakkında dava açılmamış ve (kural olarak) hükümlerini doğurmuş bulunan ibra kararının yıllar sonra kaldırılmasının işlem güvenliği anlayışına ve hukuka uygun olmadığıdır. Öğretide hâkim görüş ibrayı menfi borç ikrarı olarak nitelendirdiğine göre, bu ikrardan tek taraflı olarak dönmek olanağı yoktur. Ayrıca ibranın Türk/İsviçre hukukunda yenilik doğurucu bir karar olduğu görüşü de dikkatle değerlendirilmiştir. Ancak ibra bir genel kurul kararı olduğu için bu karara karşı iptal davası açılabilir⁴⁴.

Şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırır. Diğer pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşer.

Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.

4.3. MÜDÜRLER

Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas

⁴⁴ Gerekeç Madde 558.

⁴⁶ Eriş, age., s. 998

üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m. 370).

Murahhas müdürler, "organ-müdür" sıfatı ile sorumluluk hukukunda yerini alır. Zira, bu kişiler yönetim kurulunun yetkilerini kullanabilmektedirler.

Murahhas olmayan müdürler de, şirketin iç işlerini yürütmekle görevlidirler. Bunların atanmasında, yönetim kurulu üyesi olup olmamanın bir önemi yoktur.

Yönetim kurulu kararı ile atanmaları ve azilleri gerçekleştirilmektedir.

Müdür, kanun veya esas sözleşme yahut iş görme şartlarını tesbit eden diğer hükümlerle yükletilen yükümlülükleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna ilişkin hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olur.

Atanan müdürler aleyhine açılacak davalar hizmet sözleşmesine dayandığı için iş mahkemesinde ve murahhas müdürler ile ortaklık arasında vekalet ilişkisi bulunması nedeniyle açılacak tazminat davaları asliye ticaret (olmayan yerlerde asliye hukuk) mahkemesinde görülür.⁴⁶

4.4. ANONİM ŞİRKETTE DENETLEME

Anonim şirketler, iktisadi faaliyetleri ve sermaye unsurları yönünden, ülkenin mali, ticari, ekonomik ve teknolojik geleceğine yön veren kuruluşlardır. Bu anlamda, çalışmalarında hata yapmaması, yasalara uygun yönetilmesi ve işletilmesi önemli bulunmaktadır.

Diğer kurum ve kuruluşlarda olduğu gibi, anonim şirketlerinde amaçlarını gerçekleştirebilmesi için bütün iş ve işlemlerinin denetlenmesi gerekir. Bu denetim hem kamunun ekonomik düzenini hem de şirket ortakları ile şirket alacaklılarının çıkarlarının korunmasını amaçlar.

Anonim şirketin finansal tablolarının yani hesaplarının denetlenmesi sistemi tamamen değişmiş, 6762 sayılı Kanun'da şirketin üç kanunî organından biri olan ve uzman bilgisine sahip olması zorunlu bulunmayan "mura-kıp(lar)" eli ile yapılan denetleme, yeni TTK'da yerini, bir bağımsız denetleme kuruluşunun veya yeminli malî müşavirin ya da serbest muhasebeci malî müşavirin yaptığı, finansal tablolar ile raporların, dolayısıyla, muhasebenin sürekli denetimine bırakmıştır. TTK'ya göre, küçük anonim şirketlerde denetim en az iki yeminli malî müşavir (YMM) veya serbest muhasebeci

malî müşavir (SMMM) tarafından yapılabilir. 6762 sayılı Kanun sisteminde, murakıp(lar) için öngörülmüş bulunan, genel kurulun toplantıya çağırılması gibi, yönetime ilişkin görev ve yetkiler de TTK ile sistemden çıkarılmıştır. Ayrıca, denetimin, denetçilik mesleğinin gereklerine, etiğine ve uluslararası standartlara göre yapılması emri TTK'da açıkça yerini almıştır.

Yeni hükümlerle, kurumsal yönetim ve dürüst resim ilkeleri bağlamında tam bir denetimin sonuçlarının, açık, anlaşılabilir ve kamuyu aydınlatma ilkeleri uyarınca düzenlenmiş bir raporla pay sahipleri başta olmak üzere ilgililere sunulması amaçlanmıştır.

a. Genel Olarak (TTK m. 397)

Anonim şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir.

Denetçinin denetiminden geçmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu düzenlenmemiş hükmündedir.

Şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporunun sunulmasından sonra değiştirilmişse ve değişiklik denetleme raporlarını etkileyebilecek nitelikteyse, finansal tablolar ile, birinci fıkra çerçevesinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu yeniden denetlenir. Yeniden denetleme ve bunun sonucu, raporda özel olarak açıklanır. Denetçi görüşünde de yeniden denetlemeyi yansıtan uygun eklere yer verilir.

b. Denetçiler

b.1. Atanması ve Görevden Alınması (TTK m. 399)

- (1) Denetçi, şirket genel kurulunca; topluluk denetçisi, ana şirketin genel kurulunca seçilir. Denetçinin, her faaliyet dönemi ve her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şarttır. Seçimden sonra, yönetim kurulu, gecikmeksizin denetleme görevini hangi denetçiye verdiğini ticaret siciline tescil ettirir ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile internet sitesinde ilan eder.
- (2) Denetçiden denetleme görevi, sadece dördüncü fıkarda öngörüldüğü şekilde ve başka bir denetçi atanmışsa geri alınabilir.

- (3) Konsolidasyona dâhil olan ana şirketin finansal tablolarını denetlemek için seçilen denetçi, başka bir denetçi seçilmediği takdirde, topluluk finansal tablolarının da denetçisi kabul edilir.
- (4) Şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi;
 - a) Yönetim kurulunun,
 - b) Sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahiplerinin, istemi üzerine, ilgilileri ve seçilmiş denetçiyi dinleyerek, seçilmiş denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi, özellikle de onun taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı hâlinde, başka bir denetçi atayabilir.
- (5) Görevden alma ve yeni denetçi atama davası, denetçinin seçiminin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren üç hafta içinde açılır. Azlığın bu davayı açabilmesi için, denetçinin seçimine genel kurulda karşı oy vermiş, karşı oyunu tutanağa geçirtmiş ve seçimin yapıldığı genel kurul toplantısı tarihinden itibaren geriye doğru en az üç aydan beri, şirketin pay sahibi sıfatını taşıyor olması şarttır.
- (6) Faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçi seçilememişse, denetçi, yönetim kurulunun, her yönetim kurulu üyesinin veya herhangi bir pay sahibinin istemi üzerine, dördüncü fıkra da gösterilen mahkemece atanır. Aynı hüküm, seçilen denetçinin görevi red veya sözleşmeyi feshetmesi, görevlendirme kararının iptal olunması, butlanı veya denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi veya görevini yapmaktan engellenmesi hâllerinde de uygulanır. Mahkemenin kararı kesindir.
- (7) Denetçinin mahkeme tarafından atanması durumunda, emsal dikkate alınarak, ücreti ile muhtemel giderler için mahkeme vizesine yatırılması gereken ön ödeme mahkemece belirlenir. Bunlara üç iş günü içinde itiraz edilebilir. Mahkeme kararı kesindir.
- (8) Denetçi denetleme sözleşmesini, sadece haklı bir sebep varsa veya kendisine karşı görevden alınma davası açılmışsa feshedebilir. Görüş yazısının içeriğine ilişkin fikir ayrılıkları ile denetlemenin şirketçe sınırlandırılmış olması veya görüş yazısı vermekten kaçınma haklı sebep sayılamaz. Denetçinin sözleşmeyi feshi yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Denetçi fesih tarihine kadar elde ettiği sonuçları genel kurula sunmakla yükümlüdür; bu so-

nuçlar 402 nci maddeye uygun bir rapor hâline getirilerek genel kurula verilir.

Denetçi altıncı fıkra hükmüne göre fesih ihbarında bulunduğu takdirde, yönetim kurulu hemen, geçici bir denetçi seçer ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi de aynı kurulun onayına sunar.

b.2. Denetçi Olabilecekler (TTK m. 400)

Denetçi, ancak ortakları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Orta ve küçük ölçekli anonim şirketler, bir veya birden fazla yeminli mali müşaviri veya serbest muhasebeci mali müşaviri denetçi olarak seçebilirler. Bağımsız denetleme kuruluşlarının kuruluş ve çalışma esasları ile denetleme elemanlarının nitelikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir

Aşağıdaki hâllerden birinin varlığında, yeminli mâli müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, bağımsız denetleme kuruluşu ve bunun ortaklarından biri ve bunların ortaklarının yanında çalışan veya bu cümlede anılan kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişiler, ilgili şirkette denetçi olamaz. Şöyle ki, önceki cümlede sayılanlardan biri;

- a) Denetlenecek şirkette pay sahibiyse,
- b) Denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanıysa veya denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşımışsa,
- c) Denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişinin, bir ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin kanuni temsilcisi veya temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi veya sahibiyse ya da bunlarda yüzde yirmiden fazla paya sahipse yahut denetlenecek şirketin yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan biri, eşi veya üçüncü derece dâhil, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımsıya,
- d) Denetlenecek şirketle bağlantı hâlinde bulunan veya böyle bir şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip olan bir işletmede çalışıyorsa veya denetçisi olacağı şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip bir gerçek kişinin yanında herhangi bir şekilde hizmet veriyorsa,

- e) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunmuşsa,
- f) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için (e) bendine göre denetçi olamayacak gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanuni temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi ya da gerçek kişi olarak bizzat kendisi ise,
- g) (a) ilâ (f) bentlerinde yer alan şartları taşıdığı için denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışıyorsa,
- h) Son beş yıl içinde denetçiliğe ilişkin meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin tamamının yüzde otuzundan fazlasını denetlenecek şirkete veya ona yüzde yirmiden fazla pay ile iştirak etmiş bulunan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde etmişse ve bunu cari yılda da elde etmesi bekleniyorsa,

denetçi olamaz; ancak, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, katlanılması güç bir durum ortaya çıkacaksa (h) bendindeki yasağın kaldırılması için belli bir süreyle sınırlı olarak onay verebilir.

- (2) Bir bağımsız denetleme kuruluşunun, bir şirketin denetlenmesi için görevlendirdiği denetçi yedi yıl arka arkaya o şirket için denetleme raporu vermişse, o denetçi en az iki yıl için değiştirilir.
- (3) Denetçi, denetleme yaptığı şirkete, vergi danışmanlığı ve vergi denetimi dışında, danışmanlık veya hizmet veremez, bunu bir yavru şirketi aracılığıyla yapamaz.
- (4) Bu madde hükümleri, 554 üncü maddede öngörülen işlem denetçilerine de uygulanır. Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, işlem denetçisi genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır.

c. Denetçilerin Gözetimi

Kamu adına denetçilerin gözetimini gerçekleştirecek bir üst kurum kurulması öngörülmektedir. Bu Kurum denetçilerin denetlemelerini Kanun hükümlerine, standartlara ve amaca uygun olarak yapmalarını sağlamak amacıyla oluşturulacaktır.

Bu Kurum kurulup, faaliyete geçinceye kadar gözetim faaliyetini Sanayi ve Ticaret Bakanlığı sürdürecektir.

Gözetim faaliyeti yerinden ve internette denetleme bilgilerine erişim ve ayrıca gerekli bilgilerin istenmesi suretiyle yürütülecektir.

d. Denetim Sonucu (TTK m. 403)

Denetçi tarafından geçmiş yıllar karşılaştırmalı bir rapor hazırlanır ve yönetim kuruluna sunulur.

Bu raporda denetimin sonucu bir görüş yazısıyla belirtilir.

Yazıdaki görüş olumlu, olumsuz ya da sınırlandırılmış olumlu olabilir. Görüş vermekten kaçınılması da mümkündür.

Şirket ile denetçi arasındaki görüş ayrılıklarında mahkeme karar verir. Bu dava yönetim kurulunun veya denetçinin istemi ile açılır. Mahkemenin kararı kesindir.

Olumsuz görüş yazılan veya görüş verilmesinden kaçınılan durumlarda;

- Genel kurul, denetlenen finansal tablolara dayanarak doğrudan veya dolaylı bir şekilde onunla ilgili olan bir karar alamaz (Örneğin temettü dağıtamaz)
- Yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırır ve toplantı gününden itibaren geçerli olacak şekilde istifa eder.
- Genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer.
- Yeni yönetim kurulu 6 ay içinde finansal tabloları hazırlar ve denetçiye verir.

e. İşlem Denetçisi

Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmemişse işlem denetçisi genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır. İşlem denetçisi, şirketteki belirli işlemleri denetler. Şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, yüksek hacimli menkul değer ihracını denetleyen denetçi işlem denetçisi olarak anılır.

f. Denetçinin ve İşlem Denetçilerinin Sorumluluğu

Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi; şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyen işlem denetçisi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur. Kusuru iddia eden ispatlar.

Bu düzenlemeden de görüleceği üzere denetçiler bakımından bir kusur karinesi öngörülmemiştir. Bu nedenle denetçilerin zarardan sorumlu olabilmeleri için kusurlu olduklarının ispat edilmesi gerekmektedir.

g. Bakanlık Denetimi

Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz (TTK m. 333).

Anonim şirketin genel kurul toplantısının tutanağının Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanması zorunludur. Aksi halde geçersizdir TTK m. 422).

c. Sermaye Piyasası Kurulunun denetimi

Menkul kıymetleri halka arz olunan anonim şirketlerin Sermaye Piyasası Kurulu'ndan doğan işlem ve hesapları Sermaye Piyasası Kurulu'nun uzmanları tarafından denetlenir. Ayrıca ilgili bakanlık tarafından da bu denetim yaptırılabilir (3794 s. K m. 45).

5. GENEL KURUL

5.1. GENEL KURUL VE TOPLANTILARI

Anonim şirkette genel kurul en üst organdır. Genel kurul kanun ve esas sözleşme ile kendisine verilen yetkileri kullanır ve görevleri yerine getirir.

Anonim şirkette genel kurul, olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanır.

Olağan toplantı her hesap dönemi sonundan itibaren üç ay içinde olur. Bu toplantılarda, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakere yapılır, karar alınır. Gerekliği takdirde genel kurul olağanüstü toplantıya çağrılır (TTK m. 409).

Gündem, genel kurulu toplantıya çağıran tarafından belirlenir. Kanuni istisnalar dışında gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakeredilemez ve karara bağlanamaz. Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır (TTK m. 413).

Genel kurul, süresi dolmuş olsa bile, yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılabilir. Tasfiye memurları da, görevleri ile ilgili konular için, genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir. Mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 410).

Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir. Gündeme madde konulması istemi, çağrı ilanının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasına ilişkin ilan ücretinin yatırılması tarihinden önce yönetim kuruluna ulaşmış olmalıdır. Çağrı ve gündeme madde konulması istemi noter aracılığıyla yapılır. Yönetim kurulu çağrıyı kabul ettiği takdirde, genel kurul en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır; aksi hâlde çağrı istem sahiplerince yapılır (TTK m. 411).

Pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın, görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir. Karar kesindir (TTK m. 412).

Anonim şirket tasfiyeye girmiş olsa bile, yönetim kurulunun görevi aynen devam eder. Ancak, tasfiye işlerinin gereğinden olan hususlar hakkında karar vermek üzere genel kurulu olağanüstü toplantıya davet yetkisi ise, tasfiye memurlarına aittir (TTK m. 535/2). Yani, tasfiye memurları ortaklığın genel kurulunu olağan toplantıya çağırma yetkisi.

Anonim şirket iflas etmiş ise, ortaklığın temsil yetkisi iflas idaresine aittir. İflas halinde de ortaklığın genel kurulunun olağan toplanması olanaklıdır. İflas işlemleri ile ilgili olmak üzere olağanüstü daveti iflas idaresi yapabilir (İİK m. 226). Olağan toplantıya davet ise, yönetim kuruluna aittir.⁴⁸

Genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir (TTK m. 414).

Genel kurul toplantısına, yönetim kurulu tarafından düzenlenen “hazır bulunanlar listesi”nde adı bulunan pay sahipleri katılabilir. Hazır bulunanlar listesinde adı bulunan senede bağlanmamış payların, ilmuhaberlerin nama yazılı payların sahipleri ve Sermaye Piyasası Kanununun 10/A maddesi uyarınca kayden izlenen pay sahipleri veya anılanların temsilcileri genel kurula katılır. Gerçek kişilerin kimlik göstermeleri, tüzel kişilerin temsilcilerinin vekâletname ibraz etmeleri şarttır. Hamiline yazılı pay senedi sahipleri, genel kurulun toplantı gününden en geç bir gün önce bu senetlere zilyet olduklarını ispatlayarak giriş kartı alırlar ve bu kartları ibraz ederek genel kurul toplantısına katılabilirler. Ancak, giriş kartının verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senedini devraldığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurula katılabilirler. Genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı, pay sahibinin payların sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini şirkete bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesi şartına bağlanamaz (TTK m. 415).

Bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler. Çağrısız toplanan genel kurulda, gündeme oybirliği ile madde eklenebilir; aksine esas sözleşme hükmü geçersizdir (TTK m. 416).

⁴⁸ Eriş, age., s. 1055

⁵⁰ Moroğlu, E.: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, BATİHA E Yayın No: 273, Ankara 1993, s. 6

5.2. TOPLANTILARA KATILMA VE KARAR YETER SAYISI

5.2.1. Toplantılara Katılma Hakkı

Pay sahipleri; genel kurul toplantılarında, organların seçilmesi ve tayini, hesapların onanması ve kazancın dağıtılması gibi şirket işlerine ilişkin haklarını kullanırlar (TTK m. 407/I). Pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılması, bir müktesep haktır.

Oy hakkına sahip olan pay sahibi, genel kurul toplantılarında bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi pay sahibi olan veya pay sahibi olmayan üçüncü bir kişi aracılığıyla da kullanabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmü geçersizdir (TTK m. 425). Oy hakkı payın kanunen ya da esas sözleşme ile belirlenmiş en az miktarının ödenmesi ile doğar (TTK m. 435)

Murahhas üyelerle en az bir yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısında hazır bulunmaları şarttır. Diğer yönetim kurulu üyeleri genel kurul toplantısına katılabilirler. Denetçi ve kendilerini ilgilendiren konularda işlem denetçisi genel kurulda hazır bulunur. Üyeler ve denetçiler görüş bildirebilirler. TTK'nın 333. maddesi gereğince devlet gözetimi altında olan şirketlerin genel kurul toplantılarında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın temsilcisi de yer alır (TTK m. 407).

Katılma haklarını temsilci olarak kullanan kişi, temsil edilenin talimatına uyar. Talimata aykırılık, oyu geçersiz kılmaz. Temsil edilenin temsilciye karşı hakları saklıdır. Hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödücü sözleşmesi ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elde bulunduran kimse, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabilir (TTK m. 427).

Bir pay, birden çok kişinin ortak mülkiyetindeyse, bunlar içlerinden birini veya üçüncü bir kişiyi, genel kurulda paydan doğan haklarını kullanması için temsilci olarak atayabilirler. Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ancak, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olması dolayısıyla pay sahibine karşı sorumludur (TTK m. 432).

5.2.2. Toplantı Yeter Sayısı

Genel kurul toplantıları için yeter sayı esas sermayeye göre tespit edilir.

Kural olarak genel kurullar, TTK'da veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir (TTK m. 418).

5.3. KARARLAR

5.3.1. Genel Olarak

Genel kurul kararı, genel kurul olarak toplanan pay sahipleri veya temsilcilerinin oyları ile meydana gelen, kural olarak ortaklık içi ilişkide ve istisnaen de dış ilişkide hukuki sonuç sağlama amacına yönelik olan ortaklık irade beyanıdır.

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, genel kurul kararı bir hukuki işlem niteliğindedir.⁵⁰ Bundan dolayı hukuki işlemler ile ilgili kuralları kararlara da uygulanmak gerekir. Bir kararın meydana gelmesi için toplantıya katılan bütün şahısların iradelerinin aynı yönde tecelli etmesi şart değildir. Kural olarak adi ekseriyet yeterlidir (TTK m. 418/2). Yani sermaye esasına göre tespit edilecek yeter sayı (nisab) dahilinde toplanmış olan bir genel kurul toplantısında mevcut kullanılan oyların çoğunluğunun aynı yönde olması kararın meydana gelmesi için yeter. Oylar hesaplanırken şahısların veya temsil ettikleri sermayenin çoğunluğu (ekseriyeti) değil, bu şahısların sahip oldukları oyların çoğunluğu esas alınır.⁵¹

TTK sisteminde oydan yoksun pay yoktur. TTK'nın 434. maddesi uyarınca; her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir ancak birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir. Ancak SPKan'ın 14/A maddesinde oydan yoksun paylar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre SPK mevzuatına tabi anonim ortaklıklar esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kâr payı

⁵¹ Ansay, age., s. 167

imtiyazı sağlayarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebilir ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz edebilirler. Bu grup payların iki temel unsuru vardır. Bunlardan biri, payın oy hakkının bulunmaması, diğeri ise, oy hakkını telafi etmek üzere kar payı imtiyazının tanınmasıdır. Bu paylarda oy hakkının yerini, karda imtiyaz doldurmaktadır.

Genel kurul tarafından verilen kararlar toplantıda hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da geçerlidir (TTK m. 423)

Bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur. Bununla beraber, bilançoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemişse veya bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu hususta bilinçli hareket edilmişse onama ibra etkisini doğurmaz (TTK m. 424).

5.3.2. Oy Hakkından Yoksunluk

Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz (TTK m. 436/I).

Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz (TTK m. 436/II).

Oy hakkını kullanamayan pay sahipleri, genel kurula katılabilir ve görüşlerini açıklayabilir.

Yönetim kurulu üyeleri anonim şirket bilançosunun oylanması için oy kullanabilirler ve fakat kendileriyle ilgili ibra kararlarında oy kullanamazlar.

5.4. TOPLANTI TUTANAĞI

Genel kurul toplantı tutanağı, pay sahiplerini veya temsilcilerini, bunların sahip oldukları payları, gruplarını, sayılarını, itibarî değerlerini, genel kurulda sorulan soruları, verilen cevapları, alınan kararları, her karar için kullanılan olumlu ve olumsuz oyların sayılarını içerir. Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır; aksi hâlde geçersizdir (TTK m. 422/I).

Yönetim kurulu, tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhâl ticaret sicili memurluğuna vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür; tutanak ayrıca hemen şirketin internet sitesine konulur (TTK m. 422/II).

5.5. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir.

Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir. Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır. Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz.

Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir.

Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir.

Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.

5.6. Özel Denetim İsteme Hakkı

Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir.

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi hâlinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını isteyebilir.

Dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları hâlinde özel denetçi atanır.

Mahkeme, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını verir. Mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir.

Özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmalıdır. Yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dâhil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin verir. Kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık hâlinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir.

Özel denetçi, şirketin özel denetimin sonuçlarına ilişkin görüşünü alır ve sır saklamakla yükümlüdür. Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.

Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğrattıp uğratmayacağına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar verir.

Mahkeme, şirket ve istem sahiplerine, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirmek ve ek soru sormak imkânını tanır.

Yönetim kurulu, raporu ve buna ilişkin değerlendirmeleri, ilk genel kurula sunar. Her pay sahibi, genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre

içinde şirketten raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir.

Mahkeme, özel denetçi atanmasını kabul etmişse, şirketçe ödenmesi gereken avansı ve giderleri belirtir. Özel hâl ve şartların haklı göstermesi hâlinde giderler kısmen veya tamamen istem sahiplerine yükletilebilir. Genel kurul özel denetçinin atanmasına karar vermişse giderler şirkete ait olur.

5.6. GENEL KURUL KARARLARININ ETKİSİ, İPTALİ ve BUTLANI

5.6.1. Kararların Etkisi

Genel kurul kararlarının ortaklığın bütün ilkelerini kapsayan doğrudan doğruya veya dolaylı etkilerini gösterebilmeleri her şeyden önce hukuk kurallarına aykırı bulunmamalarına, yani hukuken mevcut ve geçerli olmalarına bağlıdır. Kararların mevcudiyet ve geçerlilik koşulları kanun koyucu tarafından ortaklığın, azınlığın, ortaklık alacaklılarının ve müstakbel pay sahiplerinin hak ve çıkarları ile kamu düzeninin diğer gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle çeşitli kanun hükümleriyle tespit edilmiştir. Meydana gelişi ve özü bakımından bu hükümlere ve bunların ışığında düzenlenmiş olan ortaklık esas sözleşmesine aykırı bulunan kararlar hukuken sakat olurlar.⁵²

Olağan ve olağanüstü genel kurulda alınan kararlar, toplantıda hazır bulunmayan veya karşı oy veren pay sahipleri hakkında da geçerlidir (TTK m. 423).

Burada, kanuna aykırı olmayan genel kurul kararları söz konusudur.

TTK'nın 423. anonim şirket pay sahipleri hakkında öngörülen bir düzenlemedir. Bu sebeple, üçüncü kişileri etkileyebilir ve fakat onları bağlamaz.

5.6.2. Kararların İptali ve Butlanı

5.6.2.1. İptal davası açabilecek kişiler

- a) Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten,

⁵² Moroğlu, age., s. 15

- b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri,
- c) Yönetim kurulu,
- d) Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri, iptal davası açabilir.

5.6.2.2. İptal sebepleri

İptal davası açabilecek kişiler, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler.

5.6.2.3. Butlan

Genel kurulun, özellikle;

- a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,
- b) Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran,
- c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır.

6762 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk yıllarda genel kurul kararlarının butlanının, bazı Yargıtay kararlarına göre hükümsüzlüğünün (geçersizliğinin) bir tespit davası ile ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıydı. Ancak, tartışma kısa sürede olumlu sonuca bağlandı ve iptal edilebilir genel kurul kararları yanında bâtil genel kurul kararlarının da varlığı öğretide görüş birliği halinde kabul edildi. Yargıtay da bu ayrımı yerleşik içtihadı haline getirdi. İsv. BK m. 706b'den alınan TTK'nın 447. maddesi uzun yıllara da-

yanan Türk uygulamasını hükme bağlamakta, özellikle butlan sebeplerini somut bir şekilde göstermektedir⁵³.

Bâtıl genel kurul kararları baştan itibaren hüküm doğurmazlar ve daha sonra sağlığa kavuşturulamazlar; mahkemece re'sen dikkate alınırlar; def'i olarak ileri sürülebilecekleri gibi süreye bağlı olmaksızın bir tespit davasının konusunu da oluşturabilirler. Diğer yandan, söz konusu kararlar işlem güvenliği yönünden bir önemli sakıncayı içerirler. Şirketin bir kararının, kararın alınmasından yıllar sonra bile butlanının ileri sürülebilmesi tehlikesi ve tehdidi, şirket yönetiminde pay sahiplerinde, alacaklılarda ve sermaye piyasasındaki potansiyel yatırımcılarda büyük tedirginliğe sebep olabilir. Yıllar sonra butlanın mahkemece tespiti ise o kararın kurduğu birçok ilişkiyi çoğu kez geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Bu sakıncası sebebiyle mahkemelerin geçersizlik kararlarını ayrıntılı ve çok yönlü değerlendirmeler sonucu sakınarak vermeleri yanında, kanun koyucunun da iptal edilebilirlik ile butlanın sınırlarını açıkça belirlemesi gerekir. Hükümdeki, "özellikle" sözcüğü geçersiz Genel Kurul kararlarının sadece maddede belirtilen kararlardan ibaret olmadığını, yani maddenin sınırlı sayı (numerus clausus) niteliği taşımadığını ifade etmektedir⁵⁴.

5.6.2.4. Ortak Hükümler

Yönetim kurulu iptal veya butlan davasının açıldığını ve duruşma gününü usulüne uygun olarak ilan eder ve şirketin internet sitesine koyar.

İptal davasında üç aylık hak düşüren sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz. Birden fazla iptal davası açıldığı takdirde davalar birleştirilerek görülür.

Mahkeme, şirketin istemi üzerine muhtemel zararlarına karşı davacıların teminat göstermesine karar verebilir. Teminatın nitelik ve miktarını mahkeme belirler.

Genel kurul kararı aleyhine iptal veya butlan davası açıldığı takdirde mahkeme, yönetim kurulu üyelerinin görüşünü aldıktan sonra, dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verebilir.

Genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin mahkeme kararı, kesinleştikten sonra bütün pay sahipleri hakkında hüküm ifade eder. Yöne-

⁵³ Gereke Madde 447.

⁵⁴ Gereke Madde 447.

tim kurulu bu kararın bir suretini derhâl ticaret siciline tescil ettirmek ve internet sitesine koymak zorundadır.

Genel kurulun kararına karşı, kötünüyetle iptal veya butlan davası açıldığı takdirde, davacılar bu sebeple şirketin uğradığı zararlardan müteselsilen sorumludurlar.

5.7. ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

5.7.1. Genel Olarak

Esas sözleşmenin çeşitli nedenlerle değiştirilmesi gerekebilir. Bir esas sözleşmedeki düzenlemenin tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılması, yerine yenisinin getirilmesi ya da değiştirilmesi istenebilir. Bu hallerde esas sözleşmenin değiştirilmesinden söz edilir.

Kanun ve esas sözleşme hükümlerinde öngörülen koşullara uyularak esas sözleşme hükümleri değiştirilebilir.

Türk Ticaret Kanunu, bu konuda genel bir kural getirmiş bulunmaktadır. Buna göre; esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde genel kurul, kanunda öngörülen şartlara uyarak esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir, mütesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır (TTK m. 452).

Eski TTK'nın yeni TTK'nın 452. maddesi ile örtüşen 385. maddesinde, mütesep haklar, kanun veya esas sözleşme hükümlerine göre genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tabi olmayan veya genel kurulun toplantılarına katılma hakkından doğan, özellikle üyelik, oy kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye sonucuna katılmak gibi haklar olarak tanımlanmışken yeni TTK'da bu tanıma yer verilmemiştir.

Maddenin gerekçesine göre; *“mütesep haklar kavram olarak korunmuştur. Bu suretle mütesep haklar Tasarı tarafından tanınmıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun "münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları mütesep haklarda rızaları olmaksızın değişiklik yapılamaz" hükmüne yer vermemiş, ayrıca, mütesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlayan ve mütesep hakları sayan ikinci fıkra yanlış anlamalara yol açtığı için çıkarılmıştır. 6762 sayılı Kanundaki liste mütesep hakların tümünü içermediği gibi, mütesep hakların farklı türde hatta derecede olabileceklerine de işaret etmektedir. Tanım ise, mütesep hakların tümünü kapsamıyordu. Ayrıca 6762 sayılı*

⁵⁸ Eriş, age., s. 1176

Kanun çeşitli maddeleri ile de çelişki içindedir. Bazı mütesep haklar mutlak nitelik taşırken bazıları niteliklerinden şüphe edilebilecek ölçüde sınırlandırılabilirdi. Kavramın (İsv. BK'nın aksine) muhafaza edilmesinin sebebi kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturabilmesidir. Nitekim kavramın kanundan tamamen çıkarıldığı İsviçre'de hukukî durum değişmemiştir”.

Mütesep haklar, pay sahibinin rızası olmaksızın üzerinde hiçbir değişiklik yapılamayan ve genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına tabi olmayan haklardır. Vazgeçilmez hakların mütesep haklardan farkı ise bir vazgeçilmez hakkın sahibinin rızası ile dahi sınırlandırılmasının ya da ortadan kaldırılmasının mümkün olmamasıdır. Genel kurulda oy kullanma hakkı eski TTK döneminde mütesep haklardan biri olarak kabul edilmesine rağmen esasında bir vazgeçilmez haktır. Zira hak sahibi her ne kadar genel kurula katılmayıp oy kullanmama inisiyatifine sahip olsa da bu hakkın kendisinden alınması ya da bu haktan sürekli olarak feragat etmesi mümkün değildir.

Bu durumda, kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı olmamak üzere, esas sözleşmenin değiştirilmesi mümkündür. Zira esas sözleşme değişikliği, ilk esas sözleşme ile belli kurallara bağlanmışsa, bu da bir mütesep haktır.

Ancak, kanunda öngörülen emredici bir hüküm ile esas sözleşme hükümleri çatışma halinde ise, kanunun doğrudan uygulanması düşünülmemelidir. Önce esas sözleşmede değişiklik yapılarak kanuna uyulanır, sonra da bu değişiklik uygulamaya konulur. Bu durumda ilk esas sözleşmedeki hükümlerin mütesep hak tanıdığı görüşünün hukuki dayanağı kalmamaktadır.

Genel kurul, esas sözleşmenin değiştirilmesi için toplantıya çağrıldığı takdirde; 333. madde uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın izninin alınmasının gerekli olduğu şirketlerde izni alınmış, diğer şirketlerde, yönetim kurulunca karara bağlanmış bulunan değişiklik taslağının, değiştirilecek mevcut hükümlerle birlikte şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanı gerekir. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı ve çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektupla bildirilir. Genel kurulun kararına 421 inci maddede öngörülen nisaplar uygulanır.

Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin kararlarda oyda imtiyaz kullanılmaz (TTK m. 479/III). Yani, oy bakımından imtiyazlı paylar, esas sözleşme değişikliği sırasında geçici ve bu değişikliğe münhasır olmak üzere oy imtiyazından yararlanamazlar.⁵⁸

5.7.2. Toplantı ve Karar Yeter Sayısı

TTK'nın 421. maddesinde esas sözleşme değişikliklerinde uygulanacak toplantı ve karar nisapları belirlenmiştir. Buna göre;

Kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkra da öngörülen nisapları düşüren veya nispî çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle alınır:

- a) Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar.
- b) Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar.

Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır:

- a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.
- b) İmtiyazlı pay oluşturulması.
- c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.

İkinci ve üçüncü fıkralarda öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır.

Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, aşağıdaki konularda karar alınabilmesi için, yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa, 418 inci maddedeki toplantı nisabı uygulanır:

- a) Sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri.

b) Birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlar.

İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahipleri, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler.

5.7.3. İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu

Anonim şirket payları, tek grup paylar olabileceği gibi birbirinden farklı ve ayrıcalık tanıyan birçok pay grupları biçiminde de oluşturulabilir. Birbirinden farklı ve ayrıcalık tanıyan paylara imtiyazlı paylar denir.⁵⁹

TTK'nın 478. maddesi uyarınca; ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir. İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Anılan madde- de 360. madde hükmünün saklı olduğu belirtilmiş, 360. maddede ise yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılmıştır.

Oyda imtiyaz (TTK m. 479), eşit itibarî değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir. Bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir. Bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz. Bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararı vermesi gerekir. Projede yapılacak her değişiklik mahkeme kararına bağlıdır. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hâllerde istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir. Oyda imtiyaz aşağıdaki kararlarda kullanılamaz:

- a) Esas sözleşme değişikliği.
- b) İşlem denetçilerinin seçimi.
- c) İbra ve sorumluluk davası açılması.

Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay

⁵⁹ Eriş, age., s. 1186

sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamaz (TTK m. 454).

Yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırır. Aksi hâlde, her imtiyazlı pay sahibi yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere, on beş gün içinde, bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir.

Özel kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. İmtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa karar gerekçeli bir tutanakla belirtilir. Tutanakın on gün içinde şirket yönetim kuruluna teslimi zorunludur. Tutanakla birlikte, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile bu maddenin sekizinci fıkrası hükmü gereği açılacak dava için geçerli olmak üzere ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verilir. Tutanak, birlikte verilen bilgilerle beraber tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir. Bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır.

Genel kurulda, imtiyazlı payların sahip veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, üçüncü fıkarda öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmaz.

Çağrıya rağmen, süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır.

Bu toplantıda Bakanlık temsilcisi de hazır bulunur ve tutanağı imzalar.

Yönetim kurulu, özel kurulun onaylamama kararı aleyhine, karar tarihinden itibaren bir ay içinde, genel kurulun söz konusu kararının pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesi ile, bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescili davasını, şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılabilir.

5.7.4. Tescil

Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından, şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilir; ayrıca ilana bağlı hususlar ilan ettirilir; tescil ve ilan edilen karar şirketin internet sitesine konulur. Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez (TTK m. 455).

5.7.5. Esas Sermayenin Artırılması ve Azaltılması

Anonim şirketlerde mali yapıyı güçlendirmek ve yatırımlara kaynak sağlamak için başvuru yollarından biri de esas sermayenin artırılmasıdır.

Anonim şirketin zarar etmesi veya esas sermayesinin işletme konusuna göre fazla olması halinde sermayenin azaltılmasına yönelinir.

TTK’da sermayenin artırılması veya azaltılması şekilleri ile izlenecek yol konusunda özel düzenlemeler Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi başlıklı 5. bölümün 2. ayırımında öngörülmüştür (TTK m. 456-475).

Yeni TTK bakımından özellikle belirtilmesi gereken bir yenilik halka açık olmayan bir anonim şirketin de kayıtlı sermaye sistemini benimsemesine olanak sağlanmış ve bu sistemde sermaye artırımlarının genel kurul kararı alınmaksızın yapılmasına cevaz verilmiş olmasıdır. TTK’nın 460. maddesine göre; halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir. Bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir.

6. PAY SENETLERİ VE DİĞER MENKUL KIYMETLER

6.1. PAY SENETLERİ

Pay, anonim ortaklığa ilişkin üyelik (ortaklık) haklarını içeren bir belge, yani “pay senedi”dir. Bu senet, hem ortaklık sıfatını hem de esas sermayeye katılımın miktarını gösteren bir belge niteliğindedir.⁶⁰

Payın itibarî değeri en az bir kuruştur. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibarî değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar artırılabilir. Bu kurala aykırı olarak çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, pay için yapılan ödemeden doğan haklar saklıdır. Söz konusu payları ihraç edenler, zarar verdikleri kişilere karşı müteselsilen sorumludur. Zora giren şirketin finansal durumunun iyileştirilmesi amacıyla payın itibarî değeri bir kuruştan fazla olduğu takdirde bir kuruşa kadar indirilebilir.

⁶⁰ Pulaşlı, H.: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 4

Pay şirkete karşı bölünemez. Bir payın birden fazla sahibi bulunduğu takdirde, bunlar şirkete karşı haklarını ancak ortak bir temsilci aracılığıyla kullanabilirler. Böyle bir temsilci atamadıkları takdirde, şirketçe söz konusu payın maliklerinden birine yapılacak tebligat tümü hakkında geçerli olur. Genel kurul, sermaye tutarı aynı kalmak şartıyla, esas sözleşmeyi değiştirmek suretiyle, payları, asgari itibarî değer hükmüne uyarak, itibarî değerleri daha küçük olan paylara bölmek veya payları itibarî değerleri daha yüksek olan paylar hâlinde birleştirmek yetkisini haizdir. Şu kadar ki, payların birleştirilebilmesi için her pay sahibinin bu işleme onay vermesi gerekir.

Pay senetleri, hamiline veya nama yazılı olur. Bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamaz. Bu hükme aykırı olarak çıkarılanlar geçersizdir. İyiniyet sahiplerinin tazminat hakları saklıdır.

Esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, payın türü dönüştürme yolu ile değiştirilebilir. Dönüştürme esas sözleşmenin değiştirilmesiyle yapılır. Dönüştürmenin kanunen öngörüldüğü hâllerde yönetim kurulu gerekli kararı alarak derhâl uygular ve bunun esas sözleşmeye yansıtılması girişimini hemen başlatır. Nama yazılı pay senetlerinin hamiline yazılı pay senetlerine dönüştürülebilmesi için payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması şarttır.

Şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan paylar geçersizdir; ancak, iştirak taahhüdünden doğan yükümlülükler geçerliliklerini sürdürür.

Paylar hamiline yazılı ise yönetim kurulu, pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine dağıtır. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Pay senedi bastırılınca kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberlere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanır. Azlık istemde bulunursa nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılır. Tescilden önce pay senedi çıkaran kimse, bundan doğan zararlardan sorumludur.

6.2. BORÇLANMA SENETLERİ İLE ALMA VE DEĞİŞTİRME HAKKI İÇEREN MENKUL KIYMETLER

Anonim şirketler esas sözleşmelerinde belirlenen amaç ve konularını gerçekleştirmek için esas sermaye ve yedek akçelerin dışında ayrıca dış kaynaklardan da yararlanabilirler. Bu amaçla çıkarılan menkul kıymetler TTK'nın 504-506. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Her çeşidi ile tahviller, finansman bonoları, varlığa dayalı senetler, ıskonto esaslı üzerine düzenlenenler de dâhil, diğer borçlanma senetleri, alma ve değiştirme hakkını haiz senetler ile her çeşit menkul kıymetler, aksi kanunlarda öngörülmedikçe, ancak genel kurul kararı ile çıkarılabilirler. Genel kurul bu kararı, kanunlarda farklı bir düzenleme yoksa, 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümlerine göre verir. Esas sözleşme farklı bir nisap öngörebilir. Genel kurul kararının çıkarılacak menkul kıymete ilişkin, gerekli bütün hüküm ve şartları içermesi gerekir. Genel kurul kararını yönetim kurulu yerine getirir. Bu hükme tabi menkul kıymetler hamiline veya emre yazılı ve itibarî değerli olabilir. İtibarî değer genel kurul ve yetkilendirilmiş olması hâlinde yönetim kurulunca belirlenir. Borçlanma senetlerinin bedellerinin nakit olması ve teslimi anında tamamen ödenmesi şarttır.

Aksi kanunda öngörülmemişse, genel kurul herhangi bir menkul kıymetin çıkarılmasını ve hükümleriyle şartlarını saptamak ve bununla ilgili işlem denetçisi seçmek yetkisini, en çok on beş ay için yönetim kurulu-na bırakabilir.

Borçlanma senetlerinin toplam tutarı, sermaye ile bilançoda yer alan yedek akçelerin toplamını aşamaz; kanunların bilançoya konulmasına izin verdiği yeniden değerlendirme fonları da toplama katılır.

7. SONA ERME VE TASFİYE

7.1. SONA ERME SEBEPLERİ

TTK'nın 529. maddesi uyarınca anonim şirket;

- a) Sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle,
- b) İşletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle,
- c) Esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle,
- d) 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına uygun olarak alınan genel kurul kararıyla,
- e) İflasına karar verilmesiyle,
- f) Kanunlarda öngörülen diğer hâllerde,

sona erer.

Bunun yanında Kanun, anonim şirketin sona ermesine neden olabilecek bazı özel hallere de yer vermiştir.

a) Organların eksikliği (m. 530)

Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.

b) Haklı sebeplerle fesih (m. 531)

Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı

pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.

Sona erme, iflastan ve mahkeme kararından başka bir sebepten ileri gelmişse, yönetim kurulunca ticaret siciline tescil ve ilan ettirilir.

7.2. TASFİYE

Sona eren şirket tasfiye hâline girer. Ancak, şirketin diğer bir şirketle birleşmesi veya bir kamu tüzel kişisi tarafından devralınması sebepleriyle ifisah eden şirket tasfiyeyi gerektirmez.

Tasfiye hâlindeki şirket, pay sahipleriyle olan ilişkileri de dâhil, tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini korur ve ticaret unvanını “tasfiye hâlinde” ibaresi eklenmiş olarak kullanır. Bu hâlde organlarının yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır.

Tasfiyeyi gerektiren sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi, anonim şirketleri hemen sona erdirmez. Sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi, sadece anonim şirket bünyesinde, bir takım değişiklikler meydana getiren tasfiye haline girilmesini sağlar. Bu andan itibaren şirket, varlığını tasfiye şirketi olarak devam ettirir. Şirket, ancak, tasfiye işlemleri tamamlanıp sicilden terkin edilmekle gerçek anlamda sona erer.⁷¹

İflas hâlinde tasfiye, iflas idaresi tarafından İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır. Şirket organları temsil yetkilerini, ancak şirketin iflas idaresi tarafından temsil edilmediği hususlar için korurlar.

Şirket tasfiye hâline girince, organların görev ve yetkileri, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan, ancak nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgülenir. Tasfiye işlerinin gereklerinden olan hususlar hakkında karar vermek üzere genel kurul tasfiye memurları tarafından toplantıya çağrılır.

⁷¹ Karahan, S.: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s. 14

Tasfiye halinin anonim şirket bünyesinde meydana getirdiği değişiklikler şunlardır:

- Tasfiye haline giren şirketin tüzel kişiliği devam eder (TTK m. 533/II).
- Tasfiye haline giren şirketin gayesi, tasfiye gayesine dönüşür (TTK m. 533).
- Şirket unvanına “tasfiye halinde” ibaresi eklenir (TTK m. 533).
- Tasfiye halinde yönetim kurulu varlığını sürdürür.

Tasfiyeye giren anonim şirketin zorunlu organlarının görev ve yetkisi, tasfiyenin yapılabilmesi için gerekli olan ve fakat niteliği gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere yoğunlaşır.

Tasfiye halindeki şirketi mahkemede tasfiye memuru temsil eder.

Tasfiye işlerinin icaplarından doğan hususlar hakkında karar vermek üzere genel kurul tasfiye memurları tarafından, toplantıya davet edilir.

Tasfiye işleri, yönetim kurulu tarafından yapılır. Ancak, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla da tasfiye memuru tayin edilebilir.

Yönetim kurulu tasfiye memurlarını ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. Tasfiye işlerinin yönetim kurulunca yapılması halinde de aynı işlem yapılır (TTK m. 441). Şirketin feshine mahkemenin karar verdiği hâllerde tasfiye memuru mahkemece atanır. Temsile yetkili tasfiye memurlarından en az birinin Türk vatandaşı olması ve yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması şarttır.

Tasfiye memurlarına Kanun ile tanınmış yetkiler devredilemez; ancak, belirli uygulama işlemlerinin yapılabilmesi için, tasfiye memurlarından biri diğerine veya üçüncü bir kişiye temsil yetkisi verebilir.

Tasfiye memurlarının üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlar; meğerki, üçüncü kişinin işlemin tasfiye amacının dışında olduğunu bildiği veya hâlin gereğinden bilmemesinin mümkün olmayacağı ispat edilsin. Tasfiyenin sadece tescil ve ilan edilmesi, bu hususun ispatı için yeterli delil değildir.

Tasfiye memurları birden fazla ise, aksi genel kurul kararında veya esas sözleşmede öngörülmemişse, şirketin bağlanabilmesi için imzaya yetkili iki tasfiye memurunun şirket unvanı altında imza atması gereklidir. Tasfiye hâlindeki şirketi tasfiye ile ilgili konularda mahkemelerde ve dış ilişkide tasfiye memurları temsil eder.

Tasfiye memurunun görevini yerine getirdiği sırada işlediği haksız fiilden şirket de sorumludur.

Tasfiye hâlinde bulunan şirketin borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan varlığı, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır. Tasfiye payında imtiyazın varlığı hâlinde esas sözleşmedeki düzenleme uygulanır.

Alacaklılara üçüncü kez yapılan çağrı tarihinden itibaren bir yıl geçmedikçe kalan varlık dağıtılamaz. Şu kadar ki, hâl ve duruma göre alacaklılar için bir tehlike mevcut olmadığı takdirde mahkeme bir yıl geçmeden de dağıtmaya izin verebilir.

Esas sözleşme ve genel kurul kararında aksine hüküm bulunmadıkça, dağıtma para olarak yapılır.

Ek Tasfiye :

Tasfiyenin kapanmasından sonra ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklılar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilirler.

Mahkeme istemin yerinde olduğuna kanaat getirirse, şirketin ek tasfiye için yeniden tesciline karar verir ve bu işlemlerini yapmaları için son tasfiye memurlarını veya yeni bir veya birkaç kişiyi tasfiye memuru olarak atayarak tescil ve ilan ettirir.

Tasfiyeden Dönme:

Şirket sürenin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Devam kararının sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile alınması gerekir. Esas sözleşme ile bu nisap ağırlaştırılabilir ve başkaca önlemler öngörülebilir. Tasfiyeden dönüşüne ilişkin genel kurul kararını tasfiye memuru tescil ve ilan ettirir.

Şirket, iflasın açılmasıyla sona ermiş olmasına rağmen iflas kaldırılmışsa veya iflas, konkordatonun uygulanmasıyla sona ermişse şirket devam eder.

Tasfiye memuru iflasın kaldırıldığına ilişkin kararı ticaret siciline tescil ettirir. Tescil istemine, pay bedellerinin ve tasfiye paylarının pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmadığına ilişkin belge de eklenir.

ALTINCI KISIM SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ŞİRKET

1. TANIM VE UNSURLARI

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklarından bir veya birkaçı şirket alacaklılarına karşı bir kolektif şirket ortağı, diğerleri bir anonim şirket pay sahibi gibi sorumlu olan şirkettir. Sermaye, paylara bölünmeksizin sermayesi sadece birden çok komanditerin sermayeye katılma oranlarını göstermek amacıyla kısımlara ayrılmış bulunuyorsa komandit şirket hükümleri uygulanır (TTK m. 564).

Komanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabidir. Bu hususların dışında, Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri uygulanır.

Esas sözleşme yazılı şekilde düzenlenir, kurucularla komandite ortakların tümü tarafından imzalanır; imzaların noterce onaylanması gerekir. İzin alınmasına ilişkin 333 üncü madde uygulanmaz.

Esas sözleşme, ikinci fıkrasının (f) bendi hariç olmak üzere 339. maddede yer alan tüm kayıtları içermelidir. Buna göre esas sözleşmeye aşağıdaki hususlar yazılır:

- a) Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.
- b) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
- c) Şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları.
- d) Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları; belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları.

- e) Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı.
- f) Yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar.
- g) Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları; oy hakları.
- h) Şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre.
- ı) Şirkete ait ilanların nasıl yapılacağı.
- i) Pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları.
- j) Şirketin hesap dönemi.

Esas sözleşmeyi imzalayanlarla şirkete paradan başka sermaye koyanların tümü kurucu sayılır.

Kurucular beş kişiden az olamaz. Kuruculardan en az birinin komandite olması şarttır. Kurucu sıfatını haiz olan komanditerlerin sahip oldukları payların her birinin tutarının esas sözleşmeye yazılması gerekir.

Kuruluşa, anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin hükümler uygulanır.

Anonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, yönetici olan komandite ortaklar hakkında da geçerlidir.

Şirketi yönetmek ve temsil etmekle görevli olan komandite ortaklar, kolektif şirketin yönetimine ve temsiline görevli ortaklar için kanunda belirlenen hâllerde ve öngörülen şartlar uyarınca görevden alınabilirler. Görevden alma kararının tescili ile, görevden alınan ortağın şirketin bu tarihten sonra doğacak borçlarından dolayı kişisel sorumlulukları sona erer.

Komandite ortak diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren bir iş yapamayacağı gibi bu tür ticaretle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da katılamaz. Bu yasak hükmüne aykırı hareket eden komandite ortak hakkında kolektif şirkete ilişkin hükümler uygulanır.

YEDİNCİ KISIM LİMİTED ŞİRKET

1. TANIM

Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur.

Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler.

Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir.

Limited şirket bir ticaret şirketi olup, tüzel kişiliğini haizdir. Bu sebeple, medeni haklardan yararlanma ehliyeti vardır (TTK m. 125). Limited şirket TTK'nın 124. maddesinde bir sermaye şirketi olarak sayılmıştır.

Limited şirketin sermayesi nakit ve ayın olarak konulan sermayeden oluşur. Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fıkri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz (TTK m. 581)..

2. NİTELİKLERİ

2.1. ORTAKLARIN SAYISI

Ortakların sayısı elliyi aşamaz.

Ortak sayısı bire düşerse durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde müdürlere yazıyla bildirilir. Müdürler, bildirim alınması tarihinden başlayarak yedinci günün sonuna kadar, şirketin tek ortaklı olduğunu, bu ortağın adını, yerleşim yerini ve vatandaşlığını tescil ve ilan ettirirler, aksi hâlde doğacak zarardan sorumlu olurlar. Aynı yükümlülük, şirketin bir ortakla kurulduğu hâllerde de geçerlidir.

Şirket, tek ortağının kendisinin olacağı bir şirkete dönüşeceği sonucunu doğuracak şekilde esas sermaye payını iktisap edemez.

Limited şirkete gerçek kişiler ve tüzel kişiler ortak olabilirler.

2.2. TİCARET UNVANI

Limited şirketin ticaret unvanı, konu unvanıdır. Unvanda işletme konusunun yanında “limited şirket” kelimelerinin de bulunması zorunludur. Bu şirketin ticaret unvanında bir gerçek kişinin adı veya soyadı yer aldığı takdirde şirket türünü gösteren ibareler, baş harflerle veya başka bir şekilde kısaltma yapılarak yazılamaz.

2.3. ESAS SERMAYE

Limited şirketin esas sermayesi en az onbin Türk Lirasıdır. Bu en az tutar, Bakanlar Kurulunca on katına kadar artırılabilir.

Şirket sözleşmesinde esas sermaye paylarının itibarî değerleri en az yirmibeş Türk Lirası olarak belirlenebilir. Şirketin durumunun iyileştirilmesi amacıyla bu değerın altına inilebilir.

Esas sermaye paylarının itibarî değerleri farklı olabilir. Ancak, esas sermaye paylarının değerlerinin yirmibeş Türk Lirası veya bunun katları olması şarttır. Bir esas sermaye payının vereceği oyun, 618 inci madde uyarınca itibarî değere göre hesaplanması, esas sermaye payının bölünmesi değildir. Aynı hüküm bir hakkın veya yükümlülüğün itibarî değere göre belirlendiği durumlar için de geçerlidir.

Bir ortak birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir.

Esas sermaye payları itibarî değerden veya bu değeri aşan bir bedelle çıkarılabilir.

Esas sermaye payının bedeli şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi, serbestçe kullanılabilecek öz kaynakların esas sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenir.

Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir. Ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önallım, geri allım ve allım haklarının, bu senetlerde açıkça belirtilmesi gereklidir.

2.4. SINIRLI SORUMLULUK

Limited şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığı ile sorumludur (TTK m. 602).

2.5. TİCARİ İŞLETME

Limited şirket çoğu kez bir ticari işletme işletir. Ancak, kanunda bu unsura doğrudan yer verilmemiştir.

2.6. ESAS SERMAYE PAYI

Esas sermayenin itibarî tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibarî değerleri, varsa imtiyazlar, esas sermaye paylarının grupları şirket sözleşmesinde yer alması zorunlu kayıtlardandır.

Esas sermaye payı, devredilebilir ve miras yoluyla geçer.

Şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar. Ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibarî değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adresleri bu deftere yazılır.

2.7. AMAÇ VE KONU

Limited şirket kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir. Ancak, sigortacılık yapamazlar (TTK m. 573).

2.8. TÜZEL KİŞİLİK

Limited şirket bir ticaret şirketi olup, tüzel kişiliği haizdir. Medeni Kanun'un 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler.

3. LİMİTED ŞİRKETİN KURULUŞU

3.1. KURULUŞ SAFHALARI

3.2.1. Esas Sözleşmenin Hazırlanması

Limited şirket esas sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onanması şarttır (TTK m. 575).

Limited şirkette sözleşmenin hem yazılı yapılması hem de kurucu ortakların imzalarının noterce onanması bir geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan veya yazılı olup da kurucularının imzaları noterce onanmayan bir sözleşmeye dayanılarak limited şirketi kurulamaz.

Şirket sözleşmesinde aşağıdaki kayıtların açıkça yer alması gereklidir:

- a) Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunduğu yer.
- b) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde, şirketin işletme konusu.
- c) Esas sermayenin itibarî tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibarî değerleri, varsa imtiyazlar, esas sermaye paylarının grupları.
- d) Müdürlerin adları, soyadları, unvanları, vatandaşlıkları.
- e) Şirket tarafından yapılacak ilanların şekli.

Yukarıda belirtilen zorunlu kayıtlardan birinin esas sözleşmede olmaması halinde, ticaret sicil memuru başvuruyu ya reddeder ya da tamamlattırılmasını sağlar (TTK m. 32 vd).

Aşağıdaki kayıtlar, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hükümlerdir:

- a) Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kanuni hükümlerden ayrılan düzenlemeler.
- b) Ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması.
- c) Ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı.
- d) Yan edim yükümlülüklerinin öngörülmesi, bunların şekli ve kapsamı.
- e) Belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması hâlinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler.
- f) Kanunda ya da şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri hâlinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri.
- g) Kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler.
- h) Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin özel hak tanıyan hükümler.

- i) Genel kurulda karar almaya, oy hakkına ve oy hakkının hesaplanmasına ilişkin kanuni düzenlemeden ayrılan hükümler.
- ii) Şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri.
- j) Bilanço kârının kullanılması hakkında kanundan ayrılan hükümler.
- k) Çıkma hakkının tanınması ile bunun kullanılmasının şartları, bu hâllerde ödenecek olan ayrılma akçesinin türü ve tutarı.
- l) Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin özel sebepleri gösteren hükümler.
- m) Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümler.

Aynı sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.

Şirket, kanuna uygun olarak düzenlenen şirket sözleşmesinde, kurucuların limited şirket kurma iradelerini açıklayıp, sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmı hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulur. Ancak şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır.

3.2.2. Tescil

Şirket sözleşmesinin yukarıda açıklanan şekilde düzenlenmesinden sonra, tescil için, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline başvurulur. Başvuru, müdürlerin tümü tarafından imzalanır. Başvuruya aşağıdaki belgeler eklenir:

- a) Şirket sözleşmesinin onaylanmış bir örneği.
- b) Ekleri ile birlikte 349 uncu maddeye göre düzenlenmiş kurucular beyanı ve Bakanlıkça istenilmesi hâlinde 351 inci madde uyarınca hazırlanmış işlem denetçisi raporu.
- c) Yerleşim yerleri de gösterilerek şirketi temsile yetkili kişileri ve denetçinin seçimini gösterir belge.

Dilekçede şu kayıtlar yer alır:

- a) Bütün ortakların adları ve soyadları veya unvanları, yerleşim yerleri, vatandaşlıkları.
- b) Her ortağın üstlendiği esas sermaye payı ve ödediği toplam tutar.
- c) İster ortak ister üçüncü kişi olsun, müdürlerin adları ve soyadları veya unvanları.

d) Şirketin ne suretle temsil edileceği.

4. ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebilir. Önemli kararlar Kanun'un 621. maddesinde ayrıca sayılmış ve bunlar ağırlaştırılmış nisaba bağlanmıştır.

621. madde uyarınca aşağıdaki genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir:

- a) Şirket işletme konusunun değiştirilmesi.
- b) Oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının öngörülmesi.
- c) Esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması.
- d) Esas sermayenin artırılması.
- e) Rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması.
- f) Şirket merkezinin değiştirilmesi.
- g) Müdürlerin ve ortakların, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyette bulunmalarına genel kurul tarafından onay verilmesi.
- h) Bir ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması ve bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması.
- ı) Şirketin feshi.

Kanunda belli kararların alınabilmesi için ağırlaştırılmış nisap aranıyorsa, bu nisabı daha da ağırlaştıracak şirket sözleşmesi hükümleri, ancak şirket sözleşmesinde öngörülecek çoğunlukla kabul edilebilir. Şirket sözleşmesinde yapılan her değişiklik tescil ve ilan edilir.

5. ORTAKLARIN HAK VE BORÇLARI

5.1.Esas sermaye payının işlemlere konu olması

Esas sermaye payı devredilebilir ve miras yolu ile geçer. Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir. Ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörülmüş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının, bu senetlerde açıkça belirtilmesi gereklidir.

Şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar. Ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibarı değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adresleri bu deftere yazılır.

Ortaklar pay defterini inceleyebilir.

5.1.1. Devir

Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Ayrıca devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşullara da belirtilir.

Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur.

Şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onayı reddedebilir.

Şirket sözleşmesiyle sermaye payının devri yasaklanabilir.

Şirket sözleşmesi devri yasaklamış veya genel kurul onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple şirketten çıkma hakkı saklı kalır.

Şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulun-

masa bile, onayı reddedebilir. Başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde onayı vermiş sayılır.

5.1.2. Miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra

Esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer.

Şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir. Bunun için, şirketin, payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi şarttır.

Red kararı, devrin gerçekleştiği günden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkilidir. Red, bu konudaki kararın verilmesine kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez.

Şirket, üç ay içinde esas sermaye payının geçişini açıkça ve yazılı olarak reddetmemişse onayını vermiş sayılır.

5.1.3. Tescil

Esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulur. Başvurunun otuz gün içinde yapılmaması hâlinde, ayrılan ortak, adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Bunun üzerine sicil müdürü, şirkete, iktisap edenin adının bildirilmesi için süre verir.

Sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur.

5.2. Birden fazla ortağa ait esas sermaye payı, bu pay üzerinde çeşitli haklar

Bir esas sermaye payı birden fazla ortağa ait olduğu takdirde, paydaşlar şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinden dolayı şirkete karşı müteselsilen sorumludur. Paydaşlar, esas sermaye payından doğan haklarını, ancak atayacakları ortak bir temsilci aracılığı ile kullanabilirler.

Bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulmasına, esas sermaye payının geçişine ilişkin hükümler uygulanır.

Şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurulun onayına bağlanabilir. Bu hâlde geçişe ilişkin hükümler uygulanır. Genel kurul sadece haklı sebeplerin varlığında rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınabilir.

Bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, pay intifa hakkı sahibi tarafından temsil edilir; bu durumda intifa hakkını haiz kişi, esas sermaye payı sahibinin menfaatlerini, hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmezse tazminat ile yükümlü olur.

5.3. Ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri

Ortaklar şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı bedeli dışında ek ödeme ile de yükümlü tutulabilirler. Ortaklardan bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ancak,

- a) Şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması,
- b) Şirketin bu ek araçlar olmaksızın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması,
- c) Şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir hâlin gerçekleşmiş bulunması,

hâllerinde istenebilir.

İflasın açılması ile ek ödeme yükümlülüğü muaccel olur.

Ek ödeme yükümlülüğü şirket sözleşmesinde ancak esas sermaye payını esas alan belirli bir tutar olarak öngörülebilir. Bu tutar esas sermaye payının itibarı değerinin iki katını aşamaz. Her ortak, sadece kendi esas sermaye payına düşen ek ödemeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

Şartlar gerçekleşmişse, ek ödemeler müdürler tarafından istenir.

Ek ödeme yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılması ancak esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının zararları tamamen karşılaması hâlinde mümkündür. Ek ödeme yükümlülüğünün azaltılmasına veya kaldırılmasına esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Şirket, ortağın şirketten ayrılmasının tescil edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde iflas etmiş ise bu eski ortaktan da ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi istenir. Ek ödeme yükümlülüğü, halef tarafından yerine getirilmemişse, ortağın sorumluluğu, yükümlülüğü gerçekleştiği tarihte ortağa karşı ileri sürülebileceği ölçüde devam eder.

Yerine getirilen ek ödeme yükümlülüğünün kısmen veya tamamen geri verilebilmesi için ek ödemeye ilişkin tutarın, serbestçe kullanılabilecek yedek akçeler ile fonlardan karşılanabilir olması ve bu durumun işlem denetçisi tarafından doğrulanmış bulunması şarttır.

Şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülebilir.

Bir esas sermaye payına bağlı yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, koşulları ve diğer önemli noktalar şirket sözleşmesinde belirtilir. Ayrıntıyı gerektiren konular genel kurul düzenlemesine bırakılabilir. Şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığı veya uygun bir karşılığı bulunmayan ve özkaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdî ve aynı edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbidir.

Şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.

5.4. Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı

Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz.

Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir.

Müdürler hakkında rekabet yasağı öngören 626 ncı madde hükümleri saklıdır.

Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay verdikleri takdirde, ortaklar, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunabilirler. Esas sözleşme birinci cümledeki onay yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir.

5.5.Bilgi alma ve inceleme hakkı

Her ortak, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir. Ortakların, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir;

bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir. Genel kurul, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir. Mahkeme kararı kesindir.

6. LİMİTED ŞİRKETİN YAPISI

6.1. GENEL OLARAK

Limited şirkette zorunlu ve ihtiyari organları vardır. Bunlardan zorunlu olanları genel kurul ve müdür ya da müdürlerdir.

Anonim şirketin denetçiye ve denetime ilişkin hükümleri limited şirketlere de uygulanacağından, denetçilerin yeni TTK sisteminde limited şirketler bakımından da bir organ vasfı taşımadığı belirtilmelidir.

Zorunlu organlardan birinin olmayışı, şirketin sona erme sebebi sayılır.

6.2. GENEL KURUL

Genel kurulun devredilemez yetkileri şunlardır:

- a) Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi.
- b) Müdürlerin atanmaları ve görevden alınmaları.
- c) Topluluk denetçisi ile işlem denetçileri de dâhil olmak üzere, denetçilerin atanmaları ve görevden alınmaları.
- d) Topluluk yılsonu finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunun onaylanması.
- e) Yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun onaylanması, kâr payı hakkında karar verilmesi, kazanç paylarının belirlenmesi.
- f) Müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi ve ibraları.
- g) Esas sermaye paylarının devirlerinin onaylanması.
- h) Bir ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeden istemde bulunulması.
- ı) Müdürün, şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesi veya böyle bir iktisabın onaylanması.
- i) Şirketin feshi.

- j) Genel kurulun kanun veya şirket sözleşmesi ile yetkilendirildiği ya da müdürlerin genel kurula sunduğu konularda karar verilmesi.

Aşağıda sayılanlar, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde genel kurulun devredilemez yetkileridir:

- a) Şirket sözleşmesi uyarınca genel kurulun onayının arandığı hâller ile müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması.
- b) Önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının kullanılması hakkında karar verilmesi.
- c) Esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin onayın verilmesi.
- d) Yan edim yükümlülükleri hakkında iç yönerge çıkarılması.
- e) Şirket sözleşmesinin 613 üncü maddenin dördüncü fıkrası uyarınca ortakların onayını yeterli görmemesi hâlinde, müdürlerin ve ortakların şirkete karşı bağlılık yükümü veya rekabet yasağı ile bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabilmelerinin onayı için gereken iznin verilmesi.
- f) Bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplerden dolayı şirketten çıkarılması.

Tek ortaklı limited şirketlerde, bu ortak genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Tek ortağın genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için yazılı olmaları şarttır.

Genel kurul müdürler tarafından toplantıya çağrılır. Olağan genel kurul toplantısı, her yıl hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç ay içinde yapılır. Şirket sözleşmesi uyarınca ve gerektiğinde genel kurul olağüstü toplantıya çağrılır.

Genel kurul, toplantı gününden en az onbeş gün önce toplantıya çağrılır. Şirket sözleşmesi bu süreyi uzatabilir veya on güne kadar kısaltabilir. Toplantıya çağrı, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak, yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümler, Bakanlık temsilcisine ilişkin olanlar hariç, kıyas yoluyla uygulanır. Her ortak kendisini genel kurulda ortak olan veya olmayan bir kişi aracılığıyla temsil ettirebilir.

Herhangi bir ortak sözlü görüşme isteminde bulunmadıkça, genel kurul kararları, ortaklardan birinin gündem maddesi ile ilgili önerisine diğer ortakların yazılı onayları alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm ortakların onayına sunulması kararın geçerliliği için şarttır.

Ortakların oy hakkı esas sermaye paylarının itibarî değerine göre hesaplanır. Şirket sözleşmesinde daha yüksek bir tutar öngörülmemişse her yirmi beş Türk Lirası bir oy hakkı verir. Ancak, şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip ortakların oy hakları sınırlandırılabilir. Ortak, en az bir oy hakkını haizdir. Şirket sözleşmesinde açıkça düzenlenmişse yazılı oy da verilebilir.

Şirket sözleşmesi oy hakkını, itibarî değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde de belirleyebilir. Bu hâlde en küçük esas sermaye payının itibarî değeri, diğer esas sermaye paylarının itibarî değerleri toplamının onda birinden az olamaz.

Oy hakkının esas sermaye paylarının sayısına göre belirlenmesine ilişkin şirket sözleşmesi hükmü aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

- a) Denetçilerin seçimi.
- b) Şirket yönetimi ya da onun bazı bölümlerinin denetimi için özel denetçi seçimi.
- c) Sorumluluk davası açılması hakkında karar verilmesi.

Herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanlar, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamazlar.

Şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortak oy kullanamaz.

Ortağın bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasını onaylayan kararlarda ilgili ortak oy kullanamaz.

Kanun veya şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, seçim kararları dâhil, tüm genel kurul kararları, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır. Önemli kararlar ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar saklıdır.

6.3. YÖNETİM VE TEMSİL

Limited şirketin yönetim işlerini yapmak ve ortaklığı temsil etmek için ortaklığa müdür ya da müdürler atanabilir.

Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.

Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler.

Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler.

Şirketin birden fazla müdürünün bulunması hâlinde, bunlardan biri, şirketin ortağı olup olmadığına bakılmaksızın, genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanır.

Başkan olan müdür veya tek müdürün bulunması hâlinde bu kişi, genel kurulun toplantıya çağırılması ve genel kurul toplantılarının yürütülmesi konularında olduğu gibi, genel kurul başka yönde bir karar almadığı ya da şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme öngörülmediği takdirde, tüm açıklamaları ve ilanları yapmaya da yetkilidir.

Birden fazla müdürün varlığı hâlinde, bunlar çoğunlukla karar alırlar. Eşitlik hâlinde başkanın oyu üstün sayılır. Şirket sözleşmesi, müdürlerin karar almaları konusunda değişik bir düzenleme öngörebilir.

Müdürler, kanunların ve şirket sözleşmesinin genel kurula görev ve yetki vermediği bütün konularda görevli ve yetkilidir. Müdürler, aşağıdaki görevlerini ve yetkilerini devredemez ve bunlardan vazgeçemezler:

- a) Şirketin üst düzeyde yönetilmesi ve yönetimi ve gerekli talimatların verilmesi.
- b) Kanun ve şirket sözleşmesi çerçevesinde şirket yönetim örgütünün belirlenmesi.
- c) Şirketin yönetimi için gerekli olduğu takdirde, muhasebenin, finansal denetimin ve finansal planlamanın oluşturulması.
- d) Şirket yönetiminin bazı bölümleri kendilerine devredilmiş bulunan kişilerin, kanunlara, şirket sözleşmesine, iç tüzüklere ve talimatlara uygun hareket edip etmediklerinin gözetimi.
- e) Küçük limited şirketler hariç, risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması.
- f) Şirket finansal tablolarının, yıllık faaliyet raporunun ve gerekli olduğu takdirde topluluk finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun düzenlenmesi.
- g) Genel kurul toplantısının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.
- h) Şirketin borca batık olması hâlinde durumun mahkemeye bildirilmesi.

Şirket sözleşmesinde, müdürün veya müdürlerin;

- a) Aldıkları belirli kararları ve

b) Münferit sorunları,

genel kurulun onayına sunmaları gereği öngörülebilir. Genel kurulun onayı müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, sınırlandırmaz.

Şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve bu müdürün şirketi tek başına temsile yetkili olması gerekir. Bu kurala aykırılık belirlendiğinde, ticaret sicili müdürü durumun kanuna uygun hâle getirilmesi için şirkete uygun bir süre verir. Bu süre içinde gereken yapılmadığı takdirde, ticaret sicili müdürü şirketin feshini mahkemeden ister.

Müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. Sözleşmenin yapılması sırasında şirket tek ortak tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek ortaklı limited şirketlerde, bu ortak ile şirket arasında yapılan sözleşmenin geçerli olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu zorunluluk, piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelere uygulanmaz.

Genel kurul, müdürü veya müdürleri görevden alabilir, yönetim hakkını ve temsil yetkisini sınırlandırabilir. Her ortak, haklı sebeplerin varlığında, yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir.

Yöneticinin, özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi veya şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi haklı sebep olarak kabul olunur. Görevden alınan yöneticinin tazminat hakları saklıdır.

6.4. TİCARİ MÜMESSİL VE VEKİLLERİN TAYİNİ

Kural olarak, ticari mümessiller ve ticari vekiller, genel kurul kararı ile atanabilir. Ancak, şirket sözleşmesine aksi yönde hükümler konulabilir, yetkileri genel kurul tarafından sınırlandırılabilir. (TTK m. 631).

Müdür veya müdürlerin çoğunluğu, ticari mümessili veya ticari vekili her zaman görevden uzaklaştırabilir. Bu kişi genel kurul kararı ile atanmışsa, görevden alma ve yetkilerini sınırlandırmak için genel kurul gecikmeksizin toplantıya çağrılır.

Ticari mümessil ve ticari vekiller hakkında BK m. 547 ve devamında öngörülen hükümler uygulanır.

6.5. DENETÇİLER

Anonim şirketin denetçiye ve işlem denetçileriyle denetime ve özel denetime ilişkin hükümleri limited şirkete de uygulanır.

7. LİMİTED ŞİRKETİN SONA ERMESİ VE TASFİYE

7.1. SONA ERME

A) Sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları

Limited şirket aşağıdaki hâllerde sona erer:

a) Şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle.

b) Genel kurul kararı ile.

c) İflasın açılması ile.

d) Kanunda öngörülen diğer sona erme hâllerinde.

Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin şirketin feshini istemesi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, müdürleri dinleyerek şirketin, durumunu Kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler, buna rağmen durum düzeltilmezse, şirketin feshine karar verir.

Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkemeden şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.

Fesih davası açıldığında mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir.

Sona ermenin sonuçlarına anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.

Sona erme, iflastan ve mahkeme kararından başka bir sebepten ileri gelmişse müdür, birden fazla müdürün bulunması hâlinde en az iki müdür, bunu ticaret siciline tescil ve ilan ettirir.

Şirket sözleşmesi, ortaklara şirketten çıkma hakkını tanıyabilir, bu hakkın kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilir. Her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir. Mahkeme istem üzerine, dava süresince, davacının ortaklıktan doğan hak ve borçların-

dan bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davacı ortağın durumunun teminat altına alınması amacıyla diğer önlemlere karar verebilir.

Şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir. Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hâli saklıdır.

Ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir. Şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla, şirket sözleşmeleri ayrılma akçesini farklı bir şekilde düzenleyebilirler.

7.2. TASFİYE

Tasfiye usulü ile tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.

7. BÖLÜM

KIYMETLİ EVRAK HUKUKU

BİRİNCİ KISIM GENEL OLARAK KIYMETLİ EVRAK

1. TERİM

Kıymetli evrak hukuku, tarihi sebeplerle ayrı bir hukuk dalıdır. Çeşitli senetlerin ortaya çıkması ve gelişmesi, ticarete yaşanan gelişmelere paralel olarak kendini göstermiştir. Kıymetli evrakla ilgili olarak son yıllarda ortaya çıkan bir gelişme ise, özellikle menkul kıymetlerin senet basılmaksızın elektronik ortamda oluşturulması ve saklanmasıdır. Bu senetlere ilişkin tüm alım ve satım gibi tüm işlemler elektronik ortamda gerçekleştirilmektedir.

Kıymetli evrak deyimi ilk kez Alman Hukukunda yer almıştır. Sonradan bu deyim İsviçre, Fransız, İtalyan ve İngiliz Hukuku'nda kullanılmıştır. Kıymetli evrak deyimi Türk mevzuatına İsviçre'den iktibas suretiyle girmiştir.¹

Kıymetli evrak hukukunda genel ve özel hükümleri birbirinden ayırt etmek gerekir.

Genel Hükümler, bütün borç senetlerine veya belli neviden borç senetlerinin (kıymetli evrak niteliği olmayan borç senetleri, basit ibraz senedi, basit teşhis senedi, eksik hamile senet veya kıymetli evrak niteliğinde senetler, nama yazılı senetler, mevsuf kıymetli evrak) tamamına uygulanır ve borçlar, şirketler veya eşya hukuku kurallarından kolaylıkla ayırt edilir. Özel

¹ Eriş, G.: Açıklamalı-İçtihatlı-Türk Ticaret Kanunu, C. II, Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988, s. 27

hükümler sadece belli bir senet tipine (kalıbına) ilişkindir (Alacak senedi, ortaklık senedi, eşya hukuku senedi).²

2. TÜRK MEVZUATINDA KIYMETLİ EVRAK

Kıymetli evraka ilişkin genel hükümler, 6102 sayılı TTK'nın Üçüncü Kitabında yer almaktadır.

Kanun'un 645-849. maddeleri arasındaki bu hükümlerden bir kısmı genel nitelikte iken, bir kısmı da bazı senet tiplerini düzenlemektedir.

Bu hükümler, kanundaki sıralamasına göre aşağıdaki gibidir:

- Kıymetli evraka ilişkin genel hükümler (m. 645-669; 824-831),
- Kambiyo senetlerine ilişkin hükümler (m. 670-823),
- Kambiyo senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler (m. 824-831),
- Umumi mağazalar tarafından çıkarılan makbuz senedi ve varant (m. 832-849),
- Eşya taşıma ve taşıma senedi (m. 856-858).

Ayrıca, Medeni Kanun'da, Borçlar Kanunu'nda, İcra ve İflas Kanunu'nda, Harçlar Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nda, finans hizmetleri ile ilgili çeşitli kanunlarda ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nda kıymetli evraka ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

3. TANIM

Türk Ticaret Kanunu m. 645'de yer alan kıymetli evrak tanımı şöyledir: “kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.” Bu tanım, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 965. maddesinden alınmıştır.

Kanunda yapılan tanım göz önüne alınarak, kıymetli evrakın unsurları aşağıda incelenmiştir;

² Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, B.2, Ankara 1997, s. 1-2

3.1. SENET NİTELİĞİ TAŞIMASI

Kıymetli evrak bir senet niteliği taşır. Senet kavramı kıymetli evrakı da kapsar ancak her kıymetli evrak bir senet niteliği taşımak zorunda olduğu halde, her senet kıymetli evrak değildir³.

Kıymetli evrak borç senedir; yalnız, alelade bir borç senedi değil, bazı özellikleri bünyesinde toplayan bir senettir. Bu sebeple, borç senetleri hakkında cari esaslar, prensip itibarıyla kıymetli evrak hakkında da vazgeçilmez hareket noktaları durumundadır.⁴

3.2. BİR HAKKIN TEMSİL EDİLMESİ

Kıymetli evrakta bir hak temsil edilir, irade beyanı da bu hakkın varlığını gösterir. Kıymetli evrakı alan kişi, bu sayede bir hakkı kavuşur. Bu hak bir alacağa veya ortaklığa ilişkin olabileceği gibi, aynı nitelikte bir hak da olabilir. Diğer bir ifade ile, kıymetli evrakı usulüne uygun bir şekilde devralan kişi alacaklı, ortak veya aynı hak sahibi sıfatını kazanacaktır⁵.

3.3. HAK VE SENET BİRLİKTELİĞİ

Kıymetli evrakta, hak senede bağlanmıştır. Bu nedenle senet olmak-sızın hak ileri sürülemeyeceği gibi başkalarına da devredilemez. Kıymetli evrakın borçlusu da ancak senedin teslimi karşılığında ödeme yapmakla yükümlüdür (TTK m. 646).

Ön planda olan hak değil, senettir. Bir defa senette düzenlendikten veya senetle birlikte ortaya çıktıktan sonra hak senede tabi olur. Bundan dolayıdır ki;

- a) Hakkın talep edilebilmesi için mutlaka senedin ibraz edilmesi lazımdır.
- b) Hakkın devredilebilmesi için senedin mutlaka teslim edilmesi lazımdır.

³ Çeker, Mustafa; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Hukuku, Adana, 2011, 2. Baskı, s. 600.

⁴ Öztan, age., s. 19

⁵ Çeker, Mustafa; age., s. 600.

Aksi halde hakkın talep edilmesi için senedin ibrazı mümkün olmaz. Bundan dolayı senedin teslim edilmesi gerekliliği, hakkın talep edilebilmesi için senedin ibraz edilmesi zorunluluğunun doğal bir sonucudur.⁶

4. KIYMETLİ EVRAK HAKKININ DOĞUMU

Kıymetli evrakta hak ile senet arasında sıkı bir bağ vardır. İhdası-kurucu kıymetli evrakta (yapıcı senet) hak ancak senet ile birlikte doğabilir. Başka bir ifadeyle senet mevcut değilse, kıymetli evrak hukukuna ilişkin bir hak da yoktur. Buna karşılık, ihbari (açıklayıcı) kıymetli evrakta hak senedin tanziminden öncede mevcut olabilir. Ancak, bu ikinci tip kıymetli evrakta da, tıpkı birinci grupta olduğu gibi senedin düzenlenmesi itibarı ile bir “hak-senet bağıllığı” meydana gelir.⁷

Kurucu senetlere örnek olarak kambiyo senetleri olan bono, çek ve poliçe gösterilebilir. Bu senetlerde hakkın ortaya çıkışı senedin düzenlenmesine bağlıdır. Açıklayıcı senetlere örnek olarak ise anonim şirket hisse senetleri gösterilebilir. Zira pay sahipliğinden doğan haklar hisse senedi düzenlenmeden önce de mevcuttur. Bu hakların hisse senedine bağlanması pay sahipliğinin üçüncü kişilere açıklanması ve devir kolaylığı sağlanması bakımından anlam ifade eder.

5. KIYMETLİ EVRAKIN SINIFLANDIRILMASI

Kıymetli evrakın sınıflandırılması çeşitli açılardan söz konusu olmaktadır. Düzenlendiği kanun açısından, doğurduğu etki açısından, temsil ettiği hakkın türü açısından, düzenlenme nedenine bağıllık açısından, ihraç şekli açısından ve devir şekli açısından kıymetli evrak sınıflandırılabilir. Bir önceki bölümde doğurduğu etki açısından kıymetli evrakları inceledik ve kurucu ve açıklayıcı senetlere ilişkin ayırmadan söz ettik. Bu bölümde ise yapılan sınıflandırmalar arasında özellikle önemli gördüğümüz hak sahibinin tespiti şekline göre kıymetli evraklar hakkında açıklamalarda bulunacağız. Bu sınıflandırma aynı zamanda TTK’da öngörülmüş olması bakımından önem taşımaktadır.

⁶ Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), B. 4, Ankara, 1970, s. 12

⁷ Öztan, age., s. 102

5.1. NAMA YAZILI KIYMETLİ EVRAK

Türk Ticaret Kanunu’nun 654. maddesine göre, “Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır”.

Bu tanımın içeriği göz önüne alındığında, bir kıymetli evrakın nama yazılı senet olarak kabul edilebilmesi için senedin;

- a) Belli bir şahıs namına yazılı olması,
- b) Emrine kaydını ihtiva etmemesi ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmaması gerekir.

Nama yazılı senetler kıymetli evrak niteliğinde olduğundan, hak senetten ayrı olarak dermeyeran edilemez. Bu sebeple, nama yazılı senede bağlı hakkın devredilebilmesi için senedin teslimi zorunludur.

Nama yazılı senetler alacağın temlik suretiyle devredilebilir. Bunun için senet üzerine bir temlik beyanı yazılarak imzalanır ve senedin zilyetliği devir alacak kişiye teslim suretiyle devri, adi alacakların devrine ilişkin genel hükümlere tabidir (BK m. 183 vd.). Bu nedenle, devreden ile borçlu arasındaki def’iler, senedi devir alana karşı da dermeyeran edilebilir.⁸

Nama yazılı senette, borçlu, ancak senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden şahıslara ödemek zorundadır (TTK m. 655/I). Bu husus ispat edilmediği halde ödemedede bulunan borçlu, senedin gerçek sahibi olduğunu ispat eden üçüncü kişiye karşı borcundan kurtulmuş olmaz (TTK m. 655/II).

5.2. EMRE YAZILI KIYMETLİ EVRAK

Türk Ticaret Kanunu’nun 824. maddesine göre, “emre yazılı olan veya kanunen böyle sayılan kıymetli evrak, emre yazılı senetlerdendir”.

Bu tanım esas alındığında bir kıymetli evrakın emre yazılı senet olarak kabul edilebilmesi için senedin;

- a) emre yazılı olması,
- b) emre yazılı olmasa da kanunen emre yazılı addedilmesi gerekir.

Emre yazılı senet içinde, “... emrine” kelimesinin yer alması şarttır.

Emre yazılı senet borçlusu, hak sahibi olduğu senetten anlaşılan ve senedi ibraz eden kişiye ödeme yapmakla borcundan kurtulur.

⁸ Eriş, age., s. 100

Emre yazılı senetlerin en önemli özelliklerinden biri de ciro edilebilmesidir. Bütün hallerde ciro, poliçenin cirosuna ilişkin hükümler uyarınca yapılır. Devir için ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yeterlidir (TTK m. 647, 648, 831).

Emre yazılı senetlerin Borçlar Kanunu'nun alacağın temlikine ilişkin esasları dahilinde devri de mümkündür. Ayrıca, miras, cebri icra (İİK m. 120) vs. yollarıyla intikali de söz konusu olabilir. İntikalin sebebi bazı hallerde doğrudan doğruya kanunun bir hükmü olmaktadır (TTK m. 678, 702/III, 742/I).⁹

Emre yazılı senetlerin özelliklerinden bir diğeri de def'ilerdir (TTK m. 659, 825, 687).

Defi hakları, borçluya borçlu olduğu edayı yerine getirmekten imtina yetkisini bahşeden haklardır. Borçlu defi hakkını kullanmakla alacaklının alacak hakkını akamete uğratır.¹⁰

Emre yazılı senette ciro edilen kimseye (hamile) ancak

- a) Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin (mesela asli zorunlu şekil şartlarının yokluğu, imzada sahtecilik, temsil salahiyetinin yokluğu, ehliyetsizlik gibi) ve
- b) Senet metninden anlaşılabilen defiler (mesela ciro zincirinde intizamsızlık, mühür, "bila kefalet" kaydı, zamanaşımı, senette yazılı kısmi ödeme gibi) yani mutlak, objektif defiler dermeyeran edilebilir.¹¹

Şahsi defiler ise, emre yazılı senetlerdeki borç taahhüdünün objektif mevcudiyetine hiçbir etkisi olmayan, borçlunun belli bir alacaklı ile arasındaki hukuki münasebetten doğan def'ilerdir. Bu özellikleri nedeniyle esas itibarıyla sadece doğrudan doğruya ilişkileri bulunan kimseler arasında dermeyeran olunabilir. Bu ilişki, poliçenin verilmesinin temelinde yatan ilişkin (temel ilişki) olabilir, ilgililer arasında yapılmış özel bir anlaşma olabilir (mesela hatır anlaşması, yeni bir vadenin kararlaştırılması), mevcut poliçeden kaynaklanan talep hakkına ilişkin özel bir durumdan ibaret olabilir (mesela ibra sözleşmesi, temdit sözleşmesi, müracaat hakkının düşmesi gibi).¹²

⁹ Öztan, age., s. 211

¹⁰ Öztan, age., s. 215

¹¹ Karayalçın, age., s. 31

¹² Öztan, age., s. 234

Emre yazılı senetler iki çeşittir. Bunlar, kanunen emre yazılı senetler ve iradi olarak emre yazılı senetlerdir.

5.3. HAMİLE YAZILI KIYMETLİ EVRAK

Türk Ticaret Kanunu’nun 658/I. maddesine göre, “senedin metninden veya şeklinden, hamili kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan her kıymetli evrak, hamile veya hamiline yazılı senet sayılır”.

Bu tanım içinde yer alan unsurlar şunlardır:

- a) Hamile yazılı senedin bir kıymetli evrak olması,
- b) Hamile yazılı senette, “hamile kaydı”nın bulunması.

Hamile yazılı senetlerde mündemiç haklar, senedin teslimiyle üçüncü kişilere devredilebilir. Yani, hamile yazılı senedin devri için, devir edenin devir alana senedin zilyetliğini intikal ettirmesi yeterli görülmektedir.

Borçlu hamile yazılı bir senetten doğan alacağa karşı, ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senedin metninden anlaşılan def’ilerle alacaklı her kim ise ona karşı şahsen sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir.

Borçlu ile önceki hamillerden biri arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ilerin ileri sürülmesi ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde geçerlidir. Senedin borçlunun rızası olmaksızın tedavüle çıkarıldığı yolunda bir def’i ileri sürülemez.

6. KIYMETLİ EVRAKTA DÖNÜŞTÜRME

Türk Ticaret Kanunu’nun 650’nci maddesine göre;

(1) Nama veya emre yazılı senet, ancak kendisine hak verdiği ve borç yüklediği tüm kişilerin muvafakatiyle hamile yazılı senede dönüştürülebilir. Bu muvafakatin doğrudan senet üzerine yazılması gerekir.

(2) Hamile yazılı senetlerin nama veya emre yazılı senede dönüştürülebilmesi hususunda da aynı kural geçerlidir. Bu son hâlde hak veya borç sahibi kişilerden birinin muvafakati bulunmazsa bu dönüştürme, ancak dönüştürmeyi yapan alacaklı ile onun haklarına doğrudan doğruya halef olan kişi arasında hüküm ifade eder.

Türk Ticaret Kanunu’nda nama yazılı senetlerin emre ve emre yazılı senetlerin nama dönüştürülmesi düzenlenmemiştir. Ancak nama yazılı senetlerin emre yazılı senede dönüştürülmesinde, nama ve emre yazılı senetlerin

hamile .yazılı senede dönüştürülmesindeki usul; emre yazılı senetlerin nama yazılı hale çevrilmesinde ise hamiline yazılı senetlerin nama ve emre yazılı senede dönüştürülmesindeki usul uygulanır¹³.

7. KIYMETLİ EVRAKIN ZİYAI VE İPTALİ

7.1. GENEL OLARAK

Kıymetli evrakın ziyai ve iptali, Türk Ticaret Kanunu’nun 651-653. madde hükümlerinde –çeşitli kıymetli evrak hakkındaki özel hükümler saklı kalmak üzere- genel olarak düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 563. maddesine göre, “Kıymetli evrak zayi olduğu takdirde mahkeme tarafından iptaline karar verilebilir. Kıymetli evrakın zayi olduğu veya ziyayın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir”.

Kıymetli evrakta hak ile senet arasında sıkı bir bağ vardır. Senette mündemiç olan hakkın borçludan istenebilmesi için, senedin kendisinin hamili tarafından ibraz edilmesi gerekir. Hamilin iradesi dışında kalan nedenlerle, senedin ibraz edilememesi mümkündür. Mesela; çalınma, kaybetme, yanma, tahrif olma, yıpranma ve yırtılma gibi. İşte bu gibi durumlarda, kıymetli evrak zayi olduğu takdirde, mahkeme tarafından iptaline karar verilebilir (TTK m. 651/1). Kıymetli evrakın zayi olduğu veya ziyayın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir (TTK m. 651/2).

Türk Ticaret Kanunu’nun ziya ve iptale ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, iptal davasının şartları şunlardır:

- a) Senedin ziyai,
- b) Senette mündemiç hakkın varlığının devam etmekte olması,
- c) Senedin ziyai sırasında veya senedin ziyai öğrenildiği esnada senetteki hakkın alacaklısı sıfatını taşımak,
- d) Kaybedilmiş bulunan senet zilyetliğinin yeniden iktisabının mümkün olmaması,
- e) İptali istenen senedin iptalinin mümkün olması.¹⁴

¹³ Öztan, age., s. 120; Kınacıoğlu, N.: Kambyo Senetleri-Poliçe Bono Çek, Ankara 1970, s. 56.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. Öztan, age, s. 269-273

7.2. İPTAL KARARININ SONUÇLARI

Kıymetli evrakın zayi olması nedeniyle iptaline ilişkin istek, çekişmesiz yargı (nizasız kaza) alanına girdiğinden hasımsız olarak açılır. Bu nedenle, iptal davasında bir başkası müdahil olarak katılamaz.

Usul hukukumuzda, çekişmesiz yargı konusunda genel bir yargı kanunumuz yoktur. Bu nedenle, bu işlere, çekişmeli yargı için geçerli usul hükümleri uygulanır.

Nizasız kazada maddi manada kesin hüküm (karar) olmadığından buradaki tespit edici mahiyetteki kararlar, söz konusu hukuki münasebet kesin olarak tespit edilmiş olmaz.¹⁵

İptal kararı üzerine hak sahibi hakkını senetsiz olarak da ileri sürebilir veya yeni bir senet düzenlenmesini isteyebilir. Bunun dışında iptal usulü ve hükümleri hakkında kıymetli evrakın çeşitli türlerine ilişkin özel hükümler uygulanır.

Kıymetli evrakın mahkeme kararı ile iptali, senedi zayi eden hamilin hukuki yararını korumak amacını taşımaktadır. Bu karar, sadece senedin asıl borçlusuna karşı hüküm ifade eder. TTK m. 764/II uyarınca poliçenin iptaline karar verilmiş olmasına rağmen, dilekçe sahibi kabul edene karşı poliçeden doğan istem hakkını ileri sürebilir. Buna karşılık, müracaat borçlularına başvurma hakkı vermez.

Çalınan veya kaybolan kıymetli evrakın kimin elinde olduğu biliniyorsa, mahkemece, davacıya geri isteme (istirdat) davası açması için uygun bir süre verilmesi gerekir.¹⁶

İptal kararının sonuçları aşağıda açıklanmıştır;

7.2.1. Senet borçluları yönünden

İptal kararının verilmesi ile bu kararı alan ilgili ve senedin asıl borçlusu arasında hukuki bağ kurulur.

İlgili (kararda hamil gözüken), iptal kararını göstererek elinde senet olmaksızın, asıl borçlusundan senet bedelinin ödenmesini isteyebilir.

¹⁵ Kuru, B.: Tesbit Davaları, B. 2, Ankara 1988, s. 94

¹⁶ 11. HD., 24.12.1979, E/K. 5832-5872 (YKD., C. VI, 1980/10, s. 1382 vd.)

Borçlu, lehine iptal kararı verilen kimseyi gerçek hak sahibi kabul ederek ona ifade bulunabilir. Bu kimse gerçek hamil olmasa bile, borçlu borcundan kurtulmuş olur.

Ancak, lehine iptal kararı verilen kimsenin, senedin gerçek hamili olmadığını bilerek, kasten veya ağır kusurla ifade bulunan senet borçlusunun sorumluluğu devam eder.

Borçlu, iptal kararını gösteren ilgilinin hak sahibi olmadığını da ileri sürebilir.

Bu durumda ilgilinin aşağıda belirtilen seçimlik hakları bulunmaktadır.

7.2.1.1. Temel borç ilişkisine dayalı alacak davası açılması

İptal kararı üzerine hak sahibi, hakkını, senetsiz olarak ileri sürebilir (TTK m. 652/I).

İptal kararı kesinleştikten sonra, senetsiz olarak borçlu aleyhine alacak davası açılabilir. Ancak, senet iptali davası açılmadan, doğrudan senede dayalı temel borç ilişkisine dayanılarak alacak davası açılması halinde dinlenmez (TTK m. 652/I).

Burada iptal davası ile birlikte alacağın tahsili davası açılıp açılmayacağı hususu üzerine durulmak gerekir. Yargıtay önceden bu konuda olumlu görüş açıklamıştır.¹⁷ Ancak, daha sonra bu görüşünü terk etmiştir.

Gerek öğreti gerekse Yargıtay içtihatlarında, zayi nedeniyle senedin iptali ve alacak (tahsil) davasının birlikte açılmayacağı hususunda görüş birliği vardır.¹⁸

7.2.1.2. Yeni senet düzenlenmesi davası açılması

İptal kararı üzerine, hak sahibi, yeni bir senet düzenlenmesini isteyebilir (TTK m. 652/I).

Eriş'e göre, kaybolan kıymetli evrak için, hem senet iptal davası ve hem de yeni senet düzenlenmesi davaları birlikte açılmaz.¹⁹ Yargıtay ise karşı görüştedir.²⁰

¹⁷ 11. HD., 13.09.1983, E/K. 3622-3752 (Drl. Eriş, age., s. 96).

¹⁸ Eriş, age., s. 70; II. HD., 4.06.1990, E/K. 4243-4437 (YKD., C. XVI, s. 1990/12, s. 1796 vd.)

¹⁹ Eriş, age., s. 70, 94

Kanımıza göre de, borçlunun, yeni senet düzenlenmesi istemini red etmesi olasılığının ortadan kaldırılması için, gerek iptal gerekse yeni senet düzenlenmesi davası hasımlı olarak birlikte açılabilir.

İptal kararının hamili (ilgili) rehin alacaklısı, intifa hakkı sahibi veya fer'i zilyet (MK m. 974) ise, bunlar ancak kayıp senet yerine yeni bir senet tanzim edilerek verilmesini isteyebilirler. Zayi olan senet hamile yazılı, beyaz ciro ile elden çıkarılmış emre yazılı veya üzerinde tahsil cirosu bulunan emre yazılı bir senet olmadıkça bu şahısların borçludan ifa talebinde bulunmaya hakları yoktur.²¹

7.2.2. Senede zilyet olan üçüncü şahıs yönünden

Senedin zilyedi gerçekten hak sahibi ise, borçlu bu kimseye yapacağı ödeme ile borçtan kurtulur.

Senedin zilyedi meşru hamil değilse, borçlu bu kimseye yapacağı ödeme ile sorumluluktan kurtulamaz. Zira senedin zilyedi üçüncü şahsın gerçek hamil olmadığı hususunda, borçlunun kasıt ya da ağır kusurunun bulunması halinde borçtan kurtulamaz.

Bu nedenle, borçlunun, en geç ödeme gününde senet bedelini tevdi etmesi yararınadır.

Zayi nedeniyle verilen iptal kararı, senedi iyi niyetle devralan üçüncü şahısların haklarına etki etmez.

7.3. İPTAL DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME

İptal davasında yetkili mahkeme hamile ve nama yazılı senetlerde (kıymetli evrakta), senet borçlusunun yerleşim yerinin (ikametgahının) bulunduğu yer mahkemesi veya pay senetleri hakkında anonim şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 661/II), emre yazılı senetlerde (kıymetli evrakta) ise, senedin ödeme yeri veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 757/I).

²⁰ 11. HD., 3.03.1975, E/K. 5149-1475 (Yayımlanmamıştır)

²¹ Öztan, age., s. 136

İKİNCİ KISIM KAMBIYO SENETLERİ

1. TERİM

Türk Ticaret Kanunu’nun üçüncü kitabı dördüncü kısmı altında “Kambiyo Senetleri” yer alır. Bu bölümde kanundaki sırasına göre, poliçe, bono (veya emre muharrer senet) ve çek hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

Türk Ticaret Kanunumuz çeki üçüncü kısım altında kambiyo senetleri faslında düzenlemiştir (m. 780-823). Bununla beraber çekin kambiyo senedi olarak kabulü konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde çek imzalamanın “kambiyo taahhüdü” anlamına geleceği görüşü hakimdir. Bu görüşü savunanlar tarafından, çekin bir yandan poliçe hükümlerine yollama yapılarak düzenlenmesi, öte yandan poliçe ve bono gibi sıkı şekil koşullarına ve aynı takip usulüne tabi tutulması gerekçesi ileri sürülmektedir.²³ Aksi görüşte olanlara göre bir ödeme aracı olan çeki imzalamak esas itibariyle kambiyo taahhüdü anlamına gelmemektedir.²⁴

Klasik ayırımına göre, poliçe ve bono birer kredi aracı, çek ise bir ödeme aracıdır. Çekin kredi aracı haline getirilmesi ancak sonraki tarihli (postdate) biçimde düzenlemekle kabildir. Bu arızı amaç sapması dışında çekin temel, hatta tek ekonomik işlevi bir ödeme aracı olmasıdır.²⁵

2. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ NİTELİKLER

Kambiyo senetleri, nitelikleri itibariyle birer kıymetli evraktır. Bu nedenle, kıymetli evraklar hakkındaki genel hükümler uygulanır (TTK m. 645-653).

Kambiyo senetlerine özgü nitelikleri ayrıca belirtmekte yarar bulunmaktadır.

2.1. Kanunen emre yazılı senetlerdir.

2.2. Bir alacak hakkı verir.

²³ Bu görüşte olanlar için bkz. Öztan, s. 158; Kınacıoğlu, N.: age., s. 1

²⁴ Karayalçın, age., s. 40

²⁵ İnan, N.; Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk-Karşılıksız Çek, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, Çekin Çalınması, Ankara 1981, s. 1

2.3. Sıkı sıkıya şekle bağlıdır.

2.4. Senet borçluları arasında müteselsil borçluluk vardır.

2.5. Senetteki imzaların istiklali ilkesi geçerlidir.

2.6. Bir miktar paranın ödenmesi borcunu ihtiva eder.

2.7. İhdasi (kurucu) kıymetli evraktır.

2.8. Mücerret bir alacak ihtiva eder.

2.9. Emre veya hamile düzenlenmiş olduğunda, kamu güvenine la-yıktır.

2.10. Def'ilerin dermeyanı sınırlıdır (TTK m. 659, 825).

2.11. Takip hukukunda, kambiyo senetlerine özgü takip yolları var-dır.²⁶

3. KAMBIYO SENETLERİNDE EHLİYET, İMZA VE TEMSİL

3.1. EHLİYET

Türk Ticaret Kanunu'nun 670. maddesine göre, "sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir". Bu düzenleme esas alındığında, genel hükümlere göre borçlanmaya ehil olan kimse, kambiyo senedi düzenlemeye de ehildir.

Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca, fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir. Fiil ehliyeti bazı koşulların gerçekleşmesiyle sonradan da elde edilebilir.

Tüzel kişiler ise, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar (MK m. 49).

Kambiyo senedi düzenlendiği tarihte senet borçlusunun fiil ehliyeti yoksa, bu durum bir mutlak def'i olarak ileri sürülebilir.

3.2. İMZA

İmza, kişinin kimliğini, hüviyetini gösteren, onu belirleyen ve diğerlerinden ayıran bir işarettir. Kural olarak imzanın, el yazısı ile atılması şart-

²⁶ Geniş bilgi için bkz. Öztan, age., s. 369-375

tır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 15. maddesine göre imza, borç altına giren kimsenin (borçlunun) el yazısıyla olmalıdır.²⁷

El yazısıyla imza kuralının Borçlar Kanunu'na göre düzenlenmiş istisnaları bulunmakta ise de kambiyo senetlerindeki beyanların el yazısı ile imza edilmesi gerekmektedir. El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmi bir şahadetname kullanılamaz (TTK m. 756).

TTK'nın 1526. maddesine göre de poliçe, bono, çek, mekbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz.

3.3. TEMSİL

Bir hukuki işlem, ilke olarak o işlemi yapan kimse hakkında hüküm ve sonuç doğurur. Ancak, hukuki ve maddi engeller bazen bir kimsenin kendi başına hukuki işlem yapmasına imkan vermeyebilir. Bu takdirde hukuki işlem mümessil adı verilen bir başka kimse tarafından yapılır. Gerçekten, günlük hayatta çeşitli sebeplerle, özellikle işlerin çokluğu, belirli bir yerde bulunamama, hastalık, modern toplumdaki ekonomik iş bölümü, bilgisizlik veya başka nedenlerle bir şahsın hukuki bir işlemi bizzat yapması mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde hukuk düzeni başka bir kimsenin bu şahsın ad ve hesabına, temsil yoluyla hukuki işlem yapmasına izin vermektedir.²⁸

TTK'nın 678. maddesi uyarınca temsile yetkili olmadığı halde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeye imzasına koyan kişi o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde temsil olunduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir.

Tacir yardımcılarının kambiyo taahhüdünde bulunması farklı düzenlemelere tabi kılınmıştır. Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır (BK m. 548). Ticari vekil ise açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez (BK m. 551).

²⁷ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 2001, s. 253

²⁸ Eren, age., s. 393-394

4. POLİÇE

4.1. GENEL OLARAK

Polîçe hukuki niteliği itibariyle bir havale olup, Türk Ticaret Kanunu'nun üçüncü kitabının, dördüncü kısmının birinci bölümünde düzenlenmiştir (TTK m. 671-775).

Polîçe belirli bir kişi emrine (istisnaen namına) diğer bir kişiye verilen ödeme yetkisini havi bir senettir. Senedi düzenleyen (keşideci), diğer bir kişiye (muhatap) polîçede gösterilmiş olan diğer kişiye (lehtar) veya emrû havalesine, vadede belirli bir meblağı ödeme emrini, kanunun aradığı şekil şartlarını yerine getirmek kaydıyla verir. Muhatap polîçeyi kabul etmedikçe kambiyo ilişkisine girmez ve kabule zorlanamaz, fakat kabul ettikten sonra senedin esas borçlusu haline gelir. Lehtarın hakkını kullanabilmesi için senedin kendisine teslimi gerektiğinden, bu kişiye ilk hamil de denildiği olur³⁰.

4.2. POLİÇENİN ŞEKİL UNSURLARI

Türk Ticaret Kanunu polîçede bulunması zorunlu genel unsurları saymakta ve bu koşullardan biri eksik bırakılan senedin polîçe niteliği kazanamayacağını ifade etmektedir (m. 671 ve 672/1). Taraflar polîçeye ihtiyari (yani münferit) unsurlar ilave edebilirler.

Zorunlu unsurlardan birini içermeyen senet polîçe sayılmaz (TTK m. 672/I).

