

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA PROGRAMI

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE KORUNMASI
DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN
MUSTAFA EMİR ÜSTÜNDAĞ

GAZİANTEP – 2019

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA PROGRAMI

TİCARİ İŞLETME KAVRAMI VE KORUNMASI
DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN
MUSTAFA EMİR ÜSTÜNDAĞ

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. ÖMER ÖZKAN

GAZİANTEP – 2019



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜNE
DOKTORA KABUL VE ONAY FORMU

Özel Hukuk Anabilim Dalı **Özel Hukuk** Doktora Programı öğrencisi **Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ** tarafından hazırlanan “**Ticari İşletme Kavramı ve Korunması**” başlıklı tez, 27/ 12/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Doktora Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Görevi

Unvanı, Adı ve Soyadı

İmzası:

Kurumu/Üniversitesi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN

Jüri Başkanı

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Jüri Üyesi

Doç. Dr. Ömer BAĞCI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal RUHİ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Tayfun ERCAN

Gaziantep Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi İhsan HÜSEYİN

Yalova Üniversitesi

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. Mazlum ÇELİK
Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Ticari İşletme Kavramı Ve Korunması**” başlıklı çalışmanın tarafımda, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım.

..14../01../2020

Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ

Emir

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın özü ticari işletme külliyyatının derinlemesine büyüteç altına alınmasıdır. Ülgen’den aktaracak olursak kitabında yer verdiği üzere ticaret hukuku ekonomi hukukunun özel hukuka ilişkin bir parçası olarak İsviçre Hukuku’nda Zobl tarafından “Handelsrecht ist ein Teil des privatrechtlichen Wirtschaftsrechts” demek suretiyle bu unsur vaka vurgulanmıştır. Ticari işletme kurumu salt eski ticaret hukuku mevzuatı içinde aranmamalıdır. Özel hukuktaki ve kamu hukukundaki muhtelif hükümlerde işletme hukukunun önemli hükümleri aranmalıdır. Objektif hukuk bir süreçtir, lakin ayrıca meri olan hukuk dahi bu sürecin bir parçasıdır. Bu husus çağdaş hukuk düşüncesiyle bağdaşmaktadır.

Kritik tarihçi gözüyle bir kimse objektif hukuku bir prozess olarak görmüyorsa hataya duçar olmuş demektir. Ticaret hukukunun tarihçesi özel hukukun değişken ve sabiteleri arasında göz kamaştırıcı bir gidiş gelişleri sergiler. (Schmidt)

Gaziantep,Aralık, 2019

ÖZET

Bu çalışmada öncelikle ticaret hukukunun Türk Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukuk'ta dayandığı temel esaslar incelenmiş (ticari iş, ticari hüküm, tacir esası), ardından ticari işletme örneklerine yer verilmiş, ticari işletmenin bütünlük ilkesine ticari işletmenin hukuki işlemlere konu olması bağlamında değinilmiş ve bu genel açıklamalardan sonra tezin ağırlık noktasını teşkil eden ticari işletmenin bir bütün olarak ve tekil unsurları yönünden (örneğin malvarlığı), yine kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde muhasebe düzeninin denetlenmesi, rekabetin kötüye kullanılmasına mâni olunması, ticari sırların muhafazası ve iflasa sürüklenmesine karşı alınabilecek tedbirler marifetiyle korunması incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari işletme, bütünlük ilkesi, kurumsal yönetim, konkordato, rekabet, ticari iş, tacir, ticari hüküm

ABSTRACT

In this study, firstly, the basic principles on which commercial law is based on Turkish law and comparative law (commercial business, commercial provision, Merchant basis) are examined, then the examples of commercial enterprises are given, the integrity of the commercial enterprise in the context of the subject of legal transactions of the business enterprise is mentioned and the weight of the thesis in terms of individual elements (eg assets) of the commercial enterprise which constitutes the point of business, the audit of the accounting system within the framework of corporate governance principles the prevention of the abuse of competition and the protection against drift into bankruptcy, and the safeguard of the trade secret were examined.

Keywords: undertaking, integrity principle, corporate governance, bankrupt's certificate, competition, commercial business, trader, commercial provision

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	vii

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ.....	1
1.1. Kavramsal Çerçeve	2
1.2. Tarihçe.....	5
1.3. Mevzuat.....	7
1.4. Amaç	9

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME	10
2.1. İktisat ve Hukuk İlminde İşletme	10
2.2. Ticari İşletme Unsuru Hakkında Genel Açıklama	17
2.3. Ticari İşletmeye İlişkin Bazı Örnekler	25
2.3.1. Ticarethane.....	26
2.3.2. Fabrika	27
2.3.3. Ticari Şekilde İşletilen Müesseseler	27
2.4. Ticari İşletmenin Hukuki Yapısı (Organizasyon-Teşkilat).....	28
2.4.1. Mekân Unsuru.....	30
2.4.1.1. Merkez.....	30
2.4.1.2. Şube	31
2.4.2. Kişi Unsuru	34
2.4.2.1. Tacir.....	34
2.4.2.2. Tacir Yardımcıları-Müstahdemler (Hizmet akdi ile vazife icra edenler)	43

2.4.2.2.1. Bağımsız Tacir Yardımcısı	43
2.4.2.2.2. Bağlı Tacir Yardımcısı	45
2.4.3. Konu Unsuru	51
2.5. Ticari İşletmenin Kurucu Unsurları	56
2.5.1. İşletmenin Varlığı	56
2.5.2. Gelir Temin Etme Amacı	57
2.5.3. Aleniyet (Offenkundigkeit)	59
2.5.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma	61
2.5.5. Süreklilik	64
2.5.6. Bağımsızlık	65
2.6. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği	66
2.7. Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsuru	67
2.7.1. Türk Hukuku'nda durum (TTK'ya Göre Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsurları)	67
2.7.2. Mukayeseli Hukukta Durum	69
2.8. Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması	72
2.8.1. Ticari İşletmenin Rehni ve İnançlı Temlik İşlemlerine Konu Olması	72
2.8.2. Ticari İşletmenin Devri	78
2.8.2.1. Türk Hukuku'nda	78
2.8.2.2. Mukayeseli Hukukta	82
2.8.3. Ticari İşletmenin Devren Kiralanması	89

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN KORUNMASI	93
3.1. Ticari İşletmenin Anayasal Düzlemde Korunması	93
3.2. Ticari İşletmenin Mülkiyet Hakkına Dayalı Olarak Korunması	94
3.3. Ticari İşletmenin Malvarlığının Korunması	101
3.3.1. Bilanço Değerlendirme Yöntemleri ve Ticari İşletme Malvarlığının Korunması	101
3.3.2. Ticari İşletme İşleten Şirketlerin Malvarlıklarının, Kurumsal Yönetim İlkesi Çerçevesinde Korunması	104
3.3.3. Ticari İşletme Alacaklarının Tahsilini ve Borçlarının Ödenmesini Kolaylaştırmak Suretiyle Ticari İşletmenin Korunması	109

3.4. İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Koruma	112
3.4.1. Tasarrufun İptali Davası.....	112
3.4.2. Konkordato ve Borçların Yeniden Yapılandırılması Yoluyla Koruma	114
3.5. Ticari İşletmenin Muhtelif Rizikolara Karşı Sigorta Hukuku Açısından Korunması.....	118
3.6. Haksız Rekabete Karşı Koruma	120
3.6.1. Haksız Rekabet Davaları.....	130
3.6.2. İhtiyati Tedbirler, Zamanaşımı ve Haksız Rekabet Suçu	134
3.7. Unsurlara Özgü Himaye.....	134
3.7.1. Ticaret Unvanı ve İşletme Adının ve Diğer Sınai Hakların Korunması	140
3.7.2. Ticari İşletmenin Kullandığı Marka, Patent ve Diğer Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması.....	147
3.7.3. FİSEK Tarafından Koruma	153
3.8. Hizmet Akdinden Doğan Rekabet Yasağıyla Koruma	154
3.9. Ticari İşletmenin Tabi Olduğu Meslek Kaideleri Yoluyla Korunması.....	156
3.10. Ticari Yargının Marifetiyle Koruma	162
3.11. Ticari İşletmenin Ticari Sırlarının Korunması	167
3.12. Kişilik Haklarına Saldırıya Karşı Ticari İşletmenin Korunması	169
3.13. Medeni ve Borçlar Hukukundaki Hükümsüzlük Halleri Marifetiyle Ticari İşletmeyi Koruma.....	170

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ.....	180
KAYNAKÇA	182

KISALTMALAR

AG	:	Aktiengesellschaft
Art.	:	Artikel
ATF	:	Arrêts du Tribunal Fédéral
BayObLG	:	Bayerisches Oberlandesgericht
BB	:	Betriebsberater
BGHZ	:	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	:	Bundesverfassungsgericht
DB	:	der Betrieb
DStR	:	Deutsches Steuerrecht
ETTK	:	Eski Türk Ticaret Kanunu
GmbH	:	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HD	:	Hukuk Dairesi
HGB	:	Handelsgesetzbuch
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HRegV	:	Handelsregisterverordnung
hrsg.	:	Herausgegeben
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİD	:	İcra ve İflas Dairesi ve devamı
İİK	:	İcra ve İflas Kanunu
ff.	:	Fort folgende
Ffm.	:	Frankfurt am Main
GG	:	Grundgesetz
GWB	:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JDT	:	Journal des Tribunaux
JZ	:	JuristenZeitung
KMU	:	Kleine und mitlere Unternehmen
NJW-RR	:	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
OG	:	Offene Gesellschaft

OLGE	:	Oberlandesgericht Entscheidung
OR	:	Obligationenrecht
RGE	:	Reichsgerichtsentscheidung
RGZ	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKD	:	Resmi Kararlar Dergisi
Rz	:	Randziffer
SchKG	:	Schweizerische Schuldbetreibung und Konkursgesetz
StGB	:	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SR	:	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TD	:	Ticaret Dairesi
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	Ticaret Kanunu
Urt.	:	Urteil
UWG	:	Unlauterer Wettbewerbsgesetz
VersR	:	Versicherungsrecht
Vs	:	Ve saire
Y	:	Yargıtay
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	:	Zivilgesetzbuch
ZHR	:	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	:	Zivilprozessordnung

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

İlişkiler bazında her ne kadar “Ticari İşletme” özel hukukun konusunu teşkil etse de, kanunkoyucu ticari işletmeyi ekonomik kamu düzeni mülahazasıyla korumuştur. Türk Hukuku’nda Hirş tarafından hazırlanan 1956 tarihli kanunda aslında Hirş’in dönemin devletçilik anlayışına sadık 1924 Anayasası (sonrasında ise müteakiben Atatürk’ün İzmir İktisat Kongresi’ndeki çalıştay da karma ekonomiyi vazederken, ekonomi politikası kalkınma planı dairesinde karara bağlanmıştır) ile paralel biçimde iktisat hukuku temelli bir ticaret kanunu hazırladığı görülür. Dolayısıyla iktisat hukuku ziraatçilik işletmelerini de düzenlemekteydi. Tarihi gelişim eğrisinde ise artık Ticaret Kanunumuz karşılaştırmalı hukuk ışığında şirketler topluluğu hükümlerine değin varan makro ölçekli düzenlemeler yapmıştır. Bu itibarla da belirtelim ki, ticari işletmenin korunması bağlamında bağlı iştirakler hâkim şirket ile aralarında olan bağ noktasında rapor tanzim etmekle mükelleftirler. Şayet bu genel içerikli rapor savsaklanırsa, şirket alacaklılarının özel denetçi tayini hakkı mahfuzdur. 6102 sayılı Kanunumuz ise bizim de iştirak ettiğimiz görüş sahibi Ülgen’e göre ticari işlerin hukuku olarak ticaret hukukunun temelinde ticari iş yatmaktadır. Ticari işletmenin korunması kamu çıkarına da hizmet eder. Nitekim ticari işlerde de böylesine hükümler sevkolunduğuna şahit oluruz. Örneğin, anonim ortaklıkta azınlığın korunmasında olduğu üzere düzenlemeler yapıldığı gibi. Devlet ekonominin sağlıklı biçimde işlerliği için yani ticari işletmenin korunmasına hizmet etmek gayesiyle, ticari işlere müdahale etmektedir. İşte bütün bu saiklerle Bankacılık Kanunu (şirket kurtarma), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Sigortacılık Kanunu (özellikle murakabe), Sermaye Piyasası Hukuku (Kurumsal Yönetim İlkeleri) vazedilmiştir. Bilhassa aktüel olan bir gelişme de, adi konkordatoya ilişkin hükümlere işlerlik kazandırılarak, adeta ihya edilerek, piyasadaki batık şirketleri, örneğin bir yandan işçilik alacaklarının da muhafazası gibi sosyal mülahazalardan etkilenen bir gayeye erişmek adına, çatışan menfaatlerin uzlaştırılması adına, telif olunarak; diğer yandan da alacaklıları sınırlı da olsa (birtakım tavizler vermek zorunda kalsalar da) tatmin ederek ticari işletmeyi korumaktır. Yani esas amaç ayarı bozulan piyasanın tekrardan hassas teraziye zapturapt edilmesidir. Lakin ticari işletmenin korunmasının her ne kadar haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi genel hükümler marifetiyle gerçekleşmesi söz konusu olsa da ticari işletmenin korunması salt bir malvarlığı yığınının veya salt bir işaret hukukunun, mesela fikri

sınai mülkiyet hakkının (Alman Hukuku’nda “Kennzeichenrecht”-işaret hukuku) veya salt bir işletme üzerindeki şahsiyet hakkının mesela adın korunması gibi bir özel hukuk himayesinden ibaret olmayıp, iflastan konkordatoya kadar gerçekleşen hukuki düzenlemelerle korunmada olduğu üzere maliye politikasının da bir gereğidir. Tacirin ticari işletmeye değer ticari işletmenin kurucu unsurlarından sermaye ve diğer finansal kaynaklar kadar önemlidir. Ticari işletme ekonominin vazgeçilmez bir ögesidir. Günümüzde güncel gelişmeler ışığında artık ticari işletmenin korunması da tüketici hakları mevzuatı ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Giderek iktisaden işletmelerin e-işletmeye evrilmesi hususunda e-fatura gibi ticari işlere müteallik evrakın da yürürlüğe girmesi internet ortamındaki ticari işletmenin vergi boyutuyla denetlenmesi bakımından Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun da vazedilmiştir. Son olarak belirtelim ki, işletmelerin korunması bağlamında emprevizyon nazariyesi ve sorumluluk hukukuna hâkim ilkelerden hakkaniyet prensibi uyarınca fedakârlığın denkleştirilmesi amaçlı dolarizasyona karşı memleket parasının kıymetinin korunmasına ilişkin 32 sayılı Karar bağlamında da ticari işletmeler varlıklarını muhafaza etmelerini temin maksadıyla koruma altına alınmışlardır.

1.1. Kavramsal Çerçeve

İşletmenin Türk Dil Kurumu sözlüğündeki karşılığı, “*tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kâr amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurum*” dur. Hukuk sözlüğünde ise işletme, “*üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme serbestisine sahip ekonomik kuruluş*” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Arkan Ticari İşletme Hukuku kitabında kitabın adı olarak Ticari İşletme Hukuku (Unternehmensrecht) tasvirde bulunmuştur, oysaki kanaatimizce bu yaklaşım tarzı çok da isabetli değildir. En azından belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukuku özelinde tutarlıdır. Lakin bir başka hukuk çevresinde ise aksinedir, çünkü işletme kavramının karşılığını Alman Hukuku’nda Gewerbe kavramı karşılamaktadır. Nitekim tacirin HGB’e tanımında da Türk Hukuku’nda ticari işletmeyi işleten kimse nasıl tacir olarak pozitif manada norm olarak hükme bağlanmışsa aynen Türk Hukuku’nda olduğu gibi tacirin tanımında ticari işletmeyi işleten kimseden bahsedilirken ticari işletme yerine karşılık kullanılan kavram (Handels) Gewerbe’dir. Bu vaka fikrimizi teyit etmektedir. Alman Hukuku’nda Unternehmen kavramı teşebbüs terimi yerine kullanılmaktadır. Lakin belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku’nda marjinal bir yaklaşım sergileyen Schmidt Gewerbe kavramını eleştirerek yerine Unternehmen

¹ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002, s.591.

kavramına ikame edici bir fonksiyon yüklemektedir. (Türk Hukuku'nda iktisaden işletme kavramı ve ticari işletme kavramlarının ayrımı noktasında teferruatlı takdimi için Bkz. Domaniç) Lakin önemle belirtmek de gerekir ki, Avusturya'da yapılan reform hareketi neticesinde esnaf işletmesini de kapsayan ölçekte bir İşletmeler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi artık işletme kavramının eksen kavram olarak Ticaret Hukuku'nun belirleyici imgesi olduğu noktasında bizi aydınlatmaktadır. Lakin yine de gözden kaçırmamak lüzum eder ki, Avusturya Hukuku'nda Unternehmen kavramıyla kastedilen öge yalnız ticari işletmeye münhasır değildir, daha kuşatıcı bir perspektif takdim etmektedir. İşletme Hukuku sermayedar-yönetici-işçi ilişkilerini tanzim eden, bağımsız bir hukuk dalı olmayan, borçlar, iş ve ticaret hukuku hükümlerini bünyesinde barındıran karmaşık muhtevalı bir hukuk dalıdır. Yürürlükteki Ticaret Kanunu'muzun hazırlanmasına sevkeden itici güçler Avrupa, Amerika ve Uzakdoğu'daki siyasi ve ekonomik değişimler ile internetin kullanımıyla beraber e-ticaretin yaygınlaşması olmaktadır ve bu hususa kaynaklık eden başat yapıt Sayın Poroy'un "Son Elli Yılda Türkiye'de Kara Ticareti Hukuku Alanındaki Kanunlaştırma Hareketlerinin Genel Teori Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı çalışmasıdır. (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Dönemi'nde Hukuk, İstanbul 1973, s. 582 vd.)

Eski Roma'da (bugünün vergi tekniği Codex'e dayandırılmaktadır.) ticari sayılabilecek işlemler var olduğu halde ticaret hukuku yoktu. "Hukuk tarihinde bağımsız² ticaret kanunu niteliğini taşıyan ilk kanunlaştırma hareketi Colbert tarafından 1673 tarihinde hazırlanan kara ticareti ve 1681'de deniz ticareti için Parisli tacir Savary'e hazırlatılan Fransız Ordonnance de commerce olmuştur. Bu nizamnamelerin içerdikleri hükümlerin çoğunu zamanın örf ve âdetleriyle, şehir ve liman statüleri teşkil ediyordu. Gerekçelerinde tacirler arasında hüsnüniyeti hileye karşı koruyacağı ifade edilmiştir." (Birsell) (Fransa'da Napolyon Kanunları döneminde-1673 tarihli Fransız Ticaret Kanunu subjektif sistemi esas alırken, Fransız İhtilali'yle birlikte artık 1807'de ticaret hukukunun ticari işlemler hukuku olduğu fikri ağır basmıştır.) Fransız hukuk doktrininde işletme kavramını vitrine çıkartan yazar Jean Escarra olmuştur.

"Fransız Sistemi Ticaret Hukuku genel teorisi, ticari hükümlerin temelini teşkil etmesi bakımından hayati önem arzeder. Vergilendirme sistemi hususunda özel kurallar öngörülmüştür. Ticari davalar ticari ehliyetin uygulanması bakımından ikinci derecede de olsa fonksiyonu vardır. Fransız sisteminde ticari işin neveleri itibariyle Kanunda sayılmış

² Ticaret hukukunun medeni hukuktan ayrılmasında Birsell'den aktarabileceğimiz; ticaretin banka, borsa, umumi mağazalar gibi kendine özgü kuruluşlarının olması, ticari yaşantıda güveni, sürati ve nihayet sermaye toplanmasına hizmet etmek ve krediyi kolaylaştırmak mülahazalarına dayandırılmaktadır.

hususlar ve Kanunun ticarilik vasfını verdiği işler, poliçe çekmek, madencilik, fikri haklar ve nispi ticari işler bir tacir tarafından ticaretini ifa ederken yaptığı işlerdir. İsviçre sisteminde ayrı bir Ticaret Kanunu bulunmamasına rağmen Borçlar Kanunu'nda ticari işlere mahsus çeşitli hükümler yer almıştır. Bir sözleşmenin ne vakit ticari olduğu hakkında kanuni açık bir ölçüt yoktur. Özel hükümlerin azlığı dolayısıyla böyle kanuni bir ölçüye gidilmemiş ve bu husus doktrin ve içtihadla bırakılmıştır. (Objektif ölçüler kullanılmakta, satışta, satmak gayesi ile satın almak gibi ... görülmektedir.) Bu suretle de ideal birlik esasında ufak sapmalara kanun koyucu tarafından göz yumduğuna tanık olunmaktadır”³.

İsviçre kanununda iki hukuk disiplinine ait müesseseler birleştirilmeden sadece medeni ve ticari borçlar tek bir kanunda toplanmıştır. Almanya'da medeni kanundan ayrı ticaret kanunu vardır. Lakin Alman kanunkoyucusu Paylı Ortaklıklar Kanunu ve GmbH Kanunu ile ilave kanunlarla ihtiyaçlara cevap verebilmek adına vazetmiştir. Mesela Common Law hukuk çevresinde İngiliz Companies Act ve ABD'de Uniform Commercial Code örnekler olarak sayılabilir. Buna karşılık özel hukukun birliği tezini un code unique des obligations adlı makalesiyle 1893 yılında ilk defa Vivante savunmuştur. İktisat hukuku ise; ticaret hukukunda a fortiori içine alan bir disiplin olarak zuhur etmiştir⁴. (Hedemann-Reichsgericht und Wirtschaftsrecht adlı kitabında vurgulamıştır.) Poroy/Yasaman'a göre TTK ticari işletme esasına oturduğundan (karşı fikir Ülgen (ticari iş)) dolayısıyla kanun ticari iş, ticari hüküm, ticari dava ve tacir gibi kavramları bu eksen merkez olgudan hareketle tarife kalkmıştır.

Yine (İsviçre hukukunun aksine-esnaf işletmesi de) kollektif ve komandit şirketlerin ancak bir ticari işletme çalıştırmak amacıyla kurulabilmesi, ticari işletmeye ticari temsilci atanabilmesi ve tescilin kurucu değil, açıklayıcı olması da önem taşımaktadır. Ticaret Hukuku'nu da Ekonomi Hukuku'ndan ayırt etmek gerektir. Devletin müdahalesi kural değil istisnadır, bilhassa TTK 1., TMK. 5 ve TBK m.646 yardımı ile TBK m.26-27 çerçevesi içerisinde sözleşme özgürlüğü ilkesi Ticaret Hukuku'nda geniş bir uygulama alanı bulur. Türk Ticaret Kanunu m.1'e göre TTK TMK'nın ayrılmaz bir parçasıdır. TTK kurumlar itibarıyla TMK ve TBK ile özdeşlik arzeder. Örneğin TTK'da düzenlenen kıymetli evrak, taşınır mal olarak TMK'nın düzenlemelerine tabidir. Bütün ticari borç ilişkileri Borçlar Hukuku anlamında taahhüt işlemi niteliğindedir. Zaten ticari satış ve mal değişimi sözleşmeleri TBK hükümlerine tabidir. Tacir yardımcılardan ticari temsilcilik ve ticari vekillik BK'daki

³ Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 73, ve orada dipnotta anılan Hamel / Lagarde / Jauffret, s. 167, no. 142.

⁴ Birsell, Mahmut Tefik, Ticari İşletme Hukuku, 1970, s.8.

vekâlet sözleşmesinin özel bir türüdür. Kanunkoyucunun TTK'yı TBK ile birlikte TMK'nın birer parçası sayması da bu gerekçelere dayanır. (Moroğlu, Ders Notları) Yine Kayar'a göre de adi şirkette olağanüstü bir iş sayılan idareci ortağın tespiti ve yetki alanına ilişkin TBK'daki boşluğu TTK'daki ticaret şirketlerine mahsus hükümler ile TBK'nın genel vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümleri dolduracaktır. Son olarak belirtelim ki, meri Türk Ticaret Kanunu'muzun hazırlanışında, önceki hukuktaki içtihat birikimi maalesef muhafaza olunamamıştır ve diğer temel kodlar ile yani TMK ve TBK ile ilişkide illiyet rabitası yeterince kâfi derecede tatmin edici mahiyette kurulamamıştır.

1.2. Tarihçe

Bilindiği üzere Gaius'tan beri Roma'da yapılan ve günümüze dek süregelen, lakin aşağıda izahat vereceğimiz istisnalar haricinde, özel hukuk-kamu hukuku ayrımında ticaret hukukunun özel hukuk alanına matuf bir bilim dalı olduğu şüpheden aridir. İmregün'ün⁵ de haklı olarak belirttiği üzere ticaret hukukuna kamu hukuku müdahalesinin hukukun toplumsallaşmasına paralel olarak diğer özel hukuk alanlarına oranla daha fazla olduğu da tartışmasızdır. Ticaret hukuku yapısal olarak sui generis kurumları içerisinde barındırmakta olup, tarihi gelişim sürecinde tacirlerin birbirleriyle aralarındaki ilişkilerin tanzimi noktasında evrilmiştir.

Babil hükümdarı Hammurabi⁶, şirket, vedia, komisyon ve benzeri hukuki ilişkileri M.Ö. 2000 yılında kanun düzenlemesi cihetine giderek ilk işlemlere ilişkin özel kuralları ihdas etmiştir. Bankacılık sistemini Lombardiyalılar (maliyeci) kurmuştur. Günümüzde Lombard kelimesi Alman Hukuku'nda rehin, Lombard-Darlehn kelimesi rehin üzerine karz manasını taşımaktadır. Yine Almanya'da 1794 tarihli Preussische Allgemeinen Landrecht önem taşır. Osmanlı İmparatorluğu ise 1861 yılında Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi ile ticari yargı hükümlerini uygulamıştır. 1875 yılında Ticaret mahkemeleri Ticaret Nezareti'nden (Bakanlığı) alınarak Adliye Nezareti'ne bağlanmıştır⁷. Tarihi gelişim eğrisinde teminat amaçlı haklardan rehin kefaletten daha önemli bir yer işgal etmekteydi. Genua'dan İtalya üzerinden Kommenda yayılmıştır ki bu sözü edilen komandit şirketin öncüsüdür. 14.

⁵ İmregün, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1989, s. 3-4.

⁶ *İşletmeler varolduğundan beri, muhasebe düzeni kaideleri varlık kazanmışlardır. Daha İsa'dan önce 17 ve 18. yüzyıllarda Babillilere en refah çağını yaşatan kral Hammurabi kendisinin meşhur Stele-Kodex'inde bu türden hükümlere yer vermiştir. Hristiyanlığın yeni döneminde Güneş kralı Ludwig XIV Jacques Savary'nin "Le parfait negociant" adlı ticari işletme hukuku ders kitabından ilham alarak kendisinin ilk tamimi olan "Code du Commerce" 1673'te bu yönde bir hükme yer vermiştir. (Druey / Druey Just / Glanzmann, s. 339, Rn. 25.)*

⁷ Demirel, Fatmagül, "Adliye Nezaretinin Tarihçesi", Adalet Kitabı, ed. İncalcık, Halil, İstanbul, 2015, s. 311.

yüzyılın ekonomik krizinde esnaf odaları (lonca) çırağların greviyle kapatılmıştır (Türk hukukunda loncalar Cumhuriyet'in ilanından önceki evrede Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde İttihad ve Terakki Fırkası tarafından kapatılmıştır.) ve ilk bu türden bir çalışma mücadelesi kemer imalatçıların arasında 1329 yılında Breslau'da vuku bulmuştur. 12. yüzyıldaki ticaretin süpürücü etkisiyle birçok şehirde ticaret, tüccarların bir müstakil hukuku olmuştur. Lakin bu hukukun en önemli problemlerinden biri kanonik hukukun tefecilik yasağıydı ki bu vaka çoğu zaman hukuksal çarelerin yapılandırılmasında münferiden bir belirleyici katalizör olmuştur⁸. Sayın Dr. Süleyman Ateş; "Haram olan normal faiz değil, tefeciliktir" tespitinde bulunmuş, aynen Düverger de "Kâr (çıkar) ilkesinin önceliğine dayanan bir iktisadi sistem uzun vadeliyi kısa vadeliye, geleceği derhale kurban eder" demiştir⁹. Roma Hukuku'nun faiz serbestisinin aksine Kilise İncil'e (Lucas, 6.35) dayandırarak faizi tefecilik (Wucher) olarak nitelendirerek yasaklamıştır. (mutuum date nihil inde sperantes) –"Düşmanlarınızı daha çok seviniz ve iyilik yapınız ve karşılığında hiçbir şey iade almayı ümit etmeksizin ödünç para veriniz." Aslında bu kuralın kökeni Antik İbrani Hukuku'ndan, ki bu hususa Eski Ahit'te birçok yerde tanık olunduğu üzere, kaynaklanmaktadır. Tarihi gelişim eğrisinde teminat amaçlı haklardan rehin kefaletten daha önemli bir yer işgal etmekteydi. Genua'dan İtalya üzerinden Kommenda yayılmıştır, ki bu sözü edilen komandit şirketin öncüsüdür. 14. yüzyılın ekonomik krizinde esnaf odaları (lonca) çırağların greviyle kapatılmıştır ve ilk bu türden bir çalışma mücadelesi kemer imalatçıların arasında 1329 yılında Breslau'da vuku bulmuştur. 12. yüzyıldaki ticaretin süpürücü etkisiyle birçok şehirde, tüccarların bir müstakil hukuku olmuştur. Lakin bu hukukun en önemli problemlerinden biri kanonik hukukun tefecilik yasağıydı ki bu vaka çoğu zaman hukuksal çarelerin yapılandırılmasında münferiden bir belirleyici katalizör olmuştur¹⁰.

Bugün Ticari işletme hukukunun tarihçesini değişik perspektiflerden üç başlıkta derleyebiliriz. Bunlardan ilki, ticaret hukukuna yerleştirilmiş (monte edilmiş) hukuk kurumlarının tarihidir (mesela ticaret şirketleri ve ticari satım); ikincisi ticaret hukukunun nitelikli özel hukuk (Sonderprivatrecht) olarak ele alınmasıdır ki ticaret hukuku kodifikasyonların gelişimi tarihçesidir; üçüncüsü ise ticaret hukukunu bir bilimsel disiplin olarak ele alan yaklaşımdır. Birinci kategori tarih tezi, ticaret hukukunun eski çağlardaki kökleri ve değişimlerini ve kavimler dönemindeki meta değişimini mercek altına alır. Kodifikasyonların tarihçesi ise ticaret hukuku bilimi tarihçesiyle sıkı bir ilişki içindedir. Zira

⁸ Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts, München, 1997, s. 328.

⁹ Batının İki Yüzü, 1977, sh. 218.

¹⁰ Wesel, s.328.

kanunlar ve doktrin birbirini karşılıklı etkilemektedir. Ulpian'ın Digesta'da açıkladığı menfaat teorisini (Interessentheorie) dayandırdığı mutlak devletlerin ortaya çıkmasından bu yana ki hukuki gelişme yürürlükteki hukukta olduğu üzere özel-kamu hukuku ayrımını ortaya çıkarmıştır¹¹. Fransa ve Almanya'da özel ticaret mahkemesi vardır. Fransa'da ticaret mahkemeleri üç hâkimden oluşur ve tacirler tarafından bu görev ifa edilir.

Alman sisteminde ise "Landgericht"ın ticaret dairesi bir hukukçu hâkim ile tacirler arasından seçilen iki tacir hâkimden oluşur. Türkiye'de XIX. yüzyılın başlarında tacirler arasındaki uyuşmazlıklar muteber tacirlerden kurulan ve gümrük emininin başkanlığı altında olan özel heyetler tarafından halledilmiştir. Daha sonra ticaret nazırının başkanlığında toplanan Meclis-i Ticaret kurulmuştur. Ticaret mahkemelerinin başkan ve devamlı üyeleri Ticaret Bakanlığı'nın teklifi üzerine Padişah tarafından atanırdı. Geçici üyeler ise mahallinde ikamet eden ve hüsnü hal ile maruf ve hüsnü idare ile tasarruf erbabından olan en kadim ve sözü geçer tüccardan mürekkep bir meclis tarafından seçilirdi.(Poroy/Yasaman)

1.3. Mevzuat

Genel Yürürlük Kaynakları

Asıl Kaynaklar

Ulusal Kaynaklar

Temel Kod: Türk Ticaret Kanunu (TTK m.1534/1 kenar başlıkları metne dahildir.)

Özel Kanunlar: FİSEK

Esnaf ve Sanatkârlar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar

Tüzük-Gemi Sicili Nizamnamesi

Yönetmelik-Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik

Tebliğ-Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ

Mesleki Kararlar-(Ticaret Odaları ve Borsalar ile mesleki teşekküllerin verdikleri TOBBK 12/1-g,17/1-d uyarınca uyulması zorunlu kararlardır.)

Uluslararası Asıl Kaynaklar

Uluslararası Sözleşmeler

Avrupa Topluluğu'yla birlikte yapılan Ankara Antlaşması ve (AB rekabet mevzuatında 82. maddesi ile getirilen hükmün muadilinin Türkiye'de de hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. madde hükmü ile benimsenmiş olması dolayısıyla) -

¹¹ Schmidt, Karsten, Handelsrecht I Unternehmensrecht, Köln, 2014, s. 48-49.

Aslan, 1994 ve Erdem,1996, s.84-86)- Roma Antlaşması: KOBİ'lerin korunmasına hizmet ettiği doktrinde vurgulanmaktadır¹².

Sınai Mülkiyetin Korunması ile ilgili Paris Sözleşmesi (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)

(Türkiye 1925'ten beri Londra metnine taraf olduğu bu sözleşmenin Stockholm metninin (1/12) maddelerine 1 Şubat 1995 tarihinde katılmıştır.

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS-Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)

Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile ilgili Protokol (Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks)

7 Haziran 1930 tarihli Cenevre Kambyo Senetleri Yeknesak Kanunları Hakkında Antlaşma (Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange)

(Türkiye anılan antlaşma kapsamında özel bir düzenleme yapmamış, ancak kıymetli evraka ilişkin hükümleri İsviçre'den iktibas etmek suretiyle anılan antlaşma hükümlerini dolaylı biçimde milli hukuka aktarmıştır.)

Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme (Lahey Sözleşmesi-International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading) (Bu sözleşme 23.02.1968 tarihinde Brüksel'de kabul edilen 25 Ağustos 1924 tarihinde Brüksel'de imzalanan Konişmentolara İlişkin Çeşitli Hukuk Kurallarının Birleştirilmesine Dair Milletlerarası Sözleşmeyi Değiştiren Protokol (Visby Kuralları-Hague-Visby Rules) ve 21.12.1979 tarihinde yine Brüksel'de kabul edilen 23 Şubat 1968 tarihli Protokol ile değişik 25 Ağustos 1924 tarihli Konişmentolara İlişkin Çeşitli Hukuk Kurallarının Birleştirilmesine Dair Milletlerarası Sözleşmeyi Değiştiren Protokol (SDR Protokolü) ile değiştirilmiştir. Her iki değişiklik protokolü ile güncellenen sözleşme TK'nın hazırlanmasında esas alınmıştır. Türkiye'nin bu protokollere taraf olma hazırlıkları sürmektedir¹³.

TIR Karneleri Himayesinde Uluslararası Eşya Taşınmasına Dair Gümrük Sözleşmesi (TIR Sözleşmesi-The Convention on International Transport of Goods Under Cover of TIR Carnets, 1975)¹⁴.

¹² Teferruatlı bilgi için Bkz. Aslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa, 2017.

¹³ Bkz. Ataergin, Selim / Oğuz, Caner, Notlu, Açıklamalı, Karşılaştırmalı, İçtihatlı Türk Deniz Hukuku ile İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004.

¹⁴ Bu hususta güncel bir çalışma için Bkz. Ercan, Tayfun, Gümrük Hukuku, Bursa, 2019.

Tamamlayıcı Kaynak: Ticari Örf ve Âdet Hukuku: TMK ve TBK tamamlayıcı kaynak değildirler. Ticari işlere uygulanacak hükümler arasında genel hükümler de yer alır, lakin Ticaret Hukuku'nun kaynağı değildirler, çünkü ticari hüküm içermezler.

Özel Yürürlük Kaynakları: Sözleşmelere dercedilmiş genel işlem şartları (bu bağlamda Uluslararası Ticari Terimlerin akıbeti tartışmalıdır, genel işlem şartı olduğu yönünde de görüş bulunmaktadır¹⁵ ve dolayısıyla tip sözleşmelerdir.(Not:Kaynakçanın hazırlanmasında Ülgen'in işletme külliyatından yararlanılmıştır.)

1.4. Amaç

Genel itibariyle alacaklıların himayesi suretiyle devletin maliye politikası icabı kamunun çıkarının gözetilmesidir. Ticari işletmenin korunmasında Türk Hukuku'nda bir boşluk bulunmaktadır. Fikrimize göre; bu konuda Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme kararı hükmetmesi yararlı ve yerinde olur. Dayandıracağı temel hukuki esas da ticari işletmenin korunmasında fikrimce Türk Borçlar Kanunu'nun, ahlaka aykırı bir fiille kasten bir başkasına zarar verme hükmüne yaslanmak olmalıdır¹⁶.

¹⁵ Tartışmalar için Bkz. Kuyucu, Aslıhan Sevinç, Incoterms, İstanbul, 2011.

¹⁶ Bu hususta ilke bir çalışma için Bkz. Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle B.K.m.65 kuralı), İstanbul, 1976.

İKİNCİ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETME

2.1. İktisat ve Hukuk İlminde İşletme

Ekonomi bilimi, mal ve hizmet dağıtımını konu edinir. Hukuk bilimi açısından ise ticaret ekonomide olduğu üzere mübadele ilişkisi ile sınırlı değildir, bilakis TTK 11. maddenin gerekçesinde vurgulandığı üzere iletişim, bilişim ve e-ticareti de kavramaktadır. Yani günümüzde ticaret hukuki manada iktisadi manasındakinin aksine aracılık işi vasfını aşmıştır ve artık üretim (fabrika) ve tüketimi de içermektedir¹⁷.

TTK m. 11’de ticari işletmenin tarifinde işletme terimine atıfta bulunulmuş olması bir bilinmeyen başka bir bilinmezle tanımlama işidir. İşletme kavramı üzerinde iktisatçılar arasında da bir fikir birliği bulunmamaktadır¹⁸. Diğer yandan Türk mevzuatı incelendiğinde “ticari işletme” kavramının TTK dışında kabul görmediğini gözlemlemek mümkündür. KİT’lere özgü terminoloji dikkate alınmaksızın bir değerlendirme yapılacak olursa, dar ve teknik bir anlama sahip “ticari işletme” yerine, ekonomik bir faaliyeti anlatmak için daha geniş anlamlar taşıyan farklı kelimelerin kullanıldığı görülmektedir. Bu amaçla en çok kullanılanların ise *işletme*, *teşebbüs*, *kurum*, *kuruluş*, *tesis* olduğu söylenebilir¹⁹.

Gerekçede (Bkz. TTK m.11) açıkça belirtilmesine karşın Ülgen²⁰, ticaret hukukunun düzenlenmesi bakımından herhangi bir sistemi esas almanın doğru olmadığını, her sistemin bir diğeri ile belli bir ölçüde kesiştiğini (tedahül ettiğini), birbirleri ile kesişen soyut sistemlerle işgörmek yerine, uygulanacak hükümlere merkez kavramı ve aktörü saptayarak Türk Ticaret Hukuku’nun düzenleme biçimini ortaya koymanın daha isabetli olduğunu söylemiş, Türk Ticaret Kanunu’nun ticari işletme esası üzerine kurgulanmadığını, kanunun temelinde ticari işlerin yattığını ifade etmiştir. Arkan²¹ ise TTK’nın m.19 gibi kimi

¹⁷ Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 1.

¹⁸ Aydın, Alihan, “6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu’na göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, s. 128.

¹⁹ Aker, Halit, “Avusturya İşletmeler Kanunu’nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler”, BATİDER, c.XXV Sa.3, Ankara, 2009, s. 229.

²⁰ Ülgen, Hüseyin / Kendigelen, Abuzer / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsun, İstanbul, 2015. (N.74) ve (N.94).

²¹ Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2015, s. 25.

hükümlerinde tacir kavramının öne geçtiğini ele alarak TTK'nın tam olarak ticari işletme esasına dayandığından bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir²².

İsviçre'de ticari şekilde işletilen müesseseyi ilgilendiren bütün normlar İşletme Hukuku olarak adlandırılmaktadır. Bu hukuk alanında bir özel kapsayıcı, tüketici mahiyette kodifikasyon yoktur. Özel hukuktaki ve kamu hukukundaki muhtelif hükümlerde işletme hukukunun önemli hükümleri aranmalıdır. İsviçre Borçlar Hukuku 3. Bölümünün başlığı "Ticaret Şirketleri ve Kooperatif"tir ve konunun merkezinde yer almaktadır. Ancak İşletme Hukuku bununla sınırlı değildir. Şirketler Hukuku'nun doğrudan ilişkili bulunduğu diğer alanlar ticaret sicili hukuku, ticaret unvanı hukuku, ticari defter hukuku ve ayrıca şirket hukuki yapılarının uyumu ile ilgili hükümler (birleşme hukuku) ve devamında sosyal sigortalar hukuku hakkındaki hükümler ve nihayet işletmeyi ilgilendiren münferit vergi düzenlemeleri hükümleridir.

Mevcut yazım ağırlık noktası itibarıyla hukuki şekillere yoğunlaşmakta ve bundan hareketle yukarıda değinilen, doğrudan ilişkili hukuk sahalarıyla ilgili ipuçları içermektedir²³. Ek olarak işletme öğretisinden (Managementlehre), örneğin fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku ve sermaye piyasası hukuku gibi münferit hukuksal alanlar anlaşılır.

"Şirketler Hukuku önem arzeden, hissedarların korunması, hisse senedi geri alımları gibi konulardan Management by-out ya da Management by-in (yönetimi ele geçirmek) faaliyetlerinin yapılandırılmasına kadar geniş bir yelpazeyi kapsayan bir alandır. Bu doğrultuda vergi hukukunun ve iş hukukunun önemi ise tartışmasızdır. Sermaye piyasalarında faaliyet gösteren işletmelerin finansal tablolarının aynı değerlendirme kuralları çerçevesinde hazırlanması, işletme ve sermayedarların arasında bilgi alışverişine esas olan işletme bilgilerinin simetrik, bir diğer ifadeyle karşılaştırılabilir olması için Sermaye Piyasası Hukuku kapsamında tanımlanmış yükümlülükler burada plana çıkmaktadır"²⁴.

Bir ticaret hukukunu salt tacir kavramı üzerine yaymak doğru ve yeterli değildir. İşletme hukuku salt ticari zümrenin/Handelsstand/tradingclass açılımı şeklinde ele alınmasından daha fazlasıdır ve bütün her türlü işletmeciyi kapsar. O yüzden işletmeyi merkeze almak ve onun etrafında açıklamalar yapmak gerekir. İşletmenin yürütülmesini de işletme zilyedi/hamili vasıtasıyla açıklamak doğru olur. Bu tezi Wieland²⁵ savunmuş, şube,

²² Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin, Ankara, 2017, s. 89, dipnot 125'ten naklen.

²³ Mommendey, Fritz, Unternehmensrecht der Schweiz, Handbuch für Lehre und Praxis, Altstätten, 2009, s. 39 ve özellikle Bkz. Vorwort.

²⁴ Ayrıca Bkz. Pernsteiner, Helmut, "İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı", Şirket Birleşmeleri, ed. Haluk Sümer, İstanbul, 2004, s. 608.

²⁵ "Handelsrecht das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften", 1921.

işletmenin devri, korunması, hesap düzeni, tacir ve ticari işlere ise yan bir konu olarak değinmiştir.

İktisat ilmindeki işletme ile ticari işletme kâr getirmek için yapılan her türlü mübadele ilişkisi ile uğraşır. Türk Hukuku bakımından ticaret sayılmayan esnafılık, çiftçilik ve serbest meslek gibi birçok faaliyeti de kendi çevresi içine alan işletme, ticari işletmenin aksine (ticari işletmenin iktisadi işletmenin bir şubesi olması karşısında), faaliyet alanı daha geniş bir terimdir²⁶.

İsviçre Hukuku'nda örnek kabilinden saymak icap ederse²⁷ şöylece özetlenebilir. Art.934 OR SR 220 teşebbüsün (Unternehmen) yanında işletmeden (Gewerbe) bahseder ve Art.2 lit.b Ticaret Sicil Tüzüğü (SR 221.411) teşebbüsü tanımlar. Benzer bir çizgide İş Kanunu'na göre (SR 822.11) Art.1 Abs.2 mütemadiyen veya bir işveren belli kurum veya yerlerden bağımsız olarak geçici, bir veya çok sayıda işçiyi istihdam eder. Kartel Kanunu Art.2 Abs.1 uyarınca ekonomi usulünde, hukuki ve organizasyon şeklinden ari olarak bütün talep edenler, sağlayıcı, tedarikçi, emtia veya hizmet edimlerini sunan birimler teşebbüs olarak geçerler. Ceza Kanunu Art.102 Abs.4 izahatlı olarak saptar ki, teşebbüs olarak özel hukuk tüzel kişileri, kamu hukuku tüzel kişileri, şirketler ve şahıs firmaları kabul edilmektedir.

Alman Hukuku'ndaki yaklaşıma göre: "Ticaret hukukuna mahsus bir kavram inşası en iyi şekilde tümevarım/induktiv mahiyette vuku bulur. Tacirin işletmeci ve ticari işletmesinin veya ticarethanesinin işletme olduğu noktasında mutabık kalınsa da, işletme kavramı bu belirlemenin üstüne çıkar, bu belirlemeyi aşar. Böylece diğer işletme tiplerini ticari işletmeden ayırmak ve sınırlandırmak üzere, özellikle küçük işletmeler ve yine geçmişte esasen işletme olarak değil de serbest meslek olarak icra edilen (takdim ve takdir edilen/gören) diğer ekonomik faaliyetler birleştirilmelidir. Yeni kanunkoyucu iradesi ve muhtelif tüketiciyi koruma kanunları, tüketicinin aksine-tüketicie nazaran işletmeciyi her işletmesel veya müstakil mesleki surette ifa edilen iş olarak ele almaktadır. Hukuk âleminin/hukukun işleyişinin ihtiyaçlarına göre kurgulanmış daha çok pragmatist bir kavram tanımlaması, ticari işletmenin münferit fonksiyonlarına dayanarak birtakım alan çözümlemeleriyle yetinmektedir, mesela hukuki işleyişin konusu olarak işletme; ticari işletmenin hukuki açıdan korunması (himayesi), ticari işletmeye halefiyet, özellikle içtihat ve uygulama."

²⁶ Erem, Turgut, Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, 1983, s. 50.

²⁷ Mommendey, s. 35.

İşletmenin ekonomi ve hukuktaki önemine rağmen bir yeknesak işletme kavramı yoktur. Daha ziyade ticari işletme kavramı, kanunun iradesi ve amacı ve kendisine yer veren norma göre belirlemelere konu olmaktadır. Bu durum bizi her ne kadar birbirinden farklı da olsa, fonksiyonel-işlevsel olarak doğru sınırlamalara götürebilir. Ticari işletme kavramı konzern hukukunun yani birbirine eklenmiş-bağlı işletmeler hukukunun temel kavramıdır. Ticari işletme kavramı aynı zamanda Alman Hukuku'ndaki Belirli İşletmelerin ve Konzernlerin Bilanço²⁸ Hesaplamaları Kanunu'nun ("Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen") temel yapıtaşıdır. Hususiyetle önemli ölçüde pay sahibi oldukları birleşmelerde kontrol için pazarsal olarak stratejik planlamalar ve kararlara sevk edilen birçok işletmelerde iki yanlı-paritaetisch pay sahibi olan çoğunluk hissedarları için aynı zamanda rekabet hukukunda da ticari işletme merkez kavramıdır.

İşletme bir organize edilmiş birim olarak tefriş edilmekle ve dış âlemde görünür olmakla vücut bulur. Lakin işletme çoktan kuruluş aşamasındaki (werdendes Unternehmen) işletme olarak bir değer de taşıyabilir, hukuki ilişkinin konusu olabilir ve hukuki himayeden yararlanabilir. İşletme piyasada/pazarda organize edilmiş bir birim olarak tasdik edilmemiş/icazet verilmemiş ve hatta yasaklanmış olsa bile hukuken yine de varlık kazanır. Lakin sadece kuruluşu, varlık iktisabını müteakip resmi olarak kapatılabilir. Ticari işletmenin içinde veya üzerinde bulunan ticari tasarrufların ne dereceye kadar geçerlilik arzettiği ve etki doğurduğu, ticari işletmenin ne kadara kadar hukuki himayeden istifade ettiği ve oluşum sürecinde hangi mükellefiyetlere tabi olduğu nokta-i nazarından tetkik edilmelidir.

İşletme kavramının kanuni tarifine Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) rastlanılmamaktadır. Vergi hukukunda dolayısıyla değinilmektedir. Ticaret Hukuku için vergi hukukunun gelir vergisi kanununun ((EStG) –Einkommensteuer Gesetz (2002)) tanımladığı işletme kavramı sadece bağlayıcı olmayan bağlama noktaları vermektedir²⁹. Serbest meslek olarak icra olunan faaliyetler hariç tutulursa Ticaret Hukuku'nda bazı uyuşmazlıklarda işletme kavramı altında aleni, planlı, müsaade edilmiş³⁰, bağımsız, kazanç elde etmeye yönelmiş

²⁸ Türk Hukuku'nda, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin T. 21.12.2017, E. 2016/6496, K. 2017/3802 sayılı kararında grup şirketlerinde borca batıklığın tespitinde borcun asıl borçlu şirketin pasifinde hesaplanması gerektiğine, aynı borcun kefil olan grup şirketin pasifine dahil edilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Davacı şirketlerin grup şirketler olduğu dikkate alındığında grup şirketler açısından kefalet ilişkisi borca batıklığın tespiti açısından kötüye kullanılabilen ve bir borca ilişkin kefaletin birden fazla şirketin pasif hesabında gösterilmesi nedeniyle bir borçtan dolayı grup şirketlerin tamamı kayden borca batık hale gelmektedir. (Yargı Dünyası, Yıl: 23, Sayı: 268-269-270, Nisan, Mayıs, Haziran 2018, s. 298).

²⁹ Brox, Hans / Henssler, Martin, Handelsrecht, München, 2011, s. 15; BGH NJW 2000, 1940.

³⁰ Bu bağlamda genelevlerin ticari işletme sayılıp sayılamayacakları hususundaki tartışmalar için Bkz. Battal, Ahmet, "Ticari İşletme Kıstasları Karşısında Genelevlerin Durumu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

uğraşı; yani sarfedilen emek, işgücü, insan kuvveti, mesai, performans bileşkesi anlaşılmaktadır³¹.

İşletme (Gewerbe) kavramı teşebbüs (Unternehmen) kavramından ayrıştırılmalıdır. Teşebbüs kavramı her türlü iktisadi organizasyonun personel ve nesnel (materyal) araçlarının bağlılığına kendisini dayandırırken, bir de bu sayede bir işletmecinin piyasada vazife ifa etmesini bekler. Ticari işlerin bir örgüte dayanarak mesleki surette tekrarlanması olgusu, kurucu unsurlardan birini teşkil eder.

Bir faaliyet dış âlemde görünür olmakla alenilik kriterini karşılar³². İktisadi bir menfaat elde etmek için harcanan mesai, gizli olmamalıdır ve tabiatıyla üçüncü kişilerden saklanmadan hukuk düzenine uygun icra edilmelidir. Türk Ticaret Kanunu dış görünüşe üçüncü şahısları himaye düşüncesiyle büyük önem vermiştir³³.

Bir üçüncü şahsın anlayamayacağı belirgin olmayan içsel amaç (kast) yeterli olmamaktadır³⁴. Daha net olmayan ise, “alenilik” kavramının yerine piyasaya sunulmuş faaliyet aranmaktadır³⁵. Dolayısıyla borsada özel spekülasyon bu bağlamda işletmesel icraat olarak görülmez. Şahsi malvarlığının yalın bir biçimde idaresi de aynıdır. (Hopt No.17 BGH 104, 208 BörsG 53 II No.1 aF, sonraki ihtilafları önlemek maksadıyla miras kalacak taşınmazların parselasyonu işi örneğinde de olduğu üzere (Heymann/Emmerich, 7)). Bir şirket ise, şayet işini kendi malvarlığının sevk ve idaresine sınırlandırmışsa, sadece kolektif şirket hukuku formunda ticaret ortaklığı olarak işletilebilir. Çünkü 105 II istisnai olarak bu duruma açıkça izin vermiştir.

Faaliyet planlı ve zamana yayılmış biçimde yapılmak zorundadır. İşin niteliği gereği zaman zaman kesintiye uğraması, örneğin okul kantini veya inşaat sektöründe olduğu üzere, ticari işletme niteliğini ortadan kaldırmaz. Öncelikle tacirin iradesi çok sayıda muameleye bir

Dergisi, Yıl: 1992, S.5, s.207 vd. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki hükümetin izniyle genelev açanlara kiralanan gayrimenkule müteallik akit sahih ve muteberdir. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T.14.1.1948, E.1943/30, K.1948/2 (RG.6974), Ülgen, Hüseyin / Öğüz, Tufan / Sarı, Suat, Açıklamalı Türk Medeni Kanunu Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2005, s. 399; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'daki düzenlemelere aykırı limited şirket kurulamaz. (Akin, Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle AŞ'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002, s. 210-211, dn. 215'teki Rekabet Kurumunun, 00-26/292-162 no. ve 17.07.2000 tarihli kararına konu olan olay, lakin ETTK döneminde üyelerine iktisadi menfaat sağlama amacı güden kartellerin limited şirket şeklinde kurulmasının mümkün olduğu Karayalçın, Tekil tarafından kabul edilmiştir. (Alışkan, Murat, Limited Şirket, Tarihçe Niteliği, İstanbul, 2013, s.162 ve 164, dipnot 383-391'den naklen).

³¹ BGHZ 63, 32-33, aynı fikirde Arkan, s. 26, dn. 1.

³² Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku – I, Giriş, Ticari İşletme, Ankara, 1957, s. 160.

³³ Birsal, s. 74.

³⁴ Hopt, No. 13, Für Dritte erkennbar auf eine gewisse Dauer angelegte eine Vielzahl von Geschäften als Ganzes gerichtete Absicht des Handelnden.

³⁵ MünchKomm / Schmidt, § 1 Rn. 28.

kül olarak yönelmiş olmalıdır³⁶. Bu nedenle fırsat bulundukça, şartların olgunlaştığı müddetçe muamelede bulunma iradesi her ne kadar çok sayıda muamelede bulunulmuş olsa dahi, yeterli değildir. Faaliyetin tasarlanan süresi önemli değildir. Belirleyici olan, belirli bir zaman parçasında, ne kadar kısa da olsa birbirine benzer muamelelerin bir bütün/kompleks olarak, yapılmış olması gereğidir. Tabloların arızı alım ve satımı bir işletme değildir. Bir kioskun (büfe) sergi teşhiri esnasında çalıştırılması evleviyet ile bir işletme işletilmesine eşdeğer olabilir³⁷.

İşletmecilerin zamansal olarak tahdit olunmuş amaç için birbirleriyle kaynaşmış oldukları iş birlikliklerinde (Arbeitsgemeinschaft ARGE) de işletme olgusunun varlığına delalet etmez. Örneğin bir otobanın bir parçasının ortak inşası için buluştuklarında olduğu gibi veya konsorsiyumlarda çeşitli kredi finans enstitülerinin zamansal kayıtlanmış işbirliği esasıyla hareket etmeleriyle sermaye pazarında daha büyükçe bir ödünç mekânizmasına zemin teşkil etmelerinde olduğu gibi. Bunlarla birlikte bu türden şirketler sadece adi şirket (BGB-gesellschaft) olarak kurulabilirken, kollektif şirket anlamında yürütülemezler; çünkü bir kollektif şirket 105 I uyarınca sadece bir işletme işletilmesini şart koşturur.

Faaliyetin izne (ruhsata) tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Bununla zikredilen ve kastedilen bir kamusal, kamu kudretine dayanan izin değildir³⁸. Bu kriter ile daha ziyade kanuni yasaklara ve dürüstlük kuralına aykırı olan faaliyetlerin sınırlandırılması gerekmektedir. (§134, 138 BGB) İdarece şayet tekel durumundaki imtiyaz sahibi işletmeler bu ayrıcalıklarını kötüye kullanırlarsa ruhsatları iptal olunabilir. Yine bu bağlamda genel işlem şartlarının denetimi de faaliyet izninin kaldırılmasına yol açabilir. Gerekli izni/ruhsatı almaksızın faaliyetlerde (unerlaubte Geschaef) bulunan kişi bir tacirin sahip olduğu haklardan yararlanmayı talep edemez³⁹.

Bir işletmeden söz edebilmek için hasılatın harcamaları aşması istikametindeki irade (Absicht) gereklidir. Faaliyet hâkim fikre göre kazanç odaklı olmak zorundadır⁴⁰. Faaliyette

³⁶ Baumbach / Hopt, Becksche Kurz Kommentare, Handelsgesetzbuch, München, 2012, Rn. 13, ve orada RGZ 74, 150; Berlin Kammergericht, OLGE 12, 413. İradenin çok sayıda münferit tesadüfi işlemlerin görülmesi suretiyle farkedilmesi yeterli değildir. (RGE 66, 51. Dresden, OLGE 36, 249).

³⁷ Brox / Henssler, s. 15. No. 26 kesintiye uğramalar önemli değildir. (Örneğin sadece haftalık pazar / fuar dönemi yan iş olarak yürütülen işletme gibi.) (Ffm.NJW-RR91, 246).

³⁸ Brox / Henssler, s. 15. No. 27 orada karşılaştırılması istenen Baumbach / Hopt, § 1 Rn.12.

³⁹ Tacir gibi sorumlu olma kavramı (hukuki görünüş nazariyesi) (Scheinkaufmann) bir görüşe göre “her kim hukuk düzeninde tacir olarak ortaya çıkıyorsa tacir sıfatını haizdir. (Hermann, Staub) N. 63. Alman Hukuku’nda চালিত mal ticareti yapan, yani yasak işlerle uğraşanlar ticaret hâkimi olamazlar. (Alman Hukuku’nda tacirlerin ticaret hâkimi olabilmesine yer veren bazı düzenlemeler vardır.) Lakin Alman Hukuku’na münhasıran tacirlerin yapmış oldukları şekle aykırılıktan malul bir kefaletnameler muteberdir. 350. paragraf gereğince şayet şahıs kendisini alacaklıya karşı tacir gibi tanıtmışsa, görünüşe itimattan dolayı bu şahıs açısından da bu muamele her ne kadar şekle aykırı da olsa muteberdir (Brox / Henssler, s. 15).

⁴⁰ BGHZ 57, 191, 199; 95, 155-157.

bir temettünün elde edilmiş olup olmaması önemsizdir⁴¹. Avusturya Hukuku'nda ise işletmeye yönelik bir tanım getiren Avusturya İşletmeler Kanunu'nda gelir sağlamanın işletme sayılmak için zorunlu bir unsur olmadığı açıkça vurgulanmıştır⁴². “Avusturya Hukuku'ndaki 2007 reformunda, ticaret hukukunun bütün alanları ile kamu ekonomi hukukunu bir tek kanunda toplamak yolu tercih edilmemiştir. 1998 Alman Ticaret Hukuku reformunun doğrudan aktarılması yoluna gidilmemiştir. Yeni Kanun'un ismi İşletmeler Kanunu'dur. Kanun Avusturya'da 1939'dan beri yürürlükte olan (Alman) Ticaret Kanunu'nun yerini almıştır. Avusturya ETK'yi oluşturan kitapların, müstakil kanunlar haline getirilmesi de düşünülmemiş, sadece Ticaret Kanunu'nun esaslı tadilatı amaçlanmıştır. Sözleşmelere ve ticari işlere ilişkin hükümlerin Avusturya Medeni Kanunu'na (AvMK) taşınması gibi, “monist sistem” (monistisches Konzept) tercih edilmemiştir. Önemli bir yenilik de “tacir” (Kaufmann) (Bkz. Avusturya ETK m. 1/1) kavramının kaldırılıp, işletme hukukunun temel süjesi olarak “işletmeci” (Unternehmer) kavramının konulmasıdır. İşletmeler Kanunu kara Avrupası hukuk sistemlerinin ticaret hukukları açısından yeni bir yaklaşımdır. Merkez kavram “tacir” değil, “işletmecidir”. Öncelikle belirtmek gerekir ki, artık bir Ticaret Kanunu'ndan ve ticari işletme hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Zira THDK (Handelsrechts-Änderungsgesetz-HaRaeg) m. 1/I'de Ticaret Kanunu'nun ismi “İşletmeler Kanunu” (Unternehmensgesetzbuch) olarak yenilenmiştir.

Böylece Almanya'da 1897'den, Almanya'da 1998 yılında gerçekleştirilen ticaret hukuku reformuna kadar da tacir ve türleri ile ticari işletmenin nitelikleri tartışma konusu olmuş, ancak Avusturya'daki kadar radikal bir değişikliğe cesaret edilememiş, ticari bir organizasyonu gerektirmesi kaydıyla ne tür bir iş yaptığına (Alman TK m. I/II eski metin; karşı. Türk Ticaret Kanunu (TK) m. 12) bakılmaksızın her türlü işletmenin (Unternehmen) ticari işletme (Handelsgewerbe) sayılması yeterli görülmüştür (Alman TK m. 1-6)⁴³. Şirketler hukuku, rekabet hukuku, fikrî ve sınai mülkiyet hukuku, sigorta hukuku, sermaye piyasası hukuku gibi “geniş anlamda ticaret hukuku” ya da “işletme hukuku” olarak da adlandırılan alanlardaki “ticari hükümlerin” uygulama alanını genişletmek istemesi, reformun belirleyici ve itici gücü olmuştur⁴⁴.

⁴¹ Hopt, § 1 15.

⁴² Aydın, s. 11.

⁴³ Türk Hukuku'nda Yeni Ticaret Kanunu'nun dayandığı temel esaslar hakkındaki görüşler için Bkz. yuk. s.2'de anılan Arkan ve Ülgen.

⁴⁴ Aker, “Avusturya”, s. 225 vd.

2.2. Ticari İşletme Unsuru Hakkında Genel Açıklama

İktisadi yaşantıda, Kuttner'in de katıldığı Fehr'e göre, her organizasyon bir işletme değildir. Olması için büyük hâkimiyet alanının/kapasitenin kazanca endeksli olması gerekir. Bu büyük hâkimiyet alanının varlığı eşya ve hakların (gayrimaddi unsurların) birlikteliğinin bir organizasyon etrafında müstakil bir kıymet ifasıdır⁴⁵.

Türk Hukuku'nda ticari işletme kavramının karşılığı olarak İsviçre Hukuku'nda "Kaufmaennische Einrichtung" (ticari şekilde işletilen müessese⁴⁶) terimine yer verildiği görülmektedir. İsviçre Hukuku'nda ise Ticaret Sicil Tüzüğü'ndeki (Handelsregisterverordnung) ticari işletme tanımı; "bağımsız, devamlı gelir elde etmeye yönelik ekonomik faaliyet" olarak yapılmıştır. İsviçre doktrinindeki tanıma göre; bir işletme şirket gayesinin optimal realizasyonuna yönelmiş şahıslar ve malların yani üretim faktörlerinin işlevsel bir birliğidir⁴⁷. Alman Hukuku'nda ise "Gewerbe/Betrieb" tabiriyle karşılanmaktadır. Alman Federal Mahkemesi ticari işletmelerin birer mallar ve haklar topluluğu olduğunu, işletmenin hukuki ve ekonomik varlığının mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması bağlamında görmüştür⁴⁸.

6102 sayılı TTK ticari işletmeyi "Bütünlük" ilkesi kenar başlıklı 11. maddesinde tanzim etmiştir. Anılan hüküm uyarınca, "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir". Mülga 6762 sayılı TTK'da ticari işletmenin tanımı yapılmamıştı. Eski dönem hukukunda TTK'da sadece ticari işletmenin ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler olarak sayıldığına şahit olunmaktaydı. Bu örnekseyici sayım ticari işletme vakasının varlığına dair bir karine teşkil etmekteydi. Dolayısıyla Eski Türk Ticaret Kanunu döneminde ticari işletmenin tanımı işi doktrine düşen bir vazife idi.

⁴⁵ Kuttner, Gerhard, Der Schutz des Unternehmens nach deutschem und französischem Privatrecht, Würzburg, 1936, s. 26., ve orada dn. 41'de anılan Fehr.

⁴⁶ İsviçre MK m. 61 II "ticari şekilde işletilen bir işletme"den söz etmektedir. Bkz. Heini / Scherer, Basler Kommentar, m. 60, N. 13. Bu madde yeni MK'umuza alınmamıştır. (Ansay, Tuğrul, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, I, İstanbul, 2010. s.186).

⁴⁷ das Unternehmen - «als Einbindung von Personen und Sachmitteln [sog. Produktionsfaktoren] in eine funktionale Einheit, welche sich auf die optimale Realisierung [des Gesellschaftszwecks] ausrichtet» Druey, Jean Nicholas / Druey, Eva Just / Glanzmann, Lukas, § 1, Rz. 55; vgl. Bernasconi, Mario / Faessler, Andre, "Aktuelle Bewertungsüberlegungen und Methoden", Der Schweizer Treuhänder 8/03, s. 619; Gauch, Peter, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht: mit Einschluss des Prozess – und Zwangsvollstreckungsrechts, Habil., Fribourg, Zürich, 1974, Rz. 9 ff. und Rz. 21 ff.; Wildhaber, Isabelle, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich, 2011, s. 82; Hunkeler, Daniel, Das Nachlassverfahren nach revidierten SchKG: Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Diss. Fribourg, 1996, Rz. 88 ff.; Duc, Pablo, "Nachlassrecht ist Sanierungsrecht: Gerichtliches Nachlassverfahren bietet erhebliche Vorteile gegenüber aussergerichtlichen Sanierungen", ST 78 (2004), s. 849 ff.

⁴⁸ Aker, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara, 2011, s.106.

ETTK döneminde Acemoğlu'na göre ticari işletme, “iktisadi bir amaca yönelmiş bir organizasyonun sahip olduğu maddi ve gayri maddi hak ve münasebetlerin bütünüdür”⁴⁹.

İsviçre Hukuku'nda, ticari şekilde işletilen bir müessesenin işletilmesi vergi hukuku haricinde, üç önemli hukuki sonuca sahiptir.

i)Ticari işletmenin varlığı, ticaret siciline tescil ödevi için bir kriterdir.

ii)Ticaret unvanının ticaret siciline tescili kaydıyla ticari işletmenin varlığı ticaret unvanının tescilini takiben nitelikli ticaret unvanının özel hükümler dairesinde korunmasını sağlar.

iii)Ticari işletmenin varlığı tacirin iflas yoluyla takibatını beraberinde getirir.

Yukarıda ilk iki maddedeki sayılan hukuki sonuçlar Borçlar Kanunu'nun alanına girer. Bu Borçlar Yasası alanlarının önemi –bu normların tatbik sahasının saptanması için– ticari şekilde işletilen müessesenin bir yandan mecburi diğer yandan kâfi derecede ölçütü olmasındadır. İsviçre Hukuku'nda sadece (zilyetlik) organizasyonları değil, bilakis tekil ilgililer de örneğin komandit şirkette komandite ortaklar, kollektif şirket ortakları ve limited şirket müdürleri de iflasa tabidirler. Aynı zamanda ticari şekilde işletilmeyen organizasyonlar da bu listede kendilerine yer bulurlar⁵⁰. (Ticari işletme işletmek üzere kurulmayan kollektif ve komandit şirket, dernek, vakıf) Ticaret siciline tescil edilmemiş işletmeler iflas yoluyla takibata uğramazlar ve ticaret unvanı himayesinden yararlanamazlar, her ne kadar ticari şekilde işletilseler bile. Ticaret siciline tescil edilmiş işletmeler ise ticari şekilde işletilmeyen müesseseler olsalar bile, iflas yoluyla takibata maruz kalırlar.

Derneklerde ve vakıflarda ticaret siciline tescil; defter tutma ve muhasebe düzeni için belirleyicidir. (OR 957, 2 Ziff.3 e contrario) Diğer işletmelerde ticaret siciline tescil ödeviyle defter tutma ödevinin irtibatı yeni muhasebe hukukunun yürürlüğe konmasıyla kopmuştur. (OR 957-963 b) İflas yoluyla takibatın ve nitelikli ticaret unvanı himayesinin esası ticaret siciline hakiki tescile dayanırken, oysaki dernekler ve vakıflar için defter tutma ve muhasebe düzeni ödevi sicile kayıt ödevine müsteniddir⁵¹. (cezaî müeyyidesi StGB 166) Ticaret unvanı açısından ise vaziyet ayırdedilmelidir. Ticaret siciline tescil olunmuş şahıs şirketleri bu himayeden yararlanırlar, her ne kadar ticari şekilde işletilmeseler dahi, lakin dernekler bu himayeden ticari şekilde işletilme niteliğinin noksanlığından mahrumdurlar (923 N39f)⁵².

⁴⁹ Acemoğlu, Kevork, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971, s.19.

⁵⁰ Türk Hukuku'nda da Arkan (s.130) tarafından amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakfın iflasının istenebileceği kabul edilmektedir.

⁵¹ BGE 125 IV 17 E.4b/dd S.

⁵² Druey / Druey Just / Glanzmann, s.303-304, Rn.22.

Son olarak önemle belirtmek icap eder ki, işletmeler bakımından bilhassa kısa elden hukuki şekillerin değil, bilakis gerçek görünümünün belirleyici olduğunu belirten iktisadi yöntem (substance over form) tehlikelidir⁵³.

Bir iktisadi teşebbüsün (gewerbliches Unternehmen) ticari işletme (Handels-gewerbe) niteliğinde sayılması kanundan ötürü iki durumda mümkündür. Bu hallerden ilki; şayet iktisadi teşebbüs (gewerbebetrieb) şekil ve mahiyet açısından ticari şekilde işletilen (nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet) bir müessese ise; ticari işletmedir (Handels-gewerbe)⁵⁴. Diğer bir hal ise; teşebbüsün ticaret unvanı ticaret siciline tescil edilmiş olmasına münhasıran ticari işletme statüsüne tabi olması keyfiyettir⁵⁵.

Ticari işletme kümülatif olarak şekil ve kapsam itibarıyla ticari şekilde işletilmeyi zorunlu kılar. Yani ticari muhasebeyi gerektirmesi şarttır, yoksa ticari muhasebeye sahip olması şart değildir. Ticari işletme vasfının iktisabı için ticari muhasebeyi gerektirme şarttır, yoksa ticari işletme sayılmak (sıfatı) için ticari muhasebeye sahip olunması muhakkak şart değildir. Ticari muhasebe her şeyden önce ticari defter tutmayı ve bilançolamayı ifade eder, yani bu çerçevede ticaret unvanının, ticari temsilin (kaufmännische Ordnung der Vertretung, Prokura) ve ticari (borçlardan) sorumluluğun varlığını gerektirir.

Ticari şekilde işletilme olgusu türe göre niteliksel ve kapsama göre niceliksel olarak tipolojik bir yaklaşımdan hareket eder. Bu bakımdan ticari faaliyet türü, ticari faaliyet kapsamı ve büyüklük ve organizasyon önem taşır. Ticari faaliyet türünden algılanması gereken; ticari ilişkilerin, edimlerin ve araçların çokluğudur. Şimdi arzedeceğimiz iş tiplerinde/işgörmelerde bu ögeye rastlarız: Örneğin; kredi talebi ve ifası, teminatı, kambiyo ağında pay sahibi olma, taşıma sektöründe aktif veya pasif rol oynama, lokal (yerel) veya geniş sahaya yayılan uluslararası icraatlar, kapsamlı reklam işi, büyük depo işletmeciliği gibi. Ticari faaliyet kapsamı bağlamında kastedilen ciro hacmidir, yoksa bilakis bilanço kârı değildir⁵⁶. Bu kriteri ortaya koyan unsurlar olarak, girişimde bulunulurken konulmuş anasermaye/kapital/duran malvarlığı ve işletme nakdi sermayesi/dönen malvarlığı (Anlage und Umlaufvermögen); çalışanların ve ayrıca yardımcı kuvvetlerin sayısı ve işlevi⁵⁷ - vardiya çalışmaları örnek olarak gösterilebilir. Büyüklük ve organizasyon ticarethanenin büyüklüğünde, işletme birimlerinin sayısında ve organizasyonunda, örneğin mevzu bahis bölgeleri aşan ölçekte faaliyetin takdirinde anlamını bulur, lakin yurtdışındaki şubelerin, büro

⁵³ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.11, Rn. 1.

⁵⁴ Brox / Henssler, s.18, Rn.31 / Baumbach / Hopt, s.49, Rn.22.

⁵⁵ Türk sorumluluk hukukundaki yansıması için Bkz. Karayolları Trafik Kanunu, m.85.

⁵⁶ BGH NJW 82, 577.

⁵⁷ Dresd NJW-RR 02, 33.

ve depo alanlarının büyüklüğü modern enformasyon teknolojileri nazarından bakıldığında ticari işletme sayılma bakımından belirleyici olmadığını belirtmekte lüzum vardır⁵⁸.

Özellikle ciro kriterinin ele alınışında dikkatli davranmak değer arzeder, çünkü büyük cirolu işletmeler dahi bazı şartlar altında ticari muhasebe gerektirmeden faaliyet icra edebilirler. Aksine ufak ölçekteki ciroya rağmen, başkaca kriterler ticari muhasebeyi gerektirecek durum arzedilmesine sebebiyet verebileceği de hatırdan çıkarılmamalıdır. Ciro kriteri özelinde Alman doktrininde Röhrich 100.000/250.000/500.000 Euro'luk olmak üzere sınıflar oluşturmak istemiştir⁵⁹. Her halükârda mutlak ölçüler saptaması haklı biçimde ağırlıklı olarak reddedilmiştir. Doktrin ve içtihat hâkim görüş istikametinde ölçü büyük resim olmalıdır⁶⁰.

Ciro kriteri cephesinden sezonluk işletmelerde bütün bir yıl yerine sezona bakmak yerinde olur. Aynı kriterlere göre sicile kayıtlı bir işletmenin daralmasına göre (sadece geçici daralmalarda değil) ticari muhasebeyi gerektirme mecburiyeti kriteri ortadan kalkar. Cironun tespitinde bakılacak an, ticari işletmenin faaliyete başladığı an, yani yaptığı ilk muameleleridir (hazırlık muameleleri de dahil). Salt bir büyük işletmeye yönelik gelecek beklentileri yeterli değildir. Şayet işletmenin kuruluşunda ticari muhasebe tutmayı gerektirmek aşikâr ise, o zaman durum farklılık arzeder⁶¹.

Alman Hukuku'nda Kredi Varlıkları Kanunu madde 1/1/1 (KWG) göre ticari muhasebe tutmayı gerektirmektedir. (Banka işletmesi OVG Bln NJW 67, 1052) Diğer örnekler –düzenli aval kredi ödemesi, kamusal kredi enstitüleri–⁶², kamusal sigorta işletmeleri, Deutsche Bahn AG, televizyon kanalları ve radyo istasyonları sadece reklam yayınları alanında ticari işletme sayılırken; buna karşılık program yayınlarında ticari işletme sayılmamaktadır⁶³.

İsviçre Hukuku'nda zirai işletmeler kural olarak ticaret siciline tescile tabi değildirler. Federal Mahkeme zirai işletmelerde temel üretim için tipik olan toprağın işlenmesiyle elde

⁵⁸ Dresd NJW-RR 02, 33.

⁵⁹ Röhrich / Röhrich, von Westphalen, hrsg. Handelsgesetzbuch, Kommentar, Köln, 2008, par. Rn.111 ve devamı.

⁶⁰ BGH BB 60, 917, Greitemann, FS Möhring 65, 43.

⁶¹ Krş.OHG BGH 32, 311, BayOberLG NJW 85, 983.

⁶² Bu vesileyle bir bilgiyi de düşmeyi uygun görüyorum. Almanya'da 1998 Reformu'na kadar kamusal işletmeler ki Sparkasse de buna dahil edilmişti, ticaret siciline kayıt mecburiyetinden muaf tutulmuştu (m.36 HGB alte Fassung). Daha sonradan bu özel muamele (Sonderbehandlung) haklı olarak bertaraf edilmiştir (Schmidt, s.468).

⁶³ Türk Hukuku için Bkz. 11. HD., T. 21.3.2012, E. 2670, K. 4363 TTK'nın 18. maddesinde, tüzel kişilerin tacir sıfatını kazanabilmesinin koşulları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ticari ortaklıklarıyla amaçlarına ulaşmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve özel hukuk hükümleri çevresinde idare edilmek veya ticari biçimde iletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından oluşturulan kuruluşlar tacir sayılır (kararın tamamı için Bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

edilen mahsulün iktisabının arka planda yer alması ve işleyenin elde ettiği mahsulle toptancılık (Grosshandel) yapması veya zirai işletmeyi sadece yan bir işyeri olarak işletmesi halinde, zirai işletmenin ticaret siciline tescil edilmesi gereğini içtihat etmiştir⁶⁴.

Zirai işletme organizasyonlarının her halükârda salt ciro eşiği olan 10.000 FR'ın çok üstüne çıkmış olmaları tek başına ticari şekilde işletilen müessese (kaufmaennisch) sayılmaları için kâfi değildir. Zirai işletme için istisna OR'den çıkarsanmamaktadır. Aynı şekilde ticaret sicili tüzüğü hem ticari şekilde işletilen müessese hem de zirai işletme kavramını anmamaktadır. İstisna, lakin içtihat tarafından tarihi süreç içerisinde vurgulanarak tanınmıştır⁶⁵. Alman Hukuku'nda küçük işletme (Kleinunternehmen) sayılan orman ve ziraat işletmelerinin tacir sıfatını iktisap için, kurmaları gereken ticaret şirketinin ticaret siciline tescilinin tacir sıfatının iktisabı bakımından yalnızca anılan işletmelere münhasıran kurucu etki gösterdiği belirtilmektedir.

İsviçre Hukuku'nda serbest meslekler⁶⁶ kural olarak ticaret siciline tescile tabi değildirler. Serbest meslek organizasyonlarının her halükârda salt ciro eşiği olan 10.000 FR'ın çok üstüne çıkmış olmaları tek başına ticari şekilde işletilen müessese (kaufmaennisch) sayılmaları için kâfi değildir. Serbest meslekler için istisnalar OR'den çıkarsanmamaktadır. Aynı şekilde ticaret sicili tüzüğü hem serbest meslek hem de ticari şekilde işletilen müessese kavramını anmamaktadır. İstisna, lakin içtihat tarafından tarihi süreç içerisinde vurgulanarak tanınmıştır⁶⁷. Federal Mahkeme yeni tarihli içtihadında serbest meslek organizasyonlarının, ticari şekilde işletilen müessese sayılmaları için kriter olarak müşteriye (müvekkile) karşı olan şahsi münasebetin aksine iktisadi değere eğilimin daha önemli olduğunu belirtmiştir⁶⁸.

Meslek hukuku ve odaya bağlılık bazı serbest meslekler için tipiktir⁶⁹. Örneğin noterler. Bazı meslek grupları için kanunen işletme olmadıkları vurgulanmıştır. Örneğin

⁶⁴ BGE 135 III 304, e.5.

⁶⁵ Druey / Druey Just / Glanzmann, s. 302, Rn. 22. BGE 135 III 304, e.5.

⁶⁶ Yargıtay Ticaret Dairesi de 16.IV.1958, E. 904, K. 1132, BATİDER C. I, S. 1, s. 109 nolu kararında “Bir kimsenin tacir mi yoksa esnaf mı olduğu Ticaret Kanunu’nun ilgili hükmüne göre tayin ve tespit edileceği, ve bu itibarla Vergi Usul Kanunu’na göre esnaf sayıldığından ve saireden bahisle ticaret sicilindeki kaydının terkinde karar verilmesini isabetsiz bulmuştur.” 5362 sayılı yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayrımında başka ölçütlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni ölçütler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyeti daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir. YHGK, 24.12.2014, T.2014/9-1742 E., 2014/1094 K.) (Kılıçoğlu, Mustafa, Kanun Maddeleri ile İlke Kararları Bireysel ve Toplu İş Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Ankara, 2018, s.17-18).

⁶⁷ BGE 135 III 304, e. 5.

⁶⁸ Druey / Druey Just / Glanzmann, s. 302, Rn. 22. (BGE 124 III, 363 II, 2b, 100 I b 345 E.1).

⁶⁹ BayObLG NZG 2002, 719.

patent vekili. Yine devlet memuru harita/kadastro mühendisi de tacir değildir. Tamamlayıcı kriter olarak hâkim fikre göre, ticari bakıştan (Verkehrsanschauung) sarfı nazar edilmelidir⁷⁰. Üstün yaratıcılık ve yüksek şahsi edim serbest meslek için dayanak noktalarıdır⁷¹ (örneğin mimarlar). Bu noktada somut olaydaki icra değil, yalnızca mesleki olgu resmi manada karar vericidir. Gelir Vergisi Kanunu'nu refere eden serbest mesleklerin sayımını Mesleki Birlikler Şirketleri Kanunu (PartGG) ihtiva etmektedir. Lakin ilgili norm ticari işletme olgusuna delalet etmemektedir. Kural, daha ziyade işletmesel icraatlar ve (serbest) meslek icraatları arasındaki kesişim kümesinde (iSv 18 I EStG) kollektif şirket ile mesleki ortaklık arasında bir seçim hakkı tanımaktadır. Böylece bir sicile kayıtlı mesleki ortaklığın ticari işletme işletmediği aydınlanır. Piyasada çok öne çıkan bilimsel ve sanatsal icralar için gelenekten ötürü ve ticari bakış açısından dolayı bir işletme arzetmeyen dar bir saha vardır (mesela opera sanatçısının vaziyetinde olduğu üzere)⁷².

Bilimsel, sanatsal ve serbest mesleki faaliyetinde bulunma ticari işletme değildir. Sınırlamaların sebebi bu mesleklerin meslek hukuku geleneklerinden kaynaklanmaktadır. Moda tasarımcısı, odaya bağlı mesleklerin mensupları, bilimsel enstitü, laboratuvar, ses sanatçısı, bağımsız sanatçılar ücret/para karşılığı piyasada/pazarda hizmet sunanlardır, bugünkü geniş manada ürün ortaya çıkarmaktadırlar, ivazlı hizmet sağlamaktadırlar. Alman Hukuku'nda vergi hukuku bakımından serbest meslek mensuplarının bir imtiyazları vardır... Bugün ticaret hukukçuları bu ayrımın (serbest meslek erbabı/tacir) kriteri olarak vergi imtiyazını görüyorlar. Muhasebe uzmanının raporunun (betriebswirtschaftliche Gutachten) bilimsel faaliyeti ne zaman biter? Nerede işletmesel danışmanlık/gewerbliche Unternehmensberatung başlar? Yine sanatçı yönünden sanatsal olan faaliyet/künstlerisch nerede biter? Zanaatkârlık uğraşısı nerede başlar? Bir sanatsal foto atölyesinin düğün çekimleri veya vesikalık fotoğraf çekimlerinde sanatkârlık veya zanaatkârlık sınırı nerede başlar? Normal/Serbest Meslek Mensuplarınca Kurulan Ortaklıklar (Partnerschaftsgesellschaft) adi şirket (BGB şirketi) dışındadır. Ticari işletme işletmediği için kanuna göre ticaret şirketi de değildirler⁷³. Geleneksel olarak belirli şahıs grupları esasen bağımsız ve bir nevi işletmesel faaliyetler göstermelerine rağmen ticari işletme kavramından ayırık tutulmuştur. Bilimsel, sanatsal ve serbest meslek faaliyetleri ticari işletmeden ayıklanmıştır⁷⁴. Geleneksel ticaret hukukunda konvansiyonel doktor, avukat, noter, vergi

⁷⁰ BayObLG NZG 2002, 719.

⁷¹ BGH WM 1979, 559.

⁷² Koller / Kindler / Roth / Drüen, Kommentar zum HGB, München, 2019, Rn.12-15.

⁷³ Schmidt, s.348.

⁷⁴ Schmidt, s.80, Rn.14.

danışmanı yani serbest meslek erbabının mesleğiyle sıkı bağı vardır. Dolayısıyla burada bir işletme vardır⁷⁵ savı da Ticaret Hukuku alanında bir dirençle karşılaşır. Bu direnç de çoktan bariz bir şekilde zayıflamıştır. Bu durum kısmi olarak serbest mesleklerdeki gerçek gelişmelerle irtibatlıdır. Örneğin ilaç depoları, büyük hukuk büroları, mali müşavirlik şirketleri gibi. Doğru olan ise, serbest meslek erbabının işleten ve HGB I vd. anlamında tacir olmadığıdır.

