

ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN KÂR PAYI ALACAĞI KONUSUNDAKİ ÖZEL DÜZENLEME*

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen**

Araş. Gör. M. Halil Çonkar***

1. Giriş

Ortaklıklar hukuku mevzuatımızın belki de en “görmüş geçirmiş” düzenlemelerinden biri olarak nitelendirilebilecek olan 1933 tarihli ve 2308 sayılı “Şirketlerin Müruruzamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun”¹, epeyce mütevazı bir hacim (dört madde) içerisinde şirketler hukuku, borçlar hukuku, anayasa hukuku, kamu maliyesi gibi birden çok disiplini ilgilendiren hükümler içermektedir². Kanunun kabulünden bu yana geçen süreç içerisinde düzenlemenin anılan disiplinler bakımından ortaya çıkardığı sorunlar giderek daha belirgin hale gelmiş, bu çerçevede başından bir Anayasa Mahkemesi sergüzeşti de geçmiş olmasına rağmen, bu küçük ama önemli düzenleme hukuk hayatımızdaki varlığını sürdürmeye devam etmiştir.

2308 sayılı Kanunun ilk maddesinde anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların ihraç ettikleri hisse senedi ve tahvillerden kaynaklanan ve zamanaşımına uğramış olan “faiz, temettü ve ikramiye gibi” menfaatlerin ve yine bu şirket türlerine ait hisse senedi ve tahvillerden “bedele inkılâp etmiş olanlarının” zamanaşımına uğrayan bedellerinin Devlete intikal edeceği (fıkra 1); ayrıca bu şirketlerin bahsi geçen bedelleri zamanaşımı süresinin bitiminden itibaren üç ay içerisinde mahalli mal sandığına vermek zorunda oldukları (fıkra 2) hükme bağlanmıştır.

Aynı kanunun ikinci maddesinde ise birinci maddede düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen kimselerin anılan meblağı üç misli tazminatla birlikte ödemek zorunda oldukları ifade edilerek, birinci maddeye aykırılığın yaptırımı belirlenmiştir.

* Bu makalenin esasını, Yozgat 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir uyuşmazlığa yönelik olarak hazırlanan 24.05.2011 tarihli hukuki mütalâa oluşturmaktadır.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ RG 26.06.1933/2437.

² Hatta kanunun üçüncü ve dördüncü maddelerinin yürürlük ve yürütme maddeleri olduğu düşünülürse, esasen tüm bu sahalara yalnızca iki madde ile temas edildiğini söylemek daha doğrudur.

Şüphesiz halen yürürlükte olan bu düzenleme bir dogmatik hukuk çalışması kapsamında incelenebilir ve bu çerçevede hükmün içeriği, düzenleme alanı, uygulamada doğurduğu problemler ve nihayet hükmün en doğru bir biçimde nasıl yorumlanması gerektiği hakkında da bir makale kaleme alınabilirdi. Ancak biz bu makale çerçevesinde pozitif düzenlemenin sınırlarının dışına çıkarak, söz konusu kanunun bir yandan anayasa hukuku diğer yandan özel hukuk teorisi bakımından yerindeliği sorunu üzerinde duracağız.

Bu çerçevede aşağıdaki satırlarda öncelikle 2308 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasının incelenerek reddedildiği 1965 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı değerlendirme konusu yapılacak, böylece Anayasa Mahkemesinin red kararını hangi gerekçelere dayandırdığı tespit edilerek söz konusu gerekçelerin yerinde olup olmadığı konusundaki fikrimizi ortaya koymak mümkün olacaktır. İkinci kısımda ise 2308 sayılı Kanunun özellikle Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesi ile bağdaşıp bağdaşmadığı incelenecektir. Nihayet son bölümde ise aynı kanunun Türk özel hukuk teorisi ile uyumu sorunu üzerinde durulacaktır.

2. Anayasa Mahkemesinin 18. 02. 1965 tarih ve 1964-47/8 sayılı kararı

a) İptal talebinin ve Anayasa Mahkemesi kararının özeti

2308 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiası 1961 Anayasası döneminde İstanbul 4. Ticaret Mahkemesi önünde görülen bir uyuşmazlık dolayısıyla ileri sürülmüş, ilk derece mahkemesi bu iddiayı ciddi görerek söz konusu kanunun 1961 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesine aykırılığı gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Uyuşmazlık konusu olayda, 2308 sayılı Kanun uyarınca Hazine tarafından bir banka aleyhine 45.524 liranın tahsil edilmesi talebiyle dava açılmıştır. Yerel mahkeme 26.10.1964 tarihli kararında;

"2308 sayılı Kanunda, zamanaşımına uğrayan kişi haklarının Devlete geçmesinin kabul edildiğini, zamanaşımı hükümlerinin normal olarak banka ile hak sahibi kişiler arasında uygulanması gerektiğini, Devletin, medeni hukuk alanında kişiler arasındaki ilişkilere müdahalesinin Anayasa düzeni içinde yapılmasının zorunlu olduğunu, Anayasa'nın 36 ncı maddesine göre mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini, bir mal edinme düşünülmüş veya bir vergi amacı güdülmüş ise, farklı formalitelerin ve ayrı hükümlerin öngörülmesinin doğal olduğunu, kaldı ki kanuna uymayan şirketlerin vermeğe mecbur oldukları paraları üç misli tazminatla ödemeye mahkûm edilmelerinin adalete de aykırı olduğunu"

belirterek söz konusu kanunun iptalinin görüşülmesini talep etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise yerel mahkemenin iptal talebini değerlendirdiği kararında özetle;

➤ zamanaşımı müessesesinin hukuk düzeninde sağladığı güven dolayısıyla çok eski zamanlardan beri benimsenerek yazılı hukukta yer aldığını, Anayasa'nın zamanaşımı konusunda sessiz kalmak suretiyle bu müessesenin düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmış olduğunu, bu çerçevede kanun koyucunun hukukun genel esaslarına ve özellikle Anayasa'nın ilkelerine bağlı kal-

mak kaydıyla zamanaşımının amacına göre uygun göreceği kuralları koyabileceğini,

➤düşürücü zamanaşımında genel kuralın zamanaşımına uğrayan alacakların borçluya bırakılması yolunda olduğunu, buna karşılık kanun koyucunun 2308 sayılı Kanunun birinci maddesi hükmü ile bu kuraldan ayrılarak zamanaşımına uğrayan menfaat ve bedelleri devlete mal ettiğini, kanun koyucunun bu tasarrufunda mülkiyet hakkına veya hukukun genel esaslarından olan kazanılmış hak kavramına dokunan bir yön bulunmadığını,

➤esasen söz konusu menfaat ve bedellerin şirketlerin zimmetinde bulunan borçlardan ibaret olduğunu, bunlar üzerinde şirketin mülkiyet hakkı bulunmadığını, bu itibarla somut olayda da bu hakka dokunulduğunun düşünülmemeyeceğini,

➤ayrıca 2308 sayılı Kanunla anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile öteki şirketler ve gerçek kişiler arasında eşitliğe aykırı bir durum yaratıldığının da kabul edilemeyeceğini, zira söz konusu şirketlerin sermaye şirketi sınıfında bulduklarını, bunların sermayelerinin büyük halk kitlelerinin paralarından meydana geldiğini, bu özellikleri dolayısıyla sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerinden ve gerçek kişilerden ayrı bir durumda bulduklarını, sermaye şirketlerinde zamanaşımına uğrayan menfaat ve bedellerin 2308 sayılı Kanunla ayrı bir işleme bağlı tutularak devlete geçirilmelerinin bu ayrılığa dayandığını, kanun hükmünün sermaye şirketi kategorisine giren tüm şirketlere uygulanacağını, bu bakımdan ortada eşitlik ilkesini bozan bir yön bulunmadığını,

➤aynı kanunun ikinci maddesinde devlete intikal eden menfaat ve bedelleri süresi içinde mal sandığına yatırmayan şirketlerin vermeye mecbur oldukları parayı üç misli tazminatla ödemeye mahkûm edilmiş olmalarının da kanuna aykırı davranışın bir müeyyidesi olduğunu

belirterek, 2308 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir.

b) Anayasa Mahkemesinin 18. 02. 1965 tarihli kararındaki tespitle- rin değerlendirilmesi

2308 sayılı Kanunun yerindelğine ilişkin incelemeye geçmeden önce, bu konuda Anayasa Mahkemesinin daha evvel vermiş olduğu ve yukarıda özeti aktarılan kararında, kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin görüşünü dayandırdığı gerekçelerin değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Esasen söz konusu kararda 2308 sayılı Kanunun Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemesini ihlal etmediği sonucuna varırken Yüksek Mahkemenin temel argümanı; bu düzenlemenin mülkiyet hakkına dokunan bir tarafı olmadığıdır. Buna bağlı olarak mahkeme mülkiyet hakkı ile doğrudan bir ilgisi olmayan düzenlemenin mülkiyet hakkına ilişkin anayasal düzeni ihlal ettiğinden de bahsedilemeyeceği yorumunu yapmıştır.