Polîcenin unsurları şunlardır:

- a) Senet metninde “polîçe” kelimesini, senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde polîçe karşılığı olarak kullanılan kelime,
- b) Belirli bir bedelin ödenmesi hususunda kayıtsız ve şartsız havale,
- c) Ödeyecek olan kişinin, “muhatapın” adı,
- d) Vade,
- e) Ödeme yeri,
- f) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adı,
- g) Düzenlenme tarihini ve yeri,

³⁰ Poroy, age., s. 103

h) Düzenleyenin imzası,

Ancak poliçenin geçersizliği bu unsurların tamamının eksikliği halinde söz konusu olmaz. Kanun vade, ödeme ve düzenleme yeri bakımından farklı bir yöntem belirlemiş ve bu unsurların yokluğunda poliçeye doğrudan geçersizlik sonucu bağlamamıştır. Buna göre vadesi gösterilmeyen poliçenin görüldüğünde ödenmesi şart edilmiş sayılır. Düzenleme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin adı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır. Diğer yandan ayrıca belirtilmiş olmadıkça muhatabın adı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır.

Poliçede bulunması gereken zorunlu unsurlar dışında, başka kayıtların (ihtiyari unsurlar) da bulunması mümkündür. Bu kayıtların tamamını kanunda görmek mümkün değildir. Bazıları kanunda öngörülmemiştir.

Kanunda öngörülen ihtiyari kayıtlardan bazıları şunlardır:

- a) Vade kaydı (TTK m. 752/I)
- b) Avale ilişkin kayıt (TTK m. 701)
- c) Faiz şartına ilişkin kayıt (TTK m. 675)
- d) Aynen ödeme kaydı (TTK m. 711)
- e) Karşılığın devrine ilişkin kayıt (TTK m. 733)
- f) Araya girmeye ilişkin kayıt (TTK m. 736)

Kanunda öngörülmemeyen ihtiyari kayıtlardan bazıları da şunlardır:

- a) Yetki kaydı
- b) İhbar kaydı
- c) Tahkim kaydı
- d) Provizyon kaydı

4.3. POLİÇEYİ İMZA EDENLERİN SORUMLULUĞU

4.3.1. Muteber Olmayan İmzaların Bulunması

Türk Ticaret Kanunu'nun 677. maddesine göre, "Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını veya imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerirse, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmez".

Bu düzenleme ile poliçe de imzaların istiklali ilkesi benimsenmiştir.

Bu ilkeye göre kambiyo senedinde yer alan imzalat ile taahhütler birbirinden bağımsız nitelik taşır; senetteki imzalardan birinin geçersizliği diğer kişilerin sorumluluğunu etkilemez. Herkes kendi imzasından dolayı sorumluluk taşır, başka birinin imzasının geçerli olmaması diğer kişileri borcu ödemekten kurtarmaz. Örnek olarak bir kişi kendisini alacaklı (lehtar) olarak göstererek sahte bir imza ile hayali bir kişi adına bono düzenleyip tedavüle çıkarsa, bu bonoyu ciro yoluyla devretmiş olan kişiler keşidecinin imzasının sahteliğinden dolayı herhangi bir hak iddia edemezler, hamile karşı borcu ödemek durumdadırlar³¹.

4.3.2. Salahiyet Olmaksızın İmza

Vekil ile ticari vekile özel yetki verilmesi halinde, bu kişiler temsil olunan adına kambiyo taahhüdünde bulunabilir (BK m. 504, 551). Ticari temsilci için ise, böyle bir özel yetki aranmaz.

Özel yetki verilmeyen vekilin düzenlediği poliçe temsil olunanı sorumlu kılmaz. Bununla beraber, poliçeyi imza eden vekil, o poliçeden dolayı bizzat sorumlu olur. Vekil poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olur (TTK m. 678). Kendisine verilen yetkiyi aşan temsilci de, o poliçeden dolayı aşan kısım için bizzat sorumlu olur (TTK m. 678/son cümle).

Temsil olunan, temsil yetkisinin yokluğunu herkese karşı mutlak defî olarak ileri sürebilir.

4.3.3. Keşidecinin (Düzenleyenin) Sorumluluğu

Hukuki niteliği itibarıyla bir havale olan poliçede imzası (ihdas) olan düzenleyen ile muhatap arasında karşılık ilişkisi ve düzenleyen ile lehtar arasında da bedel ilişkisi bulunmaktadır.

Düzenleyen, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden sorumludur. Düzenleyen kabul edilmeme halinde sorumlu olmayacağını şart edebilirse de ödememeden sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtlar yazılmamış sayılır (TTK m. 679).

Poliçede imzası olan keşideci/düzenleyen, muhataba ödeme ve lehtar (veya hamile) da bedeli alma yetkisi tanımış olmaktadır.

³¹ Çeker, age., s. 671.

4.4. MUHATABIN DURUMU

Muhatabın durumu kabulden önce ve kabulden sonra olmak üzere ikili ayırımı tabi tutarak incelenebilir.

- a) Muhatap poliçeyi kabul etmekle bedelini vadede ödemeyi taahhüt etmiş olur ve asıl borçlu haline gelir.
- b) Muhatabın poliçeyi kabul edip etmemesi keşideci ile arasındaki ilişkiye dayanır ancak muhatap temel ilişkiye göre keşideciye borçlu olsa bile poliçeyi kabul etmek zorunda değildir. Diğer bir ifade ile muhatabın poliçeyi kabul etme zorunluluğu yoktur. Kabul talebinin reddi halinde poliçenin kabul için ibrazının zorunlu olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğar;

Kabul için ibrazın zorunlu olduğu poliçelerde; hamil kabul etmeme protestosu keşide ederek vadeden önce müracaat borçlularına başvuru hakkını kullanır. Kabul edilmemiş bir poliçenin müracaat borçluları, keşideci, avalist ve cirantalardan ibarettir. Hamil, kabul için ibraz süresi içinde poliçeyi muhataba ibraz etmez veya kabul etmeme protestosu çekmezse başvuru haklarını kaybeder.

Kabul için ibrazın zorunlu olmadığı poliçelerde; hamil seçimlik hakka sahip olur. Muhatabın poliçeyi kabul etmemesi üzerine hamil isterse kabul etmeme protestosu çekerek vadeden önce başvuru hakkını kullanır. İsterse protesto çekmeksizin vade gününe kadar bekleyip poliçeyi muhatap ödeme için ibraz eder; ikinci ibraza rağmen ödeme yapılmaması halinde ise bu kez ödememe protestosunu düzenleyerek başvuru hakkını kullanır³².

4.5. CİRO

Emre yazılı senet niteliğinde olan poliçe, ciro ve teslim yolu ile devredilebileceği gibi, miras, cebri icra, alacağın temliki ve kanun hükmü yolları ile de devredilebilir.

Poliçenin devri yollarından biri olan “ciro”, diğerlerine nazaran en önemlisidir.

³² Çeker, age., s. 714.

Ciro, poliçeden doğan hakları bir şahsa devretmek, rehnetmek veya bu hakların tahsilini sağlamak amacıyla senet hamilinin yazı ile tespit ve imzasıyla teyit ettiği bir beyandır.³³

Ciro ve teslim sonucunda poliçeden doğan bütün haklar devredilmiş olur (TTK m. 684/I).

Ciro ile ciranta (hamil) ciro edilen şahsa poliçe bedelini muhataptan kabzetmek, muhataba da münhasıran o (veya onun göstereceği) şahsa ödemede bulunmak hakkını verir. Poliçede, senette yazılı hakkın lehtar lehine doğması için nasıl teslim lazımsa, ciroda da senette yazılı hakkın ciro edilene devredilmesi için aynı şekilde senedin teslimi (bir nevi ayni akit) lazımdır (TTK m. 681/I).³⁴

Lehtar veya yetkili temsilcisi poliçenin ilk cirosunu, yetkili hamili ise sonraki ciroyu gerçekleştirir.

Ciro, poliçeyi kabul etmiş ya da etmemiş olsun muhataba, düzenleyene veya poliçeyle borç altına girmiş olanlardan herhangi birine yapılabilir. Bu kişiler de poliçeyi yeniden ciro edebilirler (TTK m. 681/3)

Cironun kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Cironun bağlı tutulduğu her şart yazılmamış sayılır. Kısmi ciro batıldır. Hamiline ciro beyaz ciro hükmündedir (TTK m. 682).

Cironun poliçe veya poliçeye bağlı olan ve alonj adı verilen bir kağıt üzerine yazılması ve ciranta tarafından imzalanması gerekir. Lehine ciro yapılan kişinin ciroda gösterilmesine gerek olmadığı gibi, ciro, cirantanın sadece imzasından ibaret olabilir. Bu şekildeki cirolara beyaz ciro denir. Beyaz cironun poliçenin arkasına veya alonj üzerine yazılması gerekir (TTK m. 683).

4.6. VADE

Poliçe bedelinin muaccel olduğu gün, vade günüdür. Vade günü ile ödeme günü farklı tarihler olabilir.

Poliçe bedeli bazı durumlarda vade gününden önce de muaccel olur (TTK m. 713/II). Buna göre hamil;

- a) Kabulden tamamen veya kısmen kaçınılmış,

³³ Karayalçın, age., s. 133

³⁴ Karayalçın, age., s. 133

- b) Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflas etmiş veya bir ilamla ispatlanmamış olsa da sadece ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmış veya
- c) Kabul için arz edilmesi menedilen bir poliçenin düzenleyeni iflas etmiş olursa vadenin gelmesinden önce de cirantalara, düzenlene-yene ve poliçe dolayısıyla taahhüt altına girmiş olan diğer kişilere başvurma hakkını haizdir.

Poliçede vade ihtiyari bir şekil unsuru olup, dört çeşit olarak tespit edilebilir (TTK m. 703). Buna göre bir poliçe:

4.6.1. Görüldüğünde,

4.6.2. Görüldükten belirli bir süre sonra,

4.6.3. Düzenleme gününden belirli bir süre sonra,

4.6.4. Belirli bir günde,

ödenmek üzere düzenlenebilir. Buna karşılık, vadesi başka şekilde yazılan veya birbirini takip eden vadeleri gösteren poliçeler hükümsüzdür.

Poliçede vade gösterilmemişse, senet bedeli görüldüğünde ödenir (TTK m. 672/II).

Görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan poliçelerin, düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde kabule arz edilmesi gerekir. Düzenleyen bu süreyi kısaltabileceği gibi, daha uzun bir süre de şart koşabilir. Cirantalar kabule arz sürelerini kısaltabilirler.

4.7. ÖDEME

Poliçe, götürülecek değil, aranılacak bir borcu içerir. Poliçede ödeme talebi, senedin ibrazı ile mümkündür.

Belirli bir günde veya düzenleme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin hamili, poliçeyi ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödenmek üzere ibraz etmelidir. Poliçenin bir takas odasına ibrazı, ödeme için ibraz yerine geçer (TTK m. 708)

Muhatap poliçeyi kabul etmişse poliçenin asli borçlusu olarak senette yazılı bedeli ödemekle sorumludur. Kural olarak muhatap, poliçe bedelini ödemeye sadece yetkilidir³⁵.

³⁵ Karayalçın, age., s. 179

Muhatap, poliçeyi öderken hamil tarafından bir ibra şerhi yazılarak poliçenin kendisine verilmesini isteyebilir. Hamil kısmi ödemeyi reddedemez. Kısmi ödeme hâlinde muhatap bu ödemenin poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini isteyebilir (TTK m. 709).

Poliçenin hamili, vadeden önce ödemeyi kabulle yükümlü değildir. Vadeden önce ödeyen muhatap, bundan doğacak tehlike kendisine ait olmak üzere hareket etmiş olur. Hile veya ağır bir kusuru bulunmadıkça poliçeyi vadesinde ödeyen kişi borcundan kurtulur. Ödeyen kişi, cirolar arasında düzenli bir teselsülün bulunup bulunmadığını incelemekle yükümlü ise de cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir (TTK m. 710).

Poliçe bedeli muhatap tarafından tamamen ödendiği takdirde, poliçeyle ilgili tüm borçluların (muhatap, müracaat borçluları, aval veren) borçları sona erer.

Poliçe, ödeme gününde veya onu takip eden iki iş günü içinde ödenmek üzere muhataba ibraz edilmediği takdirde, borçlu (muhatap veya ona aval verenler) gideri ve riski hamile ait olmak üzere poliçe bedelini bir bankaya tevdi edebilir (TTK m. 712).

4.8. HAMİLİN DURUMU VE HAKLARI

Poliçeyi kabul eden muhatap asıl borçlu ve senette imzası olan ödemedi sorumlu diğer kimseler ise, müracaat borçluları olarak anılmaktadırlar.

Lehtar (veya hamil), ödeme talebiyle muhataba başvurduğunda senet bedelinin ödenmemesi halinde, müracaat borçlularına başvurabilir. Ancak, müracaat hakkının kullanılması bazı maddi ve şekli şartların bulunmasına bağlıdır (TTK m. 713).

Bir poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya o poliçeye aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar. Hamil, bunların borçlanmadaki sıraları ile bağlı olmaksızın her birine veya bunlardan bazısına ya da hepsine birden başvurabilir. Poliçeden dolayı borç altına girmiş olup da poliçeyi ödemiş bulunan herkes aynı hakkı kullanabilir. Hamil borçlulardan yalnız birine başvurmakla, diğer borçlularla ilk önce başvurduğu borçludan sonra gelenlere karşı haklarını kaybetmez (TTK m. 724).

Hamilin müracaat hakkının kapsamı Türk Ticaret Kanunu'nun 725. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre hamil başvurma yoluyla;

a) Poliçenin kabul edilmemiş veya ödenmemiş olan bedelini ve şart kılınmış işlemler faizi,

- b) Vadenin gelmesinden itibaren işleyecek faizi,
- c) Protestonun ve hamil tarafından tebliğ olunan ihbarların giderleriyle diğer giderleri ve
- d) Poliçe bedelinin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücretini, isteyebilir.

Başvurma hakkı vadenin gelmesinden önce kullanılırsa, poliçe bedelin-den bir iskonto yapılır. Bu iskonto başvurma tarihinde hamilin yerleşim yerinde geçerli olan resmî iskonto oranına göre hesap edilir.

Poliçe bedelini ödemiş olan kişi ise kendisinden önce gelen borçlulardan;

- a) Ödemiş olduğu tutarın tamamını,
- b) Ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini,
- c) Yaptığı giderlerini ve
- d) Poliçe bedelinin binde ikisini aşmamak üzere komisyon ücretini, isteyebilir.

Kendisine başvurulmuş veya başvurulması mümkün olan borçlu, başvurma konusu olan bedeli ödeyince, poliçe ve protesto belgesinin ayrıca doldurulacak bir makbuz ile birlikte kendisine verilmesini istemek hakkını haizdir. Poliçeyi ödemiş olan her ciranta, kendi cirosunu ve kendisinden sonra gelen borçluların cirolarını çizebilir (TTK m. 727).

Poliçenin kısmen kabulünden sonra başvurma hakkının kullanılması hâlinde, poliçe bedelinin kabul edilmeyen kısmını ödeyen kişi, ödemenin poliçe üzerine yazılmasını ve kendisine bu hususta bir makbuz verilmesini isteyebilir. Bundan başka, onun sonradan diğerlerine karşı başvurma haklarını kullanabilmesi için, hamil ona poliçenin ve protestonun onaylı birer suretini vermek zorundadır (TTK m. 728).

Hamil;

a) Görüldüğünde veya görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart olan poliçeyi ibraz,

b) Kabul etmeme veya ödememe protestosunu düzenleme,

c) “Gidersiz iade olunacaktır” kaydının bulunması hâlinde, poliçeyi ödeme amacıyla ibraz, için belirli süreleri geçirirse, kabul eden kişi hariç olmak üzere, cirantalara, düzenleyene ve diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları kaybeder. Hamil, kabul amacıyla ibraz edilmesi için düzenleyenin verdiği süreye uymazsa, kabul etmeme ve ödememe sebebiyle başvuru haklarını kaybeder; meğerki düzenleyicinin yalnız kabule ait sorumluluğu istisna etmek istediği kayıttan anlaşılsın. Ciroda ibraz için bir süre şart kılınmışsa ancak ciranta bu süreyi ileri sürebilir (TTK m. 730).

4.9. AVAL

Poliçede bedelin ödenmesi aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir. Bu teminat üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir (TTK m. 700).

Bir poliçe borcunun ödenmesi ya genel hükümlere göre ayrı bir senetle veya ticari senet üzerindeki beyan ve (veya) imza ile ticari senetler hakkındaki özel hükümlere göre tekeffül edilebilir. Birinci halde genel olarak kefalet (itibar mektubu) ve bazen garanti sözleşmesi, ikinci halde ise aval söz konusu olur³⁶.

Buna göre aval veren kişi (avalist) senedin ödenmemesinden dolayı hamile karşı soyut bir ödeme garantisi vermiş olur. Hamil, vadesi geldiği halde ödenmeyen senet bedelini tahsil edebilmek için keşideci ve cirantaların yanı sıra avalisti de takip edebilir³⁷.

Aval kaydı, poliçe veya alonj üzerine yazılabilir (TTK m. 701).

Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur. Aval veren kimsenin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da, aval verenin taahhüdü geçerlidir. Aval veren kimse, poliçe bedelini ödediği takdirde poliçeden dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye ve ona, poliçe gereğince sorumlu olan kişilere karşı poliçeden doğan hakları kazanır (TTK m. 702).

Aval “aval içindir” veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. Muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Kimin için verildiği belirtilmemişse aval, düzenleyici için verilmiş sayılır (TTK m. 701).

4.10. ARAYA GİRME

Araya girme, poliçenin kabul edilmemesi veya ödenmemesi halinde başvuru mekanizmasının kullanılmasını önlemek için bir kişinin araya girerek poliçeyi kabul etmesi veya hamile ödeme yapmasıdır. Bu şekilde hamil geçici veya sürekli olarak başvuru hakkını kullanma olanağını kaybeder³⁸.

³⁶ Karayalçın, age. s. 219

³⁷ Çeker, age., s. 676.

³⁸ Çeker, age., s. 721.

Düzenleyen ve cirantalardan veya aval verenlerden her biri, poliçeyi gereğinde kabul edecek veya ödeyecek olan bir kişiyi gösterebilir. Poliçe, aşağıda yazılı şartlar altında, poliçe dolayısıyla kendisine başvurulması mümkün olan herhangi bir borçlu için araya giren bir kişi tarafından kabul edilebilir veya ödenebilir. Muhatap da dâhil her üçüncü kişi veya poliçeyi kabul eden kişi hariç olmak üzere, poliçeden dolayı zaten borçlu olan herkes araya girerek poliçeyi kabul edebilir veya bedelini ödeyebilir. Araya girmek suretiyle kabul veya ödemedede bulunan kişi, lehine araya girdiği borçluya durumu iki iş günü içinde ihbar etmek zorundadır. Bu süreye uymazsa ihbarda bulunmamış olmasından doğan zarardan, poliçe bedelini aşmamak üzere sorumlu olur (TTK m. 734).

4.10.1. Araya Girme Suretiyle Kabul

Vadenin gelmesinden önce, hamilin başvurma hakkını kullanabileceği bütün hâllerde, poliçe araya girilerek kabul edilebilir; meğerki kabul için ibrazı menedilen bir poliçe söz konusu olsun. Poliçeyi gereğinde ödeme yerinde kabul edecek veya ödeyecek olan bir kişi poliçede gösterildiği takdirde, hamil, o kişiye poliçeyi ibraz etmiş ve araya girme suretiyle kabul etmeme hâlinde kabul etmemeyi bir protesto ile tespit ettirmiş olmadıkça, o kişiyi göstermiş olan kişiye ve o kişiden sonra gelen borçlulara karşı vadenin gelmesinden önce başvurma hakkını kullanamaz. Diğer araya girme hâllerinde hamil, araya girme suretiyle kabulü reddedebilir; ancak, buna izin verirse, araya girme suretiyle kimin lehine kabulde bulunmuşsa ona ve ondan sonra gelen borçlulara karşı vadenin gelmesinden önce başvurma haklarını kullanamaz (TTK m. 735).

Araya girerek kabul, poliçe üzerine yazılır ve araya giren tarafından imza edilir. Kabul beyanında kimin lehine araya girildiği gösterilir; gösterilmemişse düzenleyen lehine kabul edilmiş sayılır (TTK m. 736).

Araya girerek kabul eden kişi, hamile ve kimin lehine araya girmişse, ondan sonra gelen borçlulara karşı tıpkı lehine araya girilen kişi gibi sorumlu olur. Araya girerek kabule rağmen, lehine kabul gerçekleşen kişi ile ondan önce gelen borçlular 725. maddede gösterilen tutarı ödemek şartıyla hamilden, poliçenin ve varsa protesto belgesinin ve bir makbuzun verilmesini isteyebilir (TTK m. 737).

4.10.2. Araya Girerek Ödeme

Hamil, vadede veya vadeden önce başvurma haklarını kullanabileceği bütün hâllerde, araya girerek ödeme yapılabilir. Araya girerek ödeme, lehine ödenecek kişinin ödemeye zorunlu olduğu tutarın tamamını kapsar. Bu ödemenin en geç, ödememe protestosunun çekilmesi için belirli olan son günün ertesi günü yapılması gerekir (TTK m. 738).

Polîçe, yerleşim yerleri ödeme yerinde bulunan kişiler tarafından araya girerek kabul edilmiş veya yerleşim yerleri ödeme yerinde bulunan kişiler gereğinde ödemede bulunmak üzere gösterilmişlerse, hamil en geç, ödememe protestosunun çekilmesi için belirli olan sürenin bittiği günün ertesi günü, poliçeyi bütün bu kişilere ibraz etmeye ve gereğinde araya girerek ödemeden kaçınılması hâlinde protesto çekmeye zorunludur. Protesto, süresinde çekilmemişse, gereğinde ödeyecek kişiyi göstermiş olan veya araya girerek lehine poliçe kabul edilmiş bulunan kişi ile onlardan sonra gelen borçlular sorumluluktan kurtulur (TTK m. 739).

Araya girilerek kendisine yapılan ödemeyi reddeden hamil, ödeme hâlinde borçtan kurtulacak kişilere karşı başvurma haklarını kaybeder (TTK m. 740).

Araya girilerek poliçe ödendiğinde, ödeme kimin için yapılmış ise, o kişi gösterilmek suretiyle poliçe üzerine makbuz niteliğinde bir kayıt yazılır. Kimin için ödendiği gösterilmediği takdirde ödeme, düzenleyen için yapılmış sayılır. Poliçenin, varsa protestonun, araya girerek ödemede bulunan kişiye verilmesi gereklidir (TTK m. 741).

Araya girerek ödemede bulunan kişi, lehine ödemede bulunduğu kişiye ve poliçeden dolayı ona borçlu olan kişilere karşı poliçeden doğan hakları iktisap eder. Ancak, poliçeyi yeniden ciro edemez. Lehine ödemede bulunulan kişiden sonra gelen borçlular borçtan kurtulurlar. Araya girerek ödemede bulunmak hususunda çeşitli teklifler yapılmışsa bu tekliflerden hangisi borçlulardan en çoğunu borçtan kurtaracaksa o tercih olunur. Ortada daha iyi bir teklif bulunduğunu bildiği hâlde araya girerek ödemede bulunan kişi, en iyi teklif tercih edilmiş olsaydı, kimler borçtan kurtulacak idiyse onlara karşı başvurma hakkını kaybeder (TTK m. 742).

⁴¹ Uyar, T.: Müruru Zamana Uğrayan Kambiyo Senetlerinin Akibeti, 1 BD., 1971/14, I, s. 13

4.11. ZAMANAŞIMI

Kambiyo senetlerinin en önemli niteliklerinden birisi “çok kısa zaman aşımı sürelerine” tabi olmalarıdır. Bu durum ise, hamil için gerek maddi hukuk ve gerekse takip hukukunun tanıdığı ayrıcalık ve nimetler yanında bir çeşit külfet teşkil etmektedir.⁴¹

Poliçede zamanaşımı süreleri Türk Ticaret Kanunu’nun 749-751. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde olmayan hususlarda, Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır (BK m. 146 vd.).

Kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri üçe ayrılır (TTK m. 749):

- (1) Poliçeyi kabul edene karşı ileri sürülecek poliçeden doğan istemler, vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.
- (2) Hamilin, cirantalarla düzenleyene karşı ileri süreceği istemler, süresinde çekilen protesto tarihinden veya senette “gidersiz iade olunacaktır” kaydı varsa vadenin dolduğu tarihten itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.
- (3) Bir cirantanın başka cirantalarla düzenleyen aleyhine ileri süreceği istemler, cirantanın poliçeyi ödediği veya poliçenin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar.

Zamanaşımı; dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesiyle kesilir. Zamanaşımını kesen işlem, kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder. Zamanaşımı kesilince, süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar.

5. BONO

5.1. BONONUN HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK’da bononun tanımı yapılmamıştır. Bonoyu düzenleyen kişi, senedi verdiği kişiye (lehtar) vade günü bonoda yazılı tutarı ödeme taahhüdünde bulunur. Bu yönüyle bononun temelinde soyut bir borç ikrarı yatmaktadır. Poliçeden farklı olarak bono iki taraflı bir ilişkiye dayanır. Bonoda muhatap yoktur, senedi düzenleyen kişi ile ödemeyi yapan kişi aynıdır. Bonoyu alan lehtar, isterse vade gününe kadar bekler ve senedi ibraz ederek

alacağını tahsil eder; isterse senedi bir borcuna karşılık olarak başkalarına ciro eder. Vade günü senet kimin elinde ise, bu kişi tarafından düzenleyene ibraz edilerek alacak tahsil edilir⁴².

Türk Ticaret Kanunu’nun 777. maddesinde yazılı haller saklı kalmak üzere, 776. maddesinde gösterilen unsurlardan birini içermeyen mücerret bir borç senedi, bono sayılmaz (TTK m. 777/I).

Bono da, poliçe gibi bir kredi aracıdır. Ayrıca, teminat amacı ile de düzenlenebilir.

5.2. BONONUN UNSURLARI

Bononun unsurlarını, zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki bölüme ayırmak mümkündür.

Bono veya emre yazılı senet;

- a) Senet metninde “bono” veya “emre yazılı senet” kelimesini ve senet Türkçe’den başka bir dille yazılmışsa, o dilde bono veya emre yazılı senet karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,
- b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini,
- c) Vadeyi,
- d) Ödeme yerini,
- e) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını,
- f) Düzenlenme tarihini ve yerini,
- g) Düzenleyenin imzasını içerir (TTK m. 776).

Vadesi gösterilmemiş olan bono, görüldüğünde ödenmesi şart olan görüldüğünde ödenmesi şart olan bir bono sayılır. Açıklık bulunmadığı takdirde senedin düzenlendiği yer, ödeme yeri ve aynı zamanda düzenleyenin yerleşim yeri sayılır. Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.

Vadeye (TTK m. 703-707), senedi ödeyecek olan üçüncü şahsın adresine (TTK m. 674 ve 697), faiz koşuluna (TTK m. 675), ödenecek bedele ilişkin (TTK m. 676), avale ilişkin (TTK m. 700-702), araya girme suretiyle

⁴² Çeker, age., s. 726.

⁴⁶ Öztan, age., s. 594

ödemeye ait (TTK m. 734, 738-742), protestodan muafiyete ilişkin (TTK m. 722), retrete ilişkin (TTK m.729), yetki, tahkim, muaccelliyet, tazminat ile masrafa ilişkin kayıtlar ise, bir bonoda bulunması gereken ihtiyari unsurlardır (TTK m. 778 yollamasıyla m. 776 b. 3-4, 777 ve gösterilen maddeler).

5.3. BONODA ŞEKİL ŞARTLARININ NOKSANLIĞI

Bono ya da emre yazılı bir senette mutlaka bulunması gereken unsurlardan (TTK m. 776) birinin bulunmaması halinde, senet, bono olmak vasfını elde edemez (TTK m. 777/I). Bu sorunu biraz daha ayrıntılı olarak incelemek gerekir.

Öztan’a göre, Türk Ticaret Kanunu’nun 776. maddesinde yazılı unsurların yokluğu esas itibarıyla senedi geçersiz kılar.⁴⁶

Doğanay’a göre ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 776. maddesinde yazılı unsurlardan herhangi birini içermeyen bir senedin “bono” sayılmaması, ancak adi bir senet olarak kabulü gerekir.⁴⁷ Aynı düşünceden hareketle Yargıtay da zorunlu unsurları içermeyen emre muharrer senedin ticari senet vasfını kaybedeceği, senet olmaktan çıkmayacağı ve bir adi senet mahiyetinde değerlendirileceği görüşündedir.⁴⁸

Kanımıza göre de, zorunlu unsurları içermeyen bir bononun veya emre yazılı senedin adi senet olarak kabulü yerinde olacaktır (TTK m. 776, 777/I, 830).⁴⁹

Senedin bono sayılmaması, kambiyo senetlerine özgü yolla takibinin mümkün olamayacağı sonucunu verir.

5.4. BONODA HAK SAHİBİ

Bonoda hak sahibi senetten tespit olunabilir. Bonoda hak sahibinin senetten tespiti nama veya emre yazılı olarak düzenlenmesi hallerine göre farklılık gösterir. Bonoda lehtarın adı hiç yazılı olmazsa veya senedin her

⁴⁷ Doğanay, age., s. 1406

⁴⁸ 11. HD., 22.01.1960, E/K. 3445-187 (Dr. Doğanay, age., s. 1406, dn. 405); 12. HD, 12.02.1985, E/K. 1840-1167 (YKD., 1985/II, 5, s. 689); Aynı biçimdeki diğer bir karar için bkz. 12. HD., 14.10.1985, E/K. 2194-8048 (YKD., 1986/12, 4, s. 549)

⁴⁹ Aynı konuda geniş bilgi için bkz. Öztan, age., s. 1397; Karayalçın, age., s. 310-314; Kınacıoğlu, age., s. 142; Poroy, age., s. 215

hamiline ödeneceği kaydı bulunursa, böyle bir senet bono sayılmaz.⁵⁰ Zira bir bononun hamile yazılı olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Nama yazılı bonolarda alacaklının, senede hamil olması ve temlik işlemine bakılarak tespit olunabilir (TTK m. 655/I). Yani, senette mündemiç hakkın sahibi olabilmek için, senedin mülkiyetini karşı tarafa geçiren bir işlemin yanında ayrıca bir de temlik muamelesinin yapılması nama yazılı senetlerde şarttır.⁵¹

Emre yazılı bonolarda hak sahibinin (alacaklının) tespiti bakımından, senede hamil olmanın yanı sıra bir tam cironun bulunması aranmaktadır.⁵² Zira bir emre yazılı bonoda devir için, tam ciro ve senedin teslimi yeterli görülmektedir (TTK m. 648/II).

Bononun tedavülü, senedin teslimi anından itibaren başlar, vadeye kadar devam eder. Vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro ve teslim, alacağın temlik hükümlerine tabi olur. Ancak ödenmeme protestosundan veya bu protestonun tanzimi için belirlenen sürenin geçmesinden önce yapılan ciro vadeden evvel yapılan ciro hükümlerini doğurur (TTK m. 690/I). Aksi kanıtlanmadıkça tarihsiz ciro protestonun tanzimi için muayyen sürenin geçmesinden önce yapmış sayılır.

Gecikmiş ciro ile senedi teslim alan kimse, senedi kendisine temlik edene karşı kambiyo hukukunun verdiği takip hakkından yararlanamaz. Ancak, senedi devralanın, genel hükümlere dayalı tazminat hakkı vardır.

Ciro ve teslim ile bonodan doğan bütün haklar devredilmiş olur. Bir bonoyu elinde bulunduran (şeklen hamil görünen) kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde yetkili hamil sayılır (TTK m. 686/I). Bonoyu şeklen hamil görünen kimseden başka, onu tahsil veya rehin cirosuyla teslim alan kimseler de ödenmesini isteyebilirler.

5.5. BONOYU DÜZENLEYENİN SORUMLULUĞU

Bir bonoyu düzenleyen kişi tıpkı bir poliçeyi kabul eden gibi sorumludur. Diğer bir ifade ile bononun asıl borçlusu düzenleyendir.

⁵⁰ Öztan, age., s. 67

⁵¹ Öztan, age., s. 67

⁵² 12. HD., 22.02.1983, E/K. 278-1305 (Yayımlanmamıştır); 11. HD., 25.04.1983, E/K. 2045-2112 (Yayımlanmamıştır)

⁵⁴ Karayalçın, age., s. 317

Görüldüğünden belirli bir süre sonra ödenmesi şart olan bonoların düzenleyene TTK'nın 693. maddesinde yazılı süreler içerisinde ibraz olunması gerekir.

Düzenleyen, bononun kendisine ibraz edildiğini bono üzerine ibraz gününü işaret etmek ve imzasını koymak suretiyle doğrular. Süre, ibraz kaydı tarihinden itibaren işlemeye başlar. Düzenleyen; bononun kendisine ibraz edildiğini, gününü işaret etmek suretiyle doğrulamaktan kaçınırsa, bu durum bir protesto ile belirlenir. Bu takdirde süre protesto gününden itibaren işlemeye başlar (TTK m. 779).

Birden fazla şahıs bir bonoyu kendi adlarına imzaladıkları takdirde bu şahıslar (B1, B2, B3) bononun son hamiline ve ödeyen müracaat borçlusuna karşı zincirleme sorumludurlar.⁵⁴ Bonoda düzenleyene başvurmak için protesto keşidesi aranmaz.

Hamilin müracaat hakkını kaybettiği hallerde, bonoyu düzenleyen asıl borçlunun borçluluk durumu devam eder (TTK m. 730/I).

6. ÇEK

6.1. GENEL OLARAK

Ödeme araçlarının başında çek gelmektedir. Daha sınırlı olarak kullanılan ve hukuken çek sayılmayan seyahat çekleri ile posta çekleri de ödeme aracı olarak kullanılırlar.⁵⁵

Çek hukuki niteliği itibarıyla nitelikli bir havaledir. Bu bakımdan çek ile poliçe arasında büyük benzerlik vardır. Poliçede olduğu gibi çekte de üç taraf bulunur. Ancak poliçeden farklı olarak çekte muhatap sadece bir banka olabilir (TTK m. 782). Ayrıca muhatap bankanın çeki kabul etmek suretiyle asıl borçlu haline gelmesi de mümkün değildir. Çekte kabul yasağı mevcuttur (TTK m. 784). Poliçe bir kredi aracı olduğu halde çek bir ödeme aracıdır. Çekte vade olmaz, çek görüldüğünde ödenir (TTK m. 795). Çekte vade yerine kısa ibraz süreleri öngörülmüştür. Poliçe gibi nama ve emre yazılı olarak düzenlenebilen çek, hamiline yazılı olarak da düzenlenebilir.⁵⁶

⁵⁵ İnan, N.: Çek Rizikolarında Doğan Sorumluluk – Karşılıksız Çek, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, Çekin Çalınması, Ankara 1981, s. 2; "Çek borç ikrarını havi bir belge değil bir ödeme vasıtasıdır. Mevcut bir borcun yerine getirilmesi için verilebileceği gibi ödünç verme amacı ile de düzenlenebilir veya ciro edilebilir." (13. HD., 26.02. 1984, E/K, 7086/7493 (YKD., 1985/II, 6, s. 856-857).

⁵⁶ Çeker, age., s. 747.

6.2. ÇEKİN UNSURLARI

Çekte bulunması gereken zorunlu unsurlar Türk Ticaret Kanunu’nun 780. maddesi hükmünde belirtilmiştir. Buna göre çek;

- a) Senet metninde “çek” kelimesini ve eğer senet Türkçe’den başka bir dille yazılmış ise o dilde “çek” karşılığı olarak kullanılan kelimeyi,
 - b) Kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havaleyi,
 - c) Ödeyecek kişinin, “muhatapın” ticaret unvanını,
 - d) Ödeme yerini,
 - e) Düzenlenme tarihini ve yerini,
 - f) Düzenleyenin imzasını,
- içerir.

Bu unsurlardan birini içermeyen bir senet, Türk Ticaret Kanunu’nun 781/II-III madde fıkralarında yazılı haller dışında çek sayılmaz (TTK m. 781/I). Bu haller ise, ödeme yeri ve keşide yeri ile ilgilidir.

Çekte açıklık yoksa muhatapın ticaret unvanı yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılır. Muhatapın ticaret unvanı yanında birden fazla yer gösterildiği takdirde, çek, ilk gösterilen yerde ödenir. Böyle bir açıklık ve başka bir kayıt da yoksa çek muhatapın merkezinin bulunduğu yerde ödenir.

Düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır.

Kanımızca, “çek” kelimesinin senet metni içinde bulunmaması halinde, söz konusu senet hukuki niteliği itibariyle havale olarak geçerli olabilir.

Çekte bulunabilecek ihtiyari kayıtları; menfi emre, hamiline, lehtar tayinine ilişkin (TTK m. 785), yerleşim yeri (ikametgah) (TTK m. 787), yabancı parayla aynen ödeme (TTK m. 802/III), çekin bir bankaya veya muhatapın bir müşterisine ödeme (TTK m. 804/I-II), protestodan muafiyet (TTK m.818/10) ve hesaba geçirilme (TTK m.805) kayıtları olarak gösterilebilir.

İhtiyari kayıtlardan bazıları da uygulamadan gelmektedir. Nitekim, ihbar ve provizyon kayıtları bunlardan sayılabilir.

Bununla beraber, çekte gösterilen vade (TTK m. 795), faiz (TTK m. 698), kabul (TTK m. 786) ve sorumluluktan muafiyet (TTK m. 818/c, 679) kayıtları ise, yazılmamış sayılır.

Çekteki ödeme emrinin kayıtsız ve şartsız olması gerekir. Çekin bu niteliğini ortadan kaldıracak kayıtlar, o senedin çek sayılmasını da engeller. Çekin ödenmesini herhangi bir şarta veya asıl borç ilişkisine bağlayan kayıtlar çeki geçersiz hale getirir⁵⁸.

6.3. ÇEKTE ŞEKİL ŞARTLARININ NOKSANLIĞI

Çekte bulunması gereken zorunlu unsurlar Türk Ticaret Kanunu'nun 780. maddesi hükmünde belirtilmiştir. Bu madde de yazılı zorunlu unsurlardan birini içermeyen senet çek sayılmaz (TTK m. 781/I).

Eski TTK döneminde, öğretide “çek” kelimesinin senet metni içinde bulunması zorunluluğunun bulunmadığı görüşünde olanlar mevcut⁵⁹ ise de Yeni TTK'nın 780. maddesinde senet metninde çek kelimesinin varlığı da açıkça aranmış olduğu için bu görüşün temeli kalmamıştır.

Kanımızca, “çek “ kelimesinin senet metni içinde bulunmaması halinde, söz konusu senet hukuki niteliği itibariyle havale olarak geçerli olabilir. Keza kanunda yazılı (TTK m. 780) diğer zorunlu unsurların –keşidecinin imzası hariç- bulunmaması durumunda da, senet ancak havale olarak geçerlidir.

6.4. ÇEKTE HAK SAHİBİ

TTK'nın 785. maddesi uyarınca çek;

- a) “Emre yazılı” kaydıyla veya bu kayıt olmadan belirli bir kişiye,
- b) “Emre yazılı değildir” kaydıyla veya buna benzer bir kayıtlı belirli bir kişiye,
- c) Veya hamile ödenmek üzere çekilebilir.

Belirli bir kişi lehine “veya hamiline” kelimelerinin veya buna benzer başka bir ibarenin eklenmesiyle düzenlenen çek, hamiline yazılı çek sayılır. Kimin lehine düzenlendiği gösterilmemiş olan bir çek, hamiline yazılı çek hükmündedir.

⁵⁸ Çeker, age., s. 770.

⁵⁹ Kalpsüz, age., s. 55 vd; Değişik görüşte olanlar için bkz. Karayalçın, age., s. 268; Doğanay, age., s. 1413; Öztan, age., s. 633 vd.

Bu doğrultuda çekte hak sahibinin senetten tespitini nama, emre ve hamile yazılı olarak tanzim edilmelerine göre üçe ayırmak suretiyle inceleyebiliriz.

Nama yazılı çeklerde alacaklı, senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden şahıstır (TTK m. 655/I).

Emre yazılı çeklerde alacaklı, senette şeklen hak sahibi olduğu anlaşılan ve senedi ibraz eden şahıstır. Bu nedenle, emre yazılı çekte alacaklının belirlenmesinde, bir tam ciro ile senede hamil olmak yeterli sayılmalıdır.

Hamile yazılı çeklerde ise, alacaklının senede hamil olması alacaklılık sıfatının tespiti bakımından yeterli sayılmaktadır. Zira senedin metin ve şeklinden, hamili kim ise o kimsenin hak sahibi sayılması icap eder (TTK m. 658).

Çekin süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmesi ve ödememenin protesto, bankanın çek üzerindeki beyanı ya da takas odasının beyanı ile tespit ettirilmesi halinde hamil, çek borçlularına başvurabilecektir (TTK m. 808).⁶⁰

Çekten dolayı taahhüt altına girmiş olup da çeki ödemiş bulunan bütün müracaat borçluları –düzenleyen haricinde- aynı hakkı kullanabilir. Bu sebeple bir çekte cirantalar, bunlara aval verenler ile lehtar alacaklı sıfatı ile kambiyo senetlerine özgü takip yollarından yararlanabilirler. Ancak, muhatap banka lehtar durumunda iken çeki ciro yolu ile devrederse, çekin zilyedi olacak kişi yetkili hamil (alacaklı) sıfatını elde edemez zira muhatap lehindeki ciro yalnız makbuz hükmündedir (TTK m. 789).

Hamil, çek borçlularının borçlanmadaki sıraları ile bağlı olmaksızın her birine veya bunlardan bazılarına yahut hepsine birden kambiyo senetlerine özgü takip yollarından yararlanmak suretiyle takipte bulunabilir (TTK m. 818/1).

Bir çekin birden fazla hak sahibi (alacaklısı) varsa ve senet metninde teselsüle ilişkin bir beyan da yoksa alacaklılardan her biri hissesi nispetinde talep hakkına sahiptir.⁶¹

⁶⁰ Karayalçın, age., s. 277; “.... TTK’nun 626 ve 642. maddelerinin çeklerde uygulanamayacağı, TTK’nun 730. maddesinde anılan maddelere yollama bulunmadığı, müracaat hakkının mevcudiyetinin aynı Kanunun 720. maddesine göre tetkiki gerektiği...” (12. HD., 05.11.1985, E/K. 2859-9097: YKD, 1986/12, 5, s. 697-698); Hamile yazılı senetlerde hak sahibinin tesbiti için ayrıca bkz. 11. HD., 12.10.1984, E/K 4507-4666 (YKD., 1985/11, 2, s. 222-226)

⁶¹ 11. HD., 14.09.1973, E/K. 304-3341 (Batıder , 1973/7, 2, s. 528)

6.5. ÇEK BORÇLUSUNUN SORUMLULUĞU

Çek, görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenleme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan bir çek ibraz günü ödenir (TTK m. 795). O halde, bir çek ödenmek üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 796. maddesinde yazılı süreler içinde muhataba ibraz edilmelidir. 6762 sayılı Eski TTK'nın 708. maddesinde ibraz sürelerinin çekte keşide günü olarak gösterilen tarihten itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Bu ifade de ibraz süresinin hesaplanmasında çekin keşide edildiği yani düzenlendiği tarihin hesaba katılıp katılmayacağı konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir. 6102 sayılı yeni TTK'da ise bu tartışmalara açıklık getirilmiş ve 796. maddenin son fıkrasında ibraz sürelerinin çekte yazılı olan düzenleme tarihinin ertesi günü başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Çekin ibraz süresi içerisinde ibraz edilip de tamamen veya kısmen ödenmemesi, çeklerde müracaat hakkının doğumuna sebebiyet veren başlıca haldir (TTK m. 808).⁶²

Vaktinde ibraz edilmiş olan çekin üzerinde “protestosuz” koşulu ya da buna eşdeğer bir ibare yoksa, ödenmemiş olduğu ve ödemediğinden imtina keyfiyeti protesto veya buna eş tutulan tespit ile sabit bulunduğu takdirde hamil, keşideci, cirantalar ve diğer çek borçlularına karşı müracaat haklarını kullanabilir (TTK m. 808-809, 818/I (i)).⁶³

Çekte imzası bulunan keşideci, ciranta ve avalistler çek hamiline karşı müteselsil borçlu sıfatı ile sorumludurlar. Çek hamili bu sorumlu kimşelerin borçlanmadaki sıraları ile bağlı olmaksızın her birine veya bunlardan bazılarına yahut tümüne birden müracaat edebilir (TTK m. 818/I (k), 724/I).

Ticari senet sayılan çekte asıl borçlu yoktur.⁶⁴ Bununla beraber, ödeyecek olan kimse muhatap (banka)dır. Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap olarak finans kuruluşu gösterilebilir (TTK m. 782/I).

Çekte muhatabın kambiyo senetlerine özgü özel takip yolu ile takip edilmesi mümkün görülmemektedir. Çekte yazılı tutarın ibraz süresi içinde muhatap (banka) tarafından ödenmesi halinde, bütün çek borçluları yönünden kambiyo ilişkisi son bulur.

⁶² Kalpsüz, age., s. 100

⁶³ Fransız çek hukukunda “çekin ödenmemesinin hukuki sonucu” hakkında bkz. Poroy, R.: Fransız Çek Hukukunda Son Gelişmeler, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu, Batider, 1981/11, 2, s. 105

⁶⁴ İnan, age., s. 90

Çekte, görüldüğünde ödeme söz konusu olup, kabul muamelesi geçerli değildir. Bu kurala teyitli veya tasdikli çekler istisna teşkil ederler. Türk hukuk sisteminde teyit sorunu düzenlenmiş değildir.⁶⁵ Ancak, yasal bir düzenlemeye kavuşturuluncaya kadar bankalar arasında varılacak bir “centilmenlik anlaşması” ile bu usulün uygulanması mümkün görülmektedir.⁶⁶

Doktrinde çeklerin teyit olunup olunamayacakları hususunda farklı görüşler ileri sürülmekte ise de, Yargıtay kararlarında çekte teyidin caiz görülmesi karşısında artık bu konunun tartışılmasının pratik yararından söz edilemeyeceği açıktır.⁶⁷

Çekin teyidi ile banka, ibraz süresi içerisinde senet bedelinin hamil lehine bloke edildiğini belirtmektedir. Çeki teyit eden bankanın bu sorumluluğu ibraz süresinin sonuna kadar devam eder. Bu sürenin sona ermesiyle, bankanın sorumluluğu da kalkar.⁶⁸

Muhatap (banka) bildiriminde sadece çek bedelinin bloke edildiğini açıklarsa, bu teyit sayılır ve çek hamili bankayı takip edemez. Buna karşılık, muhatap (banka) beyanı, çekte belirtilen meblağ bloke edilmiş vaziyettedir. Kanunen muayyen olan süre içinde ibraz edildiğinde ödenecektir biçiminde anlaşılıyorsa, bu durumda da muhatap kambiyo hukuku ilişkisinden dolayı bir borç altına girmemekle beraber sırf kendi garanti beyanı ile bir borç altına girmektedir. Bu faraziyede, Borçlar Kanunu anlamında bir garanti (kefalet) söz konusu olduğundan çek hamili muhatap bankayı ancak adi haciz veya iflas yolu ile takip edebilecektir.⁶⁹

Çekin süresi içinde ibraz edilmemesi ve süre geçtikten sonra keşidecinin karşılığı çekmesi ya da çekten cayması halinde karşılıksız çek söz konusu edilemez.⁷⁰

Hamil tarafından çek zamanında ibraz edilmez ve ibraz süresi içinde ödemeden imtina keyfiyeti resmi bir vesika ile tespit edilmez ise, hamilin

⁶⁵ Poroy, age., s. 238

⁶⁶ Karayalçın, age., s. 289

⁶⁷ -Çekte teyit (sertifikasyon) hakkında geniş bilgi için bkz. Karayalçın, age., s. 287 vd.; Öztan, age., s. 686 vd.; Poroy, age., s. 237vd.; Domanic, age., s. 400 vd; Kınacioğlu, age., s. 169 “Çek bedelinin bloke edildiğine ilişkin şerh koyan bankanın karşılığın çek hamillerine ödenmesi hususunu temin ve garanti ettiği ve bloke edilen parayı sonradan keşideciye iade ettiği için bankanın sorumlu tutulması gerektiği” (İİD., 18.9.1968, 11105/10596, RKD, 1969, S. 4 s. 36-36).

⁶⁸ Öztan, age, s. 689

⁶⁹ Muşul, T: Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip, Batider; 1974/7, 3, s. 617 vd.

⁷⁰ İnan, age., s. 67

tüm çek borçlularına ve keşideciye karşı müracaat hakkı düşmüş sayılmalıdır.⁷¹

Çekte aval müessesesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 794 ve 818/1'nci maddeleri yollamasıyla aynı kanunun 701-702. maddeleri hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir çekte yazılı bedelin ödenmesi, kısmen ya da tamamen aval ile temin olunabilir (TTK m. 794). Bu teminat “muhatap hariç” olmak üzere üçüncü bir şahıs veya çek üzerine esasen imzası bulunan bir kimse tarafından da verilebilir. Çekte avalin özelliğini, muhatabın aval veremeyecek olması keyfiyeti teşkil eder. Buna neden, kabulün yasak olmasıdır (TTK m. 784).

Muhatabın aval verebileceği kabul edilirse, bundan senette yazılı olan bedeli ödeme zorunluluğu doğar. Böylesi bir sonuç ise, dolaylı yoldan çekin muhatapça kabul edilemeyeceği kuralını ortadan kaldırır. Çekte muhatap tarafından aval verilememesinin diğer bir sonucu da avalistin çekte sadece müracaat borçlusu olarak sorumlu tutulabilmesidir. Bu nedenle, çekte müracaat hakkının kaybı halinde, avalist her türlü borçtan kurtulur.⁷⁴

Hamil, ibraz süresi içinde çeki ödemek üzere muhataba ibraz etmiş ise, müracaat borçlusu olan cirantaya karşı müracaat haklarını kullanabilir. Aksi halde, hamil, cirantaya karşı müracaat haklarını kaybeder (TTK m. 808).

Çekte hamil; cirantaya karşı müracaat hakkını kullanabiliyorsa, bunun lehine aval veren kimseye karşı da aynı haklara sahiptir. Ancak, cirantaya karşı müracaat hakkının kaybı halinde, ciranta lehine aval veren kimseye de müracaat edilemez. Zira aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur (TTK m. 702/I).

Çek yolu ile hatır senedi düzenlemenin uygulama bakımından mümkün olmadığını belirtmek yerinde olacaktır.⁷⁵

⁷¹ Aynı fikir için bkz. Karayalçın, Y.; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler “Hukuki Mütalaalar”, AÜHF., Yayın No. 376, Ankara 1975-VI, s. 278

⁷⁴ Öztan, age., s. 739

⁷⁵ İnan, age., s. 69

6.6. KARŞILIK

Bir çekin düzenlenmesi için, muhatabın elinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunması ve düzenleyenin bu karşılık üzerinde çek düzenlemek suretiyle tasarruf hakkını haiz olacağına dair muhatapla düzenleyen arasında açık veya zımni bir anlaşma bulunması şarttır. Ancak, bu hükümlere uyulmaması hâlinde senedin çek olarak geçerliliği etkilenmez.

Düzenleyen, muhatap nezdinde çekin ancak bir kısım karşılığını hazır bulundurduğu takdirde, muhatap, bu tutarı ödemekle yükümlüdür. Muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü oluktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder.

Çekin karşılığının tamamen veya kısmen bulunmaması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü, her çek yaprağı için muhatap bankanın garanti verdiği miktar dahil olmak üzere, çek hesabında bulunan miktarla sınırlıdır (5941 sayılı Çek Kanunu m. 3).

Çekin düzenlenmesi anında karşılığının bulunmaması hukuk bakımından önem arz etmemektedir. Çekin ödenmesi için ibrazı anında karşılığının bulunup bulunmaması nazara alınarak hukuki bir takım sonuçlar doğurur.

6.7. KARŞILIKSIZ ÇEK

6.7.1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 783/I. maddesine göre, bir çekin düzenlenebilmesi için, muhatabın elinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunması şarttır.

Kanuna aykırı olarak muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek düzenlenmesi karşılıksız çek fiilini doğurur. Karşılıksızdır işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır (5941 sayılı Çek Kanunu m. 3).

Keşidecinin muhatap finans kuruluşu (banka) nezdindeki “karşılık-provizyon”, alacaklı cari hesabında “nakit” olabileceği gibi borçlu cari hesabında “kredi” veya muaccel bir hale gelmiş “alacak” da olabilir.⁷⁸

Önemli olan husus keşidecinin muhatap banka nezdinde üzerinde tasarruf edebileceği bir kredi hesabının bulunması ve çekin bu hesap üzerine keşide edilmesidir.⁷⁹ Zira muhatap nezdinde yeterli karşılık bulunsa da, çek düzenlendikten sonra ibraz süresi içerisinde hamilin çekte meblağı muhataptan elde etmesine engel olabilecek bir tasarrufta bulunan keşideci, yine karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verecektir.

Keza, keşidecinin bankada biri çeke bağlı birden fazla hesabı bulunursa ve çek hesabında çekin karşılığı bulunmazsa diğer hesaplarında para olsa da, banka çeki ödemeyebilir ve bu halde de karşılıksızdır işlemi ile karşılaşılır.⁸⁰ Çünkü genellikle çek anlaşmasında keşidecinin hangi hesabı üzerine çekileceği belirlenmektedir.⁸¹

6.7.2. Karşılıksız Çekte Karşılığın Bulunmadığının Tespiti

Çekin ibraz müddeti zarfında ibraz edilip de tamamen veya kısmen ödenmemesi, çeklerde müracaat hakkının doğumuna sebebiyet veren başlıca haldir (TTK m. 808).⁸²

Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz’e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz’e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır. Bu süreler, çekte yazılı olan düzenlenme tarihinin ertesi günü başlar.

Anılan süreleri anlaşma ile değiştirmek mümkün değildir.

⁷⁸ Doğanay, age., s. 1421

⁷⁹ Uluç, M.R.: İtalyan Hukukunda Çekin Cezai Himayesi, Batider, C. III, 1965/I, s. 40

⁸⁰ İnan, N.: Çek rizikolarında doğan sorumluluk, karşılıksız çek, sahte ve tahrif edilmiş çek, çekin çalınması, Ankara 1981, s. 30

⁸¹ İnan, age., s. 104

⁸² Kalpsüz, T.: İktisadi ve Hukuki Yönden Çek-Hukuki Yönden Çek-; Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No: 32, Ankara 1968, s. 100

Çeke vade konmaz. Ancak görüldüğünde ödenir (TTK m. 795). Bu hükme aykırı herhangi bir kayıt geçersiz olup yazılmamış sayılır. Keşide günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek ibraz günü ödenir. Çekin tedavüle çıkarılmasından sonra keşidecinin ölümü veya medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi veyahut iflası çekin geçerliliğine tesir etmez.⁸⁴

TTK'nın 796. maddesi metninde gösterilen süreler içinde ibraz edilmeyen çek hükümsüz sayılmaz, ibraz halinde çek ödenebilir (TTK m. 799/2).⁸⁵

TTK'nın 809. maddesi hükmüne göre, protesto veya buna denk olan belirlemenin, ibraz müddeti (TTK m. 796) içerisinde yapılması gereklidir. İbraz keyfiyeti, sürenin son gününde vuku bulursa protesto veya buna muadil tespit, müteakip iş günü içerisinde de yapılması mümkündür. Ancak çek, mücbir bir sebeple hamili tarafından müddetinde muhataba ibraz olunmazsa ya da protesto veya muadil bir tespit yaptırılamazsa, o takdirde olayda TTK'nun 811. maddesi hükmü uygulanır.⁸⁶

İbraz süresinin geçirilmesi düzenleyene cayma hakkını kazandırmakla birlikte, bu hakkını kullanmak istemiyorsa muhatap çeki ödeyebilir (TTK m. 799).⁸⁷

Karşılığı bulunan çek, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödenir. Ancak çek, hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edildiğinde, o şubece karşılığı sorulmak suretiyle ödenir.

Karşılıksızdır işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır.

Muhatap banka, ibraz eden düzenleyici dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yapırağı için (28.01.2011'den itibaren);

a) Karşılığının hiç bulunmaması hâlinde,

1) Çek bedeli 655 Türk Lirası veya üzerinde ise 655 Türk Lirası,

⁸⁴ Erman, E.S.: Poliçe-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları, Ankara 1973, s. 226.

⁸⁵ Yazman, Y.K.: Poliçeler ve Çekler, Sigorta Dünyası, Yıl. 15, S. 173, Mayıs Ankara 1974, s. 22

⁸⁶ Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Madde 347-815, C. II, Ankara 1974 s. 1449

⁸⁷ Akyazan, S.: Çekin Muhataba İbrazi Zorunluluğu ve Çekten Cayma, Batider, C. VI., S. 4, Aralık 1972, s. 688

- 2) Çek bedeli 655 Türk Lirasının altında ise çek bedelini,
- b) Karşılığının kısmen bulunması hâlinde,
 - 1) Çek bedeli 655 Türk Lirası veya altında ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî karşılığı 655 Türk Lirasına tamamlayacak bir miktarı,
 - 2) Çek bedeli 655 Türk Lirasının üzerinde ise, çek bedelini aşmamak koşuluyla, kısmî karşılığa ilave olarak 655 Türk Lirasını,

ödemekle yükümlüdür.

Bu husus, hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdî kredi sözleşmesi hükmündedir. Bu fıkradaki miktar, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan fiyat endekslerindeki yıllık değişimler göz önünde tutularak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından her yıl Ocak ayında belirlenir ve Resmî Gazete’de yayımlanır.

Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.

Muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil, kısmî ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılır; ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilir; ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır. Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ve hamilin sadece muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini talep etmesi hâlinde de aynı şekilde işlem yapılır.

Muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil kısmî ödeme hâlinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir. Çek hamili, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kam-biyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi, Cumhuriyet başsavcılığına şikâyetle bulunurken dilekçesine bu fotokopiyi ekleyebilir ve bunu icra daireleri ile mahkemelerde ispat aracı olarak kullanabilir. Mahkeme veya icra dairesinin istemi hâlinde çekin aslı bu mercilere gönderilir.

Banka;

- a) Çekin karşılığının hesapta bulunmasına rağmen hamiline ödenmesinin geciktirilmesi,
- b) Kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenmesinin geciktirilmesi hâllerinde, çek hamiline, her geçen gün için binde üç gecikme cezası öder. Bu hâllerde 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümleri uygulanmaz.

Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanunu'nun 795. maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.

Çek yasada öngörülen ibraz süresi içerisinde ibraz edilmesine rağmen ödenmezse, hamil tarafından müracaat hakkının kullanılabilmesi için bu durumun “ödememe protestosu” ile belgelenmesi gerekir. Ödeme protestosu hukuki niteliği itibarıyla bir tespitname olup, poliçelerin protesto ile ilgili hükümleri bunun hakkında da uygulanır (TTK m. 818/1 (ı), 715, 717, 719-721). Ödememe protestosu, çekin vaktinde ibraz edildiği halde ödenmediği ya da ödemedi kaçınıldığı⁹⁰ tespit edilerek, çek hamili veya ödeyen müracaat hakkı olanın istemi üzerine düzenlenir. Anılan protestonun TTK'nın 716. maddesinde bildirilen biçim ve surette noterlikçe tanzim edilmesi zorunluluğu vardır (TTK m. 715).

Çekin ödenmediğini tespit edecek olan protestonun ibraz müddeti geçmeden yapılması icap eder (TTK m. 809). Ancak çek ibraz müddetinin son günü ödenmek amacıyla ibraz edilirse, protesto sonraki iş günü de çekilebilir. Bu zamanlamaya uygun olarak, noter tarafından tanzim olunan protesto çeki iliştilir.

Çeklerde ödememe durumunun, protesto dışında ona eş tutulan bazı beyanlarla da tespiti mümkündür (TTK m. 808/I). Buna göre; zamanında ibraz edilmiş olan çekin ödenmemiş olduğu ve ödememe hâli;

⁹⁰ Erman, age., s. 226

⁹² Doğanay, age., s. 1448

- a) Resmî bir belge, “protesto” ile,
- b) Muhatap tarafından, ibraz günü de gösterilmek suretiyle, çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla,
- c) Bir takas odasının, çek zamanında teslim edildiği hâlde ödenmediğini tespit eden tarihli bir beyanıyla sabit bulunduğu takdirde hamil; cirantalar, düzenleyen ve diğer çek borçlularına karşı başvurma haklarını kullanabilir.

Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.

Çek, ibraz süresi henüz geçmeden kaybedilmiş ise, hamilin –çek borçlularına karşı müracaat edebilme hakkını koruması için- muhatabın ödemeyi reddetmiş olduğunun TTK’nın 808. maddesi hükmüne uygun bir biçimde tespit edilmesi gerekir.⁹²

6.7.3. Karşılıksız Çekte Sorumluluk

TTK’nın 783/3’ncü maddesi hükmünde, “muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder” düzenlemesi yer alır. Anılan hükme göre, keşideci karşılığı olmadan ve bundan dolayı ödenmesinden çekinilen çek keşide etmesinin sonuçlarına katlanmalıdır.⁹³ Bu nedenledir ki, karşılıksızdır işleminden doğrudan doğruya sorumlu olan kişi, çekin keşidecisidir.⁹⁴

Ancak her durumda karşılıksız çek fiilinden dolayı sorumlu süje olarak keşideciyi kabul etmek mümkün değildir.

Çekte imzası bulunan keşideci, ciranta ve avalistler çek hamiline karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar (TTK m. 818, f. I, (k); 724/I). Çek hamili bu sorumlu kimselerin borçlanmadaki sıraları ile bağlı olmaksı-

⁹³ Selçuk, S.: Çek Keşidesinin Koşulları ve Karşılıksız Çek, AD., Yıl. 65, S. 4-5, 1974, s. 268

⁹⁴ İnan, N.: Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, s. 53

zın her birine veya bunlardan bazılarına yahut tümüne birden müracaat edebilir. Çek hamili sorumlu kişi keşideciye karşı müracaat hakkını kullandığında, keşidecinin imzası sahte ise, bu halde çek karşılıksız demektir.

Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun (TTK m. 812).

Bununla beraber sahte ya da tahrif edilmiş çekte ödemedenden doğan zararın kime ait olacağını hükme bağlayan TTK'nın 812 maddesi amir hüküm niteliğinde değildir. Bu sebeple, çekte imzası bulunanlar ve özellikle muhatap, çek anlaşmasına getirecekleri bazı kayıt ve şartlarla, sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesinden meydana gelecek zararın keşideci tarafından karşılanmasını sağlayabilir ya da kusurlu sorumluluk esasını öngörebilirler.⁹⁷

6.7.4. Çek Karşılığının Ödenmemesi ve Yaptırımlar

Karşılıksız çek keşide edildiği takdirde, bunun hukuki ve cezai yaptırımları bulunmaktadır.

TTK'nın 783. maddesi uyarınca; muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder.

5941 sayılı Çek Kanunu uyarınca ise;

Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.

⁹⁷ Öztan, age., s. 674

Çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür.

Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezaî sorumluluk çek hesabı sahibine aittir.

Karşılıksız çek düzenleyen, adına karşılıksız çek düzenlenen ve ileri düzenleme tarihli çek üzerinde yazılı tarihe göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmayan gerçek ve tüzel kişi hakkında, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde resen mahkeme tarafından, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı ile ilgili olarak, herhangi bir adres değişikliği bildiriminde bulunulmadığı sürece ilgilinin çek hesabı açtırırken bildirdiği adrese 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35. maddesine göre derhal tebligat çıkarılır. Adresin bankaya yanlış bildirilmesi veya fiilen terk edilmiş olması hâlinde de, tebligat yapılmış sayılır.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankalara iade etmekle yükümlüdür. Bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmaz.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün içinde, düzenlemiş bulunduğu ve henüz karşılığı tahsil edilmemiş olan çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa lehtarlarını da göstermek suretiyle, muhatap bankaya liste hâlinde vermekle yükümlüdür.

Karşılıksız kalan bir çekle ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturma neticesinde;

- a) Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına,
- b) Mahkeme tarafından, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya davanın reddine,

karar verilmesi hâlinde, aynı kararda, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına da karar verilir. Bu karar, kesinleşmesi hâlinde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilir ve ilân olunur.

6.7.5. Çekte Ciro

Çekte “ciro” müessesesi, Türk Ticaret Kanunu’nun 818/1 (d) maddesi yollamasıyla aynı Kanun’un 683-685. maddeler hükümlerinde düzenlenmiştir. Anılan maddeler uyarınca, poliçenin cirosuna ilişkin hükümler çek hakkında da uygulanır. Bununla birlikte, çeklerin cirosuna ilişkin tekrar niteliğinde hükümlere de yer verilmiştir (TTK m. 789-793).

Çekte ciro, keşideci veya çekten dolayı borçlu olanlardan herhangi biri lehine de yapılabilir. Bu kimseler çeki yeniden ciro edebilirler. Ancak kısmi ciro ve muhatabın cirosu batıldır (TTK m. 789/II). Muhatap lehindeki ciro ise yalnız makbuz hükmündedir; meğerki muhatabın birden fazla şubesi olup da, ciro, muhatap şubeden başka bir şube üzerine yazılmış bulunsun (TTK m. 789/IV).

Çeklerde temlik ve tahsil cirosu mümkün olup, rehin cirosu caiz değildir. Zira poliçelerdeki rehin cirosuyla ilgili hükme Türk Ticaret Kanunu’nun 818. maddesiyle bir yollama yapılmamıştır.⁹⁸

Çek üzerine yapılan ciro, cirantayı, müracaat hakkına ilişkin hükümler gereğince sorumlu kılar.

6.7.6. Çekten Cayma

Genel kural uyarınca, havale ödeyicisi havaleyi kabul ettiğini beyan edinceye kadar havale eden ona karşı havaleden rücu edebilir (BK m. 559/II).

Hukuki niteliği itibarıyla, bir havale olan çekte bu kural bazı koşullarda uygulanabilmektedir (TTK m. 799). Türk Ticaret Kanunu’nun 799. maddesinde çekten cayma (havaleden rücu) özel olarak düzenlenmiştir.

799. madde uyarınca çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra mümkündür. Çekten cayılmamışsa muhatap ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.

⁹⁸ Karayalçın, age., s. 286

Düzenleme uyarınca çekten cayılabilmesi için ibraz süresinin geçmiş olması ve çekin ibraz süresi içerisinde ödenmek üzere muhatap bankaya ibraz edilmemiş olması gerekir. Bu nedenle hukuki niteliği itibarı ile tek taraflı yenilik doğuran bir işlem olan cayma, ancak ibraz süresinin dolması ile hukuki sonuç doğuracaktır. Keşideci çekten caymamış ise, muhatap banka ibraz süresi geçmiş olmasına rağmen çeki ödeyebilir. Ödemesi halinde de hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Cayma hakkının kullanılması, muhatabın çeki ödeme yetkisini ortadan kaldırır. Muhatap keşidecinin bu beyanı ile bağlıdır, bu konuda herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Cayma beyanına rağmen ödemede bulunan muhatap banka keşideciye karşı sorumlu olur⁹⁹.

ÜÇÜNCÜ KISIM KAMBIYO SENETLERİNE BENZEYEN SENETLER

1. EMRE YAZILI HAVALE

Türk Ticaret Kanunu’nun 826. maddesine göre, “senet metninde poliçe olarak gösterilmemekle beraber, açıkça emre yazılı olarak düzenlenen ve diğer hususlarda da poliçede aranılan unsurları içeren havaleler poliçe hükmündedir.”

Emre yazılı havaleler poliçe hükmündedir. Ancak, poliçe hükmünde olan bu çeşit havalede “poliçe” kelimesi olmaksızın, poliçeye ilişkin diğer şekil unsurların bulunması gerekmektedir (TTK m. 671). Söz konusu unsurlara daha önceden “poliçe” bölümünde yer verildiğinden, ayrıca tekrar edilmemiştir.

Emre yazılı havale kabul için ibraz edilemez. Buna rağmen ibraz edilir ve kabulden de kaçınılırsa hamilin bu sebepten dolayı başvurma hakkı yoktur.

İcra ve İflas Kanunu’nun, çekler, poliçeler ve emre yazılı senetlerden bonoların takibine ilişkin hükümleri emre yazılı havaleye uygulanamaz.

⁹⁹ Çeker, age., s.805.

¹⁰¹ Poroy, age., s. 255

2. EMRE YAZILI ÖDEME VAADI

Türk Ticaret Kanunu'nun 830. maddesine göre, “senet metninde bono olarak gösterilmemekle beraber, açıkça emre yazılı olarak düzenlenmiş olan ve bonoda aranılan diğer unsurları da içeren ödeme vaatleri, bono hükmündedir”.

Emre yazılı ödeme vaatleri bono hükmündedir. Ancak, bono hükmünde olan emre yazılı ödeme vaa dinin şekil unsurları bono veya emre yazılı senet sözcükleri olmaksızın, bonoya ilişkin diğer şekil unsurlarının bulunması gerekmektedir (TTK m. 776). Söz konusu unsurlara daha önceden “bono” bölümünde yer verildiğinden, ayrıca tekrar edilmemiştir.

Emre yazılı olarak düzenlenmiş olan ödeme vaatleri hakkında, araya girerek ödemeye ilişkin hükümler uygulanmaz.

İcra ve İflas Kanunu'nun, çekler, poliçeler ve emre yazılı senetlerden bonoların takibine ilişkin hükümleri, emre yazılı olarak düzenlenmiş bulunan ödeme vaatlerine uygulanmaz.

DÖRDÜNCÜ KISIM EMTİA SENETLERİ

Emtia senetleri, bir emtianın belirli bir şekilde örgütlenirilmiş bir yere (antrepo, umumi mağaza) depo edilmesi ya da nakledilmek üzere bir nakliyeciyeye teslimi üzerine düzenlenir.¹⁰¹

Bu senetlere; umumi mağazalar tarafından çıkarılan makbuz senedi ve varant, taşıma senedi, konişmento dahildir.

8. BÖLÜM

SÖZLEŞMELER HUKUKU SÖZLEŞME SERBESTİSİ

1. GİRİŞ

İnsanlar günlük yaşamlarında pek çok faaliyetler gerçekleştirir. Bu faaliyetler yaşamın doğal parçasını oluşturan şeylerdir. Örneğin, bakkaldan ekmek veya şeker satın almanız, bozulan televizyonunuzu tamir ettirmeniz, hastalandığınızda doktora gidip muayene olmanız, seyahat amacıyla bir otobüs firmasıyla bir yere gitmeniz vb. ilişkiler hemen akla gelenlerden bazılarıdır. Pek çok sebepten kaynaklanan bu tür ilişkilerde, ilişkinin tarafları birbirlerine karşı borç altına girerler. Borç ilişkisinin kaçınılmazlığı sonuçta bunun bir hukuki düzeninin varlığını gerekli kılar. Hukuki düzenin oluşturulduğu alanlardan biri de ilişkilerin “sözleşme yapmak” suretiyle oluşturulduğu alandır. Buna kısaca *sözleşmeler hukuku* denir.

Ülkemizde sözleşme yapmak suretiyle borç ilişkilerinin doğması, ifası, sona ermesi vb. hususları düzenleyen genel kanun Medeni Kanunun tamamlayıcısı niteliğinde olan Borçlar Kanunu’dur. Ancak Borçlar Kanunu dışında borç ilişkilerini düzenleyen bazı özel kanunlar vardır. Örneğin, Ticaret kanunu, Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketici Kanunu gibi.

2. SÖZLEŞMEYLE OLUŞTURULAN BORÇ İLİŞKİSİ VE UNSURLARI

Genel olarak ifade etmek gerekirse borç ilişkisi; iki taraflı bir ilişki olup olup, taraflardan biri (borçlu) diğer taraf (alacaklı) lehine bir edimi yerine getirme (bir şey yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokan bir ilişkidir. O halde her borç ilişkisinin alacaklı, borçlu ve edim olmak üzere üç unsurdan oluştuğu görülmektedir.

3. SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmeler çok taraflı hukuki işlemlerden olup birden fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşur. Sözleşmelerde her iki tarafa (örneğin, satım, kira) veya tek tarafa (örneğin, bağışlama vaadi) borç yüklemeleri nedeniyle iki tarafa borç yükleyen veya tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler şeklinde alt ayırmalara da tabi tutulabilmektedir.

4. SÖZLEŞMELERİN MEYDANA GELMESİ

Bir sözleşmenin meydana gelmesi (kurulması) bazı unsurların varlığına bağlıdır. Sözleşmenin tanımından hareketle iki tarafın bulunması ve bunlar arasında karşılıklı anlaşmanın varlığı sözleşmenin unsurlarındandır. İki taraftan kasıt, tarafların gerçek ve/veya tüzel kişiden ibaret bulunmasıdır. Karşılıklı anlaşmadan ise bir tarafın irade beyanının karşı tarafın irade beyanı ile uyumlu olması anlaşılır. Yani sözleşmenin meydana gelmesi için birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanına ihtiyaç vardır. Ancak irade beyanlarının kesişmesi kendiliğinden olmaz, belirli bir süreci gerektirir. Bu süreçteki irade açıklamalardan zaman itibarıyla önce yapılane “öneri (icap)” sonra yapılane “kabul” denir.

4.1. ÖNERİ

Sözleşmenin kurulması için gerekli irade beyanlarından biri diğerine göre doğal olarak öncelikle yapılır. İşte irade beyanlarından önce yapılane “öneri” denir. Önerinin sözlük anlamı “teklif etmek” demektir. Teklif tarafların herhangi birinden gelebilir. Hangi taraftan geldiği önemli değildir.

Sözleşmenin esaslı unsurların içermeyen veya karşı tarafça kabul edildiğinde sözleşmenin kurulmuş sayılmasını gerektirmeyecek durumdaki beyanlar “öneriye davet” olarak değerlendirilir. Örneğin, bir manava gidip sadece bilgi edinmek için elma fiyatını sormamız öneri değil, öneriye davet olacaktır. Tarife, fiyat listesi ve katalogların gönderilmesi tersi açık ve kolay anlaşılmadıkça öneri olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.

Öneren, kural olarak önerisiyle bağlıdır. Öneren öneride bulunduktan sonra ondan dönerse karşı tarafın bu yüzden uğradığı zararı ödemek zorunda kalır.

Öneren, öneride bulunduktan sonra bu beyanı ile ne kadar süre bağlı kalacaktır? Öneren önerisiyle belirli bir zaman dilimi için (örneğin; beş saat, üç gün, iki hafta, gelecek ayın 18’i gibi) bağlı kalacağını açıklarsa buna “*sürelili öneri*” denir ve öneren süre sonuna kadar önerisiyle bağlı olur. Öneride bir süre belirtilmemişse (örneğin bir ton ayçiçeğini borsa fiyatından satmayı teklif ediyorum gibi) icap “*süresiz öneri*” olur. Bu durumda öneren önerisiyle ne kadar süre bağlı olacaktır? Bu konu, Borçlar Kanununda hazır olanlar ve olmayanlar açısından ayrı ele alınmıştır.

Hazır (yüz yüze, karşı karşıya) olanlar açısından bir süre konulmaksızın öneride bulunuluyor ise görüşmeler veya müzakereler devam ettiği sürece öneren önerisiyle bağlıdır. Görüşmeler kesilmiş ise artık öneren önerisiyle bağlı olmaz. Telefon veya bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayan araçlarla yapılan görüşmeler hazır olanlar arasındaki görüşmeler gibi değerlendirilir.

Hazır olmayanlar (örneğin; mektup yazmak, telgraf çekerek, adam göndererek) arasında süresiz öneri söz konusu olduğunda öneriyle bağlı kalınacak sürenin sınırsız olması beklenemez. Bu durumda öneriyle bağlı kalınacak sürenin ne olduğunun belirlenmesinde “uygun süre” prensibi benimsenmiştir. Buna göre, örneğin Bursalı tacir Ankaralı bir tacirden tiftik yünü almak istiyorsa ve mektup aracılığıyla süresiz icapta bulunmuşsa, mektubun muhataba, muhatabın cevabının öneriyi yapana ulaşacağı gerekli ve muhtemel süreler toplamı kadar süre öneren önerisiyle bağlı kalacaktır.

Bazı hallerde öneren önerisinden dönebilir. Bunun şartı en az öneri ulaşmadan önce önerinin geri alındığının kabulünün öğrenmesi halidir. Yani muhatap en geç öneriyi öğrendiği an itibarıyla öneriden dönme beyanını da öğrenmişse öneren önerisiyle bağlı olmayacaktır. Öneren ölür ya da fiil ehliyetini kaybederse edimin şahsi olması halinde öneri mirasçıları bağlamaz. Ancak edimin konusu aynı ise mirasçıları bağlar.

4.2. KABUL

Bir sözleşmenin kurulması için gerekli irade açıklamasından zaman itibariyle öneriden sonra geleni olup, öneriyi yapana karşı öneriye uygun yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır. Öneride değişiklik meydana getiren kabuller önerinin reddi veya yeni bir öneri olarak değerlendirilir.

Kabul ile sözleşme kurulmuş (meydana gelmiş, in'ikad etmiş) olur. Sözleşmenin kurulduğu anın tespiti kabulün açıklandığı şartlara göre farklılıklar arz eder. Kabul, hazırlar arasında ise sözleşme, kabulün açıklandığı an meydana gelmiş olur. Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi kabul haberinin önerene “ulaşma”sına bağlanmıştır. Ulaşma haberinin öneride bulunan kişinin hakimiyet sahasına girmesini ifade eder. Örneğin, kabulcü tarafından gönderilen mektubun önerenin evine, işyerine posta kutusuna, yazıhanesine varması sözleşmenin meydana gelmesi için yeterlidir.

Hazır olmayanlar arasında sözleşme, kabul iradesinin önerene ulaşmasıyla kurulmasına rağmen, hükümlerini kabulün gönderilmesi anından itibaren doğurmaya başlar.

Kabul beyanında bulunan kabulcü kabulüyle bağlıdır. Kural olarak beyanını geri alamaz. Ancak belirli şartlar altında kabulcünün kabul beyanından dönebileceği düzenlenmiştir. Bu haller dönme beyanının kabulden önce icapçıya ulaşması veya en geç kabul beyanı ile aynı anda ulaşması halinde geçerlidir.

5. SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Sözleşmeler hukukunda kişiler geniş bir irade özgürlüğüne sahiptirler. Kişilere sözleşme yapıp yapmamak, karşı tarafı istediği gibi seçmek, istedikleri konuda ve istedikleri şekli seçmek yapılan sözleşmeyi kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak, değiştirmek veya ilaveler yapmak konusunda tam bir serbesti tanınmıştır. Bu hususa kavram olarak **sözleşme serbestisi** adı verilmektedir.

Sözleşmelerin yapılmasında kural serbesti olmakla birlikte Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Sözleşme Yapma Vaadi ve Rekabeti Önleyici Anlaşmalarla ilgili sınırlamalar yok değildir.

6. SÖZLEŞMELERDE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Sözleşmeler kuruluncaya kadar, sözleşmenin her hükmü tartışma ve pazarlık konusu yapılır. Bu türlü sözleşmeler “bireysel sözleşme modeli”ni oluşturur. Ancak, bireysel sözleşme modeli yanında önceden basılmış, gelecekte kurulacak çok sayıdaki aynı şekil ve tipteki sözleşmenin koşullarını ifade etmek için “genel işlem koşulları” modeli ortaya çıkmıştır. Genel işlem koşulları, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, düzenleyenin masa başına oturularak tek başına ve önceden yazdığı, her türlü olasılığı kendi lehine dikkate alarak hazırladığı ve karşı tarafın onayına sunulan sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşullarını içeren sözleşmeler bankalar, sigorta şirketleri, taşıma işletmeleri, seyahat firmaları, dayanıklı tüketim malı pazarlayan şirketler vb. tarafından yaygınca kullanılmaktadır.

Genel işlem koşulunu içeren sözleşmeler “**tip sözleşme**”, “standart sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme”, ya da “formüler sözleşme” terimleriyle de ifade edilmektedir.

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi ve bağlayıcılığı bazı şartlara bağlanmıştır (BK.m.21,24,25). Aksi halde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır, bağlayıcılıkları bulunmaz. Genel işlem koşulu olarak dikkate alınabilmesi aşağıdaki durumlarda geçerlidir.

i- Genel işlem koşullarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlanmış olmasına ve

ii-Karşı tarafın söz konusu koşulları açıkça kabul etmesine bağlıdır.

7. SÖZLEŞMELERİN YORUMU

Bireysel Sözleşmelerin Yorumlanması: Sözleşmede kullanılan sözcük, deyim ve açıklamaların duraksamaya düşürmeyecek, farklı anlamları ortaya çıkartmayacak şekilde olması arzu edilir Yorumda esas olan, sözleşmelerde yazılı olan deyim ve sözcüklerin gerçek ve ortak iradeye ilişkin anlamlarını ortaya çıkarmaktır. Bu ortaya konurken dikkat edilecek ölçü konu ile ilgili hayatın olağan akışı içinde deneyim sahibi ortalama bir kişinin ne anladığı olmaktadır.

Tip Sözleşmelerin Yorumlanması: Tip sözleşmenin yorumlanmasında yukarıdaki yoruma ilişkin açıklamalar geçerli olmakla birlikte, genel işlem koşullarının yorumlanması açısından özel bir belirleme yapılmıştır. Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya

birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır (BK.m.23).

8. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Sözleşme özgürlüğü sınırsızlık demek değildir. Üst başlıklarda belirtilen hususlara ilaveten kanunda bazı yasaklamalar getirilmiştir. Bunlar sözleşmelerin geçerlilik şartları altında ele alınacaktır.

8.1. TARAFLARIN FİİL EHLİYETİNE SAHİP OLMASI

Sözleşmenin geçerli olması yani hüküm ifade edebilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları gerekir. Bu nedenle kişinin fiil ehliyetine sahip olmasına aynı zamanda sözleşme yapma ehliyeti denir. Bir gerçek kişi fiil ehliyetine göre dört grupta ele alınır.

Tam Ehliyetliler: Hukuki işlem yapma ehliyetinin temel şartı makul suretle davranabilmeyi ifade eden ayırt etme (temyiz) gücünün var olmasıdır. Ayırt etme (temyiz) gücüne sahip olan bir kişi ergin (reşit) ise ve kısıtlı da (mahcur) değilse tam ehliyetli sayılır. Tam ehliyetli bir kişi her türlü hakkı iktisap eder ve borç altına girer ve her sözleşmeyi kendi davranışları ile tek başına yapabilir.

Sınırlı Ehliyetliler: Ayırt etme gücüne sahip ergin kişilerden bazıları için kısıtlanmalarını gerektirecek kadar yeterli sebep bulunmamakla beraber korunmaları bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülür. Bunlarda ehliyetlilik kural olup, ehliyetsizlik istisnai haller için öngörülmüştür. Sınırlı ehliyetliler sınırlama getirilen haller dışında tam ehliyetliler gibidir. Sınırlı ehliyetlilerin tam ehliyetlilerden farkları kendilerine *yasal danışman* atanmasıdır. Sınırlı ehliyetliler yasada belirtilen işlemler (MK.m.429 da sayılan dava açma ve sulh olma, taşınmaların veya kıymetli evrakın alım-satımı ile rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, başışlama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil olma) dışında kalan işlemleri tam ehliyetliler gibi tek başına yapar. Bu nedenle pek çok sözleşmeyi tek başına yapabilirler.

Sınırlı ehliyetsizler: Bu grupta olanlar, ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin durumda bulunmayan veya hakkında kısıtlılık kararı bulunan kişilerdir. Bunlarda ehliyetsizlik kural olup, ehliyetlilik istisnai haller için öngörülmüştür. Bu nedenle kural olarak kendi fiilleriyle tek başlarına sözleşme yapamazlar. Yaptıkları sözleşmelerin hüküm ifade etmesi kanuni

temsilcilerinin (veli veya vasinin) bu sözleşmeye önceden “izin” vermesi ya da yapılan sözleşmeye sonradan “onay (icazet)” vermeleri halinde söz konusudur.

Ancak, bazı işlemleri kanuni temsilcilerin izin veya onayına gerek olmaksızın tek başlarına yapabilirler. O da kendilerini borç altına sokmayan karşılıksız kazandırmayı içeren (örneğin, bağışlama sözleşmesinde bağışlanan olmak) sözleşmeler ile kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemlerdir. Bu kısımdaki işlemler itibarıyla sınırlı ehliyetsizler tam ehliyetliler gibidir.

Sınırlı ehliyetsizler vakıf kurma, bağış yapma, kefil olma işlemlerini tek başına yapamadıkları gibi veya kanuni temsilcilerinin onayıyla dahi yapamazlar. Bu işlemleri sınırlı ehliyetsiz adına kanuni temsilcisi de yapamaz.

Tam ehliyetsizler: Ehliyet açısından bu grup ayırt etme gücüne sahip bulunmayanlardan oluşur. Bunlar sağlıklı irade üretemezler. Sağlıklı bir irade ortaya koymadıklarından iradeleri öneri veya kabul olarak değerlendirilmez. Dolayısıyla da hukuki işlem ehliyetinden mahrumdurlar. Bu nedenle hiç bir sözleşmeyi hiç bir şart altında yapamazlar. Çünkü tam ehliyetsizler geçerli bir iradeye sahip olmadıklarından bunların hukuken geçerli öneri ve kabul iradelerinin varlığından söz edilemez. Tam ehliyetsiz adına ve hesabına tüm işlemleri kanuni temsilcisi yapar. Tam ehliyetsiz kanuni temsilcisinin izin vermesiyle işlem yapamayacağı gibi yaptığı işleme kanuni temsilcinin icazet vermesi de o işlemi geçerli hale getirmez.

8.2. SÖZLEŞMENİN KONUSUNUN EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA, KAMU DÜZENİNE, GENEL AHLAKA VE KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRI OLMAMASI

Tarafların aksini kararlaştıramayacakları, karşılaştırsalar bile geçerli olmayan kurallara “emredici hukuk kuralları” denmektedir. Serbest irade bu emredici kurallarla sınırlandırılmıştır. Kuralların dışına çıkılarak yapılan sözleşmeler batıldır. Örneğin ticareti kanunlarca yasaklanmış esrar, eroin vb. malların alım-satımını konu alan bir sözleşme yapılırsa bu emredici kurallara aykırılık teşkil eder. kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık gösteren konularda yapılan sözleşmeler de geçersiz olur.

Sözleşmelerin tamamının değil, bu şartlarının emredici kurallara aykırı olması halinde sadece o şart geçersiz olur. Örneğin, bir konut kirasının güvence bedelinin (depozito) üç aylık kira bedelini veya kullanım faizinde akdi faiz oranının kanuni faiz oranının yüzde ellisini aşamaması kuralı karşısında bunları aşan kısım itibarıyla geçersiz sayılır.

8.3. SÖZLEŞMENİN KONUSUNUN İMKANSIZ OLMAMASI

Sözleşme yapıldığı sırada, sözleşmenin konusunu oluşturan edim objektif olarak imkansız ise sözleşme geçerli olmaz. Objektif imkansızlıktan kasıt, imkansızlığın ifa borçlusu açısından değil, herkes için imkansız olmasıdır. Örneğin sözleşmede edimin konusunun güneşe seyahat olarak belirlenmesi böyledir.

İmkansızlık maddi (fili) ve hukuki olmak üzere iki açıdan ele alınabilir. Örneğin, bir kimse geçen yıl X koşusunu kazanan yarış atını satmak istemektedir. Sözleşmenin kurulmasından önce satıcının yarış atı ölmüştür. İmar mevzuatına göre tarım arazisi üzerinde inşaat yapılması yasaklanmasına rağmen inşaat yapılmasını esas alan sözleşmede “hukuki imkansızlık” vardır.

8.4. ŞEKLE UYULMASI

Sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının ortaya konulmasında kural olarak şekle uyma zorunluluğu getirilmemiştir. Kişiler iradelerini **şekil serbestisi** içinde istedikleri gibi ortaya koyabilirler. Ancak, bazı durumlarda tarafların iradelerini açıklamaları belli bir şekle bağlanmıştır. Bu hal, “şekle bağlılık” ilkesi olarak ifade edilmektedir.

Sözleşmenin şekle bağlı olması tarafların iradelerini oluştururken iyice düşünüp taşınmalarını ve dikkatli olmalarını sağlaması, sözleşmenin yapılıp yapılmadığını, yapılan sözleşmede hangi konular üzerinde ne şekilde anlaşma sağlandığını, bütün bunlarla ilgili ispat kolaylığı ve hukuki güvenlik sağlaması vb. nedenlerle faydalı görülür. Şeklin farklı kriterlere göre çeşitleri vardır. Bunlar aşağıda belirtilmiştir.

8.4.1. Kanuni Şekil-İradi Şekil

Bizzat kanun tarafından sözleşmenin bir şekle tabi olacağı ve iradelerin bu biçimde açıklanacağı belirtilmişse buna “*kanuni şekil*” denir. Artık, sözleşmenin geçerliliği kanunun tayin ettiği şekle uymakla mümkün olur. Örneğin taşınmaz satışları tapu dairesince düzenlenen sözleşme ile gerçekleştirilmesi zorunludur. Tapu dışı yapılan satışlar geçerli sayılmaz ve alıcıya taşınmaz mülkiyetini geçirmez.

Zorunluluk bulunmadığı halde taraflar sözleşmelerini şekle tabi yapmayı kararlaştırabilirler. Bu durumda “*iradi şekil*” den söz edilir. Örne-

ğin hiçbir şekle bağlı olmadan yapılabilecek bir kira sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını kararlaştırabilir.

8.4.2. Geçerlilik Şekli-İspat Şekli

Yapılmak istenen sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için belirli bir şekle uyulması mecburiyeti varsa buna “*geçerlilik (sıhhat) şekli*” denir. Sözleşme belirtilen şekle uygun yapılmadıkça geçerli kabul edilmez. Örneğin kefalet sözleşmesi, taşınmaz satımı yazılı olmadıkça geçerli olmayacaktır.

Hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin bunu ispat etmesi esastır. Burada sözleşmenin değil, içindeki hususun ispatı için şekil gereklidir. Şekle tabi olmayan bir sözleşme şekle uyulmadan yapıldığında sözleşme geçerli olur, ancak sözleşmenin içinde yer alan hak ispat edilmiş sayılmaz. *İspat şekli* kanundan veya taraf iradesinden doğabilir.

8.4.3. Yazılı Şekil-Resmi Yazılı Şekil

Yazılı şekil tarafların iradelerini yazı ile ortaya koydukları şekildir. Bazı sözleşmelerin yazılı olmasını kanun emretmekte, bazılarını taraflar kendileri kararlaştırmaktadırlar. Kanunen yazılı yapılma mecburiyeti bulunan sözleşmelerdeki değişikliklerin de yazılı olması gerekir.

8.4.3.1. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil, tarafların borç altına girdikleri hususlarının **metin** veya yazıya dökülmesi ve altına **imza** atılmasından ibarettir.

Yazılı şeklin ilk unsuru metindir. Metin taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından yazılabilir. Metinde kullanılan dilin de önemi yoktur. Türkçe olabileceği gibi bir başka dilde de olabilir. Metinde tarih bulunması sözleşmenin ne zaman yapıldığını tespit açısından son derece önemlidir. Sözleşmede tarihin bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir husus değildir. Ancak, süre ile ilgili iddialar ileri sürüldüğünde ispata ihtiyaç gösterir.

Yazılı şeklin ikinci unsuru imzadır. Sözleşmelerde imza atacak kişi borç altına giren kişi veya kişilerdir. İmzaların her ikisinin aynı anda atılması şart değildir. İmza el yazısı ile ad ve soyadın yazılmasından ibaret olup (sıcak imza) imza sahibini belirlemede en önemli işarettir. Uygulamada karışık, okunamaz bir takım karalamalar şeklinde imza atılmaktadır. Buna rağmen bunların hukuki sonuç doğurması için ilgili kişinin elinin mahsulü olması

yeterlidir. İmzanın elle atılması kuralına bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin çok sayıda tedavüle çıkarılan kıymetli evraka imza matbu (soğuk imza) şekilde konulmaktadır. İmza atmayanlar için imza yerine geçen işaretler açısından özel düzenlemeler getirilmiştir. Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.

İmzanın esas itibarıyla metnin sonuna atılması gerekir. Boş kağıda atılan imzanın (açığa imza, beyaza imza) sonradan üzerinin doldurulması mümkündür. Bu durumda metin kısmı imza atanın iradesine uygunsay sorun yoktur, değilse de sözleşme geçerlidir. Boş kağıdın sözleşmeye aykırı doldurduğu noktada tanık dinlenmez. Metnin üzerinde yapılan değişiklikler ilaveler veya çıkarmalar ayrıca imzaya ihtiyaç gösterir. Metin birden fazla sayfadan meydana geliyorsa son sayfaya imza atılması yeterli ise de her sayfanın imzalanması uyumsuzlukları önleme açısından yararlı olacaktır. Sözleşmelere atılacak imzanın, 5070 sayılı **elektronik imza** kanunu çerçevesinde güvenli elektronik imza şeklinde atılması mümkündür. Usulüne uygun kullanılan elektronik imza elle atılan imza gibi sonuç doğurur.

Taraflar adi yazılı şekilde düzenlenen sözleşmeleri notere vb. resmi makama tasdik ettirmelerine gerek yoktur. Tasdik ettirmeseler dahi sözleşmeler hukuki değerlerinden bir şey kaybetmezler. Ancak geçerlilik koşulu olmamakla birlikte sözleşmelerin notere tasdik ettirilmesi o sözleşmeyi resmi şekle tabi sözleşme haline getirmez.

8.4.3.2. Resmi Şekil

Sözleşmenin kurulması görevli bir memur huzurunda yapılması şartına bağlı kılınmışsa o sözleşme resmi şekle bağlı sözleşme olarak nitelendirilir. Bu biçimde yapılmadıkça hüküm ifade etmez. Hukukumuzda resmi şekle tabi işlemlere örnek olarak, *taşınmaz* satımı (BK md. 213), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (BK md. 512) verilebilir.

Bir sözleşme resmi şekle tabi tutulmuşsa hangi makam tarafından yapılacağı açıklanır. Eğer, bir sözleşme resmi şekle tabi tutulmuş fakat bu resmiğin hangi makam tarafından yerine getirileceği belirtilmemişse bunu yapacak genel resmi makam noterlerdir.

8.5. İRADE BEYANLARININ SİHHATLİ OLMASI

Sözleşmelerin tarafların irade beyanlarının karşılıklı ve birbirlerine uygunluğu üzerine kurulduğunu açıklamıştık. Peki açıklanan iradeler gerçek iradeyi yansıtmıyorsa, sakatlanmışsa nasıl bir tutum takınılacaktır?

İstenerek meydana getirilen uygunsuzluklar zihni kayıt, latife beyanı ve muvazaadan, istenmeyerek meydana getirilen uygunsuzluklar hata, hile, ikrah ve gabinden oluşur.

8.5.1. Latife Beyanı ve Zihni Kayıt

Latife beyanı, karşı tarafın ciddiye almayacağı düşüncesiyle şaka olsun diye öneri veya kabul beyanında bulunması halidir. Beyan sahibi beyanı ile bağlanmak gibi bir düşünceye sahip değildir. Derste bir öğretim üyesinin, işlenen konunun gereği olarak sınıftaki bazı öğrencileri hedef alarak örnekler vererek irade beyanında bulunması hali böyledir.

Zihni kayıt, bir kimsenin istemediği bir beyanı bilerek yapması ve gerçek iradesini zihninde saklı tutmasıdır. Gerçekte başka bir şey söylemek istiyor, ancak başka bir şey söylemesi böyledir. İstanbul'a gitmek için otobüs bileti almak durumunda olan kişinin İstanbul dediğini zannederek Ankara demesi böyledir. Zihninde İstanbul demekle birlikte söz olarak ağzından Ankara çıkmaktadır.

8.5.2. Muvazaa

Muvazaa (danışıklılık) iradelerde iki taraflı yaratılan uyumsuzluk halidir (BK md. 19/I). *Muvazaa tarafları, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görüntüde beyan ettikleri iradeleri ile gerçek amaçları arasındaki uyumsuzluğa denir.* Her iki taraf iradeleri ile irade beyanları arasındaki uyumsuzluğu bilmekte ve bu hususu isteyerek yaratmaktadırlar.

Muvazaanın biri mutlak diğeri nispi muvazaa olmak üzere başlıca iki türü vardır.

8.5.2.1. Mutlak Muvazaa

Mutlak muvazaaya basit ve adi muvazaa adı da verilmektedir. Mutlak muvazaada taraflar aralarında gerçekte hiçbir sözleşme yapmadıkları ve bu hususta anlaştıkları halde dışarıya karşı bir sözleşme varmış gibi gösterilerek ve sözleşmenin bağlayıcı olmayacağı konusunda tarafların anlaşması

halidir. Borcu olan bir kişinin mallarına yapılacak icra takibini ve haczi engellemek için mallarını başkasına (arkadaşına, akrabasına vb.) satmış gibi göstermesi böyledir. Mutlak muvazaa halinde satış sözleşmesi geçerli kabul edilmez.

8.5.2.2. Nispi Muvazaa

Nispi muvazaada gerçekte bir sözleşme yapılır fakat, bu saklanarak dışarıya karşı yapılan gerçek sözleşmeden farklı bir sözleşme yapılmış görüntüsü verilir. Nispi muvazaa sözleşmenin kendisinde, taraflarında veya ivazında yapılabilir, sözleşmenin kendisi kullanılarak yapılan muvazaa gerçek ve görünürde olmak üzere iki sözleşme bulunur. Gerçekte var olan bir sözleşme başka bir sözleşme olarak gösterilmektedir. Gerçek sözleşme gizlenen, görünürde sözleşme dışı karşı yapıldığı açıklanan sözleşmedir. Muvazaanın bu haline “sözleşmenin kendinde muvazaa” adı verilir. Örneğin, çocuklarından (Ç) ye mal bağışlamak isteyen kişi diğer çocuklarının tepkisinden veya ölümünden sonra açılacak saklı pay davasından çekindiği için bağışlamayı satış gibi gösterebilir. Gerçekte var olan bağışlama sözleşmesi görünürde sözleşme olan satış sözleşmesinin arkasına gizlenmiş olmaktadır. Gerçek iradeleri içeren sözleşmeye itibar edilecektir.

Bazen sözleşmenin kendisinde değil, tarafında veya ivazında muvazaa oluşturulabilir. Sözleşmenin tarafında muvazaa var olan bir sözleşmenin gerçek tarafı yerine görünürde taraf oluşturularak yapılır. Örneğin, borcu olan bir kişi haciz geleceği tehdidinden korktuğu için başkası üzerine mal satın alması “tarafı muvazaa” halini gösterir. Görünürdeki kişinin yaptığı sözleşme tarafı muvazaa nedeniyle geçersizdir. sözleşmenin ivazında da muvazaa sözleşmenin taraflarının ivazı gerçekte olduğundan çok düşük veya yüksek göstermesi şeklinde olur. Hissedarların önalım (şufa) hakkını kullanmalarını engellemeye yönelik olarak satış bedelinin olduğundan çok yüksek gösterilmesi veya taşınmazın satımında fazla tapu harcı ödememek için satış bedelinin olduğundan çok az bildirilmesi halleri ivazda muvazaaya verilebilecek örneklerdir.

8.5.3. Yanılma (Hata)

6.5.3.1. Yanılmanın Niteliği

Yanılma, irade ile beyan arasında bilmeden ve istemeden yaratılan uygunsuzluk hali olup taraflardan birinin iradesinin gerçek duruma uygun

olmamasıdır. İradenin gerçek duruma uygun olmaması, gerçekte olmayan fakat yanılgıya düşen tarafından gerçek olarak bilinen durum var zannedilmesine uygun ortaya konan iradedir. Yanılmalar genellikle dikkatsizlik ve dalgınlık eseri olarak ortaya çıkarlar.

Düşülen yanılgılar nedeniyle kişi hiç de arzu etmediği bir sözleşmeyi yapmak durumunda kalmaktadır. Mevcut şartlarda hukukun getirdiği çözüm nedir?

Yanılma “esaslı bir yanılma” ise sözleşme nispi butlanla hükümsüz kabul edilir. Yanılma esaslı değilse sözleşme geçerlidir. Yanılmanın esaslı olması, hataya düşenin hataya düştüğü konuda gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi kesinlikle yapmama sonucunu doğuracak ağırlıkta bulunmasını ifade eder.

8.5.3.2. Yanılmanın Sonucu

Yanılmada durumunda sözleşme geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak burada geçerlilik askıda geçerliliktir. Bu durumda yanılgıya düşen tarafa sözleşmenin feshini talep etme hakkı verilmiştir. Talebin belirli bir süre içinde karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. Bu süre, hak düşürücü süre olup, hataya düşüldüğünün öğrenildiği tarihten itibaren *bir* yıldır (BK md. 39). Yanılgıya düşmesine rağmen bir yıllık sürede ses çıkartmayan kişi hatalı sözleşmeye icazet vermiş demektir.

8.5.4. Aldatma (Hile)

8.5.4.1. Aldatmanın Niteliği

Aldatma, bir kimseye yalan yanlış şeyler ifade edilerek iradesinin belirli bir yöne yöneltilmesi şeklinde ortaya çıkan aldatılma halidir. Örneğin kişiye saf yün kumaş diye yün pamuk karışımı kumaşın satılması, karşı tarafın da buna itibar ederek kumaşı satın almasıdır. Zihinde yanlış fikrin doğumuna sebebiyet verilmesine neden olan davranışın karşı taraftan veya üçüncü kişiden (üçüncü kişinin aldatması) gelmesinin önemi yoktur.

Kilometresi beş bini aşmayan bir otomobil almak isteyen kişiye, kilometresi elli bin olan bir aracın kilometresinin beş bine düşürülerek satılmasında aldatma vardır.

Aldatmada, hataya düşen kendi fiili ile yanlış beyanda bulunurken, yanılmada diğer tarafın fiili ile yanlış beyanda bulunmaktadır.

8.5.4.2. Aldatmanın Sonuçları

Aldatmaya maruz kalan taraf aldatıldığını öğrendiğinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal ettirebilir. Aldatmaya maruz kalan sözleşmenin iptalinden başka varsa uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

Bir yıllık süre içinde sözleşmeyle bağlı olmak istemediğini karşı tarafa iletip sözleşmeyi hükümsüz hale getirmek için harekete geçmezse sözleşme geçerli hale gelir. Yani aldatılan isterse sözleşmeyi iptal ettirmez. Fakat, aldatılan sözleşmeyi iptal ettirmese, yani sözleşmeye onay verse dahi bile hileyi yapandan uğradığı zararın tazminini talep edebilir (BK md. 39/II).

8.5.5. Korkutma (İkrah, Tehdit)

Korkutma, bir kişinin kendisine veya yakınlarından birine zarar verileceği hissinin yaratılarak sözleşme yapma iradesini açıklamak zorunda bırakılmasıdır. Kısaca, korkutma bir kişiye zorla sözleşme yaptırılması halidir. Korkutma halinde irade ile beyan birbirine uygundur. Sadece yaratılan korku yüzünden kişinin iradesi sakatlanmıştır.

8.5.5.1. Korkutmanın Şartları

Korkutma hukuka aykırı olmalıdır. Bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılması söz konusuysa bu korkutma olarak kabul edilmez. Örneğin borcunu ödemeyen kişiye karşı alacaklının borçluyu icraya vermekte korkutması.

- Korkutma, ciddi ve korkunun yaratıldığı konunun gerçekleştirilebilecek ölçüde olmalıdır. Şakaya yönelik beyanlar veya bir şahsın kendiliğinden duyduğu his korkutma sayılmaz.
- Yapılan davranış korkutulanın kendisinin ya da yakınlarının şahsiyet haklarına (vücut tamlığı = seni, eşini veya çocuklarını öldürürüm vb, namus) veya mallarına (evin veya işyerinin yakılması veya çok sevilen köpeğin öldürülmesi vb.) yönelik bulunmalıdır.
- Korkutma sonucu yaratılan tehlikenin ağır ve derhal (yakın) meydana gelecek nitelikte olmalıdır. “Bu sözleşmeyi imzalamazsan seni iki yıl içinde öldüreceğim” sözünde tehlike ağırdır, ancak derhal meydana gelebilecek değildir.

- Korkutmaya sözleşmenin yapılması arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Korkutma olmasaydı. Sözleşme yapılmayacak veya en azından yapıldığı koşullarda yapılmayacak idiye illiyet bağı var kabul edilir.
- Sözleşmenin yapılması nedeniyle karşı tarafın normalin çok üzerinde (fahiş, aşırı) menfaat elde etmesi

8.5.5.2. Korkutmanın Sonuçları

Korkutmaya maruz kalan taraf isterse, korkunun üzerinden kalkmasından itibaren başlamak üzere *bir* yıl içinde sözleşmeyi hükümsüz kılmak üzere beyanda bulunabilir, bulunmazsa sözleşmeye onay vermiş demektir ve sözleşme muteber hale gelir. Sözleşmeyi hükümsüz kılmak için öngörülen bir yıllık süre hak düşürücü süredir.

Sözleşmeye onay verilmiş olsun veya olmasın ikraha maruz kalan taraf, ayrıca bu yüzden uğradığı zararın tazminini, korkutmayı karşı taraf yapmışsa bundan, üçüncü şahıs yapmışsa ondan talep edebilir..

