

Çağdaş Hukuk Perspektifinde: Derlemeler ve Akademik İncelemeler

Editör
MURAT AYDIN

BİDGE Yayınları

Çağdaş Hukuk Perspektifinde: Derlemeler ve Akademik
İncelemeler

Editör: Doç. Dr. Murat AYDIN

ISBN: 978-625-6707-66-5

1. Baskı

Sayfa Düzeni: Gözde YÜCEL

Yayınlama Tarihi: 25.12.2023

BİDGE Yayınları

Bu eserin bütün hakları saklıdır. Kaynak gösterilerek tanıtım için yapılacak kısa alıntılar dışında yayıncının ve editörün yazılı izni olmaksızın hiçbir yolla çoğaltılamaz.

Sertifika No: 71374

Yayın hakları © BİDGE Yayınları

www.bidgeyayinlari.com.tr - bidgeyayinlari@gmail.com

Krc Bilişim Ticaret ve Organizasyon Ltd. Şti.

Güzeltepe Mahallesi Abidin Daver Sokak Sefer Apartmanı No: 7/9 Çankaya /
Ankara



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	3
Diş Hekimi ile Riskli Enfeksiyonu Olan Hasta Arasındaki Tıbbi Sözleşmeden Doğan Özen Yükümlülüğü	4
Hasibe Sena AKKIŞLA.....	4
Ticari İşletme Devrinde Aktif ve Pasiflerin Devredilmesi ve Sonuçları	38
Hasibe Sena AKKIŞLA.....	38
Criminological Perspective Of Art Theft and Art Security In Digital Era:Literature Review	78
Esin ESEN.....	78

BÖLÜM I

Diş Hekimi ile Riskli Enfeksiyonu Olan Hasta Arasındaki Tıbbi Sözleşmeden Doğan Özen Yükümlülüğü

Hasibe Sena AKKIŞLA¹

GİRİŞ

Yaşama hakkı, sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı, vücut bütünlüğünün korunması hakkı kişilik haklarını oluşturan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan temel haklardır. 1982 Anayasası içerisinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının olduğunu düzenlemiştir. Kişiliğin korunması uluslararası ve ulusal yasa düzenlemeleri ile korunana en önemli değerdir. Hekimlik sözleşmesi ve tıbbi müdahale çeşitleri kişinin yaşam, vücut bütünlüğü, maddi ve manevi yapısının bütünlüğünün korunması ile ilgilidir. Hekimlik sözleşmesinin tarafları hak ve yükümlülükleri bu kapsamda tam ve gereği olarak yerine getirmesi gereklidir. Hekim, sözleşme ile üstlendiği

¹ Doktor (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Avukat (Uşak Barosu), ORCID: 0000-0002-0478-5904, dr.av.hasibesenaakkisla@gmail.com

yükümlülükleri hastanın rızasını alarak hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirmektedir. Kişiliğinin korunması 1982 Anayasası m.17 ile düzenlenmiştir. AY m.17 kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında “*herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*” düzenlemesini yapmıştır. Sözleşme gereği her iki tarafın da yükümlülükleri bulunmaktadır. Günümüzde sağlık alanında yaşanan gelişmeler gerek toplum yapısı gerek hukuk tarafında yaşanan gelişmeler hekimlerin korunmasının önemini vurgular hale gelmiştir. Diş hekiminin yapacağı tıbbi müdahale ve kontroller sonucunda kendi kişiliğinin korunması ve vücut bütünlüğünün yapısının korunması bakımından hastanın özen yükümlülüklerini yerine getirmesi gereklidir (Schreiber, 2008: 520; Tomlinson, 2007: 458; Resnik, 2005: 174).

Hekimlik sözleşmesi kapsamında riskli enfeksiyon hastası kişinin diş hekimliği uygulamalarına ve kontrollerine katılması halinde enfeksiyonun epidemiyolojisi, semptomları, bulaşma yolları gözden geçirilir. Diş hekiminin, güvenli diş hekimliği uygulamasını gerçekleştirebilmesi için enfeksiyon kontrol stratejisini belirlemesi ve ek önlemler alabilecektir. Hastanın en önemli yükümlülüğü hekimin tedavi ile ilgili talimatlarına uymasındır. Hekimlik sözleşmesi kapsamında hastanın, yükümlülüklerine uymaması ve diş hekiminin yaşam hakkına, maddi ve manevi olarak vücut bütünlüğüne zarar verebilir. Özellikle riskli enfeksiyon hastalarının diş hekimine tedavi olması aşamasında bilgi verme, özen gösterme ve tedavi talimatlarına uygun davranması önemlidir.

Çalışmamız içerisinde hastanın riskli enfeksiyon hastası olması durumunda sağlığı hakkında diş hekimine bilgi verme, sözleşme kurulması aşamasından itibaren özenli davranma ve diş hekiminin sağlığını, vücut bütünlüğünü riske atmama sorumluluğunu inceleyeceğiz. Hekimlik sözleşmesinden doğan

hastanın diğ er davranış y  k ml l ğ n  Türk Hukuk yasal düzenlemeleri ve yargı kararları incelenerek konunun açıklanması amaçlanmıştır. Diş hekimlerinin yapacakları sözleşmede b t nc l menfaatlerinin korunması çalışmanın bu konuya vurgu yapması önemli niteliktedir. Hekimlik sözleşmesi gereğince hastanın diş hekiminin tavsiyelerine uyma, reçetede yazan ilaçları kullanma ve tedavi süresince gerekli özeni yerine getirmesi gereklidir. Hastanın  zen y  k ml l ğ n n ele alındığı bu çalışmada sözleşmeden doğan diğ er davranış y  k ml l ğ n  ihlal etmesi halinde doğan zararın tazmin edilmesi incelenmiştir.

I. Hekimlik (Teşhis-Tedavi) Sözleşmesi

A. Tanım

Hekim, sağlık hizmetli veren, özel ya da kamu kurumlarında çalışan, yasal olarak kendisine tıbbi müdahale yapma yetkisi tanınmış ve buna dair tıp eğitimini almış kimsedir ( avdar, 2017: 736; Seçer, 2013: 109; Sadi, 2018: 25). *“Tıbbi müdahale, hekim tarafından tedavi amacına yönelik olarak yapılan doğrudan veya dolaylı her türlü faaliyetidir”* (Gökcan, 2017: 17; Koyuncu, 2018: 19; şenocak, 2007: 66). Diş hekimi, ağız çene cerrahisi bilgisine sahip bu alanda eğitim almış ve diş alanında tıbbi müdahale yetkisine sahip hekimdir. Hasta kavramı Hasta Hakları Yönetmeliği içerisinde tanımlanmıştır. HHY m.4/1b’ye göre *“sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse hastadır”*. Hekimlik sözleşmesi, tanı-teşhis-tedavi sözleşmesi olarak da tanımlanmaktadır. Hekim ile hasta arasında kurulan ve bir ücret karşılığında hastanın tedavi edilmesini yerine getirme y  k ml l ğ n  konu edinen iş görme sözleşmesidir (şenocak, 1998: 17; Demir, 2008: 154; Arslan, 2020: 402;  zdemir, 2011. 179; Schroeder, 1982: 13; Giesen, 1995: 3-5).

Enfeksiyon, *“mikroorganizmaların organizmaya girip oluşturdukları birçok enflamatuvar reaksiyon sonucu ortaya çıkan klinik bir tablo”* olarak tanımlanır (ARISOY 2019, 188). Çapraz enfeksiyon, *“potansiyel olarak enfeksiyona neden olabilecek patojen mikroorganizmaların hasta-hekim-asistan arasındaki geçişi ya da gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle enfeksiyon etkeninin hasta*

kişiden hasta olmayan kişiye bulaştırılması” şeklinde tanımlanır (ARISOY 2019). Diş hekiminin yapmış olduğu tıbbi işlemler esnasında çapraz enfeksiyonlar, HIV, COVID, AIDS ve SARS salgınlarının yayılması ile önemli bir duruma gelmiştir. Enfeksiyon hastalıkları çeşitli gruplara ayrılır. Bazılarının teşhis edilmesi kolaydır (burun akıntısı, soğuk algınlığı vs.) bazılarının ise teşhis edilebilmesi ancak testler ile mümkündür. Diş hekiminin tedavisi esnasında kan yoluyla ya da damlacık enfeksiyonu ile hastalık bulaşabilir. Çapraz enfeksiyona hastanın ağzından yayılan mikroorganizmalar, diş hekiminin eli, kullanılan aletler ve bulunan ortamın havası sebep olacaktır. Diş hekimi işinin niteliği gereği enfeksiyon riskini azaltmak adına hastasının hikâyesini öğrenebilir ve istemik tedavisi için yönlendirebilir, kullanılan malzemelerin dezenfektisini yapabilir.

Hasta ile hekim arasında kurulacak hukuki ilişkinin niteliği özel sektörde ve kamu sektöründe çalışmasına göre ayrı değerlendirilmektedir. TDB 18. Uluslararası Diş Hekimliği Kongresi sonuç raporuna göre *“Diş hekimi olarak kamuda görev yapılabilecek yerler; ağız ve diş sağlığı poliklinikleri, diş tedavi ve protez merkezi, ağız ve diş sağlığı merkezi, ağız ve diş sağlığı hastanesi, kurumlar, milli savunma bakanlığı, diş hekimliği fakülteleri, üniversiteler ve belediyelerdir. Kamuda çalışan diş hekimleri kamu personelidir ve yürüttükleri faaliyetlerde idari faaliyetlerdir. Dolayısıyla buralara müracaat eden hasta ile kamu ve/veya kamu personeli arasında özel hukuk anlamında sözleşme ilişkisi oluşmaz, girişilen tıbbi müdahale sonucunda zarar meydana gelmesi halinde idari yargı yollarına başvurmak gerekecektir”* (Erol, 2015: 25; Koyuncu, 2018: 18–19; Özcan, 2014: 34). Devlet hastanelerinde ya da bağımlı çalışan diş hekimlerinin sözleşme ilişkisi kamu hukuku kurallarına tabi olmasından dolayı çalışmamız dışında bırakılmıştır. Diş hekiminin özel bir hastanede çalışıyor olması mümkündür. Özel hastane tanımı 03.02.2015 Tarih ve 29256 sayılı Yönetmelik’e göre *“Ağız Ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesine göre, A tipi ADSM (Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi)*

Mesleğini serbest icra etmek hak ve yetkisi olan birden fazla diş hekimi/uzman ortaklığı veya en az % 51 hissesi diş hekimi/uzman ortaklığı bulunan tüzel kişiler tarafından açılan sağlık kuruluşudur. A tipi Poliklinik ise, en az iki diş hekimi tarafından müştereken açılabilen ve işletilebilen sağlık kuruluşudur. A tipi poliklinikte en az 2 diş hekimi/uzmanı kadrosu ile açılır ve en az iki diş üniti bulunur. A tipi ADSM de ise en az 5 diş hekimi/uzmanı kadrosuyla açılır ve en az 5 diş üniti bulunur. Hastanın bu özel sağlık kuruluşlarına başvurusu halinde diş hekimi ile aralarında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hasta ile özel sağlık kuruluşu işleticisi arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş olur” (Erol, 2015: 26; Koyuncu, 2018: 13; Özcan, 2014: 34; Özer, 2017: 21) Bağımsız çalışan bir diş hekimi de olabilmesi mümkündür, bağımsız çalışan diş hekimi ise şu şekilde tanımlanmıştır; “Bağımsız çalışma, bir veya birden fazla diş hekiminin, mesleğini serbestçe icra edebilmek için ve o diş hekimi veya hekimlerin şahsına açılan muayenehanelerdeki çalışmasıdır. Tedavi için diş hekiminin muayenesine gelen hasta ile diş hekimi arasında tedavi sözleşmesi kurulmaktadır” (Yaşar, Afşin ve Hancı, 2004: 353; Arslan, 2020: 315; Koyuncu, 2018: 12; Yılmaz, 2015: 25) Bu çalışan hekimlerin yapacakları sözleşmeler özel hukuk kurallarına göre değerlendirilmektedir. Hasta ile diş hekimi arasındaki hekimlik sözleşmesi bu çalışma içerisinde incelenecektir. Hasta ile hekim arasındaki sözleşme şekle tabi değildir. Hekimin hastayı tedavi etmek için gerekli işlemlere başlaması veya hastanın hekimin muayenehanesine gitmesi ile hekimlik sözleşmesi fiilen kurulur.

B. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hasta ile diş hekimi arasında yapılan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde baskın görüşe göre bir vekâlet sözleşmesi olduğudur. Vekâlet sözleşmesi, vekil-müvekkil arasında kurulan ve bir işin yapılması, yerine getirilmesine karşılık taraflarca kararlaştırılan ücretin ödenmesini konu edinen iş görme sözleşmesidir. TBK m.502 ile düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi nitelikleri bakımından rızai bir sözleşmedir. Taraflar bir ücret

kararlaştırmışlar ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Diş hekimini ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinde de hastalığın tanı-teşhis ve tedavisi karşılığında hasta bir ücret ödemekle yükümlüdür. Vekâlet sözleşmesine göre vekil- müvekkil arasında kurulan sözleşmede vekil müvekkilin iradesine uygun olarak bir iş görmeyi üstlenir ancak başarılı bir sonuç elde etme olasılığı kesin değildir. Nitekim vekil sözleşmeden doğan ykmllklerini özenle yerine getirmelidir aksi halde doğan zarardan sorumludur. Hekimlik sözleşmesinin niteliği genel olarak vekâlet sözleşmesi unsurlarını içerisinde barındırmasından dolayı bu görüş genel kabul görmektedir (şenocak, 2007, 17; Aral ve Ayrancı, 2020: 278; Eren, 2017: 398; Kılıçoğlu, 2020: 156; Yavuz, Acar ve zen, 2021: 245). Diş hekimini, hastalığın tanısını, teşhisini ve tedavisini gerçekleştirmekte buna karşılık hasta bir ücret ödemektedir. Doktrinde hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin hizmet sözleşmesi olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. TBK m.393 düzenlemesi hizmet sözleşmesini tanımlamıştır. TBK m.393/1'e göre *“hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*. Hizmet sözleşmesinde iş görme edimi, önceden belirlenmiş bir gereksinimin yerine getirilmesi için maddi veya fikri bir görevi ifade etmektedir. Bu sözleşmeye göre işçi, iş görme edimini işverene belirli veya belirsiz bir süre olarak vadetmektedir dolayısıyla işçi ile işveren arasındaki ilişki sürekli bir borç ilişkisidir. Hizmet sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerinden işverene bağımlı olarak yapılmasından dolayı ayrılmaktadır. Işverenin talimat verme yetkisi bağımlık unsurunun somut halidir. Hizmet sözleşmesi her zaman bir ivaz karşılığında yapılır. Bu bakımdan vekâlet sözleşmesi ile arasında bir fark bulunmaktadır. Diş hekimliği sözleşmesi Alman Hukukunda hizmet sözleşmesi niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir (Kılıçoğlu, 2020: 156). Diş hekimini ile hasta arasında mutlaka edimin karşılığında bir ücret bulunmaktadır. Nitekim Türk Hukuku bakımından işveren-işçi bağlılığı unsuru diş hekimini–hasta arasında bulunmamasından dolayı

diş hekimliği sözleşmesinin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olmayacağı açıkça görülmektedir.

Bir başka görüşe göre ise hekimlik sözleşmesinin niteliğinin eser sözleşmesi olduğudur (Şenocak, 2007, 17; Aral ve Ayrancı, 2020: 278; Eren, 2017: 398) . Yargıtay kararlarında da bazı koşullar altında sözleşmenin eser sözleşmesi nitelikleri taşıdığı kabul edilmektedir. Diş hekimi ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak kabul eden görüşe göre sözleşmede hastanın edim menfaati estetik amaçlarla bir tıbbi müdahaledir. TBK m.470 eser sözleşmesine dair düzenlemeyi içermektedir. Bu düzenlemeye göre “*eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Diş hekimi yapacağı tanı-teşhis ve tedaviye estetik bir değer katıyor olması halinde eser sözleşmesi hükümleri uygulanır. Yargıtay kararlarında tarafların hekimlik sözleşmesindeki edim yükümlülükleri incelenmiş ve tedavi amacının dışında kalan estetik amaçlarla yapılan tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi niteliği taşıdığına hükmedilmiştir. Örneğin: protez, gülüş estetiği. Eser sözleşmesinde yüklenici bir işin sonucunu garanti etmektedir dolayısıyla hekimlik sözleşmesinde diş hekiminin estetik amaçlı bir tıbbi müdahalesi eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. (Y 3.HD 2012/11945 E. 2012/17020 K. 06.07.2012 T.; Y 3.HD 2015/18337 E. 2016/11525 K. 06.10.2016 T.)

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin sui generis bir sözleşme niteliği olduğunu kabul eden bir görüş de bulunur (Arslan, 2020: 405). Sui generis sözleşmeler, kanunlarda unsurları tanımlanmamış olan ve düzenlenen sözleşme tiplerinden farklı olarak kendine has özellikleri barındıran taraflar arasında bağlılık niteliği kuran sözleşmelerdir. Örneğin: tek satıcılık, garanti, sulh sözleşmeleri. Hekimlik sözleşmesi kendine özgün yapısı bulunması bakımından diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır ancak sui generis bir sözleşme olarak kabul edilip edilmemesi tartışmalıdır. Çünkü sui generis sözleşmelerin yapısı karmaşık kurallardan ve nasıl yorumlanacağı ciddi bir sorun oluşturabilmektedir. Hekimlik sözleşmesinde karşılıklı güven ortamı içerisinde hasta-hekim ilişkisi

kurulmaktadır ve genel kuralların uygulanması mümkün görünmektedir. Kanaatimizce diş hekimi ile hasta arasında yapılan hekimlik sözleşmesi hastalığın tanı-teşhis ve tedavisini amaçlıyor ve edim yükümlülüğü bakımından hekimin sonucu garanti etmediği ancak sağlık için zorunluluk teşkil ediyor ise vekâlet sözleşmesi niteliğindedir ancak hasta, edim menfaati bakımından estetik bir amaç taşıyor ve tıbbi müdahale hastanın estetik arzuları doğrultusunda bir sonucu barındırıyor ise eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m.502 düzenlemesi vekâlet sözleşmesine dair hükümleri düzenlemektedir. TBK m.502/I'e göre *“vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir”*. Diş hekimliği sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından en yaygın çeşidi vekâlet sözleşmesi olduğudur. Diş hekiminin hastanın ihtiyacı olan tedavi ve teşhise dair yapacağı işlemler farklı sözleşme tiplerinin de olabileceğini göstermektedir. TBK m.502/II düzenlemesine göre *“vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır”*. Hasta ile diş hekimi arasında kurulan teşhis ve tedaviyi konu alan sözleşme uygun düştüğü ölçüde bu hükümlere tabi olacaktır. Hasta, estetik (gülüş estetiği, protez gibi) tıbbi müdahaleler için diş hekimi ile sözleşme yapmış olması halinde söz konusu sözleşme eser sözleşmesi niteliğindedir. Diş hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşmenin konusunun protez yapılması, tedavi amaçlanmayan estetik görünüm sağlanması olması halinde sözleşmenin niteliği eser sözleşmesi olacaktır (Arslan, 2020: 400–422, 405; Seçer, 2013: 108).

Hekimlik sözleşmesinde vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesi olması bakımından diş hekiminin sorumluluğunun kapsamı farklıdır. Vekâlet sözleşmesine göre edim sonucundan dolayı diş hekimi sorumlu olmayacaktır yani hastanın tedavi sonucunda garanti bir sonuca ulaşması bakımından diş hekimi sorumlu değildir. Diş hekiminin sorumluluğu bu sözleşme bakımından gereken dikkat ve özenin gösterilmesi ve ilgili teşhis ve

tedavinin yapılmasıdır. Eser sözleşmesi niteliğindeki dış hekimliği sözleşmesi bakımından dış hekimi bir eserin ortaya çıkması için vaat vermiş olacaktır ve bunun yerine getirilmesinden sorumludur. TBK m.471 ve diğer hükümler bu konuda sorumluluğu düzenlemiştir.

C. Dış Hekimi Hasta İlişkisi ve Güvenli Dış Hekimliği Uygulamaları

Hasta ile hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olmalıdır. Y 3.HD 2011/19821 E. 2012/4726 K. 27.02.2012 T. Kararına göre “*dış hekimi kendi özel muayenesinde hastaya dış tedavisi uygulamadan önce vekâlet akdinin kurulduğunu bilmelidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta uygulanacak tedaviye göre hangi sözleşme tipinin kurulduğunun saptanmasına bağlıdır*”. Bu sözleşme temelinde güven ilişkisini barındırır ve açık ya da zımni olarak kurulmuş olabilir. Sözleşmenin içeriği hekimin teşhis, tedavi faaliyetlerinin yerine getirilmesine karşılık hastanın da ücret ödeme edimini yerine getirmesidir. Y 15.HD 2017/2278 E. 2017/3866 K. 08.11.2017 Tarihli kararına göre “*hekimler sahip oldukları diploma ve yasal izinler çerçevesinde resmi sıfatla hizmet vermektedirler. Bu kapsamda hekimlerce teknik ve profesyonel hizmet verildiğinden sözleşmede ücret kararlaştırılmamış olsa da teamül gereği ücrete hak kazanacaklardır*”. Sözleşmenin tarafları dış hekimi ile hastadır.

