

ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA DENETLEME KAVRAMININ YERİ (1)

Claude J. BERR (2)

Çeviren :

Doç. Dr. Ö. Adil ATASOY*

GİRİŞ

Hiç kuşkusuz son onbeş yıl, ortaklıklar hukuku tarihinde, denetleme kavramının altın çağı olarak nitelendirilebilir. İster geleneksel ister modern anlamda alınsın, denetleme kavramı çok sayıda meslektaşın parlak bilimsel çalışmalar yapmasına ve bazan acemice de olsa klasik ortaklıklar hukukunun çığnemiş patikalarında hukuk ilminin ortaya çıkmasına imkan verdi. Bugün tartışmasız, «denetimci pay sahipleri» ve «sermaye sağlayıcı pay sahipleri» ayırımı kabul ediliyor. «Denetimin kötüye kullanılması» veya «denetimin devredilmesi» gibi deyimler sık sık kullanılıyor ve ortaklıklar hukukunun geleceği bakımından önemli bir kanun tasarısı denetimi, müstakbel topluluklar hukukunun merkez kavramı haline getiriyor. Öyleyse, tartışmasız bir şekilde, söz konusu kavramı üstat Savatier'den ödünç olarak aldığımız «pür sağlıklı bir kavram» deyişiyle nitelendirebiliriz.

Böyle olmakla beraber, bu kavram daha pekçok bilinmezlikleri içinde saklıyor. Yalnız, büyük bir berraklık ve açıklıkla ileriye görebilen zihinlerde ortaya çıktığı ve bu zihinleri çekicilikle etkilemeye devam ettiği memnunlukla söylenebilir. Yazarların çoğu bu konuda yazdıkları makalelerde bu kavramı, karmaşık, kav-

(*) E. Ü., İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Claude J. BERR, «La Place de ja Notion de Controle en Droit des Societes», **Droit des societes 1. Melanges en L'Honneur de Daniel Bastian**, Paris, 1974. Bu çeviri adı geçen makalenin kısmi bir tercümesidir. Metindeki bazı başlıklar okuyucuya kolaylık sağlamak için tarafımızdan eklenmiştir.

(2) Grenoble Toplum Bilimleri Üniversitesi Profesörü

ranılması güç, kapsamı belirsiz bir kavram olarak göstermeye yatkın görünüyorlar. Bununla beraber olay ortaklıklar hukukunda yeni değildir. Şu anda, diğer alanlarda olduğu gibi, hukuki sınıflandırılmaların (categories) ortadan kalkması 20.ci yüzyılın en tanınmış bir olaydır. Ortaklıklarda müessese görüşü sözleşme görüşüyle mücadele etmeye, organ görüşü vekâlet görüşünü reddetmeye, görev görüşü sübjektif hak görüşünü ortadan kaldırma ya başladığı zaman, medeni hukukun güvenli kıyıları terk edildi. Artık ortaklıklar hukukunun gerçeklik kazandığı ve bu suretle kesin şeklini kaybettiği inkâr edilebilir mi? Hangi tacir, kendisi için önemli olan hukuk sahasının bağımsızlığa kavuşmasına katkıda bulunmaktan sevinç duymaz?

Öyleyse ortaklıklar hukuku, kendi öz varlığını zenginleştirecek araç ve gereçlere sahip olmayı görmekten sevinç duyacağı benzenmektedir. Profesör Bastian'ın anısının samimi bir ifadesi olarak birkaç düşüncemizi yazıya aktarmak istiyoruz.