8.5.5. Aşırı Yararlanma (Gabin)

Sözleşmede tarafların edimleri arasında meydana gelen açık orantısızlık halidir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların edimlerinin denk olması aranmamakla birlikte, edimlerin genel olarak üç aşağı beş yukarı birbirine yakın olması beklenen bir durumdur. Ancak sözleşmelerde çeşitli sebeplerle edimler arası açık orantısızlıklar bulunabilir. Kanun orantısızlığın sebebine bakarak bunlara bazı sonuçlar bağlama yoluna gitmiştir. Aşırı yararlanma halinden bahsedebilmek için edimler arası orantısızlığın bir kimse-
nin **zor durumundan** (müzayaka (darda kalma, güç durumda bulunma), **düşüncesizliğinden**, ya da **deneyimsizliğinden** kaynaklanan sebeplere dayanması gerekir.

Dikkat edildiğinde aşırı yararlanma halinde biri edimler arasındaki açık orantısızlığı ifade eden “objektif unsur” diğeri, kişinin kanunen kabul edilmiş sebeplerle zaafından istifade edilmesini ifade eden “sübjektif unsur” bulunur. Örneğin acilen ameliyat olması gereken kişiden operatörün bariz derecede yüksek ücret istemesinde ücretin çok yüksek olması objektif unsurun, ameliyat olacak kişinin darda kalmış olması ise sübjektif unsurun gerçekleştiğini gösterir.

Aşırı yararlanmaya maruz kalan taraf zor durumunda kalmaya dayanması halinde bu durumun ortadan kalktığından, düşüncesizlik veya deneyimsizliğe dayanması halinde böyle bir durumun varlığını öğrendiğinden itibaren *bir* yıl, her halükarda beş yıl içinde, sözleşmeyi iptal ettirebilir, iptal ettirmezse sözleşme mevcut şartlarda muteber hale gelir.

9. SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK ŞARTLARINA UYMAMANIN YAPTIRIMLARI

Sözleşmelerin geçerli bir biçimde kurulabilmesi, o sözleşmeler için öngörülen sözleşmelerin geçerlilik şartlarına uygun yapılmasına bağlıdır. Aksi taktirde sözleşme hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımıyla karşı karşıya kalınır. Hükümsüzlük halleri ihlal edilen geçerlilik şartlarının çeşidine ve önemine göre yokluk, mutlak butlan ve nispi butlan olarak karşımıza çıkar.

9.1. YOKLUK

Hukuki işlemin kurucu unsurlarından en az biri eksikse işlem hiç doğmamış sayılır. Böyle bir sözleşme hukuk alanında hiç ortaya çıkmamış addedilir. Dolayısıyla sözleşme yapmaya yönelik iradeler o kadar ağır sakatlık ve ihlali içinde barındırır ki, hukuken herhangi bir sonuç meydana getirmez. Bir sözleşmenin öneri ve kabulü eksikse yokluk hali söz konusu olur.

Doğmayan bir hukuki işlemin ortadan kaldırılması da mümkün değildir. Bunun için yapılacak şey ortadan kaldırılması değil, yokluk halinin tespitidir. Açılacak dava da işlemin yok hükmünde olduğunu belirlemeye yönelik tespit davası olacaktır.

9.2. MUTLAK BUTLAN

Mutlak butlan halinde (kesin geçersizlik veya kesin hükümsüzlük) işlemin kurucu unsurları tamdır ve işlem doğmuştur. Ancak işlem yapılırken öyle bir geçerlilik şartı çiğnenmiştir ki, bu sakatlık işlemi doğarken öldürmüştür. Dolayısıyla ölü doğan işlem baştan itibaren hükümsüzdür ve sonuç doğurmaz. Yaşama şansı yoktur. Sonradan geçerli kınamaz.

Mutlak butlan hali her zaman herkes tarafından ileri sürülebilir. Hakim mutlak butlan durumunu varlığını tespit ettiğinde re'sen (görevi gereği, kendiliğinden) dikkate alacaktır Mutlak butlanla batıl olan sözleşmenin ifa edilmesi de sözleşmeyi geçerli hale getirmez.

Sözleşmeyi mutlak butlanla batıl hale getiren sebepler genellikle kamu yararı düşüncesiyle konulmuşlardır. Sözleşmeler açısından mutlak butlan sebepleri şunlardır:

- Kanunun emredici hükümlerine aykırılık
- Konunun ahlaka aykırı olması
- Konunun kişilik haklarına aykırı bulunması
- Kamu düzenine aykırılık
- Edimin imkansızlığı
- Tarafın fiil ehliyetinin bulunmaması
- Zihni kayıt
- Latife beyanı
- Şekil noksanı
- Muvazaanın varlığı

Mutlak butlanla batıl olmasına karşın bir sözleşmenin hükümleri yerine getirilmişse elde edilenlerin sebepsiz zenginleşme yoluyla iadesi gerekir.

Yoklukla, mutlak butlanın sonuçları itibariyle birbirine benzetmekle birlikte farklı durumları ifade ederler. Yoklukta sakat işlem hukuk alanında hiç doğmamakla birlikte mutlak butlanda sakat bir işlem hukuk alanında doğmuştur, ancak geçersizdir. Tabiri caizse, yoklukta bebek doğumundan söz edilemezken, mutlak butlanda ölü doğum vardır.

9.3. NİSBI BUTLAN

Nisbi butlan (iptal edilebilirlik, iptal kabiliyeti, fesih) halinde de hukuki işlemde sakatlık vardır. Ancak, ihlal edilen geçerlilik şartı, sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz hale getirmez. Bu nedenle sözleşmeler kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Sözleşmenin bünyesinde bulunan sakatlık ilgili tarafın isteğine bağlı olarak ya giderilir ya da giderilmez. Sözleşmedeki sakatlığın ileri sürülmesi hakkına **iptal hakkı** adı verilir. Sakatlıktan etkilenen taraf kanunda öngörülen sürede iptal hakkını kullanmaz veya iptal hakkından feragat (sözleşmeye icazet verirse) ederse sözleşmedeki baştan beri gelen sakatlık giderilmiş olur ve sözleşme baştan beri geçerli hale gelir ve hüküm ve sonuç doğurmaya devam eder.

Iptal hakkı sakatlığa uğrayan tarafın karşı tarafa yönelik tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Sakatlığın ileri sürülüp sürülmemesi herkesin de-

ğil sadece ilgilisinin isteğine bağlı bulunduğundan bu tür butlana “nisbi butlan” adı verilmektedir. Nisbi butlanı hakim re’sen dikkate alamaz.

Sözleşmelerde bulunan ve nisbi butlanın ileri sürülmesine neden olan sebepler aşağıda belirtilmiştir.

- Yanılma (Hata)
- Aldatma (Hile)
- Korkutma (İkrah)
- Aşırı Yararlanma (Gabin)
- Ehliyet noksanı (ayırt gücüne sahip olanların izin veya onay gerektiren halleri).

10. SÖZLEŞMELERDE TEMSİL

10.1. TEMSİL KAVRAMI

Ekonomik hayatın büyük bir gelişme ve çeşitlilik gösterdiği ve uzmanlaşmanın yaygınlaştığı günümüzde çeşitli nedenlerle bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına işlem yapması sıklıkla karşılaşılan olaylardır. Örneğin hastalık, seyahatte bulunma vb. sebepler ilgili tarafın sözleşmeyi bizzat yapmasına imkan vermeyebilir. Bazı hallerde işlemin bizzat ilgili kişi tarafından yapılması hukuken imkansız olur. Hukuken imkansızlık içinde bulunan bir kişi istese dahi işlemleri kendisi yapamaz. Örneğin, fiil ehliyeti bulunmayan bir akıl hastası hiçbir işlem yapamaz.

Temsil ilişkisi, üçlü bir hukuki ilişkidir. Bu ilişkide temsil olunan, temsilci ve temsilcin sözleşme yaptığı üçüncü kişi bulunur.

Temsil yetkisi, temsil olunanın tek taraflı bir irade açıklaması ile verilir. Temsilcinin verilen yetkiyi yerine getirme yönünde taahhüdü yoktur. Kısaca, temsil olunanın temsilciyi üçüncü kişiyle işlem yapma konusunda yetkiyle donatılır

Sınırlı ehliyetsiz bir kişi kendi adına ve hesabına yapamayacağı hukuki işlemleri bir başkasının temsilcisi olarak yapabilir. Çünkü temsilci olabilmek için tam ehliyetli olmak şart olmayıp, temyiz gücüne sahip olmak yeterli görülmüştür.

10.2. TEMSİL ÇEŞİTLERİ

10.2.1. İradi Temsil-Kanuni Temsil

İradi Temsil: Temsil yetkisi temsil edilenin iradesinden doğmaktadır. Temsilci olarak kişiye yönetilen irade beyanı temsil yetkisinin hukuki dayanağını oluşturur. Temsil yetkisi veren kişinin ehliyetli olması gerekir. Kendisi için işlem yapamayacak durumda bulunan bir kişinin temsilcisi aracılığıyla işlem yapması düşünülemez.

Kanuni Temsil: Temsilcinin temsil yetkisini kanundan alması halidir. Örneğin, bir babanın velayet hakkı çerçevesinde çocuğunu temsil etmesi böyledir. temsilciye kanuni temsilci adı verilir. Örneğin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya kısıtlılık nedeniyle kişiler hukuki işlem yapamazlar. Bu kişiler adına ve hesabına hukuki işlemler yapabilmesini velayet, vesayet ve kayyım konumundaki kanuni temsilcilerle çözümlenmiştir.

Tüzel kişiler açısından konu biraz daha farklıdır. Tüzel kişinin ister tek kişi (örneğin limited şirketlerde müdür), ister kurul (örneğin anonim şirkette veya dernekte yönetim kurulu) organ tarafından olsun bunların iradesi tüzel kişinin kendi iradesi (MK md. 49-50) kabul edildiğinden temsilden biraz farklı değerlendirilir. Ancak, organ tarafından tüzel kişiliğin temsili amacıyla bazı kişilere yetki verilmesi, pek tabiidir ki iradi temsil çerçevesinde değerlendirilecektir.

10.2.2. Dolaysız Temsil-Dolaylı Temsil

Dolaysız (vasıtasız-doğrudan) Temsil: Temsilci sözleşmeyi yapacağı üçüncü kişiye temsilci sıfatı ile hareket ettiğini dolayısıyla sözleşmeyi başkası (temsil olunan) nam ve hesabına yaptığını açık veya örtülü belirtmesidir. Bu şartlarda sözleşmenin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya temsil olunanın hukuk alanında meydana gelir. Örneğin, temsilci (T), temsil olunan (M) yi temsilen (Ü) ile sözleşme yaparsa; (T) aradan çıkar, borç ve alacak doğrudan (M) ile (Ü) arasında meydana gelmiş olur.

Dolaylı (vasıtalı) Temsil: Temsilcinin işlemi kendi namına temsil edilen hesabına yapması halidir. Sözleşmede temsilci başkası adına ve hesabına hareket ettiğini söylememekle sıfatını gizlemektedir. Sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar önce doğrudan doğruya temsilciye ait olur. Temsilci gerçekleştirdiği sözleşmeyle kendi üzerine doğan hak ve borçları kendisini temsilci tayin eden kişiye ayrı bir hukuki işlemle devreder. Örneğin (A), (B)

yi temsilci tayin etmiştir. (B) temsilcilik vasfından söz etmeksizin (C) ile sözleşme yapmıştır. Sözleşme (B) ile (C) arasında kurulur. (B), (C) ile yapılan sözleşmenin sonuçlarını sonradan (A) ya devreder. Bu işlemde (C) nin (B) den haberi dahi yoktur. (C), alacağını alamazsa (A) ya değil, (B) ye başvurur.

10.2.3. Yetkili Temsil-Yetkisiz Temsil

Yetkili Temsil: Temsil edilenin, kendi nam ve hesabına işlem yapması konusunda tek taraflı irade beyanı ile temsilciyi yetkilendirmesi halidir. Temsil yetkisi kural olarak şekle bağlı değildir. Bazı durumlarda temsil yetkisinin verilmesi resmi şekle bağlanmıştır. Örneğin, taşınmaz mal satışına yönelik verilecek yetkiye ilişkin düzenlenecek vekaletin şekle bağlı düzenleneceği belirtilmiştir (Noterlik Kanunu md. 84). Temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye “iç ilişki” denir. Ancak şahısla sıkı ilişki içinde bulunan vasiyet tanzimi, miras sözleşmesi, evlenme ve evlat edinme vb. sözleşmeler temsil yoluyla yapılamaz.

Bir malı satma konusunda yetki verilmiş bir temsilci malı kendisi için satın alabilecek midir? Sözleşmenin niteliği temsil olunanın çıkarını zedelemiyor veya temsilci kendisiyle sözleşme yapmaya yetkili kılınmışsa temsilci kendisiyle sözleşme yapabilir. Bir temsilcinin sözleşmede her iki tarafı temsil edebilmesi mümkündür. Buna “çifte temsil” adı verilir.

Temsil yetkisinin konu, zaman, kişi bakımından sınırlandırılıp sınırlandırılmamasına göre yetkili temsil de kendi arasında genel-özel, süreli-süresiz, şahısla sınırsız-shahısla sınırlı, tek-müteselsil-birlikte, ikame edilebilir-ikame edilemez yetki olmak üzere çeşitlere ayrılabilir.

Genel yetki, temsil olunanın temsil yetkisini verirken herhangi bir konu sınırlaması öngörmediği, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına tüm hukuki işlemleri yapmasını sağlayan yetkidir. Uygulamada buna “*genel temsil*” denmektedir. Özel yetki, temsil olunanın isteğine bağlı olarak getirdiği sınırlamalar çerçevesinde temsilciye verdiği yetkidir. Temsil olunan temsil yetkisini sadece belirli konulara hasretmiştir, temsilci sadece bu sınırlar içinde kalan işlemleri yapabilecektir. Uygulamada buna “*özel temsil*” denmektedir. Örneğin taşınmazlarımı satmaya, arazilerimi kiraya vermeye gibi bir yetki verilirse bu özel yetkidir. Kanun, bazı işlemler için özel temsil yetkisini zorunlu görmüştür. Bir başka deyişle kanun bazı alanlardaki işlemlere özel önem vermiş ve bu alandaki işlemlerin yapılmasını sadece özel temsil çerçevesinde yapılmasını mümkün kılmıştır. Bu alanlar; dava açma,

sulh olma, tahkim, kambiyo taahhüdü, bağışlama, taşınmaz devri, taşınmazın bir hakla sınırlanması halleridir (BK md. 504).

Verilen yetkinin belirli bir zaman dilimi için geçerli olacağı belirtilmişse *sürelî yetki* (örneğin 15 Haziran 2012 tarihine kadar veya 2012 yılı için vb.), herhangi bir zaman dilimi öngörülmemişse *süresiz (sürekli) yetki* söz konusu olur.

Hukukî işlemin kim veya kimlerle yapılabileceği (örneğin, (A) kişisi ile sözleşme yapmak üzere) belirtilmişse *şahısla sınırlı yetki* belirtilmemişse *şahısla sınırsız yetki* söz konusudur.

Temsil olunan bir tek kişi tarafından temsil edilecekse *tek kişi temsili*, birden fazla kişi temsil ederek, fakat o işlemi temsilcilerin her biri ayrı ayrı temsil etmek üzere tek başına yapabileceklerse *müteselsil (zincirleme) temsil*, temsilcilerin hepsi ya da birkaçı birlikte hukukî işlem yapabileceklerse *birlikte (toplu) temsilden* söz edilir. Birlikte temsilde son temsilcinin beyan ile sözleşme kurulmuş olur.

Temsilci kendisinin yapabileceği işlem veya işlemlerle ilgili olarak temsil olunanı temsil etmek üzere başka birini temsilci olarak tayin etme (atama) yetkisine sahipse *ikame edilebilir* temsilden, tayin edemiyorsa *ikame edilemez* temsilden söz edilir. İkame halinde ikame edilen temsilci yanında temsilcinin de temsil yetkisi devam eder.

Yetkisiz Temsil: Temsil olunanın temsil yetkisi vermediği dolayısıyla temsilcinin temsil yetkisine sahip olmadığı halde temsil olunanı temsil ediyormuş gibi davranması ve temsil ettiğini söylediği kişinin adına ve hesabına işlemler yapmasıdır.

Temsil edilenin temsil yetkisi vermediği sözleşmeye icazet verir vya vermez. Yetkisiz temsil edilen böyle bir sözleşmeye “icazet vermezse” yapılan işlem temsil edilen açısından kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Temsil yetkisi olmadığı ve icazet de verilmediği için işlem temsil edileni bağlamaz.

10.2.4. Temsilin Sona Ermesi

Temsilin sona erme sebepleri çeşitlidir. Aşağıda bunlar sıralanmaktadır:

- Temsil yetkisi süreli verilmişse sürenin dolması
- Belirli bir işlem için verilen yetkiyle işlemin yapılması
- Temsil bozucu bir şarta bağlanmışsa şartın gerçekleşmesiyle

- Temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile temsil yetkisinin ortadan kaldırılması veya geri alınması (ref edilmesi, temsilcinin azli)
- Temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile temsil yetkisinin kısmen ortadan kaldırılması (daraltılması, tahdit edilmesi) temsil yetkisi daraltılan kısım için sona erer.
- Temsilcinin temsilcilikten çekilmesi (istifa): İstifa iyiniyet kuralları içinde olmak üzere yazılı veya sözlü beyanla her zaman yapılır.
- Temsil olunan veya temsilcinin ölümü: Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmede temsilcinin belirli bir süre temsil yetkisinin devam edeceğini kararlaştırabilirler. Tüzel kişilerde kişiliğin sona ermesi halinde de temsili kaldırır.
- Temsil olunan veya temsilcinin gaipliği: Gaiplik kararının ilanı ile yetki kalkar.
- Temsil olunan veya temsilcinin iflası: İflas kararının kesinleşmesiyle yetki ortadan kalkmaktadır.

11. BORCUN HÜKÜMLERİ

Borçların hükümleriyle sözleşmenin doğurduğu sonuçlar anlaşılır.

11.1.1 BORCUN İFASI

Borçlu edime uygun ifa ile borcundan kurtulurken, borç ilişkisi de sona erer. İfanın bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi esastır, ancak borcun, borçlu tarafından ifasına alacaklının menfaati yoksa şahsen ifa etmekle yükümlü olmaz. Üçüncü şahıs tarafından yapılacak bir ifa da borçluyu borcundan kurtarır. Örneğin, bir kişiden olan para alacağımızı bizzat borçlunun veya üçüncü bir şahsın ödemiş olmasının bir önemi yoktur.

11.1.2. İFANIN KONUSU

İfanın konusu, borcun konusu olup borçlunun borç altına girmiş olduğu edimlerdir. İfanın edime uygun olması gerekir.

İfanın konusuyla bağlantılı olarak aşağıdaki ayırımların yapılması ve açıklanması gerekir.

11.1.2.1. İfa Yerine Edim-İfa Uğruna Edim

Taraflar anlaşarak borçlanılan edimden başka bir şeyle ifanın gerçekleştirilmesini kararlaştırabilirler. İfanın (borcun) konusunu değiştirebilirler. Örneğin, borçlu 10 ton (A) cinsi elma borcunun tamamını ortadan kaldırmak üzere 8 ton (B) cinsi armut teklif ederse ve alacaklı da bunu kabul ederse, borçlu elma borcundan kurtulacaktır. Bu duruma **ifa yerine edim** adı verilir.

İfa yerine edimden farklı bir durumu ifade eden fakat ismen onu çağrıştıran bir kavram da **ifa uğruna edim**dir. İfa uğruna edimde borçlu, alacaklıya ifa edeceği edimden başka bir şey vermekte fakat bu şeyin verilmesiyle borç tamamen ortadan kalkmamaktadır. İfa uğruna verilen şeyin değerini aşan borç varsa kalan itibarıyla borç varlığını sürdürür. Borç tutarı ifa uğruna verilen şeyden az ise artan tutarın borçluya verilmesi gerekir.

11.1.2.2. Tam İfa-Kısmen İfa

Bir edimin, tarafların iradesiyle meydana gelen sözleşme hükümlerine göre ifası esastır. Kural muaccel borcun tamamının ifa edilmesidir (BK.m.84). Örneğin kitabı 20.10.2011 tarihine kadar basmak durumunda olan matbaa bu tarih itibarıyla baskının yarısını içeren formları teslim etmeye hazır olduğunu söylerse kitabı bastıran kitabın tam olarak basılmış olmasını isteyerek kısmi ifayı kabul etmez.

Tabiidir ki, kısmi ifalar edimin bölünebilir nitelikte olması halinde geçerlidir. Zira bölünemez edimler kısmi ifaya uygun değildirler.

11.1.2.3. Bölünemeyen Borcun İfası-Bölünebilen Borcun İfası

Borcun bölünemez olması o şeyin niteliğinden (örneğin, bir yarış atı, bir ampul, bir buzdolabı) veya sözleşmeden (örneğin, desen bütünlüğü arz eden 25 metrelik bir top kumaş) kaynaklanmış olabilir. Borcun bölünüp bölünememesinin önemi alacaklıların ve borçluların birden fazla olması halinde önem arz eder.

Alacaklılar birden fazla ise: Alacaklılarından her biri, borcun ifa edilmesini isteyebilir. Ancak, borçlu sadece ifayı talep eden borçluya yapacağı ifa ile borcundan kurtulamaz. İfa alacaklıların tümüne birden yapılmak gerekir (BK.m 85/I).

Borçlular birden fazla ise: Bölünemeyen borcun birden çok borçlusuna varsa, borçlulardan her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlü olur.

11.1.2.4. Parça Borçlarında İfa-Çeşit Borçlarında İfa

Borcun konu olacak bir mal özel ayırıcı ve ayrıntılı nitelikleriyle yeter düzeyde belirtilmişse borç **parça borcu** halinde demektir. Örneğin koyun sürüsü içinden seçilerek ayrılan üç adet koyun, X plakalı otomobil veya Y-12/8 imalat seri nolu dikiş makinesi kendi başına bir belirlilik taşımaktadır. Parça borçlarının ifasında bir imkânsızlık meydana gelirse borç sona erer.

Borcun genel niteliklerine ve miktarına göre tayin edilen borç **çeşit (cins) borcu** olmaktadır. Örneğin, yirmi ton buğday, on ton şeker, bir adet koyun vb. Bu durumda borçlu veya alacaklı istediği nitelikte bir malı (örneğin, borçlunun seçtiği bir koyun gibi) kendisi seçip teslim edecektir. Edimin seçim hakkı borçlunundur, ancak borçlu orta dereceden daha aşağı nitelikte (vasıfta) bir edimde bulunamayacaktır.

11.1.2.5. Seçimlik Borçlarda İfa

Borcun konusunu birden çok edim oluşturmaya rağmen (örneğin, bir televizyon, veya buzdolabı veya çamaşır makinesi veya oturma odası takımı veya yemek odası takımı vb) bunlardan seçilecek biri ifa edilecekse, bu borçlara **seçimlik (alternatif) borç** adı verilir. Bu borçlarda edimden herhangi birinin ifasıyla borç ortadan kalkacaktır. Ancak ifa edilecek edimin kimin tarafından belirleneceği sözleşmede taraflardan birine veya üçüncü şahsa ait olacağı gibi bir belirleme yapmamışlarsa ya da hangi edimin yapılacağı işin niteliğinden anlaşılmıyorsa yetki borçluya aittir.

11.1.2.6. Para Borçlarında İfa

İfa konusu olan şey bir ödeme aracı olan para olabilir. Para borçları cins borçlarının özel bir çeşidi olarak karşımıza çıkar.

Para borçları kural olarak Türk parası olarak ödenir. Türk parası kağıt para ve madeni para şeklinde olup birimi TL dir. Alacaklı istemediği sürece yabancı bir ülkenin parasını (döviz) kabul etmek zorunda değildir.

Ülke parasının şu veya bu nedenle değerinde meydana gelecek değişmelere karşı sözleşmelere bazı koruyucu hükümler konulabilir. Örneğin, taraflar borcu 1000 ABD \$ olarak belirlediklerinde sözleşmeye *aynen ödeme şartı* konulmuşsa ödemenin de o para cinsinden yapılması gerekir

Borcun ödeme gününde (vadesinde) ödenmesi: Sözleşme yabancı para cinsinden kararlaştırılsa bile, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen

bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

Borcun ödeme gününde (vadesinde) ödenmemesi: Yabancı para borcunun ödemesinin geciktiği durumda, sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla ödenmesini isteyebilir.

11.1.2.6.1. Para Borçlarında Faiz

Borcun doğduğu andan itibaren vadesine kadar yürütülen faize *kapital (kullanım) faizi*, borcun vadesinde ifa edilmemesi üzerine vadesinden ifa edildiği ana kadar yürütülen faize *temerrüt (gecikme) faizi* denir. Burada kullanım faizine ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Temerrüt faizine ilişkin açıklamalara ileride ayrıca yer verilecektir.

Adi işlerde faiz: Ticari olmayan işlere adi denilir. Adi işlerde taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez (BK.m.387/I). O halde, *adi işlerde faizin var olabilmesi ancak, tarafların bu konuya sözleşmede yer vermeleri halinde mümkün olacaktır*. Faizin var olacağı sözleşmede belirtilmişse “*akdi faiz ilişkisi*” den, oranı sözleşmede belirtilmişse “*akdi faiz oranı*”ndan bahsedilir.

Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmaması durumunda, bu oranın faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat (3095 sayılı kanun) hükümlerine göre belirlenen kanuni faiz oranı olur¹. Taraflar faiz oranını sözleşmeyle kararlaştırmak istediklerinde yıllık faiz oranı, mevzuat hükümlerine göre belirlenen yıllık faiz oranının *yüzde elli fazlasını aşamayacaktır*. (BK.m.88/2).

¹ Sözleşmede faizin var olacağını kararlaştırmasına rağmen oranın ne olacağını tespit edilememiş olabilir. Bu durumda uygulanacak oran 3095 sayılı kanuna göre belirlenen oran olan “*kanuni faiz oranı*” olacaktır. Kanuni faiz oranı, yıllık Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası’nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont (ikinci kırdırma) oranıdır. Reeskont işlemlerinde uygulanan faiz oranı, bankalar tarafından iskonto edilmiş ticari senedin Merkez Bankasına para karşılığında temlik (satımı) sırasında senedin üzerindeki bedele Merkez Bankası’nca uygulanan faiz oranıdır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (3095 s. Kanun m.1).

Adi işlerde faizin anaparaya eklenerek bulunan tutara tekrar faiz yürütmek, yani **bileşik faiz** yasaklanmıştır (BK md. 388/III).

Ticari İşlerde Faiz: Ticari işlerde faiz, sözleşmede taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile istenebilir (BK.m.387/II). Ticari işlerde, adi işlerin tersine, faiz verilmek istenmiyorsa bu hususun sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekir. Aksi durumda ticari işlerde faiz söz konusu olacaktır.

Sözleşmeyle belirlenen faiz oranına *akdi faiz oranı* denir. Ticari işlerde sözleşmede faiz ve oranından bahsedilmemiş olsa bile faiz söz konusu olacağı dikkate alındığında, ortaya çıkan faiz ilişkisine “*kanuni faiz ilişkisi*” oranına da “*kanuni faiz oranı*” denir.

Yabancı para borçlarında kanuni faiz oranı, Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış, bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranıdır (3095 s. Kanun m. 4/a).

11.1.3. İFA YERİ

İfa yeri, edimin yerine getirileceği mahalli ifade eder. İradi ve kanuni olarak ele alınabilir.

11.1.3.1. İRADİ İFA YERİ

Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede ifa yerini açık veya örtülü iradelerine göre diledikleri gibi serbestçe belirleyebilirler. Artık ifanın taraflarca belirlenen yerde yapılması asıl olup, alacaklı başka bir yerde ifada bulunamaz. Aksine davranış halinde alacaklı ifayı kabulden kaçınabilir.

11.1.3.2. KANUNİ İFA YERİ

Taraflar ifa yerini kararlaştırmamışlar, işin niteliği, hal ve şartlardan ifa yerinin neresi olduğu anlaşılmıyorsa ifa yeri, “*yedek hukuk kurallarına*” göre çözülecektir.

Para Borçlarında İfa Yeri: Para borçlarının *para alacaklısının ifa zamanındaki yerleşim yerinde* ifa edilmesi gerekir. Borçlu, alacaklıya şuraya gel parayı vereyim deme hakkına sahip değildir. Alacaklısının yerleşim yerine götürülerek ödenmesi gereken bu borçlara götürülecek borçlar denir.

Parça Borçlarında İfa Yeri: İfa borcu parça borcu niteliğinde olan şey, *sözleşme kurulduğu sırada nerede bulunuyorsa orada* ifası gerekecektir. Örneğin, yerleşim yeri Erzurum olan satıcı (S) nin, yerleşim yeri Bursa olan

alıcı (B) ye sözleşmenin yapıldığı sırada İstanbul'da bulunan belirli seri ve sıra numaralı torna tezgahını sattığını düşünelim. Torna sözleşmenin kurulduğu sırada İstanbul'da bulunduğundan teslim yeri İstanbul'da bulunduğu yer olacaktır.

Çeşit Borçlarında İfa Yeri: Cins borçlarında ifa yeri, *borcun doğumu zamanında borçlunun yerleşim yeri* neresiyse orası olur. Örneğin, İzmirli bir kişi Ankara'daki marangoz ustasına bir mobilya takımı siparişi vermiş olsun. İfa yeri, mobilyaları teslim borçlusu durumunda olan marangozun Ankara'daki yerleşim yeridir. Çeşit borçlarının, borçlunun yerleşim yerinde ifa edilmesi nedeniyle bu borçlara aranılacak borçlar denmektedir. Çünkü alacaklı borçlunun ayağına gitmektedir.

11.1.4. İFA ZAMANI

Taraflar aralarında anlaşarak ifa zamanını diledikleri gibi ifanın niteliğine bağlı olarak saat, gün, hafta, ay, yıl olarak serbestçe belirlenebilir. Vadesi gelen bir borcun ifa edilememesi o borcuyu temerrüde düşürür.

Vadesi gelen borca **muaccel borç** adı verilir. Bir başka ifadeyle borcun vadesinin gelmesi borcu muaccel kılar. Vadeye bağlanmamış borçlar, her an ifasının istenebilir olması nedeniyle, doğduğu andan itibaren muacceldirler. Vadeye bağlanmakla beraber henüz vadesi gelmemiş bu borçlara da **müaccel borç** denir. Müaccel borçlar vadeleri dolduklarında muaccel borç haline gelirler ve alacaklı borcun ifasını ancak bu andan itibaren isteyebilir.

Sürelerin hesabında pazar ve diğer tatil günleri nasıl dikkate alınacaktır? Süreler faydasız günler dediğimiz pazar ve tatil günleri dahil hesaplanır. İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer (BK.m.93). Ancak, tarafların tatile rastlayan günü vade olarak belirlemelerine engel yoktur. Pek tabiidir ki, taraflar veya işin mahiyeti ifanın tatil günü yapılacağını gösterebilir. Pazar günü yapılacak evlilik töreninin kame- raya alınmasında borcun pazar günü ifa edileceği şüphesizdir.

11.1.5. İFANIN İSPATI

İfanın yerinde ve zamanında gerçekleştirildiğinin ispat yükü borçlu- ya aittir. Borçlu bu durumunu delillendirmek açısından, alacaklıdan mak-

buz istemek hakkı tanınmıştır (BK. m103/I). İfaya ilişkin bazı kurallara aşağıda yer verilmiştir:

- Borç için senet düzenlenmesi halinde, senedin borçluya geri verilmesi (borçlunun elinde olması) borcun ödendiğine karine teşkil eder (BK.m104/1).
- Ana paranın tamamının ödendiğine ilişkin verilen makbuz, faizlerin de ödendiğine karine teşkil eder (BK.m104/2).
- Dönemsel (belirli aralıklı) edimlerden (faiz veya kira bedeli gibi) biri için, alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edildiğine karine teşkil eder (BK.m.104/1).
- Kıymetli evraka ilişkin hükümler saklı olmak üzere, alacaklı, borç senedini kaybettiğini iddia ederse, borçlunun istemi üzerine, borcu ödeme sırasında, kendisine borç senedinin iptalini ve borcun sona ermiş olduğunu gösteren resmen düzenlenmiş veya usulüne göre onaylanmış bir belge vermek zorundadır (BK.m.105).
- Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri belirli bir parasal tutarı² geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle yukarıda belirtilen tutardan aşağı düşse bile senetsiz ispat olunmaz. Senetle ispat zorunluluğuna bazı durumlarda istisnalar getirilmiştir. Bu durumlarda tanık dinlenebilir.

12. BORCUN İFA EDİLMEMESİ

Borcun ifa edilmeme nedenlerine bağlı olarak çeşitli ayrımlara yer verilmiştir.

12.1. İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

İmkânsızlık edimin yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır. İmkânsızlık borcun doğumuna engel oluyorsa borç ilişkisi hükümsüz kabul

² Senetle ispata ilişkin parasal sınır, 01.10.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda 2.500 TL olarak belirlenmiştir.

edilir Burada bahis konusu olan imkânsızlık borç meydana geldiğinde imkânlı olan bir edimin ifası sırasında imkânsızlığa düşmesi halidir. Geçerli olarak kurulmuş borç ilişkisinde edim sonradan ortaya çıkan bir sebeple imkânsız hale gelirse durum sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık hali olarak değerlendirilir Edimin imkânsızlığı maddi bir nedenden (atın hastalanıp ölmesi), üçüncü şahsın fiilinden (atın çalınması), bizzat borçlunun fiilinden (atın ölümüne sebebiyet vermek) veya hukuki sebepten (borç konusu malın ticaretinin yasaklanması) veya iktisadi sebepten (fabrikanın malın üretimini durdurması) meydana gelmiş olabilir. Para borçlarının ifasında imkansızlık olmaz.

İfanın imkânsızlığa düşülmesinde borçlunun “kusuru yoksa” borç sona erer, “kusuru varsa” edimin yerini tazminat borcu alır.

12.2. ALACAKLININ TEMERRÜDÜ

Borçlu borcunu ifa etmeye hazırdır, fakat alacaklıdan kaynaklanan nedenlerle borcu ifa edememektedir. Alacaklının temerrüdünde, eksiksiz olarak sunulan edimi alacaklı haklı bir sebebe dayanmaksızın kabulden kaçınmasıyla *mütemerrit* duruma düşer (BK m.106). Alacaklının temerrüdüne borcun durumuna göre borçluya tevdi, satma ve sözleşmeden dönme hakları verilmiştir.

12.3. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Borçlunun temerrüdü (direnmesi), muaccel olmuş ve ifası imkan dahilinde olan bir borcun ifa edilmemesi halidir. Bu durumdaki borçluya **mütemerrit borçlu** denir. Borçlunun temerrüdünde borçlu edimi yerine getirmede gecikme içindedir. Borçlu gecikmiş olsa da borcun ifa edebilirlik hali devam eder. Temerrüt borcun ifasında gecikmeyi ifade eder. Ancak, ifadaki her gecikme kendiliğinden temerrüdün gerçekleştiği anlamına gelmez.

12.3.1. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

Borçlunun temerrüde düşmesi için aşağıdaki şartların varlığı aranır.

- Borcun muaccel olması
- Alacaklının ihtar çekmesi (bazı durumlarda ihtar çekmeye gerek yoktur).
- İfanın mümkün olması

-Alacaklının ifayı kabule hazır olması

12.3.2. BORÇLU TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

Borçlunun temerrüde düşmesinin genel ve özel sonuçları düzenlenmiştir.

12.3.2.1. Genel sonuçlar

Aynen İfa: Borçlunun mütemerrit olması borcun ifa mükellefiyetini ortadan kaldıran bir durum değildir. Temerrüt halindeki borçlunun borcu devam eder. Bu sebeple alacaklı gecikmeli de olsa aynen ifayı talep edebilir.

Gecikme Tazminatı: Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (BK.m.18). Zarar, borcun zamanında ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zarar miktarı olup, borcun ifa edildiği durum ile ifa edilmemiş olduğu durum arasındaki farktır. Alacaklı uğradığı zararı her türlü delille ispatlayabilir. Zarar kapsamına “fiili zarar” ve “yoksun kalınan kar” girer.

Alacaklının, tazminat isteyebilmesi için borçlunun kusurlu olması veya sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması gerekir.

Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı: Alacaklı gecikmeli de olsa ifayı ve borcun geç ifasından dolayı uğradığı zararları da isteyebilir. Yani, yukarıda açıklanan (a) ve (b) başlıklarında ki bu kısım itibarıyla geçerlidir.

12.3.2.2.Özel sonuçlar

Borçlunun temerrüdünde başlıca iki grup özel sonuç düzenlenmiştir Bunlardan biri para borçlarına ilişkin temerrüt faizi, diğeri karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere yönelik tanınan süre ve bazı seçicilik haklardır.

Temerrüt (Gecikme) Faizi: Para borçlarında temerrüde düşülmesi halinde alacaklının ilk istemi temerrüt faizidir. Temerrüt faizi, para borçlusunun borcunu zamanında ifa etmeyerek, temerrüde düşmesi sebebiyle ödediği faiz olmaktadır.

Sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile ve alacaklı zarara uğramamış olsa bile temerrüt faizi talep edilebilir. Borçlu temerrüde düşmede kusura dahi olsa temerrüt faizi ödemek durumundadır. Borç ister sözleşmeden (örneğin, satış, para ödücü), ister haksız fiilden, isterse sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olsun tüm borç kaynakları açısından temerrüt faizi istenebilir.

Temerrüde düşülme anından işlemeye başlayan temerrüt faizi, ifa anına veya borçlunun temerrüdünü ortadan kaldıran sebep meydana gelinceye kadar devam eder. Para borcu adi veya ticari olsun sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece alacaklı temerrüt faizine hak kazanır. Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez (BK.m.121/3).

*Akdi Temerrüt Faizi:*Oranının ne olacağı sözleşme ile önceden serbestçe kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda doğal olarak sözleşmeyle belirlenen oran geçerli olur. Sözleşmeyle ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı mevzuat çerçevesinde belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz (BK.m.120/2).

Kanuni Temerrüt Faizi: Sözleşmelerde temerrüt faizinden bahsedilmemiş veya bahsedilmekle birlikte oranının ne olacağına karar verilmemiş olabilir. Bu durumda kanuni faiz oranı söz konusu olur³.

Aşkın Zarar:Para alacaklısı para borcunun temerrüde düşmesinden dolayı zarara uğramış olabilir. Alacaklının uğradığı zarar miktarı, temerrüt faiziyle karşılanmıyor, yani zarar temerrüt faizini de aşan bir düzeydeyse aşkın zararın varlığından bahsedilir. Temerrüt faiziyle karşılanamayan zarar kısmına aşkın zarar (munzam zarar) denir. Örneğin, alacağı ifa edilmediği

³ Kanuni temerrüt faiz oranı adi veya ticari işler için Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü *kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oran* olur. Söz konusu oran 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur (3065 Sayı Kan. m. 1). Ancak, sadece ticari işler için geçerli olmak üzere kısa vadeli avanslara uygulanan oran kısa vadeli krediler için uygulanan orandan yüksekse, kısa vadeli *avanslar* için belirlenen oran temerrüt faizi olarak uygulanır.

için kendisine ödenecek temerrüt faizinden daha yüksek bir faizle borç almak zorunda kalan alacaklının iki faiz arasındaki fark zararını oluşturur.

Borçlunun aşkın zarardan sorumlu tutulabilmesi için temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat edememiş olması gerekir.

13. BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR

13.1. BORÇLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Borç ilişkisi borçlu ve alacaklı arasında kurulan ve birbirlerine yönelik karşılıklı hak ilişkisini gösterir. Bu nedenle tarafları bağlayan bir karaktere sahiptir. Ancak bazı nedenlerle mevcut ilişki, tarafların dışında üçüncü kişileri etkileyen durum arz eder. Bu durumlar halefiyet (BK md. 127) üçüncü kişinin fiilini üstlenme (BK md. 128) ve üçüncü kişi yararına sözleşme (BK md. 129-130) olmak üzere üç şekilde karşımıza çıkar.

13.1.1 ALACAKLIYA HALEFİYET

Halefiyet, aralarında hukuki ilişki bulunan iki kişiden birinin veya her ikisinin yerine diğer bir kişinin geçmesidir. Alacaklıya halefiyet ise, alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişinin, ifası ölçüsünde alacaklının haklarına sahip olmasıdır. Sonuçta, alacaklılık sıfatı sözleşmeye taraf olan kişiden başka bir kişiye geçer.

- i- Başkasının borcu için sahip olduğu şeyi *rehin veren* kişi bu şeyleri rehinden kurtarırsa alacaklıya halef olur.
- ii- Borçlu, ödemede bulunan üçüncü kişinin kendisine halef olacağını alacaklıya bildirmişse, üçüncü kişi borçluya karşı alacaklının haklarına halef olur.

13.1.2. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme (taahhüt), sözleşmenin taraflarından biri sözleşmede yer almayan bir kişinin edimini taahhüt etmektedir. Fiili taahhüt edilen kişi sözleşmenin tarafı olmayıp içinde yoktur, sözleşme dışındadır. Başkaları tarafından yapılan sözleşmenin konusu sözleşme dışındaki bir kişinin belirli bir davranışta bulunacağını sözleşmenin bir tarafı üstlenmektedir.

Taahhüt edenle kendisine karşı taahhütte bulunulan arasında bir sözleşme yapılmaktadır. Örneğin (A), (S) yi razı ederek evini (B) ye satmasını sağlayacağını taahhüt etmiştir. (S) evi (B) ye satmaya razı olmaz, yani (S) ile (B) arasında satım sözleşmesi kurulmazsa, (A) taahhütte bulunduğu (B) ye karşı tazminat ödemek durumunda kalır.

13.1.3. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN YARARINA SÖZLEŞME

Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilecektir (BK.m129). Böylelikle iki kişi arasında yapılacak sözleşmeyle ortaya çıkan edimin bir üçüncü kişinin yararlanmasına, yani sözleşmenin üçüncü kişinin yararına yapılması sağlanacaktır. Örneğin, bir işveren çalıştırdığı personelin yabancı dil ihtiyacını karşılamayı sağlayan bir dersane ile sözleşme yaparak İngilizce dersleri verilmesi konusunda anlaşmış olsun. Sözleşme işverenle dersane arasında yapılmıştır. Ancak dersane, ders verme borcunu personele karşı ifa edecektir. Dershanenin borcunu yerine getirilmesini isteme yetkisi doğrudan işverene aittir.

Bir kişi (çalıştıran) çalıştırdığı kişiler yararına hukuki sorumluluk sigortası yaptırmışsa çalıştıranın sigortadan doğan hakları doğrudan doğruya çalışana ait olur (BK.m.30/1).

13.2. MÜTESELSİL BORÇLULUK

Burada ele alınacak konu borçlu tarafın birden çok borçludan meydana geldiği sözleşmelerdir. Örneğin, (A) ve (B), (C) den ödünç para alıp ortaklaşa borç altına girdikleri durumda borçlu taraf iki, alacaklı taraf tek kişiden meydana gelmiş olmaktadır. Müteselsil borçlulukta borçluların borcunun ferî düzeyde olmaması ve sözleşmenin başka bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duymaması nedeniyle kefalet sözleşmesinden ayrılır.

Müteselsil borç ilişkisinin taşınması gereken unsurlar şunlardır:

i- Borçlular birden çoktur.

ii- Borçlulardan her biri edimin tamamından sorumlu bulunur.

iii- Alacaklı, edimin yerine getirilmesini dilediği borçludan talep edebilecektir.

iv- Borçlulardan herhangi biri ifada bulunduğu diğer borçlular da yapılan ifa kadar borçtan kurtulurlar.

Müteselsil borçluluk, ya borçluların her biri borcun ifasının tamamından sorumlu olacağını beyan ettiği **iradi teselsül** ya da kanun tarafından borçluların her birinin sorumlu olacağının hüküm altına alındığı **kanuni teselsül** şeklinde ortaya çıkar.

13.2.1. Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişki

Alacaklı dilediği borçluya başvurarak borcun kısmen veya tamamen ifasını talep edebilir. Örneğin, dört kişinin müteselsil borçlu oldukları 8.000 TL lık borç ilişkisinde borçlulardan herhangi biri 3.000 TL ödediğinde, ödenmemiş kısım olan 5.000 TL lik borçtan 3.000 lirayı ödeyen borçlu da dâhil tüm borçlular ayrı ayrı sorumludur. Alacaklı kalan 5.000 lira için istediği borçluya başvurma hakkına sahiptir.

13.2.2. Borçluların Kendi Aralarındaki İlişki

Borçtan ne kadar sorumlu olacağının belirlenmiş olması: Borçlular kanundan veya kendi aralarındaki anlaşmayla borçtan ne kadar sorumlu olacaklarını belirlemişlerse, birbirlerine karşı belirlenen paylara göre sorumlu olurlar. Örneğin (B) ve (C), (A) ya müteselsilen 4.000 TL borçludur. Bunun iç ilişkideki katılım sorumluluğu (B) nin 1.000 TL, (C) nin 3.000 TL olacağı kararlaştırılmış olabilir. o zaman (C) veya (B) den hangisi (A) ya karşı ne kadar ödemiş olursa olsun (C) nin yükü 1.000 TL (B) nin yükü 3.000 TL yi geçemeyecektir.

Borçtan ne kadar sorumlu olacağının belirlenmemiş olması: Borçlular iç ilişkide ne kadar sorumlu olacaklarını belirlememişlerse her bir borçlunun borçtan eşit sorumlu olduğu kabul edilir (BK.m.167/1). Yukarıdaki örnekte (B) ile (C) arasına böyle bir belirleme yapılmamış olsaydı iç ilişki düzeni eşit paylaşmayı ifade eden kural gereği (B) 2.000 liradan (C) 2.000 liradan sorumlu olacaktır. Borçlulardan biri alacaklıya karşı kendine düşen paydan daha fazla bir ödemede bulunması halinde, fazla ödenen kısım için iç ilişki çerçevesinde diğer borçlulara başvurabilecektir.

13.3. MÜTESELSİL ALACAKLILIK

Müteselsil alacak ilişkisinde müteselsil borçluluğun tersine, alacaklı taraf birden fazla kişiden oluşur. Müteselsil alacaklılık, borçlunun, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun

belirlediği durumlarda doğar (BK.m. 169/1). Alacaklılardan her birinin edimin yerine getirilmesi konusundaki hakkı tamdır. Örneğin, beş kişi bir bankada müşterek bir hesap açtırıyorlar, banka ile yaptıkları anlaşmada, iş bu hesaptan dolayı beş kişi de müteselsil alacaklı durumda olduklarını beyan ediyorlar. Bu hesaba, her alacaklının o hesabın tamamı üzerinde tam alacak hakkı olur.

13.4. KOŞULA BAĞLI BORÇLAR

Kişiler arasında hukuki işlemler koşula bağlı olarak ta yapılabilir. Örneğin, bakkala çay içmede kullanacağınız bir çaydanlık bulabilerseniz kesme şekerini satın alacağınızı söylerseniz kesin bir sözleşme yapmamış olursunuz.

Sözleşmelerin koşula bağlanması, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen, kesin olmayan bir olgunun sözleşmenin taraflarınca sözleşme üzerindeki etkili olmasının kararlaştırılmasıdır.

13.4.1. KOŞUL ÇEŞİTLERİ

13.4.1.1.Geciktirici Koşul- Bozucu Koşul

Geciktirici (Taliki) koşul, sözleşmenin istenen hukuki sonuçları doğurabilmesinin dolayısıyla hüküm ifade etmesinin gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlayan koşula denir. Geciktirici koşulda bir sözleşme o koşulun gerçekleşmesinden önce vardır. Koşul gerçekleştikten sonra sözleşme koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder (BK:m.170). Alacaklı borçludan koşulun meydana geldiği andan itibaren borcun yerine getirilmesini isteyebilir.

Bozucu (İnfisahi) koşul, hukuki sonuçlar doğuran bir sözleşmenin hükümlerinin sona ermesini önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlayan koşula denir. Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar (BK.m. 173). Bozucu koşulda bir sözleşme vardır, hükümleri işlemektedir, koşul meydana geldiğinde hükümleri sona erer. Örneğin, bir öğrenci ile yapılan burs sözleşmesine bir dersten başarısız olduğunda bursun kesileceği yazılmışsa, kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuran bu sözleşme öğrencinin bir dersten başarısızlığında hüküm doğurmaz hale gelecektir.

13.4.1.2. Tesadüfi Koşul-İradi Koşul-Karma Koşul

Koşulun gerçekleşmesi tarafların elinde ve kontrolünde değil, tamamen tesadüflere ya da üçüncü şahısların iradesine bağlı ise tesadüfi koşuldan bahsedilir. Örneğin, “yarın yağmur yağarsa”, “(A) futbol takımı (B) futbol takımını yenerse”, “otobüs zamanında gelirse”, döviz fiyatları artarsa”, “X kanunu çıkarsa” vb.

Koşulun gerçekleşmesinin taraflardan birisinin iradesine bağlanması söz konusu olabilir. Örneğin, “Almanya’dan gelirsem”, “emekli olursam”, “dişlerine protez yaptırırsan”, “saçını veya bıyığını kesersen” vb. Bu durumda iradi koşuldan bahsedilir.

Koşul hem taraflardan birinin hem de üçüncü bir kişinin iradesine bağlanmışsa aynı anda tesadüfi ve iradi nitelikteki bir koşula bağlanmış demektir. Bu durumda karma şarttan söz edilir. Örneğin, “taşınmazını şu fiyattan satarsan”, “komşunun kızı (F) ile evlenirsen” vb.

13.5. BAĞLANMA PARASI (PEY AKÇESİ)

Bağlanma parası (pey akçesi) sözleşmenin yapılmış olduğuna delil olmak, pekiştirmek üzere taraflardan birinin diğerine verdiği *bir miktar para* olarak belirtilmiştir. Bağlanma parası günlük hayatta “kapora” kelimesiyle de ifadelendirilmektedir.

Bağlanma parasının sözleşmedeki temel rolü bir sözleşmenin yapıldığına kanıt olmasıdır. Ancak, bağlanma parasının aksine sözleşme hükmü veya yerel âdet olmadıkça, esas alacaktan düşülür. Örneğin, kiracı olarak bir bina kiraya tutmak istiyoruz. Kiralaya verenle aylık kira bedeli 1000 TL olmak üzere anlaşıyoruz. Bu arada kiralayana 20 TL kaparo veriyoruz. Aylık kira bedelini öderken kapora olarak verilen 20 TL nasıl bir işleme tabi tutulacaktır. Konuyu önce sözleşme ve yerel adete bakarak cevaplamak zorundayız. Sözleşme ve yerel örf verilen bağlanma parasının alacağa mahsup edilmesine imkân vermiyorsa 20 TL 1.000 TL lık kira bedeline mahsup edilmeyecektir.

Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılacaktır (BK.m177/2).

13.6. CAYMA PARASI

Cayma parası (cayma akçesi, pişmanlık akçesi) bir sözleşmeden dönme hakkı veren ve tek taraflı iradeyle kullanılabilecek dönme hakkıdır. Cayma parası sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa *bir miktar para* vermesi ve ondan vazgeçmek koşuluyla dilediği zaman sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmasıdır. Bir başka ifadeyle cayma akçesi, isteyen tarafın sözleşmeden dönebilmesi için kararlaştırdıkları parasal tutardır. Cayma parası taraflardan her birine karşı tarafın rızası aranmaksızın, sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırma hakkı verir. Cayma parasının sözleşmenin yapıldığı sırada diğer tarafa ödenmesi şart değildir.

13.7. CEZA KOŞULU (CEZAI ŞART)

Ceza koşulu (cezaî şart), borcun hiç veya gereği gibi veyahut belirlenen yerde ve zamanında ifa edilmemesi halinde borçlunun alacaklıya önceden kararlaştırılan ödemeyi taahhüt ettiği (genellikle bir miktar para ödemesi) bir edimdir (BK md 158).

Ceza koşulu tazminata benzetmekle beraber farklıdır. Tazminatla karıştırılmamalıdır. Tazminat kanundan doğan bir mükellefiyettir. Tazminat hakkı zarara uğrayana kanun tarafından kendiliğinden verilmiştir. Oysa ceza koşulu sözleşmeyle elde edilir.

Tazminat talep edebilmek için uğranılan zararın varlığı ve ispatı gereklidir. Ceza koşulu, bir zararın bulunmasına bağlı olmayıp alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ifası gerekir (BK. Md. 180/1).

Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın ifasını ister. Uğranılan zararlar ceza koşulunun ilişkisi birbirinden tamamen kopuktur. Alacaklının uğradığı zarar, ceza koşulu olarak belirlenen miktarı geçiyorsa alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmek suretiyle *ceza miktarını aşan zararın* (aşkın zarar) tazminini ayrıca isteyebilir.

13.8. ALACAĞIN DEVRİ

Alacağın devri (temlik) ile borç ilişkisinin taraflarından alacaklı tarafın değişmesi ifade edilir. Alacaklı tarafın değişmesinde borçlunun rızasının aranmasına gerek yoktur. Böyle bir devir ile borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişmiş olur ve alacak hakkı devreden konumundaki eski alacaklıdan

devralan konumundaki yeni alacaklıya geçer. Örneğin (A), (B) den beş ay sonra ödenmek üzere para alacaklısıdır. (A) nın arkadaşı (C) nin de bu tarihte paraya ihtiyacı vardır. (A), (B) den olan alacak hakkını (C) ye devredebilir. Bu işlemten sonra para alacaklısı (A) değil, (C) olacaktır. Devir gerçekleştirildikten sonra devreden borcun ödenip ödenmemesiyle ilgisi kalmaz. Bu nedenle devreden devralanın ödeme gücünden sorumlu tutulmaz.

Devir sözleşmesinin geçerliliği eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (BK.m.184).

Kural olarak her türlü alacak temlik edilebilir. Ancak bazı alacaklar kanundaki sınırlamalardan, işin niteliğinden veya sözleşmeye konacak devir yasağı nedeniyle temlike konu edilmez.

Devrin çeşitli uygulama biçimleri vardır.

Rızai Devir-Kanuni Devir-Yargısal Devir: Alacak hakkı, eski alacaklıyla yeni alacaklı arasında yapılan bir anlaşmayla geçerse buna *rızai devir* denir.

Belirli olayların gerçekleşmesi üzerine kanun gereği (örneğin, ölüm halinde murisin haklarının otomatik olarak mirasçılara intikal etmesi, başkasının borcu için rehin verdiği şeyi rehinden kurtarmak amacıyla alacaklıya yaptığı ödeme sonucunda alacaklının haklarına halef olma) geçerse *kanuni devir*, mahkeme kararıyla geçerse *yargısal devir* (miras paylaşımının hakim tarafından yapılması) söz konusu olur.

İfa Amaçlı Devir-Tahsil Amaçlı Devir-Güvence Amaçlı Devir: Eski alacaklı borcunu ifa (ödeme,tediye) amacıyla hakkını devrediyorsa buna *ifa amaçlı temlik* denir. Örneğin, (A) nın (B) ye 100 birim borcu, (C) den de 100 birim alacağı vardır. (A), (C) den olan alacağını (B) ye devrediyor. (A) bunu yaparken (B) ye olan borcunu ödemeyi amaçlamaktadır. Alacağın devri sonucunda alacak bütünüyle yeni alacaklının malvarlığına geçer.

Alacaklı, alacağını kendi değil de bir başkası eliyle veya aracılığıyla tahsil etmek amacıyla devrederse bu biçimdeki devre *tahsil amaçlı temlik* denir. Tahsil amaçlı devirde alacak üzerindeki hakkı devralana vermek değildir.

Bir kimse alacak hakkını mevcut bir borcu için güvence (teminat) olarak verirse, bu durumda *güvence amaçlı temlik* vardır. Örneğin, (A), (B) den alacaklı durumundadır. Fakat bu alacağını borcun doğumundan itibaren üç ay sonra tahsil edecektir, bu arada kendisine de para lazım olmuştur. (B) ye borcunu ödemesi için müracaatta bulunmak imkanına sahip değildir, çünkü vade henüz dolmamıştır. Yapılacak şey, arkadaşı (N) den borç para al-

maktır ve bu arada (B) den olan alacağını, arkadaşına güvence olarak devretmektedir.

Edim Karşılığında Devir-Edim Karşılığı Olmaksızın Devir: Devir karşılığında devredilen kişi edim yükümlülüğü altına giriyorsa edim (ivaz) karşılığı devirden, her hangi bir yükümlülük altına girmiyorsa edim karşılıksız (ivazsız) devirden söz edilir. Alacak devreden tarafından bir bedel alınmaksızın devredilmişse edim karşılığı olmaksızın devir olur.

13.9. BORCUN ÜSTLENİLMESİ

Borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinde, *alacaklının rızası alınmak* koşuluyla, borçlunun yerine yeni borçlunun geçmesidir. Borç ilişkisi devam etmekte eski borçlu borcundan kurtulmakta yeni borçlu “aynı borç” için sorumluluk altına girmektedir

Eski borçlunun borç ilişkisinin dışında kalarak yeni bir kişinin borçlu hale gelmesinde iki aşama bulunmaktadır. İç üstlenme ve dış üstlenme olmak üzere iki aşamadan meydana gelir.

İç üstlenme sözleşmesi *eski borçlu ile yeni borçlu* arasında yapılan bir sözleşmedir Borçlu ile borcu üzerine alarak üstlenen kişi arasında yapıldığı ve bunlar arasında hüküm ifade ettiği için bu sözleşmeye “*iç sözleşme*” denir.

Borcun üstlenilmesinin tamamlandığı icap ve kabul ile oluşan sözleşmedir. Bu sözleşme *alacaklı ile borcu üstlenen (yeni borçlu)* arasında yapılır. Sözleşmenin alacaklı ile borcu üzerine alan kişi arasında yapılması eski borçlunun bu sözleşmeye katılma zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle bu sözleşmeye “*dış sözleşme*” denir. Bu sözleşmenin tamamlanmasıyla eski borçlu borcundan kurtulur.

13.10. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlanmıştır (BK.m.205/I).

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabi olacaktır.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devre konu sözleşmenin şekline bağlıdır.

13.11. BORCA VE SÖZLEŞMEYE KATILMA

13.11.1. BORCA KATILMA

Borç ilişkilerinde, taraf değişikliği her zaman alacaklı veya borçlu tarafın değişmesi şeklinde gerçekleşmemekte, bunlar yanında mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere üçüncü bir kişinin de katılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

13.11.2. SÖZLEŞMEYE KATILMA

Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşma şeklinde tanımlanmıştır (BK.m.206/I).

13.12. DEVİR VE BİRLEŞMEYLE BORÇLARIN GEÇİŞİ

Borcun nakli açısından düzenlenen özellik gösteren iki durum daha vardır. Bunlardan biri malvarlığının veya işletmenin devri (BK.m.202), diğeri ise işletmelerin birleşmeleridir.

13.12.1 MALVARLIĞI VEYA İŞLETMENİN DEVRALINMASI

Yapılacak bir sözleşmeyle Bir mal varlığı veya işletme *aktif ve pasifiyle birlikte* bir kişiden bir başka kişiye devredilebilir. Mal varlığı veya işletmenin bir bütün olarak devralınmasında borçlardan devralanın sorumlu tutulması özel bir düzenlemeye bağlanmıştır. Örneğin, fabrikasını satışa çıkaran birinin fabrikayla birlikte bu faaliyetten kaynaklanan alacak (aktif) ve borçları (pasif) satın alana devreder. Böyle bir durumun olması için malvarlığı veya işletmenin eski sahibi (eski borçlu, devreden) ile yeni sahibi (yeni borçlu, devralan) arasında “*devir sözleşmesi*” yapılır.

Pasif kıymetlerin geçmesi için devralan kişinin devir olayını alacaklılara bildirilmesi veya gazetelerde ilan ettirmesi gerekir. Bildirim veya gazetelerde ilan eski borçluyu borcundan hemen kurtarmaz. Mevcut borçlardan dolayı eski borçluyla (devreden) birlikte yeni borçlu (devralan), bildirim

veya ilanın yapıldığı tarihten itibaren *iki yıl* boyunca, müteselsilen sorumlu kalır.

13.12.2. İŞLETMELERİN BİRLEŞMESİ VE ŞEKİL DEĞİŞTİRME

İşletmelerin Birleşmesi: Bir işletme bir başka işletmeyle aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak birlikte devralınması suretiyle birleşebileceği gibi bir işletmenin diğer bir işletmeye katılması yoluyla da birleşebilir. Örneğin, Tüccar (D) ile tüccar (N)'nin ticari işletmelerini aktif ve pasifleriyle birleştirerek iki işletmenin karşılıklı devri suretiyle tek işletmeye indirmelerinde işletmelerin birleşmesi vardır. Ancak, tüccar (A) işletmesini işletme satın almak isteyen (Z) ye devrederse işletmenin birleşmesinden değil, devrinden söz edilmektedir. Eski işletmelerin sahipleri birleşmeden önceki borçlardan yeni işletmeyle birlikte birleşmeden itibaren *iki yıl* süreyle müteselsilen sorumlu olurlar.

İşletmelerin Şekil Değiştirmesi: Önceden bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık haline dönüştürülen işletmelerin borçları bakımından yukarıdaki hükümler uygulanır (BB. m. 203/II).

Ticaret Kanunun kapsamındaki birleşmeler için Ticaret Kanunu özel hüküm niteliğinde olduğundan bu hükümlerin dikkate alınacağına şüphe yoktur.

14. BORÇLARIN SONA ERMESİ

Borçların sona ermesiyle borç ilişkisinin ortadan kalkması halleri çeşitli sebeplere bağlı olarak gerçekleşir. Bu sebeplere aşağıda yer verilmiştir.

14.1. İFA

Kurulan her borç ilişkisinde ana amaç “ifa”dır. Borcun ifa edilmesiyle borç ilişkisi sona erer. Borç ilişkisinde, edimin alacaklıyı tatmin edecek şekilde ifasıyla edim ortadan kalkar ve böylelikle borç ilişkisi de ortadan kalkmış olur.

14.2. ÖLÜM VE EHLİYETSİZLİK

Tarafların ediminin *şahsi olması* halinde ölüm şahsi edimi yüklenen taraf açısından borcu ortadan kaldırır. Örneğin tablo yapmak borcu altına

girmiş olan ressam ölmüşse artık borç ortadan kalkar. Ehliyetsizlik de şahsi edimler için ölüm gibi sonuç doğurur.

Edimin aynı (mal) olması durumunda ölüm veya ehliyetsizlik hali borç ilişkisini ortadan kaldırmaz. Yani maddi nitelikli borçların ifası için sözleşmeyi yapanın hayatta olması şart değildir. Murisin borç altına girdiği edim onsuz da olsa başka biri tarafından yerine getirilebilecek nitelikte ise bu borç mirasçılara intikal edecek ve borç varlığını sürdürecektir.

14.3. SÜRENİN SONA ERMESİ

Sürelî yapılan sözleşmelerde sürenin bitimi borç ilişkisini sonlandırır. Örneğin, sürelî yapılan kira sözleşmesinde borç ilişkisi sürenin dolmasıyla sona erer.

14.4. İBRA

İbra, basitçe alacaklının edimin ifasını kısmen veya tamamen istemekten vazgeçmesi önerisi karşısında ve borçlunun da bunu kabul etmesidir. Bozma sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırırken ibra borcu edim bazında ortadan kaldıran bir düzenleme hüviyetindedir. İbra ile borçlu edimini yerine getirmeden önce borçtan kurtulur ve edimin konusuz kalması sağlanır. İbra alacaklının tek taraflı irade beyanı olmayıp, hukuki niteliği itibarıyla alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir *sözleşmedir*. İbra sözleşmesinin yazılı haline “*ibraname*” adı verilir. İbra sözleşmesinin yazılı olması şart olmamakla beraber ispat açısından yazılı şekilde yapılmasında yarar vardır.

14.5. YENİLEME

Yenileme (tecdit), yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesidir. Yeni borç ilişkisi eski borcu sonlandırmak amacıyla yapılır. Yeni borcun eski borcu sonlandırması tarafların bu yöndeki açık iradesiyle olur. Yenilemenin üç unsurunun bulunduğu görülür.

- i- Mevcut (eski) bir borç olacak
- ii- Yeni bir borç meydana getirilecek
- iii- Yeni borç eski borcu tamamen ortadan kaldıracak.

Yenileme durumunda eski borç ilişkisi edim yerine getirilmeksizin tümüyle ortadan kalkar ve artık eski borç ilişkisinin yerine gelen yeni borç ilişkisi hüküm ifade etmeye başlar. Yeni borç ilişkisi -tüm sözleşmelerde

aranan- ehliyetsizlik, imkânsızlık, şekle aykırılık, vb. nedenlerle geçersizse veya yanılma, aldanma, korkutma, aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilmişse eski borç ortadan kalkmaz, dolayısıyla da yenilemeden bahsedilmez.

Şu haller açık yenileme iradesi olmadıkça yenileme anlamına gelmez ve yenileme sayılmaz (BK.m.133 ve 134).

- Mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması

- Yeni bir alacak senedi veya kefaletname verilmesi

- Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, (Ancak, hesabın kesilmiş ve hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur).

14.6. DÖNME VE FESİH

Kanun veya sözleşmeden kaynaklanan yetkiyle taraflardan biri tek taraflı olarak sözleşmeden dönebilirler Örneğin vekâlet verenin vekili her an azledebileceği veya vekalet alanın her an istifa ederek sözleşmeyi sonlandırabileceği kanuni düzenleme gereğidir. Ayrıca sözleşmeyle tanınan cayma hakkı çerçevesinde kullanılacak bir fesih (dönme) yetkisi borç ilişkisi sonlandıran durumdur. Fesih hakkı tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.

Dönme ile fesih kavramları arasında şöyle bir ilişki vardır dönme borç ilişkisini kurulduğu andan itibaren ortadan kaldıran geçmişe etkili sonuç doğururken, fesih sözleşmeyi ortadan kaldırmak açısından fesih anından itibaren ileriye yönelik sonuç doğurur.

14.7. BOZMA

Bozma, tarafların aralarındaki borç ilişkisini tümüyle ortadan kaldırmak üzere karşılıklı anlaşmış olmaları halidir. Gerçekten de taraflar sözleşme serbestisi içinde nasıl sözleşmeyi kanuni sınırlar içinde yapıyorlarsa, bu defa yaptıkları sözleşmeyi karşılıklı olarak bozabilirler. Sözleşmeden dönmenin konusu bir sözleşmeyi ortadan kaldırmaktır. Bozulan sözleşmeye göre verilenle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenir.

14.8. BİRLEŞME

Bir borç doğarken, doğal olarak, alacaklısı ve borçlusu farklı kişilerden meydana gelir. Bu nedenle borç ilişkisinde aynı kimsenin aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması düşünülemez. Ancak meydana gelen

hukuki olay (ölüm gibi), hukuki işlem (borcun nakli, alacağın tediye amaçlı temlik gibi) değişik nedenlerle borcun alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi söz konusu olabilir. Böylelikle *alacaklısı ile borçlusu aynı kişi haline gelen borç sona erer* (BK.m.135).

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi hayatın akışı içinde çeşitli biçimlerde gerçekleşebilmektedir. Bir borçlunun veya alacaklının birbirlerine mirasçı olmaları, bir kimsenin borçlusu veya alacaklısı olduğu işletmeyi devralması, borcunun keşidecisine devir ciroyuyla ciro edilmesi, tahliye taahhüdü alacaklısının tahliye konu olacak taşınmazın maliki olması halleri örnek verilebilir.

14.9. İFANIN İMKANSIZLIĞI

Bir borç doğduktan sonra ifanın yerine getirilmesinin imkansız hale gelmesi durumunda borç sona erer. Örneğin, dünyada tek olan yağlı boya bir tablonun henüz teslim edilmeden önce yağın olağanüstü yağmur sonucunda meydana gelen bir sele kapılarak yok olması böyledir. Buradaki imkansızlık, sözleşme kurulmadan önce imkânlı iken yapıldıktan sonra imkânsız hale gelen ifa nedeniyle varolan borcun ortadan kalkmasıdır. Yani önce borç geçerli biçimde doğuyor. Sonra borcun konusu imkansızlaşıyor.

İmkansızlığa düşülmesi borçlunun *kusuruna dayanıyorsa* alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. İmkânsızlığa düşmesi borçlunun *kusuruna dayanmıyorsa* borçlu kural olarak ifa edilmemiş kısmın ifasını isteyemez ve bir tazminat ödemez.

14.10. AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra şartlarda değişimler meydana gelebilir. Aşırı ifa güçlüğü içinde dengesi bozulan ilişkinin bağlayıcılığında ısrarcı olmanın bir anlamı olmaz. Borç ilişkisi, işlem temelini çökmesiyle karşı karşıya kalır. Bir borç ilişkisinde *işlem temelini çökmesi* sözleşmeye bağlı olunması ilkesinin istisnasını oluşturur.

Borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin *yeni koşullara uyarlanmasını isteme (uyarlama davası)* hakkına, bu mümkün olmadığı takdirde *sözleşmeden dönme* hakkına sahip kılınmıştır.

Borçlunun aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını istemesi veya sözleşmeden dönmesi için şu şartlar gerekir. Şartlardan biri

edimler arasındaki dengenin borçludan istenemeyecek şekilde bozulmuş olması (ki buna işlem temelinden çökmesi deniyor), ikincisi ifayı imkansız kılan sebebin öngörülmez olması ve üçüncüsü ise karşılıklı edimlerin ifa edilmemiş olmasıdır.

Aşrı ifa güçlüğünde borçluya iki hak verilmiştir. Bunlardan biri borçlunun hakimden sözleşmenin *yeni koşullara uyarlanmasını istemesi* diğeri, sözleşmeden *dönebilmesidir*. Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmadığı durumda kullanılabilir. Sürekli edimli sözleşmelerde ifaya başlanmışsa borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine *fesih* hakkını kullanır.

14.11.TAKAS

Takas, iki kişi arasındaki bir miktar para veya özdeş (aynı cinsten) ve muaccel durumdaki alacağın tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir. Bu nedenle takas yenilik doğuran bir işlemdir. Karşılıklı borç miktarları eşitse her iki borç da sona erer. Örneğin (A), (B) ye, (B) de (A) ya karşılıklı olarak 10.000 TL borçludur. Bu şartlar altında önce (A) nın, (B) ye borcunu ödeyip sonra da (B) nin (A) ya borcunu ödemesini beklemek anlamlı bir davranış değildir. Borçlulardan birisi diğerine başvurarak takas edilmesini ileri sürerse alacaklar birbirlerine denk olduklarında birbirlerini götürmesi nedeniyle her iki taraf için ödenecek borç kalmamış olur.

Alacak miktarının biri diğerinden fazla ise yine takas ileri sürülebilecektir. Bu halde karşılıklı alacaklar yine birbirlerini götürceklerdir. Bu defa büyük borcun küçük borcu aşan kısmı için borç devam edecektir

Takasla mahsup farklı hukuki kavramlar olmakla beraber uygulamada iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır. Takas karşılıklı borçluluk içinde karşı tarafın alacak hakkını ortadan kaldırırken, mahsup borç miktarında bazı sebeplerle indirim yapılması sonucunu doğurur.

Takası, trampa ile de karıştırmamak gerekir. Takas borcun borçla değişimi olmakla beraber trampa malın malla değişimidir.

14.11.1. TAKASIN ŞARTLARI

Karşılıklı Borcun Bulunması: Takasın var olabilmesi için iki ayrı kişinin sebepleri önemli olmaksızın birbirlerinden karşılıklı olarak borçlu olması gerekir. (A), (B) ye borçlu (B) de (A) ya borçlu olması gibi. Takasta

tarafların birbirinden alacaklı olmaları gerekirken bunların alacaklarının aynı borç ilişkisinden doğmaları şart değildir.

Borçlar Özdeş Olmalı: Karşılıklı borçların bir miktar para veya özdeş (aynı cinsten, aynı türden benzeyen) edim olması gerekir. Aynı cins en uygun borç para borcudur. Fakat karşılıklı borçluluk içinde olunan (çimento, un, yağ, kitap vb) de takasa konu olabilir

Takasa konu şeylerin özdeş olması ile borçların nitelikleri arasında belirgin veya anlamlı sayılacak bir farklılığın olmaması anlaşılmalıdır. Borçların konusu aynı cinsten fakat nitelikleri arasında fark varsa, bunlar takasta özdeş kabul edilemez..

Borçların Muaccel Olması: Takasın ileri sürülebilmesi için alacaklılarının ifayı isteyebilir durumda olması gerekir. Alacaklıların borcun ifasını isteyebilmesi demek karşılıklı her iki borcun muaccel olması demektir. Borçların her ikisi veya sadece biri müaccel ise iki taraflı muaccellik şartı sağlanamadığından takas ileri sürülemez.

Takas Beyanında Bulunulması: Takas, her iki taraf itibariyle kullanılabilecek bir borç sona erdirme hali olmakla beraber bunun kullanımı gerekir. Takas, borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Takasın taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılması herhangi bir şekilde tabi tutulmamış olup karşı tarafa varmasıyla sonuç doğurur.

Bazı alacaklara karşı tek taraflı irade beyanı ile takas ileri sürülemez. Bu alacakların takas edilebilmesi için alacaklının rızasının bulunması gerekir. Alacaklının rızası yoksa takasa izin verilmez. Takas için alacaklının “rızasını gerektiren” borçlar şunlardır (BK.m.144).

- Vedia (emanet) olarak verilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin olan alacaklar,
- Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar
- Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.

14.11.2. TAKASIN HÜKMÜ

Geçerli bir şekilde yapılan takas beyanı, takas edilen borçlardan daha az olanını sona erdirir.

Takas her iki borcun takas edilebilecekleri anda borçları sona erdirir (BK.m. 143). Yani, takas beyanı sonradan yapılsa bile takasın hükmü geçmişe yürür. Borçlar takas beyanının yapıldığı anda değil, takas edilebilmelerinin mümkün bulunduğu andan itibaren sona ermiş sayılır. Yeter ki, takas beyanında bulunulduğunda karşılıklı borçluluk hali var olsun. Örneğin takasla bulunabilmek açısından şartlar 26 Ocak 2011 de gerçekleşmiş fakat takas beyanında 17 Mart 2011 de bulunulmuş ise karşılıklı borçlar 26 Ocak 2011 tarihinde sona ermiş sayılır.

14.12. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı (müruruzaman) belirli bir zaman diliminin geçmesini ifade eden bir kavramdır. Belirli bir zamanın geçmesi sonucunda bir kişi bir hak kaybediyorsa **düşürücü zamanaşımı** (iskatı müruruzaman) ndan bahsedilir.

Zamanaşımı ile hak düşürücü süre (sukut-u hak) birbirine benzer sonuçlara yol açsa da farklı hukuk durumları ifade eder. *Zamanaşımında* hakkın özü zedelenmez, hak varlığını korur. *Hak düşürücü sürede* hakkın belirlenen süre içinde kullanılmadığı takdirde o hakkın özünün artık kesin olarak ortadan kalkmasını ifade eder.

Hak düşürücü süre hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden) dikkate alınırken, zamanaşımı taraflarca ileri sürülmedikçe dikkate alınmaz.

14.12.1. ZAMANAŞIMININ ŞARTLARI

Borcun Zamanaşımına Uğramaya Elverişli Olması: Bazı alacaklar zamanaşımına uğramanın dışında tutulmuşlardır. Zamanaşımına uğramayan borçlardan bazıları şunlardır:

- Taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış borçlar. (MK. md.864).
- Mirasın paylaşılmasını isteme (MK.m.642/I)
- Ana ve baba veya büyük anan ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini veya gelirlerini aileye özgüleyen ergin altsoyların, buna karşılık uygun bir bedel isteyebilmesi zamanaşımına uğramaz

Borcun Muaccel Olması: Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Bu an ise alacağın ifasının talep edilebilecek durumda olduğu andır. Muaccel olmayan bir borç için zamanaşımı işlemeye başlamaz.

Kanuni Sürenin Geçmesi: Borç kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin dolmasıyla zamanaşımına uğrar. Kanunda belirlenen bu süreler kesin olup sözleşme ile değiştirilemez (BK. md. 127).

Geçmesi gereken sürelerle zamanaşımı süreleri denir. Kanunumuzda öngörülen zamanaşımı süreleri çeşitlidir.

On yıllık zamanaşımı süresi: Kanunda başkaca süre tayin edilmediği durumda her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu nedenle on yıllık süreye “genel zamanaşımı” süresi denir.

Beş Yıllık zamanaşımı süresi: Kira bedelleri, anapara faizleri(asıl borc beş yıllık zamanaşımı süresini aşan bir zamanaşımı süresine tabi olsa bile bunlara bağlı faizler beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır) ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.

- Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.
- Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.
- Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.
- Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.
- Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.

Diğer Süreler: Kanun bazı borçlar için beş ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin dışında ayrı ve özel süreler koymuştur. Bunlardan bazıları şöyledir:

- Haksız fiillerle sebepsiz zenginleşmeler için iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak, haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde suça ilişkin belirlenen zamanaşımı süresi dikkate alınacaktır.
- Karayolları trafik kanununda iki yıllık süre belirlenmiştir. Sebepsiz zenginleşme için zamanaşımı süresi bir yıldır.

-Ödünç alanın, ödünç konusunun teslimine ve ödünç verenin de bu şeyin teslim alınmasına ilişkin istemleri, diğer tarafın bu konuda temerrüde düşmesinden başlayarak altı ayın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (BK.m.389).

-Miras sebebiyle istihkak davasında (MK. m.639/II) iyiniyetli Olmayanlara karşı yirmi yıldır.

-Aleyhindeki icra takibinin sonuçsuz kalması üzerine aciz vesikasına bağlanmış borçlar, borçluya karşı, aciz vesikasının düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. 143/VI)

Yüklenici ayıba karşı tekeffül borcu kapsamında ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (BK.m.478).

14.12.2. ZAMANAŞIMININ BAŞLAMASI VE HESAPLANMASI

Zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu zamandan itibaren işlemeye başlar. Alacakların vadeye bağlı olup olmamsına göre muacceliyet tarihi farklılık gösterir. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar.

Borcun ifası bir süreye bağlanmamışsa (vadesiz ise) borç için doğduğu andan itibaren bildirim yapılabileceği için bu andan itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

Süreler hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü de hak kullanılmaksızın geçince gerçekleşmiş olur (BK.m.151/I). Süre hesabımızı şöyle yapacağız: Borcun muaccel olduğu tarih 05.01.2012 olsun. On senelik zamanaşımının başlangıcı olarak borcun muaccel olduğu bu tarihi değil ondan bir gün sonrasını esas alacağız, yani 06.01.2012 tarihinden itibaren on senelik sürenin hesap edilmesi lazımdır ki, bu takdirde 06.01.2022 gününün iş saati sonuna kadar alacaklıya karşı takibat yapılabilir.

14.12.3. ZAMANAŞIMININ DURMASI VE KESİLMESİ

Zamanaşımının durması: Kanunda sayılan hallerden birinin meydana gelmesiyle işleyen zamanaşımı durur. Bu halin ortadan kalkmasıyla duran

zamanaşımı tekrar işlemeye başlar. Kanunda öngörülen zamanaşımını durduran sebepler aşağıda belirtilmiştir (BK.m153).

- Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları (Çocuğun ergin olmasıyla zamanaşımı işlemeye başlar).
- Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları (Vesayete son verilmesinden sonra zamanaşımı işlemeye devam eder).
- Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları (Ancak evlilik birliğinin ortadan kalkmasından sonra zamanaşımı tekrar işlemeye başlar).
- Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları (işgörenin işinden ayrıldığı tarihten itibaren zamanaşımı cereyana başlar).
- Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece (borçlu bir alacak üzerinde, alacaklının kendisine tanıdığı bir intifa hakkına sahip olmuşsa, bu intifa hakkının devamı süresince zamanaşımı işlemeyecektir. İntifa hakkı sona erdikten sonra zamanaşımı işlemeye başlayacaktır).
- Alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece (Hüküm, mahkemelerin kapalı bulunması ve memleketin istilaya uğraması, doğal afetler gibi sebeplerle Türk mahkemelerine müracaatın imkânsız bulunduğu hallere matuftur).

zamanaşımı durur.

Zamanaşımının kesilmesi: kanunda öngörülen sebeplerden birinin meydana gelmesiyle işlemekte olan zamanaşımının işlemiş kısmını ortadan kalkması veya yanmasıdır. Kesilme sebebinin meydana gelmesi o ana kadar işleyen süreyi hiç işlememiş hale getirir. Zamanaşımının durmasında, durma sebebine kadar geçen süre saklı kaldığı halde kesilmede işleyen süre tamamen ortadan kalkmaktadır.

Zamanaşımını kesen sebepler şunlardır (BK.m.154 ve 156).

- Borçlunun borcunu tanınması ikrar etmesi, (özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse)
- Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurulması,
- Alacaklı, icra takibinde bulunulması,

-Alacaklı, iflas masasına başvurması,

14. BORÇLAR KANUNUNDAKİ SÖZLEŞMELERİN SINIFLANDIRILMASI

14.1. MÜLKİYETİN DEVRİNİ AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELER

14.1.1. SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Satış sözleşmesinin taraflarından biri alıcı diğeri satıcıdır. Satıcının borcu, sattığı malın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmek, alıcının borcu aldığı malın bedelini (satım parası=semen) satıcıya ödemektir. Sözleşmenin her iki tarafı da hem alacaklı hem de borçludur. Bu niteliği ile satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.

Ekonomik (parasal) bir değer taşıyan ve başkalarına devredilebilen mülkiyetin konusu olmaya elverişli taşınır, taşınmazlar, alacak ve haklar (rehin hakkı, patent hakkı, marka hakkı gibi) su, elektrik, hava gazı gibi doğal kuvvetler bir işletmenin ticari sırları ile müşterileri, miras hissesi, bağımsız kurulmuş irtifak hakları satışa dolayısıyla satış sözleşmesine konu olur.

Satma konu şeyin sözleşmenin yapıldığı sırada var olması ya da satıcının malvarlığında olması şart olmadığı gibi zilyetliği altında bulunup bulunmaması da önemli değildir. Önemli olan ifa zamanında satıcı tarafından alıcıya teslim edilebilmesidir. Satış bedeli (semen), alıcının satıcıdan satın aldığı mala karşılık ödemeyi taahhüt ettiği bir miktar **paradır**. Ödenecek para kural olarak memleket parasıdır. Yabancı para cinsinden anlaşma yaparak yabancı veya bu paranın ödeme zamanındaki karşılığı Türk parası olarak ödemede bulunmak mümkündür. Ancak yabancı para cinsinden borçlarda aynen ödeme yükümlülüğü varsa buna uyulması gerekir.

Satış sözleşmesinde taraflardan satıcı satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetinin devrini, alıcı satıcı satım bedelini ödemeyi kesin olarak taahhüt eder. Yani anlaşmanın yapılması tarafların borç altına girilmesi ve sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Taşınır satışlarında genel kural *zilyetliğin devredildiği (teslim)*, andan itibaren yarar ve hasarın alıcıya geçmesidir. Örneğin, çarşamba günü yapılan bir yarış atı satışını içeren sözleşmede atın cumartesi günü teslim edileceği kararlaştırılmış fakat teslim edilmeden at sakatlanmışsa hasar alıcıya ait olmayacaktır.

Taşınmaz satışlarında genel kural ise yarar ve hasarın *tescil işleminin yapıldığı* andan itibaren alıcıya geçeceğidir

Satış sözleşmelerini ele alınan kriterlere göre çok çeşitli alt ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Biz burada detay ayrımlara girmek yerine Borçlar Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamında da ismen düzenlenmiş sözleşmeler sırasıyla açıklanacaktır.

Satışlar itibariyle Borçlar Kanunu genel, TKHK özel kanun niteliğindedir. Satıcının satışını kanunun tüketici olarak ifade ettiği kişilere satması halinde işleme öncelikle TKHK uygulanacaktır. *TKHK md 3 de tüketici, bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ve tüzel kişiler olarak belirtilmiştir.* Görülüyor ki, tüketici kavramı alıcı kavramıyla her zaman aynı şey değildir. Alıcı tarafı tüketici kabul edilmeyen bir satım sözleşmesi TKHK kapsamı dışında kalacaktır ve BK hükümlerine tabi olacaktır. Örneğin, alıcısı bir ticaret şirketi olan satış işleminin tüketici işlemi olarak kabulü mümkün değildir. Ancak tüketici olmasalar bile, sözleşmeye konulacak hükümler çerçevesinde tüketici sayılmayanlar da sözleşme hükümlerinden yararlanabilmelerine engel yoktur.

TKHK çerçevesinde yapılan satışlarda temel mantık, kanunun adından da anlaşılacağı üzere tüketicilerin satıcılar tarafından istismarının önlenmesidir. Bu mantık ortaya çıkacak sorunların çözüm yeri noktasında da kendisini göstermiş ve satış sözleşmesinin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemeye gitmeden pratik olarak, kısa yoldan çözüme kavuşturmak için özel görevli makamlar oluşturulmuştur. Oluşturulan makam *Tüketici Sorunları Hakem Heyetleridir*⁴.

⁴ Uyuşmazlığın değeri belirli bir parasal tutarı aşmaması durumunda uyuşmazlıkların çözümü bakımından Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine başvuru zorunlu tutulmuştur (TKHK md.22/5). Heyetlerin zorunlu başvuru kapsamında verdikleri kararlar aynı mahkeme kararı gibi olup, bağlayıcıdır. Karara satıcı uymazsa cebri icra yolu çerçevesinde gereği için İcra Müdürlüğüne başvurulur. Hakem Heyetlerinin kararlarına karşı tüketici mahkemeleri nezdinde 15 gün içinde itiraz edilebilirse de itiraz icrayı durdurmaz. İtiraz üzerine *tüketici mahkemelerinin* verdikleri kararlar kesindir.

Uyuşmazlığın değeri belirlenen parasal eşiği aşıyorsa Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gidilmesine engel de yoktur. Parasal eşiği aşan uyuşmazlıklarla ilgili hakem heyetine gidilmesi halinde hakem heyetlerinin verdikleri kararlar bağlayıcı değildir. Ancak heyetlerin verdikleri kararların tüketici mahkemelerinde delil olacağı kabul edilmiştir. Dikkat edilirse parasal sınır konu ile ilgili kararın sadece hukuki mahiyetini değiştiren bir etki yapmaktadır.

Satış sözleşmesinin taşıdıkları unsur ve özelliklere göre Taşınmaz Satışı, Taşınır Satışı, Açık Artırma Yoluyla Satış, Örnek Üzerine Satış, Beğenme Koşuluyla Satış, Mülkiyetin Saklı Tutan Satış, Taksitli Satış (Ön Ödemesiz Taksitli Satış), Kapıdan Satış, Kampanyalı Satış, Ardarda teslimli Satış, Mesafeli Satışlar, Promosyonlu Satışlar şeklinde çeşitleri vardır.

14.1.2. MAL DEĞİŞİM (TRAMPA) SÖZLEŞMESİ

Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir mal değişimi en az iki malın mülkiyetinin karşılıklı olarak geçirilmesini sağlayan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Malın malla mülkiyetinin değişimini içerir.

Mal değişim sözleşmesinde değiştirilecek şeylerin değerinin bir birine yakın olması beklenen bir durumdur. Ancak bu şart değildir. Mal değişiminin bir veya birden çok malın, bir veya birden çok malla tam karşılık olarak yapılmasına **başabaş mal değişimi** denir. Açıklanan niteliği dolayısıyla mal değişimi sözleşmesine halk arasında değiş-tokuş yapma adı da verilmektedir. Taraflar değiştirilen malların değerleri arasındaki farkın bir miktar para ile giderilmesi konusunda anlaşabilirler. Bu durumda **başabaş altı mal değişimi** söz konusu olup, sözleşme hem satım hem de trampa özelliğini içerir. Böyle sözleşmelere *birleşik sözleşme* denir.

14.1.3. BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİ

Bağışlama mülkiyeti devir amacıyla yapılan sözleşmelerden biridir. Bağışlamada taraflardan biri (bağışlayan) mal varlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetini karşı tarafa (bağışlanan) ivazsız geçirme borcu altına girer. Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme şeklinde tanımlanmıştır (BK.m.285/I).

Bağışlama sözleşmesinin yapılması için bağışlamada bulunan tarafın tam ehliyetli olması gerekir. Çünkü bağış yapma kişinin mal varlığında ek-silme meydana getiren bir taahhüt işlemidir. Fiil ehliyeti bulunmayan kişi

ayırt etme gücüne sahipse, bağışlamayı kabul edebilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların karşılıksız kazandırma yapabilmeleri için yasal temsilcilerinden izin almalarına gerek yoktur. (MK.m.16/I).

Bağışlama sözleşmesinin Elden Bağışlama, Bağışlama Sözü Verme, Koşullu Bağışlama ve Yüklemeli Bağışlama şeklinde çeşitleri vardır.

14.2. KULLANDIRMAYI AMAÇLAYAN SÖZLEŞMELER

14.2.1. KİRA SÖZLEŞMESİ

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m.299). Kira sözleşmesiyle mülkiyet hakkının parçası olan kullanma hakkı bir başkasına devredilir. Kira konusu şeyin kiraya verenin mülkiyetinde olması gerekmez.Önemli olan kiraya verenin o şey üzerinde kullanım hakkının olmasıdır. Sözleşmeler, bazı istisnalar hariç, sözlü yapılır.

Kira sözleşmesinin “adi kira” ve “ürün (hasılat) kirası” olmak üzere iki türü vardır. Kira sözleşmelerinde kira konusu şeyin konut ve çatılı işyeri olması veya olmamasına göre kuruluş şartları, sona erme vb hususlarda önemli farklı düzenlemeler getirilmiştir.

14.2.2. KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİ

Kullanım ödöncü (ariyet) sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m379). Açıkça görölmektedir ki kullanım ödöncünde kira sözleşmesinden farklı olarak “*karşılıksız kullandırma*” vardır.

Ödünç olarak verilen şey kullanılıp geri verilme durumunda olduğu için kural olarak şeker, kahve, su, para, benzin vb. kullanılma sonucunda tüketilen eşyalardan olmaması gerekir. Bir konut, masa, kitap, tencere, arazi, radyo, tablo, bisiklet, elbise, kravat, vb. tüketilmeyen ve dayanıklı mal örneklerini oluştururlar.

14.2.3. TÜKETİM ÖDÜNCÜ (KARZ) SÖZLEŞMESİ

Tüketim öduncü (karz) sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m.386). Tüketim öduncü sözleşmesinin konusu para veya misli şeyler oluşturur. Misli şeyler para, buğday, kömür, yumurta, un, ekmek, odun vs. gibi mallardır. A, B ye üç ay sonra iade edilmek üzere 5.000 lira borç para vermişse taraflar arasında tüketim öduncü sözleşmesi yapılmış demektir. Kullanım öduncü sözleşmesinin konusu tüketilmeyen dayanıklı şeyler oluştururken, tüketim öduncü sözleşmesinin konusu para ve tüketilen şeyler oluşturmaktadır.

Tüketim öduncü sözleşmesinde sözleşmeye konu olan şeyin mülkiyeti ödünç alana geçer. Kira ve kullanım öduncünde o malın mülkiyeti değil, kullanım hakkı geçmektedir.

14.3. İŞ GÖRME AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER

İş görme sözleşmeleri kendi içinde;bağımlı işgörme sözleşmeleri ve bağımsız işgörme sözleşmeleri olarak iki ana gruba ayrılır.

Bağımlı işgörme sözleşmesini hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi; bağımsız işgörme sözleşmelerini başlıca eser ve vekalet sözleşmesi oluşturur.

14.3.1. HİZMET SÖZLEŞMESİ

Hizmet sözleşmeleri konusu insan emeği olan ve iş görme amacına yönelik sözleşmelerdir. Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene *bağımlı* olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m.393). Kısaca, hizmet sözleşmesinde taraflardan işçi belirli bir iş görmeyi, diğer taraf işveren (iş sahibi) de ücret ödemeyi taahhüt eder. Hizmet sözleşmesini diğer bütün işgörme sözleşmelerinden ayıran temel unsur işçinin işverenin talimatlarıyla mutlak bağımlılık içinde bulunmasıdır. İşverenin işçiye kanunlarla çizilmiş sınırlar içinde emir ve talimatlar verebileceği kabul edilir.

Hizmet sözleşmesinin genel hatları Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu dışında hizmet sözleşmelerinde özel düzenlemelere yer veren çeşitli kanunlar vardır. Nitekim Borçlar Kanunu özel kanun hükümlerini saklı tutmuştur (BK.m.393/III). Hizmet sözleşmesine ilişkin özel hükümlerin yer aldığı kanunlara İş Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lo-

kavt Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu örnek olarak verilebilir. Örneğin, Borçlar Kanununa göre ücret taraflarca serbestçe kararlaştırılabilirken İş Kanununda asgari ücretten aşağı belirlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

14.3.2. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ

Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin (alım-satım) yapılmasına aracılık etmeyi, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m448). Pazarlamacılık sözleşmesinin bu faaliyetin gerektirdiği işlemlere *aracılık yapmayı* ve yazılılık şartı yerine getirilmişse belirtilen konularda *işlem yapma* konularını kapsadığı görülür.

Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsayacağı kabul edilir. Pazarlamacı özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez (BK.m.452).

14.3.3. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m461) Örneğin bir işçi kendi evinde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir mağazaya karşı çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikip vermeyi ve kendisine teslim edilen ürünleri ambalajlayarak paketlemeyi üstlenebilir.

Ancak hemen belirtelim ki, evde hizmet sözleşmesinin, işçinin işverenin evinde hizmetçi, bulaşıkçı temizlikçi olarak çalışmasını içeren normal hizmet sözleşmesiyle bir ilgisi yoktur. Normal hizmet sözleşmesinde işin işverenin egemenlik alanında yapılması söz konusuysa, evde hizmet sözleşmesinde işin işçinin egemenlik alanında yapılması söz konusudur.

Evde hizmet sözleşmesi hizmet sözleşmesine göre özel bir sözleşmedir. Bu nedenle evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacaktır (BK.m.469)

14.3.4. ESER SÖZLEŞMESİ

Eser (istisna) sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m.470). Emek sözleşmeye öyle bir şekilde konu olmaktadır ki, onunla yüklenici (emek sahibi veya işi yapan kişi), iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bir ücret karşılığında bir eser (yapıt, şey) meydana getirmeyi üstlenir.

Eser sözleşmesinin taraflarından biri eseri yapacak ve imal edecek olan yüklenici diğeri de işi yaptıran iş sahibidir. Sözleşme iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, şekle tabi olmayan niteliklere haizdir. Yüklenici iş sahibine karşı belirli bir eserin meydana getirilmesi sonucunu borçlanır. Bu sonuca ulaşmak son derece önemlidir.

Eser sözleşmesi hizmet sözleşmesine benzemesine rağmen, eser sözleşmesinde emeğin bir sonucun (eser) meydana getirmesine tahsisi söz konusuyken hizmet sözleşmesinde emeğin sonuç elde edilmesi şart olmaksızın emeğin belirli bir süre işe tahsisi söz konusudur. Eser sözleşmesinde yüklenici belirli bir iş görerek sonucun ortaya çıkmasını taahhüt eder. Vurgu iş görmenin kendisine değil sonucuna yapılır.

Eser maddi varlığa ilişkin bir sonuca yönelik (örneğin, marangoza dolap veya mutfak yaptırılması, bina yapımı, elbise dikimi, kablolu televizyon sistemi kurulması, ayakkabı imali, matbaaya kitap bastırılması, heykel yapımı vb) veya maddi olmayan fakat bütünlük oluşturan sonuçlara (örneğin, mimarın plan ve proje çizmesi, bir törenin kameraya alınması, bir oyunun sahneye konulması, reklam kampanyası planlanması, bakanın temizlenmesi, bir mağazanın vitrininin düzenlenmesi, şarkıcının konser vermesi, yarış atının eğitilmesi, havai fişek gösterisi) yönelik olabilir. Diğer taraftan bir eser sözleşmesinin konusu yeni bir yapı imal etmek şeklinde olabileceği gibi eski yapıya bazı ilavelerin yapılması onun güzelleştirilmesi, onarılması hatta yıkımı gibi hususları da kapsar.

14.3.5. YAYIM SÖZLEŞMESİ

Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir (BK.m.487). Yayın sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, onunla yayınlanan *fikir ve sanat eserini* yayınlanması için bırakmayı, yayınlayan da bu eseri *çoğaltmayı* ve *yaymayı* üstlenir. Bu nedenle sözleşme esas itibarıyla eser üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkının dev-

rini konu alır. Sözleşme biri yayımlatan diğer yayımcı olarak ifade edilen iki taraf arasında yapılır.

Yayım sözleşmesi şekle tabi bir sözleşmedir, yazılı yapılmadıkça geçerli olmaz (BK.m.488).

14.3.6. VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (BK.m.502/I). Vekilin, vekil verene karşı *bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması* yükümlülüğü yükler. Vekil bağımsız işgörendir, gördüğü işin sonucunu taahhüt etmez. Vekil bir işin sonuçlanması için çalışmakla birlikte, sonuca ulaşmayı üstlenmemesi nedeniyle, işin rizikosu vekalet verene ait olur. Vekilin, o işin yapılması için gerekli olan olağan standartlara uygun davranması yeterlidir.

Vekâlet bir sözleşme olması nedeniyle kural olarak öneriye karşı diğer tarafın kabul konusundaki iradesini açıklaması ile meydana gelir. Vekâlet sözleşmesi bedelli (ücretli) yada bedelsiz (ücretsiz) olabilir.

Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. (BK.m.512). Vekalet sözleşmesinde vekilin vekaletten çekilmesine istifa, vekalet verenin vekilliği sonlandırmasına azletme denir.

14.3.7. VEKALETSİZ İŞ GÖRME

Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür (BK.m.526). Bir kişi vekaleti olmadan bir başkası hesabına iş yaparsa buna “vekaletsiz iş görme” denir.

İş görenin, iş sahibinin yasaklamadığı ve *işsahibine menfaat sağlamak üzere* yaptığı vekaletsiz iş görmeye caiz olan vekaletsiz iş görme, *kendisine menfaat sağlamak üzere* yaptığı işler varsa bunlar caiz olmayan (gerçek olmayan, düzensiz) vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilir.

Vekaletsiz iş görmeye iş sahibi onay verirse vekalet hükümleri uygulanır (BK.m.531).

14.3.8. KREDİ MEKTUBU ve KREDİ EMRİ

Kredi mektubu, mektup gönderenin gönderilene bir üst sınır belirleyerek veya belirlemeksizin, kredi mektubundan yararlanacak belirli kişiye is-

temde bulunacağı miktarda para ve benzeri şeyleri verme konusundaki vekâletini içeren belgedir(BK.m.515).

Kredi emri, bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekâletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur (BK.m.516). Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz.

14.3.9. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ

Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir (BK.m.520).Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.

14.3.10. KOMİSYON SÖZLEŞMESİ

Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, *kendi adına ve vekâlet verenin hesabına* kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir (BK.m.532). Özel hükümler dışında komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır.

14.3.11. HAVALE SÖZLEŞMESİ

Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir (BK.m.555). Kanunda her ne kadar havaleden sözleşme olarak bahsedilmekte ise de esasında havale “çifte yetki verme işlemi” şeklinde çok taraflı bir yetki ilişkisidir.

Havale sözleşmesinde havale eden, havale ödeyicisi ve havale alan olmak üzere üç taraf vardır. Havale veren havale ödeyicisine kendi adına nakit, kıymetli evrak veya başka misli eşyaları havale alıcısına ödemek yetkisi ile yetkilendirir. Havale ödeyicisi havale verenin verdiği bu yetkiye dayanarak havale alıcısına ödemede bulunur.

14.4. SAKLAMA AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER

Saklama (vedia, emanet) sözleşmesi, saklayanın, saklatanın, kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir (BK.m561). Sözleşmenin esaslı unsuru saklananın korunmasıdır. Örneğin, bir miktar parayı bankadaki kasaya koyarsak bankayla saklama sözleşmesi yapmışız demektir. Aynı parayı bankaya vadeli yatırırsak bu defa yapılan sözleşme tüketim ödücü sözleşmesi olur.

Saklayan, saklama konusu şeyi güvenli bir yerde saklamak borcu altındadır. Bu borcun doğabilmesi için saklama konusu malın saklayana teslim edilmesi gerekir. Mal saklayana teslim edildikten sonra kural olarak kullanılmaz. Örneğin bir otoparka emanet olarak bıraktığımız otomobil otopark sahibi tarafından kullanılamaz. Mal nerede saklanıyorsa, saklatana, orada iade edilir (BK m.566).

Saklama sözleşmesinin Güvenilir Kişiye Bırakma Sözleşmesi, Ardiye Sözleşmesi, Konaklama Yeri İşletenlere Bırakma, Garaj, Otopark İşletenlere Bırakma şeklinde çeşitleri vardır.

14.5. GÜVENCE AMACI GÜDEN SÖZLEŞMELER

Güvence amacı güden sözleşmeler genel olarak, bir borcun ödenmemesi durumunda alacaklının uğrayacağı zararın karşılanması amaçları. kişi kendi borcu için güvence verebileceği gibi aynı borç için üçüncü kişi de güvence verebilir. Verilen güvence borçlu veya üçüncü bir kişi malvarlığındaki özel olarak belirlenmiş bir değer ise aynı güvence söz konusu olur. Örneğin, ipoteye bağlanan bir borç ödenmediğinde ipotek veren malvarlığından sadece ipotek verdiği mal ile sınırlı bir sorumluluğu doğacaktır.

14.5.1. KEFALET SÖZLEŞMESİ

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından *kişisel* olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (BK.m.581). Bu sözleşmeyle borçlunun borcunu ödememesi halinde kefil bu borçtan şahsen sorumlu olacağını kabul ve taahhüt etmektedir. Asıl borç ilişkisinin konusu para borcu olmasa bile kefilin bu borca karşı kefaleti daima paradır.

Kefalet sözleşmesinde alacaklı, borçlu ve kefil olmak üzere üç kişi vardır. Kefil, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin tarafı olmayıp bu ilişkinin sonucu olan ifanın yapılmaması halinde alacaklıya karşı bir güvence işlevini üstlenen kişidir.

Kefalet sözleşmesinin doğması ve hukuki sonuç doğurması Asıl Borcun Bulunması, Kefilin Fiil Ehliyeti, Eşin Rızası;Yazılı Olması, Kefil Olunan Miktarın Belirtilmesi, Kefalet Tarihinin Belirtilmesi olarak belirtilebilir.

Kefaletin; kural olarak, borçluya başvurmamakça, kefilin takip edilemediği *adi kefalet*, alacaklının borçluya takip etmeden doğrudan doğruya kefile karşı takipte bulunabildiği *müteselsil kefalet* ve kefillerin birden fazla olduğu *birlikte kefalet* çeşitleri vardır.

Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile durumunu ifade eden “kefile kefalet”, alacaklıya ödeme yapan kefilin borçludan alacağı için güvence veren kefil de “rucua kefil” ilişkisini yansıtır.

14.5.2. REHİN SÖZLEŞMESİ

Güvence amacı güden sözleşmelerden kefalet sözleşmesi kişisel güvence (teminat) sağlarken, rehin sözleşmesinde güvencenin konusunu eşya oluşturur. Rehın sözleşmesinde kişi kendisiyle değil, güvence olarak verdiği eşya ile sorumlu olur. Rehın sözleşmesi borçlunun borcunu vadesinde ödemediğinde alacaklığının rehin konusu şeyi sattırarak alacağını öncelikle almasını sağlayan bir sözleşmedir. Rehın veren ile borcun alacaklısı (rehin alan) arasında yapılır.

Rehin sözleşmesinin çeşitleri konusunu oluşturdıkları eşyaya göre taşınmaz (ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi) ve taşınır rehni, ticari işletmenin mal varlığı ile ilgili olup olmamasına göre normal rehin ve ticari işletme rehni, rehin konusu malın alacaklıya teslim edilip edilmemesine göre teslimi şart rehin, teslimsiz rehin olarak çeşitleri vardır.

14.6. SONUÇLARI ŞANS VE TESADÜFE BAĞLI SÖZLEŞMELER

14.6.1. KUMAR VE BAHİS

Kumar ve bahsi konu alan bir sözleşme geçerlidir. Ancak, kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz (BK.m604/I). Bununla birlikte kumar ve bahis borçları isteğe bağlı olarak yerine getirilebilir. İsteyerek yapılan ödemeler geri alınmaz (BK.m.605/2). Kumar ve bahis sözleşmeleri alacak hakkı doğurmeyen sözleşmeler olup, borç eksik borç karakterindedir. Devletten borcun yerine getirilmesi için bir istekte bulunulamaz.

14.6.2. PIYANGO VE ŞANS OYUNLARI

Bir ödeme karşılığında bir ödül oluşturan ve ödülün rastlantıya bağlı bulunduğu her türlü işlemler piyango ve şans oyunu olarak kabul edilir. Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz (BK.m.607).

14.6.3. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir (BK.m.607). Bakım alacaklısı sadece gerçek kişi olabilir. Bakım borçlusunun gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür.