Dış hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşme borç doğuran bir hukuki işlemdir. Tarafların bu sözleşmeden doğan hakları ve borçları bulunur. Bu yükümlülükler birincil yükümlülükler ve ikincil yükümlülükler olarak ikiye ayrılır. Birincil yükümlülükler içerisinde de iki başlık yer almaktadır: edim yükümlülükleri ve diğer davranış yükümlülükleri (Eren, 2017: 7; Furrer and Müller Chen, 2008: 28; Gümüş, 2021: 23; Larenz, 1987: 10). Edim yükümlülükleri tarafların sözleşmeyi yapmalarındaki menfaati barındırır ve buna edim menfaati denilir (Canaris, 1965: 159; Mommsen, 1890: 257; Serozan et al. 2016: 365). Dış hekimi, hastanın teşhis işlemlerini gerçekleştirir, tanı koyar, tedavi eder, hastaya bu anlamda yol gösterir, bilgi verir ve aydınlatır. Y 15. HD 2018/289 E. 2018/1564

K. 16.04.2018 Tarihli kararına göre “hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır. Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Diğer yandan hekim bilimin gerektirdiği özeni ve ileri tıbbi teknikleri kullanmasına rağmen hasta şifa bulmamış olabilir. Hekim teşhis ve tedavi için gereken özeni göstermesine rağmen hastanın iyileşmemiş olması hekimin sorumluluğunu doğurmayacaktır”. Hasta ise sözleşmeden doğan edim yükümlülüğü gereğince yapılan tıbbi müdahale sonucunda taraflarca kararlaştırılan ücreti ödemektedir.

Hekimlik sözleşmesinden doğan hekimin yükümlülüğü edim yükümlülükleri ve diğer davranış yükümlülükleri olarak gruplandırılır. Y 15. HD 2019/170 E. 2020/183 K. 22.01.2020 Tarihli kararına göre “sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesinde tarafların yapacakları anlaşmanın içeriği ve edim yükümlülüklerinin neler olduğu incelenir. Hasta ile hekim arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin dayanağını yapılacak olan tedavi ortaya çıkartacaktır”. Diş hekimi, hastalığın tanısını yapmalı, teşhis koymalı ve hastalığı tedavi etmelidir. Hekimin hastaya gerçekleştireceği tıbbi müdahaleler konusunda hastaya bilgi vermesi, hastayı aydınlatması da sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür. Bunun yanında hekimlik sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğundan diş hekiminin özenli davranması gereklidir.

II. Hastanın Özen Yükümlülüğü

Hekimlik sözleşmesinde her iki tarafın da yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Hekim-hasta ilişkisi karşılıklı güvene dayanmaktadır ve taraflar üstlendikleri yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmelidir. Diş hekimi işin niteliği gereği hastaya teşhiste bulunmalı, gereken tedaviyi yapmalı, hastalığı ve acıyı ortadan kaldırmak amacıyla tıbbi müdahaleyi yerine getirmelidir ayrıca yapmış olduğu işlemler hakkında hastayı bilgilendirmeli, kontrollerini sağlamalı ve davranışlarında özenli

olmalıdır (Demir, 2008: 232; Seçer, 2013: 109; Arslan, 2020: 26; Şenocak, 1998: 85).

Hastanın da hekime karşı yerine getirmesi gereken sorumlulukları bulunmaktadır. Hekimlik sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve hastanın asli edim yükümlülüğü almış olduğu tedavinin ücretini ödeme borcudur (Aral ve Ayrancı, 2020: 23; Arslan, 2020: 410; Demir, 2008: 138; Eren, 2017: 587; Özdemir, 2011: 72; Yavuz, Acar ve Özen, 2021: 42; Doğan, 2016: 65). Hasta bu borcu hekime ya da hastaneye ödeyerek yerine getirmektedir. Dış hekiminin bağımsız ya da özel çalışması halinde ücret hekimlik sözleşmesi ile belirlenir ve hekime ödenir. Dış hekimi kamu alanında ya da bağımlı çalışıyor ise kurumun belirlemiş olduğu ücret o kuruma ait hesaba ödenir (Erol, 2015: 116; Şenocak, 1998: 70). Hastanın ödemekle yükümlü olduğu ücretin kapsamını tedavi masrafları, ilaç, muayene ücreti, serum, röntgen, tanı ve teşhis için gerekli ölçüm masrafları ile bakım giderleri oluşturur. Ücret ödemekle yükümlü kişi hastanın kendisidir ancak bu bir başkası tarafından da ödenebilir. TBK m.83'e göre *“borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir”*. Hasta, velayet altında olan bir çocuk ise velisi, kayyum ya da vasi atanmış bir kimse ise yasal temsilcisi tedavi masraflarını karşılayabilir. Tedavi ücretini hastanın bizzat yerine getirmesi gerekmez bu borcu onun adına üçüncü bir kişi de üstlenebilir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.21 ile dış hekimin yapacağı tedavi sonucunda ücretin ödenmesini düzenlemiştir. Bu yasal düzenlemeye göre *“başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir. Götürü ücret şartı müstesna olmak üzere, yardımcı tıbbi personelin ücretleri, hasta tarafından ödenir. Hasta tarafından çağırılmamış olan müdavi tabip veya dış tabibi, ameliyette hazır bulunmaktan dolayı ayrıca ücret isteyemez. Umumi, mülhak ve hususi bütçeli daireler ile belediyelere, iktisadi Devlet teşekküllerine veya bunlara bağlı müesseselere ait sağlık tesislerinde olan usul ve esaslar mahfuzdur”*. Hekim yapmış olduğu

tedavi ve masraflar için belirlediği ücreti hastaya bildirmelidir. Hasta, sağlık giderlerinin sigorta ya da devlet tarafından ne kadarının karşılanacağını bilmeli ve buna göre kendisine düşen ücreti ödemelidir. Ücret ödemekle yükümlü kişi esasen hastanın kendisidir. TBK m.83'e göre "borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir". Hasta, velayet altında olan bir çocuk ise velisi, kayyum ya da vasi atanmış bir kimse ise yasal temsilcisi tedavi masraflarını karşılayabilir. Tedavi ücretini hastanın bizzat yerine getirmesi gerekmez bu borcu onun adına üçüncü bir kişi de üstlenebilir. (Aral ve Ayrancı, 2020: 65; Arslan, 2020: 410; Demir 2008: 232; Eren, 2017: 67; Özdemir, 2011: 179; Yavuz, Acar ve Özen, 2021: 36; Doğan, 2016: 65). Hasta bu borcu hekime ya da hastaneye ödeyerek yerine getirmektedir. Dış hekiminin bağımsız ya da özel çalışması halinde ücret hekimlik sözleşmesi ile belirlenir ve hekime ödenir. Dış hekimi kamu alanında ya da bağımlı çalışıyor ise kurumun belirlemiş olduğu ücret o kuruma ait hesaba ödenir (Erol, 2015: 116; Şenocak, 1998: 70). Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.21 ile dış hekimin yapacağı tedavi sonucunda ücretin ödenmesini düzenlemiştir. Bu yasal düzenlemeye göre *"başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir. Götürü ücret şartı müstesna olmak üzere, yardımcı tıbbi personelin ücretleri, hasta tarafından ödenir. Hasta tarafından çağırılmamış olan müdavi tabip veya dış tabibi, ameliyata hazır bulunmaktan dolayı ayrıca ücret isteyemez. Umumi, mülhak ve hususi bütçeli daireler ile belediyelere, iktisadi Devlet teşekküllerine veya bunlara bağlı müesseselere ait sağlık tesislerinde olan usul ve esaslar mahfuzdur"*. Hekim yapmış olduğu tedavi ve masraflar için belirlediği ücreti hastaya bildirmelidir. Hasta, sağlık giderlerinin sigorta ya da devlet tarafından ne kadarının karşılanacağını bilmeli ve buna göre kendisine düşen ücreti ödemelidir. Hastanın ödemekle yükümlü olduğu ücretin kapsamını tedavi masrafları, ilaç, muayene ücreti, serum, röntgen, tanı ve teşhis için gerekli ölçüm masrafları ile bakım giderleri oluşturur.

Hastanın sözleşmeden doğan birincil yükümlülüklerinin bir kısmını diğer davranış yükümlülükleri oluşturur. Diğer davranış yükümlülükleri koruyucu ve yardımcı nitelikteki yükümlülüklerdir (Eren, 2017: 30; Kocayusufpaşaoğlu, 1978: 8; Gümüş, 2021: 15; Kramer, 1991: 56; Medicus and Lorenz, 2015: 134; Merz, 1984: 63). Diğer davranış yükümlülüklerinin amacı edim yükümlülüklerinin gerçekleşmesine yardımcı olmak ve bu edim menfaatinin korunmasını sağlamaktır. Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde birincil yükümlülükler edim yükümlülükleri ile diğer davranış yükümlülükleri olarak iki gruba ayrılır. Diğer davranış yükümlülükleri (*özen yükümlülükleri*) (*weitere Verhaltenspflichten*) edim yükümlülüklerine bağlıdırlar. Edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yardımcı olurlar veya edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesini koruyucu nitelik taşırlar. Diğer davranış yükümlülükleri ihlal edilmeleri (sözleşmenin müspet ihlali) ve bu yükümlülüklerin borçlu tarafından yerine getirilmemesi (kötü ifa-borcun gereği gibi yerine getirilmemesi) durumunda hak sahibine tazminat talebi hakkı sağlamaktadır. Bu yükümlülükler edim yükümlülüklerine bağımlı yapıda olduğu için tek başlarına ifasının talep edilmesi mümkün değildir. Edim yükümlülükleri ile birlikte yerine getirilmesi talep ve dava edilebilir (Balz, 1991: 11; Eren, 2017: 36; Esser and Schmidt, 1995: 87; Larenz, 1987: 17; Merz, 1984: 62; Kramer and Probst, 2013: 63; Neumann, 1989: 9). Hasta, diş hekimi ile yaptığı sözleşme sonucunda tedavi edilmek ve sağlıklı olmayı amaçlamaktadır bu menfaatlerinin korunması ve gerçekleşmesine yardımcı olmak için uyması gereken yükümlülükleri bulunur. Hastanın tedaviyi ve diş hekimini tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınması gerekir. Sözleşmenin bütüncül menfaatinin korunmasını sağlamalıdır. Hasta, diş tedavisi esnasında bulaşıcı hastalıklara sahip ise bu hastalığı, kullandığı ilaçlar hakkında diş hekimine bilgi vermelidir. Hastanın riskli enfeksiyon hastası olması halinde yakın temasta olacağı kişilere karşı önlem alır. Diş hekiminin riskli enfeksiyon hastasını tedavi ederken üstleneceği sorumluluğu bilmesi, önlem alabilmesi ve çevrenin dezenfekte edilmesini sağlaması için bu bilgileri bilmesi gereklidir.

Riskli enfeksiyon hastasının diş tedavisi esnasında kan, salgı veya hava yoluyla hekime ve çalışanlara enfeksiyon bulaştırması mümkündür. Diş hekiminin önlem alması için hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgilendirilmiş olması gerekir. Taraflar hekimlik sözleşmesinden doğan bütüncül menfaatlerini koruyabilmek adına birbirlerine karşı dürüst davranmalıdır. Hasta sağlık bilgilerini diş hekimi ile paylaşmalı, kullandığı bir ilaç ya da aldığı bir tedavi var ise bu konuda açıklama yapmalıdır. Diş hekimi de hastası ile ilgili testler yapabilir ve tedavi için gereken yolu belirler. Tedavi süreci başlarken kendisinin sahip olduğu ancak bilmediği yahut bilebilmesinin mümkün olmadığı bir enfeksiyona sahip olabilir. Diş hekimi bu durumda genel kontrolleri yaptırabilir, süreç hakkında rehberlik verebilir.

Hastanın bilgi vermesi ve riskli enfeksiyon hastası olarak kullandığı tedavileri açıklaması karşısında diş hekimi hem kendisinin ve hastasının sağlığını korumak hem de diş tedavisi sürecini iyi yönetmek adına önlemler alır ve yöntemler belirler (Y 13.HD 2015/40782 E. 2018/5451 K. 09.05.2018 T.; Y 13.HD 2016/3708 E. 2018/10024 K. 24.10.2018 T). Diş hekimi hastası için düzenli kontrolleri gerçekleştirmeli, enfeksiyon bulaşma riskini önleyecek tedbirleri yerine getirmelidir. Hasta bu tedbirlerin alınmasında diş hekimi ile iş birliği yapmalı ve talimatlara uymalıdır. Hastanın talimatlara uyması sözleşmeden doğan özen yükümlülüğü kapsamındadır. Diş hekimi ile hasta arasında kurulan sözleşmenin temelinde güven ilişkisi bulunur. Güvenin korunması için hastanın kendisine ait sağlık bilgilerini diş hekimi ile paylaşması, diş hekiminin talimatlarına uymalı ve enfeksiyon bulaşma riskini önleyici şekilde tedbirler alması gerekir.

Tanı-teşhis ve tedavi süreci boyunca hastanın sözleşmeden olumlu bir sonuç alması için tedaviye katılım göstermesi ve diş hekimine yardımcı nitelikte davranması gerekir. Diş hekiminden randevu alınması, sağlık bilgileri ile ilgili formların eksiksiz ve doğru olarak hazırlanması, tedavi süresince uygulanacak tıbbi müdahalelere onam vermesi, sahip olduğu hastalıkları bildirmesi ve kullandığı ilaçlar hakkında gerçek bilgileri diş hekimi ile paylaşması

gereklidir “... işlemin hastanın normal dişli ağzındaki ölçülere uygun tasarlanıp, tatbik edildiğini, hiçbir hastaya protez için ömür boyu garanti verilmesinin mümkün olmadığını, alt protezlerin çıkma sebebinin davacının aşırı sigara kullanımı, sigarayı bırakmak için sürekli sakız çiğnemesi ve protezlerin temizlenmemesinden kaynaklandığını..” (Y 3.HD 2015/18337 E. 2016/11525 K. 06.10.2016 T.; Y 3.HD 2015/19891 E. 2016/13962 K. 06.12.2016 T). Hastanın diş hekiminin sorduğu sağlık sorularına ve kendisi ile ilgili tedavisi için kullanılacak bilgileri açıklama yükümlülüğü bulunur. Özellikle hastanın COVID, SARS, HIV gibi hastalıklara sahip olması ve bunlar konusunda diş hekimine bilgi vermesi önemlidir. Bu yükümlülük hem hekimin yaşam hakkının korunması hem de sözleşme gereğince özenli davranma yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet etmektedir. Nitekim hasta şeker hastası, tansiyon hastası ya da diyabet hastası olabilir ve kullandığı kan sulandırıcı ilaçlar veya diğer ilaçlar bakımından yapılacak müdahalede daha koruyucu önemlerin alınmasına gereksinim duyulabilir. Bunların hekim tarafından önemli olarak alınabilmesi için hekimin gerekli bilgilendirmeye sahip olması şarttır. HHY m.42 maddesi hastanın sağlık bilgileri hakkında dürüst olarak bilgi verme yükümlülüğünü düzenlemiştir. Hastanın, gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye katılımcı bir yaklaşımda bulunması gerektiğini ve işbirliği bilinci ile davranması gerekir. Hasta yaşı, hastalığı veya özel bir durumu gereği kendisi hakkında bilgileri açıklayamıyor ya da açıklayamayacak durumda ise hastayı tedavi için getiren yakınlarının bu bilgileri diş hekimi ile paylaşma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin: çok yaşlı alzheimer hastası bir kişinin kan sulandırıcı nitelikte ilaçlar kullandığına dair bilgiyi onu tedaviye getiren yakınının vermesi gereklidir. Diş hekimi tedavi ve teşhis süreci boyunca gerekli tetkikleri yaptırabilir, hastanın anamnezini (hastalık geçmişi) talep edebilir ve ihtiyaç halinde ilgili testleri yaptırmasını talep edebilir.

Tıbbi müdahaleler hastanın yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunmasına hizmet eden, kişilik değerleri ile bağlantı oluşturan ve vücut bütünlüğünün korunmasını sağlar. Hasta, tedavi

faaliyetleri aşamasında diş hekiminin vücut bütünlüğünün ve sağlığının korunması bakımından hastanın da kendisi ve hastalığı hakkında dürüstlük kuralı gereği diş hekimini bilgilendirmesi gereklidir. Diş hekiminin yapacağı tıbbi müdahalenin kapsamı ve niteliğinin belirlenmesi için bu gereklidir. Diş hekimi çapraz enfeksiyon riskini önlemesi ve gerekli tedbirleri alması bakımından hastanın yeterli derecede bilgi vermesi gereklidir.

Hekimlik sözleşmesinden doğan ve hastanın diğer davranış yükümlülüğü kapsamında bulunan bir yükümlülüğü ise diş hekiminin veya hastanenin tavsiyelerine uymaktır. Hastanın tedaviye katılması ve yardımcı bir şekilde işbirliği yapması yükümlülüğü söz konusudur (Kalkay, 1981: 61; Doğan, 2016: 61). Hasta, diş hekiminin ve diş hekiminin çalıştığı sağlık işletmesinin kurallarına uymalı, burada kendisine verilen talimatları yerine getirmelidir. Hasta riskli enfeksiyon hastası ise diş hekiminin talimatlarına uyarak ve bunları gereği gibi yerine getirerek bütüncül menfaatin korunmasını sağlar. Diş hekimine, enfeksiyon bulaştırma riskini ortadan kaldırmak için bu talimatları gereği gibi yerine getirmelidir. Örneğin: maske kullanımı, ilaç kullanımının düzenli olması, tedavi sürecinde sterilizasyon sağlanmasına hizmet etmesi gereklidir. Diş hekimi, hastanın durumuna uygun görmediği bir tedaviyi uygulamaktan kaçınabilir. Diş hekiminin hastanın sağlığını tehlikeye atmamak adına riskli enfeksiyon hastasının tedavisini durdurma yetkisi bulunmaktadır (Basalak, 2012: 91; Y 3.HD 2014/19545 E. 2014/22576 K. 02.07.2014 T.; Y 13.HD 2012/10313 E. 2012/24143 K. 22.10.2012 T.). Hekimlik sözleşmesi gereği diş hekimi, sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü yerine getirmeli ve hastalığın teşhis ve tedavisi aşamasını takip etmesi gereklidir.

Diş hekimine tedavi olmak üzere gelen hastanın ve yakınlarının hastanede ya da klinikte bulunan diğer hastalara, hasta yakınlarına ve çalışan personele karşı saygılı olması gerekir, huzursuzluk yaratan davranışlardan kaçınması diğer davranış yükümlülüğü kapsamındadır. Hastanın COVID, HIV, SARS gibi enfeksiyonlara sahip olması halinde tedavi sürecini tehlikeye atmaması, çevredeki hastalara veya sağlık çalışanlarına enfeksiyon

bulaştırmaması için konulan hijyen kurallarına saygı göstermelidir. Tedavi esnasında hastanın gürültü yapmaması ya da dış hekimi ile görüşme süresine dikkat etmesi gereklidir. Hastane tarafından ve dış hekimi tarafından konulan özel kurallar bulunması halinde bu kurallara uyulması gerekir. Hasta riskli enfeksiyon hastası ise ya da salgın hastalık söz konusu isen hasta hijyen kurallarına uyulmalıdır. Hastanın maske kullanması, başka hastaların kullanacakları eşyalara dokunmaması gerekir. Tıbbi müdahaleler hastanın yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunmasına hizmet eden, kişilik değerleri ile bağlantı oluşturan ve vücut bütünlüğünün korunmasını sağlayan işlemlerdir. Hasta, dış hekiminin, sağlık personelinin ve diğer hasta ve yakınlarının yaşam haklarına, vücut bütünlüğüne saygı göstererek bütüncül menfaatin korunmasını sağlar (Özkurt vd., 2011: 110; Özcan, 2014: 553; Sert, 2004: 76; Özer, 2017: 95; Şenel, 2007: 208). Hasta, hekimlik sözleşmesinden doğan diğer davranış yükümlülükleri kapsamında sağlık hizmetini aldığı işletme içerisindeki hastalara, sağlık personeline ve dış hekimine karşı saygılı olmalı, rahatsızlık verici davranışlardan kaçınmalı, onların vücut bütünlüklerine zarar vermemelidir (Doğan, 2016: 69).

III. Sözleşmenin Müspet İhlali ve Sonuçları

Hastanın sözleşmeyi müspet ihlal (*positive Vertragsverletzung*) etmesi, diğer davranış yükümlülüğünü (yan, özen yükümlülüğü) yerine getirmemesi, borcunu kötü ifa etmesinin sonucunda doğan zararı tazmin etme borcunu gerekli kılar. Sözleşmenin müspet ihlali kurumu bir çatı kavramdır. İçerisinde borcun gereği gibi yerine getirilmemesi, kötü ifa gibi kavramları barındırmaktadır. Alman Medeni Kanunu ile 2002 yılından itibaren bu kavram Alman Hukukunda yer almaktadır. Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku bakımından bu kavramın bir parçası olan gereği gibi ifa etmeme yasal olarak düzenlenmiştir. Doktrinde sözleşmenin müspet ihlali kavramının ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmadığı, borcun gereği gibi ifa edilmemesi düzenlemesinin yeterli olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce sözleşmenin müspet ihlali kurumunun düzenlenmesine ihtiyaç vardır. İmkânsızlık ve temerrüt kurumlarının karşılayamadığı alanlar bulunmaktadır ve

borcun gereği gibi ifa edilmesi düzenlemesinin ise dar bir alanı kapsamaktadır. Sözleşmenin müspet ihlal edilmesi sonuçları ve tarafların diğler davranış yükümlölüklerini ihlal etmeleri halinde kapsamlı bir düzenleme ile sözleşmelerin bütöncöl menfaatleri korunabilecektir. Borçlu bir yapma edimi ile sözleşmeyi ihlal edebilir bu halde sözleşmenin bütöncöl menfaatini tehlikeye düşörmüş olacaktır. Birincil yükümlölüklerin içerisinde yer alan yan edim yükümlölüklerinin, diğler davranış yükümlölüklerinin, dürüstlük kuralı gereği doğan yükümlölüklerin ve bağımsız borçların ihlal edilmesine dair sözleşmenin müspet ihlali kurumunun varlığı gereklidir (Canaris, 1965: 10; Himmelschein, 1932, 71; Huber, 1977: 4; Von Jhering, 1969: 8; Kocayusufpaşaoğlu, 1978: 35; Lüsing, 2010: 86; Serozan, 1968: 112; Staub, 2015: 24; Tandoğan, 1961: 398; Von Tuhr and Peter, 1984: 572).