Zaten bu düşünceleri, altüst olmuş bir ticari hayata karşı yöneltilen sözler gibi düşünmek hiçbir zaman mümkün değildir. Hiç şüphesiz böyle düşünmek, modern ortaklıklar hukukuna seçkin bir yer ayırmadan gözükaralık olacaktır. Herhangibir kimse gibi biz inanıyoruz ki, bazan hukuki serüvencilik kuruluşların gelişmesinde gereklidir ve ortaklıklar hukuku yirmi senede, geçen asırdakinden daha çok ilerlemiştir. Fakat bütün bu söylenenler, tam tersine, bazen katedilen yolu gözden geçirmek için geri dönmeyi engellemez. Bilmiyorum, hukukun serüvencileri gözlem yapmak için hareket noktasından uzaklaşmayı neden bu kadar çok istiyorlar. Onlar bu kadar çok dolaştıktan sonra, pek yakında geri döndüklerinde süzprizle karşılaşacaklar. Seleflerimizin ortaya attıkları hükmi şahsiyet kavramına inandırmak için harcadıkları çabayı hatırlatmak yeterlidir. Hiç şüphesiz, bugün kimse «bir hükmi şahısla öğle yemeği yeme» ihtimalini inkar etme niyetinde değildir. Bununla beraber yakından bakıldığında, tacirler için bunun hesabını vermek kolaydır. Tacirler vergi hukuku örneğinden hareket ederek, hükmi şahsiyetin inkarına karşı tepki olarak «saydamlık» kavramının ortaklıklar hukukuna girmesini istiyorlardı. Pay sahiplerinin sınırlı sorumluluk esasında yeniden birleşen bu zıt kavramlar sadece pasif şekilde gelişen bir sistem olmak için günümüzde ciddi bir şekilde çarpışıyorlar. Örnekler çoğaltılabilir. Asla çıkarıcı bir değer yargısına sahip olmayan or-

taklıklar hukukundaki yeni kavramlar sonuçta, hiçbir şekilde alade bir fikri beraberinde getiremeyecektir. Bu kavramlar belirli bir anda ve öngörülen belirli bir durumdaki ekonomide, bu ekonominin anı ihtiyaçlarına cevap veriyorlar. Netice olarak bu kavramlar aralıksız olarak devam eden bir değerlendirilmenin konusudurlar. Denetleme kavramı kendisine duyduğu bu güvenden dolayı, bugün olduğu gibi gelecekte de bizleri meşgul etmeye devam edecek. Böyle olmakla beraber denetleme kavramının kaynağı hakkında araştırma yapmak hiç de engellenmiş değil.

1. Denetleme Kavramının Kaynağı

Doğrusunu söylemek gerekirse, denetleme kavramı, en azından ilk şekliyle bile bizatihi eskidir. Denetleme onunla eşanlamda kullanılan gözetleme (surveillance) anlamında alınacak olursa, paysahiplerinin yönetim üzerindeki denetimi; ortaklık örgütünün ve işlerliğinin her zaman en önemli bir unsuru olmuştur. Ortaklık işlerini yönetmek için yöneticilere verilmiş yetkilerin karşılığı olarak uzun zaman haklara saygının ki, bu haklar doğrudan doğruya yetkinin kullanılmasına iştirak etmeyen kişilere ait haklardır, bir teminatı olarak kabul edildiler. Fakat, uzun bir zamandan beri, denetleme kavramı yeni bir izah şekline kavuşarak dikkatleri çekiyor. Çok iyi bir şekilde, tesbit edildiği gibi, anglo-sakson kökenli «control» kelimesinin fransızcaya geçişi, ustalıkla ve yaklaşık bir anlam kazandırılarak tercüme edilmesiyle sağlandı. Daha önce söylediğimiz gibi, bu konudaki tartışmalar beraberinde tanımlama güçlüklerini getiriyor. Biz bir an için tesbitlerimizle yetineceğiz. İlk önce denetim kelimesinin şu iki anlamını ayırd etmeliyiz.

2. Denetleme Kavramının İki Anlamı

Şu husus kesindir ki, kendini tutmak, kendine hakim olmak anlamındaki denetim (murakebe) kelimesi herhangi yasa koyucu tarafından hiçbir yerde dikkate alınmamıştır. Bunun aksine denetim konusundaki pek çok yazıda paysahiplerinin yöneticiler üzerindeki gözetimi anlamında denetleme kelimesine yer verilmiştir. Kendine hakim olma anlamındaki denetleme kavramı üzerindeki bu acayip bilgisizlik dolayısıyla denetim kavramının modern ortaklıklar hukukunda bir yeri yoktur denebilir mi? İşte problem kısaca budur.