Bakım alacaklısı mallarının tamamını veya bir kısmını veyahut bir miktar parayı bakım borçlusuna geçirmeyi üstlenir. Bakım borçlusu, bakım alacaklısının ölümüne kadar ona bakma, gözetleme, kollamayı taahhüt eder. Sözleşmenin miras sözleşmesi biçiminde düzenlenmesi gerekir (BK m.612).

14.6.4. ÖMÜR BOYU GELİR SÖZLEŞMESİ

Ömür boyu gelir sözleşmesi, gelir borçlusunun gelir alacaklısına, içlerinden birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca belirli dönemsel edimlerde bulunmayı üstlendiği sözleşmedir (BK.m.607/I). Sözleşmenin geçerli olması için yazılı, taşınmazı konu alması halinde resmi yazılı şekilde yapılması gerekir.

Sözleşmenin taraflarından biri gelir borçlusu diğeri gelir alacaklısıdır. Bu sözleşmede gelir borçlusu gelir alacaklısına yaşadığı sürece belirli aralıklarla para ya da para dışındaki (yiyecek vb.) şeyleri verme yükümlülüğü altına girer.

14.7. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

Adi ortaklık sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran önemli yanlardan biri, şirket sözleşmesinde taraflar kanuna ahlaka ve adaba aykırı olmayan amaç birliği içeren irade ortaya koyarken, diğer sözleşmelerde taraflar amaç farklılığı içeren iradeler üzerinde anlaşmaktadırlar. Oluşturulan di ortaklığın tüzel kişiliği yoktur.

9. BÖLÜM

İŞLETMELERİN SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI I: TÜKETİCİ HAKLARI

1.GENEL OLARAK

Tüketici kavramı yüzyılımızın ortaya çıkardığı bir kavramdır. Daha önceleri yaşamsal öneme sahip ihtiyaçlar için yapılan tüketme faaliyeti zamanla sadece çağdaşca yaşamının gerektirdiği tüketim alışkanlıklarına ve giderek zorunlu olmamakla birlikte sadece tüketmek için tüketme eğilimlerine dönüştü. Çağımızda, tüketim temel ihtiyaçların giderilmesinde bir araç olmaktan çıkarak başlı başına bir amaç olmuştur. Artık tüketmek amaçtır; toplumdaki tüketme eğilimi çılgınlık düzeyindedir, bu nedenle günümüz toplumuna "tüketim toplumu" da denmektedir.

Böyle bir ticari ortamda, Türkiye’de de tüketicinin korunması amacıyla bir kanun kabul edilmesi ihtiyacı doğmuştur. Uzun yıllardan beri çeşitli tasarılar hazırlanmış ve bunlar tartışılmıştır. Sonunda 4077 sayılı ve 23.2.1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve sekiz yıllık bir uygulama sonunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 4822 sayılı ve 6.3.2003 tarihli kanun ile değiştirilmiş ve 14.03.2003 Tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Yapılan değişikliklerin en önemli ve en çarpıcı yönü, Bakanlığa hemen her konuda çeşitli yetkiler vermiş olmasıdır. Kanun adeta bir çerçeve kanun gibi düşünü- lerek, hemen hemen her konuda bakanlığa bu çerçevenin içeriğini doldurma yetkisi verilmiştir. Bakanlık kendisine verilen görevleri yerine getirmiş ve tüm konuları birer “yönetmelik” ile düzenlemiştir.

Bu kanun ile tüketicilere çeşitli haklar verilirken işletmelerin sözleşme özgürlükleri sınırlanmaktadır. Aşağıda bu haklar ana hatları ile incelenecektir. Böylece işletmelerin de sözleşme özgürlüklerinin sınırları ortaya çıkmış olacaktır.

2.TÜKETİCİ

TKHK. 3. maddesi tüketiciyi tanımlamıştır. Buna göre "**tüketici, bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi**" ifade eder. Bu tanımdan yola çıkarak tüketicinin unsurlarını sayarsak; Ticari ve mesleki amaçlarla bir malı veya hizmeti satın alanlar tüketici sayılmayacaklardır. Tacir niteliğinde olmayan tüzel kişi ve gerçek kişiler tüketici olabileceklerdir ve son olarak da tüketici, sadece bir sözleşmenin tarafı olan kişi değil, sözleşme konusu olan mal veya hizmeti edinen, kullanan veya yararlanan kişiler olacaktır. Taraf-lardan birinin tüketici olduğu bir hukuki işlemde tüketicinin korunabilmesi için diğer taraf da satıcı veya sağlayıcı olmalıdır. Ticari veya mesleki amaç kavramı, satıcının değil alıcının amacına göre belli olacaktır. Bize göre, bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya mesleki amaçlıdır. Gerçek kişiler açısından, bunun istisnaları olabilir. Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinde belirtilen, ticari işletmesi ile ilgili olmadığını belirtme veya bu durumun halin icabından anlaşılması kıstasları, bir işlemin ticari ve mesleki amaçlı olup olmadığının tespit edilmesinde, kıyasen, burada da uygulanabilir. Tüzel kişi tacirler açısından ise böyle bir istisna bulunmamaktadır. Ayrıca, 3. maddedeki tanımda, tüketici kavramı olması gerektiği gibi geniş tanımlanmıştır. Bu genişletme sayesinde bir sözleşmenin tarafı olan kişi yanında, onun ailesi, misafirleri, mal veya hizmeti kullanan veya yararlanan tüm çevresi tüketici kavramına dahil olacaklardır¹. Kanunun 3. maddesinde aynı zamanda kredi verende tanımlanmıştır. Böylelikle kanunda satıcı,

¹ Tüketici tanımındaki bu değişikliklerin tüketici kavramını genişletmek için değil, tüketicinin ailesinin kullanımı veya başkasına hediye etmek üzere aldığı mal için de tüketici sayılacağını açıklığa kavuşturmak için yapıldığı, bu kişilerin ayıplı mal nedeniyle uğradıkları zararları tüketici sıfatıyla TKHK hükümlerine dayanarak isteyemeyecekleri, ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramına göre satıcı veya sağlayıcıdan talep edebilecekleri ya da doğrudan haksız fiil hükümlerine dayanabilecekleri ileri sürülmüştür. HAVUTÇU(2005), s. 136. Bize göre bu kişiler de tüketici sayılmakta ve doğrudan TKHK hükümlerine göre ayıplı mal ve/veya sebep olduğu zararlar nedeniyle satıcı-sağlayıcı veya imalatçı üreticiden talep de bulunabilirler. Aksi halde tüketicinin hediye etmek için aldığı bir malı hediye etikten sonra hala kendisin tüketici sayılması anlamlı değildir, hediye alanın tüketici sayılarak TKHK'dan doğan hakları bizzat kullanabilmesinin sağlanması, ayıplı mal satan veya üreten kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi açısından daha uygundur.

sağlayıcıdan başka kredi veren de sözleşmenin diğer tarafı olarak kabul edilmiştir. Tüketici, kanunda belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında taraflardan birini oluşturursa gerçekleştirilen işlem tüketici işlemidir.

TKHK tüketiciye arz edilen mal ve hizmetlerle ilgili sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu mallar içerisinde her türlü taşınır mallar olduğu gibi taşınmaz mallarda girmektedir.

3.TÜKETİCİ HAKLARININ GENEL ÇERÇEVESİ

TKHK'nun 1. maddesi kanunun amacını belirlerken çeşitli ölçütler koymuştur. Esas olan tüketicinin korunmasıdır. Bunun içinde öncelikle, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunabilmesi için çeşitli tedbirler alınmalıdır. Örneğin standartlara uygun mal ve hizmetin verilmesi, tüketicinin sağlık ve güvenliğini olumsuz etkileyen ürünlere özel izin ruhsat uygulanması yoluna gidilmesi gibi. Türk hukukunda tüketicinin sağlık ve güvenliğini korumak gayesiyle konulmuş hükümlerde hapis cezası, para cezası, müsadere ve işyeri kapatma gibi cezalar ve tedbirlerle de desteklenmiştir.

Tüketicinin bilgilendirilmesi, tüketicinin aydınlatılması, eğitimi, diğer amaçlardan biridir. Tüketicinin bilgilendirilmesi için, ürünü etiketleme yolu ile tüketiciye doğru bilgi verilmesi sağlanmış olacağı gibi ürüne ait garanti belgesinin verilmesi de belgenin amacı başka olsa da tüketiciye bilgi sağlar niteliktedir. Tüketiciye bir ürün hakkında bilgi verebilecek en önemli araç ise tanıtma ve kullanma kılavuzudur. Bu nedenle sanayi mallarının satışı sırasında tanıtma ve kullanma kılavuzu ile birlikte verilmesi zorunlu tutulmuştur. Ticari reklam ve ilanlarda büyük kitlelere ürünle ilgili olarak bilgi sağlamaktadır.

4822 sayılı kanunla haksız sözleşme şartlarına karşı tüketicinin korunmasına yönelik olarak, tüm tüketici sözleşmelerinde geçerli olmak üzere genel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme sayesinde tüketicinin yaptığı sözleşmenin tüm hükümlerini tek tek tartışması, böylece tüm hükümler hakkında bilgi sahibi olması sağlanmak istenmektedir. TKHK'nun 6/A maddesinde, taksitli satışlarda, tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile taksitli satışlarda tüketicinin özellikle, fiyat ve faizle ilgili konularda tam aydınlatılmasını, sonradan bir sürprizle karşılaşmamasını sağlamak istemiştir. TKHK'nun 8 ve 9. maddelerinde ise, tüketicinin kapıdan satışlarda bilgilendirilmesi ve aydınlatılmasına ilişkin bir düzenleme yer almıştır.

Tüketicinin korunabilmesi için, onun hukuken korunmasını sağlayan bir zemini tam olarak sağlamak gerekir ki bu tüketicinin eğitilmesini sağlamaktır ve tüketicinin eğitimi amaç maddesinde yer almaktadır. Tüketicilerin kendilerini koruyan bir hukuk sistemi olduğu, bu sistem içinde hızlı ve masrafsız bir şekilde haklarını arayabilecekleri konusunda uyarılmaları ve eğitilmeleri gerekir. Amaç, bilinçli bir tüketici oluşturarak tüketicinin kendi kendini koruyabilmesine imkan sağlamaktır.

Kanunun amaç maddesinde yer alan sonuncu bir ölçüt de tüketicinin kendini koruyucu girişimlerini sağlamak gayesiyle gönüllü örgütlerin oluşumunu sağlamaktır. 4822 sayılı kanunda getirilen düzenleme de tüketici örgütleri tanımı yapılmış ve çeşitli tüketici kuruluşlarına üye seçme yetkisi, dava hakkı ve düzenleme yapılırken görüş bildirme hakkı tanınmıştır.

4. TÜKETİCİNİN AYIPLI MAL VE HİZMETLERDEN DOĞAN HAKLARI

4.1. AYIP KAVRAMI

TKHK 4. maddesinde ayıplı malın ve 4/A maddesinde ayıplı hizmetlerin sunulması halinin tüketiciye ne gibi haklar sağlayacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, tüketici satın aldığı bir mal veya hizmetin ayıplı çıkması halinde neler yapabilir, bu nedenle uğradığı zararları nasıl ve kime tazmin ettirebilir sorusunun cevabı esas olarak bu maddelerde verilmektedir. Ayıplı malların satışı nedeniyle, satıcının borçları esasen Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

Ayip terimi ile, satılan şeydeki bir veya daha çok vasıfların yokluğu kast edilmiştir.² Ayip (bozukluk) terimi satılanın, aynı çeşitten malların normal durumu ile karşılaştırıldığında, iyi niteliklerinin daha az veya kötü niteliklerinin daha çok olmasına işaret eder.³ Ayip kavramının belirlenmesinde o malda, gerek satıcının vaatleri nedeniyle gerekse mahiyeti gereği bulunması gereken "vasıflar" önemli bir rol oynamaktadır. Vasıftan, bir malı diğer mallardan ayıran doğal özelliklerle, o şeyle ilgili olduğu ve onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü iktisadi ve hukuki ilişkileri anlamak gerekir.⁴

²EDİS, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu; Ankara 1963, s.7

³TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri; İstanbul 1977, s.119.

⁴TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C1/1; Ankara 1985 s.164, (Bundan böyle "TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1" olarak kısaltılacaktır) EDİS; s.8.

TKHK'nın 4 ve 4/A maddeleri, ayıbın önemli olmasını aramamıştır. Malın değerini veya kullanımından umulan faydaları azaltan her türlü eksiklik, ayıp kapsamı içine alınmıştır⁵. Böylece BK'nın ayıp kavramı, tüketici lehine olarak genişletilmiştir.

4.2. AYIP ÇEŞİTLERİ

Maldaki ayıpları öncelikle, lüzumlu vasıflarda eksikliklerden doğan ayıplar ve zikir ve vaat edilen vasıfların eksikliğinden doğan ayıplar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Her iki durumda da "eksikliğin" ifade edildiği üzere maddi, hukuki veya ekonomik olması mümkündür.

4.2.1. Maddi Ayıplar

Tüketiciler bir mal veya hizmeti belli bir amaç için almaktadırlar. Bu amaca eşyanın fiziki yapısındaki bazı eksiklikler nedeniyle ulaşamaması hallerinde malda maddi ayıplar bulunduğu varsayılır. Bir malın yırtık, kırık, lekeli olması, yeni denilen bir otomobilin kullanılmış olması, halis ceviz denilen mobilyanın çam olması, buzdolabının soğutmaması gibi durumlar hep birer maddi ayıp teşkil eder.⁶ Çeşidi belirtilmiş eşya satımında, satıcı orta nitelikten aşağı bir malı ifa olarak öneremeyeceğinden (BK.m.85), satılan orta nitelikten aşağı ise, bu da bir ayıp teşkil eder.⁷ Diğer bir deyişle, tüketicinin bir malda bulmayı umduğu fiziki özelliklerin eksikliği halinde maddi ayıp söz konusudur⁸. Maddi ayıplar, BK gibi TKHK'da da, hem 4. Hem de 4/A. maddelerde açıkça anılmıştır

⁵ BURÇOĞLU, Haluk; "Tüketiciyi Koruma Yasa Tasarısı, Değişen Bir şey Yok" Görüş Dergisi, Ağustos 1992, s.48 (bundan böyle BURÇOĞLU; "Yasa Tasarısı"; olarak kısaltılacaktır) Kanun ayıbın önemli olmasını aramadığı için İTO tarafından eleştirilmiştir. İTO'ya göre çok basit bir arıza, mesela bir elektronik cihazın sigortasının atması gibi durumlarda tüketicinin parasını geri isteyebilmesi doğru değildir. Konuyu tabi ki tüm hakların kullanılmasında en geniş sınırı oluşturan MK. 2. madde çerçevesinde ele almak ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek hallerde tüketicinin bu haklarını himaye etmemek gerekmektedir. bkz. İTO, ELEŞTİRİ, s.2

⁶ TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.168, EDİS; s.13.

⁷ TUNÇOMAĞ; s.119.

⁸ OLGAC, Senai; Kazai Ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri CİLT 3" 1977, Ankara, s.143

4.2.2. Hukuki Ayıplar

TKHK 4. ve 4/A maddeleri, BK'nun 219. maddesi gibi hukuki ayıplardan da bahsetmiştir. Ne gibi hususların hukuki ayıp olduğunun tespiti özellikle "zapt" halleri ile karışıklıklar çıkması nedeniyle güçlük arz eder.⁹ Zapt, üçüncü kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları üstün bir haktan kaynaklanır.¹⁰ Böylece alıcının, satılan şeyde tasarrufta bulunma hakkı itiraza uğrar.¹¹ Örneğin, satılan malın çalıntı mal olması veya malın üzerinde haciz olması¹² hallerinde hukuki ayıp değil, zapt söz konusudur. Satılan malın, hukuka aykırı bir marka taşıması, başka birisine ait bir sınai veya telif hakkını ihlal etmesi, resmi mercilerce konulan güvenlik kurallarına uymaması gibi haller hukuki ayıba örnek olarak gösterilmektedir.¹³ Demek ki hukuki ayıptan, üçüncü şahsın sahip olduğu bir haktan kaynaklanan eksiklikler değil, eşyadan faydalanmayı ve onu kullanmayı sınırlandıran hukuki eksiklikleri anlamak gerekmektedir. Yargıtay kararlarında belirginleşen örnekler göre ise, satılan bir otomobile gümrük idaresince el konulması; yanlış şasi numarası vurulan otomobilin şasisine el konulması; satılan malın satım sırasında hacizli olması gibi durumlarda hukuki ayıp vardır¹⁴.

4.2.3. Ekonomik Ayıplar

TKHK 4. ve 4/A maddeleri, BK 219 maddesinden farklı olarak ayıp çeşitleri arasında, maddi ve hukuki ayıplar yanında ekonomik ayıpları da saymıştır. Ekonomik ayıplar satılan şeyin verimi, getirdiği kar, vergiden muaf olması gibi iktisadi vasıflarının eksik olmasıdır.¹⁵ Örneğin, kullanılmış otomobilin o zamana kadar, aslında daha çok kilometre yaptığı halde, daha azı ihtiva eden, (x) km yaptığıının veya kaza yapmış olduğu halde yapmamış olduğunun belirtilmesi gibi hususlar ekonomik ayıp oluşturur.¹⁶

⁹EDİS; s.14, TANDOĞAN; Borçlar Hukuku, C1/1; s.168.

¹⁰OLGAÇ; s.143.

¹¹EDİS; s.15.

¹²Yargıtay üzerinde haciz olan bir malın satışı halinde şeyin ayıplı olduğunu belirtmiş olmakla birlikte bu durum 3. kişiye zapt yetkisi verdiğinden hukuki ayıp olarak kabul edilemez. bkz. TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.171. Aksi görüş, ATASOY, Adil Ömer; TAŞKIN, Mustafa; ACAR, Hakan; Tüketiciyi Korumaya Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay kararları; Yargı Yayınevi İkinci Baskı, Ankara 2000 s.45.

¹³TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.169.

¹⁴ ZEVLİLİLER, s.66 ve orada sayılan kararlar.

¹⁵EDİS; s.17.

¹⁶TANDOĞAN; Borçlar Hukuku, C1/1; s.164.

4.2.4. Miktar Eksiklikleri

TKHK 4. ve 4/A maddeleri, açıkça niteliği etkileyen nicelik (miktar) eksikliklerinin de ayıp olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Miktar eksiklikleri malın ağırlık, hacim, yüzölçümü gibi hususlardaki eksiklikleridir. Her iki hükmün de ikinci kısmında yer alan lüzumlu vasıfları etkileyen nicelik eksikliklerinin de aynı şekilde ayıp sayılması gerekmektedir. Hizmetler açısından da niteliği etkileyen nicelik aykırılıkları ayıp sayılacaktır. Örneğin, yemekli olarak yapılan ve dört çeşit yemek verileceği belirtilen düğünde, yemeği verecek olan işletmenin taahhüdünü üç çeşit yemek vermek suretiyle yerine getirmiş olması halinde, bu durum niteliği etkileyen bir nicelik eksikliği olarak kabul edilebilecektir. Malın mahiyeti gereği miktar eksiklikleri malın vasfını etkiliyorsa, o zaman miktar eksiklikleri ayıp olarak kabul edilecektir. Örneğin, bir kumaşın veya halının santimetrekaresinde bulunması gereken ilmek sayısının daha az olması halinde mal ayıplı sayılır.¹⁷

4.3. AYIBA KARŞI TEKEFÜL BORCUNUN ŞARTLARI

TKHK tüketiciye karşı sorumlu olacak kişiler çevresini genişletmiştir. BK 219. maddesine göre alıcıya karşı "satıcının" sorumluluğu bulunmaktadır. TKHK 4 ve 4/A maddelerin 3. fıkralarına göre ayıplı maldan dolayı tüketiciye karşı, satıcı, bayi, acente, bağlı kredi veren ve mallarda, imalatçı-üretici ve ithalatçı müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. Kısacası malın üretiminden başlayarak tüketiciye ulaştırılmasına kadar geçen aşamalarda mala aracılık eden herkes tüketiciye karşı sorumlu olacaktır. BK'nın getirdiği sorumluluğa göre, TKHK sorumlular çevresini oldukça genişleterek tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesini garanti altına almak istemiştir. 4077 sayılı kanunun 10. maddesinde bağlı kredi verenlerin, tüketiciye karşı malın ayıplı çıkmasından da sorumlu olacağı kabul edilmekte idi. 4822 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle, bağlı kredi verenin sorumluluğu 4 ve 4/A maddeye açıkça konmuş bulunmaktadır.

Ayıba karşı tekeffül borcunun anlaşmayla sınırlandırılması veya kaldırılması ya da genişletilmesi BK 220 m. hükmüne göre mümkündür. TKHK'da bu hükme benzer bir hüküm yer almamaktadır.

¹⁷BK'nun 243. maddesinde satın alınan taşınmazın senette yazılı miktardan eksik olması halinde satıcı eksikliği tazmin etmek zorundadır. Burada kanundan doğan bir istisna olduğu kabul edilmektedir. Diğer hallerde ise miktar noksanlarının ayıp sayılmayacağı eksik kalan kısmın ifasının alıcı tarafından istenebileceği kabul edilmektedir. EDİS; s.10; TANDOĞAN; Borçlar Hukuku, C1/1; s.171.

Tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için, satıcının borcunu ifa etmiş olması gerekir. İfa yeri ve zamanına ilişkin hususlar tamamen BK hükümlerine göre belirlenir. İfa edilen borcun ayıplı olması gerekir. Bazı hallerde yapılan ifanın ayıplı ifa mı, yoksa başka şeyin ifası mı olduğunu ayırt etmek önemli güçlükler arz eder. Örneğin, koşu atı yerine binek atı teslimi, Van Gogh'un bir portresi yerine başkası tarafından yapılmış bir kopyasının teslimi gibi hallerde durum böyledir¹⁸. Bu gibi durumlarda, eğer, ifa geçersiz sayılırsa, alacaklı ifa etmeme nedeniyle doğan haklarını kullanacaktır. İfa geçerli fakat ayıplı ifa olarak kabul edilirse, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılabilecektir.

Satıcının malın ayıplarından sorumlu tutulabilmesi için ayıbın, hasarın intikali anında var olması gerekmektedir. Hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, eğer önceden var olan bir sebepten doğmuşsa satıcı yine sorumlu olmaya devam eder¹⁹. Ferden belli mallarda hasar kural olarak sözleşmenin yapılması anında alıcıya geçer. Çeşidiyle belli mallarda hasar, malın ferden belli edilmesine kadar alıcıya geçmez.

TKHK da BK'nuna benzer bir hüküm getirmiştir. TKHK 4 ve 4/A maddelerinin 5. fıkrasına göre, "ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mal ve hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz." BK. 221 maddenin aksine burada tüketiciye bir muayene külfeti yüklenmemiştir. Tüketicinin muayene yükümlülüğü yoktur. Aksine satıcıya bazı yükümlülükler yüklenmiştir.

TKHK 4. maddesinin 6. fıkrasına göre; tüketicinin malın ayıplı olduğunu biliyor sayılması için, satıcı veya imalatçı tarafından ayıplı mal üzerine veya ambalajına, alıcının kolayca okuyabileceği şekilde "Özürdür" ibaresini içeren bir etiket konulması zorunludur. Yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat veya reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde, bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Ancak her halükarda, bu durum, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir.

¹⁸ EDİS, s.11; BURÇOĞLU, Haluk; "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" (Bundan böyle BURÇOĞLU; Karar İncelemesi; olarak kısaltılacaktır) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, No:18, İstanbul, 1990, s.91vd.

¹⁹ Viyana Sözleşmesinde de ayıbın olması gereken an olarak hasarın intikali anı gösterilmiştir. (m.36/1) bkz. ERDEM, Ercüment; "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" Konferanslar Serisi (2) (11 Mayıs 1992), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1992 s.75, 121.

TKHK'na göre maldaki ayıpları üçe ayırmak gerekmektedir. “Özür-lüdür” ibaresi yazılı etiketle ayıbı görünür hale getirilmiş mallar (görünür ayıplar), ciddi bir inceleme yapılmadan kolayca anlaşılabilecek ayıplar (alelade ayıplar), ancak ciddi bir muayene ile veya malın bir süre kullanılmasın-dan sonra ortaya çıkabilecek ayıplar (gizli ayıplar).²⁰ Her üç halde de uygu-lanacak hükümler birbirinden farklıdır.

Üzerinde, usulüne uygun olarak konulmuş, “özür-lüdür” etiketi olan malların satın alınması halinde, tüketicinin malın özürlü olduğunu bilerek aldığı kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmasından satıcı sorumlu de-ğildir. Ancak etiketle bildirilenden başka ayıplar bakımından satıcının so-rumluluğu devam eder.

Alelade ayıplar bakımından, tüketicinin teslim tarihinden itibaren 30 günlük sürede bir muayene yapması ve ayıp tespit ederse bunu aynı süre içinde satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Burada yapılması gereken muayene bir uzman muayenesi değil, ortalama bir insanın yapabileceği bir muayene-dir. Buna esasen muayene demek de doğru değildir. Esasen tüketicinin ne teknik bilgisi, ne de tecrübeleri pek çok malı muayene edebilmesi için yeter-lidir. Bu nedenle tüketicinin yapacağı muayene, malı tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanmaktan ibarettir.

Gizli ayıplar bakımından ise, tüketicinin 30 günlük süreye uyması gerekmez. Ancak bu konudaki açık hüküm, 4822 sayılı kanunla yapılan de-ğişiklikler sırasında madde metninden çıkarılmıştır. Eski hüküm açıkça, satı-lanın ayıplarının gizli olması halinde satıcı 15 gün içinde kendisine başvu-rulmadığını ileri süremez, demektedir.²¹ Ancak, bu eksikliğin BK hükümleri ile doldurulması halinde de yine aynı sonuca ulaşılabilecektir. Bu gibi durumlarda tüketici, ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle satıcıya zamanaşımı süresi içinde başvurabilir.

TKHK 4 ve 4/A maddelerinin ikinci fıkrasında da bir ihbar yüküm-lülüğü düzenlenmiştir. Satın alınan malın veya hizmetin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde; tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren, hizmetin ise ifa edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde satıcı veya sağlayıcıya durumu bildirecektir. Borçlar kanunu alıcıya, açıkça malın muayenesi külfetini yük-

²⁰ BURÇOĞLU, Haluk; “Tüketiciyi Koruma Yasa Tasarısı, Değişen Bir şey Yok”; Görüş Ağustos 1992 s.49, TURANBOY, Asuman; “Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Sorumluluğu” Adalet Dergisi 80(4) 6. 1989 s.17.

²¹ “.. Satılan malda açık ayıp bulunması durumunda, tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren 15 gün içerisinde ayıp ihbarında bulunmak şartıyla tercih haklarından birisini kullanabilecektir. Satılan malda gizli ayıp varsa, tüketici ayıp ihbarında bulunmak için 15 günlük süre ile bağlı değildir.” T.C. YARGI-TAY 13. H.D. Sayı 1999 E.528 K.1657.

lediği halde,²² TKHK 4. maddesinde tüketiciye, satın aldığı malı muayene etme külfeti yüklememiştir. Burada, tüketici normal olarak malın kullanım şekline göre malı kullanacak ve malın kullanımının ilk 30 günü içinde ayıplı olduğu anlaşılırsa bunu satıcıya ihbar edecektir. Kanun malın alelade ayıplarının 30 günlük bir süre içinde anlaşılacağını varsaymıştır.²³

Gizli veya hile ile gizlenmiş ayıplar açısından, 30. madde hükmü gereğince, genel hükümlere göre hareket etmek gerekmektedir. Buna göre, BK'nın 222. maddesine göre, ayıp sonradan ortaya çıkarsa tüketicinin derhal ayıbı ihbar etmesi gerekmektedir. TKHK 2 yıllık bir zamanaşımı süresi koyduğuna göre, bu süre içinde çıkacak olan ayıpların derhal bildirilmesi halinde satıcının sorumluluğu doğacaktır.²⁴ Bu süre, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda 5 yıldır. İhbar, sadece ayıba karşı tekeffül borcundan yararlanabilmek için bir külfet, bir şekil şartıdır. İhbar, tek taraflı bir tasavvur açıklamasıdır. Bu nedenle, süresinde yapılıp yapılmadığının tespitinde gönderme anı esas alınır.²⁵ Tacirler arasında yapılan satışlarda satış sırasında belli olan

²² TUNÇOMAĞ, BK'nun aslında ihbar külfeti yanında onunla eşit değerde bir yüküm olan bir muayene külfeti yüklemek istemediğini belirtmektedir. Sadece ihbarda bulunmakla alıcı BK.198/1 maddenin koyduğu külfeti yerine getirmiş sayılır. Burada muayene ihbarın içeriğini doğru ve somut bir şekilde yazabilmek için eşyanın doğası gereği yapılmalıdır. s.129-130, Viyana sözleşmesi de alıcıya "mümkün olan en kısa sürede malları muayene etme" külfeti yüklemektedir. (m.38/1) bkz. ERDEM; s.76, 122.

²³ Tüketicinin satın aldığı malın ayıplı olduğunun anlaşılmasına işaret eden TKHK. m.4 hükmünün genel hüküm olan BK.m.198/1 ile doldurularak, tüketicinin teslim aldığı malın halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmekle yükümlü olduğu şeklinde anlamak gerektiği ileri sürülmüştür. TKHK'un açık hükmü karşısında, tüketiciye malın normal kullanımı dışında muayenesi külfetinin yüklenmesi mümkün görülmemektedir. Bu konuda kanunda bir boşluk yoktur. Kanun mal normal kullanılırken ayıplı olmasının anlaşılması halinde 30 gün içinde ihbarda bulunulmasını istemiştir. Kanunun tüketiciyi koruma amaçlı bir kanun olduğu göz önünde tutulacak olursa, tüketiciyi BK. ile getirilen bazı yükümlülüklerden kurtarmak istediği sonucuna daha kolay ulaşılabilir. Bkz. BERZEK, Ayşe Nur; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler"; Vergi Sorunları Dergisi S.83 1995 s.9 Krş, ZEVLİLİLER, Aydın; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 2001 İkinci Baskı s.74 vd.

²⁴ SEROZAN, değişiklikten önceki maddede yer alan teslimden itibaren işleyen 15 günlük sürenin, gizli ayıplarda da öğrenme anından itibaren işleyeceğini ileri sürmüştür. SEROZAN, Rona; "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemenin Eleştirisi" Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi C.XV S.173/4 Mayıs 1996 s.589.

²⁵ "Davacılar 4077's. Kanunun 4. maddesine uygun olarak turun bitiş tarihi olan 22.4.1997'den itibaren 15 gün içinde tüketici hakem heyetine başvurmak suretiyle ihbarda bulunmuşlardır. Tüketici hakem heyetine başvuru veya doğrudan dava açılması ihbar niteliğindedir. Mahkemece işin esası incelenerek karar verilmesi gerekirken ihbarın süresinde yapılmadığından bahisle yazılı şekilde davanın reddine karar vermesi bozma nedenidir." YARGITAY 13. HD. 4.5.1998 E. 2555/K. 3864.

ayıpların iki gün içinde, muayene sonucunda ortaya çıkabilecek ayıpların ise, 8 gün içinde malın muayenesi ile aynı süre içinde ihbarı gerekmektedir²⁶.

Hem BK hem de TKHK bakımından, satıcının maldaki ayıpları bilmemiş olması onun sorumluluğunu kaldırmaz.

4.4. TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Mal veya hizmetin ayıplı olması halinde tüketiciye dört ayrı seçimlik hak tanınmıştır; malın değiştirilmesini isteme hakkı, satıştan dönme (satış bedelinin iadesi) hakkı, semenin indirilmesini isteme hakkı, malın ücretsiz olarak tamirini isteme hakkı. BK'dan farklı olarak TKHK'da ayıplı maldan dolayı sorumlu olacakların kapsamı genişletilmiştir. BK'da sadece satıcının akdi sorumluluğu düzenlendiği halde, TKHK'da satıcı dışında tüketici ile sözleşmeye dayanan bir ilişkisi olmayan imalatçı-üretici, ithalatçı, bayii, acente ve bağlı kredi veren gibi kişileri de sorumlular arasında saymıştır.

TKHK seçimlik hakların bir talep hakkı olduğunu, tüketicinin bu taleplerden herhangi birisini seçmekte serbest olduğunu, satıcının tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmek zorunda olduğunu açıkça vurgulamıştır. Tüketicinin seçimlik haklarını kendi iradesiyle kullanması mümkündür. Ancak iradesinin bu yönde tecelli ettiğini, süresi içinde satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Bu nedenle tüketicinin seçimlik haklarının tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanılması gerekmektedir. Tüketici bu haklardan hangisini seçtiğini, bir kez bildirmekle, seçim hakkını kullanmış olur ve tercihini değiştiremez. Çünkü satıcı kayıtsız şartsız, bildirilen tercihi yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle, bu seçimlik hakkın yenilik doğurucu (inşai) haklardan olduğunu söyleyebiliriz.

Alıcı sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullandığı takdirde satın aldığı ayıplı malı olduğu şekli ile iadeye hazır olduğunu ve ödediği bedeli geri istediğini süresi içinde ihbar etmesi yeterli ve gereklidir. Satıcı da almış olduğu satış bedelini faiziyle birlikte iade etmek zorundadır. Satılan mal ayıplı ise tüketici, alıade ayıpları teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde; gizli ayıpları genel olarak iki yıl içinde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda

²⁶ KARAYALÇIN bu konuda 8 günlük muayene süresinden sonra bir 8 günlük de ihbar süresi verilmesi gerektiğini ileri sürmüştü de bu görüş kanunun açık hükmü karşısında kabul görmemiştir. KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku, I.Giriş, Ticari İşletme; Üçüncü Baskı Ankara 1968, s.547; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku C1/1, s.180; EDİS, s.89vd, Viyana Sözleşmesinde muayene süresinden ayrı olarak bir de ihbar süresi kabul edilmiştir. Gerçekten 39/1. maddeye göre "Alıcı, bir ayıplı, saptadığı veya saptaması gereken tarihten itibaren makul bir süre içinde, türünü de belirterek satıcıya bildirmezse, bu ayıba dayanma hakkını kaybeder."

beş yıl içinde, ayıp ortaya çıkar çıkmaz derhal ihbar etmiş olmak kaydıyla, zamanaşımı süresi içinde sözleşmeden dönebilir. Eğer ayıp hile ile gizlenmişse, bu durumda zamanaşımı süresi 10 yıldır; tüketici bu süre içinde hem ayıpların hem de ayıp nedeniyle hangi seçimlik hakkını kullandığının ihbarını yapmak ve bu hakla ilgili davasını ikame etmek zorundadır.

Tüketicinin seçimlik haklarından ikincisi ayıplı malın satış bedelinin indirilmesini isteyebilmektir. Bu hak, tüketicinin bu yöndeki iradesini beyan etmesiyle kullanılır. Bu beyan tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla yapılır. Bu hak yenilik doğurucu haklardan olduğundan kullanılmakla sona erer, seçim hakkı bir kez bu yönde kullanılmakla diğer seçimlik haklar düşer, hak değiştirilemez. Satış bedelinin indirilmesi seçimlik hakkının kullanılmasıyla sözleşme sona ermiş olmaz, sadece sözleşmenin özüne dokunmadan tüketicinin edimi değişir. Burada amaç, satıcı ile tüketicinin edimlerini malın ayıplı çıkması durumuna göre denkleştirilmesidir.²⁷

Tüketicinin üçüncü bir seçimlik hakkı da malın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkıdır. Tüketici, malın değiştirilmesi seçimlik hakkını tek yanlı varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanır. Bu hak bir kez kullanılmakla sona erdiğinden değiştirme talep edildikten sonra seçimlik hak değiştirilemez. Satıcı tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici malın değiştirilmesiyle birlikte, ayıplı mal nedeniyle uğramış olduğu zararların da tazminini isteyebilir. Tüketici ayıplı malın yenisi ile değiştirilmesi hakkını kullanmış ise, değiştirme nedeniyle doğacak masraflar satıcıya aittir²⁸.

Tüketicinin son seçimlik hakkı, TKHK. 4/2 hükmüne göre tüketici ayıplı malın ücretsiz onarımını isteme hakkına sahiptir. TKHK'a yeni eklenen ve ayıplı hizmetler başlığını taşıyan 4/A maddesinde ayıplı hizmetlerin tamirine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Zira ayıplı hizmetin tamiri söz konusu olamaz. Tüketici bu hakkını tek yanlı ve varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanır. Malın tamirini tercih eden tüketici bununla birlikte, ayıplı mal nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini de isteyebilir.

²⁷TUNÇOMAĞ; s.173

²⁸ YARGITAY 13. H.D. Sayı E.7368 K.7467. “-Bozma ilamında aracın yenisi ile değiştirilmesi yükümlülüğünün davalılara ait olduğuna karar verildiğine göre bunun gerekli kıldığı tüm masrafların da davalılar tarafından karşılanması gerekir. Ancak bu konuda karar verilirken gerekli masraf miktarının hesaplanıp hükmün infazına imkan verecek şekilde hüküm tesis edilmelidir. Mahkemenin bu hususları göz ardı ederek aracın yenisi ile değiştirilmesinin gerekli kıldığı masrafların davalılardan tahsiline şeklinde karar vermiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” YARGITAY 13. H.D. Sayı 2001 E.6663 K.7191

Alıcı bütün bu seçimlik haklarının yanında tazminat talep edebilecektir. Satıcının ayıplı malın neden olduğu ölüm veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden hallerde tazmin yükümlülüğü vardır.

4.5. GARANTİLİ MALLARIN AYIPLI ÇIKMASI

BK'da garanti belgeleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrin ve içtihadta garanti belgeleri iki yönü ile ele alınmaktadır. Birincisi BK'da yer almayan "onarım" isteme hakkını sağlayıcı yönü, ikincisi satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu kısıtlayıcı yönüdür. TKHK tüketiciye zaten onarım hakkı verdiği için, geriye sadece tüketicinin haklarını sınırlayıcı yönü kalmaktadır. Ancak garanti belgesi adı altında tüketicinin haklarının sınırlandırılması kabul edilemez ve geçersizdir.

TKHK 13. maddesi, bazı malların garanti belgesi ile satılmasını zorunlu tutmuştur. Hangi sanayi mallarının garanti belgesi ile birlikte satılmasının zorunlu olduğunu ve bu malların arızalarının tamiri için gereken azami süreleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Türk Standartları Enstitüsünün görüşünü de alarak tespit ve ilan etmekle görevlidir (TKHK 13/son). Bu konuda bir yönetmelik yayınlanarak garanti belgesiyle satılması zorunlu olan sanayi malları tespit ve ilan edilmiş bulunmaktadır.²⁹ Sanayi ve Ticaret Bakanlığı "Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliği" çıkarmıştır. Yönetmelik, garanti belgesi ile satılmak zorunda olan ve Yönetmelik ekindeki listede yer alan ve tüketici işlemine konu olan mallara uygulanır.

Bu duruma göre kanundan dolayı, bazı sanayi malları garanti belgesi olarak satılmak zorundadır. Bu tebliğde yer almayan diğer mallar açısından da, imalatçının veya satıcının ya da ithalatçının garanti belgesi düzenlemesini engelleyen bir hüküm yoktur.

Garanti belgesi tüketiciye iki çeşit hak tanımaktadır. Tüketici, seçimlik haklarından tamir hakkını seçerse, garanti süresi içinde bu tamir hakkı ücretsiz olarak yerine getirilecektir. Satıcı her ne ad altında olursa olsun ücret isteyemeyecektir. İkincisi ise, satıcı tamir şartını, makul bir süre içinde yerine getiremezse, araç sık sık arızalanırsa ya da tamir edemez ise, tüketici

²⁹ Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, 14.06.2003 tarih ve 25318 sayılı resmi gazette yayımlanmıştır.

seçimlik haklarına geri dönebilecek ve istediği bir hakkı tekrar seçebilecektir.³⁰

Tüketicinin ücretsiz tamir hakkından yararlanabilmesi için, malı, tanıma ve kullanma kılavuzunda belirtilen hususlara uygun olarak kullanmış olması gerekmektedir. Eğer tüketici, kullanım veya saklama hatası yaptığı için arıza meydana gelecek olursa, garanti belgesinin kendisine sağladığı haklardan yararlanamayacağı gibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine de başvuramaz. Nitekim Yargıtay bir kararında hatalı mazot kullandığından otomobilinin motoru bozulan tüketicinin ücretsiz tamir hakkından yararlanamayacağına karar vermiştir.³¹

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik³² uyarınca;

“Tüketicinin onarım hakkını kullanmasına rağmen malın;

a) Tüketicie teslim edildiği tarihten itibaren, belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde; aynı arızanın ikiden

³⁰ “Uyumsuzluk seçim hakkını onarım yönünde kullanan tüketicinin bundan dönerek, yenisiyle değiştirme hakkını kullanıp kullanamayacağı, kullanabilecek idiyse kullanabilme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konularında toplanmaktadır.

Kural olarak seçimlik haklarından birini kullanan tüketici, sonradan bundan dönerek diğer seçimlik haklarından birisini kullanamaz. Kural böyle olmakla birlikte 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 13. maddesiyle garanti belgeli mallar yönünden tercih hakkını onarım yönünde kullanan tüketicie, malın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkı belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda ayrıca verilmiştir.

Yine 4077 sayılı yasanın verdiği yetkiye dayanarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayınlanan, garanti belgesi ile tanıma ve kullanma kılavuzunun uygulama esaslarına dair Tebliğin (TRKGM-95/116-117) 12. maddesinin a bendi hükmü gereğince malın tüketicie teslim edildiği tarihten itibaren belirlenen garanti süresi içinde kalmak kaydıyla bir yıl içerisinde, aynı arızayı ikiden fazla tekrarlaması veya farklı arızaların dörtten fazla ortaya çıkması sonucu, maldan yararlanamamanın süreklilik kazanması durumunda, tüketici malın ücretsiz olarak değiştirilmesini talep edebilir.

Olayımızda davacı aracını, teslim aldığı 29.5.1996 tarihinden 15.5.1997 tarihine kadar geçen süre içerisinde, dokuz defa arıza nedeniyle davalı şirketin yetkili servisine götürmüş ve tamir ettirmiştir. Dava konusu araç 4 kez direksiyondaki arıza nedeniyle tamir görmüş olup, mahkemece alınan 5.2.1998 tarihli bilirkişi raporunda, bu arızaların imalat veya montajdan kaynaklandığını belirtmiştir. Şu halde anılan tebliğin 12. maddesinde belirtilen, garanti süresi ve bir yıl içerisinde aynı arızayı ikiden fazla, farklı arızayı dörtten fazla tekrarlama şartı gerçekleşmiş, davacının aracın yenisiyle değiştirilmesini isteme hakkı doğmuştur. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, olaya uymayan gerekçelerle davanın reddedilmiş olması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.” YARGITAY 13. H.D. Sayı 1999 E.363 K.1847, Yargıtay 13 HD Sayı 2000 E.7535 K.8117 sayılı kararı da aynı yöndedir.

³¹ YARGITAY 13. HD. E. 2002/14010 K. 2003/2998 T. 17.3.2003 YKD Cilt: 29 Sayı: 8 Ağustos 2003.

³² Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 24.04.2011 tarih ve 27914 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

fazla tekrarlanması veya farklı arızaların dörtten fazla meydana gelmesi veya belirlenen garanti süresi içerisinde farklı arızaların toplamının altıdan fazla olması unsurlarının yanı sıra, bu arızaların maldan yararlanamamayı sürekli kılması,

b) Tamiri için gereken azami sürenin aşılması,

c) Firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olması halinde sırasıyla satıcısı, bayii, acentesi, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçı-üreticisinden birisinin düzenleyeceği raporla arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi,

durumlarında, tüketici malın ücretsiz değiştirilmesini, bedel iadesi veya ayıp oranında bedel indirimini talep edebilir.”

Bunun dışında, aynı Yönetmelik, malın arızasının 10 iş günü içerisinde giderilememesi halinde, imalatçı-üretici veya ithalatçının; malın tamiri tamamlanıncaya kadar, benzer özelliklere sahip başka bir malı tüketicinin kullanımına tahsis etmesini düzenlemiştir.

Söz konusu Yönetmelik’te yer alan bir diğer önemli husus, satılan mala ilişkin olarak düzenlenen faturaların garanti belgesi yerine geçmeyeceğidir.

Burada son olarak şunu da belirtelim ki 15. maddenin son fıkrasına göre; **“Garanti belgesiyle satılmak zorunda olan bir sanayi malının garanti süresi sonrasında arızalanması durumunda, o malın Bakanlıkça belirlenen azami tamir süresi içerisinde onarımı zorunludur.”**

Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, satılan ürün için satış sonrası, montaj, bakım ve onarım hizmetlerini yürütmek üzere servis istasyonlarının kurulmasını zorunlu tutmuştur. Böylece tüketici satış sonrasında da ürünle ilgili bir sorunla karşılaştığında servis istasyonlarından faydalanabilecektir.

Bir malın garantili olarak satılmış olması, tüketicinin 4. maddede yazılı olan diğer haklarını kullanmasını önlemez. Onarım dışında kalan haklardan birinin tercih edilmesi halinde, artık 13. madde devreye girmeyecektir.³³

³³ “Davacı, aracı satın aldıktan kısa bir süre sonra ortaya çıkan, koltuk ayar düğmelerindeki arıza, gizli ayıp niteliğinde olup, dosya içersindeki raporlardan bu arızanın imalat hatasından kaynaklandığı anlaşılmıştır. Davacı yaptırdığı delil tespiti ile, bu durum anlaşıldıktan sonra davalı tarafa 26.3.1998 tarihli ihtتامameyi ve 21.3.1998 tarihli yazıyı göndererek, ayıplı aracın yenisi ile değiştirilmesini istemiştir. Davacı, 4077 sayılı kanunun 4. maddesi gereğince, gizli ayıp nedeniyle, tercih hakkını değiştirme yönünde kullanmış ve talebinin yerine getirilmemesi üzerine, iş bu davayı açmıştır. 4077 sayılı kanunun 4. maddesi gereğince davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aynı yasanın 13/3 maddesi gereğince davanın kabulüne karar verilmesi, bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi

5. HAKSIZ SÖZLEŞME KOŞULLARINA KARŞI TÜKETİCİNİN KORUNMASI

5.1. GENEL OLARAK

Günümüzde ulaşılan kütleli üretim, sözleşmelerinde küteselleşmesine yol açmıştır. Yığınlara mal ve hizmet sunan işletmeler ve bunların birlikleri, bu sözleşmelerden aleyhlerine olarak çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için, uzman hukukçularına, çeşitli sözleşme tipleri hazırlatmaya başlamışlardır.³⁴ Bu form sözleşmeler, genellikle, çok uzun metinler halinde, küçük yazılarla ve alıcının anlamayacağı bir dille yazılmıştır. Bu sözleşme şartları genellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı, sürpriz sonuçlar doğurur. Tüketici genellikle, bu sözleşme koşullarını okuyacak zamana ve bilince sahip değildir. Okusa bile bir şey anlamayacaktır. Hatta uzman hukukçular için dahi, fark edilmesi zor tuzaklar bulunmaktadır. Bu nedenle, alıcı ile satıcı arasındaki anlaşma genellikle, sadece edim ve karşı edim üzerinde olmakta diğer hususlar ise Genel İşlem Şartları (GİŞ) içinde düzenlenmiş olduğundan, satıcı tarafından diğer tarafa dikte edilmiş olmaktadır.³⁵ İşte bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir

Çeşitli ülkelerde ve Avrupa Topluluğunda genel olarak haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunmasına yönelik bir yasal düzenleme yanında çeşitli sözleşmelerdeki haksız koşullara karşı tüketicinin korunması için özel düzenlemelere de yer verilmiştir. TKHK haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması amacına yönelik olarak "genel" bir düzenleme getirmemiş, bunun yerine "tüketici kredileri", "kapıdan satışlar", "taksitli satışlar", "kampanyalı satışlar" ve "sürelili yayın aboneliği sözleşmesine" ilişkin özel düzenlemeler getirmiş bulunmaktaydı. Ancak 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklikler sırasında 6. madde de değiştirilerek "Sözleşmedeki Haksız Koşullar" başlığını almış bulunmaktadır.³⁶ Bakanlık 6. maddenin son

yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, kararın düzeltilerek onanması, HUMK' nun 438/son maddesi hükmü gereğidir." YARGITAY 13. H.D. Sayı E.4862 K.5270.

³⁴ HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması; Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s.2 vd.

³⁵ HAVUTÇU; s.7.

³⁶ Başlığın "Tüketici İşlemlerindeki Haksız Kayıtlar" veya "Tüketici İşlemlerinde Haksız Genel İşlem Koşulları" olmasının daha yararlı olacağı ileri sürülmüştür. DEMİR, Mehmet; "4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII S.1 s.213.

fıkrasına göre kendisine verilen yetki ile “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” adında bir yönetmelik çıkarmıştır.

5.2. GENEL KURALLAR

GİŞ, taraflardan birinin, ileride kurulacak bir sözleşmeye dahil edilmek üzere, henüz daha sözleşme kurulmadan önceki aşamada, sözleşme içeriğini tek başına belirleyip, bunu bir düzenlemeye bağladıktan sonra, bu içerik üzerine hiçbir etkisi olmayan diğer tarafa (sözleşene, karşı akide) sunduğu kayıt ve koşullardır.³⁷ Getirilen yeni düzenleme de, AB düzenlemesi gibi, genel işlem şartlarını değil, “sözleşmedeki tüketici aleyhine olan haksız koşulları” engellemeyi hedeflemektedir. Bu düzenleme şekli ile, sadece tüketicinin taraf olduğu sözleşmeleri kapsamaması nedeniyle, genel olarak GİŞ sorununa kesin bir çözüm getirmiş olmamaktadır; sadece tüketici sözleşmelerindeki GİŞ’leri belirli şartlarla haksız saymakta, böylece genel olarak GİŞ sorunundan daha dar bir alanı kapsamaktadır, öte yandan, tüketici sözleşmeleri bakımından, sadece GİŞ’leri değil, tüm haksız sözleşme koşullarını kapsamak suretiyle, GİŞ sorunundan daha geniş bir alanı düzenlemiş olmaktadır.

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde, karşı tarafına, değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır.³⁸ Belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğü ilkesinin, tüketici aleyhine olarak bozulmuş bulunduğu durumlarda, hukukun bozulan bu dengeyi düzeltmesi ve tüketicinin bozulan bu dengeden doğabilecek zararlara karşı korunması gerekmektedir.

GİŞ’in unsurlarını şu şekilde saptamak mümkündür:

Sözleşmenin taraflarından birisince, diğer tarafa sunulmak üzere önceden hazırlanmış ve böylece diğer tarafın etki edemediği sözleşme şartlarının varlığı,³⁹

³⁷ DEMİR; s.214.

³⁸ ATAMER, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi; Beta Yayınevi, İstanbul 2001 s.61, Bir başka tanım, “gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşulları” HAVUTÇU; s.74.

³⁹ ATAMER; s.62.

Sözleşmenin kurulmasından önce düzenlemesi, önemli olan, sözleşme yapıldığı sırada, sözleşmenin taraflarınca birlikte hazırlanmamış, daha önceden hazırlanarak, taraflardan birinin diğerine sunmuş olmasıdır.

Sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir.⁴⁰

ĞİŞ tek bir sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmaz, aksine birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenir. Bu nedenle genel ve soyut olarak formüle edilmesi gerekmektedir.

Bütün bu unsurların ĞİŞ kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle karşı akide sunulmaları gerekmektedir.

ĞİŞ sözleşme kapsamına girdiği takdirde yani sözleşme özelliklerini tam olarak sağladığı vakit genel hükümler çerçevesinde denetime tabi olacaktır.

Kanunun 6. maddesine göre “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır”. Bu şartlar tüketiciyi bağlamaz. Görüldüğü gibi tek yanlı olarak hazırlanarak tüketiciye empoze edilen ve onun haklarında iyi niyet kurallarına aykırı düşecek şekilde dengesizlik yaratan hükümler tüketici açısından bağlayıcı olmayacaktır. 6. maddenin birinci fıkrasında yer alan bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi, bir sözleşme hükmünün haksız sayılabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır⁴¹. Bir sözleşme koşulunun haksız sayılabilmesi için, sözleşme şartının,

- tek yanlı olarak konması (müzakere edilmeden);
- tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik olması;
- bu durumun iyi niyet kurallarına aykırı olması aranır.

⁴⁰ ATAMER; s.65.

⁴¹ Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan tanım ile 6. maddesinin 1. fıkrasındaki tanım aynı olmakla birlikte, Yönetmeliğin kapsamını gösteren 2. maddesinde, tanımda yer alan “iyi niyet kuralları” yerine “dürüstlük kuralları” kavramı kullanılmıştır. Buna göre “Bu Yönetmelik, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kurallarına aykırı biçimde konulmuş her türlü haksız şartı kapsamaktadır.” Yeni Medeni Kanun’un 2. maddesindeki değişiklik doğrultusunda, Yönetmeliğin 2. maddesinde kullanılan kavramın daha doğru bir kavram olduğunu belirtmek gerekir.

Bu üç koşul birlikte bulunduğu takdirde, ilgili sözleşme koşulu haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilecektir. Yani, şart tek yanlı olarak konulmamışsa, tüketici ile müzakere edilerek konulmuşsa, tüketici aleyhine dengesizlikler yaratsa bile, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir. Öte yandan sözleşme tek taraflı olarak hazırlanmış olmasına rağmen, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa, sözleşme koşulları yine haksız sayılmayacaktır. Hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin, iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde ortaya çıkması gereklidir.

Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrada tüketicinin taraf olduğu “her türlü sözleşmeden” söz edilmektedir. Bu nedenle, örneğin tüketici kredisi sözleşmelerinde, kredi kartı sözleşmelerinde vb. sözleşmelerde de yer alan haksız şartlara da bu hüküm uygulanacaktır. , 6. maddenin, tüketicinin taraf olduğu tüm tüketici sözleşmelerine uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir.

Sözleşmede anlamı belirsiz, bulanık ve özellikle tüketicinin anlamaması için bu şekilde belirsiz yazılmış olan hükümlerin, anlamlandırılmasında, tüketicinin en lehine olacak şekilde yorum yapılacaktır. Yargıç bir sözleşme koşulunun haksız olup olmadığını değerlendirirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliğini, sözleşme yapıldığı andaki ve sözleşmenin yapılmasını sağlayan tüm şartlar ve sözleşmenin veya onun bağlı olduğu başka sözleşmeler varsa bunların diğer tüm koşullarını bir bütün olarak göz önünde tutmalıdır.

Haksız sözleşme şartlarının varlığı halinde meşru mefaati olan gerçek ve tüzel kişiler dava açabilirler. Bu konuda açılacak davalar tüketici mahkemelerinde açılmaktadır. Bakanlık da bir işletme tarafından GİŞ’nin haksız olduğunu düşünüyorsa tüketici mahkemelerinde dava açabilecektir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde örnek niteliğinde haksız olarak kabul edilecek şartlar sayılmıştır. Bunlar:Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması, İfa ile ilgili sırlamalar, Sözleşmeden Dönme ve Fesih, Sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilmesi, Yükümlülüklerin Kısıtlanması, Dava ve İspat Hakkının Kısıtlanması. Bu örneklerin ortak özellikleri, sınırlayıcı olmamaları, yol gösterme amacıyla verilmiş olmaları ve bunların haksız olarak kabul edilebilecek olmasıdır.

5.3.TÜKETİCİ KREDİLERİ

5.3.1.GENEL OLARAK

Kredi, kredi veren tarafından, salt kredi alanın yararına veya onun göstereceği bir teminat karşılığında verilen ve geçici olmakla beraber belli bir süre için, belli bir satın alma gücünden vazgeçilmesini gerektiren, bu vazgeçme karşılığında kredi verene faiz sağlayan, maddi bir kazandırma, olarak tanımlanabilir.⁴²

Krediler çeşitli açılardan tasnif edilebilir. Örneğin, satıcı tarafından, bedelin malın tesliminden daha sonra alınması halinde, satıcı alıcıya bir bakıma kredi sağlamış olmaktadır, kredi, üçüncü kişiler tarafından da sağlanabilir. Kredi verme yetkisi genellikle kanunlarla belirli kurumlara verilmektedir. Veriliş amacına göre de kredileri, tüketici kredisi, üretici kredisi, ticari kredi vs gibi adlandırma olanağı vardır. Ancak genel olarak bankalarca verilen kredi değerlendirildiğinde, krediyi çeşitli açılardan şu şekilde sınıflandırmak mümkündür: Nakdi ve gayri nakdi krediler, Açık veya teminatlı krediler, Doğrudan veya dolaylı krediler, Türk parası veya yabancı para ile açılan krediler, Kısa, orta ve uzun vadeli krediler.⁴³

TKHK ile taksitli satışlar, tüketici kredileri ve kredi kartları ile ilgili özel hükümler getirilmiştir. Her üç hükmün özelliği, tüketiciye kredili alışveriş olanağı sağlamasıdır. Bu nedenle taksitli satışlar, tüketici kredileri ve kredi kartları “tüketici kredileri” başlığı altında, aynı bölüm içinde incelenmiştir.

5.3.2. TAKSİTLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Taksitli satışlar BK. 253. maddesinde ve TKHK 6/A maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. TKHK 6/A maddesinin 1. fıkrasında taksitli satış tanımlanmıştır, BK ise taksitli satışların tanımını yapmamıştır. Bu tanıma göre, **“Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür.”** Bu tanımdan hareketle taksitli satışların, alelade satışlarda gerekli olan unsurlar yanında, iki ayırt edici unsura sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi ödemeye ilişkin ikincisi ise teslimli iliş-

⁴² AKİPEK, Şebnem; Türk hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi; Seçkin Yayınevi, Ankara 1999 s.8-9.

⁴³ AKİPEK; s.10.

kin unsurlardır. Taksitli satış sözleşmesi şekle tabi bir sözleşme olarak düzenlenmiştir. Yazılı şekilde yapılmalıdır.

Taksitli satımın sözkonusu olabilmesi için bu unsurların varlığı zorunludur. Bedele ilişkin unsur; taksitli satışlarda ödeme parçalara bölünmüş olmasıdır. Kanuna göre bu parçaların en az iki adet olması gerekmektedir. Bu parçalara taksit denmektedir. Taksitlerin birbirine eşit olması, eşit aralıklarla ödenmesi şart değildir.

Bedelin taksitler halinde ödenmesi, taksitli işlemlerin karakteristik özelliğidir. Böylece satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye iktisadi açıdan kredi sağlamış olmaktadır. Teslime ilişkin unsorda da önemli olan malın tesliminin sözleşme anında yapılmış olması gerekmektedir. Mal veya hizmetin, bedelin tamamen ödenmesinden önce teslim edilmesi taksitli tüketici işlemlerinin ayırt edici özelliğidir.

TKHK'nın 6/A maddesinin ikinci fıkrasında, taksitli satışlar yazılı şekle tabi bir sözleşme olarak düzenlenmiştir. Kanun sadece yazılı şekli öngörmekle yetinmemiş ayrıca yazılı sözleşmenin zorunlu muhtevasını da kendisi belirlemiştir.

Taksitli satım sözleşmesi hukuksal niteliği itibariyle yasal olarak düzenlenmiş kendine özgü bir sözleşme olup hem mülkiyetin devri borcunu doğuran hem de alıcıya mal kredisi temin etmeyi amaçlayan bir tip sözleşmedir.⁴⁴ Farklı tiplerdeki taksitli hizmet sağlama sözleşmelerine de TKHK 6/A maddesi uygulanacaktır.

Taksitli satışlarda tüketiciyi koruyucu tedbirlerin başında tüketiciye muhtelif taksitleri veya borcun tamamını vadesinden önce ödeyebilme hakkı verilmiştir (TKHK md 6A/4). BK'da ise, tüketici sözleşme ya da gelenekle öngörülmediği sürece bir miktar indirim yapılmasını isteyemez ve bu koşula bağlı bir ödemeyi satıcı kabul etmek zorunda değildir.⁴⁵ (BK md 95)

Vadeden önce ödeme hakkı, hem kalan borcun tamamı hem de bir kısmı için açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Satıcı taksitli satış nedeniyle tüketicinin borçlandığı ve henüz vadesi gelmeyen⁴⁶ borçları ödemesi halinde satıcının bunu kabul etmeyi reddetmesi mümkün değildir. Reddederse alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanır. Ancak alacaklı bir taksit tutarından daha az olan kısmi ödemeleri kabul etmek zorunda değildir. Bir taksit tuta-

⁴⁴ OZANOĞLU, Hasan S.; Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi; Ankara 1999 s.84, AKİPEK; s.174.

⁴⁵ ZEVKLİLER; s.108.

⁴⁶ Kanunda yer verilen "önceden" ibaresi vadesinden önce olarak anlaşılmalıdır.

rından daha az olan ifa talepleri geçerli ifa talebi olarak kabul edilmeyecektir. Kanun açıkça yapılacak ödemenin "bir taksit miktarından az olmamak şartıyla" satıcı tarafından kabulünün zorunlu olduğunu belirtmiş bulunmaktadır.

Tüketicinin bir veya birden fazla taksiti vadesinden önce ödemesi halinde, satıcı ödenen miktara göre gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür.

Satıcı kendisini korumak için sözleşmeye bir taksidin ödenmesinde temerrüt edildiği takdirde diğer taksitlerinde muaccelik kazanacağı hususunda bir şart koyar. Bu muacceliyet şartı nedeniyle alıcının ve tüketicinin sömürülmesini önlemek için BK.258. madde ve TKHK. 6/A. maddesi 5. fıkrası konulmuştur. Taksitlerden bir ya da bir kaçının ödenmemesi durumunda geri kalan borcun tümünün istenebilir hale geleceği kararlaştırılmışsa, bu hakkın ileri sürülebilmesi için:

- a. Satıcının bütün edimlerini yerine getirmiş olması
- b. Satıcının en az bir haftalık ödeme süresi tanıyarak muacceliyet uyarısında bulunması
- c. Tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemedede gecikmeye düşmesi
- d. Ödenmeyen taksit tutarının satış bedelinin en az onda biri olması gerekmektedir.

Bu koşullar gerçekleşmedikçe taraflar sözleşmede öngörmüş olsalar da bir tek taksitin ödenmemesi ile geri kalan borcun tümü istenebilir hale gelmez. Borçlar Kanununun 258'inci maddesindeki düzenlemede aynı paraleldedir.

Ayrıca TKHK taraflarca sözleşmede belirlenen ve tüketiciye yazılı olarak bildirilen sözleşme koşullarında ve özellikle malın toplam satış fiyatında hiçbir biçimde tüketici aleyhine değişiklik yapılamaz.

TKHK 6/A maddesinin 2. fıkrası taksitli satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını ve sözleşmede bazı koşulların zorunlu olarak bulunmasını şart koşmaktadır. Ayrıca 3. fıkra da yapılan bu yazılı sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi şart koşulmaktadır. TKHK 6/A maddesinin 2 ve 3 fıkraları emredici mahiyette bir hükümdür. Dolayısıyla buna uyulmaması

halinde, yani sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması BK 12. maddesine göre, sözleşmeyi geçersiz kılacaktır.⁴⁷

Kanunun 6. maddesinde, sözleşmede bulunması zorunlu olan hususlarda eksiklik haline ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ortada bir yazılı sözleşmenin var olduğu, ancak içeriğinin kanuni zorunlu içeriğe uymadığı hallerde sözleşme geçersiz olmayacak, ancak, satıcı-sağlayıcı veya kredi veren tarafından tamamlanacaktır.

5.3.3. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMESİ

TKHK'un 10. maddesi "Tüketici Kredisi" başlığını taşımaktadır. Kredi sözleşmeleri bağımsız ve kendine özgü yapısı olan ve kredi açanı tek bir borç (kredi verme borcu) çerçevesi içinde çeşitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokan bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸

Kredi açma sözleşmesi ile bir kimse, bir karşılık uğruna, diğerine, kredi açmayı veya kendi kredisini ona kullandırmayı taahhüt eder. Bu sözleşme gereğince, banka çoklukla tacir olan diğer yana, örneğin, cari hesap kredisi açmayı, onun çekeceği poliçeleri kabul etmeyi, üzerine yapılacak havaleyi ödemeyi, kefil olmayı yüklenir.⁴⁹

Kredi sözleşmesi ile tüketici kredisi sözleşmesi arasındaki temel fark amaç bakımından ortaya çıkmaktadır. Tüketici kredilerinde, ticari ve mesleki amaç söz konusu değildir. Diğer kredilerde ise, ticari, mesleki veya zirai amaçlarla kredi alınabilir⁵⁰.

Tüketici kredisi, TKHK 10. maddesinin ilk cümlesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "**Tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir.**" Tüketici kredisi sözleşmesi ise Tüketici Kredisi Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Buna göre "a) Tüketici kredisi sözleşmesi: Kredi veren ile tüketici ara-

⁴⁷ Yasada düzenlenen yazılı şekil zorunluluğunun sıhhat şartımı yoksa ispat şartımı olduğunun açık olmaması nedeniyle eleştirisi için bkz. SEROZAN; s.583.

⁴⁸ TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C.1/2; Ankara 1985 s.332-333.

⁴⁹ TANDOĞAN.; Borçlar Hukuku C.1/2; s.332, TUNÇOMAÇ; s.784. "Kredi açma sözleşmesini, kredi verenin, kredi alana karşı, isteği üzerine belirli şartlarla ve belli bir sınıra kadar, belli veya belirsiz bir zaman süreci içinde, ödünç para vermeyi veya herhangi bir şekilde kendi kredisini lehdarın emrine tahsis etmeyi üstlendiği, yani kredi türlerinden herhangi birini, kullanmayı; taahhüt ettiği, buna karşılık kredi alanın da açılan kredileri geri ödemeyi, eğer doğarsa kredi verenin zararını tazmin etmeyi ve faiz, komisyon gibi masrafları ödemeyi üstlendiği, çerçeve niteliğinde bir sözleşme, olarak tanımlayabiliriz." AKİPEK; s.37.

⁵⁰ AKİPEK, s.215

sında bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak alınan krediye ilişkin sözleşmeyi,” ifade eder.

Bu tanımlardan ortaya çıkabilecek unsurlar şunlardır. 1) Tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları tüketici ve kredi verendir. 2) Tüketici kredisinin konusu nakit olarak alınan kredidir. 3) Tüketicinin krediyi almaktaki amacı ise bir mal veya hizmet edinmektir.

Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi alan (tüketici) ile kredi veren (banka veya başka bir finans kurumu) arasında yapılan bir sözleşmedir.

Kanunda tüketici şu şekilde tanımlanmıştır. **“Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olamayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi”** ifade eder.

Kanunun 3. maddesinde kredi veren de tanımlanmıştır, buna göre; **“Mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketlerini,”** ifade eder.

Bu hükme göre, banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri dışında kişilerle yapılan kredi sözleşmeleri tüketici kredisi sayılmayacak ve 10. madde hükümlerine tabi olmayacaktır

Tüketici kredisi sözleşmesinin konusu, nakit paradır. Nakit, Türk Lirası olabileceği gibi başka bir ülke parası da olabilir, nitekim 10. maddenin 2. fıkrasının 1) bendinde yabancı para cinsinden de tüketici kredisi verilebileceği kabul edilmiştir.⁵¹

Tüketici kredisi sözleşmesinin amacı, tüketicinin "bir mal veya hizmet edinmesidir." önemli olan bu mal veya hizmetin ne olduğunun tüketici kredisi sözleşmesinde gösterilmesinin gerekip gerekmediğidir. Bizce gerekli değildir. Aksi halde, halen uygulanmakta olan ve tüketici kredilerinin büyük bir çoğunluğunu oluşturan serbest kredilerin kanunun 10. maddesi dışına çıkarılması gerekecektir.

4822 sayılı kanun ile 4077 sayılı kanun değiştirilmeden önce, taşınmazlar kanunun kapsamı dışında bulunmakta idi. Yargıtay gayrimenkul alımı için alınan bir kredinin tüketici kredisi sayılmayacağına karar vermiştir.⁵²

⁵¹ Kanunda yapılan değişiklikler haklı olarak, tüketicinin yabancı para üzerinden ve yabancı para borçlarına uygulanan en yüksek faiz oranı ile kredi sözleşmeleri yaparak borçlandırılması ile ilgili bazı nispi emredici kurallar öngörmek gereği ortada iken bu yola gidilmemesi yönünden eleştirilmiştir. DEMİR; s.225.

⁵² “Alınan kredinin “ticaret konusu taşınır eşya” için değil, mesken alımı için kullanıldığı anlaşılmış olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna göre bu kredinin 10. maddede düzenlenen tüketici kredisi olarak kabul edilmesi olanaklı bulunmadığından, davaya bakma görevi tüketici mahkemesine ait değildir.” “Hemen belirtmek gerekir ki, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10. mad-

Ancak yapılan değişikliklerle, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar da kanunun kapsamına alındığından, bundan böyle konut ve tatil amaçlı taşınmaz edinme amaçlı olarak tüketici kredisi yapma olanağı bulunmaktadır.

Kanunun 10. maddesinin ilk fıkrasına göre “**tarafklar arasında akdedilen sözleşmede öngörölen kredi şartları, sözleşme süresi içersinde tüketici aleyhine değıştirilemez.**” Bu hükümden ilk anlaşılması gereken, sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değıştirilemeyeceğı fakat tüketici lehine olarak değıştirilebileceğidir.

TKHK. 10 maddesinin 1. fıkrası tüketici kredisi sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılmıştır.⁵³ Ayrıca yazılı olarak yapılan bu sözleşmenin zorunlu olarak içermesi gereken bazı hususlar sayılmıştır.

Kredi veren, kredi miktarı olan parayı tüketiciye vermek veya bağı krediler açısından bu parayı doğrudan satıcıya ya da hizmet sağlayana vermek zorundadır. Daha sonra da, tüketici kredisi sözleşmesinde tespit edildiğı şekilde, tüketici borcunu taksitler halinde geri öder.

Tüketici ise, bu geri verme borcuna ilave olarak kredi verene bir miktar faiz ve komisyon da ödemektedir.⁵⁴ Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre gecikme faiz oranı, sözleşmede belirlenen (kapital) faiz oranının %30 fazlasından daha yüksek olmamak üzere, taraflarca kararlaştırılacaktır.

TKHK. 10. maddesinin 4. fıkrası ile tüketici kredileri bakımından tüketicinin erken ödeme yapabilmesi olanağı kabul edildiğı gibi, kredi vere-

desinde tüketici kredisi, tüketicilerin banka ve benzeri finans kurumlarına bir mal veya hizmeti satın almak amacıyla kullandıkları kredi olarak tanımlanmıştır. Yine aynı yasanın 23. maddesinde bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak çıkacak uyusmazlıklara Tüketici Mahkemeleri'nde bakılacağı öngörölmüştür. Ancak, 4077 sayılı kanunun 3. maddesinde mal tanımı “ticaret konusu taşınır eşya” olarak yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu mal tanımından yola çıkıldığında gayri menkul alımı için verilen kredileri tüketici kredisi olarak kabul etmek mümkün değildir.

Görölmekte olan davada dosya içersindeki sözleşme ve resmi ipotek senetlerinden, davacının aldığı kredinin mesken alımı için kullandığı anlaşılmacla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre bu kredinin 10. maddede düzenlenen tüketici kredisi olarak kabul edilmesi olanaklı bulunmadığından, bu davaya bakma görevi Tüketici Mahkemesi'ne ait değildir.” YARGITAY 11. H.D. E.2001/7701 K.2002/244 T.14.1.2002 YKD Cilt: 28, Sayı: 6, Haziran 2002.

⁵³ ZEVLİLER; madde metninde geçen “bir mal veya hizmet satın almak için” ibaresi nedeniyle kredi sözleşmesinde her hangi bir mal veya hizmet alımından söz edilmemesi halinde sözleşmenin yazılı şekle tabi olmayacağını ve tüketiciye de verilmesi gerekmeyeceğini belirtmektedir. Bkz s.140. Bize göre bu ifadenin böyle bir amacı yoktur, her türlü tüketici kredisi zaten bir mal veya hizmet için harcanmak üzere alınmaktadır, ya da öyle olacağını varsaymak mümkündür. Özellikle yeni hizmet tanımından sonra başka türlü düşünme olanağı da yoktur. Tüketicinin gereğı gibi korunabilmesi açısından, tüm tüketici kredisi sözleşmelerinin yazılı yapılması ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi gerekir. Krş. AKİPEK; s.254-255

⁵⁴ AKİPEK; s.357.

ne de bunu kabul ve gerekli faiz ve komisyon indirimini yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Kredi kuruluşunun tüketici kredisinin kullanımını tamamen tüketiciye bırakması halinde serbest kredi söz konusu olur. Örneğin taşıt alım kredisi olarak verilen bir tüketici kredisinde belirli bir marka taşıtın alınması koşulu yer almamaktadır. Bu durumda tüketici istediği marka taşıtı alabilir. krediyi hangi ihtiyacının görülmesinde kullanacağı tamamen tüketicinin inisiyatifine kalmaktadır. Bu gibi kredilere "serbest tüketici kredisi" denmektedir.⁵⁵

Bazı hallerde ise tüketici kredisi belirli bir kişi ile veya belirli marka bir mal hakkında sözleşme yapılmak kaydı ile verilmektedir. Örneğin, Tofaş marka bir otomobil almak üzere veya Metro Gross Market ile bir sözleşme yapmak üzere verilmektedir. Kanunun 10. maddesinde iki farklı bağlı tüketici kredisi düzenlenmiştir. Birincisi, "belirli marka bir mal veya hizmetin satın alınması için verilen tüketici kredisi", ikincisi ise "belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile sözleşme yapma şartı ile verilen tüketici kredisidir." Bu anlamda, "tedarik kredileri" yani, marka belirtilmeden, belirli bir malın, örneğin otomobil, alınması için verilen krediler, kredi veren marka veya satıcı belirtmediğinden, bağlı tüketici kredisi sayılmayacaktır. Kanunun 10. maddesinin 5. fıkrasına göre, kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda bağlı tüketici kredisi söz konusu olur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi TKHK, bağlı kredilerde, kredi verene, kredi sözleşmesi dışında, satıcı-sağlayıcı ile tüketici arasındaki sözleşme açısından da bazı sorumluluklar yüklemiştir.

Bağlı tüketici kredisi ile alınan bir malın ayıplı çıkması halinde tüketici 4. ve 4/A maddelerine göre seçimlik haklarını kredi verene karşı da kullanabilecektir.

Kredi verenin, ifa etmemeden sorumluluğu 4822 sayılı kanun ile getirilmiştir. Eskiden böyle bir hüküm yoktu. Böylece, tüketiciyi belirli bir kişiden mal satın almaya yönlendiren kredi veren, yönlendirdiği kişinin sözleşmeyi gereği gibi ifa edeceğine de tüketiciye temin etmiş olmaktadır.

Kanun koyucu 10. maddenin son fıkrasına göre; kredi verenin, kredi karşılığında tüketiciden kıymetli evrak almasını yasaklamıştır.

⁵⁵ ÖZSUNAY, Ergun; "Türkiye'de Tüketici Kredileri: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bazı Düşünceler" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli" İstanbul Ticaret Odası Yayını No 1992-3 s.4, BLAUROCK, Uwe, "Alman Hukukunda Tüketici Kredisi" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamaları Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını No 1992-3 s.34.

5.3.4. KREDİ KARTLARI

Kredi kartları TKHK 10/A maddesinde, tüketici kredisinin bir çeşidi olarak düzenlenmiştir. Kredi kartları, üye işyeri sözleşmesine göre ticari işletmenin yükümlü olduğu edimi talepte, kart hamilinin yetkili olduğunu belgeleyen ve sınırlı bir teşhis fonksiyonuna sahip, günlük hayatta kullanılan kartlar ve işletmelerden biri olarak kabul edilebilir.⁵⁶

Kredi kartlarının işe yarayabilmesi için, bazı işyerlerinde geçmesi gerekir. Bu amaçla kredi kartını çıkaran kurumlar, işyerleri ile sözleşmeler yaparak, kendileri tarafından çıkarılan kartları ödeme aracı olarak kabul etmelerini sağlarlar. Buna üye işyeri sözleşmesi denir. Üye işyeri sözleşmesini, ticari işletmenin kurum tarafından belirlenecek kişilerin yapacağı alışverişlerde nakit istemekten vazgeçip kredi kartını kabul etmek ve kredi kartı kurumunun ise, kart verdiği kişiler tarafından yapılacak alışveriş bedellerini ödemekle yükümlü olduğu, sürekli bir ilişki doğuran, tam iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlamak mümkündür.⁵⁷

Bize göre, kredi kartı vermekle, kredi kartını çıkaran kurum, hamile gayri nakdi bir kredi açmış olmaktadır. Krediyi kullanıp kullanmamak hamilin elindedir. Hamil eğer isterse, ödemelerini taksitlere bölmek suretiyle bu gayri nakdi krediyi nakdi krediye de dönüştürebilir. Artık, taksit olanağı sağlamayan kredi kartı yok gibidir. Öte yandan pek çok kredi kartı nakit çekme olanağı da tanımaktadır.⁵⁸ Bu nedenle, kredi kartlarının kredi fonksiyonu vardır, bu fonksiyon, ciddi sorunlar doğuracak kadar çok kullanılmaktadır, bu nedenledir ki, 4822 sayılı kanunun geçici maddesi ile kredi kartı aracılığı ile kullanılan kredilerden doğan sorunların çözülmesi için geçici bir düzenleme getirilmiştir.

4077 sayılı kanunda kredi kartları ile ilgili olarak, her hangi bir düzenleme bulunmamakta idi. 4822 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerle kanuna 10/A madde eklenmek suretiyle kredi kartları da kanun kapsamına alınmıştır. Böylece, kredi kartları ile nakit kullanılan ya da nakit krediye

⁵⁶ ÇEKER, Mustafa; Kredi Kartı Uygulaması ve özel hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı; Banka ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı Hukuk Fakültesi Ankara 1997 s.39.

⁵⁷ ÇEKER; s.49.

⁵⁸ "Esasen kredi kartlarının bir ödeme aracı olduğu doğrudur. Fakat salt ödeme aracı olma niteliği sadece, "debit card" adını verdiğimiz ve kredi fonksiyonu olmaksızın bankada müşterinin, yani tüketicinin, cari hesabında mevcut bulunan parayı nakit olarak otomatik vezne makinesinden (ATM) çektiği veya yine mevcut olan paradan Elektronik veya Maestro diye adlandırdığımız sistemlerle ödeme yaptığı kart türünde mevcuttur." AKİPEK; s.187, 188.

dönüşen krediler tüketici kredisi olarak kabul edilmiştir. Kanun da kredi kartlarının özellikle bu yönü ile, yani, bir çeşit tüketici kredisi olarak kullanılması hali ile ilgilenmiş, tüketiciyi nakit kredi kullandığı hallerde, korumayı amaçlayan hükümler getirmiştir. Kredi kartları vasıtasıyla kullanılan krediler, 10. maddede düzenlenen nakit tüketici kredilerinden farklıdır. Nakit tüketici kredileri, kredi veren tarafından açılmakta, tüketici krediyi, belirli bir süre içinde geri ödeyerek kapatmaktadır. Yani tahsis edilen kredi bir ke-relliğine kullanılmaktadır. Oysa kredi kartlarından kullanılan tüketici kredileri, kullanılıp, kapatıldıktan sonra tekrar tekrar kullanılabilir. Bir çeşit rotatif (dönerli) kredi şeklindedir. Bu nedenle 10. maddenin bazı hükümlerinin kredi kartları bakımından uygulanmayacağı belirtmiştir.

Tüketicinin korunması amacıyla kredi kartları ile ilgili olarak getirilen en önemli düzenleme bundan böyle keyfi ve derhal, hatta geçmişe etkili bir şekilde yürütülen faiz uygulamalarının yasaklanmasıdır. Bundan böyle kartı çıkaran kuruluş faiz arttıracak olursa bunu tüketiciye ihbar etmek ve ihbar tarihinden itibaren 30 gün geçmedikçe yeni faizi uygulamamak yükümlülüğü altındadır. Tüketici yeni faizi kabul etmek zorunda değildir. Eğer isterse 60 gün içinde tüm borçlarını kapatarak yeni faizin kendisine uygulanmasını önleyebilir. Ayrıca kredi kartı ile ödeme halinde, tüketiciden komisyon veya benzeri isimler altında ek bir ödeme istenmesi de yasaklanmıştır.

5.4. KAPIDAN TÜKETİCİ İŞLEMLERİ

Kapıdan satışlar, özellikle profesyonel pazarlamacıların, hazırlıksız olarak yakaladıkları tüketiciye, satış sözleşmesini, emrivaki olarak kabul ettirdikleri, tüketicinin hiçbir şekilde malın kalitesinden emin olma şansının bulunmadığı, fiyatını karşılaştırma olanağı olmadığı ve hatta sağlıklı düşünme fırsatını dahi bulamadığı zorlayıcı bir satış türüdür TKHK. 8. maddesinin 1. fıkrası kapıdan satışları tanımlamaktadır. 4822 sayılı kanun ile bu hükümde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu hükme göre, **“Kapıdan satış; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılan satımlardır.”** Yapılan bu tanım ile kapıdan satış, satış sözleşmesinin, mutata satış yerleri dışında yapılmış bir halinden ibarettir. Kapıdan satışların konusu taşınır bir malın satımı veya bir hizmetin görülmesidir.

Bir tüketici işlemini, kapıdan tüketici işlemi yapan unsur, işlemin mutata satış yerleri dışında yapılmış olmasıdır. Sözleşmenin, satıcının işyerinde yapılmadığının, aksine işyeri dışında yapıldığının kanıtlanması tüketiciye düşen bir yükür. Ancak İspat Hukuku açısından, tüketicinin bu konuda

bazı zorluklarla karşılaçağı da açıktır. Nitekim, Yargıtay bir kararında; sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı yer olarak satıcının işyeri gösterilmiş ise tüketicinin aksini aynı güçte bir delil ile kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹. Bu durumda kanuna karşı hile söz konusu olduğundan, en azından kanuna karşı hilenin aksinin her türlü delil ile kanıtlanmasının mümkün kılınması, tüketicinin ispat yükünü kolaylaştıracaktır.

Tüketici, hiçbir gerekçe göstermeden, hiçbir yükümlülük altına girmeden teslim aldığı malı teslim tarihinden itibaren 7 gün içinde reddedebilir (TKHK. M.8/3). Kanunun cayma hakkı olarak düzenlemiş olduğu bu hak, tüketicinin sözleşmeyi oluşturan iradesini geri alabilmesini sağlayan bir haktır. Kapıdan işlemlere özgü cayma hakkı (geri alma hakkı), tüketiciyi koruyucu özel niteliği gereği, tüketicinin yasada öngörülen tipik durumlarda irade beyanında bulunarak yaptığı işlemi, belirli yasal süre içerisinde ve gerekçesiz bir şekilde geri alma suretiyle etkisizleştirip, tasfiye amaçlı bir borç ilişkisine dönüştürme yetkisi veren ve değiştirici nitelikte yenilik doğuran bir haktır.⁶⁰ 4822 sayılı kanun ile caymanın şekline ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Kapıdan Satış Yönetmeliğinin 11. maddesine göre; **“Mal veya hizmetin reddedilmesi halinde tüketici cayma kararını, herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın satıcıya bildirir.”** Bu durumda, tüketici her hangi bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın cayma iradesini satıcıya bildirebilecektir. Cayma ile sözleşme hiç gerçekleşmemiş olacaktır. Kapıdan satış sözleşmeleri geciktirici şarta bağlı bir sözleşmedir. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması cayma hakkının kullanılmamasına bağlıdır. Kanunda belirtilen süre içinde, tüketici cayma hakkını kullanmazsa, sözleşme hüküm ve sonuçlarını, yapıldığı andan itibaren geçerli olmak üzere doğurur. Ancak bu durumda, satıcı, tüketiciden sözleşme konusu mal veya hizmetin bedelini ödemesini ya da borçlandırıcı belgeler vermesini isteyebilir. Şart gerçekleşmeyince, sözleşme de hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır.

TKHK nun 8.maddesinin 3. fıkrasına göre cayma hakkının kullanılması halinde, satıcının, tüketiciye teslim etmiş olduğu malı yirmi gün içinde geri alma yükümlülüğü, tüketicinin ise malı geri verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tüketici malın mutaat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

Kapıdan satış sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmak zorundadır ve sözleşmede tüketicinin cayma hakkını gösteren bir paragraf olmak zorunda-

⁵⁹ Yargıtay 13. HD 2000/E9516-K.10184 sayılı kararı. Aynı yönde diğer bir karar, Yargıtay 13 HD 2000/E5118-K.9511

⁶⁰ DEMİR; 301.

dır. Tüketici sahip olduğu haklarının yazılı sözleşmeyi imzalar. Satıcı bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlamak ve sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır.

5.5. MESAFELİ SÖZLEŞMELER

Kanunun 9/A maddesinin birinci fıkrasında mesafeli sözleşmeler tanımlanmıştır. **“Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir”** Mesafeli satışların ayırt edici özelliği, tarafların karşı karşıya gelmeksizin, iletişim araçları vasıtası ile sözleşme yapmalarındır. Bunlar; Yazılı iletişim araçları ile yapılan sözleşmeler, Telefonla yapılan sözleşmeler, Teleshopping, Elektronik ticaret, ve diğer iletişim araçları (teleks, telefaks ve teleteks) ile yapılan sözleşmeler mesafeli sözleşmelerdir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğde belirlenecek yazılı bilgilerin tüketiciye mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. (9/A-II, C.1) Tüketici bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Bu ön bilgilerin yazılı olarak kanıtlanması gerekmektedir. Mesafeli satışların da kapıdan satışlar gibi yazılı yapılması ve zorunlu içeriği ile ilgili kurallara uyulması zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim, Mesafeli sözleşmeler Yönetmeliğinin “Sözleşmede Bulunması Gereken Şartlar” başlıklı 7. maddesine göre; *“Mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur.”*

Mesafeli satımda tüketiciyi koruyan en önemli koruma cayma hakkıdır. Kapıdan satışlarda varolan cayma hakkı mesafeli sözleşmelerde de vardır; ancak peşin ödeme yasağına dair hüküm maddenin açıklığı karşısında mesafeli sözleşmelerde uygulanmayacaktır.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 8. maddesinin ilk fıkrasına göre; **“Tüketici; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar. Sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar cayma hakkını kulla-**

nabilir. Cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir.” Bu hüküm kapıdan satışlarda cayma hakkına ilişkin kanun ve yönetmelik hükümleri ile paralellik taşımaktadır. Yönetmeliğin 6 ve 7. maddelerindeki bilgilerden biri eksikse satıcı veya sağlayıcı en geç 30 gün içinde eksikliği gidermelidir. Eksikliğin giderildiğine dair yazılı bilginin tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren 7 günlük cayma süresi işlemeye başlar.

Cayma hakkının kullanılmasının sonucunda satıcı ve sağlayıcının iade borcu doğmaktadır. Satıcı veya sağlayıcı cayma bildirimi kendilerine ulaştığı tarihten itibaren 10 gün içinde almış oldukları bedeli, kıymetli evrakı iade etmekle yükümlü olmakla beraber, 20 gün içinde de malı geri almakla yükümlüdürler. Cayma hakkının kullanılmasıyla beraber tüketicinin de iade borcu doğmaktadır. Tüketici cayma hakkını kullanmakla, sözleşme konusu malı ve varsa semerelerini satıcıya geri vermek zorundadır.

Mesafeli Sözleşme Yönetmeliğinin “Geri Ödeme” başlıklı 10. maddesine göre; **“Mesafeli sözleşmelerde, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde tüketici, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanıldığı gerekçesiyle ödeme işleminin iptal edilmesini talep edebilir. Bu halde, kartı çıkaran kuruluş itirazın kendisine bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder.”**

Mesafeli Sözleşme Yönetmeliğinin 11. maddesinde bu yönetmeliğin hangi konularda kapsam dışı olacağı sınırlı olarak sayılmıştır.

5.6. KAMPANYALI SATIŞLAR

Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasından hareketle, kampanyalı satışları şu şekilde tanımlamak mümkündür. Genel olarak kamunun kabulüne açık olarak basın ve diğer kamuya açık iletişim araçları kullanılarak, kamuya yapılmış bir icap ile, kabul edenlerden semenin kısmen veya tamamen tahsil edilmesinden sonra malın teslimi veya hizmetin görülmesini öngören satış sözleşmelerine kampanyalı satış denir.

Kampanya yolu ile yapılan satışlar peşin kampanyalı satış ve taksitle kampanyalı satış olarak ikiye ayrılır. Eğer kampanyalı satış sözleşmesinde, teslimden sonraya ödenecek bir kısım semen bırakılmışsa, bu sözleşmenin hukuki mahiyeti "taksitli satış"tır.⁶¹ Eğer semen tamamen ödendikten sonra

⁶¹ TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C 1/1; s.298.

teslim yapılacak ise, bu durumda taksitli satışa ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu durumda alelade satımda satıcının ediminin vadeye bağlanması söz konusudur. Dolayısıyla satış sözleşmesi hükümleri uygulanır.

TKHK'nun 7. maddesinin son fıkrasında, kampanyalı taksitli satışlara kanunun 6/A maddesinin de uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca kanunun 7. maddesinde taksitli satışları düzenleyen 6/A maddesine, sözleşmenin zorunlu içeriği ile ilgili olarak atıf yapılmıştır. Bundan başka Kampanyalı Satış Yönetmeliğinin 9. maddesinde, taksitli kampanyalı satışlarla ilgili olarak, erken ödeme ve muacceliyet şartının, aynen taksitli satışlarda olduğu gibi uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kampanya yolu ile yapılan satışların gerek peşin gerek taksitli olan türünde satıcı malı ilan ettiği koşullara uygun olarak belirtilen zamanda teslim etmek, belirtilen nitelikte mal teslim etmek, belirtilen nitelikten az teslim etmemek belirtilen fiyattan fazla istememek zorundadır. Aksi halde buna uymayan satıcı alıcıya karşı sorumlu olur. Satıcının yanında bayi, acente, temsilci, imalatçı-üretici ve ithalatçı da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Kanunun 7. maddesinin 7. fıkrasında da ifa zamanı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Buna göre malın teslim veya hizmetin ifa süresi 12 ayı geçemez. Tüketicinin borçları henüz tamamlanmamış olsa ödemeler bu tarihlerden sonraya uzayacak biçimde planlanmış olsa da teslim ya da ifa bu sürelerde yapılacaktır. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar için bu süre 30 aydır. Ödemeler tamamlandığı andan itibaren 1 ay içinde satıcı sağlayıcı ifa borcunu yerine getirmelidir.

Ancak tüketici sözleşme yapıldıktan sonra, herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden cayabilmektedir. Bu hak süreye tabi değildir. Fakat malın tesliminden sonra da cayma hakkı kullanılamaz. Satıcı ise tüketicinin ödediği tüm bedeli iade etmekle yükümlüdür.

Bakanlık yayınlamış olduğu yönetmelik ile bazı mallarla ilgili kampanyalı satışların yapılabilmesini izne tabi kılmış, diğerlerinin ise yapılmasını serbest bırakmıştır. İzne tabi olan kampanyalı satışlar Kampanyalı Satış Yönetmeliğinin 10 maddesinde düzenlenmiş ve diğerlerinin ise izne tabi olmadığı da ayrıca vurgulanmıştır. Buna göre; düzenlenecek kampanyalı satışlarda, konut ve tatil amaçlı taşınmazların, motorsikletlerin, otomobillerin ve minibüslerin kampanyaya konu olması durumunda, 11 inci maddede belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde "Kampanyalı Satış İzin Belgesi" alınması zorunludur.

5.7. PROMOSYONLU SATIŞLAR

Promosyonlu satış, bir mal veya hizmetin satın alınması halinde, onunla birlikte başka bir mal veya hizmetin bedava ya da çok ucuza verilmesi vaadi ile, tüketicinin alışveriş için bir fırsat yakaladığını düşünmesine yol açan kampanyalı bir satış türüdür.⁶² 4822 sayılı kanunla yapılan değişiklikler sırasında, genel olarak promosyonlu satışlar değil, süreli yayınların uyguladıkları promosyonlu satışlar düzenlenmiştir.

4077 sayılı kanunun 11. maddesinin ilk cümlesi, yazılı basın kuruluşları tarafından promosyon olarak hangi ürünlerin verilebileceği düzenlenmektedir. Bu hükme göre, süreli yayın kuruluşlarının, kültürel ürünler dışında ürünleri promosyon olarak vermeleri yasaklanmış bulunmaktadır. Kültürel ürünler arasında da bir ayırım yapılmıştır. Süreli yayın kuruluşlarının verebileceği kültürel ürünler, “süreli yayıncılık amaçlarına aykırı olmayan” kültürel ürünlerdir.

Yazılı basın kuruluşlarının promosyonlu kampanya düzenlemeleri halinde, kampanya süresi kanunla sınırlanmıştır. 11. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre bu süre altmış günü geçemez.

Kampanya nedeniyle malın fiyatı arttırılamayacağı gibi, dolaylı olarak, yani promosyon olarak verilecek ürünün bölünmesi suretiyle ya da tamamlayıcı parçalar ayrı promosyon konusu haline getirilmek suretiyle, tüketicinin daha uzun süre bağlanması 11. madde ile önlenmek istenmiştir.

Promosyon olarak verilecek ürünlerin kampanya bittikten sonra otuz gün içinde verilmesi gereklidir.

Promosyonlu satımlarda, satıcının ana borcu hiç şüphesiz, sözleşme konusu mal veya hizmetle birlikte promosyonlu mal veya hizmeti de vermektir. Bu noktada, her ikisinin de eş zamanlı olarak ifa edildiği hallerde, genellikle sorun çıkmamaktadır. Ancak, promosyonlu ana mal verildikten sonra, promosyonu olan mal veya hizmetin daha sonra verileceği veya kuponlu, piyangolu, kapaklı, etiketli vs adlar altında yapılan ve tüketiciiyi daha fazla mal almaya sevk eden promosyon çeşitlerinde sorun çıkma ihtimali artmaktadır. Bu gibi promosyonlu uygulamalarda, ikinci malın zamanında gönderilmemesi, gönderilen ile gönderileceği söylenenin aynı olmaması, hiç gönderilmemesi, kuponların eksik yayınlanması gibi sorunlar ortaya çıkmak-

⁶² Krş. “Promosyonlu kampanyalar, promosyonlu kampanyayı dağıtımçı firma ile birlikte düzenleyen kuruluşun, kampanya konusu asıl (ana) mal veya hizmet yanında ek bir ürün adı altında başkaca bir mal ve/veya hizmetin sağlanmasının ya da diğer bir ürünün (promosyonu) katılımcı – tüketiciye verilmesinin taahhüt edildiği kampanya türüdür.” DEMİR; s.228.

tadır. Bu nedenle, satıcı- sağlayıcının da, promosyonlu satımlarla ilgili olarak üstlenmesi gereken borçların da bu konularda olması gerekmektedir. Ayrıca, satıcı-sağlayıcı, promosyonun ne kadar süreceği konusu dışında herhangi bir şart ileri süremez. Örneğin, promosyonlu satış 15 gün sürecektir. Ancak bunun dışında, özellikle ek bir bedel ödenmesi gerektirecek veya teslim anında çeşitli ödeme ya da yükümlülükler yüklenmesine sebep olacak şartlar ileri sürülemez.

Satıcı-sağlayıcının promosyon süresi, daha doğru bir ifade ile biriktirilmesi gereken kupon sayısı, çekiliş yapılacak ise bunun sonuçlarının nerede ne zaman duyurulacağı, ikramiye kazananlara malın ne zaman ve nerede teslim edileceği gibi hususları tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun dışında, malın vaad edilen tarihte tüketiciye teslimi gerekir. Tanıtılan promosyon ürünün, gerçek durumu ne ise onu yansıtacak şekilde tanıtılması ve teslim edilen mal veya hizmetin de tanıtılan mal veya hizmet olması gerekmektedir.

Promosyon kampanyası süresince malın bedeli arttırılamaz.

5.8. ABONELİK SÖZLEŞMESİ

Abonelik sözleşmelerini şu şekilde tanımlayabiliriz; Abonman sıfatıyla tüketicinin, bir mal ya da hizmet sunan girişimciden, belli bir süreyle düzenli ve periyodik olarak ödenecek bir abonelik bedeli karşılığında ifayı (mal teslimi ya da hizmet sunumunu) talep etme hakkını elde ettiği, karşı tarafında belirli dönemsel süreler ve birbirini izleyen parçalar halinde o mal ya da hizmeti hazırda bulundurmaya yükümlendiği sözleşmelere, abonelik sözleşmeleri denir.⁶³ Abonelik sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğindedirler.

“Abonelik sözleşmeleri” başlığını taşıyan 11/A maddeye göre tüketici her türlü abonelik sözleşmesini hiç bir haklı sebebe dayanmadan, tek taraflı olarak fesih edebilecektir. Tüketiciye yüklenen tek yük, bu bildirimin yazılı olarak yapılmasıdır. Kanun tüketiciye böyle, adeta sınırsız bir fesih hakkı verirken, satıcı veya sağlayıcıya, bunu dengeleyebilecek herhangi bir olanak tanımamıştır. Çünkü 11/A maddenin ikinci fıkrasına göre; “Satıcı tüketicinin aboneliğe son verme isteğini, yazılı bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yerine getirmekle yükümlüdür.” Satıcının tek yapabileceği, bir hafta içinde tüketicinin bu isteğini yerine getir-

⁶³ DEMİR; s.69.

mektir. Yani, abonelik işlemine son vermektir. Satıcı, en fazla bir hafta daha, tüketiciye vermekte olduğu mal veya hizmeti tüketiciye verebilecek anlamını da çıkarmak mümkündür. Bu süre dolduktan sonra artık tüketici, satıcının ifasını kabul etmek zorunda değildir. Sözleşme feshedildikten sonra, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir.

Satıcı, abonelik ücretinin geri kalan kısmını iade edecektir. Tüketicinin ise iade edeceği bir şey bulunmamaktadır. Satıcının iade yükümlülüğü on beş gün içinde yerine getirilecektir. On beş günlük sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmemiş olmakla birlikte, fesih bildiriminin satıcı-sağlayıcıya ulaştığı tarihten itibaren olması gerekmektedir. Burada, satıcı veya sağlayıcı, en son hizmet sunduğu bildirim tarihinden bir hafta sonrasına kadar olan, hizmetlere tekabül eden ücreti mahsup ederek, peşin almış olduğu abonelik ücretinin geri kalanının tamamını hiç bir kesinti yapmadan, tüketiciye geri vermek zorundadır. Dolayısıyla, sözleşmeye konacak cezai şart veya tüketicinin fesih hakkını zorlaştıracak hükümler, bu emredici hüküm karşısında geçersiz olacaktır.

11/A maddenin 3. fıkrasında süreli yayın aboneliğinin feshinin sonuçları ile ilgili, feshin ne zaman geçerli olacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Tüketici süreli yayın aboneliği sözleşmesini fesih ettiğini yazılı olarak satıcıya bildirecektir. Bu bildirimin her hangi bir haklı sebebe dayanması gerekmemektedir. Fesih hakkının kullanımının doğrudan sonucu, taraflar arasındaki sözleşmenin, ileriye dönük olarak ortadan kalkmasıdır. Sözleşmenin hangi andan başlayarak, ileriye dönük biçimde ortadan kalkacağı konusunda değişik öneller (fesih ihbar süreleri) düzenlenmiştir.⁶⁴ Buna göre, yazılı fesih bildiriminin yayıncıya ulaşmasından itibaren;

Günlük yayınlarda 15 gün sonra;

Haftalık yayınlarda 1 ay sonra;

Aylık yayınlarda 3 ay sonra;

Daha uzun süreli yayınlarda bildirimden sonraki ilk yayını müteakiben fesih yürürlüğe girer.

Feshin sonuçlarına ilişkin olarak, yukarıda sözünü etmiş olduğumuz 11/A madde, son fıkrası süreli yayın aboneliğinin feshi halinde de geçerlidir. Buna göre; “Satıcı, abone ücretinin geri kalan kısmını hiçbir kesinti yapmaksızın on beş gün içinde iade etmekle yükümlüdür.”

⁶⁴ ZEVKLİLER; s.149.

Bu nedenle satıcı, yukarıda belirtilen sürelerden sonra süreli yayını tüketiciye göndermek zorunda olmadığı gibi, tüketici de sonraki yayınlar için ücret ödemek zorunda değildir. Eğer tüketici ücreti peşin ödemiş ise, satıcı geri kalan ücreti hiç bir kesinti yapmadan tüketiciye geri vermek zorundadır

5.9. TATİL AMAÇLI SÖZLEŞMELER

5.9.1. DEVRE TATİL SÖZLEŞMELERİ

Hukukumuzda, taşınmazlardan kısmi süreli-dönemsel yararlanma hakkı tanıyan sözleşmelerden devre mülk sözleşmeleri kısmen, Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmiştir. Devre tatil sözleşmeleri ise herhangi bir kanunla düzenlenmemiştir. 4822 sayılı kanunun 6/B maddesi ile devre tatil sözleşmelerinin bir tanımı verilerek Bakanlığa devre tatil sözleşmelerinin usul ve esaslarını belirleme yetki ve görevi verilmiştir. Bakanlık bir yönetmelik çıkararak, devre tatil sözleşmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemiştir.⁶⁵ Devre Tatil Yönetmeliğine bakıldığında sadece devre tatil sözleşmelerine değil aynı zamanda devre mülk sözleşmelerine de uygulanabileceğinin düşünüldüğü anlaşılmaktadır.

Devre tatil sözleşmesi kanunda ve Devre Tatil Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Buna göre **“h) Devre Tatil Sözleşmesi: En az üç yıl süre için yapılan ve bu süre zarfında yıl içinde, belirli veya belirlenebilecek ve bir haftadan az olmayacak bir dönem için bir veya daha fazla sayıdaki taşınmazın kullanım hakkının devri ya da devri taahhüdünü içeren sözleşme ya da sözleşmeler gurubunu, ifade eder”** Devre tatil sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Ayrıca sözleşmede Devre Tatil Yönetmeliğinin 5. maddesinde sayılan zorunlu unsurların bulunması gerekmektedir. Sözleşmeye konulması gereken zorunlu içerik, eksik olduğu takdirde, bu durum sözleşmenin otomatik olarak geçersizliğini gerektirmemektedir. Ancak, tüketicinin imza tarihinden itibaren üç aylık sürede bir ihbarda bulunarak sözleşmedeki bu eksikliklerin giderilmesini, giderilmediği takdirde sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş olacağını bildirmiş olması halinde, tüketici sözleşmeden caymış sayılacaktır. Cayma ile, geciktirici şartta bağlı olan sözleşme hiç hükümlerini yerine getirememiş olacaktır. sözleşmenin imza tarihinden itibaren üç aylık

⁶⁵ Devre Tatil Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan)

süre içinde hem ihbarın yapılmış olmasının hem de aynı süre içinde eksiklerin tamamlanmış olmasının gerekmesidir.

Bu tanımdan yola çıktığımızda devre tatil sözleşmesi için üç önemli unsur sayabiliriz:

- Sözleşme ile bir taşınmazın kullanım hakkının devri veya devir tahhüdü gerçekleştirilmiş olmalı.
- Sözleşme ile, tüketiciye sağlanan belirli bir veya bir kaç taşınmazı kullanma hakkının, yılda bir haftalık dönemden az olmamalı.
- Sözleşmenin süresi en az üç yıl olmalı.

Devre tatil sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Ayrıca sözleşmede Devre Tatil Yönetmeliğinin 5. maddesinde sayılan zorunlu unsurların bulunması gerekmektedir. Sözleşmeye konulması gereken zorunlu içerik, eksik olduğu takdirde, bu durum sözleşmenin otomatik olarak geçersizliğini gerektirmektedir. Ancak, tüketicinin imza tarihinden itibaren üç aylık sürede bir ihbarda bulunarak sözleşmedeki bu eksikliklerin giderilmesini, giderilmediği takdirde sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş olacağını bildirmiş olması halinde, tüketici sözleşmeden caymış sayılacaktır. Cayma ile, geciktirici şarta bağlı olan sözleşme hiç hükümlerini yerine getirememiş olacaktır.

Devre tatil sözleşmelerine sorumsuzluk kaydı konması ve tüketicinin haklarından feragat ettiğine dair hükümler konması halinde bu hükümlerin geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Fakat hakkın devri veya takas edilebilmesi için bu ibarenin sözleşmeye konulması zorunludur.

