



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 14.04.2021
Revizyon Talebi: 29.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 12.10.2021
Kabul: 22.11.2021

“Bağlantılı Gemi”nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi

Ecehan Yeşilova Aras*

Öz

Geminin ihtiyati haczi bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1369 uncu maddesi “bağlantılı gemi”nin (*associated ship*) ihtiyati haczine olanak tanımamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesi, 1999 tarihli “Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme”den tercüme yoluyla alındığı için çalışmamızın odaklandığı yer, özellikle bu Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası olmuştur. Anılan 3 üncü maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın giriş cümlesi ile birlikte okunduğunda görülecektir ki hüküm, *üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini düzenlemek üzere cümleye başlamış fakat kapsamına sadece “kardeş geminin” (sister ship) ihtiyati haczini dâhil etmiş; bağlantılı gemiyi metin içerisinde anmamıştır. Çalışmanın öncelikli amacı, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının bu metnin altına sakladıkları özü ortaya çıkarmak ve maddede bağlantılı gemi ile ilgili “bilinçli bir boşluk” mu yoksa “vasıflı suskunluk” mu olduğunu saptamaktır. Tarihsel yorum neticesinde elde edilecek sonuç; Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, bağlantılı gemilerin ihtiyati haczini yasaklama iradesinde olmadığı ama bu hususun somut olarak düzenlenmesine de gerek duymadıkları bir konu olduğu yönünde çıkarsa, çalışmanın nihai hedefi perdenin kaldırılması teorisinin yavru tek gemi şirketlerine uygulanması ile borçlu olarak gözükmeyen yavru tek gemi şirketinin ve hatta hâkim kişi veya hâkim şirketin gemisinin de “bağlantılı gemi” olarak ihtiyaten haczedilmesini sağlayabilmektir. 1999 Konvansiyonu'nun 3(2) maddesinden doğrudan çeviri yoluyla Türk Ticaret Kanunu'nun madde 1369(2) hükmünü oluşturan düzenleme, “kardeş” geminin ihtiyati haczi olarak anılmakta ise de metinde yer alan “*sahip olmak veya ait olmak*” kavramının derinliğine sadece hükmün lafzı dikkate alınarak karar vermek olası değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 1(1) inci hükmü uyarınca, hakim hukuku sözüyle ve özüyle uygular. Metin davarını aşır, Konvansiyon hazırlayıcılarının hangi kelimelerle yetindiklerini, ötesini düzenlemek isteseler de kavramların veya sözcüklerin yetersiz kaldığını tarihsel yorum açığa çıkarmaktadır. Bu açıdan, hazırlık çalışmaları ışığında hüküm değerlendirildiğinde, “kardeş” gemi hükmünün altında *lex fori*'nin izin verdiği ölçüde de “bağlantılı” geminin ihtiyati haczinin de mümkün olduğu görülecektir.*

Anahtar Kelimeler

Tek Gemi Şirketi, Bağlantılı Gemi, Geminin İhtiyati Haczi, Perdenin Kaldırılması Teorisi, Deniz Alacağı

The Theory of Lifting the Corporate Veil for the Arrest of “Associated Ships”

Abstract

In terms of arrest, Article 1369 of the Turkish Commercial Code does not allow the arrest of the “associated ship.” The mentioned article is translated from Article 3 (2) of the 1999 Arrest Convention (hereinafter “Convention”). This provision was included to regulate *the arrest of a ship other than the ship on which there is a maritime claim* but encompassed only the arrest of the sister ship within its ambit. The main purpose of this study is to determine whether there is a conscious legal gap or qualified silence in the article regarding the associated ship. If the historical interpretation shows that the Convention's drafters did not intend to prohibit the arrest of associated ships, the study's ultimate goal is showing how the theory of lifting the corporate veil is applicable to single-ship subsidiary companies. It enables the arrest of ships of single-ship subsidiary companies, which as an associated ship does not seem to be liable. Article 3 (2) of the Convention

* **Sorumlu Yazar:** Ecehan Yeşilova Aras (Doç. Dr.), İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ecehan.aras@idu.edu.tr ORCID ID: 0000-0001-8009-2723

Atf: Yeşilova Aras E, “Bağlantılı Gemi”nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi” (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası. 1103. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0001>



is described as the arrest of the sister ship; however, it is not possible to determine the scope of the *owning* or *belonging* concept solely through the wording of the provision. Under provision 1(1) of the Turkish Civil Code, the judge applies the law based on its common meaning or interpretation. A historical analysis reveals the wording that the drafters of the Convention were satisfied with and that the concepts or words were insufficient even if they wanted to make a different draft. When the provision is evaluated in light of the original draft, it can be seen that under the sister ship provision, the arrest of the associated ship is also allowed to the extent permitted by *lex fori*.

Keywords

Single-Ship Company, Associated Ship, Arrest, Lifting The Corporate Veil Theory, Maritime Claim

Extended Summary

In light of Article 1369 of the Turkish Commercial Code and the wording of Article 3 of the 1999 Arrest Convention (hereinafter “Convention”), arrest of an associated ship was not allowed. Because the relevant article of the Turkish Commercial Code is taken from the Convention, this study pays particular attention to Article 3 (2) of the Convention.

The main purpose of the study is to reveal the intent hidden by the drafters in this Convention through the method of historical interpretation, examining the provision and determining whether there is a conscious legal gap or qualified silence regarding the associated ship in Article 3 (2). If this leads to the conclusion that there is, in fact, a conscious legal gap, it will be shown that the Convention leaves leeway to fill this gap to *lex fori*. If, however, it is seen as qualified silence, this will show that the Convention does not allow the application of arrest on associated ships, and therefore, this provision was deliberately omitted.

If historical interpretation shows that the drafters of the Convention were unwilling to prohibit the arrest of associated ships and that this issue was not included within the scope of the Convention because international unity was not seen as a necessary objective, the study’s ultimate goal is the application of the “corporate veil theory” to the subsidiary companies to enable the arrest of the ship of the single-ship subsidiary company, which does not appear to be indebted, as an “associated” ship.

At the Diplomatic Conference, which was the final stage of the preparation phase of the Convention, it was deemed appropriate for the *lex fori* to decide whether it is necessary to identify the real owner of the debt by lifting the corporate veil, although this was not clearly expressed in the JIGE draft at the time. When this provision was brought up for discussion, the UK delegation presented an alternative text, which through an explicit provision made possible the arrest of *associated* ships to be identified by lifting the corporate veil. Simultaneously, CMI proposed an addition to the provision 3(2) of the JIGE draft, which clearly refers to *lex fori*, that said, “Whether a ship belongs to the person responsible for maritime claim is determined

by the law of the State to which the arrest will be applied.” This addendum sought a compromise between the provision in the JIGE draft and the alternative text presented by the UK delegation. Thereupon, the discussions continued as to whether it would be appropriate to enable the arrest of associated ships by making a clear reference to the law of the state party or by including a clear provision on lifting the corporate veil in the Convention.

Although the majority passed on the latter option, they nonetheless argued that the concepts used would pose practical difficulties or that consensus could not be achieved given the various legal systems. In response to these criticisms, the UK delegation submitted a new proposal for discussion.

However, this version of the text aroused even more concern because it clearly mentioned “effective control” and “connection” along with the concept of control. It was considered by the majority as too vague and dangerous to include in the Convention. Instead, the text of the article was accepted in its simplest form, as it was in the JIGE draft, with the concept of ownership and no clear reference to the *lex fori*.

However, the participating states, despite their different legal systems had certain concerns in common: *i.* whether this type of corporate law issue had a place in an international convention; *ii.* the challenge of choosing concepts (*control, effective control, authority, connection, etc.*) that allow the corporate veil to be lifted; *iii.* clearly defining the selected concepts and preparing a list of acts that would guide the court in the substantive case; *iv.* the necessity of maintaining a balance between different interest groups in the maritime sector; and *v.* the most appropriate solution was leaving the issue to the *lex fori*.

Considering the current provision 3(2) of the Convention, the emphasis in the text rests on the concept of ownership, but evaluating the concept of ownership is left to the legal system of the relevant state.

Giriş

Denizcilik ve taşımacılıkla iştigal edip de birden fazla gemiye sahip olmak, her bir gemi için ayrı bir tüzel kişilik yaratmak; sermayesi sadece tek gemi olan birden fazla yavru şirketin oluşturduğu bir topluluk olarak ticaret yapmak, deniz ticaretinin bilinen bir gerçeğidir¹. Bu topluluğa hâkim kişinin veya hâkim şirketin, filosu üzerindeki ticari ve teknik yönetimini bu şekilde parçalayarak, farklı tüzel kişiliklere dağıtarak gerçekleştirmesi, bu tercihin altında alacaklıları mağdur etme düşüncesi yer almadığı müddetçe², hukuka aykırı da değildir.

Geminin ihtiyati haczi bakımından hukukumuzda gerek Türk Ticaret Kanunu'nun deniz icra hükümleri kapsamındaki 1369 uncu maddesinin lafzı gerekse Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, 11.12.2019 tarihinden itibaren pozitif hukukumuz dâhilinde ve *kanun hükmünde* olan 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin³ 3 üncü maddesinin *lafzı* dikkate alındığında, “bağlantılı geminin” (*associated ship*) ihtiyati haczine olanak tanınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesinin, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeden tercüme yoluyla hukukumuzda dâhil olduğu da dikkate alındığında, çalışmamızın odaklandığı yer, sözü edilen Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası olmuştur. Anılan 3 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarının giriş cümlelerinin birlikte okunması ile anlaşıldığı üzere hüküm, *üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini düzenlemek üzere cümleye başlamış fakat kapsamına sadece uluslararası sektör ve literatürde “kardeş gemi” (sister ship⁴) olarak anılan gemilerin ihtiyati haczini dâhil etmiş; “bağlantılı gemi”yi zımnen hariç bırakmıştır.*

Çalışmanın öncelikli amacı, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki bu tercihin yani bağlantılı gemilerin ihtiyati haczine imkân tanımamanın, “bilinçli bir boşluk” mu yoksa “vasıflı suskunluk” mu

¹ William Tetley, ‘Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures’ (1999) 73 Tul L Rev 1970; Rhidian Thomas, ‘Ship, Arrest-Issues of Availability, Fairness and Proportionality’ iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019) 11.