Sözleşmenin müspet ihlali kurumu bir çatı kavramdır. İçerisinde borcun gereği gibi yerine getirilmemesi, kötü ifa gibi kavramları barındırmaktadır. Alman Medeni Kanunu ile 2002 yılından itibaren bu kavram Alman Hukukunda yer almaktadır. Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku bakımından bu kavramın bir parçası olan gereği gibi ifa etmeme yasal olarak düzenlenmiştir. Doktrinde sözleşmenin müspet ihlali kavramının ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmadığı, borcun gereği gibi ifa edilmemesi düzenlemesinin yeterli olduğuna dair görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce sözleşmenin müspet ihlali kurumunun düzenlenmesine ihtiyaç vardır. İmkânsızlık ve temerrüt kurumlarının karşılayamadığı alanlar bulunmaktadır ve borcun gereği gibi ifa edilmesi düzenlemesinin ise dar bir alanı kapsamaktadır. Sözleşmenin müspet ihlal edilmesi sonuçları ve tarafların diğler davranış yükümlölüklerini ihlal etmeleri halinde kapsamlı bir düzenleme ile sözleşmelerin bütöncöl menfaatleri korunabilecektir. Borçlu bir yapma edimi ile sözleşmeyi ihlal edebilir bu halde sözleşmenin bütöncöl menfaatini tehlikeye düşörmüş olacaktır. Birincil yükümlölüklerin içerisinde yer alan yan edim yükümlölüklerinin, diğler davranış yükümlölüklerinin, dürüstlük kuralı gereği doğan yükümlölüklerin ve bağımsız borçların ihlal edilmesine dair sözleşmenin müspet ihlali kurumunun

varlığı gereklidir. Birincil yükümlölükler kapsamında yer alan diğer davranış yükümlölüklerinin doğrudan ifası talep ve dava edilemez (Bachmann and Schirmer, 2017: 8; Ehmann and Surschet, 2002: 5; Schmidt, 2016: 14; Schwarze, 2021: 12; Weiler, 2014: 7). Hastanın diğer davranış yükümlölüklerini ihlal etmesi durumunda sözleşmeyi müspet ihlal etmesinden doğan zararı tazmin etmesi gerekir. Diğer davranış yükümlölükleri bağımlı niteliği dolayısıyla edim yükümlölüklerinden bağımsız talep ve dava edilemez (Erbe Odabaşı, 2020: 77; Eren, 2017: 37; Gümüş, 2021: 18; Heinrich, 1976: 67; Kramer and Probst, 2013: 60; Larenz, 1987: 9; Medicus and Lorenz, 2015: 14). Hastanın, bilgi verme yükümlölüğünü ihlal etmesi, muhatabının menfaatlerine saygı göstermemesi, yaşam haklarına ve sağlık haklarına özensiz davranışlarla zarar vermesi ve talimatlara uyma yükümlölüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sonucunda doğan zararları tazmin etmesi gerekir. Diğer davranış yükümlölüklerinin amacı tarafların bütüncül menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Bütüncül menfaat, edim yükümlölükleri ile bunun dışında kalan yükümlölüklerin tam ve gerçek biçimde yerine getirilmesi ile sözleşmeden elde edilmesi amaçlanan menfaatin gerçekleşmesidir (Bachmann and Schirmer, 2017: 215; Gauch et al. 2014: 224; Hahnen, 2010: 23; Koller, 2017: 31; Roth, 2007: 72; Thiele, 1967: 60).

Hasta ile dış hekim arasında kurulan sözleşme karşılıklı güven ilişkisini oluşturur. Güven ilişkisinin kaynağı TMK m.2/I ile düzenlenen dürüstlük kuralıdır (Edis, 1975: 449; Eren, 2017: 39; Kramer, 1991: 69; Merz, 1984: 298; Müller and Hempel, 2005: 247; Wiegand, 2011: 592). Hasta, güven ortamının korunmasını sağlamalıdır. Riskli enfeksiyon hastası olduğunu ve gereken hijyen önlemlerini alması gerektiğini bilmelidir. Dış hekiminin tedavi esnasında kazara yaralanması, enfeksiyonun dış hekimine ve yardımcılara bulaşması olasılığını önlemek adına gerekli özeni göstermelidir. Dış hekim ile hasta güven ilişkisinden doğan sorumluluğun konusunu culpa in contrahendo oluşturmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu eylemlerden dolayı sorumluluk anlamına gelir (Karakurt,

2012: 65; Arıkan, 2009: 72; Serozan, 1968: 112; Ulusan, 1982: 278; Eren, 2017: 25; Kocayusufpaşaoğlu, 1978: 24; Oğuzman ve Öz, 2018: 14; Gümüş, 2021: 15; Benedict, 2018: 16; Görener, 2019: 67; Larenz ve Wolf, 2004: 28) . Hasta, dış hekimine vermiş olduğu zarardan sorumlu kabul edilir. Zarar, belirli şartlar altında kişilerin hukuken korunan değerlerindeki azalmadır. Zararı iki genel başlık altında çeşitlendiririz. Geniş anlamda zarar, maddi ve manevi zarar; dar anlamdaki zarar ise maddi zararı oluşturur. Dış hekiminin bu sözleşmenin müspet ihlali ile uğrayacağı zarar geniş anlamda zarar olarak değerlendirilir. Hekimlik sözleşmesi gereği tarafların yükümlülüklerini dürüstlük kuralı çerçevesinde yerine getirmesi doğrultusunda tedavi prosedürünün uygun yapılmasını tehlikeye düşürecek, gerçekleştirilen tedavinin sonucunda dış hekiminin şahıs varlığını oluşturan hukuki değerler üzerinde bir eksilme meydana getiren durumlar zarar kabul edilir. Dış hekimi, hastanın özensiz davranması sebebiyle hem şahıs varlığında yaşadığı eksilme hem de bunu telafi etmek amacıyla yapacağı masraflar sebebiyle malvarlığı zararına da uğramış olacaktır. Hasta özen yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmiş olsaydı yaşanmayacak olan durumlar ile mevcut durum arasındaki fark tazmin edilmesi gereken zarar olarak kabul edilir (Adıgüzel, 2012: 28; Atlan, 2015: 42; Gündüz, 2019: 65; Havutçu, 1995: 87; Zeytin, 1999, 102; Güleç Uçakhan, 2017: 102).

Culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için sözleşmenin taraflarının diğer davranış yükümlülüklerini ihlal etmeleri ve bundan bir zarar doğması gereklidir. Edim yükümlülükleri dışında kalan birincil nitelikli yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi doğrudan dürüstlük kuralından kaynağını almaktadır. Diğer davranış yükümlülerinin yerine getirilmeyerek sözleşmenin müspet ihlal edilmesi halinde doğan zararın tazmin edilmesi söz konusu olacaktır. Alman Medeni Kanunu 242.paragraf ile düzenlenen bu kural borçlunun üstlendiği yükümlülükleri objektif iyiniyet kuralları gereği ve genel teamüle uygun olarak ifa etmesi gereklidir (Bachmann ve Schirmer, 2011: 23; Neumann, 2016: 42; Canaris, 1965: 65; Knütel, 2002: 25; SEROZAN, 1968: 35). Hastanın sağlığı ile ilgili bir konuda tedavi

sürecinde bilgi vermemesi, yanıltıcı bilgi vermesi, gerek olmayan bir cerrahi müdahaleyi talep ederek sağlık durumuyla alakalı tehlike yaratması hastanın culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına sebep olur. Dış hekimine enfeksiyon bulaşması, sağlıklı yaşam kalitesinin düşmesi veya vücut bütünlüğünün zarar görmesi mümkündür. Riskli enfeksiyon hastalıkları bakımından dış hekiminin temel hakkı olan yaşam hakkının tehlikeye girmesi hastanın sözleşmeyi müspet ihlali ile oluşmakta ise bu zarar tazmin edilmelidir.

Zararın tazmin edilmesi bakımından bazı unsurların ispatlanması gereklidir. Hastanın bu zararın doğmasını istememesine karşın gerekli dikkati, özeni ve tedbiri yeteri kadar iyi ifa etmemesi onun sözleşmeyi müspet ihlal ettiğini gösterir. Türk Borçlar Kanunu m.112'ye göre *“borç hiç veya gereği gibi ifa etmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Hasta kendisinin gerekli özeni gösterdiği ve talimatlara uyduğunu ispat ederek tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir. Hastanın özenli, dikkatli olduğunun ispatlanmasında sübjektif ve objektif kriterlere göre değerlendirme yapılmaktadır. Özenli davranmak ve bütüncül menfaatin korunmasına hizmet etmek bakımından hastanın objektif bir durum içerisindeki eylemleri incelenir, makul ve normal bir kimsenin göstermesi gereken davranışları göstermesi ve yükümlülüklerini bu kapsamda yerine getirip getirmediği incelenir. Nitekim bunun haricinde riskli enfeksiyon hastası bakımından durum daha önemlidir. Çünkü riskli enfeksiyon hastasının diğer davranış yükümlülüklerini yerine getirirken göstereceği objektif kriterler bakımından değerlendirilmesi pek olağan bir durum değildir. Dış hekim bakımından da böyle bir hastasının olması halinde alacağı tedbirler ve uygulayacağı tedaviler değişkenlik gösterecektir. Bu sebeple somut olayın kendisi üzerinde değerlendirme yapmak ve hâkimin ilgili olaya göre sözleşmenin müspet ihlalinin var olup olmadığının araştırması gerekir (Oğuzman ve Öz, 2018: 530; Öztan, 2019: 102; Stoll, 1932: 72; Tandoğan, 1961: 45) . Diğer davranış

yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi hastanın tedavi için geçirilen süre boyunca kendisinden talep edilebilir tüm önlemleri alması, dikkati göstermesi ile mümkündür (Bachmann and Schirmer, 2017: 36; Müller and Hempel, 2005: 52; Nieskens, 2018: 18; Schmidt, 2016: 26). Diğer davranış yükümlülükleri bütüncül menfaate (*Integritätsinteresse*) hizmet etmelerinden dolayı bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi sözleşmenin sosyal temasından kaynaklanan tüm beklentilerin yerine getirilmesi amacını korumaktadır. Hastanın, tedavi sözleşmesi içerisinde bütüncül menfaate zarar vermesi durumunda hasta tazminatla yükümlü olur. Tazminat, maddi tazminat ve manevi tazminat olarak iki biçimde gruplandırılır. “*Bir kişinin mamelekinde, onun iradesi dışında, aktifinde meydana gelen azalma veya pasifinde meydana gelen artışın giderilmesi maddi tazminattır*”. Maddi tazminatın ödenmesi iki şekilde karşımıza çıkar. Bunlar, nakdi ve aynen tazmindir. Esas olan nakden tazmindir. Bu durum genellikle eşyaya verilen zararlar da karşımıza çıkar. (Güleç Uçakhan, 2017: 72; Serozan et al. 2016: 369; Tandoğan, 1961: 91; Atlan, 2015: 74; Bora, 2013: 213; Erlüle, 2015: 412). TBK madde 50’ye göre zarar görenin zararı ve zarar verenin kusurunu ispatlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak, uğranılan zarar miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa hâkim, hakkaniyete uygun olarak zararı belirler. TBK madde 75’te bedensel zararın kapsamının karar verme anında tam olarak belirlenmemesi düzenlenmiştir. Manevi tazminatın konusu, zarar görenin şahıs varlığı haklarının irade dışı azalmasıdır. Yargıtay ise manevi tazminatın hukuki niteliğini şu şekilde tanımlamaktadır; “*hâkimin, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır*”. Manevi tazminatın şartları TMK’da belirlenmediği için TMK madde 24 ve TBK madde 56’nın birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK madde 56 ise, manevi tazminatın olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini hükmetmiştir

Hastanın diğer davranış yükümlülüğünü ihlal etmiş olması yalnızca edimin ifasına ilişkin değil aynı zamanda dış hekiminin kişilik haklarına ve edim menfaatinin dışındaki menfaatlerine de

zarar vermektedir. Tarafların sosyal temasları çevresinde şekillenen bütünlük menfaatinin korunması için doğan zararın tazmini talep edilecektir. Sözleşmenin müspet ihlal edilmesi halinde tazminat yükümlülüğünün doğması için kusurun ispatlanması gereklidir. Hasta, koruyucu ve yardımcı yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiğini, zararın doğmasında kusurunun olmadığını ispatlamakla yükümlüdür. İspatlayamaz ise doğmuş olan zararı tazmin edecektir. Örneğin: riskli enfeksiyon hastası kendisinin sahip olduğu hastalıkla ilgili dış hekimini tedavi sürecinde bilgilendirmiş olduğunu ve buna rağmen dış hekiminin bu enfeksiyonu kapmış olduğunu ancak doğan zarardan kendisinin sorumlu olmadığını ispatlamalıdır (Canaris, 1965: 35; Larenz and Wolf, 2004: 375; Staub, 1900: 214; Stoll, 1932: 522). TBK m.112 bunu düzenlemiştir. Hasta, özen yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyerek dış hekimini tehlikeye atacak durumlar yaratması ve zarar oluşturmamasından sorumludur. Zarar, sözleşmede tarafların sahip olduğu menfaatlerin eksilmesidir. Zarar, malvarlığında ya da şahıs varlığında ortaya çıkabilir. Sözleşmenin bütüncül menfaatinin tehlikeye düşmesi, eksilmesi ya da beklenen faydanın gerçekleşmemesi/sağlanamaması zararın varlığını gösterir (Eren, 2017: 587; Keller, 1948: 1; Larenz, 1987: 482; Rengier, 1977: 41; Ulusan, 1982: 478). Tazmin etme sorumluluğu dış hekiminin sözleşmeden doğan bütüncül menfaatlerinin eksilmesini bertaraf etmeyi amaçlar. Sözleşmenin müspet ihlali sonucunda talep edilen tazminat ihlal edilen menfaatlerin ikamesini sağlayacaktır (Erbek Odabaşı, 2020: 81; Ergüne, 2007: 14; Ergüne, 2010: 25; Gündüz, 2019: 12; Keller, 1948: 2; Larenz, 1987: 482; Rengier, 1977: 41). Hekimlik sözleşmesinde hastanın diğer davranış yükümlülüğünü kötü ifa etmesi veya borcu gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı ortaya çıkan zarar bütüncül menfaatlerin ihlalini oluşturmaktadır. Bütüncül menfaatin zarar görmesi halinde talep edilecek tazminat bakımından TBK m.114/II düzenlemesi dikkate alınmalıdır. Hasta, kusurunun olmadığını ispatlamadıkça zarardan sorumludur. Dış hekiminin manevi tazminat talebine yönelik olarak TBK m.56 uygulanacaktır. Dış hekimi, kendisine bulaşan enfeksiyondan dolayı zarara uğraması

halinde durumun ve olayın özellikleri göz önünde tutulacaktır ve buna dair bir yargılama yapılarak tazminata hükmedilecektir (Y HGK 2020/3-284 E. 2022/1423 K. 02.11.2022 T.; Y 3.HD 2022/5523 E. 2022/7359 K. 05.10.2022 T.; Y 3.HD 2016/398 E. 2017/7649 K. 22.05.2017 T) .

Diş hekimi ve hasta arasında sözleşme dışında hastanın, hekime karşı davranışlarından dolayı zarar vermişse bu hastanın haksız fiil sorumluluğunu doğurur. Hastanın tedavi esnasında diş hekimini yaralaması, kasten enfeksiyon bulaştırması, hakaret etmesi, tehdit etmesi gibi davranışlar haksız fiil olarak kabul edilmektedir. Hastanın sözleşmeden doğan borçlarının dışında kalan ve hukuka aykırı eylem olan bu davranışlardan doğan zararın haksız fiil hukukuna göre tazmini istenir. Diş hekiminin doğan zararı bakımından seçim hakkı bulunur. Yarışan sorumluluk konusuna ilişkin olarak TBK m.60 uygulama alanı bulur. TBK md. 60 düzenlemesine göre *“bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”*. Hâkim en iyi giderim olanağı sağlayan hükümleri uygulayacaktır. Hekim ile hasta arasında haksız fiil ilişkisinin kurulabilmesi için hekimin aktif veya pasif bir fiili, bu fiilin hukuka aykırı olması, söz konusu fiil ile maddi veya manevi bir zararın ortaya çıkmış olması, hastanın kusurlu davranışı, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Hastanın sorumluluğunun haksız fiile mi yoksa sözleşmeye dayandığının tespiti kusurun ispat yükünün belirlenmesi, zamanaşımı tespiti ve yardımcı kişilerin sorumluluk esaslarının belirlenmesi için önem arz etmektedir.

SONUÇ

Diş hekimleri çalışma ortamları ve işlerinin niteliği gereği yüksek oranda enfeksiyon risklerinin olduğu bir ortamda çalışmaktadır. Riskli çalışma alanı içerisinde kendilerinin ve hastalarının sağlığını korumalıdır ve çapraz enfeksiyon tehlikesini azaltmalıdır. Diş hekiminin yapacağı tıbbi faaliyet sürecinde

enfeksiyon kontrolü, sterilizasyon ve dezenfeksiyon hususunda dikkatli davranmalıdır. Çapraz enfeksiyonun engellenmesi için hastalığın bulaşma riskinin azaltılması gereklidir. Diş hekimlerinin kullanacağı aerator veya angldruva aletlerinin dezenfekte edilmesi, tedavi öncesi el dezenfektanı kullanması, maske takması, koruyucu gözlük kullanması, tıbbi müdahale esnasında oluşacak enfeksiyonu önlemek amacıyla ortak kullanılan cihazların her hastadan sonra dezenfekte edilmesi, atex veya vinil eldiven kullanması hekimin kendisi ve hastalarının sağlığını korumak için alacağı önlemlerdir. Nitekim bu önlemler hekimlik sözleşmesinde hekimin özen yükümlülüğünün kapsamı içerisinde yer alır. Hekimlik sözleşmesinden doğan ve hastaların da diğer davranış (özen) yükümlülüğü bulunmaktadır. Hastaların bildikleri veya bilmedikleri ancak sahip oldukları riskli enfeksiyon hastalığını tedavi süresince hekime veya diğer hastalara bulaştırmaması için özenli davranması gereklidir.

Tıbbi uygulamaların olumsuz sonuçlarının aza indirilmesi için tarafların bilgilendirme yükümlülükleri bulunur. Bilgilendirme yükümlülüğü özen yükümlülüğünden ayrı bir yükümlülüktür. Bilgilendirme yükümlülüğü hem hekimin hem de hastanın yükümlülüğüdür. Hastanın riskli enfeksiyon hastası olması ve bu bilgiyi diş hekimi ile paylaşmaması sonucunda hekimin enfeksiyon kapması ve aleyhine bir zarar doğması halinde hastanın tazminat yükümlülüğünden bahsedilecektir. Nitekim diş hekiminin yapacağı tıbbi tedavi ve sonuçları hakkında hastaya bilgilendirme yapmaması ve zarar doğması halinde tazminatla yükümlü olacağı kabul edilmektedir.

Hekimlik sözleşmesi güven ilişkisine dayanan bir sözleşmedir. Diş hekiminin ve hastanın birbirlerine karşı güven ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Çalışma içerisinde hastaların edim yükümlülüklerinin dışında kalan ve güven ilişkisinden doğan diğer davranış yükümlülüğü üzerinde durulmuştur ayrıca riskli enfeksiyon hastasının özen yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Diş hekimlerinin sağlıklı yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması gereği özellikle riskli enfeksiyon hastasına

tedavi uygulamalarında ciddi önlemler almaları gereklidir. Culpa in contrahendo sorumluluğu borçlunun dürüstlük kuralları içerisinde borçlarını ifa etmesi gerektiğini konu edinir. Bu prensip gereği hastanın sözleşmenin kurulması aşamasından başlayan özenli davranma, kendisi hakkında doğru bilgi verme sorumluluğunu yerine getirmesi gerekir. Hastanın sağlık durumuyla alakalı olarak yanıltıcı bilgiler vermesi, gerekli önemleri almaması, enfeksiyonu dış hekimine bulaştırması, gerekli talimatlara riayet etmemesi sonucunda doğan zararın tazmin edilmesi talep ve dava edilebilir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, S. (2012). *Sözleşme Görüşmelerinde Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* C. 3 (S.9). <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934894.pdf>.

Aral, F. ve Ayrancı H. (2020). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Arıkan, M. (2009). *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu. Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17(1): 69–89.

Arısoy, M. (2019). *Diş Hekimliğinde Çapraz Enfeksiyonlar ve Kontrolü. A.Ü. Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi* 46 (3): 187–95.

Arslan, F. (2020). *Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28 (1): 400–422.

Atlan, H. (2015). *Manevi Zararı Tazmin Yolları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Bachmann, G. and Schirmer, JE. (2017). *Leistungs-Und Schutzpflichten in Der Zivilrechtsdogmatik*. Berlin: De Gruyter.

Balz, U. (1991). *Zum Strukturwandel Des Systems Zivilrechtlicher Haftung: Mangelschaden, Mangelfolgeschaden Und Weiterfressender Schaden-Eine Aufgabe Für Den Gesetzgeber?* Mohr Siebeck.

Benedict, J. (2018). *Culpa in Contrahendo: Transformationen Des Zivilrechts. Band I*. Mohr Siebeck.

Bora, S. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Manevi Tazminat Davası. Terazi Hukuk Dergisi* (83): 31–42.

Canaris, CW. (1965). *Ansprüche Wegen Positiver Vertragsverletzung Und Schutzwirkung Für Dritte Bei Nichtigen Verträgen. JZ* (15/16): 475–83.

Çavdar, P. (2017) *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. Cevdet Yavuz'a Armağan*: 736.

Demir, M. (2008). *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. EÜHFD*: 225–57.

Doğan, C. (2016). *Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri. EÜHFD XI(2)*: 49–82.

Ehmann, H. and Sutschet H. (2002). *Modernisiertes Schuldrecht*. München: Verlag Vahlen.

Erbek Odabaşı, Ö. (2020). *Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlülerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması. İzmir Barosu Dergisi 85(3)*: 61–155.