Daha ilk anda bir tesbit yapmış olduk: Neticede ortaya çıktı ki, gözetim anlamındaki denetleme ve hakim olma anlamındaki

denetleme aynı düzeyde kavramlar olarak açıklanamazlar. Biri geleneksel hukuki sınıflandırmalar (categories) alanına aittir. Diğeri ise hiç kuşkusuz, gerçekleşen olayların, başka bir şekilde söylemek gerekirse, ekonomik olayların egemenliği altındadır. Nihayet hakim olma anlamındaki denetleme, hukuk kurallarının kaynağında bulunmayan (bulunması gerekmeyen) bir kavramdır. Onun maddi varlığının bazı hukuki neticeler meydana getirmeye doğru yöneldiği gözlemlenebilir, fakat kaynağını unutmamalıdır. Böylelikle basit bir şekilde belirtmiş oluyoruz ki, denetleme kavramının iki anlamı arasındaki karşıtlık çok belirgindir ve her seferinde olduğu gibi hukuk ve gerçek ayırımından söz edildiğini büyük bir ihtiyatla belirtmek uygun olur. Ticaret hukuku ve işte onun özelliklerinden biri: Kural olarak ticaret hukuku, gerçekleşen olayların perde arkasındakileri gizlemeye çalışmıyor. Belirli ekonomik olayları yönetmek ve düzenlemek tabii hukukun temel kurallarının zafer kazanmasından daha iyidir. Gerçeği bilmek mümkün olmayabilir. Fakat, Kanun koyucunun ve hukuk biliminin çağdaş eğilimi daha çok, gerçekleşen olayların sonuçlarını, soyut hukuki durumlardan daha güçlü bir şekilde ortaya koyabilmek olmalıdır. Belirtmek gerekirse, gerçek ortaklıklar / kuramı veya onun gerçek yönlendiricileri işte bunlardır.

3. Modern Anlamda Denetleme Kavramı

Bundan dolayı biraz kabaca da olsa modern denetim kavramının başlangıçtan beri tamamen hukuk dışı bir yeri olduğu fark edilmiyormu? Tam tersine, inceleme gösteriyor ki, bu kavram belirli klasik yapılara sıkışan ve bundan dolayı yürürlükten kalkma yolunu tutan ortaklıklar hukukunu istilaya doğru yöneliyor. Denilebilir ki, denetim bir mal gibi başkasına bırakılabilmelidir. Şayet Yargıtay, mahkemelerinin verdiği kararları tasdik etmeseydi bile, hisse senetlerinin devrini hukuki çerçeveden dışarı çıkaracak bir anlayışı red edecekti. Böylece geriye tek bir şey kalıyor, o da konunun biran önce yasalarca düzenlenmesidir. İyi bilmek mecburiyetnideyiz ki bir kapının sürgüsü açılıyor. Bu yavaş yürüyüş kanuni düzenlemeye, kanunlaşmaya doğrudur ve bu olgu devam etmektedir. Bütün bu olgular gerektiği gibi belirtilmelidirler.

Biz inanıyoruz ki hukuki sınıflandırmalar dünyasına çıkmak çok yakın bir gelecekte gerçekleşecektir. Gerçekten, bir başka alanda, uzun zamandan beri gerçek olgunluğa erişmiş bu kavra-

mın birçok hukuki açıklamasının yapılmış olması beklenirdi. Ticaret hayatı, bizim anlayışımıza göre, tıpkı gerçek bir üniversite gibi devamlı bir inceleme ve araştırma halindedir. İşletmeler alanına gelince, doktrinin aralıksız kendini yenileme gayretlerine rağmen hukuk bilimi, işletme bilimi ile yanyana konulmaya razı olacağına benzemektedir.

Buna karşılık, denetleme konusunda bazı şeyler çok çabuk geliştirilebilmek gerekir. Pek çok düşünür, bazı yabancı örneklere değinerek, denetim konusunun kanunlaştırılmasını ısrarla istiyorlar. Denetim kavramındaki bütün bu gelişmeler bizim hukukumuzda da seçkin bir yer almak üzeredir. Bu değişken ortamda, belirli bir bunalıma sürüklenmekten de kurtulmak mümkün olmayacaktır. Şimdiden, denetim kavramının sadece bugün işgal ettiği yer konusunda değil, fakat gelecekte de işgal edeceği yer konusunda da dikkatle düşünüleceğini görüyoruz. Hem zengin ve hemde karmaşık bir konuyu sona erdirmek iddiasında olmaksızın, biz burada hiç olmazsa bu düşünceye katkıda bulunmak arzusu- nu duyuyoruz. Zaten bütün bunlar bilinebildiğine göre, biz mese- lenin bazı önemli görünüşlerini ihmal ederek, tartışılabilir çok genel bir teklif ortaya koyacağız. Temel kanunların yetersizliği karşısında yeterli bir düşünceye sahip olunmak isteniyorsa böyle bir tehlikeyi göze almak gerekir.

