

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUNUN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ VE BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

*Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN**

Kıymetli meslektaşlarım ve değerli konuklar...

Öncelikle Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Erzincan Barosunun işbirliğinde düzenlenen, “Yürürlüğünün Birinci Yılında Yeni Türk Ticaret Kanunu” konulu Sempozyuma katılmaktan duyduğum mutluluğu vurgulamak istiyor ve ben de hepinizi saygı ile selamlayarak, hoş geldiniz diyorum.

Ayrıca oldukça uzun bir dönem üzerinde konuşacağımız yeni Türk Ticaret Kanununu (başta *Prof. Dr. Ünal Tekinalp* olmak üzere) Türk hukukuna kazandıranlara ve bu sempozyumun hazırlanmasında (başta *Doç. Dr. Şafak Narbay* olmak üzere) bir şekilde emeği geçenlere teşekkür etmeyi de bir borç biliyorum.

Bundan tam iki yıl önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde yeni Ticaret Kanununa yönelik bir Paneller serisi başlatmış ve bunların ilkinde 16 Nisan 2011 tarihinde “*Türk Ticaret Kanununun Genel Olarak Değerlendirilmesi*” başlıklı bir tebliğ sunmuştum. Bu geçen iki yıl içinde gündeme gelen gelişme ve değişiklikleri de dikkate alarak, öncelikle anılan tebliğin bir özetini sizlerle paylaşmak, ardından da başlangıç hükümleri hakkındaki tespitlerimi aktarmak istiyorum.

Bir temel kanun için aslında hiç de uzun sayılmayacak bir maratonun sonunda 2011 yılında kabul edilen 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (=TK), bir bütün olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve böylece elli yılı aşkın bir süredir uygulanan 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununa (=eTK) artık veda edilmiştir.

Bununla birlikte 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun (=YürK) 2/1-(a) hükmü uyarınca eTK’nın, TK’nın yürür-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
Bu Tebliğ esasen 2012 yılında ikinci basısı yayımlanan “*Yeni Türk Ticaret Kanunu - Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*” adlı çalışmamızın, “Genel Açıklamalar” ile “Başlangıç Hükümleri” başlıklarından özetlenmiştir. Bu nedenle daha ayrıntılı bilgi için anılan eserin ilk ellibeş sahifesine bakılabilir.

lûge girmesinden önce meydana gelen olayların ve hukuki fiillerin sonuçlarına yönelik olarak daha uzunca bir dönem uygulanmaya devam edeceği de unutulmamalıdır.

Bugün itibarıyla TK'nın henüz yürürlüğe girmeyen sadece beş maddesi bulunmaktadır. Bunlardan dördü (TK 434, 435, 479/3-(c) ve 1524) TK'nın yürürlüğünden bir yıl sonra, yani 01.07.2013 tarihinde (YürK 28/1, 28/5, TK 1534/1), sonuncusu olan işletme (şirket) kırtasiyesine ilişkin TK 39/2 hükmü ise 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir (TK 1534/5).

Türk hukukuna yeni kurumlar kazandıran TK, mevcut kurumlarda da birçok değişiklik yapmıştır. Bu arada içerik olarak herhangi bir değişikliğe uğramayan, aynen devam ettirilen maddelerin de bir yandan ifadeleri güncelleştirilmiş, öte yandan ise ilk onbir maddeden sonra numaraları değiştirilmiştir. Dolayısıyla yeni TK ile birlikte, ticaret hukuku ile ilgilenenlerin en başta ezberlerinin bozulduğu söylenebilir.

Şüphesiz bu yeni kanun başta hukukçular, özellikle ticaret hukuku alanında çalışan akademisyen, hâkim, avukat, danışmanlar olmak üzere, milyonlarca tacir ve ticaret şirketini, tüketicileri, giderek toplumun her kesimini yakından ilgilendirmektedir. Son yıllarda önce Tasarının Meclisten geçip geçmeyeceği, ardından da yürürlüğe girip girmeyeceği yönündeki tereddütler, akademik camianın Tasarı ve Kanuna yönelik çalışmalarına arzu edilen ölçüde ve etkin bir şekilde katılmasını engelliyordu. Yeni TK yürürlüğe girdiğine göre, artık bizlerin de ileri sürebileceği bir mazereti kalmadı. İşte bu sempozyumu da anılan bağlamda Türk ticaret hukukuna olumlu bir katkı olarak görmek isabetli olacaktır.

6102 sayılı TK kapsamında yapılan değişiklik ve yeniliklere yönelik genel açıklamalara başlamadan, yeni kanunun kabulüne kadar geçirdiği serüven hakkında kısa da olsa bilgi vermek, ayrıca yürürlüğe girmesinden önce ve sonra yapılan tüm değişikliklere kısaca işaret etmek şüphesiz isabetli olacaktır.

I. Türk Ticaret Kanununun kabulüne kadar geçirdiği aşamalar

1. Komisyon aşaması (1999-2005)

a) [Komisyonun kurulması (1999)] Bilindiği üzere 1990'lı yıllarda, ticaret hukuku ile ilgili tüm çevrelerde eTK'nın artık ihtiyaçlara cevap veremediği daha yüksek sesle vurgulanmaya başlanmış ve her fırsatta köklü bir değişiklik yapılması gereğine işaret edilmiş, hatta bu amaca yönelik olarak akademik bazı çalışmalar da yapılmıştır.

Bu konuda özellikle Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından

1988 yılında gerçekleştirilen Bolu toplantısı ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde 1997-1998 yıllarında yapılan “40. Yılında Türk Ticaret Kanunu” isimli çalışma zikredilebilir.

Nitekim anılan bu ihtiyaçtan hareketle, kendisi de bir ticaret hukuku öğretimi üyesi olan dönemin Adalet Bakanı *Prof. Dr. Hikmet Sami Türk*'ün “Olur”uyla 08.12.1999 tarihinde bir komisyon oluşturulmuştur.

b) [Komisyonun tercihi ve çalışmaları (1999-2005)] Komisyon ilk toplantısında, mevcut Kanunda köklü bir değişiklik yapmak yerine, tıpkı Türk Medenî Kanununda olduğu gibi yeni bir Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (=TK Tasarısı) hazırlamak konusunda karar almış ve çalışmalarını bu karar doğrultusunda yürütmüştür.

İlk toplantıda bu göreve seçilen *Prof. Dr. Ünal Tekinalp*'in başkanlığında hemen çalışmalarına başlayan komisyonda, öncelikle TK'nın (ayrı bir kitap olarak düzenlenmesi öngörülen “taşıma işleri” de dâhil) her bir kitabı için altı alt komisyon kurulmuştur. Şirketler ve kıymetli evrak hukuku hariç büyük bir kısmı bu alt komisyonlarda hazırlanan madde metinleri, sırasıyla asıl komisyona sevk edilerek burada tartışılmış ve içerik olarak karara bağlanmıştır.

c) [Ön-Tasarı (Şubat 2005)] Ortalama ayda bir kez ve en az iki gün toplanan komisyonun çalışmaları yaklaşık beş yıl sürmüştü ve bu çalışmanın sonunda Şubat 2005 tarihinde Adalet Bakanlığının kamuoyu ile paylaştığı, bir geçici maddesi hariç toplam 1514 maddelik ilk Tasarı metni (=Ön-Tasarı) ortaya çıkmıştır.

Bu süreçte alt komisyonlarca hazırlanan ve asıl komisyon tarafından aynen ya da değiştirilerek kabulüne karar verilen taslak maddelere son hâli ise komisyon başkanlığınca verilmiştir. Dolayısıyla bu süreçte dahi alt komisyonlardan gelen birçok madde yeniden kaleme alınmış, revize edilmiş, hükmü/içeriği değiştirilmiştir.

d) [Son-Tasarı (Haziran 2005)] İlgili olduğu düşünülen tüm kurumlara gönderilen bu Ön-Tasarı hakkında öneri ve eleştirilerin bildirilmesi için üç aylık oldukça kısa bir süre belirlenmiş ve bu sürenin sonunda gelen görüşler de değerlendirilmek suretiyle Tasarıya Haziran 2005'te nihai hâli (=Son-Tasarı) verilmiştir.

Bu kez madde sayısı, iki geçici maddesi hariç, toplam 1535'e çıkan Son-Tasarıdaki bu madde sayısı artışının nedeni gelen öneriler doğrultusunda Ön-Tasarının çeşitli yerlerine ihtiyaç duyulan yeni maddelerin konulması değil, Son-Tasarıya, ilk metinde (muhtemelen yetiştirilemediği için) yer verilmeyen deniz alacaklılarına karşı “Sorumluluğun sınırlanması ve petrol kirliliği zararının tazmini”ne ilişkin 22 maddelik bağımsız bir bölümün (Son-Tasarı 1328-1349) eklenmesidir.

Bu arada Ön-Tasarıda yer verilen ve TK'da sonradan yapılacak tüm değişiklik-

ler ile kanunun bazı maddelerinin uygulanmasını sınırlandıran tüm düzenlemeleri Adalet Bakanlığının onayına bağlayan hüküm ise (Ön-Tasarı 1511) Son-Tasarıya alınmamıştır.

Bu çerçeveden bakıldığında, aslında TBMM'ye sevk edilen Son-Tasarının geçirdiği süreci değerlendirmek ve maddelerin son metinlerini sağlıklı bir şekilde yorumlamak için hem alt komisyon çalışmalarının ve kabul edilen madde metinlerinin, hem de asıl komisyondaki tartışmaların dikkate alınmasında yarar olduğu şüphesizdir.

2. TBMM aşaması (2005-2011)

a) [Adalet Komisyonu aşaması (2005-2007)] Son-Tasarı, 2005 yılı sonunda TBMM'ye sevk edilmesinin ardından, önce Adalet Komisyonuna ve oradan da daha ayrıntılı bir inceleme yapılması amacıyla Adalet Alt Komisyonuna havale edilmiş, 06.12.2005 tarihinde başlayan alt komisyon çalışmaları 14.06.2006 tarihinde tamamlanmış, Adalet Komisyonu ise alt komisyondan gelen metin üzerinde, sınırlı sayıda da olsa, yine bazı değişiklikler yaparak nihai metni 03.05.2007 tarihli rapor ile birlikte TBMM Başkanlığına iletmiştir.

Adalet Komisyonunda, TBMM'ye sevk edilen Son-Tasarı metnine ağırlıklı olarak sadık kalınmış, bu çerçevede takriben 520 madde aynen kabul edildiği gibi 815 maddede ise sadece redaksiyon yapılmıştır. Buna karşılık Adalet Komisyonunda Tasarıya bir yeni madde (Tasarı 194) ve üç geçici madde eklenmiş, yine takriben 200 kadar maddede ise değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir. Belirtmeliyim ki bu değişikliklerin de birçoğu, içerik ve sistem olarak temelde Son-Tasarı metninden farklı bir düzenleme getirmemekte, bir başka deyişle Son-Tasarı metnindeki tercihi yansıtmaktadır.

b) [Genel Kurul aşaması (I) 2007-2010] Ne var ki Adalet Komisyonundan da geçerek TBMM Başkanlığına sevk edilen Tasarı, seçimler nedeniyle TBMM'de görüşülememiş ve yasama döneminin sona ermesi ile birlikte de hükümsüz sayılmıştır. Bu arada TBMM İçtüzüğü'nün 77. maddesinde yapılan değişiklikle hükümsüz sayılan Tasarıların yenilenmesine imkân tanındığından, Hükümet de yeni yasama döneminde TK Tasarısını yenilemiştir.