Serbest meslek erbabı da büyük işletmeden ayrılmaktadır, büyük işletmelerde bir (organize) birlik şeklinde çalışılırken, serbest meslek mensuplarında, örneğin şahsen edim ifası, eczacıda olduğu gibi ağır basar, bağımsızlık zayıf kalır. Ticaret Hukuku'nun geleneksel alanlarında konvansiyonel meslekler mesela küçük tacirde yukarıdaki ilke geçerlidir. Serbest meslek erbabı tacir değildir. Gelineen noktada mesleği icra eden şahsın kimliğinin önem taşımadığı anonim büroların hepsi aslında bir işletmedir.

Doktrinde yapılan diğer bir tanıma da yer vermek gerekirse, ticari işletme veya ticari girişim, bir sermaye çerçevesinde ve bir müteşebbisin yönetiminde ve bir emeğin de hizmete sokularak sarfedildiği ve belirli bir iktisadi menfaat temin etmeyi amaçlayan bir bağımsız kuruluşu ifade etmektedir⁷⁶. Alman Federal Mahkemesi ticari işletmelerin birer mallar ve haklar topluluğu olduğunu, işletmenin hukuki ve ekonomik varlığının mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması bağlamında görmüştür⁷⁷. Ticari işletmelerin birleşmesine ilişkin TTK'da özel hüküm bulunmamasına rağmen, doktrinde bir fikirce, ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen dikkate alınması gerektiği ve özellikle BK m.202'de daha ziyade sorumluluk hukuku açısından ele alınmış olsa dahi "kombination", "absorption" ilkelerine dayanarak ticari işletmelerin birleşmesinin vuku bulabileceği savunulmaktadır⁷⁸. TTK'daki tanımdan hareket edecek olursak ticari işletmenin, örneğin bir kül olarak sigortası tatbiki kabildir. Ticari İşletme deyimi İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesi'nde ticari teşebbüs olarak kullanılmıştır⁷⁹. Ticari İşletme, müessesenin iç ilişkilerini, ticari teşebbüs ise çevresiyle olan ilişkisini gösterir⁸⁰.

Tüketici dayanışmasının esas olduğu tüketici derneğinde (birliğinde) olduğu gibi, maliyet karşılandıktan sonra üste üyelere dağıtılacak para elde edilmiş olsa da bu durumda

⁷⁵ Schmidt, s.80. Meslek hukuku anlamında serbest meslek ile bağlantılı şirket ve kartel hukuku Önceki tartışmalardan sonra çok uzun zamandan beri tanınmıştır (mimarlar odası, yeminli mali müşavirler odası).

⁷⁶ Bozer, Ali, "Ticari İşletme Üzerinde, Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme", BATİDER 1962-1, s.370 vd.

⁷⁷ Aker, Halit, *Ticari İşletme Kırası*, Ankara, 2011, s.106.

⁷⁸ Baştuğ, İrfan / Erdem, Ercüment, *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1993, s.35.

⁷⁹ Bozer, Ali / Göle, Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2011, s.7.

⁸⁰ Bozer / Göle, s.7.

kazanç odaklı iradenin varlığı yine de noksandır⁸¹. İdeal amaçlı müzik korosu örneğinde olduğu gibi, dernek tüzüğü başka bir içerik (yani hayri amaç) arz ediyorsa bile⁸² kazanç elde etme iradesi yine, şayet sözkonusu dernek kazanç elde etmeye yönelik olarak şarkı kitapları satıyorsa, vardır. Hedeflenen kazançların hayri bir kurum vasıtasıyla umuma yararlı amaçlara harcanmış olması durumunun varlığı kazanç elde etme amacının /iradesinin varlığına bir mâni teşkil etmez⁸³. Kazanç amacı; özel sektör ekonomik işletmelerinde beklenilir, aksine kamu sektöründekilerde somut olayın özelliğine göre tespit yapılmalıdır⁸⁴. Bir federal ardiye depo işletmesi kazanç elde etme amacı olmadığından bir işletme sayılmaz⁸⁵. Piyasada ivaz karşılığı edim ifası, kazanç elde etme amacının varlığına delalet eder. Ekonomi, piyasadaki ivazlı edim ifası suretiyle çeşitli faaliyet şekillerinde açıkça bir kazanç elde etme amacı takip edilmesini aramaz. Ticaret Hukuku ticari tedavülün emniyetine hizmet eder ve böylelikle bu döngüye katılanların korunmasını temin eder⁸⁶. Angajmanları ideal amaçlara dayanarak sunanlar (Anbieter), bu nitelikli özel hukukun tatbik sahası dışında tutulmazlar⁸⁷.

Tacir bağımsız faaliyet icra etmelidir. Böylece tacir bağımlı çalışan memur ve işçilerden ayrılır⁸⁸. Bir bağımsız ticari vekil ile bağımlı tacir yardımcılarının ayırımında § 84.I-2'deki sınırlama kriterleri kullanılır ki diğer alanlarda da tatbiki kabildir⁸⁹. Kendi faaliyetini zaman, mekân ve içerik olarak serbestçe inşa edebilmek yani hukuki imkân bakımından şahsi bağımsızlık önemlidir, kredi verenlere veya tedarikçilere ekonomik bağımlılık bu olguya zarar vermez.

Her ne kadar İsviçre kanun metinleri açıkça işletme (Unternehmen) ifadesine nadiren temas etseler de, bazı münferit kanunlarda tanım maddeleri bulunmaktadır ki, orada “işletme” kavramı (eşanlamlı olarak sıkça “Betrieb” karşılığı kullanılmaktadır) hukuki perspektiften de oldukça geniş mana taşımaktadır ki, bu ekonomik bakış açısıyla da uyumludur, ölçülüdür⁹⁰.

Sosyal sigorta içtihadına göre, işletme; şahıs, emek ve sermayenin tedariki kendiliğinden-yalın bir organizasyonda hizmet edimleri sunmak marifetiyle ve mamül

⁸¹ Brox / Henssler, s.15. “Konsumverein-Verbrauchergenossenschaft” (Tüketici derneği-Tüketici kooperatifi).

⁸² Brox / Henssler, s.15. “einer anders lautenden Satzung etwa eines Idealvereins.”

⁸³ (Brandenburg OLG Urt.von 2.11.2010-11 U 143/049 (Brox / Henssler No.28 de).

⁸⁴ Brox / Henssler, s.15. BGHZ 49, 258, 260.; Baumbach / Hopt § 1 No.15.

⁸⁵ Brox / Henssler, s.15. BGHZ 36, 273, 276.

⁸⁶ Brox / Henssler, s.15.

⁸⁷ Brox / Henssler, s.15. No.28 ve orada Henssler, ZHR 161 (1997) 13, 21-22.

⁸⁸ Brox / Henssler, s.15.

⁸⁹ Brox / Henssler, s.15.

⁹⁰ Mommendey, s.34.

üretmek ve bu türden şeyleri akçeli karşı edimlerle pazarda pazarlamak amacı ile dışa karşı görünerek ekonomide yer işgal eder⁹¹.

Serbest meslek mensupları işletme işletmezler. Bu istisna tarihsel nedenlerle açıklanmaktadır. Alman Hukuku'nda serbest mesleğin kanuni tanımı Mesleki İş Ortaklığı Kanunu/Partnerschaftsgesellschaftsgesetz m.I/f.2.c.I'de yer almaktadır. Maddenin ikinci cümlesi serbest mesleğin sayımına ilişkin dayanak noktaları içermektedir. Ve bazı meslek kategorileri de hekimler, avukatlar, mali denetmen, vergi memurları gibi özel kanunlarıyla düzenlenmiştir. Serbest meslek mensubu olmayan, ancak işletme işleten ticaret hukukunda eczacıdır⁹².

Türk Hukuku'na baktığımızda 6762 sayılı TTK döneminde verilmiş, birbiriyle çelişen, taban tabana zıt içtihatlar sözkonusudur. YİBGK⁹³ kararına göre dış hekiminin medeni bir iş yapmakta olmasından bahisle serbest meslek icra ettiği; karşı oy yazısında ise, her ne kadar karara konu olan olayda dış hekimi bir başkasının sermayesine dayalı olarak çalıştığından aslen serbest meslek erbabı olarak kararda nitelendirilmesi bile yersizdir. Bütün bunlara rağmen Yargıtay 11.H.D. 29.3.1976 gün ve 1976/1903 E, 1976/1650 K. Sayılı kararında eczacının tacir sayılabilmesi için gelir kıstasını ticaret odasına kayıta asgari unsur olarak öngörmüştür. ETTK döneminde menkul mal tedarik ederek satmak için kurulan her teşekkül ticarethane sayılmaktaydı. Örneğin ticaretin en klasik hali olan bu türden işler manufakturacılıkta olduğu gibi ticari bir iştir⁹⁴. Eski dönem usulleri eczacılıkta –ilaçların birbirine katılıp havanda dövüldüğü– terk edilmiş, bilakis artık fabrikada veya laboratuvarında üretilen ve eczane rafından hastaya veya hasta yakınına reçete ile kimi zaman reçetesiz –çoğu zaman belli bazı ilaçlar dışında– pazarlandığı bir usule evrilmiş, inhisar ettirilmiştir⁹⁵.

Lakin 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun'a göre resmi diploması olmayanların eczane açması yasaktı. Bu durum eczacının ticaret siciline tescil olmasına mâni değildir⁹⁶.

2.3. Ticari İşletmeye İlişkin Bazı Örnekler

Ticari işletmenin belirteci olarak normların çıkış noktasından ve manasından hareketle organizasyonun kompleksitesi yegâne kriter teşkil etmelidir. Bundan dolayı genel manada

⁹¹ Mommendey, s.34.

⁹² Brox / Henssler, s.15.BGH NJW 1983, 2085.

⁹³ 12.11.1947 gün ve 1947/15 E., 1947/22 K. Sayılı İBK.

⁹⁴ Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara, 1990, s.116.

⁹⁵ Doğanay, s.116.

⁹⁶ Doğanay, s.116.

İsviçre Hukuku'nda yeni ticaret sicil tüzüğü'nün artık faaliyetin türüne göre ayırım yapmadığı teşhis edilmelidir. (Lakin İsviçre Borçlar Kanunu 934 farklıdır ki, bahsi geçen norm ticarethane, fabrika ve diğer ticari şekilde işletilen müesseseler arasında ayrıma gitmektedir.) Federal Mahkeme ticaret sicili hukukuna matuf bakış açılarına sadık kalarak, ticari işletmenin göstergesi olarak; işletmenin hacmi/kapasitesi, bu bağlamda daha büyükçe bir tedarikçi ve müşteri portföyüne erişim, işletme bağlantılarının korunması, yüklüce miktarda kredi talebi ve tekeffülü, personelin istihdam edilmesi gibi örnekleri, esas almıştır⁹⁷.

Ticari işletme emek ve sermayenin bir kişi tarafından (teşebbüs) organizasyonun kurumsallaşmış halidir. İşletme, ya bir ticarethane (banka, sigorta, taşıma) ya bir fabrika (hammadde alıp işleyen, yeni bir ürün meydana getiren her türlü işletme) ya da ticari şekilde işletilen diğer kurumlardır (ticari muhasebe tutmayı gerektiren resim atölyesi gibi).

2.3.1. Ticarethane

Kıymetli evrakı⁹⁸ satmak üzere sağlamak, ya da doğrudan doğruya kıymetli evrak satmak üzere kurulan müesseseler, taşınır malların satılması ve kiraya verilmesi, her çeşit imal veya inşa, madencilik⁹⁹, matbaacılık¹⁰⁰, gazetecilik, kitapçılık, tiyatro, sinema, otel, lokanta gibi genel yerler, özel okul ve hastane işletilmesi, bankacılık, sigortacılık¹⁰¹

⁹⁷ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.301, Rn.22. (BGE 124 III 363 E.II/2b).

⁹⁸ “Ancak, memleketimizde sadece bu alandan çalışan müesseseler henüz yoktur. Son zamanlarda, çok yavaş da olsa, varlıklarını duyurmaya çalışan “Holding ortaklıkları” belirli ölçüde bu amaçla kurulmuş ortaklıklar olarak nitelendirilebilir. Gerçekten Holding ortaklıkları, elde tuttuğu oylarla, birçok ortaklığa, kendi tutum ve davranışlarını kabul ettirebilen bir üst ortaklıktır. Böyle bir ortaklık, etkisini sürdürmek ve genişletmek amacı ile, diğer ortaklıkların hisse senetlerini satın almak üzere kurulmuş olabilir.” (Özdemir, Necdet / Kınacıoğlu, Naci, Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), Ankara, 1984, s.31).

⁹⁹ Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, genellikle, birden fazla kişinin sigorta teminatı kapsamına alınmasını sağladığı için bir “grup sigortası”dır. Bu sigorta kapsamına giren bir çalışanın olması durumunda “ferdi/bireysel/tekil sigorta” sözleşmesi yapılması mümkündür. Birden fazla kişiye sigorta teminatı verilmesi ve istenildiğinde, zorunlu sigorta teminatı yanında isteğe bağlı sigorta teminatını da kapsamı nedeniyle “birleşik sigorta” yapısında olabilir. Dünyadaki gelişmeler, bu zorunlu sigortanın başka sigorta branşları ile birlikte birleşik sigorta halinde sunulması yönündedir (Kubilay, Huriye / Akdemir, Pınar, *Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarafların Yükümlülükleri*, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, ed.Balı, Ali Şafak, Ankara, 2016, s.632).

¹⁰⁰ “...Mahkeme matbaacılık, ticaret ve matbaa, ticarethane sayıldığından, Türk Ticaret Kanunu'nun 35. maddesine göre Muharrem'in resen ticaret siciline tesciline ve (100) lira para cezası ile mahkumiyetine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. HD, E. 1974/4488, K. 1975/1335, T. 25.2.1975 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.6.2017).

¹⁰¹ ETTK döneminde verilen bir Tevhid-i İçtihat kararına (30.11.1955, E.54/15, K.55/21) göre; İşçi (Sosyal) Sigortalar Kurumu ile işveren arasındaki prim uyumsuzluğuna ilişkin davaların, sosyal sigorta işlemlerinin ticari işlem olmaması nedeniyle, ticaret değil hukuk mahkemelerinde (yeni mevzuata göre Sosyal Güvenlik Mahkemelerinde) görüleceği karara bağlanmıştır. (YIBK Hukuk Bölümü C.4 (1948-1956) Almanya'daki hukuk tatbikatına bu karar vazedilirken sadık kalınmıştır. İşçi Sigortaları Kurumu kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek üzere kurulan teşekkül ve müessese olması hasebiyle tacir vasfını haizdir, lakin ticarethane sayılmamaktadır. (Karayalçın, s.90, orada dipnot 14) Türk hukukunda sigortacı sigorta sözleşmesi vasıtasıyla himayeyi veren tarafı teşkil ederek, hukuki yapısına baktığımızda ya bir anonim şirkettir veya bir kooperatiftir. Uygulamada kooperatif şirket şeklindeki sigortacılara rastlamak

taşımacılık, kuyumculuk, acentelik gibi örnek kabilinden sayılmaktaydı. TTK'da ise ticari işletme örneklerine yer verilmemiş, ancak m.850/3'te taşıma işlerinin, m.917/2'de de taşıma işleri komisyonculuğunun ticari işletme faaliyeti olduğu belirtilmiştir. Bahtiyar'a göre; bu yönden ETTK dönemindeki örnekler TTK 11/1'deki unsurları taşıması koşuluyla bugün de fiilen ticari işletmeye örnek oluşturur¹⁰².

2.3.2. Fabrika

Hammadde veya diğer malların makine veya sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni ve değerli mahsuller vücuda getirilmesidir. Ancak bu ölçü sadece işletmenin ticari vasfını tayinde ehemmiyetlidir. Haksız rekabet bakımından imalathane sayılacak bir müessese fabrika sayılabilir. Aynı şekilde hususi kanunlarla konmuş olan ölçüler de bir iktisadi işletmenin fabrika yani ticari işletme olarak tavsif edilebilip edilemeyeceğinde gözönüne alınamazlar¹⁰³.

2.3.3. Ticari Şekilde İşletilen Müesseseler

Yeni Türk Ticaret Kanunu ETTK'nın çeşitli maddelerinde önemle atıf yapılan ticari şekilde işletilme ifadesine yer vermemiştir¹⁰⁴. Esnaf işletmesi için öngörülen hacmi aşan işletmeler eşdeyimle ticari muhasebeyi gerektirirler. Bu manada ticari muhasebenin fiilen ve düzenli olarak tutulmamış olması ticari işletme vasfının teşhisinde önem taşımaz. Esas önem taşıyan ticari işletme varlığı için hesapların ticari defterlerle tespit edilmesi keyfiyetidir. Her ne kadar ticari muhasebenin fiilen ve düzenli tutulmaması ticari işletme vasfı üzerinde bir tesir yaratmasa da lakin hukuki yönden birtakım yaptırımları tacir açısından davet eder. Tacirin ticari defterleri tutulmamışsa veya usulüne uygun tutulmamışsa, o takdirde defterlerindeki kayıtlar sadece aleyhine delil olur, iflas eden tacir kusurlu müflis sayılır¹⁰⁵,

pek mümkün değildir. Sadece kooperatif şeklinde kurulan sigorta kuruluşları değişir, primli sigorta türünü yapabilirler. Bu sigorta türünde prim önceden tahsil olunur, avans mahiyetindedir. Yıl bitince ödenen tazminatlar primden karşılanmıyorsa ilave prim alınır. Fazlaysa iade edilir. Avusturya İşletmeler Kanunu uyarınca; karşılıklı sigorta şirketleri hukuki tip sebebiyle işletmeci sayılmışlardır. (Unternehmer kraft Rechtsform-Formunternehmer) (Aker, "Avusturya", s.244). Ayrıca not düşelim ki, Sermaye Piyasası Hukuku'nda tebliğ suretiyle araçların mesleki sorumluluk sigortasının zorunlu bir sigorta olarak tanınması da bir hayli dikkat çekicidir.

¹⁰² Bahtiyar, *İşletme*, s. 25.

¹⁰³ Mesela sanayicinin tarifi hakkındaki 5590 sayılı kanun m. 3 f 2-3'e bak.

¹⁰⁴ Ansay, s.187.

¹⁰⁵ Taksirli iflas suçu, "tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet vermekle" oluşur (TCK, m. 162). Bu tanımda, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin (ihtimamın) (TTK. m. 20, f. 2) gösterilmemesi (objektif özen yükümlülüğünün ihlali) dolayısıyla iflasına sebebiyet veren kişinin taksirli olduğu kabul edilmektedir.

tacirlerin konkordato talepleri reddedilir. Vergi mevzuatı yönünden resen vergi tahakkuku ve usulsüzlük cezası gibi yaptırıma maruz kalırlar. VUK m.177 tacirleri I. ve II. sınıf olarak ikiye ayırmaktadır. İsviçre Hukuku'nda, ticaret sicili hukukuna göre her teşebbüs ticaret siciline tescil ödeviyle yükümlü değildir; bilakis organizasyonun kompleksitesinde bir muayyen ölçek varolmalıdır¹⁰⁶. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgâhta şeklini değiştirerek satması, güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat, gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması. Örneğin ormandan ağaç kesilmesi, Yargıtay'ca mahsul kelimesinin içerisine dahil sayılmaktadır¹⁰⁷.

2.4. Ticari İşletmenin Hukuki Yapısı (Organizasyon-Teşkilat)

Avusturya Hukuku'nda, genel medeni hukuk müşterek menfaat takipçiliğine müstenid işbirliğinin ayrıntılı bir organizasyon hukukunu geliştirmemiştir. Genel medeni hukuk sadece müşterek mülkiyeti tanzim etmiştir¹⁰⁸. İktisadi hayat ise daha aşkın düzenlemelere muhtaçtır.

İflasa sebebiyet veren fiillerin neler olduğu madde metninde açıklanmış değildir. Bu durumda, iflasa tabi gerçek veya tüzel kişinin aktifinin eksilmesine yani mallarının kaybolmasına, zayi olmasına, alacaklarının takibi ihmal edilerek tahsil edilmemesine, buna karşılık, borçlarının ödenmesinde temerrüde düşülmesine ve sonuçta iflasına sebebiyet verilmiş olması, bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan taksirli iflas suçu serbest hareketli bir suçtur. Bu suçun oluşması için önemli olan, tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla, iflasa tabi gerçek veya tüzel kişinin aktifinin azalmasına veya pasifinin artmasına ve sonuçta iflasına sebebiyet verilmesidir.

(İİK m.310 taksirli müflis sayılmayı gerektiren fiil ve tasarrufları saymıştır. Yeni TCK' nın 162. Maddesi hükmü karşısında İİK'da böyle bir hükme gerek olmadığı belirtilmektedir. (Özgenç, s.361) İİK'nın 44. Maddesi ticareti terk eden tacir açısından bazı yükümlülükler ihdas etmiştir. Keza İİK'ya 538 sayılı kanunla eklenen, 31.5.2005 tarihli ve 5358 sayılı kanunla (RG 1.6.2005/25832) değiştirilen 337/a maddesine göre Bu itibarla söz konusu yükümlülükler aykırı davranış bir suç olarak tanımlanmıştır. Ancak ticareti terk eden kişinin bu yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle ayrıca iflas etmiş olması durumunda, "taksirli iflas" suçunun oluşacağı kabul edilmiştir.

(Özgenç, İflas Suçları, Konuralp'e Armağan, 2009, s.333 vd., 365) (Taksirli İflas Suçunun Maddî Unsuru Olarak, İflasa Sebebiyet Vermek)

İsviçre Hukuku'nda ticari defterlerin tutulmaması bir iflas suçu olarak görülmektedir. Yine defterlerin usulüne uygun tutulmamasına ilişkin konuda defter tasdiki bir zorunluluk olarak karşılanmamaktadır.¹⁰⁵

Alman Ticaret Kanunu Bilanço Kanunu ile yapılan değişiklik ile holdingde denetçinin tasdik şerhine dair bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat her ne kadar defterler usulüne uygun tutulmamışsa da, şayet ortada kısa süreli bir ihmal varsa veya genel neticenin ortaya çıkarılmasında çok büyük bir etki yapmayacak nitelikte kusurlu davranış var ise, o zaman bu durum suçu subuta erdirmez.

İsviçre'de ayrıca hileli iflas suçunu irtikap eden bir ticaret şirketi veya bir başka tüzel kişilik ise, o zaman organlarının sorumluluğu cihetine gidilecektir ve bu yaptırımlar aciz halinin ilanı, itibar kaybı, meslekten uzaklaştırma ve memuriyetten men şeklinde cereyan edebilmektedir.

¹⁰⁶ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.10, Rn.1.

¹⁰⁷ Öçal, Akar, "Tarım İşletmelerinin Hukuki Yapıları", Esader, C.IV, S.1, s.221-231.

¹⁰⁸ "Paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktirler. Türk biliminde (Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, 2009, s.254.) bu durumda sözkonusu kişiler arasında her ne kadar bir paylı mülkiyet birliği doğmakta ise de, bu birlik bir tüzel kişilik oluşturmaz, bu nedenledir ki, aynı kimseler birden çok mala paylı olarak malik olsalar dahi, her bir mal için ayrı paylı mülkiyet birliği oluşur." (Teoman,

Bu geniş alanı şirketler hukuku sunmaktadır. Şirketler hukuku ise alakadarlara değişik organizasyon biçimleri ve tipleri seçme hakkı tanırken, böylece de müşterek kararların özel hukuktaki özerk şekillendirilmesine kolaylık sağlamaktadır¹⁰⁹.

Organizasyon hukuku temelde emredicidir (zwingend) ve sadece spesifik tayin ve tespit olunmuş alanlarda aksi kararlaştırılabilir bir nitelik arzeder (dispositiv)¹¹⁰. Organizasyon hukuku da çok sayıda zorlayıcı /emredici hükümler ihtiva eder ve bu hükümler koruyucu işleve sahiptirler. Bilhassa bireysel ortaklar ve azınlık pay sahipleri ve her halükârda alacaklılar öncelikle ortaklığın veya ortakların zarar verici tedbirlerine karşı korunmalıdırlar. Bununla beraber özel organizasyon hukukunun emredici hükümleri aynı zamanda kamunun yani kamu menfaatlerinin himayesini de amaçlarlar¹¹¹.

Ticari işletme eski dildeki adıyla Alman terminolojisinde Unternehmung ile ifade olunmaktaydı. İşletme şirketin aksine şirkette müşterek bir mahiyette ortakların kendilerini vakfetmesi mevzubahis iken, işletmede idareci bir makam tarafından şahıslar ve araçlar tesis olunmaktadır. Dikey bir yapı arzeder. Ayrıca işletme bir iktisadi birliktir, lakin bir hükmi şahsiyet değildir, yani tek başına bir hukuk süjesi değildir (İşletmenin hukuki pozisyonları (aktif ve pasifiyle malvarlığı) zilyed sıfatıyla şirkete tabidir.)¹¹².

Avusturya Hukuku'nda işletmenin kurucu unsurları olarak;

i) Objektif şart: İşletmede bir araya toplanmış malvarlığı değerleri/eşya birlikleri,
ii) Sübjektif şart: İşletmenin şahıs unsurunun müteşebbis fikri, amaç edinme olgusu, kurucu iradesi ve kuvvetidir.

iii) Organizasyonel şart: Yaşayan (lebendig) işbölümü/işbirliği esasına dayanan birlikte etki doğurma/müşterek çalışma unsuru sayılmaktadır.

Türk-İsviçre Hukuku'nda ticari işletme bir fiili değil, bilakis bir hukuki organizasyondur/küldür¹¹³. İsviçre'de, Federal Mahkeme ve doktrin ticari işletmenin hâkim unsuru olarak önceden düzenlenmiş örgütü kabul etmektedir. Türk Hukuku'nda ticaret şirketlerinin konuları ne olursa olsun, şeklen diğer deyimle ticaret şirketleri oldukları için tacir

Ömer, “Bireysel Marka Müşterek Mülkiyete Konu Oluşturabilir mi?” Yargı Dünyası, Bilimsel İncelemeler, <https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php> (erişim tarihi: 01.10.2019).

Türk hukukunda işletmenin de bir tüzel kişiliğinin bulunmadığı yerleşik mahiyette içtihat edilmektedir. Nitekim misal vermek gerekirse, “Bu itibarla ticari işletmelerin tüzel kişiliği bulunmayıp haklarında açılacak davanın o ticari işletmenin sahibi veya ortaklarına yöneltilmesi gerekir.” (11.HD.25.3.2002, E.2001/10310, K.2002/2662) (www.kazanci.com.tr) Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017, s.42, dn. 37’de künyesi verilen karar.

¹⁰⁹ Krejci, Heinz, Handelsrecht, Wien, 2001, s.4-5.

¹¹⁰ Druey / Druey Just / Glanzmann, s .8, Rn. 1.

¹¹¹ Krejci, s.5.

¹¹² Druey / Druey Just / Glanzmann, s .8-9, Rn. 1

¹¹³ Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s.210, Druey / Druey Just / Glanzmann, s.8-9, Rn.1.

sayılmalarının arkasında yatan şirket kavramı içinde bir ticari örgütlenmenin var olmasıdır. Esnaf işletmeleri yeterli örgütten yoksun oldukları için ticari işletme sayılmazlar¹¹⁴.

2.4.1. Mekân Unsuru

2.4.1.1. Merkez

Gerçek kişinin ikametgâhı ile işletmenin merkezi farklı yerler olabilirken, tüzel kişilerin anasözleşmesinde gösterilen yerdir. Almanya’da ticaret kanunu her ticaret şirketinin bir merkezi olmasını emreder. Kural olarak işletmenin sadece bir merkezi olur (vardır) (Hauptniederlassung). Bir tacirin birden fazla işletmesi varsa (örneğin bir banka ve bir fabrika) bunlar hem unvan hukuku hem sicil hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınmak suretiyle işleme tabi tutulurlar. Aynı şartlarda istisnaen ticaret şirketinin çifte merkezi de (Doppelsitz) aynen gerçek kişi tacire de tanınır.

Şirket sicile beyanda bulunurken, unvan dışında şirketin merkezinin bulunduğu yer de, yurt içi işyeri adresini de, bildirmelidir. Sebebi alacaklı için tebligat kolaylığı sağlamaktır. (Art.106 HGB) Her bir komandit şirket için de geçerlidir, lakin adi ortaklık için durum değişiktir, belirli bir yerde merkeze (Sitz) sahip olmalıdır. Merkezden önemli yetkiler ortaya çıkmaktadır, örneğin sicil mahkemesi ve hükmi şahıs için genel yetkili mahkeme tayin edilmektedir. Şimdiye kadar doktrinde hâkim olan Sitz teoriye göre Avrupa hukukunda üçüncü devletlere karşı olan yargı yetkisi tayin edilmekteydi.

Şirketin idare merkezinin sicile kayıtlı merkezinden farklı olamayacağı kuralı, diğer taraftan da Avrupa Adalet Divanı kararları ile çelişen bir durumdu. Özellikle 30.09.2003 tarihli Inspire Art kararında mahkeme, Avrupa Birliği üye ülkelerinde tescil edilmiş şirketlerin, tescil edildikleri yerdeki merkezleri sadece posta kutusu şirketi (Briefkastengesellschaft/pseudo-foreign companies) niteliği taşısa bile, diğer üye ülkelerde birer geçerli şirket olarak kabul edilmeleri gerektiğine karar verdi. Karara göre, herhangi bir üye ülkede tescilli bir şirketin başka bir üye ülkede faaliyette bulunmak üzere idare merkezini taşıması, orada şube ve/veya yavru şirketler aracılığıyla ticari faaliyetlerde bulunması, şirket kurma ve ticari faaliyette bulunma özgürlüğü çerçevesinde mümkün olmalıdır.

Netice olarak Alman sermaye şirketleri bakımından, MoMiG ile sözleşme ve idare merkezinin ayrı olamayacağı yasağı kaldırıldı (GmbHG § 4a H’nin ilgası). Yeni hukuki duruma göre bir Alman şirketi idare merkezini sözleşme merkezinden bağımsız olarak

¹¹⁴ Birsell, C.I, s.73.

seçebilir ve bir yerden başka bir yere taşıyabilir. İdare merkezi ile sözleşme merkezinin birbirinden daha sonradan bir mahalden başka bir mahalle taşınmak suretiyle farklı olması için sadece basit bir ortak kararı yeterlidir, özellikle sicile karşı bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹⁵.

Merkez tüzel kişi tacirlerde vatandaşlığın tespitinde önem arzeder¹¹⁶. Bazı koşullarda çekte ödeme yeri bankanın iş merkezidir. Merkezleri yurtdışında bulunan ticari işletmeler de Türkiye'deki şubeleri bakımından konkordato isteyebilirler¹¹⁷.

Ticari işletme taşınabilir. Ticari işletmenin nakli gerçek kişi tacirde ve şahıs şirketlerinde merkezin gerçek manada taşınmasıyla vuku bulur, yapılan ticaret siciline ihbar ise açıklayıcıdır. Ticaret Hukuku'nun hükmi şahsiyetlerinde ise bir yer değişikliği ancak ticaret siciline kayıt ile etkili olan esas sözleşme tadilatını gerektirir.

2.4.1.2. Şube

Şube¹¹⁸ hukuki kişiliği olmayan; işletmenin bütününün bir alt organizasyon birimidir¹¹⁹. Bir yerin şube olduğunun tespiti bakımından doktrinde çeşitli tespit noktaları kabul edilmektedir. Şube üçüncü kişiler ile yaptığı borçlandırıci ve tasarrufi işlemler açısından merkezden bağımsızdır. Bağımsız işletmeden farklı olarak şube, organizasyon bakımından merkeze bağlıdır. Bu hususta ise aksi fikir şubenin bir bakıma organizasyon bakımından (lakin hukuken değil) bağımsızlığa meyleden, lakin diğer bakımdan ise merkeze önemli konularda bağımlı olan çift mahiyetli bir varlık olduğu iddia olunmak suretiyle Avusturya Hukuku'nda savunulmaktadır¹²⁰. Şubenin merkezin yapabileceği türden işlemleri veya benzerlerini yapabilecek yetkinliğe sahip bulunması gerekir. Bir yerin şube olarak kabul

¹¹⁵ Aydoğan, Fatih, "Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanununda (GmbHG) Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler", BATİDER, C.XXV, S. 3, Eylül 2009, s.391.

¹¹⁶ Omağ, Merih Kemal, "Ticari İşletmenin Yapısı", Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, s.928.

¹¹⁷ Olgaç, Senai, *İcra İflas 106-371*, Cilt II, Ankara, 1978, s.1937. Müflisin elinde aciz vesikası bulunan alacaklılarıyla bir konkordato akdedip akdedemeyeceği ihtilaflıdır. Menfi görüşü savunanlar müflisin bu halde iflasın kaldırılmasını istemesi gerektiğini, halbuki konkordato halinde iflasın kaldırılmasının kanuni şartlarının gerçekleşmeyeceğini, diğer taraftan müflisin bu halde itibarın iadesi yoluna da gidemeyeceğini ileri sürmektedirler. Kanaatimizce iflas kapandıktan sonra esasen iflasın kaldırılması sözkonusu değildir. Müflis elinde aciz vesikası olan alacaklılarıyla konkordato akdeder ve konkordato şartlarını tamamen ifa ettikten sonra itibarın iadesini isterse buna kanuni bir mâni olmamak lazım gelir. (Gürdoğan, Burhan, *İflas Hukuku Dersleri*, 1966, s.159-160'tan naklen).

¹¹⁸ Göle, Celal, *Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu*, Prof. Dr. Ernst E.Hirsch'in Hatırasına Armağan, s.181-206. Banka şubeleri, çeşitli sigorta ortaklıklarının acenteliğini alarak isteyenlerin kasa, can ve mal sigortalarını yaparlar. Bankaların, sigorta ile ilgili faaliyetlerinin, onların tali yetkileri arasında kabul edilebileceği görüşü öne sürülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, bankaların uğraşabilecekleri sigorta faaliyetleri konusunda yerleşmiş bir yasama politikasının bulunmadığı görülmektedir.

¹¹⁹ Krejci, s.93.

¹²⁰ Krejci, s.93.

edilmesi, şubenin yer bakımından merkezden ayrılması gerektiği ve sürekli olarak hukuki ilişkilerde bağımsız bir şekilde hareket etmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir¹²¹.

Şube vasfının edinilebilmesi için illa uzun süreli olarak yer işgal etmesi şartı aranmaz, bilakis kısa süreli olarak da olsa mevki işgal etmesi, belki işinin planlanmasında araya zaman aralığının girmesi şube niteliğine menfi tesir etmez¹²². Üstündağ'ın Leuch'tan aktardığı üzere bu duruma örnek olarak bir dış doktorunun esas çalıştığı yerden bir başka yerde de açtığı ve haftanın muayyen günlerinde hastalarını kabul ederek tedavi ettiği yer de şube sayılacaktır¹²³. Şube kendi ticari defterlerini kendisi tutar, ancak merkeze hesap vermek durumundadır¹²⁴. Bu itibarla şube aylık mizanlarını, üç aylık vaziyet cetvellerini ve bilançosunu merkeze gönderir¹²⁵. Şayet şube kendisine ait bir yıl sonu kapanışı tanzim etmek mevkiindeyse, o takdirde bu da işletmenin bütününün hukukten temsilcisi olanın külli yıl sonu kapanışının bir parçasıdır¹²⁶. Yine şube vasfı bakımından şubenin özel banka bağlantısının varolması tipiktir¹²⁷. Lakin bu noktada gözden ırak tutulmaması gereken vaka da zikredilen hususi banka bağlantısının işletmenin külli banka bağlantılarından bir kısmını teşkil ettiğidir¹²⁸.

İsviçre Hukuku'nda "Betrieb" (şube veya işyeri diye Türkçeye çevirebileceğimiz) kavramı bir fonksiyonel, yer itibariyle birbirine geçmiş edimsel birimi ifade eder. Yönetimin tek elde veya bir birimsel "organda/Gremium"da toplanmış olması önemli değildir. Örnek kabilinden bütün işletmede finans/muhasebe, personel soruları veya pazarlama; ilgili ticaret kolu idaresinde, yani şubeleri vasıtasıyla yürütülebilir. İşletmeden farklı olarak işyeri çoğunlukla piyasada tek başına belirmeye yönelmemiştir, daha ziyade işyeri topyekûn bir değer yaratan işletme için hizmet edimlerine inhisar etmektedir. Şubelerin ticaret siciline tescili mecburidir. Aksi takdirde işyeri kavramı şirketler hukukunda önem arzetyemeyecektir. Bunun dışında/buna rağmen işyeri kavramı iş hukukunda önemlidir. Çünkü OR 333'e göre iş ilişkilerinin intikali işletmenin satımını değil, bilakis işyerinin devrini esas alır. Politika yönünden işyeri işçilerin bilgi alma ve yönetime katılma hakları bakımından da önem taşır. Benzer, lakin tamamıyla işyeri kavramıyla eşdeğer olmayan "Betriebsstaette ve

¹²¹ Şener, s.14.

¹²² Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011, s.55.

¹²³ Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000, s.228. Kendi başına ticari işlem yapmayan, sadece kasa defteri tutan, çek ve senet tahsilatı yapan yer şube olarak kabul edilemez. (11.HD, 5.5.1992, E.1990/7846, K.1992/5906 (BATİDER, 1991, C.16, S.2, s.166-167) "PTT müdürlükleri ve şeflikleri şube değildir." 11.HD. 26.11.1982, E. 3442, K.562 (Başbuğöğlu, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Hukuku, C.1, Ankara, 1988, s.95, Arkan, s.38'den naklen).

¹²⁴ Göle/Bozer, s.16.

¹²⁵ Göle/Bozer, s.16.

¹²⁶ Krejci, s.93.

¹²⁷ Krejci, s.93.

¹²⁸ Krejci, s.93.

Geschaefsbetrieb” kavramları da vergi hukukunda bağlama noktası sağlamaları yönünden önemli bir fonksiyona sahiptirler¹²⁹.

Yargıtay, şube müdürlerini bankanın bir organı olarak ticari temsilci sayar¹³⁰. Bir banka şube müdürünün sırf o şubede istihdam edilmek üzere (mahalli nitelikte) çaycı, vs. gibi işçi alma yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Zira her bir banka şubesi uygulamada bağımsız bir işyeri sayıldığı gibi banka şube müdürü de oranın en yetkili kişisidir. Üstelik banka şube müdürleri Türk Hukuku’nda tacirin diğer kendisi diye ifade olunan birer ticari temsilcisidirler. Kural olarak yetkileri sınırlanamaz denilebilir¹³¹. İşletme müdürünün hukuki nitelik itibarıyla ticari mümessil mi ticari vekil sıfatı mı taşıdığı hususunda sicil kaydı esas alınır.

Merkez ile şube aynı binada dahi bulunabilir. Uygulamada özellikle banka işletmelerinde aynı bina içinde işletmenin merkezi ve merkez şubesi bir arada yer almaktadır. Bu husus merkezin tanım ve tavsifinde bir fark yaratmaz¹³².

Zaten bankaların bölge müdürlüğü ile bölge şubelerinden biri aynı binadadır¹³³. Alman sorumluluk hukukunda basiret ve şahsen sorumluluk ilkesine yer verilmektedir¹³⁴. İcra ve iflas hukuku kredi sözleşmelerinde çok sayıda yer alan şartnamelerin, icra ve iflas hukuku sözleşmelerince tetkiki şayandır. Nitekim Yargıtay da “...birer itimat kurumu olan bankalar aldıkları mevduatı sahtecilere karşı özenle korumak zorundadırlar. Bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dahi sorumludurlar. O halde bankaların mevduat sahipleri ile yaptıkları akdi sorumluluktan kurtulma sözleşmesi geçersizdir”¹³⁵ diye belirtir.

Ticari ve sınai kuruluşlar için TMK yerleşim yerinin tekliği prensibinin istisnasını öngörmüştür. Bu veçhile bir tacirin bir ticarethanesi ve ticarethanesinin bir şubesi bulunmasının önü normatif düzeyde açılmış olmaktadır. Pulaşlı/Korkut’un telaffuz ettiği üzere de tüzel kişinin iş hacminin büyümesi karşısında ve şubelerinin de bulunduğu yer siciline kaydedilmeleri neticesinde birden fazla yerleşim yerinin bulunduğu vakasını tanımak lüzum arzedecektir¹³⁶. TTK m.40’ta özel bir hüküm yer almaktadır. Merkezi Türkiye’de bulunmayan

¹²⁹ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.10.

¹³⁰ Omağ, s.929. (Yargıtay 11.HD.E.7416, K.161, T.24.01.1986, karar için Bkz.Eriş, s.996).

¹³¹ Akyiğit, İş K.2, 79, krş.HGK.19.03.1986, 9-555/251.

¹³² Omağ, s.929.

¹³³ “Muhasebesi merkezde tutulan ve müstakil sermayesi bulunmayan yerler de şube sayılabilir.” 11.HD. 30.01.2006, E.3172, K.6255 (BATİDER 2007, C.24, S.1, s.280 vd.).

¹³⁴ Baumbach / Hopt, s.3; Bu noktada basiretli bir işadamı gibi hareket yükü hakkında özet bir biçimde bilgi sunmak gerekirse, ticari işleyişte tedbirli olan ve sübjektif ile objektif ilkeler çerçevesinde ele alınan haliyle doktrinde ilk unsur vakaya tacirin kendi işine gösterdiği ölçüde özeni, diğer unsur vakaya yaptığı ticari muamelaatın takdiminden yaklaşmak gereği hasıl olmuş, fakat önemle ve şiddetle belirtirsek, doktrinde her somut olayın özelliğinde bir hüküm kurulması gerektiğidir, çünkü bu noktada maalesef ki hiçbir zaman bir sınır çizilememiştir.

¹³⁵ HGK 15.6.1994, E.1994/11-178, K.298, İKİD 405, s.10550 vd. (Üstündağ, İcra, s.5).

¹³⁶ Pulaşlı, Hasan / Korkut, Ömer, *Temel Hukuk*, Adana, 2016, s.222.

işletmeler eğer Türkiye’de şube açmışlarsa ki, tipik örneği olarak banka ve sigortalardır, Türkiye’deki şubesi için ikametgâhı Türkiye’de bulunan bir ticari temsilci atamaya mecburdurlar. İşlemlerin daha sağlıklı bir şekilde cereyan edebilmesi maksadını bu kanuni düzenleme ortaya koymaktadır. Temsilciye karşı dava ikame edilebilir. Aleyhine ilam alınabilir. Ancak ilamın tenfizi ve paraya çevirme merkeze karşıdır. İş Kanunu bakımından şube ayrı bir işyeridir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararına göre, şubenin, bulunduğu yer mahkemesinde işlemlerinden dolayı dava edilebilmesi için, şubenin ticaret siciline kaydının zaruri olmayıp, fiilen dahi ticari faaliyete başlamış olmasını kâfi saymak gerekmektedir¹³⁷.

2.4.2. Kişi Unsuru

2.4.2.1. Tacir

TTK m.12’de gerçek kişi tacir bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimse olarak tarif olunmuştur. Bir ticari işletmenin sadece bir kısmının onu işleten kişiye ait olması diğer kısmının ise başka bir kişi veya kişiler adına işletilmesi halinde tacir sıfatı kime verilecektir? Kısmen dahi olsa bir ticari işletmeyi kendi adına işleten kişi tacirdir. Ayrıca ticari işletmeyi kendi adına kısmen işleten de tacirdir.

Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun, hukuken varsayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur. Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci tacir sayılmaz. Tacir sıfatı temsil edilene aittir. Ancak yasal temsilci cezai hükümlerin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur. (Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyumun katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı temsil kayyumu atar. Davacılar anne ve baba küçüğün yasal temsilcisidir. Dava dilekçesindeki açıklama nazara alındığında küçük için temsil kayyumu atanması gerekir.)¹³⁸.

Kişisel durumları ya da yaptığı işin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmi bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay

¹³⁷ BGE. 34, I, 702; 50, I, 123.

¹³⁸ 2.HD.22.03.2004, E.2052, K.3561.

almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır. Lakin hukuki, cezai ve disipline ilişkin sorumluluk saklıdır. Alman Hukuku'nda Ticaret Kanunu 1998 Reformunun yürürlüğe girmesinden sonra işletme kavramı Ticaret Kanunu'nun maddi manada tacir kavramının temel unsur vakası olmuştur¹³⁹. Alman Hukuku'nda; dışadönük/haricen belli özel hukuk (Aussenprivatrecht) anlamında münferid şirket işletme zilyedi/hamilidir (Unternehmenstraeger). Sadece zilyed/hamil (Traeger) olan kişi yani işletme maliki (Inhaber), tacir, mülkiyet hakkı sahibi, işveren, aciz içindeki iflas borçlusu olur. Alman Hukuku'nda; tacir bir işletmenin hasılat kiracısı (BayObLG 78,69), intifa hakkı¹⁴⁰ sahibi (BayObLG 73,171), yediemin, franchise alan, yine tartışmalı olmakla beraber saman adamdır¹⁴¹. (Şayet şahsen imza koyarsa) Şayet ticarethane mal ortaklığında ortak mala dahilse (1415 BGB) o takdirde tacir vasfının tayininde ortak malın kim tarafından idare edildiği rol oynar (BayObLG 78,7). Bir anonim şirketin veya limited şirketin organlarının veya müstahdemlerinin ticarethanenin müşterileriyle olan ilişkisine kıyasen ticari işlere müteallik normlar tatbik olunur (MüKoHGB/Schmidt Rn.96). Buna karşılık doktrindeki bir fikir müşterinin adi işlerde de tacire zarar vermediğinden hareketle savunulan önceki fikre karşı durmaktadır. (BGH NJW 2006,431 Rn.19; İe ebjs/Kindler Rn.85; Oetker/Körber Rn.88,117; HaKo-HGB/Kessler Rn.52) OLG Düsseldorf ZIP 2004, 1211 ise ticari (şekilde işletilmeye müteallik) nitelemeye ilişkin temel prensipleri organlara tatbik etmektedir¹⁴². İflas halinde borçlu tacir kalır. İflas idaresi memuru değil de, borçlu tacir işletmeyi işletir. İflas idare memuru da kendiliğinden tacir vasfını iktisap etmez. İflas idare memuru tarafından iflas masası için takip edilen muameleler ticari iş vasfındadır. İçtihat iflas idare memuru hakkında ticari vasfın belirtilmesine müteallik temel prensiplerin tatbikini iptal etmektedir (BGH NJW

¹³⁹ Oetker / Körber, *Kommentar zum HGB*, 2019, § 1, Rn.10, 11.

¹⁴⁰ İşletmenin üzerinde intifa hakkı tesisi bütünüyle/yekûn işletme üzerinde bir ayni haktır. (1030-1084 BGB) Şayet işletme intifa hakkı tesis edenin bütün malvarlığını kuşatıyorsa, konu ediniyorsa, o takdirde 1085 BGB ff. tatbik olunur. İşletme intifası kuru ürün (verim) intifası veya intifa hakkı lehdarının işletmecisi sıfatı kendisine ait olmak kaydıyla intifa olabilir. Salt "itibari değeri olmayan, sadece sermayenin belirli bir oranını temsil eden" hisse senedi-kota intifasında intifa hakkı lehdarı işletmenin zilyedi olmaz. (Bay ObLG 73, 168) Aynı işletme intifası tesisine de cevaz verilmektedir, ve bu durumda duran ve döner sermaye üzerindeki zilyetlik ve mülkiyet işletmenin hasılat kirasına konu edinilmesinde olduğu üzeredir. İntifa hakkı lehdarının tasarruf yetkisi duran malvarlığı üzerinde de vardır. (1048 BGB uyarınca, BGH NJW 75, 210 LS.) Ticaret unvanının idamesi ve halefiyet eki için cari esaslar hâkim kılınmıştır. Yatırım için masraflara iştirak külfeti ve işletmenin değer artışı halinde denkleştirme hakkına dair pratik önemli problemlere sözleşmenin kuruluş aşamasında bilhassa dikkat edilmek gerekir. (Bu konuda lit. Bökelmann 1971, Jansen/Nickel 1998, Staud/Frank Anh 1068, 1069, Grunsky BB 72, 585) (Baumbach / Hopt, s.21, Rn.50).

¹⁴¹ Eski mevzuat döneminde uygulamada sık rastlanılan bir sakınca olan fiilen saman adam tedarikinin Yeni Ticari Mevzuatımız tek pay sahipli şirket yapısına cevaz verdiği için terkolunduğu vakasını ve kanun koyucuya bu fikri aşılmasında rehberlik eden, o dönem itibariyle devrimci hareket etkisi yapan doktrindeki "Çevik, Kemal, *Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme*, Bozer'e Armağan, Ankara, 1998." adlı ve künyeli çalışmayı anmadan geçmek doğru olmazdı.

¹⁴² Koller / Kindler / Roth / Drüen, *Kommentar zum HGB*, München, 2019, Rn.18-19.

1987, 1941) ve iflas idare memurunun ticari şekilde işletilme olgusuna müteallik hareket edip etmediğini araştırmaktadır. Lakin Schmidt iflasta ticari hükümlerin modifiye edilmiş tarzda uygulanmasına cevaz vermektedir¹⁴³.

Bir ticari işletmenin dahil olduğu bir terekedeki vasiyetin tenfizinde miras hukuku (ki vasiyeti tenfiz memurunun borçlandırma yetkisini terekeyle sınırlandırır/BGB 2206) ile ticaret hukuku (ki bir gerçek kişi tacir (şahıs şirketinin) işletmesinin sınırlı sorumluluk ile işletilmesine cevaz vermez/RGZ 132,144) arasında çözüme kavuşturulması çok zor ihtilaflar ortaya çıkarır. Hâkim fikre göre bir ticarethane üzerinde vasiyetin tenfizi müsait değildir. (RWH/Ries 27 Rn.15; aA Staub/Burgard 27 Rn.83) Uygulama miras bırakanın iradesine sadık kalınmak üzere vasiyeti tenfiz memurunun (miras bırakanın emrinin noksanlığında tamamlayıcı vasiyet yorumunda olduğu üzere) ödevine sadık kalarak, ölçerek arasında karar vereceği iki çözüm üretmiştir¹⁴⁴. (Kritize eden Heymann/Emmerich Rn.31, tasdik eden MüKoHGB/Schmidt Rn.61) Türk Hukuku'nda belirtmek icap eder ki, ölüme bağlı tasarrufla ölüm anında ticari işletme kendisine vasiyet edinilen ticari işletmeyi ipso iure iktisap etmez. Bilakis ölenin mirasçılarına karşı ticari işletmenin kendisine devri noktasında (murisin ölümünden sonra hüküm ifade eden mahiyette) dermeyan edebileceği bir vasiyet alacağı yani talep hakkı iktisap eder¹⁴⁵.

Taksim olunmamış bir miras şirketindeki şerikler zamansal bir tahdit olmaksızın ve bir kollektif şirkete tür değiştirmenin vuku bulması zorunluluk arzetsiz, bir mirastan intikal eden işletmenin zilyedi olabilirler¹⁴⁶.

Miras şirketi değil elbirliği ortaklık yapısıyla birbirine bağlı şerikler tacirdirler. Hâkim fikre göre¹⁴⁷ miras şirketinin medeni haklardan yararlanma/hak ehliyeti yoktur¹⁴⁸. Terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesinde tasarrufun iptali davası açma hakkı iflas idaresi görevini yapan tasfiye memuruna aittir¹⁴⁹. Bu temel prensipler denk düşecek şekilde, şayet bir işletme mal ortaklığı içerisinde müştereken idare edilirse, geçerlidir. Şayet iki eşten biri tarafından işletme idare ediliyorsa, o takdirde yalnızca tacir sıfatı bu eşe ait olur¹⁵⁰.

¹⁴³ Koller / Kindler / Roth / Drüen, Rn.20. (NJW 1987, 1905).

¹⁴⁴ Bu iki yaklaşımın tafsilatlı takdimi için Bkz. Koller / Kindler / Roth / Drüen, Rn.21.

¹⁴⁵ Ülgen (Nomer-Ertan) 6. bası, 2019, s.176, dn.28'de anılan Dural / Öz, Kn.1684 vd. Türk Hukuku'nda gerçek kişi tacirin vefatı üzerine nasıl hareket edileceği hk .bkz .Ticaret Sicil Yönetmeliği 51/2.

¹⁴⁶ BGHZ 92, 262.

¹⁴⁷ Oetker / Körber, Rn.82.

¹⁴⁸ BGH NJW 2006, 3717; Aa Ann, "Die Erbengemeinschaft", 2001, 320; (lakin tartışmalıdır.) (Eintragung in "Erbengemeinschaft" (RWH / Ries 27 Rn.40).

¹⁴⁹ Deynekli, Adnan, "Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesinde Tasarrufun İptali Davasını Kim Açabilir?", Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, 2008, s.302.

¹⁵⁰ Koller / Kindler / Roth / Drüen, Rn.22.

Alman Hukuku'nda, tacir sıfatının bir ticari muhasebeyi gerektiren işletmenin devralınmasıyla iktisabı için bkz: BGH NJW 1996,3217. Türk Hukuku'na baktığımızda ise Nomer¹⁵¹, bu olguyu yeterli saymamakta, işletilme unsurunda ölçütün, ticari işletmenin müşterilerine hizmet sunmaya başlaması olduğunu savunmaktadır. Hirş¹⁵² buna karşılık örneğin bir ticari işletmeye ticari temsilci atanmasını, gerçek kişi tacirin sıfatı iktisap için kâfi bulmaktadır¹⁵³.

Alman Hukuku'nda, tacir sıfatı ticari uğraşının noksanlığıyla bir serbest mesleğe evrilmeyle, devirle veya hasılat kirasına verilmeyle veya işletmenin nihai olarak tatil edilmesiyle/tasfiyesiyle sona erer¹⁵⁴.

Fransız ticaret hukukunda tacir kavramı, Ticaret Kanunu'nun L 121-1. maddesinde kendisine yer bulmaktadır. Buna göre tacir, ticari işle uğraşan ve bunu olağan mesleği haline getirmiş kişidir. 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun tacir ile ilgili olarak getirdiği bu tanım hem yasal hem de içtihadı birtakım başka unsurlarla tamamlanmaktadır. Bu noktada ticari iş kavramı ön plana çıkmaktadır. Ancak aynı zamanda ticari iş, bir tacir tarafından mesleki faaliyet olarak gerçekleştirilmelidir. Özellikle bu durumdan yola çıkarak Fransız ticaret hukukunda tacir kavramının objektif sistemde ele alındığını söylemek mümkündür¹⁵⁵.

Gerçek kişi tacir bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletendir. İşletme olgusu müşteri muhiti ile hukuki görünüş nazariyesi uyarınca temas ile vuku bulur. Tacir sıfatının iktisabı mevzuunda ticaret siciline tescil kurucu değil, açıklayıcıdır. Bazı durumların gerçekleşmesi uygulamada tacir sıfatını kazanmak için yeterli görülmektedir. Örneğin bir ticarethane için yer kiralanmış olması¹⁵⁶.

Türk Medeni Kanunu uyarınca eşlerden biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Lakin meslek ve iş seçiminde ve yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve refahı göz önünde tutulmalıdır.

İsviçre'de tacirler kural olarak yalnızca iflas yoluyla külli takibe maruz kalırlar.

Basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü¹⁵⁷ “Kaymakamın ricası üzerine köy tüzel kişiliğine ait banka hesabındaki paradan, hesap üzerinde tasarruf yetkisi olmayan birisine

¹⁵¹ Ülgen(Nomer), No:636, s.210.

¹⁵² Hirş, s.120/121.

¹⁵³ “Fiilen işletilme olgusu işletmenin kuruluş aşamasını da kapsayan süreçte gereken işlemleri oluşturmak ve ilişkilere girişmektir”. (Tartışmaların teferruatı için Bkz. Saka, Zafer, “Ticaretten Yasaklı Gerçekkişilerin Tacir Sayılmaları (TTK m.16; TTK Tasarı m.14)”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 63, s.804.)

¹⁵⁴ Koller / Kindler / Roth / Drüen, Rn.25.

¹⁵⁵ Lebel, s.3.

¹⁵⁶ Karayalçın, s.193.

¹⁵⁷ Bahtiyar, s.112.

ödeme yapan bankanın davranışı da basiretli değildir”¹⁵⁸. “Nakliyecilik yapan bir tacirin deposunda yangına karşı her türlü önlemi almış olması yetmez, deponun yangın çıkma riski yüksek bir tesisin yanında kurulmuş olması ve yangının bu tesisten çıkarak depoya sıçramış olması, basiretsiz davranıldığını gösterir”¹⁵⁹. “Bir anonim şirket, belli sürede esas sermayesini artırma ve çıkaracağı yeni payları verme taahhüdünde bulunmuş ise, bu taahhüdünü yerine getirmemesi durumunda, elinde olmayan nedenlerle genel kurulu toplayamadığı gerekçesine dayanamaz. Basiretli bir tacir olarak, daha sözleşmeyi yaparken, genel kurulu toplama ve sermaye artırımını kararı alma güçlükleri olduğu hesaba katılmalıdır”¹⁶⁰.

Basiretli işadama gibi hareket etme yükümlüğü açısından borcun kaynağı önem taşımamaktadır, hatta bilakis tacir bu özeni sözleşmelerin kuruluş aşamasında ve hatta inikada tekaddüm eden müzakere safhasında da (culpa in contrahendo) sözleşmenin ifa aşaması yanında göstermekle mükelleftir.

Haksız rekabette tacirden beklenecek ihtimam derecesi alelade bir şahsın ihtimam derecesinden daha fazladır. TTK m.18/2 boşluk doldurucu nitelikte bir hüküm olup, tacire sözleşmeyle önceden üstlenmediği bazı edimler yüklenmesi veya tacirin sorumluluk altına sokulması biçiminde külfet içermektedir¹⁶¹.

Fatura düzenlemek sözleşmenin ifası aşamasına ilişkin bir belgedir. VUK 232’nin bir gereğidir. TTK faturanın düzenlenme süresi hakkında susmuştur. Vergi hukuku açısından 7 günlük bir süre öngörülmüştür. Bu süre içerisinde faturanın düzenlenmemesi halinde faturanın hiç düzenlenmemiş sayılacağı öngörülmektedir. TTK bakımından ise fatura düzenlenme süresi geçtikten sonra düzenlenmiş olsa bile, faturaya 8 gün içerisinde itiraz etmeme halindeki haksahibi olma karinesi yine devreye girerek işlerlik kazanır¹⁶². Proforma fatura sözleşmenin kurulma aşamasında tanzim olunur ve hukuki niteliği icaba davettir.

Tacirler arasında yapılacak bazı ihtar ve ihbarların (ancak belirli şekil şartları yerine getirilmek kaydıyla) muteber sayılacağı TTK tarafından hükme bağlanmıştır. Bu suretle karşı taraf tacir imzasını koymak suretiyle kendisine varan ihbar veya ihtar ikrar etmiş bile olsa, işlem şekil şartı noksanlığından geçerlilik unsurundan batıl kalır. Ayıp ihbarı ile birlikte sözleşmeden dönme hakkı da kullanılıyorsa, şekil şartı yine caridir. Kanunda gösterilmemiş

¹⁵⁸ TD.21.2.1969, E.3630, K.8889.

¹⁵⁹ TD.12.2.1968, E.1669, K.851.

¹⁶⁰ HGK, T.26.4.1967, E.66/T-1152, K.226.

¹⁶¹ Bahtiyar, s.114 ve orada anılan Arslanlı.

¹⁶² Bahtiyar, s.116 ve orada anılan Ünal, Oğuz Kürşat, Türk Ticaret Kanununda ve Vergi Usul Kanununda Fatura ve İspat Kuvveti, Ankara, 1997.

olmakla beraber borçlu tacir aleyhine ifa davası açılması veya icra takibi başlatılması da temerrüt ihtarı yerine geçer¹⁶³.

Yargıtay bir davada, banka bir ticari işletme olduğundan, ücretsiz veya karşılıksız teminat mektubu vermesinin düşünülemeyeceği sonucuna varmıştır¹⁶⁴.

Tacir tarafından yüklenilmiş ve cezai şarta bağlanmış olan borç borcun nakli hükümleri dairesinde tacir olmayan bir başka kişiye devredilmiş ise, devralan tacir sıfatını haiz olmayan kişi fahiş cezai şartın indirilmesini talep edebilir¹⁶⁵.

Kanuni cezai şartın tenkisini de, müessesenin mahiyeti icabı, örneğin karşılıksız çek keşidesinde, yine taşıma mukavelesinde hareketin gecikilmesi halinde veya taşıyıcının mesuliyetini mucip hallerde yani TTK'da düzenlenen cezai şart kurumunda da talep edemez.

Temyiz Mahkememiz İsviçre hukukçularının genel geçer fikirleri istikametinde hareket etmiş, ayrıca vekâletsiz tasarrufa ait hükümlerin sınırlarının aşılması halinde ücret talebi noktasındaki savını haklı görmüştür.(Karayalçın)

Tüzel kişi¹⁶⁶ olan ticaret şirketleri şekli tacirdirler. Türk Hukuku'nda şahıs şirketleri yani kollektif ve komandit şirketler İsviçre Hukuku'nun (Şahıs şirketlerinde ticari şekilde işletilen ve işletilmeyen müessese anlamında bir ayrıma gidilirse (OR 552 f., 594 f.) kriter burada gelir elde etmeyi amaç edinmiş olmadır¹⁶⁷) aksine sadece ticari işletme işletmek üzere kurulabilirler. Vakıflar ve dernekler ise; tacir sıfatını kazanabilmeleri için ticari işletme işletmeleri ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcamamaları gerekir. Dernekler ticari işletme işletebilirler ve tacir sıfatını kazanabilmeleri için, ticari işletme işletmeleri, yani kamu yararına dernek olmamaları gerekir. Örneğin bir spor derneği bir spor salonu işletebilir, bu gibi durumlarda ticari işletme ağır basıyorsa dernek aynı zamanda tacir sayılır. Kamu tüzel kişilerin özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere kurulan teşekkül ve kurumlar (KİT), kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişilerin kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılır. İsviçre Hukuku'nda, ticari şekilde işletilen müesseselerin tabi kılındığı kaidelere organizasyonun şekli önem taşımaksızın ideal amaç kuruluşları da (dernek ve vakıf gibi)

¹⁶³ Bahtiyar, s.119 ve orada anılan Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop.

¹⁶⁴ 11.HD.T.1.6.1989, E.6283, K.3313, Eriş.

¹⁶⁵ Birsal, s.10.

¹⁶⁶ "Kooperatif tacir olmadığından arsa sahibi kooperatifin yüklenici şirket ve ipotek sahibi banka aleyhine açtığı daire karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve ipotegün kaldırılması talepli davada görevli mahkeme ticaret mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesidir." (Yargıtay 23.HD.Tarih: 27.11.2018, Esas: 2016/2714, Karar: 2018/5511. Yargı Dünyası, Yıl: 24, Sayı: 277, Ocak 2019, s.158).

¹⁶⁷ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.301, Rn.22.

kapasitelerinin/hacimlerinin büyüklük arzemesi durumunda aynen tabi olacaktır. Bir büyük vakıf da bir kooperatife kıyasla azımsanmayacak mahiyette iyi defter tutma ve muhasebe düzenine sahiptir¹⁶⁸. Bağlı ortaklıklar umumiyetle anonim şirket olarak örgütlenirler, istisnası Tariş Yağ ve İplik Fabrikasıdır; çünkü bu bağlı ortaklık Kooperatifler Kanunu'na tabidir¹⁶⁹.

İsviçre Hukuku'nda adi şirket işletme zilyedi olarak düşünülmediği için, kural olarak ticaret siciline tescil ödevinden ve hukukundan istisna edilmiştir. Şayet bir adi ortaklıkta sadece gerçek kişiler paydaşlarsa, o takdirde adi ortaklık; paydaşların ticari şekilde işletilen bir müessese yürüttüğü varsayımında kendiliğinden/yasa gereği/ipso iure bir kolektif şirkete dönüşür ve kolektif şirket olarak ticaret siciline tescil ödevine muhatap kılınır. Buna karşılık bir ticari şekilde işletilen müessesenin, bir hükmi şahsiyetin katılımıyla bir adi şirket tarafından yürütülmesinde ne olacağı aydınlık değildir, çünkü bu örnekte OR 552,1 uyarınca bir kolektif şirketin kurulması imkânı kapalıdır. Bugüne değin İsviçre'de onlarca yıldan beri uygulamanın münferit ortakların ticaret siciline tesciline yardımcı olması veya daha ziyade şirkete yapısal mahiyette tesciline cevaz verilmesi hakkında tartışılmaktadır¹⁷⁰. Alman Hukuku'nda adi şirket (BGB-Gesellschaft) bu hukuk çevresinde bir şahıs şirketi olarak muamele görmektedir. İflas masası maliki olma yönünden aciz ehliyeti tanınmış ve bu sebeple de Alman Aciz Kanunu adi şirketin bir nevi hak öznesi olduğuna ilişkin bir emare teşkil etmektedir¹⁷¹.

Tacirin ölümü ile birlikte işletme, terekenin bir parçası olarak doğrudan mirasçılara intikal eder¹⁷². Aynı zamanda işletmenin idare edilmesi hakkı da tacirden mirasçılara naklolunur¹⁷³. Tacir sıfatı miras yoluyla geçmez, bilakis miras olarak bırakılan ticari işletmenin işletilmeye başlanması ile birlikte aslen iktisap edilmiş olunur¹⁷⁴. En nihayetinde mirasçılar ticari nitelik taşıyan hak ve borçlardan kaynaklanan hukuki sonuçlarla bizzat muhatap olurlar¹⁷⁵.

Gerçek kişilerde, ticaret bırakılınca, ticaret sicili kaydı silinince tacir sıfatı yitirilir; lakin ticareti terk eden tacir bir yıl süreyle, sanki sıfatı devam ediyormuş gibi iflas takibine muhatap kalabilir. Ticareti terk eden tacir, ticaret sicil müdürlüğüne mal beyanında bulunmakla İİK m.44 hükmü uyarınca yetinebilir; ayrıca icra dairesine mal beyanı ibrazında

¹⁶⁸ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.301, Rn.22.

¹⁶⁹ Erdem, Ercüment, KİT'lerin Tacir Sıfatı, İzmir, 1992, s.67.

¹⁷⁰ Druey / Druey Just / Glanzmann, s.303, Rn.22.

¹⁷¹ Pulaşlı, Hasan, "Alman Hukukunda Adi Ortaklığın Hak ve Taraf Ehliyetinin Türk Hukukunda Adi Ortaklığa Uygulanabilirlik Sorunu", Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:2, Nisan 2014, s.127.

¹⁷² Akkanat, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004, s.192.

¹⁷³ Akkanat, s.192.

¹⁷⁴ Akkanat, s.192.

¹⁷⁵ Akkanat, s.192.

bulunmasına artık lüzum yoktur. Ticari işletmeyi kısmen dahi olsa işletmekten vazgeçmek, kapatmak, işlerini dağıtmak veya ticari organizasyonlarını tasfiye etmek veya ticari işletmesine özgülediği önemli miktardaki malvarlığını unsurlarını satmak da ticareti terk olarak algılanmalıdır. Yine malvarlığında bulunan salt bir işletmeyi devretmek bir manada, şayet tacirin başkaca bir işletmesi yoksa, ticari işletmenin devri de ticareti terk sayılabilir. Usulüne uyulmadan yani ticaret siciline mal beyanında bulunulmadan ticari işletmesini kapatan tacirin (her ne kadar ayrıca icra dairesine de mal beyanında bulunmasına gerek olmasa da), fiilen ticari işletmesini dağıttıktan sonra yaptığı muameleler alacaklılarına karşı hüküm ifade etmeyecektir¹⁷⁶. Ticareti terk eden tacir, ticareti terk tarihinden itibaren 1 yıl süreyle iflas yoluyla takip edilebilir.

Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi'nin biraz evvel temas ettiğimiz husus ile ilgili vermiş olduğu isabetli bir kararı anmakta yarar görüyoruz¹⁷⁷. Davada; iflas davası görülürken bir şahıs işletmesi olan davalı, sicilden kaydını terkin ettirmiştir. Bu nedenle davacı, Ticaret Sicil Müdürlüğü ile şahıs şirketini hasım göstererek, ilk derece mahkemesinde gerçek kişi tacir vasfının ihyasına ve davalı şahıs işletmesini tekrardan ticaret siciline kaydını sağlamak marifetiyle iflas ilamı edinebilmek için açtığı iflas muhakemesinin semeresiz kalarak reddine mâni olmaya çalışmıştır. Lakin Yargıtay haklı olarak yerel mahkemenin davacının ihya talebini haklı gören kararını, yerel mahkemenin (iflas davasını gören) nazara almadığı İİK m.44 hükmünü tatbik ederse, ihya davasına gerek kalmaksızın zaten davanın görülebileceğini belirterek, hukuki yarar noksanlığından dolayı isabetli olarak bozmuştur¹⁷⁸. TTK m.82 saklama ve ibraz kenarbaşlıklı “belgelerin saklanması, saklama süresi” adlı maddesi 8. fıkrada “Gerçek kişi olan tacirin ölümü halinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi halinde kendisi; defter ve kâğıtlarını birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmi tasfiyesi halinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar birinci fıkra gereğince on yıl süreyle sulh hukuk mahkemesi tarafından saklanır” diyerek dolaylı olarak ticareti terk müessesesinin izine TTK'da da bizi ulaştırmaktadır. Alman Ticaret Kanunu'nda ise konu Türk Hukuku'ndakinin madde karşılığı olarak HGB m.257 olmakla beraber (Aufbewahrung von Unterlagen) ilgili maddede ticareti terke ilişkin Türk Hukuku'ndakinin aksine bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Türk Hukuku'ndaki hüküm değerlendirildiğinde, ticareti terkin sadece gerçek kişiler bakımından mümkün olabileceği, tüzel kişiler açısından sona ermenin mevzubahis olabileceği ve bir ticaret şirketinin teknik manada ticareti terk edemeyeceği

¹⁷⁶ Üstündağ, İcra, s.152, İsviçre'de tasarrufun iptali davasının takip hukuku boyutuyla ele alındığı bir vakadır.

¹⁷⁷ Esas No: 2013/10054/Karar No: 2014/361/Karar Tarihi: 09.01.2014

¹⁷⁸ Eminoğlu, s.136-137.

yargısına hükmün lafzından varılır. Lakin Yargıtay'ın bu konuda süreç içerisinde birbiriyle tenakuz halinde muhtelif kararları neşredilmiştir. Örneğin ETTK döneminde Uyar'ın (İİK'nun 337/A Maddesi Üzerine Bir İnceleme, Ticareti Terk Edenlerin Cezası) makalesinde andığı kararda; "Sermaye şirketi ortakları hakkında, sadece ortak olmaları nedeniyle tacir sayılmadıklarından İİK. 337/a uyarınca ceza verilemeyeceği"¹⁷⁹ belirtilerek ceza dairesinin sermaye şirketleri bakımından İİK m.44/2 ve dolayısıyla İİK m.337/a'nın tatbiki kabil olduğu neticesine dolaylı olarak vardığı görülmektedir. Yargıtay 16. HD'nin kararında ise, "TTK 136. maddesinde sayılan şirketler yönünden ticareti terk hususu değil, bunun yerine infisah ve tasfiyelerinin öngörüldüğü, yasada şirketlerin her biri için infisah ve tasfiye yolunun ayrı ayrı gösterildiği, tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret unvanının sicilden terkin tasfiye memurları tarafından sicil memurluğundan talep olunduğu, iş bu talep üzerine terkin keyfiyeti tescil ve ilan olunmakla ticaret şirketinin tüzel kişiliğinin sona erdiği, tasfiye süreci ile tüzel kişilik sona erdirildiğinden terkin işlemi sırasında ticaret sicil memurluğuna İİK'nın 44. maddesine göre bir mal beyanında bulunulmasının söz konusu olmadığı, terkin işleminden sonra ticaret şirketinden alacağı bulunduğunu iddia eden bir alacaklı bu alacağını ancak terkin edilen şirketin yasaya göre ihyasını sağlamak suretiyle tahsil edebileceği, ticaret şirketleri açısından bunların yetkilileri ve müdürlerinin İİK madde 44'e göre mal beyanında bulunma yükümlülüğü olduğunu söylemenin kanunu zorlama olacağı" ifade edilerek şirketler açısından İİK 337/a maddesindeki suçun işlenemeyeceği yönünde içtihat geliştirmiştir. Kuru, İİK 44/2 hükmünün kollektif ve komandit şirketler yönünden neden uygulanmayacağını şöyle ifade etmiştir: "İsviçre'de bu maddenin kollektif ve komandit şirketler hakkında uygulanacağı kabul edilmekte ise de, bunun gerekçesi, bu iki şirketin İsviçre'de esasen tüzel kişiliğe sahip olmamasıdır. Bizde ise, kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği vardır; bu tüzel kişilik şirketin ticaret sicilinden silinmesi ile son bulacağından, artık bu tarihten itibaren taraf ehliyetleri son bulmuş olan bu şirketlerin iflas yolu ile takip edilmelerine imkân yoktur. Esasen, ticaret şirketleri bakımından buna lüzum da yoktur. Zira tasfiyede şirketin bütün malları tasfiye edilmiştir. Tasfiyeden sonra şirkete ait mal bulunması halinde, tasfiye devam ediyormuş gibi şirketin yeniden ticaret siciline tescili ve bulunan malın tasfiye edilmesi mümkün olduğundan, şirketi İİK m. 44, fıkra 2 hükmüne göre bir sene içinde iflas yolu ile takip etmenin pratik bir faydası da yoktur"¹⁸⁰.

¹⁷⁹ bkz: 8. CD. 21.12.1993 T. 10473/12950.

¹⁸⁰ Güleç, Nuri, "Ticaret Şirketleri için Ticareti Terk mümkün müdür?" TAAD, S.10, 2012, s.1-34.

Ayrıca Uyar'ın bir makalesinde¹⁸¹ zikrettiği birkaç Yargıtay kararını anarak bu konuyla ilgili açıklamalarımızı sonlandırmayı uygun görüyoruz. “Ticari işletmesini başkasına devreden tacirin 44. maddedeki formaliteyi yerine getirmemesi ile 337/a'daki suçun oluşacağını” ileri sürmesi ticari işletmenin devrinin ticareti terk sayılacağına bir karine getirmektedir.

Tüzel kişilerde kişiliğin sona ermesi tacir sıfatını kaybettirir. Sona erme tasfiye işlerinin yapılıp, sicilden kaydın silinmesi demektir. Bu vesileyle belirtmekte yarar umduğumuz bir başka nokta da tasfiye aşamasında bulunan (bu evrede tasfiye amacı ile sınırlı olarak hareket edildiğinden mütevellit) bir tüzel kişi tacirin iflasının dahi talep edilebileceği hususudur¹⁸².

Deniz ticareti hukukunda ticari işletme kıstası öngörülmemektedir¹⁸³. Lakin ticaret gemisinin tarifinden ve geminin deniz ticaretinde-suda kullanılmasından (devamlılık unsuru) ticari işletme teşkil ettiği unsurlar yönünden kendiliğinden ortaya çıkar¹⁸⁴. Deniz ticaretinin icra vasıtası olan gemi (sefine) kara ticaretinin ticari işletmesine denk düşer¹⁸⁵. Donatma iştiraki (Partenreederei) Alman Hukuku'nda bir şahıs şirkettir.

2.4.2.2. Tacir Yardımcıları-Müstahdemler (Hizmet akdi ile vazife icra edenler)

2.4.2.2.1. Bağımsız Tacir Yardımcısı

Alman Hukuku'nda ilk defa 1900 tarihli HGB'de acentalığa ilişkin hükümlere “Handelsvertreter” kavramının kökü olan “Handelsagent” mefhumuna ilişkin özel hükümler getirilmek suretiyle yer verilmiştir. 1949'da İsviçre (OR Art.418 a), 1914-6-7 tarihlerinde sırasıyla İsveç, Norveç ve Danimarka ve 1921 yılında Avusturya ile 1942'de İtalya

¹⁸¹ Uyar, Talih, *İİK'nun 337/a Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Ticareti Terk Edenlerin Cezası)* Bilimsel İncelemeler, Yargı Dünyası. <https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php> (erişim tarihi: 01.10.2019).

¹⁸² bkz: İİD. 29.01.1970 T. 642/902. Berkin, Necmettin, *İflas Hukuku*, İstanbul, 1972, s.60.

¹⁸³ Ticaret gemisi suda ekonomik menfaat sağlama amacı taşır. Ticaret gemisinin bu tanımından hareketle işletenin de ticari işletmede aranan olmazsa olmaz koşul olan ekonomik menfaat elde etmeyi kendiliğinden bünyesinde barındırdığı tespit olunmaktadır. Dolayısıyla deniz hukukunda tacir olarak görünen donatan gemisini deniz ticaretinde kullanan (veya bir başka deyimle suda menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan) gemi malikidir (veya kendisine ait olmayan bir gemiyi de kendi adına (deniz ticaretinde suda kullanan) kullanabilir, o halde kendisine donatan-gemi işletme müteahhidi adı verilir).

¹⁸⁴ Ansay, s.211. Ansay'a göre her ne kadar deniz ticareti hukuku Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olduğundan, deniz ticaretine ilişkin işler ticari iş sayılacak olsalar da, deniz ticareti hukukunun donatan ve gemi kurumlarının tahlilinde, bu kıstasa müracaata gerek kalmadan da kendiliğinden ticari işletmenin varlığına delalet eden izlere ilişkin ipuçlarına tanım öğelerinden rastlamak olanaklıdır.

¹⁸⁵ Wüstendörfer, H., s.35. “Kara ticaretinde işletme ne ise, deniz ticaretinde de “gemi” odur.” Bkz. Etk hakkındaki Hükümet Gerekçesi, TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 10, C.XII, S.Sayı 198, s.41; (Can, Mertol, Deniz Ticareti Hukuku, Cilt I, Ankara, 2003, s.15 dn.1'den naklen).

kanunkoyucuları Almanya'yı bu hususta takip etmişlerdir. Acenta kavramının HGB 84 m.1/f.1'de tanımı yapılmış ve benzer müesseselerden komisyoncudan, Alman Hukuku'na özgü bir kurum olan "Vertragshaendler"den ve ticaret işleri tellalından sınırlandırılmıştır. Acentanın belli başlı unsurları HGB'ye göre şunlardır:

Acenta öncelikle aracılık¹⁸⁶ veya imza koymak suretiyle sözleşme akdetme selahiyeti ile, başkası (firma) hesabına (için) müvekkil ile olan iç ilişkide devamlı surette işgörme ödevi kendisine yüklenmiş tacir yardımcısıdır. (Kastedilen yalın bir devamlı iş ilişkisinden daha fazlasıdır.) Devamlılık uzun süreli, ilelebet olarak da anlaşılmamalıdır. Kastedilen belirli bir zaman parçası, aralığıdır. Örneğin takvim esasıyla tespit ve tayin olunabilen bir kampanya, fuar, sergi müddetince işgörmede olduğu üzere acenta vasfının iktisabında belirleyici olan unsur, belirsiz çoklukta-çok sayıda anlaşmalar için iş sahibinin menfaatlerinin gözetilmesine müteallik güven ilişkisi nokta-i nazarında sözleşme yapmaya yönelik emek vermek zorunda bulunmak üzere yetkilendirilmiş olmaktır. Bu husus müvekkil ile acentanın arasındaki iç ilişkisinin olmazsa olmazı yani aralarındaki sözleşmenin esaslı unsuru, zorunlu içeriğidir. Acentanın ticari temsilciden farkı, bağımsız işletme işleten kimse olmasıdır. HGB 84'üncü maddede anılan nitelikleri taşımayan, tacir yardımcısı değil, artık bir memur sayılır. Acenta işçi gibi koruyucu hükümlere ihtiyaç duymaz ve işverenine bağımlı değildir¹⁸⁷. Ticari muhasebeyi gerektirmeyen bir yapı arzeden işletmelere acenta atanmışsa, acentaya ilişkin ilgili madde hükmü bu türden yapılarda faaliyet icra eden acentaya da tatbik olunur.

İsviçre uygulamasında, acentanın aracılık faaliyeti yanında kendi adına bağımsız tacir sıfatıyla eşya satın almak ve tekrar satmak hususunda yetkili olması gibi başkaca sözleşme tipleriyle eklenmiş acentalık ilişkileri ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸.

Tek satıcılık denen müessese de franchise ile acentanın kırmasıdır. Tek yerden ürün tedariki Gökyayla'ya göre tek satıcılık mukavelesinin kurucu unsuru değildir, lakin sadakat borcu bu noktada sınırı tayin eder. Şayet tek satıcının piyasada müvekkilin mal ve hizmetlerinin sürümünü artırmak noktasında asgari satınalma rakamına bile ulaşamamasına rağmen müvekkil tek satıcısına mal vermeye devam etmişse, MK m.2 çerçevesinde müvekkilin tek satıcıda yarattığı haklı güven korunmaya layıktır. (Hukuki görünüşe itimat) Komisyoncu aracılık ettiği alım satım işinde malın bedelini tayin yetkisine sahip değildir. Şayet malı bedelinin üzerinde satarsa Yargıtay içtihadına göre, müvekkile aradaki farkı

¹⁸⁶ Şayet aracı acenta sıfatına sahip bir kimse acentalık sözleşmesinde temsilci acenta sıfatıyla sözleşmede taraf olmak üzere yetkilendirilmemişse, o takdirde bu durumun müeyyidesi vekâletsiz işgörme hükmünün tatbik sahası bulması olur.

¹⁸⁷ Baumbach/Hopt, § 84 N.1 vd., s.345.

¹⁸⁸ Huguenin, s.154 vd.

ödemekle yükümlüdür. Komisyoncu veresiye mal satılması bakımından yalnızca müvekkilin izniyle yapabilme iktidarına sahiptir. Alım yapıldığında peşin ödeme sözünü talimat almışsa, o takdirde veresiye mal verebilir, bu yetkisi olmaksızın karşı tarafın edimine veresiye satış istisna edilmek kaydıyla kefil değildir. Malın bedelini derhal teslim etmediği takdirde faiz işler. Komisyonculuk ilişkisinde şayet süresiz akdedilmişse, doktrin sona erdirilmeye ilişkin acentalık sözleşmesindeki hükümlerin Alman ve İsviçre hukuklarına kıyasen uygulanmasını öngörmektedir.

2.4.2.2.2. *Bağlı Tacir Yardımcısı*

Herkes bir başkasına muamele (işlem) yapma yetkisi tanıyamaz, bilakis sadece tacirler, ticaret şirketleri, hükmi şahsiyetler (m.33-35 uyarınca) ticari temsilciyi aynı zamanda bir miras ortaklığı, aynı şekilde çoğunlukla karar vermek kaydıyla olağan konkordato komiser heyeti, ticarethaneyi sevk ve idare eden konkordato komiseri, aynı şekilde sicildeki kayda müstenit tacir, vasiyeti tenfiz memuru, tasfiye halindeki kollektif ve komandit şirket (sermaye şirketlerinde olduğu gibi), yine iflas idaresi memuru, atayabilir. Küçük için kanuni temsilci ticari temsilci atayabilir, lakin sadece vesayet makamının tasdiki atama için aranır. Ticari temsilci münferit işlemlerde vesayet makamının tasdikine ihtiyaç duymaz. Etkili olmayan ticari muamele (işlem) yetkisi tanınması bir umumi vekâletname hükmündedir. Temsil yetkisi geri almayla iptal olunabilir. Sözleşmelerin imzalanmasından sonra geri almanın caiz olup olmadığı tartışmalıdır, lakin üçüncü kişiler korunur. Ticari temsilci kendisine ticari alt temsilci atayamaz. Ticaret siciline kayıtlı olmayan tacir sıfatını haiz olmayan bir ticari temsilci tayini ile tacir sıfatını hukuki görünüş nazariyesine göre iktisap edebilir. Yoksa ticari temsil yetkisi etkisizdir ve ticaret sicilindeki kayıt tahmini öngörülen hukuki görünüş nazariyesinden de istifade etmez. Sadece bir gerçek kişi ticari temsilci olabilir, aynı zamanda bir kommanditer ortak¹⁸⁹, aynı zamanda bir gizli ortağa da, bu aynı şekilde mirasçılardan birine de miras ortaklığı kendisini müstakil temsil edemeyeceği için, yetki tanınmaktadır. Lakin limited şirket müdürünün ticari temsilci olup olamayacağı ise tartışmalıdır. Limited şirkette ticari temsilciyi müdür atar, sadece iç ilişkide ortaklar toplantısının onayı zaruridir. Ticaret şirketinde veya bir hükmi şahsiyette kimin atayacağını tespiti işi için şirket sözleşmesine bakılır. Ticari temsil yetkisi açıkça verilmek zorundadır, yoksa zımni verilemez. Beyanda şayet bu durum şüpheden ari kastedilirse ticari temsilci sıfatının yer alması şart değildir, ticari temsil yetkisi üçüncü kişilere açıklama ile verilebilir. Mesela ppa şeklindeki bir

¹⁸⁹ BGH 17, 392.

işaretin konması veya HGB 48 anlamında dışa karşı tam yetki denmek suretiyle (veya ilanen) (kamuya duyurma) yetkilendirmenin yapılması gibi. Şayet etkili tam yetki noksan ise hukuki görünüş nazariyesinden kaynaklı tam yetki devreye girebilir. (Rechtsscheinvollmacht) Bir ticari işlemin ticari temsil yetkisine katlanma yoktur, lakin katlanma tam ticari temsil yetkisi (Handlungsvollmacht) olarak değerlendirilebilir. Ticari olmayan görünüşe itimata müstenit ticari temsilci açıkça devre dışı bırakılmaz. Örneğin bir gerçek kişi tacir (şahıs şirketi) için ticari temsilci ihbarı hükmün gayesi: işlem güvenliği nedeniyle ticari temsilci davayı takip edebilir, avukata vekâlet verebilir, yine örneğin haksız rekabette olduğu gibi ticari işlerde, şikâyet dilekçesi (cezai manada) verebilir, tahkim kaydı koyabilir. Tacirin yüksek şahsi menfaatlerine müteallik işlerde ticari temsil yetkisi tanınması ihtirazi kayıt ile karşılanmalıdır. Böylesi durumlarda ticari temsil yetkisi verilmemelidir. Örneğin, dönem sonu bilançonun, yıl sonu hesabının kapanışının imzalanması. Ticari temsilci tacirin şahsi malvarlığına ve mevzubahis bir tüzel kişilik ise, ortakların şahsi hukuki münasebetlerine el atamaz, meğer ki, muamelenin ticari malvarlığına ilişkin olduğu yönünde aksine bir karinenin varlığı sabit olsun. Ticari temsilci tacirin şahsi malvarlığını takyid edemez, yük ile yükleyemez veya bir ortağın namına bir başkası lehine kefil olamaz ve rehin veremez¹⁹⁰.