Kanunda devre tatil sözleşmesinin bir tanımı verilmiştir. Bu durumda tipik bir sözleşmenin varlığından söz etmek gerekir.⁶⁶ Tipik bir sözleşme olan devre tatil sözleşmesinde tüketicinin en temel borcu devre tatil bedelini ödemektir. Tüketicinin bundan başka bir de, genel masraflara da katılması gerekmektedir. Yapılacak sözleşmede genel masrafların ayrı ayrı ve net bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Tüketicinin devre tatil hakkı belirlenen dönem sonunda o yıl için sona ermiş olacağı için devre tatilin bağımsız bölümünü boşaltması gerekmektedir. Aynı zamanda tüketici taşınmazın bakım,

⁶⁶ Karşı görüş: "Yeni yasal düzenleme ile birlikte, tüketici sözleşmeleri hukuku anlamında olmak üzere, yasal çerçevelerinin (tanım-hükümler-sona erme ve sona ermeye bağlı sonuçlar şeklinde) tamamen çizilmiş olmaması nedeniyle birer tipik ve isimli tüketici sözleşmesi türleri haline henüz getirilmemiş olan; ancak, bununla birlikte, yeni yasal düzenlemede önemli bir aşama olarak görülebilecek olan iki özel tüketici sözleşmesi türü kabul edilmiştir. Biri, özellikle tatil amaçlı özel konut niteliğindeki taşınmazlardan kısmi ve periyodik (dönemsel) yararlanma yetkisi tanıyan devre tatil; diğeri ise, turistik gezi amaçlı yapılan paket tur sözleşmesidir." DEMİR; s.218.

onarım, yönetim ve idaresine sözleşme koşulları çerçevesinde uyacaktır. Bakanlık, Devre Tatil Yönetmeliğinde, devre tatil sözleşmesinin yapılması aşamasında tüketiciyi koruyabilmek için, kapıdan satış sözleşmelerinde olduğu gibi, tüketiciye cayma hakkı vermiştir. Cayma hakkı süresi, sözleşmenin imzasından itibaren başlatılmıştır ve bu süre 10 gündür. Tüketicinin cayması halinde, cayma süresi dolmadan tüketiciden her hangi bir ödeme veya borçlandırıcı belge talep edilemeyeceği için, sağlayıcının iade borcu doğmamaktadır.

Sağlayıcının temel borcu, tüketicinin devre tatil hakkını kullanması için, sözleşmede belirtilen taşınmazda, yine sözleşmede belirtilen niteliklere, kapsama ve kullanım koşullarına sahip bir bağımsız bölümü tüketicinin kullanımına vermektir. Talep eden tüketicilere broşür verme zorunluluğu da vardır.

5.9.2. DEVRE MÜLK SÖZLEŞMELERİ

Devre mülk Kat Mülkiyeti Kanunda, 3227 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle kanuna girmiş ve kanunun 57. maddesinde tanımlanmıştır. Mesken nitelikli bir binanın müşterek maliklerine, müşterek mülkiyet payına bağlı olarak, yılın belirli döneminde tahsis edilen zaman diliminde, mesken-den münhasıran yararlanma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkıdır.⁶⁷ Devre mülk hakkı müşterek malikler tarafından tescille kurulur. Bu tanımdan hareketle, devre mülk hakkının unsurları ve özelliklerini belirlemek mümkündür.

- Devre mülk hakkı, mesken niteliğine sahip olan taşınmazlarda kurulabilecektir.
- Taşınmazın kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş bir bağımsız bölüm veya müstakil bir taşınmaz olması gerekmektedir.
- Devre mülk hakkı, sahibine devre mülk hakkına konu olan taşınmazlar ve ortak yerlerde yılın belli dönemlerinde 15 günden az olmamak kaydıyla yararlanma yetkisi verir.

Devre mülk hakkı sahibinin en temel hakkı, hakkın üzerinde kurulduğu taşınmazı ve ortak yerlerini kullanma hakkıdır. Bu hak yıllık devreler halinde kullanılır. Her bir devre 15 günden daha kısa olamaz. Ancak daha uzun devreler kabul etmeye bir engel bulunmamaktadır. Devre mülk hakkı

⁶⁷ Doktrinde verilen çeşitli tanımlar için de bkz. TOK, Türker; Devre Mülk ve Devre Tatil; Adil Basım Yayın Dağıtım, Ankara 2000 s.10.

sahibi, aksi devre mülk sözleşmesinde kararlaştırılmamış olmak kaydıyla, hakkın kullanımını başkalarına bırakabilir.

Devre mülk hakkı üzerinde hakkın mahiyetine uygun düşen aynı hakların kurulması mümkündür. Devre mülk hakkı devredilebileceği gibi mirasçılara da geçer. Devre mülk hakkı sahibi, paydaş olarak mülkiyet ve devre mülk hakkı sahibi olarak irtifak hakkına sahip olduğundan mülkiyetin ve zilyetliğin korunmasına ilişkin talep ve dava haklarına da sahiptir.⁶⁸

Devre mülk hakkı sahibi, bu hakka sahip olurken belli bir bedel ödemektedir. Bunun dışında, hakka sahip olduktan sonra ise, yönetim, bakım ve onarım giderlerine de katılması gerekmektedir. Devre mülk hakkı sahibi kendisi dışında kalan diğer hak sahiplerinin, taşınmazı kullanmalarına katlanmak zorundadır. Aynı zamanda kendi devresi sona erdiğinde, taşınmazı boşaltmak zorundadır.

Taraflarından birisini tüketici oluşturan ve diğer tarafını satıcı-sağlayıcı oluşturan, tüketici işlemi niteliğindeki devre mülk sözleşmelerine, devre mülk hakkı devir sözleşmelerine, devre mülk hakkı üzerinde aynı hak kurma sözleşmelerine, devre mülk hakkının kullanılmasının başkalarına bırakılmasına ilişkin sözleşmelere 4077 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak sözleşmenin her iki tarafı da tüketici ise ya da satıcı-sağlayıcı ise 4077 uygulanmayacak Meden Kanun veya diğer kanun hükümleri uygulanacaktır. Devre tatil sözleşmeleri ile ilgili olarak çıkarılan, kapsam ve amaç maddesi, devre tatil sözleşmelerinden daha geniş bir yelpazeyi kapsayan, Devre Tatil Yönetmeliğinin, devre mülk sözleşmelerine de, mahiyeti ile bağdaştığı ölçüde uygulanması gerekmektedir.

5.9.3. PAKET TUR SÖZLEŞMELERİ

4822 sayılı kanunla, 4077 sayılı kanuna eklenen 6/C maddesi ile paket tur sözleşmesi tanımlanmış, aynı tanım Paket Tur Yönetmeliğinin⁶⁹ 4. maddesinde de tekrar edilmiştir. Paket tur sözleşmelerinin konusu, paket turlardır. Bu nedenle paket tur kavramının ne olduğu ve kanundaki paket tur kavramının neleri kapsadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bir paket turun, TKHK kapsamında bir gezi olarak kabul edilebilmesi için, iki zorunlu unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Birincisi, en az iki asli turizm

⁶⁸ HAVUTÇU, Ayşe; Devre Mülk Hakkı; Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları İzmir 1987 s. 76, 79, TOK; s.24.

⁶⁹ Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

hizmetinin birleştirilmesi (taşıma, konaklama, yeme içme, spor, eğlence vs gibi) ve paket turun süresinin en az 24 saat olması veya bir gece konaklamayı gerektirmesidir. Ücretlerin topluca, götürü olarak ödenmesi ise, paket turun TKHK kapsamında bir gezi olmasının zorunlu unsuru olmayıp, birinci unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde rol oynaması mümkün olan bir yardımcı unsurdur.

Paket tur sözleşmesinin, şu şekilde tanımlanması mümkündür; tüketici ile düzenleyici veya seyahat aracısı arasında yapılan ve konusu, bir paket turun düzenleyici tarafından yerine getirilmesi veya getirilmesi olan ve buna karşılık tüketicinin de belirli bir ücret ödemesi gereken yazılı bir sözleşmedir. Görüldüğü gibi taraflardan birisi tüketici diğer taraf ise paket tur düzenleyerek bunu pazarlayan kişi veya ona aracılık eden kişilerdir. (Seyahat Acentası, Seyahat Aracısı, Hizmet Sağlayıcısı)

Paket tur sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir; bir nüshasının da tüketiciye verilmesi gerekmektedir. Ayrıca sözleşmede Paket Tur Sözleşmelerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmeliğinde sayılan zorunlu unsurlar bulunmalıdır. Sözleşmeye tüketicinin haklarını kısıtlamaya yönelik veya haklarından feragat ettiğine dair kayıtlar konulamaz konulan kayıtlarda geçersizdir.

Seyahat acentasının, tüketiciye karşı paket tur sözleşmesinden doğan borçları, seyahatin hazırlanmasında gerekli özenin gösterilmesi ve aynı şekilde yerine getirilmesi, organizasyon içinde verilecek hizmetlerin birbiriyle uyumlu bir şekilde düzenlenmesi, paket turun başlamasından sonuna kadar, tüketicilerin derhal yardımına koşabilecek bir yardımcının bulundurulması, tüketiciye seyahati etkileyebilecek her konuda bilgi verilmesi ve nihayet ilgili hizmet sağlayıcıların özenle seçilmesi ve denetimi borçları vardır.

Paket Tur Yönetmeliğinin 12. maddesinde, bir kısmı broşürde yer almak ve bir kısmı da seyahatten önce tüketiciye bildirilmek üzere bazı bilgilerin tüketiciye verilmesini zorunlu tutulmuştur. Tüketici acentanın edimlerini yerine getirmemesi halinde Paket Tur Yönetmeliğinin 11. maddesine göre, hizmetin ifa edilmesi gereken tarihten veya eksik ifa edildiği tarihten itibaren, 30 gün içerisinde durumu seyahat acentasına ve ilgili hizmet sağlayıcısına bildirir.

Tüketicinin sahip olacağı hakları, Paket Tur Yönetmeliği ve kanunun 4/A maddesi hükümlerinden yararlanarak tespit etmek gerekmektedir.⁷⁰ Bu hükümler çerçevesinde tüketicinin talep edebileceği hususlar şunlardır:

- 1) Hizmetin yeniden görülmesi; Paket tur sırasında seyahat acentası sözleşmenin esaslı unsuru olan hizmetlerden birini ya da birkaçını yerine getiremiyorsa, acenta paket turun devam etmesi için tüketiciye ek maliyet getirmeyecek şekilde düzenlemeler yapar ve sözleşmede yer alan hizmetlerle sunduğu hizmet arasındaki farkı tazmin eder. (Paket Tur Yönetmeliği md.9/2).
- 2) Sözleşmeden dönme; Acenta tarafından taahhüt edilen hizmetin ifası olanaksız ise veya taahhüt edilen yerine, tüketici tarafından kabulü, haklı nedenlerle, olanaksız bir hizmet öneriliyorsa, tüketici sözleşmeden dönebilir. Bu durumda seyahat acentası, tüketiciyi hareket noktasına veya tüketicinin kabul edeceği bir başka noktaya ulaştırmak ve yaptığı tüm ödemeleri 10 gün içerisinde iade etmek zorundadır. (Paket Tur Yönetmeliği md.9/3)
- 3) İndirim; Seyahat acentası, esaslı unsur niteliğindeki bir hizmetin sağlanamayacak olduğu hallerde alternatif bir hizmet önermek zorundadır, böyle bir durumda alternatif hizmet ile sunulması gereken hizmet arasında bir fiyat farkı oluşuyorsa, bunu tüketiciye tazmin etmesi gerekmektedir. Alternatif hizmet daha pahalı ise, tüketiciden ek bir ödeme talep edememesi gerekmektedir.
- 4) Tazminat talep etme :Seyahat acentasının sözleşmede fesh sebebi sayılan haller ile mücbir sebep hallerinde sözleşmeyi feshetmesi durumunda tüketici zarara uğradığı oranda tazminata hak kazanır. Ayrıca acenta tüketicinin o güne kadar yapmış olduğu tüm ödemeleri ve tüketiciyi borç altına sokan belgeleri 10 gün içinde tüketiciye iade eder. (Paket Tur Yönetmeliği md.8)

Bunlara Paket Tur Yönetmeliğinden çıkan hususları da ekleyecek olursak, alternatif hizmet talep etme bunlara ek olarak düşünülmesi gerek-

⁷⁰ 4077 sayılı kanunun yürürlükte olduğu fakat, henüz değiştirilmediği dönemde, tüketicinin kanunun 4. maddesindeki haklarının paket tur sözleşmelerinde kullanılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. OKTAY, Saibe; Gezi Sözleşmesi; Beta Yayınevi; İstanbul 1997 s.155. Oysa kanunun 4. maddesine göre ayıplı hizmetler hakkında da bu hükümlerin uygulanması gerektiği açık bir şekilde belirtilmektedir. Onarım yerine de ayıplı hizmetin yeniden görülmesi önerilmiştir. (4. maddenin 5. Fırsakı) Kanaatimize göre dördüncü maddenin uygun olduğu ölçüde paket turlara uygulanması her halükarda, istisna akdi, kira ve hizmet akdi hükümlerinin uygulanmasından daha tüketici lehine sonuçlar verecektir. Çünkü BK tarafların eşitliği ilkesine göre düzenleme yapmıştır. Ancak artık 4822 sayılı kanunla özel hükümler getirilmiştir.

mektedir. Ayrıca dönme hakkının kullanılması halinde, dönmenin sonuçlarına ek olarak burada bir sonuç daha düzenlenmiştir; o da, tüketicinin sözleşmeden dönmeden sonra, seyahat acentasının tüketiciyi geri getirmesidir.

Paket Tur Yönetmeliğinin 6. maddesi uyarınca, liman havaalanına giriş vergileri gibi harç, vergi ve ücretler ile döviz kurlarından kaynaklanan fiyat değişiklikleri sözkonusu olduğunda, sözleşmede belirlenen ücret değiştirilebilir. Fakat bu değişikliğin geçerli olabilmesi için paket tur başlamadan durumun tüketiciye bildirilmesi gerekmektedir. Bu durumda tüketici değişiklikleri kabul edebilir veya herhangi bir tazminat ödmeden sözleşmede dönebilir.

Eğer tüketici sözkonusu değişiklikleri kabul etmeyerek sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, seyahat acentası tüketiciye önceki turla ikame edilebilecek bir başka tur önerebilir. Tüketicinin bu öneriyi kabul edip etmeme konusunda seçimlik bir hakkı vardır. Eğer tüketici öneriyi kabul etmez ise, o güne kadar yaptığı tüm ödemeler, 10 gün içerisinde kendisine iade edilecektir.

Tüketicinin herhangi bir nedenden paket tura devam edemeyecekse bu durumun hareket günündenden en az 7 gün önce acenteye bildirerek rezarvasyonunu şartları uygun bir üçüncü kişiye devredebilir. Ancak bu durumda paket turu devreden ve devralan seyahat acentesine karşı bakiye tutarı ve sözkonusu devir masraflarının ödenmesinden müteselsilen sorumludurlar.

6.TÜKETİCİ SORUNLARININ ÇÖZÜM YERLERİ

6.1.REKLAM KURULU

TKHK'nun 17. maddesi ile bir Reklam Kurulu kurulmuştur. Bu kurulun görevleri, ticari ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, ticari reklam ve ilanları incelemektir. Bu inceleme sonucunda ve kanunun 16.maddesine aykırılık tespit edilirse reklam veya ilanı 3 aya kadar tedbiren durdurma kararı verilebilir. Aynı zamanda yapılan incelemeler sonucunda bir aykırılık tespit edilirse ilgili ilan veya reklamın durdurulmasına karar verilir. Böylece reklam reklam kurulu kararı ile yasaklanmış olur. Reklam Kurulu yapacağı inceleme sonucunda reklamın durdurulmasına karar verebileceği gibi, durdurma kararı ile birlikte ya da durdurma kararı vermeksizin tek başına, reklamın aynı yöntemle düzeltilmesine de karar verebilir. Reklamın aynı yöntemle düzeltilmesi, reklamın yarattığı olumsuz etkinin silinerek, olumsuzluğun düzeltilmesi ve reklam yapılmadan önceki hale dönülmesi

anlamında gelmektedir. Bir çeşit eski halin iadesi olarak görmek mümkündür.

Reklam Kurulu yapacağı inceleme sonucunda, 16. maddeye aykırı olduğunu tespit ettiği bir reklamın durdurulmasına ve/veya düzeltilmesine ve veya para cezası ile cezalandırılmasına da karar verebilir.⁷¹ Reklam Kurulu, durdurma ya da düzeltme kararı ile birlikte para cezası verebileceği gibi, sadece para cezası da verebilecektir.

Reklam Kurulu kararları, tüketicinin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla Reklam Kurulu Başkanlığınca açıklanır. Reklam kurulu, kararları kendisi vermekte verilen bu kararları da bakanlık uygulamaktadır.

Reklam Kurulu kararlarının yargısal denetimi için Reklam Kuruluna yazılı olarak başvuran tüketicinin, soruşturma aşamasında ve karardan sonra ne gibi usuli hakları olduğu kanunda belirtilmemiştir. TKHK 26. maddesinin 2. fıkrasında, bu soruşturmanın sonucunda para cezası verilmesi halinde, bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve bu itiraz üzerine verilecek kararın kesin olduğu belirtilmiştir. Burada yargı yoluna başvurma hakkı, aldatıcı reklam nedeniyle para cezası verilen kişiye aittir. Ancak aldatıcı bir reklamı şikayet eden tüketicinin başvurusu Reklam Kurulunca yerinde bulunmayarak reddedilirse tüketicinin bu red kararı aleyhine yargı mercilerine başvurusu genel hükümler çerçevesinde olacaktır. Yani tüketici idari bir makama başvurusu reddedilen herhangi bir vatandaş gibi, idare mahkemelerine başvurarak red kararının iptalini isteyebilecektir.

6.2.TÜKETİCİ KONSEYİ

Tüketici Konseyi Bakanlık koordinatörlüğünde Tüketicinin sorunlarının, ihtiyaçlarının ve çıkarlarının korunmasına ilişkin gerekli tedbirleri araştırmak, sorunların evrensel tüketici hakları doğrultusunda çözülmesi için alınacak tedbirlerle tüketici kanununun uygulanmasına yönelik tedbirlere dair görüşleri öncelikli olarak iletmek üzere kurulmuştur. Tüketici Konseyinin çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

⁷¹ Reklamcılar derneği tarafından kanun tasarı halindeyken Bakanlığa gönderdikleri görüşlerinde Reklam Kurulunun önerisi ile para cezası verilmesi eleştirilmiştir. Dernek para cezalarının tüketici mahkemelerince verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Tüketici Konseyi çeşitli kurum ve kuruluşlardan seçilecek temsilcilerin katılımıyla oluşacaktır. Tüketici Konseyi bir danışma organı olduğu için görevi Bakanlıkların oluşturacakları tüketici politikalarında yönlendirici olmaktır. Konsey, başkanın çağrısı üzerine yılda en az bir kez olağan olarak Ankara'da toplanır.

6.3.TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETİ

Tüketici sorunlarının çözümünde klasik yargı mercilerinin ve yargılama yöntemlerinin etkili olmadığı görülmüşü üzerine, TKHK tüketici sorunlarının çözümünü kolaylaştırmak ve böylece tüketicilerin haklarını aramalarını teşvik etmek amacıyla Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri kurulmasına karar verilmiştir.⁷² TSHH'leri, bu kanunun uygulanmasından doğan uyumsuzluklara çözüm bulmak amacıyla oluşturulmuştur.

TKHK'nun 22. maddesine göre; Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu kanun uygulanmasından doğan uyumsuzluklara çözüm bulmak amacıyla en az bir "tüketici sorunları hakem heyeti" oluşturmakla görevlidir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bir yönetmelik çıkararak bu görevini yerine getirmiştir. 500.000.000 TL'yi aşmayan sorunlar için TSHH'ne başvurmak mecburidir.⁷³ Bu miktarı aşmayan sorunlar bakımından, önce Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurma zorunluluğu vardır. 4822 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle, beş yüz milyon lirayı aşmayan ihtilaflarla ilgili olarak, TSHH tarafından verilecek kararlar icrai nitelikte kabul edilerek tarafları bağlayacağı belirtilmiştir. Bu kararların aleyhine tüketici mahkemelerine itiraz edilebilir. Bu sınırı aşan ihtilaflar bakımından TSHH'ne başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gidilmesine de engel yoktur. Bu sınırı aşan ihtilaflarla ilgili TSHH kararları, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.

6.4.TÜKETİCİ MAHKEMELERİ

TKHK'nun 23. maddesiyle bu kanunun uygulanmasından çıkacak her türlü ihtilaflara bakmak üzere Tüketici Mahkemeleri adı ile özel bir

⁷² ZEVLİLER'e göre TSHH önceki düzenleniş şekli işleri uzatacak niteliktedir. s. 229 BAYKAN'da TSHH'lerinin başarılı olamayacağını düşünmektedir. BAYKAN, Renan; Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri; İSO Yayını No 1996-23 İstanbul 1996 s.203. Ancak o hali ile bile gerçekten önemli sayıda sorun TSHH tarafından çözülmüştür. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan yıllık raporlarda bu durum açıkça görülmektedir.

⁷³ Bu miktar her yıl toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranında artar. Bakanlık bu durumu her yıl ilan eder.

mahkeme kurulmuştur. Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.⁷⁴ Kanunun 23. maddesine göre; “ Bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır.” Tüketici mahkemelerinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü harçtan ve resimden muaftır. (TKHK m.23/3) Harçtan muafiyet sadece tüketici, tüketici örgütleri ve Bakanlığa tanınmıştır. Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler.(TKHK md 23/4) Tüketiciler aldıkları mal-la ilgili herhangi bir problemle karşılaşırlarsa bu sorunu çözmek üzere tüketici mahkemelerine başvuracaklardır. Ancak 500.000.000 TL'yi aşmayan sorunlar için TSHH'ne başvurmak mecburidir. Daha yüksek değerli olan bir sorunla ilgili olarak tüketici isterse tüketici mahkemesine isterse tüketici sorunları hakem heyetine başvurabilecektir.

Dolayısıyla, uyuşmazlığın miktarına bağlı olarak, TSHH ile Tüketici Mahkemeleri arasında bir görev ayrımı yapılmıştır.

Tüketici mahkemelerine bireysel olarak tüketicinin sorunun çözümü yetkisinden başka önemli yetkiler verilmiştir. TKHK'nun 24. maddesine göre mahkeme Bakanlığın veya tüketici örgütlerinin açacağı bir dava sonucunda, bir seri malın ayıplı olduğunu tespit ederse bu malların üretiminin ve satışının durdurulmasına ve satış için elinde bulunduranlardan bu malların toplatılmasına karar verebilecektir. TKHK 24/A maddesi gereğince de olduklarından farklı görünen mallar, gıda ürünü olmamalarına rağmen sahip oldukları şekil, koku, görünüm, ambalaj, etiket veya boyutları ile olduğundan farklı görünen ve bu sebeple de tüketiciler tarafından karışık olarak onların sağlığını ve güvenliğini tehlikeye atan malların satılması, üretilmesi yasak olup böyle bir malı satın alarak zarara uğrayan tüketicide uğradığı zararın karşılanması için dava açabilecektir.

Tüketici mahkemelerinde her halde tüketiciler, bakanlık, tüketici örgütleri, bireysel bir sorunu olmadığı halde genel olarak tüketicileri ilgilendi-

⁷⁴ Bu hüküm Zevkililer tarafından HUMK 1 ve 9. maddelerine aykırı olduğundan eleştirilmiştir. ZEVKİLİLER; s.242. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da 22 Haziran 1995 tarih ve 437-2 sayılı kararı ile Tüketiciler ile satıcılar arasındaki uyuşmazlıklara, tüketici mahkemeleri kuruluncaya kadar Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde Asliye Ticaret Mahkemeleri, olmayan yerlerde Asliye Hukuk Mahkemelerinin bakacağını kararlaştırmıştır. 1. Şubat 2001 tarih ve 24305 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Hakimler ve savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığının 25. Ocak 2001 tarih ve 60 sayılı kararı ile ilk aşamada; Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde olmak üzere tüketici mahkemeleri tek hakimli olarak kurulmuştur.

ren hallerde tüketiciler tüketici mahkemelerinde dava açabileceklerdir. Ancak tüketici mahkemelerinde dava açabilecekler bunlardan ibaret değildir. Örneğin satıcının da tüketici mahkemesinde dava açması mümkündür. Her şeyden önce, TSHH tarafından verilmiş bir karara itiraz amacıyla tüketici mahkemesinde dava açabilir. Bunun dışında da, bu kanundan doğan bir ihtilafın halli için tüketici mahkemesine başvurusu mümkündür. Bu nedenle, kanunun tüketici mahkemelerinde tüketici, bakanlık ve tüketici örgütleri tarafından açılan davaları resim ve harçtan muaf tutmuştur. Diğerlerinin açacağı davalar ise resim ve harçlardan muaf değildir. Tüketicinin açtığı davada, satıcının davayı kaybetmesi halinde satıcı aleyhine olarak resim ve harçlara da hükmetmek gerekir.⁷⁵

Kanun tüketici örgütleri tarafından açılan davalarda bilirkişi ücretlerinin dahi, bakanlık emrindeki özel ödenekten karşılanmasını, satıcının aleyhine hüküm verilmesi halinde bu masrafların ondan tahsilini öngörmüştür.

Tüketici mahkemelerinde davalı taraf ise, normal olarak, herhangi bir satış sözleşmesinin satıcı veya sağlayıcı tarafını teşkil eden kişi ve kurumlarla, reklamı verenler, reklamcılar, mecra (reklam araçları) kuruluşları veya aracılar gibi müşterek ve müteselsil sorumluluklardan birisi ya da birkaçı olabilir.⁷⁶ Tüketici mahkemelerine başvurular yazılı olarak yapılır.

Kanunun 23. maddesinde tüketici mahkemelerinin tedbir kararı verebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Bu tedbir kararı ihtiyati tadbirdir. Satışa sunulan malın ayıplı olması halinde bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilir.(TKHK md 24/1)

⁷⁵ "2-4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 23. maddesinin 3. fıkrasında, tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve bakanlıkça açılacak davaların, her türlü resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm tüketicilerin ve tüketici örgütlerinin kolaylıkla dava açmalarını sağlama amacına yönelik olup, bu nedenle dava açarken bunlar, harçtan sorumlu tutulmamışlardır. Mal ve hizmet sunana satıcıların harçta sorumlu tutulmasına ilişkin, yasada bir hüküm yoktur. Dava sonunda dava kabul edildiği takdirde davanın değerine göre davalının harçtan sorumlu tutulması hükmü temyiz ettiklerinde de bunlardan temyiz harcının alınması, harçlar kanununun amir hükümleri gereğidir. Davanın reddi halinde ise, davacılar harçtan muaf oldukları için bunlardan harç alınmaması gerekir." YARGITAY 13. H.D. Sayı 2001 E.1897 K.2940 Yargıtayın bu yöndeki kararları müstakar hale gelmiş bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 13.HD 1999 E.622 K.1850, 1998 E.3894 K.4114, 1998 E.6581 K.7368.

⁷⁶ ATASOY, TAŞKIN, ACAR; s.201.

7.PARA CEZALARI

TKHK'un 25. maddesi bu kanunun çeşitli maddelerine aykırılık halinde bu aykırı davranışlarda bulunanlara para cezaları verilmesini öngörmüştür. Bu cezalardan bazıları Bakanlık, Reklam Kurulu ve diğerleri de Mülki amirler tarafından verilecektir. Aynı maddenin 4. fıkrasında fiilin aynı yıl içinde tekerrür etmesi halinde iki misli olarak uygulanması öngörülmüştür. Aynı zamanda 25. maddenin son fıkrasına göre de ; **“Bu kanunda yazılı fiiller hakkında diğer kanunlarda da para cezası öngörülmüşse ağır olan ceza uygulanır”**. Bu para cezaları idari nitelikte cezalardır. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içinde yetkili idare mahkemelerine itiraz edilebilir. Para cezalarının fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde verilmiş olması lazımdır. Aksi halde zamanaşımına uğrar.

Cezalar, cezayı vermeye yetkili merci tarafından yedi gün içerisinde ilgilinin mensup olduğu meslek kuruluşuna bildirilir.

10. BÖLÜM

İŞLETMELERİN SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI II: REKABET KURALLARI

1. GENEL OLARAK

Günümüzde artık merkezi planlama aracılığı ile yönetilen ekonomilerin başarısız olduğu ve bunun yerine Liberal Ekonominin uygulanması gerektiği herkesçe kabul edilmektedir¹. Hatta karma ekonomilerin, kamuya ait işletmeleri özelleştirerek bu nitelikten kurtulmaya çalıştıkları görülmektedir. Bugün çoğu ülkeler gibi Türkiye'de liberal ekonomik sistemi benimsemiş bulunuyor. Liberal ekonomik sistemin temeli ise serbest rekabettir. Serbest rekabetin istenme sebepleri şunlardır: Serbest rekabet, kaynakların etkin kullanılması, fiyatların düşmesi, maliyetleri düşürmek için tasarruf yapılması, yeni teknolojilerin bulunması ve bunların üretimde kullanılmasını sağlar. Böylece hem ekonomik ilerleme sağlanır hem de bu ilerlemeden toplumun tamamından oluşan tüketiciler yararlanır.

Liberal ekonomik sisteme veya serbest rekabet sistemine devletin hiçbir şekilde müdahale etmediği durumlarda sistem kendisini yok eder², serbest rekabet kendisini yoğun bir tekelleşmeye bırakır. Tekelleşme ise genellikle kaynakların savurgan kullanımı, ekonomik yenileşmenin yavaşlatılması, tekel fiyatlarıyla satma gibi keyfiliği simgelemektedir.

¹ ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku; 2. bası, Bursa 2001.

² Wolfgang FIKENTSCHER (Çev. Prof. Dr. Tuğrul ANSAY, Dr. Mustafa ÜNAL): "İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu" (Tekelleri Öleme Hukuku), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Ayrı Bası Haziran 1980, Cilt X, Sayı 3, s. 726.

Serbest rekabet siyasi bakımdan batı demokrasilerinin temeli ve güvencesidir.³

2. REKABET KANUNLARININ İŞLEVİ

2.1. GENEL OLARAK

Rekabet kanunları devletin ekonomiye, serbest rekabeti kurma ve koruma amacıyla müdahale aracıdır. Rekabet kanunlarında işletmelerin anlaşmalarla, birleşme ve devirlerle veya pazar gücünü kötüye kullanmak suretiyle rekabeti sınırlamaları yasaklanır.

Böylece, herşeyden önce, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin bir parçası olan fırsat eşitliği ve girişim özgürlüğü sağlanmış olur. Sosyal bakımdan tüketicinin korunması yönünde önemli bir gelişme sağlanmış olur. Çünkü rekabet etkinliği sağlar; etkinlik ise tüketici isteklerinin en az maliyetle tatmini olarak tanımlanabilir. Rekabet piyasasındaki fiyat mekanizması, tüketicilerin daha ucuz ve daha kaliteli mallar bulabilmesini sağlar⁴. Öte yandan rekabetin, teknolojik yenileşmeyi kamçılayan bir yönü vardır. Rakip firmalar kendi ürünlerini daha fazla satabilmek için, birim maliyetleri düşüren daha yeni teknolojilere gereksinme duyarlar⁵.

Küçük ve orta ölçekli işletmelerin aralarında işbirliği yapmaları, rekabet kanunlarıyla teşvik edilerek, daha etkin hale gelmeleri ve büyük işletmelerle rekabet edecek güce erişmeleri sağlanabilir⁶. Ayrıca geri kalmış

³ Siyasi hakların gerçekleştirilmesinde gerekli ekonomik şartları teminat altına alan bir hukuk mekanizması olmaksızın modern demokrasi, temel haklar demokrasisi asla düşünülemez. İktisadi açıdan da asgari bir fırsat eşitliği ve girişim olanakları güvence altına alınmadıkça demokrasinin yaşamaya-çağını (...) iktisadi kontrolün bir siyasal iradenin oluşturulması sürecinin şartlarının ve bu düzenin devamlılığını sağlama görevini de üstlendiği gerçeğini unutmamak gerekmektedir. (...) Yeni marksistler, marksizmin ciddiye alınabilecek yegane alternatifinin iktisadi kontrol olduğunu her gün biraz daha yakından saptamaktalar. Temel haklar demokrasisinin şahıslar arasındaki iktisadi dengeye dayalı olduğu görüşü bunlar tarafından da bilinmekte ve bu nedenle yeni marksistler arasında iktisadi kontrole savaşa yönelik sesler giderek artmaktadır. FIKENTSCHER, s. 728, vd.

⁴ Commission of the European Communities; Fifteenth Report on Competition Policy; Brussels, Lüksembourg 1986, s. 11, Yedinci beş yıllık kalkınma planı ÖİK raporu, DPT yayını, Ankara 1994, s. 6 vd.

⁵ Rekabetin teknolojik yenileşmeye yol açmasından başka, teknolojik yenileşmenin teşvik edilmesi için rekabet politikalarının da kullanılması mümkündür. Nitekim AT Komisyonu ABD ve Japonya karşısında geri kalan teknolojilerini ilerletmek için Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına grup muafiyeti tanıyan bir tüzük çıkarmıştır. 418/85 nolu tüzük O.J No 153/5 22.2.1985.

⁶ Simone HUGO; "Avrupa'da Küçük ve Orta İşletmeler" Avrupa Kasım 1982, Sayı 72, s. 12 – 14.

bölgelerde rekabet kanunlarının getirdiği yasaklamaların daha yumuşak uygulanmasını sağlayan düzenlemelerle rekabet politikası, bölgesel kalkınma politikalarını bütünleyici bir araç olarak da kullanılabilir⁷.

Rekabet kanunları bir çeşit ekonomi anayasası olarak görülmektedir⁸.

Genel çerçeve içinde bakıldığında, serbest rekabetçi sistemleri benimseyen tüm ekonomilerde, bu sistemi koruyucu nitelikli rekabet kanunlarına gerek olduğu anlaşılmaktadır.

2.2. REKABET KAVRAMI

Anayasada açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, rekabet etme hakkı Anayasanın 48 inci maddesinde özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak görülmektedir⁹.

Kanunun üçüncü maddesinde rekabet kavramı tanımlanmıştır. Buna göre “Rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışa ifade eder”.

SEYİDOĞLU ise rekabeti şu şekilde tanımlamaktadır. Rekabet bir başkasına veya başkalarına karşı üstünlük, kazanç veya başarı sağlama mücadelesidir.¹⁰

Kanunun yapmış olduğu tanımda yer alan “özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini” ibaresi teşebbüs tanımında yer alan “bağımsız karar verebilen” ifadesinden farklı bir anlam ifade etmektedir. Rekabet tanımındaki bu ifade işletmelerin rekabet ortamı içinde, ekonomik kararlarını pazarın koşullarına göre ve onun gerektirdiği şekilde almalarını, yani rakipleriyle yapacakları anlaşmalara göre değil, özgür bir şekilde almalarını ifade etmektedir. Buradaki özgürlük, piyasa davranışlarının, pazar dışında belirlenmesini, pazar koşullarına göre belirlenmesini ifade etmektedir. Bu ifade esasen rekabetten beklenen sonucu vurgulamaktadır.

⁷ J. Temple LANG; The Common Market and Common Law, Legal Aspects of Foreign Investment and Economic Integration in the European Community with Ireland as Prototype; Chicago and London, 1966, s. 418, vd.

⁸ FIKENTSCHER, s. 714.

⁹ ÖZ, Gamze; Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 6.

¹⁰ SEYİDOĞLU; Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük Ankara 1992, s. 720.

3. İŞLETME (TEŞEBBÜS) KAVRAMI

Ekonomik hayatın içinde, küçük bir şahıs işletmesi, büyük bir holding, kamu veya özel sermayeli şirketler, kooperatifler, gerçek kişiler, tüzel kişiler, devlet ve onun sahip olduğu teşebbüsler, yerel yönetimler yer alabilmektedir. Ekonomik hayata katılan bu sujeler bazen tüzel kişiliği olan bazen olmayan veya bağımlı, bağımsız birer yapıya sahip olabilirler. A.T. Komisyonu işletme kavramını geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Ona göre üretim dağıtım veya hizmet verme gibi ticari ve ekonomik faaliyetlerle uğraşan tek kişinin işlettiği dükkandan büyük sanayi şirketlerine kadar bütün ekonomik varlıklar işletmedir¹¹. İşletme kavramının saptanmasında temel olan onun herhangi bir ekonomik veya ticari faaliyette bulunmasıdır. Konzernler de işletme olarak kabul edilmektedir.¹² Gerçekten RKHK işletmeyi ekonomik birlik olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle hukuki bağımsızlıklarına karşın ekonomik yönden bir bütün teşkil eden konzeronların de işletme sayılması gerekmektedir. Ancak asıl sorun konzeronların ne sayılacağından çok kuruluşlarında rekabet hukuku açısından nasıl değerlendirilecekleridir. Eğer konzeronni oluşturan anlaşma rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilirse 4. maddeye göre yasaklanacaktır. Konzern oluşturan anlaşmanın birleşme veya devralma olarak kabul edilmesi dahi mümkün olabilir, bunlara ortak girişim hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilir. Bu nedenle rekabet hukuku açısından konzeronların ne olduklarından çok nasıl kurulacakları sorun teşkil etmektedir.

İşletme kavramıyla ilgili olarak ilk ortaya çıkacak sorun, bağıli işletmeler sorunudur. Bağıli işletmelerin ana işletmeyle veya yavruların kendi arasındaki anlaşmaları rekabet hukuku bakımından "anlaşma" olarak mı yoksa işletme içi talimat olarak mı görülecektir? Ana şirket ve diğer yavru şirketlerle birlikte elde ettiği güce dayanarak kötüye kullanma sayılan davranışlarda bulunan küçük bir yavru şirket hakim durumda kabul edilebilecek midir?

¹¹ I.V. BAEL, J.F. BELLIS; Competition Law of the E.E.C.; Oxfordshire 1987.

¹² Bkz. ÖZTÜRK, Pınar; "Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'lerin Değerlendirilmesi" Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul 1998 s.493 Konzern hukuken bağımsızlığını koruyan ve sürdüren işletmelerin bir yönetme ve yöneltme gücü altında birleşerek oluşturdıkları ekonomik bütünü ifade eder . TEKİNALP, Ünal; POROY, Reha; ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku; 7. Bası İstanbul 1997 s. 934. Hukuken bağımsız işletmeler iktisadi bakımdan bir gaye ile bir tek sevk ve idare altında birleşirse bir konzeron meydana getirirler ve her münferit işletme bir konzeron işletmesi olur. TEKİNALP, Ünal; "Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi" İktisat Maliye, C. XIII S.8 Kasım s. 299 Konzern nasıl tanımlanırsa tanımlansın iki temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi hukuki bağımsızlık ikincisi ise ekonomik birlik.

Diğer bir sorun devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan iktisadi faaliyetleri bakımından işletme sayılıp sayılmayacağıdır. Kamuya hizmetle görevlendirilmiş işletmelerin durumu belli başlı sorunları oluşturur.

Buraya kadar olan açıklamalardan dahi rekabet hukukunun işletme kavramıyla ticaret hukukunun işletme kavramının birbirinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Ticaret kanununa göre "ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer yerler ticari işletmedir". Ticaret sicil nizamnamesinden hareketle verilen diğer bir tanım ise "gelir sağlama amacına yönelik sürekli, bağımsız ve esnaf faaliyetlerini aşan faaliyetlere ticari işletme denir". Esnaf ise, yaptığı iktisadi faaliyette sermayeden çok kişisel emeğine dayanan ve yalnız geçinecek kadar gelir elde eden kişilerdir. Rekabet hukukunun işletme kavramı daha geniştir.

Bu durumda işletmeyi ekonomik birlik olarak bağlı işletmelerin tek bir işletme olarak kabulünü sağlayacak ve yavru işletmenin bağımsız davranma gücünün var olduğu durumları da kapsayacak şekilde tanımlamak gerekmektedir.

"İşletme, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır."

Böyle bir tanım hukuki bağımsızlığı ve kişiliği bir yana bırakarak işletmenin bağımsız kararlar verebilmesi ve ekonomik bir varlık olması (hukuki bir varlık değil) olgusunu ön plana çıkarır. Böylece rekabet hukukunun amacına uygun bir tanım ortaya çıkmış olacaktır.

4. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA, KARAR VE UYUMLU DAVRANIŞLAR

4.1. GENEL OLARAK

İşletmelerin aralarında yapacakları gizli veya açık anlaşmalarla veya uyumlu davranışlarla rekabeti sınırlamaları mümkündür. İşletmeler aralarında oluşturacakları birliklerin kararlarıyla da bu sonucu doğurabilirler. Burada faillerin çokluğu söz konusudur. Birden fazla işletme birlikte davranarak rekabeti sınırlamaktadır. İki işletmenin birleşmesi veya bir işletmenin diğer bir işletme tarafından devralınması da aynı şekilde faillerin çokluğunu gerektirir; ancak birleşme ve devirlerin önemi ve onlara uygulanacak hükümlerin genellikle anlaşmalardan farklı olması nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

İşletmeler arası anlaşmalar genellikle yatay ve dikey anlaşmalar olarak iki kategoride incelenir.

Yatay anlaşmalar, üretimden tüketime kadar uzanan zincirin aynı seviyesindeki işletmeler arasında (rakipler) yapılan anlaşmalara denir. Dikey anlaşmalar ise farklı seviyelerdeki işletmeler arası yapılan anlaşmalardır.¹³ Anlaşma, uyumlu davranış ve işletme birliği kararlarından ne anlaşılması gerektiğine kısaca değinilecektir.

Kanunun 4/1 maddesi birden fazla işletmenin birlikte davranışları ile rekabeti sınırlamalarını yasaklamaktadır. Buna göre "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ile teşebbüs birliklerinin bu amaca yönelik karar ve eylemleri, hukuka aykırı ve yasaktır."

Burada üç husus yasaklanmaktadır. Bunlar rekabeti sınırlayıcı olan;

- a) işletmeler arası anlaşmalar,
- b) İşletmeler arası uyumlu davranışlar,
- c) İşletme birlikleri kararlarıdır.

Bunların yasaklanabilmesi için ya amaçlarının ya da doğurdukları ekonomik etkilerin rekabeti sınırlayıcı olması gerekmektedir. Bir anlaşma henüz uygulanmamış ve dolayısıyla rekabeti henüz sınırlamamış bile olsa hükümlerinden rekabeti sınırlayıcı "amaçlı" olduğu anlaşılıyorsa, uygulamadaki etkilerini görmek için beklemeye gerek yoktur. Doğrudan doğruya, daha uygulanmadan önce yasaklanır.

Bir anlaşmanın hükümleri rekabeti sınırlayıcı amaçlı olmasa bile, uygulandığı zaman fiilen rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa bu anlaşmayı yapan işletmelerin amaçlarının ne olduğuna bakılmaz. Bu anlaşma da yasaklanır.

4.2. ANLAŞMA

Anlaşma deyince, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuk hükümlerine göre geçerli bir anlaşma anlaşılmalıdır. Rekabeti sınırlamak amacıyla yapılan anlaşmalar genellikle gizli olarak yapılır. Taraflar arasında bir anlaşmanın varlığının kabulü için, her ne sebepten olursa olsun, tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri yeterlidir.

¹³ WOLF, Henning-Roth; "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku" AT Hukuku ve Türkiye'nin Uyum

Kanun sözleşme terimi yerine, anlaşma kelimesini özellikle seçmiştir. Çünkü burada yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşma, anlaşma olarak kabul edilmektedir. Taraflar açısından bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları da, tarafların fiilen buna uymaları ve rekabeti sınırlamaları halinde anlaşma olarak kabul edilir. Asıl zor olan uyumlu eylemdir. Bir anlaşma yok, bir mutabakat yok ama işletmelerin birbirlerine benzeyen, birbirleriyle uyumlu pratikleriyle, tatbikatlarıyla kartel veya karteleten bir durum ortaya çıkmaktadır. Uyumlu eylemin tespiti oldukça zordur.¹⁴

4.3. UYUMLU DAVRANIŞ

İşletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa veya aralarında bir anlaşma olmadığı halde, kendi bağımsız davranışları yerine geçen ve aralarında pratik işbirliği sağlayan davranışları da eğer, rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa yasaktır.

İşletmeler arasında uyumlu davranışın varlığının kabul edilebilmesi için şu koşullar aranmalıdır.

- İşletmeler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen ortak işbirliği olmalıdır.
- Bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişki ile ulaşılmış olmalıdır.
- Amaç rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır¹⁵.

İlgili pazara baktığınızda işletmelerin davranışlarının rekabeti sınırladığını tespit etmek mümkündür. Ancak bu sınırlamaların işletmeler arasında "uyumlu davranışın" bir sonucu olup olmadığını, yani sonuçlar ile davranışlar arasındaki ve davranışların birbiriyle arasındaki bağlantıyı kurmak her zaman kolay değildir. Bu nedenle bir uyumlu davranış karinesi getirilmiştir. Hukukta belli bir konuda karine varsa ispat yükü karşı tarafa geçer. Burada pazarda rekabetin sınırlandığına dair etkiler varsa ve bu etkiler işletmelerin birbirlerine uygun davranışlarından kaynaklanıyorsa işletmelerin bu davranışları arasında bir "bağın" varlığı kabul edilir. Eğer, işletmeler aksini savunuyorlarsa, yani bu davranışların pazardaki ekonomik koşulların doğal sonu-

Semineri İstanbul 1990 s. 162.

¹⁴ TEKİNALP, Ünal; "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör" Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri AŞ: İnterMedya yayını İstanbul 1998 s. 70.

¹⁵ BAEL, BELLIS pa. 212

cu olduğunu ve arada bir "bağ" olmadığını savunuyorlarsa, bu iddialarını kanıtlamak zorundadırlar. Bu amaçla her türlü delili kullanabilirler (4/3-4 fıkralar).

ATAD uyumlu davranışı şu şekilde tanımlamıştır: "İşletmeler arasında hiçbir zaman bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabetin risklerine karşı aralarında pratik işbirliği yaratan bir eşgüdüm şeklidir."¹⁶

Divanın kararına bakılacak olursa, salt işletmeler arası paralellik değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olması uyumlu eylem sayılmaktadır. Böyle bir paralel davranış işletmelerin aralarında kurmuş oldukları herhangi bir ilişkiden veya iletişimden kaynaklanmış olabilir. Örneğin, iki ay sonra uygulanacak fiyat listesinin karşılıklı olarak gönderilmesi halinde, rakipler birbirinin iki aylık pazar politikalarını öğrenmiş olmakta ve bu politikalara paralel politikalar üretmektedirler. Böyle bir bağ ve iletişim olmadan sadece tahminlerle rakiplerin davranışları tespit ediliyorsa o zaman uyumlu eylemden söz edilemez.

4.4. İŞLETME BİRLİĞİ KARARLARI

İşletmeler genellikle müşterek menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla birlikler oluştururlar. Bu birliklerin alacağı rekabeti sınırlayıcı kararlarla, işletmeler arası anlaşmalar yoluyla rekabetin sınırlandırılmasının ekonomik etkileri birbirinin aynıdır. O nedenle bunların da yasaklanması gerekir. İşletme birliği tüzel kişiliğe sahip bir birlik olmak zorunda değildir. Fiili birliklerin de rekabeti sınırlayıcı kararları bu madde kapsamına girer. İşletme birliklerinin kararları "tavsiye kararı" olarak alınırsa ve hiçbir bağlayıcılığı yoksa bu gibi kararların yasaklanmaması gerekir. Şu kadar ki tüm işletmeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlandırılıyorsa bu kararlar tavsiye kararı bile olsa yasaklanır.

İşletme birlikleri kararları normal olarak birliğin kurallarına göre alınmış ve birlik üyelerini bağlayan kararlardır. AT Komisyonu birlik üyelerinin fiilen buna uymaları halinde işletme birliklerinin tavsiye kararlarını da "işletme birliği kararı" olarak kabul etmektedir. Komisyon işletme birlikleri arasında yapılan anlaşmaları, işletme birliklerinin ana sözleşmelerini ve bun-

¹⁶ Olayda aynı tarihte aynı oranlarda zam yapan işletmelerin uyumlu eylem içinde olduklarına karar verilmiştir. ICI v. Commission 1972 ECR 619-655, ASLAN, AT Rekabet Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ens. Yayını, 1992, Ankara, s. 76.

larda yapılan değişiklikleri 85/1 (81/1) madde kapsamına almıştır.¹⁷ Ayrıca, bir kamu otoritesi tarafından onaylanan ve içeriği genişletilen bir kararın da uygulama dışında kalamayacağına¹⁸ ve üyeleri hükümetçe atanan ve kendisine düzenleyici yetki verilen bir işletme birliği de AT rekabet kuralları kapsamında olduğuna karar verilmiştir.¹⁹

4.5. REKABETİ SINIRLAMA AMACI VE ETKİSİ

İşletmeler arası her türlü anlaşma RKHK kapsamına girmez. Bir anlaşmanın kanun kapsamına girmesi için rekabeti sınırlayıcı olması gerekir. Rakipler arasında yapılan ve rekabetle ilgisi olmayan anlaşmalar kanunun kapsamı dışındadır. Rekabeti sınırlayıcı etkisi çok küçük olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların, kanunun kapsamı dışında kalması gerekir.

Kanunun 4. maddesi bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabeti sınırlayıcı amaçlı veya etkili olmasını istemektedir. Türk Rekabet Kanunu AB'nin İşleyişine Dair Anlaşmanın (Bundan böyle ABİDA olarak anılacaktır.) 101/1. maddesinden farklı olarak, açıkça potansiyel rekabeti sınırlama ihtimali olan anlaşmaları da yasaklamıştır. 4. madde açıkça (..... amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran) dedikten sonra “veyahut doğurabilecek nitelikte olan” demiştir. Yani bir anlaşmanın ileride rekabeti sınırlayıcı etki doğurabileceği bugünden belli ise bu anlaşma da yasaklanabilecektir.

Kanunun bu düzenleme tarzına göre üç aşamada bir inceleme gerekmektedir. Öncelikle anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı amaçlı olup olmadığı tespit edilecektir. Eğer anlaşma hükümlerinin rekabeti sınırlayıcı amaçlı olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa, o zaman anlaşma derhal yasaklanacaktır, başka bir inceleme gerekmez. Ancak para cezası da verilecekse, verilecek cezanın “şiddetinin” belirlenmesi açısından rekabetin bozulmasının süresi ve şiddetinin tespit edilmesi için daha fazla incelemeye ihtiyaç vardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Eğer bu anlaşma uygulanırsa rekabeti sınırlama ihtimali var mıdır? Bunun tespit edilmesi gerekir. Gerçekten hiçbir iktisadi gücü olmayan, ilgili ürün pazarındaki payları çok küçük olan iki işletmenin aralarında yaptıkları anlaşmanın bazı hükümlerinin amacının

¹⁷ Cecima O.J. 1969 L 69/13, Cematax O.J. 1971 L 227/261 Case 71/74, Frubo v Commision Judgment 15.5.1975 pa. 285, 29,30 krs. M.R.MOK; "The Cartel Policy of EEC Commission 1962-1967" CML Rev. Vol.6 1969, s. 72

¹⁸ AROW v. BNIC OJ 1982 L.379/1.

¹⁹ Pabst and Richarz KG v. BNIA OJ 1976 L 231/24.

rekabeti sınırlayıcı olduğu tespit edilse bile bunları yasaklamanın bir anlamı yoktur. Kurulun bunlarla uğraşmasının, vakit ve para sarf etmesinin, gereği yoktur. Çünkü bunlar ne kadar rekabeti sınırlayıcı amaç taşırlarsa taşırsınlar, sahip oldukları iktisadi güç onların rekabeti hissedilir derecede sınırlayabilmeleri için yeterli değildir. Yani sırf “amacı” kanuna aykırı olduğu için bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için “bu anlaşmanın rekabeti sınırlayabilecek makul bir iktisadi güç, meydana getirip getirmediğinin, tarafların iktisadi güçlerinin buna müsait olup olmadığının araştırılması gerekir.

Eğer anlaşmanın amacı rekabeti sınırlayıcı değilse, bu kez anlaşmanın, başka unsurlarla birleşerek fiilen rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurup doğurmadığı araştırılacaktır. Bir anlaşma hükümleri rekabeti sınırlayıcı amaçlı olmayabilir. Bununla birlikte anlaşma hükümleri pazar koşulları ile birleşerek rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilir. Bu durumda da rekabeti sınırlayıcı “etkili” olduğu tespit edilen anlaşma yasaklanacaktır.

Eğer anlaşma fiili etkileri itibarıyla da rekabeti sınırlayıcı bulunmazsa o zaman anlaşmanın ilerideki rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmaya müsait olup olmadığı incelenecektir. Eğer anlaşma potansiyel rekabeti kısıtlama ihtimali taşıyorsa, gene yasaklanabilecektir. Ancak potansiyel rekabetin değerlendirilmesi her zaman sanıldığı kadar kolay olmaz. Potansiyel rekabet incelenirken pazara giriş engellerinin varlığı ve yüksekliğinin incelenmesi gerekir.

4.6. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA ÖRNEKLERİ

4.6.1. Fiyatların ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

Fiyat rekabeti, rekabetin en önemli boyutudur. Bu nedenle üreticilerin, sağlayıcıların veya perakendecilerin belirli bir mal veya hizmetin satış fiyatlarını aralarında yapacakları bir anlaşmayla belirlemeleri rekabeti sınırlar. Çünkü fiyatların pazar koşullarına göre, arz ve talebin karşılaşmasıyla oluşması gerekmektedir. Fiyatın pazar koşulları dışında belirlenmesi her zaman rekabeti bozucudur. Fiyat tespiti anlaşmasının doğrudan veya dolaylı yöntemlerle yapılmış olması sonucu değiştirmez.²⁰

Rekabetin sağlanması bakımından diğer sözleşme koşulları da önemlidir. Örneğin ödeme koşulları, satış sonrası hizmetlerin sunulduğu malın tes-

²⁰ Case 8/72 VCH Commission 1972 ECR, 977 Olayda işletmeler karşılıklı olarak birbirlerine fiyat politikalarının bildirmektedirler.

lim koşulları gibi. Bu konularda yapılacak anlaşmalar da bu bent kapsamına girer.

Fiyatlarla ilgili anlaşmalar genellikle şu görünümelerde ortaya çıkar: Yayınlanmış fiyatlardan ayrılmama, yayınlanmış fiyatlardan herhangi bir sapma olmuş ise bunu genelleştirmeme, verilen fiyatlardan başkasına uymama gibi olabilir.

Fiyatların cari fiyatlardan tespit edilmiş olması veya cari fiyatlardan düşük veya daha yüksek olması sonucu değiştirmez.

İhraç fiyatlarının tespitine kural olarak rekabet kuralları uygulanmaz, ancak Türkiye içindeki rekabeti etkiliyorsa o zaman bu anlaşma da 4. madde kapsamına girer.

Fiyat tespiti denilince genellikle satış fiyatlarının tespiti anlaşılır, ancak alış fiyatlarının tespiti de aynı derecede rekabeti sınırlayıcıdır. Satış fiyatlarının tespiti bir alt pazardaki rekabeti sınırlarken alış fiyatının tespiti bir üst pazardaki (örneğin hammadde pazarındaki rekabeti sınırlar.)²¹

Fiyat tespitine ilişkin anlaşmalar, fiyatların kontrolüne ilişkin uygulamalar AB ve ABD uygulamalarında, bunların yatay veya dikey olmasına bakılmaksızın daima per se hukuk dışı sayılmıştır.²²

Avrupa Birliği yeni dikey anlaşmalar hakkındaki grup muafiyeti tüzüğünde tavsiye fiyat ve maksimum fiyat tespitini grup muafiyeti kapsamına almıştır.

4.6.2. Pazar Paylaşma

4. maddede sayılan örneklerden bir diğeri pazar paylaşmadır. 4/b maddeye göre "mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü" yasaklanmaktadır.

İki rakip işletmenin aralarında anlaşarak ülkeyi bölgelere ayırmaları ve birbirlerinin bölgelerine girmemeyi kabul etmeleri, pazar paylaşma anlaşmalarının en klâsiğidir. Burada pazar coğrafi olarak bölünmektedir.

Ürünün dağıtıcılara satılmasında, onların bu ürünü kime satacakları ya da kimlere satmayacakları yolunda bazı kısıtlamalar konmaktadır. Buna müşteri paylaşmak denir. Örneğin, dağıtıcıların yalnızca son tüketim amacıyla satış yapmasının ya da yalnızca toptancılara satması, yalnızca Duty-

²¹ ASLAN; AT Rekabet Hukuku; 92.

²² Krş. HAWK; s. 780 ASLAN; AT Rekabet Hukuku s. 88 AKINCI; s. 95 vd.

Free amaçlı mağazalara satış yapması, sadece otellere ve restoranlara satış yapması gibi sınırlamalar olabilir. Bu sınırlamalar bazı hallerde rekabeti bozucudur. Pazar paylaşmayla aynı etkiyi doğurur.

Bir malı satın alan kişi onu ne yapacağına karar verme özgürlüğüne sahiptir. Alıcının aldığı malı hangi alanlarda ve hangi amaçlarla kullanabileceğine dair satıcı tarafından konulan sınırlamalar rekabeti sınırlayıcıdır. Bunlara kullanım sınırlamaları denir. Pazar paylaşmayla aynı etkiyi doğurur.²³

4.6.3. Üretimin Sınırlanması

4. maddenin c. bendinde "mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" rekabeti sınırlayıcı bir durum olarak saptanmıştır. İki ya da daha fazla işletmenin bir olup arz miktarını sınırlamaları, böylece fiyatların artmasını sağlamaları açıkça rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadır. Bunu atıl kapasite bulundurarak veya üretimlerini arttırmayarak, stok yaparak sağlayabilirler. Ancak talep miktarını nasıl kontrol edebileceklerini anlamak çok zordur. Eğer bunun bilinen bir yöntemi var ise, enflasyonu düşürmek an meselesidir. Belki talep, devlet politikası ile etkilenebilir. Ancak iki veya daha fazla işletme, tüketicinin talebini nasıl kontrol edebilir? Bu amaçla verilecek her örnek, aslında arzın kontrolü veya sınırlanmasıdır. Bir görüşe göre alım fiyatlarının tespit edilmesi ile talep piyasalarının düzenlendiği "a" ve "b" bentlerinde olduğu gibi, talep miktarının da kontrol edilmesi mümkündür. Buna karşılık, piyasadaki talebin kontrol edilmesi, arzın kontrolüne kıyasla daha sınırlı uygulama alanı bulur. Her şeyden önce talebin sınırlanması, son tüketim aşamasında ve nihai olarak değil, ancak ara üretim malları veya aşamaları için söz konusu olabilir. Zira henüz nihai tüketicileri bir araya getirerek, ortak davranmalarını sağlayabilecek bir örgütlenme modeli oluşturulamamıştır²⁴. Hammadde veya ara mallar pazarında alıcıların aralarında anlaşarak alım miktarını tespit etmeleri ilk bakışta talebin kontrolü gibi görünse de bu nihai olarak onların üreteceği malların yani üretim miktarının kontrolü anlamına gelmektedir. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz gibi bu konuda verilecek örnekler aslında nihai olarak üretimin kontrolü anlamına gelmektedir.

²³ ASLAN; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 106 vd.

²⁴ SANLI, Tez, s.112.

4.6.4. Girişlerin Engellenmesi

İki veya daha fazla işletmenin aralarında anlaşarak piyasaya yeni girişleri önleyici tedbirler almaları, rekabeti sınırlandırıcıdır. Bunda hiç şüphe yoktur. "Rakip Teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırılması, kısıtlanması" için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Rekabet, zaten rakip teşebbüsleri zor durumda bıraktığı için onları yeni teknolojiler bulmaya, maliyetleri minimize etmeye ve böylece ilerlemeye ve rekabette avantajlar yakalamaya iter. Rekabetin istenme ve korunma nedenleri bunlardır. Bu ifade tarzı, tereddüt yaratmaktadır. Zorlaştırma ve kısıtlama ile başka şeyler anlatılıyorsa, bu açık ve net bir şekilde yanlış anlaşılmalara meydan vermeden ifade edilmelidir (4/d madde).

Burada yasaklanmak istenenler, iki veya daha fazla işletmelerin aralarında yapacakları anlaşmalarla pazarlarına yeni girecekleri engellemeleri, kendi dışında kalan rakiplerin büyümelerini engellemeleri veya iş dışına atmaya çalışmalarıdır.

4.6.5. Ayrımcılık

Kanunun 4/e maddesi ayrımcılık yapmayı yasaklamaktadır. Buna göre "münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması" yasaktır. Kanun koyucu münhasır bayilik sözleşmelerinde ayrımcılık yapılmasına izin vermiştir. Münhasır bayilik 4. maddenin genel yasağının ve diğer örneklerin yasaklarından muaf değildir. Yalnızca 4/e maddenin uygulanması açısından bir istisna teşkil etmektedir. Bu çok dar bir koruma sağlamaktadır, rekabeti sınırlandırıcı bayilik anlaşmalarının yasaklamadan genel olarak kurtulması söz konusu değildir.

ABİDA'nın101/1-d bendinde aynı kıymetteki edimlere farklı koşullar uygulayarak, birlikte ticaret yaptığı taraflardan birini diğerine göre rekabette dezavantajlı duruma sokmak yasaklanmaktadır.

Bu hükmün amacı işletmelerin aralarında anlaşarak ticari ilişkide bulundukları taraflardan birini diğerlerine göre rekabette daha kötü duruma düşürmelerini yasaklamaktır. Örneğin A ve B firmasının kendilerinden mal alan C firmasına diğer firmalara göre % 10 daha pahalı satmak konusunda anlaşmaları.

4.6.6. Ek Yükümlülük Koymak

ABİDA'nın 101/1-e "Sözleşmenin yapılmasının bir tarafın sözleşme konusu ile ne nitelik ne de ticari teamül itibarıyla hiç bir bağlantısı olmayan ek edimler kabul edilmesine bağlanmasını" yasaklar.

A ve B firması bundan sonra kendilerinden sabun satın alacak firmalara sabunu ancak zeytinyağı da satın almaları halinde satmak konusunda aralarında anlaşılırsa bu anlaşma bu hüküm kapsamına girer.

4.7. MUAFİYET

4.7.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi rekabeti sınırlayıcı olmasına karşın aynı zamanda olumlu yönleri de olan, anlaşmaların belirli koşullarla yasak kapsamı dışına çıkarılabilmesi, daha adil ve ekonomik bakımdan daha yararlı olacaktır. Böyle bir muafiyet sistemi Avrupa Birliği' vardır, fakat ABD'de yoktur²⁵.

4.7.2. Bireysel Muafiyet Koşulları

5. maddeye göre muafiyetin verilebilmesi için gerekli koşullar şunlardır:

- a. Yararlı olma; Bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için ilk koşul bu anlaşmanın yararlı etkilerinin olmasıdır. Bu yararlı etkiler 101(3) maddede "üretimde, malların dağıtımında ekonomik ve teknik gelişmenin artırılmasında iyileşme sağlanması şeklinde belirtilmiştir. Kanunda bu husus "malların üretim ve dağıtımında yeni gelişme, hizmetlerin sunulmasında iyileşme, ekonomik ve yeni teknolojik gelişmelerin sağlanması" şeklinde belirtilmiştir.

Bu yararların anlaşmanın doğurduğu rekabet sınırlamasından daha büyük olması aranmalıdır. Bu hükümlerde yer alan ifadeler oldukça soyut ifadelerdir. Örneğin yeni bir üretim süreci hızlı ve ucuz olması yanında kaliteyi bir miktar bozmuş olabilir. Burada iyileşmenin ya da yararın dengesi nasıl saptanacaktır. Özellikle

²⁵ Bazen idari makamlar gayri resmi menfi tespit sağlayabilmektedirler. Ayrıca Kongrenin bir Kararla belirli anlaşmalara muafiyet tanınması mümkün ise de bu sistem A.T. sistemine benzememektedir. RAHL, s. 285.

ekonomik gelişmenin arttırılması daha da soyut bir ifadedir, genellikle ekonomik büyüme olarak anlaşılmaktadır²⁶.

- b. Tüketicinin yarar sağlaması; Anlaşmanın sağladığı yararlardan tüketicinin de bir pay alması gerekir. Ekonomik, teknolojik alanlarda, üretimde veya pazarlamada ortaya çıkan iyileşmeler tüketiciye de yansıtılmalıdır. Örneğin fiyatlarda düşüş veya kalitenin artması halinde tüketicinin ortaya çıkan yarardan pay aldığını söyleyebiliriz. Tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, servis kolaylıklarına kavuşması, ürün çeşitliliğinin artması nedeniyle tüketicinin seçme olanaklarının artması da tüketicinin ortaya çıkan yarardan pay aldığını gösterir. Bu koşulun biraz geniş yorumlanması, sadece doğrudan yararların değil dolaylı yararların da bu koşulun gerçekleştiğinin kabulü için yeterli görülmesi gerekir.
- c. Sınırlamanın zorunluluğu; Anlaşmanın ortaya çıkardığı yararlı etkilerin elde edilmesi için rekabetin kısıtlanması zorunlu olmalıdır. Rekabet üzerinde meydana gelen sınırlama anlaşmanın ortaya çıkardığı yararları ulaşmak için gerekenden daha fazla olmamalıdır.
- d. İlgili pazarın bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması; ilgili pazarın saptanması konusunda yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerlidir. İlgili ürün pazarı konusunda açıklamalar ileri de yapılacaktır. Anlaşmanın getirdiği sınırlamalara rağmen ilgili ürün pazarında ve coğrafi pazarda hala rekabetin devam etmesi gerekir. Eğer Birleşmelerin Kontrolü Tüzüğü anlamında bir hakim durum oluşuyorsa o zaman bu koşul oluşmuş sayılmalıdır.

Muafiyet kararları belirli bir süre için verilebilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun gerçekleştiği tarihten itibaren geçerlidir.

4.7.3. Grup Muafiyeti

Avrupa Topluluğunda Komisyon, Konseyin çıkardığı yetki tüzüklerine ve 101/3 maddeye dayanarak grup muafiyeti tüzükleri yoluyla belirli

²⁶ MOK s. 93

²⁸ GÜL, s. 8.

anlaşma kategorilerine grup olarak muafiyet tanımaktadır. Bu tüzüklerde grup muafiyetinden yararlanabilmenin koşulları ayrıntılı olarak gösterilmektedir. Kanunda da grup muafiyeti kabul edilmiştir.

Kurul birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.(m.5/son)

Avrupa Birliği'nde Komisyona verilen yetki Türkiye'de tebliğler çıkarmak suretiyle Rekabet Kurulu tarafından kullanılacaktır. Bu yetki çok geniş ve yasama benzeri bir yetkidir. Gerçekten Rekabet Kurulu hangi anlaşma türlerini bir grup olarak muaf tutacağına kendisi karar vereceği gibi, hangi koşullarla bu muafiyeti vereceğine de kendisi karar verecektir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun bu yetkisini sınırlayan, genel muafiyet koşulları dışında başka bir husus yoktur. Oysa Avrupa Birliği'nin yasama organı sayılan Konsey, Komisyona hangi koşullarla grup muafiyeti tüzüğü çıkaracağına dair ilkeleri bir Konsey Tüzüğü ile göstermektedir.

Kanunun 5. maddesine göre muafiyet uyumlu eylemlere de uygulanabilir. Ancak Grup Muafiyeti uyumlu eylemlere uygulanmaz. Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrası sadece belirli “anlaşma” türleri için grup muafiyeti çıkarma yetkisi vermektedir.

Kurul şimdiye kadar, tekelden dağıtım anlaşmaları, tekelden satın alma anlaşmaları, motorlu taşıtlar dağıtım anlaşmaları ve franchise anlaşmalarını grup olarak 4. madde yasağından muaf tutan tebliğler yayınlamış bulunmaktadır.

4.7.4. Muafiyetin Sonuçları

Bireysel muafiyet ve grup muafiyeti için bildirim gerek yoktur. Muafiyet içeren bir Kurul kararı da verilmez. Rekabet Kurumunun çıkaracağı tebliğlere uygun olan anlaşmalar bildirim gerek olmaksızın, yapıldıkları andan itibaren otomatik olarak muafiyetten yararlanmaktadırlar.

Genel olarak muafiyetin en önemli sonucu ilgililerin yasal belirlilik ve güvenlik içinde olmasıdır. Muafiyet verilen bir anlaşma hakkında para cezası uygulanmaz. Muafiyet devam ettiği sürece bu anlaşmaya dayanarak yapılan her türlü hukuki işlem geçerlidir. İleride geçmişe yönelik olarak geçersiz kılma ihtimali olmadığı için ilgililer kendilerini güvenli hissedeceklerdir.

Bireysel muafiyet için veya grup muafiyeti kapsamına giren bir anlaşma için bildirim gerekmemektedir. Taraflar yaptıkları rekabeti sınırlayıcı

anlaşmanın grup muafiyeti tebliği kapsamına girdiğini düşünüyorlarsa bildirimde bulunmalarına gerek yoktur. Bildirim olmadığı halde muafiyetten yararlanırlar. Ancak herhangi bir şüphe halinde bildirimde bulunmakta fayda vardır.

Yani muafiyetin özel hukuk bakımından sonucu anlaşma ve teşebbüs birliği kararının geçersizliğinin iddia edilememesi ve bunlarla ilgili olarak veya uyumlu eylemden kaynaklanacak zararların giderilmesinin talep edilememesidir.²⁸

4.7.5. Muafiyetin Geri Alınması

Kanunun 13. maddesi hangi hallerde muafiyetin geri alınacağını göstermiştir Rekabet Kurulu kararı geri almak yerine yeni bazı yükümlülük ve şartlar da koyabilir. Çünkü madde "... geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir" demektedir. Kararın alınmasına esas teşkil eden bir olayda değişiklik olursa, değişiklik tarihinden itibaren geçerli olmak üzere muafiyet kararı geri alınır. Muafiyet kararı çeşitli şartlara ve yükümlülüklerle bağlı olarak verilmiş olabilir. Taraflar bu şart ve yükümlülüklerle uymak zorundadırlar. Aksi halde muafiyet kararı geri alınır. Muafiyet kararının tarafların eksik veya yanlış bilgi vermiş olması nedeniyle verilmiş olduğu anlaşılırsa muafiyet kararı geri alınır.

Bu son iki halde geri alma kararı, muafiyet kararı verildiği andan itibaren geçerlidir. Yani geri alma kararı, muafiyet kararı verildiği ana kadar geriye yürür. Sonuçta muafiyet kararı hiç verilmemiş sayılır; ve buna göre işlem yapılır. 13. maddenin ikinci fıkrasının son bölümü "... diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir" demek suretiyle bu durumu göstermiştir.

5. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

5.1. HAKİM DURUM

5.1.1. Genel Olarak

Kanunun 6. maddesi hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Buna göre "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." Hemen belirtelim ki maddede hem hukuka aykırıdır hem de yasaktır ibarelerinin birlikte kullanılması talih-sizliktir. Kanunun yasak kıldığı hususları yapmak hukuka aykırıdır. Her ikisi aynı anlama gelmektedir. Bu maddenin ana kavramı hakim durumdur. Maddede aynı zamanda bazı kötüye kullanma örnekleri de sayılmıştır.

Hakim durum bir ekonomik gücün ifadesidir. Bir işletmenin hakim durumda kabul edilmesi için gerekli ekonomik güç ne kadardır?

5.1.2. Tanımı

RKHK 3. maddesinde bir hakim durum tanımı yapmıştır, buna göre hakim durum "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü" ifade eder.

Bu tanımlama ATAD'ın tanımlamasını bir anlamda açmaktadır. ATAD'ın tanımlamasında yer alan "rekabeti önleme gücü" yerine burada "fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" denilmiştir. Yani rekabeti önlemede kullanılabilecek araçlar tek tek sayılmıştır. Ancak bu saymanın sınırlı olmadığı, başka araçlarda kullanılabileceği "gibi" sözcüğünden anlaşılmaktadır. Bu tanımlama ayrıca bir de eksiklik içermektedir. İşletmenin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olması vurgulanırken, kendisine mal verenlerden yani sağlayıcılardan (suplier) bağımsızlığı vurgulanmamıştır.

ÖZ, kanunun 6. maddesinin, birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıkları göz önünde bulundurarak şu tanımı vermiştir. *"Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde yada bir bölümünde bir mal yada hizmet piyasasında, aynı anda birlikte yada birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını*

kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır.”³⁰ Bu tanım daha kapsamlı ve amaca uygun görünmektedir.

Tüm bu eksikliklere rağmen hakim durumun unsurlarını ekonomik güç, bağımsızlık ve bu gücün devamlılığı olarak saptayabiliriz

5.1.3. Unsurları

5.1.3.1. Ekonomik Güç

Bir işletmenin hakim durumda sayılması için belirli bir ekonomik güce sahip olması gerektiği açıktır. Bu ekonomik gücün ne kadar bir güç olduğu konusu açık değildir. Yukarıdaki tanımlamalardan anlaşılacağı üzere işletmenin pazar koşulları dışında keyfi olarak hareket etmesini sağlayabilecek bir güç gereklidir. Bu gücün tekel gücü olduğu konusunda genel bir fikir bulunmaktadır.³¹ Ancak burada tam tekel anlamamak gerekir.³²

5.1.3.2. Bağımsızlık

ATAD ve Komisyon, tüm kararlarında, işletmenin hakim durumda sayılabilmesi için sağlayıcılardan, müşterilerden ve rakiplerden bağımsız olarak davranabilme gücü olması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Burada bağımsızlığı iki şekilde anlamak gerekmektedir. Birincisi, eğer kötüye kullanma davranışlarında bulunan bir işletme bu davranışları mensubu bulunduğu bir şirketler grubundan aldığı güçle yapıyorsa, bu yavru şirket tek başına değil tüm grup hakimlik değerlendirmesinde göz önünde bulundurulur. Her ne kadar yavru şirket hukuken bağımsız ise de ekonomik olarak bağımsız değildir. Rekabet hukukunda işletme olarak ekonomik varlıklar esas alınır. İkincisi ise bağımsız, daha doğru bir deyişle keyfi davranabilme gücüne sahip olmasıdır.

³⁰ ÖZ, Tez, s.157.

³¹ ÖZSUNAY; Kartel Hukuku, s. 17, PLAISANT, R. ve LASSIER, J. (Çev. Akar Öcal); “Ortak Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” İktisat Maliye 1981 S. 1, C. 28, s. 12-16 CHAMPBELL, Alan ve THOMPSON, Dennis; Common Market Law, Texts and Commentaries; London 1962.

³² CANNELLOS, PC and SILBER, HS; “Concentration in the Common Market”; CMLR 1970 Vol. 7, s 160.

5.1.3.3. Devamlılık

Ekonomistlerin önemle belirttikleri husus, pazardaki ekonomik gücün hakim güç sayılabilmesi için, bunun sürekli bir güç olması gerektiğidir. Geçici bir güç hakimlik ölçüsü olamaz. Bir işletme tek başına bir pazara sahip olsa bile yeni girişler mümkünse bu geçici tekel durumu hakim durumu göstermez³³. Ancak bu sürenin ne kadar bir süre olması gerektiği konusunda bir açıklık getirmemektedirler. Kanaatimizce, burada hakim durumun bir süre için devam etmesi önemli gibi görünüyorsa da, esasen 6. madde hakim durumu değil kötüye kullanmayı yasaklamaktadır. Burada birazda performansçı yaklaşımlara yaklaşarak, eğer bir hakim durumun, kötüye kullanmaya yetecek kadar sürdüğü gösterilebiliyorsa, yani hakim olunan süre içinde kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar yapılabilmişse, hakim durumun kabulü için bu süre yeterli olmalıdır.

5.1.4. Hakim Durumun Saptanmasında Kullanılan Kıstaslar

5.1.4.1. Pazar Payı

Bir işletmenin hakim durumunun en önemli göstergelerinden birisi pazarda sahip olduğu paydır. ilgili işletmenin pazar payının tespiti tek başına yeterli değildir. Rakiplerin pazar payına da bakmak gerekir. Örneğin % 30 pazar payına sahip bir işletme rakiplerin pazar payının % 1-2 den fazla olmadığı bir pazarda hakim durumda kabul edilebilir. Oysa % 25, % 10, % 20, % 5 ve diğerleri % 10 pazar payına sahip ise % 30 pazar payına sahip bir işletme hakim durumda olmayabilir.

Bu nedenle hakim durum saptanmasıyla ilgili yargısal araştırmalar öncelikle pazar payının saptanmasıyla ille başlar. Çünkü bir işletmenin istihdam sayısı, sermayesinin büyüklüğü, pazarlarının tüm dünyaya yayılmış olması ve üretim miktarı gibi büyüklük göstergeleri yeterli bilgi vermez. Esas olan onun rakiplerine göre, nispi büyüklüğüdür. Bu nedenle işletmenin ilgili olduğu pazardaki payı kadar rakiplerin payları da önemlidir.

Bazı kanunlar ne kadar bir pazar payının hakim durumun göstergesi sayılacağını kendileri tespit etmişlerdir. 1948 tarihli İngiliz tekeller ve sınırlayıcı uygulamalar kanunu 1/3'lük pazar payını yeterli bulurken Norveç'te

³³ FULLER, Baden; "Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" EL Rev Vol. 4 1979, s. 429.

fiyatların, kârların ve rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların denetimi hakkında 1953 tarihli kanun 1/4 pazar payını yeterli görmüştür.³⁴

Bazı yazarlar % 50 pazar payını yeterli görürken bazıları en büyük 4 firmanın pazar payının % 80'ine sahip olması ve bu durumun 5 yıl sürmüş olmasını aramaktadırlar.³⁵ Bazılarına göre ise bir işletme pazarın tamamına sahip olsa bile potansiyel rekabet varsa, yani işletme sanki rekabet varmış gibi davranıyorsa hakim durum yoktur.³⁶

Ancak şunu unutmamak gerekir ki, hakim durumla onun kötüye kullanılması farklı şeylerdir. Bir işletmenin sahip olduğu gücü kötüye kullanmayarak, sanki rekabet varmış gibi davranması hakim durumda olmadığı anlamına gelmez.

5.1.4.2. Dikey Bütünlük

Bir işletmenin üretimden dağıtıma kadar ürünün pazara ulaştırılmasındaki zincirde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlamış ise bu, rakipler için önemli bir giriş engeli oluşturur.

Giriş engeli kavramı ekonomik gücün saptanmasında temel bir rol oynamaktadır. Ekonomistler genellikle bir pazarda girişler kolaysa burada hakim durum kabul etmezler. Giriş engelleri yüksek olan bir pazardaki bir kaç firma ise tekel karı elde edebilir (özellikle oligopol piyasalarında). Bir olayda pazar payı hakim durumun tespitinde kesin ölçü olamayacak durumda ise bu durumda ek başka kıstaslara bakılır. Özellikle pazarda giriş engellerinin olup olmaması çok önemlidir. Giriş engelleri varsa pazar payı ile birlikte hakim durumun göstergesi olabilir. Özellikle hakim durumun varlığını kabul etmekte pazar payı yeterli görülmediği, pazar payının çok yüksek olmadığı durumlarda giriş engelleri de incelenir.

³⁴ Bkz ÖZ; Tez; s. 90 "Buna karşı hakim durum, bazı ulusal rekabet hukuku sistemlerinde ilgili işletmenin Pazar payına bağlı olarak belirlenmektedir. Örneğin, İngiltere'de 1 Mart 2000'de yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemeden önce yürürlükte olan Fair Trading Act Section 6(1)(a), İngiltere'de belirli bir mal veya hizmetin % 25'ini üreten/satan veya satın alan bir işletmenin hakim durumda sayılacağını öngörmektedir, bkz. Monopolies and Anti-Competitive Trade Practices, Office of Fair Trading, s. 4. Alman rekabet hukukunda da pazarın belirli bir bölümüne hakim olan işletmeler açısından tekel ve oligopol karineleri öngörülmüştür; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz."The New German Act Against Restraint of Competition Chapter III, section 19/3,[1999] ECLR Supplement; ayrıca Alman Rekabet Hukuku ile ilgili olarak bkz, ÖZSUNAY, E.; Kartel Hukuku, s. 65-68".

³⁵ SMITH, HERZOG; s. 251.

³⁶ FULLER; s. 429.

5.1.4.3. Teknolojik Üstünlük

Pazar önderi bir firmanın sahip olduğu yeni, üstün bir teknoloji rakiplerin bu pazara girmelerini önler ve giriş engeli oluşturur.

5.1.4.4. Kullanılmayan Kapasite

Bir işletmenin sahip olduğu kullanılmayan kapasitenin büyüklüğü, bu alana yapılacak yatırımları kazançsız hale getirebilir. Dolayısıyla işletmelerin bu alana yatırım yapmalarını engeller.

5.1.4.5. Üründe Çeşitlilik

İşletmenin ürettiği ürünlerin çok çeşitli olması ATAD tarafından diğer göstergelerle birlikte hakimlik göstergesi olarak kabul edilmiştir.

5.1.4.6. İndirim Sistemi

İşletmenin uyguladığı indirim sistemi alıcıları ürüne bağlayabilir, özellikle çok çeşit üzerinden toplam indirim uygulanıyorsa, bu nedenle diğer unsurlarla birlikte hakim durumun göstergesi olarak kabul edilebilir.

5.1.4.7. Performans

Bazı hallerde, özellikle davranışın sadece hakim durumdaki bir firma tarafından yapılmasının mümkün olduğu durumlarda işletmenin, bu gibi davranışları hakim durumun göstergesi olarak kullanılabilir.

5.1.4.8. Ürüne Bağlılık

Müşterilerin belirli bir ürüne bağlı oldukları hallerde, bunlara devamlı olarak mal veren işletmelerden başka alternatifleri olmadığı hallerde, mal veren işletmenin hakim durumda olduğu kabul edilebilir.

5.1.4.9. Hukukun Koruduğu Tekel Hakları

Patent, marka, lisans hakları gibi kanunlarla korunan haklar en açık giriş engelleridir. Bunların giriş engeli olması korundukları bölgede başka ikame malı olmamasına, yani markalar arası rekabetin olmamasına bağlıdır.

ATAD bu gibi durumlarda ikame malının olup olmadığını, paralel ithalatın olup olmadığını incelemektedir.³⁷ Eğer de facto tekel durumu varsa objektif kriterlere uygun, herkese (haklı sebepler yoksa) mal ve hizmet vermek zorunlu görülmektedir.³⁸ Belirli bir patent, know-how, endüstriyel tasarım, telif hakkı veya yayın hakları gibi bir hakka hukuken sahip olmak o firmanın hakim durumda olduğunu göstermeye yetmez, bu hukuki durumun ekonomik güç veya ilgili pazarda yüksek bir payla ve benzeri şekilde desteklenmesi gerekir.

5.2. İLGİLİ PAZAR

Tüm rekabet kurallarının uygulanmasında ve özellikle hakim durumun saptanmasında ilgili pazar merkezi bir öneme sahiptir. Saptanacak olan pazar ne kadar dar olursa işletmenin payı o kadar büyük olacaktır. İlgili pazar iki açıdan önemlidir, birincisi coğrafi toprak parçası olarak ikincisi ise belirli bir ürün pazarı olarak.³⁹ 6. madde hakim durumun ülkenin bütününde veya bir bölümünde ve belirli bir mal veya hizmet pazarında olması gerektiğini belirtmektedir.

5.2.1. Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazarın tanımlanması araştırma konusu olan şirketin yerleştiği yer ve araştırılmakta olan uygulamanın niteliğine bağlıdır. İlgili coğrafi pazar homojen rekabet koşullarının varlığı ile karakterize edilir.

Belirli bir pazarın topraksal sınırı, taşıma maliyetleri (navlun, paketlenme gibi) malın çürüyebilirliği, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, belirli sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri ve hatta geleneksel alışkanlıklar ve müşterilerin damak zevkleri gibi faktörlere bağlıdır.⁴⁰

Dışardan gelen ürünler herhangi bir engelle karşılaşmadan bu homojen rekabet koşulları içine girebiliyorsa, pazar içindeki potansiyel rekabet olanakları dikkate alınmalıdır.

³⁷ FULLER; s. 429, KORAH; s. 406, SMIT, HERZOG; s. 277, ART and LİEDEKERKE; s. 750, 751.

³⁸ ART and LİEDEKERKE; s. 75.

³⁹ Bir hakim durumun varlığı için, kötüye kullanma sayılan davranışın varlığını yeterli gören görüşler bakımından ayrıca hakimliği saptamak için ayrıntılı bir pazar analizine gerek yoktur. F. FISHWICK; Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy: Belgium 1986, s. 1–2.

⁴⁰ I. SAMKALDEN, J.E.DURUKER;"Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty" CML Rev. 1965. Vol: 3 S. 169

RKHK'un 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ibaresini kullanmıştır. 6. ve 7. maddeleri ise ülkenin tümünde veya bir bölümünde (kısmında) demektir. 4. maddede doğrudan doğruya coğrafi pazarla ilgili bir ibare yer almamaktadır. Bununla birlikte coğrafi pazarın ülkenin tamamı veya bir bölümü olduğuna hiç şüphe yoktur. Ülkenin bir bölümü geri kalanından yalıtılmış, homojen pazar koşullarına sahipse 4, 6 ve 7. maddeler açısından sadece bu bölüm ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebilir. Sadece buradaki rekabet sınırlanmışsa, sadece bu bölge esas alındığında hakim durumundaysa, ya da birleşme ve devir sadece bu bölgede hakim durum yaratıyor veya bu durumu güçlendiriyorsa 4, 6, 7. maddeler kapsamlarına giriyor demektir; ülkenin geri kalanı dikkate alınmaz.

5.2.2. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer mallardan oluşan pazardır. Bir malın teorik olarak bir diğerinin yerine kullanılabilecek olması o iki ürünün aynı pazara dahil olması için yeterli değildir. Örneğin yeşil mercimek içerdiği yüksek protein nedeniyle et yerine kullanılabilecek bir üründür. Oysa ki, fiilen bu iki ürün arasındaki çapraz talep esnekliği çok düşüktür.

Bu nedenle bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir.

5.3. BİRLİKTE HAKİMLİK: OLİGOPOL PAZARI

6. madde birden fazla işletmenin birlikte hakimliğinin, kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. ABİDA'nın 102. maddesi de birlikte hakimlik durumuna yer vermiştir. Ancak arada önemli bir fark bulunmaktadır. Kanunda birlikte hakimliğin "başkaları ile yapılan anlaşmalar ile ya da birlikte davranışlarla" sağlanabileceği açıkça belirtilmiştir. Tasarının yazılış tarzından "birlikte davranış" veya "başkalarıyla yapılacak anlaşmaların" kötüye kullanmanın yolu olarak kabul edildiği gibi bir izlenim vardır. Gerçekten kanun "... hakim durumun tek başına ya da başkaları ile yapacağı anlaşmalar ile ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" diyor. Ancak birlikte davranış ve anlaşmaları birlikte hakimliğin unsurları olarak anlamak lazımdır. Aksinin kabulü halinde hakim durumun birlikte davranış veya anlaşmalar dışındaki kötüye kullanmaları yasaklama dışında kalmış olacaktır ki böyle bir sonucun istenmiş olması mümkün değildir.

(Örneğin mal vermeyi kesme ne bir birlikte davranıştır ne de anlaşmadır) Burada gösterilmek istenen bazı birlikte hakimlik şekilleridir, tabi ki birlikte hakimlik şekilleri bunlarla sınırlı değildir.

Birlikte hakimlikle ilgili iki önemli sorun vardır. Birincisi birlikte hakimliğin hangi durumlarda ortaya çıkacağı diğeri ise birlikte hakimlik halinde işletmeler sadece kolektif davranışları nedeniyle mi sorumlu tutulacaklar yoksa bireysel davranışlarından da sorumlu olacaklar mı?

5.4. KÖTÜYE KULLANMA

5.4.1. Kavram

Kanunun 6. maddesi ABİDA'nın102. maddesi gibi hakim durumu değil onun kötüye kullanılmasını yasaklar. Bununla birlikte her ikisinde de kötüye kullanma tanımlanmamış sadece bazı kötüye kullanma örnekleri sayılmakla yetinilmiştir.

Kötüye kullanma kavramının ilk anda uyandırdığı imaj; bir hakim işletmenin rekabet koşulları içinde elde edemeyeceği bazı yararlar elde edebilmesi olmaktadır. Gerçekten hakim durumda olan işletmenin davranışları haksız bir sömürüyü doğuruyorsa bu kötüye kullanma niteliğindedir. Bu davranışlar müşterilerin, tüketicilerin ya da rakiplerin zararına olarak yapılmış olabilir. Fakat unutulmamalıdır ki hazırlanan kanun bir haksız rekabet kanunu değildir. Aksine rekabeti bozucu davranışların yasaklanmasını amaçlamaktadır. Bu kanun içindeki bir hükme basit bir haksız rekabet hükmü niteliği vermek yerinde değildir. Bu nedenle hakim durumda olan işletmenin kendisine yarar sağlamayan, fakat ilk etki olarak doğrudan rekabeti sınırlayıcı davranışları da kötüye kullanmadır. Bu husus aşağıda örnekler incelenirken daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Kötüye kullanmanın şu şekilde tanımlanması mümkündür. "Bir hakim işletmenin rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır".

5.4.2. Girişleri Engelleme ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma

Kanunun 6/a maddesinde ise "Ticari faaliyet alanında başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"

kötüye kullanma olarak düzenlenir. 6/a maddenin bu hükmü 4/d maddenin paralelidir; arada ufak bir ifade farklılığı vardır.

Hakim durumda olan bir işletmenin pazara yeni rakiplerin girmesini önlemek için giriş engeli yaratması rekabeti sınırlayıcıdır. Buna hiç şüphe yoktur. Ancak "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Rekabet zaten rakip teşebbüsleri zor durumda bıraktığı için onları yeni teknolojiler bulmaya, maliyetleri minimize etmeye ve böylece ilerlemeye ve rekabette avantajlar yakalamaya iter. Rekabetin istenme ve korunma nedenleri bunlardır. Bu ifade tarzı tereddüt yaratmaktadır. Burada kastedilen başka bir durum ise bu açıkça ifade edilmelidir.

Aşırı düşük fiyatlar da rakiplerin pazara girişlerini önlemek veya giriş engeli yaratmak ya da bir rakibi piyasa dışına atmak gayesiyle uygulanıyor olabilir. Ancak maliyetin altında fiyatların giriş engeli oluşturduğuna karar verirken dikkatli olmak gerekir. Zira hakim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, stokların eritilmesi, promosyon, indirim politikaları, ekonomik konjonktür ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü saiklerle de fiyat düşürme yoluna gidilebilir. Bu itibarla, yıkıcı fiyatların rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir. Ayrıca fiyatta yapılan indirimin, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güçtür.

5.4.3. Mal Vermeyi Kesme

Hakim işletmenin eskiden beri mal verdiği bir işletmeye mal vermeyi kesmesi hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. ATAD "müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hakim durumdaki işletme, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez" demiştir.⁴¹ Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur. Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekir. Yani ilk defa mal talep eden işletmeye mal vermemek tek başına hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmez.

⁴¹ Valentine KORAH; An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, ECC Publishing London, 1986 s. 131 vd.

Ancak son gelişen kararlarda Komisyon, bir işin yürütülmesi için “esaslı unsur” niteliğindeki mallara girişin engellenmesi halinde, hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmektedir. Bu konuya, yayınlanmış olduğu Bildirimlerde de değinmektedir.

5.4.4. Tekelden Temin Yükümlülüğü Koymak

Hakim işletmenin kendi ürünlerini satmak için kendi satış ağını kurması veya çeşitli satıcılarla tekelden temin anlaşmaları yapması, eğer rakiplerin bu pazara girmesini çok zorlaştırıyorsa, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Eğer hakim durumda olan işletmenin pazarında markalar arası rekabet etkin bir şekilde sürüyorsa tekelden temin yükümlülüğü kötüye kullanma olarak kabul edilmeyebilir. Diğer unsurlara da bakarak olayı bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. Kanunda bu konuda açıklık yoktur.

5.4.5. Haksız Ticari Koşullar Koymak

Sözleşme amacının elde edilmesi için zorunlu olmayan koşulları hakim firmanın sözleşmeye koyması ve bu koşulların diğer sözleşen tarafın özgürlüklerini kısıtlaması halinde bu koşullar haksız ticaret koşulu koymadır ve kötüye kullanma teşkil eder. Kanunda fiyatlarla ilgili hüküm gibi alınmamıştır. Ancak bir sözleşmedeki haksız ticari koşullar 3. kişilerin pazara girişini engelliyorsa 6.a fıkra hükmü kapsamında düşünülebilir.

5.4.6. Ayrımcılık

102/c maddesi "işlemlerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan koşullar uygulayarak, onları rekabette dezavantajlı duruma sokma" yı kötüye kullanma olarak kabul eder. Kanunun 6/b maddesinin hükmü de buna benzemekle birlikte tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde önemli bir unsuru eksik bırakmıştır. Buna göre "Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" kötüye kullanmadır. Burada rakiplerin birbirine karşı dezavantajlı duruma sokulması unsuru aslında maddenin amacını gösteren bir unsurdur. Bunun olmaması halinde rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen

ayırımcı uygulamalar da yasaklanacaktır. Ayırımcı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı olabilmesi için ayırımcı uygulamada bulunan işletmelerin en azından potansiyel olarak birbirinin rakibi olması gerekir.

Aksi halde bir işletmenin farklı pazarlardaki rekabet koşullarına göre farklı farklı belirlediği fiyatlar nedeniyle ortaya çıkan ayırımcılık halleri de yasaklanmış olacaktır. Bu ise işletmelerin farklı pazar koşullarına uyum sağlamalarını engelleyecektir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan fiyat ayırımcılığını uygulaması genellikle bölgesel fiyat ayırımcılığında ortaya çıkar. Bölgesel doğrudan fiyat ayırımcılığında hakim durumda bulunan teşebbüsün iki ana amacı olabilir. Birincisi, rakibin faaliyet gösterdiği bölgeye diğer bölgelere göre düşük fiyat uygulayarak rakibini pazar dışına atmaktır. İkincisi daha fazla ödeme gücü olan alıcılarını sömürerek daha fazla kar elde etmektir⁴³.

Dolaylı fiyat ayırımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, eşit durumdaki alıcılarından bazılarına, ikame edilebilir ilişkiler için alıcıların hepsine eşit fiyat uyguluyor görünmesine karşılık eşit fiyatın, diğer etkenlerle birleşmesi sonucunda farklı fiyata dönüşmesi olarak ifade edebiliriz. Dolaylı fiyat ayırımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına indirim yapması ve parasal ödemeler yapması şeklinde ikiye ayrılır. İndirim suretiyle yapılan fiyat ayırımcılığı, sadakat indirimi ve hedef indirimi olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁴. Miktar indirimleri de rakip işletmeler arasında rekabeti bozacak şekilde ayırımcı uygulandığı taktirde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Amerika'da Robinson- Patman kanunu ile her ne ad altında olursa olsun doğrudan veya dolaylı fiyat ayırımcılığı yasaklanmış ve böylece, hipermarketler karşısında küçük işletme olan marketlerin korunması sağlanmıştır. Bu kanun halen yürürlüktedir, ancak hipermarketlerin küçük marketleri yok etmeye çalıştıkları 1950'li yılların bir hatırası olarak durmakta uygulanmamaktadır.

Kanunun 4. Maddesinin e bendi de 6. Maddenin b bendi gibi ayırımcılığı düzenlemektedir. Ancak bu iki maddenin lafzından kaynaklanan bir farklılık vardır; Kanunun 4/2(e) maddesinde eşit durumdaki *kişilere* ayırımcılık yapılması yasaklanmışken, Kanunun 6/2(b) maddesinde eşit durumdaki *alıcılar* ifadesi kullanılmıştır. Bu farklılık, Kanunun genelinde terminolojik açıdan bir terim birliği sağlanamadığı açıktır. Bununla beraber konunun esa-

⁴³ GÜL, İbrahim; Teşebbüsün Alıcılarına Ayırımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 77.

⁴⁴ GÜL; Tez; s. 81.

sına ilişkin olarak şu tespiti yapmak mümkündür. Kanunun 6/2(b) maddesinde eşit durumda olan kişiler veya teşebbüsler yerine *alıcılara* ayrımcılık yapılması yasaklandığından, 6. madde, en azından bu örnek bakımından, her zaman satıcının hakim durumda olacağı olasılık esas alınarak düzenlenmiş ve kanun koyucu alıcının hakim durumda olabileceği durumları göz ardı etmiştir⁴⁵.

Bu iki düzenleme arasında amaç bakımından açık bir fark bulunmamakta, temelde her ikisi de ayrımcı davranışlarla rekabet bakımından farklılık yaratılmasını düzenlemekte ve hakim teşebbüsleri muhatapları karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Kanunun “b” bendindeki düzenlemede ise eksiklik bulunmaktadır. Zira hakim teşebbüs sadece alıcılara değil, satıcı ve alıcılarına da farklı şartlar dayatarak onlar arasında rekabet koşulları açısından ayrımcılık yapabilir. Bu nedenle “alıcı” kavramının, hakim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması mecburiyeti bulunmaktadır⁴⁶.

5.4.7. İndirim Sistemleri

İşletmeler kendi ürünlerinin daha fazla alınmasını teşvik etmek için çeşitli indirim sistemleri uygulayabilirler. Bu indirim sistemleri açık ve net olmalı, çok uzun bir süreyi kapsamamalı ve alıcıyı bu uzun süre içinde daha çok almaya özendirmemeli ve herkese aynı somut koşullarla uygulanmalıdır. İndirimlerin belirli bir mal üzerinden uygulanması gerekir. Hakim durumda olan bir işletmenin belirli bir malın indirimini başka mallardan da alınması halinde daha yüksek tutması halinde müşteriyi diğer maldan da almaya zorlamış olur. Bu şekilde indirimlerin tüm mal çeşitleri üzerinden toplam olarak hesaplanması genellikle hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder.

Hedef İndirimi: Belirli bir ürünün satışında genellikle yıllık olarak saptanan bir hedefe ulaşılması halinde yapılan bir indirimdir. Ancak bu hedeflerin tüm müşteriler için eşit bir şekilde saptanmayarak, her müşteri için ayrı ayrı saptanması belirli bir miktara ulaşan herkese aynı oranda uygulanan miktar indiriminden farklılık yaratır. Böyle bir indirim sistemi, özdeş işlemler için satıcıları farklı koşullara tabi tutacağından kötüye kullanma teşkil eder.

⁴⁵ ÖZ, Tez, s. 162.

⁴⁶ SANLI; s. 267.

Sadakat indirimi: İhtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulu ile alıcıya yapılan bir indirimdir. Aynı sağlayıcıdan aynı miktarda mal alan iki dağıtıcıdan biri aynı zamanda başka yerlerden de alım yapıyorsa o sadakat indiriminden yararlanamayacağından diğeriyle rekabette dezavantajlı duruma düşer.

Sadakat indirimi aynı zamanda rakiplerin pazara girişini de önler. Çünkü alıcılar hakim işletmeye bağılıdır; ondan ayrılmaları halinde indirimden yoksun kalacaklarından yeni satıcıya dönmek istemeyeceklerdir. Yeni giren satıcı bu pazara girebilmek için normal maliyetler yanında bir de bu indirimin maliyetine katlanmak zorundadır⁴⁷.

Miktar indirimleri kural olarak rekabeti sınırlayıcı olmasa da eğer bir birine rakip olan işletmeler arasında ayrımcılık yapılması suretiyle birini diğeriye karşı rekabette dezavantajlı duruma sokuyorsa böyle bir miktar indirimi uygulaması hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder. Kanunda indirim sistemiyle ilgili bir açıklık yoktur.

5.4.8. Ek Yükümlülük Koymak

Hakim işletmenin bir işletmeyle sözleşme yapmayı, kabul etmeyi gerek ticari teamül gerekse nitelik bakımından sözleşme konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlaması kötüye kullanma oluşturur. Böyle bir yükümlülük nedeniyle alıcı aslında almak istemediği malları da almak zorunda kalmaktadır. Böylece hakim durumda olan işletme, kendi ürünleri yanında hakim durumda olmadığı başka ürünleri de satma şansına sahip olmakta bu yolla o pazardaki rakip sağlayıcıları saf dışı etmiş olmaktadır. İki ürünün birlikte satılabilmesi için aralarında objektif bir bağlantı olması gerekmektedir. Aksi halde ek yükümlülük yüklemek olduğundan yasaklanabilecektir. Örneğin; Bilgisayar programları ile donanımı birbirinin tamamlayıcısı değil bağımsız birer maldır. Hangisinin asli şey hangisinin tabi şey olduğunu anlamak mümkün değildir. Bunların değerleri de çok farklı olabilir. Bu nedenle hakim durumda olan bir firmanın belirli bir programı belirli bir donanım ile alma ya da belirli bir donanımı belirli bir programla birlikte satın almayı zorunlu tutması, kötüye kullanma olarak kabul edilebilir. Ancak belirli bir bilgi işlem işlevini paket olarak arz etmek, tanıtmak ve garanti etmek suretiyle kalite imajını ve kazandığı ürünü gösterirse objek-

⁴⁷ LANG, s. 353.

tif bağlantı daha belirgin hale gelir bu gibi objektif bağlantılı hallerde oluşmuş bir paketin satılması 6. maddeye aykırılık oluşturmaz.⁴⁸

5.4.9. Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

Kanunun 6/d maddesi ABİDA'nın102. maddesinde yer almayan fakat ATAD içtihatlarıyla ortaya çıkan bir kötüye kullanma örneğini düzenlemektedir. Bu hükmün amacı belirli bir pazarda elde edilen hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılmasını yasaklamaktır. Kötüye kullanmanın en yaygın uygulamalarından birisi de budur. Örneğin; hammadde pazarındaki bir işletme mamul madde pazarına girebilmek ya da pazar payını arttırmak için hammadde pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanabilmektedir. Bir mal pazarında hakim durumda olan bir işletme ona bağlı başka bir malın satışını arttırmak için bu gücünü kötüye kullanabilir. Commercial Solvents şirketinin mamul madde pazarına girmek amacıyla eskiden beri hammadde verdiği Zoja firmasına mal vermeyi kesmesini hammadde pazarındaki hakim durumun mamul madde pazarında kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir.⁴⁹

6. BİRLEŞME VE DEVİRLER

6.1. GENEL OLARAK

Birleşme, devir ve ele geçirmelerin ortak bir yönleri vardır. Bunlar, belirli bir sektörde kurulu işletmelerle ilgili işlemlerdir. Yani yeni bir kapasite yaratmaz. Birleşme ve devirler halen bir işletmeyi elinde bulunduran kişiler tarafından gerçekleştirildiğinde her zaman rekabette bir miktar azalmaya sebep olur. Küçük işletmelerin birleşmelerinde ilk anda rakip sayısı azaldığından rekabetin de azalacağı düşünülebilirse de büyük işletmelere karşı küçük işletmelerin birleşmeleri rekabeti arttıracaktır. Küçük işletmeler böylece ölçek ekonomilerine yaklaşacaklar, araştırma ve geliştirme için daha büyük fonlar ayırabilecekler, üretim, dağıtım, personel gibi konularda iyileşme sağlayacaklardır.

⁴⁸ EROĞLU, s. 205.

⁴⁹ ASLAN; AT Rekabet Hukuku; s. 252 ART and LIEDEKERKE; s. 253.

Bu nedenle her türlü birleşmenin yasaklanması ya da kontrol altına alınması şart değildir. Ayrıca dış rekabet açısından işletmelerin güçlenmesi ve büyümesi istendiğine göre bu büyümeye iç rekabeti bozma ihtimali olduğu anda müdahale etmek gerekir.

İşletmelerin hangi yoldan olursa olsun, hakim duruma veya tekel durumuna gelmelerini yasaklayacak tarzdaki bir düzenlemeden kaçınılmıştır. Bir işletme kendi iç dinamiği, verimli çalışması, yeni teknoloji bulması gibi çeşitli nedenlerden hakim duruma gelebilir. Böyle bir durumda bu işletmeyi cezalandırmak uygun değildir.⁵⁰

Rekabet Kanunu ile, birleşme ve devirler yoluyla bir işletmenin hakim duruma gelmesi veya hakim durumunu güçlendirmesi yasaklanmıştır. Böyle bir durumda rekabet önemli ölçüde sınırlanmış olacaktır. Bu ekonomik yoğunlaşma sadece mevcut kapasitenin tek elde toplanması anlamına gelecektir.⁵¹

Birleşmeler genellikle, yatay, dikey ve conglamere (aykırı) olmak üzere üç bölümde incelenir. Bunların pazardaki etkileri birbirinden farklıdır. Bu nedenle bunlara farklı davranmak gerekir. Bu farklılık yasal düzenlemelerle yapılabileceği gibi Rekabet Kuruluna verilecek takdir yetkisiyle sağlanabilir. Nitekim Avrupa Birliği'nde bu son yol tercih edilmiştir.

Devir halihazırda bir işletmeyi kontrol eden kişi veya kişilerin, başka bir işletmenin kontrolünü bir anlaşmaya dayanarak elde etmesidir. Devirlerle birleşmeler ekonomik etkileri aynı olduğundan aynı hükümlere tabidirler.

Birleşme ve devirlerle ilgili objektif bir ölçü kabul edilerek bu ölçüyü aşan birleşme ve devirlerin Rekabet Kurulunun kontrolüne bırakılması gerekir. Kanun bu objektif ölçüyü belirleme yetkisini Rekabet Kuruluna bırakmıştır (m. 7/2). Rekabet Kurulu rekabeti bozucu bulduğu işlemleri geçersiz kılabilir. Eğer işletmeler fiilen birleşmişlerse bunların ayrılmasına da karar verebilir. Rekabet Kurulunun saptayacağı bu ölçüt ilgili işletmelerin sahip olduğu pazar payını esas almalıdır. İşletmelerin yıllık cirosu, istihdam hacmi gibi kıstaslar işletmenin büyüklüğünü gösterse de pazardaki durumu hakkında bilgi vermez. Oysa ki pazar payı işletmelerin diğer işletmelere göre nispi büyüklüğünü gösterdiği için pazar gücünün ölçülmesi bakımından daha kullanışlıdır.