Bunun üzerine yeni kurulan Adalet Komisyonu ise, diğer grup temsilcilerinin itirazlarına rağmen, Tasarının komisyonda tekrar değerlendirilmesi yerine eksikliklerin TBMM Genel Kurulunda giderilebileceğini de gerekçe göstererek, 22. yasama dönemi komisyon raporu ve metnini, bir başka deyişle önceki komisyonda yapılan değişiklikleri bir bütün olarak 11.01.2008 tarihinde oyçokluğu ile aynen kabul etmiştir.

Adalet Komisyonunun kabulü üzerine tekrar TBMM Başkanlığına sevk edilen 96 sıra sayılı TK Tasarısının, görüşülmesine TBMM'nin 27.11.2008 tarihli oturumunda başlanabilmektedir. Her ne kadar görüşmelerin bayram öncesi, 05.12.2008 tarihinde tamamlanması planlanmış ise de öngörülen süre içerisinde muhalefetin yoğun önergeleri ile karşılaşan Tasarının sadece ilk 76 maddesi oylanabilmektedir.

c) [Genel Kurul aşaması (2)-Partilerin uzlaşması ve ikinci görüşme (2011)] Nihayet Aralık 2010 tarihinde, TBMM'de grubu bulunan partilerin uzlaşması sonucu, gündemdeki bütün temel kanunların Ocak 2011'de görüşülmesine karar verilmiş ve bu karar doğrultusunda BK Tasarısı ve HMK Tasarısının ardından TK Tasarısı TBMM Genel Kurulunun 13 Ocak 2011 tarihli oturumunda görüşülerek kabul edilmiştir. Böylece 2008 yılında dört günde sadece 76 maddesi görüşülebilen, beşi geçici olmak üzere toplam 1540 maddelik Tasarı, 13.01.2011 tarihinde, ek bir geçici madde ve ayrıca 44 maddelik YürK ile birlikte bir günde kanunlaşmıştır.

Uzlaşma sonucu gerek ihtiyaç duyulduğu, gerek bir günde kabulünün mümkün olduğu anlaşılan bu kanunun TBMM Genel Kuruluna ilk sevkinden sonra yaklaşık üç buçuk yıl ve ilk görüşülmeye başlandığı tarihten sonra ise yaklaşık iki yıl geciktirilmesini anlamlandırmak gerçekten zordur. Bununla birlikte Tasarının özellikle TBMM gündeminde geçirdiği süreç dikkate alındığında TK'nın varlığını, gerekçesi pek belli olmayan (muhtemelen ticaret ve sanayi çevrelerinin muhalefet üzerindeki baskısının etkin olduğu) siyasi partiler arasındaki bu uzlaşmaya borçlu olduğu söylenebilir.

d) [Kabul edilen önergeleri] TK Tasarısının TBMM'ye sevk edildiği tarihten kabul edildiği tarihe kadar geçen beş yılı aşkın sürede eskidiği de şüphesizdir. Nitekim TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında kısmen yeni gelişmelerin de Tasarı metnine aktarılması amacını taşıyan ve 22 tanesi 2008 yılında olmak üzere toplam 123 önerge (ve bir düzeltme beyanı) kabul edilmiş ve böylece TK'ya son hâli verilmiştir. Bunlardan yaklaşık 40 önerge ile Tasarıdaki mevcut hükümlerde değişiklik yapılmış veya bazı hükümlere yeni fıkralar eklenmiştir.

Bu değişikliklerin bir kısmının anlamlı ve önemli olduğunu (örnek olarak bkz. TK 8, 196, 348/2, 379, 403, 407, 475, 580, 855, 1270, 1320, 1523, 1525), hatta Tasarıda hiç bulunmayan bazı kurumları Türk hukukuna ilk kez kazandırdıklarını söyleyebiliriz (örnek olarak bkz. haksız rekabette hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin TK 58, geç ödemeye ilişkin TK 1530.). Önergelerle Tasarıdan bağımsız bir şekilde Kanuna eklenen tek hüküm ise, geçici altıncı maddedir.

Ne var ki verilen bu önergelerle yeni BK'ya uyum sağlanmaya çalışılırken, aynı hassasiyetin bir gün önce kabul edilen HMK bakımından gösterilmemesine; bu ka-

nun ile ilgili sadece TK 5/1’de yapılan değişikliğe yönelik tek önerge verilip HUMK’a yollama yapılan diğer maddelerde (TK 4, 61, 83, 128, 1339) HMK’nın numarası, tarihi ve adı bakımından gerekli değişikliklerin yapılmamasına anlam vermek mümkün değildir.

Bu noktada yeni TK bakımından da, tıpkı 1956 tarihli eTK’da olduğu gibi, kanun yapmaya yönelik başlıca kuralların dikkate alınmadığını, özellikle müzakerelerin ve Tasarının kanunun muhatapları ile hiç veya yeterince paylaşılmadığını, bu bağlamda gereken zaman tanınarak Tasarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesine ve değerlendirilmesine fırsat verilmediğini belirtmek isterim.

3. Redaksiyon ve yayın aşaması

Son olarak belirtelim ki Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasını takiben 14.02.2011 tarihli RG’de yayımlanan TK’nın metninde, Adalet Komisyonu ve TBMM tarafından kabul edilen metne oranla bazı yazım farklılıkları göze çarpmaktadır. Gerçekten TBMM’de verilen önergelerle birlikte Adalet Komisyonundan geçtiği hâliyle aynen kabul edilen TK’nın metninde, düzeltme (=inceltme) işaretine (^) ilişkin Türk Dil Kurumunun son yazım kılavuzunda benimsediği yazım kurallarına paralel yüzlerce müdahale hariç, toplamda ikiyüz civarında yazım hatası giderilmiş ve yine toplamda üçyüzü aşkın noktalama işaretinde değişiklik yapılmıştır.

Bu bağlamda yapılan değişikliklerin büyük bir kısmı, ilk bakışta pek de tepki çekmeyecek bir redaksiyon faaliyetine yöneliktir. Nitekim kabul edilen kanunda bazı kelimelerin küçük veya büyük harfle başlaması gerekirken hataen tam aksi yapılmışsa, bunun giderilmesi rahatsızlık vermeyebilir. Aynı şekilde genel olarak yanlış yazılmış olan bazı kelimelerin düzeltilmesi, kelimedenden düşmüş bazı harflerin eklenmesi, fazla harflerin çıkarılması, ayrı veya bitişik yazılması gerekirken tam tersine yazılmış kelimelere düzeltme amacıyla müdahale edilmesi, bu anlamda örneğin “oy birliği” kelimesinin bitişik veya tam tersine “paysahibi/paysahipleri” kelimesinin ise ayrı yazılması yerinde görülebilir. Giderek bazı kelimelerin Türk Dil Kurumunun yazım kılavuzuna uyum sağlamak amacıyla, örneğin “lehdar” yerine “lehtar” şeklinde ya da sadece düzeltme işareti kapsamında, örneğin “ticari” yerine “ticari” şeklinde yazımının değiştirilmesi, kanun koyucunun iradesine bir müdahale olarak nitelendirilmeyebilir. Benzer bir durum, noktalama işaretleri bakımından örneğin (;) yerine (.) veya (;) yerine (:) ya da tam tersi müdahaleler için de geçerlidir. Hatta TK’da eBK’ya yapılan yollamalarda, kanunun yeni ismine paralel bir şekilde, TBMM aşamasında verilen önergelerle “Türk” kelimesinin eklenmesinin unutulduğu bazı maddelerde “Borçlar Kanunu” isminin başına sadece anılan kelimenin eklenmesi dahi hoş karşılanabilir.

Ne var ki yapılan müdahale bu açıklananlarla sınırlı kalmamış, bir yandan takriben yüzyirmi maddede metinlerdeki bazı virgüller kaldırıldığı gibi yeni bazı virgüller eklenmiş, öte yandan -tespit edebildiğim kadarıyla- üç maddede de kelimeler değiştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi TK 625/1-(a)'da yer verilen, üstelik TBMM aşamasında sunulan bir önerge ile değiştirilen ve bu önerenin gerekçesinde kendisine özel bir önem atfedildiği de açıkça vurgulanan “*yöneltmesi*” kelimesinin, tekrar maddenin ilk hâlinde olduğu gibi “*yönetilmesi*” olarak değiştirilmesidir.

Öte yandan bu bağlamda TK 1530/7'deki “*giderin*” kelimesi “*giderim*” kelimesine dönüştürülmüş; nihayet (6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki) TK gm 1/4 hükmünde yer verilen “*bir kısım*” kelimelerinin yerine ise “*küçük ölçekli*” kelimeleri konulmuştur.

Belirtelim ki andığımız değişikliklerle de yetinilmemiş, TBMM'nin internet sitesinde yayımlanan TK'nın bu metninde de RG'de yayım aşamasına kadar, muhtemelen onay için Cumhurbaşkanına gönderilmeden önce, ikinci bir redaksiyon faaliyeti gerçekleştirilmiş ve böylece gözden kaçtığı anlaşılan bazı yazım yanlışları düzeltilmiştir.

Son olarak yeni kanunun terminolojisine uygun bir şekilde TK 1015/3'te “Tüzüğü” şeklinde düzeltilen “Nizamnamesi” kelimesi ise, muhtemelen yapılan bu düzeltmede redaksiyon sınırlarının aşıldığı düşünülerek, tekrar eski hâline dönüştürülmüştür.

Şüphesiz yapılan tüm bu değişikliklerin basit bir redaksiyon faaliyeti olarak adlandırılmasının mümkün olup olmadığı, TBMM'de kabul edilen bir kanun metni üzerinde sınırları açıkça belirtilmiş bir özel yetki verilmediği sürece bazı TBMM yetkililerinin böyle bir müdahaleye haklarının bulunup bulunmadığı, giderek redaksiyon adı altında masum bir gerekçe ile yapılan bu değişikliklerin kanun koyucunun iradesine müdahale anlamı taşıyıp taşımadığı, anayasa hukukçuları tarafından ayrıca irdelenmeli ve tartışılmalıdır.

II. Türk Ticaret Kanununda yapılan değişiklikler

TK'nın kabulünden bugüne kadar ikisi yürürlüğe girmesinden önce, biri de yürürlüğünü hemen takiben olmak üzere toplam üç değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ikisi sadece birer maddeyi konu edinmesine karşın, üçüncüsü yüzü aşkın maddeyi ilgilendiren bir boyuttadır. Yapılan tüm bu değişiklikler hakkında ana hatları ile kısaca bilgi verilmesi isabetli olacaktır.

Belirtelim ki Sempozyumun yapıldığı tarihten (12 Nisan 2013) henüz bir gün önce, 11.04.2013 tarihli RG'de yayımlanan 6455 sayılı Kanun ile yeni TK'ya bir kez daha müdahale edilmiş ve toplam beş maddeyi ilgilendiren bu değişikliklerde

ise, yönetim kurulu karar defteri ile yevmiye defterinin kapanış tasdik süresi yeniden düzenlendiği gibi (TK 64/3), Bakanlar Kurulunun belirlediği ölçütlerin altında kaldığı gerekçesiyle bağımsız denetim kapsamına girmeyen (sadece) anonim şirketler için yeni bir denetim sistemi öngörülmüştür (TK 397/5-6, 635), ayrıca yönetim kuruluna seçim ile ilgili hükme kamu tüzel kişileri lehine yeni bir fıkra eklenmiş (TK 359/5), son olarak TK 400/2’de de küçük bir düzeltme yapılmıştır.