Ticari temsilci personel atayabilir, başkaca memurlara tam yetki tanıyabilir¹⁹¹, ödünç alabilir¹⁹², verebilir, bağış, hibe yapabilir, yabancı taahhütler üstlenebilir¹⁹³, yeni branşlara girebilir, eski işletme konusunu değiştirebilir (tartışmalı), yeni ticaret şubesini kurabilir veya kapatabilir. Lakin böylesi bir durumda kendisine ihbar külfeti yüklenmiştir. Muamele

¹⁹⁰ Baumbach / Hopt.

¹⁹¹ BGH LM, 54, Nr.1.

¹⁹² Türk Hukuku'nda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Tarih: 20.12.2017/Esas: 2017/1149, Karar: 2017/2029 sayılı kararında ticari vekilin özel yetki verilmiş olmadıkça tacir adına ödünç alamayacağına, kambiyo taahhüdünde bulunamayacağına, ticari mümessilin aksine karar vermiştir. (Yargı Dünyası, Nisan-Mayıs-Haziran 2018, Sayı: 268-269-270, Yıl: 23, s.135.)

Yargıtay 19. HD., E.2016/13161, K.2017/7606, T.02.11.2017 sayılı kararında geniş vekâletname ile çeki ciro etme yetkisi vermenin çeki keşide etme yetkisini de kapsayacağına hükmetmiştir. "Davacı vekili, müvekkil aleyhine... İcra Müdürlüğü'nün 2010/8359 E.sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını, davalı ile müvekkil şirket arasında hiçbir ticari ilişki bulunmadığını, borç ilişkisinin doğmadığını, bu durumun müvekkilinin ticari defterlerinden de anlaşılacağını ileri sürerek, müvekkilinin davalıya borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin davacıdan alacaklı olduğunu, davaya konu çekin davacı şirketin imzaya yetkili yöneticisi ferî müdahil ... tarafından keşide edildiğini belirterek, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davacının müteaddit defalar adına geniş işlem yetkileri ile donatılmış vekâletnameler ile ferî müdahil ...'yı vekil tayin ettiği, ...'nın çekin şirket adına kendisi tarafından verildiğini kabul ettiği, davacının borçlu olmadığını yazılı delil ile ispatlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle vekâletnamede ...'ya ibra ve ahzu kabz dahil çok geniş yetkiler verilmiş olması nedeniyle, bu şahsın ticari mümessil olarak kabul edileceğinin anlaşılmış olmasına göre; davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına 02.11.2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi." (İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan 2018, Cilt: 92, Sayı: 2018/2, s.475).

¹⁹³ RG 125, 381.

merkezini taşıyabilir. Ticaret şirketinin haklarını aynı zamanda (kollektif ve komandit şirket de) şirket ortaklarına karşı savunabilir. İşletme ve iştirakleri iktisap edebilir. İştiraklerden kaynaklı üyelik sıfatı haklarını (mesela oy hakkı, bilgi edinme hakkı) tatbik edebilir¹⁹⁴.

Ticari temsilcinin Roma Hukuku'ndaki karşılığı olan "Institor" kavramına denk düşmesi vakası ve neredeyse tacire denk yetkilerle donatılmış bulunduğundan, adeta tacirin bir özdeş varlığı, bir başka beni yani Latince tabirle alter ego'su olması keyfiyeti bugün artık eskimiş ve aşınmıştır¹⁹⁵. Ticari temsilci hizmet akdiyle bordrolu çalışabilir, arada bir hizmet ilişkisi yoksa, vekâleten çalıştığı varsayılır. Vekâlet akdi de taraflar arasında kurulmamışsa o takdirde vekâletsiz işgörmeye dayalı çalıştığı farz olunur. Ticari vekil hizmet, vekâlet veya şirket akdine (anasözleşmeye dercolunacak bir kayıt ile vuku bulur, lakin yeterli değildir, yine de noter tarafından vekâlet verilerek bu kloza istinaden yapılacaktır. Azlolanması da şirket esas mukavelesinde değişiklik yapılmasıyla olur.) dayalı olarak vazife ifa eder. Ticari vekil noterden açıkça yazılı olarak belirtilmek üzere vekâlet akdiyle atanır. Doktrinde ticari vekilin mal bedelini teslim almaya, fatura düzenlemeye, ayıp ihbarında bulunmaya yetkisi bulunduğu iddia edilmektedir. Yargıtay'ın da nitekim kararları bu istikamettedir.

İşletmenin dışarıya karşı yani üçüncü kişiye karşı (tezahürü); ticari hayatı, özel hukuktaki temsile dayanan hukuki işlemlere dayandığı sürece (müddetçe)-ölçüde yaşar¹⁹⁶.

Aleniyet ilkesine göre bir işletmeci adına işlem yapıldığından söz edebilmek için hangi şartların gerçekleşmiş olması gerekir? Burada soru temsil yetkisine göre ayrıma tabi tutulur. BGB madde 164'ten iki şart ortaya çıkar: 1. İşletme namına hareket edilmiş olmalıdır. 2. Bir işlem yetki ile ortaya konmalıdır. Bunların temeli Medeni Kanun'un genel hükümleridir. Ne var ki, ilginç sınırlama problemleri daima ticaret hukuku alanında ortaya çıkmaktadır.

Krebs Münih Kommentar'ında genel vekâletin sadece gerçek kişilere tanınabileceğini, onlara münhasır olduğu fikrini savunur. Schmidt ise aksi fikirdedir. Ticari vekil hukuken bağımsız alt organizasyon da olabilir, örneğin yavru konzernde Profitcentre olarak faaliyet gösteren işletmede olduğu üzere.

İşletmenin hamiline işletmesel mümessillik eyleminde umulandan-beklenenden daha fazla sorumluluk yüklemek, organizasyon sorumluluğu cephesinden Schmidt'in terminolojisiyle von innen heraus'dan yani özden kaynaklanır. Amaç işlem güvenliğidir.

¹⁹⁴ Baumbach / Hopt, s.224-226./ § 48-49 HGB.

¹⁹⁵ Uzunallı / Şener, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017, s.39.

¹⁹⁶ Schmidt, paragraf 16 I 1 s.559.

Alman Hukuku'nda vekâletin şümulü geniş tutulmuş (ZPO 81. paragraf), ancak 83. paragrafta bunun hangi noktalarda tahdit edilebileceği düzenlenmiştir¹⁹⁷. Bizde ise dar tutulmuş, ancak bunun genişletilmesine cevaz verilmiştir. Gerçekten de vekâlete daha geniş bir muhteva ancak açık mezuniyet (özel yetki)¹⁹⁸ ile sağlanabilir. Örneğin hasmı borçtan ibra, haczin fekki, mahkûmunbihi tahsil (böyle bir yetkisi olan vekil üçüncü kişiden aldığı parayı müvekkiline ödemek zorundadır). Ödemedeki gecikme faiz borcu doğurur (EBK 392, 4.HD.29.11.1965, Yargı 4.HD. seçilmiş son içt., İst.1966, s.115)¹⁹⁹. Lakin bu esas HMK'nın yürürlüğe girmesiyle anılan son husus bakımından biraz farklılaşmıştır. Artık noterlerdeki matbu umumi vekâletnamenin kanun gereği içeriğine anılan yetkinin dahil olduğu farz olunmakta ve şayet müvekkil vekilini ahzuka bidden men kılmak niyetindeyse, vekâletnameye hilafına bir ibareyi (yasaklayan bir hükmü dercetmek) ilave ettirmek zorundadır. Ticari temsilci temel işlemler sözkonusu olmadıkça, işletmenin organizasyonuna ilişkin tedbirleri de alabilir. Bu çerçevede ticari temsilci yeni şubeler açmaya veya açık olanları kapatmaya yetkilidir²⁰⁰. Ticari temsilcinin temsil yetkisi bir işletme temsil yetkisidir. Temel işlemlerden kasıt, tacirin işletilmesi için ticari temsilciye yetki verdiği işletmesinin hukuki yapısı ve hukuki biçimiyle ilgili işlemlerdir²⁰¹. Bu işlemleri işletme sahibi, organsal temsilci veya kanuni temsilci bizzat yapmalıdır. Örneğin işletmenin işletilmesinin durdurulması temel işlem niteliğindedir²⁰². Yine TTK 71'e göre ticari işletmenin finansal tabloları bizzat tacir tarafından tarih atılarak imzalanır²⁰³. Ticari mümessil, tacire bağlı olmak kaydıyla ve vekil ile müvekkil ilişkisi arasında, vekâlet hükümleri çerçevesinde işlem yapan bir tacir yardımcısı konumundadır. Tacir gerçek kişi olduğunda, bizzat tacir tarafından; tüzel kişi tacirin mümessilliğinde, temsilciliğinden ise, tüzel kişiliğin yetkili organları ya da atama yetkisini taşıyan kimse tarafından atanmaktadır. Ticari işletmede görev yapan genel müdür, genel müdür yardımcıları ve şubelerin müdürleri ile bankaların genel müdürlüklerinde görev yapan ve birinci derecede imza yetkilisi olan müdürleri de tacir konumunda çalışan ticari

¹⁹⁷ BGB ve İsviçre'deki bazı kantonlar "Prozessvollmacht" yani davaya tam yetki yöntemine göre hareket etmişlerdir (Ulus, İlhan, Maddi ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul, 1971, s.50).

¹⁹⁸ "Spezialvollmacht", tanımak (mülga HUMK) döneminde ve Zürih, Bern, Schwyz, St.Gallen gibi önemli kantonlar(a) (tarafından) özgü alternatif bir yöntem olarak tanınmak da olduğu üzere. (Ulus, s.50).

¹⁹⁹ Üstündağ, Medeni Yargılama, s.402.

²⁰⁰ Şener, İşletme, s.270.

²⁰¹ BGE-84 II 168 =JdT, 1959 I.56'dan "Ticari mümessilin yetki alanı, olağanüstü işlemleri de kapsar; yeter ki bunlar gereğinde işletme amacının çevresinde yer alabilsin." (Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, II, Ankara, 1968, No.111) Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1978, s.421-422'den naklen. Şener, İşletme, s.270.

²⁰² Şener, İşletme, s.271, dipnotu 20'de anılan von Westphalen, Friedrich Graf: "Die Prokura-Erteilung, Umfang, Missbrauch und Erlöschen", DStR 1993, s.1187.

²⁰³ Şener, İşletme, s.270.

temsilcilerdir²⁰⁴. Ticari temsilcinin atanabilmesi için ticaret siciline kayıt işlemi yapılması gereken kuruluşlarda, hak doğurucu bir nitelik taşımaktadır, sicile kayıt olmadan bir ticari mümessilin atanmış olması halinde temsil yetkisi geçerli olmamaktadır²⁰⁵. Müflis iflasın açılmasıyla birlikte masaya giren malları üzerinde tasarruf (idare) yetkisini yitirmektedir; ancak mallar üzerindeki mülkiyet hakkını, haklardan yararlanma ve kullanma ehliyetini korumaktadır. Buna bağlı olarak müflis, iflasın açılmasıyla (iflas kararı) taraf ve dava ehliyetini de kaybetmemekte, ancak idare yetkisiyle birlikte artık masaya giren mallara ilişkin davalarda dava takip yetkisi²⁰⁶ de ortadan kalkmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre: Müflis iflasın açılmasıyla birlikte dava ehliyetini kaybetmez.²⁰⁷ Müflisin iflasın açılmasından sonra masaya giren mallar üzerinde gerçekleştirdiği hukuki fiiller iflas alacaklılarına ve iflas idaresine karşı hükümsüzdür (Nispi hükümsüzlük)²⁰⁸. İflasın müflisin tasarruf yetkisine etkisi bağlamında şu da açıklanabilir; kural olarak bir tam yetkili temsilci veya borçlunun kanuni temsilcisinin fiilleri de aynı düzenlemeye tabidir. Bu kişiler gibi borçlu müflise hizmet ilişkisiyle bağlı olan ve iflasla yetkisi kendiliğinden ortadan kalkmayan kişiler de dahildir, bu kişilerin iflasın açılmasından haberi olmaması kaydıyla²⁰⁹. Lakin Yargıtay kararında²¹⁰ sicile henüz kayıtlı olmayan ticari temsilcinin işletmeye müdür atamasının usul ve kanuna uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Ticari bir işletmeye ticari temsilci tayini için şekil şartı yoktur, böyle bir durumda ticari temsilci tayininin ticaret siciline tescili mecburi, fakat kurucu (constitutif) nitelikte değildir. Lakin bildirici (declaratif) anlam taşır. O bakımdan tacir tayin ettiği ticari temsilcinin işlemleri ile burada tescilden önce dahi bağlıdır²¹¹. TTK'nın 368/1 hükmünde yönetim kurulunun hem ticari temsilci hem de ticari vekil atayabileceği açıkça öngörülmektedir. Lakin murahhasların ticari vekil (sınırlı yetkili) dahi atamaya yetkisi yoktur. TTK'nın 371. maddesine 7. fıkra eklenmesiyle icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerine sınırlı da olsa bazı icrai nitelikte görevler verilmek suretiyle onlardan yararlanma yolu açılmış olduğu gibi, buna ilişkin düzenlemenin iç yönergeye konulması ve bunların ticaret siciline tescil ve ilan edilmesiyle de aleniyet kazandırılmakta ve ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar

²⁰⁴ Tercier, *Les contrats speciaux*, p.554, İnal, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2015, s.658'den naklen. "Sicile henüz kayıtlı olmayan mümessilin şirket müdürü tayini usul ve kanuna aykırı değildir." (İİD.29.4.1971 4882/4852) Poroy / Yasaman, s.159, dn.2a.

²⁰⁵ Tercier, p.554, İnal, İşletme, s.658'den naklen.

²⁰⁶ Müflisin dava takip yetkisini yitirdiğine ilişkin içtihat için Bkz. BGE 132 III 89.

²⁰⁷ BGE 121 III 28.E.3

²⁰⁸ BGE 130 III 248; Yıldırım, Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2015, s.428).

²⁰⁹ Jaeger, C., Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, C.II, Zürich, 1911, Art. 204, s.50.

²¹⁰ İİD, 24.9.1971, e.4882, K.4852, TİK 1971 II, N 1304.

²¹¹ Tekil, s.199. (vekâlet (mandat) - (Der Auftrag) ve temsil (representation) - (Stellvertretung) arasındaki farklar ve özellikle temsil yetkisi (procuration)-(Vollmacht) hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Tekil, Borçlar Hukuku).

Kanunu m.551 vd. ticari vekilin atanmasının ticaret siciline tescil ve ilan zorunlu olmamasından da ayırt edilmesi sağlanmış olmaktadır.

İşletmecinin taahhütlerinden kim sorumludur?²¹²

Bir anahtar teslim inşaat işletmesi işleten Hollandalı bir sermaye şirketinin (BV-Besloten Vennootschap) Almanya’da faaliyet gösteren şubesinden ev satın alan kişi, eve karşı aybın giderilmesi davasını, ticaret unvanını yanlış kullanarak ticari temsilci ve müdüre karşı açmıştır. Müdür ve ticari temsilci şubeyi işaret etmemiş olsalardı dahi şirket yine taraf olacaktı. Yani ticaret unvanını doğru kullanmamış her iki davalı hiçbir şekilde şube adını muhatap kılarak şubeye husumeti yöneltmeselerdi dahi sözleşme tarafı yine şirket olurdu²¹³.

Burada sorumluluğun sınırlandırılmasına delalet eden unvan eki olarak BV’nin kullanılmamış olması, yine de sorumluluğa mahal verir ve BGH da böylesi bir durumda, müşterinin gerçekten BV eki kullanılsaydı, başkaca bir tasavvurda bulunup bulunmayacağıyla ilgilenmemiştir.

BGH bu zor sorunu sorumlu kılınan şahıs üzerinden çözmüştür. Bu çözüm tarzı hukuki ehliyeti olmayan derneklerde ve önşirketlerde işlem yapanın sorumluluğunun sınırlandırılmasını çağırıştır. Sermaye şirketlerinde daima sorumlu temsil organı kendisi işlemi bizatihi yapmamış, bilakis yapılmasına göz yummuş olsa bile yapılan işlem kendi iktidar alanı içerisinde mütalaa edilmektedir. Kural olarak hukuki ehliyeti olmayan derneklerde aktüel olarak o işlemi yapan temsilci sorumlu kalır²¹⁴.

Benzer durum şirketin sınırlı sorumlu olduğuna ilişkin eksik bilgilendirme yüzünden güven sorumluluğunda da ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda BGH içtihadına göre daima sadece sözleşme kuruluşunda yer alan temsilci sorumludur²¹⁵. BGH bazen de esnek, müsamahalı davranmaktadır ve sadece istisnai olarak örneğin planlanmış şekilde bir tam yetkilinin öne çıkarıldığında BGH’ya göre aktüel olarak işgören temsilci sorumlu kılınmaktadır. BGH NJW 2007, 1529=ZIP 2007, 98 olayında kendisi bağımsız işgörmeyen müdüre yöneltilen dava talebi reddedilmiştir.

İşletme hakkında birtakım somut verilerin açıklanması özellikle de şirketin hukuki yapısının belirtilmesi ve firma unvanının konulması beklenir, yoksa diğer unsurların varlığı aranmaz. Ticari yazışma, sipariş evrakı gibi vesikalar firmanın belirsiz olduğu sorumluluk durumlarında iş yapan şirketin güven sorumluluğunu doğururlar. Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre günlük sözlü akitlerde, ticari uygulamalarda çok kısa şekilde “Dikkat Ltd. Şti”

²¹² Schmidt, § 4 VI N.135, S.157.

²¹³ BGH NJW 2007, 1529.

²¹⁴ RGZ 77, 429, 430, BGH NJW 1957, 1186.

²¹⁵ BGH NJW 2007, 1529=ZIP 2007, 98.

gibi uyarıcı ek bir ifade konulması sözleşmenin kurulmuş sayılması için kâfi midir? İçtihat buna izin vermez. Daha ziyade olması gereken gerçekçi durumu yansıtan konseptin esas alınmasıdır.

Tipik olana inanılır olduğu yerde ise; sadece orada güven sorumluluğu sözkonusudur. Alman Hukuku'nda bu konuda değişik yasalara dağıtılmış muhtelif kanun maddeleri vardır. Bu maddelerden 3'ü HGB'de m.37a, 125a, 177a, 1'i de, Aktiengesetz m. 80 de; GmbHG m.35a; GenG m.25a bulunmaktadır.

Yine içtihadada konu olan bir somut olayda; gaz dağıtıcı şirket, A'nın telefon aracılığıyla siparişi üzerine gaz sevkiyatında bulunmuştur, gazı tedarik eden şirket (yani işletme HDG-Kauf-Havariegut-Verkaufs-GmbH) daha sonra ödemede bulunmadan acze düştüğünde hukuki problem ortaya çıkmaktadır. Başlangıçta ticari memur olan A, daha sonradan gazı tedarik eden şirketin yöneticisi olmuştur, A gazı tedarik eden şirketin varlığından bahsetmeksizin telefon aracılığıyla sipariş vermiştir ve bu sözlü sipariş sonradan şirketin kaşesiyle imzalanmıştır, böylesi bir olayda sorumluluk davası A'ya karşı açıldığında Federal Mahkeme şu hukuki neticelere varmıştır:

İşlem yapan adına işlem yaptığı şirketin sınırlı sorumlu olduğunu kural olarak alacaklısına duyurmalıdır. Teamül bakımından da ticari mektup usulüne uygun olarak tanzim edilmiş olursa, sorumluluk rizikosu da düşer.

i)-Her kim bir işletmeyi, limited şirket olarak yürütür, hukuki işlemler tesis eder ise, o artık limited şirketin varlığından özellikle bahsetmemiş olsa bile limited şirket namına işgörmüştür.

ii)-Limited şirket ekinin kullanılmamış olması kendisi işletmenin sahibi olduğu zannını uyandırmasa da temsilcinin güven sorumluluğuna yol açar.

iii)-Bu güven sorumluluğu sözlü kararlaştırılan iş anında değil, bilakis kural olarak ilk defa taraflar bunu yazıya bağladıklarında ortaya çıkar.

Kaynak: (ius 1981, 918; mahkemede çalışanın resmi olmayan yazısı)

(Federal Mahkeme) Uyarıcı firma eki konmaksızın –firmanın (unvanın) eki (uyarısı yapılmaksızın) olmadan– kural olarak yine de işlem yapan temsilcinin güven sorumluluğunu tesis etmektedir.

2.4.3. Konu Unsuru

Ticaret Hukuku tarafından ele alınan hayat olayları-vakalar maddi hukuk anlamında ticari iş (ticari meta) olarak nitelendirilirler. Ticari işlerde Ticaret Kanunu ve özel kanunlar

öncelikli tatbik olunurken, genel özel hukuk hükümleri, özellikle Medeni Kanun'un genel ilkeleri sadece tamamlayıcı olarak geçerli olurlar. Bu maddi hukuk kurumu ile ticari işin yargılama (muhakeme) usulü hukuku boyutu karıştırılmamalıdır, çünkü ticari işin yargılama (muhakeme) usulü hukuku boyutunda ticari iş, davaya mevzu teşkil etmeleri halinde yargılama mercilerinin-ticaret dairelerinin madde ve yer itibariyle yetkili kılınmasının saptanmasında ve tahkim prosedürünün alanının tayininde ölçüttür.

Meri Türk Ticaret Kanunu'nda adi iş-ticari iş ayrımında karma sistem kabul edilmiştir. TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve eylemler ticari işlerdir.

1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu ise; Ukut-ı Ticariye genel hükümler, ticari akitler, bey, icar, tellallık, sigorta konularını kapsamaktaydı. Ticari işin kıstası olarak yeniden satılmak veya kiralanmak üzere alınan veya satılan veya kiralanmış bir şeye müteallik durumun varlığı aranırdı. Tacir sıfatı olsun olmasın fabrikacılık, matbaacılık ve nakliyatçılık ticari işten sayılırdı. 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nda tıpkı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi özel-genel hükümler ayrımı yapılmıştı. Niyet ne olursa olsun Komisyon+Bankacılık işleri ticari iş addedilirdi.

TTK'da düzenlenen ticari işler TTK/3 uyarınca kanunda düzenlenen hususlar, tarafların tacir olup olmadığına veya işin ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticaridir. Haksız rekabet, çatma özel haksız fiillerden olup TTK'da düzenlendiği için ticari niteliktedir.

Bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler; kanunda düzenlenmiş olmayan, fakat bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller de ticaridir. Örneğin mimar-atölye işçisi arasındaki işler, marka, patent sözleşmesi vs. gibi örneklerde işlerin doğrudan veya dolaylı ticari işletmeleri ilgilendirdiği görülür. Ticari iş karinesi; bu ölçüte göre bir tacirin borçlarının ticari olması kuraldır. TTK/19 f 1 dolayısıyla tacirlerin yaptıkları işlerin, ticari işletmeleri ile ilgili olduğu varsayılır. Tüzel kişi tacirlerde bu kuralın hiçbir istisnası yoktur. Onların tüm işlemleri ticari sayılır. Gerçek kişi tacir, bir işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde ise, iş adi sayılır (hediye almak örneğinde olduğu gibi-tüketici sıfatı)²¹⁶. Taraflardan birisi için

²¹⁶ Alman Hukuku'nda (HGB § 343) bir tacirin ticari mesleğiyle ilgili olarak işletmesine ait tüm işlemleri ticari iş sayılır. Alman Hukuku'nda (HGB § 344) hükmünün başlığı (Vermutung) karine olup, bir tacir tarafından yapılan bir hukuki işleme şüphe halinde, onun ticari işletmesine ait olduğu kabul edilir. 345 hükmünde de, "Bir taraf veya iki taraf için ticari sayılan işlemlerde, bu kurallardan aksi öngörülüyorsa, her iki tarafa aynı zamanda ticari işlerle ilgili hükümler uygulanır."

ticari olan sözleşmelerin, işin bir tarafı için ticari, fakat diğer taraf için adi nitelikte olması mümkündür.

TTK/19 f 2’de öngörülmüş olan son ölçüt uyarınca, taraflardan birisi için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler diğer taraf için de ticari sayılır. Örneğin; bir kumaş ticarethanesinden elbise için kumaş alan bir öğrenci ile ticarethane arasındaki iş, ticarethane sahibinin işletmesi ile ilgili olması sebebiyle öğrenci için de ticari iş sayılır. Taraflar arasındaki ilişki bir sözleşme değilse, örneğin haksız fiile dayanıyorsa, işin her iki taraf bakımından da ticari sayılabilmesi için tarafların tacir ve fiilin her iki tarafın işletmesi ile ilgili olması gerekir. TTK/19 f 2 tatbiki için her borcun kaynağı sözleşme olmalıdır. Banka ile memur arasındaki tüketici kredi sözleşmesinde, memurun arkadaşlarının kendisine kefil olması durumunda ticari borca kefalette asıl borçlu ile normalde yapılan iş bir ticari iş olmasına rağmen, TTK/19 f 2 uyarınca kefil müteselsil sorumlu olması icap ederken, bilakis tüketici kanunu kefilleri özel olarak korumaktadır ve dolayısıyla somut olayda yalnızca adi kefalet hükümlerinin tatbiki kabildir. Tüketici sözleşmesinde borç asıl borçludan istenmedikçe kefile başvurulamamaktadır (İş ticari mahiyet arzetsen bile). Tüketici Sözleşmesi TTK hükmünü sınırlandırmaktadır. Yukarıdaki örneğe bakıldığında banka için ticari iş niteliğindeki sözleşme memur için de ticari iştir²¹⁷.

Tacirin borçlarının ticari olması esastır. Alacaklının haksız eylem dahil her türlü nedenden kaynaklanan alacakları için tacir olan borçludan avans faizi istenebilmesi için borçlunun tacir olması ve borcun da ticari işletmesi ile ilgili olmasının yeterli olduğunu, ayrıca alacaklının da tacir olması gibi bir zorunluluğun bulunmadığını kabul etmek gerekir. Somut olaya gelince, davalı tacir olup davacının zararının davalının ticari işletmesi ile ilgili işin görülmesi sırasında meydana geldiği kuşkusuzdur. Bu nedenle avans faizine hükmedilmesi gerekir. (3.4.2007, E.951, K.1178) Lakin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu²¹⁸ böylesine bir durum varsayımında avans faizi talep olunamayacağını, bilakis olsa olsa munzam zarar talep olunabileceğini içtihat etmiştir.

Sonuç olarak ticari iş; I-TTK’da düzenlenmiş iş (memurun bono düzenlemesi), II-Ticari işletmeyi ilgilendiren iş (ticarethane, fabrika, ticari muhasebeyi gerektiren diğer müessese), III-Tacirin borçları, IV-Taraflardan biri için (diğeri için adi iş olsa bile) ticari olan sözleşmedir.

Ticari işletme ile ilgili olma kavramı bakımından, uygun illiyet bağı, normal ticari akışta objektif ölçüye göre ve sözkonusu ticari işletme nevinden bir işletmenin fonksiyonu

²¹⁷ Adi kefalette asıl borçlu tarafından kefillere bildirilmedikçe kefillerden temerrüt faizi istenemez.

²¹⁸ 17.2.1999, E. 99/19-73, K. 99/106 sayılı kararı.

açısından, iş doğrudan veya dolaylı olarak işletme ile ilgili sayılabiliyorsa, o iş ticari niteliği alır²¹⁹. Örnekler üzerinden belirtmek gerekirse, bir ticari işletmenin avukata vekâlet vermesi ticari iş sayılmaz²²⁰. Ancak Yargıtay, ticari işletmesi ile ilgili bir tacirin bir ticari işlemi kolaylaştırmak için yaptığı veya ona bağlı bulunan ferî birtakım işleri dahi ticari iş saymıştır²²¹.

Kanaatimizce bir tacirin alacağını avukatına veya bir başka üçüncü kişiye tahsil edilmesi maksadıyla temlik etmesi durumunda, yapılmış inancılı muamele kanuna karşı hile teşkil etmediği müddetçe ticari iştir.

Uygulamada çiftçilerin traktör tedariki bir tüketici işlemi olarak görülmek gerekirken, bu konuda adi iş olarak Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması ve hatta ticari iş olarak Türk Ticaret Kanunu ilkelerine göre mülahaza ve mütalaa edilmesi gerektiği kanısı hâkim olmuştur²²².

Türkiye Ziraat Bankası Anonim Şirketi'nin, tüzüğünün 17. maddesine göre, ziraatçılara yaptığı ikraz işlemleri ticari muamele niteliğindedir²²³.

Bir kamu iktisadi teşebbüsü olan PTT tacir olup Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bu müesseseyi ilgilendiren fiil ve işlerin ticari sayılmasına ve ayrıca 3095 sayılı yasanın 2. maddesinin 3. fıkrasında "arada sözleşme olmasa bile, ticari işlerde temerrüt faizi T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre istenebileceği" belirtilmiş olmasına rağmen, olayda (haksız fiilde) istem gibi reeskont faizine hükmetmek gerekirken, gerekçe gösterilmeden yasal faize hükmedilmesi doğru olmamış, bu

²¹⁹ Poroy, Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1984, s.61.

²²⁰ Arslanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul, 1960, s.12. Aynı yönde: Yargıtay 13. HD. Tarih: 03.10.2017, Esas: 2016/2014, Karar: 2017/8942 "Avukatın Avukatlık Sözleşmesine Dayalı Olarak Ücret Alacağı İddiasıyla Ticaret Şirketi Aleyhine Açtığı Davada Görevli Mahkeme Tüketici Mahkemesi Değil, Genel Mahkemelerdir". (Yargı Dünyası, Yıl: 23, Sayı: 265, Ocak 2018, s.265).

²²¹ Y.19 HD 23.09.1993 T., 1992/6322 E.1993/5769 SK. Çetiner, Selma, *Ticari İşletme Hukuku*, İzmir, 2000, s.40'tan naklen.

²²² Bir traktörün ziraat aleti olarak haczedilip haczedilemeyeceği meselesinde Temyiz Mahkemesi traktörün ancak, müstakilen ziraat maksadıyla kullanılması halinde haczinin caiz olamayacağına karar vermiştir. "Traktör çiftçi için zorunlu nakil ve ziraat aleti olup haczinde İİK'nun 82/1-4. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmalıdır." "Borçlu, geçimini çiftçilikle sağladığını ileri sürerek traktör üzerine konulan haczin kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvurmuştur. Başvuru, 2004 SK'nun 82/1-4.maddesine dayalı haczedilmezlik şikâyetine ilişkindir. Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri haczedilemez. Bu malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır. Borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için, asıl mesleğinin çiftçilik olması ve bilfiil bu işi yapması gerekir. Asıl işi çiftçilik olan borçlunun yan gelir elde etmek amacıyla yan işler yapması, emekli maaşı alması çiftçilik sıfatını ortadan kaldırmaz. Traktör çiftçi için zorunlu nakil ve zirai alet olup haczinde anılan madde kapsamında değerlendirme yapılmalıdır." (12. HD. Tarih: 23.01.2019, Esas: 2018/10062, Karar: 2019/796. Yargı Dünyası, Yıl: 24, Sayı: 277, Ocak 2019, s.118). Yine aynı Daire bu konuda banka kredisi ile satın alınan ve Ziraat Bankası'na rehinli bulunan traktörün, temin ettiği alacaktan arta kalan kısmının da haczedilebileceğine, karar vermiştir. (12. HD, 26/12/1983 tarih ve 9577 Esas, 10949 Karar).

²²³ Y.İBK., 09.12.1936 T.33/20 sayılı kararı (RG. 19.01.1937, S.3531).

nedenle hükmün davacı yararına bozulması gerekmiş ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden... hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir²²⁴.

6475 sayılı kanun ile geline nokta; PTT A.Ş. Kamu İktisadi Teşebbüsleri içinde yer almaya devam etmekle birlikte, kamu iktisadi kuruluşu olmadığı da 6475 sayılı kanunda açıkça belirtilmiştir. Ancak; “posta tekeli”ne ilişkin hükümler 6475 sayılı kanunda yer almaya devam ettiğinden, bu açıdan kamu iktisadi kuruluşlarına benzemekte ve dolayısıyla iktisadi devlet teşekküllerinden ayrılmaktadır. PTT A.Ş.’nin sermayesinin tamamının Hazine’ye ait olması, 6475 sayılı kanun ile açıkça KİK statüsünden çıkarılmış olması ve esas itibariyle ticari esaslar çerçevesinde, rekabete ilişkin ilkelerin ön planda tutulduğu bir sistematikte hizmet verecek olması sebepleri ile İDT olduğu düşünülse de; “posta tekeli” kavramının 6475 sayılı yasada korunmuş olması sebebiyle İDT olma özelliğini de yitirmektedir. Dolayısıyla; PTT A.Ş.’nin idari teşkilat içinde İDT ile KİK arasında kendine özgü bir kamu iktisadi teşekkülü olduğu düşünülmektedir²²⁵.

Yargıtay’ın bir kararına göre “Konut sigorta poliçesine dayalı tazminatın rücu tahsili talebi mutlak ticari iş olan sigorta işleminden kaynaklanmakta olup, ticari işlerde uygulanan bu faiz talep edilebilir, mahkemece yasal faize hükmedilemez”²²⁶. Yargıtay’ın 7. HD.’sinin bir kararına göre “Dava niteliği ve içeriği itibariyle tacir ya da tacir sayılan taraflar arasında haksız fiilden kaynaklanan maddi tazminat alacağının tahsili istemine ilişkindir. Yine belirtmek gerekir ki, örneğin bir tacirin ticari işletmesinde istihdam ettiği ticari mümessil ve vekilin yetkisini genişletip daraltması gibi işlemler de ticari iştir²²⁷. Yine özel ticari nitelik taşıyan kanunlarda düzenlenen işler de ticari vasıf taşırlar.”

Fransız Ticaret Kanunu m. L 110-1 ve L 110-2’de ticari işlerin neler olduğu sayılmaktadır. Buna göre; yeniden satmak maksadıyla taşınır eşya alım satımı, banka ve sigortacılık faaliyetleri, denizcilik işletmelerinin faaliyetleri ve benzeri konular, kanun gereği ticari iş olarak görülmektedir. Bununla birlikte ticari işlerin bu hükümlerde sayılanlardan ibaret olmadıkları da kabul edilmektedir²²⁸.

Tacir ve ticari iş ile ilgili yapılan bu tespitlerden sonra zanaatkâr kavramı üzerinde durmak gerekir. Gerçekten de Fransız hukukunda, kanunun ticari işlerle ilgili yaptığı belirlemeler zanaatkâr kavramının sınırlarını çizmeyi güçleştirmektedir. Örneğin taşınır ya da taşınmaz malların alım satımı ile ilgili konularda bazı faaliyetler zanaatkârlık alanına da

²²⁴ Y.11.HD.T. 09.05.1994 T, E.94/84, K.94/4050- sayılı kararı (YKD. C.21, S.1, sh.49-50).

²²⁵ Öztoprak, Selin, “6475 sayılı (23.05.2013 t.) Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı, PTT A.Ş.”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s.377 vd.

²²⁶ Yargıtay 11.HD. 21.11.2011, E.2010/3647, K. 2011/15576.

²²⁷ Tekil, s.110.

²²⁸ Lebel Christine, “Commerçant”, Répertoire de Droit Commercial, 2017, s.3.

girebilecek bir nitelik kazanabilir. Bu bakımdan zanaatkârın faaliyetinin tacirinki ile karışması ihtimali kimi durumlarda oldukça yüksektir. Genel olarak bakıldığında Fransa’da da tacirler ticaret siciline (Régistre du commerce et des sociétés) kayıtlı olarak çalışırken zanaatkârlar da kendileri için tutulan sicile (Régistre des métiers) kaydolurlar²²⁹.

Bir ticari işletme kurulmak amacıyla hazırlık safhasında yapılan kuruluşa matuf tüm hukuki işlemlerin (kredi sözleşmeleri müstesna) tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı veya bütün bu sözleşmelerin tüketici hukuku koruması altında olup olmayacağı da Mukayeseli Hukukta ele alınmış bir konudur. Avusturya’da 1 Ocak 2007’ye kadar yürürlükte olan madde 343 HGB uyarınca gerek Almanya’da gerek Avusturya’da müstekar olan içtihat ve hâkim görüşe göre hazırlık işlemleri dahi ticari işlem sayılmaktaydı. Bu hüküm Almanya’da görülebildiği kadar katı görüş taraftarlarınca daima tüketici ve işletmeciye ilişkin BGB m.13 ve 14 yorumunda kullanılmadı. Avusturya literatüründe kısmen her iki rejimin bir diğerini engellemediği, böylece bir işlemin aynı zamanda ticari ve tüketici işlemi olabileceği savunulmuştur. Avusturya Yüksek Mahkemesi de 28 Mart 1995 tarihli bir kararında ihtilafı tüketici hukuku lehine, hazırlık safhasındaki tüketici işlemlerinin kurulmasının ticari işlem sayılamayacağına hükmetmiştir. Yargıya konu somut olayda büfenin iktisabındaki işlemler tüketici işlemi sayılmıştır²³⁰.

2.5. Ticari İşletmenin Kurucu Unsurları

Ticari işletme kavramına varabilmek için ağırlıklı birbiriyle bağlantılı, lakin kümülatif zaruri olmayan kriterler vardır:

2.5.1. İşletmenin Varlığı

Alman Hukuku’nda hâkim fikir²³¹ işletme olarak mesleki surette ve bağımsız ifa edilen lakin sanatsal, bilimsel veya serbest meslek teşkil etmeyen, sürekli olarak kazanç elde etmeyi hedeflemiş faaliyeti görmektedir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ticari işletmeyi tanımladığı “Bütünlük ilkesi” kenar başlıklı 11. Maddesinde, ticari işletmeyi işletme kavramı üzerinden tanımlama cihetine gitmiştir. Yeni

²²⁹ Dissaux Nicolas, “*Qualification de l’artisan*”, Répertoire de Droit commercial, 2017, s.2-3.

²³⁰ Korzilius, Sven, “Rechtsgeschäfte anlaesslich der Unternehmensgründung als Verbraucher geschäfte-vergleichende Betrachtungen zum unionsrechtlich geprägten deutschen und zum brasilianischen Recht”, Wer ist der Verbraucher?, hrsg. Arzt/Gsell/Harke/Lima Marques/Meller-Hannich, Nomos, 2018, s.85-86.

²³¹ Avusturya hukukunda İşletmeler Kanunu’nun yürürlüğe konmasında doktrinde hukuki esası işletmeye dayandıran Krejci’nin etkisi hâkim olmuştur (Ansay, s.205). RGZ, BGHZ’nin değişen formülleri; OLG Düsseldorf NJW RR 2003, 1120.

düzenlemeye göre ticari işletme bir işletmedir, öyleyse bazı nitelikleri bünyesinde barındırması koşuluyla bir işletme ticari işletme hüviyetini kazanacaksa, o takdirde buradan hareketle karşımıza bir soru ve bir de çıkarım çıkacaktır. Birincisi işletme kavramı neyi ifade etmektedir ki, bu soruya ancak iktisat ilminin uğraşı konusu olması sebebiyle iktisatçıların bir tanım ögesi bulmak üzere dirsek çürütmesi icap ederken, bu tanımdan çıkan ikinci çıkarım ise ticari işletme kavramının tayini ve tespitinde artık işletmenin bir unsur teşkil ettiği vakasıdır.

Bir işletmenin varlığı artık ticari işletmenin sübutu için vaka ise, işletme unsuru neyi ifade etmektedir? Şener'e göre işletmeden ekonomik bir amaca ulaşmak amacıyla, maddi ve kişisel araçların bir araya getirildiği bir organizasyon anlaşılmalıdır²³².

Tanım yeni olup ETSTüz ve İsv. TSTüz'de yer alan tanımdan temelde farklıdır. Birinci fıkradaki tanımda ticari işletmenin kabul edilebilmesi için bir işletmenin varlığı şarttır. Esnaf faaliyetini aşan soyut ticari bir faaliyet, ticari işletme olarak yorumlanamaz. TK 56'nın 12 ve 13. maddelerinde yer alan ticarethaneye, fabrikaya ve ticari şekilde işletilen müesseselere ilişkin hükümler eksik ve yetersiz oldukları için kaldırılmıştır.

Ticari işletmenin tanımına ilişkin TTK md.11/1'de, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin varlığı şartı aranmıştır. Buradan hareketle bir ticari işletmenin mevcudiyetinden söz edebilmek için öncelikle gelir sağlamayı amaçlayan bir işletmenin varlığı aranmalıdır²³³.

2.5.2. Gelir Temin Etme Amacı

Ticari faaliyetin temelinde kuşkusuz gelir elde etme, başka bir ifade ile iktisadi menfaat sağlama amacı yer almaktadır. İşletmenin tanımı bahsinde yukarıda ifade edilmeye gayret edildiği üzere işletme, menfaat temini maksadıyla faaliyet gösteren bir birim olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasa koyucunun bu terminolojiyi bilinçli olarak tercih ettiği; buradan hareketle işletmenin faaliyeti neticesinde bir menfaat elde edilmesi zorunlu ise de, kâr elde edilmesinin zorunlu olmadığı vurgulanmaktadır²³⁴. Nitekim İsviçre Hukuku da bu vakayı teyid etmektedir. Gelir getirmeye odaklanmayı aramakta (OR 706, 2 Ziff.4) ve buna göre;

²³² Yazara göre bir matematik öğretmenin özel ders vermesi ticari işletmenin varlığına hizmet eden diğer hususları bünyesinde barındırsa dahi, işletmenin yokluğundan yani bir organizasyonun noksanlığından ötürü bir ticari işletme hüviyetinin iktisabı için kâfi değildir. (Şener, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016, s.4).

²³³ Alman Federal Mahkemesi de bir kararında özel şahıslara ait işletmelerde gelir sağlama amacıyla hareket edildiği yönünde fiili bir karinenin bulunduğu söz etmiştir (BGHZ 49, 258, 260).

²³⁴ Tekil, Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 1990, s.110.

Bir non-profit organizasyon da bir işletme arzedebilir, lakin kâr getirmeyen organizasyon insanların/personel ve araçların eşgüdümüyle bir katma değer yaratımıyla tanımlanmaktadır²³⁵.

Gerçekten de, işletmenin faaliyeti neticesinde amaçlanan gelirin tahakkuk etmemesi, hatta işletmenin zarar ediyor olması (bu çerçevede kazanç sağlamaması); hatta kurulduğu günden itibaren hiç kâra geçememiş olması ticari işletmenin varlığından söz edilebilmesine engel teşkil etmeyecektir²³⁶. Önemli olan husus organize edilen girişimin iktisadi değer taşımasıdır. İsviçre Hukuku'nda da, işletme faaliyetinin iktisadilik arzemesi; manasını, işletme faaliyetinin iktisadi değerleri üretmeyi amaçlamasında bulması şeklinde tarif olunmaktadır.

Organizasyonun niteliği olarak iktisadilik ögesinden gelir getirmeye yönelme gayesi anlaşılmalıdır, ki gelirin aidiyetinden kastedilen yalnızca organizasyonun ya da organizasyonu oluşturanların geliri olabilir²³⁷. (ZGB 60, 1; OR 828, 1)

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında “kabarelerdeki şarkıları ile ün yapmış Cenevreli şarkıcı Jack Rolland’ın çıktığı bir turnede nakdi olarak gelir elde etmeyi arıyor olmasa da ‘Bizler gibi yok’ sloganı altında verdiği temsilleri sonuçta bir ekonomik amacın bulunduğu gerekçesi”²³⁸ ile ticari bir işletme ögesi saymıştır²³⁹.

Yine İsviçre mahkeme içtihatları ve öğretisinde, ticaret sicili nezdinde tescile konu olabilecek işletme kavramının, bu kapsamda yürütülen faaliyetin mutlaka kazanç elde etmeye yönelik olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Bu anlamda faaliyetin amacının üçüncü kişilerden ödemeler veya başka edimler elde etmeye yönelik olması yeterlidir²⁴⁰. Bu arada belirtmek icap eder ki, bir gerçek kişinin herhangi bir işletmeyi ekonomik birim haline getirmeden kişisel yatırımda bulunması kapsam dışıdır. Yani icra edilen soyut etkinlikler, mesela bir holding anonim şirketinin iştiraklerini ve bağlı şirketlerini yönetmesi, borsada oynamak, forward işlemleri yapmak da aynı ölçekte kategorize edilmek yani mütalaa edilmek gerekir²⁴¹.

²³⁵ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.10, Rn.1.

²³⁶ Tekil, s.110; Demirkapı, Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Yıl.2013, S.1-2, s.388.

²³⁷ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.10, Rn.1. (BGE 90 II 333 E.3, Pra 1965 Nr.35).

²³⁸ Tekil, s.110.

²³⁹ Tekil, s.110.

²⁴⁰ Kubilay, Huriye/ Göksoy, Yaşar Can/ Ayan, Özge/ Yıldırım, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme m.1-135, İçtihatlar, İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, 1.Cilt, İstanbul, 2004, s.66.

²⁴¹ Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATİDER, C.XXIV, S.3, s.9.

Doktrinde ticari işletmenin kanuni tarifinde, gelir ibaresinin yerine ekonomik menfaat kavramının tercih edilmesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur²⁴². Nitekim ekonomik menfaat teriminin içerisinde malvarlığının aktifinin azalmasına karşı etkiye bulunmayı da getireceği içerikte belirtilmiştir. Bu sayede özellikle tüketim kooperatiflerinin ve rekabeti önleyici meslek kuruluşlarının faaliyetlerini de bu çerçeveye dahil etmek ve bu üst başlık altında mülhaza etmenin yerinde olacağı ve doktrindeki bu fikrin gerekçesine ispat vasıtası olarak müracaat edileceği düşünülmektedir²⁴³. “Oysa, ticari işletmenin unsurları sayılırken, gelir sağlama unsuru yerine, ekonomik menfaat sağlama unsuruna da yer verilmektedir. Bu görüşün Türk Ticaret Kanunu’nun kabul ettiği sistemle bağdaştığını ileri sürmek zordur. Çünkü, Türk Ticaret Kanunu’nun 331. maddesinde anonim şirketlerin amaç ve konuları öngörülürken, bu şirketlerin ticari işletme sahibi olmaları şartı ileri sürülmemiş, her türlü ekonomik amaç için kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Keza kooperatif ve limited şirketlerde de aynı durum vardır. Eğer ticari işletme için öngörülen gelir sağlama unsuru yerine ekonomik menfaat unsuru esas alınmış olsaydı, anonim şirketler hakkında onların her türlü ekonomik amaç için kurulabileceğini öngören bir hükmün sevk edilmesine gerek kalmazdı. Nitekim, kollektif şirketlerin ticari işletme işletmek amacıyla kurulabileceğini öngören kanunkoyucu, bunların her türlü ekonomik amaç için kurulamayacağını hüküm altına almak istemiştir (TTK.m.211). Dolayısıyla gelir sağlama amacı, sadece ekonomik menfaat sağlamak olarak değerlendirilemez²⁴⁴.

2.5.3. Aleniyet (Offenkundigkeit)

İşletmenin dış dünyayla ilişkilerinde işletme ve işletenin ilişkisinin aleniyeti ve üçüncü kişilerin bunu görebilme imkânı çok önemlidir.

Temsil ilişkisi ve işletme zilyedinin (Unternehmensträger) sorumluluk yapısı şeffaflık ilkesine ihtiyaç gösterir.

Buna hizmet eden enstrümanlar aleniyet vasıtası ile ortaya konulmaktadır. Aleniyet ile farklı hukuk kurumlarını birbirine bağlayan (telif eden) amaç takip edilir. Lakin sermaye piyasası hukukundaki aleniyette münferit hukuki işlemlerin aleniyetinde bu amaç yoktur, bilakis işletmenin aleniyeti ile bilhassa sermayedar yapısı, esas sözleşme ve finansal tablonun aleniyeti amaçlanır. Ticaret sicilinin aleniyeti ile kastedilen; sicilin aleniyetine erişim veya

²⁴² Bozer/Göle, s.8.

²⁴³ Bozer/Göle, s.8.

²⁴⁴ Bozer/Göle, s.8.

Alman Ticaret Kanunu m.15 uyarınca belirli vakaların yürürlük kazanması için sicile tescil ve ilanı önemlidir.

Aleniyetin unsurları öncelikle ticaret unvanıdır, lakin salt unvanın dışa yansması da (Firmenöffentlichkeit) kâfi değildir; şayet modern ticaret hukuku dış âleme yansıyan özel hukuk (Aussenprivatrecht) sayılırsa, o takdirde bunun işlevi unvanın varlığı ve onun açıklayıcı değeri ve aynı zamanda da işletmenin dış âlemdeki önemli ilişkileri hakkında üçüncü kişilere kesinlik sağlamayı amaçlamış olmasıdır. Şayet modern ticaret hukuku işletmenin dış âlemdeki özel hukuku olarak kavranırsa, o takdirde unvan hukuku hukuk malzemesinin entegre edilmiş önemli bir parçasıdır. (Karşı görüş: Canaris'e göre ise; ticaret unvanı hukuku medeni hukuktur. Unvan düzeni hukuku (Firmenordnungsrecht) ise haksız rekabet hukukudur)²⁴⁵.

Ülgen²⁴⁶, aleniyetten haricen belli/dışadönük bir yapıyı algılamaktadır. Yazara göre bu unsur ile organizasyon unsuru birbirlerini tamamlayan unsurlardır.

Türk Hukuku'nda ise; bazı yazarlar, aleniliğin bir unsur olarak aranmasını eleştirmekte ve ticaret siciline kayıt ile ilanın zorunlu olduğundan hareketle lüzumsuz görmektedirler.

Kapalı devre bir sistem (Selbstwirtschaft, geschlossene Wirtschaft) içinde yürütülen iktisadi faaliyetlerin ticari hükümlere tabi kılınması gerekli değildir. Aleniyet unsuru bir hukuki ilişkiye adi hükümlerin mi yoksa ticari hükümlerin mi uygulanacağını tespitinde bilhassa önem arzeder²⁴⁷.

İsviçre Hukuku'nda; aleniyet (Publizitaet) öğretide şekli ve maddi manada olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Şekli manada aleniyette, yani ticaret sicili hukukunda “Unternehmen” kavramı kendiliğinden belirmez, bilakis bu bağlamda nispeten daha eski bir kavram olan “Gewerbe” kavramı tercih edilir (OR 934, 1). Lakin tüzükteki yeni kaleme alınış aynı zamanda “Unternehmen”in tanımı olarak geçerlilik arzedebilir. “Bağımsız, sürekli mahiyette iktisaba yönelmiş iktisadi faaliyet” olarak. Her halükârda ticaret sicili için belirleyici olan faaliyettir ve sermaye yapısı değildir, yani şirket ölçü değildir. Muayyen şirket tipleri (AG, GmbH, kooperatif) faaliyetlerinden bağımsız olarak daima sicile tescile tabidirler. Bu durum da işletme faaliyetine henüz ticaret siciline tescilden sonra girildiğini belirtir.

²⁴⁵ Schmidt, s.415.

²⁴⁶ s.146, No.276. Bu konu dogmatik ele alınmış bir konu değildir, HGB § 344'te biraz bahsedilmektedir. (Handeln im Namen des Unternehmens) Geminin adı navlun sözleşmesinde yer alır, lakin taşıyan veya taşıtanın adı konişmentoda yer almazsa, aidiyet/Identitaet şüpheli olabilir, her kim ki yanlış tarafa dava açarsa, deniz hukukundaki kısa hak düşürücü süreleri kaçırmış olur.

²⁴⁷ Aker, *Kira*, s.56-57 ve orada anılan Steininger/v.der Crone, SZW/RSDA, 2009, S.5, s.396'den naklen.

Maddi aleniyet muhasebe düzeninin varlığı ile daha belirginleşir. Muhasebe düzeninin varlığı şirket faaliyetinin üretim kabiliyetinin başarısının göstergesidir²⁴⁸.

2.5.4. Esnaf Faaliyeti Sınırlarını Aşma

Mülga TTK döneminde, Yargıtay kararları tacir sıfatının tayininde ve bu bağlamda ticari işletme olgusunu tespit etmede daha ziyade ticari işletmenin maddi unsurlarını ele almıştır; mahkemelerce genellikle ETTK'da örnekleme olarak tatad edilen faaliyetlere bir yandan bakarken diğer yandan da, özellikle ticari muhasebe ölçeğine, esnaf faaliyetinden ticari işletmeyi birbirinden ayırt etmede başvurulmakta idi²⁴⁹. Örneğin bu esasın tahakkuku ile bir domates üreticisinin her ne kadar faaliyeti sermayeden ziyade bedeni çalışmasına dayansa da doktrinde bir ticari işletme faaliyetinden konuşulabileceği vurgulanmıştı²⁵⁰.

Ticari işletme kavramı ile ekonomik işletme kavramı arasında bir özel-genel ilişkisi vardır. Her ticari işletme bir iktisadi işletmedir fakat her iktisadi işletme bir ticari işletme sayılamaz, belirli bir çapı aşmıyorsa esnaf işletmesi olur.

Yargıtay Atatürk Orman Çiftliği'ni ticari işletme olarak görmüştür²⁵¹. Bir Yargıtay kararı da yukarıda ifade ettiğimiz görüşün açıklanmasına hizmet etmekteydi ve “İşletmenin ticarilik vasfının gereğinde işletmenin defterleri ve gelir vergisi beyannamesi üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesine göre saptanacağına” işaret edilmekteydi. TTK m.15'te esnaf kavramının tanımı yapılmıştır. “Ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve geliri Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamede, gösterilen sınırı aşmayan ve sanat ya da ticaretle uğraşan kişiye esnaf denir”²⁵². Kararnameye göre listeler yayınlanmıştır. Koordinasyon Kurulu'na göre örneğin demirci, bakırcı, kuyumcu, bakkal gibi küçük ölçekte çalışan meslek grupları listeye dahil ise, esnaf sınıfına girerler. Yine esnaf gelir vergisinden muaf ve kazancı götürü usulünden vergilendirilen ve ticari

²⁴⁸ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.11, Rn.1.

²⁴⁹ Ansay, s.205-206.

²⁵⁰ İnal, Hamdi Tamer, “Ticari İşletme”, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, Sayı: 6, Aralık 2014, s.152vd.

²⁵¹ Baştuğ/ Erdem, s.27.

²⁵² Doktrinde esnafılara tacirlere özgü bazı hükümlerin istisnai olarak tatbikinin kabil olduğu savunulmaktadır. Örneğin: MK. m. 950 uyarınca hapis hakkı. Bir örnek vermek gerekirse, otogardaki emanet eşya deposuna bırakılan valizi alabilmek için depo ücretinin yatırılması gerekir. Aksi takdirde emanetçi valizi vermektan kaçınma hakkına sahiptir. Tacirler açısından hapis hakkının kullanılmasında getirilen kolaylık, örneğin alacaklının borçlunun rızası ile zilyed bulunduğu kıymetli evrak ile alacak ile zilyedlik arasında bir bağlantı bulunmasının aranmamasıdır. Örneğin bir tacir eşyasını taşıdığı başka bir tacire karşı muaccel olan taşıma ücreti alacağı için, daha önceden saklama sözleşmesine dayanarak diğer tacirin getirmiş olduğu kendi deposundaki mallar üzerinde hapis hakkını hukuki sebepler, alacak açısından taşıma sözleşmesinden, zilyedlik ise saklama sözleşmesinden doğmasında olduğu gibi farklı olsa da kural yine caridir, işleyecektir. (Bahtiyar, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2012, s.101-102).

işletme hesabına göre defter tutanlardır. Uygulamada esnaf işletmesi defteri olarak da adlandırılır. Yine bir kriter olarak esnaf niteliğinin ayrımında kazancın ancak geçimi idame ettirecek boyutta olması gereği bir şart olarak aranmaktadır. Yardım amaçlı organizasyonlar ticari işletme değildir. Fakat, örneğin kamu hizmeti veren kurum ve kuruluşlar, ancak cüz'i miktarda hasıla devşirmedeği müddetçe, ticari gaye vasfını taşıdıklarından, amacı hayri de olsa esasen ticari işletmedirler. Bu hale göre, Kararnamede tespit edilen sınırı aşan işletme, ticari işletme olarak kabul edilir. ("Bir kişinin esnaf ya da tacir sayılması konusunda çıkan uyuşmazlığın çözümünde mahkemece, Kararnamede belirlenen esaslar dairesinde, bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir." (Y 11. HD. 20.6.1986 3634/3699); (YKD 1986); (C. 12, S. 11, 1652 vd.) Doktrinde, TK. m. 15'teki zikredilen Kararname ile VUK hükümleri arasında gerekli uyumun sağlanamadığı yönlerinden Kararname ile getirilen düzenleme eleştirilmiştir²⁵³. Tarihi gelişimi böylece aktardıktan sonra, günceli tespit etmek gerekirse şu kadar ifade olunabilir ki; TTK m.11/f.2'de ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın tespitinin çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

İsviçre Hukuku'nda önemle OR 934'teki ticari şekilde işletilen müessese kavramı ticaret siciline tescil için ölçüt kriteri sağladığından teknik bir anlam iktisap etmiştir. Mesela bazı giderlerin düşülmesi ve amortisman/yıpranma payının öngörülme imkânı işletmenin vergilendirilmesinde de önem taşır. İsviçre ticaret sicil tüzüğü 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren revizyonundan beri, hangi işletmelerin ticari olabilecekleri hakkında niteliksel beyanlar noktasında açıklama yapmaktan kaçınmış ve sadece niceliksel bir eşik olarak 100.000 FR'lık yıllık ciro esasını tanımlamıştır (HRegV 36, 1). Cironun altında kalan her işletme ticaret siciline tescil ödevinden muaftır. Cironun üstüne çıkan her işletme ise ticaret siciline tescil ödevine muhatap kılınmaktadır.

Tacir kavramı ile defter tutma ödevi yüzyıllardan beri perçinlenmiştir. Bir işletmede şayet dahili veya harici bir sebepten mütevellit özenli bir ticarethane yürütümünde işletmenin muamele süreçleri hakkında defter tutulmaktaysa, o takdirde mevzubahis işletme ticari şekilde işletilen bir müessesedir. İşletmenin karmaşık işlemleri yürütmesi ve dahili olarak bir iç kontrol vasıtası mahiyetinde olması, işletme verimliliğinin (rantabilitenin) denetlenmesi gibi gereklilikler defter tutulmasını zorunlu kılmıştır. İşletmenin harici olarak da tacirden alacakları ve borçları olan ve bunlar hakkında hesaplarının tutulmasını bekleyen müşteriler, işçiler gibi sözleşme partnerleriyle bir muamele trafiği vardır. Netice itibariyle bu

²⁵³ Berzek, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 11. Baskı, İstanbul, 2016, s.10.

çıkarımlardan hareketle ticari şekilde işletilme “muayyen işletmesel profesyonellik” olarak tarif edilebilir²⁵⁴.

Tacirin defter tutması tacirin kendisi için vazgeçilmez yardım sunar. Aynı zamanda kamunun da dayanıksız ticari unsurlara karşı korunmasında bir kamu hukuku ödevi sağlar ve vergi hukuku açısından da vazgeçilmez bir bilgi kaynağı teşkil eder.

Bilanço Hukuku Reformu ile 1985-6’da HGB’nin en önemli değişikliği Bilanzrichtliniengesetz adlı Handelsbücher mevzuunun özel bir kanunlaştırmaya maruz kalmış olmasıdır. Alman Hukuku’na bakacak olursak, Ticari defterlerin nasıl saklanacağı, doldurulacağı “Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung” adlı düzenlemede kanuni olarak yer almaktadır. Ticari defterler ceza kanunu anlamında “Urkunde” yani belgedir. Usulüne uygun tutulmuş ticari defterler, münferit kayıtların doğruluğu hakkında önemli bir ihtimaliyet hesabı noktasında önem taşır, lakin primae-facie-ilk görünüş ispatı sağlamazlar. Ticari defterler haczedilemezler (ZPO 811/1-Alman Hukuku’nda İcra Hukuku Usul Hukuku’nun devamı olması gereğince). BGB m. 562 uyarınca kiralayanın hapis hakkına konu olmaz, çünkü üzerinde kamusal bir menfaat tecessüs ettiriyor. Lakin iflas masasına dahildir (K.m.36/f.2). Beweiswert yani ispat değeri açısından adi senet hükmündedir. Bir uzman üçüncü kişi-Sachverständiger makul süre içinde kabataslak ticari işletmenin konumunu algılamalı, adeta kara kutusu gibi fotoğrafını çekerek takip edebilmeli, denetlenebilir olmalıdır. Usul m. 416 anlamında defterlerin içeriği yargılamadaki muhakemedeki diğer içerik ve delil ikamesi ile birlikte (bir bütün olarak) serbestçe değerlendirilir. (Usul m. 286 NJW 1987 tarihli, 965 sayılı Oberlandesgericht Ham mahkemesinin kararı.)

TTK m. 82 saklama ve ibraz kenarbaşlıklı “belgelerin saklanması, saklama süresi” adlı maddesi 8. fıkrada “gerçek kişi olan tacirin ölümü halinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi halinde kendisi; defter ve kâğıtlarını birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmi tasfiyesi halinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar birinci fıkra gereğince on yıl süreyle sulh hukuk mahkemesi tarafından saklanır” diyerek dolaylı olarak ticareti terk müessesesinin izine TTK’da da bizi ulaştırmaktadır. Alman Ticaret Kanunu’nda ise konu Türk Hukuku’ndakinin madde karşılığı olarak HGB m. 257 olmakla beraber (Aufbewahrung von Unterlagen) ilgili maddede ticareti terke ilişkin Türk Hukuku’ndakinin aksine bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Türk Hukuku’ndaki hüküm değerlendirildiğinde, ticareti terkin sadece gerçek kişiler bakımından mümkün olabileceği, tüzel kişiler açısından sona ermenin

²⁵⁴ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.300, Rn.22.

mevzubahis olabileceği ve bir ticaret şirketin teknik manada ticareti terk edemeyeceği yargısına hükmün lafzından varılır.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, işletmenin yaptığı işin çeşidinin önemli olmadığını, çalıştırılan işçi sayısının, işletmenin niteliğini belli etmek bakımından gözönünde tutulması gerektiğini belirtmiştir (Journal des Tribunaux 1944, sh, 585). Keza bir işletmenin depolarının bulunması, tacir yardımcılarının istifade edilmesi, ticaret unvanı kullanılması gibi hususlar o işletmenin ticari ve sınai niteliğe sahip olduğunun birer belirtisidir. Bozer'e göre ticari muhasebe müessesenin ticari veya sınai mahiyeti hakkında sadece olsa olsa bir karine teşkil eder²⁵⁵.

Bu vesileyle değinmekte yarar umduğumuz bir başka husus da, esnaf işletmesinin ayırıcı vasfının artık AB'de kabul gören görüş istikametinde bir mesleki faaliyetin uzantısını teşkil ediyor olmasıdır. Özellikle Türk Hukuku'nda da İİK m. 82'e baktığımızda bazı ipuçlarına rastlarız. Örneğin çiftçinin pulluğunun haczi kabil değildir. Lakin İİK m. 82/b.7'ye göre; çiftçinin bahçesi ekilmiyorsa haczi kabildir. Hacedilmezlik esnaf sıfatının tayininde bir kriter teşkil etmektedir. İİK m. 82'ye göre ticari işletmenin haczi sorunu hacedilmezlik unsurunu düzenleyen madde yönünden tetkike şayandır. Öncelikle belirtmek gerekir ise, borçlu bir meslek ve sanat sahibi ise, lüzumlu alet ve edevatı (arzuhalcinin daktilosu) ile kitapları, avukatın cüppesi hacedilemez. Ancak haczin tatbiki kabil olup olmadığı için bakılması gereken tarih haczin vuku bulduğu andır. Hacedilmezlik vasfının tayin ve tespitinde kritik nokta ortada acaba bir meslek (Beruf) mi yoksa bir teşebbüsün (Unternehmung) mü varolduğu noktasında düğümlenmektedir. Bu saptama esasına Yargıtay içtihadında ekonomik kıstas adı verilmektedir.

2.5.5. Süreklilik

Faaliyete ara verilmesi veya faaliyetin sonradan kesintiye uğraması, örneğin ağır hastalık veya seyahat durumları gibi ticari işletme sıfatının kazanılmasında doğrudan etken değildir. Bu tür hallerde iktisadi faaliyette bulunma niyeti mevcut ise, ticari işletme varlığını idame ettirir.

İsviçre Federal Mahkeme içtihatları ve öğretisinde, gayrimenkul ticareti mesleğinin sürekli bir şekilde yürütülmesi, konusundaki gereklilik dolayısıyla bir gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerin sürdürülmesi noktasındaki niyet bakımından ele alındığı takdirde, ticari faaliyetlere devam etmenin serbest iradeyle ve herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın

²⁵⁵ Bozer, "İsviçre-Türk", s. 368-369.

gerçekleştirilmesi bu açıdan şart değildir. İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 5. maddesinin 3. fıkrası gayrimenkul alım veya satım faaliyetlerinin sadece işletme sahibinin menfaatine yönelik olarak yapılmasını şart koşmamaktadır. Bu işlemlerin ön planda üçüncü kişilerin menfaatine gerçekleştirilmesi, faaliyetin süreklilik niteliğinde bir değişiklik yaratmaz²⁵⁶. Bu kavramdan algılanması gerekeni bir örnekle izah etmek gerekirse, bir stant kural olarak bir ticari işletme teşkil etmez. Mesela bir fuardaki sergi zaten tanıtım amacı dışında böylesi yerlerde tezgâhtaki durumla benzerlik arzeder. Önemli olan işletmenin günlük, gününbirlik olmamasıdır. Yine örneğin tek seferlik mal alım satımına aracılık faaliyeti ticari işletme değildir²⁵⁷. Buna karşılık, üniversite yakınındaki bir fotokopi dükkânının üniversitenin açık olduğu dönemde faaliyette bulunması, sözkonusu fotokopinin ticari işletme sayılmasına mâni olmaz²⁵⁸.

2.5.6. Bağımsızlık

Bağımsızlık²⁵⁹ unsuru sadece gerçek kişilerde ortaya çıkar ve işletmeci-işçi ayrımında rol oynar. Burada zikredilen manada ticaret şirketleri konstitüsyonel olarak ve hatta gerçekte sıkı derecede bağlı olsalar da, bağımsızdırlar. Örneğin yavru şirketin tepe şirket tarafından veya Vertriebsgesellschaften'in merkez tarafından uzaktan idaresinde olduğu üzere.

Bağımsızlık ticari işletme kavramının vazgeçilmez bir önşartıdır²⁶⁰.

İşletmenin ilgili mevzuat uyarınca tasfiye memurları ya da kayyum vasıtasıyla idare edilmesi ise bağımsızlık unsurunu zedelemeyiz²⁶¹.

Bağımsızlık Türk Hukuku'nda yabancı literatürde ilk unsur olarak anlatılmasına karşın iyi anlaşılammıştır. Alman Hukuku'nda birden fazla apartman dairesinin bir özel kişi tarafından kiraya verilmesi meslek edinme unsurunun (Berufsmaessigkeit) eksikliğinden bir ticari işletme değildir. Dikkat edilirse, Ülgen (/Kendigelen) bir kereliğine-defalığına yapılan işleri ticari işletme saymazken, Alman Hukuku meslek edinme kriterinden hareketle işleri, müteaddit defalar yapılmış olsa dahi, şayet mevzubahis yönde bir irade, kast, niyet yoksa ticari işletme saymamaktadır. Zira şirketin mesleği olur mu? Alman Hukuku ticari iş-adi iş sahası ayrımı yaparak, ticaret şirketlerinin yalnızca ticari iş sahası olduğundan hareketle, ticari

²⁵⁶ Kubilay/Göksoy/Ayan/Yıldırım, s.66.

²⁵⁷ Şener, s.4.

²⁵⁸ Şener, s.4.

²⁵⁹ Schmidt, s.348 349 II No.17 vd. Meier-Hayoz/Forstmoser şüphe halinde, uygulamada iktisadi faaliyetin bağımsız biçimde yürütüldüğünün kabul edildiğini ifade etmektedir. (Aker, *Kira*, s.58'den naklen).

²⁶⁰ İşletme hukuk süjesi değildir, eğer sayarsak işletmenin sahibinden bağımsızlığının üzerini çizmiş oluruz.

²⁶¹ Aker, *Kira*, s.55, orada anılan Gierke/Sandrock, s.112-113'ten naklen.

şirketlerin mesleğinin olamayacağını, zaten onların mesleğinin ticari işletme olduğu fikrindedir. Meslek edinme kriteri sadece gerçek kişiye uyar.

Schmidt, organizasyondan ziyade, onun yerine meslek edinmeden²⁶² söz etmektedir. Alman Hukuku'nda organizasyon tanınmamaktadır. Meslek edinme kriteri için organizasyon denilebilir, ilmi literatürde meslek edinme organizasyonu karşılamaktadır. Bu bağlamda pul koleksiyonerlerinin faaliyeti, ikinci el araba işi aracılığını yapmak, her iki yılda bir şahsın kendi arabasını satması Alman Hukuku'nda ticari işletme teşkil etmez. Bu durumun gerekçesi bağımsızlık kavramı ile açıklanmamaktadır. Bilakis Alman Hukuku'na özgü bir proje dahilinde (planmaessig) ve işletmenin zamana yayılmış olması kriteriyle izah olunmaktadır.

Ülgen/Kendigelen sadece bir kereliğine bir şeyin kiraya verilmesi işini ticari işletme saymamaktadır. Schmidt ise; Federal Mahkeme kararından ilham alarak kullandığı meslek edinme kavramından hareketle şayet bir iş meslek haline getirilmiş şekilde yapılıyorsa, bir defalığına yapılsa bile mevzubahis işi ticari işletme saymaktadır.

Anlatılanlar ışığında, Türk Hukuku'nda ciro, kapasite/esnaf ile fark yaratmak önemli iken, Alman Hukuku'nda gerçek kişi bakımından bir meslek icra etme kriterinin önem taşımasıdır, BGHZ'de bağımsızlık (selbstaendig) ve meslek edinme birlikte anıldığından, Schmidt bu unsurun üzerinde durmaktadır, ayrıca organizasyon veya Türk Hukuku'nda yapıldığı gibi işletme unsuru Schmidt tarafından vurgulanmamaktadır.

2.6. Ticari İşletmenin Hukuki Niteliği

Ticari işletmenin hukuki niteliği hakkında yazarlar muhtelif noktalara temas etmekle beraber bir özelliğe önem vererek bir tercihte bulunma yoluna gitmişlerdir. Örneğin faaliyet kavramını ön plana çıkaran sübjektif teori, emek ve sermayenin bir bütünlük oluşturduğu organizasyon teorisi, işletmenin maddi ve gayrimaddi malvarlığı değerlerini başat kavram olarak amaçlayan objektif teori. Otto von Gierke ve Kohler'in temsil ettiği birinci grup müellifler, kişiler hukuku penceresinden yola çıkarak, önemli olanı tacirin vazifesinde görür. Bu görüş temsilcileri teşebbüsü bir kişisel hak konusu görürler. Julius von Gierke, Baumbach-

²⁶² Türk Hukuku'nda meslek edinme kıstasından neredeyse hiç bahsedilmediğine şahit olunurken, sadece tespit edebildiğimiz meslek edinme unsurunun dolaylı yer bulduğu bir eser vardır, o da Pulaşlı'nın kanun derlemesinde (İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı, Notlu ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticari Mevzuat, Ankara, 2013, s.4.), ticari işin karşılığı Alman Ticaret Kanunu m. 343'ün çevirisinde yazarın ticari meslek vurgusu yapmış olmasıdır. Lakin çeviri de eleştiriye açıktır. O nedenle sadece ilgili normları size sunmakla kifayet etmeyi uygun buluyoruz. TTK m.3 III-Ticari işler: Bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Alman HGB § 343 Pulaşlı çevirisi bu madde altında kanun derlemesinde: Bir tacirin ticari mesleğiyle ilgili olarak işletmesine ait tüm işlemleri, ticari iş sayılır ve nihayet HGB § 343 Almanca metni: "Begriff der Handelsgeschäfte: Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören".

Duden'in temsil ettiği ikinci grup müellifler ise, izahatlarını mamelek hukukuna dayandırır. Teşebbüsü bir özel malvarlığı olarak nitelendirirler. Gayrimaddi değerleri de hesaba katarak, kısmen mülkiyet hakkına benzer bir yapının varlığını teşebbüste farzederler.

H. Lehmann, Wieland ve Callmann gibi çok sayıda hukukçu, teşebbüsü gayrimaddi eşya olarak gören ve teşebbüste gayrimaddi hakkın varlığını izah eden doktrini kabul etmişlerdir. Burada vurgulanan husus, teşebbüsün kendisini işletenin kişiliğinden soyutlayabileceği ve mamelek hukuku sahasında kendisine yer bulabileceğidir. Brecher teşebbüsü hukuken bir birimsel eşya olarak görür. Bu kavram bir kendine özgü üst birim olarak tasnif olunur. Üst bir kavram ve birim olarak teşebbüs zihin ve beden bileşiminden oluşan işletenin iradesinden sürekli etkilenen daima oluşum içerisinde olan, hiçbir vakit tükenmeyen ve bu suretle statik (durağan) (Körperhaftes) olmayan, dinamik bir varlıktır. Böyle oluşan bütüncül teşebbüste bir birimsel mutlak hakkın varlığı farzedilmektedir.

İmparatorluk Mahkemesi eski kararlarında işletmenin hukuki niteliğinin bir bütün (hukuki bütün) olduğu noktasını reddetmiştir. Anılan mahkeme bir kararında (RG 95, 237) işletmeyi bir gayrimaddi eşya ve bir fikri ve sınai hukukun konusu olarak görmüş; bir başka kararında da²⁶³ işletmesel bir şahıs varlığı hakkının var olduğuna işaret etmiştir. Müstekar içtihadı göre işletmenin hukuki niteliği; tefriş edilmiş ve tatbik olunan bir teşebbüsün işletilmesi üzerindeki hak olarak tanınmıştır ki, böylesine bir hakka madde 823 Abs.1 BGB'deki "diğer haklar" ibaresi vasıtasıyla erişilmektedir. Federal Mahkeme ise, işletmesel kurum çevresini ön plana çıkartmıştır²⁶⁴.

2.7. Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsuru

2.7.1. Türk Hukuku'nda durum (TTK'ya Göre Ticari İşletmenin Malvarlığı Unsurları)

Malvarlığı kişiye ait, parayla ölçülebilir hukuki ilişkilerin tümüdür. Özel malvarlığı, kişinin genel malvarlığı içinde yer alıp belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere yasaca kendisine özel ve bağımsız bir hukuki konum tanınmış olan hukuki ilişkiler tümlüğüdür²⁶⁵. (Çocuk malları, iflas masası, deniz serveti, tereke gibi.) Yargıtay 11. HD. 20.02.1975 tarih ve 974/3626-975/1217 sayılı kararına göre; "Bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis ettiği şeyler,

²⁶³ RG 135, 395.

²⁶⁴ Schumann, Hans, Unternehmensrecht, Handelsrecht I, Wiesbaden, 1958.

²⁶⁵ Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s.46.

sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, işletmeye dahil unsurlar olarak kabul edilir²⁶⁶. Türk Hukuku'nda; TTK'daki malvarlığı unsurlarını oluşturan kalemler örnek niteliğindedir. Sınırlı sayı ilkesi söz konusu değildir²⁶⁷.

Bir ticari işletme amacının realize edilmesi nokta-i nazarından, niteliği ne olursa olsun ticari işletmenin malvarlığı mallar ve haklar bakımından tam bir bütündür ve unsurlarda hukuk açısından bağımsızdırlar²⁶⁸. İşletmenin konusuna giren her nevi mallar gerek doktrin gerek içtihatlar bakımından işletmenin maddi unsuru sayılmaktadır²⁶⁹. Ticari işletmenin gayrimaddi malvarlığı unsurlarını ise kiracılık hakkı ve yanısıra ihtira beratı, alameti farika, yeni bulgulara mahsus haklar, ilmi eserler, müzik besteleri gibi fikri mülkiyet (propriete intellectuelle) ve sınai mülkiyet (propriete industrielle) gibi genel kavram içerisinde mütalaa edilen unsurlar teşkil eder. Haksız rekabet ve işletmenin devri hallerinde daha önem arzeden ve işletmeye asgari bir iş hacmi tedarik eden müşteri muhiti yanında, yine işletmenin iştirakleri üzerinde sahip olduğu yönetim ve denetim hakları da kanunda sayılmamış olmakla beraber bu kapsama dahildirler. Ticari işletmenin malvarlığına aslında bir gayrimaddi kıymet olarak iktisat ilmindeki müteşebbisin ticaret hukukundaki yansıması olan tacirin entelektüel birikimi/sermayesi, iktisadi formasyonu, fikri, işletmedeki işçi buluşları da dahildir. Ticari işletme patent, marka, endüstriyel tasarım, know-how gibi sınai haklar-müşteri muhiti²⁷⁰, mal ve alacak hakları, borçlardan müteşekkil bir kıymet bütünüdür.

Ticari işletmenin malvarlığının değişken bir yapı arz etmesi uygulamada zorluk yaratır. Malvarlığı dinamik bir kavramdır, malvarlığı hisselerin, borçların, temettü kupürlerinin, faiz kuponu ve kambiyo evrakı vesairenin fiziki yapısından değil bilakis fonksiyonel değerlerinden oluşmaktadır. Yargıtay'ın bu konuda ilgi çekici iki kararını (sırasıyla ilki kamulaştırma hususunda diğeri ise tasarrufun iptali davası ile ilgili) anmakta yarar umuyoruz²⁷¹.

i) "...Bu durumda 146 no'lu parselin satışı zeminden çok üzerinde mevcut ticari işletmeye yöneliktir. Bu taşınmazın üzerindeki yapının değerinin satış bedelinden düşülmesi ile zemin değeri bulunmuş ise de, satış bedelinin tespitinde asıl önemli unsur olan ticari işletmenin değeri hesaplanıp düşülmediğinden yüksek değerlere ulaşılmıştır. Esasen bir ticari

²⁶⁶ Zeytinoglu, Emin, *İşletmelerde İşveren Değişikliğinin İş Sözleşmelerine Etkileri*, Şirket Birleşmeleri, ed.Pernsteiner/Sumerİstanbul, 2004, s.171.

²⁶⁷ Omağ, s.927 ve orada anılan Özsunay, s.3 vd.

²⁶⁸ Ripert ve Rublot, *Traite Elementaire De Droit Commercial*, Paris, 1965, s.257-271.

²⁶⁹ Ripert, s.260.

²⁷⁰ Oser, H. / Schönenberger, W., çev. Ayiter, Ferit, *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi*, Ankara, 1950, s.969, gelecekte vücut bulacak müşteri matlubu da temlik edilebilir. (zürcher. Obeger., Schweiz. Jurz., c.17, s.330).

²⁷¹ Yıldırım, Kamil, "*Tasarrufun İptali Davasına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*", Yargı Dünyası, Yıl: 23, Sayı: 265, Ocak 2018, s.81-82.

işletmenin değerinin objektif olarak tespit edilebilmesi de olanak dışıdır. Bu nedenle böyle bir emsalin seçilmesinde isabet olduğu söylenemez. Mahkemece yapılacak iş, 2942 Sayılı Yasanın 11. maddesinin üçüncü fıkrasının (g) bendi uyarınca dava konusu taşınmaza emsal olabilecek nitelikleri taşıyan ve kamulaştırma (değerlendirme) gününden önceki özel amacı olmayan satışları içeren taşınmaz mal kayıtlarının tapu sicil müdürlüğünden istenip dosyaya getirtilmesinden sonra, bilirkişi kurullarından bu emsalleri ayrı ayrı inceleyip irdeleyerek yapılacak karşılaştırma sonucu dava konusu taşınmaza değer biçen ek raporlar almak ve oluşacak sonuca göre karar vermek olmalıdır”²⁷².

ii) “3.6.2009 ve 12.6.2009 günlü bilirkişi raporlarında belirtildiği üzere dava konusu taşınmaz üzerindeki krokide “A” harfi ile gösterilen binanın 15.9.2003 tasarruf gününden sonra ve davalı S.Ş. tarafından yapıldığı ve değerinin 2008 yılı itibarıyla 33.755; 2007 yılı itibarıyla 31.725 TL olduğu belirlenmiştir. Davacı tarafından sözkonusu binanın borçlu tarafından yapıldığı iddia ve ispatlanamadığına göre, davalılar arasındaki tasarrufun 15.9.2003 tarihi itibarıyla 4.053 TL olarak kabul edilerek, bu miktarla tasarrufun iptal edilmesine karar verilmesi gerekirken, binanın aidiyeti konusunda tespit davası bulunmadığı, arzın üzerindeki yapıların arzın mülkiyetine tabi olduğu gerekçesiyle davalı Ş.’nin yaptığı yeni binanın dava konusu parselde tabi olduğu ve tasarruf değerinin 2007 yılı itibarıyla 37.684 TL, 2008 yılı itibarıyla 39.978 TL olarak kabulü ile hüküm tesisi isabetli görülmemiştir....”

2.7.2. Mukayeseli Hukukta Durum

Alman Hukuku’nda; ticari işletme ilk planda müşteri muhiti ve tedarik kaynakları (Bezugsquelle) gibi iktisadi öğelerden oluşur, bu bağlamda bina ve makine gibi fiziki unsurlar önemli değildir. Gerçek kişi tacirin malvarlığı hususunda özel ve ticari malvarlığı ayrımı yapılmaz²⁷³. İstisnai olarak deniz hukukunda donatanın sorumluluğu gemi ile sınırlı tutulmuştur. Zaten tüzel kişilerde durum böyledir. İlla ki özel malvarlığından söz edilecekse, o da hukuki muhatap (Rechtstraeger) kollektif şirkette olduğu gibi, bir elbirliği mülkiyeti olduğunda mümkün olabilecektir: Ticari işletmenin bir malvarlığı kavramı teşkil etmediği 25 HGB’den çıkarsanabilecektir, çünkü bu maddede ticarethanenin ticari malvarlığının satımı vuku bulmaksızın devri mümkün kılınmaktadır. Alman Hukuku’na göre ekonomik öğeler birer hak kategorisi teşkil etmediklerinden, bu sebeple malvarlığı kavramına dahil olamazlar.

²⁷² Yargıtay 18. HD. E. 2001/12386, K. 2002/506, T. 22.1.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 6.6.2017).

²⁷³ Alman Hukuku’nda bu duruma gerekçe olarak Mülga Konkursordnung madde 1’e göre iflas eden tüccarın mallarının bir masa teşkil ettiği hususu gösterilmektedir.

İşletmenin bünyesinde yer alan maddi unsurları saf dışı bıraktığımızda, işletme eşya olarak da nitelendirilemez, çünkü BGB 90'a göre eşya kavramı maddi mallara münhasırdır. Böyle olmakla, artık ticari işletmenin organize edilmiş özel bir malvarlığı (Sondervermögen) olduğu fikri reddedilmelidir. Fransa'da Napolyon dönemindeki kanunda işletme, mülkiyet hukuku bağlamında somut eşya olarak öngörülmekteydi.

İşletme teorisinin gelişiminde “gewerbliches Eigentum” –işletme mülkiyeti kavramını da teknik manada algıarsak, mülkiyete sadece eşyalar konu olabildiklerinden– yanılırız. Yani özetle bu nitelemede hakkın karakterine vurgu yapıldığında, haksahibinin gayrimaddi mal (işletme) üzerinde fikri hak rabıtasında mülkiyete benzer bir mutlak haksahibi olduğuna tanıklık edilir²⁷⁴. Endüstriyel mülkiyetin (“Gewerbliches Eigentum”) tarihçesi Fransa'da 28 Temmuz 1824 tarihli “Bir Üreticinin Mamulünün Üzerindeki Unvanının Değişikliğine ve Bünyesinin Tahribine Karşı Korunması Hakkında Kanun”a dayanır. Andre Tasbot 19. yüzyıl zarfında yeni bir mülkiyet formu oluşturmuştur. Hukuk süjesine mesleki olarak ifa ettiği ticari faaliyet neticesinde dış âlemde görünen yaratıcılığına münhasır bir hak bahşedilmektedir. Bu türden hakların toplamına Fransa'da propriete commerciale ve Almanya'da ise gewerbliches Eigentum denmektedir²⁷⁵.