Birlikte yapacağımız şöyle genel bir bakış bile, tesbit etme- mizi mümkün kılıyor ki, denetleme kavramı, her şeyden önce, or- taklığın klasik izahının zayıflıklarını açıklayıcı gibi görünmekte- dir. Bu durumda, o fevkalade önemli bir eleştirme aracı olarak rol oynuyor. Ortaklık kavramının tamamen huku- ki bir yaklaşımda bulunduğunu belli etmiyerek yetersizliklerinin, vehimlerinin veya peşin hükümlerinin tümüyle birlikte anlaşılma- sına izin veriyor. Ortaklıklar hukukunun böyle bir aşınmaya uğ- raması adeta kaçınılmaz olmuştur. Fakat, şu hususları da belirt- meden geçemeyeceğiz ki, aşınma, açıkca bu yetersizlikleri ortaya koydu. Şayet denetim kavramı, yeni bir anlayışla, ortaklıklar hu- kukunun en önemli esasların belirlenmesinde gerekli ve bazı ön çalışmalarını ortaya koyabilecek güçte ise zaminımızın ve geleceğin ihtiyaçlarına daha uygundur.

4. Denetleme Kavramı ve Ortaklıklar Hukukunda Klasik İnceleme Tarzının Eleştirisi

Ortaklıklar hukuku sözleşme esasına dayalı olma özelliğini, klasik anlayış bakımından, düşüncedeki son yeniliklere rağmen günümüze kadar muhafaza etti.

Ortaklık, kuruluşuna katılan tüm kişiler bakımından, bir sözleşmeye dayanır. Sonuç olarak ortaklığın örgütlenmesi ve işlerliği bakımından bir kuruluş (müessese), hem de her bakımdan örgütlü hukuki bir yapının kendisi olmaya doğru yöneldiği söylenebilir.

Bundan anlıyoruz ki, ortaklık yaşamıyla ilgilenen herkes, belirli birtakım haklar ve borçların ortaklık sözleşmesiyle meydana getirilen hukuk kaideleri tarafından biçimlendirildiğini görüyor. Sonuç olarak klasik inceleme, bir hukuki düşünce olarak, ortaklıktan gelir elde eden değişik kimseler (ortaklar, yöneticiler, hesap denetçileri, vs.) arasındaki ilişkileri açıklıyor. Aynı şekilde, değişik tipteki birçok ortaklık arasında bu bakımdan bir çok farklar vardır. Bu durum, ortaklık kurucularının bağımsız iradelerini ortaya koymaları bakımından haklı görebilir. Böyle bir durumun ortaya çıkışı her halde ekonomik sebeplerden değildir. Örnek vermek gerekirse «büyük» ve «küçük» anonim ortaklıkları farklı yasalarla düzenlemek kaç defa arzu edildi; fakat Fransız klasik hukuku böyle bir ayırım yapmayı daima reddetti. Onun için, başlangıçtaki tek bir anlaşmanın bütün gücüyle ortaya koyduğu sözleşmeye dayalı uyum, bütün somut incelemelerden bağımsız olarak, hükmi şahısların yeniden tanınmasına ve kişiliklerinin belirlenmesine izin veriyor.

Sonuç olarak, gerçekte ilişkisini kesmiş bir yığın soyut düzenleme, ortaklıkların işlerliğini hükmü altına aldı. Ortaklar, sermaye ve ortaklık menfaatleri üzerindeki asıl hak sahipleri, kural olarak ellerinde bulundurdukları sermaye payları ile orantılı bir biçimde, sahip oldukları oy kullanma hakları vasıtasıyla ortaklık yaşamına katılıyorlar. Yöneticiler ve ortaklık işlerini idare etmek hakkı olan pay sahipleri, ortaklık konusuna giren işleri gerçekleştirmeye gayret sarfederler. Etkin bir araştırma ve denetleme hakkına sahip olarak, yasanın hesapların denetlenmesiyle yükümlü kıldığı kişiler (denetçiler), yöneticiler tarafından gerçekleştirilen işlemleri denetlemek ve onanmak için ortaklara sunmak yükümlülüğü altındadırlar. Bütün bu olanlar hukuki düzenlemenin dışında kalan bir alanda kalmaktadır. Yalnızca, her zaman