1. Tek maddelik değişiklikler

Bunlardan sadece tek madde ile ilgili olanlar 6273 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen çekte zamanaşımı süresinin altı aydan üç yıla çıkartılması (TK 814) ve 6353 sayılı Kanun ile TK gm 6 hükmüne (TBMM’de verilen bir son dakika önergesi ile) eklenen (yeminli mali müşavirler ile Bakanlık denetçilerine ayrıcalık tanıyan) dördüncü fıkranın yürürlükten kaldırılmasıdır.

2. 6335 sayılı Kanun

Bilindiği üzere 2011 yılının Ocak ayında kabul edilen TK kamuoyunun gündemine ancak 2012 yılının Şubat-Mart aylarında gelerek üzerinde konuşulmaya başlanmış, yapılan tüm bu değerlendirme ve tartışmalar sırasında özellikle bazı maddelerine yönelik oldukça ciddi eleştirilere, en azından doğabilecek yeni sorunlara ilişkin endişe beyanlarına muhatap olmuştur. İşte bu gelişmenin de bir uzantısı olarak genel gerekçesine göre temel amacı, TK’nın aynen yürürlüğe girmesinin -bazı düzenlemeleri bakımından- ticari hayatta yaratabileceği sorunları daha baştan gidermek veya en azından asgariye indirmek olan 6335 sayılı “Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, TK’nın yürürlüğe girmesinden sadece birkaç gün önce (26.06.2012 tarihinde) kabul edilmiş ve bir gün önce de (30.06.2012 tarihinde) RG’de yayımlanmıştır. TK ile aynı tarihte yürürlüğe gireceği öngörülen 6335 sayılı Kanun, böylece birçok maddeyi veya fıkrayı henüz yürürlüğe girmeden tamamen veya kısmen değiştirmiş, hatta yürürlükten kaldırmıştır. Yapılan değişiklikleri ana hatları ile şu şekilde özetlemek mümkündür:

a) Adından da anlaşılacağı üzere tamamı TK ve YürK’daki değişikliklere tahsis edilen ve (yürürlük ve yürütme hükümleri dâhil) toplam elli maddeden oluşan 6335 sayılı Kanun ile TK’nın yüz maddesine, YürK’nın ise onbir maddesine bir şekilde dokunulmuş ve ayrıca TK’ya üç tane de yeni geçici madde kazandırılmıştır (TK gm 7-9).

Müdahaleye muhatap olan toplam yüzonbir maddeden otuz tanesinde bazı hükümler yürürlükten kaldırılmış, diğerlerinde ise maddenin bazen sadece kenar başlığında (TK 145, 166), bazen sadece ifadesinde (TK 27, 51/1, 404/2, 422/2, 431, 471,

1527/5), çoğunlukla da hüküm farklılığı sonucunu doğuracak şekilde içeriğinde değişiklik yapılmıştır. Bu maddelerin ise büyük bir kısmında sadece bir fıkra veya bent ya da cümle değiştirilmiştir; zira bir bütün olarak değişikliğe uğrayan madde sayısı toplam onikidir.

b) Değişikliğe konu edilen maddelerin sayısının bu kadar fazla olmasına rağmen, gerçekte takriben otuz maddede önemli sayılabilecek değişiklik yapılmıştır; diğer değişiklikler ise daha çok kanun koyucunun bir tercihinin sonucu olarak gündeme gelmiştir.

Bu anlamda örneğin TK'da öngörülen "işlem denetçisi" 6335 sayılı Kanun ile tamamen kaldırılmış; ancak işlem denetçisinin TK'nın tamamına yayılan izlerini silmek için toplam *kırküç maddeye müdahale* etmek kaçınılmaz olmuştur.

Önemli olarak nitelendirilebilecek değişikliklere, şu örnekler verilebilir:

- Ticari nitelikte *çekişmesiz yargı işlerini* ticari davalar ile aynı hükümlere tabi tutan ve ticaret mahkemelerine yönelik olarak da artık *görev ayırımı* benimseyen TK 4-5.
- Ticaret unvanına ilişkin hükümler arasındaki *işletme (ve şirket) kartasiyesinin* gerek kapsamını daraltan, gerek içeriğini hafifleten TK 39/2.
- *Ticari defterlerin açılış ve kapanış onaylarını* yeniden düzenleyen ve bu arada artık TMS'ye göre değil, *VUK hükümlerine göre tutulması zorunluluğunu öngören* TK 64.
- *Şirkete borçlanma yasağını yumuşatan* ve yeniden düzenleyen TK 358, 395, 644/2-(b), YürK 24.
- Sermaye şirketlerinde *yöneticiler (yönetim kurulu üyeleri ile müdürler) bakımından öngörülen bazı şartları kaldıran* TK 359, 628, YürK 25.
- Başta *bağımsız denetime* tabi şirketleri belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna veren ve böylece denetime muhatap sermaye şirketlerini sınırlama amacı taşıyan TK 397/4 hükmü gelmek üzere, bağımsız denetime ilişkin diğer hükümler [TK 376/3, 397, 398, 400, 404, 587/1-(i), gm 6/2-4].
- Anonim şirkette *hukuki sorumluluğa ilişkin sistemi kısmen değiştiren, kısmen de değiştirme iddiasını taşıyan* TK 552, 553/1, 554.
- Orantılılık ilkesi kapsamında *cezai hükümleri yumuşatan* TK 562 (ayrıca TK 38/1, 51/2).
- *Limited şirkette nakdi sermayenin peşinen ödenmesi zorunluluğunu kaldırıp, taksitli ödeme olanağı getiren* TK 585.
- Limited şirkette müdürler ile yakınlarının şirkete karşı *borçlanma yasağı ile kâr payı avansı* hakkındaki eksik yollamayı gideren TK 644/1-(b).

• Üzerinde en çok konuşulan konulardan biri olarak sermaye şirketlerinin *internet sitesi kurma zorunluluğunu gerek muhatapları, gerek içeriği bakımından sınırlandıran TK 1524.*

c) Yukarıdaki örneklerden de açıkça anlaşılacağı üzere 6335 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişikliklerin merkezinde birkaç madde hariç tamamen *sermaye şirketleri* yer almakta, bir başka deyişle yapılan değişiklikler neredeyse tamamen TK 124/2'de sermaye şirketi olarak nitelendirilen anonim ve limited şirketleri ilgilendirmektedir. Nitekim şirkete borçlanma yasağından bağımsız denetime, şirket yöneticilerinde aranan bazı şartlardan internet sitesine kadar birçok alanda yapılan değişiklik, sadece sermaye şirketleri hakkındadır.

Hatta ticari işletmeye ilişkin bölümde yer almakla birlikte şirket kırtasiyesine ilişkin TK 39/2 hükmünde yapılan değişiklik tamamen, ceza hukukunda benimsenen fiil ile ceza arasındaki “orantılılık ilkesi”ne uyulmadığı gerekçesiyle cezaların hafifletilmesi amacıyla TK 562'de yapılan değişiklik ise ağırlıklı oranda sermaye şirketleri ile ilgilidir.

d) Ayrıca belirtelim ki kanun gerekçesinde açıkça ifade edilmeyip sadece satır aralarında geçiştirilmekle birlikte, esasen yapılan birçok değişikliğin tam da merkezinde *sermaye şirketlerine yönelik maliyetlerin azaltılması*, böylece yeni kanun ile birlikte sermaye şirketlerinin sırtına yüklenen mali yükün hafifletilmesi amacı yatmaktadır.

e) Son olarak TK'nın kabulünün ardından gündeme gelen tartışmalarda dile getirilen bir husus ile ilgili olarak yapılabilecek ilginç bir tespiti de paylaşmak isterim. Şöyle ki:

TK'nın kamuoyunda tartışılmaya başlandığı günlerde saflar ikiye ayrılmış ve kanunda en küçük bir hata dahi görmeyenler, özellikle tartışma konusu olan maddeler bağlamında, “TK'daki sermaye şirketlerine ilişkin düzenlemelerin dört taşıyıcı kolon üzerine inşa edildiğini” belirterek, bu kolonlara kesinlikle dokunulmaması gerektiği yönünde bir savunma geliştirmişlerdir. Taşıyıcı kolon nitelendirmesi yapılarak üzerinde titizlikle durulan düzenlemeler ise,

(1) limited şirketler bakımından da uygulama alanı bulacak olan anonim şirketlerin *denetlenmesine* (TK 397 vd., 635),

(2) yine -son değişiklik öncesi kısmen, değişiklik sonrasında ise tamamen- limited şirketlerde de uygulanacak *şirkete borçlanma yasağına* [TK 358, 395, 644/1-(b); ayrıca yürürlükten kaldırılan YürK 24],

(3) bilgi toplumu hizmetleri ve şeffaflık ilkesi kapsamında sermaye şirketlerinin *internet sitesi* kurmasına ve kapsamı oldukça geniş bir içeriği bu

sitede yayımlamasına (TK 1524), nihayet

(4) naylon faturaların önüne geçeceği iddia edilen, yine sermaye şirketleri bakımından kapsamı ve içeriği oldukça geniş tutulan *şirket kartasiyesine* (TK 39/2) ilişkin hükümlerdir.

İşte tam da bu noktada ilginç olan husus, 6335 sayılı Kanun ile bu dört taşıyıcı kolonun tamamına da bir şekilde dokunulmuş, tabir caizse taşıyıcı kolonların büyük oranda kesilmiş olmasıdır. Ne var ki bu müdahalenin, iddia edildiğinin aksine, sermaye şirketlerine yönelik yeni sistemin olumlu yönlerini gölgeleyecek bir anlama sahip olmadığı, tam tersine dile getirilen haklı eleştirileri kısmen karşılaması bakımından (büyük oranda) isabetli olduğu dahi rahatlıkla söylenebilir.

III. Türk Ticaret Kanunu hakkında genel tespitler

Her ne kadar TK gerek madde numaraları, gerek içerik ve dili bakımından tamamen baştan kaleme alınmış gibi gözükmekte ise de, esasen gerekçede de açıkça vurgulandığı üzere birçok kurum bakımından eTK'nın devamı olduğu şüphesizdir. Nitekim gerekçede işaret edilmesinin yanı sıra, bizzat Tasarıyı hazırlayan Komisyon tarafından bir karşılaştırma cetveli yayımlanmış olması da, bu tespiti açıkça teyit etmektedir. Ne var ki anılan bu benzerliğe ve bazı hükümler bakımından devamlılığa rağmen TK'da bütün maddelerin en azından dilinin güncelleştirilmesi amacıyla yeniden kaleme alındığını ve onbirinci maddeden sonra madde numaralarının tamamen değiştiğini de unutmamak gerekir.