Ancak mahkemenin bu argümanını temellendirdiği hukuksal zeminin pek de sağlam olmadığı, başka bir deyişle 2308 sayılı Kanunda yer verilen düzenlemenin "mülkiyet hakkına dokunan bir tarafının bulunmadığı" yorumunun

hukuki bakımdan kabulü zor bir tespit olduğu belirtilmelidir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, kararının bu sonuca vardığı kısmında aynen:

*“Bu yasama tasarrufunda mülkiyet hakkına veya hukukun genel esaslardan olan kazanılmış hak kavramına dokunan bir yön yoktur. Uygulanan zamanlaşımının düşürücü nitelikte olması, işin aynı bir hakla ilgisi olmadığını anlatmaktadır. **Aslında da, söz konusu menfaat ve bedeller, şirketlerin zimmetinde bulunan borçlardan ibarettir. Bunlar üzerinde şirketlerin mülkiyet hakkı bulunmadığı meydandadır. Bu itibarla olayda bu hakka dokunulduğu düşünülemez.**”*

demek suretiyle, özel hukuk teorisi ile açıklanması mümkün gözükmeyen bir gerekçe ortaya koymuştur.

Bu bakımdan özellikle yukarıda koyu renkle verilen kısım dikkat çekicidir. Yüksek Mahkeme 2308 sayılı Kanunda devlete intikali düzenlenen menfaat ve bedellerin şirketin “borcu” olduğu yorumunu yaptıktan sonra, özel hukukumuzun en temel ayırımlarından bir tanesi olan borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımını bütünüyle göz ardı ederek, bu borçlar üzerinde şirketlerin mülkiyet hakkı bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Bilindiği üzere özel hukukumuzda hukuki işlemler çeşitli nitelikleri bakımından farklı sınıflandırmalara tâbi tutulmuş; bu arada malvarlığı üzerinde yaptıkları etki bakımından da “borçlandırıcı işlemler” ve “tasarruf işlemleri” olarak ikiye ayrılmışlardır. Borçlandırıcı işlemler, işlemi yapan kimsenin malvarlığının pasifini çoğaltan muamelelerdir. Bu tür işlemler malvarlığı üzerinde doğrudan bir etki yapmaz, yalnızca borçlandırıcı işlemi gerçekleştiren kimseye bir borç yükler. Buna karşılık tasarruf muameleleri tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak o hakkı başkasına devreder, sınırlar, değiştirir veya sona erdirir³. Örneğin satım sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem teşkil eder; bu sözleşme neticesinde satıcı için satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devretmek, alıcı için de semeni ödemek borçları doğar. Ancak tek başına bu sözleşmenin akdedilmesi, örneğin satıcının mülkiyetindeki malı alıcının mülkiyetine geçirmeyeceği gibi, alıcının ödemesi gereken semenin de kendiliğinden satıcının malvarlığına geçmesi sonucunu doğurmaz. Mülkiyetin devri için ayrıca borcun konusunu teşkil eden malvarlığının türüne göre gerekli olan tasarruf işleminin de yapılması icap eder. Ancak tasarruf işleminin yapılmasından sonra eşya üzerindeki mülkiyetin el değiştirdiğinden bahsedilebilecektir.

Somut uyumsuzlukta iptali istenen 2308 sayılı Kanunda bahsi geçen haklar bakımından da yukarıda izah olunan bu temel ayırım dikkate alınmalıdır. Söz konusu kanunun birinci maddesinde sermaye şirketlerinin ortaklarına ait paylardan veya ortaklığın ihraç ettiği tahvillerden kaynaklanan temettü/kâr payı, ikramiye veya faiz gibi alacakların beş senelik zamanlaşımı süresinin ardından devlete intikal edeceği ifade edilmiştir.

Anonim ve limited ortaklıklar ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklarda pay sahiplerinin şirketin elde ettiği kârdan çeşitli kalemlerin dü-

³ Borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımı için birçoğu yerine bkz. **M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 17. Bası, İstanbul 2011, s. 174 vd.

şülmesi suretiyle oluşan safi kâra katılma hakları mevcuttur. Pay sahiplerinin kâr payı alma hakkı anonim ortaklıklar bakımından Türk Ticaret Kanunu (=TK) 507/1-c.1'de [6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (=eTK) 455/1-c.1]; limited ortaklıklar bakımından ise TK 608/1-2'de (eTK 533/1) düzenlenmiş, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar için de anonim ortaklığa ilişkin düzenlemelere atıf yapılmıştır (TK 565/2).

Her iki hüküm bakımından da kâr payı dağıtımının yapılmasının ön şartı olarak, safi kazancın [ayrıca anonim ortaklıklar bakımından] serbest yedek akçeler" in (TK 509/2); limited ortaklıklar bakımından "bunun için ayrılmış yedek akçeler" in (TK 608/1)] pay sahiplerine dağıtılması konusunda yetkili organ olan genel kurulun [TK 408/2-(d); TK 616/1-(e)] kâr dağıtım kararı vermesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır [TK 507/1-c.1 (kâr dağıtımının kararlaştırılması); TK 608/1-c.2 (kâr payı dağıtımına karar verilmesi)]. Genel kurulun kârın dağıtılmasına karar vermesi ile birlikte kararlaştırılan miktarı ile kâr payı ortaklığa karşı bir "alacak hakkına" dönüşür⁴. Buradan anlaşılacağı üzere genel kurulun aldığı ve yenilik doğurucu nitelikteki kâr dağıtım kararı, şirketin ortaklara karşı kâr payı ödemeye borçlanması sonucunu doğuran "borçlandırıcı" bir işlemdir. Bir başka deyişle bu karar neticesinde şirketle ortaklar arasında bir alacak-borç ilişkisi meydana gelir, şirket bu karar ile ortaklara karşı kâr payı ödemek borcu altına girer.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere bu karar bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğundan, malvarlığı üzerinde doğrudan bir etki yapmaz, daha açık bir ifadeyle kâr payının dağıtımına karar verilmiş olması, bu meblağın kendiliğinden şirketin malvarlığından çıkarak ortakların bireysel malvarlıklarına intikali sonucunu doğurmaz. Aksine bu karar ile ortaklar ancak dağıtımına karar verilen kâr payından kendilerine isabet eden miktarın ödenmesini, yani tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi neticesinde söz konusu meblağın malvarlıklarına geçirilmesini ortaklıktan talep etmek hususunda bir alacak hakkına sahip olurlar.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir anonim, limited veya sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın kâr payı dağıtımına karar vermiş olması, dağıtımına karar verilen meblağın ortaklık malvarlığını terk etmesi sonucunu doğurmayacağından, bu meblağın halen ortaklık malvarlığının bir parçası olduğu, ancak bir borç niteliğinde bulunduğu bilançonun pasif tarafında yer aldığı sonucuna varılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin zikredilen kararında vardığı

"Aslında da, söz konusu menfaat ve bedeller, şirketlerin zimmetinde bulunan borçlardan ibarettir. Bunlar üzerinde şirketlerin mülkiyet hakkı bulunmadığı meydandadır."

şeklindeki sonucun kabul edilebilmesi hukuken mümkün değildir. Zira bu meblağ -alınıtıdaki son cümlelerin aksine- tam da bir borç olması sebebiyle, tasarruf işlemi ile alacaklının malvarlığına geçirilene kadar borçlunun malvarlığında kalmaya devam edecektir.

⁴ Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, N. 914.

Şu hâlde bu borç ödenmediği sürece, velev ki borç zamanaşımına uğramış olsun, borçlunun malvarlığı kalemlerinden birini teşkil edecek ve dolayısıyla kanun koyucunun bu borç kalemi üzerinde etki doğuran yasama tasarrufları da borçlunun mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili kabul edilecektir.

Gerçekten, bu borcun zamanaşımına uğramış olması yukarıda varılan sonucu değiştirmez. Üstelik borcun zamanaşımına uğraması olgusunun borçlu ile borcu üzerindeki mülkiyet bağlantısını kuvvetlendirici bir etkisi olduğu dahi söylenebilir. Zira aşağıda daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere, bir borcun zamanaşımına uğraması onu eksik/tabii borç hâline getirir ve bir tam borcun aksine zamanaşımının geçmiş olması borçluya borcu ifadan kaçınmak hususunda bir defî hakkı sağlar⁵. Böylece bir tam borcun aksine zamanaşımına uğramış bir eksik borcun borçlunun malvarlığı içerisindeki konumunun daha güçlü olduğu söylenebilecektir.