Fiziken üzerinde hâkimiyet kurulamayan (elle tutulamayan, gözle görülemeyen) ve özel nitelikli hakların da nesnesi olmayan fikri ve sınai haklar (gayrimaddi değerler) çoğu zaman işletme ve işletmenin değerlemesi için maddi değerlerden daha önemlidirler. Bu kapsama bir ticarethanenin mahal itibarıyla daha uygun bir yerde bulunması, müşteri çevresi, organizasyon (teşkilat şeması), iyi yürütülen (piyasaya sokulmuş) ve tanınan ticaret unvanı ve marka, reklamın formatı veya işletmenin yürütülme sevk ve idare formatı, paha biçilmez ticari ve işletme sırları gibi unsurlar dahildir²⁷⁶.

Aynı zamanda gayrimaddi değerler önemli ölçüde kendisini bütünüünün çekirdeği/özü olarak ortaya koyan işleten uğraşısına dayanırlar. Alman kanunkoyucusu bu değerleri 1950'lere değin yeterince önemsememişti. Halbuki yabancı hukuk çevreleri fikri hukuku daha önemsemişlerdi. Bu durum örneğin “fonds de commerce”de (1909 tarihli kanun) müşteri çevresini ele alan Fransız Hukuku için geçerlidir. İngiliz Hukuku good will kavramıyla daha da toparlayıcı bir kavram yaratmıştır. Fransız Hukuku'nda; Fransız ticaret hukukunda ticari fon (fonds de commerce) kavramı önemli bir yere sahiptir. Fransız Ticaret Kanunu (Code de commerce) bu kavramla ilgili yasal bir tanıma yer vermemekle birlikte bu kanunun L-141-5.

²⁷⁴ Kuttner, s.19.

²⁷⁵ Kuttner.

²⁷⁶ Schumann, s.49.

maddesi ticari fonun nelerden oluştuğunu açıklamaktadır. Söz konusu hüküm ticaret kanununa 17 Mart 1909 tarihinde kabul edilen bir kanunla girmiştir²⁷⁷.

Fransız Ticaret Kanunu ticari fonun unsurlarını açıklarken maddi ve gayrimaddi unsurları ve malları ayrı ayrı değerlendirmektedir. Buna göre ticari fonun gayrimaddi unsurları; ticaret unvanı, müşteri grubu, kira hakları, ruhsatlar ve marka hakları ile birlikte tüm fikri mülkiyet hakları olarak ortaya çıkmaktadır. Maddi unsurlar ise taşınır mallar ve diğer materyaller olarak geçmektedir. Yapılan bu ayrımın bir sonucu olarak taşınmaz mallar ticari fonun dışında kalmaktadır. Buna ek olarak alacaklar ve borçlar da ticari fon dışında değerlendirilmektedir²⁷⁸.

Ticari fonun hukuki niteliğinin ne olduğu meselesi Fransız hukukundaki müellifleri belirli bir dönem meşgul eden konulardan biri olmuştur. Bugün genel olarak kabul edilen görüşe göre ticari fon, bir tacirin malvarlığı içindeki cismani olmayan değerlerden birisidir. Başka bir ifadeyle ticari fon, tacirin malvarlığında özerk bir yapıya sahip değildir. Bunun sonucu olarak tacir, borçlardan sorumluluk söz konusu olduğunda ticaret fonu da dahil tüm ticari malvarlığı ile sorumludur²⁷⁹.

Ticari fonun en önemli unsurunun mallar ve diğer unsurlardan ziyade müşteri grubu olduğu kabul edilmektedir. Buna ek olarak Fransız Ticaret Hukuku'nda belirli koşullar altında ticari fonun satışına ya da teminat amaçlı olarak kullanılmasına imkân verildiği görülmektedir²⁸⁰. Bunlara ek olarak ticari fonun satışında Fransız Ticaret Kanunu madde L-141-1 ve devamındaki hükümler alacaklıların korunması amacıyla birtakım önlemler öngörmektedir. Temsilcilerinden birinin Thaller olduğu görüş, “fonds de commerce”in bir bağımsız hukuk kurumu olmadığını, daha ziyade ticari fonu sadece bireyselliklerini kaybetmemiş ve üzerinde satış ve rehin gibi belirli hukuki işlemlerin bir arada ele alınabileceği malvarlığı değerlerinin bir küle olarak tanır²⁸¹. Buna karşılık ekonomi ve içtihatla hüküm süren doktrine göre; işletme bağımsız bir hukuki kurum olarak Art.529 çerçevesinde “meuble incorporel” soyut bir taşınırdır. Bu fikrin savunucuları Thaller'in aksine “fonds de commerce”i/ticari fonu işletme unsurlarının sadece bir toplamından ibaret değil, bilakis bir sentezi olarak görmektedirler. Belçika Hukuku'nda borçların, alacakların,

²⁷⁷ Deruppe, Jean, De Ravel D'esclapon Thibault, “*Fonds de Commerce*”, Répertoire de Droit Commercial, 2018, s.1 vd.

²⁷⁸ Deruppe, De Ravel D'esclapon, s.4-13.

²⁷⁹ Deruppe, De Ravel D'esclapon, s.25.

²⁸⁰ Cruvelier, Emmanuel, “*Cessions du fond de commerce et de clientèles commerciale*”, Répertoire de droit commercial, 2016, s.1 vd, Beder, Pascal, “*Répertoire de droit des sociétés*”, Registre des privilèges pris sur fonds de commerce nantis, 2016, s.1 vd.

²⁸¹ Kuttner, s.45.

nakit paranın, portföydeki senetlerin ve taşınmazların ticari işletmenin unsurları arasında yer almadığı genellikle kabul edilmektedir²⁸².

2.8. Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması

2.8.1. Ticari İşletmenin Rehni ve İnançlı Temlik İşlemlerine Konu Olması

Türk hukuk sisteminde menkul bir eşyasını borcuna karşılık rehnedен borçlu malsahibi, alacaklısına tedarik ettiği krediye karşılık teminat göstermek için menkul eşyasını teslim etmekle mükelleftir. Lakin bir ticari işletme sözkonusu olunca, ticari işletme sahibi şayet işletmesinin malvarlığına dahil olan unsurlarını teslim etmekle ticari işletmesi üzerinde rehin kurmak için yükümlü kılınsaydı, bu takdirde hiçbir şekilde üretim yapması imkânsız hale gelecek ve teminat olarak gösterdiği ticari işletmesine dair üretim araçları üzerinde tasarruf edemediğinden borcunu ödeyemeyecekti²⁸³.

Bu sebeple kanunkoyucu sadece ticari işletme ile sınırlı olmak üzere taşınırlarda teslim şartına bağlı rehin müessesesine bir istisna getirmiş ve ticari işlemlerde taşınır rehni kanununu çıkartmıştır. İşletmedeki taşınır eşyanın, teslimine lüzum olmaksızın, sadece Rehinli Taşınır Sicili adı verilen bir resmi sicile, borçlu tacirin aldığı krediye karşılık alacaklı tacirden aldığı krediye ilişkin gösterdiği teminatı belgelendirmek adına, kaydedilmesini rehlin doğumu için yeterli saymıştır. Rehinli Taşınır Sicili'ne yapılan kayıt, kurucu etkiye sahiptir. Rehin veren borçlu (bu kategoriyi sadece kanunda sınırlı olarak sayılan tacir unsuru dışında bir de esnaf teşkil edebilir) ile rehin alan alacaklı (kredi ve kefalet kooperatifleri, banka) aralarında bir rehin sözleşmesini adi yazılı şekilde yaptıktan sonra, noterde imza tasdiki yaptırırlar veya aralarındaki rehin sözleşmesini Taşınır Varlık Sicili memuru huzurunda yaparlar. Bu şekil şartı bir geçerlilik şartıdır. Borçlu tacir rehlin kapsamına hammadde, sarf malzemesi, üzerinde tasarruf edilmesi idari bir izne veya resmi bir makamın kararını gerektirmeyen ruhsat, lisans, stok vesaire konu edilebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, ticari işletme rehni kapsamı dışına ticaret unvanı ve menkul işletme tesisatı (istisna: motorlu nakil araçları taşınır işletme tesisatı olmadığından rehin dışı bırakılabilir) kati surette çıkartılamaz, bu öğeler ticari işletme rehni müessesesinin asgari içeriğini teşkil eder. Ayrıca

²⁸² Öçal, Akar, “Ticari İşletmesini Devreden Rekabet Yapmama Borcu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, s.565, ve orada dn. 26’da anılan Coppens, 1, s.82, Ryn/Heenen, s.401 vd.

²⁸³ 15. HD., E.1995/3110;K.1995/3688, T.19/6/1995’te anıldığı üzere; “İstihkak davasına konu edilen mallar, davacıya ticari işletme rehniyle rehnedilmiş olduğundan ve ticari işletme rehni, rehnedilenin rehinin, alacaklısına teslim edilmesi zorunlu olmadığından, davacının bu mallarla ilgili olarak istihkak davası açmak hakkı bulunacaktır.” (İnal, Tamer, Ticari İşletme Rehni, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:3, 2014, s.155 vd.).

belirtelim ki, tarafların rehin kapsamı dışında bırakamayacakları, işletme envanter defterindeki kayıtların tetkiki halinde tespit edilebilecek olan unsurların listede kalem kalem sayılmamaları rehin sözleşmesini geçersiz kılmaz.

Buna karşılık fikri ve sınai haklar, örneğin marka ve patent ve endüstriyel tasarım bazen ve çoğu halde fabrikadan daha pahaca bir yüksek değer arzettiklerinden kapsam dışında bırakılabilirler, bu konuda kanunen bir yasak yoktur. Ticari işletme de bir bütün olarak rehne konu olabilir, lakin şayet tekil olarak ticari işletmeyi meydana getiren unsurların birinin veya bir bölümünün rehne konu alacağı garanti ettiği durumda, ticari işletme bir bütün olarak rehne konu edilemez, bu durum kanunen yasaktır. Ancak borç bakiyesi ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarından biri veya birkaçının teminat gösterilmesiyle karşılanamayacak derecede yüksekse, o kayıt altında ticari işletme bir bütün olarak rehnedilebilir. Böylesi bir durumda ticari işletmenin rehnedildiği de ayrıca ticaret sicili memurluğuna bildirilir. Yine belirtmek gerekir ki, ticari işletmeyi meydana getiren tekil parçaların da ticari işlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehnedildikleri takdirde, şayet bu ticari işletmeyi meydana getiren malvarlığı parçaları ayrıca bir özel sicile de kayıtlı iseler, bunların da rehnedildiklerine ilişkin özel sicillerine ilgili şerhin düşülmesi amacıyla bildirimde bulunulması gerekir. Örneğin gemi sicili. Mevduat üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni kurulamaz, kanunen yasaktır. Yalnız yine önemle belirtmek gerekir ki, finansal kiralama yoluyla tedarik edilen eşya üzerinde ticari işletme rehni kurulamaz, çünkü borçlunun leasing yoluyla iktisap ettiği mal üzerinde tasarruf yetkisi yoktur, sadece teknik anlamda sözleşme bitiminde finansal kiralama şirketine karşı yöneltebileceği bir şahsi hak niteliğinde önalım hakkı vardır. (Finansal kiralamaya da bu vesileyle kısaca değinmek gerekirse, factoring şirketi yani kiralayan daha önceden kendi mülkiyetinde bulunan emtiayı veya sözleşmenin kuruluş esnasında kiracının mülkiyetinde bulunan veya kiracının malın tedariki için işaret ettiği üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan malı ya kiracıdan ya da üçüncü kişiden satın alarak üreticiye tedarik etmekte ve finansal kiralama sözleşmesi de en fazla dört yıl için yapılabilmektedir. Bir kullandırma amacı güden sözleşmedir.) Ticari işlemlerde taşınır rehnine ilişkin sicil elektronik ortamda tutulduğundan artık üçüncü kişilerin iyi niyet iddiası dinlenmeyecektir. Dikkatle üzerinde durulması gereken bir husus da, şayet borç ödenmediği takdirde alacaklı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla İİK hükümleri uyarınca takip yapar²⁸⁴. Rehnin paraya çevrilmesi aşamasında icra memurunun satılacak unsurları ve satışın

²⁸⁴ Karşılaştırmalı hukuk; ticari işletmenin bir bütün olarak rehnedilmesi durumunda cebri icra marifetiyle paraya çevrilmesi Alman Hukuku'nda imkânsızdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku'nda ticari işletmenin bir bütün olarak rehnedilmesi yasak olduğundan, hukuki çare olarak inançlı temlik müessesesine başvurulmaktadır.

kapsamını belirleme yetkisi vardır. İcra memuru bu yetkisine dayanarak ticaret unvanını, ancak kesin zorunluluk bulunan hallerde tüm ticari işletme ile birlikte satışa çıkarmalı, diğer unsurlar gibi münferiden paraya çevirmemelidir. Böylece ticaret unvanının, işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği yolundaki hükme sadık kalınmış olunulur. Lakin rehin sözleşmesinde belirtilen borç ödenmediği takdirde, rehin konusu ticari işletmenin alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair kayıtlar geçersizdir. Ancak satışın cebri satış olması gerekli midir? Başka bir deyişle, taraflar alacaklının rehinli malı cebri icra yolu ile değil de, hususi surette elden serbestçe satması hususunda bir anlaşma yaparlarsa bu anlaşma geçerli midir? İsviçre doktrininde menkul rehni bakımından bu anlaşmaların geçerli olduğu kabul edilmektedir²⁸⁵. Böyle anlaşmaların borçlunun yararına dahi olabileceğini düşünmek gerekir. Çünkü malın paraya çevrilmesi için kanuni sürelerle başvurulmaması, malın bazen en uygun fiyatla paraya tahviline imkân verebilecektir. Bu tip anlaşmaların gayrimenkul rehninde de bütün ilgililerin (rehinli alacaklılar ve borçlu) muvafakat etmesi şartı ile caiz olduğu kabul edilmektedir²⁸⁶. Türk hukuk mevzuatında da özel kanunlarla kurulmuş olan bazı bankalara aldıkları rehinleri bizzat kendilerinin paraya çevirmesine imkân veren hükümler mevcuttur. Örneğin 6219 sayılı Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu m.87-96. Nitekim İİK'nın 49. maddesi de bu özel hükümlerin mahfuz olduğuna açıkça değinmiştir. Bir de son olarak belirtmek gerekir ki, rehinli borçlu rehin müddeti boyunca rehin konusu malı muhafaza etmekle yükümlüdür. Şayet malı yok eder, imha eder veya tahrip ederse o takdirde cezai ve hukuki anlamda sorumluluğu doğar. Doktrinde rehinli alacaklının şayet rehinli borçlu rehin konusu eşyaya zarar verici işlerde bulunursa, bu konuda kendisine tanınmış olan tedbir almak hususundaki yetkisinin boyutlarının, hukukun genel prensiplerinden olan ihkak-ı hak yani kendi hakkını bizzat zorla alma yasağı ile çelişir bir konumda olduğu belirtilmektedir.

Özsunay'ın (*Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul, 1968, s.32 vd.) tarihi gelişim eğrisini aktardığı üzere; “inançlı muameleler ile ilgili muamelelerle güdülen gayeler ve menfaat durumları dikkate alındığında Roma Hukuku'nda fiducia cum creditore ve diğer yandan da Cermen Hukuku köklü Treuhand etkisi altında modern dogmatikte iki farklı görünüm ortaya çıkmıştır. İlkinde sırf inananın menfaatleri üstün tutulmakta; takip edende ise kısmen veya tamamen inanılanın menfaati ağır basmaktadır.” Yazarın aktardığına göre Cermen Hukuku köklü Treuhand (Alman Hukuku'nda amaç;

²⁸⁵ Kendisine rehnedilmiş eşyayı serbest olarak satmak imkânı tanınmamış olan alacaklı buna rağmen aksine hareket ederse, MK'nın 945. maddesi uygulanır. Rehnedilen eşyayı özel olarak paraya çevirebilme yetkisine rağmen alacaklı yine de İİK'nın hükümlerine göre hareket edebilmek hakkını muhafaza eder. Yeter ki, taraflar arasındaki anlaşma aksine bir koşul taşımasın. Bu son durumda borçlu İİK'ya göre yapılan takibe maddi hukuka mahsus muhalefet yollarından itiraz yoluna başvurmak suretiyle karşı koyabilecektir.

²⁸⁶ Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s.312.

Cermen Hukuku'nun bir müessesesini canlandırmak olduğundan, teminat maksadıyla devir kavramı için çıkış noktası olmaktadır.) modeline uygun olarak gelişen inançlı muameleler kategorisi Schultze tarafından saf inançlı muameleler ve buna karşılık Roma Hukuku'nun fiducia cum creditore örneğini izleyen diğer kategori ise karma inançlı muameleler olarak tasnife tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla temlik (Sicherungsübereignung mit Eigentumsübertragung) - (mülkiyetin teminat maksadıyla devri), İsviçre banka muamelelerinde alacaklar üzerindeki rehin tesisi muamelelerini hissedilir derecede azaltmıştır. Bir karma inançlı muamele hali teşkil ederken, buna karşılık bir işletmenin tasfiye, idare ve yeniden organizasyon maksadıyla bir başkasına devredilmesi ise saf inançlı muameleyle örnek teşkil eden bir haldir. İsviçre Birleşme Kanunu'nda belirtildiği üzere malvarlığının devri bir yeniden yapılandırma türüdür. Bu türden saf inançlı muamelelerin türü idare maksadıyla yapılan alacak devirleridir. Bu tip devirler zarurete düşmüş olan ticari işletmeleri ihya etmek ve böylece muamele hayatını teşvik etmek bakımından önemlidirler. Bu hukuki kombinezonda ödemelerini tatil eden bir ticari işletme veya bir banka, tahsil olunmamış alacaklarını bir tüzel kişiye devretmektedir. Tatbikatta idare maksadı ile alacakları devralan ve ticari konularda uzmanlaşmış bulunan bazı tüzel kişiler vardır ki, bunlara inançlı idare şirketleri denir. Yapılan devrin gayesi mevcut alacakların idaresi, tahsil edilmemiş olan alacakların tahsili, inananın iş münasebetlerinin düzeltilerek işletmenin reorganize edilmesidir. İdare maksadı ile yapılan inançlı devirler bütün aktifleri değerlendirmek suretiyle işletmeye yeni bir sermaye yaratmaları ve bu sayede de alacaklıların menfaatlerini himaye gibi gayelere hizmet ederler. Yeni durumlara uydurma ve yeniden organizasyon maksatlarıyla yapılan bu tip devirlerde idarenin istihdaf ettiği gaye sınırı içinde kalmak şartıyla inanç anlaşmasında (pactum fiduciae) inanılana, devredilen alacaklar üzerinde kendi takdirine göre tasarrufi muamelelerde bulunma yetkisi de tanınabilir.

İnançlı temlik müessesesinde işletmenin inançlı temlik maksadıyla yapılan temel işlem olan inanç sözünü, bu bağlamda hâkimiyet ve sevk ve idare/yönetim kudretinin hukuki bağından bahis açılan konzern hukukunun işletme sözleşmelerinden ayırmak icap eder²⁸⁷.

²⁸⁷ Baumbach/Hopt, s.21, Rn.48 Türk Hukuku'nda bu durum mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu ile ve günümüzde de bu kanunu ikame eden Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile birlikte ticari işletmenin bir kül olarak rehnine kanun koyucu ve hukuk politikası gereğince cevaz verilmiştir. Bu bağlamda yeni kanun düzenlemesine bakacak olursak bilhassa ticaret unvanının ticari işletme rehninin bir parçası olduğu hallerde de işletmeyle birlikte paraya çevrilmesine özen göstermek uygun olur. Kiracılık hakkı TİRK döneminde rehin kapsamına alınmamıştı, TİTRK'da öngörülen özel değer tespit yöntemlerinden yararlanarak kiracılık hakkına gerçekçi bir değer biçilebileceği düşünüldüğünden hareketle TTK m.11/3'e göre ticari işletme kapsamında yer alan bir unsur olarak kiracılık hakkının da ticari işletme rehnine dahil olacağı söylenebilir. Lakin bunun için öncelikle kira sözleşmesinde kiracılık hakkının devrine izin verilmiş olması gerekir. (BK.m.332/II) (Arkan, Sabih, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni", Ticari

Aynı şekilde bir salt *Geschaefsbesorgungsvertrag*/ bir vekâlet temelli ilişki de illiyet ilişkisi olarak nazara alınır. Bir misal vermek icap ederse; tacir K işletmesini kendi hesabına işletilsin diye yediemin T'ye devrederse, bu örnekte “idareci yediemin” kurumunun bir olasılığıyla karşılaşırız. Bu misalde *Übertragung* marifetiyle devrin hukuki sebebi 675 BGB anlamında bir vekâlet temelli ilişki/*Geschaefsbesorgungsvertrag*'dır.

Alman Hukuku'ndaki öğretilerdeki baskın görüşe göre; işletme üzerinde sınırlı ayni hak tesisi mümkün olmadığı gibi, bir işletmenin rehni hususunda da hukuki çare bulunmamaktadır²⁸⁸. Lakin kendi esas sermaye artırımına (işletme pay (hisse) senedi emisyonuyla (soğurmasıyla)) gidemeyen tacire ve özellikle gerçek kişi tacire ve şahıs şirketine bu durumda en azından taşınırını kredi vasıtası olarak kullanması hakkı İmparatorluk Mahkemesi müstekar içtihadında örf ve âdet hukukuna özgü bir geçerlik kazanmış yapı –“teminat amacıyla temlik”– vasıtasıyla tanınmıştır. (Philipp, Heck; yazar hakkında vurgulanması gereken mühim bir husus müellifin hukuk metodolojisinde menfaat içtihatçılığının kurucusu olduğudur.-*Interessenjurisprudenz*), *Sachenrecht* s.432., RG'nin bu kararında Heck'in hakların kazai içtihatla kazanılması teorisinden esinlendiğini

İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara, 2018, s.155) Ticari işletmenin kapsamına sadece duran malvarlığını oluşturan varlıklar değil, dönen malvarlığına dahil olan unsurlar da (hammadde, stok gibi) girer. Arkan hammaddenin rehne dahil olmadığı görüşünü savunan yazarlar Antalya/Acar'a (*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017, s.72.) (bu hususta gerekçe olarak Ülgen ve diğerleri, s.236'da hammadde gibi varlıkların rehin süresince değişiklik göstereceğinden hep aynı kalmasının istenmesinin işletmenin faaliyet göstermemesi ile eşanlamlı olacağı düşüncesinden hareket etmektedirler.) karşın aksi fikirdedir. Mülga kanun TİRK döneminde işletme rehninin sadece duran malvarlığını kapsadığı, dönen malvarlığının ise, bunlar daima değişken nitelik göstereceğinden, rehni kapsamına dahil olmadığı ifade edilmiştir, lakin Arkan (s.149) dönen varlıkların bilançodan saptanmasının mümkün olmasından hareketle hammaddenin de rehni kapsamına dahil olduğu fikrini temsil etmektedir.

²⁸⁸ Türk Hukuku'nda bu durum mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu ile ve günümüzde de bu kanunu ikame eden Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile birlikte ticari işletmenin bir kül olarak rehnine kanun koyucu ve hukuk politikası gereğince cevaz verilmiştir. Bu bağlamda yeni kanun düzenlemesine bakacak olursak bilhassa ticaret unvanının ticari işletme rehninin bir parçası olduğu hallerde de işletmeyle birlikte paraya çevrilmesine özen göstermek uygun olur. Kiracılık hakkı TİRK döneminde rehni kapsamına alınmamıştı, TİTRK'da öngörülen özel değer tespit yöntemlerinden yararlanarak kiracılık hakkına gerçekçi bir değer biçilebileceği düşünüldüğünden hareketle TTK m.11/3'e göre ticari işletme kapsamında yer alan bir unsur olarak kiracılık hakkının da ticari işletme rehnine dahil olacağı söylenebilir. Lakin bunun için öncelikle kira sözleşmesinde kiracılık hakkının devrine izin verilmiş olması gerekir. (BK.m.332/II) (Arkan, Sabih, “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni*”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara, 2018, s.155) Ticari işletmenin kapsamına sadece duran malvarlığını oluşturan varlıklar değil, dönen malvarlığına dahil olan unsurlar da (hammadde, stok gibi) girer. Arkan hammaddenin rehne dahil olmadığı görüşünü savunan yazarlar Antalya/Acar'a (*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017, s.72.) (bu hususta gerekçe olarak Ülgen ve diğerleri, s.236'da hammadde gibi varlıkların rehin süresince değişiklik göstereceğinden hep aynı kalmasının istenmesinin işletmenin faaliyet göstermemesi ile eşanlamlı olacağı düşüncesinden hareket etmektedirler.) karşın aksi fikirdedir. Mülga kanun TİRK döneminde işletme rehninin sadece duran malvarlığını kapsadığı, dönen malvarlığının ise, bunlar daima değişken nitelik göstereceğinden, rehni kapsamına dahil olmadığı ifade edilmiştir, lakin Arkan (s.149) dönen varlıkların bilançodan saptanmasının mümkün olmasından hareketle hammaddenin de rehni kapsamına dahil olduğu fikrini temsil etmektedir. Kuttner, s.41-42. Ve orada dipnot 98'de anılan; Alman hukukunda cebri icrada ZPO'da o dönem için mümkün olmadığı belirtilmektedir. krş.RGZ 95, 297.

düşünmekteyiz²⁸⁹. Baumbach/Hopt'a (s.22) göre de; işletmenin bir bütün olarak rehnedilmesi mümkün değildir, salt bir uyuşma vasıtasıyla inançlı temlik de yapılamaz. (BGH NJW 68, 392) Lakin işletmenin teminat amacıyla temlik mümkünür. Taşınır; kural olarak emtia deposu, umumi depo, antrepo işleten için vazgeçilmez olduğundan ve bu nedenle, –zıttına mülkiyetin intikali için rehnin aksine hükmen teslim yeter olmasından dolayı– teslimine bağlı taşınır rehni işlevsiz kaldığından teminat amacıyla temlik müessesesi tanınmıştır. Emtia deposunun içeriğini oluşturan unsurlar sürekli bir değişime maruz kaldığından, emtia deposunun rehninin ortaya çıkaracağı sorunlar alacaklının işletmecinin yerine eşyaların maliki olduğu, kendi adına doğrudan zilyed sıfatıyla eşyaları devretmek yetkisine sahip bulunduğu varsayımıyla çözülmüştür²⁹⁰. Yine tedarik edilen mallar da önceden kurucu bir teslim ile alacaklının mülkiyetine intikal etmelidir. İktisaden arzulanan amaç için hukuki form olan rehin müessesesinin yerine mülkiyetin teminat maksadıyla temlik kurumunun, hukuki neticeleri içtihatla sadece mülkiyetin temel ilkelerinden değil, bilakis ayrıca ekonomik mülahazalardan geliştirilmiştir. Böylece İmparatorluk Mahkemesi 14 Ekim 1927 tarihli bir kararında teminat amaçlı temlikin iflasta borçlunun malvarlığının üzerinde bir ayırma hakkı (istihkak talebi değil) değil, bilakis sadece alacaklıya imtiyazlı tatmin hakkı tanıyacağını hüküm altına almıştır²⁹¹. Şayet teminat amaçlı temlik karşı tarafın elini kolunu bağlayan bir sözleşmeyle kararlaştırılırsa ki (Knebelvertrag), bu sayede borçlu ekonomik bağımsızlığı tehlikeye düşerse veya borçlunun kredibilitesi hakkında alacaklının kasıtlı bir aldatması vuku bulursa, bu türden sözleşmeler İmparatorluk Mahkemesi'ne göre iyi niyet kurallarına aykırıdır²⁹². Lakin kredibilite hakkında aldatma için en azından dolaylı kast (dolus eventualis) 826 BGB'ye göre içtihat uyarınca aranır²⁹³.

²⁸⁹ Bkz. Rüthers, 2016, München, Grundrisse des Rechts, Özsunay, s.37 dipnot 44'te anılan Wollf/Raiser 179 II 2, Enneccerus/Nipperdey 148 II.

²⁹⁰ Tarihi süreç içerisinde rehin hükümlerinin dolanılmasının önüne geçmek için hükmen teslim müessesesinin dolayısıyla kötüye kullanılmasının ortadan kaldırılması için hukuki çare olarak mülkiyetin muhafazası kaydıyla satım kurumu geliştirilmiştir.

²⁹¹ Kuttner, s.42'de dipnot 104'te anılan RGZ 118, s.209.

²⁹² Kuttner, s.42, dipnot 105'te anılan RGZ 143, 51.

²⁹³ Kuttner, s.42, dipnot 106'da anılan RGZ 132, 187.

2.8.2. Ticari İşletmenin Devri

2.8.2.1. Türk Hukuku'nda

Ticari işletmenin devri²⁹⁴ (TTK m.11); ticari işletme içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir. Devir sözleşmesi yazılı olarak yapılır ve ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Ticaret Sicil Yönetmeliği'ne (135) göre, ticari işletmenin devrinde devredilen işletmeye dahil olan tapu, gemi, fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla müdürlük tarafından

²⁹⁴ Mukayeseli hukuk bakımından ticari işletmenin devrinin eşya hukuku bakımından arzettiği incelikler: Avusturya Hukuku'nda; İşletme borçlar hukuku manasında bir birimsel sorumluluk/iltizami ögesi teşkil etmemektedir, çünkü işletmeye ilişkin borçlar hukuku ilişkilerine binaen satıcı alacaklılarının ve sözleşmenin diğer taraf onayı olmaksızın iktisap edene karşı sadece kullanım (Verwendungszusage) sözü verebilmektedir. Şayet bu ihtimal gözardı edilirse tabii ki işletmenin yekûn olarak bir sözleşmenin konusu yapılmasına karşı itiraz dermeyer edilemeyecektir.

Sadece hak birliği figürü; eşya hukukuna elverişli işletme unsurları alanında eşya hukukuna münhasır tasarruf yetkisini kısmen kolaylaştırmaktadır. Toprak/Arazi üzerindeki mülkiyet işletmenin sembolik teslimiyle birlikte “uno actu” naklolunmaz, daha ziyade toprak/arazi mülkiyeti tapu siciline tescil ile vuku bulur. “uno actu” (ile) sadece işletmenin bütün eşya hukukuna özgü elementleri toplamı üzerinde zilyetlik kurulabilir. (açıklanabilir.) Mülkiyet sadece via 302 ABGB uyarınca uno actu işletmeye dahil taşınır eşyalarda intikal eder.

İşletmenin eşya hukukunun temel prensibi olan belirlilik ilkesiyle çelişmektedir. (EvBl 1966/232) Buna karşın münferit üretim araçları, talep hakları rehnedilebilirler, daha da öteye gidilerek fevkalade hallerde bir önemli alacaklıya şahsi menfaatlerinin muhafazası maksadıyla işletmeyi idare hakkı tanıyan bir işletme yönetim sözleşmesi (Betriebsführungsvertrag) akdedilebilir.

İşletmenin bir mal olmadığının tespiti işletme üzerinde kıymetli evrakta geçerlik arzeden ilkelerin uygun düşmemesi vakası ile sabittir. Böylece ticari satım hakkındaki 373 paragraf ff. HGB kaideten işletme hakkında geçerlik arzetmez. Genel borçlar hukuku prensipleri perspektifinden nitelikli problemler de ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla işletmenin satımında bilhassa (ayrıba) karşı tekeffül soruları zorluk yaratmaktadır. Avusturya Hukuku'nda borçlar hukuku alanında tasarrufta bulunulduğu takdirde eşya hukukuna münhasır ana eşyaya, eklentiye ve bütünleyici parçaya ilişkin hükümlerin tatbikinin problem çıkardığına değinilmektedir. (Krejci, s.89-90.) Alman Hukuku'nda ise bu problem şöyle izah olunmaktadır: “Alman Medeni Kanunu'nun teferruat kavramının yani somut bir taşınır eşyanın yine somut bir ana eşyaya bağımlılığını konu edindiği eklenti kurumunun (Zubehörbegriff) eşya hukukuna özgü içeriğine göre ticari işletmenin bütünleyici parçasına (Bestandteil) kıyasen tatbiki mümkün gözükmemektedir. Aynı zamanda Alman Hukuku'na göre ticari işletmeye karşı cebri icraya girişemeyen alacaklıların işletmenin unsuru olarak müstemilat teşkil eden depo için de cebri icraya başvuramayacakları gibi üzücü netice ortaya çıkaracaktır. Ana eşyanın devri zorunluluğunun şüphe halinde teferruat üzerine teşmili noktasındaki BGB 314 hükmünde pratik yarar umulmaktadır. BGB'nin müstemilat hakkındaki hükmünü kıyasen tatbik etmek yerine bir ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için nelerin naklolunması gerektiği sorusunun cevaplanmasıyla da aynı neticeye varılacaktır. Karar noktasında her münferit olaya bakılmalıdır. Lakin daima önşart devrin ekonomik temelleri üzerine teşmil olduğudur, yani başka kelimelerle ticari işletmenin devamına olanak tanıyan unsurların devredilmesi gereğidir.” (Kuttner, s.30).

Avusturya Hukuku'nda; satıma konu olan işletme üzerinde mülkiyeti muhafaza kaydı bu hukuk çevresinde haklı olarak reddedilmektedir. (NZ 1970, 38)

Ayrıca belirtmek icap eder ki, hak sahibi olmayan tarafından iyi niyetli iktisap kuralları işletmeler için de nispeten düşük ölçekte geçerlik arzetmektedir. (Krejci, s.89-90).

ticari işletmenin devrinin tescili ile eşzamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir²⁹⁵. Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesinin tümünün tescili ile hüküm ifade eder. Ticari işletme devir vaadi, belli bir süre sonra hüküm ifade edecek devirler ve şartlı devirler tescil edilemez. Depo, hayvan sürüsü, kütüphane, koleksiyon benzeri eşya birliklerinde (tümlüklerinde aynı hak olamayacağı, bunlar üzerinde aynı tasarruf işlemi oluşturulamayacağı gibi, malvarlığı ve ticari işletme soyundan hak birliklerinde de aynı hak olamaz, tasarruf işlemi oluşturulamaz²⁹⁶. Ticari işletmenin devri ile ilgili TBK hükümleri ile TTK hükümlerinin farklılık arzemesine literatürde hukuk kuralları arasında görünüşte çatışma denir. Doktrinde hukuk kuralları arasındaki görünüşte çatışmalar üst kanun, sonraki kanun, özel kanun ilkeleriyle çözümlenmektedir²⁹⁷. Devir işlemiyle birlikte tescilsiz iktisap vuku bulur. Tescilsiz iktisap da devir sözleşmesinin tescil ve ilanı ile vuku bulacaktır²⁹⁸. Sirmen'e göre mevzubahis olan burada bir sicil dışı iktisap örneğidir²⁹⁹. Bir ticaret şirketine bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının veya mülkiyetten gayri bir ayni hakkın sermaye olarak konulması halinde TTK 128/6'ya göre tapu kütüğüne tescilden önce şirkete geçmiş olan ayni hakkın şirket adına tescili için ticaret sicil memuru tarafından tescil talebinde bulunulabilir.

Bir başka deyişle devir daima işletmenin ekonomik temelleri üzerine teşmil olur, yani başka kelimelerle ifade edersek, ticari işletmenin devamına olanak tanıyan unsurların devredilmesi gerekir³⁰⁰. Şayet ticari işletmenin devri dışında bırakılan unsurlar işletmenin devamına ve müşterinin muhafaza edilmesine mâni oluyorsa, o takdirde işletme devrinden değil, bazı unsurların devrinden sözedilecektir. Ticari işletmenin devrinden bahsedebilmek için temel bazı unsurların –mahkeme kararlarına yansıyan şekliyle– devrinin öngörülmüş olması gerekir. İşletmenin temelini oluşturan unsurlar yani müşteri gibi gayrimaddi mallar

²⁹⁵ Bu konudaki bir çalışma için Bkz. Bağcı, Ömer, “*Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler*”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2016/17, s.133.

²⁹⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s.46.

²⁹⁷ Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2015, s.340.

²⁹⁸ Şener/Uzunallı, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.9.

²⁹⁹ “Şirketin kuruluş sermayesi olarak M.B. 152.500 lirayı bir bankada bloke ettirmiştir. Bloke tarihi 11.10.1982 olup şirketin kuruluş sermayesi olarak ileride tescil halinde şirket malvarlığına dahil olacaktır. TTK'nın sermaye koyma borcu hususunu düzenleyen maddelerine göre şirketin kuruluşu için konan para haczedilemez. Gene TTK'nın 285. maddesine gereğine taahhüt edilen sermaye payı ödenmek gerekir. Bu bedeller tescil ve ilan ile şirkete verilir. Kuruculara verilemez. Binnetice şirketin kuruluşu için şart olan sermaye hissesi için depo edilen paranın haczi mümkün değildir. Bu cihetler ve TTK'nın 288 ve takip eden maddeleri nazara alınmadan şikâyetin reddolunması isabetsizdir.” (12. HD. 18.4.1983, Yasa HD, Ekim 84, s.1470.) Ayrıca İİK m.200, bent 3, II.fıkra. Yine Yargıtay'a göre “...ortak Hüseyin'in sermaye artırımında aynı sermaye olarak mahcuz malları şirkete vazetmesine dair taahhüdün bu malların mülkiyetinin kendiliğinden şirkete geçtiği anlamını taşımamaktadır. Şirket tarafından açılmış bir tescil davası olmadığı gibi, haczin uygulandığı tarihte tapu kaydı hâlâ Hüseyin'in adına olduğundan yapılan haciz işlemi bir usulsüzlük bulunmamaktadır. O halde davacı şirketin açtığı istihkak davasının reddine karar verilmelidir.” (HGK 10.04.1991, E.1991/15-80, K.196, İKİD.431, s.12209).

³⁰⁰ Kuttner, s. 30.

yanında maddi mallar tali derecededir³⁰¹. Her ne kadar müşteri çevresi devir işlemi özelinde bir işletmenin kılcal damarları³⁰² gibi olsa da ve müşteri çevresinin korunması büyük önemi haiz ise de müşteri ilişkileri³⁰³ teknik ve hukuki manada bir tasarrufi işleme konu olamazlar, olsa olsa bu noktada fiili bir durum arz ediyor olsa da eşyanın tabiatı gereği müşterisiz bir işletmenin üzerinde böylesine bir tasarruf mevzubahis olamaz³⁰⁴. Bazı yazarlar ise bu ayrımın işlevsel olmadığını, işletmenin malvarlığını esas ve tali unsurlar olarak ikiye ayırmak gerektiğini, esaslı unsurlar devredilmediği sürece işletmenin devredilmiş sayılmayacağını belirtmektedirler. Her işletmenin esas unsuru birbirinden farklıdır³⁰⁵.

Ticari işletmenin devredeninin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan borçlar ile vergi cezası gibi kanun hükmü gereği devredilmesi yasak olan borçlar devralana intikal etmez³⁰⁶. TBK ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte bir küllük olarak devrini düzenlemektedir. Türk Hukuku'nda ise; ticari işletmenin devrinde esasen adi satım hükümlerinin tatbikine olanak tanınır³⁰⁷. Ticari işletmenin satışı taşınır satışı hükümlerine tabidir, Bkz. BK m.209³⁰⁸.

TTK'daki yeni düzenlemede ticari işletmenin hukuki "bütünlüğü" kabul edilmiş ve TTK m. 11/2 hükmünde ticari işletmenin devrinde, ticari işletme kapsamına giren malvarlığı unsurlarının devir için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredileceği öngörülmüştür. Ancak TTK m.11/2 kuralının istisnası, anonim ve limited şirketin kuruluşunda bir ticari işletmenin sermaye olarak konulması halidir. TTK m. 128/1 hükmüne göre, taşınır, taşınmaz ve fikri mülkiyet hakları ile diğer değerlerin bulunması halinde, bunların TTK m. 128 hükmü uyarınca ilgili özel sicillere şerh ve taşınırınların güvenilir kişiye tevdi edilmesi gerekir. Dolayısıyla ticari işletmenin bir "bütün" olarak bir sermaye şirketine sermaye olarak konulması mümkün değildir³⁰⁹.

Bütünlük ilkesi gereği bütünlüğü bozulmuş, yani devirden önce bazı aktifleri ticari işletmeden çıkarılmış, bazı borçlar ticari işletmeye devredilmişse, o ticari işletme bir "bütün"

³⁰¹ Öçal, "*Rekabet Etmeme*", s.566 ve orada dn. 37'de anılan Ryn/Heenen s.401.

³⁰² Baştuğ / Erdem, s.35.

³⁰³ "İşletmenin devrine ilişkin anlaşmada yer alan 'Hava Parası' ibaresi yasada yasaklanmış herhangi bir konuyla ilgili olmayıp aksine ticari işletmenin devrine bu işletmeye dahil unsurlar ve ticaret unvanı dahil olduğu gibi devralan işletmenin müşteri çevresini de kendi alanına almış ve devreden bu mağaza dolayısıyla müşterileri ile bir ilişkisi kalmamışsa taraflar arasında serbest iradeler ile gerçekleşen anlaşma geçerli olacağından sebepsiz zenginleşmeye dayanılmaz." (Y.11.HD., T.25.11.1976, E.1976/4568, K.1976/5124 (Kanacı İçtihat Bilgi Bankası) Ayhan, Rıza / Özdamar, Mehmet / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2012, s.107.

³⁰⁴ Birsal, s.88.

³⁰⁵ Aslan / Şenyüz, s.10-11-12.

³⁰⁶ Akçaal, İşletmenin Devri, s.183.

³⁰⁷ Öçal, "*Rekabet Etmeme*", s.565.

³⁰⁸ Tekinalp, Ünal, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler, İstanbul, 2014, s.11.

³⁰⁹ Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticari Mevzuat, Ankara 2013, s.11.

halinde devredilemez; devir tescil olunmaz. Böyle bir devir alacaklıların zararındadır. Şartları varsa İİK 311 uygulanır. Bütünlüğü bozma işlemlerinin devirden ne kadar süre önce yapılmış olmasının bütünlüğü zedelediği somut olayın özelliğine göre belirlenir. Bütünlüğü inceleme görevi ticaret sicil müdürüne aittir. TSYön 27, 34 (İç, d). Alacaklılar dahil, devirden zarar görenler devrin iptali davası açabilir³¹⁰.

Bu konuya ilişkin açıklamalarımızı bitirirken son olarak kanunlar arasındaki birtakım çelişkilere vurgu yapmayı yerinde buluyoruz. TBK hükmü uyarınca; ticari işletme, aktif ve pasifi ile birlikte devrolunduğunda, ticari işletme alacaklılarının işletmenin devir tarihinden önceki bir dönemde doğmuş olan alacakları için kanunkoyucu, devreden tacir ile birlikte kural olarak devir tarihinden itibaren başlamak üzere devralan taciri iki yıl süreyle müteselsil sorumlu tutmuştur. Kümülatif borç nakli müteselsil borçlu olarak borca dahil olmayı ifade eder, yani borcun dış yüklenilmesinden farkı bu noktada ortaya çıkar³¹¹ (borcun dış yüklenilmesi-borçtan kurtarıcı borç yüklenilmesi). İki yıllık sürenin başlangıcı devirden önce doğmuş olan alacaklar şayet bir vadeye bağlanmışsa, yani ortada bir müaccel borç varsa muacceliyet kesbettiği tarih, şayet muaccel değil ise devrin ticaret sicilinde tescili ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanı tarihi veya devralan tarafından alacaklılara ihbarı tarihidir. Lakin bu bildirim durumu devralan tarafından kötüye kullanılmaya oldukça uygundur. Yargıtay yerleşik kararlarında bildirimin yapılmaması neticesinde devralanın işletmenin borçlarından sorumlu olmayacağına ilişkin doğabilecek yanılgılı kanaate karşılık devreden borçlarından devralanın bildirim yapılmamış olsa bile İİK m. 280/4 uyarınca sorumlu olacağını doktrindeki bir görüşe iştirak ederek benimsemiştir³¹². Yargıtay'ın benimsediği görüş uyarınca devralanın devrolunan işletmenin borçlarından sorumluluğunu, devrin ihbar/ilanına bağlamak sorumluluk hukuku mantığı ile örtüşmediği için sadece devir sözleşmesinin geçerli olarak yapılmış olması devralanın sorumluluğunun doğumu için yeterli görülmektedir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise TBK m. 202/1'deki çok açık hüküm karşısında ihbar/ilan yapılmazsa; devir sözleşmesi dış ilişkide sonuçlarını doğurmayacak, bu nedenle devredilen ticari işletmenin borçlarından devralan sorumlu tutulamayacaktır. Devir

³¹⁰ Tekinalp, *Ticari Mevzuat*, s.11.

³¹¹ Durman, Okay, *İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul, 2009, s.59-60 vd.

³¹² Eminoğlu, Cafer, *Ticari İşletme Hukuku Pratik Çalışmalar*, Ankara, 2018, s.117'deki görüşü teyit eden yargı içtihadı için Bkz., 21. HD. 24.05.2004 Tarih 4554/4873 (Kazancı) "Borçlu ile davacı arasındaki ilişki ticari işletme devri niteliğinde bulunduğundan İİK'nın 44 ve BK'nın 179. maddelerinin (TBK m.202) uygulanması gerektiği açıkça ortadadır. Ancak borçlunun devri kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirerek ilan ettiği ve mal beyanı verdiğine ilişkin dosyada hiçbir kanıt yoktur. Bu durumda, devir alacaklının haklarını etkilemeyeceği gibi, devralan davacı da BK'nın 179. maddesi (TBK m.202) gereği işletmenin borçlarından sorumludur."

sözleşmesi alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir³¹³. Yargıtay başkaca kararlarında ise, ihbar/ilanda bulunmayan devralanın işletmenin borçlarından devraldığı mallarla sınırlı olarak sorumlu olacağını doktrindeki ikinci görüşü temsilen içtihat etmektedir³¹⁴. Şayet işletme bir adi şirkete devrediliyorsa, o takdirde işletmenin borçları ile şirkete devredildiği iradesi ancak ihbar veya ilanla birlikte belirli bir hale gelir. Yargıtay kararlarında markanın devri için yazılı devir sözleşmesi yapılması zorunlu olmasına rağmen, işletmenin devri durumunda markanın da işletmenin bir unsuru olarak devrin kapsamına gireceğini, aksi kararlaştırılmadıkça, hükme bağlamıştır³¹⁵. Alacaklılara yapılacak ihbar veya ilan suretiyle bildirmede açıkça istisna edilmedikçe şirket ortakları tarafından bilinmeyen borçlar da şirkete intikal eder³¹⁶.

2.8.2.2. *Mukayeseli Hukukta*

Malvarlığı hak sahipliğinin (Vermögenstraeegerschaft) yer değiştirmesi/taşınması (Überführung) bir tasarrufi muamele olarak yani 929 BGB anlamında bir ferağ/Übereignung veya 398,413 BGB anlamında bir terk/Abtretung olarak takdim edilmemelidir, bilakis işletme hukukuna münhasır kendine özgü bir tasarruf olarak görülmelidir (krş. işletme satımındaki closing ile).

³¹³ 15. HD. 4.2.1997 T. 257/598 (YKD 1997, C.23, S.4, s.556.) Devir sözleşmesinin taraflar arasındaki geçerliliği, ihbar ya da ilanda bulunulmuş olmasına bağlı değildir. İhbar ya da ilan devir sözleşmesinin dış ilişki bakımından sonuç doğurabilmesi için şarttır. Dolayısıyla devralan ihbar yapmazsa, borçlardan sorumlu olmaz. Bu durumda devreden elinde hiçbir şey kalmamış olacağından, alacaklıların devirden zarar görmeleri sözkonusu olabilir. İİK m.280/IV. maddesinde bu sakıncayı önlemek üzere bir hüküm getirilmiş ve devralanın, alacaklıların açacağı iptal davasından kurtulması, devir keyfiyetinin ihbar ya da ilanına bağlanmıştır.

³¹⁴ Arkan, s.45, Arkan, 1997, 3.bası, s.42, dipnot 4'te anılan Yargıtay 15. HD.19.03.1996 T.1202/15038 İİK m.280/IV'deki ihbar/ilan yükümlülüğü yerine getirilmediğinden devralanın devreden borçlarından dolayı alacaklıya karşı devraldığı mallarla sorumlu olacağı belirtilmiştir (bu karar yayımlanmamıştır).

³¹⁵ Turanlı, Hüsnü, "Ticari İşletmenin Devri", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C: 1, Sayı: 3, 2012, s. 46, dipnot 42'den naklen. Yargıtay'ın bu yaklaşımı; Birsell'e göre eski mevzuat döneminde savunulduğu fikre paralel arzetmektedir. Nitekim Birsell'e göre; markanın devir ve temliki, işletmeden ayrı olarak yapılabilir. Marka hangi emtia için tescil edilmişse, o emtianın tamamı veya kısmı için müesseseden müstakil olarak devir ve temlik edilebilir. Devir sözleşmesinin resmi şekilde yapılması, yani senedin noterlikçe düzenlenmesi gerekir. Sanayi Bakanlığı Sınai Mülkiyet Müdürlüğündeki (yani Sınai Mülkiyet Kanununu'nun yürürlüğe girmesine kadarki ara dönemde TPE'deki) tescil, hak doğurucu değil bildirici niteliktedir. Diğer deyimle, tescil ancak marka üzerinde mülkiyete karine sayılır, devir sözleşmesiyle bu karinenin aksini ispat mümkündür. Lakin yeni hak sahibinin (yani devralan tacirin) marka üzerinde tasarrufta bulunabilmesi sicile tescil şartının yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, markanın devri tescil talebi işletme devrinde ticaret sicili müdürü tarafından işletmenin yazılı devir sözleşmesinin ticaret siciline tescilini müteakip marka siciline (Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tutulan dairede) derhal ve resen yapılmak icap eder. 11. HD. 14.09.1999 Tarih 1999/1896 K. 1999/6794.

³¹⁶ Doğanay, Ümit, Adi Şirket Akdi, İstanbul, 1968, s.45 dn.36'da anılan BGE 60 II 105. Mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devri konusundaki borcun yüklenilmesi özel hükümleri saklıdır.

Alman Hukuku'nda ticari işletmenin devri³¹⁷ hususunda iki kavram arasında ayrım yapılmaktadır. Terminoloji, “Überlassung”³¹⁸ ve “Übertragung”dur. “Überlassung”-İşletmenin Überlassung müessesesiyle devrinde kural olarak ferağ ve bununla bağlantılı olarak dönen malvarlığını oluşturan eşyaların terkiyle bağlı olunurken, işletmenin Übertragung kurumuyla devrinde kural olarak aynı zamanda devir sabit sermayeyi/duran malvarlığını da kapsamaktadır. Bir işletmenin Übertragung suretiyle devri hali muhtelif hukuki sebeplere dayanabilir. Örneğin: işletme satımı, mirasın taksimi veya hibe gibi. İşletmenin kuruluşta sermaye olarak konulması durumunda hukuki temel artık bir şirket sözleşmesidir, ki bu akit geçmiş/eski işletme “hamilini”/Traeger işletmeyi anasermaye olarak şirkete getirmeye veya bir ayın cinsinden sermaye artırımına yükümlendirir.

Alman Anayasası m.14'ün lafzı şu şekildedir: “Eigentum verpflichtet”

Yani “mülkiyet sorumludur.” Bu kuralı daha dar teknik manada algılamak gerekirse mal (varlığı) ile sorumluluğu tanzim etmektedir ve Alman özel hukukunda temel hak niteliği taşımaktadır. Alman Hukuku'nda Windscheid talebi (MK.m.194) bir kimseden bir şeyin yapılmasının veya yapılmamasının istenmesi olarak tanımlarken, bir Germanist olan ve Alman Medeni Kanunu'nun Roma Hukuku etkisinden arındırılmasında rol oynayan Otto v.Gierke ise o tarihlerde bir kimseden bir edimin ifasının istenebilmesi konusu ile uğraşmaktaydı. Otto v.Gierke talebi “borç ve sorumluluk” (Schuld und Haftung im aelteren deutschen Recht insbesondere in Form der Schuld und Haftungsgeschäfte, 1010) diye iki düşünsel unsura ayırarak incelemektedir. Bu bağlamda ona göre borç talepte hayatiyet bulan hukuki düzenin yapmaya yönelik emriydi. Alacaklı borçludan borcun konusu olan edimi isteyecek, borçlu ise bu edimi yerine getirecektir. Yapmaya yönelik emir yani borç tek başına hukukun istediği durumun hasıl olmasına yetmemektedir, buna yapma yükümlülüğünün gerçeğe dönüştürülmesine temel olan başka bir unsur daha eklenmelidir. Bu da sorumluluk olarak adlandırılmaktadır. Sorumluluk borçlunun yapma zorunluluğuna yönelik emri kabul

³¹⁷ Alman Borçlar Hukuku Reformunda teşebbüsün satım sözleşmesinin konusunu teşkil edebileceği fikri berraklaştırılmıştır. Zira bu bilgiye § 453 BGB'de belirtilen “başkaca eşya” (“nesneler” deyiminden kanun hükmünden çıkarsanarak yorum suretiyle varılmaktadır. (Brox/Hennsler, Rn.123a.) TBK m.209'da taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışı esas alınmıştır. Bu düzenleme Alman Hukuku'ndakine nazaran konumuz bakımından daha kapalı bir mahiyettedir. Yorum yoluyla işletmelere de özgülenebilir. Örneğin bazı hallerde taraflar bilhassa ticari işletme ve aynı zamanda esnaf işletmesi için de geçerli olmak üzere bir lokanta veya otelin taşınmaz olarak içlerinde yatak, sandalye, masa vb. taşınır mallarla satılması halinde tarafların aksini sözleşmede belirtmemişlerse, asıl şeye ilişkin satış onunla amaçsal veya işlevsel bir bağ içinde bulunan eklenti niteliğindeki taşınır malları da kapsar. (Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2014, s.88).

³¹⁸ Hukuki niteliği bir sürekli borç ilişkisidir (Dauerschuldverhaeltnis).

etmesidir³¹⁹. İşletmenin kurucu unsurları onun şahsiliğini oluşturur ve hukuki içeriğine göre de devredilir. Mesela işletmenin mülkiyetinde olan taşınmazlar zorunlu şekilde, gayrimaddi haklar ise müşteri ve tedarikçilerinin iktisabı ile naklolunur. Diğer unsurlar ise, kendiliğinden- ipso iure devrolunur. Zorunlu sorumluluk sigortası (Haftpflichtversicherung) ise kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmiştir, intikali ipso iure vuku bulmaz. 151Abs.2 VersVG Şayet işletme bir üçüncü şahsa satılırsa, üçüncü şahıs hakları ve borçlarıyla sigortalı yerine geçer. Devir ile birlikte sözleşme süresi boyunca sigorta sözleşmesi devam eder.

“Ticari işletmenin devri de bazen yasak olabilir, bugün öncelikle dikkat edilmesi gereken husus kartel hukukuna özgü sınırlamalardır. (piyasada hâkim durum 35 ff GWB und EU-Recht, s.Rn.77-79’e göre) Örneğin Hopt/Fabritius 3. Aufl 2007 Form I.K.22-23 (Federal Kartel dairesinde ve Avrupa Komisyonuna yapılan kartel hukukuna özgü bildirimler) .Önceki içtihadı göre; bir hekimin, avukatın veya sair meslek erbabının muayenehane veya yazıhanesinin devri mümkün olmakla beraber ahlaka aykırı sayılıyordu. Bu içtihat bugün aşılmıştır, (BGH 16, 74, 43, 47, NJW 73, 100) lakin ilgili hastanın rızası olmaksızın hasta dosyasının (Kartei) ve tedavi-müdahale evrakının devri yasaktır. Aynı şekilde müvekkilin dosyasının tedavisinde de aynı prensip caridir”³²⁰.

“Bütün veya bütüne yakın şirket hisselerinin satımı işletme satımıdır. Lakin münferit şirket hissesinin satımı ise hak satımıdır”³²¹. Eğer bir anonim şirket malvarlığını bir başkaca anonim şirkete devrederek (ehemmiyetli hacimdeki ekonomik işletmeler akılcı bir yöntem menfaatine erime suretiyle) birleşirlerse, ticaret unvanı sicilden terkin edilmiş devreden işletmenin tedarikçileri düzenli olarak işletmeye açtıkları kredilerin yenilenmesinden kaçınacaklar mıdır? Modern iktisatta kredi ve finansal imaj birbirlerine oldukça bağlı olduklarından, birleşme ile de takip edilen amaçlara yekdiğerinin hukuki bağımsızlığına dokunulmaksızın da (bir anonim şirketin veya bir gerçek kişi tacirin başka bir anonim şirketin hisse senetlerini iktisap etmesi suretiyle de) ulaşılabileceği için, hukuken katı bir biçimde ele alınırsa, aslında işletmenin idaresi değişmemiştir. Lakin artık dış ilişkide görünür halde olan yeni işletmenin; hâkimiyetindeki (değişikliğe maruz kalan) işletmenin kredisini tahammül keyfiyetinde olması gereği şüphelidir.

³¹⁹ Ekkehardt, Becker Eberhardt, “Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı”, çev. Yıldırım-Deren, Nevhis, 21.Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul, 2003, s.41.

³²⁰ Baumbach/Hopt, s.18, n.45 (BGH 148, 97, NJW 95, 2026).

³²¹ Baumbach/Hopt, s.19, n.46.

Belçika Hukuku'nda ticari işletme sermaye payı olarak getirilebilir. Doktrinde ticari işletmenin sermaye olarak getirilmesinde borçlarla alacakların ticari işletme ile birlikte intikal edeceği, bunun ise genel ilkeye bir istisna teşkil ettiği belirtilmektedir³²².

Doğrudan (hazırlararası) satışta işletme hukuki bütünlük (Rechtsgesamtheit) olarak satım sözleşmesinin asli edimi unsurudur. Satışın asli edimini eşya, eşya birliği (Sachgesamtheit)³²³, haklar ve diğer iktisadi değerler (yararlar) (Vorteile) hukuki bütünlük yanında teşkil edebilir. Hukuki birlikten anlaşılması gerekenin eşya, eşya birliği, haklar ve hukuk âlemindeki diğer varlıklar (sonstige Güter des Rechtsverkehrs) diye saydığımız öğeler dışında anılan malvarlığı, tereke (miras ortaklığı) ve işletme olduğu düşünülür. Doktrinde hâkim görüş bu iken, Bucher tarafından bir malvarlığı veya tereke birlikte eşya birliği³²⁴ olarak nitelendirilmektedir. Örneğin bu manada sanat eserleri koleksiyonu, mutfak tefrişi, komple bir alet edevat takımı kutusunu oluşturan unsurlar bir bütün teşkil ettiği ölçüde bir eşya birliği teşkil ederler. Tek bir sözleşmeyle eşya birliği de satışa konu edilebilmektedir. Hakların içerisine fikri ve sınai haklar da dahildir.

Diğer yararlar (yani sonstige Vorteile) ise aksine hiçbir fikri korunmadan yararlanamazlar³²⁵. Lakin satışın konusunu devredilebildikleri ölçüde oluştururlar. Örneğin know-how, good-will gibi. İşletmenin satışı çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. (Hazırlararasında-doğrudan satışta işletme hukuki birlik olarak tek başına satışın konusunu teşkil eder. (Asset deal) Belirlilik ilkesi uyarınca işletmenin doğrudan satışında bütün tasarruf işlemleri ayrı ayrı eda edilmek lazım gelir. İsviçre Federal Mahkemesi ticari işletmenin devri (satımı) sözleşmesini sui generis bir sözleşme olarak klassifiye ederken, taşınır satımına

³²² Öcal, “*Rekabet Etmeme*”, s.570.

³²³ Avusturya hukukunda ABGB'nin teferruatlı eşya kavramı tarifine karşın, işletme bir eşya birliği olarak kabul görmemektedir. Bilakis bir özel malvarlığı olarak bu hukuk çevresinde mütalaa olunmaktadır ki, işletme diğer özel malvarlığı yapılarından da nitelikli bir iktisap amaçlı bir organizasyon ortaya koymasıyla ayrılmaktadır (Krejci, s.88).

³²⁴ Sirmen'den (*Eşya Hukuku*, Ankara, 2013, s.26-7) naklen aktarılabilecek konuyu aydınlatma mahiyetinde özet bilgiler şunlardır; Hukuk düzeni eşya birliğinin arzettiği ekonomik birliği görmezlikten gelemeyiz. Nitekim eşya birliğini meydana getiren şeylerin mülkiyetinin devri tek bir satış sözleşmesiyle taahhüt edilebilir. (Meier-Hayoz, Syst. Teil, N.142) Ayrıca eşya birliği mirasın paylaşılmasında özel olarak düzenlenmiştir. (MK 653) Bazen bağımsız hak konuları belli bir amaçla bir arada bulunmak suretiyle amaçsal bir topluluk meydana getirir. Buna hak birliği denir. Hak birliğine yalnız eşya değil, çeşitli hak konuları da girer. Örneğin bir kimsenin malvarlığı, elbirliği ortaklığına ait malvarlığı ve ticari işletme birer hak birliğidir. Hak birliğinin de kural olarak eşya birliği gibi bir kül halinde hak konusu yapılması mümkün değildir. Nitekim Medeni kanun bir malvarlığı üzerinde intifa hakkının kurulabileceğini kabul etmişse de, (Mk 794/1, 814) bu durumda malvarlığı bir bütün halinde intifaya tabi olmayıp, malvarlığının aktifinde yer alan her bir unsur üzerinde ayrı bir intifa hakkının kurulması sözkonusudur. Ticari işletme kavramının, ticari sırları, deneyimleri, müşterileriyle ticari işletme malvarlığından daha bir geniş kavram olduğu konusunda Bkz. Meier-Hayoz, Syst. Teil, N.161.

³²⁵ Huguenin, Claire, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 2008, s.96'da anılan Raiser, Brecher.

ilişkin belirlemelerin kısmen ve bünyeye uygun düştüğü ölçüde kıyasen tatbiki kabil olduğunu içtihat etmektedir³²⁶.

Şayet tacir bir sermaye şirketi ise, tacir sıfatındaki bir pay edinmenin/katılımın iktisabı yani “share deal” ekonomik olarak işletmenin bütünüyle iktisabı “asset deal” gibi aynı etkiyi doğurabilir. Bütün paylar veya iktisap edenin her halükârda işletmeye hâkimiyet tesis edebileceği derecede çok sayıda payların iktisap edilmiş olması durumunda vaziyet böyledir. Hâkim fikre göre; katılımın devri bir hak satımı teşkil ettiğinden esasen böylesine bir devirde sadece hukuki ayıplar mevzubahis olabilir, lakin tartışmalı bir husustur. Doğası gereği bir hak maddi bir ayıp arzedemez. Bu suretle alıcının pay satımındaki hakları 434 BGB uyarınca üçüncü şahsın satım konusu eşyada hak iddiasında bulunması sözkonusu değildir. Pay satımı ekonomik olarak işletmenin bütünüyle devrine eşdeğer ise, o takdirde bu türden bir intikalde de maddi ayıplardan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır. Bundan dolayıdır ki, şayet bir işletmedeki tüm veya tümevaran payların iktisabında maddi ayıplardan sorumluluğu tanıyan eski hukuki konuma göre geliştirilmiş içtihat tatbiki kabil görünmektedir. Sınır yüzde 75’lik bir katılıma çekilmelidir (tartışmalıdır)³²⁷. İsviçre Hukuku’nda ticari işletmenin dolaylı devrinde bir şirketin hisselerinin satılması ki, (share deal) şirkette hâkimiyetin el değiştirmesine dahi sebebiyet verir³²⁸. Hisse iktisabıyla ticari işletmenin devrine (share deal) İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 197’ye atıfla (uyarınca) ticari işletmenin ayıpları nokta-i nazarından izin vermemektedir. Zira satım nesnesini ticari işletme değil de hisseler oluşturmaktadır³²⁹. Lakin İsviçre’deki yeni ilmi içtihat aksi fikirde olup, hisse senetleri yönünden en azından bir çoğunluk paydaşlığı mevzubahis ise, ticari işletmenin ayıplarından dolayı İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 197’nin hisse satımı sözleşmesinde de tatbiki kabil olması gereğini belirtmektedir. Ekonomik açıdan bakıldığında satım konusu nesne ticari işletme olup, hisse senedi değildir³³⁰.

Avusturya Hukuku’nda ise; ticari işletme devrinin bazı nitelikli haksahibi kitlesini sözleşme alacaklıları, devreden lehine şahsî ya da aynî teminat vermiş olanlar, haksız rekabetten doğan tazminat alacaklısı gibi kişilere bilhassa duyurulması öngörülmüş ve bu kategoride yer alanlara itiraz etme imkânı tanınmıştır³³¹.

Bu olgudan hareketle her ne kadar Avusturya İcra ve İflas Hukuku’nda da (cüzi ve külli takip hukukunda) tasarrufun iptali davası düzenlenmiş olsa bile, alacaklılara ticari

³²⁶ Huguenin, s.13, orada BGE 129 III 18 vd, 21.

³²⁷ Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung 3.Auflage, 2004, s.132 ff.; Grunewald, Nzg 2003, 372.

³²⁸ Huguenin, s.13, Kn.87-88.

³²⁹ Huguenin, s.43, Kn.280 BGE 79 II 155 vd, 158, 107 II 419vd, 422, krş. Bucher, Honsell.

³³⁰ Huguenin, s.43, ve orada Vischer, 231; Böckli, 62, tafsilatlı bilgi için Bkz.Luginbühl, 47.

³³¹ Aker, “Avusturya”, s.305.

işletmenin devri müessesesine özgü olarak bir karine getirilmek yerine, itiraz hakkı tanınmıştır. Türk İİK’nda ise 280/4 ile getirilmiş bir karine bulunmaktadır. Buna karşılık 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu ticari işletmenin devrini ayrıca bir yeniden yapılandırma modeli olarak öngörmüştür³³². İsviçre Hukuku’nda daha önceki adıyla ticarethanenin devri (Geschaeftsübernahme) Birleşme Kanunu’nda bir genel malvarlığı devrine teşmil edilmiştir.

Malvarlığının devri suretiyle bir alacaklının hakları tehlikeye düşebilmesine rağmen İsviçre kanunkoyucusu malvarlığının devrinde bölünmedeki gibi bir alacaklı koruması öngörmemiştir. Şayet müteselsil sorumluluk sona ererse, veya kâfi bir himaye sunmazsa, o takdirde alacaklılar aynı zamanda bir teminat talebinde bulunabilirler. Denkleştirme ifası davası dışında birleşmede olduğu üzere aynı hukuki çareler emre amadedir. Sorumluluk hukuku bakımından alacaklıların korunması bağlamında her ne kadar anonim ve limited şirketin hukuki yapısına mahsus hükümlere göre imkânsız görünse bile malvarlığının devrine ilişkin idare heyetinin kararının iptali kabildir³³³.

Umumiyetle birleşme kanununa mahsus tür değiştirme bir işletmenin ayniyeti ile tipikleşmektedir. Şekli olarak büyük paketler halinde şirket hisseleri transfer ediliyorsa, çoğunlukla bu durumun varlığı işletmenin devrini ifade eder. Hatta bağlı nama yazılı hisse senetlerinin satım hakkı genel olarak bir işletme değerlemesi temelinde belirlenen bir gerçek iç değer tespitini/hesaplanmasını gerektirir. (OR 685 b, 2; 10 N 79-80) Bundan dolayı OR 736 Ziff.4 hükmü görüldüğü kadar çok da dramatik değildir, orada anılan, azınlık pay sahiplerinin belli koşullar altında şirketin feshine etki edebilecekleridir. Lakin şirketin feshi şirketin işletmesinin feshini ifade etmez. Eğer işletmeye bir nihai ıslah ile işlev kabiliyeti kazandırılabilirse, o takdirde çoğunlukla çok masraflı olan paraya çevirmeden sakınılır ve bütünü için bir iktisap taliplisi aranır³³⁴.

“Alman Hukuku’nda iflasın eşiğindeki şirketler açısından geliştirilmiş bir yeniden yapılandırma formülü de ıslah edici devirdir (sanierende Übertragung)³³⁵.

³³² Aydın, s.16.

³³³ Avusturya Hukuku’ndakine benzer bir alacaklıların himayesini temin eden usulün İsviçre Hukuku’nda da öngörülmüş olması, İsviçre Hukuku’nda tasarrufun iptali davalarının takip hukuku yani şekli hukuk yönünden ele alınmasından kaynaklandığı savı ile gerekçelendirilebilir.

³³⁴ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.296, Rn.21.

³³⁵ Bu konuda Alman Hukuku’ndaki alternatif çözüm önerileri için müteakip örneklerle bakılması tavsiyeye şayandır.

Somut olayda; S-GmbH isimli limited şirketin malvarlığı üzerinde aciz muhakemesi açılmıştır, ortaklar ya da münferit yatırımcılar ve aciz idare memuru aralarında müteakip iyileştirme tedbiri üzerinde uzlaşırlar. Ortaklar kâfi derecede bir sermayeyle donatılmış bir A-GmbH adını taşıyan yeni bir limited şirketi bir başlangıç (Auffanggesellschaft) şirketi olarak kurarlar ve bu şirket krizdeki işletmeyi iflas masasından tasfiye bedeline iktisap eder. (Zerschlagungswert) Hâkim fikre göre; burada A-GmbH’nın 25 HGB’den kaynaklı

Alman Hukuku'nda yer alan "Borçlar da borçlunun malvarlığına dahildir" genel ilkesi yani BGB m.419³³⁶ hükmünün hareket noktası olan alacaklılar bakımından alacakların tahsili açısından; malvarlığı devredilmiş olsa bile bu malvarlığına başvurma şansının varolması gereği yönündeki temel felsefeyi desteklemektedir.

Her kim ki, sağlararası bir tasarrufla iktisap edilen bir ticarethaneyi halefiyet ilişkisini işaret eden bir ek ile veya onsuz işletmeye devam ettirir, eski malikin kendi işlettiği zaman zarfındaki tasarruflardan doğan taahhütlerinden sorumlu olur. - (HGB m.25)-Haftung des Erwerbers bei Firmenfortführung

Muvazaalı devirde yani işletme sahibinin gizli yediemin olarak işletmeye devam etmesi bu kuralın işlerlik kazanması için kâfi değildir. Bir ticarethanenin şahıs şirketi ortağı tarafından devralınması, mirasın taksiminde iktisap, duran malvarlığının hasılat kirasına konu edilerek iktisabı, aynı zamanda hasılat kiralayanının geri iktisabı, BGB m.613a hükmüne göre işletmenin iş hukuku anlamında devri hallerinde durum aynıyet arzeder.

HGB'nin 25'ten 27'ye kadar olan hükümleri ticari işletmenin kredisini, alacaklıyı himaye ederek korurlar. Mevzubahis hükümler alacaklının kredi açmada işletmenin ekonomik temellerini gözönüne aldığı varsayımından hareket ederler³³⁷. Bu kurallar dairesinde aynı ticaret unvanı altında işletme idare edildiği müddetçe, borçlarından ve bunun haricinde alacaklıların talep haklarından da işletme sorumlu olacaktır. Böylece işletmenin devri anında varolan işlemlerinden doğan taahhütlerden sadece ticari işletmeden ayrılan malik (ticareti terkeden) değil, aynı zamanda ticari işletmeyi iktisap eden de sorumlu olacaktır. Böylece de işletme finansal olarak konsolide olur, çünkü alacaklıya tanınan himaye büyük meblağlı kredilerin teminini cazip kılar³³⁸.

sorumluluğuna olumsuz yanıt vermek gerektiğinden işletme kendisini tekrar sağlıklı bir işletmecinin elinde bulmaktadır. İşletme iyileşmiştir, lakin S-GmbH iyileştirilmemiştir ve S-GmbH'nın aciz alacaklıları kendi aralarında krizdeki işletmenin paraya çevrilen değerini paylaşmak ve işletmenin borçtan ari nasıl yaşadığını izlemek zorundadırlar.

³³⁶ Daha ziyade BGH bir nitelikli mevzu ile kendi kararını sınırlandırmaktadır. Şayet teminat amacıyla temlik eden, bir alacaklıları için kullanıma hazır eşdeğer karşılık elde etmezse ve teminat amacıyla temlik edenden bir imtiyazlı taahhüt ile malvarlığı (mü) temadi (yen) (vaziyetinde) -zamana yayılı olarak mahrum bırakılır ve böylece bunun üzerinden/aracılığıyla temellük edene peşinen bir tasarruf iktidarı bahşedilirse, o takdirde 419 her halükârda tatbiki kabildir. Lakin tersinden okunduğunda BGH'nın içtihadı da aynı yöndedir. Şayet her vakit teminat amacıyla temlik eden tarafından temlikin hukuki ve ekonomik etkileri bir daha (tekraren) bertaraf edilebiliyorsa, 419 en azından o takdirde tatbiki kabil değildir. 419 II'ye göre teminat amacıyla temellük edenin temellük olunan varlık üzerindeki sorumluluğu sınırlıdır. (Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, München, 1995, s.372).

³³⁷ Kuttner, s.41, dipnot 95'te anılan RGZ 140, 431.

³³⁸ Kuttner, s.41, dipnot 97'de Kuttner tezinde malvarlığı (Vermögen) terimini iktisadi manada kullandığını açıklarken bu hükümlerin malvarlığının asıl unsurunu vurguladığını ve o takdirde de bu kayıt farzı edildiğinde işletme üzerinde sınırlı aynı hakların tesis edilemeyeceğini belirtmektedir, karşı fikir olarak malvarlığını iktisadi malların mündemiç (Inbegriff) olduğu bir kavram olarak algılayan fikrin savunucusu

2.8.3. Ticari İşletmenin Devren Kiralanması

İsviçre’de Federal İstatistik Bürosu’nun kayıtlarına göre özellikle perakende ticaretle uğraşanların büyük bir kısmının kiracı durumunda bulunduğu ve orta sınıfa mensup olduğu anlaşılmaktadır³³⁹.

Müşteri potansiyelinin devam ettirilmesinin önemi karşısında ETTK ve ETBK döneminde kanunlarımızda kiracılık hakkının devri konusunda ve ticaret unvanının devrine getirilen açıklığın aksine bir hüküm öngörülmemiş olmamasına rağmen, YTTK ve YTBK’da olduğu üzere, doktrinde Arslanlı ve Mimaroglu kiracılık hakkının dahi işletmenin devri ile birlikte ve kiralayanın rızasının beyanına gerek kalmaksızın ticari işletmeyi devreden tacirin iradesine bağlı olarak gerçekleşeceği görüşünü savunmaktaydılar³⁴⁰. Nitekim bazı durumlarda kiracı, devir yetkisini haiz olduğu kiracılık hakkını işletmeyi naklederken hava parası veya good will diye nitelendirdiği unsur bakımından kiracıya devretmekte ve bu hava parasını kendi hesabına alabilmekteydi.

Mukayeseli Hukuk’ta; Fransız Hukuku’nda ise kiracı tacirin kira mukavelesini temdit hakkı dolayısıyla gayrimenkul üzerinde malikin mülkiyet hakkına kıyasla ticari mülkiyet-propriete commerciale hakkına sahip olduğu ileri sürülmüştür (Ripert)³⁴¹.

Kiracılık (hakkının) devrinde kiracı kira akdinden doğan kullanım hakkını bir üçüncü kişiye devreder ki, öğretide hâkim görüşe göre ve Yargıtay’ın bazı kararlarına göre ortada bir alacağın temlik³⁴² vardır³⁴³. Diğer fikre göre ise, kira akdi kendisinden doğan bütün hak ve

olarak Schmoller’e atıf yapmaktadır. Türk Hukuk’unda ise işletme üzerinde hakların iktisabı yöntemlerinden birini teşkil eden tesisen iktisap suretiyle sınırlı aynı hak kurulmasına cevaz tanındığını vurgulanmaktadır.

³³⁹ Özsunay, s.18.

³⁴⁰ İnal, *İşletme*, s.72 orada dn.145’te anılan yazarlar.

³⁴¹ Karayalçın, s.101.

³⁴² Bu temlik satış, aynı sermaye koyma gibi ivazlı olabileceği gibi, bağışlama, vekâlet temelli ivazsız da kararlaştırılabilir. (Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/2 Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Ankara, 1985, s.157).

³⁴³ Tandoğan, s.155, Tandoğan’a (s.157) göre; alt kira kanunun kira hakkındaki hükümlerine tabidir. Tandoğan eserinde bir de İsviçre öğretisindeki kiranın devrinin kapsamı ile ilgili tartışmaya yer vermiş buna göre; von Tuhr-Siegrwart’a ve Schmid’e göre kiranın devrinde kiracının kira sözleşmesinden doğan bütün hakları devralana geçer. Aksi fikirde olan Oser-Schönenberger ve Becker’e göre; kiradan doğan bütün haklar değil, yalnız kullanma hakkı devre konu teşkil eder. (Tandoğan, age., s.157 ve orada dipnot 95’ten naklen) Gümüş Tandoğan’ın İsviçre öğretisinden naklettiği tartışmanın Oser-Schönenberger, Becker tarafında yer alarak Tandoğan’ın temsil ettiği von TuhrSiegwart, Schmid cephesine karşı fikir beyan etmiştir. (Gümüş, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, İstanbul, 2017, s.259). Kanunun madde gerekçesinin zaten bu görüşe göre kaleme alındığını belirtmektedir. Aynı fikirde; Aral, s.264, Oser-Schönenberger, Art.264 Nr.3, Becker, m.264 N.2, s.287-288, Arpacı, s.74, Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2012, s.304. Gümüş’e göre; alt kira veya kiranın (kullanım hakkı) devrinde alt kiracı veya devralanın kullanım hakkının kapsamının kiracı için kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkının kapsamını aşması durumunda (örneğin konut olarak kiraya verilen taşınmazın kiracı tarafından depo olarak veya ticarethane olarak alt kiracıya kiralanması) veya alt kira ve kullanım devri sözleşmesinde daha uzun bir kullanım süresi öngörülmesi durumunda) alt kira veya kiranın kullanım hakkı devri caiz değildir. (BGE 39 II 702) Bu durumda kiraya veren TBK m.316/II’ye göre kira sözleşmesini feshedebilir, kiraya veren kiracısının caiz

borçlarla birlikte naklolunur³⁴⁴, şayet kullanım hakkının sadece devredildiği kabul edilecek olursa, o takdirde devreden devirden sonra da kirayı ödemek zorunda kalırdı³⁴⁵.

Şayet kira akdinde alt kira yasaklanmışsa, bu yasak kiranın devri yasağına da şamildir³⁴⁶. Kiracının kiralananı ariyet vermek veya şirket kurmak suretiyle³⁴⁷ kanuna karşı hile teşkil edecek mahiyette bir metodu izleyerek bu yasağı ilga etmesi mümkün değildir. Kira akdinde aksine şart kararlaştırılmamışsa, kullanım hakkının devrinin, kiralayana zarar verici bir değişikliği gerektirmemek kaydıyla, tekrar yani birden fazla yapılması kabildir. Ayrıca kira akdinde her seferinde kullanım hakkının devri kiralayanın müsaadesine tabi kılınmışsa, kural olarak kiralayan rıza vermekten kaçınmamalıdır³⁴⁸. Lakin şayet kullanım hakkının devri kira akdinde kiralayanın müsaadesine tabi kılınmayıp, genel olarak yasaklanmışsa, o takdirde kiralayan başkasına kiranın devrine rıza göstermemesinin nedenlerini açıklamaya mecbur değildir ve mahkeme de reddin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığını inceleyemez³⁴⁹.

Poroy/Yasaman'a göre işletmenin devrinde; külli halefiyet ilkeleri gözönünde tutulması gerektiğinden, birleşmelerde olduğu gibi, kiracılık hakkının intikali için kiralayanın rızasının gerekmediği kanaatindedir³⁵⁰. “TK aksi devir sözleşmesinde öngörülmedikçe müşteri çevresi, daimi surette ticari işletmeye özgülenen malvarlığı değerleri ve duran ve

olmayan bu tasarrufu ile elde etmiş olduğu kazancı gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye hükümleri çerçevesinde kiracısından talep edebilir. (BGE 129 III 422, 126 III 69) İnceoğlu'na göre alt kira esasen bir kira sözleşmesidir (İnceoğlu, Murat, Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul, 2014, s.496). İnceoğlu'nun belirttiği üzere kullanım hakkının alt kiradan temel farkı kullanım hakkını devralan kimsenin, kiralananın sözleşmeye uygun bir şekilde bulundurulmasını kiraya verenden talep edebilmesidir. Bu bağlamda kiraya verenin kullanım hakkını devralana karşı ayıba ve zapta karşı tekeffül sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Oysa alt kiracı bu hakkını ancak kendi kiraya vereni konumundaki asıl kiracıya karşı kullanabilecektir. İsviçre Hukuku'nda tartışmalı olmakla beraber alt kiraya ilişkin hükümlerin kullanım hakkının devrine ancak kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür. (Weber, Basler, Art. 262, N.2, aksi görüşte Permann, Art. 262, N.4.a. (İnceoğlu s.497, dipnot 2011'den naklen).

³⁴⁴ Tandoğan (s.155, dipnot 95)'a göre aksi fikirde olduğu 4. HD.'nin bir kararında (22.11.1966), (E.965-9784/K.10102, Seç. Son. İct. 1966-1968, sh.195-196) aslında kira ilişkisinin devrine kiralayanın zorlanamayacağının kabulü gerekirken, rıza vermekten zımnen veya sarıh olarak kaçınmış bir kiraya verene karşı, devralan kiracının kendisine devreden kiracı tarafından tanınan kullanım hakkının devri ile sağlanan hakkın tanınmasını dava yoluyla talep edebileceği yönündeki içtihadı isabetli değildir.

³⁴⁵ Tandoğan, s.156.

³⁴⁶ Tandoğan, s.156, dn. 85'te zikredilen BGE 54 II 397 yahut Jdt, 1929, sh.528 vd; 67 II 139 yahut Jdt 1941, sh.521 vd.; Oser-Schönenberger, Art. 264, Nr.9.Bununla birlikte uzun vadeli işyeri kirasında kiranın devri caiz olmalıdır.: Schmid, Art. 264, Nr.24.

³⁴⁷ Eski Kira Hukuku düzenlemelerinde (GKK.m.13) kiracının kiralananı ortak almasına cevaz tanındığı görülürken, (Ortaklık taşınmazın devir ve cirosu niteliğinde değildir.) Olgaç, Senai, *Tesbit ve Tahliye Davaları*, I, s.187, not 270. Lakin hasılat kirasında durum farklıdır. Kiracının kirayı ortağına veya ortağı bulunduğu şirkete devredip kendisinin kiralananı ayrılması Yargıtay'ca akde aykırılık olarak görülmüştür. Buna karşılık iki ticari ortaklığın birleşmesi halinde meydana çıkan ortaklık eski ortaklıkların hak ve borçlarına ve bu arada onlardan birinin taraf olduğu kira sözleşmesinden doğan hak ve borçlara kanunen halef olur. Kiracı kolektif şirketin nevi değiştirilerek anonim şirkete dönüşmesi halinde de yeni şirket eskisinin tüzel kişiliğini devam ettirdiğinden kiranın devri sözkonusu olmaz.

³⁴⁸ Tandoğan, s.156.

³⁴⁹ Tandoğan, s.157.