Bu açıdan her iki kanun arasında gerek farklılıklar, gerek benzerlikler konusunda kısa bir karşılaştırma yapıldığında şu genel tespitlerde bulunulabilir:

1. Madde sayısı

Her iki kanun arasında göze çarpan ilk farklılık, eTK'nın toplam 1475 madde olmasına karşılık TK'nın (dokuz geçici madde hariç) 1535 maddeden oluşmasıdır. 1969 yılında kabul edilen bağımsız Kooperatifler Kanunu dolaısıyla eTK'dan çıkarılan kooperatiflere ilişkin 18 maddeyi de (eTK 485-502) dikkate alırsak, TK'nın sayı itibarıyla daha baştan (60+18+9=) 87 *madde arttığı* söylenebilir.

Belirtelim ki TK'nın üçü geçici madde olmak üzere toplam *onaltı maddesi*, henüz yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Kitap sayısı ve sistematik

Aynı şekilde hemen dikkati çeken bir diğer farklılık ise, eTK’da kıymetli evrak kitabı içinde yer alan “*taşıma işleri*”nin TK’da bağımsız bir kitap hâlinde ve eskisine oranla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması, böylece TK’daki kitap sayısının beşten altıya çıkarılmasıdır.

Bu arada TK’da madde numaralarının kaymasına, yeni hükümlerin kabul edilmesine karşın eTK’nın sistematığının neredeyse aynen takip edildiğini hatırlatmak gerekir. Gerçekten bu bakımdan eTK’ya yöneltilen eleştiriler oldukça sınırlı biçimde dikkate alınmış, dolayısıyla sistematik açıdan eTK’daki kimi hatalar aynen sürdürüldüğü gibi, yeni hükümler açısından da sistematığe yönelik bazı yanlışlıklar yapılmıştır.

Her iki kanun arasında ilk bakışta göze çarpan bir diğer önemli fark ise, eTK’nın aksine TK’nın her bir maddesinde ayrıca fıkra numaralarının da gösterilmiş olmasıdır.

Son dönemlerde yapılan kanunlaştırma faaliyeti bakımından kullanılan, bu açıdan bakıldığında şüphesiz kanun koyucunun takdirinde bulunan bu yönetime ilişkin olarak, yapılan tercihin kesinlikle bir zorunluluktan kaynaklanmadığını belirtmek gerekir. Zira örneğin TK’dan henüz iki gün önce TBMM’de kabul edilen yeni BK’da, fıkra numaralarına yer verilmemiştir. Ayrıca her bir fıkrayı numaralandırma yönteminin, özellikle tek fıkradan oluşan maddelerde, görsel bakımdan eğreti olduğu da belirtilmelidir.

3. Değişikliklerin kapsamı

a) TK’da da, tıpkı eTK’da olduğu gibi, kitaplardan ayrı olarak başlangıç hükümlerine (TK 1-10; eTK 1-10) ve son hükümlere (TK 1521-1535; eTK 1460-1475) yer verilmiştir. Başlangıç hükümleri, küçük bazı eklerin ve birkaç maddede yapılan değişikliklerin dışında, eTK’ya paralel bir düzenleme içermekteyken; son hükümler olarak TK’ya yansıyan 15 maddenin 10 tanesi içerik itibarıyla tamamen yeni hükümlerdir.

Ayrıca eTK 1466’nın devamı olan TK 1530 hükmü, TBMM aşamasında kabul edilen önerge sonucu, ilk fıkrası dışında yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır.

Hatırlatmak gerekir ki eTK’daki “son hükümler” esasen, kanunun meclise sevkinden önce kurulan Vekalet Komisyonu tarafından eklenen, doktrin-deki nitelendirmeye “*unutulmuş*” hükümlerdi. Ne yazık ki yeni TK’daki son hükümler de açıkçası benzer bir niteleme yapılmasını haklı kılacak bir görünüme ve içeriğe sahiptir.

b) 1535 maddeden oluşan TK’nın yaklaşık 500 maddesi eTK’da hiç kar-

şılığı olmayan tamamen yeni hükümler içermekte, buna karşılık takriben 700 maddesi eTK'dan sadece dili güncelleştirilerek TK'ya aktarılmış bulunmaktadır. Geriye kalan 300'ün üzerinde maddenin ise eTK'da karşılığı bulunmakla birlikte, bu maddeler içerik/hüküm açısından yeniden kaleme alınmış ve değiştirilmiştir. Bu yönüyle anılan son hükümlerin de kısmen yeni oldukları, böylece eTK'ya oranla değişen madde sayısının toplamda 800'ü aştığı söylenebilir. Bu kapsam şüphesiz TK'nın yeni bir kanun olarak nitelendirilmesini haklı kılacak bir boyuttur.

"Ticari İşletme" başlığını taşıyan birinci kitap, eTK'da toplam 125 maddeden oluşmasına karşılık (eTK 11-135), TK'da toplam 113 maddedir (TK 11-123). TK'ya -biri ticaret siciline, üçü acenteye, diğerleri ise tamamen ticari defterlere ilişkin olmak üzere- yaklaşık 20 yeni madde eklenmiş, 23 civarında madde ise içerik/hüküm açısından farklı bir biçimde ve yeniden kaleme alınmıştır. Böylece yaklaşık 70 madde, sadece dili güncelleştirilerek, TK'da da kendisine aynen yer bulabilmiştir.

"Ticaret Şirketleri" başlığını taşıyan ikinci kitap, eTK'da toplam [kooperatife ilişkin kaldırılan hükümler hariç, yani (421-18=)] 404 maddeden oluşmasına karşılık (eTK 136-556), TK'da toplam 521 maddedir (TK 124-644). İlk bakışta bile göze çarpan bu artışın nedeni, TK'da ayrıntılı olarak düzenlenen ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeleri (TK 136-194) ile şirketler topluluğu (TK 195-209) hakkındaki 74 maddeden oluşan tamamen yeni hüküm paketinin kanuna eklenmesidir. Öte yandan eTK'da bulunan şirketlere ilişkin yaklaşık 100 madde TK'ya hiç aktarılmamış; buna karşılık kollektif şirketle ilgili dört yeni maddenin dışında, takriben anonim şirkete ilişkin 100, limited şirkete ilişkin olarak ise 30 yeni madde kanuna eklenmiştir. Böylece toplam 521 maddeden oluşan bu kitabın yaklaşık 210 maddesi ilk defa kanuna girmiş; eTK'dan gelen 310 maddenin takriben yarısı sadece dili güncelleştirilerek TK'ya aktarılırken, geriye kalan diğer yarısında ise içerik/hüküm açısından değişiklik yapılmıştır. Bu yönü ile eTK'nın en kapsamlı değişikliğe uğrayan bölümünün (365 madde ile) "Ticaret Şirketleri" kitabı olduğu söylenebilir.

4. Kaynaklar

TK'nın kaynakları bakımından yapılacak bir değerlendirmede, tıpkı eTK gibi melez bir kanun olarak nitelendirilmesi mümkündür

Belirtelim ki eTK'ya yönelik benzer bir nitelendirme doktrinde *Karayalçın* tarafından yapılmıştır (nitekim bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, I. Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, Ankara 1968, s. 114).

Gerçekten hükümlere yakından bakıldığında, özellikle haksız rekabet, şirketlerin yeniden yapılandırılması, limited şirketler ile anonim şirketlerin bazı konularında İsviçre hukukundan, ticari defterler, acente, şirketler toplu-

luğu ile denetleme başta olmak üzere anonim şirketlerin bazı konularında ise Alman hukukundan çeviri yoluyla TK'ya aktarmalar yapıldığı rahatlıkla tespit edilebilecektir. Genel bir değerlendirme ile ilk üç kitaba İsviçre, son üç kitaba ise Alman hukukunun damgasını vurduğu söylenebilir. Bu tespit toplu iktibaslar açısından tartışmasız bir husus olduğu kadar, esasen esin kaynağı olarak kabul edilen münferit hükümler bakımından da geçerlidir. Şüphesiz dili güncelleştirilerek eTK'dan aktarılan hükümler nedeniyle 1956 tarihli eTK'yı da kaynaklar arasında zikretmek gerekir.

Bu arada yabancı hukuklardan bir şekilde iktibas suretiyle aktarılan hükümlerde, çeviri hataları ve Türk hukukuna uyum bakımından sorunlarla karşılaşılacaksa de, asıl sorun yaratacak hükümlerin *özgün olma iddiasını taşıyan maddeler* olacağına şimdiden işaret etmek isterim.

5. Dil, ifade ve terminoloji

TK hakkında özellikle dil, ifade tarzı ve kullanılan terminoloji bakımından bazı ön tespitlerimi şu şekilde özetleyebilirim:

a) Öncelikle belirtmeliyim ki hazırlanan Ön-Tasarı kamuoyu ile paylaşıldıktan hemen sonra özellikle dili açısından çok ciddi ve ağır eleştirilere muhatap olmuş, bu eleştirilerin bir kısmı Son-Tasarıda dikkate alındığı gibi, bazı hatalar da Adalet Komisyonu aşamasında giderilmiştir. Hatta Tasarının TBMM'de görüşüldüğü aşamada verilen önergelerin neredeyse yarısının tamamen ilgili maddelerin ifadesini düzeltmeye yönelik olması, esasen bir anlamda Ön-Tasarıya yöneltilen eleştirilerin haklılığını da ortaya koymaktadır. Ne var ki Tasarının kabul edilmesi sürecinde yapılan tüm bu düzeltmeler, yöneltilen eleştirileri tamamen karşılayacak ölçüde olamamıştır.

Şüphesiz zaman içerisinde bu eleştirilerin yerindeliği ve ne ölçüde karşılandığı çok daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Şimdilik burada, sadece TK'nın TBMM'de kabulünden sonra yapılan ve yukarıda sorgulanan redaksiyon aşamasında da giderilmeyen, kanun metnini okurken göze batan ve tespit edebildiğim kadarıyla (ilk üç kitapta) sayısı yüzelliyi aşan bazı ifade ve yazım hatalarının bulunduğuna işaret etmekle yetiniyorum.

b) Her ne kadar kanunun genel gerekçesinde akıcı ve kurallara uygun bir Türkçe için özen gösterildiğinden söz edilmekte ise de maalesef gerçek, bu iddianın tam aksinedir. Nitekim kanunun genelinde kullanılan noktalama işaretlerinde ve ifade/yazım tarzında bir yeknesaklık yoktur.

Bu açıdan örnek olarak tamamen birbirine paralel düzenleme içeren TK 371/6 ile TK 629/2 ve (bir kısmı kanunun TBMM'de kabulünden sonra yapılan redaksiyon

aşamasında düzeltilmekle birlikte) TK 671 ile TK 780 hükümlerinin karşılaştırılması, genel bir fikir verebilir.

Aynı şekilde genel gerekçede “dil yenileştirilmesinden”, madde gerekçelerinde ise dilin “arılaştırılmasından” (TK 2, 645, 647), “güncelleştirilmesinden” (TK 5, 29, 34), “yenileştirilmesinden” (TK 46, 219, 221), “sadeleştirilmesinden” (TK 121, 534, 536) ve “günümüze uydurulmasından” (TK 724, 726) söz edilmişse de bu konuda da herhangi bir kurala sadık kalınmamış, tamamen keyfi bir tutum takınılmıştır.