² Deniz alacaklılarının mağdur edilmesi düşüncesiyle yapılan bu ticari tercihin hukuka aykırı olduğu yönünde bir yüksek mahkeme kararı için bkz William Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2nd Edition, Blais 1998) 1040.

³ Çalışmada kısaca “1999 tarihli Milletlerarası Sözleşme” olarak anılan Milletlerarası Sözleşme ile “Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme, 1999” kastedilmiş ve yine çalışmada “gemilerin ihtiyati haczi” kavramı, bu Milletlerarası Sözleşme kapsamında “*arrest*” kavramına yüklenen anlam ile kullanılmıştır. 1952 tarihli Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme ise çalışmada kısaca “1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme” olarak anılmaktadır.

⁴ “Sister ship” terimindeki kız kardeş ifadesindeki gereksiz bir cinsiyet vurgusu nedeniyle bu terimin isabetsiz olduğu gerekçesiyle “sürrogat geminin ihtiyati haczi” (*surrogate ship arrest*) şeklindeki anılış için bkz. Martin Davies, ‘The Future of Ship Arrest’ iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019) 308.

olduğuna karar vermektedir⁵. Şayet, vasıflı suskunluk olarak değerlendirilirse 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin kesinlikle bağlantılı gemiler üzerinde ihtiyati haciz uygulamasının yapılmasını istemediği bu nedenle de hükme bu hususu eklemeyeceği gerçeği ortaya çıkarılacaktır. Bu değerlendirme, hükmün metin duvarının (lafzının) aşılıp, özünün (ruhunun) bulunmasını dolayısıyla da maddenin tarihsel yorumunun yapılmasını gerekli kılmaktadır. O sebeple, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının yazımında, hazırlık çalışmalarında hangi saik ile hareket edildiğini ve “tek gemi şirket”leri (*single ship company*) açısından maddenin arka planında nasıl bir düşüncenin egemen olduğunu açığa çıkarmak gerekecektir.

Metodolojik açıdan tarihsel yorum neticesinde elde edilecek sonuç; Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, anılan hükmün arkasındaki iradelerinin, bağlantılı gemilerin ihtiyati haczini yasaklamak değil ama bu konunun Milletlerarası Sözleşme çatısı altında uluslararası bir dilde birlik olunması da gerekmeyen bir mesele olduğunun tespiti yönünde ise bu noktadan sonra çalışmanın nihai hedefi; perdenin kaldırılması teorisinin yavru şirket konumundaki tek gemi şirketlerine “çapraz” uygulanmasının neticelerini göstermek olacaktır. Bunun anlamı, aynı topluluk içindeki diğer yavru şirketlerin gemisinin ihtiyati haczini veya bir yavru şirketin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile (*perdenin düz/olağan kaldırılması*) ortaya çıkacak hâkim kişinin gemisinin de ihtiyati haczinin mümkün olabilmesini ortaya çıkarmak ve nihayetinde de bu teorinin uygulanma koşullarının somut olayda nasıl görünebileceğini incelemektir.

Böylelikle, Türk Ticaret Kanunu’nun 1369 uncu maddesinin ikinci fıkrasında da, lafzî yorumu bir kenara bırakıp, teorik şartları somut olayda oluştuğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla “bağlantılı gemilerin” de zımnen madde kapsamında olduğu ve ihtiyaten haczinin mümkün olduğu sonucuna ulaşıldığında, deniz alacağından yavru şirket konumundaki bir tek gemi şirketinin sorumlu olması halinde, onunla aynı hâkimiyet altında bulunan diğer yavru şirketlerin (diğer tek gemi şirketlerinin) gemileri üzerinde de ihtiyati haciz imkânı bulunabilecektir. Aynı şekilde, deniz alacağından sorumlu olan yavru şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında bulunacak hâkim kişinin veya hâkim şirketin gemisi de ihtiyaten

⁵ Bilinçli boşluk olarak nitelendirilen durumda, kural içinde boşluk vardır ve kanun koyucu bu boşluğun farkındadır. Yetki veya tanım boşluğu şeklindeki iki alt türünden, çalışma konumuza uygun olanı; bilinçli-tanım boşluğudur. Kuralın içeriğindeki kavramın içeriğini belirleme ve gerekli tanımları yapma konusunda kanun koyucu hükmü uygulayana bu yetkisini devretmektedir. Durumun özelliği gereği kuralın içinde bir tanımın yazılması ve ilgili kavramın sınırlarının çizilmesinde zorluklar bulunduğu ve olası bir tanımın ileride ihtiyaçlara cevap veremeyişinden duyulan endişe ile kanun koyucu bilerek yargıya yetki devretmiştir. Vasıflı suskunluk olarak nitelendirilen durumda ise aslında bir boşluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla da yargının kurala müdahil olması söz konusu değildir. Kanun koyucu kuralın metnine lafzen dâhil etmediği hususu, bilerek ve isteyerek kuralın kapsamı dışında bırakmıştır. Kanun koyucunun buradaki sessizliği, olumsuz düzenleme anlamındadır. Örneğin evlenme yasağı olan kişiler arasında Türk Medeni Kanunu’nda süt kardeşler sayılmamıştır. Bu bir boşluk değil, vasıflı suskunluktur. Kanun koyucu, birbiri ile evlenmesi yasak olan kişiler arasında süt kardeşleri eklemeyerek, aslında süt kardeşlerin birbirleri ile evlenebileceklerini düzenlemek istemiştir. Bkz Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (7nci Baskı, Beta 2020) 180-190. Ayrıca bkz Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin 2021) 403 vd; Ahmet M Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (Ekin 2021) 163 vd; Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi* (Astana, 2016) 183 vd; Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi Cilt II* (Seçkin 2021) 226 vd.

haczi mümkün gemilerden olabilecektir. Bu sorunun çözülebilmesi için, çıkış noktası Türk Ticaret Kanunu madde 1369(2) hükmünün mehzazını teşkil eden 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasını metodolojik olarak incelemek ve maddenin altında yatan iradeyi ortaya çıkarmaktır.

I. Deniz Alacağına Sebepiyet Veren “İlgili” Gemi ile “Kardeş” Gemi İlişkisi

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında, deniz alacağının doğumuna sebepiyet veren “ilgili” geminin (“*particular ship*”); 2 nci fıkrasında ise bundan başka hangi geminin ihtiyati haczinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Anılan son fıkra hükmü kapsamına, içeriğindeki ifadeler dikkate alındığında görüldüğü üzere sadece uygulamanın deyiimiyle “kardeş gemi” olarak kabul edilen gemiler dâhil edilmiştir.

Deniz alacağının doğumuna sebep olan geminin malikine ait başka gemi(ler) de varsa, anılan son geminin, “kardeş gemi” statüsünde, malikinin borcu için ihtiyaten haczi mümkün olabilecektir. Bunun dışında, deniz alacağının doğumuna sebep olan gemiyi kira, zaman çarteri veya yolculuk çarteri sözleşmelerinden edindiği bir sıfatla yani malik olmaksızın kullanarak borçlanan kişiye ait bir gemi bulunmaktaysa, bu gemi de “kardeş gemi” kabul edilecek ve malikinin bu gemiden kaynaklanmayan bir deniz alacağından doğan sorumluluğu yüzünden ihtiyaten haczi mümkün olabilecektir.

“Kardeş gemi” ilişkisi ile deniz alacağına sebepiyet veren gemiden başka bir geminin ihtiyaten haczedilmesi imkânının, deniz alacağının mülkiyete veya zilyetliğe ilişkin olması halinde geçerli olmayacağı da 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde ifade edilmiştir. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede, deniz alacakları listesinin (s) bendi⁶ (“*geminin mülkiyeti ve zilyetliğine ilişkin her türlü uyumsuzluk*”) 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde doğrudan bent harfi kullanılarak zikredilmemiştir. Oysa 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme bu fıkarda, deniz alacakları listesinin “o, p ve q” bentlerine doğrudan atıfta bulunmuştur. Bu bentler, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede “s, t ve q” bentlerine karşılık gelmekteyken, yeni Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında bu bentlere açıkça atıf yapılmamasının bilinçli bir tercih olduğu açıklanmıştır⁷. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, geminin mülkiyeti ve zilyetliğine ilişkin uyumsuzlukların kardeş gemi uygulamasının dışında bırakılmasına ilişkin hükümde, deniz alacakları listesinin ilgili bent harflerine atıf yapılmayarak genel bir ifade kullanılmasının sebebi, deniz alacakları listesinin

⁶ TTK madde 1352(1)-t.

⁷ Francesco Berlingieri, *Berlingieri On Arrest of Ships Volume II A Commentary on the 1999 Arrest Convention* (6th Edition, Informa Law 2017) 101.