Eren, F. (2017a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

———. (2017b). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Ergüne, MS. 2007. *Olumsuz Zarar*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Ergüne, MS. (2010). *Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 1*: 909–26.

Erlüle, F. (2015). *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Erol, G. (2015). *Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Esser, J. and Schmidt E. (1995). *Schuldrecht. Band I Allgemeiner Teil. Teilband 1. Entstehung, Inhalt Und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch*. Heidelberg: Müller C.F.

Furrer, A. and Müller Chen M. (2008). *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess.

Gauch, P. et al. (2014). *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess.

Giesen, D. (1995). *Arzthaftungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Gökcan, H. (2017). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Görener, A. (2019). *Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 18(36): 67–80. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262715> (September 21, 2020).

Güleç Uçakhan, S. (2017). *Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gümüş, MA. (2021). *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. İstanbul: Yetkin Yayıncılık.

Gündüz, Ş. 2019. *Olumlu Zarar*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Hahchen, S. (2010). *Obligenheiten Und Nebenpflichten*. Berlin: Mohr Siebeck.

Havutçu, A. (1995). *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.

Heinrich, H. (1976). *Culpa in Contrahendo, Positive Vertragsverletzung und § 463 BGB*. *JURA - Juristische Ausbildung* (96): 361–67.

Himmelschein, J. (1932). *Erfüllungszwang und Lehre von Den Positiven Vertragsverletzungen*. *Archiv für die civilistische Praxis* 135(3): 255–327.

Huber, U. (1977). *Zur Haftung Des Verkäufers Wegen Positiver Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxis* 177(4): 281–348.

Von Jhering, R. (1969). *Die Positive Vertragsverletzungen von Hermann Staub*. Zurich: De Gruyter.

Karakurt, H. (2012). *Culpa İn Contrahendo*. *İstanbul Barosu Dergisi* 86(4).

Keller, M. (1948). *Das Negative Interesse Im Verhaltnis Zum Positiven Interesse*. Zurich: Schulthess.

Kılıçoğlu, AM. (2020). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitapevi.

Knütel, C. (2002). *Die Schwächen Der Konkreten und Abstrakten Schadensberechnung und Das Positive Interesse Bei Der Nichterfüllung*. *Archiv für die civilistische Praxis* 202(4–5): 555–606.

Kocayusufpaşaoğlu, N. (1978). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Yayıncılık.

Koller, A. (2017). *Schweizscher Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli Verlag.

Koyuncu, ÖN. 2018. *Diş Hekiminin Aydınlatma Yükümlülüğü*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Kramer, E. (1991). *Berner Kommentar, Bd.VI, I.Abt., Teilband, Lieferung I, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-2 OR*. Bern: Schulthess.

Kramer, E. and Probst T. (2013). *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Basel: Helbing&Lichtenhahn.

Larenz, K. (1987). *Lehrbuch Des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck Verlag.

Larenz, K. and Wolf M. 2004. *Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht Und “Sozialer Kontakt” in Monatsschrift Für Deutschesrecht*. München: CH Beck.

Lüsing, J. (2010). *Die Pflichten Aus Culpa in Contrahendo Und Positiver Vertragsverletzung*. Bern: Nomos.

Medicus, D. and Lorenz S. (2015). *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*. Bern: CH. Beck.

Merz, H. (1984). *Schwerisches Privatrecht, Obligationrecht, Allgemeiner Teil, I. Teilband*. Basel: CH Beck.

Mommsen, T. (1890). *Der Religionsfrevel Nach Römischen Recht*. Freiburg: Oldenbourg Wissenschaftsverlag.

Müller, M. and Hempel R. (2005). *Nebenpflichten Des Verkäufers Unter Besonderer Berücksichtigung Der Verjährung*. In *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 205(2): 246–74.

Neumann, I. (1989). *Leistungsbezogene Verhaltenspflichten Zur Durchsetzung Sogenannter Vertraglicher Nebenpflichten*. Heidelberg: Müller.

Nieskens, H. 2018. “Die Nebenleistung Teilt Das Schicksal Der Hauptleistung – Immer?” *Umsatzsteuer Rundschau* 67(5): 181–86.

Oğuzman, K. and Öz T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Özcan, Z. (2014). *Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu*. *AÜHFD* 63(3): 551–67.

Özdemir, H. (2011). *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*. *Europa Dra Protect Law Review* XV(1–2): 177–230.

Özer, O. (2017). *Hasta İle Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği*. *İstanbul Barosu Dergisi* 91(3).

Özkurt, Z. et al. (2011). *Diş Hekimliği Pratiğinde Çapraz Enfeksiyon Kontrolü: Hasta Tutum ve Duyarlılığının İncelenmesi*. *Cumhuriyet Dent* 14(2): 106–12.

Öztan, B. (2019). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitapevi.

Rengier, HB. (1977). *Die Abgrenzung Des Positiven Interesses Vom Negativen Interesse Und Vom Integritatsinteresse*. Berlin: Duncker Humblot.

Resnik, D. (2005). *The Patient's Duty to Adhere to Prescribed Treatment: An Ethical Analysis*. *Journal of Medicine and Philosophy* 30: 167–88.

Roth, GH. (2007). *Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil*. München: CH Beck.

Sadi, S. (2018). *Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*. *Mersin Barosu Dergisi*. 41-66.

Schmidt, R. (2016). *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, Leistungsstörungenrecht, Verbraucherschutzrecht*. Bern: Neuauflage.

Schreiber, HL. (2008). *Haftung Für Das Arztliche Behandlungsrisiko*. *ScienceDirect* (102): 520–24.

Schwarze, R. (2021). *Das Recht Der Leistungsstörungen*. Bern: De Gruyter.

Seçer, Ö. (2013). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12(1), 107-148.

Şenel, B. (2007). *Diş Hekimleri İçin Risk Taşıyan Hastalıklar ve Diş Hekimlerinin Mesleki Rahatsızlıkları*. *Gülhane Tıp Dergisi* 49: 204–12.

Şenocak, Z. (1998). *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

———. (2007). *Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*. içinde *Sağlık Hukuku Kurultayı*.

Serozan, R. (1968). *Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının*

Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi. MHAD 2(3): 108–29.

———. (2000). *Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LVIII.(1–2): 231–48.

Serozan, R. Kocayusupaşaoğlu N. Hatemi H. Arpacı A. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3.* İstanbul: Filiz Kitapevi.

Sert, G. (2004). *Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde.* İstanbul: Babil Yayınları.

Staub, H. (1900). *Die Positiven Vertragsverletzungen.* In *Kommentar Zum Handelsgesetzbuch - Erster Band 6. Und 7. Aufl.,*

———. (2015). *Die Positiven Vertragsverletzungen.* Berlin: De Gruyter.

Stoll, H. (1932). *Abschied von Der Lehre von Der Positiven Vertragsverletzung. AcP* (16): 257–320.

Tandoğan, H. (1961). *Türk Mesuliyet Hukuku.* Ankara: Filiz Yayınları.

Thiele, W. (1967). *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Jurististenzeitung.* 649–57.

Tomlinson, T. (2007). *Caring for Risky Patients: Duty or Virtue?.* *Center for Ethics and Humanities in the Life Sciences.* C.34, S.6, 458-462.

Von Tuhr, A. and Peter H. (1984). *Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts.* Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

Ulusan, İ. (1982). *Culpa in Contrahendo Üzerine. Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan C.I,* 275–319.

Weiler, F. (2014). *Schuldrecht Allgemeiner Teil.* Bern: Nomos.

Wiegand, W. (2011). *OR Basler Kommentar Zum Obligationenrecht I.* Basel: Nomos.

Yavuz, C. Acar F. and Özen B. (2021). *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Yılmaz, A. 2015. *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Zeytin, Z. (1999). *Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi - I: Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı*. BATIDER XX (2).

BÖLÜM II

Ticari İşletme Devrinde Aktif ve Pasiflerin Devredilmesi ve Sonuçları

Hasibe Sena AKKIŞLA¹

GİRİŞ

Ticari işletmenin malvarlığının hukuki işlemlere konu edilmesi ve malvarlığı devri için benimsenen özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Ticari işletme devir sözleşmesi prensip olarak işletmeyi bir bütün olarak kapsamaktadır nitekim taraflar devredilecek unsurları anlaşılarak belirleyebilirler. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.202 düzenlemesi malvarlığının ve işletmenin devralınmasına dair düzenlemede bulunmuştur. 818 sayılı BK m.179 düzenlemesi ile bir mamelekin veya bir işletmenin devralınması kuralının güncellenmiş halini oluşturmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.11 düzenlemesi ticari işletmenin malvarlığının devrine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. İsviçre Birleşme Kanunu

¹ Doktor (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), E-posta: dr.av.hasibesenaakkisla@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0478-5904.

ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikler kapsamında ticari işletmeye ilişkin birçok hükümde değişiklik yapılmıştır. Çalışmamızda güncel yargı kararları ile bu konu incelenecektir. Ticari işletmenin tarafları yapacakları devir sözleşmesi ile malvarlığının tamamını devredebilecekleri gibi bir kısmını da devredebilirler. Devir sözleşmesi esasen işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devredilmesini konu almaktadır. Taraflar devredilecek unsurlar bakımından asli unsurların devredilmesini amaçlarlar. Çünkü bir ticari işletmenin varlığını oluşturması için devredilen unsurların devralan bakımından ticari işletme niteliği taşıması gereklidir. Çalışma içerisinde tarafların devredecekleri unsurların bazılarının hariç tutulması o işletmenin konusuna, türüne ve faaliyet alanına göre değişiklik gösterdiği konusu üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız içerisinde 6098 sayılı TBK m.202 ile 6102 sayılı TTK m.11/III düzenlemesi birlikte değerlendirilmiş ve ticari işletmenin devir sözleşmesinde aktif ve pasiflerinin devrine ilişkin olarak doktrindeki görüşlere yer verilmiştir. Ticari işletmenin devrinde, hem aktifinde yer alan unsurlar hem de işletmenin borçları devir kapsamına olmasına karşın bu hükümden işletmenin tüm aktif ve pasiflerinin tamamen devredilmesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Devir sözleşmesi “işletme kabiliyeti” unsurlarına sahip olması koşulları ile sınırlandırılarak yapılabilir. Devralan ticari işletmenin, ticari faaliyetlerini sürdürmeye uygun olması gereklidir. İşletmenin edinilmiş statüsünde faaliyetlerinin devamı mümkün olmalıdır. TBK m.202 ayrıca müteselsil sorumluluk bakımından düzenleme öngörmüştür. Bu hükmün hukuki niteliği bakımından değerlendirilmesi gereklidir. Nitekim taraflar devir sözleşmesinde ticari işletmeyi ilgilendiren pasifler bakımından kapsam dışı bir hüküm belirleyebilme olasılığı bu düzenlemenin amacının anlaşılmasıyla ilgilidir.

Ticari işletme devir sözleşmesinde mal varlığının karşı tarafa devri Türk Ticaret Kanunu m.11 ile düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeye göre bir ticari işletme, içerdiği malvarlığının devri için zorunlu tasarrufa gerek kalmaksızın bir bütün olarak devredilebilir.

Bunun anlamı şudur: Normalde çeşitli sicillere tescil yoluyla kazanılan haklar, herhangi bir tescile gerek olmaksızın, ancak ticari işletme devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile kazanılabilir. Örneğin: devir sözleşmesi sonrasında gayrimenkullerin tapu siciline tescil edilmesine gerek yoktur, marka veya patent gibi fikri mülkiyet haklarının ise kendi sicillerine tescil edilmesine gerek yoktur. Düzenlemenin amacı işletme transferlerinin kolaylaştırılması ve prosedür ekonomisi gibi ilkelere dayanmaktadır.

Çalışma planında öncelikle ticari işletmenin tapu devri kapsamında ticari işletme, unsurları ve varlıkları ile bunların devrinde uygulanacak esaslar incelenmiştir. Çalışmanın bir bölümünde ticari işletmenin yükümlülükleri ele alınmakta olup, bu bölümde devralan ile devreden arasında bir borcun dâhili olarak üstlenilmesine ilişkin bir sözleşmenin varlığı ve hukuki niteliği incelenerek, bu bağlamda sonuçları incelenmektedir. Üçüncü kişilere borcun devri açısından incelenmektedir. Son olarak ticari işletme varlıklarının devrinin sonuçları açısından iki önemli sorun üzerinde durulacak ve bu bağlamda devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu ve iç üstlenim sözleşmesinden doğan savunma hakları incelenecektir.

I. TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE AKTİFLERİN GEÇİŞİ

A. Genel Olarak

Ticari işletme kavramı, hukukumuzda mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunundan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.11 ile açık bir şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım TTK m.11/1 hükmünde “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*” tanımlanmıştır. Tanımdan yola çıkılarak ticari işletmenin Kanun ve uygulama alanı içerisinde esas unsur içeren düzenlemelere konu olduğu ve esnaf işletmelerinin teknik olarak ticari işletme olmadığı anlaşılmaktadır (Arıkan 2017, 135; Ayhan ve Çağlar 2017, 135; Bozkurt 2017, 135; Kendigelen 2016, 135; Moroğlu 2016, 135). Ticari işletme, ekonomik bir nitelik

taşımaktadır ancak ticari işletmeye bir hukuk süjesi olma niteliği tanınmamıştır. Tacir, hak ve borçlara ehil olabilen bir nitelik taşır ancak ticari işletmeler kendi bünyelerinde böyle bir niteliğe sahip değildir. Bu nitelik konumuz bakımından önemlidir çünkü ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devir sözleşmesine konu olması onun hukuk objesi niteliği üzerinden gerçekleşmektedir. Tacir, ticari işletmeye malvarlığı özgüleyebilir ancak bunlar ticari işletmenin kendisi üzerinde tasarruf edebilmesini mümkün kılmaz. Ticari işletmenin ekonomik nitelikli bir hukuk objesi olması bakımından devir sözleşmesine konu edilmesi halinde bunun hakkındaki yasal düzenlemelerin kanaatimizce özel nitelik taşıdığını göstermektedir. Türk Ticaret Kanunu m.11/III düzenlemesi ile ticari işletmenin devrine dair kurallar belirlenmiş ise de ticari işletmenin şubelerinin devri bakımından böyle bir düzenleme mümkün değildir. Ticari işletmenin şubelerinin devir sözleşmesine konu edilmemesinin sebebi bağımsızlık unsurunu bulundurmamasından kaynaklanır. Türk Borçlar Kanunu m.202 ile esnaf işletmeleri ve ticari işletme devrini düzenlemiştir. İnceleme konumuz esnaf işletmelerini dışarda bırakmış ve ticari işletme devri ile ilgili inceleme yapmıştır.

Ticari işletme, işletme kavramının bir alt türü olduğundan, her şeyden evvel, işletme kavramının unsurlarını içermektedir. İşletme kavramının ticari işletmenin bir üst kavramı olduğu öğretilir; “*Her ticari işletme, bir iktisadi işletmedir ancak her iktisadi işletme bir ticari işletme değildir*” şeklinde ifade edilmiştir (Arkan 2012, 27; Bahtiyar 2017, 17; Birsnel 1970, 74; Çetiner, Bozkurt ve Armağan 2017, 53; Demirkapı 2013, 375; Domaniç 2010, 93; İmregün 1994, 8; Kendigelen 2016, 72; Tekil 1998, 569). Ticari işletmenin unsurları TTK m.11/1’deki tanıma uygun olarak gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırının aşılması şeklinde belirlenir. Gelir sağlama amacı genel olarak iktisadi amaçla kurulması ve kar elde etmeye çalışması dolayısıyla işletmelerin bir özelliğidir. Ticari işletmenin var olma amacı ve asli unsuru gelir sağlama niyetinin varlığıdır. Malvarlığını artırmaya yönelik değil muhtemel eksilmeleri önlemeye yönelik organizasyonlarda gelir elde etme amacı sağlama amacın taşır. Bir seferde, tesadüfi

nitelikteki faaliyetlerin ticari işletme düzeyine ulaşmış sayılamayacağı kabul edilmelidir çünkü kanaatimizce de ticari işletme belirli kademelerle devam eden bir gelirin var olma döngüsünü amaçlar. Bu döngü kapsamında yatırımlarının ve iktisadi kazançlarının katlanarak artmasını hedefler. Ticari işletme faaliyeti ekonomik dalgalanmaya göre ya da başkaca unsurlar sebebiyle kesintiye uğrayabilir ancak bu devamlılık unsurunu ortadan kaldırmaz, önemli olan devamlılık amacıdır. Ticaret Sicil Tüzüğü m.14/2 de açık olarak belirtilmemişse de kanaatimizce ticari faaliyetlerin bağımsız olarak yürütülmesi gereklidir. Bağımsızlık unsuru ticari işletmenin asli unsurlarının bulunması ve herhangi bir üstten emir veya talimat almadan hukuki işlemlere konu olabilmesi ve işletme faaliyetlerini gerçekleştirebilmesidir. Bir ticari işletmenin şubeleri ayrı bir ticari işletme sayılamazlar. Bağımsızlığın hukuken var olması yeterlidir. Bu kapsamda ayrıca belirtmek gerekir ki fiili olarak yavru şirketin hâkim şirkete bağımlı olmasına rağmen hukuken bağımsız olması sebebi ile ayrı bir ticari işletmeye sahip olduğu kabul edilir.

Ticari işletmenin hukuki niteliği bakımından eşyanın doğasının anlaşılması önemlidir. Ticari işletme, tacirin malvarlığının bir parçası niteliğindedir ve hukuki bir birlik olarak değerlendirilmelidir. Eşya hukuku anlamında aynı haklar ve şey'ler bir araya getirilebilir ve bunların oluşturduğu fiili birliktelik eşya kümesini oluşturmaktadır. Ticari işletme ise birçok haktan oluşmuş, bağımsızlık unsuru bulunan ve işletme niteliğine haiz hukuk objesidir. Ticari işletme kendisini işletebilecek elemanlara sahip, iktisadi amaç edinen ve malvarlığı özgülenebilen bir yapıdan oluşmaktadır bu durumda esasen bir organizasyon olarak değerlendirilebilir (Adıgüzel 2022, 35; Hirsch 1939, 167). Ticari işletmenin sözleşme ilişkileri dolayısıyla hukuki niteliği bir hukuk süjesi kabul edilmektedir (Arkan 2012, 87; Ayhan ve Çağlar 2017, 97; Bahtiyar 2017, 135; Çelikboya 2017, 245; Demir 2013, 106; Kendigelen 2016, N.447). Kendisine ait bir malvarlığı bulunmaz, tacirin malvarlığı vardır. Ticari işletme bir sözleşmeye taraf ve sözleşme dolayısıyla hak sahibi olamaz, aynı şekilde borç altına da

giremez. İşletme dolayısıyla hak sahibi olabilmek ve borç altına girebilmek, işletmenin hukuk düzeni içerisinde taşıyıcısı konumunda bulunan kişiye ait özelliklerdir; bu kişi ise, TTK'nın 16. maddesi 2. fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, tacirdir. Ticari işletmenin aktif ve pasiflerinden, işletmenin alacak ve borçlarından bahsediliyor olması ise, ticari işletmenin iktisadi bir değerinin olması yani paraya çevrilebilir niteliği ile tacirin yönetimi altında birleştirilen hak, eşya ve teşebbüslerden kaynaklanmaktadır (Adıgüzel 2022, 87; Ayhan ve Çağlar 2017, 98; Bahtiyar 2017, 135; Çelikboya 2017, 245; Kahraman 2016, 75; Karakuş 2021, 55; Karayalçın 1988, 36; Kocabey 2018, 87). Ticari işletme kendisini meydana getiren tüm unsurlarla birlikte bir bütün halinde bir sözleşmeye konu olabileceyse, onun hukuki obje niteliğini kabul edilmelidir (Ayhan ve Çağlar 2017, 98; Bahtiyar 2017, 135; Cengil 2018, 57; Demir 2013, 106; Han 2019, 87; Kahraman 2016, 1; Kendigelen et al. 2015, N.447; Yıldırım 2013, 472). Nitekim TTK'nın 11. maddesi ile hukukumuzda sürekli borç doğuran sözleşmeler de dâhil işletmenin bir bütün olarak devir sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmekle, ticari işletmenin hukuki obje niteliği de kabul edilmiş olmaktadır.

B. Ticari İşletmenin Devri

Ticari işletme devrinin hangi unsurları kapsayacağını belirlenmesinde TTK m. 11/III c.1'e göre *“içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebileceği ve diğer hukuki işlemlere konu olabileceği”* düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu, ticari işletmenin ekonomik ve ticari özelliklerine vurgu yapmaktadır dolayısıyla ticari işletmeye özgülenen malvarlığının devrine dair (aktiflerin) bir bütün ya da bir kısım olarak devrini düzenlemiştir. Nitekim ticari işletmenin devrine ilişkin incelenmesi gereken bir de Türk Borçlar Kanunu m.202 düzenlemesi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu ise ticari işletme bakımından ona özgülenmiş aktif ve pasiflerin devri için genel nitelikli bir hukuk objesi anlayışı ile düzenleme yapmıştır. eBK m.179. maddesinin özü korunarak TBK'nın 202. maddesinde

malvarlığı ve işletmenin devredilmesi düzenlenmiştir. TBK m.202 hükmüne göre *“malvarlığı veya işletmenin devri bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bir ticari işletmenin veya malvarlığının, aktifleri ve pasifleriyle birlikte devredilmesi mümkündür. Ticari işletmenin devrinde, hem aktifinde yer alan unsurlar hem de işletmenin borç ve alacakları devir kapsamına alınacaktır. Bütünlük ilkesi gereğince ticari işletme bir bütün olarak hukuki işleme tabi olmaktadır (Ayiter 1968, 16; E. Erdem 2014, 1008). Ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün olarak devredilmesi mümkün olabildiği gibi taraflar bunu sınırlayabilir dolayısıyla devir sözleşmesinde bazı unsurlar hariç tutulabilecektir. Nitekim bu sınırlama belirli kriterlere dayanmaktadır çünkü ticari işletmenin devredilen durumunun *“işletme kabiliyetine”* sahip olarak kalması gereklidir. Ticari işletme, işletme organizasyonunu ve faaliyetlerini sürdürmeye uygun olmasıdır. İşletmenin edinilmiş statüsünde faaliyetlerinin devamı mümkün olmalıdır.