Gerçekten özellikle içerik olarak eTK'dan TK'ya aynen aktarılan maddelerde kelimeler kısmen güncelleştirilmiş, aynı bakış açısıyla çoğu yerde güncelleştirilmesi gereken kelimeler ise göz ardı edilmiş veya gözden kaçırılmıştır. Bu anlamda olmak üzere, her ikisi de bir arada kullanılan gider/masraf, bildirim/ihbar, mani/engel, men/yasaklama, vaktinde/zamanında, tercih olunur/üstün tutulur, tespit etmek/belirlenmek, şahsi/kişisel, dermeyan/ileri sürme, müracaat/başvurma, talep/istem gibi kelimeler (veya ifadeler) örnek gösterilebilir.

c) Öte yandan genel olarak kanunda kullanılan teknik terimler, kavramlar da yeknesak değildir. Nitekim kanun hükümlerine yakından bir göz atıldığında, örneğin alacağın devri/alacağın temliki, bakiye/artan tutar, borcun nakli/borcun üstlenilmesi, gecikme faizi/temerrüt faizi, yetkili hamil/meşru hamil, itibarı değer/nominal değer, rüçhan hakkı/yeni pay alma hakkı, tâbiyet/vatandaşlık gibi birçok kavramın, bir kısmı BK'da benimsenen terminoloji ile de uyumlu olmayan şekilde, bir arada kullanıldığı görülecektir.

d) TK'nın hacmi ve içerdiği toplam altı kitabın ayrı konuları düzenlemiş olduğu dikkate alındığında, esasen ifade tarzının yanı sıra kullanılan terminoloji bakımından da farklılıkların ortaya çıkması bir anlamda kaçınılmaz olacaktır. Bununla birlikte özellikle aynı bölüm altında kaleme alınan hükümlerdeki farklılıklar ise yadırgatıcıdır. Nitekim ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına, yani birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümler bir bütün olarak incelendiğinde, İsviçre BirK'dan yapılan tercüme faaliyetinin farklı kalemlerden çıktığı, ancak bu metinler arasında dahi bir uyumun sağlanmadığı daha ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Nitekim tamamen birbirine paralel düzenlemeler içeren bu bölümdeki hükümler birbiriyle karşılaştırılabilir (örneğin bkz. TK 146, 167 ve TK 147, 169, 186) ve böylece ifade tarzı ile kullanılan terminolojideki farklılıklar rahatlıkla tespit edilebilir.

Bu açıdan 1956 tarihli eTK ile ilgili olarak dile getirilen, “yeni kanun dil, terim, ifade ve [giderek] muhteva bakımından XX. asrın ortasında çıkarılmış bir ana kanunda bulunması gereken “kalite”den yoksun olduğu” yönündeki eleştirinin (Karayalçın, 114), XXI. asrın başında çıkartılan yeni TK açısın-

dan da aynen geçerli olduğunu belirtmeliyim. O kadar ki yeni TK henüz yürürlüğe girmeden kapsamlı bir değişikliğe konu olmuş ve yürürlüğünün henüz ilk yılında yetersiz ve kendi içinde çelişkili hükümleri ortaya çıkmaya başlamıştır.

6. Gerekçeler

TK'nın gerekçesi, Adalet Komisyonu Raporu ve TBMM'de sunulan önergeler ile bunların gerekçeleri hakkında da öncelikle şu tespitler dikkate alınmalıdır:

a) Yeni kanun maddeleri hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için, hükümlerin nihai olarak kabullerine kadar geçirdikleri tüm aşamaların yakından takip edilmesi zorunludur.

Ne var ki TK'ya ilişkin olarak Ön-Tasarı, Son-Tasarı, Adalet Alt Komisyonunun kabul ettiği metin, Adalet Komisyonunun kabul ettiği metin ve verilen önergelerle TBMM'de kabul edilen metin olmak üzere toplam beş ayrı metin yayımlanmıştır. Buna bir de kanunun kabulünden sonra yapılan redaksiyon faaliyetinin ardından yayımlanan metin eklendiğinde, bir maddenin *toplam altı aşamayı* geçerek son hâlini aldığı söylenebilir. İşte mevcut bir hükmü yorumlarken, hükmün tüm bu süreçte geçirdiği değişikliklerin ve açıklanmışsa gerekçelerinin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Hükmün amacı ve içeriği hakkında doğru bir sonuca ulaşılabilmesi, ancak böyle bir yol izlendiği takdirde mümkün olabilir.

b) Şüphesiz bir hükmün gerekçesi, o hükmün yorumunda yol gösterici bir özelliğe sahiptir. Ancak bazen hükmün sadece hangi kaynaktan aktarıldığını belirtmekle yetinen, bazen de hükmün hangi menfaati korumak amacıyla öngörüldüğü konusunda bilgi vermek yerine, daha çok hükmü bir şerh misali yorumlayan TK'nın madde gerekçelerinden, yapılacak bir yorum faaliyetinde olması gerektiği gibi yararlanmak, pek mümkün görünmemektedir.

Nitekim birçok maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama yapmak yerine, *"hükmün gerekçeyi (veya açıklamayı ya da yorumlamayı) gerektirmeyecek kadar açık olduğu"* belirtilmekle yetinilmiştir. Esasen bu durum dahi, tek başına gerekçeyi kaleme alanların gerçekte hükümlerin öngörülme sebebini açıklamaktan ziyade, doğrudan hükümleri yorumlama saikiyle hareket ettiklerini çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

c) Ayrıca TK'nın bütününde maddelerin her bir fıkrası için ayrı gerekçe yazılmasına özen gösterilmiş olsa da, bazen bunun yapılması unutulmuş (örneğin bkz. TK 25/3, 64/5, 128/3, 133/3); eTK'dan alınan kimi maddelerde ise değişiklikler veya küçük de olsa birtakım ekler yapılmasına rağmen bu

husus gerekçeye hiç yansıtılmamış (örneğin bkz. TK 35, 36, 44, 112, 118, 713, 736), aksine herhangi bir değişiklik yapılmadığı kanısı uyandırılmıştır.

Aynı şekilde bazı maddelerdeki değişikliklerin gerekçesi sadece kısmen açıklandığı gibi (örneğin TK TK 56/2, 116/3, 372), kimi maddelerde ise yapılan değişiklik ile gerekçe arasında tam bir uyum bulunmamaktadır (örneğin TK 21/3, 24/1, 33, 662).

d) Bu arada maddelere eklenen gerekçelerin ilk olarak Adalet Bakanlığı tarafından kamuoyuna duyurulan Ön-Tasarı kapsamında kaleme alındığı, dolayısıyla Tasarıya son hâli verilirken yapılan değişikliklerin bir kısmını yansıtmadığı göz ardı edilmemelidir. Benzer bir durum, Adalet Komisyonu tarafından yapılan birtakım değişiklikler için de söz konusudur. Bazı maddelere ilişkin gerekçe ise, madde metinleri ile bağdaşmamaktadır.

Nitekim örnek olarak Ön-Tasarı aşamasında farklı bir düzenlemeye kavuşturulmakla birlikte herhangi bir gerekçe açıklanmayan, sadece mevcut düzenlemenin tekrarı olduğu vurgulanan TK 502 ve 831 hükümlerine, Son-Tasarı aşamasında ise Ön-Tasarıdan farklı bir şekilde düzenlenen TK 208 hükmüne bakılabilir. Aynı şekilde Adalet Komisyonu aşamasında yapılan, ancak gerekçesi açıklanmayan bir değişikliğe örnek olarak TK 206 hükmü incelenebilir.

e) Gerek aynen kabul edildiği, gerek redaksiyon yapıldığı belirtilen maddelere ilişkin Adalet Komisyonu raporu da, kimi hükümler açısından tıpkı madde gerekçeleri gibi yanıltıcıdır.

Genel olarak denilebilir ki Tasarıya son hâlini verenler, özellikle gerekçeyi kaleme alanlar, eTK'dan aktarılan bazı maddelerde yapılan değişikliklerin ya farkında olmadıkları ya da bu değişiklikleri önemsiz gördükleri için özel bir açıklama yapma gereği duymamışlar, aksine hükmün eTK'dan aynen alındığını belirtmekle yetinmişlerdir. Aslında her iki olasılıkta da ciddi bir sorun ile karşı karşıya bulunulduğu kuşkusuzdur. Zira farkında olmadan bir kanun hükmünün içeriğinde değişiklik yapmak kadar, küçük de olsa yapılan değişikliklerin sonuçlarını dikkate almamak da aynı ölçüde tehlikelidir.

Anılan tüm bu nedenlerle hem gerekçelerin, hem Adalet Komisyonu raporunun kısmen de olsa yanıltıcı olabileceği hususuna dikkat çekmek isterim.

7. Bazı ön tespitler

Nihayet bu başlık altında TK'nın bütününe yönelik olarak yaptığım, eTK'ya oranla farklılık arz ettiğinden önemli gördüğüm, bazı ön tespitleri de aktarmak isterim.

a) Bir defa *usul hukuku* bağlamında TK'da göz ardı edilmemesi gereken

önemli farklılıklar vardır. Bunlardan bir kısmını şu şekilde özetleyebilirim:

aa) Bu kapsamda göze çarpan ilk farklılık, eTK’da “*asliye ticaret mahkemesi*” teriminin hiç kullanılmamasına, hatta eTK 5’in dışında “*ticaret mahkemesi*”nden dahi söz edilmemesine karşın, TK’nın birçok (takriben 35) maddesinde uyuşmazlığa “*asliye ticaret mahkemesi*” tarafından bakılacağına açıkça hükme bağlanmasıdır. TK’da böyle bir düzenleme yapılmasının önemi, doğrudan kamu düzeni ile ilgili olan görev konusundaki bu hükümler nedeniyle, anılan davalara asliye hukuk mahkemeleri nezdinde bakılmayacak olmasındadır.

Fakat, belirtelim ki 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki artık bir “*işbölümü*” değil, “*görev*” ilişkisi olarak düzenlendiğinden (TK 5/3), göreve ilişkin TK’daki bu özel hükümlerin tamamı anlamını yitirmiştir.

Değişiklik ile benimsenen yeni sistem uyarınca, artık aksine hüküm bulunmadığı sürece, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın TK 4 hükmünün kapsamına giren tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine asliye ticaret mahkemesi bakmakla görevlidir (TK 5/1).

bb) Öte yandan, TK’da özellikle (takriben otuz maddede) doğrudan şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye atıf yapılan hükümlerin bir *mutlak (kesin) yetki kuralı* getirdiği kabul edilecek ve artık ilgili uyuşmazlıklar sadece anılan mahkemede görülebilecek, ayrıca bu husus mahkeme tarafından resen dikkate alınacaktır. Oysa eTK’da şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna sadece altı maddede işaret edilmişti.

Kuşkusuz bu yönde bir tercih yapılması ve özellikle ticaret şirketlerine ilişkin uyuşmazlıklara sadece şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince bakılmasının öngörülmesi, kanun koyucunun yetkisi kapsamındadır. Ancak yapılan bu düzenlemenin bilinçli olduğu şüphelidir. Zira madde gerekçelerinin ikisi hariç hiçbirinde bu konuda fikir verebilecek bir açıklama yer almadığı gibi, benzer nitelik taşıyan bazı hükümlerde ise (örneğin bkz. TK 192/1, 219, 220, 227/3, 235/1, 168/2) yapılan bu yeni tercihin aksine, yetkili mahkeme anılmamıştır.