Öte yandan sırf 2308 sayılı Kanunun hazırlanış süreci dikkate alındığında dahi bu kanunun mülkiyet hakkına dokunmakta olduğu sonucuna varılabilir. Söz konusu düzenleme tarihsel yorum metodu çerçevesinde değerlendirildiğinde 2308 sayılı Kanunun yapımı aşamasındaki kayıtların da, Anayasa Mahkemesinin yorumunun aksine sonuçlara ulaştıracağı görülecektir. Gerçekten söz konusu kanunun hazırlık çalışmaları esnasında Başbakanlık tarafından TBMM'ye gönderilen tasarı metni, değerlendirilmesi amacıyla Bütçe Encümenine de gönderilmiştir. Bütçe Encümeni mazbatasında tasarıya ilişkin tadiller ve gerekçeleri belirtildikten sonra son paragrafta aynen

"Efradın hukuku tasarrufiye ve mülkiyetini alakadar eden bu kanun layihasının bir kerre de Adliye Encümenince görülmesi muvafık olacağı mülahaza edilmiştir"

denilerek⁶, bizzat kanunun yapımı aşamasında, tasarıda yer alan düzenlemelerin kişilerin mülkiyet hakkını ilgilendirdiği açıkça ifade edilmiştir.

3. 2308 Sayılı Kanunun Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

a) Genel olarak (Temel hakların sınırlandırılmasının sınırı ve özellikle ölçülülük ilkesi)

Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtildikten (fıkra 1) sonra mülkiyet hakkının sınırlanabileceği ifade edilmiş, ancak bu sınırlamanın sadece kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılabileceği kaydı konulmuştur (fıkra 2). Öte yandan anayasal bir hakkın sınırlandırılması söz konusu olduğunda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği şüphesizdir. Anılan maddede;

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

⁵ Bkz. dipnot 43'te anılan yazarlar.

⁶ 03.06.1933 tarih ve 195 numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi Bütçe Encümeni Mazbatası, Esas No. 1/553.

denilerek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının da bu maddede yer verilen çeşitli ölçütlere tâbi olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesi temel hakların sınırlandırılmasının ölçüsünü ve sınırını belirleyen çeşitli ilkelere yer vermiştir. Ancak bu ilkeler arasında gerek Türk ve yabancı ülkeler anayasa yargısında, gerek ulusalüstü yargı mercilerinde yaygın olarak kullanılan özellikle üç ilke göze çarpmaktadır. Bu ilkelere "hakkın özüne dokunma yasağı" 1961 Anayasası 11/2'de yer alan bir ölçüt olduğu gibi, başlangıçta 1982 Anayasası'nın metninde yer almamasına rağmen bu dönemde de Anayasa Mahkemesinin kararlarında ilkelere yararlanılmaya devam edilmiştir⁷. Daha sonra 13. maddede 2001 yılında yapılan değişiklik sırasında "hakkın özüne dokunmama" ölçütü yeniden Anayasa metnine dâhil edilmiş ve pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Diğer bir ilke olan "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ölçütüne ise 1982 Anayasası'nda açıkça yer verildiği gibi, bu ölçüt Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de bir sınırlama ölçütü olarak kullanılmıştır (AİHS m. 8-11).

Bu iki ölçüte oranla yeni denilebilecek üçüncü sınırlama ölçütü ise "ölçülülük ilkesi"dir. Ölçülülük ilkesi en kısa bir biçimde araç ile amaç arasındaki ilişkinin makul, ölçülü bir seviyede tutulması olarak tanımlandığı gibi⁸; ilkenin içerdiği üç alt ilkeyi vurgulayacak biçimde "sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması" olarak da tarif edilmiştir⁹. İkinci tanımı da işaret ettiği üzere ölçülülük ilkesinin, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeyi içerdiği gerek doktrinde gerek yargısal içtihatlarda yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini açık bir şekilde tanımladığı ilk kararında yer verdiği şu açıklamalar da bu kabulde paraleldir:

⁷ Bu yönde bkz. **Ergun Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2010, s. 117; **Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 153; **Yücel Oğurlu**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 52.

⁸ Bu yönde bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 154; **Yüksel Metin**, Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s. 21, 23.

⁹ **Özbudun**, s. 114; aynı yönde **Oğurlu**, s. 21.

¹⁰ **Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, Ankara 1982, s. 113; **Özbudun**, s. 114; **Oktay Uygun**, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul 1992, s. 161; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 155; **Yavuz Atar**, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya 2002, s. 139; **Oğurlu**, s. 36 vd.; **Metin**, s. 187; ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeye ayrılarak incelenmesi yönündeki yaklaşımın ülkemizde Alman Federal Anayasa Mahkemesinin uygulamasını takiben benimsendiği, ancak ilkenin mutlaka üç alt ilkeye ayrılarak incelenmesinin bir zorunluluk olmadığı, nitekim örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde alt ilkelere yer verilmediği, buna rağmen ölçülülük ilkesinin başarı ile uygulandığı, hatta ölçülülük ilkesinin alt unsurlarının birbirleri ile karıştırılması ihtimaline binaen bu ilkenin alt unsurlar bağlamında kullanılmasının bazı güçlükleri de beraberinde taşıdığı kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yusuf Şevki Hakyemez**, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, s. 1317-1318.

“...amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”; sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”; ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleri...”¹¹

Ölçülülük ilkesi “nispeten” yenidir; zira böyle bir ölçüt açıkça 1961 Anayasası’nda düzenlenmediği gibi¹², yine 1982 Anayasası’nda da -2001 yılındaki değişikliğe kadar- bu ölçüte ilişkin açık bir atıf yer almamıştı. Bununla birlikte 1982 Anayasası’nın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulmasının veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” olabileceği belirtilmiş, dolayısıyla en azından olağanüstü hâller bakımından ölçülülük ilkesine atıfta bulunulmuştur. Dahası doktrinde bir görüş, olağanüstü dönemlerde bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” izin verildiğine göre, bu ölçütün normal zamanlarda da evleviyetle geçerli olması gerektiğini ileri sürmüştü, dolayısıyla burada yer verilen ölçülülük ilkesinin 13. madde bakımından da uygulanması gerektiğini savunmuştur¹³. Doktrinde bunun dışında ayrıca -2001 değişikliği öncesindeki haliyle- 13. maddenin ikinci fıkrasında yer alan temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların “öngörüldükleri amaç dışında” kullanılmayacakları yönündeki düzenlemenin de ölçülülük ilkesine işaret ettiği savunulmuştur¹⁴.

Üstelik Anayasa Mahkemesi de 13. maddede açıkça yer almamasına rağmen ölçülülük ilkesini bu dönemde verdiği çeşitli kararlarında kullanmıştır¹⁵. Bu bakımdan “ölçülülük ilkesi”nin diğer iki sınırlama ölçütüne göre “nispeten” yeni olduğu kaydı konulmalıdır. Nihayet yine 2001 değişikliği ile birlikte 13. maddede açıkça “ölçülülük ilkesi”ne bir sınırlandırma ölçütü olarak yer verilmiş, böylece ilke pozitif bir dayanağa da kavuşmuştur.

Ancak hemen belirtelim ki “hakkın özüne dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ölçütleri ile “ölçülülük ilkesi”, izin

¹¹ Anayasa Mahkemesinin 23.06.1989 tarih ve 1988-50/27 sayılı kararı (RG 04.10.1989/20302).

¹² 1961 Anayasası’nda ölçülülük ilkesinin pozitif bir dayanağı bulunmamakla birlikte Anayasa Mahkemesinin bu ilkeyi içtihat yoluyla ve özellikle “hukuk devleti” ilkesinden türeterek kabul ettiği ve kararlarında da uyguladığı yönünde bkz. **Hakyemez**, s. 1305-1306.

¹³ **Özbudun**, s. 114; **Uygun**, s. 164; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 154; **Atar**, s. 139; **Metin**, s. 215. Anayasa’nın 15. maddesindeki sınırlama sistemi ile ilgili bir kuralın 13. madde bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. **Kemal Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 249-250. Yazar 2001 değişikliği öncesi dönem bakımından genel olarak pozitif bir dayanağı bulunmayan ölçülülük ilkesinin bir sınırlama ölçütü olarak kabul edilmesini ve kullanılmasını eleştirmektedir (bkz. s. 251).