³⁵⁰ Poroy/Yasaman, s.45.

dönen malvarlığı değerleri diye peştemaliye olarak adlandırdığımız unsurların yanına yine kiracılık sıfatı unsurunu peştemaliyeye dahil ederek ticari işletmenin devrinde ticari işletmeyle birlikte devrolunacaklarını hüküm altına almıştır. Kiracılık sıfatı büyük işletmeler açısından –AVM, banka şubesi gibi önem arzedebileceği gibi yine küçük işletmeler açısından da etki doğurabilir– örneğin bir adliyedeki lostra salonu işletmesi. Bazen de müşteriler işletmeyi değil de işletmede vazife icra edeni takip ederler. Örneğin bir özel hastanede hizmet akdiyle çalışan hekimin adeta bir işletmenin müşteri potansiyeli gibi bir hasta profili vardır ve işletmenin devrinde kira mukavelesinin hitamı ve bu yüzden işletmenin başka yere taşınması somut örnekte işletmenin kârlılığını etkileyemeyecektir. Çünkü hasta ile hekim arasındaki bağ işletmeye duyulan güvene nazaran istisnai haller baki kalmak kaydıyla daha sıkıdır³⁵¹. TBK ise kira ilişkisinin devrinde kiralayanın iznini şart koşturmuş, lakin işyeri kiralaları için istisnai bir düzenleme getirerek kiralayanın haklı sebep olmaksızın devre onay vermekten kaçınamayacağı kuralını tanzim etmiştir. Bu kuralın niteliği hususunda tartışmalar olmakla beraber bu kural nispi emredici vasıftadır³⁵². “Bu durumda haklı sebep kavramını tahlil etmek gerekir. Haklı sebebin tayini ihtilaf vukuunda hâkime aittir ve hâkim bu kavramın içeriğinin tespitinde ve doldurulmasında dürüstlük kuralını esas alacaktır. Tahliye sebepleri işyeri kiralaları için saymak gerekirse (tahdididir), mesela uygun olmayan bir işin icra edilmesi (kara para aklama, dolandırıcılık) bu manada bir tahliye sebebidir. Kiracının kiralayan ile ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebepler, (işyeri ruhsatının iptali, meslekten men, sanatın tatili³⁵³, işyerinin tahsis amacının değiştirilmesi (örneğin oyun kulübünden gece kulübüne dönüştürme)³⁵⁴, kiracının aciz haline düşmesi³⁵⁵ gibi (lakin öğretisi bu yukarıda sayılan durumları haklı sebep kavramı ekseninde genişletmektedir yani dolayısıyla ve benzeri. (Haklı sebep teşkil eden örnekler sınırlı sayı ilkesine tabi değildir.)) Peki şayet kiralayan haklı bir neden teşkil edecek koşulun varlığının yoksunluğuna rağmen rıza vermekten kaçınırsa, kiracının elindeki hukuki çare ne olacaktır? Böyle bir durumla karşılaşırsa, o takdirde kiracı kiralayana karşı; kiralayanın dayandığı ve bu sebebe istinaden kira ilişkisinin devrine rıza göstermekten kaçındığı koşulun haklı olmadığına tespitini mahkemeden talep edebilecektir. Doktrinde; kiralayanın kendine göre her ne kadar haklı nedene dayandığı savıyla kira ilişkisinin devrine rıza vermekten içtinap ettiği bir halde kiralayanın dayandığı sebebin haklı olmadığını düşünen kiracının; 6100 sayılı HMK’da davalının (yani somut örnekte

³⁵¹ Topçuoğlu, Metin, “Yeni TTK’nın ve Yeni TBK’nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 81, Mayıs 2013, s.20.

³⁵² Gümüş, 2017, s.256.

³⁵³ Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2012, s.270.

³⁵⁴ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2017, s.262.

³⁵⁵ Gümüş, 2017, s.262.

kiralayanın) irade beyanı yerine geçecek bir mahkeme hükmü tesis etmeye yönelik bir dava türü düzenlenmemiş olsa da, en azından kiralayanın rıza göstermeye yani irade beyanında bulunmaya mahkûm edileceği bir yapma ediminin hüküm altına alınmasını mahkemeden bir eda davasıyla talep edebileceği kabul edilmektedir³⁵⁶. Doktrinde bir görüş ise rıza vermekten kaçınmanın haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının ihtilafı vukuunda, şayet rıza vermekten kaçınma aslında haklı bir sebebe dayanmıyorsa hâkim kararının inşai etki yaratarak yeni kiracı (kira ilişkisi kendisine devrolunan) ile kiralayan arasında kira sözleşmesini kuracağını iddia etmektedir³⁵⁷. “Kiralayan haklı sebep savıyla (aslında hakikatte varolmayan bir neden ile) rıza vermekten kaçınırsa, kira ilişkisi kendisine devrolunmak arzu edilen müstakbel kiracı kiralayana karşı TTK’nın ticari işletmenin devrinin kiracılık hakkının devrini de kapsadığı yönündeki hükmüne dayanarak kiralayandan veya eski (kira ilişkisini yeni kiracıya devretmeyi arzulayıp da kiralayanın haksız bir şekilde rıza vermekten içtinap etmesinden mütevellit kira ilişkisini devretmeye muvaffak olamamış) kiracıdan aralarındaki akdi ilişkiye dayanarak zarar ve ziyanının tazminini talep edebilir”³⁵⁸.

³⁵⁶ Topçuoğlu, s.22.

³⁵⁷ Gümüş, 2017, s.262’de dipnot 978’de anılan HİGİ, art.263, n.4, s.697.

³⁵⁸ Topçuoğlu, s.22 ve orada Ayrancı, Hasan, “*Sözleşme Yapma Zorunluluğu*”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s.229-252, Yargıtay HGK E.2003/4-693, K.2003/740, Bkz. AY.m.48.Topçuoğlu’na göre YHGK sözleşme yapma zorunluluğu ile ilgili bir konuda, yerel mahkemenin sözleşmenin kurulması yönündeki hükmünü onaylayan ilgili kararının TBK m.323/1 hakkında da emsal alınabileceği kanaatindedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TİCARİ İŞLETMENİN KORUNMASI

3.1. Ticari İşletmenin Anayasal Düzlemde Korunması

Avrupa Birliği rekabet mevzuatı Roma Antlaşması'nın 82. maddesi ile getirilen hükmün muadilinin Türkiye'de de hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. madde hükmü ile benimsenmiş olması dolayısıyla küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması sonucuna ulaşıldığı yönünde bir görüş vardır³⁵⁹. AB Komisyonu da teknolojik gelişmeye sağladığı katkı bakımından aynı fikri paylaşmaktadır. RKHK Gerekçe'de pazara giriş engellerinin ortadan kaldırılması bakımından KOBİ'lerden bahsedilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde antitröst hukuku klasik ceza hukukunun bir parçasıdır. İngiliz Kartel Hukuku kötüye kullanma sistemine bağlıdır. Pazar gücünü artıran her anlaşma ve kombinasyonu yararlı etkileri olup olmadığına bakmadan a priori mahkûm eden Amerikan geleneği ile (yasaklama sistemi) Avrupa Topluluğu'nun iyi ve kötüyü birbirinden ayırmaya çalışan yaklaşımı gittikçe birbirine yaklaşmaktadır. Anayasa İkinci Bölüm Ekonomik Hükümler kenarbaşlıklı m.166 I. Planlama: Ekonomik ve Sosyal Konsey'in ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında Cumhurbaşkanına istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla kurulacağını hükme bağlamıştır. Anayasa m.167 Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi kenarbaşlığıyla devlet, para, kredi, sermaye mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir şeklindedir. Anayasa'nın 172 ve 173. maddelerinde sırasıyla tüketiciyi aydınlatmak noktasında ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik edeceğini ve esnaf ve sanatkârı destekleyici tedbiri alacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca Anayasa, devlete tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi ile ilgili ödev yüklemiş, orman köylüsünün korunması ve kooperatifçiliğin geliştirilmesi için de hüküm sevketmiştir. Yüksek Mahkeme'nin (AYM 18.2.1985 tarihli ve E.1984/9, K.1985/4 sayılı karar) bir kararı şöyledir: "...Atatürk'ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka bir ifadeyle

³⁵⁹ Aslan 1994 ve Erdem 1996; 84-86, Aslan, İsmail Yılmaz, Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Bursa, 2017, s.12, dipnot 37'den naklen.

ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez. Öte yandan çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır. Serbest piyasa ekonomisinde teşebbüs hürriyeti mülkiyet hakkı ile beraber sistemin çatısını oluşturur, bu hakların kötüye kullanılarak sistemin özüne zarar verilmemesi için de devlete tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verilmiştir.” T.C. Anayasa m. 35 Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı İkinci Bölümünde “Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.” “Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” kuralı, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının sonucudur. (AY m.48/1) “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” (Md.48/2) Anayasa Mahkemesi’nin içtihadına göre; “Özel hukukta kişiler özgür iradeleriyle, ilişkilerini sözleşmeleriyle düzenleyip biçimlendirirler³⁶⁰. Emredici kurallara, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmadıkça bir sözleşmenin konusu, süresi ve koşulları serbestçe saptanabilir. Anayasamızın 48. maddesince koruma altına alınan da bu özgürlüktür”³⁶¹. Anayasamızın Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılamaması başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrası; “Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz” biçimindedir. Ticari işletme hukuk düzeni tarafından çok yönlü korunmaktadır. Devletin müdahalelerine karşılık anayasa normu koruması vardır. Korumanın sınırını kamunun refahı ve öze dokunmama ve ölçülülük ilkeleri koyar. Alman Hukuku’nda işletmenin genel olarak korunması müessesesi yoktur. Sadece işletmenin kanun ve/veya hâkimin hukuk yaratmasıyla (kazai içtihatla)³⁶² korunması vardır.

3.2. Ticari İşletmenin Mülkiyet Hakkına Dayalı Olarak Korunması

Aynı zamanda Avrupa ölçeğinde, her şeyden önemlisi mülkiyet hakkı korumasıdır. Alman Anayasası’nın 14. maddesine göre mülkiyetin korunması manasında işletme üzerindeki hak mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkına hukuka aykırı müdahaleler tazminat

³⁶⁰ Bu biçimlendirme iktidarının İsviçre hukukunda Bucher tarafından sözleşmeyi kuran tarafların borca aykırılığın sonuçları hatta sözleşmenin hükümsüzlük tipini de belirleme yetkisini içinde barındırdığı şeklinde yorumlanmaktadır. (Tercier /Pichonnaz /Develioğlu, s.174).

³⁶¹ 1998/10 Esas ,1998/18 karar sayılı ve 25.5.1998 tarihli karar. AYMKD, sayı.34, 2.c., s.333 Kaboğlu, İbrahim Özden, Özgürlükler Hukuku, Ankara, 2002.

³⁶² Kuttner, s.34.

yükümlülüğü doğurur³⁶³. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına göre, bir taşınmazın yanında genelev bulunması, iyileşmesi mümkün olmayan cüzzam veya frengi gibi bir hastanenin inşa edilmesi psişik bir müdahaledir³⁶⁴. İşletme sadece varlığıyla korunmaz, bilakis genel kül halinde görünüm şekliyle de yani faaliyet alanı, müşteri muhiti ve somut işletmenin iktisadi değer toplamıyla da koruma görür³⁶⁵. Lakin korunan varlığı üretim yapısının salt talepleri bakımından pazar daraltmaları (Erdrosselung) hariç muhafaza sağlanmaz³⁶⁶. Havameydanı kule grevi³⁶⁷. (Fluglotsenstreik)

Ayrıca belirtelim ki, tacir BGB'ye göre el atmanın önlenmesi talepleri ile BGB'ye göre haksız fiil hukukuna özgü tazminat taleplerine yan ve takip taleplerine ek (işletmenin sevk ve idaresinden dolayı ve tacirin kişilik hakkının korunması sebebiyle) istihkak taleplerine sahiptir. Mülkiyet hakkı kamu yararı ile sınırlanabilir. Tunaya'ya göre kamu yararı kavramı dar anlamda bir idare hukuku kavramı olan amme menfaati ile eşdeğerde tutulmaktadır. TMK 683/II'nin mülkiyet hakkını gerçekleştiren her saldırıya karşı korumasına karşılık, MK 703/II malikin mülkiyet hakkını aşırı bir şekilde kullanmasına karşı komşu malikleri korumaktadır. Bir vakada bu davalar yarışabilir de. (Malikin mülkiyet hakkını özel hukuk ödevleri haricinde kamu hukuku kaynaklı komşu hukuku ve İmar mevzuatı gibi unsurlar da takyid eder.) HGK 15.10.2010 gün ve E.2010/5-662,K.2010/651 sayılı ilama göre illiyet rabitasının bulunması kâfi olmakta ve ayrıca kusurun ispatına lüzum olmaksızın T.C. Anayasası dışında da AİHS ve ek protokolleri ile korunan mülkiyet hakkına karşı müdahaleler defolunur. Türk Hukuku'nda Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkını sosyal bir hak olarak mütalaa etmektedir³⁶⁸.

Taşınmazın kullanımına yönelik müdahale –Örneğin inşaat yasağı³⁶⁹ (lokantaya yol çalışması yüzünden), Dışarıyla ilişkilerin engellenmesi– Firmaya giriş ve reklam imkânının zarar görmesi³⁷⁰, Yeniden inşanın engellenmesi suretiyle mülkiyete müdahale³⁷¹, Tarihi şehirde ışıklı reklam yasağı³⁷².

³⁶³ Müstekar içtihat BGH 78, 44, 90, 29, 111, 349)Türk hukuku bakımından monografik bir çalışma için Bkz.Örücü, Esin, “Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı” (Mülkiyet Hakkının Sınırlanması), İstanbul, 1976.

³⁶⁴ BGE 43, II, 268, 24 II 257, 42 II 446.

³⁶⁵ BGH 40, 364, 55, 263.

³⁶⁶ Schwager/Krohn (BGH 111, 356).

³⁶⁷ BGH 76, 387.

³⁶⁸ Tekdoğan, Aydın, Komşu Taşınmaza Elatmanın Önlenmesi ve Temlikten Tescil Davaları, Ankara, 2019.

³⁶⁹ BGH 30, 338.

³⁷⁰ BGH 57, 361.

³⁷¹ BGH NJW 72, 1666.

³⁷² (Alman Federal İdare Mahkemesi kararı) NJW 80, 209.

Mülkiyet hakkına müdahale bir müspet zarar kalemi (Schadenersatzanspruch) doğurmaz, bilakis yoksun kalınan kâr (good will de dahil olmak üzere) talep olunabilir. (Entschädigung für Verlust an Substanz) İlgilinin zararın çoğalmasına mâni olma ödevi saklıdır. Örneğin bu bağlamda kanun yoluna başvurmakta olduğu üzere, fevkalade bir zarar tehlikesi bilgisinin verilmemiş olması veya zararı azaltacak tedbire başvurulmaması gibi³⁷³.

Yabancı özel hukuk tüzel kişilerinin korunması da farklılık arz etmez³⁷⁴. BGB 823/f.1 anlamında korumanın şartı müdahalenin işletmeye ilişkin olmasıdır (Doğrudanlık şartı) (betriebsbezogen). Sadece bu koruma varlığa karşı saldırılara karşı korumayla kalmaz, faaliyetlerinde haksız müdahalelere karşı da koruma sağlar. Aşikâr bir sorumluluk unsuru vardır (offene Haftungstatbestand). İşletmenin menfaatinin korunması içerik ve kapsam olarak olaydan olaya menfaatlerin tartılmasıyla ortaya çıkacaktır³⁷⁵. Vazgeçilmez personelin yaralanmasıyla işgöremez hale gelmesi koruma kapsamına girmez³⁷⁶. Yine münferit işletme malzemesinin hasar görmesinde durum aynıdır. Meğer ki işletmeyi bu durumların varlığı gayrifaal hale getirsin veya varlığını ciddi şekilde etkilesin, işletme o takdirde himayeden yararlanır. İstisna için: Komşu (yan) parseldeki inşaat çalışmalarında kablonun kopup elektriğin kesilmesiyle beraber işletme faaliyetinin durması veya aksaması.

Ticari işletme mefhumu bir başlangıç unsuru (Auffangtatbestand) teşkil eder, lakin başkaca unsurlarla takviye edilmesi (Subsidiarität-vakalandırma) (boşlukların doldurulması)³⁷⁷ hukuki himayede gerekir. Mesela mülkiyet ihlal edildiğinde bu vaka eksiktir (haksız vaka iddiasıyla müdahalede bulunulmak suretiyle “bağlanan tekne” davasında olduğu gibi³⁷⁸. Televizyonda halı süpürme makinesinin (gırgır) eleştirisi³⁷⁹, alkol içeren diş kreminin trafik polisinin alkol testinde etkili olduğu savı³⁸⁰. İşletmenin haksız rekabette ihlali gerçekleşirse burada haksız rekabet hukuku ve özellikle UWG 3 ve devamı geçerli olacaktır³⁸¹. İşletme haksız müdahaleye maruz kaldığında karşılaşılan hukuki sonuçlar: Zararın tazmini ve duruma göre kararın basın vasıtasıyla-suretiyle ilanı (tekzip), katlanma talebi³⁸². Bu hakkı talep, işletmeyi idare yetkisini haiz işletme müdürü veya ortağa değil,

³⁷³ BGH 90, 17, BGH NJW 71, 1696, 83664.

³⁷⁴ BGH 76, 375.

³⁷⁵ BGH 80, 27, 138, 318, 166, 109.

³⁷⁶ BGH 7, 36.

³⁷⁷ BGH 59, 34, 69, 138.

³⁷⁸ BGH 55, 153-müstekar içtihat.

³⁷⁹ NJW 66, 2010.

³⁸⁰ NJW 78, 210.

³⁸¹ BGH 36, 252.

³⁸² Buchner 1971, Sack 2007.

bilakis işletme sahibine (Inhaber) tanınmıştır³⁸³. BGB 823 I ve II'nci fıkralardan ayrı ayrı sorumluluk doğmaktadır. Şartlar altında Gerek 823 I'e göre mala verilen zararlarda mülkiyet hakkının ihlalinden doğan (mesela kuluçka makinesinde yumurtaların çürümesi)³⁸⁴ sorumluluk ve gerekse de BGB 823 II ile bağlantılı olarak işletmenin faaliyetinin kesintiye uğramasından kaynaklanan zararlarda Alman Hukuku'na münhasıran koruma kanunundan doğan sorumluluk yarışır.

Kişilik Hakkına Vaki Tecavüzlerin Bertaraf Edilmesiyle Muhafaza: Ortada bir tüzel kişi varsa 823 f.1'e göre; korunan işletme üzerindeki haktan işletmenin şahsiyet hakkı ve duruma göre işletmenin süjesinin şahsiyet hakkı birbirinden ayırt edilmelidir. Bu konu pratikte içtihat tarafından sıklıkla ayrımı yapılamayan ve basın kritiği bakımından tartışmalıdır. İktisadi alanda bağımsız çalışanlar aleniyet karşısında kamunun eleştirisiyle karşılaşır ve şahsiyet hakları özel hayat alanına göre daha dardır³⁸⁵. Örnekleri saymak gerekirse:

-Bir bankerin aleyhine silah ticaretine katıldığına ilişkin basın açıklaması, kredi komisyoncusunun (kredi tedarik edenin) Alman Hukuku'na özgü bir mecazi üslupla "Kredithai" yani tefecinin köpekbalığı kadar vahşi olduğunun resmedilmesinde olduğu üzere³⁸⁶. Horten adlı firmanın "politikacıları besliyor" denilmek suretiyle politikacıları finanse ettiğinin ileri sürülmesi, akademisyenler tarafından hizmetiçi eğitiminde firmanın yıl sonu kapanış raporunun şirketin muvafakati olmaksızın açıklanması hukuka aykırıdır³⁸⁷. Yine iş görüşmelerinin gizli ses kaydı caiz görülmemektedir³⁸⁸. (Karşıdaki kişinin izni olmaksızın telefon konuşmalarının aynı anda hoparlörden verilmesi, konuşma esnasında üçüncü kişi tarafından dinlenmesi hukuka aykırıdır)³⁸⁹.

Faaliyete zarar verici haksız tasarruflar³⁹⁰: Ya ilan suretiyle-vasıtasıyla ya da münferit şahıslara karşı yapılan bu nitelikteki açıklamalar 823 I kapsamındadır. Bu rekabet amacıyla olursa, UWG'ye tabidir. Fiili konulara ilişkin açıklamalar ise BGB 824'ün uygulanmasına yol açar. Mesela ticarette borcunu/krediyi yavaş/gecikmeli ödeyenler listesi şeklindeki bir ilan

³⁸³ BGH 166, 107.

³⁸⁴ Burki üreticinin, hukuk düzeni tarafından kabul edilen faaliyetinde, kendisinden beklenen özeni gösterdiği halde, zararın doğmasına yine de engel olamadığında, tehlike sorumluluğunun olayı çözümleyeceği görüşündedir. Ne var ki işverenin, kurtuluş delilinden yararlanması engellenerek, sorumluluğa bir çözüm bulunması mümkün olmakla birlikte; işletmede bir aksama bulunmasa bile, piyasada bozulan ürünlerin üçüncü şahıslara zarar vermesi yine de mümkün olacaktır. (Inal, Tamer, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Ankara, 2014, s.85, 86-116).

³⁸⁵ BGH 36, 80.

³⁸⁶ Alman Anayasa Mahkemesi kararı BVerfG NJW 82, 2655.

³⁸⁷ VerfG njw 94, 1784.

³⁸⁸ BGH NJW 88, 1016.

³⁸⁹ BVerfG NJW 02, 3623, BGH NJW 03, 1727.

³⁹⁰ İşletme hakkında zarar verici açıklamalar için Bkz.bir makale için Schaub JZ 07, 548.

BGH 8, 142'deki dava konusu olmuştur. Özünde haklı olan bir eleştiri keskin vurgulanmış olabilir. Lakin özünde haklı olan ve sert bir şekilde de vurgulanabilecek olan bir kritiği aşan müşteri nezdindeki karalamalar (Anschwaerzung) kapsam dışı kalır³⁹¹. Çok rahatsız edici tecrübelerden dolayı ticari mümessillik ilişkisinin infisah ettiğinin bildirimi³⁹² bu kategoriden sayılabilir. Komisyoncuya tefeci (Wucher) ahlaksızlık derecesine varan-fahiş fiyattan işgörmeden (faiz karşılığı ödünç verme) yaftalama/damgalama gibi veya hile isnadı hukuka aykırılık teşkil eder. Mesnetsiz bir dava ikamesi vakasının veya iflas dilekçesi verildiği vakasının yayılması³⁹³; bir zorunlu (sorumluluk) sigortacısının oto kiralamacısının ikame araç kiralayan hakkında caiz olmayan (yetkisiz) açıklamaları (Yani oto kiralamacısının ikame araç kiralayan hakkında bir sigortacıya zikrettiği beyanın aynı sigortacı tarafından yayılması)³⁹⁴; Özel hayat hakkında faaliyete-işletmeye zarar verici açıklamalar (bu konunun ucu açıktır)³⁹⁵. Karşılaştırmalı reklama (Uwg 6.1). kural olarak izin verilir, istisnası 6/2 ve 3'tür. Kendi içinde hukuka aykırı olmayan basın açıklaması yoluyla tehdit de geçerlidir³⁹⁶. Basında yapılan eleştirinin özel fonksiyonu vardır, keza radyo kanalları, TV, film, tiyatro aynı işleve sahiptir³⁹⁷. “Bild (gazetesi) hakkında kısmen iptal edilmiş olmakla beraber”³⁹⁸.

Ayırt edilmesi gereken husus vaka iddiası (burada nesnel bir şekilde gerçek yönünde ispat imkânı vardır) ve değer yargısıdır (burada tezyif (Schmaehkritik) sınırında)³⁹⁹. Alman Anayasası 5'in koruması alanı üçüncü kişilerin fikir oluşturmalarına hizmet edecek vakaları da kapsamaktadır⁴⁰⁰. Kitlesel vaka ve görüşler eğer toplumda kanaati etkiliyorlarsa, bunlar da kapsama dahildirler. Yabancı haberlerde de özen borcu vardır (Presseschau-Lakin haklı araştırma gerektirir.)⁴⁰¹. Kamuyu önemli ölçüde ilgilendiren bir problem hakkında nesnel fikir izharı gibi gerçek vaka iddiaları kural olarak geçerlidir⁴⁰². Genel bir değerlendirme ile münferit sonuçlar örnek kabilinden anılabilir veya resimde gösterilebilir⁴⁰³. İşletmenin iç işleyişi hakkında İzinsiz haber yasağı vardır⁴⁰⁴. Ödenmiş cezaları dile getirmek⁴⁰⁵, değerlendirmelerde polemik yaratan ve hatta nahoş kritik de caizdir. Sınır tezyifte

³⁹¹ Karlsruhe BB 59, 1006.

³⁹² BGH 67, 8

³⁹³ BGH 36, 23.

³⁹⁴ BGH NJW 99, 279.

³⁹⁵ BGH 24, 205.

³⁹⁶ BGH NJW 05, 2766.

³⁹⁷ Müstekar içtihat BGH 80, 25.

³⁹⁸ BVerfG NJW 84, 1741.

³⁹⁹ VerfG NJW 03, 1109, 05, 2770.

⁴⁰⁰ BGH NJW 09, 1873.

⁴⁰¹ BVerfG WM 09, 1706.

⁴⁰² BGH 166, 86. (Kirch kararı)

⁴⁰³ BGH NJW 87, 2746.

⁴⁰⁴ BGH 138, 311.

⁴⁰⁵ BVerfG WM 07, 1001.

(Schmaehkritik) başlar, ki tezyifte nesnede cepheleşme yerine tahkire varan beyan vardır (Diffamierung)⁴⁰⁶.

Kavram BGH'nın içtihadına göre daha dar ele alınmıştır, BGH'ya göre kaba şekilde tahkir kritiğine karşı da koruma sözkonusudur (BGH 3, 271). Tahkir kritiği kavramı dar yorumlanmalıdır. Kuru salt/yalın bir polemik ve aşırıya kaçan kritik değil, bilakis aşağılama önplandadır. Şekli yaralamalar (Formalbeleidigung) ve insan onuruna temas eden (dokunan) açıklamalar arasında Alman Hukuku'nda ayırım yapılmaktadır (Benetton davası)⁴⁰⁷. (Hile iddiasının kullanılması kendiliğinden tezyife girmez)⁴⁰⁸.

Tüketicileri aydınlatma amacıyla yapılan ürün testlerinde test araştırmalarının sonuçları kural olarak fikir açıklamalarıdır. Burada tanınan serbest alan Alman Anayasası 5'e göre nötrlük ve uzmanlık bilgisinin noksan olduğu yerde sona erer veya test araştırmalarının sonuçları temsil edilebilir ve tartışılabilir olmaktan çıkıyorsa kritik son bulur. Tüketici dernekleri vasıtasıyla eleştiriye izin verilmektedir. Sivil inisiyatiflerin de kritik hakkı vardır. Sigara reklamlarına yönelik karşı reklam da yapılabilir⁴⁰⁹. Basın organları aracılığıyla rekabette ve serbest fikri çatışma araçlarını aşan bir boykot çağrısı Art.5'in kapsamına girmez⁴¹⁰.

Alman Anayasası 5'ten bağımsız olarak haklı menfaatlerin algılanması yoluyla da eleştiri yapılabilir. Ve bu meşru olabilir. Örneğin; şirket iç yazışmasında (sirküler) isimlerin zikredilmesi (93, 525), biri hakkında mafya zinciri denmesi gibi. Lakin tüzel kişinin ama büyük bankanın (Grossbank) özel serbest bir alanı yoktur. Tam bir kanaate ulaşmadan da kendi personelini dahili olarak uyarabilir (dışa yansıtmamak kaydıyla). Umumu ilgilendiren güvenli ticari ilişki-işlem ağı için koruma amacı gerekçesiyle yapılabilir. Piyasaları korumak için mesela (Yargıya konu olan bir olayda Lichtenstein firmasının akreditif ödemesinden önce uyarılması hukuka uygundur.)⁴¹¹.

İşletmenin korunmasının diğer durumu demonstrasyon ve blokaj durumundadır.

⁴⁰⁶ BVerfG 03, 1109 09749.

⁴⁰⁷ BVerfG NJW 03, 1303 - BGH'nin aksine ikinci defa somut olayda AYM karar vermiştir. Son kez Bkz. NJW 02, 1193.

⁴⁰⁸ BGH NJW 02, 1192.

⁴⁰⁹ BGH 91, 117.

⁴¹⁰ BVerfG NJW 83, 1181 (Fachhaendler-uzman tacir).

⁴¹¹ BGH DB 70, 822 - (Literatür: Sack, Recht am Gewerbebetrieb, 2007).

Örneğin;

- Toplanma hürriyeti zor kullanmayı meşru kılmaz⁴¹².
- Hukuka aykırı grev (havameydanı çalışanları-Fluglotsenstreik)⁴¹³.
- Komşunun inşaatı nedeniyle girişin fiziken engellenmesi.
- Yangınla mücadelede yolu kapama⁴¹⁴.
- İmar planı sürecinde salt sübjektif doğru olmayan-dürüst olmayan kitle çağrıları (örneğin yanlış enformasyonla)⁴¹⁵.
- Uzaklaştırılmış memurun sırları açıklaması.
- Meşhur bir markanın reklam kuvvetinin sulandırılması (Verwaesserung).
- Çim biçiminde tacirin fabrikanın numarasını gösteren tabelayı uzaklaştırması⁴¹⁶.

İşletmenin faaliyetinin yürütülmesinde ayrılan kurucu ortağın işlere müdahalesi ise hukuka uygun görülmektedir⁴¹⁷.

Ticari işletme kanuni içerik ve limit belirlemeleri çerçevesinde kamulaştırma müdahalelerine karşı korunur (kanuni temelin şart olduğu; kanuni temelden yoksun olunan bir durumda ve (ya) şayet böyle bir durum vaki ise, tazmin mükellefiyetinin hasıl olduğu bir durumda). Tazmin mükellefiyeti hukuka aykırı kamulaştırmaya denk müdahaleye mülkiyet garantisine dahil edilmiş bir hukuki durum için de geçerlidir. Ticari işletme sadece kendi yapısı içerisinde korunmaz, bilakis bütün görünüm şekliyle yani müşteri çevresiyle birlikte ve somut işletmenin iktisadi değerini belirleyen her şeyiyle vazife (işgördüğü) icra ettiği çemberde-dairede korunur. Hukuki netice (yaptırım) tazminat yükümlülüğü olmayıp, bilakis sadece peştemaliyeyi de kapsayan bir malvarlığının özünün kaybı ve müdahale neticesindeki yeniden yapılandırmada iktisap edilen yeni değerler için bir tarziyedir. “Fransız hukuku, kamulaştırmasız el atma sonunda, el atılan taşınmazın bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olması ya da bu taşınmaz üzerinde kamu hizmetine ilişkin bir tesis yapılması durumunda, özel çıkarı kamu yararına feda etmektedir. Şöyle ki, Fransız Hukuku’nda, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinden hareketle, taşınmaz malikinin men’i müdahale davası açamayacağı,

⁴¹² BGH 137, 89.

⁴¹³ Bundesarbeitsgericht NJW 64, 883.

⁴¹⁴ BGH NJW 77, 2264.

⁴¹⁵ BGH 90, 126.

⁴¹⁶ BGH NJW 09, 2958.

⁴¹⁷ BGH NJW 80, 881.

ancak bir tazminat davası açabileceği ve tazminata hükmeden mahkemenin aynı zamanda mülkiyetin İdareye geçmesine de karar vereceği yolundaki çözüm benimsenmektedir”⁴¹⁸.

Daha ötede yine BGB’ye göre bir koruma kanununun ihlali, kredi ve sair ticari ilişkiye zarar verici durum beyanları, en azından şartlı, kasıtlı iyiniyete aykırı zarar-hasar vermeye karşı da ticari işletme spesifik olarak himaye görür.

Avusturya Hukuku’nda ise himaye esasına baktığımızda; işletmeci kendi mülkiyetinde bulunan, işletmeye dahil olan bütün eşyalar üzerindeki mülkiyet korumasından yararlanır. Bunun ötesinde işletmeci diğer işletmeye dahil eşyalar üzerindeki kendisine ait ayni hakları (taşınmaz yükü, üst hakkı, ipotek, irtifak hakkı) üzerinde haksahibi olarak herkese karşı ileri sürebilir. İşletmeci bir eşyanın üzerinde hukuken kuru haksahibi olduğu müddetçe de, yine ilgili hukuki himayeden yararlanır. İşletmeci şahıs varlığı ve fikri-sınai hakları dava konusu yapabildiği müddetçe, işletmeci herkesin müdahalesine karşı kendisini savunabilir. Buraya ada, marka, patent, unvana ilişkin himaye dahildir. İşletmeciler bilhassa kendi işletme çevrelerinde cezai unsur vakalarla korunurlar. İktisadi hile unsur vakaları özel işletme ilişkileri ağına işaret ederler (mesela sadakatsizlik, sırrın ifşası, işletme casusluğu/Betriebsspionage, kridadelikte). Ayrıca kasdi, ahlaka aykırı tarzıyede tazmin mükellefi kılar (1295 Abs.2 ABGB). Sözleşmelerden kaynaklı borçlar hukuku pozisyonları da önem taşır. “Nispi hakların mutlak etkisi” (Koziol, “Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte”, 1967) (adli istisnai hal gözardı edilmek kaydıyla) müstesna edilmek kaydıyla kural olarak sadece karşı akide/akit partnerine karşı dermeyan edilebilirler⁴¹⁹.

3.3. Ticari İşletmenin Malvarlığının Korunması

3.3.1. Bilanço Değerlendirme Yöntemleri ve Ticari İşletme Malvarlığının Korunması

Ticari işletmenin paraya-nakde tahvilinde (değerinin tespitinde) (Bewertung) farklı metotlar vardır. İşletme ekonomisi öğretisinde bugün hâlâ sadece ileriye yönelik-gelecek odaklı metotlar itibar görürler. Ticari işletmenin değeri gelecekteki performans (başarı) değerine eşittir. Buraya gelinceye kadar verimlilik değeri kıstası hüküm sürmekteydi. Kısmi olarak bu metodun yanında indirgenmiş nakit akım yöntemi/Discounted Cash Flow temettü iskonto/kırdırma/veya eşdeyimle kâr payı avansı/Dividendendiskontierungsmodell ve artık

⁴¹⁸ Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2017, s.278’den naklen.

⁴¹⁹ Krejci, s.89-90.

metodu/Residualgewinnmethode ortaya çıkmışlardı⁴²⁰. Verimlilik değeri metodunda işletme değeri (sevk ve idare edilen işletmenin değeri); para piyasasındaki alternatif bir yatırıma kıyasen ifade edilmektedir. (hâlihazırdaki finansal bakiyelerin ve gelecek performans-fazlalık değerinin tespiti) İşletme için zaruri olan malvarlığı ayrıca paraya-nakde tahvil edilmezdi. Verime-katma değere yönelik vergiler de hesaba katılmalıdır. Bu noktada dikkate değer bir husus da bu verilerin sermaye şirketleri, şahıs şirketleri ve gerçek kişi tacir işletmelerinde birbirlerinden farklı olduğudur. Her ticari işletmenin tedavülde ayrıca belirli bir menfi değeri de vardır. Hukuken bu metotların hiçbiri bağlayıcı değildir. Değerlemede görev yapan bilirkişiler somut olayda elverişli olan prosedürü seçebilirler, sonuçta bu konu hâkim için ağırlıklı olarak bir fiili meseledir. (Tatfrage) İstinaf yargılamasında hangi metodun tatbik edilmesi gerektiğini tespit ederek bozabilir. Doğru değerlendirme sadece iktisadi değil, bilakis hukuki bir meseledir. (Yargıtay, BGH denetleyebilir.) Fiili ve hukuki mesele sınırlaması da tartışmalıdır. (Bkz. Kuhner) Bunun yanında düşündürücü olan kendi içinde gerçek bir değeri barındırmamasıdır. İçtihat hâkime geniş bir takdir alanı tanımaktadır. (Bay Oberlandesgericht) (287 II ZPO)-Delillerin değerlendirilmesi maddesidir. Faal işletmenin gerçek değerine ulaşılmasında olayda seçilen değerlendirme amacına göre bir bütün halinde şirketin satış değeri içerisine duran varlıklar (stillen Reserven) ve geleceğe odaklı verimlilik değeri (Ertragswert) ve good will de dahildir.

Hesaplama örnekleri:

Bilanço hukukunun öngörü/“Vorsichtsprinzip”i geçerli değildir. Ölçü olan geleceğe yönelik verimin tahmini bakımından da değerlendirme “stichtag”daki ilişkiler önemlidir. Değerleme anındaki gelişmeler dikkate alınır. Devralma anında/Stichtag’dan sonra kaynaklananlar dikkate alınmaz. Kural olarak geleceğe yönelik başarı şansı da belirli ölçüde devralma anında/Stichtag’da hâlihazır olmalıdır. (Wurzeltheorie (kök teorisi)) (BGH 140, 35) stand alone değerlemenin yerine zorluklarına rağmen sinerji efekti dikkate alınmalıdır. Her halükârda borsa kurunda değeri düşerse (kayıbı vukuu) (BGH 147) verimlilik değeri saptaması için son beş yıl dikkate alınır. (BGH BB 75, 1083) Salt borsa kuruna bakılarak piyasaya odaklı değerlendirme de hukuken kabul edilmektedir. Ve bazı durumlarda önemli pazar endeksinin kaydında yüksek likidite, pazarlarda ekonomik zarar, ziyan tazminat gerektirir.

⁴²⁰ Türk muhasebe uygulamasında ek olarak bir de işletmelerin değerlendirilmesinde çarpan yöntemi adı verilen bir metoda yer verildiği gözlemlenmektedir.

Doğru değerleme sadece bir ekonomik değil, ayrıca bir de hukuki sorudur. Yaklaşık olarak bilanço hukukunda, ortakların girişi ve çıkışı (paydaş sıfatını iktisabında ve paydaşlıktan çıkmada-ayrılmada) (mesela tazminatlar-ayrılma akçesi)-kazanç-kâr ortaklığı birliği (Zugewinnngemeinschaft) rejimi, kâr ve zararın paylaşılması hesabında, iflas-aciz muhakemesinde tarziyede, borç stokunun düzenlenmesinde olduğu gibi. Bu tür bir değerleme kanunun amacına bağlıdır. Böylece bir aciz bilançosu yıllık bilançodan ve yıllık bilanço da tasfiye bilançosundan farklılık arzeder. Önem taşıyan değerleme amacıdır. Bir şirket payının objektif değeri işletmenin objektif küll halindeki değerini temel alan-temeli üzerine inşa edilen (itibari değeri olmayan, sermayenin belirli bir oranını temsil eden hisse senedi) kota kıymetidir. Yani payın (hissenin) sübjektif değerinden farklıdır. (hisse/pay kotası) (sened hamilinin etkileri ve beklenen sinerji efektlerinden aridir.)

Alman Hukuku'nda bilanço hesap/Rechenschaft hakkında bilgi verir. Alman Bilanço Hukuku işletmenin sermayesinin güvence altına alınması (Kapitalsicherung) ve alacaklıların korunmasına yarar. (Glaäubigerschutz) Anglo-Amerikan sistemi ise işletmenin ve iştiraklerin değerine önem verir. Konzern hesap düzenlerinde (Rechnungslegung) her iki hesap sistemlerinin rekabeti açıkça görülür. Hesap düzeni Alman Ticaret Kanunu 3. Kitabı başlığının aksine salt ticari defterlerle ilgili değildir, bilakis önemli bir kısmı ticari hesap düzeninin (kaufmaennische Rechnungslegung) önemli bir parçasıdır. Hesap düzeni terimi Alman Ticaret Kanunu'nda yer almamaktadır. Hesap düzenine ticari defterler, ticari mektuplar, envanter, bilanço ve bunun yanında kazanç ve kayıp-zarar hesaplaması da dahildir⁴²¹. Alman Hukuku'nda hukuk politikası bakımından Publizitaetsgesetz tartışmalı hale geldiği tespit olunur. Bir firmanın konzernle ilişkisi bakımından konzern hukukunda ana şirketin hukuken bağımsızlığı ve ekonomik bağımlılığı gerilim hattı yaratır. Konsolide etme olgusu konzernlerdeki hesap düzeninde önemli bir yer tutmaktadır. Alman Bilanço Hukuku vaki enternasyonel baskı neticesinde artık tamamen alacaklıyı korumaya yönelmiştir. Alman Bilanço Hukuku'nun geçmişte uygun olmadığı algılanmış ve bu nedenle Alman sistemi 98'de tadilata uğramış ve 4 Aralık 2004'te çıkarılan Reform kanununa maruz kalmıştır. Bilanço Hukuku, 19 Temmuz 2002'de yürürlük kazanan Avrupa Tüzüğü ile Avrupa çapında işletme ve sermaye piyasası hukuku oluşmuştur. Milletlerarası hesap düzeni standartları Almanya'ya bu vesileyle gelmiştir.

⁴²¹ (Gewinn-und Verlustrechnung) terimine HGB § 242/2'de parantez içerisinde -Aufwendungen und Ertraege des Geschäftsjahrs- kavramının açılımı olarak yer verilmiştir. "Die Bilanz und die Gewinn-und Verlustrechnung bilden den Jahresabschluss."

TTK'da düzenlenmiş olan kamu düzenine muhalefet⁴²² ve işletme konusuna dahil olmayan veya muvazaalı işlemler tesis etmeye matuf faaliyetlerin anonim şirket tarafından yürütülmesi Ticaret Bakanlığı'na şirketin feshini Asliye Ticaret Mahkemesi'nden talep hakkı tanımaktadır. İmregün'e göre salt emredici hükümlere veya esas sözleşmeye aykırılıklar bakanlığın şirketin feshini talep hakkını haklı kılmaz. Bu durum işletmenin korunması nokta-i nazarından yorumlanmalıdır, çünkü örneğin yönetim kurulu üyelerinin hileli ve desiseli işler yapmak suretiyle şirketin malvarlığını, hisse senetlerinin değerinin düşmesine etki ederek heba etmelerinin, eksiltmelerinin karşısında şirketin ta kendisinin, paydaşlarının, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının korunmasına hizmet eden ve bu sayede sermayenin himayesine aracılık eden bir davadır. Şirketin feshini talep yetkisi bulunan bakanlık tarafından açılacak acaba başkaca işletmeyi korumaya matuf davalar var mıdır? İmregün'e göre, "çoğun içinde az da vardır" yani evleviyet prensibi uyarınca, örneğin gerçeğe aykırı hazırlanmış bilançonun iptalini de bakanlığın dava edebilmesine cevaz vermektedir. Lakin Yargıtay aksi kanaattedir⁴²³.

3.3.2. Ticari İşletme İşleten Şirketlerin Malvarlıklarının, Kurumsal Yönetim İlkesi Çerçevesinde Korunması

TTK'da anonim şirketlerde denetim⁴²⁴ artık bir yandan bağımsız denetim kuruluşları marifetiyle yerine getirilen ve sadece hesap ve muhasebeye münhasıran vuku bulan dış denetim ve diğer yandan da yönetim kurulunun komiteler kurmak suretiyle ifa ettiği şirketin iç işleyişinin murakabesine hizmet eden iç denetimdir. Bu itibarla, anonim şirkette yönetim kurulu finansal düzenin kurulmasıyla ilgili olarak, muhasebeden tamamen bağımsız, uzmanlardan müteşekkil bir iç denetim örgütü olarak denetim komitesi kurar⁴²⁵. Halka açık anonim şirketlerde SPK'nın 02.11.2002 tarihli Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'inin m.28/A hükmü gereği, hisse

⁴²² 11.HD.14.10.1983 gün 4343 E., 4272 K. Sayılı kararı, Eriş, I, sh.785.

⁴²³ İmregün, *Kara Ticareti*, s. 256. 11. HD. , 16.1.1984 gün 5870 E. , 27 K. sayılı kararı, Eriş, Şerh, s. 785.

⁴²⁴ AŞ. Bağımsız denetçiyle yaptığı sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedemez.

⁴²⁵ Yönetim kurulunun bu görevi devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerindendir. Not düşmek lazım gelir ki, YTTK klasik sistem olan yönetimin tekliği ilkesini benimsemiş, lakin yönetim kurulunun gözetimi hususunda ikili bir sistem kurmamış ve bu esası benimseyen ülkelerde olduğu gibi ayrıca gözetim kuruluna yer vermemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, SPK'ya tabi şirketlerde icracı ve icra görevi olmayan bağımsız üyeler (ilgili istihdam olundukları şirketle aralarında bir menfaat çatışması yoktur, nitekim ya şirket hissedarı değildirler veya hissedar iseler payı yüzde 1'i aşamaz. Genellikle bu nedenle şirket dışından seçilirler.) olarak yönetim kurulu üyeleri arasında ayrıma gidilmektedir ki, icra görevi olmayan bağımsız üyeler icracı yönetim kurulu üyeleri üzerinde bir gözetimci gibi hareket ederler. (Atasoy, Ömer Adil, Anonim Ortaklıkların Denetlenmesinde Hâkim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 65, Eskişehir, 1984, s. 50 vd.).

senetleri borsaya kote edilmiş halka açık anonim şirketlerde “denetimden sorumlu komitenin” oluşturulması mecburi kılınmıştır. Burada tez konumuzla alakadar olması sebebiyle sadece komite olarak bilhassa TTK’ya yabancı hukukundan ithal edilen “corporate governance” yani Kurumsal Yönetim İlkesi olarak Türkçeye çevrilen prensip ışığında anonim şirketin ticari işletmesinin korunmasına yarayan “Riskin Erken Saptanması Komitesi’ni” anmakla kifayet etmek uygun düşmektedir. Bu komiteye kanunkoyucu şirketin varlığının muhafazası için o denli önem atfeder ki, halka kapalı anonim şirketlerde de bu komitenin kurulması noktasında ikazda bulunma görevini de denetçiye yüklemiştir. Bu komitenin kurulmasından maksat sadece şirketin ekonomik risklere karşı da korunması olmayıp, kamuyu yani mesela işçiler ve alacaklıları da kapsayan mahiyette şirketin sosyal risklere karşı da teminatlandırılmasıdır. Corporate Governance’ın can alıcı noktası giderek risk yönetiminde/risk management hayatıyet bulmaktadır. SPK’nın ilgili tebliği ışığında kurumsal yönetim komitesi riskin erken teşhisi komitesi yanında kurulmak zorundadır. TTK bağlamında Kurumsal Yönetim İlkesi genel gerekçeye göre 89. paragrafta dört taşıyıcı kolon adillik (eşit işlem), şeffaflık (internet sitesi açma ve kanunen yapılması gereken ilanları yayınlama zorunluluğu), hesap verilebilirlik (paysahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı), sorumluluk üzerine bina edilmiştir.

İlaveten SPK’nın Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliği ekinde kurumsal yönetim ilkeleri anonim şirketin paydaşlarının haklarının korunması ve hesap verilebilirlik, tasarruf sahipleri açısından kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahiplerinin⁴²⁶ haklarının korunması, (yani tüm paydaşların (şirketin yönetim kurulu eliyle yararlarının gözetilerek yönetilmesi)) için tespit ve tayin olunmuştur.

Yönetim kurulu üyeleri komitelerin kurulmaması, işletilmemesi ve şirkete zarar verici faaliyetleri nedeniyle mesuldürler (yetki devrinden doğan sorumluluk). Bu sorumluluk yalnız hukukidir, lakin komiteler bakımından ise yalnızca hukuki değil, aynı zamanda cezaidir. (Bu tür sorumluluk salt anonim şirketlere de münhasır değildir, bilakis muhasebe standartlarıyla ilgili olarak ticari işletmeye de ilişkindir.) Örneğin belgelerde sahtecilik ve ticari defterlerde kasıtlı gerçeğe aykırı kayıta bulunma suçu, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunma ve ödeme yetersizliğini bilme suçu, ayınlara, yani paradan başka sermaye olarak getirilen mal, hak ve diğer şeylere değer biçilmesinde yolsuzluk yapma suçu, halktan para toplama suçu gibi. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna gelinecek olunursa, bu sorumluluk doğrudan zararlar olduğu gibi dolaylı zararların telafisini de garanti etmektedir. Eski düzenlemede sadece şirkete verilen zarardan bahisle dolayısıyla zarar talebi kalemi olarak

⁴²⁶ Bu kategoriye şirket çalışanları, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, devlet ve müstakbel yatırımcılar girer.

paysahipleri, şirket alacaklıları şirkete ödenmek üzere tazminat alacağı dava ikame etmek zorundayken, artık paysahipleri ve şirket alacaklıları kendileri tarafından doğrudan tahsil kabiliyeti olan mahiyette kendi nam ve hesabına dava takip yetkisine salahiyyettardır⁴²⁷. Ayrıca şirket organizasyonunda aksamalar, yönetim kurulu üyelerinin atıl kalması, yani komiteleri kurmaması veya gözetmemesinden dolayı çıkarsa, şirket malvarlığı kötüleşebilir ki, böylesi bir durumda da paysahiplerinin hisse senetlerinin değeri düşeceğinden, şirket alacaklıları da alacaklarını tahsil kabiliyeti zayıflayacağından, dolayısıyla zarar talep edebilirler. Bu davayı ikame noktasında menfaat (yarar) çevresine (dolayısıyla zarar kalemi için talep noktasında dava takip yetkisi) şirketin istikrarlı gidişatına güvenerek yatırım yapmak üzere girişimde bulunan bir müstakbel yatırımcı da dahildir. Ayrıca belirtmek icap eder ki, yönetim kurulu üyelerine bu sorumluluk rejiminden kurtuluş beyyinesi getiren ve kaynak İsviçre Kanunu'nda ise bulunmayan bir hüküm de gözden kaçırılmamalıdır ki, bu hüküm de doktrinde duraksamaya yol vermiştir⁴²⁸. Kendigelen ise sorumlular ile şirket arasındaki ilişkinin sözleşme olduğu faraziyesinden yola çıkmakta (BK 212) ve sorumluluktan kurtulmak isteyen kişinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır.

Kurumsal Yönetim İlkesi⁴²⁹ ekseninde bu komite tahlil edilecek olursa, öncelikle Kurumsal Yönetim İlkesi'nin açıklanması yerinde olacaktır. Bu prensip US-Amerikan "Agency" teorisi tarafından türetilmiştir. Bu teoriye göre; tacir yardımcısının (yani "agent") iktidarını/(tasarruf yetkisini) kendi şahsi menfaatine kötüye kullanması için şirketin/ticari işletmenin dokusuna/işletme konusuna yabancı işlerin kontrole tabi kılınması gereği belirtilmektedir. İdare organı ve bir corporation'un (Paylı ortaklık/Aktiengesellschaft) ticari işlerin sevki (temsil) paysahipleri için çalışırlar. Bu ilkenin ihdasında başlangıçta asıl sermayedarların teminat altına alınması düşünülmüş ve şirketin refahı noktasında menfaat lehdarı olan alacaklılar ve işçiler daha ziyade tali derecede bırakılırken ve kesişme noktasında yer almazken daha sonradan bu zihniyet değişime uğramıştır. Nitekim zamanla paysahibi yanında aynı zamanda alacaklı ve her şeyden öteye genel manada şirketin refahı ve ayrıca işçilerin menfaati de görüş sahasına girmiştir. İsviçre Code of Best Practice 2014 de nitekim

⁴²⁷ Bu konuda (komiteler hakkında) teferruatlı bilgi için genel olarak Bkz. Atasoy, Ömer Adil/Ergün, Berkay, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinden Doğan Sorumlulukları", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 4, Sayı:2-Aralık 2018 künyeli makale ve s.48, dn. 22'de anılan bir Yargıtay içtihadı için 11.HD., 11.03.2002 (Kazancı).

⁴²⁸ Yıldız, Şükrü, İTÜ SBD, Yıl:2012, Sayı:24, Güz 2013/2, s.61-79 makale, s.74.

⁴²⁹ Türk hukukunda mevzu ile alakalı teferruatlı bilgi; monografik bir çalışma için Bkz. Pulaşlı, Hasan, Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), BTHAE Yayınları, Ankara, 2003.

işletmenin istikrarlı ve kalıcı gelişimini hedef olarak kendisine koymuştur. (Ziff.9) Öntasarı ayrıca bir de nihayetinde göreceli olarak diğer “Stakeholder”un da en mükemmeli edası beklentisi istikametinde istikrarlı ve kalıcı bir mahiyette paysahiplerinin menfaatlerine yönelim noktasında talepkâr olmaktadır. Bu fikre iten krize karşı mukavemet/direnç kabiliyeti ve gözetim mekanizmalarının (monitoring) tehlike arzeden tasarrufuna karşı teminat arayışı olmuştur. İşletmede yetkinin parçalanması/bölünmesi; sadece sermaye ve idare arasında birikmiş makamlar arasında yani dış ve iç denetim gibi veya Almanya’da gözetim organı olarak denetçide yeni olduğu üzere değil, ayrıca işletmeden bağımsız idare kurullarının tesisi veya idare (kurulu) komitelerinin oluşumu gibi yönetim organlarının kademelenmesini de amaçlamaktadır. Corporate Governance sadece şirketler hukukunun bir uğraşı alanı değil, bilakis bilhassa sermaye piyasası hukuku gibi yeniden yapılandırma ve iflas hukukundandır da. Sermaye piyasası öncelikle finans analistlerinin, yatırımcıların aleniyeti ve ekonomi basınının işletme aleniyeti üzerindeki tepkileri marifetiyle amaçlanan checks and balances kurumuna dair muayyen fonksiyonları üstlenebilir.

İşletmenin kontrolü piyasası teorisine göre; fena yönetim ve buna denk düşen mahiyette paysenedinin kurunun/değerinin düşmesi; düzeltilmiş iyi bir işletme yönetimi ikamesi ile maliyet fiyatına iyi bir sermaye kârı zamin ettiğinden devralma heveslilerinin cazibesini çekmektedir. Yeniden yapılandırmada ise Corporate Governance temel ilkeleri yeni organizasyon için bir inceltirilmiş/ayar endikatör(ü) sunmaktadır.

İç işleyişteki denge hususundaki bu türden meseleler hakkındaki bilincin odaklanmasıyla birlikte buna mukabil/denk temel prensipler ansızın adeta mümbit bir topraktan fışkıran mantarlar gibi ortaya çıkmaya başlamışlardır. Dünyada öncelikle meslek kuruluşları, ticaret odaları veya ayrıca kamusal teşekkül etmiş komisyonlar finans mercilerinin rekabetinin baskısı altında işe girişmiş ve Code of Best Practice, Corporate Governance Guidelines veya benzeri mahiyette manzume içinde tasnif olunan kaideler formüle etmişlerdir. Bu eğilim küçük bir ölçekte kanun reformlarına tekliflere akmış, lakin önemli ölçekte bu temel prensiplerde daha ziyade bir soft law’dan bahsetmek mümkün gözükmektedir. Bu temel prensipler kural olarak Standes organizasyonlarının üyelerinin arasında emredici olarak açıklanmamaktadır. Daha çokça tipik olarak yalın mahiyette “comply or explain” aranmaktadır, yani şayet bir şirket ilgili kaideye uymak niyetinde değilse, o takdirde bu vakayı munasip şekilde örneğin bilançoda hesap düzeni için ilan etmeli/umuma bildirmeli ve gerekçelendirmelidir. Corporate Governance temel prensiplerinin daha sert bir formulizesi ve yaptırıma bağlanması bu vakanın işletme ekonomi öğretisine ucu açık bırakılmak arzu ve gayesiyle ihtar olunmamaktadır. Lakin dünya ekonomik buhranı

2008'den itibaren Corporate Governance kurallarının teminatta yatan ana fonksiyonunda tam manasıyla bir aksaması sinyali yakmaktadır. Lakin bu vaka hareketin ölümüne sevketmemiş, bilakis hukuken müessesenin kurumsallaştırılmasına ve böylece daha da ötesinde spesifikleştirilmesine ve temel prensiplerin ihlalinin daha sıkı tedbirlerle müeyyidelendirme ile himayesine sebebiyet vermiştir.

İsviçre'de iki temsili enstitü bir Corporate Governance Kural Eseri/Regelwerk yayınlamışlardır. Bir yandan Swiss Code of Best Practice, ki economiesuisse tarafından çıkarılmıştır, nitekim en büyük İsviçre İşletmeler Çatı Birliğidir; diğer yandan da İsviçre Borsası SIX Swiss Exchange Corporate Governance Yönergesidir. En nihayetinde de 2014 Eylül'ünde tekrar gözden geçirilmişlerdir. Ve anmakta yarar ummaktayız ki, bu iki eser de Karl Hofstetter, Corporate Governance in der Schweiz, Zürich, 2002, Fransızca yazılmış, Lausanne, 2003 adlı tebliğinin dayandıklarıdır. Her iki düzenleme de halka açık anonim şirketlere münhasır olmakta ve doğrudan emredici olmayıp, “comply or explain” ilkesine tabidirler. Aslında comply or explain yönergede borsanın regülasyonunun parçası olarak rahatlıkla konulabilirken, Code'un vecibelerinin yerine getirilmesi ayrıca bu alanda da ihtiyaridir, lakin her halükârda sermaye piyasasının beklentilerinin işletmeler üzerinde muayyen bir tatmin/ifa kabiliyeti mecburiyeti kesbetmesi fikrine cevaz verilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İsviçre'de bu iki düzenlemenin yanında başkaca hükümler de vazedilmiştir. İsviçre Borsası SIX'in kendi idari (tasarrufi) işlemleri/regülasyonları çokça revize edilmiş Ad-hoc-Aleniyet (Kamuyu Aydınlatma) üzerine hükümleri gibi Yönetim/Management İşlemlerinin/Transaktion Kamuya Duyurulması da değinilmesi gereken hususlardır. Bunun haricinde kanunun Corporate Governance Yönergesinden esinlenerek iktibas ettiği ve daha da keskin hale getirdiği karşılıkların ve iştiraklerin kamuya duyurulması da değinmeye layıktır⁴³⁰.

⁴³⁰ Druey/Druey Just/Glanzmann, s.195-6-7, Rn.13.

3.3.3. Ticari İşletme Alacaklarının Tahsilini ve Borçlarının Ödenmesini Kolaylaştırmak Suretiyle Ticari İşletmenin Korunması

Firmaların bilançolarındaki hesap gruplarını aşağıdaki gibi bir bilançoda gösterebiliriz⁴³¹.

Tablo 1: Firma Bilanço Yapısı

AKTİF	PASİF
DÖNEN VARLIKLAR	KISA VADELİ YABANCI KAYNAKLAR
A- Hazır Değerler	A- Mali Borçlar
1- Kasa	1- Banka Kredileri
2- Alınan Çekler	B- Ticari Borçlar
3- Ver. Çekler ve Öd. Emirleri (-)	1- Satıcılar
B- Menkul Kıymetler	2- Borç Senetleri
1-Hisse Senetleri	3- Borç Senetleri Reeskontu (-)
C- Ticari Alacaklar	UZUN VADELİ YABANCI KAYNAKLAR
1- Alıcılar	A- Mali Borçlar
2- Alacak Senetleri	B- Ticari Borçlar
3- Şüpheli Ticari Alacaklar	C- Borç ve Gider Karşılıkları
4- Şüpheli Ticari Alacaklar Karşılığı (-)	ÖZKAYNAKLAR
D- Diğer Alacaklar	A- Ödenmiş Sermaye
E- Stoklar	1- Sermaye
1-Mamuller	2- Ödenmemiş Sermaye(-)
2-Ticari Mallar	B- Sermaye Yedekleri
3- Stok Değer Düşüklüğü Karşılığı(-)	C- Kâr Yedekleri
DURAN VARLIKLAR	D- Geçmiş Yıllar Karları
A-Ticari Alacaklar	E- Geçmiş Yıllar Zararları(-)
B- Mali Duran Varlıklar	F- Dönem Net Kârı
C- Maddi Duran Varlıklar	
1- Demirbaşlar	
2- Birikmiş Amortismanlar (-)	
D- Maddi Olmayan Duran Varlıklar	

Şirketin ortaklarının verdikleri teminat veya üçüncü bir şahsın örneğin şirkete kefil olarak, banka teminat mektubu vererek veya bir gayrimenkulü üzerinde bir rehin hakkı tesis ederek verdiği teminat bilançoda görünmez. Oysaki şayet şirket tüzel kişiliğinin verdiği bir teminat varsa bilançoda gösterilir.

- Ekonomik başarısızlık (işletmenin kâr elde edememesi).
- Finansal başarısızlık (borçların ödenmesi konusunda sıkıntıya düşülmesi).

- **Ekonomik Başarısızlık:** İşletmenin yatırım kârlılığının sermaye maliyetinden az olması veya işletme gelirlerinin maliyetleri

⁴³¹ Selimler, Hüseyin, Finansal Başarısızlık, Finansal Yönetim, ed.Gündoğdu, Aysel, Ankara, (2017), s.506-507.

karşılama için yetersiz olmasıdır. Yani işletmenin gelirlerinin işletmenin maliyetlerini karşılayamaması durumu olarak tanımlanabilir.

- **Finansal Başarısızlık:** İşletmenin finansal yükümlülüklerini karşılayamaması, bunları yerine getirirken zorluk çekmesi ya da hiç yerine getirememesi olarak tanımlanmaktadır. İşletmenin, toplam varlıklarının toplam borçlarından fazla olmasına rağmen, vadesi gelen cari yükümlülüklerinin yerine getirememesi teknik başarısızlık olarak tanımlanmaktadır.

Sorunlu kredi, “banka ile borçlu arasındaki geri ödeme anlaşmasının önemli şekilde bozularak tahsilatın gecikmesi ve zarar olasılığının ortaya çıkması” olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, kredinin vadesinde ödenmemesi bu ödemenin birkaç gün gecikmesi krediyi sorunlu hale getirmemektedir. Bu ödememenin veya anlaşmanın “önemli şekilde” bozularak tahsilatın gecikmesi gerekmektedir. Ancak, bu önem kredi türüne, gecikme süresine, firmanın birden fazla onaylı kredisinde aynı anda veya birinde gecikme olmasına göre değişebilir⁴³². Bankacılık sektöründe sorunlu kredilerin çözümü için Londra Yaklaşımı olarak literatüre geçen uygulama, ülkemizde İstanbul Yaklaşımı olarak adlandırılmıştır. Türkiye Bankalar Birliği, Londra Yaklaşımı’na uygun şekilde, aktiflerin bankalarda bırakılarak, belirlenecek lider bir bankanın önderliğinde, bir komite aracılığıyla mahkeme sürecine başvurmadan sorunların çözümüne yönelik bir strateji izlenmesi tercihini öne çıkarmıştır. İstanbul Yaklaşımı’nın dayanağı, 31.01.2002 tarih ve 24657 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de⁴³³ yayımlanan Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması hakkındaki 4743 sayılı Kanun olmuştur. Kanunun Amaç başlıklı 1. maddesi; “Bu Kanunun amacı... bankalar ve diğer mali kurumlar ile kredi ilişkisi içinde bulunup, finansal darboğaz yasayan borçluların; finansal yeniden yapılandırma çerçevesinde belirlenecek süre ve koşullarla, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış kredilerle ilgili olarak vadeleri uzatmak, krediyi yenilemek, ilave yeni kredi vermek, anapara ve/veya faiz indirmek, faizden vazgeçmek, kredileri kısmen veya tamamen iştirake çevirmek, kredileri ayni, nakdi ya da tahsil şartına bağlı bir bedel karşılığı devir ve temlik etmek, kredileri borçlu ya da üçüncü kişilere ait ayni değerler karşılığında kısmen veya

⁴³² Selimler, Sorunlu Kredilerin Analizi, Banka Finansal Tablo ve Oranlarına Etkisinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 12, Ocak 2015, s. 133. (Ebscohost indexed).

⁴³³ Küçük Ölçekli Şirketler için Finansal Yapılandırma Çerçeve Antlaşması (25 milyon liranın altında bir borç stoku bulunan işletmeler bir lider banka ile aralarında yaptığı protokol ile anlaşmak suretiyle, ki diğer işletmenin borçlu olduğu bankaların da riayet etmek zorunda olduğu ve bu suretle aleyhteki takipleri durduran bir yapı arzeden borç stokunu yeniden yapılandırmaktadır bu suretle).

tamamen tasfiye etmek, diğer bankalarla birlikte hareket ederek protokoller yapmak gibi alınacak tedbirlerle mali kesime olan geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve katma değer yaratmaya devam etmelerine imkân verilmesinin sağlanmasıdır” denilmiştir⁴³⁴.

İstanbul Yaklaşımı’nın, yıllardan beri bankacılık sektöründe kredi müşterileri ile banka arasındaki kredi sözleşmesinin hükümleri ışığında, kredilerin ödenmemesi durumunda uygulanan klasik yaklaşımdan önemli bir farklılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşım, bankaların seçtiği müşterilerine yönelik esnek uygulama olarak kabul edilecek eski alışkanlıklarının bir yasa ile banka gruplarının yine kredi kullanan müşteri gruplarına ortak tavır takınmasını sağlayan düzenlemeden farklı bir şey değildir⁴³⁵.

7143 sayılı Kanun (Sorunlu Alacakların ve Vergilerin Yeniden Yapılandırılması hk.) ve Karşılıklar Yönetmeliği (Kredilerin Sınıflandırılması) (Resmi Gazete Tarihi: 22.06.2016 Resmi Gazete Sayısı: 29750:) BDDK tarafından çıkarılmış olup, bankaların şirketlerden olan alacağının muhasebeleştirilmesi hakkındaki usul ve esasları saptar. Şirket kurtarmada analizde borçlunun iyiniyetini test etmemize yarayan vergi bilançosunun da ötesinde şirketin hakiki mal beyanına erişimin sağlanabilmesidir. Kanuni yedek akçenin aksine olağanüstü yedek akçenin ayrılması kararından etkilenen pay sahipleri müktesep hakkı olan kâr payı nokta-i nazarından mahkemede genel kurulun bu yöndeki kararını iptal talebiyle tartışabilir⁴³⁶. Anonim şirketler hukukunda hâkim olan bağımsız denetim genel nitelik arz etmektedir. Mali idare bakımından bağlayıcı olmamakla beraber, şirketlerin yıllık vergi matrahlarının belirlenmesine de yarar. Yani genel nitelikteki bağımsız denetimden şirket, pay sahipleri ve kamu maliyesi istifade eder. Bağımsız denetim kamu idaresi tarafından da ayrıca denetlenmektedir. Kanundan kaynaklanan bağımsız denetim yapma zorunluluğu esasına göre tüm bağımsız denetçiler (denetim sözleşmesinin işgörme edimi temeline dayanan sui generis sözleşme olduğu iddia olunmaktadır)⁴³⁷ Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından denetime tabi tutulurlar⁴³⁸. Yapılan yeni düzenleme ile katılım bankalarının bağımsız denetçiler tarafından yapılacak hesap kontrolünde fıkıh ilkelerine göre oluşmuş inanç değerleri nazara alınacaktır⁴³⁹.

⁴³⁴ Selimler, (2018), s.9.

⁴³⁵ Selimler, Türk Bankacılık Sektöründe Sorunlu Kredilerin Varlık Yönetim Şirketlerince Tasfiyesi, Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye Uygulaması, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2006, s.212.

⁴³⁶ Bozkurt, Tamer, Şirketler Hukuku, Ankara, 2019, s. 484 ve orada anılan 11. HD. içtihat için Bkz. Kazancı

⁴³⁷ Özkorkut, s. 276, Köksal, s. 92, ve Urkan, s. 88.

⁴³⁸ Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019, s. 377 vd.

⁴³⁹ Fıkıh ile Hukuk arasındaki ilişkiyi irdeleyen bir yapıt olarak Bkz. Gözler, Kemal, “Fıkıh-Hukuk İlişkisi Üzerine”, Bursa, 2019.

- Vadesi gelen finansal yükümlülüklerin / borçların vadesinde ödenememesi
- Tahvil faizlerinin ödenememesi
- Karşılıksız çek keşide edilmesi
- İmtiyazlı hisse senetlerine temettü dağıtılamaması
- Yasal olarak iflas başvurusunda bulunmuş olması ve kayyum atanmış olması
- Belirlenen iki tarih arasında veya bilanço dönemi sonunda işletmenin varlıklarında azalma ortaya çıkması
- İflas etme veya alacaklıların talebi üzerine tasfiyeye gitme
- Üç yıl üst üste zarar etmesi
- Bir yıl içinde yasal olarak iflas başvurusunda bulunulması

3.4. İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Koruma

3.4.1. Tasarrufun İptali Davası⁴⁴⁰

İcra iflas hukuku kredinin teminatıdır. Tasarrufun iptali davaları ihtiyati haciz kurumu ile birlikte alacağın teminatını sağlamaktadır. Mehaz İsviçre’de, geçmişte iflas idaresi memurlarının tasarrufun iptali davasına başvurmadıkları görülmüş ise de, İsviçre Hukuku’nda gündemdeki konulardan biri de yeni iflas hukuku çerçevesinde alacağın külli temliki hususudur. Tasarrufun iptali, takibi teminat altına alır. Tasarrufun iptali sayesinde borçlunun hacizden/iflasın açılmasından önceki tarihte belirli bir hukuki işlem ile bir üçüncü kişiye devrettiği malvarlığına dahil olan malları, objeleri somut bir takibe takip objesi olarak dahil edilebilir (m.277/I İİK; Art.285/I SchKG). Somut takip bakımından, temelde yatan hukuki işlemlerin sadece takip alacaklısı yönünden geçersiz olduğu açıklanmakta; bu işlemlerin bir özel hukuk işlemi olarak geçerliliği, sıhhati etkilenmemektedir. Tasarrufun iptali talebi aynı

⁴⁴⁰ Doktrindeki hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara ilişkin bilgi için de Bkz.: Yıldırım, Kamil, *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, İstanbul, 1995, s. 133 vd.

Doktrinimizde, iptal davasının hukuki niteliği hakkında tezahür etmiş olan teoriler Berkin’in haksız fiil teorisi ile Umar’ın katıldığı ve doktrinde çoğunlukla kabul görmüş olan kanuni borç teorisi.

BGE 114 III 110 vd.

İptal davasının istihkak davası ile sıkı irtibatı vardır. İsviçre Federal Mahkemesi muvakkat aciz vesikası ile son bulmuş bir takipte istihkak talebinin iptal davası ile bertaraf edilmesine dahi müsaade etmektedir. Staehelin-SchKG II, Art.285 no. 28 ve orada BGE 115 III 140 vd., BGE 103 III 104.

değil, şahsi dava niteliklidir, hakkaniyetten kaynaklanan kanuni bir borca dayanmaktadır⁴⁴¹. Mehaz İsviçre Hukuku'nda tasarrufun iptali davası saf takip hukuku kurumudur ve sadece somut borçluya karşı yürütülen bir takipte veya konkordatoda devreye girer. Davanın kabule yönelik hüküm, iptali istenen tasarrufun medeni hukuk anlamında hükümsüzlüğünü doğurmaz⁴⁴².

İİK m.280 tasarrufun iptali davasını onarıcı adalete uygun olarak ikame etmiştir. Borçlunun yalnız alacaklıları zarara sokmak maksadıyla yaptığı tasarruflar değil, aynı zamanda iyiniyetli bir kişiden ve basiretli bir tacirden beklenmeyen tasarruflarla varlığını azalttığı hallerde tasarruf iptal edilir⁴⁴³.

Ticari işletmenin devrinde işletmeye dahil borçların devrin kapsamı dışında bırakılabileceği olgusu karşısında bu borçların alacaklılarının korunması bir sorun teşkil etmektedir. Müteselsil sorumluluğun söz konusu olmadığı durumda alacaklılar sadece devreden tüm malvarlığıyla sorumluluğuna başvurabileceklerdir. (BK m.202) İşletenin borçlarından sorumlu olması ilkesi çerçevesinde ticari işletme devri kanundaki şartların varlığı halinde takip hukuku içinde tasarrufun iptali davalarını gündeme getirmektedir.

Şayet ticari işletme salt pasifleriyle devrolunursa o takdirde alacaklıların elinde hukuki çare olarak tasarrufun iptali davası kalacaktır. O halde aktifin pasifin teminat işlevi fonksiyonunu icra etmediği durumlarda, teşkil eden kanunkoyucunun saydığı tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarını tetkiki izaha muhtaçtır. Bu şartları mercek altına aldığımızda öncelikle karşımıza ivazsız tasarruflar çıkar. (İİK m.278/1) Bu türden tasarruflar alacaklıların menfaatini haleldar ettiği nispette iptale tabidir. Ayrıca tasarrufun iptali davasına konu olabilen; devir sözleşmesinin yapıldığı sıradaki ticari işletmenin değerine göre pek aşağı fiyatın ivaz olarak kabul edildiği akitlerde ticari işletmenin değeri hesaplanırken işletme

⁴⁴¹ BGE 131 III 227; 106 III 44 E.3; Staehelin-SchKG II, Art.285 no. 8-9; ayrıca Bkz. KuKo SchKG-Umbach Spahn, 2009, Art.285 N.2; BGE 131 III 227; 106 III 44 E. 3; 64 III 153; 27 II293; 20, 403; D. Staehelin, BISchK 1997, 90; Gaugler, 79.

Ayrıca Bkz. Doktrinde Üstündağ, Saim, İflas Hukuku, 8.Bası, İstanbul, 2009, s.283 ve orada dipnot 238 a'da anılan 15. HD 12.04.1984, YKD 1984 s.1827; Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara, 2013, s.1415 ve 1426 da dn.41 deki 17. HD.25.11.2008, 3792/5533 (Uyar 12.cilt s.19691) vd içtihatlar, Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.565 vd.

Staehelin- in: Staehelin /Bauer/ Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz zur SchKG, Basel, 2.Aufl. Band 2, (SchKG II), Art.285 no. 10.

⁴⁴² BGE 52.II 54; 47 III 92; 45 III 5; 43 III 214; 45 III 5; Amonn, Gasser, Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs-Und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, s. 426; Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1984; Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1993; Bd. II, § 65 N 6; Gaugler, Die paulianische Anfechtung unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung, 2. Bd., 1944, s. 79, Üstündağ, İflas, s.289.

⁴⁴³ Olgaç, s.1907. HGK 1.6.1968 tarihli 220 /İc. İf. E.396 K. maddede 538 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce borçlu alacaklılarını zarara sokmak maksadıyla yaptığı bir taraflı işlemlerle borçlunun bu maksadını bilen veya bilmesi gereken kimselerle yahut alacaklıların bazılarıyla uyuşarak diğerlerinin zararlarına yaptığı bütün işlemler tarihleri ne olursa olsun batıl sayılıyordu.

değerinin dikkate alınması gerekir⁴⁴⁴. (keza İİK m.278/III bent 2’de) Ayrıca mutat yani olağan ödeme araçları veya para dışında bir ödeme vesaiki ile ticari işletmenin örneğin borçlunun bir borcunun kapatılması karşılığında devredilmesi durumunda yine bu türden bir işlem de tenkise tabi olacaktır⁴⁴⁵. Genel cari hesap sözleşmelerine istinaden yapılan alışverişlerde bu meydana cari hesap borçlusunun bir taşınmazının icra yoluyla satılıp satış bedelinden alacağın karşılanması faraziyesinde, satış masraflarından kaynaklanan aşırı zarar verici etkiler bulunması sebebiyle yapılan bir protokol ile taşınmazın borç yerine devri de bu özel durumlar açısından mutat ödeme kabul edilecektir.

İİK’nın 279/I bent 2’ye göre borçlunun para veya mutat ödeme vasıtalarından gayri bir surette yaptığı ödemeler, alacaklı yönünden geçersiz sayılır. Şayet borçlu aciz halinde ise ve bilinmesi kaydıyla bu duruma rağmen ticari işletme iktisap edilmişse, yine hukuki işlem aynı akıbete maruz kalacaktır⁴⁴⁶. (İİK M. 279/II) Lakin bu hususta ticari işletmeyi devralana bir kurtuluş beyyinesi “bilmesi kaydıyla denilerek” getirilmiş olsa da, basiretli tacir ilkesinin cari olduğu ticari pratikte bu durumun da ispat ölçüsü açısından katı uygulanması icap eder⁴⁴⁷.

3.4.2. Konkordato ve Borçların Yeniden Yapılandırılması Yoluyla Koruma

Konkordatoya⁴⁴⁸ ilişkin İİK’da mevzuatta yapılan değişikliklerde mehzaz İsviçre İİK esas alındığından, bir ihtilaf vukuunda meselenin halli noktasında mehaza göre yorum yapılmalıdır. Konkordatonun amacı, konkordato mühleti aracılığıyla borçlu ile alacaklı arasında bir tür ibra sağlanmasıdır. Söz konusu kurum sayesinde:

- Borçlunun icra takibinden korunması; (rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip hariç ki, bu takipte dahi takip konusu mal hakkında muhafaza tedbirleri alınamaz ve taşınmaz, malın satışı da yapılamaz. İsviçre’de takibin dışında borçlunun taraf olduğu hukuk ve idare davaları da durmaktadır. (Konkordatoda işletmenin iyileşme ümidi ve konkordatonun tasdiki şartlarının oluşacağı hakkında bir emare belirlediği takdirde hâkim şirkete kesin mühlet tanır.)

⁴⁴⁴ Güncan, Atahan, *Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul, 2018, s.103-104 ve orada dn.131’de anılan TTK m.11/3 gerekçe, Berzek, s.11.

⁴⁴⁵ Güncan, s.103-104. İİK m.279/I/bent 2.

⁴⁴⁶ Güncan, s.103-104.

⁴⁴⁷ Güncan, s.104.

⁴⁴⁸ “İcra İflas Kanunu’nun 285’ inci maddesi uyarınca konkordato talebinde bulunan ve bu istemi kabul edilerek mühlet verilen borçlunun aynı Kanunun 290. maddesine göre komiser nezaretinde işlerine devam etme hakkını haiz olup yalnızca mühlet ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edilmeyeceği, gayrimenkul satamayacağı, kefil olamayacağı ve ivazsız tasarruflarda bulunamayacağı, aksi takdirde yaptığı akitlerin hükümsüz olacağı öngörülmüş bulunduğundan, sanığın mühlet içinde keşide ettiği çeklerin karşılığını bulundurma sorumluluğunun olmasına ve aksi durumun karşılıksız çek keşide etme suçunu oluşturması karşısında, çeklerin bankaya ibraz tarihlerinde henüz konkordato talebinde bulunmamış olan sanık hakkında yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,Bozulmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 15.CD. Esas: 2011 / 34 Karar: 2011 / 672 Karar Tarihi: 15.09.2011.

- Alacaklıların icra takibine oranla daha fazla tutarı elde etmesi;
- ve nihayet işletmenin varlığını muhafazası ve işsizliğin önlenmesi yoluyla makroekonomik çıkarların korunması imkânı doğar.

Konkordato, takip hukuku çerçevesinde düzenlenmiş bir tür kalan borçtan kurtulma usulüdür. Bununla bir yandan borçlunun malvarlığı en iyi şekilde korunmaya alınır, öte yandan alacaklıların iflas takibine oranla daha korumalı duruma gelmeleri sağlanır.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoya İsviçre Hukuku'nda tasfiye konkordatosu (=Liquidationsvergleich) adı da verilmektedir. Bu konkordato türünde borçlu mallarının tamamını veya bir kısmını paraya çevirmek üzere alacaklılara devretmekte, alacaklılar, paraya çevrilen mallardan elde edilen tutarı elde etmektedirler. Tasfiye konkordatosu iflası andırmaktadır⁴⁴⁹.

Konkordato hukuki mahiyeti itibarıyla maliye politikasının gereği artık bir kamu hukuku kurumudur. Lakin belirtmek gerekir ki, konkordato müessesesi İİK'da düzenlenmemiş olsaydı dahi, alacaklısı ile borçlu anlaşarak resmi organları devre dışı bırakarak durumunu düzeltecek hukuki ilişkiler kurabilirdi. (özel konkordato-der aussergerichtliche (gütliche, private) Vergleich) Artık bu müessese İcra ve İflas Kanunu'na değil, bilakis Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir. (Brand, FJS, No:958, s.11.)

İşletmenin faaliyetinin devamlılığının sağlanması aynı zamanda konkordato mühletinin ve özellikle konkordato usulünün birincil amacıdır⁴⁵⁰.

Bunun anlamı şirket gayesinin varlığını kural olarak muhafaza ettiğidir⁴⁵¹.

Buradan aynı zamanda –iflasta olduğu gibi– iktisadi maliklerin (wirtschaftliche Eigentümer) yani alacaklıların menfaatine paraya çevrilecek olan borçlunun salt malvarlığı değerlerinin bakiyesi olarak anlaşılması gereği ortaya çıkar.

İdame değeri konkordato usulünün merkezindedir. Borçlu işletmenin muhafazası ve/veya iyileştirilmesi için zaruri üretim faktörlerini (materyal, işgücü (emek), know-how veya sermaye-anapara şeklinde olan) emre amade tutan bütün şahıslar (işçi, tedarikçi, kredi açan) tarafından yaratılır.

Borçlunun münferit malvarlığı değerleri kendi içinde ayrı olarak değerlendirilir. Yani alacaklıların sorumluluğuna amade olacak çoğu varlık (Haftungssubstrat) arasında üretim faktörlerinden sadece biridir ve kendi başlarına işletme ve işletme değerini (idame değerini)

⁴⁴⁹ Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, 2016, s.517 vd.

⁴⁵⁰ Glanzmann, Lukas, "Die Pflichten" in: Sanierung der AG, Zürich, 2003, s. 73.

⁴⁵¹ karşı. Alman hukuku için Oldiges, *Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Businesss Judgement Rule*, Diss. Leipzig, Baden Baden, 2011, s. 145.

oluşturmazlar. Ancak alacaklıların başkaca üretim faktörleriyle bir işlevsel birime bileşimiyle (mesela insani-bedeni çalışma gibi) işletme oluşur⁴⁵².

Gerek iflas muhakemesinde gerek konkordato usulünde alacaklıların talebi özellikle menfaati borçlunun –bir borca batıklık vakasında– ticari mülkiyetlerine intikal eden malvarlığı değerlerinin tasfiye değeriyle sınırlıdır⁴⁵³. İcra hukukunun şekliliğinin maddi hukuk bakımından bir düzeltmesi sözkonusudur. (Muthorst, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts*, Nomos, 2013.) Alman Hukuku’nda gerek cüzi takiplerde iptal kanunu m.11-13’te, gerekse de külli takip bakımından iflasta Insolvenzordnung’da (eski adıyla Konkursordnung) Türk Hukuku’nda olduğu üzere sadece iflas hukuku bakımından düzenlenmiş olmasına karşın cüzi icrada tatbiki kabil olan tasarrufun iptali davası hükme bağlanmıştır.

Konkordato (Fransızca Konkordat) alacaklılarla sulh olma demektir. Almancası zorunlu sulhtür (Zwangsvergleich).

Konkordato, belli bir alacak çoğunluğunun muvafakat etmesi halinde (m. 302) borçlunun ekonomik faaliyetine devam etmesine imkân vererek mallarının cüzi veya külli icra yoluyla paraya çevrilmesine engel olan bir cebri icra alternatifi teşkil eder. (İsviçre de Federal Mahkeme kararı için Bkz. BGE 103 III 59-60; BGE 105 II 92.)

Konkordato Yargıtay içtihatlarına da yansıdığı şekliyle bir hâkimin tasdikine bağlı sulh akdidir⁴⁵⁴. Yine Kuru’ya göre de; konkordato ticaret mahkemesinin tasdikine tabi bir cebri icra anlaşmasıdır⁴⁵⁵.

7155 sayılı Kanunla getirilen değişiklik İİK m.286’da iki sacayak üzerinde oturmaktadır: Bağımsız denetim ve güvence denetimi. Güvence denetimi Güvence Denetimi Standardı 3000 ve GDS 3400’e uygun surette vuku bulur ve projeksiyonlar, ümitler, beklentiler ileriye dönük olmak üzere tahlil olunur. 3400 no’lu Standardın başarısı tarihi mali verilerin doğruluğuna bağlıdır. Bu bağlamda inceleme araştırma ve inceleme ödevi konkordato komiserine düşmektedir. Fiiliyatta bağımsız denetim raporu ve makul güvence raporu almış bir şirketin borçlusu geçmiş verileri ve geleceğe yönelik projeksiyonları artık bir de komiser denetimine tabi tutulmadığı görülmektedir. Tarihi mali denetim ile ileriye dönük güvence denetimi etik olmamakla birlikte aynı bağımsız denetim şirketince uygulamada yapılmasına cevaz verilmektedir. Denetim kuruluşu ve denetçiler, denetlenen işletmeye

⁴⁵² karşı. Gauch, RZ. 9 ff. und Rz. 21 ff. Aynı yönde Wildhaber, S. 82; Hunkeler, Rz. 88 ff.

⁴⁵³ Oehri’de s.115, dn.676.

⁴⁵⁴ (e-uyar.com, İİD.6.4.1976 T.1196/4211) Uyar, Talih, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Ankara, 2018, s.3.

⁴⁵⁵ Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2013, s.1444.

Bağımsız Denetim Yönetmeliği uyarınca tasdik, vergi danışmanlığı ve vergi danışmanlığı hizmeti ancak verebilirler. Bağımsız denetim kuruluşları verdikleri hizmetlerden dolayı doğabilecek zararı karşılamak amacıyla genel şartları Hazine ve Maliye Bakanlığınca (Müsteşarlığı) belirlenen sorumluluk sigortasını yaptırmak zorundadırlar. Şayet denetim raporları Türkiye Denetim Standartlarına aykırı ise, hukuki, idari mevzuattan kaynaklı yaptırımlar saklıdır.

Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmeliğe göre; finansal tabloların tarihi bakımından hesap dönemi kapanışı üzerinden bir takvim yılı geçmemiş olması lüzum arzeder. Bu belgeler TTK'ya göre hazırlanan son bilanço, gelir tablosu ve nakit akım tablosudur. Bağımsız denetim açısından ise denetim kıstası Bağımsız Denetim Yönetmeliğidir. Finansal tablolar için Türkiye Muhasebe Standartları yıllık faaliyet raporları, riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin sistem açısından ise TTK ve ilgili mevzuatın hükümleri dışında Adalet Bakanlığınca yayımlanmış olan Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmelik hükmü bağımsız denetim kuruluşunun borçlunun malvarlığının durumu gösterir belgeler ile alacaklı ve alacak listesi finansal raporlama çerçevesi; konkordato önprojesi ile karşılaştırma tablosu açısından ise İİK m.285 ile 286'dır.

Belirtmek gerekir ki, Bağımsız Denetim Standardı 805'e göre yapılan denetimde olumsuz görüşe ulaşırsa Öztekin'e göre Güvence Denetim Standardı 3000 ve 3400 uyarınca yapılan denetimde olumlu görüş verilmemelidir.