Kaldı ki şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili kılınması ile ilgili olarak HMK 14/2’de (HUMK 17) öngörülen, üstelik bir “*kesin yetki kuralı*” olduğu da yeni maddede açıkça vurgulanan paralel düzenleme karşısında, TK’daki yetkiye ilişkin bu hükümlerin büyük bir kısmına artık ihtiyaç olup olmadığı da ayrıca tartışılmalıdır. Gerçi HMK 14/2’nin (HUMK 17) lafzı, sadece ortakların birbirine karşı veya şirketin ortağa karşı açacağı davaları kapsar bir ifade içermekte, ortak tarafından şirket aleyhine açılacak davaları ise kapsam dışı bırakıyor gözükmektedir. Bununla birlikte uygulamanın, ortak tarafından şirket aleyhine açılan davaları da

HMK 14/2 (HUMK 17) kapsamında değerlendirdiğine işaret edelim.

cc) Yine usul hukuku bakımından anlamı olabilecek TK'daki bir başka farklılık ise, birçok konuda (toplam 14 maddede), mahkemece verilen kararın kesin olduğunun vurgulanması ve böylece kanun yollarının (HMK 341 vd.) kapatılmış bulunmasıdır. Mahkeme kararının kesin nitelik taşıdığı belirtilmiş bu hâllerin büyük bir kısmının da bilgi alma hakkına, şirketin denetimine ve azınlık haklarının kullanımına ilişkin olduğunu belirtelim.

Bu yaklaşıma paralel olarak TK'da ayrıca, eTK'ya oranla daha fazla sayıda uyuşmazlığın dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu [HMK 316/1-(b)] hükme bağlanacağı açıkça öngörüldüğü gibi, yine daha çok sayıda dava da basit yargılama usulüne tabi tutulmuştur (HMK 316 vd.).

dd) Ayrıca TK'nın usul hukukumuzda gerek HUMK'ta, gerek HMK'da olmayan yeni bazı kurumlar kazandırdığını da belirtmek gerekir. Nitekim TK'da usul hukukumuzda tamamen yabancı olan iki ayrı dava türü öngörülmüştür.

Bunlardan ilki "*yorum davası*" olarak isimlendirilebilecek, TK 405'te öngörülen, şirket ile denetçi arasındaki görüş ayrılığını gidermeye yönelik davadır. Bir an için bu davanın esasen bir tespit davası olduğu düşünülebilirse de, tespit davasında talep bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun (ya da bir belgenin sahte olup olmadığının) belirlenmesine yönelikken (HMK 106/1), TK 405'te öngörülen davadaki talebin konusu şirketin hesapları, finansal tabloları ve faaliyet raporları hakkındaki bir mevzuat ya da esas sözleşme hükmünün yorumundan kaynaklanan görüş ayrılığının giderilmesidir.

İkinci yeni dava türü ise, kanunun gerekçesinde bizzat "*grup davası*" olarak isimlendirilen, ancak teknik anlamda yabancı hukuklardaki grup davası ile pek benzerliği olmayan, yeni usul hükmüdür. Ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin ortak düzenlemeler arasında yer verilen TK 191/2'ye göre, haklarının yeterince korunmadığını düşünen ortaklardan birinin açtığı denkleştirme akçesinin belirlenmesine yönelik dava sonunda verilen mahkeme kararı, davacı ile aynı hukuki konumda bulunan diğer ortaklar hakkında da hüküm doğuracaktır. Görüldüğü gibi burada bir grup davasından ziyade, kesin hükmün nispi etkisine ilişkin kurala (HMK 303) bir istisna getirilmesi söz konusudur.

ee) Öte yandan TK'da, usul hukukunda geçerli olan taleple bağlılık ilkesine (HUMK 74, HMK 26) kanuni bazı istisnalar da getirilmiştir. Nitekim tespit edebildiğim kadarıyla TK 202/1-(b) hükmünde öngörülen hâkimiyetin kötüye kullanılması gerekçesine dayalı tazminat davası ile TK 531 ve 636/3'te öngörülen haklı nedenle fesih davalarında mahkeme, davacı pay sahibinin talebi yerine, payların şirket tarafından satın alınarak davacının

şirketten çıkarılmasına “veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme” karar verebilecektir. Şirketin varlığını sürdürmesini sağlamak amacıyla, fesih talebine rağmen, TK 531 ve 636/3 hükümlerinde öngörülen istisnayı kabul etmek mümkünse de, sadece tazminat talebinde bulunan bir ortağın paylarının satın alınmasına karar verilmesi konusunda mahkemenin yetkili kılınmasını [TK 202/1-(b)] anlamak oldukça güçtür. Özellikle, bu hükmün her iki tarafça da kötüye kullanılması olasılığının bulunduğu ayrıca işaret etmek isterim.

Usul hukuku açısından bir diğer önemli sorun ise, ticari defterlerin delil olmasına ilişkin eTK’deki hükümlerin TK’ya alınmamasına karşın, paralel bir düzenlemenin bu kez HMK kapsamında kabul edilmesi nedeniyle gündeme gelecektir.

b) Belirtmeliyim ki TK, usul hukukunun yanı sıra, *takip hukuku* bakımından da yeni kavram ve kurumlara yer vermiştir. Nitekim TK 376/3 kapsamında, şirketin açığını karşılayacak ve borca batıklık durumunu ortadan kaldıracak tutarda alacağına sahip olanların, bu alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmeleri (ve bu kabulün mahkemece atanacak bilirkişilerce doğrulanması) hâlinde artık şirketin iflasına karar verilemeyeceği öngörülerek takip hukumuza “*sırada sona gitme beyanı (sözleşmesi)*” olarak da nitelendirilebilecek yeni bir kurum kazandırılmıştır.

Benzer bir durum, TK 615’te düzenlenen, ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen ve özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünçler bakımından da geçerliydi. Zira anılan maddede bu ödünçlerin, takip (iflas) hukuku bakımından diğer tüm alacaklardan sonra geleceği hükme bağlanmıştı. Ne var ki, 6335 sayılı Kanun ile TK 615 hükmü yürürlükten kaldırıldığından, artık limited şirketlerde özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünç kavramı ile birlikte gündeme gelen takip hukuku ile ilgili bu özel düzenleme de anlamını kaybetmiştir.

Son olarak değinelim ki takip hukuku bakımından YürK 24/3’te öngörülen düzenleme de oldukça ilginçti. Zira yerinde olup olmadığı tartışması bir yana, bu hüküm ile şirket alacaklılarına, şirkete borçlu olan pay sahiplerini/ortakları doğrudan takip imkânı tanınmıştı. Ancak, bu hüküm de 6335 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan maddeler arasına katıldığından, artık anlamını yitirmiştir. Buna karşılık, takip hukukuna ilişkin olarak benzer bir sorunun, yürürlükten kaldırılan YürK 24/3’e paralel bir düzenleme içeren TK 395/2 hükmü kapsamında gündeme geleceğine şimdiden işaret etmekte fayda vardır.

c) Öte yandan eTK’den farklı olarak göze çarpan bir diğer husus da hakkında ikincil mevzuat çıkarılması öngörülen konulardır. Gerçekten eTK’da kanunun uygulanmasını sağlamak amacı ile sadece dört tüzük (eTK 28,

274/1, 744/4, 838 ile 865), iki yönetmelik (eTK 26/3, 274/3) ve bir de tebliğ (eTK 273) çıkarılması öngörülmüşken, yeni düzenlemede çıkarılması öngörülen ikincil mevzuat sayısı, tespit edebildiğim kadarıyla, (iki tüzük, oniki yönetmelik ve onüç tebliğ olmak üzere) toplam yirmiyedi tanedir. Bunlara ayrıca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacağı öngörülen iki kararnameyi de (TK 11/2, 397/4) eklemek gerekir.

Nitekim TK'nın uygulanmasını sağlamak üzere başlangıçta altı tüzük (TK 24/2, 26, 210/1, 953, 994, 1527/5), onüç yönetmelik (TK 24/3, 400/1, 407/3, 429/3, 516/3, 916/1, 1496/5, 1522, 1524/4, 1525/2, 1527/6, gm 2, gm 3) ve on tebliğ (TK 64/3, 5, 333, 403/4, 417/5 [ve 431], 434/4, 509/3, YürK 17/1, 20/3) hazırlanması öngörülmüş, ancak sonradan 6335 sayılı Kanun ile TK 24/2, 26, 210/1 ve 1527/5'te yapılan değişikliklerle, bu maddelerde işaret edilen ikincil mevzuatın da "yönetmelik" olması hükme bağlanmış; TK 24/2'de sözü edilen yönetmeliğin bağımsız değil, TK 26'da öngörülen yönetmelik olduğu vurgulanmış; giderek yönetmelik çıkarılmasını öngören gm 2 ile gm 3 hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece tüzük sayısı altıdan ikiye, yönetmelik sayısı ise üç yeni yönetmeliğe rağmen onüçten onikiye inmiş; buna karşılık yeni düzenleme ile birlikte tebliğ sayısı ise ondan onüç çıkmıştır.

Bu ikincil mevzuatın bir kısmının hazırlanmasında ayrıca bir kesin süre belirlendiği gibi (örneğin TK 1525/2, YürK 17/1), YürK 42/1'de ise tüzük ve yönetmelikler bakımından (TK'nın yürürlüğü tarihinden itibaren işleyen altı aylık) genel bir süre öngörülmüştür.

Bu arada TK kapsamında hazırlanması öngörülen tüzük ve yönetmelikler yayımlanmaya kadar, eski hukuka (yani 6762 ve 6763 sayılı Kanunlara) dayanılarak yürürlüğe konulan tüzük ve yönetmeliklerin TK ve YürK'ya aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği de ihtiyaten hükme bağlanmıştır (YürK 42/2).

d) TK ile ilgili olarak karşılaşılan bir diğer önemli nokta da, Tasarıyı kalem alanlar tarafından yeni düzenleme kapsamında gündeme gelebilecek birçok sorunun tespit edilmesine rağmen, bu sorunları çözmek yerine, çözüm için doktrin ve yargı kararlarına yollama yapılmasıdır. Gerçekten de, elliye aşkın maddenin gerekçesinde, kabul edilen yeni hüküm uyarınca gündeme gelebilecek sorunların çözümü doktrin ile yargı kararlarına bırakılmıştır. Kanun yapma tekniği açısından yerindeliği son derece tartışmaya açık olan bu tercihin, yollama yapılan konularda doktrin ve özellikle yargının görüşü netleşinceye kadar bir belirsizliğe yol açacağı ve böylece hukuk güvenliğini zedeleyeceği şüphesizdir.

Nihayet belirtelim ki özel olarak sorgulanması gereken bir husus da, bu başlık altında yapılan tespitlerin neredeyse tamamının TK'nın şirketler hukuku hakkındaki kitabı ile ilgili olmasıdır. Özellikle TK'nın deniz ticareti ve

sigortaya ilişkin kitaplarında yapılan yeni düzenlemeler ile, sürekli, doktrin-deki tartışmaların sona erdirilmek istendiğinden söz edilmesine karşılık, şirketler hukuku bölümünde sorunların büyük bir kısmının çözümünün - gerekçedeki ifadelerle- doktrin ve yargı kararlarına bırakıldığı görülmektedir.

Her ne kadar şirketler hukukunda kabul edilen yeni hüküm sayısının çokluğu bu yaklaşıma bir sebep olarak gösterilebilirse de, TK'nın özellikle son üç kitabında benimsenen yeni hükümlerin de azımsanmayacak sayıda olduğu göz ardı edilmemelidir.