«ortaklar arasındaki ihtilafları» çözmeye çalışan mahkemelerin, tesadüfi ve dolaylı denetimi altındaki bir alan dikkatleri üzerine çekmektedir. Gerçekten, genel kurulların hayali olabilmesi, genel kurulda önerildiği için memnun olunan kararların, uzun müzakereler sonunda kabul edilmesinin teknik anlamda bir çoğunluğun katkısı ve yardımıyla gerçekleşmesi önemli sayılmayabilir. Hatta hesap denetçilerinin uzun zaman yöneticilerin meydana getirdiği dostluk halkasının bir parçası olarak kabul edilmeleri ve kendilerine özellikle ölçülü bir ilgi gösterilmesi de önemli değildir. Kasık ortaklıklar hukukunu gerçekleştiren olaylar pek ilgilendirmiyor. Fakat, sözkonusu gelişmelere tam uyamayan, hukuk ve gerçek arasında bir uçurum koyan kanun koyucu, çok soyut yapılarıyla tehdit eden gelişmeleri önceden sezememişe benziyor. Bütün bunlar (ortaklıklar hukukunun klasik yapısı) gittikçe anlamını kaybetmektedir ve ortaklıklar tarafından ortaya atılan gerçek sorunlar açıklanamadan kalmaktadır.

Yeni çözümler önermek ve bilimsel bir açıklama ortaya koymak, hukuk ve gerçek arasındaki bu eşsiz denge-bunu başarmak önemsiz bir onur değildir-çağdaş öğretiyeye düşüyor. Açıkcası, denetleme kavramı fevkalade bir araştırma aracı olarak hediye edilmektedir. Açıklanan yanıltıcı nitelikteki geleneksel izahlar, ortaklar arası ilişkilere getirilecek gerçekçi bir açıklama için hareket noktası olarak hizmet etti. Hiç kuşkusuz bu çok karmaşık ve problemlili alanda gerçek bir karmaşanın yaşanmakta olduğu görülmele beraber sonuçta, ortaklar hukukunun temel kuruluş ilkelreinin ortaya çıkmaya başladığını hissediyoruz.

5. Ortaklar Arası İlişkilerin Gerçekçi Metotla Açıklanması

Daha asrın başında ortaklıkların işlemesi, özellikle anonim ortaklıklarda, parlamenter demokrasi örneğinden esinlenerek anlatılıyordu (şüphesiz bu durum nisbeten yakın bir tarihe kadar devam etti) ve ortaklar arasında eşitlik ilkesi sosyal hayata egemen oluyordu. Hiç tartışmasız, ortaklıklar hukuku alanında bu klasik anlayışın ve saf anlamda demokrasinin hiçbir zaman uygulamaya konulamıyacağından şüphe edilemez. Uzun zamandan beri hukukcular ortaklıkların demokratik ve eşitlikçi olabileceklerini artık düşünmüyorlar. Bu düşünce gittikçe yaygınlaşıyor ve denetleme kavramı bu tesbite tutarlı bir açıklama getiriyor.

Ortaklığın yönetimiyle ilgili demokratik esas konusundaki gözlemlerimiz, karar alınmasındaki yüzeysel işleyişle ilgili olarak,

uzun zamandan beri ortaklıklar üzerinde yaptığımız gözlemlerden elde ettiğimiz fikri doğrulamaya kâfi geldi. Bu anlayış hukuki bir kural olarak, elde bulundurulmuş pay senetlerinin temsilettiği oy hakkının sayısal olarak bölünebilir olmasını gerektiriyor. Artık bundan böyle, bu husus şüphe edilebilir niteliktedir. Öyle ki, kanun koyucu gerçekten demokratik bir yapıyı uygulamaya koymayı asla başarabilmiş değildir. Aynı şekilde, tesbit edildi ki, ortaklar arasında bazıları diğerlerinden daha çok, normal bir nöbet değiştirme şeklindeki ortaklık yönetimiyle ilgili işlerle ilgilenebiliyorlar. Bu anlamda denetim kavramının, bir açıklama getirerek bu olaylar hakkında doyurucu bir çözüm ortaya koymaya yaradığı açıklıkla görülmektedir.

Böylece bir gerçek aydınlığa kavuşturulmuş oldu ki, bir ortağın üstünlük kazanmak ve ortaklık hayatında etkin olmak için sermayesinin yarısını elinde tutmasına hiç bir zaman gerek yoktur. Bir veya birçok kişinin ortaklık yaşamı üzerinde hakimiyet kurmasına izin veren çeşitli yöntemlerin bir araç olarak kullanılması tamamen geçerlidir. Bu yöntemler şimdi çok tanınıyorlar. Yeter ki onların açıklığa kavuşturulmaları konusunda ısrar edilsin.