⁵⁰ BAYKAN; s. 189.

⁵¹ Birleşme ve devirler hakim durum yarattıkları veya hakim durumu güçlendirdikleri ölçüde yasaklanırlar bu nedenle bağımsız bir hüviyetleri yoktur. Bu kurallar hakim durum kavramıyla ilişkilidir. TEKİNALP s. 69.

Kanunun sistemine göre iki işletmenin fiyat karteli oluşturarak işbirliği içine girmeleri yasaklanırken, aynı işletmelerin birleşmeleri halinde bunlara izin verilmesi mümkündür. Birleşme iki işletmenin sadece fiyat değil her konuda tek bir işletme haline gelmeleri ve fiyat karteline göre daha fazla bir yoğunlaşma ve işbirliği sağlamasına karşın, kartel yasaklanırken aynı işletmelerin birleşmesine izin verilmesi garip karşılanabilir. Bunun arkasında yatan ekonomik sebep, kartel anlaşmalarının salt rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurması ve etkinlik yaratmamasına karşın, birleşme halinde, iki işletmenin güçlerini bir araya getirmesinden doğacak sinerji etkisiyle belirli bir etkinlik elde edilecek olmasıdır.

6.2. ÇEŞİTLERİ

6.2.1. Yatay Birleşmeler

Bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan işletmelerin birleşmesidir. Yatay birleşmeler, rakip sayısını azaltması bakımından, pazar yapısını her zaman etkiler. Ama her zaman rekabeti bozucu bir etkisi yoktur. Örneğin çok küçük, etkin olmayan işletmelerin birleşerek sektörün liderine karşı daha etkin bir rekabet başlatmaları mümkündür.

6.2.2. Dikey Birleşmeler

Bir ürünün üretim sürecinde farklı aşamalarda yer alan işletmelerin birleşmesidir. Dikey birleşmeler pazar yapısını doğrudan değiştirmez. Bununla birlikte önemli giriş engelleri yaratacık bir etki doğurabilir.⁵² Eğer bir birleşme pazara veya temin kaynaklarına giriş engeli yaratıyorsa, rekabeti önemli ölçüde sınırlayıcıdır.

⁵² RAHL s. 170 ABD'de ayakkabı üreticileri arasında yapılan bir birleşmede, katılan işletmelerin biri olan Brown Shoe dördüncü büyüklükte, diğeri Kinney, onbirinci büyüklükte dir. Brown firmasının kendi sahip olduğu ve seçtiğı perakendecilerden oluşan bir satış ağı vardır. Kinney ise en büyük aile stili ayakkabı perakendecisidir. Bu birleşme hem yatay hem de dikey karakterdedir. ABD Yüksek Mahkemesi bu birleşmeyi kanuna aykırı bulmuştur. Ona göre bu birleşme "pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldıracılabilecek ve buna karşın sosyal, ekonomik veya rekabet bakımından hiçbir katkısı olmayacaktır. HANDLER, s. 1309.

6.2.3. Conglomerate Birleşmeler (Aykırı Birleşmeler)

Aynı pazarda olmayan, aynı veya benzer ürünlerin üretim süreçlerinin farklı aşamalarında bulunmadıkları halde aralarında birleşen işletmelerin yaptıkları bu birleşmelere "aykırı birleşmeler" denir.⁵³ Birleşmeye katılan işletmelerin ürünleri ne aynı üründür ne de aynı ürünün üretilmesinde kullanılan üründür. Aykırı birleşmelerin belirli bir pazardaki payı arttırıcı etkisi yoktur.

6.3. DÜZENLENİŞ TARZI

6.3.1. Birleşme ve Devrin Hukuki Şekli

Türk Ticaret Kanununa göre şirketlerin birleşmesi şu şekilde tarif edilir. "Şirketler, bir şirketin diğerini devralması veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri yoluyla birleşebilirler."⁵⁴ Burada iki ayrı birleşme şeklinden bahsedilmektedir. Birincisi, iki şirketin yeni bir şirket bünyesinde toplanması; ikincisi ise şirketlerden birinin tüzel kişiliğini kaybederek diğer bir şirketin tüzel kişiliği altında birleşmeleridir; ki buna iltihak (katılma) denir.

TTK için hukuki yönüyle ilgilenmektedir. Yani bir işlemin birleşme sayılabilmesi için, halen var olan iki ayrı ticaret şirketi olmalı, bunların en az birinin tüzel kişiliği sona ermelidir. Birleşme halinde, her ikisinin tüzel kişiliği sona ermekte ve yeni bir ticaret şirketi doğmaktadır. Katılma halinde ise, birinin tüzel kişiliği sona ermekte ve diğerinin tüzel kişiliği devam etmektedir.

Rekabet hukuku için ekonomik yönüyle ilgilenmektedir. İster TTK'da gösterilen hukuki yollarla olsun, isterse fiili durumlarla olsun; ister gerçek kişiler arasında olsun, isterse tüzel kişiler arasında olsun, bir işletmenin iktisadi gücünü diğer bir işletmenin iktisadi gücü ile birleşerek yeni ve daha fazla bir iktisadi güç elde edilmesiyle ilgilenmektedir. Yani burada ilgi odağını ekonomik entegrasyon, ya da yoğunlaşma oluşturmaktadır. Ekonomik yoğunlaşmanın hukuki kalıbı esasen, rekabet hukuku açısından pek önem taşımamaktadır. Önem taşıyabilecek olan hukuki sebep zaten ayrıca ve

⁵³ Yatay ve dikey geometrik kavramlardır. "Aykırı" da geometrik bir kavram olup farklı düzlemlerde bulunan ve bu nedenle ortak noktaları olmayan doğrular için kullanılır. Conglomerate birleşmeler için bu kavramın uygun düştüğü kanısındayız.

⁵⁴ T.T.K. m. 136/1

açıkça belirlenmiştir. Bu da miras yoluyla iktisaptır ki, 7. maddenin yasağın-
dan açıkça muaf tutulmuştur. Rekabet hukukunun iktisadi entegrasyonla
ilgilendiği esasen kanunun 3. maddesinde yer alan teşebbüs tanımlamasından
da anlaşılmaktadır. Kanun işletmenin hukuki şekliyle değil ekonomik şekli-
le ilgilenmektedir.

Sonuç olarak 7. madde anlamında bir ekonomik yoğunlaşmanın
yasaklanabilmesi için, onun hangi kalıp içinde yapılmış olduğunun bir önemi
yoktur. Önemli olan 7. maddede sayılan fiili ekonomik sonuçların ortaya
çıkmasıdır.

6.3.2. Yasaklama Sebepleri

Kanunun 7. maddesine göre; "bir ya da birden fazla teşebbüs, hakim
durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik
olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet pi-
yasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde
birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün veya kişinin diğer bir teşebbüsün
veya kişinin malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını
ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yo-
luyla iktisap durumları hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve ya-
saktır."

Türkçe açısından çok kötü olan bu hükümde yanlışlıklar sadece dil-
bilgisi bakımından değildir. Hukuki sonuçlar açısından da bazı sakıncalar
bulunmaktadır. Her şeyden önce kanunun yasakladığı bir davranışı yapmak
hukuka aykırıdır. Bir maddede hem "hukuka aykırı" hem de "yasak" sözcük-
lerinin yer alması yersizdir.

7. maddenin ifade tarzından, yasaklama için iki kıstastan birinin
arandığı anlaşılmaktadır. Bir birleşme veya devirin yasaklanabilmesi için, ya
hakim durum yaratması ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi ge-
rekmemektedir. Hakim durum yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlen-
diren bir birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltacağı açıktır. Fakat kanun,
yersiz olarak, bunların "rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde" olması
halinde yasaklamaktadır. Yani kanun, hakim durum yaratacak bir birleşme-
nin, rekabeti önemli ölçüde sınırlamama ihtimalinin varlığını kabul etmekte-
dir. Kanaatimce bir birleşme veya devir hakim durum yaratıyorsa veya mev-
cut bir hakim durumu güçlendiriyorsa "per se" rekabeti önemli ölçüde sınır-
lıyor demektir. Yani hakim durum yaratıldığı saptanıyorsa ayrıca rekabeti
önemli ölçüde sınırlayıp sınırlamadığını araştırmaya gerek yoktur. Ancak

kanunun bu ifadesi nedeniyle Kurulun söz konusu birleşmenin rekabeti önemli ölçüde sınırlayacak şekilde hakim durum yarattığını veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiğini göstermesi gerekecektir.⁵⁵

Hatta kanunun yazılış tarzındaki hatalardan 7. madde yasağını uygulayabilmek için sanki tarafların hakim durum yaratma veya hakim durumlarını güçlendirme "kastıyla" hareket etmiş olmaları gerektiği sonucuna dahi ulaşılabilir. Çünkü "güçlendirmeye yönelik olarak" ibaresi sanki bilinçli ve istenen bir davranışın arandığı izlenimini vermektedir. Oysa ki 7. maddenin yasağını uygulayabilmek için tarafların niyetlerinin ne olduğunun bir önemi yoktur.

7. maddenin yasaklama sebebi olarak kabul ettiği iki sebep vardır. Birincisi birleşme ve devirle "hakim durum yaratmak", ikincisi "mevcut bir hakim durumu güçlendirmek" dir. Bunların varlığı halinde başka bir analize gerek yoktur.

Hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, hakim durumda "olmak" yasaklanmamaktadır. Bir işletmenin kendi iç dinamiği ve başarısı ile hakim duruma ulaşması yasak değildir.

Hükümde "herhangi bir kimsenin" bir işletmeyi devralmasının yasaklanması isabetli olmamıştır. Bu el değiştirmeden ibarettir; yani bununla halen hiç bir ekonomik faaliyette bulunmayan bir kişinin bir teşebbüsü devralması da yasaklanmaktadır. Oysa böyle bir işlemin rekabet hukuku açısından önemli olabilecek bir pazar yapısı değişikliği ortaya çıkarması veya giriş engelleri yaratması söz konusu değildir. Bunun yerine "halen bir veya daha fazla işletmeyi kontrolü altında bulunduran bir kimsenin" yapacağı devir işlemleri yasaklanmalıydı.

6.3.3. Birleşme ve Devir Yöntemleri

Kanunun 7. maddesi birleşme ve devirlerin hangi yöntemlerle yapılabileceğini kendisi göstermiştir. Ancak burada gösterilen yöntemlerin dışında başka yöntemlerle de "ekonomik kontrol" sonucuna ulaşılabilir. Önemli olan bir işletmenin diğer bir işletmenin karar mekanizmasını kontrol altına almış olmasıdır. 7. madde "... birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüs ya da

⁵⁵ Hakim konuma yol açan birleşme ve devirlerde ayrıca rekabetin azalmasından bahsetmek yersizdir, esasen rekabetin azalması hakim durum yaratmayan birleşme ve devirler için bir ölçü olmalıdır. Krş. DAVIDOW; "Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program" CJTL, 1991 Vol 29:7 No.1 s. 28, RIDYARD; "An Economic Perspective on the EC Merger Regulation" s. 247 ECLR; 6, 1990.

kişinin bir diğer teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını, ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları ... devralması" demektedir. Burada sayılan yöntemler şunlardır.

- Birleşmeler; burada TTK anlamında birleşme ve katılmaları anlamak gerekir. Ayrıca ileride belirteceğimiz gibi yoğunlaşma yaratıcı ortak girişimlerin bazıları da bu kapsamdadır.
- Malvarlığının devri; bir gerçek veya tüzel kişi veya işletmenin malvarlığının kısmen veya tamamen devri. Burada TTK anlamında hukuki bir birleşme olması gerekmez. Fiilen yapılan böyle bir devir, diğer koşullar varsa yasaklanır. Nitekim Rekabet Kurulu çeşitli olaylarda malvarlığı devrini birleşme ve devralma olarak kabul ederek incelemiş ve izin vermiştir.⁵⁶ Bu olaylarda devir konusu olan malvarlıkları işletilebilir nitelikteki mal varlıklarıdır. Yani her üç olayda da devralınan malvarlıkları üretim birimleridir.

İşletilmeye müsait olamayan bir mal varlığının devralınması bir birleşme olarak kabul edilemez ve izne tabi değildir. Örneğin bir işletmeye ait boş bir arazinin devri birleşme ve devralma olarak nitelenemez.⁵⁷

- Ortaklık payının devri; bir tüzel kişi veya işletmenin ortaklık paylarının kısmen veya tamamen başka bir kişi veya işletmeye devri. Ortaklık payının devri her bir ortaklığa göre farklılık arz eder. Ortaklık paylarının devredilmiş sayılabilmesi için pay devri işleminin TTK hükümlerine göre yapılmış olması gerekir.

⁵⁶ Karar No: 52/377-41 Karar Tarihi:12.2.1998 Dosya Konusu: İzmir Çimento Fabrikası Türk A.Ş. (ÇİMENTAŞ)'nin ÖZTÜRE Kireççilik San. ve Tic. A.Ş.'ye ait klinker öğütme tesisini devralmasına izin verilmesi talebi.

Karar No: 52/379-43 Karar Tarihi:12.2.1998 Dosya Konusu: ERCİYAS Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'nin TOROS Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'ne ait bazı aktif kıymetleri satın almasına izin verilmesi talebi.

Karar No: 99-5/41-16 Karar Tarihi: 04.02.1999 Dosya Konusu: EÖS Eczacıbaşı Özgün Kimyasal Ürünler ve Ticaret A.Ş.'nin SİFAR İlaçları Ticaret ve Sanayi A.Ş.'ne ait ilaç üretim tesislerini devralması.

Devralma işleminin gerçekleştiği ilgili ürün pazarındaki firmaların pazar paylarının birbirine çok yakın olduğu, pazarda ilk üç sırada bulunan firmaların yüzde birer puan farkla sıralandıkları ve devralınan şirketin pazarda önemli bir konumda bulunmadığı göz önüne alındığından; devralma işleminin bir hakim durum yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmedeği, ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti engellemediği sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda yer alan her üç olayda da malvarlığının devri söz konusudur. TTK anlamında bir birleşme veya katılma söz konusu değildir. Bu kararların dikkati çekici diğer bir yönü her üçünde de pazar analizi yapılmadan karar verilmiştir.

⁵⁷ Bkz. İNAN Nurkut; "Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları" Rekabet Bülteni Sayı 2 Yıl 1

- Yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri; ne gibi araçların bir işletmenin yönetiminde hak sahibi olma yetkisi vereceği belli değildir. Hangi araç olursa olsun bu yetkinin karar alma mekanizmasında istediği kararları çıkarmaya yetecek kadar olması gerekir. Kararı etkilemeye yetmeyecek araçların elde edilmiş olması yasaklama için yeterli değildir.

6.4. YASAKLAMA USULÜ

6.4.1. Geçerli Olmak İçin İzin Alması Gereken Birleşmeler

Kanunun 7. Maddesinin 2. Fıkrasına göre “Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirerek izin alması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.” Kurul 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ile bu görevini yerine getirmiştir. Buna göre;

Kanunun 7 nci maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalar ve bunların Rekabet Kurulu’na bildirilmesi usul ve esasları bu Tebliğ kapsamında yer almaktadır.

Tebliğin 5. Maddesine göre aşağıdaki hususlar, Kanunun 7 nci maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilerek bu Tebliğ kapsamında sayıldığından, bunlar hakkında Tebliğin 4 üncü maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu’ndan izin alınması gerekir.

- İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.
- Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Tebliğ kontrolün ne olduğunu da açıklamıştır. Buna göre “Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşeb-

büsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.”

Tebliğ izin alınması gerekmeyen birleşme ve devirleri de tespit etmiştir. Buna göre “Aşağıda mahiyeti açıklanan birleşme ve devralmalar Kanunun 7 nci maddesi kapsamı dışında olup, bu tür birleşme ve devralmalar için Kuruldan izin alınması gerekmez.

- a) Kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemlerle diğer işlemler,
- b) Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,
- c) Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,
- ç) Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.

Tebliğin 7. Maddesinde hangi birleşme ve devralmaların izne tabi olduğu belirtilmiştir. Buna göre;

- a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL’yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL’yi veya,
- b) İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL’yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL’yi,

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

⁵⁹ 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete.

6.4.2. Birleşme Veya Devralmaların Bildirilmesi

Birleşme ve devirlerin bildirimi, kanunun 10. Maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anlaşmaların bildiriminden farklı olarak ön bildirim şeklinde düzenlenmiştir. Yani bildirilmesi gerekli olan bir birleşmenin bildirilmeden uygulanması söz konusu değildir.

Bildirim, 2010/4 sayılı Tebliğin 10. maddesi çerçevesinde birleşme veya devralma sayılan halleri gerçekleştiren kişi veya teşebbüslerce birlikte yapılır. Taraflardan yalnız birinin yaptığı bildirim de geçerli sayılır.

6.4.3. Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi

Rekabet Kurulunun almış olduğu bildirimleri nasıl değerlendireceği 2010/4 sayılı tebliğin 13. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu bu değerlendirmede şu hususları dikkate alır;

Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur.

Böyle bir bildirimi alan Rekabet Kurulunun daima yukarıdaki gibi bir inceleme ve değerlendirme yaparak nihai bir karar vermesi gerekmez., ya açıkça nihai bir kararla ya da 30 gün içinde itiraz etmeyerek zımnen, birleşmeye izin verebilir. Rekabete aykırı bulursa usule ilişkin hükümlere göre soruşturma açıp bir yasaklama kararı verir.

Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin verilir.

Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir.

7. İDARİ PARA CEZALARI

RKHK'nin gerçekten rekabeti sağlayacak şekilde uygulanabilmesi uygun bir yaptırım sisteminin kabul edilmesini gerektirir. Bu yaptırımların

işletmeleri Rekabet Kurulu'nun emirlerine uymamaktan caydırıcı olması gerekir.

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁹ ile RKHK'nin idari para cezalarını düzenleyen 16. Ve 17. Maddeleri de bulunmaktadır. Değişiklikler sonucunda, belirli miktarlara dayanan maktu para cezaları verilmesi uygulaması bırakılarak sadece ciroya göre para cezası verilmesi sistemi kabul edilmiştir. Bu sayede, cezaların işletmelerin nispi büyüklüğüne göre ayarlanamaması sorunu ortadan kalkmıştır.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalara ve Rekabet Kurulu'nun emirlerine uymamaya bağlanacak çeşitli para cezalarının yanında RKHK (m.17) süreli para cezaları da kabul edilmiştir. Bundan amaç, işletmeye ilgili emre uymakta geciktiği her gün için belli bir para cezası uygulanarak, işletmeyi bir an önce emre uymaya zorlamaktır.

5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, para cezalarının süjesi olan işletmeler ve işletme birliklerine, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yönetici ve çalışanlarını da eklemiştir.

RKHK 16/1 uyarınca; “Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;

- a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,
- b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,
- c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,
- d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması” eylemlerine idari para cezası verir.

16/3. maddede belirtildiği üzere, Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.

Bunun yanında, 17/1. Maddede belirtildiği üzere, Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

- a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması,
- b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,
- c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi,

durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

7.1. ZAMANAŞIMI

Suç ve cezalara ilişkin olmak üzere kural olarak iki tür zamanaşımı süresi vardır. Bunlardan ilki, fiilin hukuka uygunluğunun idare bakımından soruşturmaya ya da yargı mercileri bakımından kovuşturmaya konu olup olamayacağını zaman aşımı bakımından düzenleyen süredir. Şayet bir fiil soruşturma ve kovuşturma süreleri bakımından zaman aşımına uğramış ise, artık o fiil bakımından kural olarak hukuka uygunluk denetimi yapma imkanı ortadan kalkmıştır. Rekabet Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiş olan soruşturmaya ilişkin bu süre, 5728 sayılı Kanun ile kaldırılmış bulunmaktadır. Yeni düzenlemeyle, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince Rekabet Kurulu kararlarında dikkate alınacak zamanaşımı süresinin belirlenmesi, tamamıyla Kabahatler Kanunu hükümlerine tabi hale gelmiştir.

Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 19. maddesi hükmü çerçevesinde zaman aşımına uğrayan bir ihlal için soruşturma başlatabilse dahi para cezasına hükmedemezken Kurul, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi hükmüne göre, fiile uygun zaman aşımı süresinin geçmesi durumunda soruşturmaya dahi başlayamayacaktır.

Suç ve cezalara ilişkin zaman aşımı sürelerinden ikincisi ise cezanın infazına ilişkin zaman aşımı süresidir. İdarî para cezalarının infazı ise, söz konusu meblağın idareye ya da idarenin gösterdiği kuruma ödenmesiyle gerçekleşir. Şayet hakkında idari para cezasına hükmedilen kişi ödeme yaptıktan kaçınırsa, zorla tahsili yoluna gidilir.

7.2. CEZA VE PİŞMANLIK YÖNETMELİKLERİ

7.2.3. GENEL OLARAK

4054 sayılı Kanun'da yapılan Şubat 2008 değişikliklerinin ardından iki Yönetmelik söz konusu olmuştur. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik 60(Pişmanlık Yönetmeliği) ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik 61(Ceza Yönetmeliği) düzenlemelerinin ardından karteller söz konusu olduğunda temel ceza %2-4 arasında bir oran ile başlayacaktır. Diğer tip haller bakımından ise %0,5-3 arasında bir oran kabul edilmiştir. Ceza miktarı üzerinde yapılacak tüm indirimler ve artırımlar bu temel ceza üzerinden yapılacaktır.

7.2.4. KARTELLERİN ORTAYA ÇIKARILMASI AMACIYLA AKTİF İŞBİRLİĞİ YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Yönetmelik), sadece yasaklanmış olan kartellerin ortaya çıkarılması hali için geçerlidir. Para cezasının verilmemesi ve para cezasında indirim şeklinde iki alternatif içermektedir.

Rekabet Kurulu incelemesi olmadan (önaraştırma açılmadan önce) önce veya önaraştırma açılmış olmakla birlikte soruşturma raporu tebliğ edilmeden önce ve karteğe dair deliller bulunamamış olması halinde bir kartelin varlığı, kartelin etkilediği ürünler, süresi, karteğe taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilgili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren *ilk teşebbüse* daha önce ilgili konuya ilişkin bir başvuru bulunmaması halinde para cezası verilmeyecektir.

Bu şartların yerine getirilmesi halinde teşebbüsler ile bu teşebbüsün ihlali kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yönetici ve çalışanlarına da para cezası uygulanmayacaktır.

⁶⁰ 15.02.2009 tarihli ve 27142 sayılı Resmi Gazete

⁶¹ 15.02.2009 tarihli ve 27142 sayılı Resmi Gazete

7.2.5. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA UYUMLU EYLEM VE KARARLAR İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALİNDE VERİLECEK PARA CEZALARINA İLİŞKİN YÖNETMELİK

Yönetmelik ile Rekabet Kurumu para cezalarının tespit edilmesine dair ilkeleri ve para cezası oranları ile ceza aralıklarını ayrıntılı olarak açıklamış, bir yerde kendi takdir yetkisini sınırlamıştır. Bu yönetmelik karteller ve hakim durumun kötüye kullanılması halleri yani esasa dair ihlallere ilişkin para cezaları için geçerlidir.

Yönetmelik; teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına verilecek para cezalarına ilişkindir.

Yönetmelik'e göre öncelikle her bir ihlal için temel para cezası belirlenecektir. Temel para cezası teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerin

- Karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü
- Diğer ihlaller için binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oranı esas alınacaktır.

Yönetmelik, kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüsün yönetici ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında, diğer ihlallerde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına teşebbüs ya da teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezasına hükmedebileceğini düzenlemektedir.

Her halükarda verilecek para cezası teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerin %10'unu geçmeyecektir.

11. BÖLÜM

İŞ HUKUKU

GİRİŞ

Üretimin ayrılmaz parçalarından biri emek faktörüdür. İşverenler faaliyetlerini yürütürken kendilerine bağımlılık arz edecek şekilde emekten (işçilerden) yararlanma yoluna gideler Bunun karşılığında işçiler de ücret geliri elde ederler. İşveren ve işçi arasında karşılıklı menfaate dayalı bir ilişki söz konusu olur. İşveren ile işçinin karşılıklı borç ilişkisi bu alanın hukuksal açıdan düzenlenmesi gereğini ortaya çıkartmıştır ki bu açıdan taraflar arasında yapılan sözleşmeye “iş sözleşmesi” denir.

İş sözleşmesi esasen işçinin bağımlılık arz edecek şekilde bir işi yapma sözleşmesidir. İşin bağımlılık altında görülmesi sözleşmeleri iş sözleşmesinden ibaret değildir¹. İş görme amacıyla Borçlar Kanununda (BK) düzenlenmiş “hizmet sözleşmesi”, “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” çeşitleri vardır².

¹ İş görmenin bağımsızlık altında yapıldığı başlıca sözleşmeler eser (istisna) ve vekalet sözleşmeleridir.

² Hizmet sözleşmeleri konusu insan emeği olan ve iş görme amacına yönelik sözleşmelerdir. Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene *bağımlı* olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK.m.393). Kısaca, hizmet sözleşmesinde taraflardan işçi belirli bir iş görmeyi, diğer taraf işveren (işsahibi) de ücret ödemeyi taahhüt eder. İşverenin işçiye kanunlarla çizilmiş sınırlar içinde emir ve talimatlar verebileceği kabul edilir. Hizmet sözleşmesinin genel hatları Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu dışında hizmet sözleşmelerinde özel düzenlemelere yer veren çeşitli kanunlar vardır. Nitekim Borçlar Kanunu da özel kanun hükümlerini saklı tutmuştur (BK.m.393/III). Örneğin Borçlar Kanunu'nda çıraklık sözleşmesi

İş sözleşmesinin, BK’ da düzenlenen genel olarak iş görülmesini düzenleyen sözleşmelerden farkı, sözleşmenin iş kanunu kapsamındaki işçi ve işverenler arasındaki ilişkileri düzenleyen sözleşme olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında BK’ da düzenlemeler genel sözleşme ve hükümler niteliğinde olup, iş kanununda düzenlemeler özel sözleşme ve hükümler niteliği arz eder.

İş hukukunun kaynakları diğer hukuk dallarındaki kaynaklardan pek farklı değildir. Başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili uluslar arası anlaşmalar ,tüzük, yönetmelik ve yargı içtihatları iş hukukunun kaynaklarını oluşturur. İlişkiyi düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu), 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2522 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu iş hukukunun asli kaynaklarıdır. İş hukuku alanında imzalanan iki veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler iş hukukunun kaynakları arasında önemli bir yere sahiptir. Özellikle, İLO sözleşmeleri ile Roma Anlaşması ve Avrupa Birliği Anlaşmasının pek çok maddesi bu alanda yaygın ve geçerliliği olan hükümler barındırmaktadır.

İş Kanununda (İK) işçi ve işveren ilişkileri “bireysel” ve “toplu” ilişkiler düzeyinde olmak üzere ele alınmaktadır. Bunlardan bireysel iş hukuku işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin bireysel olarak kurulması, tarafların birbirlerine karşı borçlarını ve sona ermesini konu alırken, toplu iş hukuku işçi ve işverenlerin örgütlenerek belirli bir topluluğu ihtiva eden grup olarak karşı karşıya geldiği durumdaki ilişkileri konu alır. Toplu iş hukukunda sendikalar, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt, arabuluculu, uzlaştırma konuları ele alınır. Bu açıklamalardan sonra iş hukukunu basitçe, işçi işverenler arasındaki gerek bireysel gerekse toplu iş ilişkilerini inceleyen ve düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.

1. BİREYSEL İŞ HUKUKU

Bireysel iş hukuku iş kanununda ifadesini bulan işçi ve işveren arasında kurulacak bireysel iş sözleşmesi üzerine oturmuştur. Bu sözleşmenin konusu da genel olarak iş ilişkisinin bireysel olarak (ferden)

işçi özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Hizmet sözleşmesine ilişkin özel hükümlerin yer aldığı kanunlara İş Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu örnek olarak verilebilir.

kurulması, tarafların birbirlerine karşı borçlarını ve sona ermesidir. Bireysel iş hukukunun bazı temel kavramları vardır. Şimdi kısaca bunlar açıklanacaktır.

1.1. İŞ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

1.1.1. İŞÇİ

Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiye işçi, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye de iş ilişkisi denir (İK.m.2). İş sözleşmesinde ücret ve çalışma koşullarına yer verilmesi şart değildir. Bu koşullara yer verilmemesi veya koşulların açıkça kararlaştırılmaması işçi sıfatının oluşmasına engel oluşturmaz. İş sözleşmesinin bir iş ilişkisinden kaynaklanması yeterlidir.

İşçi, işverene karşı belirli bir bedeni veya fıkri faaliyet içinde bulunur. İş sözleşmesinin işçi tarafı daima gerçek kişi olmak durumundadır. Tüzel kişiler işçi olamaz. İş sözleşmesinin işverene bağlılık arz edecek şekilde çalışmayı arz etmesi onu diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayrıldığına değinilmişti.

İşçi kavramına çeşitli açılardan benzemekle beraber, belirli bir meslek ve sanat öğrenmek amacıyla işte çalışan çıraklar ile bilgi ve deneyimlerinden geliştirmek üzere çalışan stajyerler işçi sayılmaz. Çünkü, işçiler iş karşılığı olarak bir ücret alınması çıraklık ve stajyerlikte ise bir meslek ve sanatı öğrenmek asıldır. Ancak, gerçekte işçi olarak çalışmakla beraber çırak olarak gösterilenler İK kapsamında işçi sayılırlar.

1.1.2. İŞVEREN

İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye (özel veya kamu hukuku tüzel kişisi olması önemli olmaksızın) veyahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlara işveren denir (İK.m.2). İşveren, işçiden belirli bir iş görme borcunu yerine getirmesini isteme yetkisine sahip olan kişidir. Bir kişinin iş sözleşmesi çerçevesinde bir kişi çalıştırması onun işveren sayılması için yeterlidir. Bir başka ifadeyle işveren sayılmak için belirli asgari sayıda işçi sayılması zorunluluğu yoktur.

1.1.3. İŞVEREN VEKİLİ

İş hacim, büyüklük ve ölçeklerinin büyüdüğü işletmelerde iş eleman alma, teknik, finansal, pazarlama, satınalma vb. konularının altından işverenin kalkması ve bütün işlerin tek başına kendi tarafından yönetilmesi mümkün olmaz. Bu nedenle işyerinde işveren adına hareket ederek işletmeyi yönetecek ve işleri çevirecek kişilere ihtiyaç duyulur. İşverenlerin bu ihtiyacını karşılamak üzere kanunda, işveren adına hareket eden işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kimselere yer verilmiştir (İ.K.m.2/IV). Bu kişilere işveren vekili denir. İşveren vekilinin hareketleri işvereni bağlar. O halde, işveren vekili, işverenin yetki ve görevlerini kendisine verilen yetki sınırları içinde kullanarak işçi ve işletmeyi yöneten kişi olmaktadır. Bu kapsamda işyerinde birden fazla işveren vekili bulunabilir. Örneğin, genel müdür, departman müdürü, müdür yardımcıları, atölye şefi, ustabaşı birer işveren vekili sayılırlar.

İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumlu tutulmuştur. İşveren vekilinin bulunması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

1.1.4. ALT İŞVEREN

Bir işveren iş ilişkisi ve iş sözleşmesine dayanarak çalıştırdığı kendi işçileri aracılığıyla başka işverenin işlerini de yapabilir. Bir başka deyişle bir işveren işlerinin bir kısmını başka bir işverene yaptırabilir. Örneğin, bir işverenin (firmanın) inşaatın sıva işlerini başka bir işverene vermesi böyledir. Bu şekildeki bir davranış rekabet, ölçek ekonomileri, uzmanlık vb. nedenlerle ekonomik hayatın gereklerindendir. Belirtilen şartlarda “asıl işveren” ile “alt işveren” ilişkisi ortaya çıkar. Bu anlamda alt işveren asıl işverene iş yapan işveren olmaktadır. Uygulamada alt işverene “taşeron işveren” adı verilmektedir. İş kanunu alt işverenin kendi işçilerine karşı yükümlülüklerinden asıl işvereni de birlikte sorumlu tutmuştur.

Alt işverenin nitelikleri şu şekilde ortaya konmuştur (İ.K.m.2/VI). Alt işverenlik; asıl işin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği olarak yada teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve işçilerini sadece iş aldığı bu işyerinde çalıştırılması halinde söz konusudur.. Belirtilen bu nitelikleri aşan durumdaki ilişkilerde alt işverenlik ilişkisi ortaya çıkmaz. İşverenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlere dayanan uzmanlık gerektiren işler alt işverene bırakılabilecektir. Bu özellikleri taşıyan işler bölünerek alt işverene

verilebilecektir. Asıl işin bir bölümü veya tamamı alt işverene verilemez. Aksi takdirde asıl işverenle alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak değerlendirilir. İş ilişkisinin muvazaalı işleme dayanması haliinde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri gibi işlem göreceklidir. İlişki muvazaalı ise asıl işverenin işçilerinin taraf olduğu toplu sözleşmelerinden eğer aynı sendikaya üye iseler veya dayanışma aidatı ödemeleri halinde alt işveren işçileri de yararlanabilir.

1.1.5. İŞYERİ

İşveren tarafından mal ve hizmet üretimi amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir (İ.K.m.2/II). Bu tanımdan işyerinin belli başlı biri işin yapılması diğeri işçi olmak üzere iki unsurunun bulunduğu görülür. Ayrı bir fiziki alanda bulunsa bile işyerine bağlı bazı yerler ayrı bir işyeri sayılmazlar. Bu noktada fiziken ayrı olsa bile işverenin nihai safhaya kadar üretimin nitelik olarak tamamlayıcı parçası olan yerlerin aynı yönetim altında örgütlenmeleri asıl işyerinden sayılması yeterli görülmüştür. İşyerine nitelik olarak bağlı bulunulan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerin yanında işyerinin eklentileri de bulunabilir. Bu yerler dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslek eğitim ve avlu gibi yerler olarak karşımıza çıkar. Bunlar işyerine dahil sayılırlar. Ayrıca araçlar (otomobil, kamyon, vinç, vb.) işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerle, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak kabul edilmiştir. İşyerinin işin yapıldığı yer, işyerine bağlı iktisadi ve hukuki bağı bulunan yerler ile bunların eklenti ve araçlardan oluşan iş organizasyonu anlamında bir bütün olarak tanımlanması, işyeri kavramını kurulu bulunduğu belirli bir mekanın dışına taşımaktadır. Bu çerçevede işletmenin amacını gerçekleştirmek amacıyla seyyar şekilde yürütülmesine (satış, acil yol yardımı, yerinde bakım onarım) yönelik organizasyon da işyeri kapsamı içinde değerlendirilir.

Bir işyerini kuran, her ne şekilde olursa olsun devralan, çalışma veya iş konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veyahut her hangi bir sebeple son veren ve işyerini kapatan işveren durumu *bir ay* içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır (İ.K.m.3). Şirketlerin tescil kayıtları ise ticaret sicili memurluklarının gönderdiği belgeler üzerinden yapılır ve bu belgeler ilgili ticaret sicili

memurluğunca bir ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ilgili bölge müdürlüklerine bildirilir.

İşyerinin açılmasına izin vermeye yetkili belediyeler ile diğer ilgili makamlar bu izni vermeden önce, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca iş mevzuatına göre verilmesi gerekli işletme belgesinin varlığını araştırır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca işletme belgesi verilmemiş işyerlerine belediyeler veya diğer ilgili makamlarca açılma izni verilmez.

İşyeri veya bir bölümü, hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devredildiğinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer. Devir halinde işçinin hizmet süresine (kıdeme) ilişkin haklarından, devreden işverenin işine başladığı tarih itibarıyla devralan işveren sorumludur. İşyerinin devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarından devreden ile devralan işveren 2 yıl süreyle birlikte sorumludur(İK.m.6). Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez.

1.2. İŞ HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI

İş hukukunun uygulama alanı dendiğinde iş ilişkilerinin kanunen düzenlendiği alan anlaşılır. İş hukukunun uygulama alanı İş Kanununun 4. maddesinde belirtilen haller dışında kalan tüm ilişkiler olarak belirlenmiştir. Bu nedenle İş Kanununun uygulama alanını tespit etmek için öncelikle hani ilişkilerin kanun dışında bırakıldığının belirlenmesine ihtiyaç vardır. Uygulama alanı dışında bırakılan ilişkiler taşıdıkları özellikler nedeniyle kanun kapsamı dışında tutulmuşlardır. İş Kanunu dışında tutulan ilişkiler için varsa öncelikle özel hükümler daha sonra genel kanun olan Borçlar Kanununa göre bir sonuca varmak gerekir.

İş kanunu uygulaması dışında bırakılan ilişkiler:

Deniz Taşıma İşleri: Deniz taşıma işlerini düzenleyen özel nitelik arz eden Deniz İş Kanunu vardır. Bu nedenle Deniz İş Kanunu (DİK) kapsamındaki deniz, göl ve nehirlerde yapılan taşıma işlerine bu kanun uygulanır. Ancak kıyılarda, liman ve iskelelerde gemiden karaya ve karadan gemiye yükleme ve boşaltma işleri İK tabidir. aynı şekilde DİK kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri İK tabidir. Göl ve nehirlerde çalışan su ürünleri üreticileri İK kapsamına girmez.

Hava Taşıma İşleri:Hava yolu kullanılarak gerçekleştirilen yük ve yolcu taşıma işleri İK uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Kapsam dışı

bırakılan taşıma işinde görev alan pilot, makinist, hostes gibi kişilerdir. Hava alanının yer hizmetlerinde çalışan uçak bakım onarım elemanları, bilet satıcıları, hangar görevlileri gibi kişiler İK kapsamı içindedirler.

Tarım ve Orman İşleri: Tarım ve orman işlerinde 50 ve daha az işçi çalıştıran işyerleri İK kapsamı dışında tutulmuştur. Belirtilen işlerde çalıştırılan işçi sayısı 51 ve daha fazla olduğunda tarım ve orman işleri de İK tabi hale gelir.

Burada öncelikle belirlenmesi gereken şey, yapılan işin tarım ve orman işi olup olmadığının belirlenmesidir. Bu çerçevede bitkilerin ve ağaçların yetiştirilmesi, bakımı, üretimi, ıslahı, hayvancılık ve balıkçılık tarım ve orman işi olarak nitelendirilir. Bu nedenle karakteri itibarıyla tarım ve ormancılık işi olmayan tarım sanatlarıyla ilgili işler (zeytinyağı ve konserve fabrikaları gibi), tarım alet ve makine parçalarının yapıldığı işyerleri ve atölyeler, halkın faydalanmasına açık park ve bahçeler işleri, tarım işletmelerindeki yapı işleri İK kapsamı içinde değerlendirilir.

Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımsal faaliyetlerle ilgili olarak gerçekleştirilen samanlık, ahır vb inşaatları İK kapsamı dışında tutulmuştur.

Evlerde Yapılan El sanatları İşleri: Aile bireyleri (anne, baba ve çocuklar) ile 3. dereceye kadar hısımları birlikte evlerde gerçekleştirdikleri el sanatları işleri İK kapsamı dışında tutulmuştur. İK kapsamı dışında kalmak açısından aşağıdaki hususlara dikkat çekilmesi gerekir.

- Aile üyeleri ve 3 dereceye kadar hısımların sayıları kaç kişi olursa olsun kapsam dışında kalmayı etkilemez.
- Hısımlardan olsa bile 3.dereceyi aşan bir kişi veya hısım olmayan biri faaliyete katılırsa dışarıdan biri olarak kabul edilir ve İK kapsamı dışında kalmaya engel oluşturur.
- İş evde yapılmalı, bağımsız bir atölye ölçeğine taşınmamalıdır.
- Faaliyet el emeğine dayanan el sanatları (örneğin, halıcılık, dokumacılık, dantelcilik vb.) niteliğinde olmalıdır.

Ev Hizmetleri: Ev hizmetleri niteliğindeki aşçılık, bahçivancılık, temizlikçilik, çamaşırcılık, ütücülük, çocuk bakımı vb. işlerde çalışanlara İK uygulanmaz.

Çıraklar: İK'nın iş sağlığı ve güvenliği hükümleri dışında kalan hükümleri çıraklara uygulanmaz. Çıraklar sadece iş sağlığı ve güvenliği açısından İK hükümlerine tabidirler. Çırakların faaliyetleri Mesleki Eğitim

Kanunu içinde düzenlenmiştir. Mesleki Eğitim Kanunu kapsamı dışında kalan işyerlerindeki çıraqlara BK hükümleri uygulanır.

Sporcular: sportif faaliyeti sporcu olarak sürdüren kişilerin işleri İK kapsam dışında tutulmuştur. Dikkat edilirse kapsam dışında bırakılan kişiler sportif faaliyetin adına yürütüldüğü klüp veya takımın profesyonel sporcularıdır. Yoksa profesyonel sporcular dışında kalan spor klüplerinin tesislerinde görevlendirilenlerle, klüp antrenörü, masörü, malzemecisi, şoförü vb. uygulama kapsamındadır.

Rehabilite Edilenlerin Yaptıkları İşler: Hasta ve sakat halde bulunan kişilerin rehabilite edilerek belirli bir mesleği yapabilme konusunda eğitilirler. Bu kişilerin iyileşip bir mesleği yapabilmeleri konusunda çalışma gücünü kazandırmaya yönelik faaliyetler İK kapsamı dışına çıkartılmışlardır. Örneğin, bir eli kopan bir kişinin bir işi tek elle yapabilmesine yönelik işe alıştırmaya işleri yapılması böyledir.

Esnaf ve Sanatkarların İşleri: Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu kapsamındaki işyerlerinde en çok üç kişi ile yapılan işler İK kapsamı dışında tutulmuştur. Genel olarak tacir ve sanayici olamayan kişiler olarak tanımlanan esnaf ve sanatkarlar, işletmelerinde üç kişiden fazla işçi çalıştırdıklarında İK kapsamına girerler. İK kapsamı dışında kalmak açısından hem işin esnaf ve sanatkarlara ait işyerinde sürdürülmesi ve hem de çalışan sayısının üç kişiyi geçmemesi şarttır.

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işler: Deniz İş Kanunu kapsamında gemilerde çalışan “gemi adamları” ile işverenleri arasındaki iş ilişkileri ile Basın İş Kanunu kapsamında gazete, sürekli yayınlar, haber ajanslarında ve foto muhabirliğinde, her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan gazeteciler ile bunların işverenleri arasındaki ilişkiler ilgili kanunlarına tabidirler. Dikkat edildiğinde deniz ve basın işlerine yönelik bu alanlar İK’nın uygulama alanı dışında bırakılmakla birlikte kendilerine özgü iş hukuku kurallarına tabi tutulmuşlardır.

1.3.İŞ SÖZLEŞMESİ

1.3.1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

İş sözleşmesi iş görme amacı güden sözleşmelerden biridir. Her sözleşmenin olduğu gibi iş sözleşmesinin de tarafları vardır. Taraflardan biri işveren diğeri işçidir. İş sözleşmesi “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafında (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir

sözleşme” olarak tanımlanmıştır (İK.m.8). Sözleşmeye dayalı olarak işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye ise iş ilişkisi adı verilir.

İş sözleşmesinin unsurlarını görmeye çalışalım:

İş sözleşmesinin unsurlarıyla bu sözleşmeye iş sözleşmesi denebilmesi için gerekli olan asli noktalar ifade edilir. İş sözleşmesindeki unsurlar iş, ücret ve bağımlılık olarak ortaya konabilir. Belirtilen unsurlardan biri eksikse o iş sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Varsa başka bir işletmenin unsurlarını taşıması halinde o sözleşmeyi oluşturur.

İş Unsuru: İş sözleşmesinde işçinin yerine getirmek durumunda olduğu en önemli borç iş görme edimidir. İş görmenin kapsamı bedensel veya zihinsel olsun insan emeğine dayanan bir işin yerine getirilmesidir. İşçinin fiilen çalışmamakla birlikte iş görmeye hazır bulunması hali de işin varlığı anlamına gelir.

Ücret Unsuru: Ücret, iş sözleşmesinde işçinin sunduğu iş görme şeklindeki hizmet karşılığında işverenin üstlendiği ödenen tutardır. Böyle bir ödemenin yapılması o sözleşmede yer alır. Ücret, nakten ödenir. Asıl ücret “para ile ödenen tutar” olarak tanımlanmıştır, bu nedenle asıl ücretin aynı olarak ödenmesi mümkün değildir, aynen ödeme kömür yardımı gibi ücret eki kabul edilebilecek hallerde söz konusu olabilir. Sözleşme çerçevesinde belirlenen yada belirlenebilir durumdaki ücretin ödenmemesi veya işverenin mali durumu vb. sebeplerle ödenmemesi onun ücret olarak nitelendirilmesine engel oluşturmaz.

Bağımlılık Unsuru: Bağımlılık unsuruyla işçinin işi yaptığı sırada işverenin emir ve talimatları içinde işi yapması anlaşılır. Bu unsurun doğal uzantısı olarak işverenin işin yürütmesinde işçisini gözetimi altında tutma ve denetleme yetkileriyle donatıldığı anlaşılmaktadır. Bağımlılık unsuru vekalet, eser nakliye, yayım gibi diğer işgörmeye sözleşmelerinden iş sözleşmesini ayıran en önemli unsurdur.

1.3.2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

İş sözleşmesi kurulması açısından bir serbesti olmasına rağmen kurulduktan sonra önemli sınırlamalar içerecek şekilde uygulanan karaktere sahiptir. İş sözleşmesinde hükümlerin işçi lehine yorumlanması ilkesi geçerlidir.

İki Tarafa Borç Yükleme: İş sözleşmesiyle hem işçi hem de işveren tarafı edim yükümlülüğü altına gire. Bu nedenle işçi ve işveren birbirlerine karşı hem borçlu hem de alacaklı durumda olurlar. İşçi işin

görülmesi borcu altındayken bunun karşılığında işveren ücret ödeme borcu altına girer.

Devamlı Olması: İş sözleşmesinde işçinin edimi belirli bir zamanı ve süreklilik arz eden edimdir. İşveren açısından ücret ödeme borcu ani edimi ifade ederken, iş güvenliği ve sağlığı önlemleri gibi yan edimler işveren açısından devamlı edimleri oluşturur.

Kişisel Edimli Olması: İşçi üzerine düşen edimi kendisi yerine getirmesi gereği nedeniyle kişisel (şahsi) edimlidir. İşverenin ücret borcu ise bizzat kendi şahsı tarafından yerine getirilmesi gerekmediğinden aynı nitelik taşıyan bir edimdir.

1.3.3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

İş sözleşmelerini çeşitli kriterlere göre ayırarak sınıflandırmak mümkündür. Bu ayrımların önemi bunlar için getirilen hüküm farklılıklarının uygulamasında önem taşır.

1.3.3.1. Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesinin süresi göz önüne alınarak yapılan bir ayırımdır. Bu süre tarafların belirledikleri bir süre olmayıp işin niteliğinden kaynaklanan bir özelliktir. Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz, otuz iş gününden fazla süren işlere sürekli iş sözleşmeleridir. Dikkat edildiğinde otuz iş gününe dayanan süre ile sözleşme değil, işin konumu ortaya konulmaktadır. Burada süreklilikle iş sözleşmesinin sürekliliği değil işin sürekli yada süreksiz olması ifade edilmektedir.

Süreklilik durumu sözleşmenin değil, işin durumuna göre belirlenecektir. İş otuz iş günü içinde tamamlanacaksa süresiz, otuz iş gününden fazla sürecekse sürekli iş sözleşmesinden bahsedilir. Sözleşmenin durumu işin niteliğine bağlandığından işin süresinin tespiti işin özellikleri dikkate alınarak kaç işçiyle yapılabileceğine bunları işi kaç günde bitirebileceği gözetilerek belirlenmelidir. Örneğin, bir köprünün inşası itibarıyla otuz günden fazla süren bir iş olması nedeniyle sürekli iş, yıkılan bir direğin yerine dikilmesi süreksiz iş olarak nitelendirilir. Nitelik itibarıyla otuz iş gününden fazla sürecek bir işin fazla işçi çalıştırılarak otuz iş gününden kısa sürede tamamlanması onu süreksiz hale getirmeyeceği gibi nitelik itibarıyla otuz günde az sürecek bir işin de az sayıdaki işçiyle otuz günden fazla bir iş gününde tamamlanması onu sürekli hale getirmez. Bir

işin sürekli veya süreksiz olması İK'nın 10 maddesinde İK'nın çeşitli maddelerine atıfla yapılan hükümlerin süreksiz iş sözleşmelerine uygulanmasıyla ilgilidir. Bir işin süreksiz olması İK getirdiği istisnalar dışında BK hükümleri uygulanır (İK.m.10/II).

1.3.3.2.Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesinde sürenin veya belirli bir zaman diliminin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına veya iş ilişkisinin taraflarca süreye bağlanıp bağlanmadığına göre yapılan bir ayırımdır. Bir başka deyişle taraflar açık bir sona erme tarihi yada sözleşme için bir süre belirleyip belirlememelerine göre iş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri olarak ayırımı tabi tutulmuştur. İş sözleşmesinde işin yapılması açısından herhangi bir süre konulmamış veya kararlaştırılmamışsa “belirsiz süreli iş sözleşmesi”, süre konulmuş veya kararlaştırılmışsa “belirli süreli iş sözleşmesi” ortaya çıkar. Burada bahsedilen süre, iş sözleşmesinde belirli bir tarih veya süreyi içerecek şekilde (örneğin,gün, hafta, ay vb.) belirlenen bir zaman dilimidir. Zaman dilimi ile anlaşılması gereken şey de, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi sürenin objektif olarak belirlenebilir olup olmadığıdır. Bu çerçevede iş sözleşmesinde süre belirtilse bile işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkmasından söz edilemeyecekse belirli süreli sözleşme söz konusu olmaz. Bu nedenle tamamlanması veya bir olgunun ortaya çıkması söz konusu olmayan işlere yönelik olarak belirli süreli iş sözleşmeleri yapılamayacaktır.

Bir binanın veya barajın inşa edilerek tamamlanması, yaratılan kapasiteye bağlı belirli bir olgunun ortaya çıkması veya belirli bir işin tamamlanması için belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilecektir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin bir yıldan uzun süreyi kapsamaması halinde yazılı yapılması zorunluluğu vardır (İK.m.8/II).

Belirli süreli iş sözleşmesi, işin mahiyetinden kaynaklanan esaslı bir neden olmadıkça birden fazla (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır ve karşımıza zincirleme iş sözleşmeleri çıkar. Belirli süreli iş sözleşmeleri işin niteliğinden kaynaklanan esaslı bir nedenin bulunması halinde birbirini izleyecek şekilde birden fazla defa yapılabilir. Bu durum o sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi sayılma özelliğini değiştirmez Esaslı nedenlere örnek olarak ekonomik gerekçeler, hukuki sınırlamalar veya işin taşıdığı özellikler verilebilir.

Haklı bir neden olmadıkça belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan işçilere farklı işlem yapılamaz. Yani salt sözleşme farklılığı işçilere farklı davranılamaz.

1.3.3.3. Tam ve Kısmi İş Sözleşmeleri

Bu ayırımı işçinin işyerinde çalıştığı haftalık süreye bağlı olarak yapılan bir ayırımdır. Tam süreli iş sözleşmesi sözleşmenin işyerinde uygulanan bir haftalık normal çalışma süresinin 45 saat olduğu sözleşmelerdir. Kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesine göre önemli ölçüde daha belirlenmesi halinde yapılan iş sözleşmesidir. Buradaki çalışma süresinin kısmı sayılabilmesi için tam çalışma süresine göre önemli ölçüde az belirlenmesinin kriteri nedir? Bu konudaki yönetmeliğe göre tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar için uygulanmakta olan 45 saatlik çalışma süresinin üçte ikisi oranına kadar olanlar kısmi süreli olarak değerlendirilir. Bu koşullarda 45 saatlik haftalık normal çalışma süresinin üçte ikisi olan 30 saat ve altındaki çalışma süreleri önemli ölçüde az çalışma olarak değerlendirildiğinden bu iş sözleşmeleri de kısmi süreli kabul edilecektir. Haftalık çalışma süresinin 30 saati aşması halinde 45 saate göre önemli ölçüde az çalışma meydana gelmediğinden tam süreli iş sözleşmesi sayılacaktır.

Kısmi çalışma süresi haftanın belirli günlerine, tam gün veya belirli saatleri kapsayacak şekilde kararlaştırılabilir. Örneğin, işyerinde danışmanlık hizmeti veren mali müşavir , avukat veya tabiplerin veyahut işyerinin temizlik işlerinde çalışanların durumu böyledir.

Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir nitelikteki çıkarları tam süreli çalışan işçiye yapılan ücret ödemeleri emsal alınarak, çalışılan süreyle orantılı olarak ödenir (İK.m.13/III).Yani bölünebilir haklar bakımından kısmi süreli çalışan işçi tam sürelilerden ayrı işleme tabi tutulmaksızın yararlandırılır. Örneğin, işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan süreli işçiye 12 TL eğitim yardımı yapılıyorsa haftada 15 saat çalışan işçiye $(15/45 \times 12 =)$ 4 TL eğitim yardımı yapılacaktır. Bölünemeyen haklardan kısmi süreli çalışan işçinin yararlanması mümkün değildir. Örneğin, işe başlama saati öğlenden sonraki zamana isabet eden kısmi süreli çalışan işçi öğle yemeği ve geliş-gidiş hizmetlerinden yararlanamaz.

Kısmi süreli iş sözleşmesinde işçinin haftalık, aylık veya yıllık çalışma süresi (örneğin, her gün 9.00-11.00 saatleri arasında olmak üzere 2

saat gibi) ve şekli önceden belirlenmiş olabileceği gibi, ihtiyaç duyulduğunda çağrı üzerine işçinin çalışma edimini yerine getirmesi hususu yazılı olarak kararlaştırılabilir.

İşçinin üstlendiği işin çıkması ve işverence çağrılması halinde iş görme edimini yerine getireceği kararlaştırılmış ise karşımıza **çağrı üzerine çalışma sözleşmesi** çıkar. Çağrı üzerine çalışma esnek bir çalışma türü olup karakteri itibarıyla kısmi sürelidir. Çağrı üzerine kurulan sözleşmenin yazılı olması gerekir. Süreye uygun çağrı üzerine işçi işgörme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede işçinin ne kadar süre çalışacağı belirlenebilir. Aksi belirtilmemişse en az dört gün önceden yapılacak çağrı üzerine ve her çağrıda işçinin en az dört saat üst üste çalıştırılması, çalıştırılması esastır. Bu sözleşmelerde haftalık çalışma saatinin 20 saat olarak kararlaştırıldığı kabul edilir ve belirlenen süre içinde işçi çalıştırılсын veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır. Özellikle her zaman olmayan ve daimilik arz etmeyen yükleme, boşaltma, tamir vb. işler için çağrı üzerine çalışma uygun düşen işlerdir.

1.3.3.4. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri

Bir iş ilişkisinde gerek işçi gerek işveren işi, işletmeyi ve çalışma şartlarının kendilerine uygunluğunu tespit edebilmek açısından bir süre işte çalışılmasına ihtiyaç vardır. Kanun bu ihtiyacı gidermek açısından, tarafların iş sözleşmesine “deneme kaydı” koyabileceklerini düzenlemiştir. Böylelikle bir yandan işveren, işçinin niteliklerini, iş deneyimini, mesleki yeterliliğini, verimliliği ve diğer hususları; diğer yandan işçi, iş ortamına, çalışma şartlarına uyum sağlayıp sağlayamayacağını ölçme imkanı ortaya çıkar.

Deneme süresi içinde taraflar sözleşmeyi sürdürüp sürdürmeme konusunda inisiyatifı ellerinde tutmuş olur. Deneme süresi yapısı gereği sözleşmenin başındaki bir süreyi içerir. Deneme süresi en çok iki ay (toplu iş sözleşmelerinde dört aya kadar) olabilir. Deneme süreli iş sözleşmesinde deneme süresi kadar bir iş sözleşmesi değil, tek bir iş sözleşmesince belirlenen deneme süresinin bulunması söz konusudur. Taraflar deneme süresi içindeyken istediklerinde sözleşmeyi bildirimsiz ve tazminatsız kolayca feshedebilirler. Bunun için haklı bir sebebe dayanma zorunluluğu da yoktur. Ancak, işçinin deneme süresi içinde çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklı olup, ilk çalışmaya başladığı tarihten itibaren hüküm ifade eder. Bu nedenle, deneme süreli çalışan bir işçinin deneme süresinin başından itibaren kıdemi, sigortalılık hakları da çalışma süresi ile sınırlı olarak diğer işçilerden farklı tutulamaz.

Deneme süresi geçtikten sonra iş sözleşmesi kesinlik kazanır ve taraflar için bağlayıcı hale gelir.

1.3.3.5. Takım Sözleşmeleri

Birden çok işçinin oluşturduğu bir takım veya grup ile bir işveren arasında yapılan sözleşmeye takım sözleşmesi denir (İK.m.16). Bu tür sözleşmeler daha çok dönemsellik özelliği bulunan mevsimlik veya belirli inşaat, tarım vb işler için yapılır

Bu ilişkide işverenle sözleşmeyi takımı oluşturan işçilerden biri yapar. Bu kişiye “takım kılavuzu” denir. Amaç, işçilik temin etmektir. Takım sözleşmesi yazılı şekle tabidir. Takım kılavuzu aracılığıyla işverenle işçilerin her biri arasında iş sözleşmesi yapılmış olur. Takım sözleşmesinde işçinin fiilen işe başlamasıyla sözleşme yapılmış sayılır ve sözleşme işçi ve işvereni bağlar. Sözleşmede her bir işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. Ücretler doğrudan işçilere yapılır.

Takım sözleşmesi alt işverenlik sözleşmesine benzerse de takım sözleşmesinde kılavuzla işçi arasında sözleşme yokken alt işveren ile işçi arasında sözleşme vardır.

1.4.4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

İş sözleşmeleri tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları üzerine kurulur. İradelerden önce olanına öneri sonra olanına kabul adı verilir. Hukukumuz geçerli bir iş sözleşmesinin kurulması bakımından BK de ve İK da bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar uyulmadığında geçerli bir iş sözleşmesi mutlak veya nispi butlan yaptırımı ile karşı karşıya kalır. Bir başka deyişle çizilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla taraflar istedikleri hükümleri koyarak sözleşmenin içeriğini belirleyebilirler. BK da belirlenen sözleşmelerin geçerlilik koşullarının aranacağına şüphe olmamakla beraber İK açısından sözleşmenin kurulma şartları açısından özelliklerine değinilecektir.

1.4.4.1. Tarafların Ehliyetli Olmaları

Kişiler ehliyet açısından çok değişik açılardan değerlendirilebilmekle beraber, sözleşmeler hukuk bakımından hak ve fiil ehliyeti ön plana çıkar.

Her Türk vatandaşı Türkiye’de çalışma hakkına sahiptir. Yabancılar çalışma izni almaları halinde çalışma hakkına sahip olurlar. Çalışma hakkına sahip olan bir kişinin bu hakkını hayata geçirmesi açısından sözleşme yapması gerekir.

Sözleşme yapabilecek bir kişinin bir başkasının fiiline ihtiyaç göstermeksizin sözleşme yapabilmesi onun “tam ehliyetli”(ayrıt eme gücüne sahip, ergin olmak ve kısıtlılık altında bulunmamak) olması halinde mümkündür. Ayrıt etme günce sahip fakat ergin olmayan “sınırlı ehliyetsiz” bir kişi iş sözleşmelerini kanuni temsilcisi konumundaki veli veya vasilerinin izni ile yapabilirler. Bir başka deyişle çocuk ve genç işçilerin velisi veya vasisi ile sözleşme imzalanır. Ayrıt etme gücüne sahip olamayan bir kişi hiçbir şart altında sözleşmeyi kendi fiili ile yapamaz bunlar adına sözleşmeleri doğrudan kanuni temsilcilerinin yapması gerekir.

Ehliyetsiz bir kişi sözleşme yapmış ise fiili çalışmaları nedeniyle ücrete hak kazanır.

Burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. O da iş sözleşmesinde işçi tarafı daima gerçek kişi iken işveren tarafı gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. İşverenin tarafının gerçek kişi olması durumunda işçi için aranan fiili ehliyeti şartları işveren için de aranacaktır.

Tüzel kişilerde bunların fiil ehliyetine sahip olmaları bunları temsil eden organların oluşumuna ve sözleşmenin bu organları oluşturan kişilerce yapılmasıyla mümkün olur.

1.4.4.2. Şekle Tabi Olma

İş sözleşmesi aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir. Bu nedenle iş sözleşmeleri kural olarak kanun hükümlerine aykırı olmamak üzere serbestçe kurulabilir. Ancak bazı iş sözleşmelerinin geçerliliği kanunda öngörülen şekle uygun yapılmasına bağlanmıştır. Bir sözleşmenin şekle tabi olmasıyla yazılı olması kastedilir. Yazılılığın da biri metin diğer imza olmak üzere iki unsuru vardır. O halde yazılılık tarafların iradelerini ifade eden bir metin üzerinde anlaşmaları ve buna taraf imzalarının atılmasını içerir.

Bir sözleşmenin yapılması yazılılık şartına bağlanabileceği gibi yazılılık şartına bağlanmayabilir. Yazılı yapılmasına şartına bağlanmış bir sözleşme yazılı yapılmadığı takdirde geçerli sonuçlar doğurmaz. Ancak, tarafların kararlaştırılan şekil şartını yerine getirmeden ifada bulunmaları, ifa

edilen edimleri kabul etmeleri halinde ise şekli, geçerlilik şekli olarak öngörmedikleri sonucuna varılır.

İş Kanunu açısından bazı iş sözleşmelerine yazılı yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu sözleşmeler;

- Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmesi (İK.m.8/II).
- Çağrı üzerine çalışma iş sözleşmesi (İK.m.14/I).
- Takım Sözleşmesi (İK.m.16/II).
- Gazetecilerle yapılan iş sözleşmeleri (Basın İK m.4/I).
- Gemi adamlarıyla yapılan iş sözleşmeleri (Deniz İK.m.5).
- Özel okul yönetici ve öğretmenleriyle yapılan iş sözleşmeleri (ÖÖKK.m32/I).
- Toplu iş Sözleşmeleri (TİSGLK m.4).
- Çıraklık sözleşmeleri

Yukarıda belirtilenler dışında kalan iş sözleşmeleri için yazılı yapılma şartı yoktur.

Yazılı yapılması zorunluluğu bulunmayan ve herhangi bir şekil şartına tabi olmayan sözleşmeler sözlü yapıldıklarında işveren işçiye en geç iki ay içinde çalışma koşulları, sözleşmenin süresi, ücret miktarı, ödeme süresi, fesih halinde tarafların uymaları gerekenleri gösteren hükümleri içeren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır (İK.m.8/III).

1.4.4.3. Çalıştırma Yasağına Uyma

Bazı kişiler için çalışma yaşamında özel olarak korumayı amaçlayan düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemeler belirtilen kişilerin iradelerini sözleşme özgürlüğünün dışında çalışmalarına getirilen yasakları ihtiva eder. Bunlar çocuklar, kadınlar, özürlüler ve yabancılara yaptıkları bazı işleri kapsar. Bu kişilerle getirilen sınırlamaları ihlal edecek şekilde iş sözleşmesi yapılamaz.

Çocuk ve genç işçiler: On dört yaşını doldurmakla birlikte onbeş yaşını doldurmamış olanlar çocuk işçi, onbeş yaşını doldurmakla birlikte onsekiz yaşını doldurmamış olanlar genç işçi kabul edilir. Onbeş yaşını doldurmamış çocukların hangi işte olursa olsun işçi olarak çalıştırılması kural olarak yasaklanmıştır (İK.m.71). Ancak, ondört yaşını doldurmuş

(onbeş yaşındaki) çocuklardan eğitimlerine devam edenlerin eğitimlerine engel olmayacak şekilde hafif işlerde çalıştırılması mümkündür.

Çocuklar ile onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz (İK.m.85).

Onsekiz yaşını doldurmamış erkeklerin maden ocakları ile kablo döşemesi, ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılmaları yasaklanmıştır (İK.m. 72).

Çocuk ve genç işçilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılması da yasaktır (İK.m.73). Çocuk ve genç işçilerin hangi işlerde çalıştırılabilecekleri ve yasak olan işler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca bu konuda çıkartılan yönetmelikle belirlenmiştir.

Onsekiz yaşını doldurmuş (ondokuz yaşındaki) kişiler çocuk ve genç işçi kavramı dışına çıktıklarından bunların yaşlarına bağlı çalışmalarında bir sınır yoktur.

Kadınlar: Kadın işçilerin yaşı ne olursa olsun maden ocakları ile kablo döşemesi, ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılmaları yasaklanmıştır (İK.m.73).

*Özürlüler :*Özürlüler yer altı ve su altı işlerde çalıştırılmazlar (İK.m.30/VII).

Mesleki eğitim almamış kişiler: Çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz.

Yabancılar: Türkiye’de çalışmak isteyen yabancılar çalışmaya başlamadan önce izin almak durumundadırlar(4817 say. Kanun m.4). Bir yıl için izin verilen izin sonra altı yıla kadar uzatılabilir. Toplam altı yıl Türkiye’de çalışan işçiye süresiz çalışma izni verilebilir (4817 say.Kanun m.6).

1.4.4.4. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna Uyma

Toplumda kişisel, bedensel veya konumsal durumları nedeniyle bazı kişilerin diğerlerine göre iş bulma şans ve imkanlarının diğerlerine göre daha zayıf olduğu durumlar vardır. Sosyal devlet anlayışının bir uzantısı olarak iş sözleşmesinin kurulması konusunda işverene özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarını çalıştırma zorunluluğu getiren düzenlemeleri iş sözleşmesine getirilen sınırlamalar içinde ele almak mümkündür. Sözleşme yapma konusundaki zorunluluk genellikle piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk

sitemlerinin bu yapıdan kaynaklanan muhtemel sakıncaların giderilmesine yönelik bir çözüm olarak karşımıza çıkar.

Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu: Eski hükümlü cezası infaz edildikten sonra tahliye sonrası edinilen bir sıfattır. Elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler çalıştırdıkları işçilerin %2'si oranındaki eski hükümlüyü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. (İK.m.30). Çalıştırma zorunluluğuna uymayan işverenler bu kapsamda çalıştırmadığı her işçi için idari para cezası ile cezalandırılırlar.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığıyla temin etmek zorundadırlar. Eski hükümlü çalıştırılmasında, kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

Bu kapsamda tahsil edilecek cezalar, eski hükümlülerin (veya özürlülerin) kendi işini kurmaları, özürünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, özürünün işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde kullanılır.

Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu: Aynı il sınırları içerisinde bulunan işyerleri birlikte göz dikkate alındığında elli ve daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işyerleri çalıştırdıkları işçi sayısının %3 (kamu işyerleri %4) ünü özürlü işçilerden çalıştırmak durumundadırlar (İK.m.30). Özürlülüğü nedeniyle işten ayrılanlardan özürlülükleri ortadan kalkanların istemeleri halinde, eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe almak zorundadırlar. Aksi halde işveren eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek durumunda kalır (İK.m.30/8). İşyerinin işçisi iken özürlü hale gelenlere öncelik tanınır.

Bu kapsamda çalıştırılacak kişilerin de Türkiye İş Kurumu aracılığıyla temin edilmesi gerekir. İşverenin belirtilen kurum dışında kendisinin temin ederek çalıştırdığı özürlüler kanuni oran içinde sayılmaz. Ancak, Kurum Aracılığı olmadan özürlü kimseyi işe alan işverenler, durumu en geç bir ay içinde kuruma bildirmek ve tescil ettirmek kaydıyla bu tüzük hükümlerine göre özürlü çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılırlar.

Bu kapsamda tahsil edilecek cezalar, özürlülerin (veya eski hükümlülerin) kendi işini kurmaları, özürünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, özürünün işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde kullanılır.

Askerden veya Kanuni Görev İfasından Dönenlerin Çalıştırma

Zorunluluğu: Askeri veya kanuni bir ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevi sona ermesinde başlayarak iki ay içinde ayrılıkları işyerine işe başlamak istediklerinde, işverenler bunları eski işlerine veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe almak zorundadırlar(İk.m.31/IV). Aksi takdirde işe alım isteğinde bulunan işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödemek durumunda kalınır.

İşçi Kuruluşlarında Yönetim Görevinin Bitenlerin Çalıştırma

Zorunluluğu: Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işveren,talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır (Sendikar Kan..m. 29/I).

Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını üç ay içinde istedikleri takdirde, işveren, talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe,diğer isteklilere nazaran öncelikle işe almak zorundadır.

1.4.5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

Bir sözleşmenin hükümleri dendiğinde, o sözleşmen taraflar itibarıyla borçların nelerden ibaret olduğunun ortaya konulması anlaşılır. İş sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması nedeniyle hem işçi hem de işveren üzerine düşen borçlar vardır.

1.4.5.1. İşçinin Borçları

1.4.5.1.1. İş Görme Borcu

İş görme borcu işçi açısından şahsi bir edimdir. Bu nedenle işçi yapmayı üstlendiği ve sözleşmenin kendisi açısından konusunu oluşturan işi kendi yapmak zorunda olup, başkasına devredemez. Sözleşmede işin ve bu işe bağlı yan borçların açıkça belirlenmesi son derece önemlidir. Örneğin, bir torna makinesinde çalışacak kişinin ne tip makinede çalışacağı ile yapacağı iş ve tornayı iş bitiminde temizlemeye yönelik yan borçlar ortaya konmalıdır. Sözleşmede belirlenen işin dışındaki bir işin işçiye gördürülmesi için işçinin onayının alınması şarttır.

Görülen işin değişikliği :Bazı durumlarda aynı çalışma yerinde yapılan işin değiştirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin çalışılan bölümün veya atölyenin değiştirilmesi gibi. böyle bir değişikliğin işçinin sahip olduğu özelliklere uygun olması gerekir. Bu şartlar altında da işçiye önceki ücretinin altında ücret verilemez.

İşverenin mali sorunları veya işlerin düzelmesine kadar veya özellikle aynı grupta yer alan şirket topluluklarında bir diğer şirketin ihtiyaç halinde işçinin rızası alınarak geçici şekilde iş görme edimi başka bir işverene karşı yerine getirmek üzere üçlü bir ilişki kurulur (İK.m.7). Bu ilişkide devreden (ödünç veren), devralan (ödünç alan) ve işçi bulunur. Ödünç iş ilişkisinde şirket topluluklarında ve holdinglerde şirketlerin daha çok nitelikli işgücü ihtiyacını karşılamak için yardımlaşmaları veya ekonomik sıkıntı içinde olan bir işverenin, işlerinin düzelmesine kadar işçisini geçici olarak başka bir işverene vermesi söz konusu olur. İşçinin gördüğü işi değişikliğe tabi tutan devrine ilişkin bazı özellikler şöyle belirtilebilir.

- Devir ilişkisi belirli süreyi içerdiğinden “geçici veya ödünç” bir iş ilişkisi olarak nitelendirilir.
- İşveren işçisinin işgörme edimini başka bir işverene yerine getirmek üzere yazılı devredilir.
- Devir için işçinin yazılı rızasını almak şarttır. Yenilemesi durumunda da işçinin rızasına gerek vardır.
- Geçici veya ödünç iş ilişkisi yazılı yapılır, en çok altı ay için kurulur ve en çok iki defa yenilenebilir.dolayısıyla bir işverene kurulacak ödünç iş ilişkisinde süre en fazla onsekiz ay olmak durumundadır.

- Devreden işverenle işçinin iş sözleşmesi devam etmekle birlikte, devir süresince işçiden işin görülmesini talep ve işle ilgili emir verme hakkı ödünç alan işverene geçer. Dolayısıyla işçi iş görme borcunu devralan işverene karşı yerine getirmek zorundadır.
- İşçi işe ilişkin veya işyerinde kusuruyla verdiği zararlardan devralan işverene karşı sorumlu olur.
- İşçinin ücret alacağından öncelikle devreden işveren sorumludur. Ancak ödünç süresine isabet eden ödenmeyen ücretlerden devreden ve devralan işveren müteselsilen birlikte sorumlu olur.
- Devralan işveren sağlık ve güvenlik risklerine karşı işçiye kendi işçisiymiş gibi davranmak durumundadır.
- İşçiye karşı fesih hakkını ancak devreden işveren kullanabilir.
- Devralan işyeri grev veya lokavt aşamasına gelmişse grev ve lokavt sırasında ödünç işçi çalıştırılmaz.

İşin görüldüğü yerin değişikliği: İşveren işyerini bir başka yer taşımak durumunda kalabilir. Eski işyeri ile yeni işyeri arasında mesafe fazla olmadığında işçi işvereni izlemesi gerekir. Mesafe uzak ise işçinin yeni işyerinde çalışması beklenemez.

Çalışma Süreleri: çalışma süreleri iş sözleşmesinin önemli ve sosyal yanlarından birini oluşturur. Çalışma sürelerine ilişkin kanunda pek çok sınırlayıcı hükümler bulunmaktadır. Emredici kural niteliğindeki düzenlemelere işveren uymakla yükümlüdür.

-Haftalık çalışma süresi en çok 45 saattir (İK.m.63/I). İş sözleşmesiyle 45 saatten fazla haftalık çalışma süresi belirlenemez.

Günlük çalışma üresi 11 saati geçemez.

-Haftalık çalışma süresi, çalışılan iş günlerine eşit olarak bölünerek günlük çalışma saatleri bulunur.

-Haftanın 6 iş günü çalışıldığı durumlarda günlük 7.5 saat olarak uygulanır.

-Haftanın 5 iş günü çalışıldığı durumlarda günlük 9 saat olarak uygulanır.

-İşçinin talebi ile izin verilmesi veya işin zorunlu nedenlerle durması veyahut bayram ve tatil günlerinden önce ve sonra çeşitli sebepler bağlı olarak işyeri tatil edildiği durumlarda çalışılmayan süreler günde üç saatten fazla olmamak ve 11 saatlik çalışma

süresini aşmamak üzere iki ay içinde *telafi çalışması* yapılır. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılamaz (İK.m.64)

Günlük çalışma süresinin bulunmasında haftalık çalışma süresinin çalışma günlerine eşit olarak bölünmesi kural olmakla beraber, haftalık çalışma süresi 45 saati ve iş günleri itibarıyla de günlük 11 saati geçmemek üzere farklı çalışma süreleri tespit edilebilir. Örneğin, işçi bir gün 5 saat çalışabilirken, diğer bir gün 10 saat çalışabilecek ancak bu şekilde çalışmaların toplamı haftalık 45 saati geçemeyecektir.

-Haftalık 45 saati aşan çalışmalar *fazla çalışma* olarak değerlendirilir. (İK.m.41/II). Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz.

Bazı haftalarda günlük çalışma süresi 11 saatten fazla olmamak üzere yoğun çalışma gerçekleştirilebilir. Yoğun çalışılan haftalardaki fazla süre diğer haftalarda denkleştirilir. Denkleştirme süresi iki aylık süre içinde tamamlanır. Bu süre toplu iş sözleşmelerinde dört aya çıkartılabilir. Yoğun çalışma günleri denkleştirmeye tabi tutulacağında fazla çalışma olarak değerlendirilmez.

Sağlık kuralları bakımından günde en fazla yedibuçuk ve daha az çalıştırılabilecek işler bu konuda çıkartılan yönetmelikle belirlenmiştir. Söz konusu işlerde fazla çalışma yaptırılmayacağı gibi günlük en çok iş sürelerinden sonra başka bir işte de çalıştırılmazlar.

-İşyerinde işlerin düzenli yürütülebilmesi açısından belirli çalışma saatlerinden önce vata sonra hazırlama, tamamlama veya temizlik işlerinin yapılması gerekebilir. Bu işlerin asıl işin yürütümü sırasında yapılması esas olmakla birlikte, teknik, sağlık veya güvenlik yönünden işin yürütümü sırasında yapılması sakınca oluşturmazsa, günlük çalışma sürelerine ek olarak günde en çok iki saat bu işlere ayrılabilir. Asıl işle birlikte bu sürelerin toplamı günlük onbir saati aşamaz. Bu işte görev alacak işçi sayısı çalıştırılan toplam işçi sayısına göre belirlenir.

Dinlenme Süreleri: Günlük çalışma süreleri içinde o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanacak şekilde işçiye ara dinlenmesi verilir. İşçiye verilecek ara dinlenme süreleri şöyledir.

-dört saat ve daha kısa süreli işlerde 15 dakika,

-dört saatten fazla ve yedibuçuk saatte kadar olan işlerde 30 dakika,

-yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde 60 dakika

olarak dikkate alınacaktır. Bu süreler artırılabilir fakat azaltılamaz, aralıksız verilir ve çalışma süresinden sayılmaz.

Gece Çalışması: Gece çalışması, günün en geç saat 20.00 de başlayıp en erken saat 06.00 ya kadar geçen zaman diliminde yapılan ve en çok 11 saat süren çalışmadır. Gece çalışması yedibuçuk saati geçemez. Gece çalışanlar en çok iki iş haftası çalıştıktan sonra gündüz çalışmasına dönmek durumundadırlar.

Hafta Tatili: Yedi günlük çalışma süresi içinde işçiye dinlenmesi amacıyla en az kesintisiz 24 saatlik bir zaman diliminden oluşan hafta tatili izni verilmesi zorunludur. Bu şartlarda haftada altı gün çalışan işçi bir tam gün dinlenme hakkına sahip olacaktır.

Yıllık İzin: İşyerinde işe başladığı günden itibaren deneme süreleri dahil “en az bir yıl” çalışmış işçi ücretli yıllık izne hak kazanır (İK. m.53/I). Bir yıldan kısa süre çalışanlara yıllık izin hakkı doğmaz. Yıllık ücretli izin, iş sözleşmesinin her hangi bir nedenle sona ermesi veya ölümü ile sona erdiğinde işçinin hak kazanıp ta kullanmadığı yıllık ücretli izinlerine ait ücretin işçiye ödenmesi zorunludur. Bu izin hakkından vazgeçilemez. İşçinin kullanacağı ücretli yıllık izin süresi hizmet sürelerine göre belirlenir. Hizmet süresi;

- Bir yıldan beş yıla kadar olanlara 14 günden,
- Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara 20 günden,
- Onbeş yıldan ve daha fazla olanlara 26 günden

aşağı olmamak üzere ücretli yıllık ücretli izin verilir. Onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha fazla yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.

İşçi yıllık iznini işyerinin bulunduğu yer dışında geçirmek isterse işveren dört güne kadar “ücretsiz yol izni” vermek zorundadır (İK.m.56/VI). Yıllık ücretli izin tarafların anlaşması halinde süreleri 10 günden aşağı olmamak üzere üçe bölünebilir. Anlaşma olmaması halinde bölünemez. Yıllık ücretli günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. Ayrıca, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli veya ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilmez.yıllık ücretli yıllık izin ücretinde zamanaşımı süresi beş yıldır.

İş arama izni: Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve

işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır

Çalışma Süresinden Sayılan Süreler: Çalışmanın gerçekleştirilmesinde aşağıdaki süreler çalışma süresinden sayılır.

- Yer altı ve su altına iniş ve çıkış süreleri
- İş görmek için başka bir yere iş görmek için gönderilmede yolda geçen gidiş geliş süreleri Örneğin, bir elektrik tesisatçısının tamirat için herhangi bir eve gitmesi ve tamiratı tamamladıktan sonra işyerine geri dönmesi bu tip çalışmaya örnek verilebilir. İş görülmeyen bu süre gidiş- geliş için kullanıldığı ve dolayısıyla işin niteliğinden doğduğundan işçi işgücünü bu süre içinde de işverenin emrine tahsis etmiş olmaktadır.
- İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.
- İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenin evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.
- Kadın işçilerin çocuklarına süt emzirmeleri için verilen süreler
- İşçilerin yerleşim yerlerinden uzak mesafedeki işler (örneğin köprü, yol, yapım ve tamiri vb.) için iş mahalline topluca götürülüp getirilmede geçen süreler.

Doğum ve Süt İzni: Kadın işçilerin doğumdan 8 hafta önce ve 8 hafta sonra toplam 16 hafta çalıştırılmamaları esastır. Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izni günlük çalışma süresinden sayılır.

1.4.5.1.2. İş Özenle Yapma Borcu

işçi yapmayı üstlendiği işi dikkat ve özenle yapmak zorundadır. İ, insan emeğine dayanmakla birlikte işin yürütülmesi alet, edevat, malzeme vb. şeylerin kullanılmasını gerektirebilir. Bütün bunlar işin niteliğine uygun kullanılmalıdır. İşçi kendi isteği veya savsaması nedeniyle işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi veya eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri hasara ve kayba uğratmaması gerekir (İK.m.25/II-i).

İş sırasında gösterilmesi gereken özenin ölçüsü her iş açısından farklılık arz eder. Bu belirlenirken işçini, işverence bilinen ve bilinmesi gereken bilgi ve beceri derecesi, mesleki yeteneği, işe yatkınlığı ve nitelikleri göz önünde tutulur. Örneğin, inşaatta duvar örmek durumunda olan bir kişinin göstermesi gereken ve ondan beklenen özenin kapsamı ve derecesi, hastanede iğne yapan bir hemşire kadar olamaz.

1.4.5.1.3 Sadakat Borcu

İşçinin iş görme edimini yerine getirmesi sırasında doğrudan yaptığı işle ilgisi bulunmasa bile işverenin çıkarlarını zedeleyecek durumlara veya işveren aleyhine olup bitenlere seyirci kalması beklenemez. İşçi yapması gereken işleri yapacak, yapılmaması gerekenleri de yapmayacaktır. İşçi işini yaparken işverenin menfaatlerini korumak ve menfaatler zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bu davranışların belirlenmesinde dürüstlük ve bağlılığın gerektirdiği ölçülerle değerlendirilmesi gerekir. İşçinin dürüstlük kuralına aykırı olarak işin yürütülmesinde meydana gelecek aksaklık, tehlike, malzeme ve araçlardaki eksiklik ve bozukluklardan işvereni haberdar etmemek sadakat borcuna aykırılık oluşturur.

İşçinin işle ilgili öğrendiği çeşitli mesleki ve ticari sırların kendisi veya işletmenin rakipleri tarafından işverenin aleyhine kullanılmasına neden olmaması gerekir. Bu da sadakat borcunun bir uzantısıdır.

1.4.5.1.4. Rekabet Yapmama Borcu

İşçi, iş sözleşmesi geçerli olduğu süre içinde başka bir işte çalışarak veya iş yaparak işverenle rekabet içinde bulunması dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz ve kabul edilemez. Bu noktada işçinin rekabet yapmama borcu ortaya çıkar. Bu iş sözleşmesi yapmakla ortaya çıkan sadakat borcunun gereği olarak kabul edilebilecek normal bir sonuçtur.

Fakat, işçinin iş sözleşmesi sona ermesinden sonra rekabet yapmama borcu nasıl değerlendirilecektir. Rekabet yapmama borcu veya rekabet yapma yasağının iş sözleşmesi sona erdikten sonra devam edebilmesi için işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak bir “rekabet yapmama sözleşmesi” yapılması ile mümkün olur. Aynı sonuç iş sözleşmesine bu yönde hüküm konularak da elde edilebilir. İşçinin iş sözleşmesinden sonra rekabet yapmama borcu iş sözleşmeleri için genel kanun olan BK . 444 de düzenlenen şekilde sınırları çizilmiştir. Buna göre

rekabet yapmama borcu sözleşmesi yazılı olması, genelde iki yılı aşmaması yer ve zamanla sınırlı olması şeklinde şartlara bağlanmıştır.

İşçi gerek iş sözleşmesi sırasında gerekse sonrasında rekabet yapmama borcunu ihlal ederse işverenin uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır.

1.4.5.1.5. Çalışma Genelge ve Talimatlarına Uyma Borcu

İş, işverenin yönetim ve denetimi altında gerçekleştirilir. İşin yönetiminin işverende olması demek işle ilgili genel emirler ve belirli talimatlar verebilmesi demektir. Bu borç işçinin işverene bağımlı olarak çalışmasının gereği ve bir sonucudur. İşçi bağımlı çalışmanın gereği olarak bu genelge ve talimatlara uymak zorundadır. Örneğin, işe giriş ve çıkış konusunda düzenleme yapması, yanıcı ve patlayıcı madde ticareti veya üretimini konu alan bir işin görülmesi sırasında yangın tehlikesini bertaraf etmek veya riskini azaltmak adına işçilere sigara içmeme konusunda sınırlamalar getirilebilir.

İşverenin talimat vermesi işyerini yönetme açısından geniş bir alan varsa da bu alan işçinin kanunlarla düzenlenmiş hakları yanında temel hak ve özgürlüklerine müdahale ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir

1.4.5.2. İşverenin Borçları

1.4.5.2.1. Ücret Ödeme Borcu

İşverenin borçları arasında en nemlisi iş görme karşılığında ücret ödemesidir. İşçinin emeğinin karşılığını oluşturan ücret işçinin geçimini sağlaması için elde ettiği gelirdir. Ücretin işçi için taşıdığı öneme binaen İK da ücret konusuna kapsamlı şekilde yer verilmiştir.

Ücret, “bir kimseye iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan para ile ödene tutar “ şeklinde tanımlanmıştır” şeklinde tanımlanmıştır (İK.m.32/I).

Ücrete ilişkin bazı esaslar:

- Ücret bir iş karşılığı yapılan parasal ödemedir.
- Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kuralı olarak, Türk parası ile ödenir. Ücret yabancı para olarak

- kararlaştırılmışsa rayice göre ödenebilir. Bono, kupon veya herhangi bir mal takası suretiyle ücret ödenemez.
- İşyerinde ödeme yapılır. Ancak, bu konuda belirlenen ilkelere göre işverenin banka ile ödeme yapacaklar kapsamına girmesi durumunda özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir.
 - Ücret banka yoluyla işçinin kendisine ödenmesi kuralı bir kenar bırakılarak işverenin işçinin adına ve hesabına başkasına ödeme yaparsa dahi işveren borcundan kurtulamaz. Küçüklerin ücretini ana babaları alır. Küçüğün ana babasının rızasıyla ayrı evde oturan küçüğün ücreti kendisine ödenir.
 - Ücret işveren tarafından ödenebileceği gibi işverenle ilgisi olan kişiler tarafından da ödenebilir.
 - Ücret iş yapıldıktan sonra en geç ayda bir ödenir. Ücretin ödeme günü sonundan itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep dışında ödenmemesi durumunda işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. İşçilerin bu davranışları grev sayılmaz. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.(İK.m.34).
 - Parasal sıkıntıya düşen işçiye , mali durumu yeterli ve ödemesi halinde sıkıntıya düşmeyecek işveren avans vermek zorundadır.
 - Ücretten kanuni kesintiler dışında bir kesinti veya eksiltme yapılamaz. Ücretin vergi, sigorta ve diğer kanuni kesintilerden yapılmadan önceki halinden (brüt veya gayrisafı ücret) bu kesintiler yapıldıktan sonra ele geçen ücrete ulaşılır.
 - Ücretin miktarı konusunda kural olarak sözleşme serbestisi geçerlidir Fakat iş hukukunda işçiyi koruma ve sosyal devlet ilkesi ücrete bir taban getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu şekildeki ücrete asgari ücret denir. Ücretin asgari ücretin altında kararlaştırılması yasaktır.Asgari ücret işçi, işveren ve Devlet temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından belirlenir. Komisyon kararı kesindir. İşçiye ödenecek ücretin üst sınırı yokken alt sınırı asgari ücrettir.
 - Haftalık 45 saati aşan fazla çalışma sürelerinde ücret, normal ücretin %50 artırılmasıyla hesaplanır.
 - Hafta tatilinde çalışma yapılmaz, bu günler için çalışılmış gibi hesaba katılarak, bir gündelik tutarında tam ücret ödenir. Ulusal bayram ve genel tatil günleri ile yılbaşı günlerinde çalışan işçiye de

her gün için bir günlük tam ücreti ödenir (İK.m.44 ve 47). Haftalık çalışma süresini doldurarak hafta tatiline ve ücretine hak kazandığında ve buna rağmen çalıştırıldığında bir günlük tam ücret, bir de gelip çalıştığı için bu çalışması fazla saat sayılacağından her saat için %50 fazla ücret hesap edilir, bu nedenle işçi o gün için 2,5 katı ücrete hak kazanır. Hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçilere yapılacak ücret ödemelerinde ücret eklentileri dikkate alınmaksızın çalıştığı günlerdeki bir güne isabet eden çıplak ücret dikkate alınır.

- Bildirim süreleri içinde günlük iki saat olarak verilmesi gereken iş arama izni ücret kesintisi yapılmadan verilir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini %100 zamlı öder.
- Yıllık ücretli izin ücreti izne başlanmadan ödenir.
- Ücret ve ücrete bağlı faiz alacaklarında zamanaşımı beş yıldır.
- İşçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, devir ve temlik olunamaz. Böylelikle ücretin işçinin eline geçmeden işçinin kontrolü ve faydalanması dışına çıkması önlenmek istenmiştir. Ancak, bakmak zorunda olduğu aile bireyleri için hakim tarafından takdir edilecek kısım bu paraya dahil değildir (İK.m.35).
- İşveren hangi nedenden kaynaklanmış olursa olsun işçiden olan alacağı için ücret borcuna mahsup edemez.
- İş Mahkemeleri Kanununun 10 uncu maddesine istinaden iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikayetleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüklerince incelenir.
- İşverenlerin aciz, iflas vb. nedenlerle işçinin alacağını ödeyememesi durumunda, son üç aylık ücret alacağı “Ücret Garanti Fonu”ndan ödenir. (İşsizlik garanti fonu işsizlik primlerinin % 1 den oluşur). Ücret Garanti Fonunca yapılan ödemeler işçinin işverenden olan ücret alacağını karşılamaması kalan ücret alacağı için genel kurallara göre işverenden tahsil yoluna gidilir. Ücretleri ödenmeyen inşaat işçileri için çalıştıkları inşaatın taşınmazına kanuni ipotek koyma hakkı tanınmıştır (MK.m839).

- Sözleşmede sebepler gösterilmek koşuluyla işçinin ücretinden ceza mahiyetinde kesinti yapılabilir. Ancak, bu ceza miktarı, bir ayda iki gündelik veya parça başına veyahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde iki günlük kazancından fazla olamaz.
- Zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenir.
- İşyerlerinde hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini asıl iş saatine ek sürede yapanlara bu işleri yaptıkları sürenin her bir saati için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli fazlası ödenir.

Ücret Sistemleri:

Ücretin tutarının belirlenmesinde çeşitli sistemler vardır.

Zaman Ücreti: Ücretin en yaygın olanı zamana göre ücrettir. Ücretin belirli bir zaman dilimi olarak kararlaştırılmasıdır. Ücret saatlik, günlük, haftalık, aylık çalışma sürelerinin sözleşmede belirlenmiş ücretle çarpılmasıyla bulunan ücrettir. Bu nedenle de ücret saatlik, haftalık ve aylık ücret adını alır.

Parçabaşı Ücret: İşçiye yaptığı üretim miktarına göre verilen ücrettir. Belirli bir işin elde edilmesine dayanan ve akort ücret denen bu sistemde her üretilen parça iş ile parça için belirlenen ücretin çarpılmasıyla bulunur. İşçiye yapabileceğinden az iş verilmesi halinde işçinin zaman ücreti arasında oluşan fark işverence ödenir.

Götürü Ücret: Yapılması kararlaştırılmış bir işe kararlaştırılmış ücretin ödenmesidir. Kısaca belli bir iş için ücretin belirlenmesidir.

Yüzdeli Ücret: İşçinin hizmet veya servis yaptığı müşteriler tarafından ücretin ödenmesidir. Otel, motel, lokanta, gazino vb. yerlerde hemen orada yenilip içilmesi için servis yapılması halinde ücret müşteri tarafından ödenir. Yüzdeli usulde ücret hesap pusulalarına işçinin ücret dahil edilerek veya müşterinin isteği doğrultusunda ödeme şeklinde tahsil edilir. Toplanan paralar belirli esaslar dahilinde işyerinde çalışan tüm işçilere dağıtılır. Yüzdeli ücret ile sözleşmede belirlenen ücret arasında fark meydana gelirse, bu fark işveren tarafından ödenir.

Ücret Ekleri:

Asıl (çıplak veya kök) ücret yanında ikramiye, prim, komisyon, kardan pay vb. onu tamamlayıcı menfaatlerin de ücret ekleri olarak dikkate

alınmasıyla giydirilmiş ücrete ulaşılır Çeşitli şekillerde belirlenen ödemeler için kısaca şunlar söylenebilir.

İkramiye, işçilerin tamamına veya bir kısmına ödenmek üzere yasa, sözleşme veya işverence tek yanlı yapılan ödemelerdir.

Prim, başarılı işçinin ödüllendirilmesine yönelik olarak işverenin kendi isteği veya sözleşme hükümlerine göre yapılır.

Komisyon, işçinin gerçekleştirdiği faaliyetin ölçüsüne bağlı olarak işverene sağladığı çıkarların belirli bir yüzdesi olarak belirlenen tutardır. Çoğunlukla işçinin sattığı mal miktarına göre sabit ya da yüzdeli hisse olarak hesaplanır.

Kardan pay; işletmenin kazancından belirli bir payın işçiye verilmesidir.

1.4.5.2.2. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu

İşveren işyerinde iş sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alma, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü tutulmuştur (İK.m.77). Kanun işverene konu ile ilgili her türlü önlemi alması ve ortamı yaratması şeklinde geniş bir uygulama alanı oluşturmuştur. İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak zorundadırlar.

İşverenlerin işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği uyulup uyulmadığını denetleme, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve eğitim vermek zorundadır. İş sağlığı ve güvenliği sağlanması ve denetlenmesine ilişkin, bir inşaat ustasının çalınma sırasında başını koruyucu kask takması, yemek pişiren ustanın elinin yanmasına karşı müdahalenin yapılabilmesini teminen gerekli ecza maddelerinin bulundurulması, kimyasal malzemelerin kokusunu ve zararlı etkilerinin ortadan kaldırılması için havalandırma sistemi kurulması çalışır vaziyette tutulması vb. örnekleri verilebilir.

İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre; i) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla, ii) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer

sağlık personelinin görevlendirmekle, iii) Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle, yükümlüdürler.

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği şartlarının belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması, işyerlerinde kullanılan araç, gereç, makine ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişilerin çalışma şartlarının düzenlenmesi, ayrıca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygunluğu yönünden; işçi sayısı, işin ve işyerinin özellikleri ile tehlikesi dikkate alınarak işletme belgesi alması gereken işyerleri ile belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler ve bu belge veya belgelerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda yapılacak risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların usul ve esasları ile bunları yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli iznin verilmesi ve verilen iznin iptal edilmesi Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir. İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç 3 iş günü içinde yazı ile ilgili bölge çalışma müdürlüğüne bildirmek zorundadır.

1.4.5.2.3 Alet ve Makine Sağlama Borcu

Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları (işin görülmesi için gereken alet ve edevat) ile malzemeyi sağlamakla yükümlüdür (BK.m.413/I). İşçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülerse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür (BK.m.413/II).

1.4.5.2.4. Eşit Davranma Borcu

Bir işverenin eşit davranma borcu tüm işçilerine farklılıklar arz edenlere mutlak anlamda eşit davranması değildir. İşverenin işçiler arasında beceri, kıdem, eğitim, tecrübe, yetenek, vb. niteliklere bağlı olarak ayırım yapması doğaldır. Buradaki eşit davranma borcundan eşit durumda çalışan işçilere eşit davranması anlaşılır. Eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi, işveren tarafından çocuk yardımı yapılacaksa bundan çocuğu olan tüm işçilerin yararlandırılması, sendikalı işçilere sendikasızlara göre ikramiye,

sosyal haklar konusunda farklı davranılmaması bu konuda verilebilecek örneklerdendir.

Eşit davranma borcunun bir diğer yanı da işten çok iş dışı sebepler bağlı ayrımcılığın yapılmaması şeklinde kendini gösterir. Bir işveren haklı bir sebep oluşturmadıkça dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, hamilelik, din, felsefi inanç, mezhep vb. sebeplere dayalı ayırım yapmasının yasaklanması işveren nezdinde ayırım yapmama borcu doğurur (İK.m.5). Belirtilen bu farklılıklar işçiler arasında farklı davranmayı gerektiren unsurlar olarak kabul edilemez. Önemli olanın eşit durumda olanlara eşit davranmanın var olup olmadığıdır. Örneğin aynı işi yapana siyasi düşüncesi ne olursa olsun aynı ücretin ödenmesi eşit davranma borcunun gereğidir. İşçiler arasında haklı görülmeyecek şekilde farklı davranan işveren farklı davranılan işçiye karşı dört aya kadar ücreti tutarında tazminat ödemek zorunda kalabilir (İK.m5/VII).

1.4.5.2.5. Diğer Borçlar

Bu borçlar daha çok alt grupta yer alan borçlardır. İşçinin buluşuna ödül verme, işçiye hizmet belgesinin verilmesi, özlük dosyasının tutulması vb.

1.4.6. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

İş sözleşmelerinin sona ermesi çeşitli sebeplere bağlanmıştır.

1.4.6.1. Ölüm Hali

İşçinin ölümü: İşçinin sözleşmeyi kendiliğinden sonlandırır. Çünkü işin işçi tarafından bizzat yapılması şartları ortadan kalkmıştır. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık bir ödeme yapmakla yükümlüdür. Hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, yükümlü olunan ödeme tutarı iki aylık ücret şeklinde hesaplanır.

İşverenin ölümü: İşverenin ölümünün sözleşmenin sona ermesi üzerindeki etkisi sözleşmenin işverenin kişiliği üzerinde kurulup kurulmamasına göre farklılaştırılmıştır.

Sözleşme işverenin kişiliği ağırlıklı olarak önem taşıyorsa ve bu husus dikkate alınarak kurulmuşsa, işverenin ölümüyle sözleşme

kendiliğinden sona erer. Örneğin yaşlı bir kişiye bakan bir hasta bakıcı yaşlı kişinin ölmesiyle sözleşme sona erer. Çünkü yaşlı kişinin ölümüyle sözleşme konusu ortadan kalkmış olur.

Sözleşmenin ifasında işverenin kişiliği üzerine oturmuyorsa sözleşme sona ermez.bu durumda ölen işverenin yerini mirasçılar alır. Bu durumda da mirasçılar ile işçi arasındaki hizmet ilişkisine, hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler uygulanır.

1.4.6.2. Tarafların Karşılıklı Anlaşma

Bir iş sözleşmesi nasıl karşılıklı tarafları anlaşmasıyla kuruluyorsa aynı şekilde karşılıklı anlaşmayla da sonlandırılabilir.

1.4.6.3. Belirli Sürenin Bitimi

Sözleşmenin bu sebebe bağlı sonlanması belirli süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir. Belirli süreli iş sözleşmesi belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesidir. Süre ve tarih olarak belirtilen bu sözleşmeler, aksi kararlaştırılmadıkça sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona ererler. Ayrıca taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunması gerekmez. Bu nedenle belirli süreleri sözleşmelerde süreli fesih olmaz.

Belirli süreli iş sözleşmesi sürenin dolmasıyla sona ereceğinden tarafların tazminat ödeme yükümlülüğü ortaya çıkmaz. Yeter ki, belirli iş sözleşmesi zincirlenme sözleşmelerle belirsiz iş sözleşmesine dönüşmemiş olsun. Belirli süreli iş sözleşmesinde süre dolmadan işveren tarafından fesh edilirse işveren kalan süre için ücret ödemek zorunda kalır. Bir başka deyişle işveren kalan süreler e isabet eden ücreti kadar tazminat ödemek zorunda kalır. Belirli süreli sözleşmenin yenilenmesi istenmiyorsa taraflar bunu önceden haber verme koşuluna bağlayabilirler. Ama bu süresinden önce haber vererek feshetme anlamına gelmez.

1.4.6.4. Süreli Fesih Bildirimi

Süreli fesih sadece süresi belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerlidir. Fesih taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı (bildirimi) ile sözleşmeyi geleceğe ilişkin sonuç doğurmak üzere sona erdirmeye iradesidir. Süreli fesihte taraflardan birinin fesih bildiriminde bulunduğu anda sözleşme sona ermemekte, fesih bildiriminde bulunan taraf, diğer tarafa kanunda öngörülen belirli bir süre tanımakta ve ancak tanınan sürenin dolması ile sözleşme sona ermektedir.

Belirli süreli sözleşmeler de ihbar süresine bağlanmıyorsa bunlarda süreli fesih kuralları uygulanır. Bu durumda da fesihte bulunacak taraf sözleşmeyi sona erdirebilmesi için fesihten önce karşı tarafa yazılı bildirim yapmak durumundadır.

1.4.6.4.1. Feshin Bildirilmesi

İş sözleşmesinin sona erdirilmesi için işverenin yazılı olarak fesih iradesini işçiye iletmesi bir bildirimde bulunması gerekir. Feshin ihbarıyla iş sözleşmesini hemen sona erdirmez. Sözleşme feshi ihbar süresi sonunda sona erer. Bu durumda iş sözleşmesi feshi ihbar süresi sonuna kadar geçerli sonuçlar doğurur. Ancak, işveren işçiye feshi ihbar süresine ait ücreti peşin vererek iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi ve işveren için geçerli olan feshi ihbar süreleri şöyledir.

<u>İş sözleşmeleri</u>	<u>feshi ihbar süresi</u>
6 aydan az	2 hafta
6 aydan 1.5 yıla kadar	4 hafta
1.5 yıldan 3 yıla kadar	6 hafta
3 yıldan fazla	8 hafta

Öngörülen süreler asgari olup sözleşmeyle artırılabilir. Bu sürelere uyulmadan yapılan fesih usulsüz fesihtir. Bildirim şartına uymayan taraf, belirtilen sürelerle ilişkin ücret tutarında “ihbar tazminatı” ödemek zorunda kalır (İK.m17/III). Sözleşmeye son vermek isteyen işveren ve işçi tarafı bu sürelerle uymak zorundadır. Bu nedenle feshi ihbar tazminatı fesihte yasal sürelerle uyulmaması halinde bir tarafın diğer tarafa ödemesi gereken tutar olduğundan, işveren için olduğu kadar işçi için de geçerlidir. O halde feshi ihbar süresine uymadan sözleşmeyi fesh eden işçi de feshi ihbar süresine ait

ücret tutarında ihbar tazminatı ödemek zorunda kalır (İK.m.17/IV). Feshi ihbara ilişkin ücretin hesaplanmasında asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve para ile ölçülebilen menfaatlerin toplamı olarak ifade edilen giydirilmiş ücret dikkate alınır.

İşveren ihbar süresine ait ücreti işçiye peşin vererek de ihbar süresini beklemeye gerek olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu durumda ihbar süresine ilişkin peşin ödenecek ücret çıplak ücret ve ücret eklentilerinden oluşan ücret olmak durumundadır.

1.4.6.4.2. Feshin Geçerli Sebebe Dayanmasına Gerek Olup / Olmaması

Kanun, fesih durumunun geçerli bir sebebe dayandırılıp dayandırılmamasına bağlı olarak farklı düzenlemeye gitmiştir. Bazı işyerlerinde feshin geçerli bir sebebe dayandırılması aranmazken bazılarında aranmıştır. Hangi işçiler için geçerli sebeplerin aranmayacağı, hangileri için aranacağı o işletme ve işçiye ait dört şarta bakılarak karar verilmektedir.

i-İşyerinde otuz ve daha fazla işçinin çalışması (işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması durumunda otuz kişilik sınırı belirlenmesinde tüm işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısı bütün olarak dikkate alınır)

ii-İşçinin kıdeminin altı ay olması (aynı işverenin değişik işyerlerinde geçen süreler varsa bunlar birleştirilerek bulunan süre altı aylık süre ile karşılaştırılır).

iii-İş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır (İK.m.18).

iv- İşçinin, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcısı ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili olmamalıdır.

Yukarıdaki dört şarttan her hangi biri sağlanmıyorsa feshin geçerli bir sebebe dayandırılmasına gerek olmaksızın feshi ihbarda bulunarak sözleşmeyi sona erdirir. Sözleşmenin her an sona erdirilmesinin mümkün olması nedeniyle bu kapsamdaki işçilerin iş güvencesi içinde olduğu söylenemez. Dört şart da bir arada sağlanıyorsa feshin geçerli sebebe dayandırılması gerekir. İşveren feshi geçerli sebebe dayandırmasının aranması nedeniyle işçinin iş güvencesinin daha fazla olduğu kabul edilir.

Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasına Gerek Olmadığı

Durum: Yukarıdaki dört şarttan birinin sağlanmaması durumunda iş sözleşmesinin feshi geçerli bir sebep göstermesine gerek olmaksızın sone erdirilebilecektir. Bu şekilde sözleşmesi sona erenlerin işe iadesi de söz konusu olmaz.

Sona erdirmede feshi ihbar sürelerine uyulacağına şüphe yoktur. Ancak, işveren feshi ihbar sürelerine uymadan fesih yoluna gitmişse işçiye “ihbar tazminatı” öder.