Konkordato Talebine Eklenecek Belgeler Hakkında Yönetmeliğe göre; denetim kıstası etrafında uyumsuzluğa mahal vermemek adına denetim kanıtının bağımsız denetçi tarafından güvence verilmesini teminen görüş bildirmeye yönelik beyanı ancak Türkiye Denetim Standartları çerçevesinde ve mesleki şüphecilik içerisinde tevsik edilir.

Önproje konkordato komiserinin görevini hakkıyla yapmasında önemli fonksiyon icra eder. Önprojede bu bağlamda borçlunun mevcut mallarını satıp satmayacağı, sermaye artırımına veyahut başka bir dış finansmana kredi yanında başvurulup başvurulmayacağı net biçimde açıklanmalıdır. Önprojede konkordato mühleti içerisinde işletme sermayesinin ortakların yeni sermaye getirmek dışında kişisel malvarlıklarını paraya çevirerek şirkete getirip getirmeyecekleri, sermayeyi karşılıksız tamamlamaları, yeni ortak alıp almayacakları izah olunmalıdır.

Konkordato talebinde bulunan borçlu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançoları da talebiyle birlikte mahkemeye sunmalıdır. Süreklilik kavramı işletmenin tasfiyeye gitmeyeceğinin veya ticarete son verme amacının olmamasını ifade eder. Going concern value malvarlığı değerinden daha

fazla olabilen işleyen teşebbüs değerini ifade eder. İşletmenin sürekliliği esasına göre hazırlanan bilanço kavramından geçerli finansal raporlama çerçevesinde tarihi maliyetler temel alınarak hazırlanan bilanço esas alınır. Rayiç değere göre hazırlanan ara bilançoda ise işletmenin devam etmeyeceği varsayılmış ve aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınmıştır. Going concern uyarınca ise şirketin bir hesap dönemi sonuna kadar yaşayıp yaşayamayacağı belirlenir. Ara bilanço teriminden dönem sonundaki bilanço değil, belli bir tarih veya bugünkü tarih ile çıkartılan bilanço anlaşılır. Devamlılık (anlaşılması gereken Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği'ndeki muhasebenin temel ilkesi sürekliliktir.) esasını ve satış değerleri esasını bilançoda toplamak mümkün değildir. Süreklilik işletmenin en azından taahhütlerini yerine getirmeye yarayacak kadar bir zaman dilimi etken davranacağını varsayar. Süreklilik kavramı bilançoda tarihi maliyetle değerlemenin temelini oluşturduğu kadar, Standartlara (TMS, TFRS VE BOBİ FRS) göre raporlamanın da temel varsayımlarından birini oluşturur.

Ayrıca önprojede konkordatoya tabi alacaklıların sınıflara ayrılarak her bir sınıfa ayrı bir ödeme oranı veya vadesi önerilmesi de tartışılmıştır. Alacaklılar kurulu zaten İİK m.289/f.4'te Türk Hukukuna çekingen bir giriş yapmıştır⁴⁵⁶.

3.5. Ticari İşletmenin Muhtelif Rizikolara Karşı Sigorta Hukuku Açısından Korunması

İşletmenin türü (niteliği) işletmenin sigortalanması bakımından bir rol oynamaz. İhtiyari sigortada sigorta ettiren işletme hangi riskleri hangi kapsamda kendisinin üstlenmeye razı olduğunu ve hangilerini sigortacıya bıraktığını kendisi tayin eder. İsviçre'de "Özel hukuk sigorta sözleşmesi kanunu" işletme sigortalarında uygulanır. Kanun sözleşmenin taraflarına; sigorta edilen menfaati, kural olarak rizikoya denk düşen primleri serbestçe tayin hakkı tanır. Bu konuda sigorta genel şartları önem taşımaktadır. Sigorta sözleşmesinin akdedilmesi şu şekilde olur. Sigortalanan işletme genellikle talebini matbu bir form ile sigortacıya yönlendirir ve sigortacı talebi sigorta poliçesini tebliğ sureti ile kabul etmiş olur. Poliçe sigortanın yapıldığının yazılı delilini teşkil eder.

Önemli işletme sigortaları arasında işletme sorumluluk sigortası yer alır. İşletme sorumluluk sigortası özel sorumluluk sigortası ile karşılaştırılabilir tipik bir malvarlığı sigortasıdır. Özellikle kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu veya akdi sorumluluktan kaynaklanan bir özel zarar sigortasıdır. Karşıladığı riskler arasında şirket gayrimenkulünde

⁴⁵⁶ Teferruatlı bilgi için Bkz. Öztekin, S. (2019) *Konkordato Hukuku, Madde 286 Şerhi*, Ankara.

malik ya da kiracı sıfatıyla sorumluluktan kaynaklanan zararlar yer alır. Örneğin işyeri binasının çatısındaki kiremitin düşmesi sonucu yoldan geçenin yaralanmasında olduğu üzere.

Bir diğeri ise işletme zararı kapsamında bir iş görülürken meydana gelen, örneğin, bir yeni mutfağın montajında bir montörün su hattına zarar vermesi olayında olduğu gibi görünen risktir. Bir diğeri üretim riskidir, burada kastedilen hatalı ürünlerden doğan zararlardır. Örneğin, bir tüketicinin hatalı üretilmiş bir aletin kullanımında yaralanmış olması halinde olduğu üzere.

Bir diğeri mesleki sorumluluk sigortası olup bu sigortada belli meslek gruplarının özel riskleri karşılanmaktadır. Örneğin, doktorların, mimarların, avukatların riskleri⁴⁵⁷. Bu sigorta tipinde bunların faaliyetleriyle kişilere eşyaya veya malvarlığına verdikleri zararlar karşılanır.

Bir diğeri de motorlu araç sorumluluk sigortasıdır. Hususi araçta olduğu gibi firma araçları da kanuni motorlu araç sigortasına tabidir. Bu sigorta tipi bir aracın kullanılmasıyla sebep olunan üçüncü kişiye verilen zararları karşılamaktadır.

Bir diğeri ise, eşya sigortasıdır, yangın, çığ, yer kayması, heyelan, su baskını, dolu ve hırsızlık (zorla kırma ve kısmen cam kırma) zararlarını karşılamaktadır. Bina sigortası da yine bu kapsamdadır. Bu sigorta tipinde malikin uhdesinde olan eşyalar, makineler, aletler, bilgisayar ve motorlu araçlar gibi menkullerin sorumluluğundan doğan risklerin sigortalanması malike düşen bir ödevdir. Ayrıca faaliyete ara verilmesine ilişkin sigorta da bulunmaktadır ve bu sigorta kapsamında işin kesintiye uğramasının finansal etkileri karşılanmaktadır. Doğrudan masraflar ve mahrum kalınan kâr bu sigorta türünde kapsam dahilindedir. Pratik olarak bütün riskler sözleşmeye bağlanabilir. Örneğin ayrıca tedarikçinin, nakliyecinin yol açtığı aksamalar; işin durması; enformasyon veya iletişim teknolojilerinden kaynaklanan zararlar; vandalizm kapsama dahil edilebilir⁴⁵⁸.

Alacak sigortası hukuki nitelik itibarıyla bir aktifin sigortasıdır⁴⁵⁹. Muhasebe düzeninde şüpheli ve tahsil kabiliyeti olmayan alacakların raporlanmasında, ticari temsilci işletmeciyeye hukuk düzeninde alıcının inikad eden akitten doğan taahhüdünü tekeffül ederek ödeme kabiliyeti için bir garanti fonksiyonu ifa eder. Factoring kurumu temel olarak kredi sigortası fonksiyonuna da yarar (Bonitaets⁴⁶⁰ risiko'nun üstlenilmesi)⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Türk Hukuku bakımından Bkz. Şenocak, Kemal, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara, 2000.

⁴⁵⁸ Mommendey, s.161 vd.

⁴⁵⁹ Alacak sigortasına navlun ve kredi sigortası örnek olarak gösterilebilir. (Kayıhan/Bağcı, age., s.51) Keza TTK m.1199 uyarınca kaza sonucunda ziyana uğrayan eşya için navlun ödenmeyecek, peşin ödenmişse iade edilecektir.

⁴⁶⁰ Almanca yine eşdeyimle ekonomi lügatında Bonitaet kelimesinin karşılığı olarak "Zahlungsfähigkeit/ödeme kabiliyeti" yani alacakların tekeffülü/"Gewährung von Krediten" için aranan şarttır, yazmaktadır.

⁴⁶¹ Woll, Arthur, *Wirtschaftslexikon*, Köln.Band I, s.92.

3.6. Haksız Rekabete Karşı Koruma

T.C. Anayasası'nın 167. maddesine dayanılarak 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4 uyarınca, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar ve uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasaktır⁴⁶². Yargıtay 19. HD 21.04.2005 Tarih 2004/9634 Esas, 2005/4463 Karar sayılı kararına göre; “Belirli mal veya hizmet piyasasında hizmet sağlayıcı, distribütörün satış fiyatını aralarındaki sözleşme koşullarında yeniden belirleyip tavsiyede bulunabilir. Bu belirleme tavsiye niteliğini aşarsa fiyat serbestliğini kısıtlama niteliğindedir”⁴⁶³.

ETTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri 30 Eylül 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanununa dayanmaktaydı. İsviçre'de 1943 tarihli Kanun 1978 yılında esaslı tadilata uğramış, nihayetinde yerini 1986 tarihli Haksız Rekabete İlişkin Federal Kanuna bırakmıştır. İşte YTTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri de bu kanun hükümlerinin tercümesinden ibarettir.

Haksız rekabet hukukunun kaynağı olarak Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu olmak üzere ikili bir yapı vardır. Ticari işlerde TTK hükmü, adi işlerde ise TBK hükmü uygulama alanı bulur. Gerçi haksız rekabete ilişkin TTK hükümlerinin mehası İsviçre Hukuku olup; mehas İsviçre Hukuku'nda; İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki adi işlerdeki haksız rekabet hükmü kaldırılırken, n Türk Hukuku'nda mevzuat tadilatında TBK'daki adi işlere münhasır haksız rekabet düzenlemesi kaldırılmamıştır. Bilakis TTK'daki düzenlemede örneğin iki mimar arasında vuku bulacak haksız rekabet olgusunun varlığı halinde tatbik edilecek kural olarak TBK'daki hükme atıf yapılmıştır. ETTK döneminde ise yine haksız rekabet konusunda gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme vardı. O dönemde Yargıtay'a göre şayet iki taraf da tacir değilse ve bir haksız rekabet eylemi varsa, Türk Borçlar Kanunu, tacirler arasında ise Türk Ticaret Kanunu uygulanır denilmekteydi.

Katılanlar, (ekonomi, kamu ve tüketici) piyasa aktörlerinin dürüst davranma kuralına göre hareket edeceğine güvenmek hakkına sahiptir ve dolayısıyla bu dürüst davranma kuralına aykırı davranarak güvene aykırı hareket etmiş piyasa aktörleri bu suretle haksız rekabet yapmış olacaklardır⁴⁶⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, haksız rekabetin varlığından

⁴⁶² Bozer/Göle, s.146.

⁴⁶³ YKD.2006, C.32, S.1, s.108 vd.

⁴⁶⁴ Bozer/Göle, s.150.

bahsedebilmek için fiili işleyen ile fiile maruz kalan arasında bir rekabet ilişkisinin bulunup bulunmamasının gerektiği hususu öğretide ve uygulamada tartışmalıdır⁴⁶⁵.

Bu başlık altında haksız rekabet teşkil eden fiillerin uygulamada bilhassa önem taşıyan halleri üzerinde durulacaktır. Haksız rekabet olgusuna vücut veren en tipik uygulama, bir işletmenin diğer bir işletme veya diğer işletmenin ticari emtiası, iş mahsulleri ve iştigal konusuyla ilgili iltibasa meydan verecek mahiyette hareket etmesidir. Bilhassa iltibas tanıtma işaretleri diye tanımlayabileceğimiz, marka, unvan, ad veya işaretin aynen veya benzerinin rakip işletme tarafından asıl haksahibi işletmenin zararına tatbikatta fiilen kullanılmasıdır.

Şayet ticaret unvanı tescil edilmiş ise, TTK'nın öngördüğü özel yeni kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere fikri ve sınai haklardaki himaye sistemine yaklaşan bir korumadan yararlanırken, şayet marka tescil edilmişse, mevzuatımıza yeni dahil olan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca korunacak, himaye görecektir. Lakin unvan, ad, marka veya işaret herhangi bir şekilde tescil edilmemişse, marka, unvan, ad veya işaretler iltibas nedeniyle haksız rekabet uyarınca korunacaktır. Yine marka tescil edilmediği varsayımında, şayet marka ilk defa haklı nedenle kullanılarak maruf hale getirilmişse, markayı sonradan tescil ettirene karşı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca sonradan tescil edilmiş markanın iptali davası ikame edilebilecek veya şayet marka aynen tescil edilmeksizin başkası tarafından sonradan piyasada kullanılıyor ise, haksız rekabet davası açılabilecektir.

Bir tanıtma vasıtasının⁴⁶⁶ benzerinin kullanımının iltibas yaratıp yaratmadığının tespitinde gözde ve kulakta (tatbikatta bakılanlar ses, telaffuz, şekil) bıraktığı izlenime bakılarak algıda tereddüte mahal verebilecek mahiyette karışıklık yaratıp yaratmadığına bakılmaktadır. Yargıtay içtihadına göre objektif bir değerlendirilmeye tabi tutularak yargıya varılmalıdır. Durumun tespiti bilirkişi marifetiyle mahkemelerce hallolunmak icap eder. Şayet tanıtma vasıtaları aynıysa o takdirde bilirkişi marifetiyle incelemeye tabi tutulmak lüzum ifade etmez. Dünyaca meşhur “Bayer” aspirininin bu markasından yararlanıp aynı değerde olmayan ve “asipin” gibi benzer tıbbi isim altında piyasada değişik ve düşük evsafta

⁴⁶⁵ Yargıtay Ticaret Dairesi, PTT İdaresinin yapmış olduğu bir ihale dolayısıyla ihaleye katılan firmaları mamullerinin kaliteleri yönünden sıralamaya tabi tutmasını ve bu sıralama listesini ilgili firmalara göndermesini, PTT İdaresi ile ihaleye katılan firma arasında ekonomik rekabet bulunmadığı, PTT İdaresinin kusursuz olduğu, bu dağıtım nedeni ile onbirinci sırada yer alan firmadan bir müşterinin parayı almaktan vazgeçmesi halinde nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle haksız rekabet saymamıştır. TD 14.11.1968, E.1967/9750, K.1968/6047 (doktrinde bu karar Mimaroglu tarafından eleştirilirken, Doğanay ise aksi fikirdedir.) Lakin yine bir Yargıtay kararında 11.HD 26.2.1999, E.99/1155, K.99/1574 “Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de, bu maddeyi (E) TTK m.56 ile birlikte mütalaa etmek gerekir. Zira, haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar.” (Yasa HD 99/10, S.1278).

⁴⁶⁶ Tanıtma araçlarına telgraf adresleri, mecmua ve gazete adları gibi alametlerin de dahil olduğu hususunda Bkz.Erem, C.I, s.200.

müstahzar sürmek için kendisine “Bayer” soyadını alan ve mamullerini de “Asipin Bayer” diye satmaya kalkışan eczacının bu hareketi tipik iltibas örneklerindendir⁴⁶⁷. Mesela Yargıtay’a göre Oftalmin-Ortarjin ve Pyramdon-Puramitan deyimleri arasında iltibas vardır⁴⁶⁸. Tanıtma işaretlerinin⁴⁶⁹ benzerliği konusunda işletmelerin aynı branşta faaliyet gösteren ve aynı emtiayı satan şirketler olmamalarının iltibasın varlığının kabulünde bir fark yaratmayacağı esası Ankara Ticaret Mahkemesi’nin bir kararında Türk Pan Seyahat Acentesi ile Türk Pan Ticaret Limited Şirketi arasındaki dava için de belirtilmiştir⁴⁷⁰. Yine emtianın gördüğü rağbetten, hasılı ekonomik istihsalin değerinden haksız yere yararlanmak üzere unvan, marka, piyasaya sunuluş biçimi, yapılış ve muhteva niteliği gibi özelliklerinin taklit edilerek aynı değerde olmayan emtianın haksız sürümünün sağlanması suretiyle iltibasa sebebiyet verilmektedir.

İltibas haksız rekabet halinin kanunkoyucu tarafından sevkinde asıl gaye haksız rekabet hukukuna hâkim ilkelerden emek prensibinin⁴⁷¹ korunması gereğidir. İsviçre Kanunu gerekçesinde bu kavramın karşılığı “Leistungsprinzip”dir. Almanya’da ilk defa A. Lobe tarafından ifade edilen ve Nipperdey tarafından geliştirilmiş olan bu prensip İsviçre’de bilhassa Germann tarafından ileri sürülmüş, Federal Mahkeme de bu prensibin haksız rekabete esas teşkil ettiğini kabul etmiştir. (BGE 72 II 394) Ekmeden biçmek isteyen veya zahmetsiz rahmet elde etmek isteyen kimsenin müracaat ettiği vasıtalar başkasının iktisadi faaliyetine kısmen veya tamamen mâni oluyorsa, buradaki haksız rekabettir. Dirikkan’a göre edim ilkesiyle haksız rekabet hukukunun yapıtaşı oluşurken, rekabet hakkı ticari ahlak kuralları dairesinde cereyan etmelidir. Yargıç objektif iyiniyet kurallarına aykırılık olup olmadığına karar verirken takdir hakkını kullanırken mesleki teşekküllerden de görüş alabilir. Aslında eski kanun dönemindeki haksız rekabet hukukuna hâkim dürüstlük kurallarına dayalı olarak korunan iş ahlakı ve rekabetin korunması telakkilerinin yetersiz kalmış olmasından dolayı, bu iki kavramın ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansınlar, anılan eski hükümler tüketiciyi doğrudan himaye edemiyor ve rekabetin korunması ise pasif bir nitelik taşıyıp rekabete işlevsel bir yetenek kazandıramıyordu⁴⁷². Gereksiz yere bir başka firmanın

⁴⁶⁷ Tesal, Reşat, Ticaret Hukuku, İstanbul, 1984, s.95.

⁴⁶⁸ Tuna, Ergun, Ticaret Hukuku Cilt I Ticari İşletme, İstanbul, 1993, s.126.

⁴⁶⁹ Bir eşyanın ambalajı da İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre tanıtma aracı kapsamında mütalaa edilir. Bkz.Erem, C.I, s.200.

⁴⁷⁰ Tuna, s.125.

⁴⁷¹ Kubilay, Huriye, “Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk-Haksız Rekabet”, Prof.Dr.Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s.549.

⁴⁷² Tekinalp, Ünal, “Haksız Rekabet”, 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s.25, Carl Baudenbacher’den naklen Schwerepunkte der schweizerischen UXG Reform, Das UWG auf neuer Grundlage, St.Galler Studien zum Privat, Handels und Wirtschaftsrecht, Band 17, Bern, Stuttgart 1989, 15.

tanınmışlığından yararlanma (in unnötig anlehnender Weise) İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da yansdığı üzere bir haksız rekabettir⁴⁷³. Türk Hukuku’nda Arkan “Persil kadar kuvvetli bir çamaşır deterjanı” sloganını taşıyan reklamı örnek olarak vermektedir.

Uygulamada kıymet arzedenden bir diğer haksız rekabet hali ise kötüleme olgusu olarak karşımıza çıkan haksız rekabet halidir. Kötüleme ticari işleri olumsuz şekilde etkilemeye yönelmiş bir eylemdir. Kötüleme fiili kusursuz olarak da işlenebilir. Özellikle bu hüküm kapsamında önem taşıyan husus bir kişinin başkası veya başkasının mal, fiyat, faaliyet, iş ürünü hakkında lüzumsuz yere incitici beyanda bulunmasıdır. Bu kanun maddesinin düzenlediği kavramları analiz edecek olursak madde gerekçesine göre; mal ticarete konu bir gereksinime cevap veren bir şeydir. Başkaları deyiminden de yine madde gerekçesine göre belli bir kişiyi veya kişiliği olmayan bir topluluğu anlamak mümkündür. Gereksiz yere incitici beyan amacını aşan değer yargısıdır. Gereksiz yere incitici beyanın; maddedeki başkası teriminden sadece tacir erbabının anlaşılacak bir tacir tarafından yine tacir vasfını taşıyan bir başkasına yöneltilmiş olması haline münhasır bu haksız rekabet halinin varlığından söz edilebileceği öğretide bir görüş tarafından iddia edilmektedir⁴⁷⁴. Fikri savunan Tesal’e göre şayet bir tacirin tacir sıfatına sahip olmayan bir kimseye karşı yönelttiği lüzumsuz yere incitici beyan varsa, yazara göre, yazarın sadece tacirler arasında cereyan eden yolsuz olarak telakki ettiği haksız rekabetten sözedilemeyecek, bilakis genel manada yaptırıma tabi bir yolsuzluk teşkil edecektir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin 27 Şubat 1904 tarihinde verdiği ve daha sonradan Alman içtihadında istikrarlı uygulamaya egemen olmuş emsal kararında dayanmış olduğu BGB 823 temelli (eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb üzerindeki hakkın temininde esas alınan temel hak olarak mülkiyet hakkı kapsamında) Alman hukuk literatüründe sonradan geliştirilmiş olan entegrasyon himayesi (Integritätsschutz)⁴⁷⁵ kavramı vasıtasıyla Tesal’in sözünü ettiği bu türden haksız müdahalelere karşı himaye sağlanabilecektir.

Yine bir müessesenin eski makineleri tamir ederek yeni makine diye sattığını veya bir firmanın sattığı mallarının müşterilerini memnun etmediğini belirterek kötüleme haksız rekabet halini teşkil eder. Kötüleme fiili söz veya yazı veya basın yoluyla da işlenebilir. Irk, din, dil, milliyet hislerinden yararlanarak reklam yapmak da dolaylı da olsa rakibi bu suretle kötülemek olarak kabul edilebiliyorsa haksız rekabet teşkil eder. Kötülemenin kasden

⁴⁷³ Pekdinçer, T. ve Yıldız, O.A.İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2019, s.117.

⁴⁷⁴ Tesal, s.95

⁴⁷⁵ Bkz.aşağıda, s.182 vd.

yapılması ayrı bir suç da (TCK manasında hakaret suçu) teşkil eder⁴⁷⁶. Ayrıca banka müessesesine karşı işlenmesi de suç teşkil eder⁴⁷⁷.

Bir başkasının ahlakı ve mali iktidarı hakkında hakikate aykırı malumat vermek de kötöleme, haksız rekabet halinin bir nevidir. Daha ziyade bankalar arasında faaliyet gösteren istihbarat acenteleri uygulamasında sık rastlanılan bir haksız rekabet halidir⁴⁷⁸. Kasten işlenmesi fiili suç halini taşır. Lakin bu kötölemenin varlığından sözedilebilmesi için, genel ahlak kaidelerini esas tutmak doğru olmayacak, yani özel hayatında bir tacirin çapkın, kıskanç veya hasis olması önem taşımayacak, bilakis müsriflik, kumarbazlık iddiaları haksız rekabete vücut verebileceklerdir. Yine tatbikatta başkaca önemli bir yer tutan haksız rekabet hali aldatici reklamlardır. Bu haksız rekabet halinde tacirin şahsi durumu, ticari işletmesi, iş hacmi, kredi olanakları, ticari mal stokları⁴⁷⁹ hakkında bulunduğu beyanlar yanıltıcıdır. Rakip firmaya haksız ihtarnameler göndererek muaraza yaratmak da haksız rekabettir. Aynı şekilde halı imalatı yapan bir firmanın dokuyup satışa çıkardığı halılarda eski halı ipliklerinin veya eski yün çorapların kullanıldığı ve bu nedenle de halıların az ömürlü olduğu beyanı haksız rekabettir⁴⁸⁰.

Aldatici ilanlarda örneğin saf yün veya saf kahve hılasası⁴⁸¹ gibi terimler gerçeği yansıtmıyorsa tacir mesul olur. Bir müessesenin eskiliğini belirlemek babında kuruluş tarihini yanlış aksettirme de haksız rekabettir.⁴⁸² Gerçeğe aykırı bilgi verme yoluyla haksız rekabet bir başka tacirin ahlak ve mali iktidarı hakkında bilgi vermeye ve açıklama yapmaya yetkili olanlar tarafından işlenebilir⁴⁸³. Yine gerçeğe aykırı beyan bazı bilgilerin verilmemesi şeklinde de olabilir (susma yoluyla hile)⁴⁸⁴.

Alman Hukuku'nda haksız rekabete dair kanun (UWG) ve madde 824 BGB kural olarak işletmenin önde gelen unsurlarından müşteri muhitinin ve işletmenin itibarının zedelenmesine karşı mücadele amacına hizmet ederler. Şüphesiz işletmenin itibarının zedelenmesi işletmenin tedarikçiler nezdindeki finansal tablosunu tahrip amacını güder. Keza

⁴⁷⁶ Tuna, s.124.

⁴⁷⁷ Erem, C.I, s.198.

⁴⁷⁸ Tuna, s.124.

⁴⁷⁹ Tesal, s.96.

⁴⁸⁰ Erdil, s.2.

⁴⁸¹ Tuna, s.124. Örneğin üründe varlığı beyan edilen bir nitelik gerçekte yoksa haksız rekabet sözkonusudur. Burada haksız rekabet dengeli bir rakibe karşı değil, o ürünü üreten diğer tüm girişimcilere veya varlığı belirtilen niteliğe inanarak satın alan müşterilere karşı da sözkonusu olur. Örneğin kutusu üzerinde “dehşet pire tozu, tesiri anidir” ibaresi yazılarak piyasaya sürülen pire tozlarının tesiri ani olmaması halinde müşteriye bildirilen vasıfta aldatici bilgiler vardır. (YHGK, 3.4.1944, 9/92, Doğanay, s.249) Örs, Fahri Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, 1958, s.38.

⁴⁸² Tuna, s.124.

⁴⁸³ Dinç, Serhan, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabet Davalarına Genel Bir Bakış”, Yargı Dünyası, Sayı: 266, Şubat 2018, s.66.

⁴⁸⁴ Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2012, s.233.

rakibin, işletmenin pazardaki payına zarar verici hareketinde de aynı manzarayla karşılaşırız⁴⁸⁵. Rekabet eden tarafından izlenen amaçlar bu amaçlara özgülünen araçlar vasıtasıyla rekabetin işlevsel yapısına uygun tatbik edilirse, o takdirde böylesine bir rekabet hali hukuka uygundur ve müspet manada işletmeler arasındaki ilişkilerde katalizör vazifesi icra eder. Bu öğretinin yaklaşım tarzına göre, şayet işletmeye madde 823 Abs.1 BGB'nin⁴⁸⁶ işletmenin genel manadaki himayesi sağlanacak ise, yürürlükteki-meri hukukun bu prensiplerinden vazgeçilmelidir.

O günkü Alman teorisinde önceleri işletme fikri bir hak/mal olarak kabul edilmemekteydi. Aynı zamanda işletmenin bireysel hukuki hak korumasına konu olabileceği fikri de reddedilmekteydi. O dönem hukuk politikasının gerekçesi olarak da böyle bir konstrüksiyonun Alman hukuk ve iktisat düzeni esaslarının ihlali anlamına geleceği iddia edilmiştir. Örneğin Nipperdey şöyle demektedir: “Burada işletme işletmeye karşıdır, iktisadi özgürlük iktisadi özgürlüğe karşıdır, rekabet özgürlüğü de rekabet özgürlüğüne karşıdır.” Meri hukukun bu prensipleri eğer işletme BGB 823 Abs.1 genel korumasına dahil edilirse, terk edilmek zorundadır.

Kuttner'in ise bu bakış açısını reddetmesinin temelinde kişisel hakların varlığını tanınması yatar. Eğer insan sosyal bir yapının parçası olarak görülürse, birey kendisine hukuk düzeni tarafından tanınan menfaatlerden talepkâr olduğunda, kendi hukuki durumunu sosyal yapıyı oluşturan başkaca hak ortaklarının ilgili hukuki durumuyla sınırlanmış bulur. İmparatorluk Mahkemesi; yürürlükteki hukuk ve iktisat düzeniyle genel işletmenin korunması sisteminin bağdaşmayacağı görüşünden hareket etmiştir. Ve esasen tanıdığı subjektif hakların korunmasının işletmeler bakımından geçerli olamayacağını benimsemiş ve pratikte 823/1'in uygulanması yolunu kapatmıştır. (RGZ 135, 247) İmparatorluk Mahkemesi; müdahalenin-tecavüzün doğrudan olup olmaması ayrımını yapmış ve işletmenin doğrudan kapanmasına, sınırlanmasına, gerçekten engellenmesine sebebiyet veren durumlarda 823 uygulanır demiştir. Kuttner ise aksi fikri savunmuş ve vaki müdahale/tecavüz tek başına/salt işletmenin verimliliğini menfi yönde etkilemesinin koruma için yeterli olmayacağını içtihat eden Reichsgericht kararını kritize etmiştir. “Yani limitsiz-tahdit edilmemiş bir hak kategorisi yoktur ve 823 Abs.1 BGB tarafından sağlanan himayeyi de Nipperdey tarafından temas edilen ekonomik özgürlük ve rekabet özgürlüğünde olduğu gibi sınırlı görmek gerekir, lakin rekabet

⁴⁸⁵ Kuttner, s.41.

⁴⁸⁶ BGB 823'teki hak kanunun deyimiyle diğer haklardandır. (sonstiges Recht) Şayet bir kimse birinin yanında çalışıyorsa ve arzedilen durum işyeri hukukuyla ilgiliyse diğer haklar bakımından yani sonstiges Recht bakımından yararlanamayacaktır. Mesleğin icrasında ast-üst, işçi-işveren ilişkisinde bu hak kategorisi (sonstiges Recht) korunmamaktadır.

de sadece liyakat rekabeti sınırları (Leistungswettbewerb) dahilinde caizdir ve şayet rekabet rakibi ekarte edici mahiyet arzederse ahlaka aykırılık olarak görünür.⁴⁸⁷ Tekil şahıslar tarafından izlenen amaçlar sadece bir mozağin parçalarıdır ve bu cüzler birbirlerini sosyal yapı tarafından izlenen amaca tamamlarlar. Bu durum bireyin kişisel hakkını sosyal işlevine göre kullanması mecburiyeti manasını taşır. Ve netice itibarıyla biz şu izlenime varabiliriz ki, 823 Abs.1 BGB sadece işletmenin genel manada himayesi temelini oluşturmamaktadır, bilakis 823 Abs.1 BGB rekabet hukukunu inşa eden bir içtihat için kanuni çıkış noktası teşkil etmektedir, lakin İmparatorluk Mahkemesi aynı izi takip etmemiştir⁴⁸⁸.

Serbest rekabet dairesinde kalan bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa işletmeye karşı hukuka aykırı bir saldırının varolup olmadığına karar verilmesinde üç kriter konulabilir. Kuttner'e göre işletmenin rekabet hükmü dairesinde himayesinde birinci kriter kanunda hukuka aykırılığı açıkça konulmuş yerlerin varlığıdır. Hukuka aykırılığı açıkça kanunkoyucu tarafından tespit edilmiş bir davranış biçimini öncelikle irdelenecek olursak, böyle bir durumda sorunu kısaca saptamak gerekirse, bir başkasının hakkının başkaca biri tarafından işgal yolu ile mülkiyetine geçirilerek iktisap edilmesi durumu ile karşılaştırılır. 23 Şubat 1934 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararına göre; koruma süresi bitmiş bir patentin varlığı durumunda mevzubahis malın takdilinin yapılması bir ihlal teşkil etmemekle beraber, sözügeçen taklit mal üçüncü kişilerin kasıtlı aldatılmasına yönelmiş ise; bu takdirde patent haksız rekabet hükmü dairesinde korunur. Bu durumda mütecaviz kendisine ait bir hakkı kullanmayıp, bilakis kendisine yabancı bir hakkı gaspetmekte ve bu hakkın ilgilisi/yetkilisi yerine bu hakkı kullanmaktadır⁴⁸⁹. Buna karşılık kanunkoyucu başkasının adının, ticaret unvanının veya markasının hukuka aykırı kullanımına bir tazminat talebi ekleyebilir ve kasdi

⁴⁸⁷ Kuttner, s.32. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre, Art 28 ZGB özel hukuka ilişkin ekonomik özgürlüğü (privatrechtliche Wirtschaftsfreiheit) korur, (yani mali gelişimi) (Entfaltung). Bir katılanın rakiplerinin müdahalesi neticesinde hiçbir şekilde rekabette paysahibi olması imkânının kalmadığı hallerde kişilik hakkına tecavüzden bahsedilir.

İsviçre ekonomisi serbest rekabete dayanır. Bu rekabetin özel anlaşmalar ile ortadan kaldırılmasına müsaade edilemez. Herkes sadece rekabette yer alma hakkına sahip değildir, ayrıca serbest rekabetin temel kaidelerine (kanunlarına) uymakla da yükümlüdür. Fert/müteşebbis kendi icra eylediği mali etkinliğini nasıl arzuluyorsa o şekilde ayarlayabilecek konumda olabilmelidir. Bütün bu mülahazalar kendi kişiliğinin tezahürüdür. Kollektif mahiyette tedbirlerle kim ki bu serbestinin üzerine yürür, bir diğerinin rekabette katılımını sürekli veya geçici imknâsız hale getirir veya zorlaştırır veya bir başkasına kendisinin tayin ettiği şartlar altında rekabete katılma hakkına sahip olacağı koşulları dayatırsa, o takdirde diğerinin kişisel ilişkilerine müdahale etmiş olur ve bu suretle ilgilinin özel hukuktan doğan hakkını yani ticaret ve işletme özgürlüğünü zedeler. (BGE 86, II, 365, 377 f.) İsviçre Hukukunda haksız rekabetin düzenlendiği LCD hükümleri kapsamında serbest rekabet ilkesine dayanak teşkil eden, edim prensibi ilkesi gereğinden kaynaklanan hallerin bloke edilmesine haksız rekabet denilmektedir.

⁴⁸⁸ Kuttner, s.32.

⁴⁸⁹ Kuttner, s.36, ve orada dipnot 77'de anılan Loius Josserand.

ihlali para cezası veya hapis cezası ile tazyik edebilir”⁴⁹⁰. “Contrefacon” denilen sahtekârlık manasına gelen hukuki kurum da bu gruba dahildir.

“Alman Hukuku’nda haksız rekabet ile mücadelenin bir hakkın kötüye kullanılmasının bastırılması olarak nitelendirilmesi tereddüte mahal vermeyecek durumdadır.⁴⁹¹ İmparatorluk Mahkemesi 19 Haziran 1925 tarihli bir kararında maddi hukukun; meşru rekabet ve iyiniyet kuralı sınırları dahilinde ve fakat haksız fiillere ve ayrıca maddi hukukun ihlallerine yol açmayacak şekilde formel-şekli işaret hukukunun hizmetinde olduğunu içtihat etmiştir”⁴⁹².

Alman kanunkoyucusu kötüye kullanma ihtimalini, genel hürriyet normlarından kaynaklanan bir yetki; diğer bir anlatımla yine sözü geçen hürriyet normlarından somutlaştırılmış bir sübjektif hak olarak tanımıştır. 1909 kanunkoyucusu için haksız rekabetin ölçüsü iyiniyet kuralının ihlalidir. İyiniyet kuralının ihlalinin ölçüsünün tespitinde üst derece yargısı içtihadında bütün hakkaniyetli ve adil düşünenlerin vicdanını sızlatan bir davranışın varlığı; rekabet edenin amacını takip ederken yararlandığı araçlar ve rekabet edeni böyle davranmaya iten saikler temel alınmıştır⁴⁹³. Böylece Alman haksız rekabet hukukundan ahlaka aykırılık ölçütü devre dışı bırakılmıştır, çünkü rekabet eden tarafından takip edilen amaçlar ve bu amaçların tatbikinde tatbik olunan araçlar; bize rekabetin fonksiyonel varlığına hizmet eder mahiyette tatbik olup olunmadığına, yani rekabet edenin davranışının rekabete özgü (rekabet kuralı dairesinde) veya rekabete yabancı olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde değerlendirme fikri verir. Alman Hukuku’nda “Wettbewerbseigentum” diye Türkçeye “rekabet mülkiyeti” olarak çevirebileceğimiz kavram Baumbach’a göre salt objektif iyi niyetin muhafazası kaydıyla işletmenin teşvikine hizmet eden rekabet eylemleridir.⁴⁹⁴

“Haksız Rekabete dair İsviçre Federal Kanun Tasarısı⁴⁹⁵ (11 Haziran 1934 tarihli) (Federal meclisin gerekçesinde olduğu gibi) ile bir adım ileriye gidilmiştir, çünkü tasarının 1. maddesinde kanun tasarısında esasen dürüstlük kuralına aykırı rekabet eylemleri nitelendirilmekteydi. Haksız rekabet kurumunun nitelemesi görevini üstlenen ahlaka aykırılık

⁴⁹⁰ Kuttner, s.36, BGB 12.

⁴⁹¹ Kuttner, s.38.

⁴⁹² Kuttner, s.38, orada dipnot 83 (RGZ 111, S.197).

⁴⁹³ Kuttner, s.38.

⁴⁹⁴ Kuttner, s.39.

⁴⁹⁵ İsviçre Hukuku’nda Haksız Rekabete Karşı Federal Yasa’nın m. 8 hükmüne göre; dürüstlük kuralıyla ters düşen, tüketici bakımından ciddi nitelikte ve tarafların hakları ve borçları bakımından adaletsiz bir orantısızlık oluşturan genel işlem koşulları haksız şartlardır. Haksız şartın tabi olduğu geçersizlik türü İsviçre Hukuku’nda tartışmalıdır. İsviçre Hukuku’nda genel işlem şartının tanımı yoktur, bu işin halli İsviçre Federal Mahkemesine havale olunmaktadır. (yaz.Ceylan, Ebru, ed.Tokbaş/Tüzüner (*Ceylan Şerhi*, Madde 52), *Milli Şerh*, 6502 sayılı TKHK Şerhi, İstanbul, Ekim, 2016, s.585, ve orada 2433 nolu dipnotunda anılan Fornage, s.226).

kavramından vazgeçme; Federal Meclis gerekçesinde doğru bir biçimde iyi niyetle girişilmiş rekabet eylemlerinin yasaklanmış olabileceği ve bu durumlarda ahlaka aykırılığın tespitinde ahlaki yargının yer bulamayacağı tezi üzerine temellendirilmiştir.

Değerlendirmede ikinci kriter ise; hukuk düzeninin ferde serbest rekabet zımında tanımış olduğu özgürlük alanının/müşamahanın yani ticaret hürriyetinin sosyal menfaatleri (ammenin himayesi) ihlal teşkil edecek mahiyette kötüye kullanılarak çiğnenmesi halidir⁴⁹⁶. Böylece rekabet hürriyetinin tatbiki dairesinde işletmeye yönelik hukuka aykırı müdahaleleri tespit edebilmek için üçüncü bir kritere ulaşılabilir. Fransız hukukunda-biliminde concurrence illicite olarak nitelendirilen hallerde hukuka aykırı olmasına rağmen kusur atfedilemeyen rekabet eylemleriyle karşılaşırız. Bu durum sübjektif unsuru değerlendirmeyi gerektirdiğinden suiistimalden bahsedilemez. Ahlaka aykırılık hâkim öğretiye göre bir objektif ölçüt olduğu için, bu türden eylemler aynı zamanda haksız rekabet kanununun kapsamına girerler, bununla beraber sadece bir kaçınma talebine imkân tanırılar, çünkü haksız rekabet kanununun (eski hali) 1. maddesi bir tehlike sorumluluğu hali düzenlemektedir. Aksi fikrin itibar görmesi halinde hakkaniyete uygun bir neticeye varılamayacaktır. Lakin tazminat davasının sübjektif koşulları ihlal edenin ihlale maruz kalan tarafından ihtar edilmesiyle sağlanabilir. Böylece İmparatorluk Mahkemesi 23 Haziran 1914 tarihli bir kararında bir markanın/emtianın üzerindeki işaretin iyi niyetle kullanıldığı varsayılsa bile, zarar görenin hata ve aldatma isnatlı olarak ihtarıyla beyanların hatalı olduğu bu tebliğ yüzünden, ticaretle uğraşan bakımından bilinmesi gerekir hale gelmişse, artık kendisi iyiniyetli bir ticaret erbabı olduğunu ileri süremeyecektir.

UWG'nin yasaklayıcı unsur vakaları –özellikle UWG 3'ün genel hükmü münhasıran olmasa da– önemli ölçüde, muhatap işletmenin haksız rekabete karşı korunmasına hizmet ederler. Aynı zamanda bunlar etkin rekabetin işleyen sisteminin korunmasına da hizmet ederler ve bu nedenle rekabetin sınırlandırılmasına karşı hukuk (kartel hukuku) ile birlikte müştereken bir genel rekabet hukukunun parçalarıdır. Her şeyden önce yanıltıcı, rahatsız edici, saldırgan, avlayıcı ve ekarte edici reklam tedbirleri rekabette mahza/saflik emr(in)e (Lauterkeitsgebot) karşı bir ihlal olarak men edilebilirler. Yanıltıcı beyanlar 5, 5a UWG'ye göre açıkça yasaklanmıştır. İctinap kalemini sadece doğrudan menfaati ihlale uğrayanlar değil, bilakis 8 UWG'ye göre tüm katılanlar ayrıca sanayi/ticaret ve serbest meslek menfaatlerinin teşvikine yönelmiş hukuki ehliyeteye sahip birlikler, hukuki ehliyeteye sahip tüketici dernekleri, endüstri ve ticaret ve zanaatkârlar odası gibi ictinap talebi kanununda

⁴⁹⁶ Kuttner, s.37.

belirtilmiş ve sayılmış birimler de talep edebilirler. İctihat pratiği de rekabet hukukunun özel yazılı kaynağının mevzuunu teşkil eder. Lakin bilhassa Alman Markalar Kanunu’nun 15 md. ve UWG 5 md.’lerine ticaret unvanı ve işletme adı bağlamında bir kez daha karşılaşılr⁴⁹⁷.

Aynı zamanda hatalı menşe/kaynak işaretlerine karşı koruma da marka hukukunda düzenlenmiş olsa da, içerik itibariyle UWG’ye yakın durmaktadır. Burada mevzubahis olan 8 III UWG’ye göre piyasadaki paydaşlar ve kurumlar tarafından usuli olarak ileri sürülebilen tedavüldeki aldatmadır. Burada belirtilen sınırlar için karakteristik olan aşağıdaki örnektir⁴⁹⁸:

Almanya’da Cambridge Institut adıyla Cambridge üniversitesi ile işbirliği içerisinde bir dil okulu işleten malik, Liechtenstein’da mukim ve aynı adla seminer hizmetleri sunan bir şirkete karşı dava açmıştır. Aslında burada Markalar Kanunu’nun 126. md.sine bir aykırılık farzolunabilecekken, BGH’nın yaklaşımına göre taraflar arasında bir rekabet ilişkisi noksan olduğundan Alman Markalar Kanunu 128 I ve UWG 8’den çıkarsanılacak bir dava takip yetkisi eksiktir⁴⁹⁹.

“Kartel hukuku ve rekabet hukuku aynı amacı güderler, nitekim bu amaç da rekabeti işlevlerinde muhafaza etmektir. Bu iki kavram ayrıca birbirlerinin zıttı değildirler, bilakis rekabetin külli tasnifinde (düzeninde) bir parça olarak yer kaplarlar. Bu değerlerin arkasında itici düşünceler (sevkeden saikler) olarak liberalizasyon ve Avrupalılaşıma da vardır. Bu hukuk dalı katılanların, tüketicilerin ve piyasada diğer pay sahibi olanların (yer işgal edenlerin) aynı şekilde kamunun bozulmamış rekabetteki menfaatini korur. Bunun haricindeki kamu menfaati bu hukuk dalı bakımından himaye görmez. Eskiden beri süregeldiği üzere rekabette önemli genel ilke şudur: Katılanların, tüketicilerin ve sair piyasada pay sahibi olanların (yer işgal edenlerin) menfaatlerini hissedilir düzeyde hasara uğratan haksız ticari muameleler yasaktır. UWG’nin ekinde yerverilmiş olan tüketici aleyhine ticari uygulamalar daima yasaktır.

Bu uygulamalar bakımından 2008’den beri paragraf 3’te ekte sayma suretiyle verilen bir kara liste yapılmıştır. Kara listenin gayesi örnekler vasıtasıyla amaca uygun şeffaflık sağlamaktır (tahdidi değildirler). Bilhassa örneğin somutlaştırma adına yasak olan muameleler

⁴⁹⁷ UWG işletmeyi koruyucu etkilere sahip olabileceğinden, Alman yüksek yargı uygulamasından kolayca şu hususlar okunabilir: UWG’ye göre bir lokanta işletmesi kendi mutfak servislerini/gastronomik edimlerinin gölgelenmesinden yani kısaca kötülenmesinden bir dava açmıştır. (BGH, LM Nr.445 zu 1 UWG) Bir kimya üreticisi kendisini rakibinin kendi ürününü “gerçek alternatif” olarak nitelendirmesinden dolayı şöhretini yağmalayan reklamına karşı bir davada savunmaktadır. (BGH, LM Nr.516 zu 1UWG, NJW-RR 1989, 1261) Bir moda /butik (parça giysi) üreticisi taklitçisine karşı dava açmıştır. (BGH, LM Nr.595 zu 1 UWG, NJW 1992, 2700) Piyasadaki bir “coaching” hizmetleri sağlayıcısı kendisini bir rakibinin dergisindeki kötülemeye karşı savunmuştur. (BGH, GRUR 2012, 74).

⁴⁹⁸ BGHZ 173, 57, 67, NJW-RR 2008, 57) Cambridge Institute kararı.

⁴⁹⁹ Schmidt, § 6, 8 ff.

olarak şunları sayabiliriz: Ölçüsüz ve esasla ilgili olmayan etkilemeler, hedeflenmiş katılanların önünün tıkanması, piyasa davranışının hukuka aykırı surette ihlali, paragraf 5'e göre; karşı tarafı iğfal edici, hataya düşürücü ticari muameleler, aynı şekilde kaçınmak (içtinap) suretiyle aldatma yasağı, beklenmeyecek derecede yükler getirme yasağı (paragraf 7), tahmin edilemeyen rahatsız edici, taciz edici beyan yasağı vb. Daha önceki yargı içtihadında sayılanlar; müşteri avlama, engelleme, istismar, sömürü, hukukun ihlali, piyasanın düzeninin bozulması örnekleri gibiydi. Bu sayılanlar 2008'den itibaren UWG ekine alınmıştır ve paragraf 4'ün örnek kataloğunda yer almaktadır. Ve ayrıca eskisi gibi bu örnekler çok sayıda içtihadı da konu olmaktadır. Yaptırım cinsinden tazminat talebi dışında ayrıca haksız iktisap olunan gelirin –iradın sadece kasıtlı eylemlerde devri (paragraf 10'a göre) veya Federal Devlet Bütçesi'ne intikali suretiyle müsaderesi (bu konuda Adalet Bakanlığı görevlidir) ve aynı zamanda dernek davası– Verbandsklage ihtimalleri mahfuzdur”⁵⁰⁰.

Avusturya Hukuku'na baktığımızda ise; UWG haksız rekabete karşı himayeyi tekeffül eder. UWG bir dizi kanuni unsur vakalar tanır ki, tahakkuku halinde menfaatine dokunulan işletmeciye haksız davranana karşı içtinap ve tazminat talebi ile mücadele hukuki çaresini temin eder. (krş. bilhassa yanıltıcı beyan yasağı UWG 2 ve kötüleme yasağı UWG 7 bunun haricinde bu türden sayılanlar dışında idari cezalar da tahakkuk ettirilebilir.) UWG'nin özel unsur vaka kataloğu haksız rekabetin yeni stratejilerinin yaratıcılığını durdurmaya yetmediği için, kanunkoyucu bunun haricinde liyakate dayalı olmayan rekabet için yeni fikirlerin geliştirilmesine mâni olunmak üzere bir başlangıç unsur vakası sevkedenden genel hüküm ihdas etmiştir. UWG'1'in genel hükmü ticari hayatta iyi niyet kaidelerine muhalif rekabet amaçları istikametinde hareket edene karşı içtinap ve tazminat talebini tekeffül etmektedir. Yüze yakın karar bu başlangıç unsur vakasının haksız rekabete karşı mücadelede tam haklılığına şahitlik etmektedir⁵⁰¹.

3.6.1. Haksız Rekabet Davaları

Haksız rekabet davaları⁵⁰² kusursuz sorumluluk hali olup, illi mesuliyet konu edilmektedir⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Baumbach/Hopt, Einl.v.paragraf 1 No: 80 (s.29-30).

⁵⁰¹ Krejci.

⁵⁰² YHGK. 19.2.1969 gün 1966/T-485, K. 130 sayılı kararında “Hukuka aykırı davranışın önlenmesinde veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin MK'nın 2'nci maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyi niyetle el atan kimse büyük masraflara girişerek yeni malvarlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra aşmış olduğu hakkının sınırları dışına çıkılarak yarattığı malvarlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse, bu takdirde el

Dürüstlük kuralına uygun davranma (Handeln nach Treu und Glauben) ilkesinin ölçüsü olan güven duygusunun uygulanması; onu inşa eden belli bir hukuki bağın kurulmuş olmasını gerektirmektedir. Bu hukuki bağlantı sözleşme ve sözleşme öncesi ilişkiler türünden olabileceği gibi, komşuluk ilişkisi türünden ilişkilerde olduğu gibi doğrudan kanun gereği de olabilmektedir. Oysa aralarında böylesine bir ilişki olmaksızın bir araya gelmiş ve bir pazar yerinde rekabet durumuna girmiş kimseler karşılıklı olarak yasallığın, meşruluğun gerektirdiği en olağan sorumluluklara, iyi davranış kurallarına ve kişilik haklarına riayet etmek zorundadırlar. Davranış esaslarından kaynaklanan ve hukuki ilişkileri düzenleyen çeşitli kurallara ilave edilen sözkonusu ilke, diğerlerini hem tamamlamakta, hem de yorumlanmalarına yardımcı olmaktadır. Bu suretle 4271/TMK m.2/I hükmüne, yedek hukuk kurallarının düzelticiliği görevi verilmiş olmaktadır⁵⁰⁴.

i) Tespit davası

Bu davada sözkonusu fiilin haksız olup olmadığının tespiti talep olunur, lakin bu davanın açılabilmesi için haksız rekabet fiilinin devam etmesi gerekir. İşletme adında iltibasta bu dava ikame olunur. Gerek haksız rekabet hukukunda gerekse de markalar hukukunda eda davasının açılabilmesi durumlarında tespit davası açılmaz⁵⁰⁵ usuli kaidesine bir istisna getirilmiştir⁵⁰⁶. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, somut olayın şartlarına göre; geçmişte kalmış bir hukuki ilişki veya durumun tespiti için dava açılmasına olanak tanıyan kararlar verdiği de görülmektedir. Nitekim her ne kadar tespit davasının açılabilmesi için tehlike bazında güncel hukuki yarar şartı kural olarak aranmak icap ederse de daha önce, sicilden terkin edilen (sona eren) bir patentin hükümsüzlüğünün tespiti (BGE. 81, II, 292),

atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanun'un 2'nci maddesine göre himaye görmeyebilir, fakat haksız menfaat temin etme gayretiyle hareket etmiş olsa dahi bu husus davanın zamanaşımı yönünden reddine bir sebep teşkil etmez." ... (Eriş, s. 369). Böylece Yüksek Mahkeme, bir marka iltibas davasının da, iltibas iddia eden tarafının, bu davasını uzun süre ikame etmemesi, bu arada davalının, iltibas konusu markayı tanıtmaması büyük yatırımlar yapması halinde, çok süre geçerek dava açmanın da iyiniyet kurallarına aykırılık nedeni olabileceğini öngörmektedir. (İmregün, *Genel İlkeler*, s.111-112).

⁵⁰³ Mimaroglu, s.410.

⁵⁰⁴ İnal, Tamer, "Haksız Rekabet", Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 5, Ekim 2014, s. 91

⁵⁰⁵ Hukuki ilişkinin derhal tespitinde bir hukuki menfaat bulunmalıdır. Böyle bir menfaatin bulunduğunu kabul etmek için, davalının davranışına bağlı veya başka bir sebeple davacının hukuki durumunu tehlikeye sokabilecek bir belirsizliğin veya güvensizliğin bulunması, tespit davası sonucu alınacak hükmün bu tehlikeyi bertaraf edebilecek olması ve bu tehlikenin daha basit bir yolla ortadan kaldırılamayacak nitelikte olması gereklidir. (Rosenberg/Schwab paragraf 90 III 1) Alman hukukunda yerleşmiş bulunan bu esaslar hukukumuzda da kabul edilmektedir. (Kuru, *Tespit Davaları* s.28 ve son; 5.HD.6.5.1966 E.1436, K.2336 RKD 1966 N.5-6 S.80; 15.HD.17.1.1977 3088/33 Ankara BD.1977/3 s.557; HGK 6.10.2004 7411/477, YD 2005/Mart sayı 111 s.92; "... açılmış ve görülmekte olan ya da açılacak bir davada iddia ve savunma ortak ileri sürülebilecek konular için ayrı bir saptama davası açmakta hukuksal yarar yoktur." 13.HD.22.4.1981 2682/3053, YKD 1981/8 s.1021; aynı yönde gerek derhal tespitinde menfaat, gerek iddia ve savunma konuları hakkındaki tespit davaları bakımından Bkz.HGK 6.10.2004 7-411/477 Yargı Dünyası, 2005/Mart sayı 111, s.92. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.204'te anılan BGE 101 II 357; 99 II 173.

⁵⁰⁶ Ülgen (Teoman, 2006), N.1314.

geçmişteki bir fiilin haksız rekabet oluşturduğunun tespiti (BGE.84, II, 579 vd.) için dava açılabilirliğine karar vermiştir⁵⁰⁷.

ii) Müdahalenin Men'i davası

Bu dava⁵⁰⁸ devam etmekte olan veya tekrarlanma tehlikesi (Wiederholungsgefahr) bulunan bir haksız rekabet fiilinin durdurulması için açılır. Bu davada haksız rekabet yapan kişiye karşı haksız rekabeti sona erdirmesi kararı verilecektir. Hukuki niteliği bir eda davasıdır⁵⁰⁹.

iii) Ref'i davası

Bu davada amaç haksız rekabet yapılmadan önceki halin iadesinin (haksız rekabet neticesi ortaya çıkan maddi durumun ortadan kaldırılması) sağlanmasıdır. Ancak talep varsa hâkim bu yönde karar tesis edebilir, yoksa açılan başkaca bir haksız rekabet davasında bu talep kalemine hükmedemez⁵¹⁰. Aldatıcı reklamda daha yoğun bir biçimde bu dava ikame edilir. Fikri ve sınai mülkiyet hukukunda, eski hale getirme talebi, müdahalenin men'i ve tazminat talebinin yanında tali bir rol oynar. Medeni hukuk alanında da yan ve yardımcı bir talep özelliği gösterir⁵¹¹. Şu halde haksız rekabet oluşturan fiilin ortadan kaldırılması ref'i davası haksız rekabetin önlenmesi davasının tamamlayıcısı niteliğindedir⁵¹².

iv) Tazminat davası

Açılabilmesi için failin kusurunun bulunması gerekir⁵¹³. Maddi tazminat ticari defterler⁵¹⁴ ile ispatlanacaktır. Yine mahkeme davacının lehine tazminat olarak haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görünen menfaatin karşılığına da hükmedebilir.

⁵⁰⁷ Türk, Ahmet, *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Ankara, 2006, s.39, dn.30'dan naklen.

⁵⁰⁸ Bir şeyin yapılmamasına ilişkin davalarda talebi haklı kılacak hükmün sarih olması ve neyin menedildiğinin açıklıkla hükümden anlaşılması önem taşır. (Üstündağ, Medeni Yargılama, s.317, dn.78, Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1970, s.249, dn.65) Yargıtay hukuka aykırı davranış tehlikesinin mevcut bulunduğu sürece dava açılmasında menfaat olacağını, bu sebeple bu taleplerin zamanaşımına tabi olmayacağını kabul ediyor. HGK 19.12.1969 TKD 1970, N.1 s.32.

⁵⁰⁹ Dinç, s.78.

⁵¹⁰ Dinç, s. 78, dn. 116'da anılan Yargıtay 11. HD., T. 23.05.1991, E. 1579/K.3414 (Eriş, s.1459).

⁵¹¹ Kale, Serdar, *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası*, İstanbul, 2004.

⁵¹² İnal, "Haksız Rekabet", s.107.

⁵¹³ Yargıtay 12. H.D.'nin (Tarih: 27.11.2018, Esas: 2018/5953, Karar: 2018/12256.) (Yargı Dünyası. Yıl: 24, Sayı: 278-279, Şubat-Mart 2019, s. 199.) güncel bir içtihadına göre; Haksız Rekabet Nedeniyle Maddi ve Manevi Tazminata İlişkin İlam Şahsın Hukukuna İlişkin Olmakla Birlikte İcra Konulabilmesi İçin Kesinleşmesi Gerekmez. Borçlu, sair iddialarının yanında takibe dayanak ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağını iddia ederek icra takibinin iptali talebinde bulunmuştur. Takip konusu ilam, TTK'nın 54. maddesine dayanılarak açılan haksız rekabet nedeniyle maddi ve manevi tazminat davasına ilişkindir. Takip dayanağı ilam, şahsın hukuku ile ilgili olmakla birlikte tarafların şahsı ile ilgili hukuki durumlarında değişiklik yaratan bir sonuç doğurmaz. Sadece malvarlığını etkileyen ve edaya ilişkin bir ilam olduğundan takibe konulabilmesi için kesinleşmesi gerekmez. Buna rağmen, takip dayanağı ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağı gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi hatalıdır.

⁵¹⁴ Yargıtay 11. HD., E. 1998/8964; K. 1999/3645; T. 4/5/1999; 6762/m. 56, 58/I-e.

Doktrinde⁵¹⁵ Akbıyık-Arkan kanunun madde metnini, ele alış tarzını dayandırdığı hukuki sebep bakımından teknik manada tenkit etmekte ve kazanç devri talebini vekâletsiz işgörmeye hükümleriyle gerekçelendirmektedir⁵¹⁶. Ayrıca yazar eserinde basiretli tacir gibi davranma ilkesiyle gerekçelendirdiği savında şayet dava dilekçesinde haksız rekabete uğrayan tacir tazminat talep etmişse ve hâkim tarafından da maddi tazminatın hesabında zorluk çekildiğinden, kanunun lafzından hareketle yani “tazminat olarak davalının elde etmesi ihtimal dahilinde olan menfaatin iadesine” eşdeyimle kazanç talebinin devrine karar verilemeyeceğini iddia etmiş, ayrıca medeni usul hukukundaki taleple bağıllık ilkesiyle de haklı olarak fikrinin teorik altyapısını kuvvetlendirdiği görülmektedir.

Manevi tazminata ilişkin 6098/TBK m.58 hükmü daha geniş bir içeriğe sahip olan, şahsi menfaatin ihlali esasına dayandığı halde; 6102/TTK m.56 hükmü, sadece iktisadi menfaatin ihlaline dayanmaktadır. Yargıtay’ın⁵¹⁷ belirttiği üzere “Tüzel kişiler de saygınlık, onur, sır çevresi gibi manevi kişisel değerlerle mesleki ve ekonomik kişisel değerlere sahip olup kişilik haklarının korunmasında TMK’nın 25. maddesi kapsamında manevi tazminat isteyebilirler”.

Zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan kişiler bütün haksız rekabet davalarını açabilirler. (Rakipler) Müşteriler bakımından dava ikamesi için Eski Türk Ticaret Kanunu’nda zarar görme tehlikesi yeterli değilken, haksız rekabet sebebiyle ekonomik menfaatlerinin zarar görmüş olması şartı aranırken, artık yeni Türk Ticaret Kanunu bu esası değiştirmiştir. Ve bu bakımdan rakipler gibi müşteriler bakımından da zarar görme tehlikesini haksız rekabet davalarının açılması bakımından yeterli saymıştır⁵¹⁸. Uygulamada genellikle hiçbir müşteri bu davayı açmamaktadır. Tazminat davası açma hakkı sadece zarar gören kişi veya müşterilere tanınmıştır. Örneğin Türkiye Bankalar Birliği’nin bankalar arasındaki haksız rekabet dolayısıyla tazminat davası dışındaki davaları bu bağlamda bir kuruluş olarak nitelendirilerek açmak hakkı vardır⁵¹⁹. Müşteriler malların, araçların imhasını talep edemezken, (buna ilişkin bir hususa gerekçede yer verilmediği Berzek (s.96, dn, 235.)

⁵¹⁵ Akbıyık Arkan, Azra, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmeye, İstanbul, 1999, s.88. Avusturya Hukuku’nda ise; markaya tecavüz halinde Schachreiter tarafından temsil edilen bir fikir uyarınca, yoksun kalınan kârın talebi bir haksız fiil temelli kalem teşkil etmeyip, bilakis bir sebepsiz zenginleşme unsuru vakasıdır.

⁵¹⁶ Müellife göre yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet yasağında mahkûm oldukları rekabet yasağına muhalif hareketleri neticesinde temin ettikleri haksız kazancın iadesinin eşdeyimle üçüncü şahısla yaptıkları sözleşmeden lehlerine doğan menfaatin yani üçüncü şahısla yaptıkları sözleşmenin şirket ad ve hesabına yapılmış sayılması hususundaki şirketin talep hakkının da tipik bir gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye talebi sayılması gerekir (Akbıyık Arkan s.94).

⁵¹⁷ 11. HD.’nin 16.02.2015 tarihli ve E. 2015/1252, K. 2015/2024 sayılı kararı Yargı Dünyası, Yıl:23, Ocak 2014-Mayıs 2018, Özel Sayı (Seçilmiş Kararlar), 1.Cilt.

⁵¹⁸ Karşı görüş için Bkz. Bahtiyar, *İşletme*, s.148, İnal, “*Haksız Rekabet*”, s.112-113 müşterilerin menfaatlerinin fiilen zarara uğramış olmasını şart koşmaktadır.

⁵¹⁹ Berzek, s.96 ve dn.239’da anılan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, m.80/1-e.

tarafından tespit olunmakla beraber doktrinin kabulü bu yöndedir) buna karşın ekonomik ve mesleki birlikler bu yönde bir talepte bulunabilirler. Kim ki, haksız rekabet fiilini irtikap eder, aleyhine muhatap kılınır. Haksız rekabette sorumluluk işletmeye aittir, işletme ve şirketi temsil edenlerin özel bir kişisel sorumlulukları yoksa işletme veya şirket sorumlu olur⁵²⁰.

3.6.2. İhtiyati Tedbirler, Zamanaşımı ve Haksız Rekabet Suçu

Kanunlar bazı hallerde davanın sonucunun ihtiyati tedbirle sağlanabileceğini düzenlemiş olabilir (mesela ETTK m.63 uygulaması)⁵²¹.

Haksız rekabet devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemmez. Haksız rekabet davasında zamanaşımı süresi aynı zamanda ceza kanunu açısından suç teşkil eden bir fiilin varlığı halinde, o suça ilişkin zamanaşımı süresi bu süreden daha uzunsa ceza kanunundaki zamanaşımı süreleri hukuk davalarında da dikkate alınır. Her münferit eylemin gerçekleştiği andan itibaren süreler yeniden işlemeye başlar. Haksız rekabet neticesinde cezai sorumluluk da sözkonusudur. Haksız rekabet suçlarının takibi şikâyeteye tabi suçlardandır. Hukuk davasını açmaya yetkili bulunanlar ceza davasını da açmaya yetkilidirler. Lakin haksız rekabetin menine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararına rağmen haksız rekabet devam ediyorsa takip resen yapılacaktır⁵²².

3.7. Unsurlara Özgü Himaye

İşletme vasıtaları olarak duran ve dönen varlıklara (Anlage-und Umlaufvermögen) ait mutlak hakların genel haksız fiil hukukuna göre korunması gayet doğaldır⁵²³. Bu fiili

⁵²⁰ Dinç, s.81, dn.134'te anılan Yargıtay 11.HD., T.18.06.1979, E.3351/K.3191 (Eriş, s.1450).

⁵²¹ Alangoya /Yıldırım /Yıldırım-Deren, s.406, dn.4. Eski hale getirme taleplerinin ihtiyati tedbir kararları yoluyla geçici olarak icrasına TTK. m.63'te ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.77'de açıkça cevaz verilmiştir. Lakin HMK Tasarı metninde de yer alan "esas uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla" ibaresi HMK metnine girmemiştir. Yargıtay belki de bu nedenle (Yargıtay 15. HD. E.2012/4558, K.2012/7308, T.21.11.2012) tarihli kararında inşaatçı ipoteğinin tescili talebiyle açılan dava devam ederken geçici ipotek tesisi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde somut olayda ihtiyati tedbir yoluyla uyuşmazlığın esasının çözümlenmiş olacağı yönünde karar vererek yukarıdaki unsur vakayı lafzi yorum vasıtasıyla tasdik ederek sabitlemiştir. Oysaki ilmi ve kazai içtihatlardaki ilke prensip ihtiyati tedbir kararının asıl davada talep edilen hükmün sağlayacağı sonucu ortaya çıkartacak mahiyette olmaması gereğidir. Yargıtay bir başka tarihli (Yargıtay 19.HD., E.2015/2650, K.2015/14274, T.09.11.2015) kararında ise; örneğin finansal kiralama sözleşmesinin davalının kira borcunu ödememesi nedeniyle feshedilmesi sonucu ihtiyati tedbir yoluyla sözleşmenin konusu olan teçhizat ve makinelerin iadesine karar verilmiş olsa bile taraflar arasındaki uyuşmazlık sona armış olmayacağından bu konuda açılan davada esas hakkında karar verilmesi gerekir demıştır. (Bkz. Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2017, s.303-304, dn.3-4.)

⁵²² Erdoğan'a göre suç teşkil eden haksız rekabet fiillerinin takibati bakımından özel ceza ihtisas mahkemeleri kurulmalıdır. (Erdoğan, Yavuz, "*Yeni Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçu*", İpek Yolu Canlanıyor, Türk Çin Hukuk Zirvesi, Ankara, 2013, s.459).

⁵²³ Schmidt, s.207-209.

işleyenlerin Borçlar ve Ceza Hukuku normlarına göre zarar ve ziyânı tazmin sorumluluğu doğar. Örneğin çalışan (memur) bir depodaki malları zarara uğrattırsa kendisi hizmet ilişkisinin ihlalden doğan sorumluluğunun yanısıra yine Borçlar ve Ceza Hukukları mevzuatından kaynaklı hükümlere göre zarar ve ziyânı tazmin borcu altında olacaktır. İşletmeye ait fikri bir hakkı ihlal eden kimse haksız davranışından kaçınması talebiyle ve haksız fiilinden ötürü tazminat talebiyle karşılaşır. (Alman FİSEK m.97) İşletmenin hakları bazında mülkiyetin korunması özel bir fonksiyona sahiptir. Başkaca mevzuatta, örneğin sınai hukukta veya Borçlar Hukukunda veya Ceza Hukukunda ayrıca işletmenin korunması bağlamında tanınmış haklara; firmanın mülkiyet hakkının korunması talebi önceliğe sahip olduğundan diğer haklar yanında, ihtiyaç kalmaz. İşletme hukukunda mülkiyetin korunması, yani firmanın mülkiyet hakkı temelli korunması, organize olmuş ve faal olan işletmenin haklarına müracaatı önemsiz kılabilir. Alman Hukuku'nda "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" adı verilen bir kavram birçok çetrefil meselenin izahında kilit öneme sahiptir. Bu kavram üzerindeki hak şirketin yöneldiği (eingerichtete) ve uyguladığı-fiiliyata döktüğü (ausgeübte) işletme üzerindeki hak olarak BGB § 823 tarafından bir temel hak olarak himaye görülür. Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre bu eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb üzerindeki hakkın BGB § 823 uyarınca korunması pratik bir gereklilik ve zorunluluk arzederken, diğer yandan da hükmün (kavramı ortaya koyan) dogmatik yapısı ve sınırları çözülme-yen bir problem olarak durmaktadır. Bu koruma şemsiyesi yani eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb üzerindeki hakkın BGB § 823 temelli korunması da ayrıca haksız fiil sorumluluğunun entegrasyon himayesi (Integritätsschutz) olarak nitelendirilmektedir. Bu entegrasyon himayesi adı verilen koruma mekanizmasının vazgeçilmezliği de esasen rekabet amaçlı olmayan bir firma faaliyetinin şirketin yöneldiği ve uyguladığı-fiiliyata döktüğü işletme alanında beklenmeyen zarar verici müdahalelerini defetmek imkânını sağlamasında yatmaktadır.

Dava konusu olayda, örneğin bir limited şirketin kadın okuyucu kitlesine hitap eden Constance adıyla çıkardığı bir derginin yazılarının, başka bir limited şirket tarafından çıkarılan Kilise ve Hayat adlı, hitap kitlesi muhafazakâr Hristiyan olan dergide, halkın müteaddiyin bölümünü rahatsız ettiği yönünde bir beyana yer verilmiş olmasından dolayı, Constance dergisi dini bütün insanların diğer derginin yayın politikası doğrultusunda kendisi hakkında menfi bir kanaate ulaştıklarından hareketle tekzip yazısı, geleceğe yönelik bu tür beyanlardan kaçınılması ve doğan zararın tespitini mahkemeden talep etmiştir. Mahkemece örnekte dikkatle üzerinde durulmaya çalışıldığı üzere saf anlamda bir rekabet olgusunun varlığı teşhis edilemese de saldırı bariz olmasa bile, örneğin bir markaya tecavüz gibi bir hal

teşkil etmese de haksız eylem sadece firmanın kamuoyundaki itibarına hasar verdiğiinden hareketle, Alman Yüksek Yargısı eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb üzerindeki hakkın haksız fiil sorumluluğunun entegrasyon himayesi kapsamında BGB § 823 temelli bir temel hak olduğundan himayeye layık olduğunu içtihat etmiştir. Haksız fiil sorumluluğunun tatbik alanının vazgeçilmezliği rakip olmayanlar arasında rekabet amacı taşınmaksızın bir işletmenin faaliyetine müdahalede bulunulmasında kendisini gösterir. Yani UWG § 1 ve 8'den böylesi bir durumda yararlanılamaz.

Yine bu türden olan Münih Landgericht⁵²⁴ kararına göre ağır nakliyat işi yapan firma mahalli idarenin de izniyle “6 Aralık 1999'dan itibaren” şeklinde yoldan vinç geçecektir, trafiğe kapalıdır, yol çalışması anlamına gelecek bir levha asmıştır. Bir kadın sürücü ise trafiğe kapalıdır levhasına dikkat etmemiş, vinç çalışmasını saatlerce engellemiş, bunun üzerine yargı davalıya 30 dakika iş saatinin yarısını nafile geçirtmekten dolayı para cezası vermiştir. Burada park yasağına rağmen vincin yolunu kesmek suretiyle hususi aracın parkı hak ihlali oluşturmaktadır ve bu sebeple somut olayda hukuki sorumluluğunun temelinde işletmenin haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak ceza tatbiki sözkonusudur. İşletme eşdeyimle doğrudan değil dolaylı olarak somut olayda olduğu üzere, binek aracı sahibi rekabet fiili işlemese de o mesai saatinde vincin çalışmasını engellediğinden işletme üzerindeki hak haksız fiil sorumluluğunun hakkaniyete dayalı sınırlandırılmasına yarayan Integritätsschutz kavramı dahilinde çevre koruması diye de adlandırabileceğimiz bir himaye şemsiyesi altında korunmaktadır. Örneğin bir araç sürücüsü bir işletmenin aracına kusurlu olarak zarar verirse, işletmenin sahibine karşı kendiliğinden zararı tazminle mükelleftir. (Karayolları Kanunu veya BGB § 823 uyarınca)

Fikir ve sanat eserleri hukukunda mali hakların haksız fiil koruması aynı zamanda işletmenin korunması olarak da fonksiyon icra ederek işlerlik kazanabilir. Fikir ve sanat eserleri hukuku mali karakterinin yanı sıra güçlü bir manevi karakter de taşır. Bir başka olayda; alabalık yetiştirme tesisi antibiyotik ile zehirlenmiştir, yetkili makamlar nezdinde davacının bir satış yasağı emri getirme kararı bulunmaktadır, ilk derece mahkemesi tazminat hukuku hükümleri dairesinde olayın ele alınması talebini reddetmiş, istinafa giden yargılamada verilen kararı da BGH iptal etmiştir. Kusurlu (haksız) şekilde mülkiyetin ihlali (balıklar üzerindeki mülkiyet hakkı ihlalinden bahsederek) vardır demek suretiyle; organize olmuş ve faal olan işletme kavramına girmeden, değinmeden uyumsuzluğu hükme

⁵²⁴ Schmidt, § 6 V No.12 ve 86.

bağlamıştır⁵²⁵. Yani olayda BGH § 823/f.1'i uygulamıştır (yani olması gereken-madde metninde yeralan -Verletzung besonders geschützter Rechtsgüter- bilhassa korunan hukuki varlıklara tecavüz bağlamında eingerichtete und ausgeübter Gewerbebetrieb kapsamındaki hükme istinaden içtihat etmek yerine). Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb hukuki kurum olarak yüzyıllardır Alman hukuk ilminde uğraşılan bir alan arz etmekle beraber, özellik arzeden işletme korumasını tekeffül eder. Yüksek mahkemenin yaptığı entegrasyon korumasıdır. Duran ve dönen varlıkların yarattığı işlevsel birliğin korunması sayesinde haksız fiil koruması tasfiye edilmiştir.

Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb kavramının tüketici mahiyette takdimi için Sack'ın Recht am Gewerbebetrieb adlı eserine bakılmalıdır⁵²⁶. Bu yeni kavram bir kere kabul edilirse, haksız fiil bakımından koruma da sınırlamaya ihtiyaç gösterecektir. Bu olayda UWG § 4 ve 8'inci maddeleri, BGB § 823/2 uygulanamaz ise, acaba burada § 823/1'den yardım alınabilir mi sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu da diğer hakların ihlalini şart koşmaktadır. (bir mutlak hak niteliğinde olan "sonstiges Recht"). İşletmesel faaliyet özgürlüğü ve mülkiyet özellikle de iktisap etme şansı korunmaya layık haklardır. Lakin bunlar bu manada işletmenin diğer hakları değildir. Yani gerçek manada diğer haklar (sonstige Rechte) yoktur, eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb teorisi tam da bu noktada ortaya çıkan boşluğu doldurmaktadır.

Avusturya Hukuku'nda ise, işletmenin üzerinde spesifik bir fikri sınai hakkın varlığı düşüncesi reddedilir. Fikri ve sınai haklar hukuk düzeni kendilerini öngörmesi kaydıyla vardırırlar (tip mecburiyeti, sayma ilkesi). Avusturya hukuk düzeni işletme üzerinde genel ve etraflı manada bir fikri ve sınai hakkın varlığını en az bir genel kişilik hakkı kadar dar ölçekte tanır. Fikri ve sınai hukuk yönünden daha ziyade sadece belirli hukuki pozisyonlar korunurlar (örneğin haksız rekabete karşı koruma, marka, endüstriyel tasarım, patent). Almanya'da tanınan eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb üzerindeki hak ise Avusturya Hukuku'nda bulunmamaktadır⁵²⁷. Avusturya Hukuku'nda işletme üzerinde bir müstakil hak tanınmadığı için üçüncü şahısların sebepsiz müdahalelerine karşı işletmeyi himaye etmek için değişik hukuki pozisyonlardan bir bütün buket/demet gözönüne sunulmaktadır.

Genel medeni hukukun (eşya ve borçlar hukuku) enstrümanları işletmesel faaliyetin parçalı alanları için bir koruma bahşetmedikleri müddetçe, rekabet hukuku ve fikri ve sınai

⁵²⁵ Schmidt, s.207, Rn.13.

⁵²⁶ Schmidt, s.225, dn.94.

⁵²⁷ Krejci, s.90.

mülkiyet hukuku bir öneme sahiptir⁵²⁸. Alman Hukuku'nda Wagner, “das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb” yani işletme üzerindeki müstakil hakkın varlığının koruma alanının ihlalinin müdahaleye dayalı sebepsiz zenginleşme hukuku vasıtasıyla himaye olunabileceği kanaatindedir⁵²⁹.

Bu yoldaki ilk adım 27 Şubat 1904 tarihli İmparatorluk Mahkemesi kararıdır. Bağımsız işletmenin varlığında faaliyette bulunanın serbest iradesiyle iş yapması önem taşımamaktadır, bilakis önem arzeden bilhassa işletmenin halihazırda varolan nesnel somutlaşmasından bulunacak iradesidir. O tarihten itibaren yerel mahkemelerde bu içtihat istikrar kazanmıştır. Somut olayda da müşahede olunduğu üzere ihlali yaratan vaka husus bariz ihlali teşkil edecek mahiyette görünmez. Lakin piyasada işgören olarak zarar görmeden ihlalin varlığı çıkarsanabilecektir. Haksız fiil olduğu ve bu kapsamda bu tür fiillere karşı şirketlerin korunabileceği kabul edilmektedir.

İmparatorluk Mahkemesi'nin 27.2.1904 tarihli kararına⁵³⁰ göre “eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb” kavramındaki “eingerichtet” kavramı Alman yargısının ifadesiyle

⁵²⁸ Krejci, s. 5.

⁵²⁹ Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 2017, Rn. 327.

⁵³⁰ Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb § 823 I anlamında “bir diğer hak kategorisi” olarak tanınmıştır, bu noktada bir işletmesel hukuk koruma penceresinde varolan bir boşluğu doldurucu mahiyette bir unsurdur. (offener Auffangtatbestand) Özellikle fikri hukukta (gewerblicher Rechtsschutz) varolan bir boşluğu doldurmakla mükellef bir aşikâr unsur vakayı temsil eder. (BGH NJW 03, 1041, 06, 830/40 Palandt/Sprau, Art.823no1.26) Hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) açıkça olanlar (offene Tatbestände) emare (indiz) şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuka aykırılık pozitif bir fiil ile vuku bulur, meğer ki bir hukuka uygunluk sebebi bulunsun. Kural olarak § 823 I'de anılan haklar ve hukuki varlıklara (Rechtsgut) her doğrudan ihlal ve bu ihlal aşikâr unsurlardan (offene Tatbestände) ki izah edilen “organize olmuş ve faal olan işletmeye karşı vaki tecavüz ve genel kişilik haklarının ihlali” hukuka aykırıdır. (BGH 74, 9) Burada hukuka aykırılığın tespiti menfaatlerin tartışılmasının özel değerlendirmesini gerektirmektedir. (Rn.95) (Sprau, Hartwig, s.1306, Rn.823/95) Bu bağlamda aşikâr unsurların varlığı halinde unsura uygunluk hukuka aykırılığın emaresidir, kuralı burada işlemez. (BGH 24, 72; 45, 296) sozadæquate Verhalten-sosyal vecibeyalana dayalı açıklamalar, başkalarının davranışlarını da etkileyebilmekte ve bu kapsamda yetkinin kötüye kullanılması olarak dahi yorumlanması mümkün olmaktadır. Şu halde yalan beyanlar, ahlaka aykırılığın da ötesinde, sosyal olmayan bir davranış olarak kabul edilerek, yalan beyanlara dayalı açıklamalar, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. (İnal, *Borca Aykırılık*, s.126; Yung, *Verite et le Mensonge* p.76; İnan, s.177.) dolaylı hukuki varlık ihlali (mittelbare Rechtsgutverletzung) -Zarara yol açan davranışın toplumsal nezaret ihlalinin kaynaklı olması (gesellschaftliche Rücksichtnahme) İçtinapta bulunmak suretiyle hukuka aykırı eylem eğer zarar gören bir hukuki ödevde aykırılıkta bulunursa, gündeme gelir. Yapmama şeklindeki bir eylemin haksız sayılabilmesi için, yapma yükümlülüğünün bulunması gerekir. Böyle bir yükümlülük öngören kural bulunmadıkça, kimsenin başkasının yararına hareket etme yükümlülüğü mevcut değildir. Kişinin yapma yükümlülüğünü öngören değişik kuralları vardır. Bunlar bilgi verme yükümlülüğü, ihbar yükümlülüğü, hesap tutma yükümlülüğü, sigorta ettirme yükümlülüğü, yardım etme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkabilir. (Honsell-Vogt-Wiegand, Art.41, Nr.17., Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2015, s.269 ve dipnot 308) Bir alt-çalışan yönetimin talimatlarına uygun olarak riskli bir işi yürütürse, güvenlik tedbirleri zafiyetinden kaynaklanan sonraki zararlardan sorumlu değildir, şayet yapı idaresinin sorumluluk alanında kalan tedbirlerden kaynaklanıyorsa (Hamm NJW –RR 99, 1324) Hukuka uygunluk sebebi varsa, kanuni ödev olarak yapma eylemi ortadan kalkar, böylece ödevde aykırılık da kalmaz. Haklı olmayarak işlenmiş olması değil, bilakis hakka karşı işlenmiş olması gerekir. (Widerrechtliche Handlung) -Raymond Saleilles, çev. Mişon Ventura, *Borcun Genel Teorisi hk. ETÜD*, İstanbul, 1949, s.406. Bu yüzden işletme yararına özel koruyucu hükümler devreye girer. (tafsilatlı Sack, gerçek dışı vaka iddialarında § 823 I ile bağlantılı olarak Alman Ceza Kanunu § 186, BGB § 824 (Kreditgefaehrdung-itibarsızlaştırma, kamu nezdinde

“wohl organisiert” yani hayli hayli organize olmuş olarak da manalandırılmıştır. Yani dava ikame edebilmek yetkinliği bakımından bu türden haksız eylemler aleyhine cereyan eden bir başka işletmenin, piyasada fiiliyatta başkaca işgören olması gerekmektedir⁵³¹. Eingerichtet kavramı işletmenin bir unsurudur. Schönfeld şayet işletmecinin ölümüyle bir işletme sona erecekse, o takdirde müstakil bir hukuk varlığından sözedilemeyeceğinden hareketle eingerichted kavramının manasına vurgu yapmıştır. İşletmecinin iktisadi alanda icra ettiği faaliyetin muhafazasında işletmecinin şahsına tanınan § 823 Abs. BGB I'deki özgürlük kavramı kıyas vasıtasıyla işletmeyi sadece dolaylı olarak korumuştur.

Ticaret yapma özgürlüğü § 823 ile korunmamaktadır. İradi faaliyette bulunma serbestisi/iradi işgörme hem işletmecinin hem de maddi unsurlarından ayrılabilir bağımsız işletmede bir subjektif hakkın şartı olarak bağımsız fikri hak görünümündedir (görünürde de bağımsız fikri hak olarak bir subjektif hakkın şartı olarak) (İktisadi ve işletmesel iradeye dayanan (iradi) faaliyet özgürlüğü) (die Freiheit der wirtschaftlichen und gewerblichen Willensbetätigung) (§ 823 Abs.1'e göre korunan bir hukuki varlık olmadığından, işletmenin bağımsız, işletmecinin şahsından ve maddi unsurlarından ayrılabilen)⁵³².

Yeni tarihli içtihatlarda serbest meslek mensuplarının da entegrasyon himayesi kavramıyla koruma altına alındığına şahit olmaktayız. Entegrasyon himayesi kavramının özeti

değersizleştirme- (iktisap ve iktisadi gelişim aleyhine) -Nachteile für Erwerb oder Fortkommen- kanundaki ifadesiyle-, Ahlaka aykırı bir fiille kasden bir başkasına zarar verme) Gerçeğe aykırı olarak bir kişi tarafından bir vakanın iddia edilmesi veya yayılması ki bu takdirde, bu durum diğer kişinin kredisini tehlikeye sokmakta veya bir iktisabında veya iktisap edilmişin idamesinde diğer zararlara mahal vermeye müsait olan bir fiil teşkil eder. Vaki olmayan bir şeyin iddiasında bilebilecek durumda bulunulsa bile gerçeğe aykırı ise haksız olması gereği varsayılır, gerçekdışlığını bilmiyor, bilmek zorunda iken haksız rekabet hukuku talebi gündeme gelir. (Faust JZ O6, 365/68) 826'da taleplerin yarışması sözkonusudur. (BGH DB 81, 788) (Sittenwidrige vorsatzliche Schädigung) en tipik örneği bankalardır uygulamada. Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre; Bu hak kategorisi işletmenin malikini, şirketi, aynı zamanda medeni hukuk manasındaki ortaklığı (adi şirketi) korur yoksa işletme müdürü, ortaklar veya ana konzern iştiraki korunan hukuki değerler değildir. (BGH NJW06, 830) Bu maddenin özü işleyen bir işletmenin (taciz edilmemiş hukuka uygun çalışma düzeni) çalışmasını ve gelişimini teminatlandırmaktır. Zarar vermelere (Beeinträchtigung) karşı Alman Anayasası Art.12 (Grundgesetz12) 12) ile de savunma yapılabilmektedir. - meslek seçiminde özgürlük (Freiheit der Berufswahl)- Bu hüküm bir bütünlük içerisinde varolan bir birim olarak işletmenin iktisadi değerini oluşturan bilhassa görünüm biçimi, (Erscheinungsform) vazife icra ettiği piyasada iştigal konusu; mesela internet pazarı (forum), müşteri muhiti (Kundenstamm), tedarikçiler ağı, organizasyon şeması, iştigal anadüşüncesi (Geschäftsidee), know-how, good will, işletmeyle bağlantılı depolanmış datalar (veriler), bir sermaye şirketin (d) e katılım, (paysahipliği) korunur. İşçinin sır saklama ödevi (İşK.611 Arbeitsgesetz) Bir işletmesel tatbikin temeline aynı zamanda bir asgari ölçekte güven himayesi de özellikle bir basın organının info kaynağında olduğu gibi dahildir. (BGH DB 81, 788) Umumu alakadar eden yanlış anlaşılmaya mahal verebilecek noksan durumların dahili redaksiyon hadiselerinin yorumunun açığa vurulması suretiyle aydınlanması her ne kadar müsaadesiz işletmeye sızmada vaki bile olsa yasak kapsamında mütalaa edilmez. (DÜSS VersR 997, 589) Kredinin bir limited şirkete karşı haksız feshi veya bir teminatın paraya çevrilmesinin nakdin çekilmesinden dolayı ve krediye şayanlığın ziyana uğramasından mütevellit iflas (aciz) muhakemesine sürüklenme durumunda olduğu gibi (MÜ NJW –RR 91, 928). Bir işletmenin branş telefon rehberine kaydedilmemesi durumu da yukarıdaki örnekle aynıyet arzeder.