¹⁴ **Uygun**, s. 163; **Necmi Yüzbaşıoğlu**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s. 290; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 154; **Hakyemez**, s. 1307. Maddedeki bu ifadenin ölçülülük ilkesine temel oluşturamayacağı yönünde bkz. **Gözler**, s. 248-249.

¹⁵ **Özbudun**, s. 114-115; **Uygun**, s. 165 vd.; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 154-155; **Atar**, s. 140; **Hakyemez**, s. 1310 vd.; **Metin**, s. 215 vd.

verdikleri ihlal sınırı bakımından farklılaşırlar; bu açıdan ilk iki ilke ile “ölçülülük ilkesi” arasında bir ayırım yapılması zorunludur. Şöyle ki; gerek “öze dokunmama” gerek “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” güvenceleri, özgürlüklerin sınırlandırılmasında en son/azami çizgiyi gösterirler, böylece sınırlandırmanın sınırını/nihai çerçevesini belirlerler. Bunun aksine ölçülülük ilkesi ise en az sınırlandırma ile amaca ulaşmayı öngören, dolayısıyla sınırlamayı asgari düzeyde tutmaya çalışan bir ilkedir. Bu bakımdan bir hakkın özüne dokunulmadığı hâlde ölçülülük ilkesine aykırı davranıldığı aşamada da koruma ihtiyacı mevcuttur¹⁶.

Anılan bu sebeplerle doktrinde, ölçülülük ilkesinin temel hakların korunmasında etkili bir fonksiyon icra edebilmesi için “hakkın özüne dokunmayacağı” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” incelemesinden önceki aşamada yapılacak denetimlerde kullanılması gerektiği belirtilmektedir¹⁷. Nitekim *Sağlam*, ölçülülük denetiminin özden önceki alanda gerçekleştirilmesi gerektiğini savunurken işe şu soru ile başlamaktadır:

*“Acaba yasa koyucu, belli bir temel hakkı, kendi maddesindeki yasa kaydına dayanarak özüne varncaya kadar sınırlamakta serbest midir?”*¹⁸.

İşte bu sorunun işaret ettiği sakıncayı ortadan kaldırmak için, ölçülülük denetiminin ilk aşama olarak kullanılması gerekmektedir. Böylece sınırlama amacına hiçbir katkısı olmadığı hâlde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, daha yumuşak önlemlerle amaca ulaşmak mümkün iken temel hakkı sınırlayan veya temel hakkın sahibine ölçsüz/beklenmedik yükümler yükleyen düzenlemeler önlenebilecektir¹⁹.

b) 2308 sayılı Kanununun birinci maddesinin değerlendirilmesi

aa) Kamu yararı bakımından

Anayasa'nın 35. maddesi mülkiyet hakkının ancak “kamu yararı amacıyla” sınırlandırabileceğini hüküm altına almıştır. Şu hâlde somut olay bakımından da sınırlandırmanın sınırının aşılp aşılmadığı incelenmeden önce sınırlamada kamu yararının gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

Kamu yararı kavramı esasen son derece soyut ve genel bir kavramdır; bu açıdan kavramın içeriğinin belirlenmesinin oldukça zor olduğuna doktrinde de işaret edilmiştir²⁰. Bir kanunun kamu yararı amacıyla çıkarılmış olup olmadığı belirlenmesinde en elverişli araçlardan bir tanesi ise ilgili kanunun gerekçesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında bir kanunun gözettiği kamu yararının belirlenmesinde gerekçenin önemine işaret etmiştir²¹. 2308 sayılı Kanunun gerekçesine bu açıdan bakıldığında, bu düzenleme ile

¹⁶ Sınırlandırma ölçütleri arasındaki bu farklılık hakkında bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 155; **Oğurlu**, s. 54; **Metin**, s. 194.

¹⁷ **Sağlam**, s. 110-111; **Uygun**, s. 166; **Yüzbaşıoğlu**, s. 284; **Hakyemez**, s. 1328-1329; **Metin**, s. 220.

¹⁸ **Sağlam**, s. 111.

¹⁹ **Uygun**, s. 167.

²⁰ **Uygun**, s. 128; **H. Burak Gemalmaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 474.

²¹ Bu yönde bkz. **Uygun**, s. 130 dpn. 175'te anılan kararlar.

güdülen amacın ne olduğunu, kanun metninde başvuru alan araçların hangi şartlar içerisinde benimsendiğini yakalamak; böylece kanununun arka planındaki kamu yararı anlayışını gözlemlemek mümkündür:

“Devlet vazifelerinin artması yüzünden bütçe masraflarını karşılamak için her memlekette yeni varidat membarları aranmakta olduğu ve hatta halk ihtiyaçlarını taziyet edecek vergiler ihdasına mecbur bulunduğu bir sırada mahza sahiplerinin ademi müracaatı neticesinde ve hiçbir külfet ve hizmet mukabilinde olmaksızın müruru zamana uğrayan hisse senedi ve tahvil faizleriyle amortismanlarının şirketlere intikal edecek yerde bunları Hazineye maalemtmek muvafık olacağı mütalea edilmektedir. Nitekim Fransa’da Haziran 1930 tarihli yeni varidat membarlarını ihdas eden kanunda da bu esas kabul edilmiştir.”²²

Gerekçeden aktarılan bu kısımdan kolayca anlaşılabilceği üzere, 2308 sayılı Kanununun çıkarılmasının ardında yatan kamu yararı öz olarak “devlet hazinesinin takviye edilmesi”dir. Bu amacın esas itibariyle kamu yararına yönelik meşru amaçlardan biri olduğu açıktır. Bu bakımdan en azından ilk bakışta kamu yararı amacının varlığından söz edilebilir.

Ancak kanunun esbab-ı mucibe layihesindeki bu ifadeler aynı zamanda kanunun hazırlandığı dönemde hâkim olan yönetim anlayışına da işaret etmektedir. Bu dönem, modern devletin olağan görevlerinin ve faaliyetlerinin yanı sıra “devletçilik” cereyanının sonucu olarak ekonomik alanda da önemli görevler yüklendiği ve bugün itibariyle gerek Türkiye’de gerek dünyada büyük ölçüde terk edilmiş bir ekonomi yaklaşımının hâkim olduğu bir dönemdir. Bu yaklaşıma bağlı olarak devlet ekonomik alanda yalnızca bir düzenleyici değil, aynı zamanda çoğu kez “öncü aktör”dür; özellikle Avrupa’nın aksine bir sanayi devrimi sürecinden geçmemiş Türkiye gibi ülkelerde, sermaye birikiminin ve buna bağlı bir özel sektörün yokluğu dolayısıyla devlet, özel girişimcilerin altından kalkamayacağı büyük ölçekli yatırımları da finanse etmek durumundadır. Dahası 2308 sayılı Kanununun 1929 büyük iktisadi buhranının Türkiye Cumhuriyeti üzerinde de baskısını hissettirdiği bir döneme ait olduğu dikkate alınmalıdır. Gerçekten krizin etkisiyle devlet, gelirlerini artırmak amacıyla olağan dönemlerde söz konusu olmayacak gelir kalemleri ihdası ihtiyacı içinde bulunduğu bir sırada bu kanunu çıkarmıştır²³.

Netice itibariyle dünya çapında etkisini hissettirmiş büyük bir ekonomik bunalımın ardından, ikinci dünya savaşının arifesinde ve yeterli vergi gelirinin elde edilmesi için gereken sosyal sınıfın ve gelişmiş bir özel sektörün yokluğu sırasında böyle bir düzenlemenin vazedilmiş olması ve devletin olağanüstü finansman araçlarına yönelmesi, dönemin şartları çerçevesinde kamu yararı açısından haklı görülebilecek bir durumdur.

Buna karşılık özel sektörün XX. yüzyılın başındaki Türkiye ile kıyası kabul olmayacak derecede geliştiği, devletin giderek ekonomik bir aktör olmaktan çıkıp gözetleyici/düzenleyici görevler üstlendiği günümüz ekonomisinde, 2308 sayılı Kanununun gerekçesinde yer verilen sebeplere dayalı olarak aynı olağa-

²² 2308 sayılı Kanununun Esbabı Mucibe Layihası (TBMM Zabıt Ceridesi, C. 16, Y. 1933, 12.06.1933 Pazartesi tarihli 70. İnikat, 306 sıra numaralı matbua).

²³ 1929 iktisadi buhranının Türk vergi politikasına etkisi ve bu döneme özgü vergiler hakkında genel bilgi için bkz. **Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan**, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 19. Bası, Ankara 2010, s. 228-229.

nüstü gelir kaynaklarının -üstelik özel hukukun yerleşik ilkelerini ve hukuk güvenliğini etkileyecek biçimde- korunmasının kamu yararı amacıyla açıklanması mümkün değildir.