İşveren haklı bir neden olmadığı halde fesih yoluna giderse fesih yetkisini kötüye kullanmış demektir. Fesih hakkını kötüniyetli olarak kullanan işveren işçiye ihbar tazminatının üç katı kadar “kötüniyet tazminatı” ödemek zorunda kalır. Kötüniyet tazminatı şartlarının varlığı halinde sadece işverence ödenecek bir tazminattır. Kötüniyetli fesih sebeplerinin neler olduğu kanunda belirtilmemekle beraber hayatın olağan akışı içinde işverenin dikkate almaması gereken bir sebebi özel bir kastla dikkate aldığı sebep olarak ortaya konabilir. Örneğin, işçinin işverenin aleyhine tanıklık yapması veya işvereni Çalışma Müdürlüğüne veya Sosyal Güvenlik Kurumuna şikayet etmesi üzerine sözleşmenin feshi durumunda işveren kötüniyetli kabul edilir. Konuyu sayısal olarak ifade edersek; 2 yıl kıdemi bulunan bir işçinin sözleşmesini işveren kötüniyetle fesh etmiş olursa, işçiye altı haftalık ücret tutarında “ihbar tazminatı” ve bunun yanında ihbar tazminatının üç katı tutarında hesaplanacak (6x3=)18 haftalık kötüniyet tazminatı ödemek durumunda kalır.

İşveren vekilleri için sözleşmenin işveren tarafından feshinde haklı sebebin aranması şart değildir.

Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılmasının Gerekli Olduğu

Durum: Yukarıda dört şartın var olduğu feshin sonuç doğurması bazı sebeplerin varlığına bağlanmıştır.

İşverenin sözleşmeyi fesh edebilmesi için geçerli bir nedene dayanması aranır. Fesihte bunlara dayanılması işçinin korunmasına yöneliktir. Ancak bir hususa dikkat çekmek gerekir o da, sebep göstereme veya sebebe dayanma zorunluluğunun sadece işverene ait olmasıdır. İşçi fesihte bir sebep göstermek zorunda değildir. Geçerli sebep kavramı değişken ve geniş kapsamlı bir kavram olduğundan kanunda tüm ilişkileri kapsayan objektif ve standart bir ölçü getirmek mümkün olmamış, örneklemelerle sebepler açıklanmaya çalışılmıştır. İhbarda da feshe dayanak yapılan fesih nedeni belirtilir. Geçerli sebepler işçi kaynaklı olabileceği gibi işletme kaynaklı da olabilir.

İşçi kaynaklı geçerli sebepler: İşçinin yetersizliğinden (benzer işçilere göre daha az verimli çalışması, sık sık hastalanması vb.) veya davranışları (işverene zarar vermesi, rahatsızlık verecek şekilde çalışma arkadaşlarından borç alması, işin akışını bozan uzun telefon görüşmeleri vb.) işçi kaynaklı sebeplerdir.

İşletme kaynaklı geçerli sebepler: İşletme kaynaklı sebepler de işyeri dışından veya işyeri içinden olarak ayırma tabi tutulabilir.

İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere, talep düşüklüğü, enerji sıkıntısı, ülke genelindeki ekonomik kriz, hammadde tedarikinde yaşanan sıkıntılar; işyeri içinden kaynaklanan sebeplere, işyerinin küçülmesi, yeni çalışma yöntemlerinin veya yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması örnek olarak verilebilir.

Açıklamalara son vermeden önce belirtelim ki, geçerli sebep ve bu sebebe dayanma ile ileride başka bir başlık altında açıklanacak haklı sebep ve bu sebebe dayanma farklı durumları ifade eder.

1.4.6.3.3. Feshin İhbarında Bulunmanın Usul ve Sonuçları

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesi ihbar süresine uyulmadan yapılmış işçi ihbar tazminatına hak kazanır. Fesih bildiriminin *yazılı* yapılmalıdır. Fesih geçerli sebebe dayandırılması gereken kapsamda bir fesih ise ihbarda sebebin açık bir şekilde belirtilmesi şarttır. Sözleşmeyi sonlandırma işçi kaynaklı sebepler dayandırılıyorsa hakkındaki iddialarla ilgili işçinin savunmasının alınması zorunluluktur.

Fesih ihbarına geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir neden oluşturmadığı durumda, işçi fesih bildiriminin tebliğinden itibaren *bir ay* içinde iş mahkemesine feshin geçersizliğine ilişkin dava açabilir. Bu davada sebebin geçerli olduğunun ispatı işverene düşer, ancak işçi feshin başka bir sebebe (muhtemelen geçersiz sebebe) dayandığını iddia ediyorsa bu bakımdan ispat işçiye düşer (İ.K.m.20/II). Dava seri muhakeme usulüne göre *iki ay* içinde sonuçlandırılır. Kararın temyizi halinde Yargıtay iki ay içinde kesin karar verir. Yapılan yargılama sonucunda dava reddedilir yani işveren lehine karar verilirse işverenin fesih nedeni haklı demektir. İş sözleşmesinin sonunda iş sözleşmesi sona ermiş sayılır.

İş mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amacıyla uyuşmazlığın çözümünde “Özel Hakem” yoluna gidilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu kapsamda uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesi halinde dava sürecinin yerini bu alır. Böylelikle feshin geçersizliği yönündeki uyuşmazlık özel

hakemin vereceği karar yönünde çözümler hale gelir. Hakem yolu ile çözülebilecek uyuşmazlıklar feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı, ve boşta geçen süre için ücret alacağıdır. Hakem kurulunun yıllık ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkisi yoktur

Açılan davada işçinin lehine karar verilirse mahkeme feshin geçersizliğine karar vermiş ve fesih nedeninin geçerli olmadığı yargı kararıyla sabit olmuş demektir. İşçi mahkeme kararının (veya özel hakemin) tebliğinden itibaren *on işgünü* içinde işe başlatması talebiyle işverene başvurabilir. On gün içinde işçinin işe başlatması için işverene başvurmaması halinde daha önce yapılan fesih işlemi geçerlilik kazanır. İşveren süresinde başvuran işçiyi *bir ay* içinde işe başlatmak zorundadır. Başlatmazsa iş sözleşmesi yine son bulmuş olur. Ancak bu durumda işveren en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında “iş güvencesi veya boşta geçen günler tazminatı” ödemek zorunda kalır, denir. . Tazminat miktarı feshin geçersizliğine karar verildiğinde mahkemece(veya özel hakem) tarafından belirlenir.

Sürelere uyulmaması halinde işveren ihbar tazminatı şartları varsa kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olur

İşçinin belirtilen sürede işe başlatılması halinde, çalıştırılmadığı ve boşta geçen süreler için en çok dört aya kadar ücreti ayrıca ödenir. Bu durumda işçiye zamanında peşin ödenen feshi ihbar süresine ait ücreti ile kıdem tazminatı çalıştırılmama nedeniyle ödenen bu dört aylık ücretten mahsup edilir. İşçi çalıştırılmadığı

İş sözleşmesi işveren tarafından sürelere uyularak feshedilmesi durumunda işçiye yeni iş bulması için günde iki saat iş arama izni verilir. Bu sürelerin birleştirilerek toplu kullanılması da söz konusu olabilir.

1.4.6.4. Haklı Sebeplerle Fesih

Süresi belirli olsun veya olmasın işveren kanunda sayılan **haklı sebeplere dayanarak** iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin **derhal** feshedebilir. (İ.K.m.25/I). Haklı sebepler genel olarak işyerinin çalışma düzenini ciddi düzeyde olumsuz etkileyen önemli sebeplerdir. Haklı bir sebebin varlığı durumunda ilgili tarafın sözleşmeyi tek taraflı iradeyle derhal sonlandırabilir olması fesih hakkını bozucu yenilik doğuran hak niteliğine sokmaktadır. Haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen işçi veya işverenin bunu karşı tarafa

bildirmesiyle sözleşme belirli bir süre beklemeye gerek olmaksızın derhal sona ermiş olur.

Haklı nedenle fesih ile feshi ihbar yoluyla fesih arasında şu farklar bulunur.

-Haklı sebeple fesihte kanunda sayılan haklı nedenlerden birinin bulunması aranırken, feshi ihbar yolunda bir nedenin bulunması gerekli olmadığı gibi sadece bazı durumlarda sebebin geçerli olması aranmaktadır.

-Haklı sebeplerle fesih hem belirli hem belirsiz iş sözleşmeleri için söz konusuysen, feshi ihbar genelde belirsiz süreli sözleşmeler için geçerlidir.

Haklı sebeplerle fesihte sözleşme fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sona ererken, feshi ihbarda ihbar süresinin dolmasıyla sözleşme sona erer.

Haklı nedenlerle fesihte ihbar süresi olmadığından ihbar tazminatı söz konusu olmaz. Oysa, feshi ihbarda ihbar sürelerine uyulmadığında ihbar tazminatı söz konusu olabilir.

Haklı sebeplerle iş sözleşmesinin fesh edilebilmesi için işin, niteliği bakımından *30 iş gününden fazla süren işlerden* yani sürekli işlerden (İ.K.m.10/II) olması gerekir.sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması önemli değildir.

Haklı fesih nedenleri işçi (İ.K.m.24) ve işveren bakımından ayrı ortaya konmuştur (İ.K.m.25). Şimdi bu nedenler açıklanacaktır.

1.4.6.4.1. İşçi Açısından Haklı Sebepler

İşin, İşçinin Sağlığı Yönünden Tehlike Yaratması: İşin işçinin sağlığını etkilemesi, işe, çalışanlarına veya kendisine bağlı olabilir.

*İşin sağlık açısından tehlikeli hale gelmesi:*İşin niteliğinden kaynaklanan bir sebeple iş, işçinin sağlığı için tehlikeli hale gelmişse işçi açısından haklı bir sağlık sebebi oluşmuş demektir. Bir anlamda iş, işçinin bilmediği veya sonradan ortaya çıkan bir durum nedeniyle işçinin sağlık durumunu tehdit altına sokmaktadır.

İşyerinde kişilerin sağlık sorunu yaşaması: İşyerinde sağlık sorunu yaşayan kişilerle sürekli olarak yakından ve doğrudan görüşmek durumunda olunan işçinin bulaşıcı bir hastalığa tutulan kişilerle aynı yerde çalışması beklenemez. Bulaşıcı bir hastalığın sağlık açısından ciddi sonuçlar doğuracak nitelikte olması aranır. Bu nedenle bulaşıcı olmayan veya bulaşıcı

olmakla birlikte sağlık için ciddi tehlike oluşturmayan (örneğin, nezle vb.) hastalıklar fesih için haklı bir sebep oluşturmaz.

İşçinin kendisinin sağlığının bozulması: İşçinin kendisinin yaptığı iş ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması iş sözleşmesinin feshi açısından haklı bir sebep oluşturur. Burada bahsedilen hastalığın işle bağdaşmayan bir hastalık olmasına dikkat çekmek gerekir. Örneğin, yolcu ve yük taşımacılığı yapan bir işletmede şoför olarak çalışan birinin sara hastalığına yakalanması fesih için haklı sebep olarak değerlendirilir.

İşverenin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırı Davranışları: Belirtilen türdeki davranış çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

İşverenin işçiyi yanıltması: Sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmenin esaslı noktaları hakkında işverenin yanlış nitelendirmeler yapması veya şartları göstermek veyahut gerçeğe uygun olmayan bilgi vermesi ve sözler söylemesi suretiyle işçiyi yanıltması fesih sebebi sayılmıştır. Doğaldır ki, işverenin hileli davranış ve beyanlarının işçinin sözleşmeyi yapmasında etki ve ağırlığının olması gerekir. Kısaca işverenin aldatıcı ve yanıltıcı davranış veya sözlerle işçinin sözleşmeyi yapması arasında illiyet aranır.

İşverenin, işçi veya aile bireylerinin şeref ve namusuna saldırması veya sataşması: İşveren işçinin kendisine veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde asılsız iddialarda bulunması, hakaret içeren sözler söylemesi veya davranışta bulunması haklı sebep sayılmıştır. Örneğin, işverenin işçiyi hedef alacak şekilde küfür ederek hakaret etmesi böyledir.

İşveren işçiye veya işçinin aile (işçinin yakın hısımları aynı bağımsız birimi paylaştığı kişiler dahil) üyelerinden birine sataşması, tehdit etmesi, kanuna aykırı davranışlara sevk etmesi haklı sebeptir.

İşçinin cinsel tacize uğraması: Taciz kavramı ile işçinin istememesine rağmen cinsel karakterli davranışlara maruz kalması olarak ifade edilebilir. Bu tür bir davranış bizzat işverenden gelebileceği gibi işyerinde çalışan bir işçi veyahut üçüncü bir kişi (müşteriler) tarafından da gelebilir. İşveren tarafından yapılan cinsel taciz derhal fesih nedeni oluşturur. İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde tacize uğraması halinde, bu durumun işverene bildirilmesine rağmen işverence gerekli önlemler alınmadığında fesih nedeni haline gelir. İşverenin alabileceği önlemlere örnek olarak tacizde bulunanı kolluk güçlerine bildirmemek, mümkün olmasına rağmen işyerinde çalışma yerini değiştirmemek, tacizde bulunana disiplin hükümleri uygulamamak vb. verilebilir.

Ücretin doğru hesaplanmaması veya geç ödenmesi: Ücretin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına göre hesap edilmemesi veya hesap edilmekle birlikte süresinde ödenmemesi durumunda işçinin fesih hakkı doğar. Ücretin geç ödenmesinin işveren açısından haklı sayılabilecek gerekçelere (ekonomik kriz, alacakların tahsilinin mümkün olmaması vb.) dayanması durumunda geç ödeme fesih hakkı vermez. Çünkü, bu durumda geç ödemeye neden olunmasında işverenin kasıt veya kötüniyetinden bahsetmek mümkün olmaz.

Ücret Sisteminin ve Çalışma Şartlarının Uygulanmaması:

Ücret sisteminin şartlarının uygulanmaması: Ücret parçabaşı veya iş tutarı üzerinden hesaplanıp ödenmesi kararlaştırılmışsa işçiye yapabileceği sayı ve tutardan daha az iş verilmesi halinde aradaki ücret farkını işveren zaman esasına dayana ücretle kapatmak zorundadır. Örneğin, işçinin yapabileceği iş 200 parça, verilerek fiilen yapılan iş 110 parça olsun, bu ikisi arasındaki farka isabet eden ücret işverence zaman esasına göre ödenmesi gereken ücrettir. Ortaya çıkan 90 parça eksikliğe isabet eden ücret zaman esasına göre kapatılmıyorsa bu durum işçi açısından haklı fesih sebebi oluşturmaz.

Çalışma şartlarının uygulanmaması: Derhal fesih açısından bir diğer haklı sebep oluşturan hal de işverenin sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırılmış şartlara uymamasıdır.

Zorlayıcı Sebeplerin Ortaya Çıkması: İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması haklı sebep oluşturmaz. İşyerinde meydana gelebilecek yangın, su basması gibi sebepler zorlayıcı (mücbir) sebep örneklerindendir. Bu şartlarda işçi isterse iş sözleşmesini fesh eder, isterse zorlayıcı sebeplerin ortadan kalkmasını bekler. Zorlayıcı nedenler nedeniyle çalışılamayan günlerin bir haftası için işçiye yarım ücret ödenir (İK.m.40).

1.4.6.4.2. İşveren Açısından Haklı Sebepler

İşçinin Sağlık Sebeplerinin Varlığı: İşçinin sağlık sebepleri nedeniyle işyerine gidememesi veya tutulduğu hastalığın tedavi edilebilme durumuna göre farklı ele alınmıştır.

İşçinin kendi kusurundan veya düzgün veyahut derli toplu olmayan yaşantısından veyahut alkole düşkünlüğünden kaynaklanan bir hastalığa veya sakatlığa دچار olması nedeniyle devamsızlığın üç gün arka arkaya

veya bir ayda beş işgününden fazla olması durumu işveren açısından haklı sebep oluşturur (İK.m.25/1-a).

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun saptanması halinde bu durum işveren açısından haklı sebep sayılmıştır (İK.m.25/1-b).

İşçinin kusuru dışında hastalık, kaza, gebelik veya doğum gibi durumlarda işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı doğurabilmesi için sebebe bağlı devamsızlığın belli bir süreye ulaşması gerekir. Bu süre işçinin o işyerindeki kıdemine göre belirlenecek feshi ihbar süresine eklenecek süreyle daha ağırlaştırılmış koşula bağlanmıştır.

İşçinin Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırı Davranışlarda Bulunması: Bu başlık altında işçinin pek çok davranışı söz konusudur.

İşçinin işvereni yanıltması: İş sözleşmesi tarafların üzerinde anlaştıkları edimleri yerine getirmeyi üstlenmesiyle meydana gelir. Bu kapsamda işçinin üstlendiği işgörme edimini yerine getirmesi belirli niteliklere sahip olmasını gerektirir. İşçi işgörme ediminin esaslı unsurlarını oluşturan şartlar kendisinde olmadığı halde varmış gibi gerçeğe aykırı bilgi vermesi ve sözler söyleyerek işvereni yanıltabilir. Örneğin, şoför alımı için E sınıfı (ağır vasıta) ehliyeti olmadığı halde E sınıfı ehliyeti olduğunu veya güvenlik görevlisi alımı için sabıkası olduğu halde olmadığını söyleyen işçinin durumu yanıltıcı beyanı içerir.

*İşçinin, işverenin veya aile bireylerinin şeref ve namusuna saldırması :*İşçi işverenin kendisine veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde asılsız iddia ve isnatlarda bulunması, şeref ve onur kırıcı ve hakaret içeren sözler söylemesi veya davranışta bulunması haklı sebep sayılmıştır. Örneğin, işçinin işverenin işçiyi hedef alacak şekilde küfür ederek hakaret etmesi böyledir.

İşçinin cinsel tacizde bulunması: İşçi tarafından işverenin bir başka çalışanına cinsel tacizde bulunması sözleşmenin feshi için haklı sebeptir. Pek tabiidir ki işçi tarafından yapılan hareketin cinsel içerikli bir taciz hareketi olması aranacaktır.

İşçinin sataşması: İşçinin işverene veya onun aile bireylerinden birine veyahut işverenin başka bir işçisine sataşması, onu kötülemesi veya tehdit etmesi fesih sebebidir.

İşçinin işyerine alkollü gelmesi veya işyerinde alkol veyahut uyuşturucu madde kullanması: İşyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak

yasaktır Alkollü içki kullanma yasağı; i) Alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilen, ii) Kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olan, iii) İşinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olan işçiler için uygulanmaz. Belirtilen kapsam dışında kalan işçinin işyeri dışında alkol alarak işyerine alkollü gelmesi veya işyerinde alkol veyahut uyuşturucu madde kullanması fesih için haklı sebeptir. Alkolün işin yürütümü açısından meydana getirdiği engel ve yarattığı tehlikenin derecesi fesih sebebi oluşturması açısından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

İşçinin doğruluk, dürüstlük ve bağlılığa aykırı davranışlarda bulunması: Bu fesih sebebi esasen işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan davranışlarını konu alır. İşçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin mesleki sırlarını açıklaması gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir (İK.m.25/II-e). Bu kapsamdaki davranışlara hasta olmadığı halde hasta raporu alıp işe gelmeme, işverenin bilgisi dışında aynı iş kolundaki başka bir işyerinde çalışmak, işverenin sırlarını kendi yararına kullanması örnek olarak verilebilir.

İşçinin suç işlemesi: İşçinin işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi halinde iş sözleşmesi derhal feshedilebilir (İK.m.24/II-f). Bu hükmün uygulaması açısından suçun işyerinde işlenmesine dikkat çekmek gerekir.

İşçinin işe mazeretsiz ve izinsiz gelmemesi: İşçi işverenin izni bulunmaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ayda iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veyahut bir ayda toplam üç gün gelmemesi işveren açısından haklı sebep oluşturur.

İşverenden izin alınması veya devamsızlığın haklı bir sebebe dayanması (örneğin, işyeri bölgesine girişlerin kapatılması) haklı bir sebep oluşturmaz.

İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi İşçinin kasten, ihmali veya savsaması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi derhal fesih sebebi olarak sayılmıştır (İK.m.25/II-ı). İşçinin işi yaptığı sırada işin gereği olarak, iş güvenliğini teminen bazı malzemeleri (Örneğin, kask, gözlük, önlük, eldiven, maske, çizme vb) kullanması kendi sağlığı ve iş güvenliği açısından son derece önemlidir. Bu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi fesih sebebidir.

İşçinin makine ve malzemeleri hasara uğratması: İşyerinin malı olsun veya olmasın işte kullanılan makine ve tesisatlar ile diğer demirbaşlara hasar verebilir. İşçinin kasden veya savsaklaması nedeniyle verdiği bu hasar, zarar veya kayıplardan dolayı zararın işçinin ücretinin otuz günlük tutarını aşarsa bu haklı nedenle fesih sebebi olur. Burada dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus, hasara sebebiyet veren tek bir davranışın fesih sebebi olarak değerlendirilebilmesi için hasarın işçinin otuz günlük ücretini aşacak düzeyde olması gereğidir.

Grev ve lokavt durumunda başka bir işte çalışmak: Kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla hizmet sözleşmesinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçiler, başka bir iş tutamazlar. Aksi halde, işçinin hizmet sözleşmesi, işverence feshin ihbarına lüzum olmaksızın ve herhangi bir tazminat ödenmeksizin feshedilebilir.

Zorlayıcı Sebeplerin Ortaya Çıkması:

Zorlayıcı sebep nedeniyle çalışamama: İşyerinde işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması fesih için haklı bir sebep oluşturur (İK.m.25/III). İşçinin sel baskınının yarattığı engel nedeniyle bir haftadan fazla işe gidememesi zorlayıcı sebep olarak değerlendirilir. Bir haftalık süre içinde çalışamayan sürer için işçiye her bir gün için yarım ücret ödenir (İK.m.40).

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması: İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması işçinin iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. İşçinin bu durumda geçen süresi, işçinin kıdemi dikkate alınarak belirlenecek bildirim sürelerini (İK.m.17 de belirlenen 2,4,6,8 haftalık süreler) aşması halinde işverenin derhal fesih hakkı doğar (İK.m.25/IV).

1.4.6.4.3. Haklı Sebeplere Dayanan Fesihte Bulunmanın Usul ve Sonuçları

Bireysel İşçi çıkartma: İşveren haklı sebepler dayanarak derhal fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesini feshetmeye kalkması durumunda fesih sebebini açık seçik ve yazılı şekilde işçiye bildirmek zorundadır. Bildirim yapılan işçinin dayanılan sebebe yönelik iddialara ilişkin savunmasının alınması zorunluluğu vardır. Ancak savunma alındıktan sonra işveren bildirimde bulunabilecektir.

İşveren, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar sebebiyle fesih yetkisini olayı öğrendiğinden altı işgünü her halükarda olayın

meydana geldiğinden itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. İş kanunundaki bu özel hüküm dışında, diğer haklı nedenle fesih nedenlerinin varlığı halinde borçlar kanunu uyarınca, kısa bir değerlendirme süresi içinde gecikmeksizin fesih hakkının kullanılması gerekir. Bu süre olayın haklı bir neden oluşturup oluşturmadığının düşünülmesi için gereken süre olduğundan her olay için farklı değerlendirmelidir. Uzun bir bekleme süresi haklı nedene dayanarak fesihte bulunmaktan vazgeçildiği anlamına gelebilecektir

Fesih sebebinin bildirilmemesi veya bildirilmekle beraber sebebin geçerli olmadığı durumda, işçi fesih bildiriminin kendisine tebliğinden itibaren “bir ay” içinde iş mahkemesine dava açabilir yada çözüm için özel hakeme gidilmesi öngörülmüş ise aynı sürede özel hakeme gidilebilir. Feshin geçerli olduğunun ispatı işverene aittir. Dava seri muhakeme hukukuna göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkeme verilen kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay bir ay içinde kararını vermek durumundadır (İ.K.m.20). İşçi işe başlatılsın veya başlatılmasın, iş mahkemesinde dava sürerken kararın kesinleşmesine kadar boşta geçen sürelerle ilişkin dört aylık ücret talep eder.

Dava sonucunda işverenin fesih sebebi mahkemece yerinde görülür yani işçinin açtığı dava reddedilirse feshi ihbar süresinin sonunda veya feshi ihbar sürelerine ilişkin ödeme peşin ödemenin yapıldığı tarihte iş sözleşmesi ortadan kalkmış olur. İşçi feshe dayalı kıdem tazminatı vb. hakları elde eder.

Dava sonucunda işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verilirse işçinin on gün içinde başvurması koşuluyla işe başlatılması gerekir. İşe başlatıldığında bildirim sürelerine ilişkin peşin ödenen ücreti ile kıdem tazminatı işçiye yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşveren işçiyi işe başlatmaz ise işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında “iş güvencesi tazminatı” ödemek zorunda kalır. İhbar sürelerine de uyumamışsa ayrıca “ihbar tazminatı” ödenir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri süre dolmadan işçi tarafından haklı sebeple veya işveren tarafından -ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hali hariç- diğer haklı nedenler veya haklı neden dışında feshedilmişse işçi için kalan süreye ilişkin ücret kadar tazminat hakkı doğar. Sözleşme belirsiz süreli olduğunda da işveren tarafından ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dışında bir sebeple fesh edilmişse işçi feshin geçersizliği ve buna bağlı yukarıda açıklanan tazminatlara hak kazanır.

Toplu İşçi Çıkartma: İşveren ekonomik, teknolojik, yapısal veya işyeri gerekleri vb nedenlerle fazla sayılarda işçi çıkartma ihtiyacı duyabilir. İşyerinde çalışan işçi sayısı;

20-100 arasında ise en az 10 işçinin,

101-300 arasında ise en az %10 oranında işçinin,

301 ve daha fazla ise 30 işçinin bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde feshi ihbar suretiyle iş sözleşmelerine son verilmesi “toplu işçi çıkarma” sayılmıştır (İK.m.29). Toplu işçi çıkartma durumunda kalan işveren toplu işçi çıkartmak istediğini en az 30 gün önceden, işçi çıkarmanın sebeplerini çıkarılacak işçi sayısını ve işten çıkarılacakları zaman dilimini gösteren bir yazıyı işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek zorundadır (İK.m.29/I). İşçi çıkarma ilgili bölge müdürlüğüne bildirilmesinden 30 gün sonra hüküm doğurur.

İşçilerin toplu işçi çıkarmasının iş güvencesini engellemek amacıyla yapıldığını düşünceleri halinde feshin geçersizliğine yönelik dava açabilirler

İşveren toplu işçi çıkarmayı takiben altı ay içinde işçi almak istediğinde nitelikleri uygun işçileri işe çağırır. Mevsimlik ve kampanya işlerinde toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmaz.

1.4.7. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

İş sözleşmesi sona ermesine rağmen işçi ve işveren arasındaki bazı konulardaki ilişkiler sözleşme sonrası da devam eder.

Bu ilişkilerden biri işverenin işçiye kıdem tazminatı ödemesi, diğeri çalışma belgesi verilmesi şeklinde ortaya çıkar.

1.4.7.1. Kıdem Tazminatı

1.4.7.1.1. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

İşçilerin kıdem tazminatına ilişkin uygulamalar, Kıdem Tazminatı Fonuna ilişkin düzenleme yürürlüğe girinceye kadar (İK.geç.m. 6) 1475 sayılı İK’nın 14. maddesine göre yürütülecektir. Kıdem Tazminatı Fonuna ilişkin düzenleme yapıldıktan sonra ilk defa veya yeniden iş sözleşmesi yapılarak işe alınanların yürürlük tarihinden sonraki hizmet süreleri için kıdem tazminatı Fondan yapılacaktır.

Kıdem tazminatı işçinin çalıştığı süreler ve ücreti dikkate alınarak hesaplanan ve işverence ödenmesi gereken parasal miktardır. Kıdem tazminatı işçinin çalıştığı dönemlere bağlı olarak bir anlamda azalan çalışma gücü kaybının veya yıpranmasının telafisine yönelik bir ödemedir. Borç işverenin kanundan doğan borcudur. Günlük yaşamda kıdem tazminatına ikramiye adı da verilmektedir.

Bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için; aşağıdaki şartlar aranır.

i-Çalışanın, İş Kanunu (deniz ve basın iş kanunun dahil) kapsamında işçi olması

ii-En az bir yıllık çalışma süresinin doldurulması.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin ön koşulu işyerinde en az bir tam yıllık hizmet süresinin doldurulmasıdır. Bu süre emredici hüküm olup sözleşmelerle artırılmaz. Bir yıldan az çalışan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. İşçinin çalıştığı süre en az bir yılı aştıktan sonra her tam bir yıl ve bir yıldan artan süreler dikkate alınarak ödeme yapılır. Bir yıllık sürenin hesabında aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışılan süreler topluca dikkate alınır.

iii-İş sözleşmesi belirli sebeplerle sona ermiş edilmiş olmalıdır.

İş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından feshi ve tazminatlı fesihle ilgili bazı düzenlemelerine aşağıda yer verilmiştir

-İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi:

İş sözleşmesinin feshi ihbar şartlarına uygun feshedilmesi halinde işçiye kıdem tazminatı ödenir.

İşveren iş sözleşmesini işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık arz eden sebepler hariç hangi haklı sebeplere dayanarak fesh etmiş olursa olsun kıdem tazminatı ödemek zorundadır. O halde ahlak ve iyiniyet kuralları dışında kalan işveren fesih için haklı sebep oluşturan işçinin sağlık nedeni (İ.K.m.25/I), zorlayıcı sebepler (İ.K.m.25/III) veya işçinin gözetimine alınma veya tutuklanma (İ.K.m.25/IV) hallerinde işçiye kıdem tazminatı ödemek zorundadır. Sonuç olarak, sözleşmenin işveren tarafından işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık arz eden sebeplerle fesh edilmesi halinde kıdem tazminatı ödenmezken, diğer haklı sebeplerle fesh edilmesi halinde kıdem tazminatı ödenecektir.

-İş sözleşmesinin işçi tarafından feshi:

İş sözleşmesi haklı sayılacak nedenlere dayalı olarak işçi tarafından fesh edildiğinde de genel olarak kıdem tazminatına hak kazanılır. Bu sebepler aşağıda sayılmıştır.

İş sözleşmesinin, işçinin sağlık sebeplerine (İK.m.24/I), işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışları (İK.m.24/II) veya işin bir haftadan fazla durmasına yol açan zorlayıcı sebeplere (İK.m.24) dayalı olarak fesh edilmesi,

Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla askere alınan bir işçi iş sözleşmesini fesh etmesi, .

İşçinin bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesinin fesh edilmesi,

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık ve prim ödeme gün sayısını tamamlamasına rağmen yaş sınırını yaşı tamamlayanların kendi istekleriyle işten ayrılımları,

Kadın işçilerin evlendikleri tarihten itibaren bir yıl içinde kendi istekleri ile iş sözleşmelerini sona erdirmeleri,

İş sözleşmesinin işçinin ölümü nedeniyle son bulması (ödemeler işçinin yasal mirasçılara yapılır).

Ancak yukarıda belirtilen sebepler dışında, (işten ayrılması gibi) bir iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi kıdem tazminatına hak kazandırmaz.

1.4.7.1.2. Kıdem Tazminatının Hesabı ve Ödenmesi

1.4.7.1.2.1 Kıdem Tazminatının Hesabı

Kıdem tazminatı çalışılan her tam yıl için *30 günlük* brüt ücretin çarpımıyla bulunan tutardır. Bir yıldan artan süreler varsa bunlar oranlanarak hesaplamaya dahil edilir. Kıdem tazminatına esas alınacak süre, işçinin işe başladığı tarih ile sözleşmenin sona erdiği tarih arasındaki süre olur. Bu süre bulunurken fiilen çalışılan süre yanında çalışılmış gibi sayılan izin, tatil vb.(bir yıllık süre fiilen çalışan süre değil, işçinin istirahat, izin ve diğer nedenlerle iş sözleşmesinin askıda kaldığı bütün durumları kapsamaktadır. Yargıtay işçinin istirahatli olduğu sürelerin makul ölçüyü aştığı hallerde dahil edilmeyeceği görüşündedir. Yine yargıtaya göre tutukluluk süresi ve ücretsiz izin de hesaba dahil edilmez. sürelerde dikkate alınır. Ücretsiz izin

ve tutukluluk halinde geçen süreler kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz. Ayrıca, grev ve lokavt süresince hizmet akitleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süreler de kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamaz

İşyerinin devri veya herhangi bir suretle başka bir işverene geçmesi veyahut başka bir yer nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet sözleşmelerinin sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. İşyerinin devri veya herhangi bir nedenle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve işçinin aldığı ücretle sınırlı sorumludur.

Kıdem tazminatının hesaplanmasında işçinin son brüt giydirilmiş ücreti esas alınır. Son brüt giydirilmiş ücret çıplak brüt ücrete, ücretin eklentileri olan prim, ikramiye vb. ile para ve para ile ölçülebilen kanundan ve sözleşmeden doğan yan ödeme niteliğindeki sosyal yardım ve diğer menfaatler dahil edilerek bulunan ücrettir. Ancak burada bir hususa dikkat çekmek gerekir o da, çıplak ücrete dahil edilecek ücret eklentisi şeklinde ifade edilen menfaatlerin süreklilik arz eden ödeme niteliğinde olması gereğidir. Örneğin, fazla çalışma ücreti süreklilik arz eden bir ödeme olmadığından, işin yürütülmesi için verilen eldiven ve havlu vb. şeyler sosyal yardım kapsamında olmadığından ücret eklentisi ve dolayısıyla brüt giydirilmiş ücret kapsamında değerlendirilmez. Diğer taraftan her ay verilen yol parası, yemek parası, ikramiye, yakacak yardımı, çocuk parası, bayram harçlığı, izin yol ücreti vb. ödemelerin brüt tutarları son ücret kapsamında değerlendirilir. Giydirilmiş brüt ücretin unsurunu oluşturan eklemeler iş sözleşmesinin son bulunduğu tarihten geriye doğru bir yıl içinde yapılan kısmı son ücrete esas alınır.

Parça başı, akort,götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Bu açıklamalardan kıdem tazminatının hesabına esas brüt ücrete, brüt ücret eklemeleri yapılarak bulunan giydirilmiş brüt ücret olduğu görülmektedir.

Kıdem tazminatının hesabında kıdem süreleri esas alınır. Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmez. Açıklamaları formüle edersek;

Toplam Kıdem Tazminatı Tutarı= Kıdem Yılı x Aylık Kıdem Tazminatı Tutarı

Aylık Kıdem tazminatı Tutarı = Günlük Brüt Ücret Tutarı x 30 gün

Kıdem tazminatının hesaplanan tutarı fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavan tutarını aşarsa, aşan kısım gelir vergisine tabi tutulur (GVK.m.25). Kıdem tazminatı tavan tutarı devlet memurları için her altı ayda bir belirlenen maaş katsayısına göre değişen bir miktardır. (Örneğin, kıdem tazminatı tavan ödemesi 01.01.2012- 30.01.2012 altı aylık dönemi için aylık 2.805,04 TL'dir).

ÖRNEK: işçi (A) 05.04.2008 tarihinde girdiği işinden 30.06.2012 tarihinde emekliliğini istemesi nedeniyle ayrılmış olsun. Aylık brüt ücreti 900 TL olup ücret eklentisi olarak her dört ayda bir 400 TL ikramiye, son bir yılın ocak ayında 90 TL, şubat ayında 80 TL, mart ayında 110 TL ve nisan ayında 210 TL prim ödenmiştir.

Ücretin günlük tutarının hesabı:

<u>Ödemeler</u>	<u>Ücretin Günlük Tutarı (TL)</u>
Brüt aylık ücretin günlüğe isabet eden tutarı (900/30).....	30,00
İkramiyenin günlüğe isabet eden tutarı [(400 x 3)/365].....	3,28
Primlerin günlüğe isabet eden tutarı (90+80+110+210 /365).....	1,34

Kıdem tazminatına esas günlük ücret tutarı.....34,62

Sürenin hesabı: 30.06.2012
05.04.2008
 25.02.0004 (4 yıl 2 ay 25 gün)

Kıdem tazminatı tutarının hesabı:

$$\begin{aligned}
 \text{Kıdem tazminatı} &= \text{Kıdem Yılı} \times (\text{Günlük Brüt Ücret} \times 30 \text{ gün}) \\
 &= (4 \text{ yıl} + 2 \text{ ay} + 25 \text{ gün}) \times (34,62 \text{ TL} \times 30 \text{ gün}) \\
 &= (4 \text{ yıl} + 2/12 \text{ yıl} + 25/365 \text{ yıl}) \times (34,62 \text{ TL} \times 30 \text{ gün}) \\
 &= (4 \text{ yıl} + 0.1666 \text{ yıl} + 0.0684 \text{ yıl}) \times (34,62 \text{ TL} \times 30 \text{ gün}) \\
 &= 4,2350 \text{ yıl} \times (34,62 \text{ TL} \times 30 \text{ gün}) \\
 &= 4,2350 \text{ yıl} \times 1.038,60 \text{ TL aylık tutar}^3 \\
 &= 4.398,47 \text{ TL}^4
 \end{aligned}$$

³ Hesaplanan 30 günlük tazminat tutar olan 1.038,60TL, fesih tarihindeki BKK tarafından memur katsayısına bağlı olarak 01.01.2012- 30.01.2012 altı aylık dönemi için belirlenmiş kıdem tazminatının aylık tutarı olan 2805,04 TL tutarı aşmadığı görülmektedir.

⁴ Kıdem yılı ile aylık kıdem tazminatı (30 günlük ücret üzerinden hesaplanan brüt giydirilmiş ücret) dikkate alınarak hesaplanan toplam kıdem tazminatı tutarı, kıdem yılı ile kıdem tazminatının tavanının çarpımını aşmadığından toplam kıdem tazminatından damga vergisinden başka kesinti

1.4.7.1.2.2. Kıdem Tazminatının Ödenmesi

Kıdem tazminatı normal olarak iş sözleşmesinin feshi tarihinde ödenmesi gerekir. Bu tarih kıdem tazminatının vadesidir. Aksi takdirde işveren gecikme faizi ödemek zorunda kalır. Kıdem tazminatı ödenirken üzerinden sadece damga vergisi kesilir.

Tazminat miktarının bir kısmı veya tamamı ödenmezse gecikme süresine bağlı olarak mevduata uygulanan en yüksek faiz ödenir. Geç ödeme veya taksitle ödeneceği konusundaki bir anlaşmada işçi kıdem tazminatı hakkını saklı tutmamışsa gecikme faizi talep edemez. Kıdem tazminatı talep hakkı için zamanaşımı süresi 10 yıldır.

1.4.7.2. İşçiye Çalışma Belgesi Verilmesi

İş sözleşmesi hangi sebeple sona ermiş olursa olsun işveren istemesi halinde işçiye işin türünü ve süresini gösteren bir çalışma (hizmet) belgesi vermek zorundadır. Bu belge işçinin hakkında bilgi sahibi olunmasını sağlayacağı için işçinin iş bulmasına yardımcı olur. Zorunlu olmamakla birlikte işveren işçinin çalışmasında başarılı olduğu ve genel tutumunun olumlu olduğuna ilişkin bilgilere de yer verebilir. Uygulamada bu nitelikte düzenlenen çalışma belgelerine “bonservis” adı verilmektedir.

1.4.7.3. İşçiden İbraname Alınması

İş sözleşmesi sona erdiğinde işçinin hak sahibi olduğu tüm ödemelerin yapılması esastır. Sözleşmenin uygulama dönemiyle ilgili işçinin tüm alacaklarını tahsil edildiğini gösteren ve başkaca alacağı kalmadığını ifade eden bir belge düzenlenir. Bu belgeye ibraname adı verilir. Özellikle böyle bir belgenin düzenlenmesi aleyhine yapılabilecek iddialarla ilgili işverene ispat kabiliyeti sağlar.

1.4.7.3. Yıllık Ücretli İzin Ücreti

Gerek işçi gerek işveren tarafından sonlandırılmış olsun işçinin sözleşmenin sona ermesinden önce hak kazandığı fakat kullanmadığı yıllık

yapılmaz. Hesaplanan kıdem tazminatı tutarının toplam tavan aylık kıdem tazminatını aşması halinde sadece aşan kısım gelir vergisine tabi tutulacaktır.

ücretli izin ücretleri varsa bunları talep eder. İş sözleşmesinin işçinin ölümü nedeniyle sonlanması halinde yıllık ücretli izin ücreti hak sahiplerine ödenir.

2. TOPLU İŞ HUKUKU

İşçi ve işverenlerin örgütlenerek belirli bir topluluğu ihtiva eden grup olarak karşı karşıya geldiği durumdaki ilişkileri konu alır. Bu çerçevede sendikalar, toplu iş sözleşmesi, arabuluculuk, uzlaştırma grev ve lokavt iş hukukunun konularına gire.

İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler (Anayasa m.53). Toplu iş sözleşmesi, sözleşmenin yapılması, içeriği ve sona ermesiyle ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılır. İşçilerin bireysel düzeyde işverenlerle karşı karşıya gelip her birinin sözleşme yapması yerine sendikalar aracılığı ile sözleşme yapmaları mümkündür. İşverenler ise sendika üyesi ise kendi sendikaları, değilse sözleşmelerini kendileri yaparlar.

Buraya kadar yapılan kısa açıklamalardan, toplu iş sözleşme düzeni içinde sendikalar önemli bir aktör olarak yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle sözleşme düzenindeki yerleri açısından sendikalara ilişkin genel bilgilere yer verilmesinde yarar vardır. Toplu iş hukukunun İK dışında biri Sendikalar Kanunu(SK) diğeri Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) olmak üzere üç önemli kaynağı vardır

2.1 SENDİKALAR

Sendikalara ilişkin düzenlemeler Anayasa (m.51) ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununda yer verilmiştir ilgili düzenlemeler başlıklar halinde şöyle ortaya konabilir.

- Sendikalar işçi ve işveren kuruluşu olarak ayrı ayrı kurulabilirler.
- İşçi ve işveren kuruluşları birbirlerine ve Devlete karşı bağımsızdırlar.
- Sendikalar üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak amacıyla kurulur ve faaliyetlerini sürdürür.
- Kurulmaları için önceden izin alınmasına gerek yoktur.

- Sendikalar üye olmak ve ayrılmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz
- İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir.
- Her üye önceden bildirimde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebilir. Çekilme bildirimi noter huzurunda münferiden kimliğin tespiti ve istifa edecek kişinin imzasının tasdiki ile olur.
- Sendikalar iş kolu esasına göre kurulabilir. İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları şunlardır. Tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık, . Madencilik, Petrol, kimya ve lastik, Gıda sanayii,. Şeker, Dokuma, Deri, Ağaç, Kağıt, Basın ve yayın, Banka ve sigorta, Çimento, toprak ve cam, Metal, Gemi, İnşaat, Enerji, Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar, Kara taşımacılığı, Demiryolu taşımacılığı, Deniz taşımacılığı, Hava taşımacılığı, Ardiye ve antrepoculuk, Haberleşme, Sağlık, Konaklama ve eğlence yerleri, Milli savunma, Gazetecilik, Genel işler.Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır.
- Bir iş kolunda birden fazla sendika kurulmasına engel yoktur.
- Değişik iş kollarında en az beş sendika bir araya gelerek konfederasyon kurabilirler.
- Sendikalar amaçları dışında faaliyette bulunamaz, ticari faaliyetlerle uğraşamazlar
- Siyasi partilerin amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar.
- Kamu görevlilerinin kuracakları sendikalar “ 4668 sayılı Kamu görevlileri Sendikaları Kanunu”na tabidir.

2.2.TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN NİTEĞİ VE ÖZELLİKLERİ

Toplu iş sözleşmesi temelde iki kısımdan meydana gelir. Birinci kısımda işçilerin ekonomik ve sosyal durumları (örneğin ücret, fazla çalışma ücreti, sosyal yardım, izinler vb.), ikinci kısımda iş sözleşmesinin doğrudan konusuna girmeyen (örneğin sendika üyesinin yönetime katılması, disiplin kurullarında görev alması, çalışma barışının korunması vb.) konular yer alır

Toplu iş sözleşmesinin esaslarına ilişkin kurallara 2822 sayılı TİSGLK'nın 3, 4, 5 ve 6. maddelerinde yer verilmiştir.

- Toplu iş sözleşmesi işyeri esas alınarak yapılır.
 - Aynı iş kolunda bir veya birden çok işyerini kapsayacak şekilde yapılabilir.
 - Bir gerçek veya tüzel kişiye veyahut kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir.
 - Bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz.
 - Toplu iş sözleşmesi yazılı yapılmadıkça geçerli olmaz.
 - Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi olarak devam eder.
- tabidir.

2.3. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

2.3.1 Toplu İş Sözleşmesinde Taraflar

Toplu iş sözleşmesinde taraf olma ehliyeti işçi tarafı için işçi sendikasına, işveren tarafı için sendika üyesi olması durumunda işveren sendikasına değilse işverenin kendisine aittir. Bir başka ifadeyle toplu iş sözleşmesinde işçi tarafını daima işçi sendikası temsil ederken, işveren tarafını işverenin sendika üyesi olup olmamasına göre işveren sendikası veya kendisi temsil eder.

2.3.2 Toplu İş Sözleşmesinde Yetkili Sendika

Toplu iş sözleşmesinde tarafların sözleşme yapmaya yetkili olması yani taraf ehliyetinin bulunması gerekir. Aksi takdirde geçerli bir sözleşmeden bahsedilemez.

İşçi Tarafı: İşçi tarafı itibarıyla toplu iş sözleşmesini yapmada yetkinin hangi sendikaya ait olacağı yönünde kanun bazı kriterler getirmiştir.

Birinci kriter: İşçi sendikasının kurulu bulunduğu iş kolunda (tarım, ormancılık ve balıkçılık işleri hariç) çalışan işçilerin en az %10'unu üyeliğe kaydetmiş olması.

İkinci kriter: Sendikanın toplu iş sözleşesi yapılacak işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması.

İşçi sendikasının yetkili olup olmadığı işçi veya işveren sendikasının başvurusu üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlığı tarafından tespit edilir.

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yazılı olarak başvurarak, yukarıda belirtilen her iki kriterin kendileri açısından sağlandığının tespitini ister. Bakanlık başvurunun alındığı tarihten altı iş günü içinde bu konudaki incelemeyi tamamlayarak sonucu işçi sendikasına bildirir. Yetki tespitine süresinde itiraz edilmemiş veya edilmekle itiraz mahkemece (iş mahkemesi) reddedilmişse ilgili sendikaya yetki belgesi verilir. Yetkili olduğu yönünde bir belirleme, bu husus ayrıca işveren tarafına bildirilir.

İşçi sendikasının yetkili olup olmadığı noktasında tespit yapılması için sendika üyesi olmayan işveren veya işveren sendikası da başvuruda bulunabilir (TSGLK m.14/I). Yetkili sendika bulunmaması halinde durum sadece başvuruda bulunan işveren sendikasına veya sendika üyesi olmayan işverene bildirilir.

İşveren Tarafı: Bir işveren sendika üyesi ise toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi işveren sendikasına ait olur. Kısaca işverenin sendika işverenin sendika üyesi olması o sendikanın yetkili olması için yeterli görülmüştür. Sendika üyesi olmayan bir işveren ise her zaman kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

2.3.2 Toplu Görüşmeler

Toplu görüşmeler; görüşmeye çağrı, görüşmelerin başlaması ve sonuçlanması kısımları olarak ele alınabilir.

Toplu görüşmeye Çağrı: Yeki sorunu çözüldükten sonra toplu iş sözleşmesi yapmak için taraflar karşı karşıya gelirler. Çağrı yetki belgesine haiz işçi sendikası veya işveren sendikası veyahut sendika üyesi olmayan işverenin çağrısı ile başlar. Yani, çağrı işçi tarafından gelebileceği gibi işveren tarafından da gelebilir. Toplu görüşme çağrısına, çağrıyı yapan taraf toplu görüşmede ileri süreceği tekliflerin bütünü eklemek zorundadır.

Ancak, tarafların toplu görüşme gereği ileri sürecekleri tekliflerde değişiklik yapma hakları saklıdır. Çağrının tespit yazısı veya yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren onbeş gün içinde yapılması gerekir. Aksi takdirde yetki belgesinin hükmü kalmaz.

Toplu Görüşmelerin Başlaması: Çağrının karşı tarafa tebliği tarihinden itibaren altı işgünü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak tespit ederler ve bunu görevli makama yazı ile bildirirler.

Toplantı yer, gün ve saati bakımından taraflar arasında bir anlaşmaya varılamazsa, taraflardan birinin üç işgünü içinde başvurusu üzerine görevli makamca toplantı yeri, günü ve saati başvurma tarihinden başlayarak altı işgünü içinde tespit edilir ve taraflara bildirilir.

Çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yukarıdaki fıkralar uyarınca toplu görüşmeye çağrısı yapan taraf gelmez ve toplu görüşmeye başlanmazsa çağrısı yapan tarafın yetkisi düşer.

Toplu Görüşmelerin Sonuçlanması: Toplu görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılır ya da varılmaz.

Anlaşmayla sonuçlanma: Toplu görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılırsa toplu iş sözleşmesi tarafı oluşturanlarca imzalanır. Sözleşmenin imzalanmasıyla taraflar karşılıklı olarak borç altına girerler. Bu ilişkiyle işçi ve işverenler bağlı hale gelmiş demektirler. Sözleşmenin kurulduğu imza tarihinde sendikaya üye olan işçiler yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanların üyelikleri işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. İmza tarihinde sendikaya üye olmayanlar ile daha sonra sendikadan ayrılanlar veya sendikadan çıkartılanlar ancak işçi sendikasına dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler (TİSGLK. M.9).

Anlaşmazlıkla sonuçlanması: Toplu görüşme için tespit edilen yer, gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmezse veya toplantıya geldiği halde görüşmeye başlamazsa ya da toplu görüşmeye başladıktan sonra taraflardan biri toplantıya devam etmezse, toplantıya gelen taraf, durumu görevli makama altı iş günü içerisinde yazı ile bildirir.

Toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmış gün içinde taraflar anlaşamadıklarını bir tutanak ile tespit ederlerse veya toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmışıncı günün sonunda anlaşmaya varamamışlarsa, taraflardan biri durumu görevli makama yazıyla bildirir.

Toplu Görüşmelerde Uyuşmazlık (Arabuluculuk):

Taraflar görüşmelerde anlaşmaya varamadıklarında bu durumu bir tutanakla tespit ederler veya toplu görüşmelerin başlamasından itibaren *altmış gün* sonunda bir anlaşmaya varamamışlarsa taraflar arasında uyuşmazlık doğmuş demektir. Uyuşmazlığın giderilmesinde başvurulması gereken barışçıl bir yol öngörülmüştür. Bu yol arabuluculuktur. Arabuluculuk uyuşmazlık meydana geldikten sonra başvurulması gereken zorunlu bir yoldur. Olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar.

Olağan Arabuluculuk: Olağan arabuluculuk toplu sözleşme görüşmelerinin anlaşmazlıkla sonuçlanmasını takiben hemen grev veya lokavt kararı alınmadan önce söz konusu olan arabuluculuktur. Arabuluculukta esas itibarıyla tarafların arasına bir kişinin girmesiyle tarafların olumsuz taleplerinin törpülenmesi veya makulleştirilmesi gerekiyorsa vazgeçilmesi sağlanarak ortadan kaldırılması amaçlanır.

Taraflar arasında toplu iş görüşmelerinin başladığı tarihten itibaren *otuz gün* geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa taraflardan birinin isteği ile “ihtiyari arabuluculuğa” gidilebilir. İhtiyari arabuluculuğun süresi altmış günlük sürenin sonudur. Ancak, anlaşmanın sağlanamayacağı anlaşılmışsa bu sürenin sonunu beklemeye gerek kalmaz.

İhtiyari arabuluculuğa gidilmemişse, görüşmeler başladığından itibaren altmış günlük süre geçerse bu defa görevli makam başvurulması zorunlu olan “zorunlu arabulucu” yoluna giderek arabulucu tayinini ister. Bu arabuluculuğa arabulucunun bir resmi makam tarafından görevlendirme yapılması nedeniyle resmi arabuluculuk adı da verilmektedir. Zorunlu arabuluculuk süresi onbeş gün olmakla beraber tarafların anlaşmasıyla en çok altı gün uzatılır ve görevli makama bildirilir.

Kimlerin arabulucu olabileceği bu konudaki Tüzüğe göre belirlenir. Tüzük çerçevesinde arabulucu olabileceklerin niteliklerini taşıyanlar itibarıyla bir liste oluşturulur. Taraflar ve diğer bütün ilgililer resmi arabulucunun istediği her türlü bilgiyi vermek zorundadır. Arabulucu tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgilere öneride bulunur. Arabulucunun çabaları sonuç verir ve anlaşma sağlanırsa toplu iş sözleşmesi imzalanır.

Arabuluculuk sürecinin sonucunda bir anlaşmaya varılamamışsa arabulucu üç işgünü içinde bir tutanak düzenler ve bu tutanağa uyuşmazlığın sona erdirilmesi için taraflar için bağlayıcı nitelik taşımayan gerekli gördüğü

önerilerini de ekleyerek kendisini görevlendiren makama tevdi eder. Görevli makam da, bu tutanağı en geç alt işgünü içinde taraflara tebliğ eder.

Olağanüstü Arabuluculuk :Olağanüstü arabuluculuk grev ve lokavtın ertelenmesinden sonraki erteleme aşamasındaki arabuluculuktur.

Erteleme süresinin sona erdiği tarihte taraflar anlaşmamış veya uyuşmazlığı özel hakeme de intikal ettirmemişlerse, Çalışma Bakanı uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kuruluna başvurur

Tahkim

Tahkim hakeme başvurma anlamına gelip zorunlu ve isteğe bağlı olarak uygulanır.

Zorunlu Tahkim:Tahkim her toplu iş uyuşmazlığı için değil, belili iş uyuşmazlıkları için uygulanmak üzere getirilmiştir.

Tahkime gidilmesi zorunlu olan işler şunlardır:

- Grev ve lokavtın yasak olduğu işler (TİSGLK. m.29).
- Grev ve lokavtın yasak olduğu yerler (TİSGLK. m.30).
- Grev ve lokavtın geçici olarak yasaklandığı durumlar (TİSGLK.m.31).
- Grev ve lokavtın ertelendiği haller (TİSGLK.m.33).

Taraflardan biri grev ve lokavtın yasak olduğu işler veya yerlerde derhal, geçici yasağa tabi durumlarda yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı işgünü içinde uyuşmazlığı Yüksek Hakem Kuruluna götürür.

Grev ve lokavtın ertelendiği durumlarda ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığı erteleme süresi sonunda Yüksek Hakem Kuruluna götürür.

İsteğe Bağlı Tahkim:Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendi istekleriyle seçtikleri özel hakem aracılığıyla anlaşmalarıdır. Taraflar anlaşarak toplu hak veya menfaat uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilirler. Toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin başvurması üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler geçerlidir. Bu takdirde bir tarafın müracaatı üzerine uyuşmazlık hakem tarafından çözülür.

Menfaat uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz.

Menfaat uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurulduğu hallerde hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir.

Uyuşmazlığın her safhasında taraflar aralarında anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilirler.

2.4. GREV ve LOKAVT

Toplu iş uyuşmazlığı anlaşma yoluyla çözülemezse işçi tarafına greve gitme, işveren tarafına lokavt ilan etme hakkı tanınmıştır.

2.4.1. GREV

Grev, işçi sendikasının kararı uyarınca işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işi bırakmalarıdır. Bir işyerinde grevin uygulanmaya başlanmasıyla birlikte işçiler işi bırakmak ve işyerinden ayrılmak zorundadırlar. Greve gidilebilmesi için bırakılacak işin grev kapsamında bulunmayan işlerden olması gerekir. Grev kararı, uyuşmazlığa ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren altı işgünü içinde uyuşmazlığın tarafı olan işçi sendikasıyla alınır.

Grev kararının alınmasını takiben altı işgünü içinde karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve ayrıca yetkili makama verilir. Ayrıca işyerinde derhal ilan edilir. Grevin işyerinde uygulanabilmesi için grev oylamasına başvurulmaması veya başvurulmakla birlikte grevin uygulanmaması yönünde bir kararın çıkmamış olması da gerekir. Grev oylaması işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin grev kararının işyerinde ilan edilmesinden başlayarak altı işgünü içinde mahallin mülki amirine kaşı yazılı talepleri üzerine altı işgünü içinde yapılır. İşyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu grevin uygulanmamasına karar verirlerse o işyerinde grev uygulanmaz.

Grev kararı karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde uygulanmak üzere noter aracılığıyla altı işgünü önceden yapılacak bildirimle uygulamaya konulur. Grev oylaması yapılan hallerde altmış günlük süre oylamanın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar. Kanuni bir grev ve lokavt dolayısıyla hizmet aktinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçiler, başka bir iş tutamazlar.

Bazı işler ve bazı yerler grev yasağına tabi iken bazı işler için Bakanlar Kurlunca geçici grev yasağı getirilebilir.

Grev ve lokavt yapılamayacağı işler: Can ve mal kurtarma işleri, cenaze ve tekfin işleri, su, elektrik, havagazı, termik santrallerini besleyen linyit üretimi, tabii gaz ve petrol sondajı, üretimi, tasfiyesi, dağıtımı, üretimi nafta veya tabii gazdan başlayan petrokimya işleri, banka ve noterlik

hizmetleri, kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye, sehirçi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetleri grev ve lokavtın yapılamayacağı işlerdir.

Grev ve lokavt yapılamayacak işyerleri: İlaç imal eden işyerleri hariç olmak üzere, aşı ve serum imal eden müesseselerle, hastane, klinik, sanatoryum prevantoryum, dispanser ve eczane gibi sağlıkla ilgili işyerlerinde, eğitim ve öğretim kurumlarında, çocuk bakım yerlerinde ve huzurevlerinde, mezarlıklarda, milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde. Grev ve lokavt yapılamaz.

Grev ve lokavtın geçici yasaklanması: Savaş halinde, genel veya kısmi seferberlik süresince grev ve lokavt yapılamaz. Yangın, su baskını, toprak veya çığ kayması veya depremlerin sebebiyet verdiği ve genel hayatı felce uğratan felaket hallerinde Bakanlar Kurulu, bu hallerin vuku bulduğu yerlere inhisar etmek ve bu hallerin devamı süresince yürürlükte kalmak üzere, gerekli gördüğü işyerleri veya işkollarında grev ve lokavtın yasak edildiğine dair karar alabilir. Yasağın kaldırılması da aynı usule tabidir.

Çalışma zorunluluğu bulunan yerler: Bazı üretim veya satışa yönelik olmamak kaydı ile niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğinin, makine ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmaya, işveren de bunları çalıştırmaya mecburdur.

Grevin durdurulması: Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz. Bu kurala aykırı olarak uygulanan grev veya lokavt için grevin durdurulmasına, bir tarafın veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine grevin uygulandığı işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakan mahkemece karar verilir.

Grevin ertelenmesi: Başlamış bir grevi Bakanlar Kurulu genel sağlığı veya ulusal güvenliği bozucu nitelikte görülürse altmış gün süreyle erteleme hakkına sahiptir.

Kanun hükümlerine göre yapılan greve kanuni grev denir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlere kanundışı grev yaptırımları uygulanır.

Diğer taraftan karar verilmiş grev genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu grevi altmış gün süre ile erteleyebilir.

2.4.2. LOKAVT

İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına sebep olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi teşebbüsü ile veya bir işveren kuruluşunun verdiği karara uyarak işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denilir.

Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, işçi sendikasının almış olduğu grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altı işgünü içinde lokavt kararı alabilir. Grev kararı uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.

O halde, lokavta toplu iş görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması halinde gidilebilecektir.. Lokavt kararı toplu iş sözleşmelerinin işveren sendikasıyla sürdürülmesi halinde işveren sendikasıyla, işverenin kendisince sürdürülmesi halinde işverence verilir. Grev kararı alınmadan lokavt kararı alınamaz. Ancak, lokavt kararı verilebilmesi için işin veya yerin lokavt yasağı kapsamında olmaması veya lokavtın ertelenmesi yönünde bir kararın olmaması gerekir.

Lokavt kararı alındığı tarihten itibaren altı işgünü içinde işçi sendikasına tebliğ edilmek üzere notere ve ayrıca ilgili makama verilir. Lokavt kararı işyerinde derhal ilan edilir.

12. BÖLÜM

VERGİ HUKUKU

1. VERGİ HUKUKUNUN TANIMI

Vergi hukuku, devletin hem gelirlerine hem de giderlerine ilişkin kuralları düzenleyen mali hukukun gelirlerle ilgili kısmı içinde yer alır. Kamu gelirleri içinde pek çok gelir kalemi (harç, resim, katılma payı vb.) olmasına rağmen vergilerin gelirler içindeki nisbi ağırlığı ve taşıdığı özellikler nedeniyle gelir hukukuna vergi hukuku hakim olmuş ve adeta gelir hukuku vergi hukukuyla ifade edilir hale gelmiştir. Vergi hukuku, devlet tarafından üretilen kamusal mal ve hizmetlerin finansmanının sağlanması amacıyla başvuru vergilerin alınmasından ve toplanmasına kadar geçen süreçte vergi ilişkisini düzenleyen kuralları konu alan bir hukuk dalıdır.

2. VERGİ HUKUKUNUN ÖZEL HUKUKLA İLİŞKİSİ

Vergi hukuku, bir vücuttaki herhangi bir organın diğer organlarla karşılıklı etkileşiminde olduğu gibi, farklı derecelerde olsa bile pek çok hukuk dalıyla (anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, yargılama hukuku, uluslararası hukuk vb.) ilişki içindedir. Hatta bu ilişki bazı noktalarda öyle sıkı düzeylere çıkmıştır ki, vergi hukuku diğer hukuk dallarını etkilediği gibi onlardan da etkilenir hale gelmiştir. Örneğin, ticari işletmelerin ortaklarının vergi borçlarından dolayı sorumluluğunun farklı olması nedeniyle bunların belirli işletme tiplerinde kurulduğu bilinmektedir.

Vergi hukuku ile özel hukuk arasındaki sıkı ilişkinin en önemli sebebi, vergiler itibarıyla vergiyi doğuran olayın bir çok durumda özel hukuk ilişkisine dayanması, bir başka deyişle özünde özel hukuk ilişkisinin varlığının yatmasıdır.

Ancak, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi açısından özel hukuk ilkeleriyle vergi hukukunun kendi düzenlemeleri arasında bir çatışma meydana geldiğinde öncelikle vergi hukukunun ilke ve kuralları uygulanır. Önemle belirtmek gerekir ki, özel hukukun kavram ve müesseselerini sadece özel hukuktaki anlam ve fonksiyonları ile ele almak ve bu haliyle vergi hukukuna uygulayarak sonuçlara ulaşmak, her zaman doğru sonuçlar vermez. Hatta bütünüyle hatalı yorumlara da sebebiyet verebilir. Örneğin; kanuna, ahlaka aykırı hukuksal işlemler, özel hukukta batıl işlemler kabul edilip herhangi bir sonuç doğurmazlarken, vergiyi doğuran olayla ilişkilendirilmek koşuluyla vergi yükümlülüğü doğurabilmektedirler. Benzer şekilde özel hukukta borca ehil olabilmek için fiil ehliyeti şartken, vergi yükümlüsü veya sorumlusu olabilmek için kanuni ehliyet aranmamaktadır (VUK md. 9/1). Bu iki düzenleme bile vergi hukuku ile özel hukukun yeri geldiğinde, konulara nasıl farklı bakabildiğini göstermesi açısından ilginçtir.

Özel hukuk alanındaki ilişki veya faaliyetlerin vergiyi doğuran olayı ortaya çıkarması yanında, özel hukuk kavram ve terimlerinin vergi hukuku açısından taşıdığı anlam farklılıklarının dikkate alınması gerekir. Bir başka deyişle, özel hukuktaki kimi kavramlar vergi hukukunda daha geniş veya dar anlamıyla olmak üzere farklılıklar arz edebilir. Nitekim, Gelir Vergisi Kanunu'nun 70. maddesinde gayrimenkul kavramı 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 704. (eMK md. 632) maddesinde ifadesini bulan taşınmaz (gayrimenkul) kavramından farklı anlamda kullanılmaktadır. Aynı kavramın her iki hukuk açısından farklı anlamlar taşıyabilmesi, bu konularda sorunlara getirilecek çözümleri bütünüyle etkiler niteliktedir.

Danıştay bir kararında “Vergi hukukunda muamelelerin ekonomik yönü önemli olup medeni hukukun katı şekil şartlarına bağlamak vergi hukuku prensipleriyle bağdaşmaz şeklinde görüş ifade etmiştir. Bunun anlamı vergi hukukunda özel hukuk kavramlarının ihtiyatla karşılanarak bu kavramların vergi hukukuna uygun düştüğü ölçüde ele alınması ve vergi hukuku mantığı içinde değerlendirilip sonuca varılması gerektiğidir.

3. VERGİ VE VERGİYE İLİŞKİN KAVRAMLAR

3.1. VERGİNİN NİTELİKLERİ

Vergi, kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilere mali güçlerine göre getirilen bir yükümlülük olup, nezdinde

vergiyi doğuran olay meydana gelen kişiler itibariyle kanundan kaynaklanan bir borç ilişkisidir.

Vergilerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması Anayasanın 73. maddesi gereğidir. Bu gerek bizi “kanunsuz vergi olmaz” kuralına götürür. O halde, vergi yükünün oluşturulması hususunda kanun dışında bir düzenleme yapmak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle vergi hukukunda hakimın hukuk yaratması mümkün olmayacaktır. Vergi hukukunda geçerli ve katı biçimde uygulanan kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri de bu alanda “kıyas yasağının” var olmasıdır.

Kanunlarda aşağı ve yukarı sınırları belirtilmek koşuluyla vergilerin muaflık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin düzenlemeler yapabilme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir. Ancak bu yetkinin sınırları çizilmiş bir yetki olduğu dikkatten kaçmamalıdır.

Usulüne uygun yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmalar kanun niteliğinde olup, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülemez.

Anayasamızın 73. maddesinde ifadesini bulduğu üzere, konulacak vergi için aslolan mali güçtür. **Mali güce** göre vergilendirme aynı zamanda sosyal devletin vergi adaletiyle ilgili bir ilkesidir. Vergilemenin mali güce göre yapılması mali gücü olandan vergi alınmasını (az olandan az, çok olandan çok) ifade eder. Anayasada soyut olarak ifade edilen mali gücün bu gün için kanunlardaki somut ifade biçimi “gelir”, “servet” ve “harcama” olarak ortaya konmuştur.

3.2. VERGİ YÜKÜMLÜSÜ

Vergi kanunlarına göre kendilerine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişilere vergi yükümlüsü denir (VUK md. 8). Vergi alacaklısı devlettir.

Vergi yükümlüleri devlete vergi ödeme (maddi ödev) mükellefiyetleri bulunması yanında verginin ortaya çıkabilmesi için gereken belge düzenleme, belge verme ve belge alma, defter tutma, beyanname verme vb. (şekli ödev) hususları yerine getirmek durumundadırlar.

Küçüklerle kısıtlılar da vergi mükellefi olabilirler. Bunların fiil ehliyetleri yoktur ancak, vergi ehliyetleri vardır. Fiil ehliyetine sahip olmamak vergi ehliyetine engel oluşturmaz. Böyle kişilerin vergiye ilişkin ödevleri kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir.

Bazı kişiler vergiyi doğuran olayla bağlantı içine girseler bile kendileri ekonomik, sosyal, siyasal ve teknik nedenlerden dolayı geçici veya sürekli, şarta bağlı veya değil vergi dışına çıkartılırlar. Yükümlüler için getirilen bu

ayrıcalığa **muafiyet** denir. Örneğin, yabancı diplomatlar sahip oldukları motorlu taşıtlar nedeniyle motorlu taşıtlar vergisinden muaf tutulmuşlardır.

3.3. VERGİ SORUMLUSU

Vergi sorumluluğu esasen vergi yükümlülüğünün bir çeşididir. Bazı kişiler vergi yükümlülükleri ile hukuki ve ekonomik ilişki içine girerler. Bunlar yapması gereken ödemenin bir kısmını doğrudan yükümlüye yaparken bir kısmını ise keserek yükümlü adına ve hesabına vergi dairesine yaparlar. İşte yükümlüye ödeme yaparken bir kısmını keserek yükümlü adına ve hesabına vergi dairesine ödeme yapan kişiye vergi sorumlusu adı verilir. Kanunumuzda vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan gerçek ve tüzel kişi olarak belirlenmiştir (VUK md. 8). Örneğin sahip olduğu işyerini kiraya veren bir kişi (vergi yükümlüsü) kira gelirini elde ederken, kiracı (vergi sorumlusu) kira bedelinin tamamını kiraya verene ödemeyecek kanunlarca belirlenen orana isabet eden tutarı keserek (tevkif ederek, stopaj yaparak, kaynakta keserek) kiraya veren adına ve hesabına vergi dairesine yatıracaktır. Vergi sorumlusu aracılığıyla yapılan bu uygulamaya tevkif (kesinti veya stopaj) yoluyla vergilendirme adı verilir.

Vergi yükümlüsü elde ettiği gelirleri beyan ettiği sırada, kendisinden vergi sorumlusunca kesilip vergi dairesine ödenen vergileri, beyan ettiği gelir üzerinden hesaplanan vergilerden indirebilecektir.

Yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanlar, vergi kesmeye ilişkin şekli ödevleri (işlemin belgeye bağlanması, kesintilerin muhtasar beyanname ile beyan edilmesi, verginin vergi dairesine ödemesi vb.) kendileri yerine getirirler. Vergi sorumlularının küçük veya kısıtlı olmaları halinde bunlara düşen şekli ödevler kanuni temsilciler tarafından yerine getirilir. Ödenen vergi, vergi sorumlusunun mal varlığından ödenmediğinden sorumlu için maddi ödev sayılmaz.

Sorumluların yükümlüden keserek vergi dairesine yatırmaları gereken vergileri kesip yatırmamaları halinde yatırılmayan veya kesilmeyen tutar sorumludan alınır.

Vergi yükümlüsünde vergiyi doğuran olay vergi yükümlüsü nezdinde meydana gelir ve vergi de yükümlüsünün malvarlığından ödenir. Oysa, vergi sorumlusunda vergiyi doğuran olay vergi sorumlusu nezdinde gerçekleşmez ve vergi sorumlusunun malvarlığından ödenmez. Vergiyi doğuran olay başkasının nezdinde meydana gelir ve onun malvarlığından vergi sorumlusunca kesilip vergi dairesine ödenir.

3.4. VERGİ ÖDEVLİSİ

Vergi ödevlisi vergi kanunları karşısında vergi mükellefi ve vergi sorumlusu dışında kalan ve bir ölçüde bunları da kapsayan bir kavramdır. Özellikle vergiyi doğuran olay meydana gelirken mükellef ve sorumlu dışındaki kişilere de düşen şekli ödevler vardır. Örneğin, nihai tüketici konumunda olan bir kişi tacirden yaptığı bir alım işlemi nedeniyle fatura veya perakende satış fişi alması zorunluluğu böyledir. Nihai tüketici vergi mükellefi veya sorumlusu olmadığı halde vergi kanunlarınca uyması gereken belge düzeni itibarıyla vergi ödevlisi olarak değerlendirilmektedir. Belirli tutarı aşan ödemelerin banka veya postaneden geçirilmesi konusundaki zorunluluk kapsamında kalan tüketicinin durumu da vergi ödevlisi kavramıyla açıklanmaktadır. Vergi kanunlarımızda belirtilen kapsamda pek çok ödevler bulunmaktadır.

3.5. VERGİNİN KONUSU

Verginin konusu, verginin üzerinden alındığı fiili veya hukuki durumlardır. Vergi hangi fiil veya hukuki durum üzerine konuluyorsa genellikle o adla anılır. Örneğin, gelir üzerinden alınan vergiye gelir, emlak üzerinden alınan vergiye emlak vergisi adı verilmiştir.

Verginin her fiil veya hukuki durum üzerine konulması mümkün olmakla beraber, anayasamız vergilerin konularının ekonomik yapıyı esas alan mali güce uyumlu olmasını istemiştir. Verginin, mali gücü (ödeme gücü) temsil eden değerler (gelir, servet, harcama) üzerine konulması esasen mali gücü daha fazla olanların kamu hizmetlerinden (dolayısıyla kamu harcamalarından) daha fazla yararlandığı düşüncesine dayanır.

Bugün için mali gücü temsil eden göstergelerin kişilerin gelir, servet ve harcamalarından oluştuğu genel kabul görmüş bir düşüncedir. Her kim ki daha fazla gelir, servet veya harcamaya sahipse onun daha fazla kamu harcamasından yararlandığı kabul edilir. Örneğin, bir binaya sahip olan kişi, sahip olmayana göre daha fazla itfaiye hizmetinden yararlandığı açıktır. Benzer şekilde otomobile sahip olma ile karayolundan yararlanma arasında doğrusal bir ilişki bulunduğu görülür. Yukarıdaki açıklamalar ışığında kamu harcamalarını karşılamak için gelir, servet veya harcama üzerine vergi koymak, bir başka deyişle bunları vergi konusu haline getirmek doğru ve adaletli bir yaklaşım olmaktadır. Çünkü, kim kamu hizmetlerinden yararlanıyorsa, yararlanmayı ölçen unsurlardan hareketle yapılacak vergilendirme kamu

harcamalarının maliyetinin yararlanana paylaştırılması sonucunu doğuracaktır.

Verginin konusuna girmekle birlikte vergi konusunun bir kısmı ekonomik, sosyal, siyasal veya teknik nedenlerle vergi dışına çıkartılabilir. Verginin konusuna getirilen bu ayrıcalığa **istisna** adı verilir. İstisna, geçici veya sürekli veyahut kısmi veya tam olabilir. Örneğin, yatırım yapanlar için gelir vergisi kanununda öngörülen yatırım indirimi istisnası böyledir.

3.6. VERGİYİ DOĞURAN OLAY

Vergi borcunun doğması için verginin konusunun var olması yeterli değildir. Yükümlünün verginin konusu ile kanunun öngördüğü biçimiyle ilişki içine girmesi gerekir. VUK’nda vergiyi doğuran olayın, vergi alacağının vergi kanunlarında verginin bağlandığı olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun tamamlanması ile doğacağı belirtilmiştir (VUK md. 19). Nezdinde vergiyi doğuran olay meydana gelen kişi, yükümlü konumuna gelir ve onun için vergi borcu doğmuş olur. Vergiyi doğuran olayla yükümlü duruma gelen kişinin artık, vergiye ilişkin maddi ve şekli yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Örneğin, vergiyi doğuran olay gelir vergisinde gelirin elde edilmesi, katma değer vergisinde mal veya hizmetin teslimidir.

Kanun hükmü vergilendirme olayının hukuki sebebini, vergiyi doğuran olay ise maddi sebebini oluşturmaktadır. Her vergi açısından vergiyi doğuran olay kanunlarında gösterilir.

Vergiyi doğuran olayın kanunlarca yasaklanmış olması vergilendirmesine engel teşkil etmez. Yeter ki, yasak faaliyet vergiyi doğuran olayla ilişki içinde olsun. Örneğin, kanunlarca yasaklanan uyuşturucu ticareti çerçevesinde gelir elde edilmesi halinde bu faaliyetin kanunlarca yasak olmasına bakılmaksızın vergilendirilecektir. Çünkü, hangi ticari faaliyetten elde edilmiş olursa olsun gelir elde edilmesi gelir vergisi için vergiyi doğuran olay olarak kabul edilmiştir.

4. VERGİLENDİRME İŞLEMLERİ

Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle yükümlü nezdinde ortaya çıkan soyut vergi borcu çeşitli aşamalardan geçerek miktarı belirli somut bir borç haline dönüşür. Vergiyi doğuran olay gerçekleşikten sonra vergi borcunun sona ermesine kadar geçmesi gereken aşamalar;

- verginin tarhi

- verginin tebliği
- verginin tahakkuku
- verginin tahsili

olarak ortaya konur. Her bir aşama vergilendirme açısından genel bir usul kanunu olan VUK'da ayrı ayrı açıklanmıştır (VUK md. 20, 21, 22, 23).

4.1. VERGİNİN TARHI

Vergiye doğuran olay gerçekleştikten sonra karşımıza ilk işlem olarak tarh çıkar. Tarh, vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve oranlar üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı tutar itibarıyla tespit eden idari işlemidir. İşlemle yükümlünün vergi borcunun miktar itibarıyla belirlenmesi gerçekleşir. Bu nedenle tarh edilerek belirlenen vergi borcu yükümlüsü açısından somut bir borcu ifade etmesi dolayısıyla bireysel nitelikli “özel” bir işlem olarak değerlendirilir.

4.1.1. Matrah

Verginin hesaplanmasına esas alınan değer veya ölçülere matrah denir. Matrah parasal tutar şeklinde ifade edildiğinde “ad valorem (değer esaslı)”, adet, m2, litre vb.fiziki ölçüler şeklinde ifade edildiğinde “spesifik (miktar esaslı)” matrahtan söz edilir.

Hangi vergi için matrahın ne olduğu ve hangi tür matraha yapısının benimsendiği kanunlarında gösterilir. Örneğin, gelir vergisinde verginin matrahı “gelirin safı tutarı” olarak ad valorem iken, motorlu taşıtlar vergisinde aracın bazı özellikleriyle (yaş, silindir hacmi) nitelendirilmiş “aracın adedi” olarak spesifik esaslı belirlenmiştir.

Verginin hesaplanabilmesi için gerekli olan matrah, tarh işlemini gerçekleştirecek vergi dairesince nasıl elde edilecektir? Bu konuda iki yol vardır. Matrahın ya yükümlü tarafından vergi dairesine beyan edilmesi yada matrahı idarenin kendi bulmasıdır.

4.1.1.1. Matrahın Yükümlüce Tespiti

Modern vergicilikte yükümlülerin matrahlarını belirleyip beyanname marifetiyle vergi dairesine beyan etmeleri asıdır. Vergi dairesi kendisine beyan edilen verilere dayanarak tarhiyata gider. Yükümlüler beyan ettikleri matrahlara ve bunlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar

(VUK md. 378/2). Her vergi açısından beyannamenin verileceği tarih belirtilir. Beyannamenin elden verilmesi, posta aracılığıyla gönderilmesi ve elektronik ortamda iletilmesi mümkündür.

4.1.1.2. Matrahın Vergi Dairesince Tespiti

Yükümlülerin beyan ettikleri matrahların doğruyu yansıtması esas olmakla beraber bu her zaman gerçekleşmeyebilir. Yani, yükümlüler eksik beyanda bulunabilirler. Diğer taraftan beyanda bulunması gereken yükümlülerin hiç beyanda bulunmamlarına da rastlanmaktadır. Bu gibi durumlarda matrahın vergi dairesi tarafından tespitinden başka bir yol kalmaz. Vergi idaresi tarafından matrahların ortaya çıkartılmasında kullanılan yol “vergi incelemesi”dir (VUK md. 134).

Yükümlü matrahını eksik beyan etmesi durumunda vergi idaresinin yapması gereken, matrahın eksik beyan edilen kısmını (matrah farkını) yükümlünün defter, kayıt ve belgelerine dayanarak veya kanuni ölçülere dayanarak tespit etmektir. Vergi idaresinin ek (ikmal, tamamlama) matrahı ortaya çıkartması nedeniyle bu şekilde bulunan matrah üzerinden yapılan tarhiyata **ikmalen vergi tarhiyatı** adı verilmektedir (VUK md. 29).

Yükümlü beyanname vermemiş veya vermekle birlikte eksik vermiş ise matrahın eksik bölümünün tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere göre tespiti mümkün olmayabilir. Örneğin, yükümlüce defter tutulmaması ve belge düzenlenmemesi veya defter tutulmak ve belge düzenlenmekle birlikte ibraz edilmemesi veyahut ibraz edilmekle beraber defter ve belgeler vergi incelemesine elverişli bulunmayabilir. Vergi idaresi bu defa vergi matrahını “takdir komisyonları” (VUK md. 72) vasıtasıyla tespit yoluna gider. Takdir edilen tutar, adı üzerinde olduğu gibi, takdiri olup belki de gerçeğin kendisi olmayabilecektir. Takdir komisyonlarının takdir edilen matrah gerçeği tam olarak yansıtmassa bile gerçeğe en yakını ifade etmesi amaçlanır. Takdir yoluyla bulunan matrah üzerinden gerçekleştirilen tarha **re’sen tarhiyat** adı verilmektedir (VUK md. 30).

4.1.1.3. Matrahın Kanunca Tespiti

Yükümlülerin tarhiyatı gerçekleştirmek için vergi dairelerine başvurmaması veya bu konudaki ödevlerini yerine getirmemeleri halinde vergi daireleri kendiliğinden harekete geçerek kanunlarda yer alan hazır matrahlara göre tarhiyat yapılır. Bu şekilde belirlenmiş matrahlara göre yapılan tarhiyata “idarece tarhiyat” adı verilmektedir (VUK mük. md. 30). Yapılacak

tarhiyat bu konuda düzenlenecek “yoklama fişine” (VUK md. 131) dayanılarak gerçekleştirilir Örneğin ücret gelirlerinden dolayı “diğer (götürü) usulde” vergilendirilen hizmet erbabları için kanunda belirlenmiş belirlenmiş hazır matrahlar¹ vardır. Hizmet erbabı alacağı vergi karnesi (VUK md. 247 ve 248) ile vergi dairesine tarh zamanı gidip başvurup karnesine matrah ve vergisini işletmesi gerekir. Bu kapsamda kalan hizmet erbabı için matrah kanun tarafından belirlenmiştir. Vergi dairesince yapılacak şey hazır matrah üzerinden vergiyi tarh etmektir.

Bazı durumlarda yükümlü verginin tarhının gerçekleştirilebilmesi açısından matrahı değil, matraha ulaşmaya yarayan bilgileri idareye bildirir. Bildirim üzerine idare kanunda yer alan ölçüleri kullanarak doğrudan matrahı elde eder. Emlak vergisinde emlake ait bilgiler bildirilir idare bu bilgilere göre değerlere emlakın matrahını kendi bulur.

4.1.2. Oran

Tarh edilecek verginin bulunabilmesi için matrahın bilinmesi veya bulunması yeterli değildir. Bulunan matrahın ad valorem olması halinde oranın (veya matrahın dilimlerine göre artarak uygulanan artan oranlı tarifeler şeklinde), spesifik olması halinde “birim vergi miktarı”na ihtiyaç vardır. Matrahın yapısına göre oran veya birim vergi miktarı ile çarpılarak hesaplanan vergiye ulaşılır.

Her vergi için kanunlarında matrah ve orana, tarifeye veya birim vergi miktarına yer verilmiştir.

Tarh işlemi, yükümlü nezdinde gerçekleşen vergiyi doğuran olay üzerine verginin belirginleşmesini sağlamakla birlikte bundan yükümlünün haberdar olması gerekir ki yükümlü açısından sonuçları doğabilsin. Bu nedenle tarhtan sonra vergilendirme süreci içinde usuli bir nitelik taşıyan tebliğ işlemi gelir.

4.2. VERGİNİN TEBLİĞİ

Vergilendirme sürecinin tarhtan sonra gelen aşamasını tebliğ oluşturmaktadır (VUK md. 21). Bu aşama tarh edilen verginin yazı ile yükümlüsüne bildirilmesinden ibarettir. Böylelikle yükümlülerin haklarında yapılan

¹ Diğer ücretliler için o yılın matrahı (GUK md. 64), takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarının %25'i olarak hesaplanır.

vergileendirme ile ilgili işlemlerden haberdar olmaları sağlanır. Tebligat işleminin gerçekleşmesiyle vergileendirme işlemi hukuksal sonuç doğurur. Mevcut haliyle tebligat uygulamaya ilişkin usul ve şekil işlemi olup tahakkuk aşamasının başlamasına sebebiyet verir.

Ülkemizde, tebligat konusunda genel kanun Tebligat Kanunu olmasına rağmen, vergilere ilişkin tebligat vergileendirme işleminin taşıdığı özellikler dikkate alınarak Vergi Usul Kanunu içinde düzenlenmiştir. Bu durumda vergi tebligatları konusunda biri özel (VUK) diğeri genel (Tebligat Kanunu) olmak üzere iki düzenleme bulunur hale gelmiştir. O halde, özel ve genel kanun çerçevesinde vergi tebligatlarına ilişkin olarak önce VUK’nda yer alan tebligat hükümleri bu kanunda hüküm bulunmaması halinde Tebligat Kanunu’ndaki hükümler uygulanacaktır.

Tebligatın çeşitli şekilleri bulunmakla birlikte en yaygın tebliğ yolu posta aracılığıyla yapılan tebliğdir. Posta ile tebliğin yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda genel olarak ilan yoluyla tebliğ yapılması cihetine gidilir (VUK md. 103). Yeni sayılacak düzenlemelerle tebligatın elektronik yolla yapılması mümkün hale gelmiş ve geniş bir uygulama alanı bulma yönünde hızla gelişme göstermektedir.

4.2.1. Beyan Üzerine Tarhiyat İşleminin Tebliğ Karşısındaki Durumu

Vergileendirme işlemi açısından yükümlünün beyan ettiği matrahlar üzerinden yapılacak tarhiyatlar için “tahakkuk fişi” düzenlenir. Tahakkuk fişinde yer alan tüm hususlar esasen yükümlünün rızası ve bilgisi dahilindedir. Hal böyle olunca tarh için düzenlenen fişin yükümlüye ayrıca tebliğ edilmesi anlamsız hale gelmektedir. Yani yapılan şey, yükümlünün bildiğini yükümlüye bildirmekten başka bir şey değildir. Diğer taraftan yükümlülerin kendi beyanlarına itiraz etmeleri de söz konusu olmadığından kanun koyucu tahakkuk fişinin tebliğinde fayda görmemiştir. Gerçekten de bir kimsenin kendi beyanıyla çelişkiye düşmemesi ilkesi nedeniyle beyana dayanan vergi tarhiyatlarının davaya konu edilmesi de düşünülemez.

Beyan edilen matrahlar üzerine yapılan tarhiyata ilişkin vergi dairesi tarafından düzenlenen tahakkuk fişinin yükümlüye elden verilmesiyle yetinilir, tebliğ edilmez. Tahakkuk fişinin düzenlenmesiyle, içeriğini yükümlünün bildiğinden bahisle, tebliğin bunun içinde gizli olduğu ve tebliğin gerçekleştiği kabul edilir. Sonuç olarak beyana dayanan tarhiyatlarda açık bir tebliğ aşaması görmek mümkün değildir. Bu nedenle, beyana dayanan tarhiyatlarda tebliğ aşamasının düşmüş veya yok olduğu söylenebilir.

4.2.2. İdarece Tespit Edilen veya Kanunda Hazır Verilen Matrahlar Üzerine Tarhiyat İşleminin Tebliği

İdare tarafından (ikmalen, re'sen) veya kanunda hazır şekilde verilen matrahlar üzerine yapılan tarhiyatlardan yükümlülerin kendiliklerinden haberdar olmaları beklenemez. Yükümlülerin haberdar olmadıkları tarhiyatların hukuki sonuç doğurmaları söz konusu olamaz. Tarhiyatların yükümlüler nezdinde hukuki sonuç doğurabilmeleri için bunların tebliğlerine ihtiyaç vardır. Tarhiyatların yükümlüsüne tebliği ile yükümlüler bunlardan haberdar olur ve hukuk dünyalarında sonuç doğurmaya başlar.

İdarece tespit edilen matrahlar üzerine gerçekleştirilen tarhiyatın yükümlülerine tebliğ edilmek için kullanılan belgeye “ihbarname” adı verilir. İhbarname ile vergi bildirilirse belge “vergi ihbarnamesi” ceza bildirilirse “ceza ihbarnamesi” adını alır. İhbarnamelerin düzenlenip yükümlüsüne tebliğ edilmesi tarh işleminin şekil unsurunu oluşturur.

4.3. VERGİNİN TAHAKKUKU

Verginin tahakkuku tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesi olarak belirtilebilir (VUK md. 22). Vergilendirme süreci içinde ayrı bir işlem niteliği taşımayan tahakkuk aşaması kendiliğinden gerçekleşen bir olgu olan “ödenme durumuna gelme”yi ifade eder.

Beyanlara dayanan tarh işlemlerine karşı yükümlüler dava açamayacaklarından, vergi tarh edilmesiyle tahakkuk etmiş sayılır (VUK md. 378). Bunun iki istisnası vardır: Biri matrahın “ihtirazi kayıtla beyan” edilmesi (İYUK md. 27/3), diğeri tarh işleminde “hata halinin bulunması”dır (VUK md. 116 ve mük. md. 378).

Matrahın idare tarafından tespiti veya kanunda hazır olarak verilmesi üzerine gerçekleştirilen tarh işlemi ihbarname ile yükümlülerine tebliğ edildikten sonra tahakkuk etmiş sayılabilmesi için yükümlünün ya tarh işlemine karşı süresi içinde (30 gün) dava açmamış olması ya da dava açılmakla birlikte davanın red (vergi idaresinin işleminin hukuka uygun olduğuna ve bu nedenle yükümlünün talebinin kabul edilmemesine) edilmiş olması gerekir.

Açılan davada mahkeme tarhiyat işleminin iptaline karar vermiş yani dava kabul edilerek yükümlünün lehine sonuçlanmışsa, tarhiyat işlemi “terkin” edilmek suretiyle ortadan kaldırılır. Daha önceden ödenmiş vergi varsa (VUK md. 112/4) bunlar yükümlüye iade edilir.

Dava mahkemece kısmen kabul (kısmen red) edilmesi şeklinde karara bağlanabilir. Bu durumda mahkemece reddedilen kısım (yükümlünün haklı olmadığı kısım) tahakkuk etmiş olur ve bu kısım için ikinci bir ihbarname düzenlenerek yükümlüye gönderilir. Yükümlüye tebliğ edilen bu kısım tahakkuk etmiş olup, ödenmesi gerekir.

***Tahakkuk ve Kesinleşme Arasındaki Fark**

Verginin tahakkuk etmesi kesinleşmesinden farklı bir kavramlar olup, farklı durumları ifade eder. Bu cümleden olmak üzere verginin tahakkuk etmesi kesinleştiği anlamına gelmez.

Mahkeme vergi dairesinin tarh işlemini hukuka uygun bulup iptal etmezse yükümlüye yüksek yargıya (duruma göre itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemesine temyiz yoluyla veya Danıştay'a gitme) hakkı verilmiştir. Tarh işlemine bağlı verginin kesinleşmesi, süresi içinde yargıya başvurulmaması veya başvurulması üzerine yürütülen sürecin yükümlü aleyhine tamamlanmasıyla olur. Bu nedenle kesinleşme, iptali istenen tarhiyat işlemine karşı yargının son söyleyeceğini söylemesi demektir.

Tahakkuk, tarhiyata karşı süresi içinde dava yoluna gitmeme veya ilk derece mahkemesinin yükümlünün aleyhine kararı üzerine ortaya çıkan bir durumdur. Kesinleşme ise yüksek yargı düzeyinde ülkemizdeki hukuk yollarının tüketilmesiyle ulaşılan bir noktadır.

***Tahakkukun Tahsile Bağlı Olması**

Vergilerin bazılarında ayrı birer tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamaları bulunmaz. Vergiler tahsil edilmeye birlikte tahakkuk da etmiş olur. Vergilerin tahsil edilmesiyle birlikte tahakkuk da gerçekleşir/gerçekleşmiş olur. örneğin damga vergisinde pul yapıştırma suretiyle tahsilat böyleydi.

4.4. VERGİNİN TAHSİLİ

Tahsil aşamasının yükümlü açısından görünümü “ödeme (tediye)” terimi ile ifade edilir. Bu aşamanın tamamlanmasıyla vergi borcu ilişkisi sona erer.

Verginin tahsili kanunda (VUK md. 23) usulüne uygun şekilde ödenmesi şeklinde ifadesini bulmuştur. Ödeme, yükümlünün kendi arzu ve iradesi ile vadesinde gerçekleşirse sorun yoktur. Vergi yine yükümlünün arzu ve iradesi ile bu defa vadesinden sonra ödenirse geciken sürelerin her

bir ayı (ay kesirlerine isabet eden sürelerin bulunması halinde bunlar için günlük) için ayrıca “gecikme zammı” alınır (AATUHK md. 51).

Yükümlü vergi borcunu rızasıyla ödemezse, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanunda öngörülen şekilde zorolım (cebren icra) yoluyla tahsili cihetine gidilir. Vergisini ödemeyen yükümlüye borcun “yedi gün” içinde ödenmesine ilişkin “ödeme emri” gönderilir. Bu süre içinde ödenmezse mal varlığına haciz uygulanır. Haciz uygulamasından sonra haczedilen malların satışı gerçekleştirilir ve satış bedelleri üzerinden vergi dairesi alacağını tahsil eder. Zorolım yoluyla alınan vergilerin vadesinden sonra gerçekleşen tahsilatlar için tahsilatın gecikme süresine bağlı olarak ayrıca hesaplanacak gecikme faizi (AATUHK md. 51) tahsil edilir.

5. YÜKÜMLÜLERİN ÖDEVLERİ

Yükümlülerin ödevleri denilince biri yükümlünün üzerine düşen vergi borcunu ödeme (maddi ödev), diğeri vergilendirme ile ilgili şekle ve usule yönelik düzenlemeler (şekli ödev) anlaşılır. Yükümlülerden hem defter tutmak, belge düzenlemek vb. şekli, hem de maddi ödev yerine getirmeleri beklenir. Buna rağmen bazıları konumları gereği sadece şekli ödevleri yerine getirmekten sorumlu tutulmuşlardır. Örneğin bir ticari işletme sahibi hem maddi hem şekli ödevleri yerine getirmek zorundayken vergi sorumlusu konumunda olan bir kişi başkasına ait vergiyi kesip vergi dairesine yatırmaktan ibaret şekli ödev içinde bulunmaktadır.:

5.1. BİLDİRİME İLİŞKİN ÖDEVLER

Bildirime ilişkin belirli ödevler başlıklar halinde şöyle ortaya konabilir:

- İşe başlamanın bildirilmesi, VUK md. 153 (10 gün içinde)
- İş bırakmanın bildirilmesi, VUK md. 160, (1 ay içinde)
- İkamet adresindeki değişikliğin bildirilmesi, VUK md. 157 (1 ay içinde)
- İşyerinin adresinin değişikliğinin bildirilmesi, VUK md. 157 (1 ay içinde)
- İşyeri sayısındaki değişiklikler, VUK md. 159 (1 ay içinde)
- Mükellefiyet değişiklikleri, VUK md. 158 (1 ay içinde)
- Anlaşmalı matbaaların bastıkları belgeleri bildirmeleri, VUK md. 257 (teslimi takip eden 15 gün içinde)

- Noterlerin onayladıkları belgeleri bildirmeleri, VUK md. 355 (onayı takip eden ertesi ay içinde)
- Vergi kimlik numaralı işlemleri bildirmek, VUK md. 353/9 mük.
- Zirai kazanç komisyonlarına bilgi verme, VUK md. 148 (istenildiğinde münasip süre)
- İncelemeye yetkili kişilere bilgi verme, VUK md. 148
- Devamlı bilgi verme kapsamında bilgi verme, VUK md. 149
- Ölüm olaylarını ve intikalleri bildirme, VUK md. 150 (ölümü takip eden ertesi ayın 15. günü)
- Tescil edilen araçların veya bunlardaki değişikliklerin bildirilmesi, MTV md. 13 (1 ay içinde)
- Çiftçilerin ekim ve sayım beyanı, VUK md. 243 (her yılın Kasım ayı)
- Ödeme kaydedici cihazların satışını yapanlarca gerçekleştirilen satışların bildirimi ÖKCK md. 70.

5.2. BEYANNAME VERME ÖDEVİ

Matrahın yükümlüllerce beyanı üzerine yapılan tarhiyatlarda beyanname verme ödevi sistemin bel kemiğini oluşturmaktadır. Günümüzde, gerçek matrahı en iyi yükümlünün kendisinin bileceği noktasından hareket eden beyan sistemi çağdaş bir beyan yöntemi olarak kabul edilmiştir.

Beyanname esasen bildirim biçimi olmakla beraber özellikle matraha veya matraha ulaşmaya yarayan bilgileri ihtiva etmesi nedeniyle diğer bildirimlerden (örneğin, işyeri açılışı, ikamet değişikliği bildirimleri vb.) ayrılır. Bu nedenle beyan sistemi matrahın bildirilmesi olarak da anılır.

Yükümlü veya sorumlusu tarafından beyanname verme gereği, tarh için matrahın beyanı gereken vergiler için söz konusudur.

Yükümlü tarafından verilen beyanname genellikle ilgili verginin adı ile anılır. Örneğin, Katma Değer Vergisi için Katma Değer Vergisi beyanname adı verilir. Vergiler için yapılan kesintileri bildirmek amacıyla kullanılan ve sorumlu sıfatıyla verilen beyannameler genel olarak o verginin adı ile ilişkilendirilerek muhtasar beyanname adı verilir. Örneğin, gelir vergisi mükelleflerinden yapılacak kesintileri bildirmek üzere kullanılan beyanname muhtasar beyanname denir.

Türk vergi sisteminde yer alan beyana dayanan vergiler aşağıda ismen belirtilmiştir:

- Gelir Vergisi (geçici vergi dahil)
- Kurumlar Vergisi (geçici vergi dahil)
- Katma Değer Vergisi
- Özel Tüketim Vergisi
- Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi
- Şans Oyunları Vergisi
- Gümrük Vergisi
- Emlak Vergisi
- Veraset ve İntikal Vergisi
- Damga Vergisi

Beyannameler genel olarak Maliye Bakanlığı'nca şekli belirlenen ve ücretsiz dağıtılan matbu evraklardır. Elektronik ortamda beyanname verilmesi de mümkündür. Beyanname ekinde verilmesi gereken liste, cetvel vb. varsa bunların beyannameye ilavesi şarttır.

5.3. DEFTER TUTMA ÖDEVİ

Yükümlüler temelde matrahın ortaya çıkmasını teminen bunlarla ilgili işlem, hesap vb. hususları tespit etmek amacıyla defter tutarlar. Hangi yükümlülerin hangi defterleri tutacağı vergi ve vergi yükümlülüğünün biçimine göre farklılaştırılmıştır. Örneğin birinci sınıf tüccarların, imalat yapan işletmelerin tutacakları genel ve özel defterler kanunda ayrı ayrı tespit edilmiştir.

Vergi kanunlarına göre tutulan defterler öncelikle vergi açısından delil niteliği taşırlar.

Yükümlülerin durumlarına göre tutulması gereken defterler şunlardır:

- Defteri Kebir (VUK md. 184, birinci sınıf tüccarlar)
- Yevmiye defteri (VUK md. 183, birinci sınıf tüccarlar)
- Envanter defteri (VUK md. 185, birinci sınıf tüccarlar)
- İşletme hesabı defteri (VUK md. 193, ikinci sınıf tüccarlar)
- Serbest meslek kazanç defteri (VUK md. 210, serbest meslek erbabları)
- İmalat defteri (VUK md. 197, birinci sınıf tüccarlardan devamlı olarak imalat işi ile uğraşanlar)

- Bitim işleri defteri (VUK md. 200, birinci ve ikinci sınıf tüccarlardan müşterilerine ait malları ücret karşılığı işleyenler)
- Damga vergisi defteri (VUK md. 205, damga vergisine ilişkin kayıtları muhasebe defterinde göstermeyenler)
- Yabancı nakliyat kurumları hasılat defteri (VUK md. 207, yabancı nakliyat kurumları veya bunları temsil eden şube ve acenteleri)
- Banka ve sigorta muameleleri vergisi defteri (VUK md. 204, banka ve sigorta muameleleri vergisinin konusuna giren işlemleri yapan banka, banker ve sigorta şirketleri)
- Ambar defteri (VUK md. 209, depo, ardiye, nakliye ambarı işleyenler)
- Çiftçi işletme defteri (VUK md. 213, zirai işletme hesabına tabi çiftçiler)
- Menkul ve gayrimenkul sermaye iratları defteri veya cetveli (VUK md. 208, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabının defterlerinde ayrı bir yerde göstermedikleri menkul ve gayrimenkul sermaye iratları için).

5.4. DEFTER TUTMA NİZAMINA İLİŞKİN ÖDEVLER

Defterlerin kayıt nizamına ait hükümlere VUK'nun 215 ve 219. maddelerinin arasında yer verilmiştir. Kayıt nizamına ait hükümler başlıklar halinde şöyledir:

- Defterler Türkçe tutulmalıdır. Ancak, Türkçe kayıt bulunmak kaydıyla başka dilde kayıt da yapılabilir.
- Defterlere yazı mürekkeple veya makinayla yapılır.
- Yanlış kayıtlar muhasebe ilkelerine göre düzeltilir. Rakam ve yazılarda yanlış rakam ve yazı okunacak şekilde üzeri çizilmek, üst veya yan tarafına ve yahut ilgili bulunduğu hesaba doğrusu yazılmak suretiyle düzeltilebilir.
- Kayıtlar arasında usulen yazılmaya mahsus olan satır çizilmeksizin boş bırakılamaz ve atlanamaz. Ciltli defterlerde defter sayfaları ciltten koparılamaz.
- Tasdikli müteharrik yapraklarda bu yazıların sırası bozulamaz, bunlar yırtılamaz ve yok edilemez.
- Kayıtlar zamanında yapılmalıdır. Kayıtların on günden fazla geciktirilmesi caiz değildir. Kayıtların devamlı olarak muhasebe fişleri, primanota ve bordro gibi yetkili amirlerin imza ve parafı-

nı taşıyan mazbut vesikalara dayanarak yürütülen müesseselerde, muamelelerin esas defterlere 45 günden daha geç intikal ettirilmesine cevaz vermez.

- Türk harfleri kullanılmalıdır.
- Uluslararası rakamlar kullanılmalıdır.
- Değer sistemi olarak Türk Parası kullanılmalıdır.
- Defter tasdikleri yaptırılmalıdır.

-Öteden beri işe devam etmekte olanlar yeni dönemde yeni defter kullanacaklarsa defterin kullanılacağı yıldan önce gelen son ayda (uygulamada bu tasdiğe **yenileme tasdiği** adı verilir);

-Öteden beri işe devam etmekle olanlar yeni dönemde eski dönem defterlerinin dolmaması nedeniyle bunları yeni dönemde kullanacaklarsa defterin kullanılacağı hesap döneminin ilk ayında (uygulamada bu tasdiğe **devam tasdiği** adı verilir);

-Yeniden işe başlayanlar, sınıf değiştirenler ve yeni bir mükellefiyete girenler işe başlama, sınıf değiştirme ve yeni mükellefiyete girme tarihinden önce; vergi muafiyeti kalkanlar, muafılıktan çıkma tarihinden başlayarak on gün içinde;

-Tasdiğe tabi defterlerin dolması dolayısıyla veya sair sebeplerle yıl içinde yeni defter kullanmaya mecbur olanlar bunları kullanmaya başlamadan önce tasdik ettirmeye mecburdurlar.

5.5. BELGE DÜZENİNE İLİŞKİN ÖDEVLER

Hangi şartlar ve hukuki ilişki altında hangi belgelerin düzenleneceği VUK’nda ismen ve içerik olarak belirtilmiştir.

Vergiye doğuran olayın özünün bir özel hukuk ilişkisine dayanması nedeniyle vergiyi doğuran olayı tespit için düzenlenen belgeler, ilişkinin tarafları açısından özel hukuk itibarıyla kullanılabilecek delil niteliği de taşırlar. Bu belgeler aşağıda belirtilmiştir:

* **Fatura (VUK md. 232)**

Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.

Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler:

- Birinci ve ikinci sınıf tüccarlara
- Serbest meslek erbabına
- Kazançları basit usulde tespit olunan tüccarlara
- Defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilere
- Vergiden muaf esnafa

Sattıkları emtia veya yaptıkları işler için fatura vermek ve bunlar da fatura istemek ve almak mecburiyetindedirler.

Yukarıdakiler dışında kalanların, birinci ve ikinci sınıf tüccar ile kazancı basit usulde tespit edilenlerden ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerden satın aldıkları emtia veya onlara yaptıkları iş bedelinin 770 TL yi² geçmesi veya bedeli bu tutardan az olsa dahi istemeleri halinde emtiayı satanın veya iş yapanın fatura vermesi mecburidir.

Faturada iş sahibinin veya namına imzaya yetkili olanların imzası bulunur. Fatura malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren “yedi gün” içinde düzenlenir. Bu süre içinde düzenlenmemiş faturalar hiç düzenlenmemiş sayılır.

* Gider Pusulası (VUK md. 234)

Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabının ve çiftçilerin *vergiden muaf esnafa* yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için tanzim edip işi yapana veya emtiayı satana imza ettirecekleri gider pusulaları vergiden muaf esnaf tarafından verilmiş fatura hükmündedir. Bu belge, birinci ve ikinci sınıf tüccarların, zati eşyalarını satan kimselerden satın aldıkları altın, mücevher gibi kıymetli eşya için de tanzim edilir.

* Müstahsil makbuzu (VUK md. 235)

Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenler ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler “gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden” satın aldıkları malların bedelini ödedikleri sırada iki nüsha makbuz tanzim etmeye ve bunlardan birini imzalayarak satıcı çiftçiye vermeye ve diğerini ona imzalatarak almaya mecburdurlar.