IV. Başlangıç hükümleri (TK 1-10; eTK 1-10)

Hemen belirtelim ki TK'da da, tıpkı eTK'da olduğu gibi, kitaplardan ayrı olarak başlangıç hükümlerine (eTK 1-10; TK 1-10) ve son hükümlere (eTK 1460-1475; TK 1521-1535) yer verilmiştir. Başlangıç hükümleri, küçük bazı eklerin ve birkaç madde içinde yapılan değişikliklerin dışında, tamamen eTK'ya paralel düzenlemeler içermektedir. Bu başlık altında sadece içerik açısından değişikliğe konu olan başlangıç hükümleri üzerinde durulmuştur.

Gerçekten başlangıç hükümlerinin birçok maddesinde sadece ifadeye yönelik değişiklikler yapılmış, bu arada ticari hüküm (TK 1/1) ile ticari işi (TK 3) tanımlayan maddelerde ticari işletme türlerinin "*ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen herhangi bir müessese*" şeklinde sayılması yerine, eTK 12-13 hükümlerinin yeni kanuna aktarılmamasının da bir sonucu olarak, sadece TK 11/1'de tanımlanan "*ticari işletme*" teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Aynı şekilde, zama-naşımına ilişkin TK 6 hükmü ile faizin başlangıcı hakkındaki TK 10 hükmü de sadece dili güncelleştirilerek aynen korunmuştur. Diğer maddelerde ise eTK'da öngörülen düzenlemeler yine ilke olarak aynen korunmuş, sadece bazı ekler veya değişiklikler yapılmıştır.

1. Ticari davalar ve delilleri (TK 4-5)

a) Genel olarak (TK 4)

aa) Ticari davalar belirlenirken, eTK 4/1'de ticari iş karinesini düzenleyen eTK'nın 21. maddesine yapılan ve karışıklığa yol açan yollama, yeni düzenlemede kaldırılmış ve tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın mutlak olarak ticari sayılanlar dışında, bir hukuk davasının ticari olarak nitelendirilebilmesi için her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla, taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilgili olmakla birlikte, sözleşmeden kaynaklandığı için diğer taraf

bakımından da ticari sayılan işler (TK 19/2), tarafların sıfatına bakılmaksızın ticari sayılan hukuk davalarından (TK 4/1) da değilse, artık ticari dava olarak nitelendirilemeyecektir. Böylece “*nispi ticari dava*”ya ilişkin doktrinde dile getirilen eleştiriler kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve yapılan yollamadan kaynaklanan sorun kesin bir şekilde çözülmüştür.

bb) Öte yandan TK 4/1-(a)-(f)'de, eTK 4/1-b.1-6'da sayılan “*mutlak ticari dava*”lara ilişkin liste genişletilmiş, bankalar ve ödünç para verme işleminin yanı sıra (örneğin finansal kiralama, faktöring, forfaiting, özel ve genel finans şirketleri gibi) diğer finansal kuruluşlarla (BankK 3) ilgili düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının da mutlak ticari dava oldukları hükme bağlanmıştır.

Bu arada eTK 135 hükmüne yollama yapan eTK 4/1-b.5'te ise, yollama yapılan madde kaldırıldığından, eTK 135'te sayılan ticarete özgü yerlerin bu kez bizzat TK 4/1-(e) hükmüne aynen yansıtılması tercih edilmiştir.

cc) 6335 sayılı Kanun ile ayrıca TK'nın 4. maddesinin hem kenar başlığına, hem de birinci fıkrasının iki ayrı yerine “*çekişmesiz yargı işleri*” ibaresi eklenmiş, böylece bir yandan “*ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri*”nin kapsamı belirlenmiş, öte yandan bu tür çekişmesiz yargı işleri de ticari davalar hakkındaki hükümlere tabi tutulmak istenmiştir.

Bu düzenlemenin arkasında ise, muhtemelen HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte yakın bir tarihte gündeme gelen, kambiyo senetlerinin zıyaı gerekçesine dayalı iptal davasında görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi mi, yoksa sulh hukuk mahkemesi mi olduğu sorunu ile ilgili olarak Yargıtay 11. ve 17. Hukuk Dairelerinin farklı yönde kararlar vermesi yatmaktadır.

Nitekim TK 5/1 uyarınca asliye ticaret mahkemesi, TK 4/1 kapsamına giren ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine de bakmakla görevli kılınmıştır.

dd) Ancak TK 4/1-(d) hükmünde “*fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta*” öngörülen hususlardan kaynaklanan hukuk davalarının da, eTK'ya paralel bir şekilde ticari dava olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Zira fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta (örneğin MarkKHK 71; PatKHK 146; FSEK 76), ilgili düzenlemelerde öngörülen davalarda görevli mahkemelerin “*ih̄t̄ı̄sas mahkemeleri*” olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Öte yandan, ticaret mahkemeleri ile fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, gerekçedeki beyanların aksine, bir işbölümü değil “*görev ilişkisi*”dir. Kaldı ki, bir davanın ticari olarak nitelendirilmesine, TK'da davaların görüleceği mahkeme (TK 5) dışında herhangi bir hukuki sonuç da bağlanmamıştır. Anılan tüm bu nedenlerle, TK 4/1-(d) hükmünün yeni kanunda yer almaması

gerekirdi.

Öte yandan anılan hüküm, TK 5'in 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden sonra, yeni bir sorunu da gündeme getirecektir. Gerçekten TK 5/3'te asliye hukuk ve diğer hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki artık bir görev ilişkisi olarak düzenlendiğine, TK 5/1'de ticari davalara ve çekişmesiz yargı işlerine bakmak konusunda asliye ticaret mahkemesi görevli kılındığına ve nihayet TK 4/1-(f) hükmü uyarınca ise fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklar da ticari olarak nitelendirildiğine göre, şimdi bu davalara hangi mahkemelerin bakmakla görevli olduğu sorusuna bir cevap aramak kaçınılmaz olacaktır. Şüphesiz burada özel kanun-genel kanun ayırımından hareketle, bu konuda görevin ihtisas mahkemelerinde olduğu rahatlıkla savunulabilir. Ancak bu arada TK'nın genel bir kanun olmakla birlikte "sonraki tarihli" kanun olduğu, bu durumda ise "kanunlar çatışması" sorununa yönelik çözümün pek de kolay olmayacağı göz ardı edilmemelidir.

ee) Ayrıca TK 4'te mutlak ticari davalar sayılırken, **ticaret işleri tellâllüğüne** ilişkin hükümlerin TK'dan kaldırıldığı **göz ardı edilmiştir**. Zira artık sadece BK'da düzenlenen simsarlık sözleşmesi (BK 520-525) hakkındaki hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da, örneğin komisyon sözleşmesinde (BK 532-545) olduğu gibi tamamen veya sadece taraflardan biri bakımından ticari iş niteliğinde olanlar yönünden kısmen TK 4/1-(c) bendine eklenmesine gerek olup olmadığı tartışılmamıştır. Dolayısıyla yeni kanun döneminde simsarlık sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilebilmesi için TK 4/1 uyarınca her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olması zorunludur.

b) Ticari davaların görüleceği mahkemeler (TK 5)

aa) TK 5/1'de, HMK'da yapılan düzenlemeye paralel bir şekilde, ticari davalar bakımından da asliye ve sulh hukuk ayırımı kaldırılmış ve **dava olunan şeyin değerine bakılmaksızın tüm ticari davalara "asliye ticaret mahkemesi" tarafından bakılacağı hükme bağlanmıştır**. Bu düzenlemeye 6335 sayılı Kanun ile **"çekişmesiz yargı işleri" de dâhil edilerek**, ticari nitelikteki bu işlerde de asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmıştır.

Belirtelim ki "iş bölümü (iş alanı)" ayırımının korunmaya çalışıldığı 6102 sayılı TK'nın 5. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında bu amaca yönelik olarak öngörülen düzenleme hem karışık, hem kendi içerisinde tutarsız, hem de HMK ile uyumsuz olduğundan tarafımızca ağır bir şekilde eleştirilmiş, hatta hükmün bu hâliyle **"tut kelin perçeminden"** deyimini hatırlatacak bir içeriğe büründüğü belirtilerek, en kısa zamanda düzeltilmesinin zorunlu olduğuna işaret edilmişti.

Bu arada 6102 sayılı Kanundaki düzenlemenin sorunlu olduğunu tespit

eden kanun koyucu da 6335 sayılı Kanun ile sorunların kaynağı olan TK 5/3'ü değiştirerek, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkiyi artık bir iş bölümü değil, açıkça bir görev ilişkisi olarak nitelendirmiş; böylece 6762 (ve onu takiben 6102) sayılı Kanunda benimsenen ve elli yılı aşkın süredir uygulanan iş bölümü ilişkisi yapılan bu müdahale ile diğer mahkemelere yönelik genel eğilime paralel bir şekilde görev ilişkisine dönüştürülmüş; giderek bu durumda görevle ilişkin usul hükümlerinin (HMK 1-4, 20-23) uygulanacağı da hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla TK'nın yürürlüğe girdiği Temmuz 2012 itibariyle (asliye) ticaret mahkemeleri de artık birer "ihtisas mahkemesi" olarak görev yapacaktır.

Yapılan bu yeni düzenleme ile ilgili ayrıca TK'ya bir geçici madde eklenmiş ve TK'nın göreve ilişkin hükümlerinin (TK 5), yürürlüğe girdiği tarihten önce açılan davalara uygulanmayacağı, bu davaların açıldıkları tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine tabi olduğu açıkça hükme bağlanarak (TK gm 9), devam eden davalar bakımından mahkemelerin görevsizlik kararı vermesinin önüne geçilmek istenmiştir.

bb) 6335 sayılı Kanuna ilişkin değişiklik tasarısında yürürlükten kaldırılması öngörülen dördüncü fıkranın yerine ise Adalet Komisyonu aşamasında, asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk mahkemesinde açılan bir ticari davanın salt "görev kuralına dayanılmamış" olması nedeniyle reddedilmesinin önüne geçilmek amacıyla yeni bir fıkra eklenmiştir.

Yerinde olduğunda en küçük bir şüphe bulunmayan bu yeni fıkraya göre, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla kendisine başvurulduğu açıkça belirtilmeksizin davanın bir asliye hukuk mahkemesinde açılmış olması (yani görev kuralına dayanılmaması), o yargı çevresinde zaten bir asliye ticaret mahkemesi bulunmadığı için görevsizlik kararı verilmesini gerektirmeyecek, asliye hukuk mahkemesi davaya bakmaya devam edecektir (TK 5/4). Bu konuda Adalet Komisyonu Raporunda gösterilen örnek, dava dilekçesinde "*Ticari davalara bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesi*" şeklinde açık bir ibareye yer verilmemesidir.

cc) Öte yandan TK 5/2'de, eTK 4/3'ten farklı olarak, asliye ticaret mahkemelerinden ayrı, bağımsız bir "Denizcilik İhtisas Mahkemesi" kurulması yerine, ihtiyaç duyulan yerlerde birden fazla asliye ticaret mahkemelerinden bir veya birkaçının münhasıran TK ve diğer kanunlardan doğan "*deniz ticaretine ve deniz sigortalarına*" ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebileceği öngörülmüştür. Bu yenilikle, daha önceki düzenlemeden farklı olarak, "deniz ticareti"nin yanı sıra, "deniz sigortalarına" ilişkin davaların da, HSYK tarafından belirlenecek bu mahkemelerin sorumluluk alanına sokulduğu göz ardı edilmemelidir.