Nitekim doktrinde *Gemalmaz* da, AİHS çerçevesinde mülkiyet hakkını incelediği monografisinin “kamu yararı” kavramına ayırdığı kısmında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) önüne gelen vergi uyuşmazlıklarında devlete mutlak takdir marjı bırakan yaklaşımını eleştirirken, günümüzde kamu hizmeti anlayışının köklü biçimde değiştiğini, özelleştirme süreci ile birlikte kamu hizmetlerinin ifasından devletin elini çektiğini ve yalnızca denetleyici rolü oynadığını belirttikten sonra, bu gelişmeler doğrultusunda artık hizmet alanlar çoğu kez bunun bütün bedelini hizmet verenin kârı dâhil olmak üzere ödediğine göre, tahsil edilen vergilerin de hem sayıca hem bedelce önemli ölçüde azalması gerektiği, bunun sonucu olarak da AİHM’nin kararlarında devlete tanıdığı mutlak takdir marjının daraltılmasının ve daha sıkı denetlenmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşmaktadır²⁴.

bb) Ölçülülük ilkesi bakımından

Belirtmek gerekir ki kanunların yapımında kamu yararı amacının gözetilmesi, bireylerin yararlarının bütünüyle göz ardı edilmesi, hak ve özgürlüklerin reddedilmesi anlamına gelmez²⁵. Nitekim yukarıda kısaca değinilen ve Anayasa’nın 13. maddesinde ortaya konulan ölçütler tam da böyle bir sakıncayı önlemeyi amaçlamaktadır. Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere 13. maddede sayılan diğer ölçütlerden farklı olarak ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yerindeligi denetiminde ilk basamağı teşkil etmektedir. Dolayısıyla devletin gelir ihtiyacını karşılamak üzere yapılan ve bireylerin mülkiyet hakkına dokunan 2308 sayılı Kanun düzenlemesi de öncelikle bu ölçüt çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır.

Ölçülülük ilkesini oluşturan alt ilkelerden bir tanesinin de “gereklilik ilkesi” olduğu daha önce belirtilmişti²⁶. Gereklilik ilkesi kısaca; kanun koyucunun güttüğü amaca ulaşmak için çeşitli araçlar arasından temel haklara en az müdahalede bulunan aracı kullanmasını ifade eder²⁷. Bu ilkeye göre yasama faaliyeti sırasında ölçünün aşılp aşılmadığı belirlenirken, devletin gelir sağlama amacına yönelik olarak yaptığı yasama tasarrufunda başvurduğu araç ile aynı amacı gerçekleştirebilecek başkaca araçlar arasında bir karşılaştırma yapılmalı, netice itibarıyla temel hak ve hürriyetleri hiç veya daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı varsa, kanun koyucunun tercihinin gereklilik ölçütüne aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır²⁸.

Bu açıdan özellikle ekonomik gelişmeler neticesinde, devletin ihtiyaç duyduğu geliri, üstelik bireylerin mülkiyet haklarını zedelemeyen- sağlayabileceği -yükselen vergi gelirleri gibi- başkaca kaynakların ortaya çıkması veya zamanla artması ve böylece olağanüstü nitelikteki kaynaklara duyulan ihtiya-

²⁴ **Gemalmaz**, s. 503-504.

²⁵ **Uygun**, s. 129.

²⁶ Bkz. yukarıda 3, a.

²⁷ İlke hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. aşağıda 3, c, aa.

²⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu yorum tarzı için bkz. **Metin**, s. 31.

cın ortadan kalkmasından sonra, mülkiyet hakkının ihlali niteliğindeki bir düzenlemeye hâlâ bir gelir kaynağı olarak başvurulmasının bu yaklaşımın uzağında bulunduğu, bu bakımdan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

Nihayet böyle bir uygulamanın “kamu yararı” gerekçesiyle muhafaza edilmesinin mahzurları şu örnekle de izah edilebilir: Devletin ihtiyaç duyduğu gelirlerin sağlanması amacıyla sermaye şirketlerinin pay ve tahvil sahiplerine karşı zamanaşımına uğramış olan borçlarının devlete intikal etmesinin gerekli bulunduğu ve bu ihtiyacın bugün için de güncel olduğu kabul ediliyorsa, benzer bir yaklaşımla aynı ortaklıkların diğer alacaklılarına, örneğin alım satım ilişkisine girdiği diğer tacirlere, kendisine borç veren kimselere karşı doğmuş bulunan ve zamanaşımına uğrayan borçlarının da devlete intikalinin düzenlenmesi pekâlâ mümkün ve gerekli olabilir. Zira anılan borçlar ile pay ve tahvil sahiplerine karşı doğmuş olan borçlar arasında herhangi bir fark mevcut değildir; eksik borca dönüşen her iki malvarlığı kalemi de 2308 sayılı Kanunun gerekçesinin ifadesiyle “*mahza sahiplerinin ademimüracaati neticesinde ve hiçbir külfet ve hizmet mukabilinde olmaksızın*” şirkete intikal etmektedir. Böyle bir yaklaşımın ise devletin gelir ihtiyacı ile bireylerin mülkiyet hakları arasındaki adil dengeyi gözetmekten uzak, Anayasa’nın deyişyle “ölçüsüz” olduğu her türlü tartışmadan uzaktır.

c) 2308 sayılı Kanunun ikinci maddesinin değerlendirilmesi

2308 sayılı Kanunun 2. maddesi birinci madde hükmüne aykırılığını yaptırımını şu şekilde belirlemiştir:

“Birinci madde hükmüne riayet etmiyen şirketler vermeğe mecbur oldukları parayı üç misli tazminatla birlikte ödemeğe mahkûm edilirler.”

Birinci maddenin ilk fıkrasında zamanaşımına uğrayan alacakların devlete intikal edeceği belirtilmiş, bununla birlikte ikinci fıkrada ayrıca

“Bu şirketler bahsolunan menfaat ve bedelleri müruruzaman müddetlerinin bitmesinden itibaren üç ay içinde mahallî mal sandığına vermeğe mecburdurlar”

denilerek, sermaye şirketlerine, devlete intikal eden meblağı zamanaşımının dolmasını takip eden üç aylık sürede Hazineye ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan ikinci madde düzenlemesi ise, birinci maddenin ikinci fıkrasındaki yükümlülüğün zamanında yerine getirilmemesi hâlinde ayrıca zamanaşımına uğramış alacağın üç katı “tazminatın” da anapara ile birlikte ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

2308 sayılı Kanun düzenlemesinin mülkiyet hakkı ile ilişkisi yukarıda ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır²⁹. Dolayısıyla aynı kanunun ikinci maddesi ile getirilen ve bireylerin mülkiyet hakkına dokunan bir yaptırım düzenlemesinin de Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda öngördüğü yöntem ve ölçütlere uygun olması icap eder. Ancak hemen belirtelim ki, 2308 sayılı Kanunun birinci maddesi bakımından olduğu gibi -ve belki daha da açık bir biçimde- ikinci madde düzenlemesi de özellikle 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde öngörülen ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını belirleyen ölçütler çerçevesinde değerlendirildiğinde,

²⁹ Bkz. yukarıda 2, b.

Anayasa'nın çizdiği hudutların ötesine geçen bir yasama tasarrufu olarak nitelendirilmelidir.

Yine yukarıda açıklandığı üzere³⁰, Anayasa m. 13'te yer alan "hakkin özüne dokunmama" ve "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ölçütleri hak ve özgürlüklerin nihai olarak nereye kadar sınırlanabileceğini gösteren normatif ve çerçeve hükümler iken, ölçülülük ilkesi demokratik bir hukuk devletinde özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu kuralı gereği ancak sınırlamanın amacı gerçekleştirilecek asgari düzeyde tutulmasını sağlayan, böylece sınırlamanın en son nereye varacağından önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğini tespitiye yönelik bir hükümdür. Şu hâlde yine ilgili bölümde ifade edildiği üzere, bir hükmün Anayasa'ya aykırılığı incelenirken öncelikle ölçülülük ilkesine yönelik bir inceleme yapılması ve ancak bu incelemenin ardından nihai sınırı teşkil eden "hakkin özüne dokunmama" ve "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" sınırlarının aşıp aşılmadığının denetlenmesi demokratik bir sınırlama rejiminin gereğidir. Zira aksinin kabulü ve her üç ölçüte ilişkin incelemenin aynı düzeyde gerçekleşmesi, netice itibariyle hakların özüne dokununcaya kadar sınırlanabileceği bir rejime müsaade etmek anlamını taşır.