(t) bendinin⁸ kapsamında iki farklı tür uyuşmazlığın yer alması; birinin zilyetliğe dayanması diğerinin de para alacağı olmasıdır. Deniz alacakları listesinin (t) bendinin ilk kısmında, “*geminin müşterek malikleri arasında geminin işletilmesi*” olarak anılan uyuşmazlığın, müşterek maliklerden birinin, diğerinin gemiyi hatalı çalıştırdığı iddiasına dayanması halinde, aslında davacı müşterek malikin niyetinin geminin zilyetliğini elde edip kendi tercihinine göre işletmesidir. Bu durumda, bu bendin de aslında kısmen –üzerinde müşterek mülkiyetin bulunduğu gemi- hakkında zilyetliğe dayanan uyuşmazlık olduğu düşünülecek ve kardeş gemi uygulamasına yani başka bir geminin ihtiyati haczi imkânına mantık olarak ters düşecektir. Buna karşın, (t) bendinin diğer kısmındaki “*geminin müşterek malikleri arasında gemiden sağlanan hasıllata ilişkin*” uyuşmazlığın ise para alacağı olması sebebiyle, Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci bendinin son cümlesinde, (t) bendinin bir bütün olarak atf konusu olamayacağı düşünülmüştür. Bu sebeple çözüm, bent-bent sayım değil; genel bir ifade ile “mülkiyete ve zilyetliğe ilişkin uyuşmazlıklar” denilmesinde bulunmuştur. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki karşılığında, “*gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynı bir yükümlülük*” şeklinde ifade edilen deniz alacağının da (zilyetlik veya mülkiyete dayalı uyuşmazlık olduğu düşüncesiyle) kardeş gemi uygulaması dışında bırakıldığı gözükse de; 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, söz konusu aynı yükümlülüklerin altında kural olarak aslında para alacağı olduğunun dikkate alınmasıyla olsa gerek, alacaklının kardeş gemi uygulamasından faydalanabilmesi gereği göz önünde tutulmuştur⁹.

II. 1952 Tarihli Milletlerarası Sözleşmenin “Bağlantılı” Geminin de İhtiyati Haczi Hedefleyen İlk Adımı

Deniz alacağının doğumuna sebebiyet veren “ilgili” gemiden başka bir geminin de ihtiyaten haczinin mümkün olabilmesi için ilgili gemi ile bunun dışındaki sair bir geminin malikinin aynı olması koşulu 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(1) hükmünde de yer almaktadır. Başka bir deyişle, deniz alacağının doğduğu sırada (A) gemisinin maliki olan kişiye ait, ihtiyati haczin uygulanması esnasında bir başka gemi bulunmaktaysa (örn. B gemisi) ve deniz alacağından sorumlu olan da A gemisinin maliki ise anılan hükme göre, (B) gemisinin, yola çıkmaya hazır olsa bile ihtiyaten haczi mümkün kabul edilmiştir. Bununla birlikte, aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, deniz alacağının doğumuna (A) gemisi sebebiyet vermiş olmasına rağmen, bu borçtan sorumlu olan kişi malikten başka birisi ise (kiracı; *demise charterer*) (A) gemisinin yanı sıra, ihtiyati haciz zamanı itibarıyla borçtan sorumlu kişiye ait bir (C) gemisi bulunmaktaysa, bu geminin de ihtiyati haczinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Malik olmamakla birlikte borçtan sorumlu olan kişiyi kiracı

⁸ TTK madde 1352(1)-u.

⁹ CMI raporu için bkz Berlingieri (n 7) 272-273 ve ayrıca §8.63.

ile sınırlı tutmaksızın (zaman chartereri ve taşıtını da ekleyerek) aynı sonucu doğuran bir hüküm 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede de yer almaktadır (m.3(2)-b).

1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin, bu anlamda 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinden önemli farkı, *mülkiyetin aynı şahsa ait olduğuna dair bir faraziyenin* de aynı maddede ayrı bir fıkra olarak yer almasıdır (1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme madde 3 fıkra 2 hükmü). Bu faraziyeye göre, aynı kişi veya kişilerin hissedar olduğu ortaklıklar, farklı gemilerin sahibi ise söz konusu gemilerin malikinin aynı kişi olduğu kabul edilir. Faraziyede kullanılan “ownership” (*sahiplik-mülkiyet birlikteliği*) kavramı ve bunda tüm payların aynı kişiye/kişilere ait olması durumunun aslında farklı kişilere aitmiş gibi görünen iki gemiye de aynı kişinin sahip olduğu yönündeki kabul ediş, o günün deniz ticaret sektöründeki tek gemi ortaklıklarının gemilerine de üstü kapalı “kardeş” gemi statüsünün verilmesini hedeflemektedir. Bu amacın gerçekleşmesi için somut olayda aranan koşul, tüm payların aynı kişiye/kişilere ait olmasıdır.

Ancak, günümüz deniz ticaretinde, mülkiyetinde sadece birer gemi bulunan farklı tüzel kişiliklerin hissedarlık durumuna bakıldığında, pay sahipliğinde aynılık koşulunun sıklıkla rastlanan bir model olmadığı gerçeği karşısında, bu faraziye 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık döneminde geçerli olan ticari anlayış içinde yetersiz görülmüş ve yeni modellenen tek kişi şirketlerine yönelik farklı bir tutum içinde olma gereği gündeme getirilmiştir¹⁰.

Aslında pay sahibi olarak gözükmeksizin bir kişinin, farklı tüzel kişilikler üzerinde ve bu kişilere ait olduğu tescillenen gemilerin işletilmesine yönelik kontrol ve hâkimiyetinin değişik modellerle zaman içerisinde gelişmesinin sebebi, bir yandan tek gemi şirketi olmanın mali ve vergisel avantajlarının kullanılmak istenmesi ama öte yandan da 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmede yer alan faraziye ile desteklenmiş kardeş gemi hükmü uyarınca ihtimal dâhilinde olan ihtiyati haciz riskinden kurtulmaktır¹¹.

III. 1999 Tarihli Milletlerarası Sözleşmenin CMI Taslağı

CMI tarafından 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin alternatifi yeni bir milletlerarası sözleşmenin hazırlanması için oluşturulan alt komitenin hazırladığı ilk taslak, CMI tarafından 1985 yılında Lizbon’da düzenlenen konferansta okunmuş ve tartışmaya açılmıştır. Lizbon konferansı esnasında yapılan değişikliklerle oluşan yeni metin, “CMI taslağı” olarak bilinmektedir. Bu metin daha sonra, IMO ve UNCTAD tarafından bir araya getirilen ve bu alanda uzman kişilerden oluşan heyet tarafından

¹⁰ CMI raporu ve Diplomatik Konferansa Birleşik Krallık delegasyonu tarafından sunulan 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 272-275.

¹¹ ICS temsilcisi tarafından ifade edilen bu tespitler için bkz Berlingieri (n 7) 282.

1994-1997 yılları arasında yapılan çalışmalar sonucu yeni bir taslağa zemin oluşturmuştur. 1997’de nihayetlenen bu son metin “*Uzmanlar Heyetinin Taslağı*”¹² olarak anılmaktadır. Bu şekilde son halini alan yeni hükümler, Diplomatik Konferansa sunulmuştur. Nihai metin, 1999 Mart’ında Cenevre’de gerçekleşen Diplomatik Konferansta katılımcı devletlerin delegasyonlarının görüşlerine açılmıştır.

CMI alt komitesinin hazırladığı ilk taslakta, deniz alacağına sebebiyet veren geminin maliki, kiracısı, çartereri veya taşıtanı olup da borçtan sorumlu olan bu kişiye ait veya bu kişinin *kontrolünde* olan diğer bir geminin de ihtiyaten haczinin mümkün olduğu hükmü komite başkanı tarafından takdim edilmiştir. Bu şekildeki bir düzenlemenin amacının, borçlunun sadece mülkiyetindeki gemileri değil borçlu tüzel kişiliğin yan kuruluşlarının sahip olduğu diğer gemilerin veya borçlunun gerçek kişi olması halinde, bu kişinin tüm paylarına sahip olduğu bir şirketin gemisinin de 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin kardeş gemi anlayışının ötesinde bir alt yapıda ihtiyaten haczinin mümkün kabul edilmesi olduğu açıklanmıştır¹³.

CMI taslağında ise alt komitenin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik bu teşebbüsü benimsenmemiş, “*kontrolü altında olmak*” kavramı silinmiştir¹⁴. Bunun gerekçesi olarak, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmede çok açık dile getirilmeden aynı eğilim görülse de, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin ne üstü kapalı ne de açık bir dilde tüzel kişilik ve şirketler hukuku meselesine dâhil olmaması, bu konunun taraf devletlerin ulusal hukukuna bırakılması gereğinin benimsendiği ifade edilmiştir¹⁵.

Uzmanlar Heyetinin taslağında da aynı görüş benimsenerek, açık bir dilde ifade edilmeksizin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla borcun gerçek sahibinin kim olduğunun bulunmasının gerekli olup olmadığına, hakimın hukukunun (*lex fori*) karar vermesinin uygun olduğu kanaati sürdürülmüştür¹⁶.

Diplomatik Konferansta ise Birleşik Krallık delegasyonunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla tespit edilecek “*bağlantılı*” gemilerin de ihtiyati haczini mümkün kılan ve açık bir dilde bunu ifade eden bir alternatif metni görüşlere ve oylamaya sunması üzerine, CMI orta yol bulmak için Konferansa sunulan nihai metnin madde 3(2) hükmüne “*Bir geminin, deniz alacağından sorumlu kişiye ait olup olmadığı ihtiyati haczin uygulanacağı devletin hukukuna göre belirlenir*” şeklinde açık bir dilde tüzel kişiliğin aşılabilirliği ve sınırları meselesinde *lex*

¹² JIGE Draft (JIGE: Joint International Group of Experts on Maritime Liens and Mortgages and Related Subjects).

¹³ Berlingieri (n 7) 272-273.

¹⁴ Taslak metin için bkz Berlingieri (n 7) 272.

¹⁵ CMI raporu için bkz Berlingieri (n 7) 273.