Ne var ki eTK açısından oldukça anlamlı sayılabilecek bu değişikliğin, TK bakımından yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Zira eTK’da bağımsız bir başlık altında öngörülen “denizcilik rizikolarına karşı sigortalar” ile ilgili hükümler yeni TK’ya aktarılmamış, bir başka deyişle sigorta hukuku kitabında deniz sigortaları şeklinde bağımsız bir bölüme yer verilmemiştir. Bu nedenle TK 5/2 hükmüne eklenen “deniz sigortalarına” ibaresinin anlam ve kapsamı artık yorumlanmaya muhtaçtır.

2. Teselsül karinesi (TK 7)

a) Yeni kanunun hazırlanması aşamasında TK 7’nin birinci fıkrasına, sözleşmenin yanı sıra, “kanunda” sözcüğü de eklenmiş, böylece doktrinde dile getirilen bir eksiklik giderilmiştir. Dolayısıyla artık sadece sözleşmede değil, “kanun”da da müteselsil sorumluluğun aksinin öngörülebileceği açıkça vurgulanmıştır.

b) Öte yandan TK’nın TBMM’de görüşülmesi sırasında verilen bir önerenin (Adalet Komisyonunun önergeye katılmamasına rağmen) kabulü sonucu gerçekleşen bir diğer değişiklik ise, TK 7’nin birinci fıkrasına eklenen yeni cümledir. Bu cümle ile esasen kefillerin sadece kendi temerrütlerinin sonuçlarından sorumlu olması gerektiği, bu nedenle asıl borçlunun borcunu ifa etmediği ihbar olunmadan kefillerden temerrüt faizi talep edilemeyeceği öngörülmek istenmiştir.

Ne var ki yeni hüküm, bir kanun metninde pek alışık olunmayan bir şekilde, karışık ve gereksiz tekrarlarla kaleme alındığı gibi, hükmün eklendiği birinci fıkra da kefaletle değil birlikte borç üstlenmeye ilişkindir. Yeni hükmün bu konumu, getirilen düzenlemenin bu hâliyle sadece müteselsil kefaletle değil, aynı zamanda müteselsil sorumluluğu içeren tüm birlikte borç üstlenmelere de uygulanacağı yönünde bir görüşün savunulmasına yol açabilir.

Kaldı ki böyle bir düzenlemenin yeri esasen TK da değildir. Gerçekten kanun koyucu bu yönde bir hüküm öngörmeye ihtiyaç duyuyorsa, gerekli düzenlemenin, kefalet sözleşmesine ilişkin tüm ayrıntılı hükümleri bünyesinde barındıran genel nitelikteki BK içinde, özellikle kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen BK 589’da veya kefilin takibine ilişkin BK 590’da yapılması şüphesiz çok daha isabetli olurdu.

3. Ticari işlerde faiz (TK 8-10)

a) Oran serbestisi ve bileşik faizin şartları (TK 8)

aa) Başlangıç hükümlerinde yapılan önemli bir diğer değişiklik ise, bileşik faize ilişkin TK 8’de gerçekleştirilmiştir. Son-Tasarıda bağımsız bir

madde hâline dönüştürülerek 9. maddede aynen korunan eTK 8/2 hükmü Adalet Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkarılmış, ancak kanunun TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen bir önergeyle bileşik faize ilişkin düzenleme bu kez TK 8 kapsamında tekrar kabul edilmiştir.

Bu arada cari hesaba dair hükümlerde de (TK 90, 95, 96) bu kabul doğrultusunda verilen yeni önergelerle gerekli değişikliklerin yapılması yoluna gidilmiştir.

Yeni düzenlemede, bileşik faiz uygulanabilmesine ek bazı sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten eTK'ya paralel bir şekilde sadece cari hesap ile ödünç sözleşmelerinde geçerli bir biçimde kararlaştırılabileceği kabul edilen bileşik faize yönelik olarak, bu kez bir yandan ödünç sözleşmesinin sadece borçlu için ticari olması yeterli görülmeyip her iki taraf bakımından da ticari niteliği haiz bir iş olması şartı getirilmiş, öte yandan her iki sözleşmenin de taraflarının tacir olması zorunluluğu öngörülmüştür (TK 8/2).

Ancak ödünç sözleşmesi açısından her iki taraf için de ticari iş niteliğinde olması şartı öngörüldükten sonra, ayrıca her iki sözleşmeye (cari hesap ve ödünç sözleşmelerine) yönelik olarak bunların taraflarının da tacir olması şartının aranması, en azından ödünç sözleşmeleri yönünden hiçbir anlam taşımamaktadır. Zira tarafları tacir olmayan bir ödünç sözleşmesinin esasen her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olması mümkün değildir. Dolayısıyla tacir olmaya yönelik bu yeni şart, fıkranın bu hâliyle sadece cari hesap sözleşmesinin tarafları bakımından bir anlam taşıyacak ve sonuç doğuracaktır.

Belirtelim ki her hâlde gerek cari hesap sözleşmesinin, gerek ödünç sözleşmesinin, TK 4/1 hükmünde olduğu gibi "*her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili*" olması gerektiğini öngörmek de esasen arzu edilen sonuca ulaşılmasını sağlar ve böylece tarafların tacir sıfatını taşımalarına ayrıca vurgu yapılmasına gerek kalmazdı.

bb) Öte yandan yeni düzenlemede tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı tutularak (TK 8/3), tacirin tüketici sayıldığı durumlarda da cari hesap veya ödünç sözleşmesi kapsamında bileşik faiz uygulanmasına sınır getirilmiş; giderek ikinci ve üçüncü fıkralara aykırı olarak işletilen bileşik faizin ise yok hükmünde olduğu açıkça öngörülmüştür (TK 8/4).

Buradaki "*yok hükmündedir*" ifadesinin hukuken ne şekilde yorumlanacağı sorusunun bir dizi tartışmayı bünyesinde barındırdığı şimdiden söylenebilir. Zira burada kastedilenin, geçersizlik hâllerinden "*yokluk*" mu, yoksa "*butlan*" mı olduğu sorusunun cevabı, her iki geçersizlik türünün sonuçlarının farklı olması nedeniyle önemlidir. Bu anlamda örneğin ödenmiş bileşik faizin aradan uzun bir süre geçtikten sonra TK 8/4 hükmüne dayalı olarak geri talep edilmesine karşı "*dürüstlük kuralına aykırılık*" savunmasının ileri sürülüp sürülemeyeceği, cevaplandırılması gereken sorulardan biridir.

Doğrusu, bir sözleşmenin kurucu unsurlarının (bu bağlamda kanuna açıkça aykırı da olsa tarafların irade beyanlarının) varlığı hâlinde artık “yokluk” değil, olsa olsa “butlan”dan söz edilmesi gerekeceğinden; TK 8/4’te de, öngörülen düzenlemelere aykırı faizin yok hükmünde olduğunun değil, bu düzenlemelere aykırı sözleşme hükümlerinin batıl (kesin hükümsüz) olduğunun kabul edilmesi gerekli ve yeterli olurdu. Kaldı ki bileşik faizle ilgili TK 8/2-3 hükümlerinin emredici olması karşısında, bu yönde bir düzenleme öngörülmemesi dahi varılacak sonuçta pratik bakımdan herhangi bir değişiklik yapmayacaktı.

b) Uygulanacak hükümler (TK 9)

Ticari işlerde uygulanacak faize ilişkin olarak bir yandan faiz serbestisine işaret eden kanun koyucu (TK 8/1), öte yandan da “*kanuni, anapara ile temerrüt faizi*” hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir (TK 9). Türk hukukunda faize ilişkin özel düzenleme FaizK’da öngörüldüğünden, TK 9’da yollama yapılan ilgili mevzuatın başında da FaizK gelecektir.

Ticari işlerde faiz oranının serbestçe kararlaştırılabileceğinin öngörüldüğü TK 8/1’de “*belirlenir*” kelimesi yerine, bir zorunluluğa değil aksine bir imkâna vurgu yapan ve eTK 8/1’de de benimsenen, “*belirlenebilir*” kelimesinin kullanılması çok daha isabetli olurdu.

Belirtelim ki TK’nın genelinde (TK 7, 129, 130, 482, 1018, 1077, 1427) “*temerrüt faizi*” terimi tercih edilmesine karşın, son aşamada kanuna eklenen TK 1530 hükmünün yeni fıkralarında hem “*temerrüt faizi*”, hem de “*gecikme faizi*” terimleri bir arada kullanılmıştır.

Hükümün Ön-Tasarıdaki metninde “kanuni anapara ve temerrüt faizi” denilmiş olmasına rağmen, Son-Tasarıda “kanuni” kelimesinin arkasına gereksiz bir virgül eklenerek, böylece anapara ve temerrüt faizi dışında sanki maddede üçüncü bir faiz türüne ilişkin de düzenleme yapıldığı izlenimi oluşturulmuştur. Oysa burada düzenlenen anapara ve temerrüt faizinin her ikisinin de kaynağının kanun olduğu şüphesizdir. Zira sözleşme ile faizin serbestçe kararlaştırılabileceği hemen bir üstteki maddede, TK 8/1’de açıkça öngörülmüştür.

Ancak TK’nın başlangıç hükümlerinde, faize ilişkin olarak ilgili mevzuata yollama yapmak yerine, tamamı beş maddeden oluşan FaizK’nın ilgili hükümlerinin mevcut düzenlemeye aktarılması ise maalesef düşünülmemiştir. Oysa taşınmaz kiralalarına ilişkin 6570 sayılı Kanunun BK’nın bünyesine katılması, mevzuatın bir araya toplanmasına güzel bir örnektir.

Öte yandan BK’da adi işlerde uygulanacak faize dair üst sınırlar öngörülmüş (BK 88, 120), ancak böyle bir sınırlamaya ticari işler bakımından da

ihtiyaç olup olmadığı hiç tartışılmamıştır. İşte tam da bu noktada şimdilerde doktrinel bir tartışma alevlenmeye yüz tutmuştur. Sorun BK'da öngörülen faize ilişkin üst sınırların sadece adi işler bakımından mı geçerli olduğu, yoksa bu sınırlamanın ticari işleri de kapsayıp kapsamadığıdır.

Tespit edebildiğim kadarıyla şimdilik sadece borçlar hukuku alanında çalışan birkaç akademisyen BK'da öngörülen üst sınırların ticari işler bakımından da geçerli olduğu görüşünü savunmakta, buna karşılık ticaret hukuku alanında çalışan akademisyenlerin tamamının yanı sıra, borçlar hukuku alanında çalışanların da büyük çoğunluğu ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceği görüşünü benimsemektedirler. Sorunun yakın bir tarihte yargının da ilgi alanına gireceği, hatta şimdiden kambiyo senetlerinin zıya gerekçesine dayalı açılan iptal davalarında gündeme gelen görev sorunundaki Yargıtay daireleri arasındaki farklı görüşlere benzer bir şekilde bu konudaki Yargıtay dairelerinde farklı yaklaşımların dile getirildiği söylenebilir.