² 01.01.2012'den itibaren belirlenen tutar.

*** Serbest meslek makbuzu (VUK md. 236)**

Serbest meslek erbabı, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir.

*** Perakende satış vesikaları (VUK md. 233)**

Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerden fatura vermek mecburiyetinde olmadıkları satışları ve yaptıkları işlerin bedelleri aşağıdaki vesikalardan herhangi biri ile tevsik etmek zorundadırlar. Perakende satış belgeleri alıcı yönünden satıcının verdiği fatura yerine geçer.

- Perakende satış fişleri
- Makineli kasaların kayıt ruloları
- Giriş biletleri
- Yolcu taşıma biletleri

Bu belgelerde işletme veya mükelleflerin adı, düzenleme tarihi ve alınan paranın miktarı gösterilir.

Bir işlemde perakende satış fişi verilebilmesi için öngörülen şartlar:

- i-Alınan malın satılmak için alınmaması
- ii-Satış bedelinin 770 TL³ yi geçmemesi

*** Sevk irsaliyesi (VUK md. 230/5)**

Malın alıcıya teslim edilmek üzere satıcı tarafından taşındığı veya taşıttırıldığı hallerde satıcının, teslim edilen malın alıcı tarafından taşınması veya taşıttırılması halinde alıcının, taşınan veya taşıttırılan mallar için sevk irsaliyesi düzenlenmesi ve taşıtta bulundurulması şarttır. İrsaliyelerde malın nereye ve kime gönderildiği ayrıca belirtilir.

Şu kadar ki, nihai tüketicilerin tüketim amacıyla perakende olarak satın aldıkları malları kendilerinin taşıması veya taşıttırılması halinde bu mallara ait fatura veya perakende satış fişinin bulunması şartıyla sevk irsaliyesi aranmaz.

*** Taşıma irsaliyesi (VUK md. 240/A)**

Ücret karşılığında eşya nakleden bütün gerçek ve tüzel kişiler naklettikleri eşya için VUK 209. maddede yazılı bilgilerle, sürücünün ad ve soyadı

³ 01.01.2012 den itibaren belirlenen tutar

ve aracın plaka numarasını ihtiva eden seri ve sıra numarası dahilinde teselsül eden irsaliye kullanmak zorundadırlar. Bu irsaliyenin bir nüshası eşyayı taşıtıran, bir nüshası eşyayı taşıyan aracın sürücüsüne veya kaptanına verilir ve bir nüshası da taşımayı yapan nezdinde saklanır. Bu hükümler nakliye komisyoncuları ile acenteleri de kapsar.

*** Günlük müşteri listesi (VUK md. 240/c)**

Otel, motel ve pansiyon gibi konaklama yerleri, odalar, bölmeler ve yatak planlarına uygun olarak müteselsil seri ve sıra numaralı günlük müşteri listeleri düzenlerler ve işletmede bulundurlar.

*** Yolcu listesi (VUK md. 240/B)**

Şehirler arasında yapılan yolcu taşımalarında VUK 233. madde gereğince yolcu taşıma bileti kesmeye mecbur olan mükellefler (T.C. Devlet Demiryolları hariç) taşıtların her seferi için müteselsil seri ve sıra numaralı ve oturma yerlerini planlı şekilde gösteren iki nüsha yolcu listesi düzenlerler ve bu listenin bir nüshasını sefer sonuna kadar taşıtta ve diğer nüshasını işyerinde bulundurlar.

*** Ücret bordrosu (VUK md. 238)**

İşverenlerin her ay çalıştırdıkları ücretlilere ödedikleri ücretler için düzenlemek zorunda oldukları belgedir. Ücret bordrosunun hangi aya ait olduğu baş tarafında gösterilir. Bir aya ait bordro ertesi ayın 20. gününe kadar hazırlanıp tarihlenerek, müessese sahibi veya müdürü ile bordroyu tanzim eden memur tarafından imzalanır.

Vergiden muaf olan ücretlerle diğer ücretler nedeniyle vergilendirilen hizmet erbabına yapılan ücret ödemeleri için bordro düzenlenmez.

*** Muhasebe evrakı (VUK md. 241)**

Tüccarların her tür ticari muameleleri dolayısıyla yazdıkları ve aldıkları mektuplar telgraf, teleks vb. muhabere yazışma ve haberleşme) evraklarını oluşturur. Gönderilen ve gelen muhabere evrakının işlerin icabına göre dosyada saklanması zorunludur.

5.6. DEFTER ve BELGELERİ SAKLAMA ve İBRAZ ÖDEVLERİ

Defter ve belgeleri saklama ve ibraz ödevi yükümlünün beyanda bulunduğu matrah ve bilgilerin doğruluğunu kanıtlama yükümlülüğünün doğal sonucu olarak ortaya çıkan bir ödevdir.

5.6.1. Saklama Ödevi

Defter tutmak zorunda olanlar tuttukları defterleri, aldıkları belgeleri, verdikleri belgelerin suretlerini bunların ilgili oldukları yılı takip eden takvim yılı başından başlayarak “beş yıl” süre ile saklamak zorundadırlar (VUK md. 253).

Defter tutmak zorunda olmayan yükümlüler ise almak zorunda oldukları fatura, gider pusulası ve müstahsil makbuzlarını düzenleme tarihlerini takip eden takvim yılı başında başlayarak “beş yıl” süre ile saklamak zorundadırlar (VUK md. 254).

5.6.2. İbraz Ödevi

Yükümlüler esas itibariyle saklamak durumunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri saklama süresi içinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar.

Vergi Usul Kanun’u göre tutulması zorunlu olan defterlerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz edilmemesi re’sen matrah takdiri sebebi sayılmıştır.

6. VERGİ İDARESİNİN DENETİM VE BİLGİ EDİNME YOLLARI

Beyan ödevini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen (eksik yerine getiren) kişinin bilinmeyen ve gizli kalmış bilgileri idare tarafından ortaya çıkartılmalıdır ki gerçek vergilendirmeye ulaşılabilsin. Vergi idaresinin başta vergiyi doğuran olayı tespit etmesi, vergilendirme ile ilgili diğer hususları ortaya çıkarması ve sonuçta beyan edilen matrahların doğruluğunu araştırması amacıyla bilgi edinmesine yönelik çeşitli hukuki imkan ve müesseseler getirilmiştir. Bu müesseseleri yoklama, inceleme, arama ve bilgi toplama olarak ifade etmek mümkündür.

6.1. YOKLAMA

Yoklama, yükümlülere veya yükümlülükle ilgili vergi dairesinin bilgisi dışında kalan maddi olayları, kayıtları ve konuları araştırmak ve tespit etmektir (VUK md. 127). Örneğin, işyerinin faaliyette bulunup bulunmadığına veya bir gayrimenkulun kiraya verilip verilmediğine ilişkin tespit yoklamanın konusunu oluşturur.

Yoklama müessesesi kapsamında tespit edilebilecek hususlara başlıklar halinde aşağıda yer verilmiştir. İlgili hususlara ilişkin yapılacak tespitlerin bazıları delil tespitine bazıları ise tedbir mahiyetine yöneliktir.

- Günlük hasılatı tespit etmek
- Ödeme kaydedici cihazların usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek
- İşyerinde bulunması zorunluluğu getirilen defterlerin bulundurulup bulundurulmadığını, tasdik edilip edilmediğini, kayıtları yapıp yapılmadığını tespit etmek
- Düzenlenmesi gereken kanuni belgelerin düzenlenip düzenlenmediğini tespit etmek
- Malların faturalı olup olmadığını tespit etmek
- Vergi levhası bulundurulup bulundurulmadığını tespit etmek
- Vergi kaybı ile ilişkili olduğu belirlenen kanuni defter ve belgeler dışında kalan defter, belge ve delillere el koymak ve bunları almak
- Nakil vasıtalarını durdurmak ve taşıtta bulundurulması zorunluluğuna tabi yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi yolcu bileti ve taşıma irsaliyelerinin bulunup bulunmadığını tespit etmek
- Nakil vasıtalarında bulundurulma zorunluluğuna tabi yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi, yolcu bileti ve taşıma irsaliyelerinin üzerinde yazılı bilgilerle gerçek durumun uyumlu olduğunu araştırmak amacıyla ölçüm, tartım ve sayımlar yapmak
- Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulundurulmaması halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak.

Yoklama sonuçları tutanak şeklinde düzenlenen ve adına “yoklama fişi” denen belgeye geçirilir. Belge iki nüsha olarak düzenlenerek nezdinde yoklama yapılabilecek veya yetkilisine imzalatılır. Yoklama fişinin bir nüshası yükümlüye veya yetkilisine bırakılır.

Yoklama fişi genellikle tespit tutanağı niteliği arz etmekle beraber bazı durumlarda (VUK md. 353/3) doğrudan ceza ihbarnamesi yerine geçer.

6.2. İNCELEME

Vergi incelemesinin amacı yükümlünün ödemesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır (VUK md. 134). İnceleme ile yükümlü nezdinde meydana gelen vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin tüm işlemler derinlemesine incelenerek ödenen verginin, ödenmesi gereken vergi olup olmadığı araştırılır. Özellikle beyana dayanan vergiler açısından çok önem arz eden inceleme ile yükümlülerin beyan ettikleri matrahların doğruluğu denetlenir.

İnceleme sırasında verginin matrahını oluşturan unsurların gerçeği yansıtıp yansıtmadığını araştırmak esastır. Örneğin, hasılat ve giderlerin kanunda öngörülen biçimiyle kayıtlara geçirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu konuda en yaygın kullanılan araştırma yöntemlerinden biri “randıman incelemeleri”dir. Randıman incelemesiyle işletmelerin ürettikleri mamul mallar ile bu malları üretmek için kullandıkları hammadde, yarımamul ve yardımcı maddeler arasında teknik ilişkinin uyumlu olup olmadığı belirlenir. Sonuçta, gerçekleşen fiili üretim ile kayıtlara intikal eden kaydi üretim arasındaki farka ulaşılmaya çalışılır. Böylelikle gerçek üretim miktarına göre beyan edilmesi gereken hasılat ve gider kalemleri ile kayıtlarda görünen üretim miktarlarına göre beyan edilen hasılat ve gider kalemleri karşılaştırılarak matrah farkının bulunup bulunmadığı tespit edilir.

Vergi incelemesi vergi müfettişleri ve bu konuda yetkili kılınmış vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır.

İnceleme elemanı inceleme sonucunda adına “inceleme raporu” denen bir belge düzenler. İnceleme raporunda matrah veya matrah farkının varlığı dayanak ve delilleriyle ortaya konur. Düzenlenmesini takiben inceleme elemanı tarafından yükümlünün ilgili vergi açısından bağlı bulunduğu vergi dairesine gönderilir. Vergi dairesi yükümlüye inceleme raporundaki sonuçlara göre vergi tarh eder ve/veya ceza keser. Yükümlü tarh edilen vergi ve/veya kesilen cezayı dava etme hakkına sahiptir.

Vergi inceleme raporlarının tek başına icrailik güçleri olmadığı için dava konusu yapılamazlar. Ancak vergi inceleme raporuna dayanarak tarh edilen vergi ve/veya kesilen cezanın bulunması durumunda hukuki sonuç doğuran ve icrailik kabiliyetine sahip bir işlem ortaya çıkmış olur. Bu işlemin dava edilmesi halinde inceleme raporunda belirtilen hususların yerinde olmadığı açılan dava sırasında ileri sürülebilir.

6.3. ARAMA

Yükümlülerin vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirmede kanuna uygun davranıp davranmadıkları hususunda kullandığı bilgi toplama yollarından biri de aramadır. Arama yolu ile bilgiye ulaşma yoklama veya incelemeyi yöntem olarak farklılık arz eder. Farklılık, elde edilen bilginin gizlenen bilgi ve belgelere yönelik olmasıdır.

Arama, haklarında ihbar bulunan veya yapılan vergi incelemeleri sırasında vergi kaçırdıkları yolunda kuvvetli belirti bulunan yükümlüler veya kaçakçılıkla ilgisi görülenlerin işyerlerinde, evlerinde ya da üzerlerinde hakim kararı ile araştırma yapılması şeklinde gerçekleştirilir (VUK md. 142-147). Bu yapılırken Anayasa'nın 12. maddesindeki sınırlamalara uyulması gereği tabiidir.

6.4. BİLGİ TOPLAMA

Vergi idaresi vergilendirme ile ilgili çeşitli bilgileri herkesten isteyebilir. Bilgi istenen kişinin yükümlü olup olmamasının, incelemeye alınmış bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur (VUK md. 148-149).

6.4.1. Talep Üzerine Bilgi Verme

Maliye Bakanlığı veya vergi incelemesi yapmaya yetkili bulunanlar gerçek veya tüzel kişilerden vergilendirme ile ilgili her türlü bilgiyi isteyebilirler. Münferit bir konuya veya olaya mahsus olarak istenen bilginin muhatapı tarafından verilme mecburiyeti vardır. Bilgi isteme yazı ile gerçekleştirilir.

6.4.2. Sürekli Bilgi Verme

Gerçek ve tüzel kişiler, vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili belli bilgileri aralıklarla veya sürekli olarak yazılı şekilde duruma göre Maliye Bakanlığı'na veya vergi dairelerine bildirmek zorundadırlar.

Maliye Bakanlığı veya vergi dairesinde toplanan bilgilerden hareketle, gerekiyorsa yükümlüler hakkında işlem başlatılabilir. Veya daha önce başlatılmış bir işlem varsa toplanan bu bilgiler bahis konusu işlem için kullanılabilir.

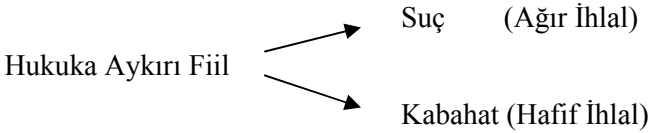
7. VERGİ KABAHAHAT VE SUÇLARI

7.1. KABAHAHAT ve SUÇ KAVRAMI

Uyumlu bir toplumsal yaşamı hayata geçirmek için gerekli olan kurallara aykırı davranışa durumuna göre “kabahat” veya “suç”, bu tür davranışta bulunan kişilere “kabahatli” veya “suçlu”, denir ve bunların karşı karşıya kaldığı yaptırıma ise “ceza” adı verilir.

Suç ile kabahat arasındaki ayırımın niceliksel yönden olması nicelik farkının da cezanın derecesi açısından belirlenir olması nedeniyle, haksızlığa tanınan öneme göre uygulanan yaptırımın türüne bakarak, eylemin suç veya kabahat olduğuna karar verilecektir. Sonuçta haksızlığa karşı hapis cezası veriliyorsa o fiil suç, para cezası veriliyorsa o fiil kabahat olarak nitelendirilecektir.

Suçlarda olduğu gibi kabahatlerde de amaç hukuk düzenini korumak ve işleyişi sağlamak olmakla beraber, toplumsal bakımdan kamu düzenini ihlal eden fiiller suç şeklinde; idari bakımdan kamu düzenini ihlal eden fiiller ise, kabahat şeklinde düzenlenmektedir.



Kanunlarımıza göre cezalar ancak kanunlarla konulabilir. Bu konu en geniş ve açık şekilde Anayasamızın 38. maddesinde ifadesini bulmuştur.

Ülkemizde kabahatlere bu konuda genel bir kanun olan Kabahatler Kanununda, suçlara yine bu konuda genel kanun olan Türk Ceza Kanunu’nda yer verilmiştir. Ancak, genel kanunlar dışında yer alan bazı kanunlarda irili ufaklı pek çok kabahat ve suçlar getirilmiştir. kabahatler Kanunun ve Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlar tarafından düzenlenen fiiller cezaları esasen genel ceza hukukunu tamamlayıcı nitelik gösterir. Cezalandırma konusunda özel kanun (veya hüküm) niteliği taşıyan bu düzenlemelere Karayolları Trafik Kanunu’nda,, İmar Kanunu’nda ve Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen kabahat ve suçlar örnek olarak verilebilir.

7.2. KABAHAHAT VE SUÇLARIN FARKLARI

Kabahatlerle suçlar arasında çeşitli açılardan farklılıklar bulunur. Belli başlı farklara aşağıda yer verilmiştir.

- i-Suçlar kamu düzenini korumayı amaçlarken kabahatler idari düzeni sağlamayı amaçlar.
- ii-Kabahatlere idari para cezası, suçlara ise hürriyeti bağlayıcı nitelikte olan hapis cezası uygulanır.
- iii-Kabahatlere uygulanacak yaptırımlar birer idari işlem olması nedeniyle, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya gerçekleştirdiği işlemlerin tabi olduğu usullere göre kesilirken, suçlara ilişkin yaptırımlar ceza mahkemelerince ceza hukuku usul ve kurallarına göre saptanır.
- iv-kabahat kasıt, taksir veya ihmalle işlenebilirken, suçlar kural olarak ancak kasıtlı işlenebilmektedir.
- v-Kabahatler Kanununda kabahatler nedeniyle kesilecek cezalara karşı açılacak davalarda sulh ceza mahkemesi (adli yargı) görevli kılınmış olmakla birlikte bu kural vergi kabahatleri için vergi mahkemeleridir. geçerli değildir.Suçlara ilişkin cezalar ise savcı tarafından hazırlanacak iddianame çerçevesinde bizzat ceza mahkemesinin ceza kararıyla verilir.
- vi-Kabahatler objektif karakterli olmasına rağmen, suçlara ceza verilirken cezanın failin durumuna uygun hale getirilmesini ifade eden kişiselleştirilebilmesi söz konusu olmaktadır.Örneğin, suçlara yönelik cezai yaptırımlar suçlunun kişisel özellikleri (evli, bekar, yaş durumu vb), fiilin niteliği dikkate alınarak mahkemeler tarafından uygulanmaktadır.
- vii-Suç getirebilmek ve cezasını belirlemede tek kaynak kanuni düzenlemeler iken kabahat fiili oluşturma itibarıyla kapsam ve koşulları bakımından belirli bir çerçeve ortaya koyarak idareye yetki verebileceğini düzenlenmiştir (KK.m. 4).

7.3. VERGİ KABAHAATİ KAVRAMI ve ÇEŞİTLERİ

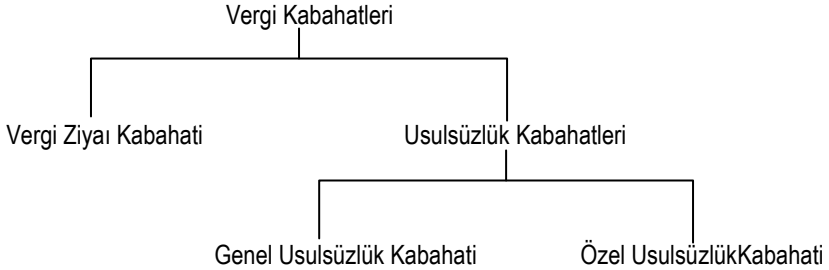
7.3.1. Vergi Kabahati Kavramı

Vergi kabahati, vergi kanunlarında gösterilen maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmemesi veya bu ödevlere aykırı davranışlarda bulunulması nedeniyle devletin vergi kaybına uğratılmasına veya kamu düzeninin bozulmasına sebep olan ve ceza öngörülen fiiller olarak tanımlanabilir.

7.3.2. Vergi Kabahatleri

Vergi kabahtleri, “vergi ziyai kabahati” ve “usulsüzlük kabahatleri” olmak üzere temelde iki kategoriye ayrılır. Usulsüzlük kabahati de biri “genel usulsüzlük kabahati” diğeri “özel usulsüzlük kabahati” olmak üzere iki alt gruba ayrılmaktadır. VUK’nda genel usulsüzlükler I’inci (birinci) ve II’inci (ikinci) ağırlıktaki fiillerle işlenenler olmak üzere derecelendirilmiştir.

Kabahatleri şematik olarak gösterirsek:



7.3.2.1. Vergi Ziyai Kabahati

Vergi ziyai kabahati, işlenen fiilin (yapılan veya yapılmayan hareketin) neticesinin vergi ziyasına sebep olmasını arayan bir kabahttır. Bu nedenle vergi ziyai kabahati bir **netice kabahati**⁴ olarak değerlendirilir. İşlenen fiil

⁴Kanunların neticeyi açıkça hareketten ayrı gösterdiği kabahtlerdir. Bu kabahtlerde kabahatin tamam olması açısından hareketten başka neticenin de gerçekleşmesi aranır. Kanuni tarifte yer alan netice gerçekleşmeden faile kabahatin cezasını vermeye imkan yoktur. Bu nedenle bu gruptaki kabahtlere “maddi kabahtler” veya “netice kabahtleri” adı da verilmektedir.

ne kadar ağır olursa olsun vergi ziyana sebep olmuyorsa vergi ziyai kabahatinden bahsetmek mümkün olmaz.

Vergi ziyana sebep olmak üç grup altında ele almıştır. Bunlar;

i-verginin eksik veya geç tahakkuku,

ii-şahsi medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar nedeniyle verginin eksik tahakkuku

iii-haksız yere verginin geri verilmesi halleridir.

Yukarıdaki hallerden verginin “eksik” veya “geç” tahakkukuna bağlanan vergi ziyasının “tahakkuk” aşamasında meydana geldiğine dikkat çekmek gerekir. Bu nedenle tahakkuk etmiş bir verginin geç tahsili veya tahsil edilememesi vergi ziyasını oluşturmaz.

Vergi ziyana (eksik veya geç tahakkuka) sebebiyet veren fiiller, hareketin taşıdığı ağırlığa bağlı olarak cezanın miktarının farklılaşmasına yol açması nedeniyle kategorize edilmiştir.

7.3.2.1.1. Vergi Ziyana Sebep Olan Fiiller

7.3.2.1.1.1. Ağır Nitelikli Fiiller

i. Hesap ve Muhasebe Hileleri Yapmak: Defter kayıtlarının muhasebe kurallarına aykırı yapılarak vergi matrahının doğru şekilde tespitini zorlaştırmaya yönelik aldatmaya yönelik hareketlerdir. Örneğin, imalatı düşük göstermek için hammaddenin satılmış gösterilmesi böyledir.

ii. Uydurma Adlarla Hesaplar Açmak: Gerçekte olmayan (hayal ürünü) bir kişiyi var ve yaşıyor gibi gösterip uydurma adlarla veya gerçekte var olan fakat işlemlerle hiç ilgisi bulunmayanlar adına hesaplar açılarak işletmeyle ilgili bazı hususların gizlenmesi amaçlanmaktadır.

iii. Çift Defter Kullanmak: Vergi kanunları mükelleflere konumuna uygun düşen defterleri tutma zorunluluğu getirmiştir. Böylelikle vergi matrahının doğru olarak belirlenmesi bakımından gerekli belgelerin ve bilgilerin yasal defterlere kaydedilmesi gerekir. Kanuni (zorunlu) defterlere kaydı gereken hesap ve işlemlerin vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde kısmen veya tamamen başka defter (ikinci defter) ve kayıt ortamlarına (ikinci ka-

yıt) kaydedilmesi vergi ziyayı suçunun fiillerinden biri olarak kabul edilmiştir.

iv. Defter Kayıtlarını veya Belgeleri Tahrif Etmek veya Gizlemek:Tahrifatın kelime anlamı bozmak, aslından farklı hale getirmek, kalem oynatmak demektir. Mükellef defter, kayıt ve belgelerde tahrifat yapmakla, belgelerin gerçeği yansıtmaya gücü üzerinde oynamaktadır.

Tahrifatla defter, kayıt ve belgelerde yer alan esasen gerçeği ifade eden yazı veya rakamların üzerinde ilave veya eksilme şeklinde oynamalar yapılarak değiştirilmesi suretiyle gerçeğe uymayan durumların yaratılmasıdır.

Gizleme hali, mahiyet itibarıyla tahrifattan farklı bir nitelik arzeder. Gizleme, varlığı noter kayıtları veya sair suretlerle sabit olan defter ve belgelerin inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere ibraz edilmemesidir.

v. Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanmak: Belgenin yanıltıcı olması onun üretilmesiyle ilgilidir. Belge başlangıçta ve ilk olarak gerçek iktisadi ilişkiyi içerecek şekilde meydana getirilip, sonradan üzerinde oynamak veya kalem oynatmak suretiyle gerçeğinden farklı hale getiriliyorsa yanıltıcı belge düzenlemekten değil, tahrifattan bahsedilir. Eğer belge ilk meydana getirilirken gerçek iktisadi ilişkiyi yansıtmaktan uzak düzenlenmişse bu durumda yanıltıcı belge tanziminden söz edilir. Düzenlenen belge meydana gelen mali olayı eksiksiz yansıtmaktan uzak hale getirmişse yanıltıcılık vasfı kazanmış demektir. Örneğin, (A) malından ton fiyatı 5000 lira olmak üzere 20 ton mal satılmasına rağmen, (A) malının (B) malı ve/veya 5000 liralık ton fiyatın 4000 ve/veyahut 20 tonun 10 ton gösterilmesi belgeyi yanıltıcı hale getirir.

Yanıltıcı belgenin kullanılmasından anlaşılması gereken şeyde, kayıtlara intikal ettirilmesidir.

vi. Defterleri Kayıtları veya Belgeleri Yok Etmek:Yok etmek eylemi bilgiye (veya bilgilere) ulaşmayı imkansız hale getirmektedir. Çünkü, yok etmeyle defter ve belgelerin maddi varlığına son verilmektedir. Defter ve belgelerin maddi varlığına son verme bunların yakılması, imha edilmesi, yırtılıp parçalandıktan sonra bir daha ulaşılamayacak şekilde çöpe atılması biçimlerinde olabilir.

Defter ve belgeler yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi doğal afetler sebebiyle yok olduğunda, ileri sürülen yok olma olayının öğrenilmesinden itibaren *onbeş gün* içinde ticari işletmenin bulunduğu yer mahkemesine başvurur ve mahkemenin olumlu bir kararı durumunda yok olma nedenine dayanan fiil oluşmaz.

vii. Defter Sayfalarını Kopartarak Yok Etmek: Fiilin meydana gelmesi için defter sayfalarının koparılaraq yok edilmesi yeterlidir. Koparılaraq yok edilen sayfalar yerine başka sayfaların konulup konulmaması fiilin varlığını etkileyen bir husus değildir.

viii. Sahte Belge Düzenlemek yada Kullanmak: Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgelerdir. Hiç bir ekonomik faaliyette bulunulmamasına rağmen (mal veya hizmet hareketi olmaksızın) sanki öyle bir faaliyette bulunulmuş gibi bir belge düzenlemektir. Mal alımı ve satımı olmadığı halde düzenlenen belge sahte niteliktedir. Uygulamada bu nitelikteki belgelere “naylon” belge denmektedir. Belgede sahtelik belgenin asıl veya sureti itibarıyla gerçekleşebilir. Fiil, asıl veya suretin sahte düzenlenmesini yeterli görmüştür. Örneğin, belgenin sureti gerçek bir ilişkiye yönelik olarak düzenlenirken aslı bir başka ilişkiye yönelik düzenlenmiş olabilir.

7.3.2.1.1.1. Hafif Nitelikli Fiiller

Beyannamenin kanuni süresinden sonra kendiliğinden verilmesi hafif nitelikli fiil olarak belirtilmiştir. Beyannamenin kendiliğinden verilmesi ile kastedilen durum, beyannamenin verildiği an itibarıyla, daha önceden “mükellef nezdinde” vergi incelenmesine başlanılmamış veya “işlem takdir komisyonuna sevk edilmemiş” olmalıdır.

7.3.2.1.1.1. Orta Nitelikli Fiiller

Orta nitelikli fiillerin neler olduğu kanunda sayılmamış, serbest bırakılmıştır. Bir fiilin orta nitelikli olarak değerlendirilebilmesi için, ağır ve hafif nitelikli fiiller dışında kalması ve vergi kaybına sebebiyet vermesi yeterli görülmüştür. Fiillerle ilgili olarak netice gösterilmiş, bu neticeye yol açan ağır ve hafif fiiller dışında kalan her türlü fiil bu kapsama alınmıştır. Örneğin, bir işletmeye randıman hesabına dayanılarak yapılan tarhiyatta fiil orta nitelikli kabul edilecektir.

7.3.2.1.2. Vergi Ziyayı Kabahatinin Cezası

Vergi ziyayı suçunun cezası vergi aslına bağlı olarak hesaplanan para cezasıdır. Hesaplanan para cezasının iki elemanı vardır.

- i. Ziyaa uğratılan vergi (VZ): Vergi ziyayı, suçun netice unsurunu oluşturur. Genel olarak eksik veya geç tahakkuk olarak ortaya konur.
- ii. Katsayı (K): Vergi ziyasının ağır nitelikli fiillerle işlenmesi halinde katsayı 3, orta nitelikli fiillerle işlenmesi halinde 1, hafif nitelikli fiillerle işlenmesi halinde 1/2 olarak uygulanır.

Vergi Ziyayı Cezası = (Ziyaa uğratılan vergi x Katsayı)

ÖRNEK: (X) Anonim Şirketinin 2010 takvim yılı defter ve belgeleri üzerinde yapılan vergi incelemesinden (KDV hariç) 100.000 TL'lik satışlarına ilişkin faturayı kesmediği ve bu tutara kayıtlarında yer vermediği için hâsılatı intikal ettirmediği ve ilgili dönem matrahını 800.000 TL olarak beyan ettiği anlaşılmıştır. Kurumlar vergisi açısından işlenen vergi ziyayı kabahatinin ceza miktarını bulunuz. (Kurumlar vergisi oranı %20)

Hesaplama yapılırken önce eksik beyan edilen tutar bulunacak sonra eksik tahakkuk ve nihayet sebep olunan vergi ziyayı tespit edilerek daha sonra ceza miktarına ulaşılabacaktır.

Tahakkuk Etmesi Gereken Vergi: 180.000 TL

(Beyan edilmesi gereken matrah x %20)

(Beyan edilen matrah + eksik beyan edilen matrah) x %20

$(800.000 + 100.000) \times \%20 = 180.000$

Tahakkuk Eden Vergi: 160.000 TL

(Beyan edilen matrah x %20)

$(800.000) \times \%20 = 160.000$

Eksik Tahakkuk Eden Vergi = (Vergi Ziyai): 20.000 TL

Fiille yaratılan vergi ziyayı bulunduktan sonra sıra vergi ziyayı kabahatine verilecek ceza miktarının bulunmasına gelir. Vergi ziyasına sebep olan fiil orta nitelikli fiildir. Dolayısıyla orta nitelikli fiil için belirlenen katsayı 1 olduğundan vergi ziyayı kabahatinin cezası $20.000 \times 1 = 20.000$ TL olacaktır.

7.3.2.2. Genel Usulsüzlük Kabahati

Genel usulsüzlük kabahati vergi kanunlarının şekle ve usule ilişkin hükümlerine uyulmaması halini ifade eder (VUK md. 351). Bu yapıyla genel usulsüzlük kabahati vergi mükellefiyetine bağlı olarak, bildirim, belge alma-verme, belge bulundurma, defter tutma ve tasdiki vb. hususlara ilişkin aykırılıkları cezalandırmayı amaçlar. Dikkat edildiğinde usulsüzlüklerin “şekli ödev” ihlallerini hedef aldığı görülmektedir.

Vergi kaybı olup, olmaması önemli olmaksızın hareketin yapılması kabahatin oluşması için yeterli görülmüştür. kabahatin bu vasfı onu hareket kabahati⁵ kategorisine sokmaktadır. Kabahate ilişkin ceza mükellef grupları itibarıyla maktu para cezaları şeklinde belirlenmiştir.

Suçun fiilleri birinci derece ve ikinci derece fiiller olmak üzere iki grupta ele alınmıştır.

⁵ Kabahatin tamam olması açısından belirli bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmayan kabahatlerdir. Hareketin varlığı kabahatin varlığı için yeterli sayılır. Bu nedenle bu gruptaki kabahatlere “şekli kabahatler”, “sırf hareket kabahati”, “neticesiz kabahatler” veya “neticesi harekete bitişik kabahatler” denmektedir.

***Birinci Derece Fiiller**

- Beyannamelerin süresinde verilmemesi
- Defterlerin tutulmaması
- Kayıt ve belgelerin noksan, usulsüz veya karışıklığı
- Ekim-sayım beyanında bulunulmaması
- Defterlere ilişkin kayıt nizamına uyulmaması
- İşe başlamanın zamanında bildirilmemesi
- Defter tasdiklerinin yaptırılmaması veya ek süreden sonra tasdiki
- Diğer ücretlerin zamanında tarh edilmemesi
- Veraset ve intikal vergisi beyannamesinin birinci ek süreden sonra verilmesi

***İkinci Derece Fiiller**

- Bildirimlerin süresinde yapılmaması
- Ekim sayım beyanlarının yapılmaması, eksik veya yanlış yapılması
- Diğer ücretlilerin vergi karnelerini almamaları
- Defterlerin ek süre içinde tasdiki
- Beyanname, bildirim ve belgelerin şekil ve içeriğe uymaması
- Bazı belgelerin ibraz edilmemesi
- Veraset ve intikal vergisi beyannamesinin birinci ek sürede verilmesi

7.3.2.3. Özel Usulsüzlük Kabahati

Özel usulsüzlük kabahatinin fiilleri genel usulsüzlük kabahati fiillerinde olduğu gibi vergi kanunlarınca öngörülen şekle müteallik ödevlerin yerine getirilmemesine dayanır. Aralarındaki farkıçin kesin bir şey söylemek mümkün olmamakla birlikte özel usulsüzlük kabahatine verilecek ceza yapısının farklılığı ve bu gruptaki fiillerin vergi yükümlülüğünü daha ağır noktalarda ihlal etmesi ve buna bağlı olarak vergi ziyayı yaratma açısından daha elverişli ortam yaratması olduğu söylenebilir

Cezalar, bazı fiiller için nisbi bazıları için maktu para cezası şeklinde belirlenmiştir. Suçun fiilleri aşağıda sayılmıştır.

- Belge düzenine ilişkin aykırılıklar

- * Fatura, gider pusulası, serbest meslek makbuzu ve müstahsil makbuzunun verilmemesi, alınmaması veya farklı meblağlara yer verilmesi
- * Perakende satış fişi, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi günlük müşteri listesi ve yolcu listesinin düzenlenmemesi veya farklı meblağlara yer verilmesi
- Günü gününe tutulan defterlere (serbest meslek kazanç defteri) kayıt yapılmaması, defterlerin işyerinde bulundurulmaması
- Vergi levhasının işyerine asılmaması
- Muhasebe sistemine uyulmaması
- Vergi kimlik numarası kullanılmadan işlem yapılması
- Vergi kimlik numarası aramadan işlem gerçekleştirilmesi
- Nakil araçlarının durdurulmaması
- Bildirim zorunluluğuna uyulmaması
 - * Matbaaların bastıkları belgelerin vergi dairesine bildirilmemesi
 - * Vergi kimlik numaralı işlemlerin bildirilmemesi
 - * Zirai kazanç komisyonlarına bilgi verilmemesi
 - * İncelemeye yetkili kişilere bilgi verilmemesi
 - * Devamlı bilgi verme yükümlülüğüne uyulmaması
 - * Ölüm olaylarının ve intikallerin bildirilmemesi
- Vergi incelemesini zorlaştırma
 - * İbraz mecburiyetine uymama
 - * Vergi inceleme elemanının çalışma ortamını temin etmemek, gezip görmesine yardımcı olmamak
- Damga vergisine ilişkin usulsüzlükler

7.3.3. Vergi Suçları

Vergi suçları VUK'nun 359 ve 363. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Vergi suçlarına ilişkin cezalar ceza mahkemelerince yapılan yargılama sonucunda verilir. Ceza yargılaması iddia, savunma ve mahkeme üzerine kuruludur. İddia makamı bir kişinin suç tiplerinden birine uygun düşen hareket yaptığını iddia ettiği zaman kamu davası açar. İddia görevini yapan makam Devlet adına Cumhuriyet Savcılığı'dır. İddia makamı tarafından dava açılmadığı durumda yargılama makamı olan mahkeme kendiliğinden harekete geçmez. İddianamede sanığın açık kimliği, isnad olunan suçun neden ibaret olduğu, suçun kanuni unsurlarıyla uygulanması gereken kanun

maddeleri, deliller ve duruşmanın yapılacağı makam gösterilir. İddianame esas defterine kayıt ile birlikte dava açılmış olur ve suç isnadı yapılan kişi veya kişiler sanık adı verilen hukuki durum içine girerler. Bu kişiler iddialar karşısında mahkemede kendilerini savunmak durumundadırlar. Davanın açılmasıyla isnada ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkartmak üzere konu yargılama makamının önüne gelmiş olur.

Mahkeme uygun bir tarih ve zamanda oturum kararı vererek sanığı ve vergi dairesini temsilen hazine avukatlarını duruşmaya davet eder.

Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilen duruşmadan sonra hüküm tesis edilir. Hüküm mahkumiyet, beraat, davanın düşmesi, davanın reddi, görevsizlik, muhakemenin durması şeklinde olur.

Yargılama sonucunda, iddia edilen fiilin sabit olduğu kanaatine varılırsa sanığın mahkumiyetine (hapis cezası) karar verilerek mahkemeye son verilir ve takiben cezanın infazı için infaz savcılığına yazı yazılır.

Ceza mahkemesinden çıkan kararlar, idari vergi suçlarına ilişkin cezaları uygulayacak makam ve mercilerin kararları üzerinde etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce ittihaz edilecek kararlar da ceza yargıcını bağlama mecburiyeti yoktur (VUK md. 367/5).

7.3.2.1. Kaçakçılık Suçu

Kaçakçılık suçu kanunda terkip edilmiş fiillerden birinin işlenmesiyle ortaya çıkar. Mahkeme ceza verirken fiilin işlenmesinde sanığın kasıt içinde bulunmasını arayacaktır. Suç fiilleri;

- Muhasebe hileleri yapmak
- Gerçek veya işlemle ilgisi olmayan kişiler adına hesap açmak
- Vergi matrahının azalmasına sebebiyet verecek şekilde çift defter tutmak
- Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek
- Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak
- Defter, kayıt ve belgeleri yok etmek
- Defter sayfalarını yok etmek
- Belgelerin asıl veya suretlerini sahte düzenlemek
- Anlaşmalı matbaa olmadığı halde belge basmak

Dikkat edildiğinde kaçakçılık suçunun fiilleri ile vergi ziyayı kabahatinin “ağır nitelikli” fiillerinin aynı olduğu görülür.

Yukarıdaki fiillerden ilk beşini işleyenlere 18 aydan 3 yıla kadar, sonra gelen üç fiili işleyenlere 3 yıldan 5 yıla kadar, en sonuncu fiili işleyenlere 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir.

7.3.2.2. Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu

Vergilendirme işleriyle uğraşan memurlar, vergi incelemesinde ve idari yargıda görev yapanlar, komisyonlarda görev alanlar, bilirkişiler ve kendilerine bilgi verilen meslek kuruluşlarının yöneticileri, öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer hususları ifşa etmeleri veya kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanmaları halinde bu suç meydana gelir.

Cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır.

7.3.2.2.3. Mükelleflerin Özel İşlerini Yapma Suçu

Vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili mükelleflerin yapmak durumunda oldukları hesap, yazı ve sair bir çok özel işleri bulunur. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile vergi yargısında görevli olanlar “mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili özel işlerini” yapamazlar. Failin mükellef nezdinde yaptığı veya gerçekleştirdiği özel işlerin vergi kanunlarının uygulamasıyla ilgili olması yeterlidir. Vergi dairesindeki görevli bir memurun kendi dairesine kayıtlı olan veya olmayan bir mükellefin defterini tutması, beyannamesini doldurması, inceleme elemanının veya mahkeme yargıcının dava dilekçesi yazması bu konuda örnek olarak verilebilecek özel işlerdendir.

Suçta verilecek ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıdır.

7.3.2.2.4. Haysiyet ve Şeref Saldırı Suçu

Vergi cetvelleri, mükellefin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen ve vadesi geçmiş vergi cezaları, asılan vergi levhası, adli ve idari soruşturma kapsamında verilen bilgiler ile sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenlerin meslek kuruluşlarına, mali müşavirler birlik ve odalarına yapılan bildirimlerden hareketle mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına saldırılması suç olarak düzenlenmiştir.

Saldırıya maruz kalan kişinin yukarıdaki bilgilere dayanılarak, yapılan hareketten etkilenmesinin takdiri kendisine ait olması bu suç “şikayete bağlı suç” haline getirmiştir. Suçun cezası 3 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

8. VERGİ BORCUNU ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER VE VERGİ UYUŞMAZLIKLARI İLE KABAHAHLERE İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI

Bu kısımda vergi borcunu ortadan kaldıran sebeplerle uyumsuzluk konusu vergi veya ceza olsun uyumsuzluğun niteliğine bağlı olarak idari ve yargı yolları açıklanacaktır.

8.1. ÖDEME

Yükümlü kendisine tarh edilen verginin hukuka uygun olduğunu düşünüyorsa şartları varsa kendisine tanınabilecek tecil yolundan da yararlanarak ödeme cihetine gider. Esasen cezalar için süresinde başvurup ödemesi koşuluyla cezalardan indirmeyi talep ederek ödemeyi yapar. Aksi takdirde cezaları indirimsiz öder.

Tahakkuk etmiş vergi ve vadesi gelmiş vergi ziyayı kabahati cezası için gecikme zammı da ayrıca alınır.

8.2. ÖLÜM

Yükümlülerin ölüm hali vergileri değil, yükümlülerin varsa ölüm anına kadar ödemedikleri cezaların tümünün ortadan kalkmasını sağlar.

8.3. AF

Devletin çıkartacağı bir kanunla vergi ve/veya cezalardan tek taraflı olarak feragat etmesidir. Feragat işleminin kapsamı vergi ve cezanın türüne, dönemine, kısmen veya tamamen olmasına, şarta bağlı bulunmasına vb. hususlara göre farklı tespit edilebilir.

8.4. TERKİN (SİLME)

Kanunda öngörülen şartların meydana gelmesi halinde vergi ve/veya cezalar kısmen veya tamamen terkin edilir. Ticari işletmeler için terkinin uygulanabilmesinin şartları;

- i. Yükümlülerin yangın, yer sarsıntısı, yer kayması, su basması, kuraklık, don, muzir hayvan, haşarat istilası ve bunlara benzer afetlere maruz kalması,
- ii. Doğal afetler sonucunda ticari mal varlığının varlıklarının en az üçte birine ulaşacak şekilde kaybedilmesidir (zarara uğramasıdır).

Şartlar meydana gelmesi durumunda meydana gelen ticari kaybın ticari mal varlığına oranına göre “gelir vergileri” ve “cezaları” terkin edilir.

8.5. YANILMA

Yanılma esasen yükümlünün idarece yanıltılması hali olup sadece vergi cezasını ortadan kaldıran bir müessesedir. Yanılma yetkili makamların yükümlüye yanlış bilgi vermesi veya uygulamaya ilişkin görüş değiştirmeleri halinde söz konusu olur. Bakanlığın veya Defterdarlığın verdiği özelgeye veya Bakanlık tebliği ve sirkülerine göre vergi uygulamasını gerçekleştiren yükümlüye ceza verilmesi doğru olmaz. Verilmişse ceza yanılma hükümlerine dayanılarak ortadan kaldırılır. Yanılma hali vergiyi ortadan kaldırmaz. Yanılma vergiyi ortadan kaldırmamakla beraber zamanında tahakkuk ettirmeyen vergi için gecikme faizi de hesaplanmaz.

8.6. HATALARIN VARLIĞI

Vergi ve/veya cezalandırma işleminde hata; vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla vergi istenmesi, alınması ve/veya ceza kesilmesidir (VUK md. 116) hatalar hesaplamalardan veya kanuni hükümlerin yanlış uygulamasından kaynaklanır. Hesaplama hataları matraha, hesaplanan vergi miktarına yönelik iken vergilendirmede yapılan hatalar mükellefin şahsında (vergi ve/veya cezanın başka bir kişiden istenmesi), mükellefiyette (muaf iken mükellef sayılma), verginin konusuna (istisna iken vergilendirilme) yöneliktir.

Hata hem vergiler hem cezaları ortadan kaldırmak için yararlanılabilecek bir yoldur. Vergilerde veya cezalarda idare hatalı işlem yapmışsa yükümlüler “düzeltme zamanaşımı” süresi içinde hatanın varlığını ileri sürerek

işlemin düzeltilmesini sağlarlar. Düzeltme zamanaşımı süresi içinde (VUK md. 126) olmak koşuluyla vergi dairesine vergi mahkemelerinde dava açma süresi geçtikten sonra, düzeltme talebinde bulunanların bu talepleri reddolunursa, şikayet yoluyla Maliye Bakanlığı'na başvurulabilirler. Bu durumda, düzeltmeye yetkili organ Maliye Bakanlığı olmakla düzeltme işlemleri yine ilgili vergi dairesince yapılmaktadır.

8.7. CEZALARDA İNDİRİM

Cezalarda indirim müessesesi adından da anlaşılacağı üzere sadece “ceza”lara yöneliktir. Ancak cezaların tamamını değil bir kısmını ortadan kaldırır (VUK md. 376). Ceza indiriminden yararlanma şartları:

- i. Yükümlünün ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde vergi dairesine başvurusu
- ii. Yükümlünün verginin tamamını ve indirimden sonra kalan cezayı dava konusu yapmadan ödemesi
- iii. İndirilecek ceza tutarı vergi ziyayı suçunda 1/2 (müteakiben 1/3), genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük suçlarında her defasında 1/3'tür.

8.8. MÜCBİR SEBEPLER

Yükümlülerin iradesi dışında kalan karşı konulmaz ve katlanılması mecbur kalınan öyle haller vardır ki bunlar; vergi ödevlerinin yerine getirmelerine engel olurlar. Bu hallere mücbir sebepler denir. Mücbir sebep kanunda aşağıda belirtilen haller olarak sayılmıştır (VUK md. 13).

- Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk
- Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler
- Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler
- Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi hallerdir.

Maddede yer alan “gibi afetlere” mükellefin kasırgaya ve heyelana maruz kalması, “gibi hallere” de yurtdışından gelecek mükellefin uçak seferinin iptal edilmiş olması, gözaltına alınma, mükellefin çocuğunun vefat etmesi örnek olarak verilebilir.

Mücbir sebep ortadan kalkıncaya kadar ödevlere ilişkin süreler işlemez. Mücbir sebep altında geçen kanuni süreye isabet eden süreler mücbir sebep ortadan kalktıktan sonraki süreye eklenir. Yani mücbir sebep meydana gelmeden önce ödevin yerine getirilmesi için ne kadar süre kalmışsa (veya varsa) bu süre mücbir sebep ortadan kalktığı zaman ki süreye eklenir ve böylelikle işlemeyen süre kadar süre uzamış olur. Bu süre içinde ödev yerine getirilirse ceza verilmez.

8.9. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı belirli bir sürenin geçmesi ile idarenin vergi tarh etme ve/veya ceza kesme veyahut bunların tahsil yetkisinin düşmesi sonucunu doğuran bir müessesedir. Hem vergiler ve hem de cezalar için geçerlidir.

Zamanaşımı vergiler ve cezalara yönelik bir müessesedir. Zamanaşımının belirli bir süreye bağlı olması zamanaşımını hesaplamaya yönelik sürenin başlangıcına vergiler ve cezalar itibarıyla farklı esasların getirilmesini zorunlu kılmıştır.

8.9.1. Vergilerde Zamanaşımı

Vergiler için zamanaşımı biri tebliğ, diğeri tahsil zamanaşımı olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir.

8.9.1.1. Vergi Tebliğ (Tarh) Zamanaşımı

Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl içinde mükellefe tarh ve tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar (VUK md. 114). Kanun, süresinde tarh edilen bir verginin belirli zaman içinde tebliğ edilmesini gerekli kılar. Öngörülen süre içinde tebliğ işlemi yapılmazsa işlem zamanaşımına uğramış hali olur. Zamanaşımına uğramış bir verginin tarh edilmesinin bir anlamı yoktur. Zamanaşımı yükümlünün bu hususta bir başvurusunun olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder (VUK md. 113/2).

Vergilerde zamanaşımı süresi vergiyi doğuran olayın meydana geldiği yılı takip eden yılın başından başlamak üzere *beş yıl* içinde tebliğ edilmesi gerekir. Bu süre içinde tebliğ edilmeyen vergi zamanaşımına uğramış olur.

Zamanaşımına uğraması nedeniyle tebliği sonuç doğurmayacak bir tarhiyatın yapılmasında yarar yoktur. Böyle bir tarhiyat yapılırsa zamanaşım-

mına uğradığı iddiası değil, zamanaşımı ile vergi alacağı ortadan kalkmış olacağından (VUK md. 113) “borcum yoktur” iddiası ile işlemin iptal edilmesi gerekir. Böyle bir durumu zamanaşımı değil vergilendirme hatası olarak değerlendirmek doğru olur kanaatindeyiz.

8.9.1.2. Vergi Tahsil Zamanaşımı

Amme alacakları için zamanaşımı süresi getirilmiştir (AATUHK md. 102). Vergi de bir amme alacağı olması nedeniyle aynı zamanaşımı hükümlerinden yararlanır. Vergiler ödeme vadelerinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren *beş yıl* içinde tahsil edilmezlerse zamanaşımına uğrarlar.

Vadesi gelmemiş vergiler vade tarihinde, süresi geçmiş olanlar tahakkuku takip eden bir ay içinde ödenmesi gerekir. İşte, bu süreler içinde ödeme yapılmadığında vadeyi takip eden yılın başından başlamak üzere *beş yıl* içinde idarenin vergiyi tahsil etmesi veya tahsil etmek için harekete geçmesi (“ödeme emrini” (AATUHK md. 55 tebliğ etmesi) gerekir. Aksi takdirde vergi alacağı zamanaşımına uğrar.

8.9.2. Cezalarda Zamanaşımı

8.9.2.1. Ceza Kesme Zamanaşımı

Ceza kesme zamanaşımında farklı kabahatler için farklı süreler ve sürelerin başlangıcının tespiti için farklı esaslar öngörülmüştür (VUK md. 374). Belirtilen süreler içinde ceza ihbarnamesi tebliğ edilmekle zamanaşımı kesilmiş olur.

Vergi ziyayı kabahatinde ceza kesme zamanaşımı, kabahatin bağlı olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın birinci gününden başlayarak *beş yıldır*. Örneğin, yükümlü 2012 takvim yılına ait gelir vergisi beyannamesinde noksan gelir beyan etmişse, işlenen vergi ziyayı suçu nedeniyle kesilecek cezanın 31.12.2017 tarihine kadar kesilip mükellefe tebliğ edilmesi gerekir.

Özel usulsüzlük kabahatlerinde, zamanaşımı itibarıyla, iki grup fiil oluşturulmuştur. Ceza kesme zamanaşımı, VUK’un 353. ve mükerrer 355. maddesinde belirtilen fiillerle işlenen özel usulsüzlük kabahatinde, kabahatin işlendiği yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak *beş yıl*, yukarıda belirtilen fiiller dışında kalan fiillerle özel usulsüzlük kabahatinde *iki yıldır*.

Genel usulsüzlük kabahatlerinde ceza kesme zamanaşımı, suçun işlendiği yılı takip eden yılın birinci gününden başlayarak *iki yıldır*.

8.9.2.2. Ceza Tahsil Zamanaşımı

Vergi cezasının bir amme alacağı olması nedeniyle cezaların zamanaşımına ilişkin düzenleme AATUHK’da yapılmıştır (AATUHK md. 1 ve 102). Buna göre vergi ziyayı, özel usulsüzlük veya genel usulsüzlük suçuna ilişkin kesilen ve tahakkuk eden cezalar vadelerinin rastladığı yılı izleyen yılın başından itibaren *beş yıl* içinde tahsil edilmesi gerekir.

8.10. VERGİ ve CEZADAN VAZGEÇME

İdareye tek taraflı vergi ve cezadan vazgeçme hakkı verilmektedir. Vazgeçmenin mantığı ceza ile elde edilecek menfaate göre bu menfaate ulaşmak için yapılan masrafların daha fazla olabilecek durumda olmasıdır.

Vazgeçme, şartlar çerçevesinde tahakkuk (VUK mük. md. 115) veya tahsil (AATUHK md. 106) aşamalarında uygulanır.

8.11. PİŞMANLIK

Pişmanlık beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı suçunu gerektiren kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden haber veren (itiraf eden) yükümlülere belli koşulları yerine getirmeleri kaydıyla suçun cezasının kesilmesini engeller.

Pişmanlıktan yararlanma şartları;

- i. Pişmanlık hükümlerinden yararlanma kapsamına ancak beyana dayanan vergiler nedeniyle ortaya çıkabilecek vergi ziyayı suçu girer.
- ii. Yükümlü işlediği suçu kendiliğinden haber vermelidir. Kendiliğinden haber vermeden kasıt, bu konuda idareye önceden ihbarda bulunulmamış veya vergi incelemesine başlanılmamış veyahut takdir komisyonuna sevk edilmemiş olmadır.
- iii. Pişmanlıktan yararlanma amacıyla idareye verilen dilekçeden sonraki onbeş gün içinde vergiye ilişkin beyanname verilmeli ve en geç aynı süre içinde “vergi” ve “pişmanlık zammı” ödenmelidir.

8.12. UZLAŞMA

Uzlaşma vergi ihtilaflarının çözümünde yaygınca kullanılan idari müesseselerden biridir. Hem vergilere hem de cezalara şamildir. Uzlaşmada yükümlü ile uzlaşma komisyonu pazarlık modeli diyebileceğimiz bir anlayışla karşılıklı görüşerek uyuşmazlığı çözmeğe çalışırlar. Böylelikle devlet bir an önce tahsilatı gerçekleştirmeyi amaçlar.

Verginin matrah farkları itibariyle bölünebildiği durumlarda uzlaşma (yükümlünün istemi halinde) sadece matrah farkının bu bölümüne isabet eden vergi için yapılabilir. Verginin bir kısmının uzlaşmaya konu edilmesine “kısmi uzlaşma” denir.

Kanunda yapılan düzenlemede iki ayrı uzlaşma biçimine yer verilmiştir (VUK ek md. 1-11).

Bunlardan ilki verginin tarhı ve cezanın kesilmesi sonucunda mükelleflerin başvurulabileceği “tarhiyat sonrası uzlaşma” diğeri vergi tarh edilmeden ve ceza kesilmeden önce mükelleflerin başvurulabileceği “tarhiyat öncesi uzlaşma”dır. Bir mükellef ayrı ayrı olsa bile uzlaşmanın her ikisine ayrı ayrı değİL, sadece birine başvurabilir.

8.12.1. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma

Tarhiyat öncesi uzlaşma vergi incelemesi çerçevesinde tarh edilecek vergi ve/veya kesilecek cezanın bulunması halinde vergi tarh edilmeden ve/veya ceza kesilmeden başvurulabilecek bir yoldur.

Yükümlü ile uzlaşma komisyonunun görüşmeleri sonucunda ya uzlaşma sağlanır ya da sağlanamaz. Uzlaşmaya varılması halinde tarh edilecek vergi ve kesilecek ceza peşinen kesinleşmiş olur. Uzlaşılan hususlarla ilgili olarak dava açılmayacağı gibi herhangi bir merciye de başvurulamaz.

Yükümlü uzlaşma görüşmelerine gelmemiş veya gelmekle beraber uzlaşmaya varılamamışsa durum tutanakla tespit edilir. Yükümlü uzlaşma görüşmelerine katılmış ancak uzlaşmaya varılamaması halinde komisyonun teklif ettiği miktarları dava açma süresinin son günü akşamına kadar kabul ettiğini bir dilekçe ile vergi dairesine bildirirse bu tarih itibariyle uzlaşma gerçekleşmiş sayılır.

8.12.2. Tarhiyat Sonrası Uzlaşma

Tarhiyat sonrası uzlaşma kapsamına matrahı idare tarafından elde edilerek yapılan (ikmalen veya re'sen) tarhiyatlarla, kanunda hazır verilen matrahlar üzerinden yapılan (idarece) tarhiyatlar girer. Beyana dayanan matrahlar üzerine gerçekleştirilen tarhiyatlar uzlaşma kapsamına girmez.

Uzlaşma kapsamına *orta nitelikli fiillerle yaratılan vergi kaybı ve bunlara ilişkin vergi ziyayı kabahati* girer. Ağır nitelikli fiillerle yaratılan vergi ve vergi ziyayı, genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük kabahati uzlaşmaya kapatılmıştır. Diğer taraftan, hafif nitelikli fiiller ise yapıları gereği beyana dayandıklarından uzlaşmaya konu edilemezler.

Uzlaşmaya başvurusu vergi ve ceza ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren *otuz gün* içinde yapılması şarttır.

Uzlaşma açısından aşağıdaki alternatiflerden biri meydana gelir.

i-Uzlaşma görüşmelerinin yapılamaması: Uzlaşma toplantısına yükümlü davet edildiği halde katılmaz ise görüşmelerin başlaması ve sürdürülmesi mümkün olmaz. Doğal olarak bu durumda uzlaşma toplantısı yapılamadığı için uzlaşmaya varılmadığı kabul edilir.

ii. Uzlaşma görüşmelerinin yapılması: Uzlaşma toplantısına yükümlü katılması durumunda da karşımıza iki durum çıkar. Görüşmeler sonucunda ya uzlaşmaya varılır ya da varılmaz.

aa. Uzlaşmaya varılmaması

- Uzlaşma tutanağının mükellefçe imzalanmaması: Yükümlü uzlaşma görüşmelerine katılmakla birlikte uzlaşma tutanağını imzalamaz (veya ihtirazi kayıtla imzalarsa) uzlaşma sağlanamamış demektir. Bu durumda yükümlü hemen cezalardan indirim talebinde bulunabilir veya onbeş gün içinde dava açma yoluna gidebilir.

- Uzlaşma tutanağının mükellefçe imzalanması: Yükümlü uzlaşma görüşmelerine katılmasına rağmen komisyonca kendisine son teklif edilen miktarı kabul etmediğine ilişkin husus tutanağa geçirilip yükümlüyle birlikte imza altına alınabilir. Bu durumda da uzlaşma sağlanamamıştır. Ancak, tutanağın imzalanmamasından (veya ihtirazi kayıtla imzalanmasından) farklı olarak bu durumda bir imkan daha verilir. O da, komisyonun dava açma süresinin sonuna kadar teklifiyle bağlı kalması ve yükümlünün dava açma süresinin sonuna kadar komisyonun teklif ettiği miktarı kabul ettiğini vergi

dairesine dilekçeyle bildirebilmesidir. Kabule ilişkin dilekçenin verildiği gün itibarıyla uzlaşma sağlanmış kabul edilir.

Yükümlünün teklifi değerlendirip gereğini yapma hakkı yanında tutanak imzalanıncaya kadar cezalardan indirme ve kanuni süresinde dava açma hakkı da vardır.

Uzlaşmaya varılamamış olmanın ilk halinde yükümlü imzadan kaçınmış demektir. Bu durumda ortada komisyonca sunulan bir teklif yoktur. İkinci halde ise yükümlü tutanağı imzaladığı için kendisine karşı yapılmış geçerli bir teklif bulunmaktadır.

bb. Uzlaşmaya varılması

Uzlaşmanın sağlanması idare ile mükellefin eskiyi bir kenara bırakıp karşılıklı pazarlık sistemi içinde anlaştıkları yeni şartlarda bir hukuki ilişki oluşturmaları demektir.

Tarafların karşılıklı irade uyumunu ifade eden uzlaşma sağlandıktan sonra bir tarafın tek taraflı vazgeçmesi veya tutanağın iptali mümkün değildir. Üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılmayacağı gibi hiçbir merciye şikayette de bulunulamaz.

Uzlaşma sağlandığına ilişkin tutanağın taraflarca imzalanmasını takiben bir nüshası mükellefe tebliğ edilir. Mükellefe tebliğ edilen tutanak bir anlamda tahakkuk fişi niteliği taşır. Uzlaşma tutanağının vergi dairesine ulaşması üzerine uzlaşma öncesi tarh ve tebliğ edilen vergi/cezalar uzlaşılan şartlara göre düzeltilir.

Uzlaşma konusu yapılan vergi/cezalara ilişkin düzenlenen tebliğ olunan uzlaşma tutanağı vergi/cezaların vadelerinden önce tebliğ edilmişse *kanuni vadelerinde*, vadeleri kısmen veya tamamen geçtikten sonra tebliğ edilmişse vadeleri geçenler uzlaşma tutanağının tebliğinden itibaren *bir ay* içinde ödenir.

Uzlaşılan vergi üzerinden ayrıca *gecikme faizi* hesaplanır. Vergi/ceza üzerinde uzlaşma sağlanmış olması bunları kamu alacağı olarak kesinleşmiş hale getirir. Bu noktadan sonra üzerinde uzlaşılan verginin ve bu vergiye ilişkin gecikme faizi ile cezasının vadesinde ödenmemesi uzlaşmayı geçersiz kılmaz.

8.13. DAVA AÇMA

Vergi ve cezalarının ortadan kalkmasına yol açabilecek müesseselerden biri de vergi uyumsuzluklarının yargı yoluyla çözüm sürecidir. Bu hususa ilişkin açıklamalara bir alt başlık olan vergi yargılaması içinde yer verilmiştir.

9. VERGİ YARGILAMASI

Vergi kanunlarının uygulanmasına yönelik olarak çeşitli uyumsuzluklar ortaya çıkar. Ortaya çıkan uyumsuzluklar için doğrudan yargı yoluna gidilebileceği gibi önce uyumsuzluğun durumuna uygun idari yola da gidilebilir.

9.1. Vergi ve Cezalara Karşı Vergi Mahkemesinde Dava Açma

Vergi mahkemesine davanın açılmasıyla başlayan ve kesin karar ile sonuçlanan yargılama süreci ve bu süreçle ilgili temel konular açıklanacaktır.

9.2. Davanın Tarafları

Vergi ve/veya cezalandırma işleminin iptali talebiyle mahkemeye başvuran kişiye “davacı” kendisine karşı dava açılan kişiye de “davalı” adı verilir. Davacı her zaman vergi mükellefi olmak durumunda değildir. Dava açan kişiler aleyhlerine vergi ve/veya cezalandırma işlemi yapılan kişilerdir. Bunların içinde bir kısmı, mükellef olmamakla birlikte ceza muhatabı (örneğin vergi suçuna iştirak edenler) konumunda olabilir.

Ancak, belirli durumlarda mükellef olmasa da bazı kişilere (VUK. mük. m. 49) dava açma hakkı tanınmıştır⁶.

⁶ -Emlâk Vergisi Kanununun hükümlerine göre bina metrekare normal inşaat maliyet bedellerini, uygulanacağı yıldan dört ay önce ve Resmî Gazete ile ilân eder. Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği bu bedellere karşı Resmî Gazete ile ilânını izleyen onbeş gün içinde Danıştay’da dava açabilir.

-Takdir komisyonlarının arsalara ait olanlar takdirin ilgili bulunduğu il ve ilçe merkezlerindeki ticaret odalarına, ziraat odalarına ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları ile belediyelere, araziye ait olanlar il merkezlerindeki ticaret ve ziraat odalarına ve belediyelere imza karşılığında verilir. Takdir komisyonlarının bu kararlarına karşı kendilerine karar tebliğ edilen daire, kurum, teşekküller ve ilgili mahalle ve köy muhtarlıkları onbeş gün içinde ilgili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilirler.

9.3. Davada Görevli ve Yetkili Mahkeme⁷

Bireysel vergi uyuşmazlıklarını çözme görevi vergi mahkemelerine verilmiştir. Dava görevli ve yetkili mahkemeye açılır. Bir mahkemenin görevli olmasıyla mevcut hukuki uyuşmazlığa “konu” itibariyle bakabilmesi anlaşılır. Bir mahkemenin çözebileceği uyuşmazlık bir başka mahkemeye açılmışsa davanın açıldığı mahkeme görevsiz duruma düşer. Mahkemenin yetkili olmasıyla mahkemenin yetkisini kullanabileceği “coğrafi alan” ifade edilir. Örneğin, Bursa’daki bir vergi dairesinin işleme karşı açılacak davada yetkili mahkeme işlemi yapan vergi dairesinin yargı çevresi itibariyle kapsamında kalan yer mahkemesi olan Bursa Mahkemesi olacaktır.

O halde, Bursa’daki bir vergi dairesinin gerçekleştirdiği vergi ve/veya cezalandırma işlemi nedeniyle açılacak davada görevli mahkeme “vergi” yetkili mahkeme ise “Bursa” mahkemesidir. Sonuçta görevli ve yetkili mahkeme Bursa Vergi Mahkemesi olur.

9.4. Davanın Açılma Süresi ve Biçimi

Vergi mahkemelerine dava açma süresi işlemin mükellefe tebliğ tarihinden itibaren genel olarak **30 gündür**⁸.

- Davanın ödeme emrine veya ihtiyati haciz kararına karşı açılması halinde **7 gün**,
- Uzlaşma görüşmelerinin anlaşmazlıkla sonuçlanması durumunda dava açma süresinin bitmesine onbeş günden az bir gün kalmışsa **15 gün**,
- Davanın emlak vergisi itibariyle asgari birim değerlere karşı dava açılması halinde takdir komisyonu kararının tebliğinden itibaren **15 gün**,
- Genel düzenleyici işlemler yayınlanmak suretiyle duyurulmaları nedeniyle ilgililere ayrıca yazılı olarak bildirilmez. Bu nedenle kişilere

⁷ Esas itibarıyla bir mahkemenin görevli olmasıyla; “görev yönünden (bakımından) yetki”li olması, yetkili olmasıyla “yer yönünde (bakımından) yetki”li olması ifade edilir.

⁸ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Üst Makamlara Başvurma” başlıklı 11. maddesinin; “1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır”

hükmü çerçevesinde dava açma süresinin belirli bir süre ileriye taşınması mümkün hale gelmiştir.

karşı Danıştay'a açılan davalarda işlemin yayınlandığından (yayınlandığından haberdar olunmaması halinde öğrenildiğinden) itibaren **60 gündür**

Davanın açılmasına ilişkin süreler hak düşürücü sürelerdir. Bu sürelerin kaçırılması durumunda –işlemden vergi hatasının varlığı hariç– vergi tahakkuk eder ve kesinleşmiş olur.

Dava açma süresinin adli tatil (ara verme) süresi olan 20 temmuz 31 Ağustos arasına isabet etmesi halinde davanın adli tatilin bitimini takip eden yedi gün içinde (7 Eylül) açılması mümkündür. Dava açma tarihinin son gününün resmi tatile rastlaması durumunda dava takip eden ilk işgünü içinde açılmalıdır.

Dava dilekçesi görevli ve yetkili mahkemeye verilebileceği gibi bu mahkemelere gönderilmek üzere başka mahkemelere de verilebilir (İYUK m. 4). Dava dilekçesinin verilebileceği makamlar;

- Davacının işlemi yapan dairenin bulunduğu yerde bulunması halinde yetkili vergi mahkemesine,
- Davacının bulunduğu yerde yetkili mahkeme bulunmaması halinde bulunduğu yerdeki başka vergi veya idare mahkemesine,
- Davacının bulunduğu yerde vergi veya idare mahkemesinin her ikisi de yoksa asliye hukuk hakimliğine,
- Davacı yurt dışında ise Türk Konsolosluklarına verilebilir.

9.5. Dava Süreci

Dava dilekçesi yukarıdaki başlıkta belirtilen yerlere verilmekle dava açılmış olur. Dava dilekçesinin verildiği yer uyuşmazlığı çözecek mahkeme değilse, dilekçe, dilekçenin hitap kısmında belirtilen yere ulaştırılır. Davanın açılmasıyla işlemin konusu olan **tahakkuk aşamasındaki** vergi ve cezaların yürütülmesi mahkeme karar verinceye kadar başkaca bir işleme veya karara gerek kalmaksızın kendiliğinden durur⁹.

Ancak, işlemin konusu **tahsil aşamasındaki** vergi ve cezalarla ilgiliyse dava açılma ile yürütme kendiliğinden durmaz. Yürütmenin durması için

⁹ Mahkeme kararı üzerine itiraz veya temyiz yoluyla yüksek yargıya gitmek yürütmeyi kendiliğinden durdurmaz. Yüksek yargı organının yürütmenin durdurulması konusunda ayrıca karar vermesi gerekir.

talep üzerine mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi gerekir¹⁰.

Davacının dilekçe (varsa ekleri) mahkeme aracılığıyla davalıya gelir. Davalı otuz gün içinde “savunmasını” yaparak mahkemeye verir. Davalının bu savunması ilk savunma olduğu için buna “birinci savunma” denir.

Mahkeme davalının verdiği birinci savunmayı davacıya tebliğ eder.

Davacı, davalının birinci savunmasına karşı otuz gün içinde mahkemeye “cevap” verir.

Mahkeme, davacının cevabını davalıya tebliğ eder.

Davalı cevabın kendisine tebliği üzerine otuz gün içinde “ikinci savunma”sını mahkemeye sunar.

Davalının ikinci savunması da mahkeme aracılığıyla davacıya tebliğ edilir. Davacının ikinci savunmaya cevap verme hakkı yoktur.

Tarafların mahkeme aracılığıyla meydana gelen savunma ve cevap süreçlerinden sonra dava dosyasında davacı tarafın biri dava dilekçesi diğeri cevap olmak üzere iki, davalı tarafın birinci ve ikinci savunmaları olmak üzere iki beyanı bulunur. Bu şartlar altında dava dosyası tekemmül etmiş demektir ve karar verme aşamasına gelinmiş olur. Kararlar uyuşmazlık konusunun tutarına bağlı olarak tek hakim veya kurul tarafından verilir.

Mahkemenin verdiği nihai karar taraflara tebliğ edilir. Karar davacı mükellefin lehine sonuçlanmışsa (dava kısmen kabul edilmişse bu kısım itibarıyla) dava konusu işlem karara uygun şekilde iptal edilerek terkin işlemi gerçekleştirilir. Bu işlemle işlemin hukuki varlığına son verilir ve işlemle ortaya çıkan hukuksal durum işlemle önceki haline dönerek, adeta hiç yapılmamış hale getirilir. İptal kararından önce davaya konu işlemle ilgili tahsilatlar varsa bunların ilgilisine iade edilmesi gerekir.

Karar mükellefin aleyhine çıkmışsa (dava reddedilmişse) vergi dairesi tarh edilen vergi ve kesilen cezaları davacıya tebliğ eder ve bir ay içinde vergi ve/veya cezanın ödenmesini ister.

Mahkemenin kararını alan davacı veya davalı, her biri **olağan kanun yolu**¹¹ olan durumuna uygun düşen “itiraz” veya “temyiz” yoluna gidebilir.

¹⁰ Yürütmeyi durdurma şartları İYUK m. 27’de düzenlenmiştir. Buna göre yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için idari işlemin uygulanması halinde “*telafisi güç veya imkânsız zararların doğması*” ve “*idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması*” şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranır.

¹¹ Kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı işletilen başvuru yollarına ise “*olağanüstü kanun yolu*” adı verilir.

9.6. Vergi Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Mahkemelerce verilen kararların üst mahkemelerce incelenebilmesi için taraflara tanınan hukuki başvuru yollarına “kanun yolu” adı verilmektedir. Kanun yolları konusu olağan ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere iki kısımda ele alınabilir.

9.6.1. Olağan Kanun Yolları

Vergi mahkemelerince verilen kararlar tarafları hukuken kısmen veya tamamen tatmin etmeyebilir. Bu durumda vergi mahkemesi kararlarının üst mahkemelerce kontrol ve denetlenmesi istenebilir.

Vergi mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı uyumsuzluğun niteliğine bağlı olarak nihai karar, tek hakimle verilmişse Bölge İdare Mahkemesi nezdinde “itiraz” yoluna, kurul olarak karar verilmişse Danıştay nezdinde “temyiz” yoluna gidilir.

9.6.1.1. İtiraz Yolu

İtiraz başvurusu vergi mahkemesinin yargı çevresindeki Bölge İdare Mahkemesine, mahkemenin kararının tebliğ tarihini izleyen **otuz gün** içinde yapılır¹². İtirazda bulunan kişi doğal olarak aleyhine karar verilen kişi olmak durumundadır. İtiraz Bölge İdare Mahkemesine hitaben yazılmış dilekçeyle olur. Dilekçeler vergi mahkemesine dava açmada geçerli olan yerlere de verilebilir.

Mahkemenin kararıyla tahakkuk eden vergi ve cezalar tahakkuk etmiş demektir. Karara göre düzenlenen ödeme emrinin hükümlerini durdurmak için yürütmeyi durdurmanın talep edilmesi gerekir. İtiraz etmekle yürütme kendiliğinden durmaz.

Vergi mahkemesi itiraz eden tarafından verilen itiraz dilekçesi ve eklerinin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder. Karşı tarafta bu tebliği izleyen otuz gün içinde itiraz dilekçesine cevap verebilir. Cevap veren, süresi içinde itiraz etmemiş olsa bile itiraz üzerine vereceği cevap bu defa kendisinin itiraz dilekçesi yerine geçer. Vergi mahkemesi tekemmül eden dosyayı Bölge

¹² Takdir komisyonlarının arsa ve arazilere ait asgari ölçüde birim değer tespitine ilişkin takdir veya yeniden takdir (VUK mük. m. 49/b-2) kararlarına karşı açılan davalar üzerine vergi mahkemelerince verilecek kararlar aleyhine onbeş gün içinde Danıştay’a başvurulabilir (VUK mük. m. 49/b-3).

İdare Mahkemesine gönderir*. Yürütmeyi durdurma talepli itiraz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden vergi mahkemesince Bölge İdare Mahkemesine gönderilir. Bu şartlarda tebligat ve cevaplamalar Bölge İdare Mahkemesince yerine getirilir (İYUK m. 45 yollamasıyla 48/4).

Bölge İdare Mahkemesi itiraz incelemesi sonucunda maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya itiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Maddi olaylar yeterince incelenmemiş ise bölge idare mahkemesi gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir.

Bölge idare mahkemesinin kararı *kesindir*. Bu kararlara karşı, itiraza konu kararı veren hakim, kararında ısrar edemeyeceği gibi bu kararlar aleyhine temyiz yoluna da gidilemez. Gidilebilecek tek yol kararının tebliğinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltilmesidir.

9.6.1.2. Temyiz Yolu

Vergi mahkemelerinin kurul halinde verdiği kararlara karşı temyiz yoluyla Danıştay'a başvurulur. Temyiz taraflardan birinin temyiz talebi üzerine gerçekleşir. Bu nedenle, taraflardan herhangi biri kararı temyiz etmediği sürece Danıştay'ın kararı incelemesi söz konusu olmaz. Temyiz süresi nihai kararın tebliğ tarihini izleyen **otuz gündür**¹³.

Temyiz başvurusu mahkemenin kararının kendiliğinden yürütülmesini durdurmaz. Kararın yürütülmesinin durdurulması isteniyorsa temyiz dilekçesinde bu yönde talepte bulunulması gerekir. Şartların var olması halinde yürütmeyi durdurma kararı verilebilir.

Vergi mahkemesi ilk olarak temyiz eden tarafların dilekçe ve eklerinin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder. Karşı taraf tebliği takip eden otuz gün içinde cevap verir. Cevapların verilmesiyle veya süresinde cevap verilmemesi üzerine dosya tekemmül etmiş olur.

Taraflardan biri temyiz süresi içinde başvurusunu yapmış, ancak diğer taraf temyiz süresini kaçırmış yada temyiz yoluna başvurmamışsa kendisine temyiz yoluna gitme açısından bir yol ortaya çıkar. Bu durumda karşı tarafın temyiz dilekçesi süresinde temyiz etmeyen veya süreyi kaçırana gönderildiğinde, bunun vereceği cevap dilekçesi, kendisi açısından temyiz dilekçesi

* Başvurunun doğrudan Bölge İdare Mahkemesine yapılması halinde bu süreç Bölge İdare Mahkemesi tarafından yürütülür.

¹³ İYUK m. 48/6'daki özel durum için yedi günlük temyiz süresi belirlenmiştir.

yerine geçer (İYUK m. 48/3). Vergi mahkemesi cevap dilekçesi verildikten veya verilme süresi geçtikten sonra dosyayı Danıştay'a gönderir*.

Temyiz dilekçesinde yürütmenin durdurulması talebi varsa dosya, temyiz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmek üzere doğrudan Danıştay'a gönderilir. Danıştay'ın görevli dairesi yürütmeyi durdurma talebi hakkında karar verdikten sonra tebliğat bu daire tarafından yapılarak dosya tekemmül ettirilir. Yürütmeyi durdurma kararının kaldırılması isteğiyle başvuru yapılması mümkündür.

Danıştay'da incelemelerin dosya üzerinde yapılması kural olmakla beraber istisnai olarak tarafların istemesi ve Danıştay'ın karar vermesi durumunda duruşma yapılabilir.

Temyiz incelemesi sonucunda Danıştay aşağıdaki kararlardan birini verebilir.

- Vergi Mahkemesi Kararının Onanması

Onama tam onama ve düzelterek onama şeklinde olabilir. Danıştay vergi mahkemesinin hüküm altına aldığı kararın bütünüyle hukuka uygun olduğu kanaatine varırsa kararı tam onamış olur. Temyiz istemi reddedilmiş demektir.

- Vergi Mahkemesi Kararının Bozulması

Vergi mahkemesi kararının bozulması tam ve kısmen bozulma şeklinde karşımıza çıkar. Danıştay kararı bozduktan sonra işin esasına girerek davayı karar bağlamak durumunda değildir.

Bozulan kısımlar için dosya karar verilmesi için vergi mahkemesine geri gönderilir. Bozulan kısım için karar vergi mahkemesince verilir. Onaylanan kısım için tahsil işlemleri sürdürülmeye devam eder.

Vergi mahkemesi kendisine gelen bozmaya ilişkin Danıştay kararının bozulan kısımlar (tamamı bozulmuşsa tamamı) için inceleme yapar ve inceleme sonucuna göre iki türde yeni bir karar verir. Vergi Mahkemesi, Danıştay'ın bozma kararına ya "uyar" ya da eski kararında ısrar ederek uymaz. Uymama yönündeki kararına "ısrar" kararı denir.

* Başvurunun doğrudan Danıştay'a yapılması halinde bu süreç Danıştay tarafından yürütülür.

9.6.1.3. Karar Düzeltilmesi Yolu

Karar düzeltilmesi (tashi-i karar), Danıştay’ın temyiz üzerine verdiği kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlara karşı kullanılan bir kanun yoludur.

Karar düzeltme yolu ilgili yargı yerlerinin temyiz ya da itiraz incelemesi sonucunda verdikleri hatalı kararların bir defa daha yargısal süreçten geçirilmesi sağlanarak, varsa hatadan dönülmesini sağlayan kendine özgü bir kanun yoludur. Karar düzeltilmesi sebepleri kanunda belirtilmiştir (İYUK.m.54)

Karar düzeltmesi, yürütmeyi, bu konuda karar düzeltme istemini inceleyecek mahkeme karar vermediği sürece, kendiliğinden durdurmaz.

Karar düzeltilmesi karşı, kararın tebliğinden itibaren **onbeş gün** içerisinde yasada sayılan sebeplere dayanılarak dilekçeyle istenir. Bir hüküm hakkında karar düzeltmesi yolu açık olmakla beraber süresinde başvurulmaması halinde karar kesinleşir.

Karar düzeltmesini inceleyen yargı yeri daha önce verdiği eski kararında ya değişiklik yapar ya da yapmaz. Karar hangi yönde olursa olsun karara karşı her hangi bir kanun yoluna gidilemez. Düzeltme kararına karşı tekrar düzeltme isteminde bulunulamaz.

9.6.2. Olağanüstü Kanun Yolları

Olağanüstü kanun yolları, olağan kanun yollarından geçerek veya süresi geçtiği için bu yola gidilemeden kesinleşen kararlar için söz konusudur. Olağanüstü kanun yolları; kanun yararına bozma (İYUK md. 51) ve yargılamamanın yenilenmesinden (İYUK md. 53) ibarettir.

9.6.2.1. Kanun Yararına Bozma

İdare ve vergi mahkemesi kararları, Bölge İdare Mahkemesi kararı ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay kararlarına karşı kanun yollarının kullanılmamış veya kullanılamamış olması nedeniyle şekli anlamda kesinlik kazanan kararlar, niteliği itibarıyla yürürlükteki hukuka aykırı bir durum ifade ediyor ise, özel bir temyiz incelemesine tabi tutulmasına “**kanun yararına bozma**” denir.

Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemeleri ve Danıştay tarafından ilk derece mahkemesi olarak verilip *temyiz incelemesin-*

den geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir (İYUK md. 51). Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

Kanun yararına bozma yolunun amacı hukukta ve uygulamada birliği; kanunun, her yerde aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Çünkü tüm hukuk devletlerinde, hukuk birliğini sağlayacak makamlar, yüksek mahkemelerdir. Yüksek mahkemeler, sadece yerel mahkemelerin kararlarını denetlemez, aynı zamanda, uygulama ve içtihat birliğini sağlamakla görevlidir.

9.6.2.2. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi, bir mahkemece verilen ve kesinlik arz eden bir kararın kanunda sayılı sebepler dolayısıyla aynı mahkemece iptal ve değiştirilmesini sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. Kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiş bu yol ile daha önce verilmiş olan kesinleşmiş yargı hükümlerindeki maddi soruna ilişkin fiili hataların, yanlışlıkların ve hukuka aykırılıkların giderilebilmesine imkân sağlanmaktadır. İşte kanunda sınırlandırılmış bir şekilde sayılmış olan sebeplere dayanılarak esas hükmün kaldırılması ve yargılamanın yeniden yapılması, davanın yeniden incelenmesi ve hukuka uygun karar verilmesi sağlayan olağan üstü kanun yoluna **yargılamanın yenilenmesi** denir. Yargılamanın yenilenmesi talebi, esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

9.7. Vergi Yargılamasında İspat ve Delil

Vergi yargılamasında da, diğer yargılama hukuklarında olduğu gibi, gerekli delillerin sunularak iddia konusunda hâkimi ikna etmek ve kanaat uyandırmak esastır. İddia sahibi olgulara (vakıalara) ilişkin iddiasını ispatlamak amacıyla çeşitli araçlardan yararlanır. Bu araçlara delil denir. Delil ispatta yer aldığı konum itibarıyla çok önemli bir yer işgal etmektedir.

Maddi bir olgunun meydana geldiği iddiasında bulunan kişinin iddiasını ispatlamak zorunda olması hukukun en genel kuralı olduğu bilinir. Vergi yargılaması hukukunda ispat yüküne yönelik önemli kural biraz değişik olup **“iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir”** şeklindedir (VUK. m. 3/B). Normal

ve mutat durumu iddia eden bunu ispatla mükellef değildir, ispat yükünden kurtulur.

O halde, vergiler ve vergi cezaları açısından ispat yükü olağanı iddia edene değil, olağanüstünü iddia edene aittir. Olağanı iddia eden iddiasını ispatlamış sayılır. İspat yükü olağan dışını iddia edene ait olur. Örneğin, enflasyonun yüksek olduğu durumlarda bir kişinin parasını uzun süreli faizsiz olarak vermesi “iktisadi gereklere” uygun görülmez. Borç parayı faizsiz verdiğini iddia eden bunu ispat etmelidir. Çünkü iktisadi hayatta normal ve mutat olan enflasyon ortamında uzun süreli borç para vermenin faizli olmasıdır. Bir tacirin nakliye aracında taşıdığı malların ticari mal varlığına dahil olması “**ticari gerek**”lerdendir. Aksini ispat tacire düşer. Bir kimse bir kişiyi gayrimenkulünde bekçi olarak oturttuğu bu nedenle kira almadığını iddia ediyorsa, bunu ispat mükellefe aittir. Bedava oturtmak adetten değildir.

Diğer taraftan tacir olmayan bir kişinin özel aracında taşıdığı malların ticari varlık dışında (özel mal varlığı içinde) olduğunun kabulü de ticari gereklerdendir. Bu malların, idarece ticari olduğunun iddia edilmesi halinde ispatı idareye düşer. Çünkü olağan olan bu malların özel olmasıdır. Bir üretimin standart ölçülere göre fire vermesi ve randımanın buna göre bulunması ise “**teknik gerek**”liliğidir. Firenin daha yüksek olduğu ve bu nedenle randımanın düştüğünün iddia edilmesi halinde iddia eden hangi nedenlerle firenin fazla çıktığını (örneğin, fabrikadaki imalata verilen hammaddenin nitelikleri, üretim teknolojisindeki farklılık, aşırı sıcakların fireyi etkilemesi vb.) ispat etmelidir. Vergi dairesi de teknik gereklilik olan firenin, standart fire oranından daha düşük meydana geldiğini iddia ediyorsa bunu ispat etmelidir.

Vergilendirmede vergiyi doğuran ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyeti esastır denmiştir. İşlemlerin gerçek mahiyetini ortaya koymak delillere dayanan ispatla mümkündür. Mevcut hüküm bizi ekonomik yoruma götürmekle birlikte delillerle ispatı ortadan kaldırmamaktadır.

Vergi yargılama hukukunda serbest delil serbestisi benimsenmekle beraber iki istisnaya yer verilmiştir. Bunlardan biri “yemin” diğeri vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan “şahit-tanık” ifadesidir. Vergi hukukun açısından delil çeşitleri şöylece sıralanabilir.

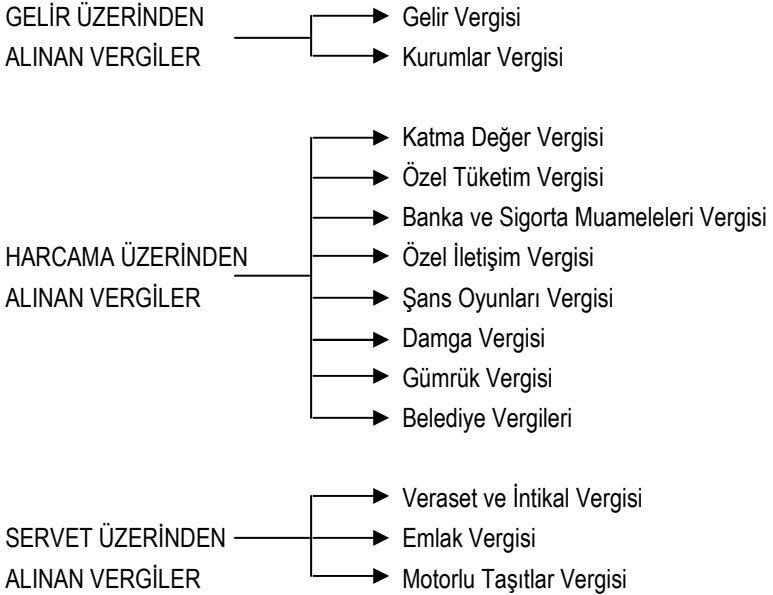
- Defter, belge, özel sözleşmeler, beyannameler
- Vergiyi doğuran olayla ilgisi açık bulunan şahit beyanları
- Bilirkişi görüşleri
- Keşif
- İdarece düzenlenen tutanaklar

- Karineler

Vergi yargılamasında re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, hakim delilleri serbestçe değerlendirir, takdir eder ve sonuçta elde ettiği kanaate göre kararını serbestçe verir.

10. TÜRK VERGİ SİSTEMİ

Her bir verginin tek tek olarak açıklanmasını konu alan Türk Vergi sistemi vergi hukukunun özel kısmını oluşturur. Özel kısım ile ilgili olarak aşağıdaki çok kısa açıklamaya yer verilmiştir. Ülkemizde vergi sisteminin çatısı gelir, harcama ve servet üzerine oturtulmuştur. Bu çatı ödeme gücü (mali güç) ilkesine uyumludur. Ana grubun her biri kendi içinde alt vergilere ayrılmıştır. Şema ile göstermekle yetineceğimiz vergiler bulunur.



KAYNAKLAR

- ADAK, Agah; "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi Ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet", Adana İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1975, S.4, s. 362.
- AKİPEK, Şebnem; Türk hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi; Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- AKKAYA, Mustafa; Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.
- AKSOY, Şerafettin; Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 4. baskı, İstanbul, 1996.
- AKSOY, Şerafettin; Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi, İstanbul, 1999.
- AKYAZAN, S.: Çekin Muhataba İbrazi Zorunluluğu ve Çekten Cayma, Batider, C. VI., S. 4, Aralık 1972.
- Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 ve 30/31 sayılı kararı Resmi Gazetenin 02.07.1992 tarihli ve 21272 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.
- ANDAÇ, Faruk; İş Hukuku, Yargı Yayınevi, Ankara 2003.
- ANSAY, T.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1973.
- ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997.
- ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını Ankara 1993.
- ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Genişletilmiş Altıncı Baskı, Ankara, 2001.
- ASLAN, AT Rekabet Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Ens. Yayını, 1992, Ankara, s. 76.
- ASLAN, İ. Yılmaz; Hukuka Giriş, Bursa, 2001.
- ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku; Genişletilmiş 2. Basım; Bursa 2001.
- ASLAN; İ Yılmaz; Tüketici Hukuku; Bursa 1997.
- ASLANLI, H./DOMANİÇ, H.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, İstanbul 1989.
- ATALAY, O.: Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996.
- ATAMER, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi; Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- ATASOY, Adil Ömer; TAŞKIN, Mustafa; ACAR, Hakan; Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları; Yargı Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2000.

- BAEL, I.V., BELLIS, J.F.; *Competition Law of the E.E.C.*; Oxfordshire 1987.
- BAŞARAN, T.; *Avrupa Birliği ve Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No. 161, İstanbul 2000.*
- BATTAL, A.: *Marka hakkına tecavüz davalarında dava hakkının kötüye kullanılması, Bildiri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü/Sempozyum, Haziran 2001, s. 2.*
- BAYKAN, Renan; *Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri; İSO Yayını No 1996-23 İstanbul 1996.*
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; *Vergi Ceza Hukuku, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yay. No: 5, İİBF Yayın No: 4, Afyon, 1996.*
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; *Genel Vergi Hukuku, Afyon, 2005.*
- BERZEK, Ayşe Nur; *"Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler"; Vergi Sorunları Dergisi S. 83 1995.*
- BİLİCİ, Nurettin; *Vergi Hukuku, 21. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.*
- BİNBİR, Siran & ALTINDAĞ Can; *4857 Sayılı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004.*
- BLAUROCK, Uwe, *"Alman Hukukunda Tüketici Kredisi" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamaları Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını No 1992-3 s. 34.*
- BOZER, Ali; GÖLE, Celal; *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi; 16. Baskı, Ankara 2000.*
- BURÇOĞLU, Haluk; *"Tüketiciyi Koruma Yasa Tasarısı, Değişen Bir şey Yok"; Görüş Ağustos 1992.*
- CANNELLOS, PC and SİLBER, HS; *"Concentration in the Common Market"; CMLR 1970 Vol. 7, s 160.*
- CHAMPBELL, Alan ve THOMPSON, Dennis; *Common Market Law, Texts and Commentaries; London 1962.*
- ÇEKER, M: *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, BATİHAE Yayın No: 356, Ankara 2000.*
- ÇEKER, Mustafa; *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı Hukuk Fakültesi Ankara 1997 s.39.*
- ÇELİK, Nuri; *İş Hukuku Dersleri, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.*
- ÇEVİK, O.N.; *Anonim Şirketler, B. 3, Ankara 1988.*
- DAVIDOW; *"Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program" CJTL, 1991 Vol 29:7 No.1 s. 28.*
- DEMİR, Mehmet; *"4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII S.1 s. 213.*
- DEMİRCİOĞLU Murat & CENTEL Tankut, *İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.*
- DOĞAN, A.A.: *Sermaye Şirketleri Kuruluş ve Genel Kurul Rehberi, B. 2, Ankara 1999.*

- DOĞANAY, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Madde 347-815, C. II, Ankara 1974.
- DOMANİÇ, H.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 2, İstanbul 1975
- DOMANİÇ, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II, İstanbul 1988.
- DOMANİÇ, Hayri; Ticaret Hukukunun Genel Esasları; İstanbul 1988.
- DOMANİÇ, Hayri; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler; Cilt 1, İstanbul 1988.
- DONAY, Süheyl; Para Cezaları, İstanbul, 1972.
- DONAY, Süheyl; Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- DÖNMEZ, İrfan; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları; Beta basım yayım 1992 İstanbul.
- EDİS, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu; Ankara 1963, s.7
- EDİZDOĞAN, Nihat & TAŞ Metin ÇETİNKAYA Ali & ERGİNAY, Akif; Vergi Ceza Hukuku, 15.Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1995.
- EMİN, A.; Madrid Protokolünün sağladığı avantajlar, Ekohaber Gazetesi, S. 231, 19-25 Eylül 2000, s. 12.
- ERDEM, Ercüment;”Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” Konferanslar Serisi (2) (11 Mayıs 1992), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1992 s. 75, 121.
- EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 2001.
- ERGÜN, M.; Avrupa Patent sistemi ve Topluluk Patentinin Değerlendirilmesi, Bildiri, Fikri ve Sınai; Mülkiyetin Uluslararası Korunması Birliği 1’inci Patent Sempozyumu, 4. 11. 2000, Bursa.
- ERGÜN, M.; Tasarım Korumasında Lisans Alanın Dava Hakkı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl. 1, C. 1, S. 3, 2001, s. 81 vd.
- ERGÜN, M.; Türkiye’de Sınai Mülkiyet Hakları Uygulamasında Patentte Koruma Kapsamının Belirlenmesi, Bildiri, Türk Patent Enstitüsü ve Avrupa Patent Ofisi İşbirliğinde Düzenlenen Avrupa Patent Sistemi ve Türkiye Konulu Uluslararası Sempozyum, İstanbul, 22-23 Mayıs 2001.
- ERGÜN, M.; Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Patent ve Marka Dünyası Dergisi, Yıl 1, S. 2, 1998, s. 6.
- ERGÜN,M.; Tanınmış Markalar, Bursa 2000.
- ERGÜN.M.: Türkiye’deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu-Bildiri, 24-25 Haziran 1988, İstanbul, TPE Yayını, s.165.
- ERİMEZ, R.: Şirketlerde Kar Dağıtımı ve Yedek Akçeler, İstanbul 1976.
- ERİŞ, G.: Açıklamalı-içtihatlı Türk Ticaret Kanunu-Ticari işletme ve Ticaret Şirketleri, C. 1,B.2, Adana 1992.

- ERİŞ, G.: Açıklamalı-İçtihatlı-Türk Ticaret Kanunu, C. II, Kıymetli Evrak ve Taşıma, Ankara 1988.
- ERMAN, Sahir; Vergi Suçları, İstanbul, 1988.
- ERMAN, E.S.: Poliçe-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları, Ankara 1973.
- FIKENTSCHER, W.; (Çev. Prof. Dr. Tuğrul ANSAY, Dr. Mustafa ÜNAL): "İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu" (Tekelleri Önleme Hukuku), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Ayrı Bası Haziran 1980, Cilt X, Sayı 3, s. 726.
- FISHWICK, F.; Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy: Belgium 1986, s. 1-2.
- FULLER, Baden; "Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position" EL Rev Vol. 4 1979, s. 429.
- GÖLE, Celal; Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1983.
- GÖZLER, Kemal ; Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 2008.
- GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- GÜL, İbrahim; Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- GÜNEŞ, Gülsen; Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul, 1998.
- GÜRBÜZ, A.H.: Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar, B. 2, İstanbul 1986.
- GÜVEN, Ercan & AYDIN Ufuk; Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2004.
- HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması; Güncel Yayınevi, İzmir 2003.
- HAVUTÇU, Ayşe; Devre Mülk Hakkı; Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları İzmir 1987 s. 76, 79, TOK.
- HELVACI, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001.
- HUGO, S.; "Avrupa'da Küçük ve Orta İşletmeler" Avrupa Kasım 1982, Sayı 72, s. 12-14.
- İMREGÜN, Oğuz; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri; İstanbul 1995 Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası.
- İNAN Nurkut; "Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları" Rekabet Bülteni Sayı 2, Yıl 1, s. 19.
- İNAN, Nurkut; "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batıder C.XVII, S. 2, s. 58.
- İNAN, Nurkut: Çek Rizikolarında Doğan Sorumluluk – Karşılıksız Çek, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek, Çekin Çalınması, Ankara 1981.

- İNCE, M., TÜRKEKUL, E.; Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 1 (Rapor).
- İŞGÜZAR, Hasan; Tek Satıcılık Sözleşmesi; Ankara 1989.
- KALPSÜZ, T./EREM, F./ÇELEBİCAN, G.: İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No: 32, B. 2, Ankara 1974.
- KALPSÜZ, T.: Anonim şirketlerde idare meclisi üyelerinin şirketle rekabet teşkil eden davranışları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 303, Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 347-348.
- KALPSÜZ, T.: İktisadi ve Hukuki Yönden Çek-Hukuki Yönden Çek-; Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No: 32, Ankara 1968.
- KALPSÜZ, T.; Hukuki Yönden Çek-İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, B. 2, Ankara 1974.
- KANETİ, Selim; Vergi Hukuku, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- KARAHAN, Sami: Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.
- KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku; Güncelleştirilmiş 8. Baskı Konya 1998.
- KARAKOÇ, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, B. 2, Ankara 1973.
- KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), B. 4, Ankara, 1970.
- KARAYALÇIN, Y.; Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler "Hukuki Mütalaalar", AÜHF., Yayın No. 376, Ankara 1975-VI.
- KAYA, Pir Ali; İş Hukukunun Temel Yasaları, Vipaş Yayınları, Bursa, 2003.
- KAYAR, İ: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- KENDİGELEN, A.: Adi şirket, ticaret şirketleri ve kooperatife ilişkin payların devrinde şekil, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XVI, S. 182/1, Şubat 1997, s. 24.
- KINACIOĞLU, N.: Kambiyo Senetleri-Poliçe Bono Çek, Ankara 1970.
- KIRBAŞ, Sadık; Vergi Hukuku, 15. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.
- KIZILOĞ, Şükrü & KIZILOĞ, Zuhale; Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, 13. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2008.
- KOCAHANOĞLU, Osman Selim; Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- KORAH, V.; An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, ECC Publishing London, 1986.
- KURU, B. /ARSLAN, R./YILMAZ, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1986.
- KURU, B.: Tesbit Davaları, B. 2, Ankara 1988.

- LANG, JT; The Common Market and Common Law, Legal Aspects of Foreign Investment and Economic Integration in the European Community with Ireland as Prototype; Chicago and London, 1966.
- MANNESMAN K.; High Authority, Aff. 19/61, Rec. 1962 (Drl.: Esin, A.: Rekabet Hukuku, B. 1, İstanbul 1988).
- MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku; Ankara 1978 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.
- MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, BATİHAİE Yayın No: 273, Ankara 1993.
- MOROĞLU, Erdoğan; "Karşılaştırmalı Reklamlar Ve Yargıtay Kararları" Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 11 13-14 Mayıs 1994, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını tebliğin tartışmalar kısmı s. 26.
- MUŞUL, T: Kambiyo Senetlerine Dayanan Haciz Yolu ile Takip, Batider; 1974/7, 3.
- MUTLUER, M. Kamil; Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İTİA Yay. No:214, Eskişehir, 1979.
- OKTAR, Ateş; Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2011.
- OKTAR, Kemal; İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Mevzuatı Uygulama Rehberi, Oluşum Yayıncılık ve Danışmanlık, Ankara, 2004.
- OKTAY, Saibe; Gezi Sözleşmesi; Beta Yayınevi; İstanbul 1997.
- ORTAN, A.N.; Avrupa Patent Sistemi, C. 1, Avrupa Patenti Anlaşması, BATİHAİE Yayın No, 249, Ankara, 1991, s. 190.
- OZANOĞLU, Hasan S.; Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi; Ankara 1999.
- ÖCAL; Akar; "Reklam Ve Haksız Rekabet" Eskişehir İktisadi Ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C.VI S. II 1970 s. 96.
- ÖNCEL, Mualla & ÇAĞAN Nami & KUMRULU Ahmet; Vergi Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- ÖZ, Gamze; Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.
- ÖZBALCI, Yılmaz; Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, 2005.
- ÖZSUNAY, Ergun; "Türkiye’de Tüketici Kredileri: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bazı Düşünceler” Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli” İstanbul Ticaret Odası Yayını No 1992-3 s. 4.
- ÖZTAN, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, B. 2, Ankara 1997.
- ÖZTÜRK, Pınar; “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’lerin Değerlendirilmesi” Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul 1998.
- PEHLİVAN, Osman ; Vergi Hukuku, Trabzon, 2001.
- PEKCANITEZ, H.: Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991.

- PLAISANT, R. ve LASSIER, J. (Çev. Akar Öcal); “Ortak Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” İktisat Maliye 1981, S. 1, C. 28, s. 12-16.
- POROY, R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, B. 5, İstanbul 1993.
- POROY, R.: Fransız Çek Hukukunda Son Gelişmeler, Çek Hukukunda Gelişmeler Sempozyumu, Batider, 1981/11, 2.
- POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku; Güncelleştirilmiş 7. Bası; İstanbul 1995.
- PULAŞLI, H.; 6102 Sayılı Kanuna Göre Yeni Şirketler Hukuku-Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- PULAŞLI, H.: Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992.
- Resmi Gazete, 1.7.1987 tarih ve 19504 sayılı Resmi Gazete, s. 35 ve 19.2.1991 tarih ve 20791 sayılı, s. 22.
- RIDYARD; “An Economic Perspective on the EC Merger Regulation” s. 247 ECLR; 6, 1990.
- SABAN, Nihal; Vergi Hukuku (Genel Kısım) Der Yayınları, No: 351, İstanbul, 2002.
- SABUNCUOĞLU, Zeyyat; TOKOL, Tuncer; İşletme; Bursa 2001.
- SAMKALDEN, I., DURUKER, J.E.; "Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty" CML Rev. 1965. Vol: 3 S. 169
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret: 2003/3 sayılı Tebliğ, RG, 25.07.2003 tarih ve 25179 sayılı
- SELÇUK, S.: Çek Keşidesinin Koşulları ve Karşılıksız Çek, AD., Yıl. 65, S. 4-5, 1974.
- SEROZAN, Rona;”Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemenin Eleştirisi” Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi C.XV S.173/4 Mayıs 1996 s. 589.
- SEYİDOĞLU; Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük Ankara 1992, s. 720.
- SULUK, C.; Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, Ankara 2001.
- ŞEHİRALİ. F.H.; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- ŞENYÜZ, Doğan; Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- ŞENYÜZ, Doğan & YÜCE Mehmet & GERÇEK Adnan; Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011
- TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C1/1; Ankara 1985.
- TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C.1/2; Ankara 1985.
- TAŞDELEN, Aziz; Vergi Kabahatleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010
- TAYLAN, E.Ç.; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- TEKİNALP, Ü.; Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 1, İstanbul 1999.
- TEKİL, Fahiman; Ticari İşletme Hukuku; İstanbul, 1997.

- TEKİNALP, Ünal; "Özel Ekonomik Gücün Merkezileşmesinin Kanuni Düzenlemesi" İktisat Maliye, C. XIII S. 8 Kasım.
- TEKİNALP, Ünal; POROY, Reha; ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku; 7. Bası İstanbul 1997.
- TEKİNALP, Ünal; "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör" Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri AŞ: İnterMedya yayını İstanbul 1998.
- TEOMAN, Ömer ; Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1 Hukuki Mütalaalar, Kitap: 7 1995-1996 Beta basım yayım İstanbul 1997.
- TOK, Türker; Devre Mülk ve Devre Tatil; Adil Basım Yayım Dağıtım, Ankara 2000.
- TUNCER, Selahattin; Vergi Hukuku ve Uygulaması, Cilt I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003.
- TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri; İstanbul 1977.
- TURANBOY, Asuman; "Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Sorumluluğu" Adalet Dergisi 80(4) 6. 1989 s. 17.
- TÜRK, H.S.: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, BATİHAİE Yayın No. 185, Ankara 1986.
- ULUÇ, M.R.: İtalyan Hukukunda Çekin Cezai Himayesi, Batider, C. III, 1965/I.
- UYAR, T.: İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, Manisa 1982.
- UYAR, T.: Müruru Zamana Uğrayan Kambiyo Senetlerinin Akibeti, 1 BD., 1971/14, I.
- UYGUR, T.: Açıklamalı –İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 7, Ankara 1994.
- WOLF, Henning-Roth; "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku" AT Hukuku ve Türkiye'nin Uyumu Semineri İstanbul 1990 s. 162.
- YALÇINER, U.G.; Sınai Mülkiyetin ilkeleri, Ankara 2000.
- Yargıtay 11. HD., 19.10.1990 tarih ve 6902/6670 sayılı kararı. Yargıtay Kararları Dergisi C. XVII.
- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 24. 06. 1959, E. 1958/21 K. 1959/25 (Özel Arşiv).
- YATLI, Billur; Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- AZMAN, Y.K.: Poliçeler ve Çekler, Sigorta Dünyası, Yıl. 15, S. 173, Mayıs Ankara 1974.
- YONGALIK, A.: Adi Şirkette Sermaye Payı, BATİHAİE Yayın No. 252, Ankara 1991.
- YÜCE, Mehmet, Türk Vergi Yargısı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2010.
- YÜKSEL, A.S.; Karşılıksız Çek, Batider, C. II, S. I, Ankara 1963.
- ZEVLİLİLER, Aydın; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 2001 İkinci Baskı.