¹⁶ Uzmanlar Heyetinin taslak metni için bkz Berlingieri (n 7) 273.

fori'ye atf yapan bir ekleme önermiştir¹⁷. Bunun üzerine tartışmalar, “bağlantılı” gemilerin ihtiyati haczinde, taraf devletin hukukuna açık atıfta bulunarak mı yoksa Milletlerarası Sözleşme metninin kendisinin bu konuda açık bir düzenleme içermesi ile mi mümkün hâle getirilmesinin uygun olacağı yönünde devam etmiştir¹⁸.

IV. Birleşik Krallık Delegasyonunun Önerisi ve Önerinin Kabul Görmeme Sebepleri

Birleşik Krallık delegasyonunun inancı, bu Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına mutlaka 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmeden farklı olarak bu sefer açıkça “bağlantılı” gemilerin de ihtiyati haczinin mümkün olduğuna dair bir hükmün eklenmesi gereği yönündedir¹⁹. Bu görüşe göre, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki “aynı kişiye ait olma” (*common ownership*) kavramı ve bu kavramı esneten faraziye, 50’li yıllardan beri değişerek süregelen tek gemi şirketleri bakımından yetersiz ve faydasız olacaktır. Bu nedenle, “bağlantılı” gemiler “kontrol” kavramı ile tekrar değerlendirilmeli ve gemiye gerçekten kimin sahip olduğu değil; gemiyi veya geminin ait olduğu şirketi kimin kontrol ettiği veya hâkimiyeti altında tuttuğu bulunmalıdır. Bu niyet, açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması müessesesinin 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmüne yerleştirilmesi önerisinin arkasında yer alan düşüncedir.

Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta sunduğu ilk öneri metninde, mülkiyet veya ait olma kavramı hiç kullanılmamış bunun yerine “gemiye kontrolünde tutmak” veya “gemiye kontrolü altında tutan şirkete hâkim olmak” şeklinde ifadeler tercih edilmiş ve ayrı bir fıkrada da malik olmak veya kontrolü altında tutmak ile neyin anlaşılması gerektiğine ve usul hukuku bakımından ispat yükünü kimin taşıyacağına taraf devletin hukukunun karar vereceği ifade edilmiştir²⁰.

Bu öneriye ilk açık ve tam destek Kanada delegasyonundan gelmiştir. Kanada, fikir ve niyet olarak örtüşmekle birlikte, “bağlantılı” gemilerin de açık bir düzenlemeye kavuşması amacıyla, “kontrolünde veya hakimiyetinde olma” kavramına alternatif bir öneri olarak “sicildeki malik veya iktisadî malik” (*owner or beneficial owner*) kavramlarını kullanarak bir madde metni sunmuş ve sicilde malik olarak gözükken şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında tespit edilecek ve ihtiyati haciz ile tutulması hedeflenen geminin işletilmesinden faydalanan, bu gemi ile yapılan ticaretin semerelerinden istifade eden kişi, alternatif öneri metninin içerisinde açıkça zikredilmiştir.

¹⁷ Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta sunduğu 188/3/ADD 2 nolu belge içeriği için bkz Berlingieri (n 7) 274-276.

¹⁸ 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeye ait hazırlık çalışmaları olarak dile getirdiğimiz Diplomatik Konferans tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 272 vd.

¹⁹ Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta dile getirdiği görüşün yer aldığı 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 274 vd.

²⁰ Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta dile getirdiği görüşün yer aldığı 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 274 vd.

Birleşik Krallık delegasyonu, öneri metinlerinde kullandıkları “kontrol” kavramı ile kastettiklerinin, “etkili kontrol” olduğunu yani örneğin profesyonel gemi yönetim şirketleri gibi veya acenteler gibi gemi maliki tüzel kişiliğinin hesabına iş ve işlemler yapanın yahut yatırımcı olarak azınlık hisseye sahip bir bankanın da bu anlamda kontrol kavramı dâhilinde olamayacağını açıklamıştır²¹. Bu açıklamadan da sonra; özellikle Hollanda, İtalya, Japonya, Avusturalya, Almanya ve Belçika “kontrol” veya “iktisadî malik” gibi muğlak kavramların bir milletlerarası sözleşmede daha net tanımlanması gerektiğini, buna ilaveten *lex fori*’ye de atıf yapılarak hakimin uyguladığı hukukun da sınırları dâhilinde yorumlamasına izin vererek ve belki de hakime somut olayı değerlendirirken önüne bir model liste hazırlayıp ne gibi hareketlerin “etkili kontrol” kabul edilebileceği konusunda daha da çalışılmak kaydıyla Birleşik Krallık delegasyonunun açtığı kapının izinde olduklarını ifade etmişlerdir. Türkiye Cumhuriyeti delegasyonu, CMI tarafından sunulan çözümü yani perdenin kaldırılmasına imkân veren kıstasların açıkça ulusal hukuka bırakıldığını ifade eden bir hükmü tercih edeceklerini belirtmiştir²². Bu noktada Belçika, yavru şirketlerin pek çok ülkeye yayılmış da olabildiği gerçeği karşısında, uluslararası ticaretin önemli bir sorununu yani geminin tutulmasını uluslararası birlik içinde çözüme kavuşturmayı hedeflemiş iken, sözde malikler ve tek kişi şirketleri ile baltalanan hukuk kurallarının yine ancak bu milletlerarası sözleşmede çözüme kavuşturulması gereğini ifade etmiştir²³. Ne var ki, niyete ve hedeflenen amaca sempati ile baksalar bile İsveç, Tayland, Çin, Norveç, tüzel kişiliğin arkasına saklanmanın ve şirketler hukukunun bu paravanından dürüstlük kuralına aykırı biçimde istifade etmenin sadece deniz ticaretine özgü bir mesele olmadığı, bunun genel bir özel hukuk sorunu olduğu; “kontrol” kavramı üzerinde ise tüm katılımcı devletlerin hem fikir sahibi olabileceği kadar net ve her hukukta aynı anlama gelecek şekilde bir tanım yapmanın da çok zor olduğu; bir milletlerarası sözleşmede böyle bir hükme gerek olmadığı düşünceleriyle Birleşik Krallık delegasyonunun önerisine karşı olumsuz görüş bildirmişlerdir²⁴. Yunanistan delegasyonu ise Birleşik Krallık tarafından getirilen önerinin, denizcilik sektörünün tamamen içinde olan bir devletin, kendi finans kurumlarının çıkarlarını koruma düşüncesi ile yaratılmış, milletlerarası sözleşme ruhunu aşan bir amaca hizmet ettiğini ve deniz taşımacılığında tam bir kaosa yol açacağını ifade ederek, Yunanistan’ın da geleneksel denizci bir ülke olduğunu vurgulayarak sert bir dille eleştirmiş ve CMI önerisini yani konunun *lex fori*’ye bırakılmasını tercih ettiklerini belirtmiştir²⁵.

²¹ 3 Mart 1999 tarihli Diplomatik Konferans oturumu konuşma tutanakları içerisinde Birleşik Krallık delegasyonunun konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 278.

²² Hollanda, İtalya, Japonya, Avusturalya, Almanya ve Belçika ile Türkiye Cumhuriyeti delegasyonlarının 3 Mart 1999 tarihli Diplomatik Konferans oturumundaki konuşmalarına ait tutanaklar için bkz Berlingieri (n 7) 278.

²³ Belçika delegasyonunun konuşma tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 281.

²⁴ Anılan devlet delegasyonlarının konuşma tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 280-294.

²⁵ Yunanistan delegasyonunun konuşma metni için bkz Berlingieri (n 7) 279.

Çoğunluğun, tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp “bağlantılı” geminin tespitine ve onun da bu milletlerarası sözleşme hükümleri dâhilinde ihtiyaten haczedilmesinin mümkün kılınmasına fikren olumlu yaklaşımlarına rağmen, kullanılan kavramların uygulamada sorun çıkaracağını veya bu konuda görüş birliğinin sağlanamayacağı fikrini savunmaları üzerinden 1 hafta sonra Birleşik Krallık delegasyonu eleştiriler dâhilinde üzerinde çalışılmış yeni bir öneriyi Diplomatik Konferansta tartışmaya sunmuştur²⁶.

Yeni metinde, “bağlantılı” gemi ile ilgili olarak 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin taslak metninin 3(2) maddesine aşağıdaki eklemeler önerilmiştir:

“Deniz alacağının doğumuna sebep olan gemiden başka, ihtiyati haczin uygulandığı esnada bir gemiyi sanki malikiymişçesine etkili biçimde kontrolü altında tutan kişi, deniz alacağının doğumunda da bu borçtan sorumlu olan kişiyi hâkimiyeti altında tutuyorsa, söz konusu geminin de ihtiyaten haczi mümkündür.

Bir geminin üzerinde etkili biçimde kontrolün olup olmadığının tespitinde Mahkeme özellikle o kişinin aşağıdaki unsurları taşıyıp taşımadığını değerlendirir: (i) o gemiye ilişkin kararlar verebilmek; (ii) bu kararların uygulanmasına etki edebilmek; (iii) bu geminin işletilmesinden elde edilen kârın dağıtımını yönetebilmek.

İhtiyaten haczedilecek gemi, deniz alacağından sorumlu olan kişiye ait değilse, geminin sahibi ile borçtan sorumlu olan kişi arasında ihtiyati haczin haklılığı açısından bir bağlantı bulunup bulunmadığına ihtiyati haciz talep edilen Mahkemenin hukuku karar verir.”