TTK m.11/III, *“ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmelerin yazılı yapılacağını, ticaret siciline tescil ve ilan edileceğini ve yine, ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün olarak devredilebileceğini”* hükme bağlamaktadır. TTK m.11 dâhilinde değerlendirilen bir devir işleminde devredilen unsurlarla ticari işletmenin faaliyetine devam edebilmesinin de şart olduğunu kabul edilmelidir. Devredilen unsurlar başlıca tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar sayılmakla birlikte malvarlığı olarak kabul edilen tüm unsurlardır. Devredilen unsurlarla ticari işletmenin faaliyetine devam

edebilmesinin mümkün olması dolayısıyla da devre konu ticari işletmenin ekonomik bütünlüğünün ve devamlılığının sağlanması vurgulanmıştır (Adıgüzel 2022, 75; Arkan 2012, 41; Gürbüş Usluel 2013, 1; İmregün 1994, 14; Kahraman 2016, 1; Kendigelen et al. 2015, 115; Kocabey 2018, 87).

TTK m.11/3 ile birlikte yapılan devir sözleşmesi ile ticari işletme, kendisine özgülenmiş olan malvarlığının ve hakların ayrı ayrı nakline gerek kalmaksızın bütün halde eşya hukukundan doğan rehin, intifa gibi hukuki işlemlere konu olabildiği gibi kira sözleşmesinin de konusuna dâhil edilebilecektir. Ticari işletmenin rehin hakkında konu edilmesi bakımından kanaatimizce TTK m.11/III kapsamında ticaret siciline tescil ve ilan edilerek tarafların yazılı bir sözleşme ile devir edebilmesi mümkündür. 5995 sayılı Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133 ile de düzenlemiştir. TSY m.133/I düzenlemesine göre *“ticari işletme, Kanunun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebilir”*. Ticari işletmenin devrine ilişkin olarak TTK m.194 düzenlemesi devir sözleşmesinin kapsamını, tescil ilan sürecini ve bu sürede ticari işletmeye özgülenmiş malvarlıklarının hukuki durumları ile intikal biçimini konu almıştır. Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme başlığı ile düzenlemelerde bulunan yasa maddesi bir ticari işletmenin, ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebileceğini ve bu halde, devralan şirketin türüne göre, TTK’nın 138 ila 140, 142 ila 158 ve ortak hükümlerden 191 ila 193. madde hükümlerinin kıyasen uygulanacağını hükme bağlamaktadır (Bahtiyar 2011, 3094; Kendigelen et al. 2015, N.520). TTK m.194/III’e göre *“bir ticaret şirketinin bir ticari işletmeye dönüştürülebilmesi için, söz konusu ticaret şirketinin paylarının tümü, ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler tarafından devralınmalı ve ticari işletme bu kişi veya kişiler adına ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. Bu hâlde, ticari işletmeye dönüştürülen ticaret şirketi, bir kollektif veya komandit şirket ise mezkûr ticaret şirketinin borçlarından, ticari işletmeyi işletecek kişi ve kişiler ile ticaret şirketinin eski ortakları da 264 üncü maddedeki*

zamanaşımı süresince sıfatlarına göre müteselsilen sorumlu olurlar. Dönüştürmeye bu Kanunun 264 ilâ 266 ncı maddeleri de uygulanır”.

Taraflar ticari işletme devir sözleşmesi yaparken devirde hangi unsurların yer aldığını net bir şekilde tespit edebilecektir. Aksi takdirde ticari işletme ile birlikte hangi unsurların devredilmiş sayılacağı TTK'da belirlenmiştir. Buna göre ticari işletmenin devrinin aşağıdakileri kapsadığı varsayılacaktır: sabit varlıklar, iş değeri, kira hakkı, ticaret unvanı, fikri mülkiyet hakları, sürekli olarak işletmeye atanan varlıklar.“6102 sayılı TTK'nın 11. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesi uyarınca, devir sözleşmesinin, aksi belirtilmedikçe, sabit kıymetler, işletme değeri, kira hakkı, ticaret unvanı ve diğer fikri mülkiyet hakları ile daimi olarak devredilen varlıkları kapsadığı kabul edilir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede aksi öngörülmediği için devir sözleşmesinin davalı ile yargısız kiraya veren arasındaki kira sözleşmesinden doğan kira hakkının devrini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir”.

TTK'daki ticari işletmenin devredilmesine dair hükümlerin kaynağını 1 Temmuz 2004'te yürürlüğe giren 3 Ekim 2003 tarihli İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının Devri Kanunu (*Fusionsgeset-FusG*) oluşturmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu, ticari işletmenin tescile dayalı devrini “*malvarlığının devri*” başlığı altında m. 69 vd. hükümlerinde ayrıntısıyla düzenlemiştir. Kanun ayrıca ticari işletmenin bölünmesi, birleşmesi ve yeni oluşturulan ticari şirketlerin yapacakları hukuki işlemlere ilişkin hükümler içermektedir. İsviçre Birleşme Kanunu m. 72'ye göre, devir sözleşmesi aktif ve pasifleri kapsayan bir envanter içerir ve ticaret siciline yapılan tescil ile devir envanterinde yer alan unsurlar devralana intikal eder (Amstutz and Mabillard 2003, 79; Cathomas, Crone, and Caspar 2016, 532). Malvarlığının devri ile ilgili düzenleme esasen ticari işletmenin yapı değişikliği ile ilgili olması dolayısıyla hukuki sorumluluklarını ve bunların ihlal halleri sonucunda dava açılması hakkını da düzenlemiştir.

İsviçre Birleşme Kanunu ve kaynağını ondan alan Türk Ticaret Kanunu hükümleri esasen iktisadi olarak değer verilen ticari işletmenin bir bütün olarak devredilebilmesi anlayışına dayanmaktadır. TTK m.11/III düzenlemesine ilişkin Adalet Komisyon Raporu *“üçüncü fıkranın birinci cümlesi bir ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebileceğini hükme bağlamaktadır. Cümledeki "bir bütün halinde" ibaresiyle, ticari işletmeyi meydana getiren taşınmazlar, menkuller, fikri mülkiyet hakları gibi malvarlığı unsurlarının tescil, teslim vs. gibi özel tasarruf işlemlerinin teker teker yapılmasına gerek olmaksızın devir sözleşmesi ile intikali amaçlanmıştır. Ancak "bir bütün halinde" ibaresinin bu şekilde yorumlanabileceği endişesiyle ve görüş ayrılıklarına yer bırakmamak için birinci cümle, "Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının kanuni tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve..." şeklinde değiştirilmiş, ayrıca son cümle, "Bu devir sözleşmesi ile ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur" haline getirilmiştir"* kısmı ile TTK anlayışını ortaya koymuştur (Kendigelen 2016, 127; Topuz 2012, 21). Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nu' borçlar ve sorumluluklar anlayışı ile çatışmakta ve TBK m.202 maddesinin uygulanması ile TTK m.11/III düzenlemesinin uygulamada karmaşa yaratmasına neden olmaktadır. İsviçre Birleşme Kanunu incelendiğinde TTK içerisinde düzenlenmeyen ve Türk Hukuku bakımından farklı bir hukuki anlayışla düzenlemeler yapmış olduğu görülmektedir. Örneğin: FusG ticari işletmeler gibi ticari işletme şubelerinin, bölümlerinin bazı ekonomik bütünlükteki malvarlığı değerlerinin aktif ve pasifleri ile devredilebileceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce doktrindeki eleştirilerin ve uygulamadaki sorunların kaynağını Türk Ticaret Kanununda yapılan düzenlemelerin İsviçre Hukuk anlayışı çok dikkatli değerlendirilmeden gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Ticari işletmenin devri için yazılı bir sözleşme gerekmektedir. Devir sözleşmesinin hukuki niteliği borçlandırııcı işlemidir. TTK m.11/III düzenlemesi incelendiğinde sözleşmenin yazılı

yapılmasının niteliğinin taraflar için ispat şartı değil geçerlilik şartı olduğu anlaşılmaktadır. Devir sözleşmesinin içerisine, tarafların adı soyadı, unvanı ve tebligat adresi, ticari işletmenin kapsam dışı unsurları, ticari işletmenin bir bütün olarak devredildiğinde ve devamlılığının sağlandığına ilişkin koşulsuz beyan, ticari işletmenin satış fiyatı ve ödeme koşulları yazılır. Ticari işletme olağan yazılı şekilde yapılmayan bir sözleşmeye dayanılarak devredilemez. Devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması devir işleminin hukuken anlam ifade edebilmesi için yeterli değildir. Devir sözleşmesinin Ticaret Siciline tescil edilmesi ve devrin ilan edilmesi zorunludur. TSY m.22 düzenlemesi tescile ilişkin düzenlemeyi konu edinmiştir. Doktrinde aksine görüşler mevcut olsa da bizim de katıldığımız görüşe göre devir sözleşmesi borçlandırııcı nitelikte hukuki işlemdir, tasarruf işlemi değildir dolayısıyla tescil işlemi burada tasarruf işlemi olarak kabul edilmelidir.

Devir sözleşmesinin yapılması devralana intikal için yeterli bir hukuki işlem değildir. TSY m.133 düzenlemesi de devir sözleşmesinin tescil edilmesi ile sözleşmenin bir hüküm ifade edeceğini düzenlemiş ve bu görüşü destekler niteliktedir. Sözleşmenin tescil anı devirin taraflar ve üçüncü kişiler bakımından dikkate alınması bakımından önemlidir. Devir sözleşmesinin tescili ile işletmeye ait malvarlığının mülkiyeti devredilmektedir. Tescil bu durumda hukuki nitelik olarak kurucu nitelik taşımaktadır. Devredilen malvarlıklarının tescil edilmemesi tescilsiz iktisap hali olarak değerlendirilmelidir. Tarafların menfaatlerinin dengelenmesi bakımından ve eşyanın doğası gereği tescil zorunlu niteliktedir. Türk Hukuk sisteminde Tapu Siciline güven ilkesi benimsenmiştir. Devredilen malvarlığının Ticaret Siciline tescil edilmesi esasen TBK m.202 düzenlemesi kaynaklıdır her ne kadar TTK m.11/III düzenlemesinin kaynağı FusG olsa da Türk Hukuk sistemi anlayışı içerisinde bu yasal maddelerin değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmeler bakımından devir sözleşmesi ilan edilmelidir ve üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmak amacıyla gerekli bir açıklama prosedürü gerçekleştirilmelidir. Ticaret sicili açısından söz konusu işlemlerin tescil edilmesiyle birlikte, TTK m. 36/III hükmü

uygulama alanı bulacak ve üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmeyecektir.

C. Aktiflerin Geçışı

Borçlandırıcı işlem niteliğinde olan ve ticari işletmeyi konu alan devir sözleşmesi, devreden ile devralan ya da bunların usulüne uygun yetkilendirilmiş temsilcileri arasında akdedilecek iki taraflı bir hukuki işlemidir. Ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devrine ilişkin sorumluluk rejimini düzenleyen TBK m. 202, alacaklıların rızasını aramaksızın devirden sonra yapılacak bildirim ya da Ticaret Sicili Gazetesinde devrin ilanı üzerine ticari işletmeyi ilgilendiren borçların devralana geçeceği düzenlenmiştir. Aktif kavramının anlamı ise gerçek veya tüzel kişiliğe ait malvarlığının mevcut ve alacak hakları olduğu söylenebilir. Aktiflerin devri için genel kural mülga BK m.179 ile düzenlenmiş ve aktiflerin devrini öngörmesine rağmen, pasifleri sözleşme dışı bırakan bir devir sözleşmesi geçersizdir veya böyle bir durumda, pasiflerin de devredildiğinin kabulü gerekir. Çünkü mevcut aktifler, alacaklılar açısından pasiflerin doğal güvencesi niteliğindedir (Adıgüzel 2022, 78; Ayhan ve Çağlar 2017, 98; Han 2019, 89; Kahraman 2016, 1; Kendigelen et al. 2015, N.520; Poroy ve Yasaman 2017, 42). TBK 202. madde anlamında bir işletme devrinin söz konusu olması için işletmenin tüm aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin aktifleri bir kül olarak devredilir. Ticari işletmeye özgülenen malvarlığının asli nitelikteki unsurlarının dışında bir kısım değer hariç tutulabilir. Aktiflerin devrindeki amaç ticari işletmenin devamlılığını sağlayan ve bütünlüğünü bozmayan nitelikteki malvarlığının ve aktifinin devredilmesi gereklidir. Aktiflerin tespit edilebilmesi bakımından işletmenin bilanço defteri, envanter ve diğer ticari kayıtları incelenmelidir. Aktiflerin devrinde İsviçre Borçlar Kanunu m.181 düzenlemesi söz konusudur. Aktiflerin devri bakımından cüz'i halefiyet ilkesini benimsemiştir (Amtschutz and Mabillard 2003, 45; Cathomas, Crone, and Caspar 2016, 533; Kaplan 2020, 314). İsviçre Birleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu düzenleme devir sözleşmesinde

uygulanacak kuralların FusG'in uygulanacağını kabul etmiştir. Aktiflerin devri içinse her bir malvarlığı unsuru için o malvarlığı unsurunun niteliğine uygun tasarruf işlemi gerçekleştirilmesi gerekir. Devredilecek malvarlığının ve ticari işletmenin kendi içerisinde bir bütünlüğünün olması kabul edilmiştir. İsviçre Hukuku bakımından da İsviçre Borçlar Kanunu m.181 düzenlemesi ile İsviçre Birleşme Kanunu düzenlemeleri arasında bir ikilik bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim bunun yansımaları Türk Hukuku bakımından da görmektediriz.

1. Halefîyet İlkesi

Halefîyet, geniş anlamıyla bir kimsenin yerine bir başkasının geçerek bu kişiye ait bir hak veya borçları üstlenmesidir (Bozkurt 2017, 87; Çelikboya 2017, 14; Demir 2013, 3; Han 2019, 25). Dar anlamda halefîyet ise başkasına ait bir borcu yerine getiren kimsenin kanundan dolayı kendiliğinden alacaklının haklarına sahip olmasıdır. Ticari İşletme devri bakımından geniş anlamda halefîyetin değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Halefîyetin iki çeşidi mevcuttur, bunlar: cüzi halefîyet ve külli halefîyet. Cüzi halefîyet, hak ve borçların her birisinin tek başına devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçişidir (Acemoğlu 1971, 122; Bahtiyar 2013, 98; Bozkurt 2017, 25; Çelikboya 2017, 15; Kocabey 2018, 87). Külli halefîyet ise hukuk kişisine ait tüm hak ve borçların bir kül olarak devredilmesi şeklinde yapılan devirlerde geçerli kabul edilen ilkedir (Acemoğlu 1971, 122; Bahtiyar 2013, 98; Bozkurt 2017, 25; Çelikboya 2017, 15; Kocabey 2018, 87). Bu kavramların yanında ayrıca kısmi külli halefîyetten bahsetmek gereklidir. İsviçre Birleşme Kanunu uyarınca ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri bakımından bu kavramın külli halefîyetten farklı olduğu görülmektedir. İsviçre Birleşme Kanunu m.73/II düzenlemesi kısmi külli halefîyeti şu şekilde açıklamıştır, *“malvarlığı devri sonucunda aktiflerin ve pasiflerin devralana geçmesi, tarafların belirlemiş oldukları malvarlığı unsurlarının devre konu olmasıdır”*. Devir sözleşmesinde külli halefîyet ilkesi gereği intikal edecek olan tüm malvarlığıdır oysa kısmi külli halefîyette tüm malvarlığının değil bir kısmının devredilmesi

sözleşmeye konu edinir (Cathomas, Crone, and Caspar 2016, 534; Weber 2014, 131). Devredilen ticari işletme bakımından bir özelliği ise kısmi külli halefiyette devrolunan şirketin hukuki varlığı devam etmektedir. Özellikle yeniden yapılandırılması planlanan ticari işlemler bakımından devir sözleşmesi basitleştirilmek amaç edinilmiştir.

Ticari işletmenin devri sözleşmesi bakımından devreden ile devralan bakımından zilyetlik derecesi olduğu da kabul edilmelidir. Asli zilyet ve ferî zilyetlik kavramlarının yine ticari işletme malvarlığının devredilmesi yönüyle düşünülebileceği söylenebilir. Türk Medeni Kanunu ile düzenlenen zilyetlik kavramının çeşidi olarak ortaya çıkmaktadır. Sahip olma iradesi ile elinde bulundurma hukuki durumuna verilen zilyetlik, asli ve ferî biçimde ikiye ayrılabilir. Asli zilyetlik, bir mala malik olma sıfatıyla sahip olma hukuki durumunu ifade ederken ferî zilyetlik sınırlı bir aynî hakla veya kişisel bir hakka dayanan hukuki durumunu ifade etmektedir. Kanaatimizce devralan, aslında malvarlığı unsurları üzerinde ferî zilyet olduğudur.

Kural olarak devir sözleşmesi ile aksine bir düzenleme öngörülmemiş ise külli halefiyet ilkesi geçerlidir. Cüz'î halefiyet ilkesinin uygulanabilmesi de pekâlâ mümkündür ancak taraflar sözleşme ile bunu açıkça düzenlemelidir (Çelikboya 2017, 95; Cengil 2018, 26; Hazıroğlu 2017, 75; Karakuş 2021, 127). Mülga Ticaret Kanunu sistematğinde ticari işletmenin devir sözleşmesinde her bir varlık için tek ve ayrı işlemlerle yapılması kabul edilmekteydi ancak bu durum hem pratik değil hem de çok karmaşık bir yapıyı oluşturmaktaydı (Adıgüzel 2022, 98; Cengil 2018, 103; Kendigelen 2016, 72). Devir sözleşmesinde cüzî halefiyet ilkesi benimsenmesi halinde alenilik sorunu söz konusuydu. Aleniyet problemi bakımından devir dışında kalan üçüncü kişilerin korunması bakımından ayrıca tedbir alınması gerekli hale gelmekteydi (Y 3. HD E. 2017/16792 K. 2019/414 T. 22/01/2019; Y. 11.HD. E. 2017/1083 K. 2019/240 T. 10/01/2019; HGK E. 2017/549 K. 2018/1360 T. 27.09.2018).

Devir sözleşmesinde uygulanacak farklı halefiyet türlerinin yaratacağı bir karmaşa ise devralanın külli halefiyet prensibini benimsemesi halinde devredenden tüm malvarlığını devralması ve varlığı bilinmeyen aktif ve pasiflerinde devrin bütünü kapsamında olması halidir (Adıgüzel 2022, 99; Demir 2013, 45; Han 2019, 104; Kahraman 2016, 1). Bu durum esasen bir sürpriz risk yaratmakta ve güvenli işlem hayatının bozulmasına sebep olmaktadır. Sözleşme taraflarının bütüncül menfaatlerinin dengesinin korunması bakımından bu konu üzerinde durulması gereken bir noktadır. Devralan, devreden tüm malvarlığını alması halinde ihtiyacı ve beklentileri üzerinde hukuken korumasız kalacaktır. Bununla birlikte devredilenler çeşitlilik ve asıl devralınacakların beraberinde getirdikleri sebebiyle de karmaşık bir hal alacaktır. Sonuçta işlem güvenliği üzerine belirsizlik ve riskleri beraberinde getirecektir.

Yeniden yapılan düzenlemeler karşısında bu ilkelerin uygulanması hem sistemi yavaşlatmış hem de devir işleminden beklenen pratik faydanın azalmasına sebep olması dolayısıyla bu halefiyet sistemlerindeki yetersizlikleri düzenleme yoluna gidilmiştir (Çelikboya 2017, 189; Demir 2013, 125; Han 2019, 347; Kahraman 2016, 145). Kısmi külli halefiyet kavramı ön plana çıkmıştır. Kısmi külli halefiyet, devreden malvarlığının belirli bir kısmını tek bir işlemle, her bir unsur için ayrı ve tek işlem yapılmasına gerek olmaksızın devralana geçirilmesini oluşturur (Çetiner, Bozkurt ve Armağan 2017, 65; Kendigelen et al. 2015, 167). Bu halefiyet tipi kaynağını İsviçre Birleşmeler Kanunu'ndan alır ve bu Kanunla düzenleme altına alınmıştır daha sonra Türk Ticaret Kanunu içerisinde ticari işletmenin devri için benimsenmiştir (Adıgüzel 2022, 96; Han 2019, 102; Kocabey 2018, 115; Ülgen ve Arıcı 2010, 1770). TTK m.11/3 hükmü *“Ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fîkrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdği kabul olunur. Bu*

devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir” düzenlemesi ile ticari işletme devrinin tescil edilmesi (Çelikboya 2017, 191; Demir 2013, 1; Han 2019, 62; Karakuş 2021, 87) ve birlikte devir işlemi bakımından malvarlığı unsurları başka bir işleme gerek kalmaksızın bir bütün olarak devralana geçmektedir.

Kısmi külli halefiyet, devrin kapsamı bakımından önem teşkil etmektedir. Devrin konusu malvarlığının belirlenmiş bir kısmıdır ve halefiyet bu sınırlı malvarlığı üzerinden gerçekleşir (Adıgüzel 2022, 105; Çetiner, Bozkurt ve Armağan 2017, 114; Poroy ve Yasaman 2017, 124). Kısmi külli halefiyet ilkesi bakımından yapılacak devir bakımından devredenin bütün malvarlığını teşkil ediyor olsa da devir kısmi külli halefiyete göre yapılacaktır. Külli halefiyet devredenin kişiliğinin sona erdiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumlarda malvarlığı unsurunun geçişine engel olunması halinde hak veya borçları muhafaza edecek bir tüzel kişi kalmayacağından hak ve borçların kime ait olacağı sorunu söz konusudur. Kısmi külli halefiyet ilkesinde kişiliğin sona ermesi gibi bir durum kural olarak söz konusu değildir bu nedenle külli halefiyetten farklı olarak devrin hiç gerçekleşmemesi halinde söz konusu malvarlığı unsuru sahipsiz kalmaz ve devredenin malvarlığında yer almaya devam eder (Han 2019, 132; Kahraman 2016, 601).