Örnek verilmek gerekirse biliniyor ki, hakimiyet mali denetime (controle financier) bağlı olarak sağlanabileceği gibi doğrudan doğruya veya dolayısıyla yönetimin denetlenmesine (controle directorial) bağlı olarak da sağlanabilir. En azından, şayet hisse senetleri geniş ölçüde halka yaygınlaştırıldı ise, bir tek pay, isterse azınlığa ait olsun, tatmin edici bir denetim sağlayabilir. Aynı şekilde bu konudaki değişik metotlar özenli bir şekilde belirlenmiş bulunmaktadır. Bu metotlar sayesinde bir ortaklığın denetimini ister, doğrudan doğruya ortaklığın üzerine atılarak hakim olmak suretiyle; isterse, ortaklığı içten karıştırarak pay senetlerini ellerine geçirmek şeklinde elde edilebilmektedir. Nihayet, öğretti, denetimi derecelendirmeye elverişli bir kavram olarak sunmaya gayret sarfediyor. Şayet sınırlar açıklıkla ve kesin bir tarzda çizilemiyorsa, bugün kabul edildiği gibi azınlık denetimi, çoğunluk denetimi ve denetimin tümü bakımından sembolik katılmalar arasındaki farkları kabul ettirmek gerekir. Öyleyse bu yeni «unsur» hukuki değil, siyasi bir unsurdur. Denetim kavramı, gerçekleşen hukuki ilişkilere somut ve gerçekçi yeni bir bakışla yeni sınırlar çizmeye başlamış bulunmaktadır. Problemin bu yeni çö-

züm tarzı, kuruluşları sadece hukuki bakımdan açıklamaktan uzaklaştığı için; denetim kavramı, mevcut hakim ilişkilere somut ve gerçekçi yeni bir bakışla çözümler getirmeye uygundur. Bu yeni çözümleri belirleyecek siyaset bilimi ise anayasa hukukudur.

Bu açıdan bakıldığında, denetleme kavramının subjektif olma niteliği bilhassa göze çarpıyor. Denetleme kavramı ortaklıklarda gereksiz olarak var olan psikolojik ilişkilerle, diğer karmaşaya sevk eden unsurlar arasındaki karşılıkları devamlı olarak ve derinlemesine araştırmaya önem vermektedir. Mesela, şayet sadece yatırım yapmak veya gelecekte denetimini elinde bulundurmak amacıyla, borsadan paysenetleri alınmak istenirse; bu durumda herbir paysenedi sahibinin niyetinin araştırılması gereklidir. Böyle durumlarda önemli bir hata veya değerlendirme farkı bulunabilir. Fakat, mahkemeler büyük bir ihtiyatlılık içindedirler ve özellikle hukuki bir ihtilaf veya malların paraya çevrilmesi halinde, yargılama yetkilerini kullanarak bir ortaklıktaki denetimin varlığı ve niteliği konusunda karara varıyorlar. Mahkemelerce nitelikleri çok iyi bir şekilde ortaya konulan bu durumlarda ortaya çıkan gerçek, hukuki düzenlemelere uymamaktadır.

Üst yöneticiler, denetim kriterleri arasında, anasermaye içindeki ortaklık paylarının görünürdeki nisbi üstünlüğüne her zaman önem veriyorlar. Denetimi «maddileştirilemeyen» soyut bir kavram olarak kabul eden kararlara artık hiç rastlanmamaktadır. Teorik alanda «saf» anlamda denetleme kavramının değeri tartışma götürmez olmakla beraber, gerçekten de bütün yüksek kavramlarda olduğu gibi güçlülük, açık ve net bir tanımın konusu yapılabilir. Ortaklıklarda demokrasi hayali, her halde ortaklar arasında eşitlik ideali olarak kalmaya daha fazla dayanamayacaktır.

Şayet denetimci paysahipleri ve yatırımcı paysahipleri arasındaki ayırım şimdiden iyibir şekilde yapılacak olursa, böylece daha ilk anda ortaklık yönetimi sorununa değinilmiş olur. Ayrıca sahip oldukları hisse senetlerinin değeri konusunda, birinin veya diğerlerinin, eşit gelir elde etme hakkına sahip olmaları düşünülebilir mi? İşte subjektiflik. Bununla beraber, denetim kavramı objektif bir nitelik almaya doğru yöneliyor. Bu geçiş bekleniyordu fakat bu konuda ortaya çıkan engeller daha sürüp gidiyor.