Metnin bu hali, “kontrol” kavramının yanı sıra “etkili kontrol” (*effectively control*) ve “bağlantı” (*connection*) kavramlarını da açıkça zikretmesiyle katılımcı devletler arasında daha da endişeye yol açmış ve Kanada ile Japonya’nın desteği sürerken, önceki toplantıda meseleye fikren olumlu bakan devletler de metnin bu halini bir Milletlerarası Sözleşmede olmaması gerektiği kadar bulanık ve tehlikeli görmüşlerdir²⁷. Son kez söz alan Birleşik Krallık delegasyonu, yapılan tüm olumsuz eleştirileri, perdenin kaldırılması ve “bağlantılı” geminin ihtiyati haczi konusunun bir Milletlerarası Sözleşme içerisinde düzenlemenin zorluğunun tespit edilmesi olarak yorumlamış ve bu Milletlerarası Sözleşme yürürlüğe girdiğinde, deniz alacakları listesinden özellikle enkaz kaldırma masraflarını deniz alacağı olarak ileri süren kişinin, bu Milletlerarası Sözleşme kapsamında hangi geminin nasıl ihtiyaten haczedilmesini talep edeceği meselesinin esasen bu toplantının ana örneği olduğunu, zor da olsa kontrol mekanizmaları ve kendi içinde çıkar dengelerini koruyan bir imkânın yaratılmasının mümkün olduğunu ve aslında bunun arayışı içinde olduklarını ifade etmişlerdir²⁸.

²⁶ Birleşik Krallık delegasyonunun 9.3.1999 tarihinde Diplomatik Konferansta sunduğu öneri metni ve ertesi gün gerçekleşen takdim konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 285 vd.

²⁷ Bu yöndeki konuşmaların yer aldığı Diplomatik Konferans tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 288-293.

²⁸ Birleşik Krallık delegasyonunun konuşma metni için bkz Berlingieri (n 7) 294.

Bu son sözden sonra toplantı başkanı, Birleşik Krallık delegasyonu tarafından sunulan önerileri dikkate almayarak oturumu sonlandırmış ve madde metni, Uzmanlar Heyeti’nin önerisinde olduğu gibi en sade haliyle, “malik olmak” (*own*) kavramı ile kabul edilmiş ve ulusal hukuka açık atıfta bulunulmamıştır²⁹.

V. Ara Sonuç: Bilinçli Boşluk

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmü hazırlanırken, aynı maddenin 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki halinden bir adım daha ileriye giderek tek gemi şirketlerinin değişen yapısını yakalayan bir düzenleme ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla bulunacak “bağlantılı” geminin de ihtiyati haczini mümkün kılan ve açık bir dilde yazılacak metnin gereksiz ya da isabetsiz bir çaba olduğu hiçbir zaman dile getirilmemiştir.

Bununla birlikte, farklı hukuk sistemlerinden gelen katılımcı devletlerin hazırlık çalışmalarının son aşaması olan Diplomatik Konferansta neredeyse ortak bir dille ifade ettikleri hususlar; *i.* milletlerarası bir sözleşmede böyle bir şirketler hukuku meselesinin yerinin olup olmadığı; *ii.* tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına imkân veren kavramların (*kontrol, etkili kontrol, hakimiyet, bağlantı* gibi) seçimindeki zorluk; *iii.* seçilen kavramların mutlaka tanımının yapılması ve somut olaya tatbiki bakımından hakime yol gösterici bir davranış listesinin hazırlanması; *iv.* denizcilik sektörünün farklı çıkar grupları arasındaki dengenin korunması gerekliliği; *v.* meselenin *lex fori*’ye bırakılmasının en uygun çözüm olacağıdır.

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin şu an mevcut madde 3(2) hükmü dikkate alındığında, deniz alacağının doğumuna sebebiyet veren gemiden başka bir geminin ihtiyati haczinin mümkün olabilmesinde esas alınan, öncelikle deniz alacağından sorumlu kişiye *ait* bir başka geminin bulunmasıdır. Metindeki vurgu, “aitlik” (“*owned*”) kavramı üzerinde bırakılmış ve 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki faraziye de kaldırılmış olduğundan, hakimin hukukunun, “aitlik” kavramını değerlendirerek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile gerçek borçlunun veya gerçek malikin kim olduğunu bulmaya izin verdiği ölçüde, taraf devletler bakımından mesele derinleşebilecektir. Perdenin kaldırılarak sorumlu gözükene tüzel kişiliğin bertaraf edilip *gerçek* sorumlu kişinin bulunması ve ona *ait* başkaca gemi(ler)in olup olmaması, varsa ihtiyati haczinin mümkün hale gelmesi, hakimin hukukunun *hangi sınırlar içerisinde tüzel kişiliğin aşılmasına izin verdiği* hususuna kilitlidir. Diplomatik Konferansta aslında bu kilidin anahtarının da madde metnine açıkça yazılıp yazılmaması oylanmıştır.

Hükmün son geldiği noktada kullanılan yazı dili, bilinçli olarak en yalın halinde bırakılmış, metindeki “*kontrol, hakimiyet, bağlantı*” gibi şirketler hukukuna uzanan

²⁹ Oturumdaki tartışmaların sonlandırılışı ve yönü hakkında oturum başkanının konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 294.

dallar budanmıştır. Ancak, dürüstlük kuralına aykırı bir örgütlenmeyle, deniz alacaklılarından mal kaçırma düşüncesiyle yaratılan tek gemi şirketlerinin ve bunların hâkim kişi ile aralarındaki bağlantı bakımından madde metninde açıkça *lex fori*'ye atıf yapılması ile yapılmaması arasında sonuç bakımından bir fark da yoktur. Öyle ki, Milletlerarası Sözleşmenin, bir konuyu bilerek kuralın içine sokmak istememesi yani zimnen o konuda olumsuz düzenleme yapması durumu (vasıflı suskunluk hali) hariç, Milletlerarası Sözleşmede boşluk halinde hakimin hukuku devreye girecektir³⁰.

CMI tarafından, Birleşik Krallık delegasyonunun sunduğu ilk alternatif metinden sonra sunulan çözüm önerisinde olduğu gibi açıkça “sahiplik” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin hakimin hukukuna bırakılması yönündeki eklemelerden, Diplomatik Konferansın sonunda vazgeçilmesi, çoğunluğun bunu istememiş olmasından dolayı değildir. Sistem gereği, Diplomatik Konferansta görüşmeye açılan (ve oylamaya sunulan) son metin Uzmanlar Heyetinin hazırladığı nihai taslak metin olduğundan (şu an yürürlükte olan metin) ve Birleşik Krallık delegasyonunun buna alternatif olarak sunduğu birinci ve ikinci öneri metni reddedilmiş olmakla, otomatik olarak Uzmanlar Heyetinin metni görüşmeler sonucu onaylanmış metin haline gelmiştir. Görüşmeler sırasında, Birleşik Krallık delegasyonunun sunduğu ilk radikal alternatif metinden, bu delegasyonun bir-iki geri adım atabilmesini sağlamak için CMI, *lex fori*'ye açık atıf içeren bir ek cümle önermişse de, Birleşik Krallık delegasyonu bu şekildeki bir düzenlemeyi de yeterli görmediği için kabullenmemiş ve dolayısıyla da *lex fori*'ye açık atıf içeren metin, “alternatif metin” haline gelmeyerek oylamaya sunulmamıştır.

Buradan çıkan sonuç, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasından doğrudan çeviri yoluyla Türk Ticaret Kanununun madde 1369(2) hükmünü oluşturan düzenleme, “kardeş” geminin ihtiyati haczi olarak anılmakta ise de metinde yer alan “*malik olmak veya ait olmak*” kavramının derinliğine sadece lafzî yorum ile karar vermek olası değildir. Türk Medeni Kanununun madde 1(1) hükmü uyarınca, hakim kanunu (yazılı hukuk kurallarını) sözüyle ve özüyle uygular. Lafzî yorum ile yetinilmeyip tarihsel yorum metoduna geçildiğinde, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının hangi kelimelerle yetindikleri, ötesini düzenlemek istemiş olsalar da kavramların veya sözcüklerin yetersiz hatta çaresiz kaldığı yukarıda izah edildiği gibi, hazırlık çalışmalarından anlaşılmaktadır. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında “*bilinçli boşluk*” söz konusudur. Bağlantılı geminin ihtiyati haczinin kilidini açacak olan enstrüman, tüzel kişiliğin

³⁰ Akıncı, Anayasa madde 90 hükmü gereği, 1995 yılında taraf olunarak Türk Hukukunun bir parçası haline gelen ve kısaca CMR adı verilen “Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi” hakkındaki eserinde, bu Milletlerarası Sözleşme içeriğindeki boşlukların nasıl doldurulacağı hakkında, hakimin CMR’yi Türk hukukunun bir parçası olarak uygulamasıyla beraber, artık kanunlar ihtilafı kurallarının devre dışı kaldığını ve CMR içindeki boşluğun, bu milletlerarası sözleşmenin kendi içeriğinden, hazırlık çalışmalarından ve dolayısıyla tarihsel yorumundan hareketle doldurulmaması halinde, Türk maddi hukuku ile doldurulması gerektiğini savunmuştur (Ziya Akıncı, *Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (Seçkin 1999) 29).

aşılarak gerçek borçlunun bulunmasıdır. Lakin, bu hukuki çarenin farklı hukuk sistemlerinden gelen katılımcı devletlerin ortak bir anlam ile kullanabilecekleri kavramlar üzerinden anlatılmasının imkânsızlığı sonucu ortaya çıkınca, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu, bir Milletlerarası Sözleşmede var olan boşluğun doldurulması noktasında *lex fori*'ye kalmıştır³¹. Bu açıdan, hazırlık çalışmaları ışığında hüküm değerlendirildiğinde, “kardeş” gemi hükmünün altında, *lex fori*'nin, gerçek borçlunun bulunmasına tüzel kişilik perdesini kaldırarak izin verdiği ölçüde “bağlantılı” geminin ihtiyati haczinin de mümkün olduğu görülecektir. *Lex fori*'nin Türk hukuku olduğu durumda, gerçek borçlunun ve onunla “bağlantılı gemi”nin hakim tarafından tespitinin ve nasıl değerlendirileceğinin incelenmesi bu noktada gereklidir.