Türk Ticaret Kanunu m.11/3 ile kısmi külli halefiyet ilkesi doğrultusunda ticari işletmelerin devrinin aktiflerinin geçişi düzenlemesiyle emredici nitelikte olmayan bir kural getirmiştir. Bu durum özellikle tarafların bu devir işlemi somut olayın pratik fayda ve tarafların menfaatine olacak şekilde ister her bir varlık için tek ve ayrı işlemlerle ister sözleşmenin tescil edildikten sonra malvarlıklarının bir bütün olarak tescil edilebilmesini mümkün kılmıştır. Ticari işletmenin aktifleri cüz’i halefiyet uyarınca devredilse dahi borçların TBK m.202 uyarınca bir kül olarak devredilmesine bir engel bulunmamaktadır yeter ki devredilen hususlar TBK m.202 uyarınca bir işletme veya bir malvarlığı olarak kabul edilebilsin.

2. Ticari İşletmenin Aktif ve Pasiflerinin Devredilmesi ve Tescil Edilmesi

Ticari işletme devir sözleşmesine konu olabilir, kiralanabilir, bir başka şirkete sermaye olarak konu olabilir, rehin verilebilir. Ticari işletmenin malvarlığını oluşturan unsurlar maddi ve maddi olmayan unsurlar olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Örneğin: bina, mağaza, arazi, depo gibi taşınmazlar ve bunların bütünüleyici parçasını veya eklentisini oluşturan makineler, tesisler, ham-mamul maddeler, nakit para maddi unsurlar arasında kabul edilir. Ticari işletmenin para alacakları, ipotek, rehin hakkı, kıymetli evrak üzerindeki haklar, marka, ihtira üzerindeki haklar eser üzerindeki fikri haklar, işletmenin iştirakleri varsa iştirakler dolayısıyla sahip olunan haklar, know-how, maddi olmayan unsurlar olarak değerlendirilir. Ticari işletmenin aktiflerinin devredilmesi hem devamlılığını sürdürebilmesi bakımından hem de sözleşme taraflarına menfaat sağlaması bakımından önemlidir. Bu devir sözleşmesinin faydası olduğu gibi riskleri de mevcuttur. Bu riskler bakımından bir tanesi malvarlığında bulunan taşınmazlar üzerindedir. Ticari işletmenin aktifi içerisinde taşınmazların mülkiyetinin geçişi eşya hukuku bakımından ve ticaret hukuku bakımından önemlidir. TTK m.11/3 incelendiğinde bütünlük esasının benimsenmiş olması görülür ve tek tek Tapu Siciline tescil edilmesine gerek olmadan devir sözleşmesinin yapılması ve Ticaret Siciline tescil ile geçeceği düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu m.705/1 kapsamında taşınmaz mülkiyetinin devri, kural olarak tapu siciline yapılan tescil ile gerçekleşmektedir. Kanun sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle de tescilsiz kazanım halleri öngörmüş olabilir (Esener ve Güven 2019, 167; Oğuzman, Özer ve Özdemir Oktay 2020, 402; Sirmen 2013, 178). Ticari işletme devri sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesi ile beraber, ticari işletmeye özgülenmiş taşınmazların mülkiyeti tapu siciline tescile gerek olmaksızın ticari işletmeyi devralana geçmiş olacaktır. Tapu sicilinde yapılacak tescil işlemi ise ancak açıklayıcı bir etkiye sahip olacaktır (Çelikboya 2017, 196; Esener ve Güven 2019, 177; Oğuzman, Özer ve Özdemir Oktay 2020, 152).

Ticari işletme devrinde ticaret sicili müdürü tarafından tapu siciline bildirim yapılması zorunludur, Ticaret Sicil Yönetmeliği m.135/5 ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre *“ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dâhil olan tapu, gemi ve fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir”*. Ticaret Sicil Yönetmeliği bildirim zorunluluğu getirmekle beraber (Gürbüş Usluel 2013, 152), bildirimin içeriği ve bildiri alan sicil memurunun yapması gereken işlemler bakımından herhangi bir açıklama yoktur. *“Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Ayni Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğde”* (Siciller Arası İşbirliği Tebliği) ile belirsizlik giderilmiştir. Siciller Arası İşbirliği Tebliği m.6 bildirim üzerine ilgili sicil memurlarının yapması gereken işlemleri, bu sicillere ilişkin re’sen işlem yapılıp yapılamamasına göre farklı usullere tabi tutmuştur (Ayhan ve Çağlar 2017, 127; Bozkurt 2017, 145; Erdem 2013, 137). İlgili düzenlemeye göre *“müdürlüklerin bildirimini alan ilgili sicili tutan kurum tarafından, kendi kayıtlarında resen işlem yapılabilmesine imkân tanıyan durumlarda mal ve haklar yeni sahipleri adına tescil edilir. Resen tescilin mümkün olmadığı durumlarda ise; ilgili sicil memurluğunca bildirimin alındığı anda kendi kayıtlarına, mal ve hakların geçişinin dayanağı olan işlemin Kanun hükümlerine göre tamamlandığına ilişkin şerh konulur ve ilgililerin başvurusu üzerine gerekli harç ve giderler alındıktan sonra, mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılır”*. Bildirimi alan tapu memurunun resen tescil işlemi yapılması hususunda belirsizliğin giderilmesi gereklidir.

Tapu sicili, kural olarak talep üzerine işlem yapılan bir sicildir (Tapu Sicil Tüzüğü m.16). Bu nedenle ticari işletme devri yoluyla bir taşınmaz iktisap edilmesi halinde, ticaret sicil müdürü tarafından yapılan bildiri alan tapu sicil memurunun doğrudan taşınmazı devralan adına tescil etmek yerine, yalnızca ticari işletmenin devri işlemini ilgili taşınmazın sayfasına şerh etmesi gerekmektedir (Ertaş 2020, 123; Oğuzman, Özer ve Özdemir Oktay 2020, 404; Sirmen

2013, 164). Ticaret sicil müdürünün veya tapu sicil müdürünün gerekli işlemleri yapmaması halinde ticari işletmeyi devralan kişi zarara uğrayabilir. Ticaret sicil müdürü veya tapu sicil müdürünün işlemlerinden dolayı devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır (Avcı ve Bilgin 2019, 18; Bağcı 2021, 24; Grgeç 2016, 1186; Sariaslan 2017, 394; Sirmen 1975, 23).

Tapu siciline güven ilkesi sebebiyle, (TMK m.1023) gerçek hak sahipliğini yansıtmayacak biçimde tapuda malik görünen kişiden mülkiyet iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak iktisabı korunmaktadır. Ticari işletme devrinin ticaret siciline tescil edilmesi ve daha sonra Türk Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmiş olmasının, ticaret sicilinin olumlu etkisi neticesinde üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldıracadı dlebilir. Buna bağlı olarak ise tapu siciline güvenerek taşınmazı iktisap edenin MK m.1023 uyarınca mülkiyeti kazanması mümkün olmayacaktır; zira tapu siciline güven yalnızca iyi niyetin bulunduğu hallerde korunmaktadır (Erdem 2013, 998; Sariaslan 2017, 395; Sirmen 1975, 24).

Tesisat kavramı ticari işletmenin aktifleri içerisinde yer almakla birlikte ticari işletmenin maddi unsurlarındandır ve devir sözleşmesine konu edilebilir (Bahtiyar 2017, 23; Bozkurt 2017, 25). Duran malvarlığı olarak da isimlendirilen tesisat işletmeye ait gayrimenkuller ve menkul mallar anlaşılmalıdır. Ticari işletmenin sahip olduğu bu mallar devredilecek ise ilgili sicillere tescil edilmesi için bildirimde bulunulması gereklidir. Gayrimenkul ve mtemmin cüzleri ile menkuller tesisat kavramına dhildir. Bir görüşe göre taşınmazın devri yapılmadan işletme devrinin yapılmasının bir anlamı kalmayacak ise devir sözleşmesi taşınmazın devrinin yapılamaması sebebiyle gerçekleştirilmeyecek ve sözleşme Şekle uyulmamasından dolayı geçersiz olacaktır (Acemoğlu 1971, 52; Adıgüzel 2022, 130; Topuz 2012, 102). Aksi görüşte olanlar bu durumda devri sözleşmesinde kısmi geçerlilikten bahsedileceği, taşınmaz bölümü için geçerli olmayacağını savunmuşlardır (Bahtiyar 2017, 82; Birsl 1970, 71). Kanaatimizce taşınmazın işletme için esaslı unsur olduğu durumlarda devrin bir anlamı

olmayacağı, sözleşmenin geçersizliğini kabul etmenin taraf iradelerine daha uygun olacağı menfaatler bakımından önem teşkil eder.

Kiracılık hakkı özellikle ticari işletmenin bir başkasına devri halinde önem kazanmaktadır (Arkan 2012, 44; Bahtiyar 2017, 27). TTK'nın 11/3. maddesine göre, *“ticari işletme devri ile birlikte, eğer işletmenin faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz devredene ait değilse, devir ile birlikte kiracılık hakkının da devralana geçtiğinin kabul edilmesi”* gerekmektedir. 6098 sayılı TBK m. 323'de yapılan düzenleme ile işyeri kiralarında kiraya verenin, haklı bir sebep olmadıkça kiracılık hakkının devrine onay vermekten kaçınamayacağı düzenlenmektedir. Kiralayan haklı bir sebebi olmadıkça devreden tarafından kullanılan ticari işletmeye ait taşınmazı devralana kiralamaktan kaçınamayacaktır. Kiracılık hakkı TTK m. 11/II'de ticari işletmenin unsurları arasında sayılması nedeniyle, kira sözleşmesinde bir açıklık olmasa dahi kiracılık hakkının da devralana geçirilmesi sonucunu doğuracağı fikrinin daha uygun olacağı düşünülebilir (Acemoğlu 1971, 80; Han 2019, 114; Kocabey 2018, 155).

TTK m.39f.1 uyarınca *“tacir, ticaret unvanını ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır”*. TTK m.39 f.2 uyarınca da ticaret unvanı ticari işletmede görülebilir bir yerde belirtileceği gibi ticari işletmeye ilişkin belgelerde de ticaret unvanına yer verilmesi gerekmektedir. Ticaret unvanı tacirin ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı ad olarak tanımlanmaktadır. Ticaret unvanının asıl işlevi taciri diğer tacirlerden ayırt etmesidir. Ticaret unvanının diğer bir işlevinin ise ticari işletmeyi tanıtmayı gibi bir işleve sahiptir (Çelikboya 2017, 205; Kendigelen et al. 2015, 309; Kocabey 2018, 162). Ticaret unvanı TTK 51/1'e göre işletmeden ayrı olarak tek başına devredilemez. Devredildiği takdirde, devir geçersiz olacağı gibi, TTK. m. 53/II'de belirtilen cezai müeyyide söz konusudur.

Ticari işletme devri bakımından müşteri çevresinin de devri sorunu gündeme gelmektedir. Müşteri çevresi, hizmet veya mal tedarik etmek suretiyle devamlı olarak işletme ile ilişkide bulunan kişiler olarak tanımlanmaktadır (Acemoğlu 1971, 84; Kahraman 2016, 1; Özsunay 1962, 6). Her ticari işletmenin uzun yıllar belirli bir çevrede faaliyetini sürdürmesi sonucu belli bir müşteri çevresi vardır. İşte, ticari işletmenin belirli bir süre faaliyet göstermesi sonucu elde etmiş olduğu müşteri çevresi (peştemaliye – good-will), o işletmenin gayrimaddi unsurunu oluşturur. Taraflar bir taşınmazı veya bir fikri mülkiyet hakkını devrettikleri gibi bir müşteri çevresini tek bir hukuki işlem ile devretme imkânına sahip değildirler. Müşterilerin diledikleri kişiler ile sözleşme yapma özgürlükleri, müşteri çevresinin bir devir sözleşmesinin konusu olmasına engeldir. Bu nedenle eleştirel bakış açısıyla müşteri çevresinin devrinin işletme değerinin devri borcu kapsamında olmadığını ileri sürülebilir (Akçaal 2014, 107; Çelikboya 2017, 210; Cengil 2018, 122). Taraflar aralarında yapacakları sözleşmede açıkça belirtmeseler dahi bu durum, müşteri çevresinin devri sebebiyle kanuni bir rekabet yasağına tabi olmaktadır (Acemoğlu 1971, 85; Adıgüzel 2022, 82; Han 2019, 44). Tarafların işletme değerini veya işletme değerinin bir bileşeni olan müşteri çevresini devir kapsamı dışında bırakmaları halinde kanaatimizce de artık devreden rekabet yasağından bahsedilmez (Akçaal 2014, 158; Ayhan ve Çağlar 2017, 27; Demir 2013, 44; Kocabey 2018, 212).

Ticari işletme devri halinde devreden rekabet etmeme borcu altında olduğu baskın doktrin görüşüdür (Acemoğlu 1971, 85; Akçaal 2014, 158; Arkan 2012, 44; Han 2019, 245; Karakuş 2021, 153). Rekabet yasağının TMK m.2 kapsamında yer alan dürüstlük kuralına dayanması hususu dikkate alınmalıdır. Ticari işletme devri sonrasında devreden tabi olacağı rekabet sınırlaması yan sınırlama niteliğindedir. Yan sınırlamalar, birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belirli süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır (Çelikboya 2017, 115; Erdem 2013, 91; Özşahin 2016, 107). Kanaatimizce yan sınırlamanın hukuka uygun

olabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili, yoğunlaşma işleminin amacı bakımından gerekli ve olayın niteliğine göre makul olması gerekmektedir. Ticaret hukuku ile rekabet hukuku kurallarının eşgüdümün sağlanması bakımından ticari işletme devrine bağlı olarak doğan rekabet yasağı ister sözleşmeden ister dürüstlük kuralından kaynaklanıyor olsun, rekabet yasağının söz konusu kurallara uygun olması gerekmektedir.

Marka, işletmenin aktif ve pasif kavramı içindedir. Bu nedenle devirle birlikte markada devredilir. Mahkeme ilamı dışında marka devri yazılı olarak yapılır. Ancak işletme devri yazılı olarak yapılması şartı gerçekleştiğinde bu yazılı şekil markanın da devrini içerdiği görüşü ileri sürülmüştür. TTK'nun 11. maddesinde taraflarının aksini kararlaştırmadığı müddetçe devir sözleşmesinin diğer fikrî mülkiyet haklarının devrini de içerdiği kabul edilmektedir. Ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinde, devir sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece işletmeye ait markaların veya işletmedeki üretim için önem taşıyan patent devrini de kapsar (Haziroğlu 2017, 1).

Alacaklar ancak temlik edilebilir ise işletme ile birlikte devredilebilir. Kural olarak bir borç ilişkisinden doğan tüm alacaklar temlik edilebilir. İstisnaen kanundan, sözleşmeden ve işin niteliğinden kaynaklanan bir temlik engeli mevcut olabilir. İşletmeye ait alacakla ilgili bir temlik engeli mevcut ise, söz konusu alacak devredilebilir nitelikte değildir. Ticari işletmenin devrinde topyekûn temlik imkânından yararlanılarak alacaklar temlik edilebilir. Ticaret Kanunumuzda kıymetli evrakın devrine (TTK. m. 559 vd.) ilişkin olarak alacağın temlikini düzenleyen genel kurallardan (TBK m. 162- 171) farklı özel hükümlere yer verilmiştir. Kıymetli evrakın devrinde Ticaret Kanunundaki özel kurallar öncelikle uygulanacaktır. Ticaret Kanunu madde 559'a göre, “*Kıymetli evrakın devri için her halde senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır. Ayrıca, emre yazılı senetlerde ciroya, nama yazılı senetlerde yazılı bir devir beyanına da ihtiyaç vardır*”.

II. TİCARİ İŞLETME DEVRİNDE PASİFLERİN NAKLİ

Bir malvarlığının aktif unsurlarının kazanılması halinde kazanan kimse bakımından doğal bir sonuç olarak pasif unsurların da beraberinde geçmesi söz konusu olacağı söylenemez. Kimse borçlu olmayı kabul etmedikçe bir pasiflerin intikali mümkün olmaz (Han 2019, 201; Kahraman 2016, 605; Karakuş 2021, 227). Borcun üstlenilmesi bakımından bir sözleşmenin yapılması gereklidir. Ticari işletmenin pasifleriyle birlikte devri hali külli halefiyet ilkesi doğrultusunda yapılır. Elbette bu düzenleme genel bir hüküm niteliğinde olup işletmeler için kabul edilen bir kuraldır (Bahtiyar 2017, 215; Çetiner, Bozkurt ve Armağan 2017, 278; Kendigelen et al. 2015, 194).

Ticari işletmenin faaliyetleri ve organizasyonu içerisinde borç ve yükümlülükler de yer almaktadır. Ticari işletmenin pasifleri içerisinde alınmış krediler, üçüncü kişilere olan borçlar ve işletilmesi sebebiyle doğan yükümlülükler bulunur. Borçlar ve fer'ileri, ticari işletmenin devri sözleşmesine göre devreden alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ileri ile birlikte devralana geçecektir. İntikal etmeyecek olanlar ise devreden tacirin şahsına sıkı suretle bağlı olan borçlar ile rekabet etmeme borcu kabul edilir. TTK m.11/III düzenlemesinde devir sözleşmesinde aktiflerin bir kısmının devir kapsamı dışında bırakılabileceği düzenlenmiştir nitekim aynı durumun pasifleri için de uygulanabileceği düşünülebilir ancak TBK m.202 düzenlemesine göre pasiflerin tamamının ya da bir kısmının devir sözleşmesi dışında bırakılmasına imkân tanınmamıştır. TBK m.202 bütünlük ilkesine hizmet etmektedir ve bunun yansıması olarak TTK m.11 düzenlemesi de uymaktadır dolayısıyla pasiflerin teminatı olan aktiflerin devredilmesi halinde pasiflerin devir sözleşmesi dışında bırakılmayacağı kanaatimizce kabul edilmelidir. Devir sözleşmesinde borçlardan sorumluluğun sınırlanmasına dair bir hükmün düzenlenmesi halinde bu hüküm geçersiz olacaktır (Acemoğlu 1971, 105; Arkan 2012, 45; Karakuş 2021, 195).

A. Tarafların İç Üstlenme Sözleşmesi

TBK m.202 ile TTK m.11/III beraber incelendiğinde bir ticari işletmenin tüm malvarlığının beraber küll halinde devredilmesi

hususunda olanak tanıdığını görmekteyiz. Borcun nakli ya da pasiflerin devri bakımından genel kural sebebiyle ve ticari işletmenin devrini kolay hale getirmek amacıyla detaylı incelemek gereklidir. Türk Hukuku'nda borçların devri TBK m.195 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TBK m.195, borçlu ile borcu yüklenecek kişi arasındaki ilişkiyi (*iç üstlenme*) düzenlerken TBK m.196, borcu devralacak kişi ile alacaklı arasındaki ilişkiyi (*dış üstlenme*) düzenler. İç üstlenmenin gerçekleştirilmesi tek başına borcun nakledilmesi sonucunu doğurmaz. Borcun borçludan devralana geçirilmesi, ancak dış üstlenme işleminin tamamlanması ile birlikte gerçekleşir. Bu nedenle borcun devri kavramı ile aslen dış üstlenme ifade edilmektedir. Borcun devri işleminde, alacağın temlikinden farklı olarak alacaklının devre onay vermesi gerekmektedir (TBK m.196). Bu durum özellikle ticari işletme gibi çok sayıda borç ilişkisini içeren ve buna bağlı olarak çok sayıda alacaklıyı ilgilendiren bir malvarlığı bütünüünün devrini önemli ölçüde zorlaştırmakta; hatta çoğu zaman imkânsız hale getirmektedir. Zira borçların devri için her bir alacaklının onayının alınması fiilen mümkün değildir. Bu amaçla Kanun Koyucu, bir malvarlığı veya bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün olarak devredilmesi halinde borcun nakli bakımından özel bir rejime tabi olmasına imkân tanımıştır (Arıkan 2017, 139; Çelikleboya 2017, 174; Karakuş 2021, 194). Ticari işletmenin devir işleminin maddede belirtilen usullerde alacaklılara duyurulması şartıyla alacaklının rızası aranmaksızın devredilebilecektir.

Pasiflerin TBK m.202 uyarınca geçişinde de bu iki aşamanın muhafaza edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, ticari işletme devir sözleşmesi iç üstlenme işlemini teşkil etmektedir. Ticari işletmenin devrinin TSG'de ilan edilmesi veya bu durumun alacaklılara ihbar edilmesi ise borcun dış üstlenimidir. Bu iki işlem kurucu şart olarak kabul edilmektedir. Yasal düzenleme tescil işlemini bildirim yapma ya da ilan etme yükümlülüğünü devralana yüklemiştir. Devralanın bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda TBK m.112 hükmünün uygulanacağı ve devir sözleşmesinin ihlal edilmesinden dolayı zararın giderilmesini talep

edebilir (Eren 2017a, 712; Gümüş 2021, 347; Oğuzman ve Öz 2018, 625).