Böyle bakıldığında, 2308 sayılı Kanununun 2. maddesinin daha başlangıçta ölçülülük denetimini -üstelik çeşitli açılardan- geçemeyeceği rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan aşağıda özellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden "gereklilik" ve "orantılılık" ilkeleri açısından söz konusu hüküm değerlendirilmiştir.

aa) Gereklilik alt ilkesi bakımından

Gereklilik ilkesi ölçülülük temel ilkesinin alt ilkelerinden biridir. Bu ilke çerçevesinde, yasama faaliyeti sırasında gözetilen amaca ulaşmak için seçilen aracın gerekli olup olmadığını denetleme konusu edilmektedir. Gereklilik ilkesi, amaca ulaşmak bakımından aynı derecede elverişli birçok araç arasından temel haklara en az müdahalede bulunan aracın seçilmesini öngörür³¹. Buna göre hak ve özgürlüğü hiç sınırlandırmadan veya daha az sınırlandırarak aynı sonuca varmak mümkünse kullanılan araç "gereksiz"dir³². Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ilkeyi

"(a)ynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan başka bir aracın seçilme imkânı yoksa, araç gereklidir"

ifadeleriyle aynı şekilde ortaya koymaktadır³³. Bütün bu tanımlamalar çerçevesinde ortaya çıkan temel esas; yasama faaliyeti sırasında kanun koyucunun, öngördüğü amaca ulaşmak isterken olabildiğince temel hak ve hürriyetleri sınırlamaktan kaçınması, şayet bu mümkün olmazsa muhtelif araçlar arasından ilgililer için en "yumuşak aracı" seçmesi gerekliliğidir³⁴. Bu ilke doğ-

³⁰ Bkz. yukarıda 3, a.

³¹ Bu yönde bkz. **Sağlam**, s. 115; **Uygun**, s. 162; **Atar**, s. 139; **Oğurlu**, s. 37; **Metin**, s. 30.

³² **Hakyemez**, s. 1322; **Oğurlu**, s. 37; **Metin**, s. 30.

³³ **Metin**, s. 31'den naklen.

³⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi kaynaklı "yumuşak araç" kavramı için bkz. **Sağlam**, s. 115; **Hakyemez**, s. 1322-1323; **Oğurlu**, s. 37; **Metin**, s. 31.

rultusunda -2308 sayılı Kanunun birinci maddesinin gerekliliği tartışması bir yana, kanunun ikinci maddesinde birinci maddedeki yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla öngörüldüğü anlaşılan yaptırımın (üç kat tazminat) bu anlamda hiç de “yumuşak” bir araç olmadığı, sermaye şirketlerinin ekonomik faaliyetlerini önemli ölçüde zedeleyecek sonuçlara yol açabileceği açıktır. Kanunun birinci maddesi ile zaten mülkiyet hakkı ihlal edilmiş olan bir şirket, bu defa sırf üç aylık süre içinde zamanaşımına uğrayan alacakları Hazineye ödemediği gerekçesiyle -hangi saiklerle belirlendiğini anlamak zor olan- üç kat tazminat yaptırımına maruz kalmaktadır.

Oysa bir an için birinci madde düzenlemesinin Anayasa’ya aykırı olmadığı varsayılsa dahi, mülkiyet hakkının bu derecede ağır bir biçimde zedelenmesini gerektirecek bir amacın bulunmadığı ortadadır. Devlet, gelir kaynağı oluşturma gerekçesiyle zaten ortaklık malvarlığına dâhil olan bir kalemin Hazine’ye intikalini öngörmüştür, ikinci maddenin amacı ise bu meblağın Hazine’ye ödenmesini sağlamaktır. Ancak ikinci maddenin amaçladığı bu sonuca ulaşmak için daha ölçülü ve bireylerin mülkiyet hakkını görece olarak gözetin, kısacası “yumuşak bir araç” tercih edilmek yerine tam aksine sermaye şirketlerine ölçüsüz bir yükümlülük getirilmiştir. Bu bakımdan örneğin birinci maddede öngörülen meblağın Hazine’ye zamanında ödenmemesi durumunda temerrüt faizi gibi gecikme ile orantılı bir yaptırımın veya benzer nitelikteki bir başka önlemin benimsenmesi yerine “üç kat tazminat” ödenmesi yönündeki bir tercihin, anılan “gereklilik” ilkesi çerçevesinde açıklanması mümkün değildir.

Bu ihtimalde belirli bir meblağın devlete aktarılmasını temin gayesine, “üç kat tazminat” gibi yıkıcı bir araç yerine pekâlâ hukuk düzeninin benzer durumlarda kullanımını öngördüğü ve üstelik temel hakları daha az zedeleyen bir araçla varmanın mümkün olduğu ortadadır. Bu sebeple kanun koyucunun tercihini bu araçlar lehinde kullanması ölçülülük ilkesinin icabıdır. Eğer kanun koyucunun üç kat tazminat tercihinin zorlayıcı bir etkisi olduğu ve böylece şirketleri kanuna uygun davranmak konusunda dikkatli olmaya yönlendireceği düşünüülüyorsa, bu mantık çerçevesinde dört, beş veya daha fazla kat tazminatın benimsenmesinin de mümkün ve hatta giderek faydalı olacağı söylenebilir. Oysa adalet bir dengeyi ifade ettiğine göre, yasalardaki zorlayıcı tedbirlerin de çatışan yararlar arasında dengeyi sağlaması zorunludur. Gereklilik ilkesi çerçevesinde yapılacak bir incelemenin anılan hükmün kaleme alınması esnasında bu dengenin sağlanamamış olduğunu ortaya koyacağı şüphesizdir.

bb) Orantılılık alt ilkesi bakımından

Ölçülülük ilkesinin içerdiği bir başka alt ilke ise “orantılılık ilkesi”dir. Orantılılık ilkesi genel olarak ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında açık bir orantısızlığın bulunmamasını öngörür³⁵. Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda bu ilkeyi “...amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen” ilke olarak tanımlamaktadır³⁶.

³⁵ İlke hakkında bkz. **Sağlam**, s. 116; **Uygun**, s. 162; **Atar**, s. 139-140; **Hakyemez**, s. 1324; **Oğurlu**, s. 38; **Metin**, s. 36.

³⁶ Anayasa Mahkemesinin 23.06.1989 tarih ve 1988-50/27 sayılı kararı (RG 04.10.1989/20302).

Anayasa Mahkemesinin bu tarifinde haklı olarak işaret edildiği üzere, orantılılık ilkesi bakımından yapılan bir değerlendirmede, amaca ulaşmak için kullanılan aracın ilgililere ölçüsüz yükümler getirmemesine dikkat edilmelidir. Yasama tasarrufları bakımından somutlaştırmak gerekirse, kanun koyucunun yasama faaliyeti sırasında gözettiği hedefler ile bu hedeflere ulaşmak amacıyla seçtiği araçlar arasında bir karşılaştırma/ölçme yapması, temel haklara yönelik müdahalenin ağırlığı ile hedeflenen gaye arasında bir dengesizlik olmamasına dikkat etmesi gerekir. Herhangi bir yasal önlem, yöneldiği kişiye “ölçüsüz bir yükümlülük” getirmemeli, onun için “beklenmedik nitelikte” olmamalıdır³⁷. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin deyişiyle

“yasal düzenlemenin ulaşmak istediği kamu yararı ile müdahalenin ağırlığı arasında yapılacak bir tartımda, düzenlemenin genel olarak orantılı”

olması gerekir³⁸. Böylece orantılılık denetimi, esasen bir çatışan menfaatler karşılaştırması şeklinde gerçekleşir. Bu kapsamda kamu yararı (amaç) ile hakkın sınırlanması (araç) karşılıklı olarak tartılacaktır. Bu tartım neticesinde aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan dezavantajların ağır basması hâlinde tedbirin orantısız olduğu sonucuna ulaşılmalıdır³⁹.

Somut ihlal iddiası bu ilke çerçevesinde değerlendirildiğinde, 2308 sayılı Kanuna yansıyan yasama iradesinin, orantılılık ilkesinin korumaya çalıştığı “araç ve amaç arasındaki adil denge”yi gözetmediği sonucuna varılacaktır. Bir önceki başlıkta da ifade edildiği üzere, devlete gelir sağlama amacıyla hazırlanan bir kanunda, bu gelirin Hazine’ye intikalini temin edebilmek gayesiyle, sermaye şirketleri “katlanılabilirlik sınırının üstünde” bir yükümlülükle karşı karşıya bırakılmaktadır⁴⁰.