Bir ortaklıkta denetim yapıldığı ölçüde ortaklıkta hakimiyet, sermayenin büyük bir kısmını satınalmak suretiyle elinde bulunduran büyük çoğunluğa geçiyor. Kolayca anlaşılıyor ki gerçek bir denetim yarışı, rakip yatırımcı gruplar (pay sahipleri) arasında yapılıyor. Hisse senedi sahiplerinin enbüyük arzuları -ki çok hassas mali teknikler kullanılarak şüpheleri uyandırmamak amacıyla açıklanmasına ancak gerektiğinde ve sınırlı ölçüde izin veriyorlardı- çok tabii bir sonuç olarak, daima önemli oranlarda pay senetlerinin değerlerinin yükselmesi olacaktır. Çok basit bir örnekle açıklamak gerekirse ki, bu örnekte denetimin başlangıcı hisse senetlerinin % 51 dir. Açıktır ki, sözkonusu hisse senetlerinin % 49 unu elinde bulunduran topluluk, ortaklıkta hakimiyet kurabilmek için ihtiyaç duyulan miktarda pay senetlerinin asıl hak sahibi olmak için, önemli bir parasal (mali) ödün vermeye hazır görünüyor. O halde bu mutlu pay senedi sahipleri senetlerini satmaya hazırdırlar. Onların çok değerli olan hisse senetleri tam tamına denetimin fiyatını ortaya koyacak ve bu tür hisse senetleri gerçek değerinin çok üstünde bir fiyattan yararlanabileceklerdir. Bu durumda hisse senetlerinin değeri satın alanlarca limite (en üst fiyat düzeyine) çok yakın olarak belirleniyor. Çok sıkışık durumdaki satıcıların hisse senetlerini satıp onlardan kurtulmaları halinde, onlar bu feragatlerinin (vazgeçmelerinin) bedelini çok pahalıya ödeyebileceklerdir. Özellikle satılan sonuncu pay senedi, çoğunluğu öbür tarafa geçirecektir. Çoğunluk, bu satışın arkasından hisse senetlerinin % 49 unun sahibi olan pay sahiplerine geçecektir. Diğer hisse senetleri hiç kimseyi, ne tüm yetkilerle donanmış denetçileri, ne de rakipleri ilgilendirmeyecektir. Zaten en az arzulanan şey, durgun, denetimde etkisi olmayan hisse senetlerinden satınalmaktır.

Pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal ettiği açıkça ortaya koyan bu durumu kaçınılmaz bir alinyazısı olarak kabul etmekten memnun olunmayabilir. Fakat hukuk kaideleri denetim kavramının bu mantiki sonucundan kaçabilecek vasıtaları sağlayabilir mi? Sorunun önemi açıktır. Zira, uygulamada denetimin devredilmesi, özelliği olmayan (alalade, rutin) günlük işlerden olmaya doğru yöneliyor ve bu durum hem ortaklık ve hem de yatırımcılar için pek büyük bir öneme sahip bulunmaktadır.

Hayatta kalan, sürekli yaşayan ortaklığın kendisidir. Böylece ortaklık sahneye çıkmış, oyuna girmiş oluyor. Bir örnek vermek

gerekirse; denetimi elinde bulundurmak isteyen topluluk doğru-
dan doğruya ortaklığın bir rakibidir ve açık bir hedef olarak se-
çildiği görülen ortaklığı dalgın bir vaziyette iken satınalmaya
elegeçirmeye çalışır.