⁵³¹ Kuttner, s. 21.

⁵³² Kuttner, s. 20 dn. 10 aksi fikir için Bkz.hâkim öğretisi RGZ 100, 214.

eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb yani organize olmuş işletme bir hak kategorisi olarak görüldüğü takdirde; haksız fiil sorumluluğu ilkelerinin her türlü hak arayışının kabule şayan görülmemesi suretiyle sınırlandırılmış halinin görünümünden ibaret olmasıdır. Entegrasyon himayesi öyle bir sınırlandırmayı yukarıdaki tümcede sözünü ettiğimiz üzere şart koşturmaktadır⁵³³.

3.7.1. Ticaret Unvanı ve İşletme Adının ve Diğer Sınai Hakların Korunması

Tacirin ticaret unvanını kullanması Ortaçağ'a kadar uzanmaktadır ve İtalyan hukuk çevresinde tarihsel köken olarak karşımıza çıkmaktadır. Okuma yazma bilmeyen tacir belgenin içeriğini tasdik etmesi manasına tekabül eden firmatio ile başkalarının hazırladığı ticari belgenin altına signum adı verilen kendine özgü bir işareti koyarak bağlanma iradesini izhar ediyordu. Tek tacirin kullandığı bu türden işarete signum mercatoris, ortaklığın kullandığına ise signum societatis adı verilmekteydi. Firmatio terimi Cermen hukuk çevresinde ticaret unvanına firma denmesine yol açarken, Fransa ve Anglo-Amerikan dillerinde ise bu terim ticarethaneyi ifade etmiştir⁵³⁴. Ticaret unvanı hukuku özel olarak ad hukukuna ilişkin problemlerle uğraşır, aldatıcı ticaret unvanı kullanımına ve iltibasa karşı kamuyu korumayı ve sorumluluk ilişkileri hakkında bilgi paylaşmayı amaçlayan düzen hükmüdür (Ordnungsrecht)⁵³⁵. Tacirin ayrı bir ticari malvarlığı sistemimizde kabul edilmediğine göre, her türlü ticari mektup ve ticari defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerin unvanla imzalanması zorunluluğu sorumluluk⁵³⁶ bakımından bir fark yaratmaz. Fakat o belgeye bağlı işlemin tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir ticari iş olduğunu gösterir⁵³⁷.

İşletme sahibinin ad üzerindeki hak olarak ticaret unvanı medeni hukuka müteallik ad üzerindeki haktan ayırt edilmelidir. Sonuncusunun himayesini BGB 22 I, 24 II amaçlamaktadır. Ticaret unvanı hukuku isim hukukunda oluşum ve silinme noktalarında ayrılmaktadır. Ticaret unvanı medeni hukuka müteallik haktan farklı olarak miras yoluyla intikal edebilir. Şayet bir şerikin medeni hukuka müteallik adı ticaret unvanına eklenecek ise, bu durum yalnızca adını bahşeden ortağın onayıyla vuku bulabilir. Onayın verilmesi şekle tabi değildir, lakin ikileme düşürmeyecek şekilde net beyan olunmalıdır. İcazet bilhassa ortağın şirkete mensubiyeti zaman zarfıyla tahdit olunabilir. (yine konkludent olmalıdır

⁵³³ Schmidt, s.207-209.

⁵³⁴ Poroy/Yasaman, s.407.

⁵³⁵ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.1.

⁵³⁶ Yargıtay 12.HD. 26.04.2001 T. E.6218 K.7026: "Takip konusu senette borçlunun unvanı yazılmış olup, her iki imzanın da şirket yetkilisine ait olduğu tartışmasızdır. Şirket yetkilisinin imzasının mutlaka şirket unvanının altında bulunması veya unvanın kaşe olarak belirtilmesi gerekmez. (Eriş, s.976, no.9).

⁵³⁷ Poroy/Yasaman, s.408.

tasdik, lakin yorum meselesi olduğu hatırdta tutulmalıdır). Bu hususta BGB 24 II uygulama alanı bulur. Esas sözleşme başkaca düzenleme öngörebilir⁵³⁸.

Gerçek kişi tacir ticaret unvanı altında dava açabilir ve dava edilebilir (lakin mecburi değildir). Şekli tacirler ve ticaret şirketleri için ticaret unvanı taraf teşkiline yarayan olasılık dahilindeki yegâne unsurdur. Ticaret unvanı isim olarak dava tarafı değildir⁵³⁹. Ticaret unvanı işletme zilyedini dava tarafı olarak ferdileştirir. Davacı dava ikamesi anında işletme maliki olandır⁵⁴⁰. Malik bilinmiyor olsa dahi yine aynı prensip davalı yan için de caridir⁵⁴¹. Yani medeni ad önemsizdir⁵⁴². Dava açıldıktan sonraki bir tarihte işletmenin ticaret unvanının idamesiyle devrinde taraf değişikliği mevzubahis olur. HGB 25 II cevaz veren bir hükümdür, yoksa ticaret unvanına uygun bir taraf tanımlamasına sorumlu kılan bir hüküm değildir. (Durum şekli tacirlerde ve ticaret şirketlerinde farklıdır.) HGB 25 II hükmü hukuki çekişmenin ticaret unvanına müteallik tedavüle uyumlu kılınmasını şart koşar⁵⁴³. HGB § 25 II aynı zamanda sicil hususları için de tatbiki kabildir. HGB 25 II'nin etkisi hükümde tarafların ticaret unvanına uygun düşecek şekilde nitelenmelerinedir. Bundan dolayıdır ki, aynı zamanda cebri icra için de kâfidir⁵⁴⁴. (Titel, klausel; 750 ZPO) Taraf sıfatı (idame ettirilen ticaret unvanında) sadece dava ikamesi anındaki malike tesir eder⁵⁴⁵.

Alman Hukuku'na göre; mutlak şahsiyet haklarındandır (himaye için Bkz. HGB 37 II), hâkim fıkre göre çifte karakterlidir (aynı zamanda buluntu ticaret unvanı (Fantasiefirma)/(buluntu ayıraç) için de bu esas caridir)⁵⁴⁶. Kişilik hukuku (Ad hukuku) (RGZ 158, 230) (sadece münhasıran bu karakteri vurgulamaktadır.) ve tanıtm/ışaret (fikri ve sınai) hukukuna (Fezer ZHR 1997, 55; JW Flume DB 2008, 2012; Kessen 66 ff.) ise sadece münhasıran son adı geçen karakteri vurgulamaktadır⁵⁴⁷.

Bireysel isimler ve şahıs isimleri yerine ağırlıklı olarak işletmenin mamulleriyle unvanı vurgulanmaktadır. İşletmeler giderek gayrişahsileşmektedir. İşletmenin ismi unvan olarak ortaya çıkmaktadır. Şahsın ve tacirin ismi giderek önem kaybına uğramaktadır.

⁵³⁸ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.1.

⁵³⁹ OLG Frankfurt a.M. BB 1985, 1219.

⁵⁴⁰ RGZ 157, 375; OLG Köln NJW-RR 1996, 292.

⁵⁴¹ RGZ 86, 65; 159, 350; OLG München NJW 1971, 1615.

⁵⁴² BGH NJW 1990, 908.

⁵⁴³ Staub/Burgard.

⁵⁴⁴ BayObLG NJW 1956, 1800

⁵⁴⁵ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.23.

⁵⁴⁶ BGHZ 98, 97.

⁵⁴⁷ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.1.

HGB'deki unvan tacirin ismidir hükmü sadece usuli bir anlam taşır, bu bağlantıda da de lege lata (meri kanuna göre) işletme bir hukuk nesnesidir (Rechtsobjekt)⁵⁴⁸.

Ticaret unvanının ticaret siciline tescili kurucu etkiye sahiptir ve sahibine tekel hakkı bahşeder. Ticaret unvanı üzerindeki hak bir mutlak haktır⁵⁴⁹. Lakin esnafların kullandığı işletme adı Esnaf ve Sanatkarlar Siciline tescili yapılmamış ise, o takdirde sicile bağlı korumadan yararlanma olanağından yoksun kalınacaktır⁵⁵⁰.

Tescil ve ilan kullanabilme şartı değildir, sadece yaptırımdır. Unvan müşterilerle temasa başlandığı anda işletme açılmadan da örneğin TTK m.12/f.2 durumunda halka ilan ile hukuken kullanılabilir⁵⁵¹. İşletme sona erince unvanı kullanma hakkı da sona erer. Ticari işletme olmadan unvan kullanmak TTK m.12/f.3'teki şartlar varsa, tacir gibi sorumlu olma durumunu yaratabilir. Müşterek bir unvan altında şirket türünü gösterir bir kayıt olmasa dahi, kollektif ortaklık sözleşmesi yapılmaksızın işlemlere girilmesi veya haksız fiil işlenmesi, bunu yapanların müteselsil sorumluluğuna götürür. (TTK.m.216/f.2)

“Geschaef” kelimesi İsviçre Borçlar Kanunu'nda unvan yerine de kullanılmaktadır. (örneğin “Übernahme des Geschaefts”/unvanın devralınması.) TTK m.39/f.2'de getirilmiş yeni düzenlemeye göre, işletme internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne tabi ise, internet sitesinin adresi de işarete/Bezeichnung dahildir. Alman Hukuku'nda HGB § 15/3-Publizität des Handelsregisters kenarbaşlıklı maddenin Türk Hukuku'ndaki karşılığı görünüşe güven kenarbaşlıklı TTK m.37 iken, Alman Hukuku'nda HGB § 37-unzulaessiger Firmengebrauch kenarbaşlıklı maddenin karşılığı Türk Hukuku'nda TTK m.52'dir (tecavüz edilen unvanın sahibinin hakları).

Alman Hukuku'na göre; ticaret unvanı, işletme adı, ad ve işaretler HGB § 37/f.1 ve 2, BGB § 823/f.1 (sonstiges Recht), BGB § 12 (Namensrecht) ve marka kanunuyla (§ 5 ve 15) korunurlar. Tacir BGB'ye göre el atmanın önlenmesi talepleri ile BGB'ye göre haksız fiil hukukuna özgü tazminat taleplerine yan ve takip taleplerine ek (işletmenin sevk ve idaresinden dolayı ve tacirin kişilik hakkının korunması sebebiyle) istihkak taleplerine sahiptir. HGB § 37 sadece şekli manada ticaret unvanı himayesini tekeffül eder. Maddi

⁵⁴⁸ Kuttner, s.35 orada dn.71'de anılan Fehr, das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht s.77.

⁵⁴⁹ Şener, s.499'da dipnot 94'te anılan Jung, s.89, No.5.

⁵⁵⁰ Ülgen, s.337; Yargıtay (11.HD.22.07.2011-E.15033/K.9297) kararında işletme adının tescil edilmesi halinde bunun kullanılmasının mümkün olduğunu ve bu kullanmanın marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet sayılmayacağını hüküm altına almıştır.

⁵⁵¹ Poroy/Yasaman, s.409.

manada ticaret unvanı himayesi ise § 12 BGB, 14, 15 Markalar Kanunu'na göredir. Mesleki Ortaklıklar Kanunu § 2 II'de HGB § 37'ye gönderme yapılmaktadır⁵⁵².

Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez, lakin bu hüküm işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse unvanını devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olanak tanıyorsa ve rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni işletmede de kullanabilir⁵⁵³. Daha önce tescil edilmiş bir işletme adı ancak aynı müşteri çevresi kapsamında ve aynı alanda faaliyet gösteren bir işletmenin adı olarak kullanılıyorsa tecavüz durumu ortaya çıkacaktır. İşletme adı üzerindeki hakkın ihlal edilip edilmediği tespit edilirken Türkiye'deki bütün sicil müdürlükleri kapsam dahilindedir⁵⁵⁴. İşletme adının korunması işletme tasfiye edilene kadar mümkündür⁵⁵⁵.

Avusturya § 37 HGB'ye göre bir firmanın başkaca bir firmaya ait ticaret unvanını kullanması halinde ihlale (mesela ihlal yetkili olmayan bir firma başka bir firmanın ticaret unvanı altında sözleşme akdederse) sebebiyet veren taraf içtinap (kaçınma, yapmama) talebiyle karşılaşır. Türk Hukuku'nda idari birtakım yaptırımlar da öngörülmüştür. Mahkemeler ve memurlar, ticaret ve sanayi odaları ve noterler vazifelerini yaparken bir ticaret unvanının tescil edilmediğini veya kanunun hükümlerine aykırı olarak tescil yahut istimal edildiğini öğrenirlerse keyfiyeti salahiyetli ticaret sicil memuruna ve Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmeye mecburdurlar. Alman Hukuku'na göre; ticaret unvanı, işletme adı, ad ve işaretler HGB § 37/f.1 ve 2, BGB § 823/f.1 (sonstiges Recht) , BGB § 12 (Namensrecht) ve marka kanunuyla (§ 5 ve 15) korunurlar. Tacir BGB'ye göre el atmanın önlenmesi talepleri ile BGB'ye göre haksız fiil hukukuna özgü tazminat taleplerine yan ve takip taleplerine ek (işletmenin sevk ve idaresinden dolayı ve tacirin kişilik hakkının korunması sebebiyle) istihkak taleplerine sahiptir. HGB § 37 sadece şekli manada ticaret unvanı himayesini tekeffül eder. Maddi manada ticaret unvanı himayesi ise § 12 BGB, 14, 15 Markalar Kanunu'na göredir. Mesleki Ortaklıklar Kanunu § 2 II'de HGB § 37'ye gönderme yapılmaktadır⁵⁵⁶.

⁵⁵² Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.1.

⁵⁵³ İpekçi, Nizam, Türk Ticaret Kanunu Şerh, Aydın, 2017, s.53.

⁵⁵⁴ Berzek, s.77; Yargıtay 11.HD. 18.05.1990-E.3354/K.3997: “Çulum ile Özçulum işletme adları arasında iltibas vardır. Adi ortaklıkta kullanılan işletme adı ortaklığın tasfiyesinde hangi ortağa bırakılmışsa o ortak işletme adını kullanabilir. Taraflar arasında yapılan ve ortaklığın tasfiyesine ilişkin 01.11.1985 günlü sözleşmenin 6. maddesine göre “Çulum” isminin sadece davacı tarafından kullanılmasının kararlaştırılmış olmasına davalının bu sözleşmeye karşın aynı karakter ve kompozisyonda yazdığı “Özçulum” isminin görsel ve zihinsel imajları ile tarafların işletmeleri arasında iltibas yarattığının bilirkşi tarafından yerinde gerekçelerle tespit edilmiş bulunmasına göre yerel mahkeme kararı doğrudur.” Eriş, s.1272'den naklen.

⁵⁵⁵ Güngör, s.206.

⁵⁵⁶ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn.1.

Avusturya Hukuku'nda ticaret siciline Firmenbuch adı verilmektedir⁵⁵⁷. Ticaret unvanı medeni hukuka göre de bir addır. Haksız rekabet halinde ve marka hakkına tecavüz halinde açılacak bir diğer dava türü de kanunen düzenlenmemiş olan önleme davasıdır. Bu davada halihazırda fiili bir tecavüz yoktur, lakin bazı emarelerden vuku bulması muhtemel görünen bir tecavüz tehdidinde karşı mahkemeden hukuki himaye talep olunmaktadır⁵⁵⁸.

Firmanın yetkilileri ABGB § 43'e göre Avusturya Hukuku'nda adın kullanılmasının her türlü engellenmesinde koruma şemsiyesinden istifade edebileceklerdir. Yalnız bu hak münhasıran ad sahipleri tarafından kullanılabilir. İsim hakkı tartışmalı olduğu durumda, kararın ilanı yanında resmi bir açıklamayı durum gerektirebilir. (1323-1330-Avusturya Kanunu) Yine her kim ki, ticari ilişkide bir firmayı diğer bir işletme adıyla iltibas yaratacak şekilde kullanırsa, kanuna aykırı durumun düzeltilmesi talebi yanında UWG § 9-15 Haksız Rekabet Kanunu hükümlerine müracaat hakkı da saklıdır.

“Davacıya ait unvanın daha sonra başkası tarafından kullanılması haksız rekabet teşkil eder.” Yüksek Yargıtay Dairesi'nin tetkikatına konu olan bir olayda, “Davacı banka ile hiçbir ilgileri olmadığı halde kooperatife üye kaydı için davalı kooperatifçe yaptırılan ilanlarda “İş Bankası Çalışanları için kurulan” şeklinde duyurularda bulunulduğu ve Mahkemece izinsiz olarak “İş Bankası” unvanının kullanıldığı gerekçesiyle açılan davada Mahkemece “davalının yaptığı ilanlarda, davacı banka ile aralarında organik bir bağ olduğu zehabını uyandırmanın TTK.56 maddesinde belirtildiği şekilde iyi niyetli bir davranış olmadığı gerekçesiyle davalının ilanlarında “İş Bankası” unvanını kullanmak suretiyle vaki olan tecavüzün menine dair verilen karar daha sonra onanmıştır”⁵⁵⁹.

TTK'daki haksız olarak kullanılan unvan tescil edilmişse, tabirinden bu maddede ele alınan tecavüz halinin bir ticaret unvanının haksız şekilde fakat yine ticaret unvanı olarak kullanılması olduğu anlaşılmaktadır. Oysa unvana tecavüz bu halle sınırlı kalmayabilir. Örneğin tanınmış bir ticaret unvanı içindeki ayırtedici sözcük bir başkası tarafından marka haline getirilebilir veya bir ticaret unvanı bu unvan üzerinde haksahibi olmayan kişiler tarafından yine unvan olarak kullanılmakla birlikte emtialar üzerine basılıp mallarla birlikte

⁵⁵⁷ Krejci, s.80.

⁵⁵⁸ Bu davanın temeli esasen TMK'da koruma gören kişinin adı bağlamında kanunda yer almayan lakin içtihadın yarattığı bir davaya dayanmaktadır. (Kalabalık, Halil/Erdem, Murat, *Temel Hukuk Bilgisi*, Ankara, 2016, s.357.ve orada dn.518'de anılan Akıntürk, Turgut /Ateş Karaman, Derya, *Medeni Hukuk*, İstanbul, 2018, s.165-166) Mehaz ZGB § 29 /II hükmü MK m.25'in aksine durdurma(men)-Beseitigung- yaptırımından söz etmemiştir. Lakin İsviçre doktrini ve keza İsviçre'deki mahkeme içtihatları, önleme kavramının içinde durdurmanın da yer alacağı gerekçesiyle, durdurma davasını dahi adın gasbı üzerine açılacak davalar arasına ithal etmiş bulunmaktadır (Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 1993, s.171 ve dn. 95a'da anılan Pedrazzini, s.149'dan naklen.).

⁵⁵⁹ 11. HD. 22.6.1993, 1992/5006-4559, Camcı, Ömer, Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1998, s. 162'den naklen; 11.HD. 22.6.1993, 1992/5006-4559.

tedavül edebilir. Bir kişinin ticaret unvanından herhangi bir şekilde faydalanarak kendi işiyle unvan sahibi arasında iltibas kurma eylemi haksız rekabet oluştursa bile, tecavüze uğrayan unvanın özel hükümlerle korunabilmesi gerekir⁵⁶⁰.

Ticaret unvanına vaki bir tecavüz durumunda ticaret unvanını bir tüzel kişilik diğer bir tüzel kişiliğin aleyhine zarar verici mahiyette aynen veya iltibasa yer verecek mahiyette benzerini kullanıyorsa, vaki tecavüz durumunda hukuki himaye talepleri haksız müdahalede bulunan tüzel kişiliğin yetkili temsilcisine yöneltilir. Eğer anonim şirketler arasında böyle bir durum meydana gelmişse, husumet bakımından hukuki himaye talebi ortaklığa yöneltilmelidir, yoksa şirketi ilzam yetkisi olmayan ortaklara değil⁵⁶¹. Tüzel kişi tacirin bilindiği üzere adi iş sahası yoktur. Lakin gerçek kişi tacirin borçları kural olarak ticari sayılmakla beraber, aksini ispatı suretiyle sözkonusu karine çürütülebilir. Şayet gerçek kişi tacir adi iş sahasına giren işlemleri de ticaret unvanı altında yapmışsa artık ticari iş karinesinin aksinin ispatı suretiyle çürütülmesinin iddiası dinlenmeyecektir⁵⁶². Ticaret unvanına karşı tecavüzlerdeki koruma kapsamı ve şekli ve bu bağlamdaki hukuki himaye talepleri Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre fikri ve sınai haklardakine yakınlaştırılmıştır⁵⁶³. Ticaret unvanına vaki tecavüzde Usul Yasamızın 110. maddesi uyarınca tespit talebi dışındaki diğer dava talepleri aynı dilekçe ile dava olarak ikame olunabilir (Davaların objektif yığılması)⁵⁶⁴.

Tescilsiz ticaret unvanı ise haksız rekabet hükümleri dairesinde korunur. Ticaret unvanı tacirin asıl adından bağımsız bir addır. Bünyesine uygun düştüğü durumlarda kişilik hakları kapsamında da korunabilecektir. Honsell/Vogt/Geiser bir ayrıma giderek eğer unvan gerçek ad dışında da unsurlar taşımakta ise, bunlara ilişkin korumanın ada ilişkin değil kişilik haklarına ilişkin olacağını kabul etmektedirler. Ayrıca marka olarak korunan bir işaretin halk nezdinde unvan gibi kabul gördüğü durumda, ada ilişkin korumalardan yararlanacağını Federal Mahkeme içtihat etmiştir⁵⁶⁵.

İşletme adı ticaret unvanı gibi ekonomik bir değer taşır. Dolayısıyla tacir iflas ederse, ekonomik değer taşıyan işletme adı da tacirin iflas masasına dahil olur. TTK m.49 işletme adı bakımından uygulanmaz, işletme adı bu sebeple işletmeden bağımsız olarak da paraya çevrilebilir⁵⁶⁶. Ticaret unvanının ise iflas halinde iflas masasına girip girmeyeceği hususu

⁵⁶⁰ Okutan, Gül, "Ticaret Unvanı ve İşletme Adı", 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, 1997, s.19.

⁵⁶¹ Şener, s. 544.

⁵⁶² Şener, s. 498.

⁵⁶³ TTK Gerekçe.

⁵⁶⁴ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 309.

⁵⁶⁵ Oğuzman, Kemal, Seliçi, Özer, Özdemir-Oktay, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s.107.ATF 8.1.2004, 4C31/2004 sic! 2005.

⁵⁶⁶ Güngör, s.198.

tartışmalıdır. Hal TTK'da düzenlenmemiştir. Lakin işletme ile birlikte unvanın aksi öngörülmüş olmadıkça devredileceğine ilişkin TTK m. 11/3 ve 49 hükmü dikkate alındığında, iflas halinde işletmenin kül olarak masaya geçtiği, işletmeye dahil değerler üzerindeki hakkın iflas masasına intikal ettiği ve masanın unvanı işletme ile birlikte devrederek değerlendirebileceği savunulmaktadır⁵⁶⁷. Ticaret unvanı müflisin ad ve soyadından ibaretse Medeni Kanun'un bahsettiği korumadan mahrum kılınamayacağı görüşündedir. Alman Hukuku'nda ise, ticaret unvanı fikri ve sınai hak da olsa, tek başına paraya çevrilebilir değildir ve işletme bir bütün olarak haczedilemeyeceği için haczedilemezdir. Ticaret unvanı haczedilmezlik vasfı taşısa da, ticaret unvanı iflas masasına girer, çünkü iflas (cebri arttırmadan farklı olarak) ticarethaneyi bir malvarlığı yığını/kütlesi olarak ve böylece de ticaret unvanını bir fikri ve sınai hak olarak kavrar. İflas idare memuru ticaret unvanının yürütülmesinde yetkilidir. İflas idare memuru ticaret unvanını ticari işletme ile birlikte paraya çevirebilir⁵⁶⁸. Bu takdirde işletme bir ikame ticaret unvanına muhtaç kalır ki⁵⁶⁹ (çifte ticaret unvanına cevaz verilmektedir) bu ticaret unvanını iflas idare memuru resmen belirleyebilir⁵⁷⁰. Ticaret siciline tescil ise, iflas idare memuru tarafından şekle riayet edilerek yapılabilecek esas sözleşme tadilatını gerekli kılmaktadır⁵⁷¹; lakin tartışmalıdır⁵⁷². Bu yetki iflas idare memurunun paraya çevirme iktidarının zeyilnamesidir/lahikasıdır (ekidir.)⁵⁷³.

İşletmeyle ticaret unvanını medeni hukuka müteallik ad ile devretmeyi isteyen iflas idare memurunun müşterek borçlunun § 22 HGB uyarınca tasdikine ihtiyaç duyup duymadığı ticaret unvanının kişilik hukuku karakteri bakımından tartışmalıdır. İflasta alacaklıların menfaatleri; müşterek borçlunun icazetinin saklı tutulması noktasında ad hukukuna halel getirmesine izin verilmemesi icap eden bir sınırlandırma için çatışırlar. § 18 HGB, 19/I'e göre ticaret unvanında medeni hukuka müteallik adı kullanmak noktasındaki zor; gerçek kişi tacirde ve şahıs şirketlerinde artık bulunmadığından (aksi durum için Bkz. Türk Hukuku), ad sahibinin icazeti her zaman sermaye şirketlerinde olduğu gibi genelde artık gerekmemektedir. İflas borçlusu bakımından § 12 BGB'den kaynaklı ad hukukuyla irtibatlı bir ihtilaf mevzu bahis değildir (yani iktisap eden yetkisiz hareket etmemektedir). İktisap eden halefiyet eki kullanmaya mecburdur⁵⁷⁴.

⁵⁶⁷ Berzek, s.79; aksi görüş: Arslanlı, s.97.

⁵⁶⁸ BGHZ 109, 364; KG ZIP 2017, 1565.

⁵⁶⁹ KG ZIP 1565; Aa Levering NJW 2016, 3267.

⁵⁷⁰ MüKoHGB/Heidinger 22 Rn.89.

⁵⁷¹ OLG München NJW-RR 2016, 1053 Wachter GmbHR 2016, 931.

⁵⁷² OLG München 2016, 1053, açık kapı bırakır. (KG ZIP 2017, 1565).

⁵⁷³ krş. Schmidt 12 Rn. 51.

⁵⁷⁴ Koller/Kindler/Roth/Drüen, Rn. 24-25.

3.7.2. Ticari İşletmenin Kullandığı Marka, Patent ve Diğer Sınai Mülkiyet Haklarının Korunması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. no.lu Protokolünün 1. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, bu madde hükmüyle korunan mallar; her türlü menkul, gayrimenkul, maddi ve gayrimaddi mamelekle ilgili haklardır. Yani AİHM'ye göre, fikri mülkiyet hakları da mülkiyet kavramına dahildir⁵⁷⁵. Avusturya Hukuku'nda fikri haklar gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak hâkimiyet haklarıdır ve 285 ABGB gayrimaddi malları eşya saydığından, fikri hukuk daha öteye gidilerek hatta mülkiyet hakkı olarak anlaşılabılır⁵⁷⁶. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı⁵⁷⁷ istikametinde marka üzerindeki hak mülkiyet hakkıdır⁵⁷⁸. Alman Hukuku'nda maliye bilim dalının konusunu teşkil eden, lakin gayrimaddi malların bilanço hukuku bakımından aktifleştirilmesinde⁵⁷⁹ önem arzeden iktisadi kıymet (Wirtschaftsgut) kavramı vergiye tabi kazancın tespitinde mana bulan vergi hukukuna münhasıran ilk kez 1928 tarihli bir Reichsfinanzhof kararında zikredilmiştir. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, maliye bilimi alanında peştemaliye ve örneğin marka (ki Alman hukuk terminolojisiyle bir “Verhaeltnisgut”-ilişkili mal teşkil etmektedir.) iktisadi kıymet olarak bir yapı arzetmezler. Gayrimaddi mallar ile maddi mallar ayrımı ta Roma hukundaki eşyanın “res corporales” ve “res incorporales” olarak ikiye ayrılarak incelenmesi esasına dayanmaktadır. Gayrimaddi mallar temlik yani “Abtreten” ile devrolunurken, maddi mallar ise “Übergeben” yani teslim ile naklolanmaktaydılar. Telif hakkı (fikri ürün üzerindeki hak) (Urheberrecht) hukuki niteliği itibarıyla bir gayrimaddi kıymettir (Immaterialgut). Lakin son olarak belirtmek gerekir ki, ticaret hukukundaki gayrimaddi varlık unsuru (Vermögensgegenstand) terimi ile eşya hukukunun gayrimaddi kıymet terimi gayrimaddi iktisadi kıymet kavramından farklılık

⁵⁷⁵ (42-Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, 73049/OI, 11.01.2007. Bkz.

⁵⁷⁶ Schacherreiter, Judith, Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht, Wien, 2018, s.3.

⁵⁷⁷ AYM GK E.2016/148 K.2016/189, 14.12.2016, s.7.

⁵⁷⁸ Marka üzerindeki hakkın sui generis bir hak olduğuna ilişkin bir Yargıtay kararını bu veçhile belirtmekte yarar umuyoruz. Davacı şirket, noterlikçe düzenlenen muvafakatnameyle tek taraflı olarak tescilli markasının dayalı şirketçe kullanılmasına rıza göstermiş, bir süre sonra da ihtarname ile verdiği izinden feragat edip izni geri aldığını bildirmiştir. Kural olarak bir hak devredilemeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse, şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu izni geri almak hak ve yetkisi vardır. Çünkü hakkın özü kendisine aittir (Yargıtay 11 H.D. 2001/752 E. - 2001/3930 K. ve 03.04.2001 tarih) (www.kazanci.com).

(Hatipoğlu, Esra, Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Yer Alan Durumlar Ve Adwords Uygulamaları, Ankara, 2014, s. 40). “Marka, Ticaret Kanunu hükümlerine göre; ticari işletmenin unsurlarından ve para ile değerlendirilmesi mümkün haklardan olup, bu hakkın satışının (ve kiralanmasının) mümkün bulunmasına ...” Y.6. HD.

⁵⁷⁹ Teferruatlı bilgi için Bkz. Başaran, Funda, Alman ve Türk Bilançosu Hukuklarında gayrimaddi iktisadi kıymetleri aktifleştirme şartları, İstanbul, 1999.

arzederler⁵⁸⁰. Avusturya Hukuku'nda fikri haklar gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak hâkimiyet haklarıdır ve 285 ABGB gayrimaddi malları eşya saydığından, fikri hukuk daha öteye gidilerek hatta mülkiyet hakkı olarak anlaşılabilir⁵⁸¹.

Alman Hukuku'nda 1994'ten beri marka ve diğer işaretlerin korunması hakkında bir kanun düzenlemesi vardır. Diğer işletme işaretlerinin, mesela ticaret unvanının aksine; marka olabilecek değerler işletmenin kimliğini (Identifikation)⁵⁸² teşhis etmezler; bilakis ürünün-mal ve hizmetlerin ayırdedilmesine (Unterscheidungsfunktion) hizmet eder. Marka eşdeğer malların/hizmetlerin ticaretini sağlarken mevzubahis malın/hizmetin menşei teşhis etmeye yarayarak hangi firmadan kaynaklandığını gösterir⁵⁸³. Örneğin markada iltibasa misal vermek gerekirse; Alman içtihadına yansıyan bir olayda Hollanda menşeli bir firma sıçrayan bir kedi (Raubkatze-fare avlayan) resmini ürünlerinde paylaşırken; kendisini daha önce kaydettirmiş olan bir Alman firması Puma ile her ne kadar ürünlerde optik bir karıştırılma tehlikesi yoksa da lakin aralarında (pür-saf-salt) bir bağdaştırıcı fikri bağ (rein assoziative gedankliche Verbindung) mevzubahis olduğundan karıştırılma tehlikesinin bu türden dava konusu teşkil edebileceğini hükme bağlamıştır⁵⁸⁴.

Alman Markalar Kanunu madde 15 gerçek ticaret unvanı ve adların korunmasıyla uğraşır. Anılan kanun aracılığıyla sadece marka değil, yanısıra ticaret unvanı veya diğer işletme işaretleri karıştırılmaya müsait kullanım veya başka bir işletmenin işaretinin kötüye kullanılması gibi yetkisiz kullanıma karşı münhasır (tekel) hakkının konusu olarak himayeden yararlanırlar. Kanunun bu belirlemeleri sadece ticaret unvanını korumazlar, bilakis ad nispetinde ayırt edicilik kuvveti veya tedavül kabiliyeti var olduğu takdirde bir işletmenin tanıtımına kullanılan işaretler de himaye kapsamındadırlar. Marka kanunu bu işaretleri ticari ilişkide karıştırılma tehlikesine taşınması ihtimal dahilinde bulunan bir kullanıma karşı korur. Ürün ayniyeti marka kanunu bakımından bir koşul değildir, lakin işletmeler piyasada ne kadar birbirlerine yakın iştigal konusuna sahip iseler, o takdirde karıştırılma tehlikesi de o derecede tabii ki evleviyet arzedecektir.

Karakteristik sınır tayini zorluğu bakımından Alman yargısına taşınmış şu içtihada müracaat edilebilir⁵⁸⁵. Olayda Franz Zentis GmbH Co Konfitüren und Süßwarenfabrik yani

⁵⁸⁰ Başaran, s. 73-74.

⁵⁸¹ Schacherreiter, s. 3.

⁵⁸² Bazı durumlarda ise emtianın hangi müesseseye ait olduğunun bilinmesi kalitesi üzerinde bir güven ve giderek garanti sağlayıcı olmaktadır. Marka ile işletme hukuki anlamda bir garanti ilişkisi içerisinde bulunmaz, markanın bu türden sağladığı kalite fonksiyonu sosyo-ekonomiktir. (Tekil, s. 247.) Bu itibarla Solingen markası veya ülkemiz örneğinde Tarih markası bu bapandır.

⁵⁸³ Schmidt, § 6 IV, s.22 vd.

⁵⁸⁴ Schmidt, § 6 IV, N.26, BGH NJW 1998, 741.

⁵⁸⁵ Schmidt, § 6 IV, N.41-42, NJW –RR 1986, 196=ZIP 86, 49.

Türkçesiyle tatlı imalatı ile iştigal eden bir limited şirket, mamulleri için kısaca zentis ibaresini kullanırken, piyasaya giren ve Saentis-Molkerei yani Türkçesiyle mandıracılık faaliyetiyle uğraşan bir şirketin ürün adı ve ticaret unvanı olarak Saentis kelimesini kullanımını dava etmiştir. Oberlandesgericht iltibas tehlikesinin yokluğundan davayı reddetmiştir. Aslında ilk bakışta yani kabataslak da olsa gözden kaçırılmayacak kadar Zentis ve Saentis arasında akustik tınıda ayniyet ve optik benzerlik bulunmaktadır. Lakin bu durum somut olayda yine de karıştırılma tehlikesini gerekçelendirmeye yetmemektedir, çünkü tarafların iştigal konuları, izole edilmiş mahiyette bakıldığında, birbirleriyle karıştırılmaya müsait işaretler kullandıkları düşünülse bile, birbirlerinden oldukça uzak konumdadırlar. Aynı zamanda karıştırılma tehlikesi Saentis teriminin bir hayal mahsulü olmamasından, bilakis İsviçre’de bir dağın adı olmasından dolayı da kaynaklı azaltılmış bulunmaktadır. Bundesgerichtshof talebi reddeden Oberlandesgericht kararını bozmuş ve mevzuyu tekrar incelenmek üzere Oberlandesgericht önüne geri göndermiştir. Oberlandesgericht gibi aslında her ne kadar Bundesgerichtshof da karıştırılma tehlikesinin, işletmelerin iştigal konusu birbirinden oldukça uzak ise ortadan kalkacağını belirtmiş, vurgulamış olsa da, Bundesgerichtshof somut olaydan hareketle işletme konularının arasındaki iktisadi mesafe ve işaretlerin benzerliğinin derecesi arasındaki karıştırılma etkisini tahvil ederek, her ne kadar ürünler birbirine yakın olurlarsa karıştırılma tehlikesi de o nispette kabul görürse de, yine de aynı zamanda karıştırılma tehlikesinin iktisaden birbirinden uzak mallarda şayet mallara basılan işaretler birbirinden sadece cüzi oranda sapıyorlarsa dahi, varlığını koruyabileceğini içtihat etmiştir. Patent, marka ve endüstriyel tasarım kanunları işletmesel hukuki himayeyi tekeffül ederler⁵⁸⁶.

İsviçre’de⁵⁸⁷ markanın marka siciline tescili ile marka hakkı doğar (yani Prioritaetsrecht –öncelik hakkı). Süreç; fikri mülkiyete ilişkin İsviçre Federal Enstitü’ye müracaatı gerektirmektedir. Bu da iki yoldan gerçekleşebilmektedir: ya matbu form doldurularak ya da elektronik başvuru sistemiyle (e-trademark). Başvurudan sonra IG (Eidgenössische Institut für geistiges Eigentum) tarafından gerekli olan inceleme prosedürü başlatılmaktadır. Burada bir korunmayı gerektiren sebebin varlığı araştırılır, korumaya ilişkin

⁵⁸⁶ Baumbach/Hopt, aynı yönde, Schmidt, § 6 V N.42.

⁵⁸⁷ Literatür bilgisi aktarmak da gerekirse, “European Patent Law” isimli Oxford yayınlarından çıkmış olan ve derlemesinde Tiillmann ve Ahrens gibi ünlü fikri sınai mülkiyet hukukçularının da bulunduğu yapının, bu vesileyle literatürü takip eden Türk okuyucusuna okunması şiddetle tavsiyeye şayandır. Bu çalışma incelendiğinde Almanya’nın Avrupa Patent Mahkemesi’nin kendi ülkesinde yerleşik olmasını arzuladığı, lakin mahkemenin merkezinin Paris’te mukim olmasına mâni olamadığı görülür. Zaten bu tercih de tarihi gelişme tezini teyit etmiştir, zira ilk sanayi fuarı tarihinde Fransa’da kurulmuştur. 1883 yılında Paris Sözleşmesi’yle ilk kez sınai hakların tanındığı ve daha sonradan 1886 tarihli Bern Antlaşmasıyla ise fikri hakların tanındığı gözden kaçırılmaması gereken tarihi bir gerçektir.

sebeplerden önemli olanlar şunlardır: Başvurulan markanın kamuya açık bir işaret zorunluluğu arzemesi lazımdır. Umuma tahsis olunmuş mallar tekelleştirilemez. Yanıltıcı ve kamu düzenini ihlal edici markalar sicile kaydedilemez. Eğer itirazlar vaki olmazsa, IG markayı sicile kaydederve durumu İsviçre Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan eder. Kurum tarafından markanın kaydında aynı veya benzer bir markanın kaydedilip kaydedilmediği araştırılmamaktadır. Eski markaya sahip olan; ilandan itibaren 3 ay içinde yeni markanın sicile kaydına itirazda bulunur. İltibası IG açıklığı kavuşturur. Her kim ki, marka üzerindeki hakkının tehdit edildiğini iddia ediyorsa olağan mahkemede dava açar. Marka hakkı sahibi kullanmada, tüketmede ve onun üzerinde tasarrufta bulunmakta mutlak haksahibidir. Tacir kendi mal ve hizmetini ambalajda, ticari yazışmalarında korunan işaretle arz etmek suretiyle kullanma hakkı vardır. “R” ve “TM” sembollerinin piyasada kullanımı kanunen düzenlenmemiş ama kullanımına kural olarak müsaade edilmektedir. Uygulamada marka ile sıklıkla “C” sembolü kullanılır. Bunun da marka hakkı ile alakası yoktur, bilakis telif hakkını ifade etmektedir. Marka korunması başvurusunda hangi mal ve hizmet için talepkâr olunduğu açıkça belirtilmelidir. Bir marka; hakkı bakımından korunan diğer mal ve hizmetler için birlikte kullanılırsa, bu marka hakkına dayanılarak o sayede ona koruma sağlanamamaktadır. Koruma süresi 10 yıldır, talep üzerine sıklıkla 10 yıl daha uzatılabilmektedir. Mülklik prensibi gereği coğrafi bakımdan sınırlanmış olarak koruma sadece İsviçre’de mevzu bahisdir, yani İsviçre’de tescil olunmuş markalar sadece İsviçre’de korunurlar. Korumanın genişletilmesi, diğer ülkelere sirayet etmesi, doğrudan yetkili makama müracaat ile vuku bulur. IG üzerinden enternasyonal sicile ulaşılabilir yani talepte bulunulabilir. Bu bağlamda Madrid Sözleşmesi vardır. Bu sözleşmeye göre; uluslararası tescil Cenevre’deki WIPO nezdinde vuku bulur. Şayet bütün Avrupa Birliği üye devletlerinde koruma sağlanacaksa o takdirde marka Avrupa Birliği İç Pazar için uyumlulaştırma resmi dairesinde (EU-Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt) talepkâr olunabilir. Hukuki korumadan şu ayrım yapılmalıdır; idare hukuku yönünden IG’nin kararlarına karşı şikâyet yoluna gidilir. Yeni markaya (jüngere Marke) karşı itiraz ileri sürülür. Özel hukuk yönünden haksahibi kendi sicile tescilli markasının ve işaretinin korunmasını isteyebilir. Ceza hukuku yönünden bir dilekçe ile korunmuş markanın ihlalinin sözkonusu olduğunu ileri sürülebilir. Para ve hapis cezası sözkonusu olabilir.

Alan adı bir web sitesinde kaydedilmiş bir adrestir. İnternetin önemi ve yayılmasının anormal şekilde artması gözönüne alındığında, gözardı edilemeyecek/hafife alınamayacak bir iktisadi değerdir. Ana kural alan adları ne unvan ne de markadır ve bu yüzden ne unvan hukuku ne de marka hukuku alanında korunurlar. Lakin bir internet sitesi olarak kullanılan

işaret aynı zamanda bir marka/unvan olarak korunuyorsa haksahibi alan adının kullanılmasında da mutlak hakka sahiptir. § 29 ZGB'a göre isim hakkı temelli koruma gerekçelendirilebilir ve haksız rekabet hukukuna dayanılabilir, zira burada da iltibastan sakınma esası geçerlilik arzeder. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) adlı organizasyon uluslararası alanda “.com, org, net” ibarelerinin dünyada tek bir kereliğine verilmesini gözetmektedir. Ülke adı veya “.com” ile biten alan adları için, ICANN yönetiminin kararına göre gelecekte serbest bir şekilde sonlama seçilebilmektedir. Sonlamada şehir adı ve unvan ismi de verilebilecektir (“.bern örneğinde olduğu gibi). Korunan marka ile alan adı arasında ihtilaf çıkabilir. Tavsiye edilen bir alan adının tescilinden önce acaba aynı veya benzer bir kavramın marka olarak tescil edilip edilmediğinin de araştırılmasıdır. Ulusal düzeyde “.ch (Schweiz) veya “.li (Liechtenstein) kayıt için SWITCH organizasyonu yetkilidir. Kayıt için unvan hukukunda olduğu gibi öncelik prensibi geçerli değildir, burada seçilen ismin her halükârda başkaca şahısların veya hukuki birliklerin haklarını zedeleyip zedelediği kontrol edilmez.

Almanya'da 9 Eylül 1965 tarihli kanunla eser sahibinin edebiyat, bilim ve sanat alanındaki çalışmaları koruma altındadır. Bilimsel ve teknik takdimler ki, çizim, plan, kart, eskiz ve plastik sunumlar bu eser korumasına dahildir. (K.m.2/f.1 b.7) 24 Haziran 1985'ten beri bilgisayar programları da eser korumasındadır. Bir teoriye göre teknik içeriği, takdimi ve computer programları bakımından münhasır haklar mahfuzdur. Computer programları bakımından haksız rekabet koruması da vardır. Patent hukuku sadece teknik buluşları korur. Ne Alman kanununda ne de Avrupa Patent Antlaşması'nda buluşun teknik karakterinin gerekliliği hakkında hüküm bulunmaktadır. Lakin BGH tanımı kapsamlıdır. (BGHZ 52, 74 VD.ROTE Taube kararı) Buluş, patent hakkı manasında kontrol altına alınabilir tabiat güçlerinin katkısıyla planlı bir çalışmayla doğrudan illiyet (kausal) bağıyla öngörülen başarıyı gösteren teoridir. Bir başka BGH kararı bu konuda BGHZ 67, 22 FF. (26 F. Dispositionsprogramm) Bu tanımla teknik karakteri de tespit edilmiş olmaktadır. İnsan tarafından tabiata hükmedilmiş olmasının belirgin hale getirilmesi halidir⁵⁸⁸.

Roma Hukuku'nda marka rei vindicatio davası ile korunmaktaydı. Marka hakkına tecavüz halinde meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekir. Şayet markaya tecavüz ticari işletmeyi ilgilendiren bir işten yani ticari işten kaynaklanmıyorsa, o takdirde Borçlar Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümleri dairesinde koruma sağlanacaktır. Ve marka hakkı sahibi markasına yapılan müdahalenin menini talep edebilecektir. Ayrıca marka şayet sicile

⁵⁸⁸ Altın-Sieber, İnci, Joint Ventures, Technologietransfer und –Schutz, Heidelberg/München, 1996, s. 15 vd.

tescilli ise o takdirde markaya tecavüz fiiline sebebiyet veren haksız kullanıma konu olan markanın kaydının terkinin talep de olunabilecektir. Şayet markaya tecavüz ticari işletmeyi ilgilendiren bir işten yani ticari işten kaynaklanıyorsa, o takdirde Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri devreye girecektir. Ve marka hakkı sahibi müdahalenin men'i talebine ek iltibas davasını ikame edebilecektir. Şayet marka ayrıca sicile tescilli ise o takdirde markaya tecavüz fiiline sebebiyet veren haksız kullanıma konu olan markanın iptali de talep olunabilecektir⁵⁸⁹. Şayet şahsiyet haklarına aykırı bir müdahale varsa, marka sahibi, bir şahıs şirketinin adının mütecaviz tarafından emtiası üzerinde marka olarak kullanılması örneğinde olduğu üzere, manevi tazminat davası açabilir⁵⁹⁰. Mütecaviz hafif kusurundan dahi mesul olur. Zararın ispatında sadece hasılatı ve satılan mal tutarını gösteren defterler ve belgelerle yetinilmemeli, bunun dışında piyasanın durumu hakkında bilirkişinin görüşünden de yararlanılmalıdır⁵⁹¹.

Markaya tecavüz neticesinde taklit malları ticari amaçla elinde bulunduran üçüncü kişi aleyhine de hükmün icrası sirayet eder. Bu hüküm, genel usul ve icra hukuku prensibi ile örtüşmemektedir ve doktrinde şiddetle tenkide uğramıştır. Çünkü bir hükmün icrası ancak ve ancak davanın taraflarına tesir etmek icap eder. Bu noktadaki kafa karışıklığını, bir bakıma aşağıda izahat vermeye çalışacağımız ilkeler ışığında yorumlamak meraklılarına bir ufuk açmak suretiyle dağıtır fikrindeyim. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hüküm kaide olarak davanın taraflarına sirayet eder. Çünkü "...Üçüncü kişinin başkaları tarafından yürütülen bir davanın sonucundan etkilenmemeye yönelik menfaati önemlidir ve bu menfaat usul ekonomisi veya çelişik kararları önleme" amacına üstün tutulmak gerekir⁵⁹². Lakin Türk kanunkoyucusu haksız rekabette böylesine bir düzenleme yapmış ise, o takdirde hükmün sirayet ettiği üçüncü şahsın davanın tarafı olmadığı gerekçesiyle kendisi bakımından temyizi kabil olmayan böylesi bir karara karşı müdafaa vasıtası ne olmak icap eder meselesini de mukayeseli hukuk ışığında okumak yerinde olur. Alman Hukuku'nda böylesi bir vaziyetle karşı karşıya kalan üçüncü şahsa Türk Hukuku'nda kendisine normatif manada yer bulmamış olan "Drittwiderspruch" müessesesiyle yani, davaya taraf olmayan ancak kendisi aleyhine sonuç doğuran bir hükme karşı yapılan üçüncü şahıs itirazı, örneğin markaya tecavüzle ilgili

⁵⁸⁹ Karayalçın, s. 297.

⁵⁹⁰ Karayalçın, s. 297.

⁵⁹¹ Defterlerin ispat için yeterli olmadığı hakkında ayrıca Bkz. ve karşı: Yıldırım Deren, Nevhis. Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 1999, s. 92'den naklen Schenker, s. 159. BGE 93 II 39.

⁵⁹² Alman Yüksek Mahkemesi'nin kararı (BGHZ 3 385 ve son) için Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren/Yıldırım, s.559, dn.10.

hükümlerde tecavüze konu olan markayı içeren malları elinde bulunduran kimsenin itirazı kurumuyla hukuki çare sunulmaktadır⁵⁹³.

3.7.3. FİSEK Tarafından Koruma

Kuttner'e göre de işletmeci (Unternehmer) işletme sadece hukuk objesi olabildiğinden onun taşıyıcısı da icadın⁵⁹⁴ zilyedi (Besitz) olur. FİSEK m.1/B uyarınca eser sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder. Katalog saymanın yani eser kategorisinin kanunda sayılmış olmasının gerekçesi tüketici biçimde saymanın hukuki güvenliğe hizmet ettiğidir⁵⁹⁵.

Türk FİSEK⁵⁹⁶ Hirş tarafından fikri sınai haklar konusunda 1886 yılında toplanan ve konferansta imzalanan Bern antlaşması esas alınarak tanzim olunmuştur.

Manevi haklara tecavüzde hak talebi: Belgesay'a göre; Bir kimsenin bir tarihte yazmış olduğu ve bir başkasının şeref ve itibarını kırıcı mahiyet arz eden lakin hiçbir şekilde neşrini düşünmediği bir yazısının üçüncü bir kişi tarafından bastırılması-yayınlanması durumunda fail ağır kusurlu veya kasti hareket etmişse manevi haklara tecavüz vuku bulur ve manevi tazminat ödeme yükümü altına girer. Belgesay'a göre; şayet fail hafif kusurlu ise manevi tazminat talebini haklı kılmaz lakin maddi tazminat talebi kalemi saklıdır⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Bkz. Ulusoy, Erol, Kısmen Açıklamalı Almanca-Türkçe Türkçe Almanca Hukuk Sözlüğü, İstanbul, 1999, s.387. Türk hukukunda hükmün üçüncü şahsa sirayetinde davaya ferî müdahil olarak katılım bakımından hukuki yarar şartı varsayılmaktadır. Teferruatlı bilgi için Bkz. Yıldırım-Deren, Nevhis, *Kesin Hükmün Subjektif Sınırları*, İstanbul, 1996, s.47 vd., s.58-63. Bu vesileyle hükmün sirayeti hususunda İsviçre tatbikatından şirketler hukukuna münhasır bir misal vermek ile de kifayet edelim. İsviçre'de (kollektif şirketlerin tüzelkişiliği Türk hukukunun aksine tanınmadığından) kollektif şirket davasında şerik münakaşalı olmakla beraber yeni tatbikat uyarınca taraf sayılmaktadır. (Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s.698.) ve orada anılan BGE., 39, I, 298;71, II, 40).

⁵⁹⁴ Yargıtay 11.HD. 17.07.2017 tarih 2016/9284 esas 2017/4126 karar sayılı kararında bilimsel gerçeklikler ve tarihi olayların telif hakkı kapsamında korunmamakta olduğunu içtihat etmiştir. (Yargı Dünyası, Yıl: 23, Sayı: 265, Ocak 2018, s.123).

⁵⁹⁵ Öztrak, İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara, 1971, s.18.

⁵⁹⁶ Çakalır, Yalçın, *Mimarlık Sözleşmesi*, Ankara, 1973-1974, s.14 orada dn.39, 41, 42 ve 19, orada dn.61 "Mimarlık sözleşmesinin konusunun mimarın mesleki ve teknik becerilerini ve sanatçı değerini yansıtacak olan özenli işgörmesidir. Sözleşme konusunun analizi ile bu sözleşmeden doğan ilişki vekâlet olarak nitelendirilebilir. (İstisna ve vekâlet sözleşmelerinin ayırdedilmesi konusunda özen borcunun kapsamı açısından bir kıstas önerilmektedir. Mimarın yapacağı istisna sözleşmelerinin mesleki borçlarına aykırı düşeceğine dair Fransız içtihadı, karşı. Cour de Cassation Civile, 5 Nisan 1965 (karar) La Semaine Juridique 1965, II (Jurisprudence) No: 14261.; krş. Perrin, J.F., s.25.Federal Mahkeme konuyla ilgili en son içtihadında mimarlık sözleşmesini tam ve kısmi ayrımını da bırakarak kesinlikle vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. (BGE 97 II 305 (çev. Akünal, T.) İHFM, 1974, C.XL, S.1-4, s.701-707., Jdt, 1973, s.563 vd.

⁵⁹⁷ Öztrak, s. 88 ve orada Belgesay FİSEK Şerhi, m. 70, s.130.

Mali haksahibinin müsaadesi alınmadan⁵⁹⁸ yayımlanmış olan esere ait kalıpların ve o eserin çoğaltılmış olan nüshalarının münasip bir bedel karşılığında haksahibine tevdi edilmesi halinde haksahibinin tazminat talebi sadece tecavüzün ref'i davası dolayısıyla yapmış olduğu giderlere inhisar etmek zorundadır⁵⁹⁹. Doktrinde Poroy tarafından; fikir ve sanat eserleri yasası kapsamına giren hususlarda bir eserin ad ve alametleriyle çoğaltılmış nüshaların şekilleri ile iltibas veya işaret resim ve sesin çoğaltılmasının da iki özel haksız rekabet hali oluşturduğu ileri sürülmektedir⁶⁰⁰. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda gösterilen haller dışında, iktibas yapılmış olsa dahi, iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserin adı belirtilse dahi eser sahibinin, haksız rekabet hükümlerine dayanarak EBK m.49 vd. (Şahsi menfaatlerin haleldar olması) maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir⁶⁰¹.

“Tecavüzün ref'i davası maddi ve manevi haklara bir tecavüzün olduğu herhalde açılabilir. Ref davasının açılabilmesi için tecavüzde bulunanın kusurlu olması şart değildir. Kusur ve ağırlığı zararın takdirinde ve alınacak önlemlerde rol oynar”⁶⁰².

3.8. Hizmet Akdinden Doğan Rekabet Yasağıyla Koruma

Hizmet akdi boyunca işçinin sadakat borcu TBK'da açıkça düzenlenmemiştir. Lakin bu borç hizmet akdinin mahiyeti gereği çıkarılabilmektedir. Bir görüşe göre; işçinin sadakat borcu mukavele ile ağırlaştırılabileceği gibi bertaraf da edilebilir⁶⁰³. (Hatırda tutmak icap eder ki, sadakat borcu hizmet sözleşmesinin bir yan edim yükümlülüğüdür.) İşçinin işin devamınca aynı zamanda işverenle rekabete girişmesi, işverenin çalışma konusunda kendi adına

⁵⁹⁸ HGK. E. 2002/11-76, K. 2002/214, T. 20.03.2002: “Davacı eser sahibinin yurtdışında yaşadığı ve sanatını yabancı ülkelerde sürdürdüğü dosyadan anlaşılmaktadır. Davacı somut olayın özelliğine göre davalı yayın kuruluşu veya buna benzer yayın kuruluşlarıyla yayın için yasal bir sözleşme yapması halinde kur farkından doğan zararı önlemek amacıyla yabancı para talep edebileceği bir gerçektir. O halde FİSEK 68 uyarınca taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olduğu gözetilerek maddi tazminatın hesabının yabancı para üzerinden hesaplanması gerekir. Oğuz, Sefer/Kara, Uğur, İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara, 2018, s.102. Yargıtay 11. HD. 26.03.2009, E. 2007/8520, K. 2009/3643 sayılı kararında özetle; “İstisna akdine konu olan şeyin aynı zamanda FİSEK hükümlerine göre bir eser olması halinde iş sahibinin eser üzerindeki mali hakları (yayma ve çoğaltma) kullanabilmesi için, bu hakların devri ya da kullanma yetkisinin ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılması gerekir. Aksi takdirde iş sahibi eser üzerinde sadece fiziki mülkiyetten kaynaklanan tasarruf yetkisini kullanabilecektir. Her ne kadar FİSEK m.52'ye göre yapılacak sözleşmelerde mali hakların konularının ayrı ayrı gösterilmesi şart kılınmışsa da kullanım ibaresinin çoğaltma ve yayma haklarını içerdiği kabul edilmelidir.” içtihadında bulunmuştur. (BATİDER, Eylül 2009, Cilt XXV-Sayı 3, s. 425).

⁵⁹⁹ Öztürk, s. 89. ve orada Belgesay m. 70 No. 3, s.130.

⁶⁰⁰ İmregün, *Genel İlkeler*, s.118 ve orada anılan Poroy, s. 203, İBK 18.2.1981, 1/2, RG. 17292.

⁶⁰¹ Giritlioğlu, Necla/Şipka, Şükran/Çilingiroğlu, Cüneyt, Notlu-İçtihatlı Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Tatbikat Kanunu, İstanbul, 1996, s. 262.

⁶⁰² HGK. E. 2010/4-607, K. 2010/663, T. 15.12.2010) Oğuz/Kara, s.98.

⁶⁰³ Reisoğlu, Seza, *Hizmet Akdi*, Ankara, 1968, s.159.

faaliyette bulunması da sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Buna mukabil, işçi ilerisi için aynı iş dalında faaliyete geçme hazırlıklarına girişebilecek, mesela dükkân kiralayabilecek, malları ısmarlayabilecektir. Ancak işçinin işi devam ettiği sürece işletmesini faaliyete geçirmesi, çalıştığı yerdeki müşterilere reklamını yapması hizmet akdinin ihlaline sebep olur⁶⁰⁴. Uygulamada işveren genellikle işçinin rekabet yasağına aykırılığı cezai şart ile kuvvetlendirir. Bu türden cezai şartların hukuki niteliği ifayı engelleyen cezai şart hükmünde olmalarıdır.

Şayet iş sözleşmesi işveren tarafından haksız veya işverene isnat edilebilen bir sebepten dolayı işçi tarafından haklı sebeple feshedilmişse (her iki faraziyede de ortak olan husus işverenin kusurlu olmasıdır), rekabet yasağı sona erer. İşverenin rekabet yasağı ile korunan yararının sır olmaktan çıkması, işverenin rekabet yasağına konu olan faaliyet alanını terk etmesi, işletme merkezinin müşteri çevresinde de bir değişiklik olmasına yol açacak şekilde başka yere nakil olması, işletme faaliyetine son verilmesi gibi işverenin rekabet yasağı ile korunan gerçek bir yararının kalmaması durumunda rekabet yasağı sona erer⁶⁰⁵. Bu arada belirtmekte yarar vardır ki, hizmet akdi devam ederken rekabet yasağına aykırı davranıştan dolayı açılacak davaların görüleceği yer iş mahkemesi iken⁶⁰⁶, buna karşılık iş ilişkisinin sona ermesinden sonrası için kararlaştırılan rekabet yasağı mukavelelerinden doğan uyuşmazlıkların görüleceği yer ticaret mahkemeleridir⁶⁰⁷.

Ayçiçeğinden yağ üreterek piyasaya süren bir işletme için ayçiçeğinden çekirdek üreterek piyasaya sunan bir işletme rakip kuruluş olarak kabul edilemez. Doğal olarak işveren de çekirdek üreten işletmede çalışmaması için işçisiyle rekabet etmeme sözleşmesi yapamayacaktır⁶⁰⁸. Bir ülke vatandaşının ülkesinin bütünü alanında rekabet yasağı içinde bulunacağını öngören sözleşme yapılamaz. Eğer sınırlandırma yapılmaması işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmüyor ya da haklı bir nedene dayanıyorsa bu durumda da sözleşme geçerli olacaktır⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ Reisoğlu, s.159, dn. 34'te anılan Grüll, s.30.

⁶⁰⁵ Kılıçoğlu, Mustafa, Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara, 2016, s.721.

⁶⁰⁶ Yargıtay 7.HD.-E.2013/2542-K.2013/5823-T.08.04.2013. Özdemir, Cumhuriyet Sinan, "İşçinin Rekabet Yasağına Uyuma Yükümlülüğü", Yargı Dünyası, Yıl: 22, Sayı: 261, Eylül 2017, s.28.'dan naklen. Ayrıca emsal kararlar için Bkz. Kılıçoğlu, Mustafa, İş Hukuku Esasları, Yargıtay Uygulaması ve İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, 2018.

⁶⁰⁷ Yargıtay 9. HD.-E.2012/310-K.2014/4832-T.17.02.2014. Özdemir, s.28'den naklen.

⁶⁰⁸ Erdil, Engin, "Haksız Rekabet Hukukunda Kötüleme", Yargı Dünyası, <https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php> (erişim tarihi: 01.10.2019). dn.7'den naklen Avrupa Adalet Divanı Mahkemesi kararlarına atıf; Whish, Competition in EU Business Law, 3rd Edition, Butterworths, London 2003, s.279-280.

⁶⁰⁹ Erdil, dn.11'den naklen, Ritter/Brown, European Competition Law: a Practitioner's Guide, 4th Edition, Lexis Nexis, Baden-Baden 2003, sf.21, 60.

3.9. Ticari İşletmenin Tabi Olduğu Meslek Kaideleri Yoluyla Korunması

TK m. 1'deki özel hüküm teriminin kamu hukuku karşısında özel hukuk hükmü anlamında değil, ticari işlere mahsus şeklinde anlaşılması icap etmektedir.

Örf normlarının ortaya çıkışı bir rasyonaliteye dayalı değil, alışkanlık ve rastlantılara dayalıdır, örf ve âdetlerin ortaya çıkışı rızaya ve uzlaşmaya dayalı olduğundan konvansiyonel niteliktedirler, yani toplumun geneli tarafından onaylanmalıdırlar⁶¹⁰. Toplumsal düzenin geçerliliğini, belirli bir insan çevresinde göreceli olarak sapmalara karşı genel ve etkin bir kınamayla karşılamaya yönelik davranıştır⁶¹¹. Örf ve âdetler halk arasında ya da ilgili sosyal çevrelerde doğabileceği gibi, resmi kuruluşların tutumlarıyla veya yargılama makamlarının uygulamalarıyla da ortaya çıkabilir⁶¹².

Bir örf ve âdet kuralının hukuk kuralı niteliğini kazanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Işıқтаç'a göre (s.109) koşullar dört ana başlık altında toplanabilir:

i) Maddi koşul: Yani uzun süreli uygulama.

ii) Manevi koşul: Yani bu kuralın uygulanmasına yönelik zorunluluk inancı. Örf ve âdet kuralının zorla uygulanmadığına, kuralın haklı olduğuna toplum üyelerince inanılmalıdır. -Opinio juris-opinio necessitatis- (hukukilik ya da zorunluluk inancı) Roma özdeyişi olduğu üzere. (Genel İnanç⁶¹³)

iii) Kesinlik, Mantıksallık (Akla uygunluk).

iv) Kanun veya hukuk sisteminin genel esaslarına aykırı olmamak: Pozitif hukuka aykırı örf ve âdet hiçbir şekilde geçerlik kazanamaz. Bu tür örf ve âdet kurallarının uygulanmamasını sağlamak için pozitif hukuk düzeninin özel bir dikkat göstermesi gerekir.

Örf ve âdet hukuku tarihte objektif hukukun müstakil kaynağı iken, günümüzde önemi zayıflamıştır, artık sadece devletler umumi hukukunda kendine yer bulmaktadır. Hukuk uygulayıcıları için örf ve âdet hukuku kaynaklarından açık hukuki hükümler çıkarmak hiç kolay değildir, zira bugün örf ve âdet hukuku tanımdan ötürü yazılı olmayan hukuktur. Böyle bir örf ve âdete dayalı hukuk kuralının varlığı ve tam olarak içeriğinin ne olduğu hukuk devletinde en üst yetkili yargı derecesi tarafından bağlayıcı olarak açıklanabilir. Bu önermeden hareketle ticarete bir olguya örf ve âdet diyebilmek için Türk sisteminde Yargıtay

⁶¹⁰ Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Başlangıcı*, İstanbul, 2015, s.109.

⁶¹¹ Işıқтаç, s.109.

⁶¹² Egger, *schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1923, Art I, No.27.

⁶¹³ Işıқтаç, s.109, Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1983, s.41-43.

kararına ihtiyaç duyulduğunu vurgulamakta yarar vardır. Mahkemeler düzenlemeye muhtaç menfaat çatışmalarında hukuk yaratmalıdır (Rechtsverweigerungsverbot)⁶¹⁴.

Son dönemde Türk hukuk tatbikatında örneğin Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararından içtinap edildiği gözlemlenmektedir. Türkiye’de genellikle meselenin halli mahkemelerce kanunkoyucuya havale edilmektedir. Cevaplanmamış açık ve yeni konuları mahkemeler cevaplamalıdır. Örf ve âdet hukuku hâkim hukukuna dayanır. Yüksek mahkeme içtihatları da hâkim görüşe göre örf ve âdet hukuku yaratmaktadır. Bu ancak sürekli mahkemelerce tekrar edilmek suretiyle genel bir hukuki ikna kurulmasıyla (Rechtsüberzeugung-Rechtsgeltungswillen) yani psikolojik unsur varsa, mümkündür. Yüksek derece mahkemesinin içtihadının hâkim hukukunun hukuk kaynağı olarak kabulünde günümüzde ayırım yapma trendi öne çıkmaktadır⁶¹⁵.

Hâkim hukukunun teamül hukukundan sınırlanması gerekmektedir. Günümüzdeki hâkim olan tanıma göre teamül hukuku meri hukukun müstekar içtihadının bir kısmını oluşturmaktadır. Bu üstte anılan ilkeleri bünyesinde ihtiva eden bir norm mahkemeler kanalıyla boşluk doldurucu mahiyette tatbiki kabildir. Yargıtay bir kararında hakkında uygulanacak bir sözleşme hükmü bulunan durumlarda örf ve âdet kurallarının dikkate alınmasının olanaksız olduğunu içtihat etmiştir⁶¹⁶.

Emredici hükümler ticari işler alanına ilişkin genelde olmazlar, Arslanlı ve Karayalçın BK.19 ve 20’yi bu bağlamda işaret ederler. Mesela poliçedeki şekil şartlarına ticari emredici hüküm örneğidir. Türk ticari işletme hukukunda bir örnek vermek gerekirse, zamanaşımı süresinin örneğin ticari satımda mukavele ile aksinin kararlaştırılarak değiştirilememesi gibi. Ticaret Hukuku’nda örf ve âdetin uygulanma alanı, modern sistemlerdeki kanunlaştırma hareketleri ve uluslararası alanda uygulanan tip sözleşmeler sonucunda çok daralmıştır. Örneğin 6762 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce tacirler arasında uygulanan, ticari borçlara kefalet halinde asıl borçlu ile kefil ve kefiller arasındaki ilişkide teselsül karinesinin geçerli olması bir ticari teamül olarak uygulanmaktaydı⁶¹⁷. Arslanlı örf ve âdet hukukunda içerik bakımından bir kanun hükmünde aranan niteliklerin bulunması zorunlu olduğunu ileri sürerek, Türk Hukuku’nda bölgesel örf ve âdet hukukunun oluşmayacağını, TTK m2/II’de ifadesini bulan, bir bölgeye veya bir ticaret şubesine mahsus olan ticari örf ve âdetler ifadesinden ticari teamüllerin kastedildiğini savunmaktadır⁶¹⁸. Işıktaç/Metin’e göre

⁶¹⁴ Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel. *Rechtstheorie, Grundrisse des Rechts*, München, 2016.

⁶¹⁵ Larenz, 1991, s.429.

⁶¹⁶ 11. HD, 13.10.1981, E. 1981/3534, K. 1981/4204, YKD 1981, C. VII, S. 12, s. 1572-1574.

⁶¹⁷ Ulusoy, Erol, *Ticari Örf ve Âdet Hukuku*, İstanbul, 2001, s. 69.

⁶¹⁸ Ulusoy, *Örf-Âdet*, s. 70-71.

Dural/Sarı'nın aksine, ticari örf ve âdetin mahkemelerce kabule şayan görülmesinin devletin ticari örf ve âdete uyulmamasını yaptırıma bağlamış bulunduğu düşüncesinin aksine bulunmasının, gerekliliğinin bulunmadığını mütalaa etmektedirler. İsviçre'de hâkim görüşe göre, ZGB 1/II anlamında federal örf ve âdet hukuku kuralının İsviçre'nin geneline ilişkin bir karakterde olması gerekir⁶¹⁹. Mahalli örf ve âdete TBK'nın 536. Maddesi örnek verilebilir. "Ancak vekâlet veren yasaklamadıkça, malı satış yerindeki ticari teamüle göre veresiye satılabilir."

Aydınlatılması gereken bir husus da ticari hükümlere aykırı bir örf ve âdet oluşup oluşamayacağı, bir diğer anlatımla yasa hükmünün örf ve âdet yolu ile değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. Yargıtay böylesi bir uygulanış tarzına cevaz vermemektedir⁶²⁰. "Yasaya aykırı teamül oluşamaz, uygulanamaz." "Her ne kadar TTK'nın 1. ve 2. Maddeleri hükümlerine göre (ticari örf ve âdet) ile (ticari teamülün) ticari işlemlerde uygulanabileceği hüküm altına alınmış ise de, yine aynı maddelerde açıkça belirtildiği gibi (ticari örf ve âdet) ile teamülün ancak hakkında ticari hüküm bulunmayan hallerde nazara alınabileceği şartına bağlanmış bulunmaktadır." (11.HD 22.2.1982 gün, 774 E. 714 K. Sayılı kararı, Eriş, Şerh, C.I, s.109) *Emredici örf ve âdetin olabileceği de doktrinde ileri sürülmektedir. Teamüllerin Karayalçın'a göre bir bakıma sözleşme mertebesine çıktığı düşünülebilecektir.*

Son olarak bu konu hakkında belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın ticari örf ve âdet ile teamülün uygulanmasının denetimi noktasında uygulanmaması veya yanlış uygulanması bozma sebebi teşkil edecektir (HUMK 428. maddesinin amaca uygun yorumundan hareketle)⁶²¹. Fransız Hukuku'nda örf ve âdetin mahiyeti ve mevcudiyeti maddi bir mesele addedilir ve esas bakan yargıç tarafından kati olarak takdir edilir ve verdiği hüküm ve karar temyiz edilmez. Türk Hukuku'nda durum böyle hasıl olmamalıdır, çünkü yargıç hak ve nisfет kaidelerine uygun hareket etmezse kararı adaletsizlik bakımından temyiz edilebilir. Çünkü maddi hukuk prensibinin tatbiki mevzubahistir⁶²².

Bir de tarihsel bir örnek vermek gerekirse, İsviçre'de de bankalar hakkındaki federal kanunun yayınlanmasından önce banka sırrı örf ve âdet hukukunun bir kuralı olarak tanındığı

⁶¹⁹ Nomer, Haluk /Akbulut, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, İstanbul, 2016, s. 11 (Berner Komm/Emmenegger/Tschentscher, Art.1, N.419).

⁶²⁰ 11. HD 17.11.1981 gün 3534 E. 4204 K. Sayılı kararı, Eriş, 108.

⁶²¹ Birsell, s. 43.

⁶²² Kardiçali, Mustafa, Medeni Hukuk Dersleri, İzmir, 1947, s. 17.

da bir vakıdır⁶²³. Yargıtay bir kararında, kuyumcular arasında bir örf ve âdet kuralı bulunduğu iddiasının dikkate alınması gerektiğini içtihat etmiştir⁶²⁴.

Mukayeseli hukuk bağlamında; Avusturya Hukuku’nda ticari örf ve âdet yorumlayıcı ve tamamlayıcı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Yorumlayıcı ticari örf ve âdet yapılan (irade) açıklamalarına muayyen tedavüle tipik bir mana yüklemektedirler. Buna karşılık tamamlayıcı ticari örf ve âdet ise sözleşmede yer almayan, lakin bu türden sözleşmelerde mutad olan düzenlemelere ilişkindir⁶²⁵. Mukayeseli hukuk bağlamında; Avusturya Hukuku’ndan bir ticari örf ve âdete örnek vermek gerekirse, “hesaptaki veya ticari mektuptaki hesap beyanı, alacaklının beyan olunan kredi enstitüsünü ödeme yeri ve hesaba yapılan ödemelerin de borçtan kurtarma” olarak geçerli kılındığını ifade eder (SZ 61/64)⁶²⁶.

Şayet özel nitelikli normlar noksan ise, yoksa ve öyle ki örf ve âdet hukuku aynı manayı karşılıyorsa, böyle bir durum vaki olmasaydı dahi, aynı hukuki etkinin zuhur edeceği haklı temele dayandırılarak gerekçelendirilebileceği takdirde, örf ve âdet hukuku dolayısıyla kanun hukukuna eşit olacaktır. Örf ve âdet hukuku kanun koyma tekniğinin boşluklarını doldurabilir, lakin ayrıca her ne kadar çok nadir karşımıza çıkacağı üzere meri kanun hukukunu tadil edebilir, değiştirebilir. Bugün pratik olarak örf ve âdet hukuku yüksek mahkemelerin içtihadının ilmi bakışının ağırlık kazandığı ve hukuk normları gibi tanınan ve nazarı itibare alındıkları yerlerde kendisini kurabilir.

Handelsbraeuche nam-ı diğer Usancen tacirler arasında geçerlilik arz eden ticari muamele ahlakıdır. Ticari teamül bir hukuk normu değildir, özellikle örf ve âdet hukukundan ayrıştırılması lüzum arz eder. Örf ve âdet hukukuyla ticari teamülün ortak noktası nesilden nesle süregelen bir tatbik üzerine dayanmaları olmakla beraber Gewohnheitsrecht’in zıttı olarak Handelsbraeuche’de toplumun bir genel hukuki geçerlilik iradesi eksiktir. Ticari teamül bir hukuk normu olmaması sebebiyle örf ve âdet hukukundan farklı olarak, bir zorlayıcı kanun belirlemesi noktasında talepkâr olamaz. Hâkim, kendiliğinden bir mekânsal ve belirli bir kola sınırlandırılmış olabilen ticari teamülü tanımaya gereksinim duymaz, aksine böylesine bir teamülün oluşumu yargılamada ileri sürülmüş ve icabında ispat edilmiş olmalıdır. Şayet hâkim ticari teamülü tanıyor ise, mesela ticari işler (emtia) için odalarca

⁶²³ Birscl, s. 40.

⁶²⁴ Bkz. 19. HD, 22.12.2003, E. 3700, K. 13079: “... Kuyumculuk piyasasında, kuyumcular arasındaki örf ve âdete göre, mal tesliminde irsalı ve düzenlenmediği ve mal tesliminin elden teslim şeklinde gerçekleştiği iddiasının üzerinde durulması ve sonucu çerçevesinde karar verilmesi gerekir...” (Şener s. 111, Eriş, Şerh, C. I, s. 281).

⁶²⁵ Krejci, s.11.

⁶²⁶ Krejci, s.11.

çıkarıldığı üzere olduğu gibi, o takdirde hâkim resen nazar-ı itibare almalıdır. Ticari teamül uygulamada önemli bir rol oynar.

Mesela 157 BGB’de belirtilmiş olduğu üzere ticari muamele ahlakı bir münasebetin yorumunda ve tamamlanmasında resen dikkate alınmalıdır. Böylece bir ticari teamülün dikkate alınarak, yanlardan birinin davranışının ne anlam taşıdığının (mesela bir tacire özgü teyit mektubunda susma beyanında) ve bir sözleşmedeki benzer klozların veya kısaltmaların (mesela ab werk, cif, fob) takdirinde önem arzeder. Bazı hallerde kanunun aşikâr ifade ve atfında ticari teamül belirleyici olabilir. Bilanço Hukuku’nda ticari teamüller büyük öneme sahiptirler. Usulüne uygun defter tutmanın temel prensipleri üzerine ticari muhasebe hukukunun kuralları inşa edilir. Teamül olarak geliştirilmişlerdir. Teamüller kanun gereği (icabı) ipso iure tacirler arasında hüküm sürerler, yoksa iradi olarak karşılanmada sadece kendiliğinden tarafların tanınması üzerine bina edilemezler. Bir tacir olmayanın lehinde ve aleyhinde bir teamülün varlığının sadece eğer mevzubahis şahsiyet teamüle katlanmaya razı olursa veya bir genel işlem şartı gerektiriyorsa, kabule şayandır⁶²⁷.

Genel işlem şartının ticari boyutunu Kaplan’dan naklen⁶²⁸ sunmakta yarar umuyoruz. “...Standart sözleşmeler ile genel işlem şartları gerçi birinci planda örf ve âdet hukukunu tespit etmek için kaleme alınmamışlardır, ancak bunların metinlerinde bir bütün veya belirli münferit hükümlere ilişkin olarak iş hayatında alışılmış ve yerleşmiş kurallara yer verilmiş olabilir. Bu durumda önceden kaleme alınmış sözleşmeler veya genel işlem şartları genellikle bir örf ve âdet kuralının veya teamülün varlığını ifade etmektedirler. Bu husus daha çok belli bir branşta hâkim olan işlem şartlarında görülmektedir. Ancak genel işlem şartlarının örf ve âdet hukuku kuralları yarattığını hiçbir zaman söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan münferit durumda bu hususu iddia edenin ispatlaması gerekir.”

Örneğin SIA Norm 118, 102 ve 103’te durum böyledir. Şüphesiz genel işlem şartları içinde münferit ticari teamüller de yer almış olabilir. Genel işlem şartlarının sözleşme koşulları olarak kimin tarafından önceden düzenlenmiş olduğu değerlendirmede önem taşımamaktadır. Bunların bir meslek örgütü, bir dernek veya bir şirket tarafından hazırlanmış olması veya işletmenin temsilcisi tarafından kaleme alınmış olması ya da hazırlanırken bir avukattan yararlanılması mümkündür. “Genel işlem şartları tipleştirilmiş, standartlaştırılmış şartlar niteliğindedir. Böylelikle sözleşmenin içeriği genel ve soyut bir biçimde düzenlenmekte ve artık sözleşme görüşmeleri en baştan ya sadece genel işlem şartlarında yer almayan noktalarla sınırlı olmakta ya da tamamen ortadan kalkmaktadır...” Genel işlem

⁶²⁷ Schmidt, s.29.

⁶²⁸ Kaplan, İbrahim, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Ankara, 2012, s.85.

şartlarının noter tarafından resen düzenlenmiş olan bir sözleşmede de yer alması mümkündür. Eğer, sözleşme şartları taraflardan birinin arzusuyla noter tarafından, onun lehine hareket edilerek kaleme alınmışsa, genel işlem şartı niteliğini taşıyabilir.

Alman literatüründe şayet genel işlem şartı noktasında AGB (Allgemeine Geschaeftsbedingungen) kanunda bile itiraz hakkı tanınmış olmasına rağmen, bir tahkim kaydı yani devlet mahkemelerinin hiçe sayan bir kloz şayet esas sözleşmenin olmazsa olmazı yani esaslı unsur olarak temel sözleşmenin bir hükmü olarak derpiş edilmişse, Federal Mahkeme bir tahkim mahkemesinin-heyetinin sözleşmeye dercedilmiş kayıtları yeterince tetkik edemeyeceği noktasından hareketle mevzubahis tahkim kaydını etkisiz saymıştır. Şayet bu türden bir tehlike kendisini “süpürülmeye” (kuvvetsiz kılınmaya) mahal vermiyorsa, böylece bu şekilde akdedilmiş tahkim kaydı aynı zamanda bütün tüccar sınıfı arasında ve bu kayda hasrolunan tarafın karşı akide sadakat prensibine ölçsüz biçimde müdahalesi geçersizdir. Bir başka örnek vermek gerekirse, kredi teminatı güvencelenendirilmesi proportionalite-orantısızlık sınırı aşılmadığı müddetçe AGB ile müsaadelidir. Dolayısıyla örneğin şartnamede ilk müracaatta-talepte-rücuda bir kefaletname⁶²⁹ sunma yükümlülüğüne fırsat tanıyan klozun geçerliliği tartışma konusu edilebilecektir.

Uluslararası ticaret hukuku büyük oranda kanunkoyucunun müdahalesine karşı durarak, ve ayrıca yüzyılı aşkın ticaret hukuku tarihine denk düşecek şekilde imkân dahilinde olduğu kadar özerklik arz ederek, ticari muamele dairesinin teamüllerinden ortaya çıkmıştır. Global ticaret hukukunun özerk, hukuk birliğine bu fenomen çoğunlukla katı bir usup ile tanımlanmamıştır. Lex mercatoria kendisine; devlet hukukuna temas edilen öğretisel hukukun kaynakları ilmini ve normlar hiyerarşisini (şekli manada ticari muamele ahlakını) kopararak yer ayırır. Şayet alışlagelmiş şemaya sadık kalınır ise, lex mercatoria kısmen örf ve âdet hukuku kısmen de teamül olarak görülebilir. Aynı zamanda lex mercatoria kendisine devlet niteliği taşımayan organizasyon ve teşekküllerin kodlarında yer verilmemiş olması durumunda yine geçerlilik arzeder. Çünkü bu türden organizasyon ve teşekküller, teşebbüs ve müteşebbislerde (societas mercatorum) olduğu gibi, bir de bir devlet veya ulusalötesi seviyeye elverişli kanun koyma noktasında hâkimiyet tasarrufundan noksandır. Buna karşın lex mercatoria teamülden yapısal olarak türemiştir ve fonksiyonlarını doğal olarak üretmiştir. Eşyanın tabiatı gereği transnasyonal hukuk olarak tatbiki kabildir Bu türden kuralların otoritesi kendisini her şeyden önce milletlerarası tahkimde gösterir. Lex mercatoria’ı kapalı

⁶²⁹ Schmidt. Bu tip garantilerde bir banka, kendisinden talep ettiği anda garanti bedelini ödemeyi borçlanır. Eğer borçlu garanti şartları oluşmadan ödeme yapıldığını düşünüyorsa alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurur. (bağımsız ve feri garanti arasında yorum için Bkz.ATF 131 III 511) (Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2017, s.427).

kararlaştırılmış ulusal ve uluslararası hukuk kaynaklarının yanında bir hukuki düzenlemeye konu etmek tercih meselesidir. Ancak realiteye uygun düşmesi ihtimali d ř kt r⁶³⁰.

3.10. Ticari Yargının Marifetiyle Koruma

Bir ilmi i tihadada⁶³¹ göre, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin gibi bir ihtisas mahkemesinin bulunmadığı, aynı şekilde asliye ticaret mahkemesinin de bulunmadığı bu yargı çevresinde artık görülecek davanın bir hukuk davası olacağı ve ticari yargılamaya esas teşkil eden özel ispat aygıtlarından yararlanma imkânının kalmayacağı belirtilmiştir. Bu varsayımın kabulü halinde peşinen ticari iş olmaya bağlanan hukuki sonuçlardan cari hesapta veya ticari tüketim  d nc nde-karzda ve üçer aylık devrelerle cari hesapta birleşik faiz uygulaması, şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanma, aksine mukavele yoksa müteselsil müştereken borçluluk ve zincirleme ortaklaşa kefalet hükümlerinin de r yeti tartışmalı halde gündeme taşınmak icap edecektir. Aslında işin temelinde-özünde-esasında yatan Türk Hukuk Sistematiği'ndeki kanunların ikiliği prensibi ve uygulamaya yansıtıldığı çelişkili doğasından kaynaklı çetrefil vaziyettir arz ettiği aslında.    nk  İsviçre'nin aksine Türk Hukuk Sistematiği'nde bir yanda TMK ve diğer yanda ise TTK yer almaktadır. Oysaki mukayeseli hukukta norm kompleksi diye ifade olunan ve bütünselci bir yaklaşım ile vakayı analiz eden metodolojik kurguya göre BGB-Maddi Hukuk alanında hem Medeni Hukuku hem de Borçlar Hukuku'nu kapsar. Ticari İşletme Hukuku'na YTTK ile hâkim kılınan "Bütünlük" ilkesi ise, perspektifinden vaka nazara alındığında bu hususun bu saik ile sevkedilmiş olduğu ve Ticari İşletme Hukuku'nda en azından bir birlik manasında Ticaret Kanunu'nun belirli müşahhas alanına münhasır bir tuğla döşenmeye çalışıldığı algılanmaktadır. Lakin TTK'nın bütününe yönelik gönderme yapılan daha ilk maddesindeki TMK'nın bir mütemmim cüzi olma olgusu durumu izahta zorluk çıkartmaktadır ve aslında kanunkoyucu bir yandan kendisi ile çelişmektedir.    nk  Türk Ticaret Kanunu bir  eviri metindir genel ve büyük hatlarıyla. Dolayısıyla yukarıda andığımız yazarın görüşündeki ayırım kompleks teorisinin kuvveti karşısında ve uygulamacılar açısından genel hükümlerin bir anda tatbikini beraberinde çağrıştıracak şekilde hukuk güvenliğini tehdit edeceğinden suni bir ayırım mahsulü olarak tortulaşacaktır. Bütünlük ilkesi normatif manada her ne kadar yetersizliği ve aksaklığı yukarıda belirtilmiş olsa da, Ticari İşletme Hukuku'nda kompleksin mevzubahis olan bir yansıması olarak bu fikre yukarıda temas ettiğimiz eleştiri kapısını aralamaktadır. Bir

⁶³⁰ Schmidt, s.40.