Daha geniş bir bakış açısı ile düşünüldüğünde 2308 sayılı Kanunun 2. maddesindeki benzer bir yaptırım anlayışının, sadece bireysel olarak bir sermaye şirketine değil, bütün bir ekonomik sisteme zarar verebilecek nitelikte olduğu söylenebilir. Zira her şeyden önce böylesine ağır bir yaptırımın ticari hayattaki bir aktöre vereceği zarar, aynı zamanda onunla ilişkili olan diğer tüm aktörleri de etkiler. Öte yandan, şirketin böyle bir meblağı ödemek zorunda bırakılması, pay sahiplerinin ekonomik olarak maliki buldukları malvarlığının da kendilerinin sorumlu olmadıkları bir ihmâl dolayısıyla erimesi anlamına gelir. Oysa burada güdülen amaç, şirketleri iş yapamaz duruma getirmek ve böylece hem şirket alacaklılarını hem de pay sahiplerini mağdur etmek değildir, esas olan çoğu kez pay veya tahvil sahiplerinin alacaklarının peşine düşmemiş olmaları dolayısıyla şirket malvarlığında muhafaza olunan değerlerin devlet bakımından bir gelir kalemine dönüştürülmesidir. Bunu yapmaya çalışırken şirketleri altından kalkamayacakları bir tazminat yükümlülüğü altına sokmak ise kabul edilemez.

Bu bakımdan 2308 sayılı Kanunun birinci maddesinde devlete intikali öngörülen kalemlerin Hazine’ye aktarımı sağlanmak istenirken, sırf bu aktarı-

³⁷ **Sağlam**, s. 116.

³⁸ **Metin**, s. 37’den naklen.

³⁹ **Metin**, s. 37.

⁴⁰ Orantılılık ilkesinin somutlaştırılmasında katlanılabilirlik kriterinin kullanımı hakkında bkz. **Metin**, s. 38.

mın gecikmesi dolayısıyla birdenbire ödenmesi gereken meblağın üç kat daha artması şeklindeki bir yaptırım, belki en veciz şekilde “*zur deyince öldürmek*” deyimini ile ifade edilebilir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin orantılılık ilkesini kullandığı çeşitli kararlarında da, yasa koyucunun özellikle yaptırımların tespitinde bu ilkeyi gözetmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Yüksek Mahkeme, “Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu” ile ilgili bir kararında, söz konusu kanunun ek ikinci maddesinde belirtilen eylemin tekerrürü hâlinde üç misli ceza uygulanması şeklindeki yaptırım hükmünü, “*önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengenin bozulduğu*,” *araç ile amaç arasındaki mantiki bağ*’ın kaybolduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁴¹. İlkel nitelikteki bir başka kararda da kamu yararının takdirinin yasama organının yetkisinde olduğu belirtildikten sonra, “*(n)e var ki yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını «hukuk devleti ilkesi» oluşturur*” diyerek yaptırımın belirlenmesinde ölçülülüğe atf yapılmıştır⁴².

4. 2308 Sayılı Kanunun Özel Hukuk Teorisi Açısından Değerlendirilmesi

a) Eksik borç kavramı ve hükümleri

Yukarıda yapılan açıklamalar sırasında kısaca değinildiği üzere; 2308 sayılı Kanun diğer bazı alacakların yanı sıra özellikle zamanaşımına uğramış kâr payı alacağının devlete intikalini düzenlemektedir. Kâr payı alacağı Türk Borçlar Kanunu (=BK) 147/b.4 gereği beş yıllık zamanaşımına tâbidir ve dolayısıyla bu alacağın muaccel olduğu, bu anlamda genel kurul muacceliyet tarihini belirlemişse bu tarihten, belirlememişse genel kurulun kâr dağıtım kararını verdiği tarihten itibaren beş yıllık süre içerisinde zamanaşımına uğrar.

Kural olarak bir borç alacaklıya, borçludan edimini yerine getirmesini isteme yetkisini verdiği gibi (talep hakkı), borcun borçlu tarafından rızaen yerine getirilmemesi hâlinde mahkemeye başvurma (dava hakkı) ve bu şekilde elde edeceği ilâma dayanarak cebri icra yoluyla borcun ifasını sağlama (cebri icraya başvuru hakkı) yetkilerini de verir⁴³.

Buna karşılık bazı borç ilişkilerinde alacaklıya tanınan bu yetkilerden bir kısmı veya tamamı mevcut olmayabilir. İşte böyle borçlar da “eksik borç” olarak nitelendirilir. Tam borç-eksik borç ayırımının kökleri Roma hukukuna kadar

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 11.02.1987 tarih ve 1986-12/4 sayılı kararı (RG 21.11.1987/19641).

⁴² Anayasa Mahkemesinin 06.06.1991 tarih ve 1990-35/13 sayılı kararı (RG 27.10.1994/22094).

⁴³ **Kenan Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, C. I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 41; **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2012, s. 17 vd.; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 23; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2009, s. 82.

dayanmaktadır, nitekim Roma hukukunda bu tür borçları ifade eden “*obligatio naturalis*” kavramı bugün de “*tabii borç*” şeklinde kullanılmaktadır. Eksik/tabii borçların ortak özelliği bunların da borçlunun rızası ile tam bir borç gibi ifa edilebilmesi ve dolayısıyla böyle bir ifanın sebepsiz zenginleşme teşkil etmemesidir⁴⁴. Bunun dışında eksik borçlar birbirinden farklı nitelikler taşımaktadır.

Yine Roma hukukundan bu yana eksik borç olarak kabul edilen borçlardan bir tanesi de zamanaşımına uğramış borçtur. Bu tür eksik borçlarda borç zamanaşımı ile sona ermiş olmaz, ancak zamanaşımı borçluya borcu ifadan kaçınmak hususunda bir defî hakkı sağlar⁴⁵. Bir başka deyişle zamanaşımına uğramış bir borcun varlığı hâlinde alacaklı borçlunun malvarlığına el uzatmaz, yahut daha açık ifadeyle uzatsa bile borçlunun zamanaşımı defîni ileri sürerek bu el uzatmayı engellemesi mümkündür⁴⁶.

b) Zamanaşımı kavramı ve borcun zamanaşımına uğramasının malvarlığı üzerindeki etkisi

Borçlar hukukunda zamanaşımı süresinin geçmesi; alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden borçlunun ifadan süresiz kaçınma hakkı kazanması⁴⁷, alacak hakkının dava edilebilme niteliğinden yoksun kalması⁴⁸ sonucunu doğurur. Zamanaşımı müessesesi, mahkemeleri aradan geçen zaman dolayısıyla incelenmesi zorlaşan eski olaylarla uğraşmaktan kurtarır.

Yukarıda geniş bir biçimde açıklandığı üzere⁴⁹ borçlar hukuku bakımından bir borcun doğması veya bu borcun zamanaşımına uğraması, eşya hukuku çerçevesinde bir aynı hak olan mülkiyet hakkı üzerinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Her iki hâlde de, yani gerek tam borcun gerekse eksik borcun varlığı durumunda bu borç, borçlunun malvarlığının pasifinde yer alan bir kalemdir ve bu sebeple borçlunun mülkiyetindedir. Bu malvarlığı değeri tasarruf işlemi ile alacaklıya geçirilmediği sürece durum değişmez. Şu hâlde zamanaşımına uğramış olan bir kâr payı alacağı bakımından da durum aynıdır. Buna göre bu kâr payı alacağı, bir alacak hakkı olarak genel kurulda dağıtım kararının alınması ile doğmuştur ve bu hâliyle pay sahibine ödenene kadar anonim ortaklık malvarlığının pasifinde yer alan bir kalemdir. Bu meblağın pay sahibine ödenmesinden sonra da mülkiyet hakkına ilişkin bir çekişme söz konusu değildir, tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi ile birlikte pay sahibi bu meblağ üzerindeki mülkiyeti iktisap eder. Netice itibarıyla her hâlükârda söz konusu malvarlığı değerinin bir kimsenin (ortaklığın yahut pay sahibinin) mamelekine dâhil olduğu, başka bir deyişle bu malvarlığının sahipsiz olmadığı ortadadır.

⁴⁴ **Tunçomağ**, s. 41; **Oğuzman/Öz**, s. 19; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 24; **Eren**, s. 83.

⁴⁵ **Tunçomağ**, s. 44; **Oğuzman/Öz**, s. 20, 608; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 25; **Eren**, s. 88.

⁴⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 28.

⁴⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 590.

⁴⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 1030.

⁴⁹ Bkz. yukarıda 2, b.

c) 2308 sayılı Kanunun benimsediği yaklaşımın benzer düzenlemlerle karşılaştırılması ve eleştirisi

Durum bu iken 2308 sayılı Kanun ile, mülkiyetinin ortaklığa ait olduğu özel hukuk ilkeleri çerçevesinde tartışmasız olan bir malvarlığı kaleminin, çeşitli kanunlarda sahipsiz kalan mallara uygulanan rejime tâbi tutulmasının yerleşmiş bu ilkelere aykırı olduğu ve bu açıdan hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte bulunduğu söylenmelidir.