Ticari işletme devrinde, pasiflerin intikalinin gerçekleşmesi için alacaklının işleme katılması yahut alacaklıyla ayrıca bir sözleşme yapılması gerekli değildir (Arıkan 2017, 138; Bahtiyar 2017, 98; Kendigelen et al. 2015, 271). Kanun ticari işletmenin devrinde alacaklıları iki biçimde korur; ya alacaklıya durumu bildirir ya da alacaklının önceki borçluya karşı talepte bulunması imkânının elinden alınmamasını sağlar. Devir sözleşmesi ve devrin alacaklılara duyurulması, pasiflerin intikalinin gerçekleşmesi için eşit derecede önem taşımaktadır. TBK m.202 kapsamında bir ticari işletmeyi aktif ve pasifleriyle devralan kimse, ticari işletmeye dair borçların alacaklılarına karşı ilgili ihbar veya ilanları usulüne uygun biçimde yaparsa devraldığı ticari işletmeye ait pasiflerin borçlusu haline gelmekte olduğu kabul edilir. Bu durum gerçekleştirilmez ise ve yine de ticari işletme devri söz konusu olur ise devir alacaklılar bakımından hüküm doğurmayacağı kabul edilir (Acemoğlu 1971, 34; Çelikboya 2017, 186; Kahraman 2016, 607). Ayrıca devralanın, devreden halefiymiş gibi davranması da yine pasiflerin intikali için yeterli olmayacaktır. Devralanın sorumluluğunun başlangıcı devir sözleşmesinin duyurulmasından değil, söz konusu sözleşmenin ifasının ihbarından başlaması olacaktır (Acemoğlu 1971, 45). Çünkü aktiflerin devri gerçekleşmediği için alacaklının el atabileceği bir malvarlığı unsur kaybı olmayacaktır, devir sözleşmesinde tafralar ifa için bir araya geldiklerinde bir anlam kazanacaktır. Bu yorum kanunun özü ve sözü itibarıyla uyumlu kabul edilmektedir. İkinci olarak ticari işletmenin devrinde, alacaklının rızası aranmaksızın kanun gereği gerçekleşen bir borç intikali söz konusudur. Bu nedenle kanun koyucu, alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla devreden ve devralanın 2 yıl süreyle müteselsil sorumlu olmalarını öngörmüştür. TSY m. 133/2/b, devir sözleşmesinde ticari işletmenin sözleşme dışı bırakılan unsurlarının belirtilmesini ararsa da bu unsurlardan anlaşılması gereken aktif malvarlığı unsurlarıdır.

B. Pasiflerin Naklinin 3. Kişi Bakımından Sonuç Doğurması

Ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin devri sözleşmesinde borcun nakli kapsamında teminat vermiş olan üçüncü kişilerin durumu dikkate değerdir. TBK m.202 ile düzenlenen sorumluluk rejiminin hukuki niteliği bakımından ticari işletmenin borçları ilk olarak borca katılma, sonra da borcun devralana kanun gereği naklinin sonuçlarını doğurmaktadır (Acemoğlu 1971, 111; Gümüş 2021, 625; Han 2019, 144; Kahraman 2016, 589; Kendigelen 2016, 218). Devir ile devreden 2 yıl boyunca ticari işletmenin alacaklılarına karşı söz konusu borca ilişkin sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Kanunda belirtilen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi boyunca borca katılma kurumu hüküm ifade ederken bu sürenin sonunda artık borca katılma kanuni borç nakline dönüşmektedir. Devreden için kefil olan veya rehin vermiş olan 3.kişilerin de bu teminatlarından yine aynı süre zarfı için sorumlu olacakları söylenebilir (Gümüş 2017, 458; Oğuzman ve Öz 2018, 615; Özen 2012, 91). Türk Borçlar Kanunu ile düzenleme altına alınan boca katılma kurumu düzenlemelerini dikkate almak gereklidir dolayısıyla teminat vermiş olan 3.kişinin durumu ağırlaşmayacaktır. Aksine devredenin sorumluluğu ile beraber devralanın sorumluluğu da olacağı için iyileşecektir. 2 yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinde, kanun gereği asıl borçlu sorumluluktan kurtulduğu anda üçüncü kişinin sorumluluğu da sona erecektir. Bunun istisnai düzenlemesi TBK m.198/II bakımından teminat verenin borcun üstlenilmesine yazılı rıza göstermeleri ve ilgili hükümden doğan haklarından feragat etmeleridir. Üçüncü kişinin rızası, borcun naklinin geçerliliği için değil, kendi sorumluluklarının devamı için aranmaktadır (Kahraman 2016, 622; Karakuş 2021, 365; Oğuzman ve Öz 2018, 601).

TBK m.198 feri teminat tipleri bakımından bir düzenleme yapmıştır. Amaç ise üçüncü kişilerin korunmasını sağlamaktır. Feri teminat veren kimse, asıl borçlu lehine onun kişiliğine, ödeme gücüne ve ödeme niyetine itimat göstermişlerdir. Üstlendikleri riziko bakımında bir değişiklik yaşanması halinde korumasız

kalacaklardır. Teminatın niteliği ve durumun gereği olarak bazı teminatların, teminat verenin rızası aranmaksızın devam etmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Aral ve Ayrancı 2020, 657; Eren 2017, 701; Yavuz, Acar ve Özen 2021, 785). Kanuni rehinler ve hapis hakkı, borcun üstlenilmesiyle sona ermeyecekler, alacaklı bu hakları kişinin rızası aranmaksızın kanun gereği kazanmış olacağından ve yine teminat verenin rızası aranmaksızın ilgili teminatların sürdürülebilecek olmasıdır (Adıgüzel 2022, 330; Bozkurt 2017, 325; Han 2019, 201; Kahraman 2016, 623; Poroy ve Yasaman 2017, 257). Konuyu İsviçre Birleşme Kanunu bakımından incelersek m.71/2 ve m.72 ile düzenleme altına alınan hüküm içerisinde ticari işletme devri bakımından devir sözleşmesine ek olacak envanter listesinde açıkça yer almamış borçların devreden malvarlığında kalacağını belirtmiştir. Nitekim alacaklıların korunması için devreden ile devralanın müteselsil sorumluluklarının süresini üç yıl olarak belirlemiş ve devralanın korunması amacıyla teminat talep etme imkânı hüküm altına alınmıştır (Amstutz and Mabillard 2003, 147; Cathomas, Crone, and Caspar 2016, 534; Vogel et al. 2017, 551). Bu düzenleme üçüncü kişileri korucuyu nitelik taşımaktadır. TBK m.198 düzenlemesi de bağlı hak ve borçlara ilişkin düzenlemesiyle alacaklıları korumaktadır.

III. TİCARİ İŞLETME DEVRİNİN SONUÇLARI

Kural olarak, ticari işletmenin devri ile birlikte, işletmeye daimi olarak tahsis olunan tüm unsurlar devralana geçer (Arkan 2012, 44; Aydın ve Kaplan 2013, 303; Bahtiyar 2017, 38). TBK m. 202 uyarınca, bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile kül olarak devralan, devraldığını alacaklılara duyurduğu andan itibaren işletmenin borçlarından sorumludur. Duyurunun şekli konusunda TBK. 202/1, "*alacaklılara bildirim veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesinde, diğer işletmeler için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilan*" öngörmüştür. Devreden ise, devralanla birlikte iki yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu süre müccel borçlarda muacceliyet anından, muaccel borçlarda ise devrin ilanı veya alacaklılara bildiri tarihinden itibaren işlemeye başlar (TBK m. 202/IV). Bildirme veya

ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, iki yıllık süre işlemeye başlamaz. Kanuni düzenleme ilan veya ihbar şartını bir yasal zorunluluk olarak kabul etmiştir. Bir ticari işletme devredilecekse bunun ilanı Ticaret Sicili Gazetesinde yapılmalıdır. Ticaret Sicili Gazetesinin yanı sıra, diğer gazetelerde de ilan olanaklıdır; öncelikle ve zorunlu olarak Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan yükümlülüğü yerine getirilmesi gereklidir. TTK m. 33/I' e göre, *“tescili zorunlu olup, kanuni şekilde ve süresi içinde tescili istenmemiş olan veya gerçeği tam olarak yansıtmayan ve kamu düzenine aykırı olan hususları öğrenen sicil müdürü, ilgilileri belirleyeceği uygun bir süre içerisinde kanuni zorunluluklarını yerine getirmeye veya o hususun tescilini gerektiren sebeplerin bulunmadığını ispat etmeye çağırır”*.

Bildirim yükümlülüğü bakımından ticaret siciline kaydedilmesi bakımından da önemli bir sorumluluk öngörülmüştür. 6102 sayılı TTK'nın ticaret sicili müdürüne getirdiği yeni bir görev de diğer sicillere yapılacak bildirimle ilişkindir. Ticari işletmelerin devrinde ve şirket kuruluşlarında aynı sermaye getirilmesinde, sicil müdürünün ilgili sicillere bildirim yükümlülüğü söz konusudur (Ö. Bağcı 2016, 79; Gürbüz Usluel 2013, 149). Ticaret Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 17'de birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapı değişiklikleriyle ilgili olarak tapu ve gemi sicili ile fıkri mülkiyete ilişkin sicillerde ve benzeri sicil ve kayıt belgelerinde yapılması gerekli işlemlerin usul ve esasları ile başvuruda bulunacak kişiler ve ibrazı gerekli belgelerin, TTK'nın yayım tarihini izleyen altı ay içinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ve Türk Patent Enstitüsünün görüşü alınarak, Bakanlık tarafından hazırlanacak bir tebliğle düzenleneceği belirtilmiştir.

Yargıtay HGK'nun 11.4.1984 tarih ve 1982/11-938 E.,1984/388 K. sayılı kararına göre; *“Taraflar arasındaki, davalılara ait İpragaz bayiliğinin sıvılandırılmış petrol gazı tüpleriyle birlikte devrine ait ilişki, Borçlar Yasasının 179. Maddesinde öngörülen ticari işletme devri niteliğindedir. Bu nedenle dava konusu ilişkinin tüp satımı olarak nitelendirilmesi*

doğru değildir. Hukuki ilişki ticari işletme devri olduğuna göre, 31.3.1981 günlü fatura TTK. nun 23. Maddesinde belirtilen fatura niteliğinde kabul edilemez. Bu belgenin, işletme devri nedeniye, tüplerin fiilen teslimini kanıtlamak amacıyla düzenlendiğinin kabulü zorunludur. Her şeyden önce, İpragaz A.Ş. 'nin mülkiyetinde olduğu bilinen tüplerin satım konusu olamayacağı açıktır. Adı geçen şirket genel müdürlüğünün 5/1/ 1982 günlü yazısında da belirtildiği gibi, bu şirketin malik olduğu ancak belirli depozito karşılığı bayisine gönderdiği tüplerin, satım konusu olamayacağını her iki taraf da bilebilecek durumdadır. Nitekim davacının da bu konuda aldatıldığı yolunda bir iddiası yoktur. Esasen sözü edilen işletmeyi devralmakla tacir sıfatı doğmuş bulunan davacı TTK. nun 20. maddesi uyarınca, basiretli bir işadama gibi davranmak durumundadır. Bayilik üstlenen ve tacir sıfatı kazanan bir kişinin, depozito karşılığı bayiye gönderilen gaz tüplerinin satım konusu olmayacağını bilmesi gerekir”. TTK 11. maddesinin 3.fıkrasının 2. cümlesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise ticari işletme devri ile ticari işletmede yer alan duran malvarlığının, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarının devredildiği kabul edilir. Taraflar aralarında kararlaştırdıkları takdirde münferit bazı unsurları devir dışında tutabilirler, örneğin, ticaret unvanının ticari işletme ile birlikte devredilmeyeceğini kararlaştırabilirler (Demir 2013, 78; Kendigelen et al. 2015, 69; Kocabey 2018, 54).

Ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin tesciliyle eş zamanlı olarak sicil müdürü, tapu, gemi, fikri mülkiyet sicilleri ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla (Tebliğ m. 4/III), mülkiyet değişikliğine ilişkin mal ve haklarla ilgili bilgileri (Tebliğ m. 5/I/a) diğer sicillere bildirir. Kanaatimizce TTK m. 11/III hükmünde tescilin kurucu olduğuna dair her hangi bir ifadenin yer almaması büyük bir eksikliklerdir. Çünkü tescilin yapılmasıyla tescilin olumlu etkisi gerçekleşmiş olacaktır. Bu olumlu etki TTK m. 36/III'de “*usulüne göre tescil edilmiş olmak kaydıyla, üçüncü kişilerin kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil*

kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddiaları dinlenmez” hükmü ile düzenlenmiştir.

TBK m.202 f.3 uyarınca bir ticari işletmenin devri kapsamında pasiflerin külli olarak devredilmesinin sonuçları borcun dış üstlenilmesi ile özdeştir. Ticari işletmenin devredilmesi ile beraber, devirden önce doğan ticari işletmeye dâhil borçlar ticari işletmeyi devredenden devralana geçmiş olacaktır. Ticari işletme devri kapsamında devredilen borçlar için asıl borçlu sıfatı devralana geçmiş olacaktır (Acemoğlu 1971, 124; Han 2019, 203; Karakuş 2021, 114). Borcun devredilmesi işlemi yalnızca borçlunun kimliğini değiştirmekte olup borcun içeriğine etki etmemektedir (Aydın ve Kaplan 2013, 147; Demirkapı 2013, 112; Karakuş 2021, 157). Devir ile birlikte, borcun üstlenilmesinden önce işlemiş olan faizler ile beraber borcun ifa edilmemesine karşı öngörülmüş cezai şartlar da devralana geçecektir. Borçluya karşı kullanılabilecek hakların yeni borçluya karşı ileri sürülebilmesi mümkündür (Acemoğlu 1971, 141; Han 2019, 204; Karakuş 2021, 203). Borca bağlı olan ve borçlunun şahsından kaynaklanan yan yükümlülükler borcun devrinin kapsamına girmemekte ve borç devralana geçmemektedir. Devralan, asıl borçlu sıfatını kazandığından borç ilişkisinin niteliğinden kaynaklanan tüm savunmaları ileri sürebilecektir. Bu bağlamda devralanın borcun doğmadığı veya sona erdiği şeklinde savunmaları ileri sürmesi imkânı bulunmaktadır. Ayrıca devralanın zamanaşımı veya ödemezlik def’i gibi borç ilişkisine ilişkin defileri ileri sürmesi mümkün olabilecektir (Bahtiyar 2011, 3889; Demirkapı 2013, 375; Hazıroğlu 2017, 72). Aksi takdirde devralanın sorumluluğu devredenin sorumluluğundan fazla olacaktır ki bu da borcun içeriğinin değişmesi anlamına gelmektedir. Elbette devralanın şahsından kaynaklanan savunmaları da ileri sürmesi mümkün olacaktır. Devralan borçlunun şahsından kaynaklanan defileri alacaklıya karşı ileri süremez. Aynı şekilde borç ilişkisinden doğmuş olmakla birlikte devredenin feragat ettiği savunmaları ileri süremeyecektir.

Ticari işletmenin borçları külli olarak devredildiğinden dolayı TBK m.202 uyarınca yapılacak devir işleminde borçların bir

bütün olarak devredilmesi karşısında artık alacak zamanaşımının kesilmez (Aydın ve Kaplan 2013, 215; Gürbüs Usluel 2013, 148; Kocabey 2018, 203). Zamanaşımının kesilmesi için ikrarın bizzat alacaklıya yapılması gerektiği kabul edildiğinden ticari işletmeyi devralacak kişi ile borcun devrine ilişkin bir sözleşme yapılması devredilen borç açıkça belirtilse dahi ikrar niteliği kazanmayacaktır.

Borcun devrinde, devralan tarafın devreden taraf ile yaptığı iç üstlenme sözleşmesinden (*ticari işletme devir sözleşmesinden*) doğan savunmaları da alacaklıya karşı ileri süremeyeceği kural olarak kabul edilmektedir (Hazıroğlu 2017, 175; Yıldırım 2013, 445). Kanaatimizce bir borcun ticari işletmeye dâhil olmadığı veya ticari işletme devri sözleşmesi kapsamında bırakılmış olması ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. Devralan, alt ilişkiden kaynaklanan bir borcu hiç üstlenmemektedir, yoksa alt ilişkiden kaynaklanan bir savunmaya dayanmamaktadır. Ticari işletme devri sözleşmesinin alacaklıya yapılan bildirimlerde yer alması da sonucu değiştirmeyecektir zira taraflar arasındaki devir sözleşmesi ticaret siciline ibraz edilmekle beraber ilan edilmesi gereken hususlardan olmadığından, bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.

Sözleşmenin devri TBK m. 205’de, “*sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri, geniş anlamda borç ilişkisinin bir tarafını oluşturan kişinin bu sıfatını sözleşme ile bir başkasına devretmesidir. Devir sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın anlaşmasına bağlıdır. Devir sözleşmesinin yapılmasıyla sözleşmeyi devreden taraf olma sıfatı sona ermekte olduğundan, bu işlem devreden açısından tasarruf işlemi niteliğindedir. Devralan bakımından ise edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem, üstlendiği borçlar bakımından ise borçlandırıcı işlemidir. Sözleşmede kalan bakımından ise devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir.

Ticari işletme devri sonucu, devreden başka bir ticari işletmenin sahibi değil ise “*tacir*” sıfatını kaybeder (Arkan 2012, 46; Çetiner, Bozkurt ve Armağan 2017, 78; Karakuş 2021, 22). Ticari işletme devrinde, işletmeye ait borçlar alacaklıların rızası olmaksızın devralana geçmektedir (Y 11.HD 2017/4279 E. 2019/3496 K. 07.05.2019). Kanun alacaklıları koruma gayesiyle, devreden de devralanla birlikte devirden sonra iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu olmasını düzenlemiştir. Devreden, ticari işletme devrinin ilan veya bildiriminden önce mevcut ve geçerli borçlar için sorumlu olur (Bahtiyar 2017, 54; Cengil 2018, 98). Devreden, devralanla birlikte sorumlu olacağı sürenin başlangıcı, borcun muaccel veya müeccel olmasına göre özellik arz etmektedir. Muaccel borçlarda, devreden ilan veya ihbar tarihinden itibaren; müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıl boyunca devreden devralanla birlikte sorumlu olacaktır. İki yıllık süre hak düşürücü süredir, taraflar duruşma esnasında belirtmemiş olsa bile hâkim tarafından re’sen nazara alınır (Arkan 2012, 46; Poroy ve Yasaman 2017, 54). Borcun müeccel olması durumunda ise sürenin başlangıcı borcun muacceliyet tarihidir. Bu süre bir zamanaşımı süresi olarak düzenleme altına alınmıştır. Müteselsil sorumluluğun konusu, malvarlığı devri ile nakledilen pasiflerle sınırlandırılmıştır. Bu pasifler malvarlığı devrinden önce doğmuş olmalı veya borcun dayandığı hukuki ilişki malvarlığı devrinden önce gerçekleşmelidir. Sözleşmeye dayalı alacaklar bakımından sözleşmenin kurulduğu tarih, haksız fiilden doğan alacaklarda zarar verici fiilin gerçekleştiği tarih ve nihayet sebepsiz zenginleşmede zenginleşme tarihi borcun doğumu anı olarak kabul edilir.

SONUÇ

Ticari işletmenin devri, işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte bir bütün halinde devredilmesidir. Ticari işletme hukuk süjesi değildir bu sebeple aktif ve pasifleri olamaz. Ticari işletme, ekonomik bir değeri olan ve kendisine tacir tarafından malvarlığı özgülenen bir hukuk objesidir. Ticari işletme devamlılığını sürdürmek amacıyla aktif ve pasifleri üzerinde işlemler yapılabilir ancak bu onların hukuki birlik niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Ticari işletmenin devredilmesi ile ilgili TBK m.202 ile TTK m.11d zenlemeleri bulunmaktadır. Aktiflerin devrini düzenleyen TTK m.11/III pasiflere ilişkin olarak bir açıklama getirmemiş olduğu gibi aktiflerin tamamının ya da bir kısmının devre konu edilebileceğini açıklamıştır. Tarafların sözleşme ile devredilecek aktifleri sınırlayabileceği kabul edilir. TBK m.202 düzenlemesi ile hem aktiflerin hem de pasiflerin devredilmesine ilişkin düzenleme getirmiştir ve pasiflerin tamamen ya da kısmen devir sözleşmesi dışında bırakılamayacağını öngörmüştür.

  letmenin pasiflerini içermeksizin aktiflerini devre konu kılan bir sözleşme geçersiz kabul edilemez ya da bu yönde bir sözleşmenin pasifleri de kapsadığı sonucuna ulaşılamaz. Ticaret hayatının gereklilikleri, alacaklıların korunması, karşılaştırmalı hukuk tahlili ve yasal dayanak açısından TBK m.202 pasiflerin devredilmesi için uygulanması ve dikkate alınması gereklidir. Tacir sözleşme serbestisi doğrultusunda ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurları üzerinde, yasal şartları yerine getirerek tasarruf edebilmelidir. Aktifler üzerinde tasarruf hakkı bu şekilde olmakta birlikte üçüncü kişilerin alacak haklarının korunması bakımından da menfaat dengesi korunmalıdır. TBK m.202 kapsamında taraflara devir sözleşmesini yapmakla pasifler bakımından iki yıllık müteselsil sorumluluk olduğu hüküm altına alınmıştır. Kanunkoyucu borcun nakline ilişkin bir geçerlilik şartı olan alacaklının rızası unsurundan devir sözleşmesi için ayrı bir sistem benimsemiştir.

TTK m.11/III, devir sözleşmesini bir taahhüt işlemi olarak öngörmüştür ve ticaret siciline tescil kurucu niteliktedir. Devir sözleşmesinde işlem güvenliğinin sağlanması, taraf menfaatlerinin korunması ve üçüncü kişiler bakımından doğacak sonuçlarda hukuki güvencenin varlığı amaçlanmaktadır. Ticari işletmesini devreden tacirin, sözleşmede öngörülmemiş olmasına rağmen uymakla yükümlü olduğu bir rekabet yasağının mevcudiyeti, sözleşmenin müşteri çevresini de kapsaması ve rekabet yasaklarının bu tarz sözleşmelerde öngörülme sıklığı dikkate alındığında kabul edilebilir. Devir sözleşmesi ile üçüncü kişilerin haklarının korunması

bakımından İİK m.277 uyarınca tasarrufun iptali yolunun düzenlenmesi de etkili bir koruma olarak kanaatimizce kabul edilemez. Devri sözleşmesinde aktiflerin pasiflerin bir teminatı olması gereği kabul edilmelidir nitekim ticari işletmenin alacaklılarına sorulmadan ve izinleri alınmadan devir sözleşmesi ile pasiflerin dışarıda bırakıldığı bir sözleşme yapılmış olması halinde tasarrufun iptali yoluna gidilmesi hakkaniyetli olmayacaktır.