⁶³¹ Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara, 2016, s.208 vd.

normdan vasfını idrak edebilmemiz, değerini tartabilmemiz, önemini kavrayabilmemiz için aramamız icap eden kilit nokta, normun fonksiyonel bir yapı arzemesi gereğidir. Nasıl ki, külli takip hukukunda ıslah için özel kanunlardaki devlet-kamu alacağı kalemlerinin tasfiye edilmesi gereğine önem atfediliyorsa, bütüncül bir yaklaşımla da Türk Hukuk Sistematiği'nde mademki, kanunkoyucu Ticari İşletme Hukuku'na özgü bütünlük ilkesini ihraç etmiş, vazetmiştir, o zaman gereği vakit kaybedilmeksizin yapılmalı ve özel kanunlardaki ticari işletmeye ilişkin hükümler, kompleks kapsamında bütünlük ilkesi uyarınca ve gerekçelendirilmesiyle TTK'da kodifike edilerek aynı kapta toplanmalıdırlar. Hatta daha da ileri gidilerek, Avusturya modeli benimsenmeli, ihtisas mahkemeleri kaldırılmalı, yani fikri ve sınai haklar mahkemeleri tasfiye edilmelidir.

Ticari davalar TTK m.4'te sınırlı olarak sayılmıştır. TTK'da yapılan ticari iş-adi iş ayrımı, uygulanacak ticari hükümlerin tespiti ve asliye ticaret mahkemelerinin görevlerinin tayini bakımından önem arzeder⁶³². Ticari dava ve çekişmesiz yargı işi ile ticari iş kavramları birbirinden farklıdır ve asliye ticaret mahkemesinde bakılması öngörülen hususlar, sadece ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleridir. Ticari iş, Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre; Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarda, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir. Keza Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre; taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticar iş sayılır. Bir işin ticari iş niteliğinde sayılmasının maddi hukuk açısından bazı sonuçları vardır. Örneğin taraflardan birisinin tacir olduğu ve onun ticari işletmesiyle ilgili olan satım sözleşmesi sözkonusu tacir açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ticari iştir. Tacir olmayan karşı taraf açısından ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen karine sebebiyle ticari iş sayılır. Ancak sözkonusu sözleşmeden kaynaklanan dava ticari dava değildir ve asliye ticaret mahkemesinde görülmez⁶³³.

Ticari İşletme ile ilgili bazı davalar:

Havale, Saklama ve Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haklardan Doğan ve Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren Davalar

i) -Havale-Özellikle havale üç köşeli bir işlem olduğu için bazı hallerde havale eden ile havale edilen kişilerin tacir sıfatını taşımamalarına rağmen banka aracılığıyla yapılan

⁶³² Doğanay, s.56-58.

⁶³³ Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2018, s.164. Maddi hukukun tatbiki bakımından ticari işler kavramına giren bütün meseleler değil, yalnız mahiyet ve bünyesi itibarıyla hâkimin özel bir ihtisasına ihtiyaç gösteren meseleler ticari dava olarak vasıflandırılmaktadır. (Öktemer, s.204) Börü, Levent/Koçyiğit, İlker, *Ticari Dava*, Ankara, 2013, s.369, dn. 82'den naklen.

havaleden kaynaklanan ihtilaflarda banka işletmesinin tacir olması sebebiyle davanın ticari sayılması mümkündür⁶³⁴.

ii) -Telif hakkının konusunun esas olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda⁶³⁵ düzenlenmiş olmakla beraber, örneğin bir yazarın kitabını ondan habersiz aynen basan ve ticari işletme niteliğine sahip bir yayınevine karşı açtığı dava ticari dava niteliğini haizdir. Lakin bu dava ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde görülecektir⁶³⁶. Bazı hallerde ilgili düzenlemeler bu kanuna münhasır değildir. İşte bu durumlarda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu dışındaki başka kanunlarda düzenlenen ve telif hakkı ile ilgili olan hususlardan doğan ihtilaflar da herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi kaydıyla ticaret mahkemesinde görülecektir⁶³⁷.

iii)-Saklama sözleşmesi, örneğin TBK 569'daki güvenilir kişiye bırakma da bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari davaya konu olur⁶³⁸.

Moroğlu'na göre TTK'nın düzenleniş tarzında mutlak ticari davalar kategorisi oluşturulurken, bir de sermaye piyasası mevzuatından kaynaklanan hukuk davaları ibaresinin eklenmesi yerinde olurdu⁶³⁹. Deniz hukukundan doğan ticari işletmeye ve deniz sigortasına ilişkin uyuşmazlıklar (örneğin liman işletmesi) ise denizcilik ihtisas mahkemelerinde görülürler⁶⁴⁰.

İsviçre sisteminde ise, ticari davalar, ticaret mahkemelerinin görev alanı içerisinde, İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun (SchZPO) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede hangi uyuşmazlıkların ticari olduğu ve ticari davaya sebebiyet verdiği hükme bağlanmıştır. Ancak, Alman sisteminden farklı olarak hangi uyuşmazlıkların ticari dava olduğu daha basit bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre, taraflardan birinin ticari iş ile ilgili faaliyeti taraflardan sadece birini etkiliyorsa veya taraflardan her ikisi de ticaret siciline kayıtlı ise, ortaya çıkacak uyuşmazlık ticari olup, ticaret mahkemesinde görülmesi gerekecektir⁶⁴¹. İsviçre Hukuku'nda kanton usul kanunları döneminde Zürih örneğinde Teşkilat Kanunu m.59/I'e göre ticari işler için bir komisyon oluşturulmuştu. Ticaret mahkemesi üst mahkemenin iki üyesi ile üç ticaret

⁶³⁴ Al, Şengül, "Son Gelişmeler Işığında Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi", *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara, 2009, s.32.

⁶³⁵ Bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen eser sözleşmesinden (BK m.470 vd.) kaynaklanan davalar da ticaret mahkemesinin görevine girmez, asliye hukuk mahkemesinin görevine girer. (15.HD.3.3.2015, 655/1114; 15.HD. 28.1.2015, 7329/460) Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2015, s.38 dn.10.

⁶³⁶ Şener, s.135.

⁶³⁷ Al, s.33.

⁶³⁸ Şener, s.135.

⁶³⁹ Moroğlu, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul, 2016, s.31.

⁶⁴⁰ 11. HD., 23.2.2015, E.2015/2947, K.2015/4028, www.kazanci.com, Bilgili, Fatih/Cengil, Fatih, Ticaret Hukuku Pratik Çalışmalar Serisi Ticari İşletme Hukuku I, Bursa, 2019, s.21, dn. 21. İhtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde ancak ve ancak bu dava asliye ticaret mahkemesinde görülebilecektir.

⁶⁴¹ Börü/Koçyiğit, s.9.

hâkiminden oluşmaktaydı. Teşkilat Kanunu m.61 uyarınca dava değerine bakılmaksızın ve tarafın sicile kayıtlı olup olmamasına bakılmaksızın, kartel, yatırım fonları ile ilgili hukuk davalarının ticaret mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır⁶⁴². Bir uyuşmazlığın ticari olması için, kümülatif olarak en azından (asgari) bir tarafın ticari işleriyle ilgili olması, özel hukuka ilişkin şikâyet kararlarına karşı Federal Mahkeme kanun yolunun da açık olması, tarafların İsviçre Ticaret Sicili'ne veya buna eşdeğer yabancı bir sicile kayıtlı olması gerekir. Eğer yalnız davalı taraf böyle bir sicile kayıtlı ise, davacı ticaret mahkemesi veya genel mahkemeye gitmek hususunda seçim hakkına sahiptir (ZPO 6 f.III)⁶⁴³.

Alman Hukuku'nda ise; ticari uyuşmazlıklar medeni (hukuk) muhakemesine müteallik uyuşmazlıklardır. Şayet her iki taraf için de ortada bir ticari iş varsa Landesgericht (LG) yani asliye mahkemesinde ticari işler için fonksiyonel manada yetkili bir daire kurulabilir. Davalı ticaret siciline kayıtlı değilse, o takdirde uyuşmazlık hakkında hukuk dairesine gönderme kararı verilmelidir. (Aa OLG Düsseldorf NJW -RR 2001, 1221) (KG NZ G 2009, 159 f.) Devletlerarası antlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, Alman hukuk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hakkında yer itibariyle yetki kaidelerine göre yargıya varılmalıdır. (Çifte işlevsellik BGHZ 94, 157) Mahkeme mahalli tayini için Bkz. 29 II, 38 I ZPO. Medeni ve ticari işler hakkında milletlerarası yetkiyi ilgilendiren hususlarda tashih edilmiş metniyle Lugano Konvansiyonu (v.2007, ABl.2007) (339, 3 BGBl.2009 I 2852) karşımıza çıkar.

Bir davanın ticari dava olarak kabul edilebilmesi için uyuşmazlık ya her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olmalı ya da TTK'nın 4. maddesinde sayılan işlerden olmalıdır. (Yargıtay 19.HD. T:12.02.2014, E:2014/969, K:2014/2825)⁶⁴⁴.

Her iki tarafın (tacir) ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan hukuk davaları veya en azından ticari sayılması için bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi gereken davalar nispi ticari davadır⁶⁴⁵. (TTK m.4.1.son cümle) Mutlak ticari dava ise tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın TTK'da düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarıdır. Dava ceza davası ise ticari davadan söz edilemez. Ayrıca bu vesileyle belirtmek gerekir ki, TTK'da düzenlenen bir husus olan kambiyo taahhüdünden doğan davada temel ilişki ve kıymetli evrak ilişkisine aynı

⁶⁴² Habscheid, Walther J., *Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht*, Zürich, 1990, s.113.

⁶⁴³ Gasser/Müller/Pietsch-Kojan, *Zivilprozessrecht*, Bern, 2013, s.14.

⁶⁴⁴ Yargı Dünyası, Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, Yıl:23, Ocak 2014-Mayıs 2018, Özel Sayı (Seçilmiş Kararlar), 1.Cilt, s.633.

⁶⁴⁵ Ayhan, Rıza, *Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.I, Yıl:2015, Sf.21, 22.

anda dayanılan taleplerde davanın ticari vasıf taşıması noktasında temel ilişki esas alınarak bir nitelendirme yapılmalıdır⁶⁴⁶.

Türk hukukunda güncel bir gelişme olarak mehz İsveç hukukunda geleneksel manada “schlichten” olarak anılan arabuluculuk kurumu ihdas edilmiştir. Bu konuda güncel bir çalışma için Bkz. “Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2002’yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen “Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2018” (Özsunay, Ergun, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık, Cilt: 93, Sayı:2019/6.)

Mutabakat mektubunun muhatabı bakımından kanun hükmünün amaçladığı kitle, tipik olarak ya bir gerçek kişi tacirdir, lakin günümüzde daha ziyade bir ticaret şirkettir, ki tasfiye olmuş olması veya bir iflas idaresi altında bulunması da bu noktada menfi tesir yaratmaz. Bir limited şirketin iflas idare memuru olarak bir avukat atanabilir ve avukat bir mutabakat mektubunun muhatap tarafını teşkil edebilir. Bu bağlamda kendisine tacire özgü hükümler de tatbiki kabildir. (NJW 1490, 584=ZIP 1987, 584) Ticaret siciline kayıttan bağımsız olarak profesyonel iş çevreleri itibariyle kendilerinden bir mutabakat yazısı göndermeleri beklenilebilecek serbest meslek erbabı da ticari mutabakat yazısının alıcısı olur. Cezai yaptırımlar kıyas metodu marifetiyle hukuk kuralının yorumuna sınırlama getirmektedir. Ceza hukukundaki bir kural da “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, ticaret hukukunun hükümlerinin kıyasen tatbikine mâni olmaktadır. Kanuni ödev olan defter tutmaya riayet etmemiş olan her kimse, iflas halinde cezaya maruz kalır. (238 StGB) Ki bu külfet Alman mevzuatında 1976 yılına kadar Eski İflas Kanunu 239 vd’da düzenlenmişti. HGB 238 I’e göre her tacir defter tutmak mecburiyetindedir. 1998 reformundan önce ilk defa sicile kayıtlı tacir sıfatı iktisap edilebildiğinden, tacirin defter tutma mecburiyeti de tescile kadar ötelenmekteydi/sarkmaktaydı. Bir işletme kendini sicile kaydettirmediği/tescil ettirmedeğinde defter tutma ödevine aykırı şekilde defter tutmadan kaçınıbiliyordu. Kıyas yoluyla bu problem çözülemiyordu. Bu yüzden kanunkoyucu iktisadi kriminalite (ekonomik suçlarla) mücadele İlk Kanunu ile meselenin halli yoluna gitti. Almanya’da yapılan bu kanun düzenlemesine “Flick Werk” kanun koyma denmiştir. 1976’dan bu yana/beri ticaret siciline kaydını yaptırmak mükellefiyeti taşıyan her şirket defter tutma mükellefiyeti altındadır.

Alman içtihadına yansıyan somut olayda ise; Regensburglu bir avukat Münih’teki bir limited şirketin işlerini yapmaktadır, ihtilaflar için de Münih mahkemeleri yetkili mahkeme

⁶⁴⁶ Koçyiğit, İlker, *Ticari dava, Ticari İş ve Ticaret Mahkemeleri*, Türk Ticaret Kanunu’nun 5.Yıl Sempozyumu, Ankara, 2018, s.13.

ilan edilmiştir. Avukat müvekkilin bir alacağını zamanaşımına uğratmıştır ve müvekkil de avukata karşı tazminat davası açmıştır. Mahkeme yetki yönünden resen inceleme yapmıştır ve Alman Usul Kanunu m.12 uyarınca avukat için yetkili yerin Regensburg olduğunu hükme bağlamıştır. ZPO 38/I anlamında yetki sözleşmesi ancak tacirler arasında akdedilebilir ve bu bağlamda bu maddenin somut olayda kıyas yoluyla avukata tatbikinin kabil olup olmadığı tartışılmıştır. Yetkiye ilişkin ZPO 38/I hükmü, 1974 tarihli yetki düzenlemesinin sebebini oluşturmuştur. Kanunkoyucu çoğu zaman ekonomik yönden zayıf olan gerçek kişileri ve küçük işletmeleri korumak istemiştir. Noterler veya mali müşavir ve hatta avukatın da bu korumadan yararlanması vakası da gerçekten plana aykırıdır ve ratio legis olarak meşru değildir. Schmidt'e göre; kanunkoyucu burada başarılı olmamış buna rağmen Alman doktrinde hâkim görüş ZPO 38'in madde lafzına bağlı kalmaktadır. Ancak son tahlilde sözkonusu hüküm usuli bir hükümdür. Hakkaniyetli olarak tatmin edici değildir. Sadece tacir gibi sorumlu olma (Scheinkaufmannstatbestand) unsurunun dar sınırları içerisinde ZPO 38 /I'nin uygulaması aynı zamanda tacir olmayanlara da tatbiki kabil kabul edilebilir. (Schmidt, s.69 ve orada dn.99 anılan krş. İstenilen Canaris paragraf 6 Rn.23)

3.11. Ticari İşletmenin Ticari Sırlarının Korunması

Bankaya⁶⁴⁷ veya müşterilerine ait sırları yetkili makamlardan gayrisına açıklamak suçtur. Bu bağlamda şirket sırrı ve banka sırrı kavramlarına temas etmekte yarar umuyoruz. Şirket sırrı kavramı Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda yasal olarak tanımlanmamıştır. Lakin Alman Federal Mahkemesi kararına göre şirket sırrı kavramı işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, gizli tutulmasında şirketin haklı bir menfaati bulunan ve şirketçe gizli tutulması arzu edilen iktisadi yaşama ait olgular olarak tarif edilmiştir⁶⁴⁸. Şirket sırrı⁶⁴⁹ kavramı öğretide genellikle şirketin iş sırları (Geschäftsgeheimnisse) ve fabrika sırlarını (Betriebsgeheimnisse) içeren bir üst kavram

⁶⁴⁷ Banka sırrı ve bilgileri veri korunma gibi geleneksel problemleri ortaya çıkartmaktadır. Almanya'ya özgü banka sistemi - Schufa Verfahren - (Shufa prosedürü) - (Tanım için Bkz. Gabler Wirtschaftslexikon-Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung") ve kara liste (schwarze Liste)uygulaması kara paranın aklanmasına (Geldwaesche) mâni olur.

⁶⁴⁸ Karasu, Rauf, "Anonim Şirketlerde Paysahibinin Bilgi Alma Hakkı", BATİDER, C.XXIII, Sa.2, Aralık, 2005, s.89.

⁶⁴⁹ Örnek vermek gerekirse hukuki niteliği itibariyle bir meslek sırrı olan şirket sırrı, bir şirkette bazı ortakların taahhüt ettikleri sermaye paylarını yatırmadıklarına, şirketin bir başka şirkete ait olan ihtira beratını haksız yere kullandığının iddia edilmesi gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Şayet şirket tüzel kişiliği dışında kalan bir başkasının sırrı sözkonusu oldukça, açıklanan bu sırrın failin ortağı olduğu şirketle olan ticari münasebetine ait olması gerekir. (Erman, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul, 1993, s.70).

olarak kullanılmaktadır⁶⁵⁰. Unutulmamalıdır ki, her gerçek veya tüzel kişi gibi anonim şirketlerin de bir gizlilik alanı vardır. (Geheimsphaere) Karasu'ya (s.91) göre; paysahibinin menfaati şirket menfaati ile aynı olmadığından paysahibinin bilgi alma hakkını kullanarak edindiği şirkete ait sırları kendi lehine ve şirket zararına kullanması mümkün görülmektedir, zira paysahibi; şahıs şirketi ortaklarının aksine sınırsız sorumlu olmamaktadır. Dikkate alınması gereken bir husus da, anonim şirket genel kurullarında paysahipleri yanında başkaca kişiler de mevcut olduğundan genel kurulda söylenmiş bir şeyin kamuya açıklanmış hükmünde sayılacağıdır.

Hüsnüniyet kaidelerine muhalefet ederek uygulamada rastlanıldığı üzere bir ticarethanenin mümessilinin veya memurunun ticaret sırlarından haksız yere yararlanması veya onları başkalarına yayması da haksız rekabettir⁶⁵¹.

Hukumumuzda görev veya halin icabı dolayısıyla öğrenilen sırların saklanması zorunu bazı durumlarda özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin (Eski) Türk Ticaret Kanunu'nun m.363 uyarınca anonim ortaklık defterlerini incelemesine izin verilen paydaş, bu şekilde öğrendiği ortaklık sırlarını saklı tutmak, başkasına iletmemekle yükümlüdür. Aksi halde şirketin uğrayacağı zararı gidermekle yükümlü olduğu gibi bir yıla kadar hapis veya ağır para cezası veya her ikisiyle birden cezalandırılır. (Mülga) Bankalar Yasası m.74 te (kanun revizyonu ile beraber denk düşen hüküm Bankacılık Kanunu m.159) "sıfat ve görevleri dolayısıyla bankaya ve bankanın müşterilerine ait sırları açıklayan banka görevlileri" bir yıla kadar hapis ve ağır para cezasına mahkûm olurlar. Bu açıklamayı menfaat sağlama amacıyla yapmışlarsa cezaları ağırlaştırılır. Öğretide EBK m.57.8 ile ETTK m.363 (mülga yani yürürlükten kaldırılan bu hüküm) karşısında YTTK'da kanunkoyucu susmuş ve boşluk doldurulmamıştır, dolayısıyla artık bu türden bir fiil ortaklar nazarından bakıldığında kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca mevzuatımızda suç vasfını yitirmiştir. Denetçiler ise sır saklama yükümüne tabi olduklarından (TTK m.404 uyarınca) (TCK m.239'daki suç: "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" kenar başlıklı) Türk Hukuku'nda yönetim kurulu üyeleri için sır saklama yükümü açıkça kanunda düzenlenmemiş olmakla beraber (aynı mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu üzere) lakin İsviçre öğretisinde Bürgi, Art.698, n.8'de⁶⁵² zikredildiği üzere yönetim kurulu üyelerinin şirket ile aralarındaki hukuki niteliği ister vekâlet ister hizmet mukavelesi olarak tavsif görse de, bu türden işgörme sözleşmelerinde güven unsuru esaslı unsur olarak yer aldığından, Türk Hukuku açısından da

⁶⁵⁰ Karasu, s.89.

⁶⁵¹ Erem, C.I, s.203.

⁶⁵² Üçışık/Çelik, s.494'ten naklen.

geçerlik arzetmek üzere sır saklama yükümüne yönetim kurulu üyelerinin de tabi olduğu kabul edilmelidir. Lakin bu ödevde muhalefetin de cezai bir sonuç doğurmayacağı aynı ortaklar için nasılsa aynı hukuki argümanla şüpheden varestedir. İsviçre Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi sadece denetçiler açısından bir hüküm vazedilirken, (İsviçre Borçlar Kanunu m.730) buna karşılık Alman Hukuku'nda mevzubahis yüküm gözetim kurulu üyeleri yanında yönetim kurulu üyelerine de teşmil edilmiştir (Aktiengesetz 93/1)⁶⁵³. TTK m.363 ve Bankalar Yasası m.74'teki (kanun revizyonu ile beraber denk düşen hüküm Bankacılık Kanunu m.159) sır saklama yükümünün mutlak oysa ETTK m.57/8'deki sır saklama yükümünün ancak iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde edilmişse sözkonusu olduğu belirtilmektedir⁶⁵⁴.

İtalyan Hukuku'nda 1930 tarihli Ceza Kanunu'nda bir ortağın veya denetçinin bilgi edinmek üzere şirket merkezine veya muhasebe servisine girmesine engel olmak bir cebir ve şiddetin kullanıldığını ifade ettiğinden, her türlü maddi engelin çıkarılması hali şahsi hürriyet aleyhine işlenmiş bir suç olmaktan çıkarılıp, devletin ekonomik düzenine karşı işlenen suçlar arasında düzenlendiği gibi, suç da bir sanayi veya ticaretin icrasını engellemek veya ihlal etmek maksadıyla eşya üzerinde cebir veya hileli vasıtalar kullanmak olarak tarif olunmuştur⁶⁵⁵.

3.12. Kişilik Haklarına Saldırısı Karşı Ticari İşletmenin Korunması

İsviçre Hukuku'nda ağır hukuka aykırı kişilik hakkına vaki saldırının kural olarak aynı zamanda ruhi olarak ağır tecavüze muhatap bırakılan tarafından da sübjektif olarak algılanmış olması arandığından, tüzel kişilerin her ne kadar ZGB 53'ün sınırları dairesinde dava takip yetkisi bulunsa da, vaki tecavüze karşı diğer davalar bakımından tarziye/Genugtuung talebinde bulunamayacağı belirtilmektedir⁶⁵⁶. Ayrıca belirtelim ki İsviçre Hukuku'ndaki kişilik hakkı himayesi onurun ceza hukuku manasında himayesi (StGB 173, ff. İftira suçu) gibi anayasal ilke olan onurun korunmasıyla da takviye olunarak tamamlanmaktadır.

Türk Hukuku'nda ise, Yargıtay 11. HD. 06.04.1982.1142/1553 (Kuru, s.2587) kararında “Davalı şirketin davacılara ait işyerindeki mallara ihtiyati haciz uygulamasının sonucunda davacıların ticari itibarlarının zedelendiğinin karşılıklı güven ve itibara dayanan

⁶⁵³ Aytaç, Zühtü, *İbra*, s.78, sır saklama yükümü ile ilgili güncel bir çalışma için Bkz. Altaş, Soner, “*Kamu Sermayeli Anonim Şirkette Borçlanma ve Şirket Sırrını İfşa Yasakları*” adlı Leges Dergisinde (Sayı:111, Mart 2019, s.31) yayınlanmış makale.

⁶⁵⁴ Mimaroğlu, Sait Kemal, *Ticaret Hukuku, Cilt.1, İşletme Hukuku*, 1970, Ankara, s. 406.

⁶⁵⁵ Erman, Sahir, *Sosyal ve Ticari Ceza Hukuku*, 2.bası, İstanbul, 1974,

⁶⁵⁶ Hrubesch-Millauer/Bosshardt, *Personenrecht in a nutshell*, St.Gallen, 2013, s.91.

ticari hayat koşulları içinde kabulü gerektiğine...” diyerek ticari itibarın zedelenmesi şeklinde de kişilik haklarının zarar görebileceğinden bahisle, tüzel kişi olayımızda bir şirket lehine haksız ihtiyati haciz uygulaması sebebiyle manevi tazminat hükümlenmesini içtihat etmiştir⁶⁵⁷.

Tüzel kişilerin İsviçre Hukuku’nda korunmaya layık bir sosyal muhitlerinin/bütünlüklerinin (soziale Integrität) bulunduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla ifade olunmak lüzum arzeder ki, şirket tarafından tekzip yazısının (Gegendarstellung) yayınlanması talebinin ileri sürülmesi için şirketin hakkında vaka iddiasının (Tatsachenbehauptung) şirketin mesleki onuru manasında üçüncü şahıslar nezdinde menfi bir fikir düşünmeye iten/sevkeden bir görünüş yaratması kâfidir⁶⁵⁸. Örneğin bir gazetede çıkan haber dolayısıyla İsviçre Hukuku’nda; şirketlerin koruyucu hürriyetin bir parçasını teşkil eden mütemadiyen bir devinim içerisinde yer aldıklarından, ancak örnekseyici biçimde sayabileceğim aşağıdaki örnekler ışığında kendilerini başkaca bir ekonomik birimin arzusuna tamamıyla iradelerine tabi kılan ve en mühimi ekonomik varlığının temellerini tehdit eden ödevleri yüklenmesi İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararına yansıdığı üzere yasaktır. (BGE 114 II 159, 162; 112 II 433) Burada bakılan önpanda hâlâ şirketin bağımsız karar verebilme imkânının varolup olmadığıdır. Her kim ki, işlem tesis iktidarından mahrum kılınmadığı ölçüde finansal harabe bir vaziyette de/borca batıklık-acz olsa, muamele yapsa yine de İsviçre Medeni Kanunu m.27 f.2 uyarınca korunmaz. Buna karşılık ise; örneğin zamansal ve içeriksel olarak tahditsiz mahiyette aktüel olduğu gibi gelecekteki doğacak veya doğması muhtemel talep haklarının terki, feshi kabil kılınmamış edim yükümleri gibi ebedi sözvermeler ise yasaktır⁶⁵⁹.

3.13. Medeni ve Borçlar Hukukundaki Hükümsüzlük Halleri Marifetiyle Ticari

İşletmeyi Koruma

i) Kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında himaye: Bu bahsi en iyi bir tek satıcılık sözleşmesi örneğinde, müvekkilin faaliyet gösterdiği ticaret dalında bayinin sürümü artırma ödevi kapsamında müvekkilin hâkim konumunu kötüye kullanarak bayiden imal ettiği mal fazlasının promosyon olarak dağıtması talebinin bayi tarafından beklenilemeyeceği vakasının aşağıdaki gerekçelere dayanarak sabit oluşudur. 18. ve 19. yüzyılda liberalizm, insanları

⁶⁵⁷ Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa, Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz Son Yargıtay Kararları ile, Ankara, 2005, s.128.

⁶⁵⁸ Dieth, Eric, ZGB kompakt, Bael, 2013, s.30.

⁶⁵⁹ Dieth, s.39.

geleneksel feodal, politik ve dini bağlardan özgürleştirmiş ve otonom bireyi oluşturmuştur. Özel hukuk ilişkilerindeki bu köklü değişim iktisadi, teknik ve dünya görüşünde temel duruş değişimi ile de alakalıdır. Günümüzde sözleşme hukukuna 19. yüzyılın liberalizmi damgasını vurmuştur. İnsanlar özgür, eşit ve yaptıklarından sorumludurlar. Devletin pasifleşmesi endüstrileşme ve serbest ticaretin vazgeçilmez temelidir. Serbestçe kararlaştırılmış sözleşme kuraldır, sözleşmeye devlet müdahalesi, özellikle yargı yoluyla hâkimin müdahalesi sisteme aykırılıktır⁶⁶⁰.

19. yüzyılın ortalarında, sözleşmeler, eşit haklara sahip tarafların serbestçe güç kullanım alanları olmaktan giderek uzaklaşmıştır. Bu yüzyılın sonunda endüstrileşme ve serbest ticaret zenginliğe ve geniş halk kitlelerinin fakirleşmesine de yol açmıştır. Buna rağmen oluşturulan kodifikasyonlar değişen çerçeve koşulları dikkate almamışlardır. Eğer İsviçre’de ve Almanya’da medeni kanun o haliyle kalmış olsa bugün ne iş hukuku, ne de sosyal içerikli kira hukuku ortaya çıkardı denilmektedir. 40 yıldır liberal sözleşme düşüncesine dayanan bütün devletlerde sözleşme hukuku krizinden söz edilmektedir.

Genel işlem şartları yüzünden toplumun yeniden feodalleşmesi söz konusudur. 18 ve 19. yüzyıldaki endüstrileşmenin mal ve hizmetlerde seri üretimi mümkün kılmış olması da sözleşme şartlarının yeknesaklaştırılmasına yol açmıştır. Akdi imzalayan tarafın serbest iradesi defacto (fiilen) ortadan kalkmıştır⁶⁶¹.

İş hukuku, kira ve sigorta hukuku, kefalet, ödeme ve kredi sözleşmeleri alanında emredici hükümler o kadar çoğalmıştır ki, günümüzde düzenleyici sözleşmelerden söz edilmektedir⁶⁶². Bu düzenleyici hukukta, şekil, içerik ve sona erme özgürlükleri giderek sınırlanmıştır. Hususi özel hukuk gruplandırması altında, tüketici sözleşmeleri hukuku ve ticari sözleşmeler hukuku önemli bir yer tutmaktadır.

Ticari sözleşmelerde sözleşme hürriyeti kural olarak sadece kamu menfaati nedeniyle sınırlanabilir, bir tarafın menfaati için sınırlanamaz; devlet buna müdahale etmez, sadece özel düzenlemeler ve ticaret hukuku kodifikasyonları yanında Viyana Satım Hukuku uygulama bulacaktır⁶⁶³.

Ticari hayat, ticari ilişkilerde uzun zamandır Unidroit ve Avrupa prensipleri milli sınırlamaları aşan sözleşme gerçekliğini gündeme getirmektedir. Avrupa prensipleri tüm sözleşme türlerine uygulanabilir, Unidroit prensipleri milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkindir. Bu kodifike edilmiş genel esaslar esasen güçleri birbirine denk olan ticari

⁶⁶⁰ Eva Maria Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg 2000, s.1 vd, 13-16.

⁶⁶¹ Belser s.36.

⁶⁶² Belser, s.42.

⁶⁶³ Belser, s.47.

partnerlere uygun değildir. Özellikle Art.3.10 PICC (Unidroit principles) ve diğer hükümler dahi daha zayıf konumdaki tarafı kullanılmaktan korur. Uluslararası ticari anlaşmalar alanında dahi gerçek bir irade eksikliği bulunmaması halinde, sözleşmenin tarafının adil bir menfaat dengesini sağlamalarından yola çıktığı söylenemez. Aslında taraflar arasında güç dengesinin olmadığı, rekabetin eksik olduğu durumlarda da tarafın özgürlüğünün fiilen (de facto) sınırlandığı açıktır. Bu eşitsizlik özellikle tacirin kendi faaliyet alanı dışında sözleşmeler imzalamasında açık şekilde görülür⁶⁶⁴.

Birçok durumda tacirlerin de tüketiciler kadar korunmaya muhtaç olduklarından söz edilmektedir.

Tarihi gelişim olarak; İçeriksel sözleşme adaletinden formal sözleşme hürriyetine geçilmiş ve son zamanlarda tekrar sözleşme adaletinin ağırlık kazandığı görülmüştür. Kazai sözleşme inşa etmek, sözleşme hürriyeti ve sözleşme adaletinin gerilim alanında hareket etmektedir. Korunması gereken değer, sözleşme hürriyetinin temelinde yatan otonomi ilkesidir. Sözleşme hürriyeti koşulsuz şekilde sözleşme adaletini amaç edinmez ve liberal ilke olan adil menfaat dengelemesi ciddi ölçüde nispileştirilmiştir. Devlet, sadece oyunun kurallarının uygulanacağına çaba göstermeli ve adil bir boy ölçüşme ve hiçbir tarafın haksız metotlarla başarıya ulaşamayacağını garanti etmelidir⁶⁶⁵.

Liberal anlayışa göre, iktisadi değerler hakkında bir diyalog ve böylece bir adil boy ölçüşme, sadece eğer her iki taraf da söz söyleyebiliyorsa ortaya çıkar. Eğer her iki taraf da kendi taleplerinin dinlenmesi, taleplerinin dikkate alınması hususunda aşağı yukarı aynı şartlara ve imkânlarla sahipse boy ölçüşme adil demektir.

Bir tarafın kazanması, onun kabiliyeti veya azmine, sabrına, tahammülüne dayanmalı, baştan itibaren gerçek güç dengesine dayanmamalıdır⁶⁶⁶.

Nispi eşitlik ilkesi, sözleşme hukukunda da geçerlidir. Önemli fiili farklılıklar varsa, kanunkoyucu ve mahkeme, eşitlik ilkesini uygulayarak, farklı çözümler getirme yükümlülüğü altındadır. Önemli fiili farklılık, örneğin temyiz kudretinden yoksunluk halinde sözkonusudur. Bir kimse kanunda öngörülen sebeplerden ötürü akla uygun hareket edecek durumda değilse (Art.16 ZGB) böylece onun davranışlarından hukuki sonuçlar çıkartılamaz ve özellikle o geçerli sözleşme akdedemez (Art. 18 ZGB). Devlet ayrıca işler bir rekabetin adil bir irade oluşmasının teminat altına alma imkânını koruma hususunda özen göstermelidir⁶⁶⁷.

Klasik milli ekonomi, tam rekabet kavramından yola çıkar. Tam rekabet ise tam

⁶⁶⁴ Belser, s.48.

⁶⁶⁵ Belser, s.52-53.

⁶⁶⁶ Belser, s.54.

⁶⁶⁷ Belser, s.60, dn.161.

bilgiyi şart koşar. Sadece pazara katılanlar teklif edilen, sunulan malların kalitesi ve fiyatı hakkında tam bilgi sahibi iseler, kendileri için elverişli uygun seçimlerde bulunurlar, pazardaki karşıtlarına bir baskı uygulayabilirler. Bilgi sadece kendi yararına sözleşmelere yardım etmekle kalmamakta, daha ziyade güçlerin serbest oyununun gerçekten oynanmasına yardım etmektedir. Bilginin kendisi de bir maldır, kazanılması zaman ve paraya bağlıdır. Pazara her katılan bilgi elde etmek için ne kadar harcamak istediğini ve bilgi eksikliğinin de başarısız seçim yapacağını riske edip etmemeye kararını verir. Tam bilgi gibi, tam rekabet de sadece bir fikir, idedir. Hukuk ise, tam rekabeti değil, serbest rekabeti esas alır, ona oryante olmuştur⁶⁶⁸.

Bir pazarın aktörlerinin, mümkün olduğunca çok sayıda diğer aktörlerin ticari ilişkilere katılmasına dair optimal şartlar sunmaları halinde, serbest rekabet sağlanmıştır.

Serbest rekabet, pür rekabettir (Unverfaelschte Wettbewerb). Bu bağlamda kartel yasağı, piyasa hâkimiyetini kötüye kullanma yasağı ve füzyon kontrol konuları gündeme gelmektedir.

Rekabet kurulları ve ilgili diğer görevliler, sözleşmelerin dengesiz olduğuna karar vermede ve engellemede hiç çekingen davranmaz iken, hukuk mahkemeleri geri durmakta, çekimser davranmaktadırlar.

Sözleşme özgürlüğünün işlevsel şartları eksik olsa ve makul menfaat dengesi tahmin edilmese dahi, sözleşme muhtevasına dikkat edilmeksizin sözleşme özgürlüğüne atıfla uygulanır.

Sözleşme hukuku, bir tarafa, pazar ilişkisinin yüksek fiyatı veya aşırı sözleşme şartlarını uygulamasına izin verip vermemesiyle, genel olarak ilgilenmez.

Bir fiili farkın önemli olup olmadığı belirleyicidir ve bu egemen hukuki görüşe bağlıdır⁶⁶⁹. Bir farkın önemli olup olmadığı, hukuk düzenine hâkim olan prensiplerin uyumu ve somut olayda ortaya durumla tayin edilir⁶⁷⁰. Liberal Sözleşme Hukuku, çoğunlukla fiili farkları önemsiz sayar⁶⁷¹.

Akdi anlaşmaların içeriğine, esaslarına, temellerine ve meşruiyetine karşı hâkimin katı bir pasifliği emredilir. 19. yüzyılda ortaya atılan klasik sözleşme hukukunun bu düşüncesi, uygulamada pek çok düzeltmelere rağmen, bugün dahi akit düşüncesine damgasını vurmaktadır.

Adaletin prosedür sayesinde oluşacağına dair liberal düşünce, şekli sözleşme

⁶⁶⁸ Belser, s.61, dn.164 da: etkili rekabet (wirksamen Wettbewerb); işler rekabet (workable competition).

⁶⁶⁹ Belser, s.58 dn.158 de karşı. istenilen BGE 100 Ia 322,326.

⁶⁷⁰ Karş., BGE 41 I 58, 64 aynı yönde Höfelin/Haller, Schw. Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., ZH.1998, No.1537 ff.

⁶⁷¹ Jessel, freedom of contracts, sanctity of contracts, Will, 33 f. karşı. Atiyah, 4 ff.

özgürlüğünün teminini öngörmektedir. İçeriksel adalet, eğer prosedür gerçekten adil ise, ancak o zaman ortaya çıkabilir. Adil menfaat dengesini pazar güçlerine terk eden şekli sözleşme özgürlüğü, bu yüzden, bu güçlerin gerçekten özgür olduğunu ve pazar mekanizmalarının işlevlerini yerine getirdiğini şart koşmaktadır.

Hukuk mahkemeleri, sözleşme özgürlüğünün bütün açılımlarına karşı aynı çekingenliği göstermez. Müteşebbislerin hukuki sözleşme akdetme özgürlüğünü, sözleşme yapma yükümlülüğü suretiyle sınırlandırmaktadır⁶⁷².

Alman doktrinine göre, ekonomik bakımdan üstün olmak değil, bu üstünlüğün kötüye kullanılması ahlaka aykırılıktır⁶⁷³.

Dolayısıyla tekel durumundaki işletmenin her sorumluluk sınırlaması ahlaka aykırılık oluşturmaz, bilakis hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda sorumluluğu sınırlayan sözleşme şartı ahlaka aykırı hale gelir.

Alman doktrini ve içtihatlarına göre, bir sözleşme tarafının veya taraflardan birinin ekonomik üstünlüğünü kullanarak kendine yarar sağlama amacıyla karşı tarafın haklı taleplerini gözardı ederek zayıf tarafa bir zorunluluk olmadığı halde ölçsüz sorumsuzluk kayıtları dayatması halinde bir istismar vardır.

İsviçre doktrinine göre, İsviçre’de de borçlunun ekonomik bakımdan haâkim durumunu kullanarak özellikle gerçek bir tekel durumunun varlığı halinde, feragat eden alacaklıya sorumsuzluk kayıtları dikte ettiği durumlarda, ahlaka aykırılığın ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art 20 çerçevesinde bu kayıtların hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Ancak bazı yazarlar ekonomik üstünlüğün kullanılması suretiyle yapılan sorumsuzluk kayıtlarının ahlaka aykırılığını reddetmektedirler. (dn.328 civarı)

İsviçre Federal Mahkemesi ekonomik üstünlüğün kullanılması suretiyle yapılan sorumsuzluk kayıtlarının ahlaka aykırılığı konusunda tavır almamıştır (BGE 39 II 547 bunun istisnasıdır).

BGE 77 II 159 kararında sırf bir gerçek tekel olmanın bir sorumsuzluk kaydını ahlaka aykırı hale getirmeyeceğini kabul etmektedir⁶⁷⁴.

Alman Hukuku’nda m.138 I BGB’nin ahlaka aykırı bir hukuki işlemin hükümsüz olduğu ve İsviçre BK Art 20/I’in ahlaka aykırı bir sözleşmenin hükümsüz olduğu şeklindeki hükümleri birbiriyle örtüşmektedir. Bu durumda sorumsuzluk kayıtlarının (sorumluluk sınırlamalarının) ne zaman ahlaka aykırı olduğuna ilişkin prensiplerin soruşturmasında Alman

⁶⁷² Belser, s.69 dn.184.

⁶⁷³ Lörtscher, Thomas, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, Zürich 1977, s.202 de anılan RGZ 99, 107 vd.

⁶⁷⁴ Lörtscher, s.203-204.

doktrininden ve içtihatından yararlanılabilir ve bu kayıtlar BK Art 20/I'deki ahlaka aykırılık durumlarına da uyarlanabilir. İsviçre sözleşme hukukunda da sözleşme serbestliğinden yola çıkılarak kanuni bir sorumluluğun bertaraf edilmesi için tarafların eşit haklara sahip olması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁷⁵.

Hukukun dışında kalan ve topluma ilişkin değerler hiyerarşisi de sürekli değişmektedir. Bu nedenle mahkemeler içeriği, ahlaka aykırılığı her somut durum için ayrı ayrı değerlendirmelidir⁶⁷⁶.

İlk adım somut olaydaki sözleşmenin toplum tarafından kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirmek olmalıdır. Bu ilk adımda objektif durumun sosyolojik bakımdan tespiti yapılır. İkinci adımda mahkeme bir diğer hükmü vermeli ve ona bağlı kalarak takdir edilen ahlaki kuralların geçerli olup olmadığını ve bu kurallardan ayrılan sözleşme hükümlerinin hükümsüz olup olmadığı değerlendirmelidir. Zufferey tarafından sosyo-ahlaki ikinci adım olarak nitelendirilen bu aşamada, mahkeme fiili durumun normatif gücüne tamamen bağlı olmaksızın ahlak kurallarındaki sürekli değişimi değerlendirebilir. Tetkik edilen ahlak kurallarının iyi olduğu ve bununla koşulsuz geçerli olup olmaması gerektiği hususu mahkeme tarafından toplumsal ve hukuki değerler hiyerarşisi göz önünde tutularak karar verilir. Burada özellikle Anayasadaki ve AİHS'deki temel haklar göz önünde tutulmalıdır. Mahkemelerin bu görevini kolaylaştırmak ve korunmaya değer hukuk dışı değerlerin içeriğini görünebilir kılmak için doktrin çeşitli olay grupları ortaya koymuştur. (Bunlar, Seksüel alandaki sözleşmeler veya 3. kişilerin sözleşme haklarına aykırı sözleşmeler; sosyal veya toplumsal etiğe aykırı anlaşmalar, tarafların kararlaştırılan edimleri arasında eşitsizlik bulunan sözleşmelerdir. Almanya'da ise kefalet sözleşmesinin ahlaka aykırılığına ilişkin tartışmalar da vardır.)

İsviçre BK Art 21'in alanına girmeyen tarafların eşit konumda olmadıkları bazı sözleşmelerin ahlaka aykırılığı aşağıdaki ek koşulların bulunması halinde kabul edilebilir: Mesela hâkim durumda olmanın kötüye kullanılmasının çok açık şekilde haksız rekabet teşkil etmesi veya meslek ahlakının çok ağır şekilde zedelemesi veya şahsiyetin ihlali gibi ek koşulların yerine gelmesi halinde Kramer de bu ek koşulların Art 20'nin kullanımını haklı kılabilceği fikrindedir.

Zufferey İsviçre BK 21'in daha zayıf tarafı istismardan yeterince korumadığını düşünmektedir. Eğer dengesiz sözleşmeden zarar gören taraf bunu piyasa koşullarından ötürü onaylamışsa BK Art 20 uygulanmalıdır.

⁶⁷⁵ Lörtscher, s.205.

⁶⁷⁶ Belser, s.414.

Taraflar arasındaki piyasa koşullarından gelen kurumsal eşitsizlik son içtihatlarla göre, ne aşırı yararlanmadır, ne de sözleşmenin ahlaka aykırılığını ortaya koymaktadır. Ancak Zufferey daha zayıf olan tarafın karar verme özgürlüğü ve onun ekonomik gelişimi zarar göreceği endişesiyle bunun dengelenmesi (compensation) gerektiğini düşünüyor⁶⁷⁷.

Yukarıda anılan fikirler, taraflar arasında kararlaştırılan edimlerin orantısızlığının, yapısal bakımdan daha zayıf tarafın durumunu istismar etmesi halinde dengesiz sözleşmelerin ahlaka aykırılığını kabul etmektedir.

Mesela haksız rekabetten veya benzeri bir diğer sebepten ötürü dengesiz bir sözleşmeyi onaylayan taraf bir irade veya bilgi zaafiyetinin olmasına göre ızzar veya tecrübesizlik savunması yapabilir. Ancak burada ahlaka aykırılığa ilişkin Art 20'de uygulanamaz⁶⁷⁸. Nitekim İsviçreli yazarlardan Belser edim ve karşı edimin orantısız olmasını sözleşmenin geçersiz sayılması için yeterli olmadığını kabul etmekte, hatta bu orantısızlığın açık biçimde olması halinde de böyle olduğunu kabul etmektedir.

Tarafların isteğe bağlı olarak bağışlamalar, karma bağışlama veya ivazsız sözleşmeler yapabileceklerini kabul etmektedir. Temyiz kudretini haiz iki tüzel kişiliğin irade serbestisine bu yönden herhangi bir sınırlama getirmek mümkün değildir.

Hâkimin hukuku uygulamasında, önemi nedeniyle, İsviçre doktrini ve içtihadı da aktarılmalıdır: "...buna karşı, diğer bazı yazarlar, sadece "sözleşmenin konusu (içeriği)" ile "ortak amacın" sözleşmenin ahlaka aykırı sayılması için esas alınabileceğini, buna karşı sözleşmenin kurulma biçimine ilişkin hal ve şartların sözleşmeye ahlaka aykırılık damgasının vurulması için yeterli olamayacağını, bu gibi hal ve şartların sözleşme üzerindeki etkisinin olsa olsa gabin veya irade bozuklukları (hile, ikrah) hakkındaki hükümlere bağlı olarak ele alınabileceğini ileri sürerek bu görüşü reddetmektedir..." Mehaz İsviçre bakımından yukarıda aktarılan bilgi çerçevesinde özünde sürekli değişim geçiren bir kavram olan ahlaka aykırılığın bu kadar geniş uygulanmasının öncelikle işlem güvenliği açısından kabule şayan olmadığı kanaatindeyiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mukayeseli hukukta kelepçeleme sözleşmeleri kavramının muhtevası konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır⁶⁷⁹. Ekonomik özgürlüğün sınırlandırılması sözkonusu ise doktrin ve içtihat ahlaka aykırılığa çok sıkı şartlar getirmektedir. Özellikle bir kimse kendi finansal gücü hakkında yükümlülük altına girerse,

⁶⁷⁷ Belser, s.418 de Zufferey, Bonnes moeurs, No.678.

⁶⁷⁸ Belser, s.419.

⁶⁷⁹ Ünal, s.103-108.

ZGB Art 27 II'deki kuralın ihlali sözkonusu olmaz⁶⁸⁰.

İsviçre Hukuku'nda teklif edilen tanımlardan biri olarak Kelepçeleme sözleşmesi: Bir sözleşme, eğer sözleşmenin bir tarafını zamansal, yerel veya nesnel açıdan bir sınırlama ile, diğer tarafın keyfi davranışına teslim olarak ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırırsa veya ekonomik varlığının temelini tehlikeye atıyorsa, bu sözleşme ahlaka aykırıdır⁶⁸¹.

Sayın Prof. Dr. İşgüzar dahi 1989 tarihli doktora tezinde “tek satıcılık sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisi ve menfaatlerin korunması yükümlülüğünün bir gereği olarak, yapımcıların kendilerine bağlı tek satıcılara karşı ahlaka aykırı sayılabilecek önlemler alması olanaksızdır” sonucuna varmıştır⁶⁸².

Ödeme güçlüğü çeken borçlunun nakit temini için yaptığı kredi sözleşmesi tek başına iptal nedeni teşkil etmez, meğer ki bu sözleşme borçlu açısından kelepçeleme sözleşmesi olsun⁶⁸³.

Kramer'e göre kelepçeleme sözleşmesinin varlığı için sözleşmenin kurulduğu anda bankanın iş hayatı bakımından tecrübesiz diğer tarafın gelir ve malvarlığı durumu itibariyle taahhütlerini yerine getiremeyeceğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi zorunlu şarttır. Alacaklının yanılarak borçluya az çok bir özgürlük alanı kaldığını sanması halinde de bir kelepçeleme sözleşmesinin geçerli olamayacağı fikrini ise Medicus savunmaktadır. Diğer taraftan, her ne kadar İsviçre Federal Mahkemesi, MK m.2/II'nin hiç kimseyi mali gücünün ötesinde borç altına girmekten menetmediğini, bu konuda borçluyu koruyan hükümlerin, haczedilemeyen mallar rejimini öngörerek bir para borçlusunun kendisini ve ailesini geçindirecek para ve malları elinde tutmasına izin veren İcra ve İflas Kanunu'nda aranması gerektiği belirtiliyorsa da (BGE 95.II.58.), Alman Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararında (NJW 1994, 36) işaret ettiği üzere taraflar arasında yapısal bir eşitsizlik olduğu ve sözleşme güçsüz tarafı olağandışı yükümlülükler altına soktuğu vakit, Medeni Hukuk kurallarının duruma müdahale ederek düzeltici bir fonksiyon icra etmesi Anayasa'daki irade özerkliği ve sosyal devlet ilkelerinin kaçınılmaz sonucudur⁶⁸⁴.

ii) Kanuna karşı hile hükmü vasıtasıyla himaye: Kanuni hükümlerin dolanılmasına imkân verilirse kanun fikri, kanunların etkisi fikri zayıflar. Haklar ve özgürlükleri sınırlayan bütün hükümleri nasıl dar yorumlanmak gerekiyorsa, kanuna karşı hile de aynı şekilde dar

⁶⁸⁰ Belser, s.436. dn.233 de BGE 95 II 58.

⁶⁸¹ Bu konudaki kıymetli bir çalışma için Bkz. Başpınar, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD 1999/1, s.22.

⁶⁸² Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s.119-120.

⁶⁸³ Bkz. M.K.Yıldırım, İptal Davaları, İstanbul 1995, s.163 dn. 19-20.

⁶⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm I.Cilt, İstanbul, 2008, s.577, dipnot 160'tan naklen.

yorumlanmalıdır⁶⁸⁵. İİK 306 konkordato halinde alacaklılardan birinin, diğer alacaklılar aleyhine himaye edilmesini yasaklamıştır. Borçlunun dost ve akrabaları ona konkordato şartlarından daha fazla bir şey taahhüt ederlerse, bu durumda İİK 306'nın dolanılması sözkonusu olmaz. Çünkü İİK 306'nın öngördüğü alacaklılar arasındaki denge, borçluya yapılan taahhüt ile bozulmuş değildir. Şu halde kanunun öngördüğü amaç zarar görmediği için kanuna karşı hileden bahsedilmemelidir. (von Thur/Peter, 31 IV, not 42) Bir anonim şirketin bütün senetlerini şahıs iktisap ederek bu anonim şirketin hemen tek malvarlığı olan bir gayrimenkulün mülkiyetini, gayrimenkul mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını öngören EMK 634 hükmüne uymadan kazanan şahıs EMK 634 hükmünü dolanmış sayılmaz. Çünkü bir anonim şirketin hisse senetlerinin iktisabı hisse senetlerinin hamiline veya nama yazılı olmasına göre Türk Ticaret Kanunu'nun öngördüğü şekle tabidir. Anonim şirketin belli başlı malvarlığını bir gayrimenkul oluştursa bile, hisse senetlerinin tamamını ele geçiren şahsın hisse senetlerinin devri hakkında bir de resmi senet düzenleme mecburiyeti bulunmamaktadır. Aksini savunmak sözleşme serbestisini gereksiz yere sınırlandırmak anlamına gelir. (Bucher, s.253) İsviçre Federal Mahkemesi daha az vergi ödemek için çok vergili işlem yerine başka işlem yapmayı kanuna karşı hile saymamıştır. (BGE 55 II 346)

iii) Medeni özgürlüğün tahdidine mâni olma suretiyle himaye: Medeni özgürlük (MK m.23/II) ömür boyu sürecek bir hizmet sözleşmesi dolayısıyla aynı işyerine bağlılık taahhüt edilmişse, bu işlem özgürlüğün caiz sayılamayacak derecede tahdidi sayılır.

Arpacı; makul karşılanamayacak çok uzun süre işçiyi bağlamayı öngören sözleşmelerin ahlaka aykırılık olarak da nitelendirilebileceği fikrini paylaşmaktadır. MK m.23/II sadece kişinin ruh, fikir ve vicdanını baskı altına alan özgürlük sınırlandırmalarını değil, bilakis bir kimsenin iktisadi alanda hür iradesiyle karar verme özgürlüğünün, çalışma hakkının gaspı manasındaki takyidleri de ahlaka aykırı saymak keyfîyeti hasıl olur. Oysaki bir kimse bir sözleşme ile şirketlere ortak olarak katılmayacağını taahhüt etse MK m.23/1 manasında hükümsüzdür. Buna karşılık bir kimse belli bir haktan feragat etmek noktasında ise serbesttir, mesela bir mal üzerindeki mülkiyet hakkından terk suretiyle vazgeçebilir, keza bir alacaklı alacağından vazgeçerek borçlusunu borçtan kurtarabilir. Şu halde vazgeçilemeyecek olan belli bir hak değil, hak ehliyetidir. Aynı esas fiil ehliyeti bakımından da caridir. Mesela bir kimse hiçbir hukuki işlem yapmayacağını taahhüt etse, hiçbir geçerlilik

⁶⁸⁵ Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul, 1985, s.147 vd.

arzetmez. Lakin bir kimsenin maluliyeti gibi bir sebepten kaynaklı işlerini gereği gibi görmekten aciz olduğunu ispat etmesi haline münhasıran talebi üzerine vesayet altına alınması mahfuz bir hükümdür ve kişinin fiil ehliyeti noktasındaki tasarruf salahiyetine dair arzusuna /iradesine hukuki bir değer atfedilmektedir⁶⁸⁶.

Federal Mahkeme'nin birçok kararında ekonomik özgürlükler bakımından kişilik haklarına aykırı bulduğu kişinin mesleki gelişmesini örseleyen sözleşmeleri, aynen Yargıtay da ahlaka aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüz saymıştır. Federal Mahkeme'nin sınırsız veya aşırı uzunluktaki bir süre için yapılmış bulunan bir sözleşmeyi MK m.2'ye göre de yerine göre feshi kabil saymış ve JT.1989.I.2'de 20 yıllık bir süreyi ise kabul edilebilir bulmuştur⁶⁸⁷. Yargıtay ahlaka aykırılık deyimini sosyal ve ekonomik ahlak olarak yorumlamaktadır. Tacir müzayaka halinde bulunduğu bahisle banka ile yapmış olduğu kredi sözleşmesini gabin hükümleri dairesinde iptal edebilir (gabin hukuki niteliği itibariyle bir düzelebilir hükümsüzlük arzeder).

Buz'a göre; gabin⁶⁸⁸ halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması fikri paylaşılmaktadır. paylaşılmaktadır⁶⁸⁹. (JT.1998 I.587). Gabin sadece iki tarafından da borç altına girdiği sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen bir kurumdur. Lakin kıyas yoluyla şirket akitlerinde de tatbik-i kabil saymak yerinde olur⁶⁹⁰. Hükmi şahıslar da müzayaka haline düşerler. Durumu sıkışık ve borçlarını ödemede zorluğa düşen bir anonim şirket müzayaka halinde kabul edilmelidir (BGE 80 II 107).

⁶⁸⁶ Arpacı, s.136 vd.

⁶⁸⁷ Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s.137.

⁶⁸⁸ Kredi sigortası gabinin ayıbını örtmek üzere ihdas edilmiş bir kurumdur. (Akyol, s.182.) (bu konudaki bir çalışma için Türk Hukuku'nda Terazi hukuk dergisindeki Sayın Somuncuoğlu'nun Kefalet sigortası başlıklı makalesi) Ayrıca Alamanya'da bakiye borç sigortası primlerinin müşterice karşılanıp karşılanmayacağı MünchKomm Mayer. Maly 138, N.121 BGHZ 80; s.153'te tartışılmıştır.

⁶⁸⁹ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Aralık 1998, S.4, s.53-82.

⁶⁹⁰ Gauch/Schmid/Schluep, N.735; Engel, s.301.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, Ticari işletme bir tüzel kişilik değildir, lakin ilmi içtihatlarda hukuki niteliğine ilişkin yeknesak bir fikir birliğine de varılamamıştır. Alman Hukuku'nda 98 Reformuyla beraber artık yaşanan eksen kayması neticesinde tacirden (Kaufmann) yani işletmeye mali kaynağı tahsis eden unsur iktisat literatüründeki deyimle müteşebbis yerine işletmenin hukuki görünüş nazariyesi ışığında malikiymiş (Inhaber) gibi görünen unsurun (Unternehmenstraeger)/işletmenin zilyedi önplana çıkarılması olmuştur (ki bu işletmenin bir memuru da olabilir), ölçüt olarak taciri almışlardır. Almanya özelinde tartışılan bu husus neticesinde artık ticaret hukuku zümre hukuku (Sonderprivatrecht der Kaufleute) olmaktan çıkmış, işletmenin haricen belli/dışadönük yansıyan hukukuna evrilmiştir. (Aussenprivatrecht des Unternehmens) İşin özünde işletmeyle irtibatlı işlerin (unternehmensbezogene Handeln) yani ticari işlerin öneminin HGB Novelle 98 tarihli kanun değişikliği sebebiyle bütün ticaret hukukuna sari işletmelerin ticari yazışmalarının verileri hakkında kanun öngörülmüş olmakla kaybolması vardır. Artık hatta Alman literatüründe daha da ileriye gidilerek işletmenin özel hukuku (Unternehmensprivatrecht) mefhumunu savunanlar da vardır. Schmidt'in fikirleri de Alman doktrinde marjinal olarak ele alınıp mütalaa olunmaktadırlar. Nitekim Körber'in Oetker'in şerhinde (Rn.4.) yazdığı bölümde aktardığı üzere Alman Hukuku'nda Ticaret Kanunu'nu de lege ferenda olarak kapsamlı bir mahiyette tacirlerin nitelikli özel hukukundan işletmenin dış âlemde görünen/haricen belli özel hukukuna tahvil etmek noktasındaki öneriler bugüne değin üstün çıkamamış, ağır basmamış ve yerleşik bir vaziyet arzedememişlerdir. Avusturya örneğinde reform hareketiyle birlikte işletme hukuku dizayn edilmiş olmakla beraber ve ekonomik kamu hukuku bakımından işletme için Unternehmen terim olarak kullanılmaya başlanılsa da Alman Hukuku taciri tanımladığı maddede Gewerbe terimini tercih etmiştir ki, oysa Gewerbe terimi 19. yüzyılın tortusudur. Netice itibariyle globalleşen pazar ekonomisinde, Avusturya'daki reform hareketiyle birlikte Ticaret Hukuku kavramının yerine ülkemizde de İşletme Hukuku ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

Ülgen'den nakletmek suretiyle belirtmeliyiz ki, Alman Hukuku'nda ekonomi hukuku ekonomik düzenin hukuku olarak ekonomi bakımından önem taşıyan unsurlar ve ilişkiler ile ilgili kurallar olarak gözlenmekte ve kamu-özel hukuk ayrımına uygun biçimde kamusal ekonomi hukuku (öffentliches Wirtschaftsrecht) ve ekonomi özel hukuku

(Privatwirtschaftsrecht) olmak üzere ikili bir ayrım içinde ele alınmaktadır. Almanya’da Müssig İcra ve İflas Hukuku’nu (Üstündağ’ın da “Pozitivizmin Neresindeyiz”de Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin usulün amacı hakkındaki fikrinde de usul kurallarının emredici nitelik taşımakla beraber gayeye uygunluk normu olarak mütalaa edilmesi ve serbest bir yoruma tabi tutulması gereğine vurgu yaptığı üzere) dahi ekonomik özel hukuk içerisinde mütalaa etmektedir.

Türk Hukuku’nda ticari işletmenin Alman Hukuku’ndaki gibi “das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb” yani kurulu nizam arzeden ve fiiliyata da dökülmüş işleyen bir yapı/yani işletme üzerindeki bir fikri hak rabıtasında Alman Medeni Kanunu m.823 bağlamında olduğu üzere özel bir hak kategorisi olarak genel haksız fiil kaidesiyle korunmadığı bir vakadır. Türk Hukuku’nda muhtelif maddi hukuk normlarına derpiş edilmiş, gerek özel gerekse de kamu hukuku kökenli müracaat kaynaklarımız olsa da bu hususta derli toplu bir düzenleme yapılması gereğinin hukukumuz bakımından hasıl olduğu öncelikli tespitimizdir. Mademki ticari işletme üzerindeki hak emsal Alman İmparatorluk Mahkemesi kararından bu yana istikrar kazanmış şekilde fikri bir hak olarak mütalaa edilmektedir, Türk Hukuku’nda da ticari işletmenin FİSEK ve Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde korunması tarafımızca Türk Hukuku’ndaki varolan boşluğu doldurmak noktasında bir hukuki çare olarak önemli fonksiyon ifa edebileceği gözardı edilmemelidir. Mukayeseli hukuktan bu bağlamda kıyas yorum metoduna dayanılarak da ilham alınması düşünülebilir. Savunduğumuz fikre göre, ticari işletmenin korunması noktasında Türk Ticaret Kanunu’muzda özel bir koruyucu normun sevki en isabetli amaca yarar hizmet edecek, vazgeçilmez ve kaçınılmaz unsur vaka olduğu yadsınamaz bir hakikattir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, K. (1971). *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul.
- Akbıyık-Arkan, A. (1999). *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul.
- Aker, H. (2009). “*Avusturya İşletmeler Kanunu’nun Ticari İşletme ve Şahıs Şirketleri Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler*”, BATİDER, XXV(3), Ankara.
- Aker, H. (2011). *Ticari İşletme Kirası*, Ankara.
- Akyiğit, E. (2015). *Toplu İş Hukuku El Kitabı*, Ankara.
- Akyol,Ş. (1985). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, İstanbul.
- Al, Ş. (2009). “*Son Gelişmeler Işığında Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi*”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, (27-71) Ankara.
- Alangoya, Y., Yıldırım, K., Yıldırım, N. D. (2004). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul.
- Alkan, İ. (1952). *Genel İşletme Ekonomisi*, İstanbul.
- Altın-Sieber, İ. (1996). *Joint Ventures, Technologietransfer und –Schutz*, Heidelberg/München.
- Amonn, G., Amonn, K. & Gasser, D. (1997). *Grundriss des Schuldbetreibungs-Und Konkursrechts*, 6. Auflage, Bern.
- Ansay, T. (2010). “*Ticari İşletmenin Sorgulanması*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, I, İstanbul.
- Antalya, O. G. ve Acar, F. (2017). *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, İstanbul.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2012). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara.
- Arıcı, F. (2008). *Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri*, İstanbul.
- Arkan, S. (1998). *Ticari İşletme Hukuku*, (3.bası), Ankara.
- Arkan, S. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara.
- Arkan, S. (2018). “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni*”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara.
- Arpacı, A. (1983). *Kişiler Hukuku*, İstanbul.

- Arslanlı, H. (1960). *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul.
- Aslan, İ.Y. (2017). *Rekabet Hukuku*, Bursa.
- Aslan, İ. (2000). *Şirketler Hukuku Bilgisi*, Konya.
- Atalı, M., Ermenek, İ. ve Erdoğan, E. (2018). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara.
- Atasoy, Ö. A. (1984). *Anonim Ortaklıkların Denetlenmesinde Hakim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri*, Anadolu Üniversitesi Yayını No:65, Eskişehir.
- Atasoy, Ö. A. (2011). *Ticaret Hukuku Ders Notu, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, Eskişehir.
- Atasoy, Ö. A. ve Ergün, B. (2018). “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinden Doğan Sorumlulukları”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2).
- Ayan, Ö. (2010). “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımına İlişkin Getirdiği Yenilikler” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 79-120.
- Aybay, A. ve Aybay, R. (2003). *Hukuka Giriş*, İstanbul.
- Aydın, A. (2011). “6102 sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu’na göre Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletmenin Hukuki İşlemlere Konu Olması”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu*, 25-26 Kasım 2011, 128 vd.
- Aydın, N. (2004). “Birleşme ve Satın Almalarda İşletme Değerlemesi”, *Şirket Birleşmeleri*, Ed. Pernsteiner/Sumer, İstanbul.
- Aydoğan, F. (2009). “Federal Almanya’da Limited Şirketler Kanununda (GmbHG) Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler”, *BATİDER*, XXV (3), Ankara, 391-421.
- Ayhan, R., ve Çağlar, H. (2017). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara.
- Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2012). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara.
- Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara.
- Bağcı, Ömer. “Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2016/17.

- Bahtiyar, M. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- Bahtiyar, M. ve Biçer, L. (2016). “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Cevdet Yavuz’a Armağan.
- Başaran, F. (1999). *Alman ve Türk Vergi Bilanço Hukuklarında gayri maddi iktisadi kıymetleri aktifleştirme şartları*, İstanbul.
- Battal, A. (1992). “Ticari İşletme Kistasları Karşısında Genelevlerin Durumu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5.
- Belgesay, M. R. (1956). *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, İstanbul.
- Belser, E.M. (2000). *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Freiburg.
- Bernasconi, M. & Faessler, A. “Aktuelle Bewertungsüberlegungen und Methoden”, *Der Schweizer Treuhänder* 8/03.
- Berzek, A. N. (2016). *Ticaret Hukukunun Genel Hükümleri*, 11. Baskı, İstanbul.
- Bilgili, F. ve Cengil, F. (2019). *Ticaret Hukuku Pratik Çalışmalar Serisi Ticari İşletme Hukuku I*, Bursa.
- Birsel, M. T. (1970). *Ticari İşletme Hukuku*, 1, İzmir.
- Bozer, A. (1962). “Ticari İşletme Üzerinde, Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme”, *BATİDER*, 1.
- Bozer, A. ve Göle, C. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara.
- Bozkurt, T. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara.
- Bozkurt, T. (2019). *Şirketler Hukuku*, Ankara.
- Börü, L. ve Koçyiğit, İ. (2013). *Ticari Dava*, Ankara.
- Brox, H. & Henssler, M. (2011). *Handelsrecht*, München.
- Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2017). *Medeni Usul Hukuku*, Ankara.
- Camcı, Ö. (1998). *Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları*, İstanbul.
- Can, O. (2011). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, Ankara.
- Ceylan, E. (2016). (yaz.), Tokbaş/Tüzüner (ed.) (Ceylan Şerhi, Madde 52), *Milli Şerh*, 6502 sayılı TKHK Şerhi, İstanbul, Ekim.

- Cruvelier, E. (2016). “*Cessions du fond de commerce et de clientèles commerciale*”, Répertoire de droit commercial, 2016, s.1 vd, Beder, Pascal, “*Répertoire de droit des sociétés*”, Registre des privilèges pris sur fonds de commerce nantis.
- Çakalır, Y. (1973-1974). *Mimarlık Sözleşmesi*, Ankara.
- Çetiner, S. (2000). *Ticari İşletme Hukuku*, İzmir.
- Çevik, K. (1998). Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, *Bozer’e Armağan*, Ankara.
- Demir, K. (2013). “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, *İÜHFM*, LXXXI(2), 103-120,
- Demirel, F. (2015). “*Adliye Nezaretinin Tarihçesi*”, Adalet Kitabı, ed. İnalcık, Halil, İstanbul.
- Demirkapı, E. (2013). “*Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII, 1-2.
- Deruppe, J. & Thibault, D. R. D. (2018). “*Fonds de Commerce*”, Répertoire de Droit Commercial.
- Deynekli, A (2019). “7101sayılı Kanunla Değişik Konkordato Hükümlerinin İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi”, *Yargı Dünyası*, 24(277), 13-34.
- Deynekli, A. (2008). “*Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesinde Tasarrufun İptali Davasını Kim Açabilir?*”, Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı.
- Deynekli, A.ve Saldırım, M. (2005). *Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz Son Yargıtay Kararları ile*, Ankara.
- Dieth, E. (2013). *ZGB kompakt*, Basel.
- Dinç, S. (2018). “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabet Davalarına Genel Bir Bakış”, *Yargı Dünyası*, 266, 57-89.
- Doğanay, İ. (1990). *Türk Ticaret Hukuku Şerhi. Cilt I*, Ankara.
- Doğanay, Ü. (1968). *Adi Şirket Akdi (Akdin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü)*, İstanbul, 1968.
- Domaniç, H. (1987). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.I, İstanbul.
- Domaniç, H. ve Ulusoy, E. (2007). *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul.
- Druey, J. N., Druey, J. E. & Glanzmann, L. (2015). *Gesellschafts- und Handelsrecht*, Zürich.

- Duc, P. (2004). *Nachlassrecht ist Sanierungsrecht: Gerichtliches Nachlassverfahren bietet erhebliche Vorteile gegenüber aussergerichtlichen Sanierungen*, in: ST 78, S. 849 ff. (zit. Duc, *Nachlassrecht*).
- Duc, P. (2010). “Die laufende Reform des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht”, *Die Volkswirtschaft*, 83(32) ff. (zit. Duc, *Unternehmenssanierungsrecht*).
- Ekkehardt, B. E. (2003). “*Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı*”, çev.Yıldırım-Deren, Nevhis, 21.Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul.
- Eminoğlu, C. (2018). *Ticari İşletme Hukuku Pratik Çalışmaları*, Ankara.
- Erdil, Engin. “*Haksız Rekabet Hukukunda Kötüleme*”, Yargı Dünyası, <https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php> (erişim tarihi: 01.10.2019)
- Erdoğan, Y. (2013). “Yeni Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçu”, *İpek Yolu Canlanıyor, Türk Çin Hukuk Zirvesi*, Ankara, 422-461.
- Erem, T. (1983). *Ticaret Hukuku Prensipleri*, C. I, *Ticari İşletme*, İstanbul .
- Eren, F. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara.
- Eriş, G. (2014). *Açıklamalı – İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler*, C.I, Ankara.
- Fritzsche, H. and Walder, H. U. (1984). *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bd. I, 3. Auflage, Zürich.
- Gabehardt, S., (1998). *Guide to Guide to Buying, Valuing and Selling Your Business*, Dearborn Financial Publishing, Inc., Chicago.
- Gauch, P. (1974). *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht: mit Einschluss des Prozess-und Zwangsvollstreckungsrechts*, Habil. Fribourg, Zürich.
- Giritlioğlu, N., Şıpka, Ş. ve Çilingiroğlu, C. (1996). *Nothlu-İçtihatlı Medeni Kanun Borçlar Kanunu ve Tatbikat Kanunu*, İstanbul.
- Glanzmann, L. (2003). “*Die Pflichten*” in: Sanierung der AG, Zürich.
- Göksoy, Y. C. (2007) “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 633-681.
- Göle, C. (1986). “Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu”, *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan*, Ankara.
- Gönen, E. (1992). “Türk Ticaret Kanunu”, *Ticari İşletme ve Şirketler*, C. I, Ankara.

- Güleç, N. (2012). “Ticaret Şirketleri için Ticareti Terk mümkün müdür?” *TAAD*, 10, 1-34.
- Gümüş, M. A. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Kısa Ders Kitabı, İstanbul.
- Güncan, A. (2018). *Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul.
- Güngör, S. Ş. (2014). “Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVIII (1-2), 193-209.
- Güven, P. (2008). *Ortaklıkların Merkez Değişikliklerinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü*, Ankara.
- Habscheid, W. J. (1990). *Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht*, Zürich.
- Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (1991). *Eşya Hukuku*, İstanbul.
- Hatipoğlu, E. (2014). *Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameda Yer Alan Durumlar ve Adwords Uygulamaları*, Ankara.
- Hirş, E. (1948). *Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul, N.121.
- Hrubesch-Millauer/Bosshardt.(2013). *Personenrecht in a nutshell*, St.Gallen.
- Huguenin, C. (2008). *Obligationenrecht Besonderer Teil*.
- Hunkeler, D. (1996). *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG: Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Diss. Fribourg, Fribourg.
- İmregün, O. (1989). *Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar*, İstanbul.
- İmregün, O. (1989). *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul.
- İmregün, O. (1996). *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, İstanbul.
- İnal, H. T. (2004). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- İnal, H. T. (2014) “Haksız Rekabet”, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, Sayı: 5, 82-116.
- İnal, H. T. (2014). *“Borca Aykırılık Dönme ve Fesih”*, Ankara.

- İnal, H. T. (2014). “*Ticari İşletme*”, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 6, Aralık.
- İnal, H. T. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara.
- İnan, A.N. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- İnceoğlu, M. (2014). *Kira Hukuku*, C. I, İstanbul.
- İpekçi, N. (2017). *Açıklamalı-Örnekli-Türk Ticaret Kanunu (Şerh)* (m’1-1535).
- Kale, S. (2004). *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası*, İstanbul.
- Kandıralıoğlu, P. Ç. (2010). *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul.
- Kaplan, İ. (1983). *Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara.
- Kaplan, İ. (1987). *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara.
- Kaplan, İ. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- Karayalçın, Y. (1957). *Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme*, Ankara.
- Karıçalı, M. (1947). *Medeni Hukuk Dersleri*, İzmir.
- Kayıhan, Ş. ve Bağcı, Ö. (2016). *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, Kocaeli.
- Kendigelen, A. (2011). *Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu*, İstanbul.
- Keskinoğlu, S. (1957). *Endüstri İşletme Ekonomisi Bilgisi*, İstanbul.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara.
- Kılıçoğlu, M. (2015). *Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasası*, Ankara.
- Kılıçoğlu, M. (2016). *Şerhli İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, Ankara.
- Kılıçoğlu, M. (2018). *Kanun Maddeleri ile İlke Kararları Bireysel ve Toplu İş Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar*, Ankara.
- Kılıçoğlu, M. (2018). *İş Hukuku Esasları, Yargıtay Uygulaması ve İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara.
- Konuralp, S. C. (2013). “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre İhtiyati Tedbirler”, *İÜHFM*, LXXI (2).
- Krejci, H. (2001). *Handelsrecht*, Wien.

- Kubilay, H. (2000). “*Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk-Haksız Rekabet*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 543-559.
- Kubilay, H. (2001). “*Deniz Ticaretinde Taşıma Terminali İşleticilerinin Hukuki Sorumluluğu*”, İzmir.
- Kubilay, H. ve Akdemir, P. (2016). *Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Tarafların Yükümlülükleri, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı*, ed. Balı, Ali Şafak, Ankara, 629-649.
- Kubilay, H., Göksoy, Y. C., Ayan, Ö. ve Yıldırım, A. H. (2004). *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme m.1-135, İçtihatlar, İsviçre Federal Mahkemesi Kararları*, 1.Cilt, İstanbul.
- Kuru, B. (2013). *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara.
- Kuru, B. (2015). *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul.
- Kuttner, G. (1936). *Der Schutz des Unternehmens nach deutschem und französischem Privatrecht*, Würzburg.
- Lörtscher, T. (1977). *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, Zürich.
- Medicus, D. (1995). *Bürgerliches Recht*, München.
- Memiş, E. (2014). *Genel İdare Ders Notları*, İstanbul.
- Mimaroglu, S. K. (1970). *Ticaret Hukuku*, Cilt.1, İşletme Hukuku, Ankara.
- Mommendey, F. (2009). *Unternehmensrecht der Schweiz. Handbuch für Lehre und Praxis*.
- Moroğlu, E. (1999). *Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 6.bası, İstanbul.
- Moroğlu, E. (2016). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul.
- Muthorst, O. (2012). *Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrecht*, August.
- Nomer, H. ve Ezgi, A. (2016). *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*. Bölüm I, İstanbul.
- Oehri, D. (2018). *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, hrsg. von Peter Gauch, Freiburg.
- Oğuz, S. ve Kara, U. (2018). *İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, Ankara.

- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2013). *Kişiler Hukuku*, İstanbul.
- Okutan, G. (1997). “*Ticaret Unvanı ve İşletme Adı*”, 40.Yılında Türk Ticaret Kanunu, 19-24.
- Oldiges, T. (2011). *Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgment Rule*, Diss. Leipzig, Baden Baden.
- Olgaç, S. (1968). *Kira Parasını Tesbit ve Tahliye Davaları*, İstanbul.
- Olgaç, S. (1978). *İcra İflas 106-371*, Cilt II, Ankara.
- Omağ, M. K. “*Ticari İşletmenin Yapısı*”, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 928 vd.
- Oser, H. and Schönerberger, W. (1950). *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi*, çev.Ayiter, Ferit, Ankara.
- Öçal, A. “*Tarım İşletmelerinin Hukuki Yapıları*”, Esader, IV(1), 221-231.
- Öçal, A. (2000). “*Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Yapmama Borcu*”, Prof.Dr.Seyfullah Edis’e Armağan.
- Özdemir, C. S. (2017). “*İşçinin Rekabet Yasağına Uyma Yükümlülüğü*”, *Yargı Dünyası Dergisi*, 22(261), 23-29.
- Özdemir, N. ve Kınacıoğlu, N. (1984). *Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri)*, Ankara.
- Özkorkut, K. (2013). *Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara.
- Özmen, İ. *Uygulamalı-Açıklamalı-İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları*.
- Özsunay, E. (1962). *Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması TTK. M. 11/2 Üzerinde Bir Araştırma*, Ankara.
- Özsunay, E. (1968). *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul.
- Öztek, S. (2019). *Yeni Konkordato Hukuku, m.286 Şerhi*. Ankara.
- Öztoprak, S. (2014). “*6475 sayılı (23.05.2013 t.) Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı, PTT A.Ş.*”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 377-394.
- Öztrak, İ. (1971). *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara.
- Pernsteiner, H. (2004). “*İşletme Bilimi Literatüründe Birleşme Kavramı*”, *Şirket Birleşmeleri*, ed. Haluk Sümer, İstanbul.

- Poroy, R. (1984). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- Poroy, R. ve Yasaman, H. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- Pulaşlı, H. (2003). *Corporate Governance*, Ankara.
- Pulaşlı, H. (2003). *Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, BTHAE Yayınları, Ankara.
- Pulaşlı, H. (2013). *İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı, Notlu ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticari Mevzuat*, Ankara.
- Pulaşlı, H. (2013). *Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticari Mevzuat*, Ankara.
- Pulaşlı, H. (2014). *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt.I, Ankara.
- Reisoğlu, S. (1968). *Hizmet Akdi-Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri*, Ankara.
- Reisoğlu, S. (2012). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- Rüthers, B., Fischer, C. & Birk, A. (2016). *Rechtstheorie, Grundrisse des Rechts*, München.
- Saka, Z. “Ticaretten Yasaklı Gerçekkişilerin Tacir Sayılmaları (TTK m.16; TTK Tasarı m.14).”, *Legal Hukuk Dergisi*, 6(63), 803-810.
- Schacherreiter, J. (2018). *Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht*, Wien.
- Schmidt, K. (2014). *Handelsrecht I Unternehmensrecht*, Köln.
- Schumann, H. (1958). *Unternehmensrecht, Handelsrecht I*, Wiesbaden.
- Selimler, H. (2006). *Türk Bankacılık Sektöründe Sorunlu Kredilerin Varlık Yönetim Şirketlerince Tasfiyesi, Seçilmiş Ülkeler ve Türkiye Uygulaması*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü.
- Selimler, H., (2015). *Sorunlu Kredilerin Analizi, Banka Finansal Tablo ve Oranlarına Etkisinin Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt:7, Sayı:12, Ocak 2015, s.131-172 (Ebscohost indexed).
- Selimler, H. (2017). *İşletmelerde Başarısızlık, Finansal Yönetim*, Editör: Aysel Gündoğdu, İstanbul, 2017, s.-506-533.
- Selimler, H. ve Kale,S. (2018). *Banka ve Finans Kurumlarının Krediler ve Sorunlu Krediler Açısından Karşılaştırılması*, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 40 (2), 274-295.

- Sirmen, L. (2013). *Eşya Hukuku*, Ankara.
- Suluk, C., Karasu, R. ve Nal, T. (2018). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara.
- Sumer, H. & Pernsteiner, H. (2004). *Şirket Birleşmeleri*, İstanbul.
- Şehirali, F. H. (1998). *Patent Hakkının Korunması*, Ankara.
- Şener, O. H. (2016). *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, Ankara.
- Şenocak, K. (1993). *Hukuki Himaye Sigortası*, Ankara.
- Şenocak, K. (2000). *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara.
- Tandoğan, H. (1985). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, Cilt: I/2 Ankara.
- Tanrıver, S. (2016). *Medeni Usul Hukuku, C.I*, Ankara.
- Tekil, F. (1990). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (1997). “Haksız Rekabet”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 24-27.
- Tekinalp, Ü. (2014). *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler*, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (2004). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (2008). “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATİDER, XXIV(3).
- Teoman, Ö. “Bireysel Marka Müşterek Mülkiyete Konu Oluşturabilir mi?”, Bilimsel İncelemeler, Yargı Dünyası. <https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php> (erişim tarihi: 01.10.2019).
- Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.
- Tesal, R. (1984). *Ticaret Hukuku*, İstanbul.
- Topçuoğlu, M. (2013). “Yeni TTK’nın ve Yeni TBK’nın Ticari İşletmenin ve Kiracılık Hakkının Devrine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 8(81), 14-27.
- Tuna, E. (1993). *Ticaret Hukuku*, Cilt I Ticari İşletme, İstanbul.

- Turanlı, H. (2012). “*Ticari İşletmenin Devri*”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C:1, Sayı:3, s.46vd.
- Türk, A. (2006). *Maddi Hukuk ve İcra İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Ankara.
- Ulusoy, E. (1999). *Kısmen Açıklamalı Almanca-Türkçe Türkçe Almanca Hukuk Sözlüğü*, İstanbul.
- Umar, B. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara.
- Uyar, T. (2018). *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Ankara.
- Uzunallı, S. ve Şener, O.H. (2017). *Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku*, Ankara.
- Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., ve Nomer Ertan, F. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul.
- Ülgen, H., Helvacı, M., Kaya, A., ve Nomer Ertan, F. (2019). *Ticari İşletme Hukuku*, (6.bası), İstanbul.
- Ülgen, H., Ögüz, T. ve Sarı, S. (2005). *Açıklamalı Türk Medeni Kanunu Türk Borçlar Kanunu*, İstanbul.
- Ünal, A.(2012). *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, Ankara.
- Üstündağ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul.
- Üstündağ, S. (2004). *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul.
- Üstündağ, S. (2009). *İflas Hukuku*, İstanbul.
- Üstündağ, M. E. (2017). *Ticari Mevzuat*, Ankara.
- Von Tuhr, A. (1983). *Borçlar Hukuku*, çev. Cevat Edege, Ankara.
- Wesel, U. (1997). *Geschichte des Rechts*, München.
- Wildhaber, I. (2011). *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Habil. Zürich.
- Yıldırım-Deren, N. (1999). *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*, İstanbul.
- Yıldırım-Deren, N. “*Haksız Rekabet Hukukunun Başyapıtının Yeni Basısına İlişkin Düşünceler*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı:2010/2.
- Yıldırım, K. (1995). *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, İstanbul.
- Yıldırım, K. (2000). *Hileli İflas Suçları*, İstanbul.

Yıldırım, K. (2018). “*Tasarrufun İptali Davasına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*”, Yargı Dünyası, 23(265).

Yıldırım, K. ve Yıldırım-Deren, N. (2015). *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul.

Yılmaz, E. (2002). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2002.

40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı ile Deniz Hukuku Öğretim Üyeleri ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri*, İstanbul, 1997.

<https://beck-online.beck.de>

<https://www.yargidunyasi.com/bilimselincelemeler.php>