Gerçekten mevzuatımızda bazı durumlarda bir malvarlığının sahipsiz kalması dolayısıyla devlete intikal etmesi düzenlenmiştir. Bu şekilde herhangi bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine ait olmayan bir mal varlığı değerinin devlete geçmesinin yukarıda belirtilen sakıncaları taşımadığı açıktır. Örneğin Türk Medeni Kanunu (=MK) 501'de "*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer*" denilerek böyle bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yine aynı kanunun 594. maddesinde miras bırakanın mirasçısının bulunup bulunmadığı bilinmiyor ise gerekli ilanların yapılması ve ilan süresinde kimsenin başvurmaması ve sulh hâkiminin de hiçbir mirasçı tespit edememesi hâlinde mirasın devlete geçmesi düzenlenmiştir. MK 708/1'de yer alan

"(b)irikme, dolma, toprak kayması veya kamuya ait suların yatağında ya da seviyesinde değişme gibi sebeplerle sahipsiz yerlerde yeniden oluşan yarılanmaya elverişli arazi Devlete ait olur"

şeklindeki hüküm de aynı yaklaşımla kaleme alınmıştır⁵⁰. Nihayet son bir örnek olarak Tasarruf Sandıkları Nizamnamesinin 28. maddesinin de aynı mantık çerçevesinde vazedilmiş bir hüküm olduğu söylenebilir. Bu maddede en son talep veya muamele tarihinden itibaren on yıl geçmiş olmasına rağmen sahipleri tarafından aranmamış olan mevduatların öncelikle Merkez Bankasına tevdi, iki yıl boyunca burada muhafaza edilmiş ve yapılan tebligat ve ilanlara rağmen sahip veya vârisleri ortaya çıkmamış mevduatın ise Devlete intikal etmesi hüküm altına alınmıştır.

Örnek olarak zikredilen bu düzenlemeler ile 2308 sayılı Kanunun, maliki mevcut ve malum olan bir malvarlığının devlete intikalini düzenleyen 1. maddesi arasında, kanun koyucunun benimsediği yaklaşım tarzı açısından önemli bir farklılık bulunduğu açıktır. Yukarıda zikredilen hükümler de netice itibarıyla devlet hazinesine gelir sağlayan birer kaynak ihdas etmektedir. Bu bakımdan söz konusu hükümlerin hizmet ettiği yarar ile 2308 sayılı Kanun düzenlenmesinin amaçladığı yarar özdeştir. Buna karşılık 2308 sayılı Kanundan farklı olarak, bu düzenlemelerin kaleme alınışında kanun koyucunun ölçülülük ilkesi gereği kendisinden beklenmesi gereken hassasiyeti gözettiği, böylece bir yandan devlete kaynak oluşturma amacına ulaşırken öte yandan bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale etmemek konusunda özenli davrandığı anlaşılmaktadır. Zira gereklilik ilkesi yasama tasarruflarında belirlenen amaca ulaşmak için mümkün olduğunca temel haklara müdahale edilmemesini, buna rağmen mutlaka bir müdahale gerekli ise bunun asgari ölçekte tutulmasını öngörür; çünkü demokratik bir rejimde aslolan sınırlama değil özgürlüktür. Bu açıdan bakıldığında yukarıda verilen örneklerden hiçbirinden bireylerin mülkiyet hakkına müdahale edildiğinden bahsedilemez; böyle bir tehlikenin var olduğundan bahsetmenin mümkün olduğu MK 594 veya Tasarruf Sandıkları Nizamnamesi 28 gibi düzenlemelerde dahi, yasama tasarrufunun bir hak ihlali oluşturmaması için yeterli özen gösterilmiş, ancak çeşitli ilan yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi ve belirli sürenin geçmesinden sonra eşyanın sahipsiz kaldığına kanaat getirildiği noktada devlete intikal sonucuna ulaşılmıştır. Buna

⁵⁰ MK'da yer alan benzer hükümler için ayrıca bkz. MK 588, 772, 773.

karşılık 2308 sayılı Kanunda benimsenen özensiz yaklaşım, anayasal düzenin kanun koyuculara gösterdiği çerçevenin dışında, olağanüstü/normal dönem dışı bir tasarrufun mevcut olduğu kanaatini desteklemektedir.

5. Sonuç

2308 sayılı Kanun gerek amacı, gerek düzenleme biçimi, gerek yaklaşım tarzı itibarıyla belki ortaya çıktığı dönemin şartları çerçevesinde “mazur görülebilecek” bir kanun olarak nitelenebilirse de, bugün itibarıyla ne özel hukuk teorisi ne de anayasa hukuku ilkeleri nazarında tahammül edilebilecek bir düzenleme değildir. Bu kapsamda borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımının göz ardı edilmesi; zamanaşımına uğrayan borcun akıbeti konusundaki yerleşik özel hukuk kabulünün yok sayılması gibi özel hukuka ilişkin esaslı problemler bir yana; kanunun genel olarak gözettiği amaç ve bu amaca ulaşmak için kullandığı araçlar bakımından yapılacak anayasa hukuku eksenli bir değerlendirme de söz konusu kanunun bu “bünyeye yabancı” niteliğini ortaya koymaktadır. Bu şartlar altında 2308 sayılı Kanunu, doğumuna sebep olan olağanüstü şartların ortadan kalkması ile birlikte vazifesini ifa etmiş ve çoktan ununu eleyerek eleğini asması bir kanun olarak nitelemek ve bizzat kanun koyucunun veya Anayasa Mahkemesinin tasarrufu neticesinde artık yalnızca bir şirketler hukuku tarihi meselesi haline getirmek en uygun çözüm olarak görünmektedir⁵¹.

⁵¹ Son olarak belirtelim ki işbu çalışmanın esasını oluşturan hukukî mütalâa konusu somut uyumsuzlukta ulaşabildiğimiz kararda yerel mahkeme Anayasa’ya aykırılık sorununu Anayasa Mahkemesine taşıma ihtiyacı duymaksızın, ancak dosyaya sunulan hukukî mütalâaya da yollama yaparak aynen, “... (açılan dava (Y) AŞ’nin 2000-2001-2002’de kâr payının dağıtılmasına karar verdiği hâlde belirtilen tarihlerde kârın dağıtılmaması üzerine 2308 sayılı Yasanın birinci maddesine göre beş yıllık zamanaşımı süresinde dağıtılmayan kârın hazineye intikal ettirilmesi ve buna bağlı olarak tazminata hükmedilmesine ilişkindir. Dosya üzerinden yaptırılan alanında uzmanlaşmış bilirkişi kurulu tarafından sunulan raporda “Davalının bir sermaye şirketi olduğu, genel kurullarında karar alınmasına ve ortakların talep etmesine rağmen kâr paylarını ödemediği, hâlen bu konuda çok sayıda derdest dava olduğu, uygulamada dağıtılmayan kâr paylarının şirketin özkaynakları arasında yer aldığı ve sermaye yedeği olarak gözüktüğü, yani dağıtılmayan kârların şirketin özvarlığı olduğu ve mülkiyeti kapsamında kaldığı, bu nedenle davalının bu dağıtılmayan kârları ortaklarına dağıtabileceği gibi sermayeye de ekleme hakkı olduğu, hazinenin dağıtılmayan kârları üç kat fazlası ile talep etmesinin davalı şirketin işletme sermayesini kaybetmesine neden olabileceği, dağıtılmayan kârların bir vergi olmadığı, hazineyi ilgilendiren tarafı da olmadığı, 2308 sayılı Yasanın özel mütalâada da ifade edildiği üzere şirket mülkiyetine müdahale eden içerik taşıdığı, bu nedenle davacı talebinin yerinde olmadığı” tespit olunduğu, mahkememizce de sunulan bilirkişi raporu hüküm vermeye yeterli, bilimsel bir rapor olduğu kanaatine varılarak hükme esas alınmış, yukarıda incelenen bilirkişi kurulu raporuna itibar olunarak davalının iş bu davada haksız olduğu kanaatine varılarak ...” gerekçesiyle Hazine tarafından açılan davanın reddine karar vermiştir (Yozgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 10.05.2012 tarih ve 2010-636/154 sayılı kararı; özel arşiv). Yerel mahkemenin bu kararı Hazine tarafından temyiz edilmiş olup, 30.11.2012 tarihi itibarıyla Yargıtay 11. HD’nde 2012/17723 Esas numarası alan uyumsuzluk hakkında henüz yeni bir karar verilmemiştir.