Sonuç olarak TBK m. 202 hükmünün emredici hüküm niteliğinde olduğu, devir sözleşmesinin alacaklılara bildirilmesi veya Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesiyle borçların kanun gereği devralana geçtiği kabul edilmelidir. Taraflar ticari işletmenin devir sözleşmesinde sadece aktiflerin devredileceğini veya pasiflerin kısmen ya da tamamen devredilmeyeceğini kararlaştıramazlar aksi durumda bu hüküm geçersiz kabul edilir. Bununla birlikte devralanın bilmediği ve bilmesinin mümkün olmadığı borçlar bakımından devir sözleşmesi müzakerelerinde aynı teminat, özellikle bankadan alınacak bir teminat mektubu ya da banka hesabındaki bir miktar para üzerinde rehin kurulması gibi teminatlar talep edebilecektir.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, K. (1971). *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Adıgüzel, B. (2022). Ticaret Şirketlerinin Ticari İşletmelerini Devretmesi ve Devrin Borçlar (Pasifler) Açısından Sonuçları. *Banking & Commercial Law Journal*, 38(4).

Akcaal, M. (2014). *İşletmenin Devri*. Yetkin Yayıncılık.

Amstutz, M., & Mabillard, R. (2003). Fusionsgesetz (FusG). In *Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung* vom 3.

Aral, F., & Ayrancı, H. (2020). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Arkan, S. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Avcı, M., & Bilgin, H. (2019). *Tapu Sicilinin Yolsuz Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu ve Görevli Yargı Yeri*. Anadolu Üniversitesi.

Aydın, S., & Kaplan, H. A. (2013). Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 229–260.

Ayhan, R., & Çağlar, H. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara.

Ayiter, N. (1968). *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Bağcı, B. B. (2021). *Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Sorumluluğu*.

Bağcı, Ö. (2016). *Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler*.

Bahtiyar, M. (2011). Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri. *Legal Hukuk Dergisi*, (106), 3889–3910.

Bahtiyar, M. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Birsel, M. T. (1970). *Ticari İşletme Hukuku*. İzmir: Ticaret Matbaacılık.

Bozkurt, T. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Legem Yayıncılık.

Cathomas, L., Crone, V. der, & Caspar, H. (2016). Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG). *Schweizerische Zeitschrift Für Wirtschafts Und Finanzmarketrecht*, 88(5), 532–547.

Çelikboya, K. (2017). *Ticari İşletmenin Devri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Cengil, M. F. (2018). *Ticari İşletmenin Devri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Çetiner, S., Bozkurt, Y., & Armağan, E. (2017). *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Demir, K. (2013). Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 71(2), 103–120.

Demirkapı, E. (2013). Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi. *GÜHFD*, 17(1–2), 375.

Domaniç, H. (2010). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 1*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Erdem, E. (2014). Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(28), 1008.

Erdem, H. E. (2013). Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri. *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(Özel), 987–1018.

Eren, F. (2017a). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Eren, F. (2017b). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Ertaş, Ş. (2020). *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınevi.

Esener, T., & Güven, K. (2019). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Yetkin Yayıncılık.

Görgeç, B. (2016). Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 1185–1220.

Gümüş, M. A. (2017). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*. İstanbul: Filiz Kitapevi.

Gümüş, M. A. (2021). *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. İstanbul: Yetkin Yayıncılık.

Gürbüz Usluel, A. (2013). Ticari İşletmelerin Devri, Yapısal Değişiklik ve Ticaret Şirketlerine Ayni Sermaye Getirilmesi İşlemlerinde, Ticaret Sicili Müdürünün Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sonuçları. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 71(2), 145–164.

Han, I. A. (2019). Türk Borçlar Kanunun 202.Maddesinin Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devri Kapsamın Dışında Bırakılmasının Geçerliliği. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (38), 201–238.

Haziroğlu, E. C. (2017). Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3(1), 71–82.

Hirsch, E. E. (1939). *Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Prensipler-Ticari İşletme*. İstanbul.

İmregün, O. (1994). *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. Bursa.

Kahraman, Z. (2016). Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(145–146), 587–630.

Kaplan, İ. (2020). İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK’da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri. *TBB Dergisi*, (146), 313–329.

Karakuş, H. (2021). *Ticari İşletmenin Devrinde Borçların İntikali*. İstanbul Medipol Üniversitesi.

Karayalçın, Y. (1988). *Muhasebe Hukuku*. Ankara.

Kendigelen, A. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kendigelen, A., Ülgen, H., Helvacı, M., Kaya, A., & Nomer Erten, F. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Kocabey, D. (2018). *Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali*.

Moroğlu, E. (2016). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Oğuzman, K., & Öz, T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Oğuzman, K., Özer, S., & Özdemir Oktay, S. (2020). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi.

Özen, B. (2012). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Özşahin, B. A. (2016). Yan Sınırlamalar Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği ve Unsurları. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX(3), 105–132.

Özsunay, E. (1962). *Ticari İşletmede Kiracılık Hakkının Korunması*. İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Poroy, R., & Yasaman, H. (2017). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Sarıaslan, D. (2017). Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (133), 393.

Sirmen, L. (1975). *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Sirmen, L. (2013). *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Tekil, F. (1998). Ticaret Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Düşünceler. In *Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (p. 569). İstanbul.

Topuz, M. (2012). Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18(2), 19–80.

Ülgen, H., & Arıcı, F. (2010). İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri. In *Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan C.II* (pp. 1767–1805).

Vogel, A., Heinz, C., Behnisch, U., Sieber, A., & Operl, A. (2017). *FusG Kommentar Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen OFK – Orell Füssli Kommentar*. Zurich.

Weber, P. (2014). *Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis*. Zürich.

Yavuz, C., Acar, F., & Özen, B. (2021). *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Yıldırım, K. (2013). Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 471–482.

BÖLÜM III

Criminological Perspective Of Art Theft and Art Security In Digital Era:Literature Review

Esin ESEN

Introduction

The public knows and seems to care little about art theft, yet it is as old as art itself and has significant cultural and economic implications. Art theft, particularly the illicit trade in objects of cultural heritage has increased dramatically worldwide over recent years. It is important to emphasize that art thieves are able to diversify their methods by using technology these days. Also, they prefer to head towards digital art. Therefore, new effective preventive measures must be taken to prevent such crimes. It should be aimed to contribute to the literature by investigating the effect of technology on art theft through interdisciplinary studies. In this article, the existing literature regarding art theft-technology relationship has been reviewed and personal thoughts are shared.

Literature Review

Even though art crime is one of the under-researched crime types, its size and long-term cultural impact are quite high. After drugs and weapons, art theft is the third highest-grossing illegal worldwide business. The number of articles and books written on art theft is not enough to explain all aspects of art theft. The primary objectives of oncoming studies on art theft should be analyzing the motivations and strategies of criminals who employ technology for art theft, identifying the various ways in which technology has influenced art theft including preventive aspects and assessing the effectiveness of existing technological countermeasures and identifying potential areas for improvement.

The most influential study of professional thieves was conducted by Sutherland in 1937. One of the characteristics of professional thieves that Sutherland found is they have well-developed technical skills for their particular mode of operation. Also, art thieves must have sophisticated knowledge of art and its value as well as good connections in the art world if they are to dispose of the items they steal.(Adler et al., 2006) Art thieves use a variety of means, including forms of shoplifting, burglary and robbery, to either steal individual works of art, illegally export pieces of art or pillage archaeological sites.(Truc-Nho, 1998)

Since an artwork is irreplaceable, stealing it would damage the history of the nation to which the stolen artwork belongs. The flow of international movement of art and antiquities is from poor nations to affluent nations. Another dimension of art theft is related to international security issues. Nemeth asserts that art and antiquities trafficking have become tools at the disposal of terrorist groups to pursue and fund ideological goals. Nemeth also draws attention to the use of art theft for ethnic cleansing since the focus of the article is emerging issues during armed conflicts.(Nemeth, 2007)

According to David C. Lane et al, in order to explain the transnational organization and operation of the illegal market in art and antiquities, it is crucial to understand its structural

components.(Lane et al., 2008) Conklin and Mackenzie assert that routine activities theory is applicable to art theft. In this case, the demand component of the illegal market is motivated offenders, supply component of the illegal market is suitable targets. Demand has been heightened by the vast purchasing power of museums in Western nations, their transformation into corporate, profit-oriented organizations and the expansion of upper classes with disposable wealth through which to confirm their social status. However, the increase in supply and demand is not enough to explain the size of the above-mentioned illegal market. Mechanisms for connecting buyers and sellers in a manner theft facilitates the transfer of art and antiquities from the illicit to licit economy also are necessary. Moreover, the absence of capable guardians involves both weak governmental and weak private sector social control mechanisms. Mackenzie considers geographic profiling and Davies's routine activities theory approach to profiling and asserts that cognitive mapping theory fits well with an observed history of theft by employees and other insiders. Many art thieves are visitors of museums they target and even they might live around the museum. If a thief is more professional, his/her capacity and willingness are much more to commit that crime. Also, according to Capone and Nichols, the longer the way to commit a crime, the higher the value of the acquired property. According to Mackenzie, the suitability of a target depends on factors such as size, value, marketability which can vary with a particular offender. The most obvious example of this is that the offender has privileged access to the artwork. Most of the art thefts are committed by the staff of the place where the artwork is placed. Conklin asserts that art theft is well-organized and committed by more experienced thieves compared to other crime types. According to Mackenzie, this statement is not valid for all art thieves and he categorizes them as art-motivated thieves and profit-motivated thieves. He also mentions politically-motivated thieves as the third category of art thieves. Also, Mackenzie put forth that security measures are less in galleries than in museums and artifacts exhibited in a museum are more known than the artifacts in art

galleries. The first situation makes art galleries more attractive for art thieves in terms of the absence of capable guardians. When we evaluate the second situation in terms of the suitability of the target, art galleries once again are more attractive for art thieves as it is simpler to put lesser-known artworks in the legal market and dispose of them. According to Conklin, in order to minimize illicit transactions, missing, stolen artworks should be published and potential buyers should be able to investigate the source of the artwork they want to buy before the purchase.(Mackenzie, 2005) FBI's database and Art Loss Register's mechanism provide potential buyers this opportunity.

During the Gardner Museum theft investigation conducted by the FBI, it was revealed that organized crime organizations used stolen artworks as a bargaining tool. They offer to hand over a work of art in exchange for a reduced sentence or release, and the likelihood of this offer being accepted is very high due to the irreplaceable nature of the artwork.

Apart from routine activities theory, there are other applicable criminological theories on art theft. According to the rational choices theory, offenders weigh the potential rewards(financial gain, reputation etc) against the risks of getting caught and punished. Factors such as market demand and existing security measures play a role in the decision-making process. In the view of social learning theory, individuals may learn techniques to steal artworks by observing or communicating with experienced art thieves or through media. Subcultural theories might explore the existence of organized crime groups or art-centric subcultures that provide support, knowledge, and opportunities for art theft. It is possible to explore how societal fascination with art or the perception of stolen art as valuable and prestigious commodities can contribute to the motivation. Finally, as situational crime prevention focuses on changing the immediate environment to prevent crime opportunities, this theory requires the implementation of physical security measures in museums and galleries to deter and detect potential

criminals in terms of art theft.(Akıncı, 2020) Technological prevention methods will be explained below.

Runhovde's article's conceptual framework is based on opportunity-based theories of crime, organizational theory and perspectives from critical security studies. The author aims to understand the influence of theft on risk perception and regulation and discusses to what extent a museum's mandate to ensure accessibility, art appreciation and protection of precious objects conflict and compromises risk management. This article includes qualitative research conducted in Norway between 2018-2020. The empirical data includes 9 individual interviews with museum staff. Opportunity-based theories not only focus on the willingness of offenders to violate the laws, but also their having the opportunity to behave according to their willingness.(Cohen and Felson, 1979) Studies on repeat victimization teach us that the best feature to predict the victim of a crime is previous victimization. Therefore, The institutions who were a victim of art theft once should be more careful.(Kerr,2016) This article's focus is on the lack of security makes the art a target and provides an opportunity to motivated offenders. The author aims to identify factors related to the neglect of preventive measures. This article is about balancing preserving artworks and public access. In the interviews, it was revealed by the participants that the museum staff were squeezed between accessibility and security, that the security and curators had conflicting interests, that excessive security measures disappointed the visitors, that these reduced the aesthetic value of art, and that difficult working conditions were created for the staff. In addition to making uncomfortable the visitors, the strict security measures may cause the criminals to be more violent to commit the crime or to commit crimes in institutions where these kinds of preventive measures are not taken.(Runhovde, 2020)

Kerr's book "The Securitization and Policing of Art Theft: The Case of London" is a guide not to be missed on this topic. He explains the joint contribution of public and private sector actors in securing art. Kerr used a qualitative method of inquiry, conducted

systematic observation in 50 sites including museums, art galleries, churches and auction houses and interviewed art detectives, public police officers, art insurance agents, loss adjusters, government officials, art museum employees, artists, a convicted forger. Kerr explains the security of art and risk management strategies by applying the nodal governance concept to a policing area. He examines how different security and location nodes work in practice. According to him, a map or matrix can not be constructed due to the fluidity of the art theft and the often changing nodal response to art crime. He asserts that the combination of private security, insurance industry, public sector and self- policing by the art world itself allows securing and controlling art before, during and after an art theft. Kerr explains the general dimensions of security governance including technologies of governance besides reasons of art theft, examples of crime prevention models, general features of modern art theft dominated by organized crime networks. As mentioned in the first sentence of this section, since art security is an under-researched field(see Salomon et al., 2018 for the same opinion), Andreescu finds Kerr's interdisciplinary work very valuable and thinks it is a great contribution to the environmental criminology.(Andreescu, 2016)

Bligh's article focuses on the Mediterranean region. Artifacts and antiquities are two of the commodities that organized crime groups and terrorist organizations ship across international borders as explained above. He revealed that illegal shipping of artwork is less complicated and therefore less noticeable by law enforcement because smaller pieces are shipped compared to other pieces smuggled. It is smart to invest in art because illegal trafficking is easier during political and military disorder. The three instruments for fighting the illegal trafficking of any commodity are a tight legal framework, efficient agencies and a coordinating network. In the article, Bligh proposes a model. It includes registration of artworks, training staff, and most importantly offers central intelligence-operations room(CIOR). Its main responsibilities are detecting any attempt to infiltrate the systems, staff would have access to all

systems through “back doors” in order to be able to shut down the system if any hostile attempt is detected. According to Bligh, the proposed CIOR’s staff would come from different countries be involved in the project, the CIOR would distribute information to the Member countries with its analysis and indicate what data should be collected by the members in order to develop the initial data into a workable piece of intelligence. He wrote that this model has to comply with human and civil rights.(Bligh, 2009) Strict privacy laws get stricter these days all around the world. Therefore, although this proposed model is promising regarding technology, it may cause legal issues. SkyREC, as a video analytics software innovator powered by AI, launched the latest video management software (VMS) — AiMS (Autonomous Intelligent Management System) but the use of this kind of technology should be evaluated in terms of laws. Also, saturation motion detection systems, remote monitoring and intelligent video analytics can vastly increase security.

Kuhar analyzes art crime and preventive measures by applying a descriptive method and literature review in the article. Statistical data are considered to present the scale of art crime in Europe. The author asserts that the biggest challenge to researching art theft is that many cases go unreported because museums or galleries avoid revealing the situation for not harm their reputation. Another issue is art theft cases are usually recorded as property crimes. After the literature review, one of the conclusions that the author reached is unplanned occasional theft is very common. For example, tourists steal artwork as a souvenir. This is hard to agree to this opinion because of the monitoring in the museums, airports, bus/train citations. Art thieves have to wait for a while before selling the stolen artwork. According to Durray, the value of stolen artwork is around %7-%10 in the black market. Also art thieves usually can not sell famous artwork. Instead of selling them, they use these artworks as a payment tool within the criminal organization and exchange them with drugs or weapons. According to the report which was published by Interpol in 2001, Italy is the country where art theft is committed most. The author categorizes preventive measures. Under the

physical security section, explains the features security officers must have. Under the technical protection section, explains different measures such as devices for supervision of entry/exit/movement, screening of visitors/transport means/cargo, baggage, automatic detection of the unauthorized presence and alarming, video and audio surveillance, security alarms, sensor and motion detectors, CCTV with video content analysis technology to monitor the public. The author highlights that innovative and high-quality ways to protect artwork are important. In this regard, wireless protection of artwork is explained in the article. Also, forensic marking and security smoke systems are explained as other preventive measures. The author asserts the most preventive solution exists by combining different preventive measures and public awareness. According to the author, we should consider securing artworks with the help of air or mobile control systems like drones, multisensors and multidirectional cameras for controlling external spaces where art is located and where the common prevention measures are unlikely to be successful.(Kuhar, 2018)

Siountri et al. propose a system architecture that aims to use BIM, IoT and blockchain. The proposed system is epochal. Creating a virtual replica of a building during its construction process is a useful management tool for its daily operation. Because BIM models could enable buildings's administrators and public services more efficiently threats. These models contain sensitive data. To ensure privacy, integrity and confidentiality, a Governmental Cloud can be used. This the exposure of sensitive information is prevented to malicious or unauthorized users. Also, blockchain offers mechanisms to control the data access of a building. The system allows updating the information in case of renovation, reorganizing exhibitions etc. But it could not allow unauthorized users to retrieve information of the building's operation about the position of sensors, cameras etc. An IoT database can collect data of the building's facilities and their relevance with humans about action that occurs on museum devices and artifacts. IoT systems retrieve all this information and that information is recorded in a blockchain. Only

the museum's responsible administrators can access the data stored in a private cloud. They manage and evaluate above-mentioned data to make necessary modifications, system adjustments, exhibits and staff reorganization. This ongoing feedback and evaluation cycle could help the managers of a smart museum to automatically detect abnormalities in the process and guarantee the safe function of all the facilities.(Siontri, 2019)

On the other hand, art becomes intangible and according to Statista, revenue in the NFT Market is projected to reach 1,601.00m US dollars in 2023. This growth attracts the attention of thieves. For example, gallery owner Todd Kramer's 15 NFTs worth \$2.2 million were stolen in 2021 due to a phishing scam. Despite the size of the NFT market and the magnitude of potential harm from NFT thefts, instead of writing academic articles, articles on NFT theft are mostly published on websites for now. Art thieves develop new methods. There is a popular rumor out there that someone can steal your cryptoassets and your NFTs by sending you a free airdropped NFT directly to your wallet. The idea is that a hacker could airdrop an NFT directly to your wallet. Accepting this free NFT would then trigger a smart contract that would enable the hacker to empty your wallet of digital assets. However, popular NFT marketplace OpenSea has stated that being gifted malicious NFTs and having them sit in your wallet doesn't automatically give a hacker access to your private keys. For this to work, the target of the hack would have to click multiple prompts that would give the hacker access to their information. Some vigilance here could prevent such an attack, however rare, from happening in the first place. Although there are no verified stories of this type of theft happening, OpenSea and other similar platforms have enabled features that would automatically hide gifted NFTs from your account. Many platforms also now have an option to suspend transactions on your account if you think your wallet has been compromised.

Consequently, possible stealing methods should be considered and necessary preventive measures must be taken against art theft. Also, considering that the number of NFT exhibitions is increasing

rapidly, preventive measures to be taken in the galleries that organize them should not be ignored. In order to prevent NFT theft, using secure passwords and multi-factor authentication on exchange and marketplace accounts, using a non-custodial hardware or software wallet to store the private keys to digital assets, hosting NFT files on a more secure platform than an HTTPS URL, reverse image search are some of the suggested ways. Therefore, in addition to the measures taken in traditional museums and art galleries, preventive measures to be taken for the protection of digital artworks should also be systematically investigated.

Conclusion

More interdisciplinary research is needed to understand the motivations and evolving methods used by art thieves, identify the weaknesses in current technological countermeasures and propose recommendations for improvements and strategies for preventing and investigating technology-driven art theft. Thus, future findings will have practical implications for the prevention and investigation of art theft as well as informing policy decisions related to the protection of artworks.

REFERENCES

- Adler, F., Mueller, G. O.W., Laufer, W. S., *Criminology*, 2006.
- Andreescu, V. (2016). Book Review: The securitization and policing of art theft: The case of London KerrJ.. (2015), *International Criminal Justice Review*, 26(4), 360–362.
- Bligh, A. (2009). Countering Illicit Traffic of Cultural Heritage in the Mediterranean Region.
International Journal of Intelligence and CounterIntelligence, 23(1), 148–165.
- Kuhar, S. (2018). Art Crime and Preventive Measures for Museums, Churches and Sacred Objects,
Journal of Criminal Justice and Security, 20(2), 202-217.
- Lane, D. C., Bromley, D. G., Hicks, R. D., & Mahoney, J. S. (2008). Time Crime. The Transnational Organization of Art and Antiquities Theft, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 24(3), 243–262.
- Mackenzie, S. (2005), ‘Criminal and Victim Profiles in Art Theft: Motive, Opportunity and Repeat Victimisation’, *Art, Antiquity and Law*, 10(4), 353-70.
- Nemeth, E. (2007) Cultural Security: The Evolving Role of Art in International Security.
Terrorism and Political Violence, 19, 19–42.
- Runhovde, S. R. (2020). Risking Munch. The art of balancing accessibility and security in museums. *Journal of Risk Research*, 1–14.
- Siountri, K., Skondras, E. & Vergados, D. D. (2019). Towards a Sm Museum using BIM, IoT, Blockchain and Advanced Digital Technologies. *Proceedings of the 3rd International Conference on Vision, Image and Signal Processing*.
- Sokullu Akinci, F., *Criminology*, 2021.

Truc-Nho H.. (1998) “Prevention of Art Theft at Commercial Art Galleries”, *Studies on Crime and Crime Prevention*, 7, 213-219.