Son senelerde hukuk biliminin bu alandaki çalışmaları, prob-
lemün ana unsurlarını büyük ölçüde aydınlatmaya yardım etti. Fa-
kat görünürdeki çözümleri doğru, köklü çözümler olarak kabul
etmek mümkün değildir. Belki bu, «denetimin devredilmesi» de-
nilen olayı bütünüyle incelemeye başlayan kişinin iyi düşünme-
sine bağlıdır. Bu bizi iki farklı alanda, açıkca ayırım yapmadan
ve gerektiği biçimde düşünerek, birlikte yapılacak bir değerlendir-
me ile ortaya çıkan sonuçları kabul etmeye götürecektir. Gerçek-
ten de, denetimin devredilmesi, siyasi rejim açısından olduğu ka-
dar, ortaklıklar bakımından da güçler arası ilişkilerin biçimlen-
mesine yol açmaktadır. Bu açıdan bakıldığında en önemli engelin
ortaklık menfaatine saygı göstermek olduğu düşünülebilir. Deneti-
min devredilmesi kavramı, siyasi rejimin ve ortaklıklar alanında
güçler arası ilişkilerin biçimlenmesine yol açıyor. Fakat aynı za-
manda, denetimin devredilmesi kavramı, ortaklık yönetimine «iyi-
ce yerleşmiş» (hakim) bazı ortakların diğer ortakların aleyhine
olarak kendilerine parasal bir yarar sağlamak arzusu şeklinde
anlaşılmaktadır. Öyleyse sözkonusu hakim düşünce, hiçbir zaman,
ortaklık yararı fikri olmadığına göre; böyle bir durum karşısında
ortaya çıkan gerçek; sadece, başlıca menfaatler arasındaki çatış-
madır diyebiliriz. Bu durum karşısında akla gelebilecek olan soru
şudur: Denetimin, satışa çıkarılmaya uygun durumdaki hisse se-
netlerine bir değer ilave ettiğini kabul etmek gerekirmi? Başka
türlü söylemek gerekirse, «denetimin malvarlığı haline getirilme-
si» (patrimonialisation du control) eğilimini teşvik etmek gere-
kirmi?

Biz inanıyoruz ki, problemin ortaya çıktığı yer burasıdır. De-
netimin devredilmesi, ortaklığın yönetimiyle ilgili her değişimde
olduğu gibi, hukuki düzenlemenin gözünden kaçıyor. Sadece eşle-
rin bir birlerini aldatmalarını engellemek maksadıyla evlilik birli-
ğinin gerektirdiği bağlılık (sadalet) gibi temel kaideler koyan
kanun koyucular artık yok.

Ortaklıklar hukuku iktidar elde etmek için yapılan mücadele-
leri kendiliğinden engelleyememektedir. Bazı menfaatlerin elde

edilmesi şirket üzerindeki denetimin elde edilmesi sayesinde mümkün oluyorsa; bu durum yürürlükteki hukukun ihlâl edilmesinin doğuracağı sonuçlardan daha çok önemle üzerinde durulmayı gerektirir. Bu cümleden olarak, sırf denetim hakkının elde edilmesi maksadıyla hisse senetlerinin devri başlı başına yasaklanan bir husus olmalıdır. Vekâleten veya haklı bir sebebe dayanarak hisse senetlerini elinde bulunduran kimselerin ortaklıktaki siyasi dengeyi bozacak şekilde haklarını kullanmaları uygun değildir. Niçin her işletme denetimin devredilmesini yasaklamakta ve ancak özel şartların gerçekleşmesine bağlamaktadır? Bu tutum bize zararlı gibi görünüyor.

SONUÇ

Kendisi tamamen meşru bir işlem olan denetimin devri, hisse senetlerinin devri bakımından yeni bir hukuki şekle bürünüyor. Böylece, yukarıda özellikleri belirtilen denetimin devredilmesi, bizi biraz kuşku içinde bırakıyor. Zira, genel nitelikteki kuralların gözünden kaçabilen böyle bir problemin nasıl bir hukuki çözümlenmeye kavuşturulacağını anlamaya gücümüz yetmiyor. Ama yine de, bu nokta üzerinde bir açıklığa kavuşmak hiç de gereksiz görünmüyor. Çünkü, gerçekçi olmamakla suçlanmak istemiyoruz. Kuşkusuz, herhangi bir kimse gibi biz de hisse senetlerinin denetim maksadıyla devri ile bu maksat dışında (alalade) devrinin ortaya çıkardığı önemli farklılığa karşı duyarlıyız. Hazırlanan ve uzun zamandan beri tartışılan denetimin devri konusundaki tasarı, genel olarak partiler arasında ortak davranma konusunda bir mutabakat protokolünün konusu oldu ve bu protokol belli bir süreç içinde ve çok genel bir tarzda tesbit edildi. Fakat biz, böyle bir durumla karşı karşıya kalındığında dahi, menfaatlerin himayesinin ancak tam anlamında gerçek bir inceleme ile güven altına alınabileceğini düşünmekte ısrar ediyoruz.