VI. Hukukumuzda Perdenin Kaldırılması Teorisinin Uygulanması ve Tek Gemi Şirketlerine Uyarlanması

Tüzel kişilik aslında bir perde değil; onu oluşturan kişisel ve malvarlıksal unsurların üzerine yasa koyucu tarafından örtülmüş şeffaf bir örtüdür. Bu sebeple, tüzel kişiliğin, kuruluşun iç dünyasının görünmesini engelleyen bir perde olarak ifade edilmesi yanlıştır. Öyle ki, tüzel kişilikler, üçüncü kişilerin ilişki kurmak istedikleri tüzel kişi ile ilgili her şeyi (ortakları, mali yapısı, malvarlığı, temsilcisi gibi) bir engelle karşılaşmadan öğrenebilecekleri saydam yapılardır. Bununla birlikte, gerçek malikin ve sorumlunun kim olduğunu saklamak; nimetlerden faydalanan kişileri külfetlerden arı kılmak için kötüniyetle tüzel kişiliğin üzerine ek bir örtü örtülmesi hâlinde perdeden ve perdenin kaldırılmasından söz edilebilir³².

Normatif temeli Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralı olan³³ *perdenin kaldırılması teorisinin* amacı, *gerçek borçlunun* bulunması ve alacaklının da gerçek borçlunun malvarlığına icra yoluyla el atabilmesidir.

³¹ Sayın Atamer, eserinde “...birçok heyet bu problemin açık bir kural ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ve uyumsuzlığa bakan mahkeme tarafından somut olaya özgü bir şekilde ele alınmasının gerektiğini bildirmiştir. Sonuçta bu görüş kabul görmüş ve ‘uyumsuzlığa bakan mahkemenin hukuku’na (*lex fori*) bırakılmıştır. Şu halde bir geminin ihtiyati haczi için Türkiye’de mahkemeye başvurulduğunda, ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması’ sorunu Türk Hukuku uyarınca çözüme kavuşturulacaktır.” ifadelerini kullanmakla, sonuç itibariyle aynı noktaya varmış olsa da, çalışmamızda özellikle dipnot 30 ve ona ait metinde belirtildiği üzere, bu sonuç ancak bir Milletlerarası Sözleşme içerisindeki boşluğun, bu Milletlerarası Sözleşmeyi iç hukuk normu olarak uygulayan hakim hukukuna göre doldurulması gerektiği yorumuna dayalıdır. Başka bir deyişle, Sayın Atamer’in aksine, çalışmamızda tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp gerçek borçlunun kim olduğuna karar verebilmenin *lex fori*'nin buna imkân verebilmesine bağlanması, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede bu konuda ilgili hükümde bilinçli boşluk bırakıldığının tespiti ve bunu hakim *lex fori* ile doldurabileceği görüşüne (boşluğu doldurmak için kanunlar ihtilafı kurallarına gitmemesi gerektiğine) dayandırılmıştır. Sayın Atamer’in ifadelerinden ise Konferansta “*lex fori*'ye konunun bırakılması görüşünün kabul gördüğü” okunmaktadır. Oysa, CMI tarafından 188/3 nolu belge ile resmi olarak Konferansa alternatif metin olarak *lex fori*'ye açık atf içeren bu öneri hiç oylanmamıştır. Meselenin, “ *kabul görmüş bir görüş*” olarak değil; ancak (bilinçli) bir boşluk olarak 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede anılması mümkündür. Krş Kerim Atamer, *Deniz Ticaret Hukuku C IV* (2nci Bası, Onikilevha 2019) 193.

³² Ersin Çamoğlu, ‘Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması’ (2016) 32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 6-7. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin çeşitli disiplinlerde görüntüsü ve uygulanışı hakkında bibliyografya çalışması için bkz Atamer (n 31) 192 dipnot 107.

³³ Bkz dn 32’de anılan eserler.

Tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız bir kişiliğinin olması ilkesinin düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 47 nci maddesinde, bilinçsiz kanun boşluğu olduğu, hükmün fazla geniş tutulduğu ve tüzel kişilerin üyelerinin art niyetli olarak, tüzel kişinin ayrı ve bağımsız kişiliğinin olması kurgusunun arkasına sinip, şahsi sorumluluktan kaçma şeklindeki atipik olayların kanun koyucu tarafından ihmalen düşünülmediği ve bu konuda hükme bir istisna getirilmesi gereğinin gözden kaçırıldığı temeline oturtulan görüşe göre, hakimin bu boşluk türünü tüzel kişiliğin atipik kullanımı halinde hükmü dar yorumlayarak doldurması ve gereğinde tüzel kişilik ile üyesinin özdeş kişiler olduğu sonucuna varılması gereği ifade edilmiştir³⁴. Öyle ki, tüzel kişilik arkasında sınırlı sorumluluk oluşturulması, şirketler hukukunun tanıdığı bir hak olmasına rağmen bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde, borçlara muhatap olmamak için (atipik) kullanılmasını da hukukun korumasının mümkün olmaması temeli üzerine kurulmuş bu teoride, “üretilmiş tüzel kişilikler” arkasında korunan ve saklanan kişi aynı zamanda tüzel kişiliğe ait malvarlığının da gerçek yöneticisi olmaktadır.

Öğretide³⁵, tüzel kişiliklerin mal ve kişi ayrılığı ilkesine hukukumuzda çeşitli pozitif hukuk kuralları ile istisnai düzenlemeler getirildiği düşünülmektedir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, tüzel kişiliğin organı, haksız fiil veya borca aykırılık halinde kusurlu ise tüzel kişiliğin sorumluluğunun yanı sıra organın da şahsen sorumlu olacağı düzenlenmesi, tüzel kişilik perdesi arkasındaki organa ulaşılabilmesidir. Şayet, tüzel kişilik perdesinin arkasında gizlenen ve bu kişiliği alacaklılara zarar vermek için kullanan, organın bizzat kendisi ise o halde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tatbiki için Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesini kullanmaya gerek kalmamaktadır³⁶. Keza, Türk Ticaret Kanunu'nda da (m.237-238) kolektif şirket ortaklarının tüzel kişilikten sonra ikinci derecede sorumlu olduğunu; ortaklık borçları sebebiyle ortakların şahsi borçlarına ihtiyati haciz konulabileceğine dair hükümler de, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesi hükmüne dayanılmasına gerek kalmaksızın aynı etkiyi yapan pozitif hukuk

³⁴ Rona Serozan, *Medeni Hukuka Giriş* (2nci Bası, Vedat 2008) 197. Yazar, bilinçsiz kanun boşluğunu “örtülü boşluk” olarak ifade etmiştir. Bilinçsiz kanun boşluğunun alt türü olan istisna boşluğu, kuralın yanlışlıkla fazla geniş tutulmuş ve gerekli bir istisnadan kanun koyucu tarafından gözden kaçırılmış olmasını anlatır.

³⁵ Veliye Yanlı, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması* (Beta 2000) 3-4; İpek Sağlam, ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış’ iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 155; Gökhan Antalya, ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi’ Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008)145-147.

³⁶ Serozan (n 34) 200; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler* (15inci Bası, Filiz 2015) 256-257.

düzenlemeleridir³⁷.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile, “borç doğuran hukuki ilişkinin aslı muhatabı olan tüzel kişinin hukuki bağımsızlığının bertaraf edilmesi yani hukuken ayrı bir kişi olduğunun dikkate alınmayarak inkâr edilmesi” anlatılmaktadır³⁸. Bu nedenle en az iki farklı kişinin bulunması gerekir: 1- *Perdesi kaldırılacak tüzel kişilik*; 2- *Bunun arkasında saklanan diğer kişi (gerçek veya tüzel)*. Saklayan ve saklanan kişileri tespit etmek ve bunu delillendirebilmek, saklanma tarzı ve oluşturulan düzenin her somut olayda farklılık göstermesi, teorinin uygulama zorluğu içermesinin de sebebidir. Bu teori ile varılmak istenen sonuç; perdenin arkasında yer alan kişinin, bu borca sanki kendisi sebebiyet vermişçesine sorumlu olmasıdır.

Perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasının birinci işlevi, tüzel kişi ile *ortağının özdeş kılınması* iken³⁹ diğer bir işlevi de doğrudan “*sorumlu kılmaya*” dönüktür. Bu halde alacaklı karşısında artık sadece tüzel kişi değil; ortakları da bulunmakta; tüzel kişiliğin sorumluluğu ortaklara da teşmil edilmektedir. Bu durum, öğretide “*perdenin düz/olağan kaldırılması*” olarak da tanımlanmıştır⁴⁰. Bunun *tersi* yani ortağın şahsi alacaklılarının tüzel kişiye yönelmesi de söz konusu olabilir. Tüzel kişilik perdesinin aşılabilirliği felsefesine göre, tüzel kişilik arkasında yer alıp da söz konusu borca yol açan ve *ziyadesiyle ondan nemalanan ortak her kimse*, tüzel

³⁷ Sağlam (n 35) 156; Perdenin yasa tarafından pozitif hukuk düzenlemeleri ile kaldırılmasına ilişkin diğer örnekler için bkz. Çamoğlu (n 32) 8 vd. Bu noktada deniz icra hukuku bakımından dikkat çeken bir örnek de Sayın Atamer tarafından verilmiştir. Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 206 ncı maddesine dayanarak hâkim şirkete karşı yapılacak bir başvurunun, bağlı şirketin mülkiyetindeki gemiden kaynaklanan deniz alacağı için, hâkim şirketin mülkiyetindeki geminin ihtiyati haczinin mümkün kılacağı, anılan kanun maddesinin kullanılması halinde Türk Medeni Kanunu madde 2 hükmüne dayanılmasına gerek kalmayacağı ifade edilmiştir (Atamer (n 31) 194). Bu çıkarıma katılmak mümkün olmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesinde ifade edilen ve hâkim şirkete karşı yöneltilen tazminat davası açma imkânının kullanılması halinde, bağlı şirketin karşısında deniz alacaklısı sıfatını haiz alacaklı (örneğin o gemiye kumanya tedarik eden şirket) bu sefer hâkim şirket karşısında aynı sığata sahip olmayacak, yalnız bir tazminat alacaklısı sıfatı ile davacı olacaktır. Anılan maddede, hâkim şirket, bağlı şirketlerin borçlarından maddede sayılı ön koşulların varlığı halinde sorumlu tutulmuş ise de dikkat edilirse müteselsil borçlu sıfatı ile anılmamıştır. Hâkim şirketin, bağlı şirkete karşı alacaklı sıfatına sahip olan kişinin (kumanya şirketinin) alacağını bağlı şirketten tahsil edememesi nedeniyle uğradığı zarar, bağlı şirkete karşı hükümde anılan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde tazmin etmekle yükümlü kılınması, hâkim şirketin de deniz alacağından sorumlu tutulması şeklinde yorumlanmamalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan hükmü, tüzel kişiliğin kaldırılması ve gerçek borçlunun ortaya çıkarılarak sorumlu tutulmasının alternatif bir müessesesi değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 195 vd. hükümleri, hâkim ve bağlı şirket ilişkisinin meşru sınırlarını düzenleyen hükümlerdir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin altında ise tüzel kişiliğin arkasına, dürüstlük kuralına aykırı biçimde alacaklılara apaçık zarar verme iradesi ile saklanan, tüzel kişilikten nemalanan birinin varlığı söz konusudur. Başka bir deyişle, tüzel kişiliğin kaldırılması teorisinin aradığı unsur vakıalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 206 ncı maddesi için söz konusu değildir. Bunun haricinde, anılan hükümde hâkim şirket karşısında -hükümdeki mali koşulların varlığı halinde- “tazminat” alacaklısı konumundaki alacaklı, her ne kadar bağlı şirketin karşısında deniz alacaklısı da olsa, geminin ihtiyati haczini talep edebilme bakımından aranan şartları haiz olmayacaktır. Deniz alacaklısı sıfatına sahip olmayan alacaklının, alacağının güvencesi olarak borçluya ait bir gemi hakkında ihtiyati haciz talep etmesi mümkün olmadığından (TTK madde 1353 fıkra 3), Sayın Atamer tarafından verilen örnekte, söz konusu tazminat alacağının kökünde bir deniz alacağı bulunmasının yeterli kabul edileceği şeklinde bir görüş de belirtilmediğinden, böyle bir görüş ileri sürülmüş olsaydı dahi, deniz alacağı listesinin bu şekilde yorumlarla genişletilmesinin mümkün olmaması karşısında, TTK madde 206 hükmü kullanılarak hâkim şirketin gemisinin veya yöneticilerinin özel teknelerinin ihtiyati haczi mümkün görülmediğinden, anılan örneği metin içerisinde anmak mümkün olmamıştır.

³⁸ Yanlı (n 35) 17.

³⁹ Yanlı (n 35) 21 vd.

⁴⁰ ibid 38.

kişiliği bir kenara bırakıp, alacağı doğrudan ondan tahsil edebilmek gerekir⁴¹. Bu metot, *kardeş* ortaklıklar arasında da cereyan etmektedir ki, bu halde aynı *ana (hâkim) ortaklığın* yavru ortaklıkları arasındaki perdeler aşılmakta ve bir başka yavru ortaklığın sorumluluğuna gidilmektedir⁴².

Perdenin kaldırılması müessesesinin dogmatik temeli öğretilerde; *Dural* tarafından TMK'nın 2 nci maddesi hükmü olarak gösterilirken, tüzel kişilik kurma ya da mevcut olan tüzel kişilikten yararlanma veya onun ardına gizlenme yolu ile *kanuna karşı hile yapılması, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi veya üçüncü kişilere zarar verme amacının güdülmesi* hallerinde, tüzel kişinin tabanına el atılması, caiz bulunmuştur⁴³. *Serozan* aksi takdirde adalet değerlerinin örseleneceğini ifade etmiştir⁴⁴.

Burada özellik arz eden husus, hukuka uygun amaç yani *tüzel kişilik üzerinden iş ve işlemlerin yürütülmesi yoluyla sorumlulukların sınırlandırılması* şeklindeki sonuç karşısında, bir zarar doğmuşsa dahi (alacağın ödenmemesi vb) *salt bu nedenle tüzel kişiliğin hiçe sayılıp sayılmayacağıdır*⁴⁵. “Tüzel kişiliğin” varlık nedeninin, kuruluş felsefesinin, sınırlı sermayeyle iş ve işlem yapmak; dolayısıyla da sorumluluğu sınırlandırmak olduğu gerçeği karşısında bütün bir tüzel kişilik kurumunun hiçe sayılabilmesi için ayrıca bir özelliğe yani kısaca hakkın *açıkça kötüye* kullanılmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁶. Ayrıca, bir şirkete tek ortak olarak hâkim olmak hatta bir şirkete doğrudan veya dolaylı hâkimiyet, yasanın izin verdiği ve meşru kıldığı bir ilişkidir (TTK m.195 vd). Hâkim şirket ve yasanın deyimiyle “bağlı” şirket ilişkisi, yasanın çizdiği sınırları aşarsa yine hâkim şirketin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir (TTK m.202). Bunun ötesinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması isteniyorsa o zaman perdenin kaldırılması koşullarının somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁷.

Bir şirketin tek ortağını (tek ortaklı şirketlerde) yukarıda anılan sebeplerle, şirketin borcundan sorumlu kılmak, tek ortaklı şirketleri ve tüzel kişilik müessesesini yıpratmak anlamına gelmemesi için aranan “*hakkın apaçık kötüye kullanılması*” şeklindeki unsur vakianın, somut olay bakımından talep sahibi alacaklı tarafından *art niyetli ve planlı hareket* olarak nitelendirilen durumlar açısından şüphesiz ki ispatı gerekecektir⁴⁸.

⁴¹ Ayrıca bkz Abuzer Kendigelen, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*’ Hukuki Mütalâalar C IX-2007 (Onikilevha 2012) 30 vd.

⁴² Yanlı (n 35) 42.

⁴³ Mustafa Dural, ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması’ iç 15. *Yıl Sempozyumu* (Sermaye Piyasası Kurulu Yayını 1998) 100 vd; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2020) 219 vd.

⁴⁴ Serozan (n 34) 197.

⁴⁵ Yanlı (n 35) 72; Sağlam (n 35) 154.

⁴⁶ İbrahim Kaplan, ‘Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları’ (2009) 25(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 39.

⁴⁷ Çamoğlu (n 32) 13.

⁴⁸ Yıldırım Kamil, ‘Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar’ iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 2008)186.

Kurumun düşünsel temelleri ve pozitif hukuktaki karşılığı, TMK m.2/II hükmüyle açıklandıktan sonra öğretide, sorumluluğun teşmili bakımından somut olayda varlığı aranan durumlar şöylece sıralanmıştır:

a. hiçe sayılacak tüzel kişinin içinde bulunduğu öz kaynak yetersizliği;

b. yabancı yönetim durumunun varlığı;

c. perdenin kaldırılmasını haklı kılan son durum olarak, tüzel kişilik *perdesinin önündeki ve arkasındakilerin malvarlıklarının veya yaşam alanlarının birbirlerine ayırlamayacak kadar karışması*⁴⁹. Bu karışma neticesinde, “perdenin kaldırılması”, doğrudan ilgili ortağı değil; bu kimsenin yine ortağı olduğu ve hakimiyeti altında tuttuğu *şirket(ler)*i de sorumlu kılmak için işletilmektedir⁵⁰.

Yabancı yönetim ile kastedilen, bir tüzel kişiliğin kendi kararlarını özgürce alamadığı, ona bu kararın dayatıldığı başkasına *bağımlılık halidir*. O halde, dayatanın (hâkim kişinin) bu kararın mali sonuçlarından nemalandığı da aşikâr ise, tüzel kişiliğin arkasına saklanan o kişinin de sanki şahsen o işleme imza atmışçasına sorumlu olması, perdenin kaldırılarak sorumluluğun teşmilini caiz kılar.

Yargıtay kararlarında da benimsenen ve son yıllarda çeşitli kriterlerin de yerleşmiş olduğu görülen içtihatlar gerçek borçlunun bulunması ve görünürdeki tüzel kişinin yok sayılmasına, sorumluluğun ortağın bizatihi kendisine veya onu da hâkimiyetinde tutan üçüncü bir kişiye teşmili yönündedir⁵¹. Ancak hangi hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesine ilişkin kıstaslar doktrinde örnekseme yoluyla ileri sürülmüşse de, hakim her somut olayın özelliklerinde, tüzel kişiliği düzenleyen normların amacı dışında kullanılıp kullanılmadığına bakmalıdır⁵². Bu konuda Yargıtay da her somut olay için farklı değerlendirmeler yapma yoluna gitmiştir. Son olarak 01.07.2020 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında⁵³ iki şirket arasında tüzel kişilik perdelerinin çapraz kaldırılması ile davalı yeni kurulan şirketin, borç ödemekten aciz halinde bulunan diğer davalı şirketin borçlarından sorumlu olması yönündeki talep karşısında yaptığı değerlendirmede Yargıtay, yeni kurulan şirketin asıl borçlu şirketin aktif değerleri ile sektörde aynı alanda işteğal ettiği, asıl borçlunun gayri faal ve borçlarını ödeyemez durumda olduğunu; iki şirket arasında organik bağın ötesinde malvarlığı ve yönetsel açıdan iktisadi bir bütünlüğün olduğunu ve

⁴⁹ Yanlı (n 35) 237 vd.

⁵⁰ Ayrıntısı için bkz. Selçuk Öztekin ve Tekin Memiş, ‘Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması’ iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 209 vd.

⁵¹ Son yılların içtihat derlemesi için bkz Şahin Akıncı, ‘Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları’ (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 652-678 dipnot 41-65; örnekler için bkz Öztekin ve Memiş (n 50) 195 vd.

⁵² Akıncı (n 30) 662.

⁵³ Yargıtay HGK 11-808/504, 1.7.2020 (www.e-uyar.com).

birbirinin devamı niteliğinde kurulduğunu gözetip, yeni şirketin, asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kötüniyetle kurulduğunu kabul etmiştir. Bu kararda, Öztekin/Memiş'e⁵⁴ atıf yapılarak özellikle altı çizilen husus, aynı isimlerin veya adreslerin kullanılması; benzer hissedarlık yapısı veya temsilcilerinin aynı olması gibi kesişmeler ile, 3. kişiler nezdinde ortak iktisadi ve yönetsel bütünlük izlenimi hatta ticari güçlü bir alt yapı izlenimi ile sanki tek bir şirketle iş yapılıyor algısı verilse bile somut olayın özellikleri içerisinde ve yine somut deliller ile bu kurulan teşekkülün ardında alacaklıların zarara uğratılması kastının varlığı ispatlandığı takdirde tüzel kişilikler göz ardı edilebilecektir.

Yargıtay tarafından kullanılan kriterleri deniz ticaretine de aynen tatbik etmek mümkündür. Her iki şirketin de benzer veya aynı ticari ünvanları veya amblemleri kullanması hatta bu durumun 3. kişiler nezdinde her iki şirketin de aynı kişilere ait olduğunun veya aynı yönetim anlayışı ile işletildiğinin izleniminin verilmesi, bunların grup şirketler olduğunu dış dünyaya göstermek üzere müşterek kullanılan sair işaret veya pazarlama enstrümanları; her iki şirketin hâkim ortaklarının aynı kişiler olması; şirketlerin finansal sözleşmelerde birbirlerine kefil olması veya bir şirketin ortağının diğer şirkete kefil olması yahut ortak olarak gözükmeyen hâkim kişinin bu şirketlerin kredi sözleşmelerinde kefil olması gibi ortak bir finansal yönetimin bulunduğu çeşitli emareleri, uyuşmazlık konusu deniz alacağı özelinde *bir bütün olarak değerlendirildiğinde*, şirketler arasında tek bir ekonomik bütünlüğün var olduğu ve yönetsel özdeşlik bulunduğu yönünde kuvvetli algı oluşturabilir.

Bu gibi durumlarda, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmünün (Türk Ticaret Kanunu'nun madde 1369 fıkra 2 hükmü) tarihsel yorumu neticesinde, bağlantılı geminin ihtiyati haczinin yasaklanmadığı ve tüzel kişilik duvarının aşılması bakımından gereken şartların *lex fori*'ye tabi olduğu düşünülmeli ve hakimnin hukukunun Türk hukuku olması durumunda da deniz alacağından sorumlu olan şirketin tüzel kişilik savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün alt yapısı ile tüzel kişilik perdeleri kaldırıldığında bulunacak bağlantılı gemilerin de ihtiyati haczinin mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir.

Sonuç

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmü, *“üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini”* düzenlerken sadece *“kardeş gemi”* olarak uluslararası literatürde anılan gemilerin ihtiyati haczini metne dâhil etmiş; metindeki kriterlere göre kardeş gemi olma şartını taşımayan *“bağlantılı gemi”*yi metin içerisinde ayrıca anmamıştır.

⁵⁴ Öztekin ve Memiş (n 50) 210.

Çalışmada öncelikle, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, bu maddenin mevcut metni ile *yetinmek* zorunda kaldıkları, başka tüzel kişilikler altında saklanan ve deniz alacağından asıl sorumlu kişi ile bağlantılı olan sair gemileri de hükmün kapsamına alma ihtiyacı konusunda büyük oranda birlik olunmuşsa da her hukuk sisteminde aynı anlama gelebilecek nitelikte kavramlar üzerinde uzlaşa sağlanamadığı tespit edilmiştir. Deniz alacaklılarından mal kaçırma saiki ile değişik tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan gemilerin, ardına saklandıkları tüzel kişiliklerden gün yüzüne çıkartılıp ihtiyati haczini mümkün kılmaya yönelik bir metin üzerinde fikir birliğine varılamaması sebebiyle, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının anılan maddede, kardeş gemi statüsünün, bağlantılı gemileri de içine alacak şekilde yeniden düzenlenmeyişi “*bilinçli bir boşluk*” olarak kabul edilmelidir. Bunun anlamı, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeyi uygulayan devletin yargı makamının hukukunda (*lex fori*), tüzel kişiliğin aşılması ve gerçek borçlunun bulunarak ona ait malvarlığına da icra yoluyla el uzatılabileceği pozitif hukuk normu veya içtihat hukuku olarak kabul edilmiş ise o çerçevede madde 3(2) hükmünün genişlediğini ve kapsamına bağlantılı gemileri de aldığı sonucuna varmak gerekecektir. Bu anlamda, hükümde geçen “*aitlik ve malik olma*” kavramlarının içeriği, taraf devletin iç hukukunun perdeyi kaldırma teorisini uyguladığı çerçevede şekillenecek, “*malik olmaksızın hakim olma, kontrolü altında tutma*” gibi yan kavramlarla dallanacaktır. Hazırlık çalışmalarından dolayısıyla da metnin tarihsel yorumundan net bir şekilde ortaya çıkan durum, madde 3(2) hükmünün yazılması sürecinin sonunda, anılan o dalların budanmamış ve o dallardaki meyvelerden isteyen taraf devletin faydalanabilmesi yönünde yargıya örtülü yetkinin verilmiş olmasıdır.

Türk Ticaret Kanunu madde 1369(2) hükmüne bu düzenleme, Milletlerarası Sözleşmeye henüz taraf olmamışken aktarıldığında, kanun koyucu hükmün bu tarihsel geçmişinin farkındadır. Kanun koyucu, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin lafzına “*sıkı sıkıya bağlı kalınarak*” 1369 uncu maddenin ikinci fıkrasına hükmün alındığına yönelik bir iradesinin bulunduğunu madde gerekçesine özel olarak aktarmadığına göre, şu an için 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin uygulama alanına girmeyen bir ihtiyati haciz talebi bakımından, hakimin madde 1369(2) hükmünün lafzı ile bağlı kalması doğru değildir. Burada Milletlerarası Sözleşme kaynaklı bir bilinçli boşluğun bulunduğu göz önünde bulundurulması gerekir ve tüzel kişilik perdesinin aşılması yolunda yerleşen içtihatlar göre *gerçek borçlunun* tespiti ve *onunla* “bağlantılı” görülen her geminin ihtiyaten haczinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

Böylelikle, deniz alacağından sorumlu (A) şirketine ait (a) gemisinin yanı sıra, bu şirkete hâkim olan (B) şirketinin veya (B) gerçek kişinin (b) gemisi ile (B)’nin kontrolü altındaki (C), (D) ve (E) şirketlerine ait (c), (d) ve (e) gemileri de *gerçek borçlu* (B) ile “*bağlantılı*” olarak -TTK madde 1369(2) hükmü kapsamında- ihtiyaten haczedilebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

- Akıncı Ş, 'Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları' (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 651-678
- Akıncı Z, *Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (Seçkin 1999)
- Antalya G, 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi' Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 143-152
- Antalya G, *Hukuk Metodolojisi Cilt II* (Seçkin 2021)
- Atamer K, *Deniz Ticaret Hukuku C.IV* (2nci Bası, Onikilevha 2019)
- Berlingieri F, *Berlingieri On Arrest of Ships Volume II A Commentary on the 1999 Arrest Convention* (6th Edition, Informa Law 2017)
- Davies M, 'The Future of Ship Arrest' iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019)
- Demir A, *Hukuk Metodolojisi* (Astana, 2016)
- Dural M ve Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2020)
- Dural M, 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması' iç 15. Yıl Sempozyumu (Sermaye Piyasası Kurulu Yayını 1998) 97-107
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin 2021)
- Güneş A.M, *Hukuk Metodolojisi* (Ekin 2021)
- Kamil Y, 'Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 2008) 173-193
- Kaplan İ, 'Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları' (2009) 25(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 37-46
- Kendigelen A, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması' Hukuki Mütalâalar C IX-2007* (Onikilevha 2012)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler* (15inci Bası, Filiz 2015)
- Öztek S ve Memiş T, 'Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 195-216

- Sağlam İ, 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 153-161
- Serozan R, *Medeni Hukuka Giriş* (2nci Bası, Vedat 2008)
- Sözer AN, *Hukukta Yöntembilim* (7nci Baskı, Beta 2020)
- Tetley W, 'Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures' (1999) 73 Tul L Rev 1895-1985
- Tetley W, *Maritime Liens and Claims* (2nd Edition, Blais 1998)
- Thomas R, 'Ship. 'Arrest-Issues of Availability, Fairness and Proportionality' iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019)
- Yanlı V, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması* (Beta 2000)

